

ATTILA BADÓ

L'ENQUÊTE SOCIOLOGIQUE DES JURISTES HONGROIS SUITE AU CHANGEMENT DE RÉGIME

Les juristes ont toujours constitué un centre d'intérêt pour la sociologie du droit. L'abondance des oeuvres empiriques et théoriques concernant ce sujet montre qu'il s'agit d'un sujet d'enquête important. Plusieurs explications peuvent être données relatives à cet intérêt. Premièrement, la raison la plus importante est à rechercher dans le fait que cette profession a acquis un pouvoir considérable tant au niveau politique qu'économique dans la plupart des pays. En effet, ce groupe social est constitué de personnes ayant un tel savoir, qu'elles étaient capables de faire évaluer leur rôle social, souvent de le faire "surévaluer" à l'aide de différentes méthodes, en outre elles exerçaient plusieurs fonctions, de celles liées au pouvoir législatif jusqu'aux principaux postes de l'économie, en passant par les fonctions du pouvoir judiciaire, recouvrant ainsi un domaine très large ce qui est presque irritant. C'est pourquoi il ne faut pas être surpris de l'attention accordée aux juristes dans les théories sociologiques élaborées par des sociologues classiques réputés, comme Weber, Durkheim, ou Parsons. Deuxièmement, la raison pour laquelle les oeuvres de sociologie du droit portent une attention très importante à ce sujet, est peut être encore plus évidente. Comment pourrions nous trouver des réponses à n'importe laquelle des questions fondamentales de cette discipline sans connaître les acteurs réels du sujet d'enquête, c'est à dire "la vie juridique" ? Que nous nous occupions des problèmes de la législation, de l'application du droit ou de certains instituts juridiques, nous devons prendre en considération alors ceux qui exercent ces fonctions, ceux qui s'occupent d'un institut juridique. Finalement, nous pouvons mentionner également le fait qu'indépendamment de tout cela, les juristes par eux-mêmes constituent un groupe humain tel, qu'il peut provoquer la curiosité des chercheurs. Comme nous le savons il ne s'agit pas seulement de la curiosité des chercheurs. La société était toujours intéressée par cette profession au même titre que celle de médecin ou de policier. Ce n'est pas par hasard que les héros des soap-opéra (feuilletons télévisés populaires) sont souvent des avocats ou des juges d'instruction. Bien sûr dans ce cas, ces fictions présentent des événements qui choquent, excitent et terrifient les gens, comme par exemple la mort. Il est rare qu'un film présente le calvaire d'un avocat qui gagne un "procès de poule". Il est aussi rare qu'une oeuvre présente la lutte héroïque d'un médecin contre le rhume. Mais, alors que la lutte d'un médecin dans un film est souvent assez proche de la réalité, c'est justement la sociologie du droit qui doit être capable de prouver à quel point le travail quotidien des juristes est loin de l'image présentée dans les médias. Bien sûr, le but principal des recherches de sociologie du droit, n'est pas de se moquer des réalisateurs. L'exploitation de la réalité, la connaissance du monde des juristes s'effectuent dans plusieurs directions et par des méthodes variées.

Quand nous donnons un aperçu des recherches en sociologie du droit concernant les juristes les principales directions d'enquête suivantes peuvent être observées :

1. Les enquêtes concernant les étudiants en droit
2. Les recherches analysant la composition et les caractéristiques du monde des juristes
3. La responsabilité et la déontologie juridiques, plus particulièrement des avocats
4. La relation client avocat
5. L'activité quotidienne des juristes.

Il n'est pas surprenant que dans les domaines mentionnés, les chercheurs des Etats-Unis arrivent en tête, ils ont déjà examiné de presque tous les points de vue les juristes américains. Des enquêtes de sociologie du droit de ce type sont mis à jour dans tous les systèmes juridiques, mais l'étendue des recherches n'arrive nulle part au niveau américain. Ainsi, il est compréhensible que la recherche unique qui compare les juristes de nombreux systèmes juridiques du monde ait été effectuée sous une direction américaine. Les enquêtes effectuées sous la direction de Philip Lewis et Richard Abel ont fait la comparaison des juristes des systèmes juridiques de vingt pays, selon des points de vue déterminés. Les résultats de ces enquêtes ont donné naissance à un ouvrage en trois volumes en 1989 ("The common law world", "The civil law world", "Comparative theories"), qui apporte une synthèse des juristes du monde.

LES JURISTES HONGROIS

Nous ne pouvons pas parler de véritable enquête sociologique relative aux juristes hongrois avant le changement de régime. La sociologie était une discipline à refuser ou à peine tolérée par les idéologues du parti communiste. L'exploitation de la réalité a énervé à juste titre ceux qui n'ignoraient pas la différence entre la propagande et la situation réelle.

Malgré tout cela, à partir des années 70 cette discipline commence à vivre et une enquête sociologique globale concernant les juristes hongrois est également réalisée dans cette période. Mais, à cause des bouleversements importants suite au changement de régime ses résultats ont pris un aspect historique et ils ne contribuent à la compréhension de la situation actuelle que d'un point de vue historique.

Par la suite, j'essaierai d'exposer les faits et les recherches les plus importants relatifs aux juristes hongrois, qui sont à la disposition de la sociologie du droit. Comme pour les années précédant le changement de régime, les 10 années qui l'ont suivi n'étaient pas très fécondes. Bien que depuis les années 90 des changements radicaux se manifestent concernant la composition, le rôle et le prestige des juristes, très peu d'enquête empirique malheureusement ont été réalisées. Mais il paraît que le nouveau millénaire sera accompagné d'une explosion dans le domaine également des recherches. Nous avons connaissance de nombreux projets et d'enquêtes en cours. Il serait d'autant plus important que ces enquêtes et des analyses comparatives se réalisent, pour que les différents ordres de juristes ou les facultés de droit puissent prévoir une stratégie concernant l'avenir sur la base de ces résultats, afin d'éviter certaines tendances négatives.

I. Les étudiants en droit

Au delà de la valeur d'une connaissance, c'est à cause de la qualité professionnelle et morale des juristes, qu'il devient particulièrement intéressant de s'occuper des motivations de la vocation, des valeurs et de la socialisation des étudiants en droit. L'étudiant en droit devient un jour juriste, ce qui n'est pas surprenant, (en plus selon les enquêtes américaines, la majorité des étudiants le restent...) et arrivant à une nouvelle période de socialisation professionnelle, il possède certaines attitudes. Sa personnalité, sa manière de voir jouent un rôle primordial au niveau de son rapport avec les affaires et les clients. Donc, il est très important de prendre en considération les dispositions d'esprit que possèdent les personnes qui entrent à l'université, ainsi que les changements que subissent les étudiants pendant leur formation. S'il faut qu'ils

connaissent un changement de personnalité. En effet, beaucoup de personnes sont septiques vis à vis de cette question et elles affirment qu'il faut en finir avec cette idée idéaliste. Les étudiants arrivent à l'université avec une personnalité déjà développée, avec des valeurs morales, ainsi ils n'ont plus besoin d'être éduqués. De toute façon, celui qui est égoïste à l'extrême, ne deviendra jamais altruiste et inversement.

Parmi les résultats des enquêtes concernant la socialisation des étudiants en droit, la majorité ne démontre pas un changement significatif au niveau des valeurs morales, pendant la période de leurs études. Il s'agit plutôt d'une auto-sélection des étudiants, c'est-à-dire que certains types de personnalité préfèrent la faculté de droit aux autres facultés. Selon plusieurs recherches, les étudiants en droit sont caractérisés par le rationalisme et moins par l'affectif. Selon les ouvrages spécialisés, la modification essentielle est observée plutôt au niveau de la motivation. L'essentiel du changement se trouve dans le fait qu'aux Etats Unis la majorité des étudiants acceptés en facultés de droit, pensent possible ou bien ont la ferme intention d'exercer leur métier en faveur d'un groupe social en difficulté après leurs études, mais juste avant l'obtention du diplôme il n'y en a que très peu d'entre eux qui gardent cette position. Donc selon les enquêtes américaines l'influence des facultés de droit se manifeste dans le fait qu'elles dirigent fermement leurs étudiants vers des carrières juridiques traditionnelles.

1 En ce rendant compte de l'absence d'enquêtes en Hongrie concernant les étudiants en droit on a réalisé une enquête comparative concernant les motivations et la vocation des étudiants en droit, en collaboration avec des collègues allemands, au mois de décembre 1996 à l'université de Szeged et au cours de l'été 1997 à l'université de Göttingen en Allemagne. On a considéré cette enquête comme la première étape d'une recherche globale relative aux étudiants. Nous avons supposé qu'à cause des particularités des périodes précédant et suivant le changement de régime, il s'agissait d'une société d'étudiants en droit différente, de plusieurs points de vue, de celle des pays occidentaux.

Sans entrer dans les détails des résultats de l'enquête, nous avons observé les différences marquantes suivantes par rapport à l'Allemagne :

a) A la différence des étudiants allemands une attitude affective plus importante et une disposition d'esprit plus tournée vers les lettres pouvaient être observés. La raison la plus importante de cette différence trouve son origine dans un système particulier d'examen d'entrée à l'université, qui constitue un mode particulier de sélection par rapport à la pratique européenne. L'examen d'entrée basé sur la littérature hongroise et l'histoire a pour conséquence d'une part d'amener une partie considérable des étudiants en droit vers une orientation axée sur les lettres, d'autre part de fermer l'accès à la faculté de droit aux étudiants intéressés mais d'esprit scientifique.

b) La différence était frappante au niveau des hiérarchies, relatives aux professions, telles qu'elles étaient définies par les étudiants. Tandis que les étudiants allemands ont placé presque à l'unanimité la profession de médecin en tête alors que celle de juriste était souvent précédé par celles d'ingénieur et d'économiste, les étudiants hongrois, à une majorité écrasante, ont placé en première position selon presque tous les points de vue la profession de juriste.

c) En ce qui concerne les possibilités de débouchés, un optimisme plutôt mal fondé règne parmi les Hongrois. Tandis qu'une proportion très faible des étudiants allemands est sûr de trouver un emploi tout de suite après leurs études, 90 % des étudiants hongrois en sont persuadés.

2. La formation des étudiants en droit en Hongrie

24 § / Une personne qui observe le cursus de droit en Hongrie remarque tout de suite l'abondance des matières soit disant théorique qui parfois dépassent presque le nombre des matières pratiques professionnelles. Ces cours destinés à donner une culture générale juridique sont dans la plupart des cas obligatoires quoique quelques uns de ces cours sont devenus facultatifs ces dernières années. La conception de base, contrairement à la conception de la formation en droit des pays anglo-saxons et d'autres pays continentaux, est de ne pas "produire" des ouvriers professionnels juridiques prêts à être lancés immédiatement sur le marché, mais de former une élite juridique, cultivée, instruite dans plusieurs domaines, sensible aux problèmes sociaux, et dont les membres seront compétents dans tous les domaines professionnels. D'ailleurs, la méthode d'enseignement des matières professionnelles reflète bien cette conception, puisque l'étude des différentes branches du droit comprend également l'introduction historique, les principes théoriques, et les professeurs consacrent très peu de temps à la pratique judiciaire. Les cours magistraux sont centrés sur la législation, et souvent le contrôle se limite exclusivement à la connaissance des lois en vigueur et à la connaissance théorique et historique. La jurisprudence se limite à quelques importantes décisions de principe. Selon les partisans de cette méthode, il serait complètement inutile de jouer des scènes judiciaires à l'université, et d'obliger les étudiants à faire des plaidoiries régulièrement. Ils ne pensent pas nécessaire non plus d'apprendre aux futurs avocats les astuces du métier. Les jeunes diplômés ne doivent pas être en mesure non plus d'enregistrer les documents et de remplir une formule exécutoire. Pourquoi ? Parce qu'un juriste acquiert toutes ces pratiques pendant les trois années de stage, dans le milieu où il les appliquera.

Mais il est possible qu'à cause des exigences du marché les facultés de droit soient amenées à adopter un système de formation plus orienté vers la pratique. L'avantage de ce changement serait de faciliter la socialisation des juristes dans un secteur de pratique judiciaire empreint de positivisme, tandis que l'inconvénient serait la disparition d'une catégorie de juristes classiques et cultivés. D'autres dangers menacent également l'idée de former des juristes cultivés, notamment la croissance importante du nombre d'étudiants inscrits en droit ces dernières années, qui rend de plus en plus impossible un enseignement de qualité, et la production en masse, même s'il s'agit ou non d'une formation basée sur la pratique, fait diminuer évidemment le niveau de qualité.

3. Les possibilités des jeunes diplômés juristes

25 § / Pour l'instant les jeunes diplômés juristes ont plus d'avantage par rapport à d'autres professions. Mais au regard des effectifs d'étudiants des facultés de droit, il n'est pas difficile de prédire que les juristes hongrois seront bientôt confrontés au fait, qu'avec un diplôme de faible qualification et que sans avoir des parents avocats et de bonnes relations, ils deviendront chauffeur de bus ou ils mettront en valeur leur savoir dans un domaine complètement différent. Avant le changement de régime les ministères avaient comme objectif d'éviter ce problème en limitant les effectifs des facultés. Mais suite à la libéralisation du marché, la demande en juristes s'est accrue rapidement, et le manque de juristes observé dans différentes structures, ainsi que l'espoir d'avoir un revenu élevé, ont attiré des masses d'étudiants vers les facultés de droit, qui ont ouvert des promotions avec des effectifs de plus en plus importants.

Aujourd'hui, les jeunes diplômés n'ont plus vraiment le choix. Il y a quatre ans, les tribunaux, les ministères publics devaient rechercher des jeunes diplômés, surtout des garçons, mais aujourd'hui, ces derniers doivent "se battre" pour ces postes devenus vacants et

bien payés. Dans le choix du candidat, la qualité du diplôme représente un poids très important, mais dans la plupart des cas la décision dépend des relations personnelles. La situation est différente concernant les cabinets d'avocats. Beaucoup de cabinets, ou d'avocats indépendants demandent de l'argent pour employer des stagiaires, mais l'avenir n'est sûr que pour ceux qui ont un parent avocat de grande réputation. Les exceptions existent bien sûr, ce sont surtout notamment les cabinets spécialisés dans des affaires commerciales qui, ayant des recettes importantes venant de commissions permanentes, peuvent payer correctement leurs employés.

Une caste à part se constitue de cabinets étrangers qui, disposant de la confiance des investisseurs étrangers, effectuent le travail relatif à la création d'entreprises et d'autres missions juridiques relatives aux entreprises, pour des rémunérations très importantes du point de vue hongrois. Ces cabinets implantés à Budapest prennent une part très importante du marché juridique et il paraît qu'ils ont toujours besoin de jeunes juristes hautement qualifiés. A ce niveau la recommandation ne fait qu'accroître la confiance, et si quelqu'un parle parfaitement la langue en question ou d'autres langues étrangères, s'il présente bien et s'il est travailleur, il aura une sécurité d'emploi, un revenu important, mais si peu de temps libre.

II. La situation des métiers juridiques classiques

Avant le changement de régime nous pouvions parler d'une catégorie de juristes, employés, mal payés et ayant un prestige limité, ainsi qu'une catégorie fermée d'avocats, dont les effectifs étaient limités, et ayant un niveau de vie élevé. En possédant le diplôme universitaire, il était égal de devenir procureur, juge, ou employé dans l'administration, d'un point de vue financier ainsi que du point de vue de l'autonomie de travail. La seule possibilité d'ascension du point de vue financier était de devenir avocat, mais il était presque impossible d'entrée dans l'ordre des avocats sans avoir des parents avocats et des relations politiques, liées au parti.

Le changement de régime a modifié considérablement cette situation. Le gouvernement du premier parlement démocratiquement élu avait l'intention ferme d'assurer un revenu important aux catégories des juges et des procureurs par rapport à d'autres groupes de fonctionnaires. L'objectif était avant tout de restaurer l'autorité des tribunaux. Parallèlement, la législation a mis fin à l'aspect fermé des ordres d'avocats et avec des conditions objectives il a rendu possible pour tout le monde l'ouverture d'un cabinet d'avocat.

Tous ces changements ont restructuré fondamentalement le monde des juristes en Hongrie en quelques années.

Le nombre d'avocats s'est accru considérablement et en même temps la concurrence est très forte au niveau des postes dans les tribunaux et dans les ministères publiques. Malheureusement, cette concurrence est loin d'être objective, ainsi une des missions les plus importantes des législateurs sera d'élaborer un système plus juste. Une caractéristique typiquement hongroise, contrairement aux tendances européennes, est l'avantage considérable que les hommes ont par rapport aux femmes d'obtenir un poste de juge ou de procureur. Les origines de cette tendance étaient la "féminisation" de ces métiers dans la période du socialisme, mais actuellement le sentiment d'équité de beaucoup de personnes est lésé, quand un homme de compétence faible est nommé plus vite juge qu'une femme de compétence forte. D'autres problèmes se posent, au niveau du vieillissement des corps d'avocats et de juges. Il ne s'agit pas de l'âge en soit mais de la socialisation des juristes plus âgés, issus d'un système où la valeur

principale était la conformité, alors qu'aujourd'hui la transmission de cette valeur ne devrait pas être un but.

Les avocats constituent la seule catégorie de juristes qui soit concernée par une enquête sociologique empirique et globale réalisée dans les années 90. Ce groupe social a été étudié par un groupe d'étudiants en sociologie, dirigé par Utasi Ágnes, sociologue. La présentation détaillée de cette enquête concernant 1500 personnes, dépasserait nos limites, ainsi nous n'allons souligner que quelques remarques importantes.

Les chercheurs parlent des avocats en tant que représentants typiques de la classe moyenne. Mais d'après eux, alors que la société perçoit les avocats comme un groupe homogène, dont les membres ont un revenu élevé par rapport à la moyenne, l'image réelle est beaucoup plus différenciée. Cette constatation coïncide avec mes enquêtes. J'ai réalisé des entretiens dans les sociétés employant des avocats d'un seul département, qui ont donné une image très diversifiée du point de vue de la qualité professionnelle et du niveau de vie. L'accroissement brusque des effectifs dont nous avons déjà parlé avait comme conséquence une dilution et une concurrence plus accrue. C'est pourquoi aujourd'hui des différences plus fortes peuvent être observées parmi les avocats, par rapport à la situation précédant le changement de régime. Cette différence concerne le niveau de vie mais ce qui est encore plus important, le niveau variable éthique et professionnel. Malgré que les ordres d'avocats essayent de rendre obligatoire les examens éthiques, de plus en plus d'avocats se retrouvent sur le banc des accusés.

Une autre constatation intéressante de l'enquête est que l'orientation politique des avocats est très proche des proportions européennes. La majorité des avocats ont des convictions politiques de droite et cette proportion est plus importante que la moyenne parmi ceux qui se placent dans un groupe social supérieur.

III. Appréciation sociale des juristes

L'appréciation sociale des juristes est extrêmement contradictoire partout dans le monde. Cette appréciation part de l'ergoteur froid, insensible, sec et matérialiste à l'extrême en passant par le juge cultivé qui rend la justice, jusqu'à l'avocat défendant des personnes hors-la-loi. Ces prises de position extrêmes suivent parfaitement l'image variable du juriste dessinée par les médias. Jerome Frank y fait également allusion dans son oeuvre intitulé "Law and the modern mind". L'explication de Frank est assez particulière, il trouve la réponse à la question dans le complexe paternel. Selon lui l'individu cherche la même sécurité dans le droit que dans le père, c'est-à-dire une personne qu'il estime et dont il ne met jamais en cause les décisions, durant son enfance. Mais il ne trouve jamais cette sécurité dans le droit, ainsi il suppose que les litiges sont fabriqués par les méchants juristes. Or, déduit-il, "l'idée populaire sur la possibilité de l'exactitude juridique est basée sur une erreur".

Les juristes supportent assez mal cette appréciation négative par rapport à d'autres métiers, ce qu'une enquête américaine a prouvé. Plus de la majorité des juristes craignent que la société méprise plus leur métier que d'autres. Il paraît que ce n'est pas sans fondement parce que selon une enquête effectuée en 1973, 82 % des gens ont plus confiance en les policiers et les éboueurs qu'en les juristes. Bien sûr ce n'est qu'une partie de l'appréciation, mais dans la hiérarchie des métiers les juristes sont placés à un niveau assez bas. Mais la méfiance vis-à-vis des juristes et l'échelon inférieur accordé aux juristes dans la hiérarchie professionnelle ne veulent pas dire qu'on n'apprécie pas positivement ce métier sous d'autres points de vue (par exemple financier).

L'image des juristes et tout particulièrement des avocats est encore plus négative dans la société hongroise. La raison principale trouve son origine dans le fait que pendant les quelques années, qui ont suivi le changement de régime de nombreux scandales ont choqué la société, dans lesquels des juristes étaient nécessairement impliqués. Au sujet de ces affaires, c'est en fait une information, concernant des commissions énormes, qui a été mise au grand jour, et dont l'ordre de grandeur a largement dépassé l'imagination des salariés. Lors d'un contrat de vente, la commission d'un avocat s'élève à 1 % du prix de vente, et le lectorat, dans le cas d'un contrat de vente d'un montant de 1 milliard, peut être facilement amené à penser alors que le juriste touche sans le mérité une somme trop élevée par rapport au travail effectué et à la responsabilité prise. Bien sûr, ce sont plutôt les personnes à bas salaire qui sont vraiment choqués. La rémunération trop élevée des juristes constitue un problème polémique dans le monde entier, surtout si c'est de l'argent public qui atterri dans la poche des juristes, comme c'est arrivé parfois en Hongrie. L'image de l'avocat qui lutte à tout prix pour la justice n'est connu aujourd'hui en Hongrie que par les films américains, parce que le système hongrois de procédure ne donne pas vraiment la possibilité aux avocats de briller. Le juge d'instruction intègre des films italiens n'est pas présent non plus dans l'opinion public, malgré qu'il soit reconnu que la justice soit moins corrompu que l'administration. Les critiques relatives à la législation parlent souvent également des juristes, dont la participation trop importante est objecté. Les juristes sont parfois accusés d'élaborer des règles juridiques de telle façon qu'il se garde une porte de sortie. Mais ce ne sont que des conclusions tirées de la presse qui, comme nous le savons bien, offre un reflet difforme de l'opinion public.

1. Angelusz-Balogh-Körmendy-Lédere-Székely: Jogászság társadalmi helyzete és szakmai életútja, Szociológiai füzetek 13., Budapest, O.M. 1977);
2. Badó - Loss - Szilágyi - Zombor: Bevezetés a jogszociológiába 1997., Bíbor Kiadó, Miskolc
3. R. David and M.J. Gunn: The Modern English Legal System. Second Edition, Sweet and Maxwell, London, 1991. 23. old.;
4. Frank, Jerome (1930) Law and the modern mind. London and Stevens
5. Kenneth H. Barry and Patricia A. Connelly, "Research on Law Students: An Annotated Bibliography" 1978 American Bar Foundation Research Journal 751;
6. G. Andrew H. Benjamin, Alfred Kasniak, Bruce Sales, and Stephen B. Shanfield, "The Role of Legal Education in Producing Psychological Distress among Law Students and Lawyers" 1986 American Bar Foundation Research Journal 225.;
7. Carlin, 1966: Lawyers' Ethics. New York: Russel Sage Foundation 143-46.
8. Paul D. Carrington and P. C. James, "The Alienation of Law Students" 75 Michigan Law Review 887;
9. Leonard E. Eron and Robert S. Redmount, "The Effect of Legal Education on Attitudes" 9 Journal of Legal Education 431;
10. Marilyn Heins, Shirley Nichols Fahey, and Roger C. Henderson, "Law Students and Medical Students: A Comparison of Perceived Stress" 33 Journal of Legal Education 511;
11. Susan Ann Kay, "Socializing the Future Elite: The Nonimpact of Law School" 59 Social Science Quarterly 347;
12. Duncan Kennedy, Legal Education as Training for Hierarchy. In David Kairys, ed. The Politics of Law. New York: Pantheon;
13. Lortie, 1958 Laymen to Lawmen: Law School, Careers, and Professional Socialization. 29 Harvard Education Review 352;
14. Nagy Zsolt: A kirendelt védő jogintézményének jogszociológiai elemzése. In: Magyar Jog, megjelenés alatt
15. Paul Van R. Miller, "Personality Differences and Student Survival in Law School" 19 Journal of Legal Education 460; Shaffer & Redmount, 1977;
16. Pokol Béla: A jog szervezete, Felsőoktatási és Koordinációs Iroda, Budapest, 1991;
17. Utsi Ágnes, Az ügyvédek hivatásrendje, Új mandátum, Budapest, 1999;
18. Varga Csaba: A kodifikáció mint társadalmi - történelmi jelelenség, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1979.

Über die Testierfreiheit in der Vorbereitung des BGB

Die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts pflegte im wesentlichen die Romanistik. Sie untersuchte das römische Recht und plädierte in weiten Teilen für seine unveränderte Übernahme bzw. Beibehaltung, soweit es mit den herrschenden Vorstellungen vereinbar war.¹

A. Die Vorgeschichte unter besonderer Berücksichtigung des Testamentsrechts

Da das altgermanische Recht nur die Intestaterbfolge der Familie, aber keine gewillkürte Erbfolge mit Testamenten kannte,² stellte sich in dieser Zeit die hier untersuchte Problematik insoweit beigefügter Bedingungen nicht. Nach der germanischen Rechtsordnung war nicht der Familienvater Herr des Vermögens, sondern die Familie als Ganzes selbst.³ Sofern kein leiblicher Erbe vorhanden war, half man sich — wie im frühen römischen Recht — mit der Adoption.⁴ Erst mit dem Vordringen des römischen Rechts seit der Zeit der Glossatoren im 12. Jahrhundert, als Studenten aus ganz Europa nach Bologna zogen, um dort römisches Recht zu studieren, kam die Vorstellung, das Vermögen oder zumindest Teile desselben für den Todesfall nach eigenem Gutdünken zu verteilen, auch ins deutschrechtliche Gebiet. Dazu trug auch die Kirche bei, die an Zuwendungen auf den Todesfall interessiert war und daher römische Testierfreiheit, zumindest aber den sog. "Freiteil" oder das sog. "Seelgerät" propagierte, über den jeder frei sollte verfügen können.⁵ Nach den Vorstellungen des Kirchenvaters Augustinus erstrebte die Kirche dabei den sog. "Sohnesteil Christi", d.h. einen gleich großen Anteil wie die übrigen Erben.⁶ Nach Aders⁷ gab es schon früh die Pflicht der Fürsorge für die Toten und einen hierfür bestimmten Freiteil.

Der Freiteil im christlichen Sinn findet vereinzelt (in der irischen Mission) bereits im 8. Jahrhundert Anwendung und ist im 12. Jahrhundert allgemein verbreitet.⁸ Damit hatte auch das Testament selbst Fußsá gefaßt. In den Stadt- und Partikularrechten dieser Zeit war es häufig vorgesehen, und im 13. Jahrhundert wurden die ersten Überlieferten Testamente verfaßt.⁹ Freilich war damit noch keine freie Verfügung über die gesamten Besitztümer des Erblassers gestattet; vielmehr bestanden vielfältige Einschränkungen. Diese Quellen enthalten jedoch noch keine Angaben zu Potestativbedingungen. Die mehr oder weniger völlig freie Verfügungsmacht über die gesamte Habe setzt sich nur zögernd durch, verfochten hauptsächlich von der Kirche und den Gelehrten des römischen Rechts.¹⁰

¹ Mitteis/Lieberich, Kap. 46 IV 2 a, S. 443 f. u. Kap. 49 II, S. 468 ff.m.w. N.

² Statt aller Hattenhauer, Grundbegriffe, S. 184 f.

³ So Munzinger, Erbrechtliche Studien, S. 10; auch Aders, S. 1 m.w. N.

⁴ Schmitz, Testierfreiheit, S. 3 f.

⁵ Vgl. Mitteis/Lieberich, Kap. 12 I 4, S. 58; zum "Sohnesteil Christi" v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 36 Fn. 27 m.w. N.; Hattenhauer, Grundbegriffe, S. 185 ff.; Besse, Testierfreiheit, S. 30 ff.; sehr eingehend zur Entwicklung in den Volksrechten auch Schultze, Augustin und der Seelteil, insbes. S. 1 ff., 27 ff., zum "römischen Vorbild" S. 33 ff.; Wegmann, S. 3 ff.; Schmitz, Testierfreiheit, S. 3 f.

⁶ Dazu näher Schultze, Augustin und der Seelteil, S. 181 ff., 186 ff., S. 184 zu der Methode des Augustinus, Beispiele aus dem juristischen Bereich zur Erläuterung der Glaubenssätze zu wählen; ferner Bruck, Kirchenväter, S. 76 ff. und Bruck, Totenteil und Seelgerät, S. 101 ff. zum Freiteil und S. 329 zum Seelgerät des germanischen Rechts.

⁷ Aders, Testamentsrecht der Stadt Köln, S. 1; dazu ferner Bruck, Totenteil und Seelgerät.

⁸ Vgl. Mitteis/Lieberich Kap. 12 I 4, S. 58; Hattenhauer, Grundbegriffe, S. 186 f.; eingehend auch Bruck, Kirchenväter, S. 168 ff. m.w. N.

⁹ Vgl. Spieß, Unsittliche Bedingungen, S. 26; ferner Hesse, Testierfreiheit, S. 108 ff. m.w. N.

¹⁰ Vgl. nur Hattenhauer, Grundbegriffe, S. 187 ff. m. zahlr. w.N.; Hesse, Testierfreiheit, S. 110 ff.

Generell führten die Verstärkung und die zunehmend jedenfalls bei Einzelnen vorhandenen wachsenden Vermögen zu dem Wunsch nach Testierfreiheit, so daß zunehmend römisches Recht rezipiert wurde.¹¹ Exemplarisch schildert Aders die Entwicklung speziell in Köln. Er bringt zahlreiche Beispiele aus dem Mittelalter, als Köln eine äußerst blühende und wohlhabende Stadt war. Aus seinen Beispielen ergibt sich, daß Bedingungen möglich und üblich waren,¹² etwa eine Enterbung des Sohnes, wenn er nicht eine Bußfahrt — z. B. nach Rom oder Santiago de Compostela — unternahm und seine Schulden an die Eltern zurückzahlte; ferner Enterbungen für den Fall des "schlechten Lebenswandels", der Heirat gegen den Willen der Familie oder des Unfriedens mit dem überlebenden Elternteil oder einem Stiefelternteil.¹³ Auch die negative Potestativbedingung war bekannt und wurde wie im heutigen Recht nach § 2075 BGB in eine auflösende Bedingung umgedeutet;¹⁴ Wiederverheiratungsklauseln waren ebenfalls üblich.¹⁵

Im Hoch- und Spätmittelalter erweiterten sich die zulässigen Verfügungen von Todes wegen um Erbverträge, die ursprünglich allerdings nur unter Ehegatten, später auch unter Verwandten geschlossen werden konnten.¹⁶ Erst die Partikularrechte gewährten — teilweise unter Begrenzung durch Pflichtteile — Testierfreiheit mit der Möglichkeit der Enterbung¹⁷ und erwähnen unmögliche und sittenwidrige Bedingungen bei Testamenten. Sie folgen weitgehend dem römischen Recht und betrachten diese Bedingungen als nicht geschrieben.¹⁸ Auf die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit und die Gründe für die Beurteilung als unzulässig wird dort nicht näher eingegangen; sie mögen vergleichbare Gründe gehabt haben wie bereits bei den römischen Juristen.

B. Einzelne Aspekte und ihre Auswirkungen

Im Laufe der Zeit fielen selbstverständlich das Sklaven- und Freigelassenenrecht fort, ebenso im Erbrecht Bedenken der dem *princeps* entsprechenden Herrscher. Die Vorstellung von einer Vererbung der Persönlichkeit wurde jedenfalls in der Intensität, die im römischen Recht geherrscht hatte, aufgegeben.¹⁹ Dagegen blieb die Auffassung, daß der Erbe am Ruhm der Vorfahren teilhabe, erhalten. In dem für diese Arbeit relevanten Bereich des Testamentsinhalts ergaben sich ebenfalls kaum Änderungen. Potestativbedingungen waren nach wie vor zulässig. Sofern sie unmöglich oder sittenwidrig waren, wurden sie gestrichen.²⁰ Die Anschauungen betreffend die guten Sitten allerdings, die für die eventuelle Bewertung der Bedingungen als sittenwidrig maßgeblich waren, wandelten sich mit der Zeit und sind im folgenden dargestellt.

I. Einstellung zu Erziehung, Ehe, Familie und Vermögen

Auch in der konservativ ausgerichteten Welt des 19. Jahrhundert hatten die Wünsche der Eltern und Vorfahren hohes Gewicht, so daß auch letztwillige Anordnungen betreffend die persönliche Lebensführung des Bedachten großenteils zulässig waren. Die Bereiche der Eheschließung und der Gewissensfreiheit wurden schon im römischen Recht besonders geschützt; insoweit bestand daher ebenfalls kein Unterschied.

¹¹ Schmitz, Testierfreiheit, S. 4.

¹² Aders, Testamentsrecht der Stadt Köln, S. 87 m.N.

¹³ Aders, Testamentsrecht der Stadt Köln, S. 89 m.N.

¹⁴ Aders, Testamentsrecht der Stadt Köln, S. 89 m.N.

¹⁵ Aders, Testamentsrecht der Stadt Köln, S. 89 m.N.

¹⁶ Schmitz, Testierfreiheit, S. 3 f.

¹⁷ Hattenhauer, Grundbegriffe, S. 191 ff. mit Beispielen aus dem preußischen ALR.

¹⁸ Dazu eingehend Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 410 ff., insbes. S. 414 ff. mit Beispielen aus verschiedenen Partikularrechten; weitere Beispiele aus den Partikularrechten bei Fr. Mommsen, Entwurf, S. 208 ff.

¹⁹ Savigny, System I, S. 380 f.; Hattenhauer, Grundbegriffe, S. 195 ff.

²⁰ Dernburg/Sokolowski, System I, S. 191; vgl. auch Staudinger/Otte, § 2074 BGB Rz. 39 f. m.w. N. aus der gemeinrechtlichen Rechtsprechung, auch Rz. 55 m.w. N. aus den neueren Gesetzgebungen; Flume, AT 11 § 38, 4 d, S. 693; Kellenter, Letztwillige Potestativbedingungen, S. 171, jeweils m.w. N. zur gemeinrechtlichen Literatur.

1. Erziehung

Der formal wichtigste Unterschied ist das Fehlen des *ius vitae necisque* des Vaters sowie die zumindest rechtlich zwar noch gegebene, aber weniger strenge Unterwerfung von Ehefrau und Kindern. Gleichwohl führt dies kaum zu anderer Beurteilung der hier untersuchten Bedingungen. Vielmehr wird nach wie vor von Kindern erwartet, daß sie dem Willen des Vaters gehorchen. Eine weitere Parallele zeigt sich in der konservativen Haltung zu Erziehung und Ausbildung. Ähnlich wie in römischer Zeit war die Erziehung jedenfalls der männlichen Jugendlichen von Strenge, körperlichen und seelischen Zuchtmitteln und militärischem Drill geprägt, um junge Männer auf die Hierarchien in der Armee und/oder im Berufsleben vorzubereiten. Ähnlich war es bei Frauen, die in aller Regel auf Unterordnung in Ehe und Familie hin erzogen wurden.

2. Einstellung zur Ehe

Die Einstellung zur Eheschließung hatte sich ebenfalls nicht wesentlich verändert. Wie im römischen Recht entsprach es zwar dem Ideal, daß die Ehe auf dem freien Willen der Partner beruhte; ebenso wie in der Antike aber wurden Ehen gerade in adligen und wohlhabenden Kreisen nicht zuletzt aus finanziellen oder dynastischen Gründen arrangiert, häufig, um das Vermögen in der Familie zu halten bzw. zu vermehren oder auch einen Herrscherthron zu erhalten oder zu erlangen.

Demnach wurde die Bedingung, überhaupt oder auch eine bestimmte Person zu heiraten, wie im römischen Recht als selbstverständlich zulässig angesehen, ebenso die, eine bestimmte Person nicht zu heiraten.²¹ Unzulässig war dagegen die Forderung, nach der Willkür eines Dritten zu heiraten.²² Sittenwidrig und nichtig war ferner die Bedingung der Ehelosigkeit²³ bzw. der Scheidung.²⁴ Ausnahmen galten aber insoweit für Witwen,²⁵ die bereits mindestens ein Kind hatten,²⁶ für diese war die Bedingung der Ehelosigkeit zulässig.

3. Einstellung zu Familie und Vorfahren

Auch hinsichtlich der Familie sind keine gravierenden Änderungen zu verzeichnen. Einflußreiche und wohlhabende Familien wiesen einen ähnlichen Familiensinn und ein vergleichbares Zusammengehörigkeitsgefühl auf wie in römischer Zeit. Sie waren konservativ und bemühten sich um die Bewahrung überlieferter Werte.²⁷

Die Vorfahren wurden zwar nach wie vor als Vorbild angesehen und ihr Andenken wurde in Ehren gehalten, doch in abgeschwächter Form gegenüber der Antike. "*Mos maiorum*" als generell in rechtliche Bereiche hineinwirkende sittliche Normen gab es in dieser Form nicht mehr. Sitte und Herkommen erstreckten sich nur noch auf den moralischen, nicht mehr auf den rechtlichen Bereich, konnten aber im Einzelfall insoweit Auswirkungen haben.

²¹ Gaape, FS Zitelmann, S. 2 (28 f.); Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 431 m.w. N. und Beispielen aus der neueren Partikulargesetzgebung, zu dieser auch Fr. Mommsen, Entwurf, S. 213 ff.; v. Hartitzsch, Erbrecht, S. 356 m.w. N.

²² Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 429 ff. mit entsprechenden Partikularrechten.

²³ Vgl. nur Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 420, 425 ff. mit Beispielen aus der Partikulargesetzgebung u.w. N.; zu diesen auch Fr. Mommsen, Entwurf, S. 213 ff.; v. Hartitzsch, Erbrecht, S. 356 m.w. N.; v. Scheurl, Nebenbestimmungen, S. 295 f.

²⁴ Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 342 f.

²⁵ Hartitzsch, Erbrecht, S. 356 m.w. N.

²⁶ Vgl. Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 428 ff. mit Beispielen der Partikularrechte u.w. N.; Fr. Mommsen, Entwurf, S. 213 ff.

²⁷ Vgl. Wegmann, S. 9 ff.

4. Einstellung zum Familienvermögen

Die Ansicht, daß das Familienvermögen zusammengehalten werden soll, zieht sich vermutlich durch die gesamte Geschichte. Zahlreiche Vermächtnisse an nahe und ferne Verwandte und Freunde wurden in der veränderten Gesellschaftsstruktur der Industrialisierungsgesellschaft nicht mehr ausgesetzt. Stattdessen wurden wohlthätige Stiftungen und Spenden getätigt oder Denkmäler errichtet.

5. Auswirkungen auf die Beurteilung von Potestativbedingungen

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Stellung der Vorfahren, insbesondere des Vaters, zwar moralisch noch stark war, diese Autorität aber keine so starke rechtliche Grundlage hatte wie die *patria potestas* und das *ius vitae necisque*.²⁸

Auch von der nach wie vor gegebenen Möglichkeit der Enterbung wurde Gebrauch gemacht. Eine konservative, auf die Vergangenheit bezogene Einstellung war weithin herrschend. Die — wie im römischen Recht — angestrebte erzieherische Wirkung bedingter letztwilliger Zuwendungen zeigt sich beispielsweise auch darin, daß Poenallegate, d.h. zum Zweck der Bestrafung des Erben auferlegte Vermächtnisse, nunmehr stets erlaubt waren, sofern sie nicht etwas Unmögliches oder Sittenwidriges forderten.²⁹

Aus alledem kann auf eine grundsätzlich weitgehende Gestattung von Potestativbedingungen geschlossen werden, die in die persönliche Lebensführung des Bedachten eingriffen, weil Macht und Autorität der meist älteren Erblasser, insbesondere der Eltern, zwar keine so weitgehende rechtliche Absicherung mehr hatten wie im römischen Recht, aber faktisch von kaum veränderter, großer Bedeutung waren. Nur bei höchstpersönlichen, wichtigen Entscheidungen wie der Eheschließung und der Ehescheidung wurde der Freiheit des Bedachten der Vorrang eingeräumt, jedoch auch nur, soweit es um die erste Eheschließung ging. Die neueren Partikularrechte wie etwa das Preußische ALR gestatteten, wie schon das römische Recht, die sog. Wiederverheirathungsklauseln, denen zufolge der überlebende Ehegatte die Zuwendung im Falle erneuter Heirat verlor.³⁰

II. Weitere Bereiche

Daneben gab es noch eine Reihe weiterer Aspekte, die in Testamentsbedingungen Berücksichtigung finden konnten.

1. Finanzielle Aufwendungen

Sofern vom Bedachten mittels einer Bedingung lediglich eine Geldzahlung oder eine sonstige rein finanzielle Investition verlangt wurde, so etwa die Zahlung einer Summe an eine Person oder Institution, die Errichtung eines Grab- oder Denkmals oder einer Stiftung im weiteren (nichtjuristischen) Sinne, so war eine solche Bedingung wie im römischen Recht unzweifelhaft zulässig. Solche Vorschriften waren letztlich noch eher Ausfluß der Privatautonomie als der Testierfreiheit, weil der Testator die Investitionen größtenteils auch zu seinen Lebzeiten selbst hätte tätigen können, sofern diese aus dem zugewandten Vermögen zu bestreiten waren und keine zusätzlichen eigenen Opfer des Bedachten verlangt waren. Dann hätte der Bedachte die erforderliche Summe ebenfalls nicht erhalten.

Zudem entspringen solche Anordnungen häufig dem "Unsterblichkeitswunsch" des Verstorbenen. Das Bestreben nach "Verewigung" wohnte nicht nur dem Menschen der Antike inne, sondern war und ist zu

²⁸ Zur Abschwächung der Hausgewalt im Lauf der Zeit vgl. Wacke, Artikel "patria potestas" im HRG.

²⁹ Hartitzsch, Erbrecht, S. 358 m.w. N.

³⁰ Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 428 ff. sowie Fr. Mommsen, Entwurf, S. 208 ff., 213 ff., jeweils mit weiteren Beispielen anderer Partikulargesetze.

jeder Zeit anzutreffen,³¹ denn die menschliche Natur des Individuums hat sich — allen wissenschaftlichen, gesellschaftlichen und auch rechtlichen Fortschritten zum Trotz — wenig verändert.³² Dementsprechend wurde derartigen Wünschen eines Testators auch im 19. Jahrhundert Toleranz entgegengebracht.

Dafür sprach auch, daß Bedingungen solcher Art nicht wesentlich in die persönliche Lebensführung eingreifen; Zahlungen oder die Beaufsichtigung von Arbeiten für ein Grab- oder Denkmal, Gebäude etc. sind jedermann zumutbar, wenn er zum Ausgleich eine letztwillige Zuwendung erhält. Wenn die verlangten Investitionen den Nachlaß erschöpften, verblieb dem Bedachten zumindest die *quarta Falcidia*.

2. Bestimmungen über den Aufenthaltsort

Die Differenzierung des römischen Rechts nach Freien und Freigelassenen war selbstverständlich im 19. Jahrhundert nicht mehr relevant. Aus der Bedeutung von Familie und Erziehung kann aber geschlossen werden, daß ebenso wie in der Antike etwa die Bedingung, daß eine Mutter oder sonst ein naher Verwandter bei einem Minderjährigen bleiben müsse, zumindest bis zum Eintritt der Volljährigkeit oder zu dem Zeitpunkt, zu dem der zu Betreuende die Fürsorge nicht mehr benötigt oder nicht mehr wünscht, als zulässig angesehen wurde. Die Bedingung, einen bestimmten Ort nicht aufzusuchen, z. B. "nicht nach Asien zu reisen", war wie im römischen Recht zulässig.³³

Auch darüber hinaus scheint die Auffassung im vorigen Jahrhundert den Bedingungen über den Aufenthaltsort weniger ablehnend gegenüberstanden zu haben als das römische Recht.³⁴ Die Ursachen hierfür sind schwer zu ergründen. Möglicherweise hatte die sich seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert zunehmend verbreitende persönliche Freizügigkeit³⁵ in der damaligen Gesellschaft nach Fortfall der Sklaverei einen geringeren Stellenwert, so daß die Testierfreiheit ihr gegenüber nunmehr höherrangig war.

3. Bestimmungen über die Berufswahl

Hinsichtlich solcher Anordnungen zur Berufswahl sind zwar in der Literatur — soweit ersichtlich — keine konkreten Aussagen zu finden, doch ist von der Zulässigkeit solcher Bedingungen auszugehen. Die Wahl des Berufs fand regelmäßig in einem Alter statt, in dem der junge Mensch entweder noch nicht volljährig war, oder zwar gerade volljährig, aber doch noch unter dem starken Einfluß seiner Eltern lebte. Daher war eine Einwirkung auf die Berufswahl etwas Selbstverständliches und konnte auch mittels einer bedingten letztwilligen Zuwendung geschehen. Ausnahmen galten nur, sofern die gewünschte Berufswahl Konsequenzen hatte, die ihrerseits nicht als Bedingung gestellt werden durften, z. B. der Beruf des katholischen Priesters, der Ehelosigkeit voraussetzte,³⁶ denn die Bedingung der Ehelosigkeit war unzulässig.

4. Bedingung der Beibehaltung oder Änderung der Religion

Die Religion betreffende Bedingungen wurden teilweise als sittenwidrig angesehen mit der Begründung, ein so bedeutsames Rechtsgut wie die Bekenntnisfreiheit sollte nicht durch finanzielle oder materielle Erwägungen (das Zugewandte bei Nichterfüllung der Bedingung zu verlieren) beeinträchtigt werden,³⁷ auch

³¹ Bruck, Über römisches Recht, S. 62 ff. mit Beispielen: So wurden zu diesem Zweck nicht nur Denkmäler, sondern auch Gastmähler, Spiele, Verteilung von Geld und kleinen Geschenken etc. veranlaßt.

³² Bruck, Über römisches Recht, S. 63.

³³ Vgl. Endemann, Römisches Privatrecht, S. 226 m.w. N.

³⁴ Vgl. Fr. Mommsen, Entwurf, S. 215.

³⁵ Zu ihrer Entwicklung vgl. Neusser, Art. "Freizügigkeit" im HRG: Die Freizügigkeit war bereits im preußischen ALR in II 17 §§ 127 ff. verankert, ferner in den Verfassungen des Deutschen Reiches von 1849, des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches von 1871, später in der Weimarer Reichsverfassung und im Grundgesetz als Grundrecht.

³⁶ Zu diesem Fall aus dem gemeinen Recht vgl. Lübtow, Erbrecht I, S. 349.

³⁷ Etwa Windscheid/Kipp, Pandektenrecht, S. 423 Fn. 13 m.w. N.; auch v. Savigny, System III, S. 184 f. m.w. N. äußert sich hierzu ohne Quellenangabe und vermutet,

das Reichsgericht entschied so und hielt Bedingungen, die die Beibehaltung oder Änderung der Religion zum Inhalt hatten, für "pro non scripta."³⁸

Andere hielten Bedingungen hinsichtlich der Religion für generell zulässig,³⁹ wieder andere beurteilten sie je nach den Umständen des Einzelfalles.⁴⁰ Hartitzsch⁴¹ etwa betrachtete das Verbot, die derzeitige Religion zu ändern, als zulässig, das Gebot der Änderung dagegen als sittenwidrig. Scheurl⁴² wollte jeweils den individuellen Fall danach entscheiden, ob gerade die materielle Zuwendung die Religionsänderung oder -beibehaltung bewirken sollte. Dieser Streit war indes mehr akademischer Natur: Das preußische ALR und die anderen seitdem erlassenen Gesetzgebungen hielten wegen der seit der Aufklärung vordringenden Idee der Bekenntnisfreiheit Bedingungen betreffend die Änderung oder Beibehaltung des Bekenntnisses für unzulässig⁴³ und folgten damit der im römischen Recht wohl vertretenen Auffassung und der überwiegenden Ansicht der Pandektenrechtswissenschaftler.

5. Sonstige Bedingungen

Bedingungen betreffend den Beitritt zu einer Partei oder Gewerkschaft sind weder aus den Quellen noch aus der Literatur ersichtlich, mögen aber im Hinblick auf die Autorität des Erblassers und noch nicht entwickelte Grundrechte zulässig gewesen sein.

6. Besonderheiten bei Pflichtteilsberechtigten

Pflichtteilsberechtigte Personen konnten im 19. Jahrhundert ebenfalls bedingt eingesetzt werden, jedoch nur insoweit, als die Zuwendung über den Pflichtteil hinausging.⁴⁴ Nach Koeppen⁴⁵ war zudem lediglich eine suspensive Potestativbedingung zulässig.⁴⁶

III. Die favores

Nach dem bisher Gesagten ergibt sich, daß das gemeine Recht auch die *favores* des antiken römischen Rechts zumindest ihrem Wesensgehalt und häufig sogar dem Begriff nach übernommen hatte.

Abgesehen vom *favor libertatis*, der mit dem Verschwinden der Sklaverei obsolet geworden war, kann insoweit ergänzend auf die Erörterungen der *favores* im römischrechtlichen 1. Teil verwiesen werden.

daß die Bedingung auch im römischen Recht unzulässig gewesen sei; Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 420, 433 ff.

³⁸ Entscheidungen zitiert bei Otto, Personale Freiheit, S. 6, 119 ff.

³⁹ So etwa Vangerow, Pandekten I, S. 138, mit Darstellung des Streitstandes.

⁴⁰ Savigny, System III, S. 184 f.; Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 420, 433 ff., jeweils m.w. N.

⁴¹ Hartitzsch, Erbrecht, S. 356 m.w. N.

⁴² Scheurl, Nebenbestimmungen, S. 292 ff., insbes. 293 a.E.

⁴³ Nachweise zur Gesetzgebung bei Gruchot, Preußisches Erbrecht, S. 436 ff. sowie zur Gesetzgebung und Rechtsprechung bei Keuk, Fam RZ 1972, S. 9 (10).

⁴⁴ Bartitzsch, Erbrecht, S. 350 f. M.w. N.

⁴⁵ Koeppen, Erbrecht III, S. 508 m.w. N.

⁴⁶ Ebenso für das römische Recht und damit auch für die Pandektistik Scheurl, Nebenbestimmungen, S. 314 ff.

C. Die Vorbereitung des Bürgerlichen Gesetzbuches

Die Naturrechtstheorien hatten lediglich die Berechtigung des Erbrechts untersucht und verschiedene Ansätze erforscht. Dagegen war in der Zeit der französischen Revolution die völlige Abschaffung des Erbrechts erwogen und sogar für kurze Zeit eingeführt worden; später allerdings wurde jedenfalls die Berechtigung des Intestaterbrechts nur noch vereinzelt in Frage gestellt.

I. Die Sichtweise des Erbrechts und der Testierfreiheit

Im Rahmen der Vorbereitung des BGB stand im wesentlichen fest, daß das Erbrecht gewährleistet werden sollte. Kontrovers wurde jedoch besonders die Frage diskutiert, ob und inwieweit Testierfreiheit gewährt werden sollte, insbesondere wiederum, ob und inwieweit die Testierfreiheit durch Pflichtteilsrechte eingeschränkt werden sollte.⁴⁷ In diesem Zusammenhang wurden insbesondere die deutschrechtlichen Gedanken, die die Rechte der Familie in den Vordergrund stellten, wie "wer will wohl und selig sterben, lass sein Gut dem rechten Erben", "das Gut rinnt wie das Blut" usf.⁴⁸ gegen die aus dem römischen Recht stammende Testierfreiheit vorgebracht.

Diese Problematik ist indes nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit, denn letztlich hat sich die Testierfreiheit weitgehend durchgesetzt, der Schutz der Angehörigen wird durch Pflichtteilsrechte⁴⁹ gewährleistet. Demzufolge beruhen die hier erarbeiteten Überlegungen bereits darauf, daß Testierfreiheit und damit generell die Möglichkeit potestativbedingter Zuwendungen besteht.

II. Die spezielle Problematik der Potestativbedingungen

Zu fragen ist nun, wie bei der Planung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die einzelnen Aspekte berücksichtigt worden sind.

1. Aspekte der Erziehung und Autorität

Bezüglich der Erziehung und Autorität kann im wesentlichen auf die Ausführungen zur Pandektistik verwiesen werden. Nach wie vor war die Autorität häufig das wesentliche Erziehungsmittel, oft in Kombination mit körperlicher Züchtigung. In diesem Zusammenhang wurde im Rahmen der Vorbereitungen des BGB auch auf die Möglichkeit hingewiesen, mit Hilfe des Erbrechts Erziehungsziele zu erreichen. Rainer Schröder⁵⁰ sieht unter Berufung auf Schmitt⁵¹ und andere in der Testierfreiheit gar ein Druckmittel für Väter gegen ihre Kinder: "Das Recht trat somit (sc.: für diesen Bereich) an die Stelle des Rohrstocks."⁵² Gleichzeitig wurden jedoch Bedenken an dieser "Erziehung mit Hilfe des Testaments" laut, die eine Verbindung der Enterbungsfurcht mit erzieherischen Anliegen wegen der Mißbrauchsgefahr für unangebracht hielten. Gegenüber den durchaus als berechtigt angesehenen Beeinflussungsversuchen in guter Absicht wurde die Frage aufgeworfen, ob die "heilsame pekuniäre Furcht" ein geeignetes Mittel hierfür sei.⁵³ Von allen, die sich mit der Problematik befaßten, wurde jedenfalls die Verantwortung des Vaters erkannt, die ihm mit der Testierfreiheit gegebenen Eingriffsmöglichkeiten sinnvoll auszuüben. Der allgemeine Wertungskonsens ging dahin, daß die väterliche Autorität jedenfalls bei verantwortungsbewußter Ausübung dem Wohl der Familie

⁴⁷ Zum Ganzen eingehend R. Schröder, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts*, m. zahlr. w. N.

⁴⁸ Weitere entsprechende Gedanken bei Munzinger, *Erbrechtliche Studien*, S. 10 ff.

⁴⁹ Vgl. dazu weiterführend Wacke, Art. "Pflichtteilsrecht" im HRG.

⁵⁰ R. Schröder, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts*, S. 83 ff., 84 m.w. N., 85 ff.

⁵¹ Schmitt und dessen Motive zum ersten Teilentwurf für das Erbrecht des BGB, zit. nach R. Schröder, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts*, S. 75 ff., 83 ff.

⁵² R. Schröder, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts*, S. 84 a. E.

⁵³ R. Schröder, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts*, S. 87 ff. m.w. N. zu den verschiedenen Auffassungen.

dienlich und damit gesellschaftlich sinnvoll sei.⁵⁴ In diesem Zusammenhang wurde auch die Testierfreiheit als Mittel zur Stärkung der väterlichen Autorität angesehen.⁵⁵

2. Aspekte der Familie und des Vermögens

Auch im Rahmen der Einstellung zu Familie und Vermögen sind keine wesentlichen Veränderungen gegenüber der Pandektistik zu verzeichnen. Im Zuge der Diskussionen zum Erbrechtsentwurf wurde besonders der Aspekt der Familie dem römisch-rechtlichen Grundsatz der Testierfreiheit entgegengehalten, weil dieser die Familie nicht ausreichend berücksichtige. Munzinger beschreibt die Auffassungen von Hegel und Leibniz, die das Erbrecht der Familienangehörigen als notwendigen Ausfluß aus dem Familieneigentum sehen; die Toten seien nach wie vor Eigentümer der hinterlassenen Sachen, die die Erben nur als Stellvertreter innehätten.⁵⁶

3. Die Grenzen der guten Sitten

Hier ist vorab festzustellen, daß — soweit die Testierfreiheit vertreten wurde — auch die Hinzufügung von Bedingungen als selbstverständlich zulässig angesehen wurde, weil diese Möglichkeit des Eingehens auf spätere Ereignisse zur Privatautonomie gehörte und damit auch im Bereich letztwilliger Verfügungen gelten sollte.⁵⁷ Jedoch galten für diese Bedingungen die allgemeinen Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften.

Die Rechtsfolgen unsittlicher Bedingungen waren besonders umstritten. Es bestand die alte — schon aus dem römischen Recht bekannte — Streitfrage, ob eine sittenwidrige und damit nichtige Bedingung gestrichen werden sollte, oder ob sie zur Nichtigkeit der gesamten Verfügung führen sollte. Fr. Mommsen etwa vertrat in seinem Entwurf für das Erbrecht die Auffassung, die unzulässige Bedingung sei lediglich zu streichen, weil der Erblasser in erster Linie eine wohlwollende Gesinnung betätigen wolle, die ihm im Zweifel wichtiger gewesen sei als die "Förderung des unsittlichen Zwecks."⁵⁸

Vertreter dieser Ansicht verwiesen auch auf andere Rechtsordnungen, die dem römischen Recht insoweit folgten. Dennoch hat sich im Ergebnis — jedenfalls nach der heute herrschenden Auffassung — die Meinung durchgesetzt, die bei einer unwirksamen Bedingung die gesamte Verfügung für unwirksam hält.

III. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, daß das BGB ähnlich wie das römische Recht sittenwidrige Potestativbedingungen, d.h. solche, die gegen die Moralvorstellungen verstoßen, nicht zuläßt. Wesentlich anders als in der Antike ist allerdings die Rechtsfolge bei Vorliegen solcher Bedingungen: Während das römische Recht die Verfügung als unbedingte gelten ließ, führt die nichtige Bedingung nach BGB (nach herrschender Ansicht) zur Nichtigkeit der gesamten Verfügung mit der Folge, daß dann die Intestaterbfolge eintritt.

Dennoch stehen bei der Bewertung von Testamenten wie schon im römischen Recht Bemühungen um die Erhaltung der Wirksamkeit im Vordergrund. Auch heute ist eine *benigna interpretatio* entsprechend dem Grundsatz des *favor testamenti* vorzunehmen,⁵⁹ gilt der *favor heredum legitimorum*,⁶⁰ finden sich

⁵⁴ R. Schröder, Abschaffung oder Reform des Erbrechts, S. 93 ff. m.w. N.

⁵⁵ Bruns, 14. DJT, S. 98; dazu auch R. Schröder, Abschaffung oder Reform des Erbrechts, S. 85 ff. m.w. N. zu anderen Vertretern dieser Auffassung.

⁵⁶ Munzinger, Erbrechtliche Studien, S. 20 f.

⁵⁷ Vgl. dazu die Zitate von Jhering in der Einleitung.

⁵⁸ Fr. Mommsen, Entwurf, S. 209.

⁵⁹ Wieling, Testamentsauslegung, S. 251.

⁶⁰ Mot. V, 52 = Mugdan V, 28; Wieling, Testamentsauslegung, S. 253.

Ausprägungen des *favor heredis* in vielen Vorschriften wieder. Die Auslegung soll sogar — damals wie heute — in der Weise vorgenommen werden, daß übermäßige Schwierigkeiten, Kosten und Steuern vermieden werden.⁶¹

⁶¹ Wieling, Testamentsauslegung, S. 253 m.w. N.

Literaturverzeichnis

- Aders, Günter:** Das Testamentsrecht der Stadt Köln im Mittelalter, Diss. Köln 1932.
- Adickes, Franz:** Zur Lehre von den Bedingungen nach römischem und heutigem Recht, Berlin 1876.
- Alföldi, Andreas:** Der Vater des Vaterlandes im römischen Denken, Darmstadt 1978.
- Alföldi, Géza:** Römische Sozialgeschichte, 3. Aufl., Wiesbaden 1984.
- Ariès, Philippe/Duby, Georges [Hrsg.]:** Geschichte des privaten Lebens, 1. Band: Vom Römischen Imperium zum Byzantinischen Reich. Deutsche Ausgabe Frankfurt am Main 1989.
- Astolfi, Riccardo:** La "condicio iurisiurandi" negli atti "mortis causa", in: *Studia et documenta historiae et iuris* (SDI-II) Bd. 23 (1957), S. 265-296.
- Baron, Julius:** Angriffe auf das Erbrecht, in: *Deutsche Zeit- und Streitfragen*, hrsg. v. Franz v. Holtzendorff, Jahrgang VI (Berlin 1877), S. 1-39.
- Bertman, Stephen [Hrsg.]:** The Conflict of Generations in Ancient Greece and Rome, Amsterdam 1976.
- Biondi, Biondo:** Successione testamentaria e donazioni, 2. Aufl., Mailand 1955.
- Bolla, Sibylle:** Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre vom aerarium, Prag 1938.
- Bruck, Eberhard Friedrich:** Bedingungsfeindliche Rechtsgeschichte, Breslau 1904.
- Bruck, Eberhard Friedrich:** Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1954.
- Bruck, Eberhard Friedrich:** Kirchenväter und soziales Erbrecht, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1956.
- Bruck, Eberhard Friedrich:** Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht, 2. Aufl., München 1970.
- Bruns, Carl Georg:** Gutachten zu der Frage: Ob und wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichtteilsberechtigung beschränkt werden soll?, in: *Verhandlungen des 14. Deutschen Juristentages* 1878, Bd. I, S. 72-112.
- Bürge, Alfons:** Cum in familia nubas: Zur wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der familia libertorum, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ)*, 105. Band (1988), S. 312-333.
- Bund, Elmar:** Die Fiktion "pro non scripto habetur" als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio, in: *Festschrift für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Hrsg: Walter G. Becker und Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Berlin 1970, S. 353-380.
- Bund, Elmar:** Rezension zu: Hans Josef Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ)*, 91. Band (1974), S. 466-476.
- Bund, Elmar:** Erbrechtliche Geldquellen römischer Kaiser, in: *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Hrsg.: Okko Behrends, Malte Diesselhorst u.a., Göttingen 1978, S. 50-65.
- Calore, Antonello:** La rimozione del giuramento: Condicio iurisiurandi e condicio turpis nel testamento romano, Mailand 1988.
- Champlin, Edward:** Final Judgments. Duty and emotion in Roman Wills 220 B.C.A.D. 250, Berkeley/Los Angeles/Oxford 1991.
- Coing, Helmut:** Europäisches Privatrecht (1500-1800), Bd. I: Älteres Germanisches Recht, München 1985. Bd. II: 19. Jahrhundert, München 1989.
- Cosentini, Cristoforo:** Condicio impossibilis, Mailand 1952.
- Crome, Carl:** System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. V: Erbrecht, Tübingen 1912.
- Dernburg, Heinrich/Sokolowski, Paul:** System des römischen Rechts, 8. Aufl., Berlin 1911.
- Di Lella, Luigi:** Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria, Neapel 1972.
- Dippel, Karlhans:** Zur Auslegung von Wiederverheirathungsklauseln in ge-

- meinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Bd. 177 (1977), S. 349-370.
- Dixon, Suzanne:** The Roman Family, Baltimore, London 1992.
- Dulckeit, Gerhard/Schwarz, Fritz/Waldstein, Wolfgang:** Römische Rechtsge- schichte, 8. Aufl., München 1989.
- Endemann, Friedrich:** Römisches Privatrecht, Berlin/Leipzig 1925.
- Ennerccerus, Ludwig:** Über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins, Göttingen 1871.
- Ennerccerus, Ludwig:** Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Mar- burg 1888.
- Erdmann, Walter:** Die Entwicklung der Testierfreiheit im römischen Recht, Diss. Stuttgart 1908.
- Flume, Werner:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3 Bände, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979.
- Friedländer, Ludwig:** Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms, Leip- zig 1923, Neudruck Aalen 1964.
- Gans, Eduard:** Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 4 Bände, Berlin 1825, Neudruck Aalen 1963.
- Greifer:** § 48 Abs. 2 des Testamentgesetzes (von 1938), in: Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit 1939, S. 52-55.
- Gruchot, J.A.:** Preußisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen, Bd. I, Berlin 1865.
- Hackl, Karl:** Rezension zu: Calore, Antonello: La rimozione del giuramen- to, Mailand 1988.
- Hartitzsch, Adolph Carl Heinrich von:** Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, bearbeitet nach Haubold, Leipzig 1827.
- Hattenhauer, Hans:** Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, München 1982.
- Hausmaninger, Herbert:** Rezension zu: Masi, Antonio: Studi sulla condi- zione nel diritto romano, Milano 1966.
- Hausmaninger, Herbert/Selb, Walter:** Römisches Privatrecht, 7. Aufl., Wien, Köln/Weimar 1994. (teilweise auch 6. Auflage zitiert, soweit ausdrücklich gekennzeichnet).
- Hesse, Walter:** Einfluß des wirtschaftlichen Fortschritts auf die Ent- stehung und Entwicklung der Testierfreiheit, Diss. Bonn 1980.
- Hölder, Eduard:** Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts, Neu- druck der Ausgabe Erlangen 1881, Aalen 1970.
- Hütte, Rüdiger:** Der Gemeinschaftsgedanke in den Erbrechtsreformen des Dritten Reichs, Diss. Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1988.
- Hunger, Johann Friedrich:** Das römische Erbrecht, Erlangen 1834.
- Jarass, Hans, D./Pimroth, Bodo:** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., München 1992.
- Jhering, Rudolph von:** Geist des römischen Rechts, 8 Bände, 9. Aufl. 1877, Neudruck Basel 1954.
- Kahn, Franz:** Zur Geschichte des römischen Frauen-Erbrechts, Leipzig 1884.
- Kaser, Max:** Das römische Privatrecht, Zwei Abschnitte. Bd. I: 2. Aufl., München 1971, Bd. II: 2. Aufl., München 1975.
- Kaser, Max:** Der Inhalt der patria potestas, in: Zeitschrift der Savigny- Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 58. Band (1938), S. 62-87.
- Kaser, Max:** Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 58. Band (1938), S. 88-135.
- Kaser, Max:** Ruhende und verdrängende Hausgewalt im älteren römischen Recht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 59. Band (1939), S. 31-51.
- Kaser, Max:** Mores maiorum und Gewohnheitsrecht, in: Zeitschrift der Sa- vigny Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 59. Band (1939), S. 52-101.
- Kaser, Max:** Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römi- schen Recht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsge- schichte (SZ), 60. Band (1940), S. 95-150.
- Kaser, Max:** Zur Methode der römischen Rechtsfindung, in: Nachrichten

der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, phil.-hist. Klasse, 1962, S. 49-78.

Kaser, Max: Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, in: Sitzungsberichte der österreichischen Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, 1972, S. 5-117.

Kellenter, Wolfgang: Bedingte Verfügungen von Todes wegen, insbesondere auch ein Beitrag zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Potestativbedingungen, Diss. Bayreuth 1989.

Keuk, Brigitte: Der Erblasserwille post testamentum zur Unzulässigkeit der testamentarischen Potestativbedingung, in: FamRZ 1972, S. 9-16.

Kipp, Theodor/Coing, Helmut: Erbrecht, 13. Bearbeitung, Tübingen 1978.

Knothe, Hans-Georg: Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung, Frankfurt am Main/Bern 1983.

Koepfen, Albert: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 3 Bände, Würzburg 1895.

Kroll, Wilhelm: Die Kultur der ciceronischen Zeit, Leipzig 1933, Neudruck Darmstadt 1975.

Kunkel, Wolfgang: Das Konsilium im Hausgericht, in: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 83. Band (1966), S. 219-251.

Kunkel, Wolfgang u.a.: Römisches Recht, bearbeitet von Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly, Walter Selb, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo 1987.

Kunkel, Wolfgang/Wittmann, Roland: Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, II. Abschnitt: Die Magistratur, München 1995.

Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt: Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl., München 1995.

Lassalle, Ferdinand: Das System der erworbenen Rechte, Bd. II: Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung, 2. Aufl., Leipzig 1880.

Latte, Kurt: Römische Religionsgeschichte, München 1960.

Lenz, Hugo Michael: Privilegia fisci, Pfaffenweiler 1994.

Liebs, Detlef: Römisches Recht, 3. Aufl., Göttingen 1987.

Liebs, Detlef: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, München 1982.

Lindacher, Walter F.: Rezension zu Thielmann, Georg: Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, Berlin 1973, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Bd. 175 (1975), S. 257-261.

Lobrano, Giovanni: Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas, Mailand 1984.

Lübtow, Ulrich von: Erbrecht, 2 Bände, Berlin 1971.

MacCormack, Geoffrey: Impossible Conditions in Wills, in: Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA), Bd. 21 (1974), S. 263-297.

Marrou, Henri Irénée: Geschichte der Erziehung im klassischen Altertum, 7. Aufl., München 1977.

Masi, Antonio: Studi sulla condizione nel diritto romano, Mailand 1966.

Mayer-Maly, Theo: Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, in: Juristenzeitung (JZ) 1971, S. 1-3.

Meincke, Jens Peter: Die Scheidungsklausel im Testament, in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 437-463.

Meincke, Jens Peter: Ferdinand Lassalles Theorie des römischen Erbrechts, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TS), Bd. 46 (1978), S. 33-44.

Meinhard, Marianne: Die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes, in: Studien zum römischen Recht gewidmet Max Kaser zum 65. Geburtstag, Berlin 1973, S. 111-136.

Meischeder, E.: Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Leipzig 1900.

Meyersburg: Gutachten über die Frage: "Ob und in wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsberechtigung eingeschränkt werden soll?", in: Gutachten des 14. Deutschen Juristentages (1878), Berlin 1878, Bd. I, Heft 1, S. 50-71.

- Mikat, Paul:** Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Rolf Dietz und Heinz Hübner, Bd. I, S. 581-604, München und Berlin 1965.
- Mitteis, Heinrich/Lieberich, Heinz:** Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., München 1992.
- Mommsen, Friedrich:** Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erb- recht nebst Motiven, Braunschweig 1876.
- Motive zum BGB:** Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, 5 Bände, Berlin und Leipzig 1888.
- Münchener Kommentar BGB,** Hrsg. Kurt Rebmann und Franz Jürgen Säcker, Band 6, §§ 1972-2385 BGB, 2. Aufl., München 1989.
- Mugdan, B. (Hrsg.):** Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 5 Bände, Berlin 1899.
- Munzinger, Walther:** Erbrechtliche Studien, Basel 1874.
- Neußer, G.:** Artikel "Freizügigkeit" im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1971 ff.
- Otte, Gerhard:** Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, in: Juristische Ausbildung (JA), 1985, S. 192-201.
- Otte, Hansjörg:** Personale Freiheit und soziale Bindung, München 1978.
- Palandt, Otto:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 55. Aufl., München 1996.
- Paulus, Christoph:** Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, Berlin 1992.
- Paulus, Christoph:** Die Verrechtlichung der Familienbeziehungen in der Zeit der ausgehenden Republik und ihr Einfluß auf die Testierfreiheit, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 111. Band (1994), S. 425-435.
- Raape, Leo:** Die testamentarische Willkürbedingung nach heutigem und römischem Recht, in: Festschrift für Ernst Zitelmann zum 60. Geburtst- tag, München und Leipzig 1913, S. 1-30.
- Raber, Fritz:** Grundlagen klassischer Injurienansprüche, Wien/Köln/Graz 1969.
- Rawson, Beryl (Hrsg.):** The Family in ancient Rome New perspectives, Lon- don/Sydney 1986.
- Reichsgerichtsrätekommentar:** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bun- desgerichtshofes, hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, Band 5, Teil 1, §§ 1922-2146 BGB, 12. Aufl., Berlin/New York 1974, Band 5, Teil 2, §§ 2147-2385 BGB, 12. Aufl., Berlin/New York 1975.
- Rodermund, Wilfried:** Rechtsgeschäfte unter Vergangenheits- oder Gegen- wartsbedingungen mit besonderer Berücksichtigung letztwilliger Ver- fügungen, Diss. Münster 1990.
- Saller, Richard P.:** Patriarchy, property and death in the Roman family, Cambridge 1994.
- Schanbacher, Dietmar:** Ratio legis Falcidiae. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand, Berlin 1995.
- Savigny, Friedrich Carl von:** System des heutigen römischen Rechts, Ber- lin 1840, 8 Bände.
- Scheurl, Adolf von:** Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsge- schäften, Erlangen 1871.
- Schiemann, Gottfried:** Pendenza und Rückwirkung der Bedingung, Köln/Wien 1973.
- Schliepkorte, Jörg:** Entwicklungen des Erbrechts zwischen 1933 und 1953, Diss. Bochum 1989.
- Schmitz, Wilhelm:** Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit, Diss. Köln 1936.
- Schröder, Rainer:** Abschaffung oder Reform des Erbrechts, Ebelsbach 1981. **Schubert, Werner (Hrsg.):** Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kom- mission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen

- Gesetz- buches, Berlin/New York 1876-1887, unveränderter Nachdruck.
- Schubert, Werner (Hrsg.):** Das Familien- und Erbrecht unter dem National- sozialismus, Paderborn 1993.
- Schulin, F.:** Das griechische Testament verglichen mit dem römischen, Ba- sel 1882.
- Schultze, Alfred:** Augustin und der Seelteil des germanischen Erbrechts. Abhandlungen der sächsischen Akademie der Wissenschaften, phil.- hist. Klasse, Bd. XXXVIII Nr. IV, Leipzig 1928.
- Schulz, Fritz:** Prinzipien des römischen Rechts, Berlin 1934 (Neudruck 1954).
- Selb, Walter:** Vom ius vitae necisque zum beschränkten Züchtigungsrecht und der magistratischen Züchtigungshilfe, in: *The Irish Jurist (IJ)*, Bd. 1 (1968), S. 166-170.
- Sell, Wilhelm:** Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen, Gießen 1834.
- Simon, Dietrich v.:** Die erbrechtliche Verwirkungsklausel – ein Prüfstein für Privatautonomie, in: *Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Ge- burtstag*, hrsg. v. Dietrich Bickel, Walter Hadding u.a., Köln/ Berlin/Bonn/München 1985, S. 627-635.
- Soergel, Hans Theo (Begr.)/Siebert, Wolfgang:** Bürgerliches Gesetzbuch, Band 9, §§ 1922-2385, 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1992.
- Sohm, Rudolph/Mitteis, Ludwig:** Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., Berlin 1949.
- Spieß, Heinz:** Unsittliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen, Diss. Köln 1938.
- Staudinger, Julius von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Ein- führungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 1922-2063 BGB, 12. Aufl., Berlin 1989; §§ 2064-2228 BGB, 12. Aufl., Berlin 1989; §§ 2229- 2385 BGB, 12. Aufl., Berlin 1983.
- Stein, Peter:** *Regulae iuris*, Edinburgh 1966.
- Steinwenter, Artur:** *Recht und Kultur*, Graz und Köln 1958.
- Sturm, Fritz:** Testamentarische Beschränkungen der Freizügigkeit im kai- serzeitlichen Rom, in: *Annas of the Archive of "Ferran Valls I Ta- berner's Library"*, *Estudis de dret Roma i d'història del dret com- parat en homenatge a Ramon D'Abadal i de Vinyals Pel Seu Céntena- ri*, Hrsg. Jaume Sobrequés & Manuel J. Peláez, Barcelona 1989.
- Suman, Antonio :** *Favor testamenti e voluntas testantium*, Rom 1916.
- Thielmann, Georg:** *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, Berlin 1973.
- Vangerow, Karl Adolph von:** *Pandekten*, 3 Bände, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1863.
- Viehweg, Theodor:** *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., München 1973.
- Voci, Pasquale:** *Diritto ereditario romano*, Bd. 1: 2. Aufl., Mailand 1967; Bd. II: 2. Aufl., Mailand 1963.
- Vogels, Werner:** *Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbver- trägen vom 31.07.1938. Kommentar*, Berlin/München 1939.
- Wacke, Andreas:** Artikel "*patria potestas*" im Handwörterbuch zur deut- schen Rechtsgeschichte, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1971 ff.
- Wacke, Andreas:** Artikel "*Pflichtteilsrecht*" im Handwörterbuch zur deut- schen Rechtsgeschichte, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1971 ff.
- Wacke, Andreas:** Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia*, in: *Studien im rö- mischen Recht*, gewidmet Max Kaser zum 65. Geburtstag, Berlin 1973, S. 209-251.
- Wacke, Andreas:** "*Elterliche Gewalt*" im Wandel der Jahrtausende: Zum Sor- gerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht, in: *Fest- schrift für Friedrich Vittinghoff zum 70. Geburtstag*, Köln/Wien 1980, S. 417-434.
- Wacke, Andreas:** Logische Paradoxien in antiker und moderner Jurispru- denz, in: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, S. 325-366.
- Wacke, Andreas:** Rechtsfolgen testamentarischer Verwirkungsklauseln –

Anwachsung oder Ersatzerbschaft?, in: Deutsche Notar-Zeitschrift (DnotZ) 1990, S. 403-416.

Wacke, Andreas: Donatio non praesumitur. Ein sprichwörtliches Naturrechtsprinzip gegen ein versteinertes Beweislastdogma, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 191. Band (1991), S. 1-32.

Wacke, Andreas: Der favor libertatis: Skizze eines Forschungsvorhabens, in: Paul Nève/Chris Coppens: Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag in Nijmegen vom 23. bis 27. September 1990. Nijmegen 1992, S. 21-22.

Wacke, Andreas: Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 110. Band (1993), S. 14-59.

Wacke, Andreas: Periculum non ademptum vidatur tacito donatum – Zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltentlassung, in: Rivista internazionale di diritto romano e antico (IURA), 42. Band (1994), S. 43-95.

Wacke, Andreas: Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 112. Band (1995), S. 239-329.

Wacke, Andreas: Die Entwicklung der Testamente in Antike und Mittelalter, in: Orbis Iuris Romani II (1996), S. 113-120.

Waldstein, Wolfgang: Operae Libertorum, Stuttgart 1986.

Wegmann, Franz: Die Begründung des Erbrechts im 19. Jahrhundert, Diss. Münster 1969.

Wendt, Otto Heinrich: Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, Erlangen 1872.

Wesener, Günter: Rezension zu: Masi, Antonio: Studi sulla condizione nel diritto romano, Milano 1966, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 84. Band (1967), S. 466-471.

Westrup, C.W.: Introduction to Early Roman Law, 3 Bände, Bd. II: Joint family and family property, London und Kopenhagen 1934.

Wieacker, Franz: Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung, Leipzig 1940.

Wieacker, Franz: Recht und Gesellschaft in der Spätantike, Stuttgart 1964.

Wieling, Hans Josef: Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972.

Windscheid, Bernhard: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850.

Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1900.

Woeß, Friedrich von: Das römische Erbrecht und die Erbanwärter, Berlin 1911.

Zimmermann, Reinhard: "Cyprès, in: Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, hrsg. von Hans-Peter Benöhr, Karl Hackl, Rolf Knütel, Andreas Wacke, Wien/Köln/Graz 1986.

Die Abkürzungen folgen:

Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl., Berlin/New York 1993.

Harald Paul Gödde

Rechts- und Geschäftsfähigkeit im deutschen Internationalen

Privatrecht

Das am 1.1.1900 in Kraft getretene Einführungsgesetz zum deutschen BGB enthält in den Artikeln 3 bis 28 Vorschriften, die das Internationale Privatrecht betreffen. Dieses bestimmt die maßgebliche Privatrechtsordnung bei Sachverhalten mit Auslandsberührung und besteht aus sogenannten Kollisionsnormen, die mit Hilfe bestimmter Anknüpfungspunkte das in der Sache anzuwendende Recht bezeichnen.¹

Art. 7 Abs. 1 bestimmt: "Die Rechtsfähigkeit und die Geschäftsfähigkeit einer Person unterliegen dem Recht des Staates, dem die Person angehört. Dies gilt auch, soweit die Geschäftsfähigkeit durch Eheschließung erweitert wird." Abs. 2 besagt: "Eine einmal erlangte Rechtsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit wird durch Erwerb oder Verlust der Rechtsstellung als Deutscher nicht beeinträchtigt."

Daraus ergibt sich, daß im deutschen Internationalen Privatrecht die Frage nach der Privatrechtsfähigkeit einer Person grundsätzlich nach ihrem Heimatrecht zu beantworten ist und ein eigenes Rechtsfähigkeitsstatut auf der Grundlage des Personalstatuts besteht. Das Personalstatut ist im deutschen Internationalen Privatrecht jene durch das Anknüpfungsmoment Staatsangehörigkeit gefundene maßgebliche Rechtsordnung, der die Rechtsfragen zu den persönlichen Rechtsverhältnissen einer natürlichen Person unterstellt sind.²

Allerdings wird damit noch nicht die Frage nach dem Anfangszeitpunkt der Rechtsfähigkeit beantwortet.³ Die international-privatrechtliche Problematik des Beginns der Rechtsfähigkeit liegt eigentlich darin, daß, während die meisten Rechtsordnungen - dem deutschen Recht entsprechend - den Zeitpunkt des Beginns der Rechtsfähigkeit mit der Geburt eines Menschen festlegen, andere Rechtsordnungen, etwa das französische Recht, sich nicht mit diesem

¹ Palandt-Heldrich, Einl. v. EGBGB 3 (IPR), Rz. 1.

² Firsching / von Hoffmann, a.a.O., § 5 Rz. 3.

³ Lüderitz, Alexander: Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und Entmündigung natürlicher Personen, in: Lauterbach, Wolfgang: Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts, Tübingen 1972, S. 32-76, S. 37.

Umstand zufrieden geben und zusätzliche Bedingungen aufstellen.⁴ Gemäß Art. 7 EGBGB entscheidet das Heimatrecht einer Person auch über den Zeitpunkt des Beginns ihrer Rechtsfähigkeit, und es fragt sich, wie es um die Anwendbarkeit des Art. 7 EGBGB bei der Frage nach der Rechtsfähigkeit oder rechtlichen Berücksichtigung des nasciturus oder nondum conceptus steht.

Selbst wenn man im deutschen Sachrecht eine wie auch immer geartete Rechtsfähigkeit des nasciturus verteidigt, hat dies noch nicht notwendigerweise zur Folge, daß über dessen jeweilige kollisionsrechtliche Berücksichtigung nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zu befinden wäre. Sollte auch in einer im weitesten Sinne vorgeburtlichen Sachlage der Art. 7 EGBGB den Lösungsweg aufzeigen, bliebe wegen des Anknüpfungspunktes "Staatsangehörigkeit" zu klären, welchem staatlich definierten Recht ein zukünftiger ungeborener oder sogar ungezeugter Mensch "angehören" könnte.

I. Die Qualifikation im deutschen Internationalen Privatrecht

Die deutschen Kollisionsnormen umschreiben ihren jeweiligen Anwendungsbereich, den Anknüpfungsgegenstand, mit Begriffen, die dem deutschen nationalen Recht entlehnt sind, zum Beispiel Rechtsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit. Die Auslegung dieser Begriffe entscheidet über die Reichweite und die Abgrenzung der verschiedenen Kollisionsnormen, wobei von der Rechtsordnung auszugehen ist, welche die jeweilige Kollisionsnorm aufgestellt hat.⁵ Qualifikation und Auslegung sind grundsätzlich korrelative Begriffe, so daß die Qualifikation der Rechtsfähigkeit zugleich eine Auslegung des Art. 7 EGBGB ist.⁶

⁴ In Frankreich und Belgien bestimmen die Art. 725 und 906 C.civ., daß im Erbrecht und im Recht der unentgeltlichen Zuwendungen zusätzlich die Lebensfähigkeit erforderlich ist. Art. 30 des C.civ. Spaniens bestimmt, daß das Kind ganz allgemein die Geburt um 24 Stunden überlebt haben muß. Art. 41 des civil code der Philippinen verlangt noch spezieller, daß eine Frühgeburt von unter 7 Monaten mindestens 24 Stunden getrennt vom Mutterleib gelebt haben muß.

⁵ Palandt-Heldrich, Einl. v. EGBGB 3 (IPR), Rz. 27.

⁶ Neuhaus, Paul Heinrich: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976, S. 114.

Sollte sich die Aussage des Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in der Beurteilung geborener Menschen erschöpfen und darüber hinaus nur für "Randfragen"⁷ relevant werden, würde man entsprechend einen bestimmten, aber durchaus immer noch mehrdeutigen Rechtsfähigkeitsbegriff des deutschen materiellen Rechts übernommen haben. Man spricht hier von lex-foi-Qualifikation. Der Gedankengang beinhaltet schon die grundlegende Unterstellung, daß die Frage nach der Rechtsfähigkeit des Menschen nur den geborenen Menschen als die einzig mögliche natürliche Person betreffen kann, da nur dieser an der Privatrechtsordnung gleichberechtigt aktiv und passiv teilnehmen kann. Diese nicht nur im deutschen Sachrecht strittige Position prägte somit das deutsche Internationale Privatrecht und erhielt in der Form einer prinzipiellen Grunderkenntnis einen besonderen Platz, der sich methodisch zu einer begrenzt vorgegebenen Lektüre des Rechtsfähigkeitsstatuts und ein dadurch verbleibendes Ausweichen auf ein unterschiedliches Wirkungsstatut ausdrückte.⁸

In der Eingangsqualifikation müssen die Systembegriffe, unter die subsumiert werden soll, regelmäßig schon gedeutet werden. Da zu diesem Zeitpunkt noch keine andere Rechtsordnung einbezogen ist, müssen die Systembegriffe ausgehend von der lex fori interpretiert werden. Dabei kommen die klassischen Mittel der Methodenlehre⁹ zum Einsatz. Insofern sind zunächst einmal die Begrifflichkeit und die darin schon vertretene nationale Ordnungsvorstellung des Rechts der Kollisionsnorm denknotwendig heranzuziehen. Eine Auslegung nach der lex causae-Theorie, das heißt nach dem Recht, auf das verwiesen wurde, wäre hier folglich unhaltbar.

Zu fragen ist, unter welchen Anknüpfungstatbestand der den nasciturus und den nondum conceptus betreffende Sachverhalt zu subsumieren ist. Schon im direkten begrifflichen Vergleich mit dem § 1 BGB als relevanter deutscher Sachrechtsnorm, die ihrerseits von der Rechtsfähigkeit des Menschen handelt, sticht ins Auge, daß in der Formulierung des Art. 7 EGBGB ausdrücklich von der Rechtsfähigkeit einer Person die Rede ist. Die Wortwahl der Formulierung des Artikels, die auch schon in der Abschnittsüberschrift des Gesetzes zum Ausdruck kommt, ist nicht zufällig und weist auf eine allgemeine Grundeinstellung des

⁷ Lüderitz, Alexander: Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Neuwied/Kriftel/Berlin 1992, § 171, S. 389.

⁸ Hermanns-Engel, a.a.O., S. 275.

⁹ Dabei handelt es sich um Wortlautinterpretation, systematische Interpretation, teleologische Interpretation und entwicklungsgeschichtliche Interpretation.

deutschen Zivilrechts hin. Diese könnte wie folgt heißen: Die Rechtsfähigkeit eines Menschen kann diesen nur als Geborenen im Sinne einer natürlichen Person angehen.¹⁰ Es fragt sich, ob demzufolge, wie es die herrschende Meinung¹¹ im Ergebnis vertritt und die Wortwahl schon nahelegen könnte¹², ein Ausschluß des nasciturus und umso mehr des nondum conceptus aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift vorliegt. Im positiven Fall beinhaltet die Wahl des Begriffs Person anstelle von Mensch eine systemübergreifende Vorgabe in Form einer eigenen besonderen Qualifikation, die im Resultat letztlich eine Rechtsfähigkeitsauffassung deutschen Sachrechts als unbedingt allgemeingültig voraussetzt. Diese rein nationale Oberbegriffsprägung erscheint jedoch aus methodischer Sicht als zu beschränkt.

Die Qualifikationsproblematik im Internationalen Privatrecht ist sehr vielschichtig.¹³ Als zu bevorzugende Lösungsrichtung tut sich jedoch dank ihrer "über-nationalen" Prägung die funktionelle Qualifikation auf.¹⁴ Um einem akuten Normenmangel entgegenzuwirken, muß die starre lex-foi-Qualifikationstheorie angepaßt werden. Als modus vivendi zwischen der engen lex-foi-Theorie, das heißt der Auslegung der Systembegriffe getreu den Vorgaben des materiellen Rechts des zuständigen Gerichts und der eher idealistischen rechtsvergleichenden Qualifikation¹⁵, das heißt der gegenüber einem nationalen Recht autonomen international-privatrechtlichen Systembegrifflichkeit, eröffnet die funktionelle Qualifikation einen Weg der Lösung von der gleichfalls in den Begriffen der Kollisionsnorm vorzufindenden Regelungssystematik der materiellen lex fori.¹⁶ In der funktionellen Qualifikation wird die lex-foi-Theorie dahingehend geweitet, daß die kollisionsrechtlichen lex-foi-Systembegriffe, die sonst wie die entsprechenden Systembegriffe des materiellen Rechts der lex fori ausgelegt

¹⁰ Hermanns-Engel, a.a.O., S. 275.

¹¹ Lüderitz, Internationales Privatrecht, S. 105, Rz. 230.

¹² Kegel, Gerhard: Internationales Privatrecht, 7. Aufl., München 1995, § 17 I, S. 389; v. Bar, Christian: Internationales Privatrecht, Bd. 2, Besonderer Teil, München 1991, Rz. 5-7.

¹³ Weber, Helmut: Die Theorie der Qualifikation - Franz Kahn, Etienne Barftin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universellen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des Internationalen Privatrechts, Tübingen 1986, S. 198-245; Heyn, Hanns-Christian: Die "Doppel"- und "Mehrfachqualifikation" im IPR, Frankfurt am Main 1986, S. 17-31; Schurig, Klaus: Kollisionsnorm und Sachrecht. Zur Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts, Berlin 1981, S. 215-229.

¹⁴ Neuhaus, a.a.O., S. 129 f.

¹⁵ v. Bar, Christian: Internationales Privatrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren, München 1987, Rz. 591 f.

¹⁶ Lüderitz: Internationales Privatrecht, S. 60 f.; Rz. 128 f.

würden, einen um die Interessen des Internationalen Privatrechts (Zweck der Kollisionsnorm) oder die weltweite Allgemeingültigkeit der Bedürfnisse und Probleme im Zusammenhang mit einem Lebensverhältnis (Zweck der Sachnorm) wenn notwendig aufgestockten Inhalt erfahren.¹⁷ Es ist denn auch hier von einem Wechsel des Systembegriffs hin zu einem Funktionsbegriff die Rede.¹⁸ Ausgangspunkt der Normenordnung - auch in ihrem begrifflichen Inhalt - ist jedoch immer die *lex normae* als Qualifikationsstatut. Eine rechtliche Qualifikation bleibt stets ein intellektueller Prozeß, der einen kulturellen Aspekt in sich birgt und insoweit in ihrer systematischen Ursprünglichkeit nicht objektiviert werden kann. Bei einer rechtsüberschreitenden Problematik sollte man sich jedoch methodisch über eine allzu nationale Vorprägung hinwegsetzen. Dies ist durch die Wahl der funktionellen Qualifikation der Fall, die eine Möglichkeit der weiteren Dimensionierung der Systembegriffe durchsetzt.

Der auszufüllende normative Begriff der vorliegenden Norm ist nicht die "Rechtsfähigkeit" alleine, sondern die begriffliche Einheit von "Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person", die antithetisch zur Rechtsfähigkeit einer juristischen Person zu verstehen ist. Was nun aber unter einer "natürlichen Person" zu verstehen ist, erscheint auch für den Anwendungsbereich der Kollisionsnorm als unzweifelhaft. Minimalvoraussetzung der allgemeinen Rechtsfähigkeit einer Person muß die schon im deutschen Sachrecht genügende Lebendgeburt des Menschen sein. Es ist denn auch keine Rechtsordnung bekannt, die mit dem Konzept der "Rechtsfähigkeit" nicht die allgemeine uneingeschränkte Kapazität zur Inhaberschaft oder Trägerschaft von Rechten und Pflichten bezeichnet wissen wollte. Eine solche Kapazität kann aber unmöglich vor der Geburt oder gar Zeugung eines Menschen bestehen. Deshalb kann denn auch eine funktionelle Eingangsqualifikation unter entsprechender Berücksichtigung von Sinn und Zweck der IPR-Norm zu keinem anderen Resultat gelangen: die Norm bleibt in ihrem Regelbereich dem vorgeburtlichen Menschen verschlossen. Dem Rechtsfähigkeitsstatut als Grundlage des Personalstatuts liegt folglich eine personale Begriffsbegrenzung zugrunde, die eine Rechtsfähigkeit im Sinne des Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auch nach funktionell-autonomer Eingangs-Qualifikation alleine für den geborenen Menschen zuläßt. In einer Verweisung auf das Heimatrecht nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB lauert zudem die Möglichkeit der zusätzlichen Begrenzung, daß dieses für das Personalstatut grundlegende

¹⁷ Weber, a.a.O., S. 244 f.

¹⁸ Kropholler, Jan.: Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1994, § 17 I, S. 110.

Recht noch zusätzliche Voraussetzungen zur Erlangung der Rechtsfähigkeit einer ihm angehörigen Person verlangen kann.

Der Mensch ist frühestens als Person im rechtlichen Sinne allgemein rechtsfähig. Also bleibt regelmäßig nur die Frage zu beantworten, ob man es vor der Geburt oder schon vor der Zeugung eines Menschen mit einer privatrechtlichen Person zu tun hat. Das ist zu verneinen.

Eine methodisch reizvolle, aber in der Praxis unmögliche Sicht läge in der Schaffung eines pränatalen oder präkonzeptiven Rechtsfähigkeitsstatuts des Menschen, indem man die vorhandene Kollisionsnorm zur Rechtsfähigkeit des geborenen Menschen zum Vorbild nähme. Es kann allerdings auch aus international-privatrechtlichem Blickwinkel keine subjektlosen Rechte geben. Um Inhaber eines Rechts sein zu können, müßte dem nasciturus oder nondum conceptus folglich schon in der Eingangsqualifikation eine Rechtsfähigkeit auf fiktivem Wege zugestanden werden können. Selbst wenn man die im weitesten Sinne vorgeburtliche Berücksichtigung des Menschen unter dem Begriff der Rechtsfähigkeit zuließe, müßte eine Verweisung doch am Anknüpfungsmoment endgültig scheitern. Die Auslegung des Anknüpfungsmoments "Staatsangehörigkeit" ist jedoch selbst keine Qualifikation, sondern eine kollisionsnorm-interne Vorfrage, gewissermaßen die Erstfrage.¹⁹

In Anbetracht der Tatsache, daß nur eine Person ein eigenes Heimatrecht haben kann und kein Recht bekannt ist, das einem Menschen schon vor seiner Geburt die Staatsangehörigkeit verleihen wollte, müßte angesichts des nasciturus auf unsichere und angesichts des nondum conceptus auf höchst spekulative Weise ein Heimatrecht konstruiert werden. Es ginge dabei nicht mehr um die natürliche, sondern um eine hypothetische Person, deren Rechtsfähigkeit mittels analoger Anwendung des Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB nach ihrem fiktiven Heimatrecht als Personalstatut zu beurteilen wäre. Es müßte dazu die Geburt, beziehungsweise die Zeugung und die Geburt eines Menschen, fingiert werden, um in der direkten Folge über dessen hypothetische Staatsangehörigkeit zu einer entsprechenden Beurteilung seiner vorgeburtlichen Rechtsstellung im Hinblick auf eine Rechtsfähigkeit zu gelangen. Unklar ist aber, worauf sich eine solche Fiktion stützen sollte. Rechtsfähigkeit und Staatsangehörigkeit laufen insoweit parallel, als ihrer beider Beginn identisch ist. Zwar ist auch eine staatenlose Person

¹⁹ Jochem, Reiner: Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten in einer "hinkenden" Ehe - ein Sonderproblem, in: FamRZ 1964, S. 392-397, S. 393.

privatrechtsfähig, wobei gemäß Art. 5 Abs. 2 EGBGB das Recht des Staates zur Anwendung kommt, in dem die Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, doch setzt auch diese Norm denotwendig die Geburt des Menschen voraus. Erst die Geburt eröffnet einem Menschen über Art. 7 Abs. 1 EGBGB einen Zugang zum Personalstatut. Entweder durch den Geburtsort oder durch die staatliche Zugehörigkeit von Vater oder Mutter im Zeitpunkt der Geburt fällt dem Menschen als Person eine Staatsangehörigkeit und damit ein Heimatrecht zu.²⁰

Ein allgemeiner Grundgedanke, der die nasciturus-Begünstigung im deutschen Kollisionsrecht dahingehend umsetzte, daß die Rechtsstellung der Leibesfrucht nach dem Rechtsfähigkeitsstatut zu bewerten sei, ist nicht zu erkennen. Auch wenn keine Rechtsordnung zu finden ist, die der Leibesfrucht eine allgemeine Rechtsfähigkeit zugedeihen läßt, ist andererseits auch kein Recht bekannt, das eine Rechtsstellung des Menschen vor seiner Geburt und auch vor seiner Zeugung durchweg ausschließt. Letztlich wird immer die Erlangung der Rechtsfähigkeit, sowie gegebenenfalls die Erfüllung zusätzlicher biologisch-existentieller Bedingungen, gefordert, um zu einem subjektrechtlich relevanten Vermögenserwerb oder aber einem Anspruch auf Schadensersatz zu gelangen. Von der Unmöglichkeit der Errichtung eines akzeptablen Heimatrechts des nondum conceptus einmal abgesehen, darf denn wohl im Range eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes festgestellt werden, daß eine gemäß dem entsprechenden Wirkungsstatut bedachte oder geschützte Leibesfrucht frühestens mit der Lebendgeburt die allgemeine Rechtsfähigkeit erlangen kann, die zur Rechtsinhaberschaft erforderlich ist.

Situationen, in denen der Mensch vor seiner Zeugung Berücksichtigung findet, sind als solche ohne direkten Zusammenhang mit der Rechtsfähigkeit als Person zu bewerten und unterliegen kollisionsrechtlich auch noch keinem Heimatstatut. Wenn für das schon gezeugte Kind die Anknüpfung nach Art. 7 EGBGB unmöglich ist, so muß dies darüber hinaus umso mehr für ein noch nicht einmal gezeugtes Kind gelten. Es wäre auch unzulässig, einem nicht einmal existierenden hypothetischen Menschen auf dem Wege einer rein spekulativen Staatsangehörigkeit ein eventuelles Heimatrecht zuzusprechen. Ein noch Ungezeugter ist auch für das Internationale Privatrecht weder Mensch noch Person, sodaß sich die Berücksichtigung noch nicht Gezeugter nie über ein Rechtsfähigkeitsstatut klären läßt. Die Rechtsstellung der nondum concepti kann sicher nie anhand des Art. 7 EGBGB geklärt werden, sondern wird sich

²⁰ Hermanns-Engel, a.a.O., S. 278.

erst recht ausschließlich nach dem jeweiligen Wirkungsstatut richten müssen.²¹ Die Feststellung, daß die Rechtsstellung des Kindes im Mutterleib weder nach dem zukünftigen Heimatort des Kindes nach der Geburt noch nach dem Heimatrecht der Mutter zu beurteilen ist, bleibt andererseits nur insofern richtig, als sie nicht auf ein Abblocken des Art. 7 EGBGB nach der Geburt hinausläuft.²²

II. Besondere Rechtsfähigkeiten und Teilrechtsfähigkeit Ungeborener

Seinem Schwerpunkt nach handelt Art. 7 Abs. 1 EGBGB zwar "von der Fähigkeit des Neugeborenen, Zuordnungssubjekt privatrechtlicher Rechte und Pflichten geworden zu sein"²³, jedoch erschöpft sich die Norm nicht in der Behandlung dieses Bereichs. Der zentrale Aufklärungspunkt bleibt die Ausfüllung des Bedeutungsgehalts der Rechtsfähigkeit als Gegenstand der Anknüpfung. Begrifflich und auch inhaltlich zu wenig unterscheidend wird generell in einem Atemzug von der allgemeinen Rechtsfähigkeit einer Person und den "besonderen Rechtsfähigkeiten", das heißt den Fähigkeiten, einzelne Rechte und Pflichten zu haben, gesprochen. Über diese "besonderen Rechtsfähigkeiten", beispielsweise ein Grundstück erwerben zu können, Vormund werden zu dürfen, kraft Stiftung oder Schenkung zu erwerben oder Erbe zu sein, sollte das entsprechende Wirkungsstatut entscheiden. Das heißt, es muß an die Regeln desjenigen Rechts angeknüpft werden, dem der jeweilige Rechts- oder Erwerbsvorgang unterliegt (*lex causae*).²⁴ Während also die Privatrechtsfähigkeit natürlicher Personen grundsätzlich gemäß Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB nach Heimatrecht zu beurteilen ist, würden die besonderen Rechts- und Geschäftsfähigkeiten nicht gesondert angeknüpft, sondern in das Wirkungsstatut eingebettet.²⁵ Dies gilt insbesondere für die Erbfähigkeit und die Deliktsfähigkeit. Für den allgemein rechtsfähigen Menschen mag diese Sichtweise auf den ersten Blick auch unproblematisch erscheinen. Seine allgemeine Rechtsfähigkeit ist ja hier auch nicht gemeint, sondern nur bestimmte Modi, besondere Aspekte seiner rechtlichen

²¹ v. Bar, IPR II, Rz. 7 spricht hier sogar von einer Selbstverständlichkeit.

²² Hermanns-Engel, a.a.O., S. 279.

²³ v. Bar, IPR II, Rz. 3.

²⁴ Palandt-Heldrich, Art. 7 EGBGB, Rz. 2.

²⁵ Kropholler, Internationales Privatrecht, § 42 I S. 286.

Zuordnungssubjektivität innerhalb der Spannbreite seiner allgemeinen Rechtsfähigkeit. In der Regel liegt denn auch die Fähigkeit, Träger bestimmter Rechte und Pflichten zu sein, neben der allgemeinen Rechtsfähigkeit vor.²⁶ Die Rechtsfähigkeit ist an dieser Stelle eine Vorfrage, an die selbständig anzuknüpfen ist.²⁷ Eine Fragestellung zur allgemeinen Rechtsfähigkeit ergibt sich eben nie losgelöst von den einzelnen Rechtsbereichen, sondern besteht immer als Vorfrage, sobald es um die selbständige Inhaberschaft von Rechten und Pflichten - die Rechtsträgerschaft - geht. Selbst angesichts eines Nebeneinanders von besonderer Rechtsfähigkeit und allgemeiner Rechtsfähigkeit wird heute nirgends vertreten, daß der Geltungsbereich des Art. 7 EGBGB in diesen Konstellationen auf die besonderen Rechtsfähigkeiten auszudehnen sei und das Wirkungsstatut damit zurücktrete.

Die "besonderen Rechtsfähigkeiten" betreffen allesamt jeweils nur die Möglichkeit, in einem besonderen Rechtsbereich Beachtung zu finden. Sie sind denn auch ihrem Wesen nach der Person nicht inhärent, wie es der Fall der letztlich auch unter ordre-public-Schutz²⁸ stehenden allgemeinen Rechtsfähigkeit ist, sondern bleiben situationsabhängig und sind somit dem Wirkungsstatut zuzuordnen.²⁹ So entscheidet das Erbstatut gemäß Art. 2 EGBGB nur über die Erbfähigkeit, das heißt über die Möglichkeit, erbrechtlich vermögenswerte Rechte und Pflichten zu erwerben, zur Erbfolge berufen sein zu können. Im Falle der Erbfähigkeit einer geborenen Person scheint die Problematik auf den ersten Blick überwunden. In der Regel sind alle Rechtsfähigen durch das Faktum der Geburt gleichzeitig erbfähig. Zur selbständigen Inhaberschaft der von Todes wegen zu erwerbenden Rechte und Pflichten im Zeitpunkt der Nachlaßverteilung ist jedoch allgemeine Rechtsfähigkeit erforderlich. Bei der Nachlaßverteilung, die nicht ohne eine selbständige und weitergehende Trägerschaft von Rechten und Pflichten des Erbfähigen auskommt, ist dann die allgemeine Rechtsfähigkeit über das Rechtsfähigkeitsstatut des Art. 7 EGBGB zu klären.³⁰

²⁶ Firsching/von Hoffmann, a.a.O., § 7 Rz. 3.

²⁷ Palandt-Heldrich, Art. 7 EGBGB, Rz. 1.

²⁸ Lüderitz, Internationales Privatrecht, S. 105, Rz. 230.

²⁹ Brödermann, Eckart/Rosengarten, Joachim: IPR, Anleitung zur systematischen Fallbearbeitung im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2. Aufl, Hamburg 1996, S. 88, Rz. 297.

³⁰ Staudinger-Dörner, Art. 25 EGBGB, Rz. 78.

Für die "Nicht-allgemein-Rechtsfähigen" - den nasciturus und den nondum conceptus -, die in passiver Prägung schon vor ihrer Geburt berücksichtigt werden, kann nichts anderes gelten. Sie unterliegen hinsichtlich dieser Möglichkeiten dem Wirkungsstatut. Zur Realisierung des erbrechtlichen Erwerbs bedarf es dann jedoch auch hier der Kapazität zur Rechtsinhaberschaft, das heißt der allgemeinen Rechtsfähigkeit, an die ihrerseits durchgängig über den Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB anzuknüpfen ist. Ohne die Rechtsfähigkeit kommt in keiner Rechtsordnung ein Rechtserwerb zustande. Auch wenn die Möglichkeit zum Erwerb noch im Wirkungsstatut verankert bleibt, ist die Voraussetzung zum individuellen Erwerb selbst eine Angelegenheit des Personalstatuts, das, bedingt durch die insoweit übereinstimmende sachrechtliche Ausgestaltung, jedoch frühestens mit der Geburt die unabdingbare allgemeine Rechtsfähigkeit bejahen kann. Das Personalstatut ist in dem Sinne immer hypothetischer Natur, als es letztlich nur dann erörtert werden kann, wenn man es mit einer Person im Sinne einer bestimmten Rechtsordnung zu tun hat.³¹

Daher unterliegen auch die begrenzten rechtlichen Fähigkeiten des nasciturus als "besondere Rechtsfähigkeiten" dem jeweiligen Wirkungsstatut letztlich, weil der vorgeburtliche Mensch nur in Einzelfällen beachtet wird.³² Zur Lösung der Teilrechtsfähigkeitsfrage der Leibesfrucht bleibt folglich lediglich ein Abstellen auf das jeweilige Wirkungsstatut. Die Rechtsfähigkeit, das heißt das Vermögen zur Trägerschaft subjektiver Privatrechte, bleibt dagegen ausschließlich eine Angelegenheit des Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB. Fragestellungen zur beschränkten "Rechtsfähigkeit" eines Ungeborenen oder gar Ungezeugten liegen außerhalb des Personalstatuts und richten sich nach dem korrespondierenden Wirkungsstatut. Es ist denn auch richtig, für den nasciturus und den nondum conceptus auch kollisionsrechtlich von einer Rechtsstellung³³ im weiteren Sinne auszugehen, der jedoch immer auf zwei Erkenntnisebenen nachzugehen ist. Die Erkundung der Fähigkeit des nasciturus, punktuell an einer Privatrechtsordnung teilzuhaben, richtet sich dabei grundsätzlich nicht nach dem Rechtsfähigkeitsstatut des Art. 7 EGBGB. Die nach dem Statut der Zuwendung, dem Schenkungs- oder Erbrecht, nach dem Statut des Deliktsrechts, nach dem Liegenschaftsstatut etc. anzuknüpfenden "besonderen Rechtsfähigkeiten" und die Teilrechtsfähigkeit sind von ganz

³¹ Staudinger-Beitzke, vor Art. 7 EGBGB, Rz. 5.

³² Kegel, a.a.O., § 17 I b, S. 389.

³³ v. Bar, IPR II, Rz. 5-7.

anderer Natur³⁴ als die allgemeine Rechtsfähigkeit. Es bleibt also ebenso eine Sache des Erbstatuts, zu klären, ob eine Leibesfrucht oder auch ein noch Ungezeugter erbfähig ist, wie das Deliktsstatut maßgeblich bleibt für die Eröffnung vorgeburtlich gesetzter Gesundheitsschäden.³⁵

In deliktsrechtlichen Tatbeständen geht es denn auch nicht um die aktive Deliktsfähigkeit, sondern um die Frage, ob eine Handlung im weiteren Sinne schadensersatzrechtliche Konsequenzen haben kann. Auch dies beantwortet das Wirkungsstatut, das heißt das Deliktsstatut. Es entscheidet gleichfalls, ob ein Mensch schon vor seiner Geburt unter einem Deliktsschutz steht. Insofern bleibt zunächst die Rechtsfähigkeitsproblematik außen vor. Erst wenn es um einen individuellen Schadensersatz geht, kommt es zusätzlich darauf an, daß der geschädigte Mensch auch rechtsfähig ist oder geworden ist. Erst der Erwerb der allgemeinen Rechtsfähigkeit eröffnet den individuellen Anspruch auf Schadensersatz. Insofern bleibt der vorgeburtliche Deliktsschutz auch tabu, weil Voraussetzung des Schadensersatzes in rechtsvergleichender Sicht gleichfalls mindestens die Lebendgeburt des geschädigten Menschen ist.

Die allgemeine Rechtsfähigkeit natürlicher Personen ist somit ausschließlich dem Art. 7 EGBGB als Anknüpfungspunkt zugewiesen. Die Rechtsfähigkeitsproblematik im Sinne des Art. 7 EGBGB bleibt somit bei der Behandlung der "besonderen Rechtsfähigkeiten" und der Teilrechtsfähigkeit eigentlich immer unberührt. Im deutschen Internationalen Privatrecht ist die allgemeine Rechtsfähigkeit nie nach dem sogenannten Wirkungsstatut, das heißt dem Recht, dem das entsprechende Rechtsverhältnis ansonsten unterliegt, zu beurteilen. Ein Subsumieren unter ein gespaltenes Rechtsfähigkeitsstatut - Art. 7 EGBGB und Wirkungsstatut - liegt folglich nicht vor.

Die Teilrechtsfähigkeit des nasciturus und die Berücksichtigungen des nondum conceptus haben die Eigenart, daß sie zeitlich vor dem Faktum der Geburt liegen, durch das ein subjektives Recht des Menschen als Person frühestens zustande kommen kann. Nicht eher als im Moment der Geburt stellt sich das Thema der allgemeinen Rechtsfähigkeit, die gemäß Art. 7 EGBGB ausschließlich nach dem Recht des Staates zu beurteilen ist, dem die Person, Geburt

³⁴ Kegel, a.a.O., § 17 I b, S. 389.

³⁵ v. Bar, IPR II, Rz. 6.

vorausgesetzt, angehört. Vorher mag sich nur über das Wirkungsstatut ein Lösungsweg zur Rechtsstellungsfrage zu eröffnen.³⁶

A. Die zukünftige Person im ungarischen internationalen Privatrecht

Das ungarische Internationale Privatrecht wird in der Gesetzesverordnung Nr. 13 vom Jahre 1979 geregelt. In Kapitel II geht es um die Personen als Rechtssubjekte. Die zukünftige Person ist selbständig nicht geregelt worden; hier müssen die Regelungen der Person angesehen werden. Nach den bisher erwähnten ungarischen Regelungen über den Ungeborenen ist schon erklärt worden, daß er bis zu seiner Geburt in einer hängenden Rechtssituation ist und mit der Bedingung der lebendigen Geburt zurückwirkend auf seine Empfängnis als Person betrachtet wird. Unter dieser Voraussetzung sind auch hier die Regelungen über Personen anzuwenden.

In § 10 der Gesetzesverordnung Nr. 13 aus dem Jahre 1979 wird geregelt, daß die Rechtsfähigkeit bzw. Handlungsfähigkeit des Menschen und im allgemeinen sein Personenstand, weiterhin die mit seiner Person verbundenen Rechte gemäß seinem Personenrecht zu beurteilen sind. Hinsichtlich der aus dem Verstoß gegen die mit der Person verbundenen Rechte stammenden Ansprüche ist das am Ort und zur Zeit des Rechtsverstoßes maßgebende Recht anzuwenden; ist aber hinsichtlich der Schadenserstattung oder der Wiedergutmachung für den Geschädigten das ungarische Recht günstiger, so ist der Anspruch diesem Recht gemäß zu beurteilen.

Die Definition des Personenrechtes ist in § 11 zu finden:

„Das Personenrecht des Menschen ist das Recht des Staates, dessen Staatsangehöriger er ist. Die Änderung der Staatsangehörigkeit betrifft den früheren Personenstand und die daraufhin zustande gekommenen Rechte und Pflichten nicht. Ist jemand Staatsangehöriger mehrerer

³⁶ Hermanns-Engel, a.a.O., S. 282.

Staaten und ist die eine Staatsangehörigkeit die ungarische, so ist das Personenrecht das ungarische Recht. Hat jemand mehrere Staatsangehörigkeiten und ist keine davon die ungarische, und ist jemand staatenlos, so gilt das Recht des Staates, auf dessen Territorium er seinen Wohnsitz hat, bzw. das ungarische Recht, wenn er seinen Wohnsitz auch in Ungarn hat. Wer im Ausland mehrere Wohnsitze hat, dessen Personenrecht ist das Recht des Staates, mit dem seine Verbindung am engsten ist. Sollte das Personenrecht einer Person aufgrund der vorangehenden Absätze nicht festzustellen sein und hat sie keinen Wohnsitz, so wird ihr Personenrecht durch ihren üblichen Aufenthaltsort bestimmt. Wenn von mehreren üblichen Aufenthaltsorten der eine in Ungarn ist, so ist das Personenrecht das ungarische Recht.,,

Die Rechtsstellung – die Rechtsfähigkeit, die Handlungsfähigkeit des Menschen und im allgemeinen das Personenstand und die mit der Person verbundenen Rechte – der zukünftigen Person wird also aufgrund des ungarischen Internationalen Privatrechts nach dem Personenrecht geregelt. Das Personenrecht ist nach der Staatsangehörigkeit des Menschen zu bestimmen. In der Gesetzesverordnung werden dazu auch die Einzelregelungen bestimmt, um in allen Fällen das Personenrecht eines Menschen bestimmen zu können.

In § 12 wird der Wohnsitz definiert: der Wohnsitz ist der Ort, wo jemand ständig oder mit der Absicht der Niederlassung wohnt. Der übliche Aufenthaltsort ist der Ort, wo sich jemand ohne die Absicht der Niederlassung eine längere Zeit lang aufhält.

Das Asylrecht genießende Personen werden im § 13 erwähnt:

„Hinsichtlich des Personenstandes der in Ungarn Asylrecht genießenden Person ist das ungarische Recht maßgebend; diese Bestimmung betrifft den früheren persönlichen Rechtsstand und die daraufhin zustande gekommenen Rechte und Pflichten nicht.,,

Die Wirtschaftstätigkeit betreffend wird in § 14 folgendes geregelt:

„Hinsichtlich der Wirtschaftstätigkeit der Privatperson, ihrer Produzenten-, Handels- (des weiteren: wirtschaftlichen) Qualität ist das Recht des Staates maßgebend, auf dessen Territorium die wirtschaftliche Tätigkeit bewilligt wurde. Bestand die Notwendigkeit zur Genehmigung der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht oder wurde die Tätigkeit in mehreren Staaten genehmigt, ist hinsichtlich der wirtschaftlichen Qualität das Recht des Staates anzuwenden, auf

dessen Territorium sich der Ort der zentralen Geschäftsführung der wirtschaftlichen Tätigkeit befindet.,,

Über die Rechts- und Handlungsfähigkeit des ausländischen Staatsangehörigen und des Staatenlosen finden sich Regelungen in § 15:

„Hinsichtlich der Rechts- und Handlungsfähigkeit des ausländischen Staatsangehörigen und des Staatenlosen, weiterhin der Personen- und Vermögensrechte sowie der Verpflichtungen sind – wenn eine Rechtsform keine andere Bestimmung trifft – dieselben Regelungen wie für die Inländer anzuwenden. Derjenige nicht ungarische Staatsangehörige, der nach seinem Personenrecht handlungsunfähig oder beschränkt handlungsfähig ist, ist im Bereich der Deckung seiner üblichen Bedürfnisse im alltäglichen Leben vom Gesichtspunkt seiner in Ungarn geschlossenen vermögensrechtlichen Geschäfte als handlungsfähig zu betrachten, falls er nach ungarischem Recht handlungsfähig wäre. Derjenige nicht ungarische Staatsangehörige, der nach seinem Personenrecht handlungsunfähig oder beschränkt handlungsfähig ist, aber nach dem ungarischen Recht handlungsfähig wäre, ist auch vom Gesichtspunkt seiner sonstigen vermögensrechtlichen Geschäfte als handlungsfähig zu betrachten, wenn die Rechtsfolgen des Geschäfts in Ungarn einzutreten haben.,,

Und als Letztes wird das anzuwendende Recht bei Feststellung der Tatsache des Todes in § 16 geregelt:

„Hinsichtlich der Erklärung für tot oder verschollen, weiterhin der Feststellung der Tatsache des Todes ist das Recht maßgebend, das das Personenrecht des Verschollenen war. Wenn das ungarische Gericht aus inländischem Rechtsinteresse einen nicht ungarischen Staatsbürger für tot oder verschollen erklärt bzw. die Tatsache des Todes einer solchen Person feststellt, ist das ungarische Recht anzuwenden.,,

J. Die zukünftige Person im englischen Kollisionsrecht

Im englischen Recht wurde unter dem Begriff des conflict of laws bzw. private international law³⁷ die Gesamtheit der Regeln zusammengefaßt, die einem englischen Gericht für die Behandlung eines Falles zur Verfügung stehen, der ein ausländisches Element beinhaltet.³⁸ Dazu gehören neben Fragen zur internationalen Zuständigkeit englischer Gerichte auch der Bereich des Kollisionsrechts und die Anerkennung und Durchsetzung ausländischer Urteile und Entscheidungen.

Bei den kollisionsrechtlichen Regeln sticht besonders die im Vergleich zu den meisten kontinentaleuropäischen Rechten grundsätzlich unterschiedliche Zuordnung aller den personal status einer Person betreffenden Feststellungen ins Auge. Meistens werden im Common law jedoch die Begriffe personal law oder auch law of persons genutzt, um damit die Rechtsordnung zu bezeichnen, welche die persönlichen und vermögensrelevanten Beziehungen zwischen Familienmitgliedern betrifft.³⁹ Der englische Begriff status ist weniger gebräuchlich und zudem inhaltlich umstritten. Entweder ist mit status der Personenstand gemeint oder aber auch die einer Person aus den Gesetzen ihres Landes erwachsene Fähigkeit zum Erwerb und zur Ausübung legaler Rechte sowie zur Durchführung von Rechtsgeschäften.⁴⁰ Auch wenn der Begriff status im Sinne des Personenstandes weit geschnitten ist, so ist der Begriff andererseits von der capacity zu unterscheiden. Eine eigenständige Norm für ein Rechtsfähigkeitsstatut existiert im englischen Kollisionsrecht nicht. Dennoch muß auch für den Bereich des englischen Internationalen Privatrechts die allgemeine Rechtsfähigkeit als fester Bestandteil des Personalstatus anzusehen sein. Auch im englischen Recht und damit auch nach den englischen Regelungen des conflict of laws kann grundsätzlich nur eine natürliche Person während ihres Lebens über die Kapazität verfügen, Rechte zu haben und Verpflichtungen zu unterliegen. Die elementare Befähigung des geborenen Menschen unterliegt somit selbstverständlich dem personal law.

³⁷ Cheshire, Geoffrey/North, P.M.N.: Cheshire and North's Private Internationale Law, 12. Aufl., bearb. v. North, P.M.N. und Fawcett, J.J., London/Dublin/Edinburgh 1992, S. 12 f.

³⁸ Collier, John Greenwood: Conflict of laws, 2. Aufl., London 1994, S. 14.

³⁹ Morris, J.H.C.: The conflict of laws, 3. Aufl., London 1984, S. 14.

⁴⁰ Carlier, Jean-Yves: Autonomie de la volonté et statut personnel, Brüssel 1992, S. 172.

Die common-law-Systeme haben wegen ihrer eher territorialistischen Ausrichtung eine besonders enge Vorstellung des Personalstatuts, das begrifflich nicht einmal wirklich vom englischen Internationalen Privatrecht angenommen worden ist. Man blieb traditionell grundsätzlich zunächst an das Recht des Gebietes des Geburtsortes gebunden. Wenn auch dem Gedanken der Notwendigkeit der Unterwerfung aller das Personalstatut einer natürlichen Person betreffenden Fragestellungen unter ein und demselben Recht grundsätzlich entsprochen wurde⁴¹, hat man sich kollisionsrechtlich nicht für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung entscheiden können, sondern richtet sich nach dem domicile der Person als Anknüpfungsmoment.⁴²

Das Konzept des domicile ist ein nicht leicht zu definierender rechtlicher Begriff⁴³, der jedoch elementar auf die Beziehung zwischen einem Individuum und einem Territorium hinausläuft und sowohl von materiellen als auch von psychologischen Faktoren geprägt ist. Im Grunde wird eine Person dabei dem Recht jenes Umfeldes unterworfen, in dem sie lebt und in dem sie in der Regel auch am Rechtsverkehr teilnimmt. Grundsätzlich besitzt jede Person einen Wohnsitz, dessen Belegenheit sich prinzipiell nach den Regeln des englischen Rechts bestimmt. Ausgegangen wird hierbei vom Begriff des Ursprungswohnsitzes, das heißt dem Wohnsitz einer Person im Zeitpunkt ihrer Geburt, der sich für ein eheliches Kind aus dem Wohnsitz des Vaters, für ein uneheliches aus dem der Mutter und im Falle eines Findelkindes aus dessen Fundort von Rechts wegen ergibt. Entscheidend ist hierbei folglich nicht der Geburtsort, sondern in der Regel der Wohnsitz des entsprechenden Elternteiles im Zeitpunkt der Geburt.

Alle das Personalstatut betreffenden Regelungen erfassen die Person beziehungsweise ihre früheste Gestalt: das Kind. Auf die Möglichkeit eines Wohnsitzes eines noch nicht geborenen oder gar noch nicht gezeugten Kindes wurde gesetzlich nicht eingegangen. Obgleich theoretisch die Möglichkeit bestünde, den Wohnsitz eines Kindes im Mutterleib unter Zuhilfenahme des Wohnsitzes der Mutter zu konstruieren, erscheint ein solches Vorgehen aus der Sicht des englischen Rechts absurd. Vielmehr ist selbstverständlich, daß auch im englischen Recht das Personalstatut, das über den Wohnsitz ermittelt wird, frühestens mit der Geburt in Frage stehen

⁴¹ Cheshire/North, a.a.O., S. 138.

⁴² Wolff, Martin: Private International Law, 2. Aufl., Oxford 1950 (Neudruck Aalen 1977), S. 277, Rz. 277.

⁴³ Dicey, Albert Venn/Morris, John Humphrey Carlile: Dicey & Morris on The Conflict of Laws, Bd. 1, 12. Aufl., bearb. v. Collins, Lawrence/Hartley, Trevor C./McClellan, John D./Morse, Christopher/George, John, London 1993, S. 116.

kann. Erst durch die Geburt wird der Mensch zur Person, dessen allgemeine Rechtsfähigkeit sodann nach "seinem" Recht, das heißt dem Recht seines Wohnsitzes zu klären ist.

Auch im englischen Recht dreht sich eigentlich alles um die Beantwortung der Frage, ob der *nasciturus* und auch der *nondum conceptus* schon als Person anzusehen sind. Nur Personen können einen Wohnsitz, insbesondere einen Ursprungswohnsitz besitzen, der sie einem Recht unterstellt, das seinerseits dann zur allgemeinen Rechtsfähigkeit der Person Aussagen macht.

Fragestellungen vorgeburtlicher Rechts- oder Teilrechtsfähigkeit sind dem englischen Recht nicht zuletzt durch den weitgehenden Einsatz von Rechtskonstruktionen aus dem Bereich der *equity* unter Einsatz der *trust*-Formen unbekannt geblieben. Natürlich kennt auch das englische Sachrecht besondere Rechte, die einem Kind für den Fall, daß es eine Person wird, vorbehalten sind. Zu nennen sind hier etwa erbrechtliche Konstruktionen oder Entschädigungen wegen vorgeburtlicher Schädigungen.

Die Frage, welche Rechte für ein Kind nach seiner Geburt reserviert sein können, wird von der *lex causae*, das heißt von dem Recht, das die rechtliche Beziehung regelt, die das in Frage stehende Recht begründet hat, zu beantworten sein. Somit wird etwa das auf einen Vertrag anzuwendende Recht zu unterscheiden haben, ob grundsätzlich der Vertrag zugunsten Dritter zulässig ist und das ungeborene Kind begünstigter Dritter sein kann. Für den Bereich des Deliktsrechts wird ebenso vorzugehen sein. Im Erbrecht wird jedoch auf die Anwendung des Prinzips der Spaltung des Nachlasses zu achten sein. Mit Ausnahme des unbeweglichen Nachlasses, der den Bestimmungen des *lex situs*, des Rechts des Belegenheitsortes, auch bezüglich der Fähigkeit, einen Vermögensgegenstand erbrechtlich zu erwerben, folgen muß⁴⁴, wird das Recht des *domicile* des Verstorbenen darüber zu entscheiden haben, ob das ungeborene Kind die Rechtsnachfolge bezüglich des hinterlassenen Vermögens antreten kann.⁴⁵

Ein Kind im Mutterleib ist rechtlich noch nicht Person geworden und hat denn auch in diesem Sinne noch keine Rechte. Die Rechtsstellung des *child en ventre sa mère* scheint im *Common law* und insbesondere im englischen Recht keinen Anlaß zu kollisionsrechtlichen Problemen

⁴⁴ Ferid/Firsching, a.a.O., S. 13, Rz. 41.

⁴⁵ Wolff, a.a.O., S. 577, Rz. 550.

gegeben zu haben. Die auch in der deutschen Lehre aufgeworfene Frage der Behandlung ausländischer Rechte, die in Anlehnung an den französischen Code civil neben der vollendeten Lebendgeburt darüberhinaus eine Lebensfähigkeit oder auch eine Mindestlebensdauer des Kindes voraussetzen, ist auch der englischen Lehre bekannt. Es wird dort vertreten, daß auf die Frage, welches Recht anzuwenden ist, wenn das Kind nicht lebensfähig geboren wurde, das personal law heranzuziehen ist.⁴⁶ Das über den Wohnsitz des geborenen Kindes zu ermittelnde Heimatrecht wird demnach die Antwort auf die Frage nach der Fähigkeit des geborenen Kindes zu geben haben. Würde etwa ein unehelich geborenes, aber lebensunfähig verstorbenes Kind einen französischen Wohnsitz gehabt haben, hat es seinen Vater nicht beerben können, da es nach französischem Recht nie Person geworden ist.⁴⁷ Mit anderen Worten kann festgestellt werden, daß für die Belange des englischen conflict of laws die Geburt eines Menschen genügt, um ihm ein domicile zu geben, das alsdann den Einstieg in den Bereich des personal law ermöglicht, das seinerseits gegebenenfalls die Rechtsunfähigkeit selbst des geborenen Menschen vorschreiben kann.

Daraus darf gefolgert werden, daß sich die Rechtspersönlichkeitsfrage und damit auch die Problematik der Rechtsfähigkeit des nasciturus und erst recht des nondum conceptus im eigentlichen allgemeinen Sinn für den englischen Richter im Grunde nicht stellen kann. Auch im englischen Recht ist nicht ersichtlich, wie ein noch nicht gezeugter Mensch zu einem Personalstatut gelangen sollte. Der nasciturus und der nondum conceptus sind noch keine Rechtspersonen. Weder dem nasciturus noch dem nondum conceptus kann vor der Geburt ein domicile eingeräumt werden. Die Anwendung der personal law bleibt somit vor der Geburt kategorisch verwehrt. Auch wenn das englische Recht ein Konzept der besonderen Rechtsfähigkeiten nicht verinnerlicht hat, muß für die Beachtung des nasciturus und erst recht des nondum conceptus in internationalprivatrechtlichen Fragestellungen die jeweilige lex causae herangezogen werden. In diesem Sinne würde wohl auch keine ordre-public-Schranke errichtet werden. Die international-privatrechtliche Position des nondum conceptus erschließt sich somit auch im englischen Recht ausnahmslos über die lex causae.

Adam, Sabine: Grundrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin. Ein Beitrag zur Diskussion eines Embryonenschutzgesetzes, Konstanz 1989.

⁴⁶ Wolff, a.a.O. S. 275-276, Rz. 255.

⁴⁷ So das Beispiel bei Wolff, a.a.O., S. 276.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794, 2. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin 1994.

Ankermann, Ernst: Haftung für fehlerhaften oder fehlenden ärztlichen Rat, in: Festschrift für Erich Steffen, Berlin/New York 1994.

Atiyah, P.S.: An Introduction to the Law of contract, 5. Aufl., Oxford 1995.

Atiyah, P.S.: Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 5. Aufl., bearb. von Cane, Peter, London/Dublin/Edinburgh 1993.

Avenarius, Martin: Zur Rechtsstellung des nondum conceptus, in: JR 1994, S. 267-270.

v. Bar, Christian: Internationales Privatrecht, Bd. 1: Allgemeine Lehren, München 1987.

v. Bar, Christian: Internationales Privatrecht, Bd. 2, Besonderer Teil, München 1991.

Bassenge, Peter / Herbst, Gerhard: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Rechtspflegergesetz - Kommentar, 7. Aufl., Heidelberg 1995.

Batereau, Andrea: Zeitgrenzen der Vermögensbindung im englischen Recht - Die Rule against Perpetuities, Frankfurt am Main/Berlin/New York/Paris/Wien 1991.

Beale, H.G./Bishop, W.D./Furmston, M.P.: Contact, Cases and materials, London 1990.

Beckmann, Rainer: Der "Wegfall" der embryopathischen Indikation, in: MedR 1998, S. 155-161.

Bengel, Manfred: Rechtsfragen zum Vor- und Nachvermächtnis, in: NJW 1990, S. 1826-1830.

Berner, Albert Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 13. Aufl., Leipzig 1884.

Beyer, Christian: Grenzen der Arzneimittelhaftung, dargestellt am Beispiel des Contergan-Falles, München 1989.

Brazier, Margaret: The Law of Torts, 9. Aufl., London/Dublin/Edinburgh 1993.

Brödermann, Eckart/Rosengarten, Joachim: IPR, Anleitung zur systematischen Fallbearbeitung im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2. Aufl. Hamburg 1996.

Brox, Hans: Erbrecht. 15. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1994.

Brüggeleier, Gert: Deliktsrecht. Ein Hand- und Lehrbuch, Baden-Baden 1986.

Bürger, Wolfgang: Einzelzuwendungen an Erben, in: MDR 1986, S. 371-374.

Bunge, Jürgen: Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung in England, Berlin 1995.

Carlier, Jean-Yves: Autonomie de la volonté et statut personnel, Brüssel 1992.

Cheshire, Geoffrey/Fifoot, Cecil/Furmston, M.P.: Law of Contract, 12. Aufl., London/Dublin/Edinburgh 1991.

Cheshire, Geoffrey/North, P.M.N.: Cheshire and North's Private International Law, 12. Aufl. bearb. von North, P.M.N. und Fawcett, J.J., London/Dublin/Edinburgh 1992.

Claudi, Hubertus: Die Erbfolge nach englischem materiellen und internationalen Privatrecht, in: MittRhNotK (Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer) 1981, S. 79-105 und 115-138.

Cohn: Die Einsetzung von Deszendenten als Erben, in: JW 1904, S. 13 ff.

Collier, John Greenwood: Conflict of Law, 2. Aufl., London 1994.

Deubner, Karl G.: Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 05.02.1985, in: NJW 1985, S. 1390-1392.

Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/ München 1996.

Deynet, Karl August: Die Rechtsstellung des nasciturus und der noch nicht erzeugten Person im deutschen, französischen, englischen und schottischen bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main/Berlin 1960.

Dicey, Albert Venn/Morris, John Humphrey Carlile: Dicey & Morris on The Conflict of Laws, 2 Bände, 12. Aufl., bearb. von Collins, Lawrence/Hartley, Trevor C./McClellan, John D./Morse, Christopher/George, John, London 1993.

Ebenroth, Carsten-Thomas: Erbrecht, München 1992.

Ebersbach, Harry: Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1972.

Eckert, Jörn: Der Kampf um die Familienkommission in Deutschland, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1992.

Eckstein, Ernst: Das Schenkungsversprechen, in: AcP 107 (1911), S. 384-426.

Ennecerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl., Tübingen 1959.

Erb, Gerald: Sammelvermögen und Stiftung. Ihre Verknüpfung nach englischem und deutschem Recht, Baden-Baden 1971.

Erman, Walter: Handkommentar zum BGB in zwei Bänden, 8. Aufl., hrsg. von Westermann, Harm Peter, Münster 1989 (zitiert: Erman-Bearbeiter)

Eser, Albin: Neuartige Bedrohungen ungeborenen Lebens. Embryoforschung und "Fetozid" in rechtsvergleichender Perspektive, Heidelberg 1990.

Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo: Schuldrecht, Bd. II Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg 1991.

Fabricius, Fritz: Relativität der Rechtsfähigkeit, München 1963.

Fabricius, Fritz: Gedanken zur höchstrichterlichen Rechtsprechung betreffend den Nasciturus, in: FamRZ 1963, S. 403-410.

- Faerber, Georg:** Wrongful life - eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen, britischen und deutschen Rechts, Hamburg 1988.
- Ferid, Murad/Firsching, Karl/Lichtenberger, Peter:** Internationales Erbrecht, Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten, Bd. III Großbritannien, München 1982.
- Fikentscher, Wolfgang:** Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin/New York 1992.
- Firsching, Karl/Graf, Hans Lothar:** Nachlaßrecht, 7. Aufl., München 1994.
- Firsching, Karl/v. Hoffmann, Bernd:** Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1995.
- Fischer, Gerfried:** Schadensersatz wegen unterbliebener Abtreibung, in: NJW 1981, S. 1991 f.
- Geigel, Reinhart:** Anm. zu OLG Schleswig vom 18.10.1949, in: NJW 1950, S. 388 f.
- Giesen, Dieter:** Arzthaftungsrecht, Tübingen 1995.
- Grainger, Christopher J.:** Wrongful life: a wrong without a remedy, (1994) 2 Tort L.R. (Tort Law Review), S. 164-174.
- Guardini, Romano:** Das Recht des werdenden Menschen, Stuttgart/Tübingen 1949.
- Haeckel, Ernst:** Anthropologie oder Entwicklungsgeschichte des Menschen, 3. Aufl., Leipzig 1877.
- Haegel, Karl/Schöner, Hartmut/Stöber, Kurt:** Grundbuchrecht, 10. Aufl., München 1993.
- Hager, Günther:** Neuere Tendenzen beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, in: Festschrift für Ernst v. Caemmerer, Tübingen 1978, S. 127-147.
- Hanbury, Harold Greville/Maudsley, Ronald Harling:** Modern Equity, 13. Aufl, bearb. v. Martin, Jill.E., London 1989.
- Hefele, Hans Richard:** Der Nasciturus im Zivilprozeß, München 1949.
- Heilmann, Hans:** Der Vertrag zugunsten Dritter - ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft, in: NJW 1968, S. 1853-1857.
- Heldrich, Andreas:** Der Deliktsschutz des Ungeborenen, in: JZ 1965, S. 593-599.
- Hellwig, Konrad:** Verträge auf Leistungen an Dritte, Leipzig 1899 (Neudruck Aalen 1980)
- Henrich, Dieter:** Einführung in das englische Privatrecht, 2. Aufl., Darmstadt 1993.
- Hermanns-Engel, Karl-Joseph:** Die rechtliche Berücksichtigung des Menschen vor der Zeugung, Osnabrück 1997.
- Hettich, Richard:** Produkthaftung - Haftungsumfang und Risikobegrenzung, 2. Aufl. München 1990.
- Heyn, Hanns-Christian:** Die "Doppel"- und "Mehrfachqualifikation" im IPR, Frankfurt am Main 1986.
- v. Hippel, Fritz:** Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936.
- Hofmann, Hans:** Das Lebensrecht des Nasciturus. Zivilrechtliche Aspekte der Abtreibung, Diss. Bonn 1992
- Honig, Frederick:** Reformbestrebungen auf dem Gebiete des englischen Zivilrechts, in: *RabelsZ* (Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht), 17 (1952), S. 643 ff.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K.:** Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel/Frankfurt am Main 1996.
- Hubmann, Heinrich:** Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln 1967.
- Jackson, Rupert M./Powell, John L.:** Jackson & Powell on Professional Negligence, The Common Law Library Nr. 12, 3. Aufl. bearb. von Cannon, Mark R.N./Evans, Hugh L./Hughes, Ian H.D./Stewart, Roger P.D., London 1992.
- Jaffey, A.J.E.:** The Duty of Care, Aldershot/Brookfield USA/Hong Kong/Singapore/Sydney 1992.
- James, Philip S.:** Introduction on English Law, 12. Aufl., London 1989.
- Jeß, Kay:** Das Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung unter besonderer Berücksichtigung der Gestaltungsmöglichkeiten der Stiftungsverfassung und des Rechtsschutzes der Stiftung vor Übergriffen des Stifters, Ammersbek bei Hamburg 1991.
- Jobbágyi, Gábor:** Die Rechtsfähigkeit und das Lebensrecht der Leibesfrucht im ungarischen Recht, *Magyar Jog* 1991, Nr. 7.
- Jobbágyi, Gábor:** Die Rechtsstellung und das Lebensrecht des Ungeborenen und sein Schutz gegen die Schwangerschaftsunterbrechung, *Magyar Jog* 1993, Nr. 8.
- Jochem, Reiner:** Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten in einer "hinkenden" Ehe - ein Sonderproblem?, in: *FamRZ* 1964, S. 392-397.
- Jochum, Günter/Pohl, Kay-Thomas:** Pflegschaft, Vormundschaft und Nachlaß, Heidelberg 1988.
- Jones, Michael:** Medical Negligence, London 1995.
- Kaduk, Hubert:** Fragen zur Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten eines Dritten, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 303-317.
- Kegel, Gerhard:** Internationales Privatrecht, 7. Aufl., München 1995.
- Kessel, Christian:** Grundsätze des vorläufigen Rechtsschutzes in England und Wales, in: *RIW* 1993, S. 988-992.
- Klinger, Klaus:** Rechtsfähigkeit und allgemeines Persönlichkeitsrecht, Kiel 1964.
- Köbler, Gerhard:** Deutsches Privatrecht der Gegenwart, München 1991.

- Kötz, Hein:** Trust und Treuhand, Göttingen 1963.
- Kötz, Hein:** Deliktsrecht, 6. Aufl., Neuwied/Kriftel/Berlin 1994.
- Kommentar** des Ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches, erster und zweiter Band, Közgazdasági és Könyvkiadó, Budapest 1995.
- Kriele, Martin:** Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz, Berlin 1992.
- Kronke, Herbert:** Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, Tübingen 1988.
- Kropholler, Jan:** Europäisches Zivilprozeßrecht, 5. Aufl., Heidelberg 1996.
- Kropholler, Jan:** Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1994.
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt:** Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl., München 1995.
- Lanz-Zumstein, Monika:** Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, München 1990.
- Larenz, Karl:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Ein Lehrbuch, 7. Aufl., München 1989.
- Mansees, Norbert:** Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, Berlin 1991.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert:** Kommentar zum Grundgesetz. Loseblattsammlung, München 1963-.
- Maur, Matthias:** Die Rechtsstellung des Vorvermächtnismehmers bei zugunsten des Nachvermächtnismehmers eingetragener Vormerkung, in: NJW 1990, S. 1161-1163.
- McGregor, Harvey;** McGregor on Damages, The Common Law Library Nr. 9, 15. Aufl., London 1988.
- Medicus, Dieter:** Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 1993.
- Megarry, Sir Robert/Wade, H.W.R.:** The Law of Real Property, 5. Aufl., London 1984.
- Mellows, Anthony R.:** The law of successions, 4. Aufl., London 1983.
- Moore, Keith L.:** Embryologie - Lehrbuch und Atlas der Entwicklungsgeschichte des Menschen, 3. Aufl., Stuttgart/New York 1993.
- Morris, J.H.C.:** The conflict of laws, 3. Aufl., London 1984.
- Müller, Klaus:** Schuldrecht - Besonderer Teil: Ein Lehrbuch, Heidelberg 1990.
- Münzer, Ulrich:** Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht. Eine rechtsvergleichende Darstellung bundesrepublikanischen, englischen und französischen Rechts, Tübingen 1991.
- Musielak, Hans-Joachim:** Zur Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts eines Nacherben, in: ZEV 1995, S. 5-8.
- Nelson-Jones, Rodney/Burton, Frank:** Medical Negligence Case Law, London 1990.
- Neuer, Ferdinand Karl:** Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt, Köln 1961.
- Neuhaus, Paul Heinrich:** Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976.
- Nolting, Claus:** Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, Bielefeld 1985.
- O'Hare, John/Hill, Robert N.:** Civil Litigation, 6. Aufl., London 1993.
- Oertmann, Paul:** Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1908.
- Palandt, Otto:** Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 57. Aufl., München 1998 (zit.: Palandt-Bearbeiter)
- Parry, Sir David Hughes/Clark, J.B.:** On the law of succession, 9. Aufl., London 1988.
- Parker, David Berkeley/Mellows, Anthony Roger:** The Modern Law of Trusts, 6. Aufl., hrsg. v. Oakley, A.J., London 1994.
- Peters, Ralf:** Der Schutz des neugeborenen, insbesondere mißgebildeten Kindes, Stuttgart 1988.
- Planck, Gottlieb:** Kommentar BGB Bd. 2, bearb. von Strohal, Emil, Nachdruck Frankfurt am Main 1976.
- Raiser, Ludwig:** Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961.
- Reichsgerichtsräte-Kommentar.** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, hrsg. Von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, 12. Aufl., Berlin/New York 1974-. (zit.: RGRK-Bearbeiter).
- Reis, Hans:** Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem, Tübingen 1984.
- Reynolds, F.M.B:** Bowstead on Agency, 15. Aufl., London 1985.
- Rogers, W.V.H.:** The Law of Tort, 2. Aufl., London 1994.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz: Gottwald/Peter:** Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., München 1993.
- Salmond, J.W.S./Heuston, R.F.V.:** Salmond & Heuston on the Law of Torts, 20. Aufl., bearb. von Burckley, R.A., London 1992.
- Schellhammer, Kurt:** Zivilprozeß, 6. Aufl., Heidelberg 1994.
- Schmidt, Angelika:** Rechtliche Aspekte der Genomanalyse. Insbesondere die Zulässigkeit genanalytischer Testverfahren in der pränatalen Diagnostik sowie der Präimplantationsdiagnostik, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1991 (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft, Bd. 1194).

- Schmidt, Rudolf:** Der Schutz der Leibesfrucht gegen unerlaubte Handlung, in: JZ 1952, S. 167-169.
- Schmidt, Rudolf:** Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.12.1952, II ZR 141/51, in: JZ 1953, S. 307 f.
- Schmidt, Rudolf:** Besprechung: Wolf-Naujoks: Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, in: AcP 155 (1956), S. 73 ff.
- Schnitzer, Adolf F.:** Vergleichende Rechtslehre, Bd. II, 2. Aufl., Basel 1961.
- Schurig, Klaus:** Kollisionsnorm und Sachrecht. Zur Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts, Berlin 1981.
- Seifart, Werner (Hrsg.):** Handbuch des Stiftungsrechts, München 1987. (zitiert: Seifart-Bearbeiter).
- Selb, Walter:** Schädigung des Menschen vor der Geburt - ein Problem der Rechtsfähigkeit?, in: AcP 166 (1966), S. 76-128.
- Sorg, Martin H.:** Die Familienstiftung - Wesen, Probleme, Gestaltungsvorschläge für die Praxis, Baden-Baden 1984.
- Stanton, Keith M.:** The Modern Law of Tort, London 1994.
- Strickrodt, Georg:** Stiftungsrecht, Baden-Baden 1977.
- Teff, Harvey:** Reasonable Care, Oxford 1984.
- Töry, Károly:** Der rechtliche Schutz der nicht geborenen Leibesfrucht, Magyar Tudomány 1990, Nr. 7.
- v. Tuhr, Andreas:** Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Allgemeine Lehren und Personenrecht, München/Leipzig 1910.
- Treitel, Gunther H.:** The law of contract, 9. Aufl., London 1995.
- Upex, Robert:** Davies on contract, 7. Aufl., London 1995.
- Wolf, Ernst/Neujoks, Hans:** Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, Frankfurt am Main 1955.
- Wolff, Martin:** Private International Law, 2. Aufl., Oxford 1950 (Neudruck Aalen 1977).
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein:** Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1. Aufl., Bd. II: Institutionen, Tübingen 1984.

Dr. Csongor HERKE: Die Vorgerichtsstellung im ungarischen Recht¹

Das Gesetz über das ungarische Strafverfahren (fortan: uStPO) kennt zur Zeit fünf Sonderverfahren: das Strafverfahren gegenüber jugendlichen Straftätern, das Privatklageverfahren, das Militärstrafverfahren, die Vorgerichtsstellung und den Strafbefehl². Der rechtspolitische Grund für diese Verfahren mag in den abweichenden Lebensverhältnissen der Täter und im abweichenden materiellen Recht (siehe Jugendliche, Militärangehörige) liegen, aber auch im Ziel der weiteren Beschleunigung, Vereinfachung des Verfahrens. Die Sonderverfahren enthalten im Vergleich zu dem allgemeinen Verfahren spezielle Verfahrensregeln. Die Vorschriften im XII-XVII. Abschnitt uStPO sind mutatis mutandis geltend, sie bieten also im Verhältnis zum traditionellen Verfahren zusätzliche Garantien oder im Gegenteil: sie können auch ganze Paragraphen des ordentlichen Verfahrens weglassen (ein Beispiel dafür ist das Ausbleiben der Ermittlung zumeist im Privatklageverfahren oder das Unterlassen der ganzen Hauptverhandlung im Strafbefehlverfahren). Die einzelnen Sonderverfahren zeitigen nach WALTOS somit bald ein „angereichertes Verfahren“ (procedure enrichie, beispielsweise das Verfahren gegenüber jugendlichen Straftätern), bald ermöglichen sie im Gegensatz hierzu ein „reduziertes Verfahren“ (procedure reduite, wie bei der Vorgerichtsstellung, dem Strafbefehl), aber das besondere Verfahren bzw. die in einem solchen gefällte Entscheidung kann mit dem traditionellen Verfahren auch „gleichwertig“ (procedure equivalente, s. das Militärstrafverfahren) sein³.

Hauptziel der Vorgerichtsstellung als Sonderverfahren ist, das Strafverfahren weitgehend zu vereinfachen und zu beschleunigen. Um dies zu gewährleisten, legt das Gesetz eine knapp bemessene und streng einzuhaltende

¹ Die Abhandlung wurde mit Hilfe der Unterstützung der Preisausschreibung des „OTKA“ (Landesfond für Wissenschaft und Forschung Nr. F 023236) angefertigt.

² Der Ausdruck „zur Zeit“ ist deshalb angebracht, weil vom 1. Januar 2000 eine neue StPO in Kraft treten wird, die außer den obengenannten Sonderverfahren zwei neue einführen wird: das Verfahren gegenüber dem abwesenden Beschuldigten und das Verfahren mit Verzicht auf Verhandlung (das letztere bedeutet im Grunde die Übernahme des Rechtsinstituts der Absprache).

³ Vgl. Florian TREMMEL: Büntetö eljárásjog, Különös rész. Pécs, 1977. S. 173

Frist fest, innerhalb der die Vorgerichtsstellung durchzuführen ist, anderenfalls verlegt sich die Sache auf das ordentliche — und somit langwierige — Verfahren.

DIE VORAUSSETZUNGEN DER VORGERICHTSSTELLUNG

Gemäß § 346 uStPO kann der Beschuldigte wegen einer unter die Zuständigkeit des örtlichen Gerichtes oder der Militärstrafgerichtsbarkeit fallenden Straftat, für die das Gesetz mit einer nicht über 5 Jahre hinausgehenden Freiheitsstrafe androht, innerhalb von 8 Tagen nach dem Begehen der Straftat vor Gericht gestellt werden, wenn die Beurteilung der Sache einfach ist, die Beweise zur Verfügung stehen und der Täter in flagranti ergriffen worden ist oder wenn er das Verbrechen eingestanden hat.

Die Vorgerichtsstellung hat also — wie ersichtlich — sechs Voraussetzungen, die sich in drei Hauptgruppen gliedern lassen:

a) Voraussetzungen, deren Nichtvorhandensein im eingeleiteten Verfahren eine absolute Verletzung der Verfahrensnormen bewirkt:

- die Androhung einer Freiheitsstrafe bis zu höchstens fünf Jahren,
- die Vorgerichtsstellung innerhalb von acht Tagen nach Begehung der Straftat;

b) Alternative, aber ein Ermessen ausschließende (objektive) Voraussetzungen:

- Straftaten die in die Zuständigkeit des örtlichen Gerichtes oder zur Militärgerichtsbarkeit gehören,
- der Täter wurde in flagranti ergriffen oder er hat die Begehung der Tat eingestanden;

c) schließlich zwei, auf Ermessen der Behörde beruhende (subjektive) Voraussetzungen:

- die Beurteilung der Sache ist einfach,
- die Beweise stehen zur Verfügung.

ad a) Zur ersten Gruppe gehören diejenigen zwei Voraussetzungen, bei deren Nichtvorliegen die durchgeführte Vorgerichtsstellung eine absolute Verletzung der Verfahrensnormen verwirklicht, weswegen das Gericht in zweiter

Instand das erstinstanzliche Urteil ohne Ermessen außer Kraft zu setzen und ein neues (bereits nach den allgemeinen Vorschriften durchzuführendes) Verfahren anzuordnen hat. Die genannten zwei Voraussetzungen: die Straftat muß mit einer Freiheitsstrafe bis zu höchstens fünf Jahren angedroht sein und die Vorgerichtsstellung hat innerhalb von acht Tagen nach der Begehung zu erfolgen. Hinsichtlich der Androhung von höchstens fünf Jahren Freiheitsstrafe ist bei Verbrechenskonzurrenz der Strafsatz der einzelnen Straftaten zu berücksichtigen (und nicht das zu erwartende Strafmaß der Konkurrenzstrafe). Wenn also der Beschuldigte beispielsweise zwei Verbrechen begangen hat und beide mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angedroht sind, dann kann es zu ihren gesamten Beurteilung im Rahmen eines Verfahrens der Vorgerichtsstellung kommen, obwohl im Hinblick auf den Konkurrenzcharakter die Strafe bis zu fünf Jahren um die Hälfte erhöht werden kann (so daß sich die Strafandrohung im gegebenen Fall auf sieben und ein halbes Jahr beläuft). Aus diesem Grund kann es vorkommen, daß die bei der Vorgerichtsstellung zugemessene Freiheitsstrafe über fünf Jahre hinausgeht, obwohl der Beschuldigte gemäß zwingender Norm nur bei Straftaten, die mit einer Freiheitsstrafe bis höchstens fünf Jahren angedroht sind, gemäß § 346 uStPO im Sonderverfahren vor Gericht gestellt werden kann.

Im wesentlichen gilt das Gleiche für den Fall der Nachtragsanklage (Abänderung bzw. Erweiterung der Anklage). Der Staatsanwalt ist nämlich berechtigt, die Anklage auch bei Vorgerichtsstellung abzuändern oder zu erweitern, jedoch nur in dem Fall, wenn für alle bzw. für die neuen in der erweiterten (abgeänderten) Anklage enthaltenen Straftaten sämtliche Voraussetzungen der Vorgerichtsstellung vorliegen.

Für die Berechnung der Frist von acht Tagen sind die allgemeinen Vorschriften maßgebend. Demgemäß bleibt dabei der Tag, an dem das Verbrechen begangen wurde, unbeachtet. Ist aber der achte Tag ein arbeitsfreier Tag, dann kann die Strafsache an dem darauffolgenden Werktag noch im Verfahren der Vorgerichtsstellung entschieden werden.

ad b) Die zweite Gruppe der Voraussetzungen besteht gleichfalls aus zwei Elementen, doch steht der Behörde jeweils eine bestimmte Wahlmöglichkeit zu.

Einerseits muß die Straftat in die Zuständigkeit eines örtliches Gerichtes oder des Militärgerichtes fallen. Wenn sich zu Beginn der Vorgerichtsstellung oder später herausstellt, daß für die Tat nach richtiger rechtlicher Beurteilung nicht ein örtliches Gericht (oder eine Militärgerichtskammer) zuständig ist, hat das Gericht die Strafprozeßakten an den Staatsanwalt zurückzuweisen.

Andererseits gilt es nach dem Gesetz als eine alternative Voraussetzung, daß der Täter in flagranti ergriffen worden ist oder er die Begehung des Verbrechens eingestanden hat. Eine in flagranti Ergreifung liegt vor, wenn der Täter den gesetzlichen Tatbestand der Straftat vollständig oder zum Teil in Anwesenheit eines Augenzeugen erfüllt hat oder bei Verlassen des Tatortes oder bei seiner Verfolgung erwischt wurde⁴. Es genügt also, wenn nur ein Element des Tatbestandes in Anwesenheit eines Augenzeugen erfüllt wird (z. B. bei Raub die Wegnahme der Sache vor dem Augenzeugen erfolgt, nicht aber die Gewaltanwendung). Ein Problem kann sich daraus ergeben, wenn beispielsweise der Beschuldigte zu Lasten desselben Geschädigten mehrere Diebstähle begeht. Einige Autoren⁵ vertreten die Ansicht, daß wenn „der Augenzeuge eine der vom Täter zu Lasten desselben Geschädigten begangenen Diebstahlhandlungen sieht“, so genügt dies zur Vorgerichtsstellung hinsichtlich einer jeden Straftat. Meines Erachtens ist diese Meinung nur insoweit akzeptabel, als die Voraussetzungen für die Kontinuität der Handlung, also für den fortgesetzt begangenen Diebstahl, bestehen. Ist dies der Fall, so reicht eine einzige, in Anwesenheit eines Augenzeugen begangene Tat aus, anderenfalls bestehen für die anderen Straftaten nicht die Voraussetzungen der Vorgerichtsstellung.

Auch bei Eingestehen der Begehung der Straftat können sich Auslegungsprobleme ergeben. Diese Voraussetzung erfordert nämlich nicht das sich sowohl auf die Begehung des Verbrechens, als auch auf die Anerkennung der eigenen Schuld erstreckende, ausführliche (noch weniger eine tätige Reue

⁴ S. Florian TREMMEL: Büntető eljárásjog, Általános rész. Pécs, 1996. S. 300

⁵ S. Annamária SCHÄFER: A bíróság elé állításról. ÜÉ (Anzeiger der Staatsanwaltschaft) 3/1986. S. 23

aufweisende) Eingeständnis; es wird lediglich das Eingestehen der Tatbegehung verlangt. Wenn also der Beschuldigte die Begehung der Tat eingesteht, aber sich zugleich z. B. auf Notwehr beruft, so kann es prinzipiell zur Vorgerichtsstellung kommen (wobei wahrscheinlich das Kriterium der Einfachheit des Sachverhaltes fehlen wird, und so der Beschuldigte im Sonderverfahren nicht vor Gericht gestellt wird).

ad c) Die Aufzählung der Voraussetzungen für die Vorgerichtsstellung wird durch zwei subjektive, auf dem Ermessen der Behörde beruhende Gründe abgeschlossen. So kann der Beschuldigte auch bei Vorliegen der oben genannten vier Voraussetzungen nur dann im Sonderverfahren vor Gericht gestellt werden, wenn die Beurteilung der Sache einfach ist und die Beweismittel zur Verfügung stehen.

Das Kriterium der einfachen Beurteilung der Sache bezieht sich sowohl auf die faktische als auch auf die rechtliche Beurteilung. Der Sachverhalt darf also nicht kompliziert sein, er muß also durch unmittelbare Beweise (durch Aussage der Augenzeugen, z. B. bei Verkehrsdelikten gegebenenfalls durch Fotos oder Videoaufnahmen über die Begehung der Tat usw.) belegt sein. In der Rechtsfrage hingegen bedeutet die Einfachheit, daß das Gericht in der Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, der Schuld, leicht und eindeutig zu entscheiden imstande ist — es dürfen also keine die Entscheidung über die Schuld erschwerenden Umstände (Strafausschließungs- und Strafeinschränkungsgründe usw.) vorliegen.

Die Beweise stehen zur Verfügung, wenn diese in die Verhandlung vom Staatsanwalt eingebracht werden können (z. B. Sachbeweise, Urkunden) oder die Beweisaufnahme nicht auf Schwierigkeiten stößt (z. B. die Zeugen sind ohne Schwierigkeit vor Gericht zu laden und verhörbar)⁶.

⁶ Der Kommentar der uStPO vertritt einen hierzu gegensätzlichen Standpunkt, die (ggf. unmittelbare) Einholbarkeit des Beweismittels wird darin für die Vorgerichtsstellung nicht für hinreichend gehalten. In: Kommentár a büntetőeljárásról szóló 1973. évi I. törvényhez. Redigiert von JAKUCS Tamás, Budapest, 1998.

In Verbindung mit der Bereitstellung der Beweismittel können bei drei Tätergruppen besondere Umstände auftreten. Die spezielle Lage bei jugendlichen Straftätern werde ich im nachfolgenden noch ausführlich analysieren, an dieser Stelle möchte ich nur darauf verweisen, daß eine eingehende Untersuchung der Umwelt und der Persönlichkeit des Jugendlichen, die bei solchen Strafverfahren als eine unerläßliche Voraussetzung geht, in einem so rapiden und die grundlegenden Verfahrensgarantien ermangelnden Verfahren kaum sichergestellt werden kann. Bei Rückfälligen dürfte zudem die Einholung der Schriften in bezug auf eine vorangehende Verurteilung auf Schwierigkeiten stoßen, wodurch zugleich die einfache Beurteilung der Sache in Frage gestellt wird. Schließlich weist die Tätergruppe ausländischer Herkunft eine hierzu gegensätzliche Spezialität auf, zumal bei solchen Beschuldigten für einen längeren Aufenthalt in Ungarn (auch im Hinblick auf die damit verbundenen Kosten) kein Interesse besteht; bei ihnen erweist sich also die Vorgerichtsstellung ausdrücklich als angebracht, selbst wenn die Bewiesenheit der Tat unzureichend ist. Ist der Verletzte ausländischer Staatsangehöriger, so ist die Vorgerichtsstellung des Beschuldigten um so mehr begründet, als in diesem Fall die Heimreise des Verletzten eine spätere Beweisaufnahme ausdrücklich unmöglich macht.

Bei den Voraussetzungen der Vorgerichtsstellung handelt es sich um sehr strenge Kriterien. Da die Garantievorschriften im Interesse der Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens in mehrerer Hinsicht beeinträchtigt werden, ist es vonnöten, daß in dem Fall, wenn auch nur eine der genannten sechs Voraussetzungen fehlt, im allgemeinen das ordentliche Verfahren eingeleitet wird. Wie bereits erwähnt, bedeutet dies bei Nichtvorhandensein der zwei strengsten Voraussetzungen (fünf Jahre, acht Tage) unbedingt die Kassation der gefällten Entscheidung.

Zudem ist zu unterscheiden, ob der Mangel vom Staatsanwalt nach Zusendung der Ermittlungsschriften oder vom Gericht in der Verhandlung wahrgenommen wird.

Im ersteren Fall steht dem Staatsanwalt die Wahl zu: wenn er zur Erkenntnis gelangt, daß auch im Ergebnis der durchgeführten kurzfristigen Ermittlung hinreichende Beweise eingeholt worden sind, so kann er in einer unter Vergehen fallenden Sache nach den allgemeinen Vorschriften Anklage erheben; ist aber in der Strafsache eine weitere Ermittlung begründet, so wird er keine Anklage erheben, sondern die Schriften zur Durchführung weiterer Ermittlungen an die Ermittlungsbehörde zurückweisen (Kommentar zu § 347).

Das Gericht kann zwischen drei Vorgehensweisen wählen. Wenn gleich zu erkennen ist, daß die Beweise für die Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten nicht hinreichend sind, wird es eine Ergänzungsermittlung anordnen, wodurch die Sache in das Vorverfahren zurückgewiesen wird (Stellungnahme des Strafkollegiums des Obersten Gerichtes Nr. 161)⁷. Gegen die Anordnung der Ergänzungsermittlung kann keine Berufung eingelegt werden. Es kann vorkommen, daß die Sache im Ergebnis einer in der Gerichtsverhandlung durchgeführten Beweisaufnahme durch einen in der weiteren Verhandlung erhobenen ergänzenden Beweis noch im Rahmen der Vorgerichtsstellung abgeschlossen werden kann. In diesem Fall kann das Gericht im Interesse einer weiteren Beweisaufnahme (z. B. die Vernehmung eines neuen Zeugen) die Verhandlung für höchstens acht Tage vertagen. Wenn aber in dieser neueren Verhandlung die Notwendigkeit einer weiteren Vertagung aufkommt oder die Beweismittel innerhalb von acht Tagen nicht einholbar sind, wird das Gericht die Prozeßschriften gleichfalls an den Staatsanwalt zurückschicken, und damit nimmt die Ermittlungsphase eines ordentlichen Verfahrens ihren Anfang.

⁷ Der Umstand, daß die Sache in den Ermittlungsabschnitt zurückgelangt, hat nicht den Abschluß der Vorgerichtsstellung als eines Sonderverfahrens zur Folge, sondern ist auch damit verbunden, daß der „Herr der Sache“ wieder der Staatsanwalt wird, wodurch auch die Aussetzung oder Aufhebung der Ermittlung durch staatsanwaltlichen Beschluß ermöglicht wird. S. BÁRD Károly - PUSZTAI László: A büntetőeljárás kézikönyve. Budapest, 1993, S. 437.

ABLAUF DER VORGERICHTSSTELLUNG

Zur Vorgerichtsstellung kann es nur bei einer bis zu fünf Jahren Freiheitsentzug angedrohten Straftat kommen; aus diesem Grund wird in der Mehrheit der Fälle gänzlich ein Vergehensverfahren durchgeführt (zumal nach dem Gesetz Nr. XLI vom Jahre 1995 wegen mit höchstens bis zu drei Jahren Freiheitsentzug strafbarer Delikte ein Vergehensverfahren durchzuführen ist, egal ob es sich dabei um eine Straftat oder um ein Vergehen handelt). Von den den Voraussetzungen der Vorgerichtsstellung entsprechenden Straftaten kann es nur bei mit einem Freiheitsentzug von genau fünf Jahren angedrohten Straftaten vorkommen, daß die Verfahrensvorschriften für Verbrechen anzuwenden sind. Bei der Ermittlung sind jedoch gemäß § 347 Abs. 1 auch in einem solchen Fall die Vergehensregeln maßgeblich, der Vorgerichtsstellung geht also eine sehr vereinfachte, schnelle Aufklärung und Untersuchung der Sache voran. Aber selbst in Vergleich zu diesen vereinfachten Regeln (Bericht anstatt eines Protokolls, Abstandnahme von einigen Vernehmungen) ist die Ermittlung bei der Vorgerichtsstellung noch einfacher, man kann nämlich die Bekanntmachung des Akteninhalts unterlassen. Im Anschluß an die Ermittlung werden die Schriften von der Ermittlungsbehörde nicht mit einem Anklageantrag sondern mit einem Antrag zur Vorgerichtsstellung an den Staatsanwalt übersandt.

Die in dieser Form zugestellten Schriften betrachtet der Staatsanwalt nach ihrer Entgegennahme sogleich als eine Möglichkeit zur Einleitung der Vorgerichtsstellung und prüft diese unter diesem Aspekt. Nach einer Anweisung des Generalstaatsanwaltes und des Kommentars zur uStPO ist die Initiierung der Vorgerichtsstellung bei Straftaten begründet, durch die die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit, die Sicherheit der Person und des Vermögens, gegebenenfalls die Ordnung, die Disziplin des Militärdienstes verletzt oder gefährdet wird. In den letzten fünf Jahren hat man in Pécs vorwiegend wegen rechtswidrigem Aufenthalt im Inland, wegen Trunkenheit am Steuer und wegen Diebstahls das besondere Verfahren der Vorgerichtsstellung in Anspruch

genommen⁸. Es wurde aber durch die staatsanwaltliche Praxis und die Rechtsprechung in Frage gestellt, ob bei Straftaten gegen die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit die Vorgerichtsstellung gerechtfertigt ist. So läßt sich beispielsweise beim Verbrechen des groben Unfugs der Sachverhalt in kurzer Zeit nicht in angemessener Weise klären, wenn der Verdächtige Verteidigungsgründe zur Sache vorbringt. Als besonders schwierig erweist sich die Beweisführung in den Verfahren, die wegen des Verbrechens der Gewalttat gegen eine Amtsperson durchgeführt werden.

Im Hinblick auf die kurzen Verfahrensfristen verfährt in den Sachen, bei denen die Vorgerichtsstellung in Betracht kommt, bei den meisten Staatsanwaltschaften — so auch in Pécs — der diensthabende Staatsanwalt (derselbe Staatsanwalt beschäftigt sich ansonsten auch mit der Beantragung der Anordnung der Untersuchungshaft, den Aufhebungen des Verfahrens bei gleichzeitiger schriftlicher Verwarnung und mit den Fragen der Anbieten einer Sicherung). Wenn aufgrund der durch die Ermittlungsbehörde zugestellten Schriften die Voraussetzungen für die Vorgerichtsstellung vorliegen, teilt der Staatsanwalt dem — zur wirksamen und schnellen Durchführung der Vorgerichtsstellung in Inhaftierung oder in Untersuchungshaft befindlichen — Verdächtigten mit, wegen welcher Straftat und auf der Grundlage welcher Beweise er vor Gericht gestellt wird.

Da in dem Verfahren der Vorgerichtsstellung — wegen der weitgehenden Beeinträchtigung der Verfahrensgarantien — die Verteidigung vor Gericht

⁸ Nach den Angaben der Städtischen Staatsanwaltschaft in Pécs gliederten sich die Straftaten, bei denen die Vorgerichtsstellung beantragt wurde, wie folgt:

— 1994: 19 Fälle [Trunkenheit am Steuer (9), rechtswidriger Aufenthalt im Inland (7), Diebstahl (2), willkürliche Wegnahme eines Fahrzeuges (1)];

— 1995: 20 Fälle [Trunkenheit am Steuer (2), rechtswidriger Aufenthalt im Inland (13), Diebstahl (2), willkürliche Wegnahme eines Fahrzeuges (1), Bestechung einer amtlichen Person (1), grober Unfug (1)];

— 1996: 4 Fälle [Trunkenheit am Steuer (1), rechtswidriger Aufenthalt im Inland (1), Diebstahl (1), Gewalt gegen Beamte (1)];

— 1997: 11 Fälle [Trunkenheit am Steuer (1), rechtswidriger Aufenthalt im Inland (2), Diebstahl (8)];

— 1998 (bis zum 30. September): 6 Fälle [rechtswidriger Aufenthalt im Inland (2), Diebstahl (2), Gewalt gegen eine Person mit öffentlicher Aufgabe (1), Devisenstraftat (1)].

obligatorisch ist, bestellt der Staatsanwalt, falls der Verdächtige keinen Verteidiger hat, für ihn einen Verteidiger von Amtes wegen. Die Teilnahme des Verteidigers ist nach dem Kommentar von dem Zeitpunkt an verbindlich, zu dem der Staatsanwalt über die Vorgerichtsstellung entschieden hat. Dem Verteidiger wird vom Staatsanwalt die Möglichkeit zum Einblick in die Prozeßschriften und zur persönlichen Begegnung mit dem Verdächtigten gewährt. Für den Fall der Vorgerichtsstellung ist nach der uStPO die Vernehmung des Beschuldigten durch den Staatsanwalt nicht ausdrücklich vorgeschrieben, so daß auch für diesen Fall § 145 Abs. 5 u. 6 geltend ist; hiernach ist der Staatsanwalt zur Vernehmung des Beschuldigten berechtigt, im Fall der Untersuchungshaft aber verpflichtet. Diese Verpflichtung erstreckt sich nach einer Anweisung des Generalstaatsanwaltes auch auf den inhaftierten Beschuldigten⁹.

Von der Vorgerichtsstellung setzt der Staatsanwalt das Gericht unverzüglich in Kenntnis. Von der Festnahme des Beschuldigten macht er lediglich eine Aufzeichnung¹⁰, er reicht also keinen formalen Anklageantrag ein.

Die allgemeinen Vorschriften zur Vorbereitung der Verhandlung sind im Sonderverfahren der Vorgerichtsstellung nicht geltend, die Vorbereitung der Verhandlung wird also nicht vom Vorsitzenden der Gerichtskammer, sondern vom Staatsanwalt vorgenommen. Der Angeklagte wird durch die Anordnung des Staatsanwaltes vor Gericht gestellt (unter Mitwirkung der Ermittlungsbehörde oder in anderer Weise); dem Staatsanwalts obliegt es, den Verteidiger kurzerhand (z. B. telefonisch) vor Gericht zu laden (in Anbetracht der kurzen Ladungsfrist also nicht mit einer den allgemeinen Vorschriften entsprechenden formalen Ladung). Auch für die Bereitstellung der Beweismittel hat der Staatsanwalt zu sorgen (Ladung der Zeugen auf kurzen Wege, die Zustellung der Beweisgegenstände, der Urkunden an das Gericht usw.).

⁹ S. BÁRD Károly - KIRÁLY Tibor - KRATOCHWILL Ferenc - TREMMEL Flórián - ERDEI Árpád - CSÉKA Ervin: Magyar büntető eljárási jog II. Budapest, 1990, S. 314

¹⁰ In der Aufzeichnung ist aufzuführen: der Name des Beschuldigten, der kurzgefaßte Sachverhalt der Straftat und deren Qualifizierung. Der Staatsanwalt überreicht bei Vorlage der Anklage je ein Exemplar der Aufzeichnung dem Richter und dem Verteidiger.

Im Zusammenhang mit den die persönliche Freiheit einschränkenden Zwangsmaßnahmen brachte das Gesetz XCII vom Jahre 1994 hinsichtlich der Vorgerichtsstellung bedeutsame Änderungen. Angesichts der Tatsache, daß das europäische Abkommen über die Menschenrechte und die Grundfreiheiten sowie die diese ergänzenden Protokolle am 5. November 1995 in Kraft getreten sind, hat dieses Gesetz unter anderem auch die Zeitdauer der Inhaftierung eingeschränkt. Solange früher die durch die Ermittlungsbehörde angeordnete Inhaftierung mit Genehmigung des Staatsanwaltes auch bis zu fünf Tagen andauern konnte, ist gemäß den Vorschriften des Gesetzes XCII von 1994 nach Ablauf der 72stündigen Inhaftierungsfrist der Beschuldigte entweder auf Anordnung des Gerichtes in Untersuchungshaft zu nehmen oder auf freien Fuß zu setzen. Vor Inkrafttreten dieses Gesetzes war bei der Vorgerichtsstellung eine Inhaftierung sogar bis zur Beendigung der ersten Verhandlung (höchstens bis zum Ablauf von acht Tagen) zulässig. Da die Vorschrift in Punkt 3 des Artikels 5 des Abkommens, nach der die inhaftierte Person unverzüglich vor Gericht zu stellen ist, in jedem Fall beachtet werden muß, unabhängig davon, ob das Gericht gegenüber dem Beschuldigten nach den Normen des allgemeinen oder eines Sonderverfahrens vorgegangen ist, darf heute bereits die Dauer der Inhaftierung auch bei Vorgerichtsstellung nicht über 72 Stunden hinausgehen. Bei der Anordnung der Untersuchungshaft sollte man auf die Auswirkung der zur Verfügung stehenden kurzen Zeit bedacht sein. Während beim ordentlichen Verfahren den Behörden ggf. sogar einige Wochen zur Verfügung stehen, um darüber zu entscheiden, ob sie bei Vorhandensein der gesetzlich festgesetzten — allgemeinen und besonderen — Voraussetzungen eine Untersuchungshaft beantragen sollen, ist bei der Vorgerichtsstellung innerhalb der ohnehin sehr knapp bemessenen Frist von acht Tagen — gleichzeitig mit der Durchführung von anderen wichtigen Ermittlungshandlungen — zu prüfen, ob die Gründe für die Untersuchungshaft vorliegen. Ein anderes Problem, das bei der Anordnung der Untersuchungshaft auftreten kann, stellt die besondere Voraussetzung in § 92 Abs. 1 Punkt b) uStPO dar, und zwar in Verbindung mit der

Gefahr der Kollusion¹¹. Es stellt sich nämlich die Frage, ob sich die Gefahr der Erschwerung bzw. der Verhinderung des Verfahrens im allgemeinen auf das Strafverfahren oder lediglich auf die Vorgerichtsstellung beziehen soll. Wenn also vom Beschuldigten ein Verhalten zu erwarten ist, wodurch er zwar die Durchführung des ordentlichen Verfahrens nicht verhindert, aber die Vorgerichtsstellung unmöglich macht (z. B. dadurch, daß er innerhalb einer Woche vor der Ermittlungsbehörde nicht erscheint), so ist es umstritten, ob er allein aus diesem Grunde in Untersuchungshaft genommen werden kann. Ich bin der Ansicht, daß die Anordnung einer Untersuchungshaft nur bei Handlungen oder bei deren Gefahr zulässig ist, die zur Verhinderung sämtlicher Modalitäten des Strafverfahrens und nicht bloß der Vorgerichtsstellung geeignet sind. Es würde nämlich eine eigenartige Situation entstehen, wenn die Untersuchungshaft in einem, die Verfahrensgarantien zum Teil ermangelndem, ansonsten nur bei geringfügigen Straftaten und bei Eingeständnis der Tat anwendbaren Sonderverfahren — gleichwie durch Erweiterung ihrer Voraussetzungen — einfacher anzuordnen wäre, als im ordentlichen Verfahren. Besteht die Gefahr, daß der Beschuldigte nicht in der Gerichtsverhandlung erscheinen wird, so ist noch immer die Möglichkeit zur Anordnung einer Zwangsvorführung gegeben.

Eine zeitweilige Zwangsheilbehandlung kommt bei der Vorgerichtsstellung nicht in Betracht, da die Feststellung der krankhaften Störung der Geistestätigkeit des Beschuldigten schon an sich die Beurteilung der Sache erschwert, wo die Vorgerichtsstellung doch eine einfache Beurteilung voraussetzt.

Die Teilnahme des Staatsanwalts und des Verteidigers an der erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung ist bei der Vorgerichtsstellung obligatorisch (die Abwesenheit des Verteidigers bewirkt eine absolute Verletzung der Verfahrensregeln). Nach Eröffnung der Verhandlung bringt der Staatsanwalt — da bei der Vorgerichtsstellung keine Anklageschrift vorzulegen ist — die Anklage mündlich vor, sodann überreicht er dem Richter die Schriften und die

¹¹ Nach § 92 Abs. 1 Punkt b) besteht ein Grund zu der Annahme, daß der Beschuldigte, falls er auf freiem Fuß bliebe, das Verfahren vereiteln oder erschweren bzw. gefährden würde

Sachbeweismittel¹². Im Anschluß daran erfolgt die weitere Beweisaufnahme (Vernehmung des Beschuldigten und der Zeugen usw.). Die Verhandlung kann höchstens einmal und höchstens für acht Tage vertagt werden.

Wenn das Gericht erster Instanz die Verhandlung abgeschlossen und sich eine Rückgabe der Prozeßakten an den Staatsanwalt nicht als notwendig erwiesen hat, kann es gleich in der ersten, aber höchstens in der vertagten Verhandlung zur Verkündung des Urteils kommen. Das Urteil ist innerhalb von drei Tagen schriftlich abzufassen. Ansonsten sind zur Berufungseinlegung und zum Verfahren zweiter Instanz die Vorschriften über das ordentliche Verfahren maßgebend, allerdings werden diese durch zwei besondere Bestimmungen ergänzt.

Zum einen: bei Ermangelung der Voraussetzungen die zu den zwei Fällen der absoluten Rechtswidrigkeit des Verfahrens führen (fünf Jahre oder acht Tage) setzt das zweitinstanzliche Gericht in einer Kammersitzung das erstinstanzliche Urteil außer Kraft und übersendet die Prozeßakten an den Staatsanwalt.

¹² Nach der diesbezüglichen Praxis übergibt der Staatsanwalt dem Gericht die Schriften bereits mit der Aufzeichnung zusammen, damit der Richter die Möglichkeit zur Vorbereitung der Amtsgebarung und zum Überblick der Sache hat.

Die Anweisung des Justizministers 123/1973. (IK 1974. 1.) IM regelt die gerichtliche Geschäftsgebarung und die Aktenführung der Vorgerichtsstellung wie folgt:

□ 66 Abs. 1 Nach der Übergabe der Schriften und der Sachbeweise läßt der designierte Richter die Sache in das Register eintragen. Hierauf sind die Angaben in das Verhandlungstagebuch und das Verhandlungsverzeichnis im Anschluß an die für den gegebenen Tag zu dem spätesten Zeitpunkt ausgeschriebene Sache in die Rubrik der folgenden laufenden Nummer einzutragen und mit dem Kennzeichen der Vorgerichtsstellung (Buchstabe E) anzumerken.

2. Führt der designierte Richter am Tag der Vorgerichtsstellung keine Verhandlung, so sind die Angaben beim nächsten Verhandlungstag einzutragen. In diesem Fall ist ein getrenntes Verhandlungsverzeichnis anzufertigen.

3. Die Anordnung einer Ergänzungsermittlung, die Rückgabe der Schrift an die Staatsanwaltschaft ist in der Rubrik für Bemerkungen sowie auf dem der Verwaltungskanzlei zu übergebenden Verhandlungsverzeichnis anzuführen.

4. In der Rubrik für Bemerkungen sowie auf der ersten Seite der Aktenmappe ist das Wort Vorgerichtsstellung in auffallenden Weise anzuführen. Der Mitteilungsteil des Aktendeckels ist nur dann auszufüllen, wenn die Prozeßschriften dem zweitinstanzlichen Gericht zugeleitet werden.

Die zweite besondere Bestimmung bezieht sich auf das Verbot der reformatio in peius. Das Verbot der reformatio in peius kommt nämlich nicht zur Geltung, wenn das erstinstanzliche Gericht in Ermangelung der gesetzlichen Voraussetzungen der Vorgerichtsstellung die Sache im Sonderverfahren entschieden hat und deshalb das Gericht zweiter Instanz in der vorangehend dargelegten Weise das erstinstanzliche Urteil aufhebt und die Prozeßschriften dem Staatsanwalt zusendet (Stellungnahme des Strafkollegiums des Obersten Gerichtes Nr. 90). Die im Anschluß an das erstinstanzliche Verfahren aus dem Grund einer absoluten Verletzung der Verfahrensregeln erfolgte Kassation gilt also nicht als wiederholtes Verfahren, mit dem dort festgelegten Ausnahmen; in diesem Fall kommt das Verbot der reformatio in peius gar nicht zur Geltung. Es handelt sich dabei also nicht um die Wiederholung des vorangehenden Sonderverfahrens, vielmehr wird die Sache vom Gericht zum ersten mal im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens entschieden. Wenn also gegen das im Verfahren der Vorgerichtsstellung gefällte Urteil nur zugunsten des Beschuldigten eine Berufung eingelegt wird, und sodann das zweitinstanzliche Gericht wegen Ermangelung der Voraussetzungen für die Vorgerichtsstellung das Urteil aufhebt, so kann das Gericht in dem neuen, bereits ordentlichen Verfahren für den Beschuldigten im Vergleich zur erstinstanzlichen Strafe auch eine höhere Strafe zumessen.

Anders verhält es sich, wenn das Gericht zweiter Instanz, das aufgrund einer gegen das in dem Vorgerichtsstellung-Verfahren gefällte Urteil eingereichte Berufungseinlegung tätig wurde, das erstinstanzliche Urteil nicht wegen Ermangelung der Voraussetzungen für die Vorgerichtsstellung, sondern aus einem anderen Grund (z. B. Unbegründetheit des erstinstanzlichen Urteils, Rechtswidrigkeit des Verfahrens) aufhebt und ein neues Verfahren anordnet. In diesem Fall kommt das Verbot der reformatio in peius zur Geltung, wenngleich nach den Vorschriften über das wiederholte Verfahren und unter Beachtung der aufgeführten Ausnahmen.

DIE SPEZIELLEN PROBLEMEN BEI DER VORGERICHTSSTELLUNG VON JUGENDLICHEN

Die Vorgerichtsstellung ist auch im Verfahren gegen Jugendliche nicht ausgeschlossen. Im Gegenteil: sie ist ausdrücklich zu empfehlen, zumal das Hauptziel des Verfahrens gegen Jugendliche in der Spezialprävention liegt, die sich in einem schnellen und einfachen Verfahren leichter durchsetzen läßt. Obwohl die besonderen Vorschriften der uStPO keine speziellen Vorschriften in bezug auf die Jugendlichen enthalten, erscheint es doch angezeigt, auf einige Fragen ausführlicher einzugehen¹³.

Untersuchungen zur Anzahl der Strafsachen, bei denen die Vorgerichtsstellung angewandt wird, ergaben, daß der Anteil der vor Gericht gestellten Jugendlichen weit von den der erwachsenen Straftätern zurückbleibt. In den Verfahren gegen Jugendliche kommt es also in einem geringeren prozentualen Anteil zum Verfahren der Vorgerichtsstellung als in den anderen Sachen (und ähnlich wie bei den Strafverfahren gegen Nichtjugendliche zeigen auch diese letzteren Strafsachen eine abnehmende Tendenz). Nach László TEMESI ist dieser niedrigere Anteil auf objektive und subjektive Umstände zurückzuführen. So betrachtet er es als einen objektiven Faktor, daß Jugendliche häufig geringfügige Verbrechen begehen, bei denen das Verfahren auch mit einer richterlichen Verwarnung abgeschlossen werden kann. Außerdem begehen sie seltener solche Straftaten, bei denen man typischerweise der Vorgerichtsstellung den Vorrang geben kann (wie z. B. bei Verkehrs- und Devisendelikten). Als dritter objektiver Faktor ist zu erwähnen, daß bei der Verantwortlichmachung von Jugendlichen für rotten- und / oder serienweise begangene Straftaten die Voraussetzungen für die Vorgerichtsstellung (eine einfache Beurteilung der Sache, die Beweismittel stehen zur Verfügung) nicht vorliegen.

Die subjektiven Faktoren zeigen sich in ersten Linie in der Bereitschaft der Behörden (Ermittlungsbehörde und Staatsanwaltschaft) zur Anwendung der

¹³ Ausführlicher über die Vorgerichtsstellung der Jugendlichen s. TEMESI László: A fiatalkorúak vádirat nélküli bíróság elé állításának néhány kérdése. ÜÉ 1990/3.

Vorgerichtsstellung. Bei den Ermittlungsbehörden mit höheren Aufdeckungszahlen wird der Anteil der Strafsachen, bei denen Vorgerichtsstellung angeordnet wird, offensichtlich höher liegen; wo nämlich die Aufdeckung von Verbrechen sogar von durchschnittlicher Schwere Monate beansprucht, kann der Behörde die Aufdeckung und Untersuchung der Straftaten, in deren Ergebnis die Beweise in entsprechender Zahl für die Vorgerichtsstellung zur Verfügung stehen, innerhalb von acht Tagen nicht zugemutet werden. Auch bei den Staatsanwaltschaften bezweckt der Antrag zur Vorgerichtsstellung in erster Linie den Nachweis günstiger statistischer Angaben und der Anteil der Vorgerichtsstellung liegt hauptsächlich bei den kleineren Staatsanwaltschaften höher. Die Anweisung des Generalstaatsanwalts Nr. 11/1987 über die staatsanwaltlichen Ressortaufgaben zum Kinder- und Jugendschutz enthält in § 7 Abs. 4. die Vorschrift, nach der die örtliche Staatsanwaltschaft den Jugendstaatsanwalt von Strafsachen der Jugendlichen, die für die Vorgerichtsstellung geeignet erscheinen, auf kurzem Wege in Kenntnis zu setzen hat. Trotzdem initiieren die örtlichen Staatsanwaltschaften bei Jugendlichen nur sehr selten eine Vorgerichtsstellung, und deshalb ist auch der Jugendstaatsanwalt nicht in der Lage, rechtzeitig Maßnahmen zur Einleitung des Verfahrens zu treffen.

Unter den die persönliche Freiheit einschränkenden Zwangsmaßnahmen gilt das Verbot zum Verlassen des Aufenthaltsortes als eine solche Zwangsmaßnahme, bei der sich wegen der eigenartigen Umstände der Jugendlichen eine von der der Volljährigen abweichende Praxis entwickelt hat. Das Verbot zum Verlassen des Aufenthaltsortes wird nämlich bei Jugendlichen nur sehr selten angeordnet. Der Grund dafür mag darin liegen, daß man nach den zur Zeit geltenden Vorschriften der uStPO für den Fall der Zuwiderhandlung des Verbots eine Untersuchungshaft nicht in Aussicht stellen, vielmehr dem Zuwiderhandelnden höchstens eine Ordnungsstrafe auferlegen kann. Da

Jugendliche nur selten einen Verdienst oder ein Einkommen haben, wäre die Anordnung dieser Zwangsmaßnahme ihnen gegenüber eigentlich wirkungslos¹⁴.

Im Laufe des Verfahrens kommt dem gesetzlichen Vertreter oder dem Erziehungsberechtigten des jugendlichen Beschuldigten eine besondere Rechtsstellung zu. Während aber der gesetzliche Vertreter nur berechtigt ist, in der Verhandlung zu erscheinen — und deshalb im Falle seiner Abwesenheit die Vorgerichtsstellung durchgeführt werden kann und ihm lediglich wegen seines Berufungsrechtes das Urteil zugestellt werden muß —, ist der Erziehungsberechtigte im Verfahren in jedem Fall als Zeuge zu verhören (ansonsten begeht das Gericht eine schwere Verfahrenswidrigkeit). Die Verhandlung kann aber auch in Abwesenheit des Erziehungsberechtigten stattfinden, wenn dieser später, in der aus diesem Grunde vertagten Verhandlung, verhört werden kann.

DIE NEUEN BESTIMMUNGEN DES GESETZES XIX VOM JAHRE 1998 IN VERBINDUNG MIT DER VORGERICHTSSTELLUNG

Nach der allgemeinen Begründung der am 1. Januar 2000 in Kraft tretenden uStPO hat die drastische Abänderung eines Teils der strafverfahrensrechtlichen Bestimmungen zum Ziel, daß über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschuldigten den europäischen Normen entsprechend künftig in einem möglichst schnellen Verfahren entschieden wird. Im Einklang damit wurden zur Steigerung des Anteils der Vorgerichtsstellung die Voraussetzungen für dieses Sonderverfahren gemildert. So wurde die bisherige Strafandrohungsbegrenzung von fünf Jahren auf acht Jahren erhöht. Nach der allgemeiner Begründung können durch die Festsetzung dieser Höchstgrenze nunmehr auch Straftaten mit großer Gesellschaftsgefährlichkeit auf dem Wege der Vorgerichtsstellung entschieden werden, wobei man davon ausgeht, daß nicht selten auch die Beurteilung schwererer Verbrechen verhältnismäßig einfach sein kann. Den Standpunkt des

¹⁴ Nach der am 1. Januar 2000 in Kraft tretenden neuen uStPO kann gegen den das Verbot zum Verlassen des Aufenthaltsortes zuwiderhandelnden Beschuldigten eine Untersuchungshaft angeordnet oder ihm eine Ordnungsstrafe auferlegt werden.

Staatsanwaltes zur Einfachheit der Sache kann das Gericht auch künftig nicht überprüfen (d. h. die Sache zur Ergänzungsermittlung mit der Begründung an den Staatsanwalt zurückschicken, daß die Sache für ein Sonderverfahren zu schwierig sei).

Für die seltene Anwendung der Vorgerichtsstellung¹⁵ wird oft angegeben, daß acht Tage zur Durchführung der Ermittlungshandlungen und der staatsanwaltlichen Maßnahmen bei weitem nicht ausreichen. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die zur Vorgerichtsstellung bestimmte achttägige Frist auf 15 Tage erhöht und darüber hinaus kann das Gericht nach den neuen Vorschriften die Verhandlung nicht nur ein einziges Mal, sondern sogar mehrmals vertagen.

Unter den Voraussetzungen der Vorgerichtsstellung finden sich in der neuen uStPO nicht nur dispositive, sondern auch zwingende Vorschriften. So ist der Staatsanwalt verpflichtet, den Beschuldigten innerhalb von 15 Tagen vor Gericht zu stellen, wenn bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen (die Straftat ist mit einer Freiheitsstrafe von höchstens acht Jahren angedroht, die Beurteilung der Sache ist einfach und die Beweismittel stehen zur Verfügung) der Beschuldigte in flagranti ergriffen worden ist. In Ermangelung des Betretungsfalles ist aber — ähnlich der zur Zeit geltenden Regelung — nur bei Eingeständnis der Tat die Vorgerichtsstellung zulässig, zu deren Anordnung jedoch der Staatsanwalt nicht verpflichtet ist.

Nach der Vorschrift der neuen uStPO dauert die vor der Vorgerichtsstellung angeordnete, dem Beschuldigten die persönliche Freiheit entziehende oder

¹⁵ Der geringe Anteil der Vorgerichtsstellungen geht auch aus den statistischen Angaben des Städtischen Gerichtes in Pécs hervor:

- 1994: 2450 abgeschlossene Sachen, von diesen 4 Vorgerichtsstellungen,
- 1995: 2552 abgeschlossene Sachen, von diesen 19 Vorgerichtsstellungen,
- 1996: 2308 abgeschlossene Sachen, von diesen 1 Vorgerichtsstellung,
- 1997: 2510 abgeschlossene Sachen, von diesen 10 Vorgerichtsstellungen,
- bis zum 30. September 1998: 2450 abgeschlossene Sachen, von diesen 13 Vorgerichtsstellungen.

Auf Landesebene belief sich 1995 dieser Anteil auf 1,9 % und der Anteil der Vorgerichtsstellungen war auch in den vorangehenden Jahren nicht besonders hoch (1994: 2,2 %; 1993: 1,8 %; 1992: 1,9 %; 1991: 2,3 %; 1990: 3,9%).

einschränkende Zwangsmaßnahme bis zur Beendigung der Verhandlung am letzten Tag der Vorgerichtsstellung. Nach der Gesetzesbegründung bedeutet diese Zwangsmaßnahme jedoch keine Ausnahme von der 72 stündigen Dauer der Inhaftierung, sondern sie bezieht sich nur auf die Dauer der Untersuchungshaft (unter Berücksichtigung der schon erwähnten mehrmaligen Vertagungsmöglichkeit). Die Inhaftierung muß aber nicht verlängert werden, sie dauert automatisch bis zur Beendigung der Gerichtsverhandlung.

Im Zusammenhang mit der Gerichtsverhandlung ist hervorzuheben, daß nach der neuen uStPO in bezug auf die Vernehmungen im Sonderverfahren der Vorgerichtsstellung im Vergleich zur früheren Regelung keine Änderung vorgenommen wurde. Während die neue uStPO das Querfragensystem eingeführt hat (die Zeugen usw. werden vom Staatsanwalt und vom Verteidiger befragt), bezieht sich diese Regelung nicht auf die Vorgerichtsstellung, bei der für die Befragung (Vernehmung) auch weiterhin der Vorsitzende der Gerichtskammer kompetent ist. Dies ist notwendig, weil wegen der kurzen Verfahrensfristen die Verteidigung nur wenig Zeit zum Durchstudieren der Prozeßschriften hat und somit der Staatsanwalt im Querfragensystem in einer unvergleichlich günstigeren Lage wäre.

Es ist aus den vorangehenden Darlegungen ersichtlich, daß die neue uStPO an den Voraussetzungen für die Vorgerichtsstellung zu mildern versuchte, mit dem Ziel, daß dieses bislang stiefmütterlich behandelte Sonderverfahren in Zukunft häufiger angewandt wird. Auf die Frage, ob diese Bestrebung des Gesetzgebers zum Erfolg führen wird, wird die Rechtsprechung eine — nach unseren Hoffnungen positive — Antwort geben.

Karácsony András

Gadamer és Betti vitája a jogi értelmezéstanról

A jogi gondolkodás történetében az értelmezéstan (hermeneutika) problematikája igencsak tág területet fog át. Ez a tágasság nemcsak abban tűnik elő, hogy érintkezik a filozófiai, vallási hermeneutika klasszikusainak munkásságával, hanem abban is, hogy a jogtudományos belül számos olyan tárgyterületet találunk, ami részlegesen ugyan, de átlép a jogi értelmezéstan vidékére. Csak néhány ilyen területet, s annak 20. századi klasszikusait megemlítve: jogi módszertan (Larenz), jogdogmatika (Engisch, Esser), retorika (Perelman), topika (Viehweg), illetve a jogi érveléstan (Krawietz).

E helyen nem áll módomban az értelmezéstanok, vagy akár csak a jogi értelmezéstanok elmélettörténetét áttekinteni, csak azon tapasztalatot kívánom rögzíteni, hogy bármennyire is kreatívnak gondolja ugyan egy-egy elmélet az értelmezőt, de a jog világában az értelmező "teremtő" beállítódását mindig korlátozzák a már meglévő jogi normák. És persze azt sem feledhetjük, hogy a jogi normák nem általában vetten léteznek, hanem mindig tényállásra vonatkoztatottan. Vagyis a norma és a norma által rendezett, vagy rendezendő valóság az interpretációban egymástól nem választható el tisztán. Ezt a szituációt Böckenförde (1999:153) úgy fogalmazta meg, hogy az értelmezésnek mindig valami eleve adottal (Vorgegebene), s nem csupán feladottal (Aufgegebene) van dolga.

Az előzetes megjegyzések sorát azzal zárnám, hogy a jog területén megfogalmazódó értelmezéstanok tipikus tévedése abban áll, hogy eltekintenek attól, a jogi értelmezés feladata nem redukálható az éppen érvényes jogszabály értelmezésének kérdésére. Másként fogalmazva: a jogi értelmezéstanok problémavilágához nemcsak azok a gondolkodók szólnak hozzá, akik az értelmezés feladatával mint a konkrét *jogi* döntést előkészítő-megalapozó feladattal foglalkoznak, hanem azok is, akik a *jogtudomány* szempontjai alapján közelítenek ehhez a kérdéskörhöz. Nem feledkezhetünk meg arról, hogy e két érdeklődési terület célját és funkcióját tekintve alapvetően különbözik: a jogász azért foglalkozik az értelmezés kérdésével, hogy döntést hozzon, a jogtudós pedig azért, hogy az ismereteket bővítse.

Nemcsak a filozófiai, hanem a jogi hermeneutika 20. századi története szempontjából is kulcsszerepet játszott Gadamer "*Igazság és módszer*" könyvének 1960-as megjelenése, illetve ehhez kapcsolódóan a Gadamer és Betti közötti vita. Az olasz jogtudós Emilio Betti viszonylagos elszigeteltségben dolgozott, sokáig nem gyakorolt hatást hazája jogi gondolkodására. A német filozófiai-jogi kultúrához való erőteljes kötődését mi sem mutatja jobban, hogy hermeneutikai álláspontját először Németországban publikálta (Betti 1954), majd ezt követően, mikor tapasztalta, hogy elméletének olasz nyelvű szisztematikus összefoglalása visszhangtalan maradt (Betti 1955), ezt németül is megírta és ezzel bekapcsolódott a gadameri hermeneutikáról folyó vitába (Betti 1954, 1955, 1962/1992, Kelemen 1998:52-73.).

Betti Vico azon alapvető gondolatához kapcsolódott, hogy a természeti és társadalmi világ között alapvető különbség van az emberi megismerés szempontjából, az utóbbi esetben megismerésünk teljes lehet, mégpedig azért, mert a társadalmi világ ember alkotta világ, s így rekonstruálhatjuk az alkotó szubjektum élettapasztalatát. Ez a kiindulópont Bettit ahhoz a klasszikus hermeneutikai (Schleiermacher) és jogértelmezéstani (Savigny) hagyományhoz kötötte, mely szerint a megértés, értelmezés nem más mint újraalkotás. De nemcsak ezen a ponton figyelhető meg a klasszikus hermeneutikai hagyomány folytatása, hanem abban is, hogy Betti a hermeneutikát mint *módszert* ragadta meg. Szemben a gadameri állásponttal, mely a hermeneutikát hangsúlyozottan nem módszerként értette, vagyis az értelmezést nem a megértéstől elkülöníthető, a megértést segítő eszközként fogta fel, hanem abba belefoglalódóként, Bettinél az értelmezés a megértést segítő eszköz (Kelemen 1998:57-58.). Hogy a különbözőség

ellenére Gadamer jelentős teljesítményként értékelte Betti hermeneutikai munkásságát, azt egyértelműen kifejezte az *“Igazság és módszer”* második kiadásához írt előszóban: “vizsgálódásaim célja mindenesetre nem az, hogy az interpretáció általános elméletét és módszereinek bemutatását nyújtsam, ahogyan ezt E. Betti kiválóan elvégezte” (Gadamer 1984:13). Ebben az értékelésben, az elismerés mellett persze az is nyilvánvalóvá vált, hogy Gadamer saját és Betti munkásságát különböző területen helyezte el. Ha így van, akkor felvethető az a kérdés is, hogy található-e egy olyan kontextus, melyben e két megközelítés valamiképp egymásra vonatkoztatható? Ennek a kérdésnek a megválaszolásához azokat a gondolatokat kell megvizsgálunk, melyeket Gadamer a jogi hermeneutikáról megfogalmazott.

Gadamer a jogi hermeneutika hagyományát nem az elméleti-filozófiai munkálkodás területén látta megjelenni, hanem a jogász *gyakorlati* tevékenységéhez kötődően, mint írja: “régis-rég létezik teológiai és jogi hermeneutika is, melyeknek nem annyira tudományelméleti jellege volt, mint inkább a tudományosan képzett bíró vagy pap gyakorlati tevékenységének felelt meg, és azt szolgálták” (Gadamer 1984:21). Gadamer (1984:229-240) részletesen elemezte a jogi hermeneutika példaszzerű jelentőségét, s ezt, a már említett gyakorlati jellegből eredeztette, ugyanis szerinte a jogi hermeneutika éppen gyakorlati jellege – vagy más szóval: mert dogmatikai célja volt – vált ki a megértésemélet egészéből. Ezen a ponton nyílik meg annak a lehetősége Gadamer előtt, hogy elkülönítse egymástól a gyakorló jogász és a történeti érdeklődésű jogász tevékenységét – ami Betti számára egyébként igencsak jelentőségteli. Noha Gadamer látja ezt eltérést – a gyakorló jogász mindig egy adott esetre tekintettel ragadja meg a törvény értelmét, míg a jogtörténész számára nincs efféle konkrétan adott eset –, azonban hermeneutika felfogásában mégsem válik konstitutív jelentőségűvé, szemben Bettivel, ez a különbözőség.

Gadamer ugyanis egy olyan megfigyelési pozíciót jelenített meg hermeneutikájában, melyben a helyzetek azonosak annyiban, “hogyminden szöveggel szemben egy közvetlen értelemelvárásban élünk”, miszerint “a történésznek ugyanazt a reflexiót kell végrehajtania, mint amely a jogászt is vezeti”, mert “a történeti megismerés csak úgy lehetséges, hogy a múltat minden esetben a jelenrel való kontinuitásában látjuk” (Gadamer 1984:230). Egyébként a kontinuitás kiemelése már abban tetten érhető, ahogy Gadamer a jogtörténész feladatát körülírta. Szerinte ugyanis a jogtörténésznek “megértve, közvetítenie kell az eredeti alkalmazás és a törvény jelenlegi alkalmazása között” (Gadamer 1984:229). Ennek a meghatározásnak abban rejlik a gyengesége, hogy a jogtörténész tevékenységének egy olyan vonására koncentrált, ami, noha fontos, de nem konstitutív ismér. Tagadhatatlanul más dimenzióban jelenik meg a jogtörténészi vizsgálódás, ha a kutató törvény érvényessége elvezethető a jelenig, mint amikor nem. De, s itt a gadameri megközelítésmód kontextusából ki kell lépnem, két összefüggésről nem feledkezhetünk meg:

a, a jogtörténésznek inkább az utóbbi esettel van dolga;

b, a törvény érvényességének folytonosságát feltételező “eredeti” és “jelenlegi” jogi értelem közötti feszültség némiképp eltérő perspektívában, eltérő relevancia szempontokkal jelenik meg a jogtörténész és a gyakorló jogász számára.

Gadamernél viszont összefonódik a jogtörténész és a történetiségre reflektáló gyakorló jogász tevékenysége. Ez az összefonódás azonban csak akkor áll fenn, s ezt újfent hangsúlyoznom kell, ha olyan törvény megértéséről-értelmezéséről van szó, ami ma is hatályos. Hogy Gadamer számára ennek az esetnek volt jelentősége, azt világosan megfogalmazta: “tehát a jogtörténész és a jogász hozzáállását vizsgáljuk egy és ugyanazon adott és érvényes törvénytörvényhez. Eközben E. Betti kitűnő munkáira hivatkozhatunk, és saját megfontolásainkat hozzájuk kapcsolhatjuk. A mi kérdésünk itt az, hogy a dogmatikai és a történeti érdeklődés különbsége egyértelmű-e.” (Gadamer 1984:229). E kérdésre adott válasz, mint az eddig már leírtak sejtetik, úgy szólt, hogy nincs a Betti által feltételezett különbség. Gadamer érvei e tekintetben valóban megfontolandóak, az a kérdés viszont a továbbiakban is

feltehető, hogy mi a helyzet akkor, amikor a jogtörténész olyan törvényszöveget vizsgál, ami a jelenben már semminemű jogi érvényességgel nem bír?

A gadameri elméletben a történész és a jogász hermeneutikai helyzetének összekapcsolása kétirányú. A bíró, noha elsősorban jogászként és nem történészként jár el, jellemezhető a történeti érdeklődéssel, “vonatkozásban áll saját történelmével, mely az ő jelene” (Gadamer 1984:231). Ugyanakkor a történész, aki nem áll egy konkrét jogi feladat előtt, mégis hasonlít a jogászhoz, mivel nem tekinthet el attól, hogy egy törvény történeti megértése nem csupán történészi, hanem jogi feladat is. Jogi feladat, mert az értelmezés mindenkor a törvény konkretizációját, vagyis applikációját (alkalmazását) jelenti, s a konkretizálás pedig mindig jogkiegészítés, jogképzés. Ez a gadameri következtetés egyébként a Savigny-féle értelmezéstől abban is alapvetően eltér, hogy a jogértelmezéshez hozzákapcsolja a jogképzést, míg Savigny az értelmezés világos határaként jelölte ki, hogy az nem vezethet el a jog továbbképzéséhez. Gadamer így összegzi álláspontját: “*Tehát a jogi hermeneutika esete valójában nem különleges eset, hanem alkalmas arra, hogy a történeti hermeneutika problémájának visszaadja teljes terjedelmét, s ezzel helyreállítsa a hermeneutikai probléma régi egységét, melyben a jogász és a teológus találkozik a filológussal.*” (Gadamer 1984:231).

Gadamer a parancs megértésének példáján mutatta be a történész és jogász hermeneutikai helyzetének hasonlóságát. Ahol parancs van, ott vannak teljesítésre kötelezett személy(ek) is. A történész viszont nem tartozik ebbe a körbe, nem a parancs címzettje. “Mindazonáltal, ha valóban meg akarja érteni a parancsot, idealiter *ugyanazt a teljesítményt* kell végrehajtania, mint annak, akihez a parancsot intézték. Ez utóbbi is, aki a parancsot magára vonatkoztatja, különbséget tud tenni a parancs megértése és végrehajtása között. Lehetősége van arra, hogy ne hajtsa végre, akkor is, ha megértette, és éppen azért, mert megértette” (Gadamer 1984:235). Ugyanakkor, s itt újfent kiegészítésre szorul Gadamer gondolatmenete, más az, ha a címzett megérti a parancsot és ezért nem hajtja végre, és más az amikor történész megérti a parancsot és azért nem hajtja végre, mert a saját világában ez a parancs nem rendelkezik relevanciával, jogi érvényességgel. Pl. egy idegen hatalom által megszállt országban előírhatják a megszállókkal való együttműködést. Vannak, akik megértik ezt a parancsot és nem hajtják végre, történetesen azért, mert más jelegű parancssal, az erkölcsi meggyőződésükkel ellenkezik. A parancsmegtagadás persze kockázatos. Amikor ezt az előírást egy történész megvizsgálja és megértésére törekszik, akkor ez nem azt jelenti, hogy ő, amikor a megértett parancsot nem hajtja végre, az ugyanaz mint amikor a címzettek nem hajtották végre. Azzal, hogy Gadamer szerint a történész a parancs értelmét csak akkor tudja megragadni, ha végrehajtja ezt a konkretizálási feladatot, mintha visszatérne az a hagyományos értelmezési felfogás, amivel egyébként Gadamer élesen vitatkozott, miszerint az értelmezés az értelmezendő szituáció újraalkotása. Igaz Gadamer az “eredeti” szituációhoz nem a normaalkotó, hanem a címzett oldalról közelített.

Az “*Igazság és módszer*” későbbi kiadásaihoz függelékként csatolt “*Hermeneutika és historizmus*” tanulmányban Gadamer újfent kitért a jogi hermeneutika problémakörére, s itt is azt hangsúlyozta, hogy nem a meglévő jog helyes értelmezésének módszertanáról van szó, hanem a jogteremtésről. “Feladata nem az, hogy érvényes jogi tételeket értsen meg, hanem a jogot kell megtalálnia. /.../ a jogi értelemben vett törvényértelmezés jogteremtő tevékenység”, majd így folytatja, hogy azok az elvek, melyeket a jogász az esethez, majd a döntéshez alkalmaz, nem egyszerűen módszertani elvek, hanem “mélyen belenyúlnak magába a jogi materiába” (Gadamer 1984:355). Mivel a jogértelmezés mindig jogteremtés, a bírói ítélezés sohasem magyarázható kielégítően a szubszumációs logikával. A törvény általánossága és a konkrét jogi eset közötti távolság megszüntethetetlen, s ezért folytonosan fennáll a hermeneutikai feladat. És itt egyáltalán nem a jogszabályalkotás tökéletlenségéről van szó, nem arról, hogy törekedni kellene értelmezésre nem szoruló törvényszöveg alkotására, hanem éppen ellenkezőjével találkozunk. Minden jogi szabályozásnak, minden jogrendnek az az értelme,

hogy a szabályok rugalmasak legyenek, ami persze állandóan életre hívja az értelmezés feladatát.

Abból, hogy Gadamer a hermeneutikát nem módszerként fogta fel, az is következik, hogy ebben az elméleti perspektívában nem beszélhetünk arról, hogy a jogi hermeneutika a valamiféle általános módszertanként értett filozófiai hermeneutika "regionalizálása" lenne. Amennyiben viszont Gadamert követve, aki ebben Heideggert követte, a megértést nem a szubjektum cselekvésmódjaként, hanem az ittlét létmódjaként fogjuk fel, akkor azzal is számolni kell, hogy ebben a fogalmiságban feloldódik, s így háttérbe szorul mindaz ami a jogászi megértés és cselekvés sajátosságai közé tartozik.

Betti a jog értelmezésének kérdéskörét, összhangban értelmezéstipológiájával, rétegzettebben ragadta meg mint Gadamer. Ebben az értelmezéstipológiában elkülönült egymástól a (re)kognitív, reprodukív és a normatív értelmezés (Kelemen 1998:69-72.). Az utóbbiról, azaz normatív értelmezésről akkor beszélt Betti, amikor a szöveg megértését követi az alkalmazás (applikáció), a szövegben foglalt szabályok követése. Betti, szemben Gadamerrel, a jogot nem azonosította egészében az alkalmazással, mivel szerinte a kortársak számára a jog norma, az utókor számára pedig történelem. S ez azt jelenti, hogy a jogtörténész támaszkodik a rekognitív értelmezésre, meg kell értenie a törvényt, aminek a *múltbéli* alkalmazását vizsgálja. Gadamer az említett három osztály elkülönítését feleslegesnek tartotta. "A kognitív, a normatív és a reprodukív értelmezés kézenfekvő megkülönböztetésének nincs elvi érvényessége, hanem egy egységes jelenséget ír le" (Gadamer 1984:220).

Betti Gadamerrel folytatott vitája alapvetően az applikáció megítéléséről szólt. Amíg Gadamer a jogi hermeneutika központi elemének tartotta az applikációt, addig Betti ezt csak a gyakorló jogászi tevékenységhez kötötte, s úgy látta, hogy "Gadamer álláspontja összemosza a jogtörténész és a jogalkalmazásra hivatott jogász különböző helyzetét" (Betti 1962/1992:31). Betti szerint más a jog területén egy olyan történeti vizsgálódás, amikor a vizsgált törvény érvényessége a jelenig nyúlik és más amikor erről nem beszélhetünk. Betti csak az utóbbi esetet tartja tisztán történeti értelmezésnek. A jogtörténész ugyanis olyan törvényeket vizsgál, melyek nem gyakorolnak közvetlen normatív befolyást a jelen viselkedésmódjaira. "A történeti hermeneutika és a normatív jogi hermeneutika vélt analógiája valójában önámításon alapul. Az, hogy a jog alkalmazása a jelenre és a mai társadalomra vonatkoztatott törvényértelmezést igényel, szükségképpen következik a jognak mint egy emberi közösség együttélését szabályozó rendnek a célmeghatározottságából: tehát lényegéhez tartozik, hogy a törvény konkretizálását, azaz *applikációt* kell végrehajtania, mert az a feladata, hogy a társadalmi életnek és magatartásnak jogi irányt mutasson és jogi zsinórmértéket adjon." (Betti 1962/1992:33). Míg a kontemplatív irányultságú történeti értelmezésnél nincs szó a jelenre vonatkoztatott applikációról.

Gadamer a későbbiekben *szinte* teljes mértékben fenntartotta a jogi hermeneutikával kapcsolatosan az előzőekben összefoglalt álláspontot. Ez a bizonyos "szinte" arra utal, hogy néminemű változások is megfigyelhetők. Ennek alátámasztásául Gadamernek egy a hermeneutikáról szóló lexikon szócikkét vizsgáljuk meg (Gadamer 1974/1990). Először is azt kell jelezni, ami nem változott Gadamer jogi hermeneutika felfogásában. Továbbra sem azonosította a jogi hermeneutikát az eredeti értelem újraalkotásával. Ugyanis azon az úton, amit Heidegger filozófiája nyitott meg, hogy a tradicionális hermeneutikának új kérdéseket tegyünk fel, problematikusnak bizonyult a pszichológiai megértés, mely szerint egy szöveg értelme az alkotó "szándékolt" értelemadására redukálható, más szóval: a megértés az eredeti produkció reprodukciója. A jogi hermeneutika területén ez a klasszikus hagyomány már csak azért sem érvényes, mert a jogi hermeneutika nem egyszerűen reprodukív, hanem *jogalkotó* funkciót tölt be (Gadamer 1974/1990: 19). Abban sem figyelhető meg változás, hogy a jogi hermeneutika "a törvényes jog általánossága és az egyedi eset konkrétsága közötti megszüntethetetlen hiátus áthidalásának nélkülözhetetlen föladatát látja el" (Gadamer 1974/1990:21).

A korábbi nézetektől viszont eltérő gondolatmenettel találkozhatunk a római jog recepciójának és e recepció utótörténetének értelmezésekor. A római jog recepciójában nem csupán megérteni kellett a római jogot, hanem a megváltozott világban alkalmazni is. A modern kodifikációk megszületését követően az említett római jog dogmatikai jellegű értelmezési feladata (ami tehát az alkalmazást is magában foglalta) megszűnt és ezáltal a római jog kikerült a dogmatika területéről és a jogtörténet részévé vált. S ehhez Gadamer (1974/1990:22) hozzáfűzte: „jogtörténetként így fönntartás nélkül alkalmazkodhatott a történeti tudományok módszergondolatához. Ezzel szemben a jogi hermeneutika, mint az új stílusú jogdogmatika segéttudománya, a jogtudomány peremére szorult.” Gadamer tehát fenntartotta, hogy a jogi hermeneutika az applikációval jellemezhető, de, s ez az újszerűség, ettől elválasztotta a jogtörténetet mint dogmatikai feladattal nem rendelkező történeti vizsgálódást. Az *„Igazság és módszer”*-ben, emlékezzünk csak vissza, a jogtörténet még a jogi hermeneutikától nem különböztetődött meg. Úgy is fogalmazhatunk, hogy az applikáció kritériumának túlerheltségétől oly módon szabadult meg Gadamer, hogy kivette a jogi hermeneutika tárgyköréből a jogtörténetet. Ebben a fogalmi szűkítésben következetesen járt el Gadamer, hiszen *jogi* hermeneutika alatt mindig is a *jogászi* hermeneutikát értette. Éppen a korai írásában volt következetlen, mert a „jogi”-ba beleértette a joggal mint tárggyal foglalkozó jogtörténetet, aki egyébként (gyakorlati) „jogászi” feladatot nem lát el. Ez a koncepcionális változás, ha úgy tetszik: a fogalmiság letisztulása, módosította a Bettivel szembeni vitapozíciót is. A nézetkülönbség a jogi hermeneutika mibenlétének meghatározásában változatlan – Gadamer szerint applikációt feltételez, Betti szerint viszont normatív és (re)kognitív értelmezési feladatot –, viszont a jogtörténetnek mint nem applikációs tevékenységnek az elismerésében a két álláspont közel került egymáshoz.

Hogy mennyire tompítani akarta Gadamer a vitát, azt mi sem mutatja jobban, hogy a jogtörténet és a jogdogmatika különbözőségét elfogadva, az eltérő helyzetek hasonlóságát most már inkább a megértés előfeltevésszerűségében kereste, ami egyébként teljes mértékben összhangban állt az *„Igazság és módszer”* alapgondolatával. „Ha a jogtörténeti és jogdogmatikai megértésnek az ebből a felismerésből /mármint az *„Igazság és módszer”*-ben hangsúlyozott applikáció-struktúrából – K. A./ eredő újbóli közelítése egymáshoz, különbségüket nem szüntethette is meg (ahogy azt főleg Betti és Fr. Wieacker hangsúlyozta), egészében mégis bizonyítottnak tekinthetjük minden megértés előfeltevésszerűségét.” (Gadamer 1974/1990:23). Gadamer jogi hermeneutikával kapcsolatos gondolatai terén végbement változtatások, hangsúlyeltolódások megnyitották egy újabb, s a jog vonatkozásban fontos különbségtevés problematizálásának lehetőségét, mégpedig annak megragadását, hogy miben tér el egymástól egy múltbéli törvénynek a történetiségből fakadó hatása a jelenre és egy múltbéli törvény jelenlegi érvényességének történetisége?

Gadamer filozófiai hermeneutikájában kifejtett jogi hermeneutikai megfontolások hatása szembeűnő az elmúlt évtizedek német jogi gondolkodásában. A hatvanas-hetvenes években mind a jogdogmatikában, mind a jogi módszertanban gyökeret vert a hermeneutikai szemlélet a német jogtudományban, s ezen belül is többen kifejezetten Gadamerhez kapcsolódva fogalmazták meg saját jogi hermeneutikai álláspontjuk. Így pl. Arthur Kaufmann a hagyományos jogi hermeneutika és a gadameri megközelítés között próbált hidat verni, és arra törekedett, hogy az általános (filozófiai) hermeneutika meglátásait bevezesse a jogászi hermeneutikába (Kaufmann 1984:92-95.). Ezen az úton Kaufmannt tanítványai is követték. Elsősorban Neumannra utalnék, aki a jogi szövegek normativitását hangsúlyozva azt emelte ki, hogy a jogi szöveg eltér a művészet körébe tartozó szövegektől, s így e két területen az értelmezés feladatai is különböznek. Mivel a jog nem egyszerűen a szövegre utal, hanem annak érvényességére, „a jogi szövegek normatív igénye reflexíve nem a helyes szöveg megértésre mint olyanra irányul, hanem a *helyes cselekvésre*” (Neumann 1984:53).

Ezen túlmenően Neumann (1984:51) arra hívta fel a figyelmet, hogy a gadameri applikáció fogalom többdimenzióvalitása tette lehetővé a történeti és jogi megértés azonosságának feltevését. Az applikáció ugyanis

egyszerre két különböző jellegű “szakadékot” hidal át: egyfelől azt, ami a múlt és a jelen között, másfelől pedig azt, ami a törvényszöveg általánossága és a szöveg alapján megítélendő tényállás egyedisége között húzódik. Neumann távolságtartását a gadameri megközelítéssel szemben nemcsak az mutatja, hogy a jogtudomány hermeneutikai problémáját a történeti dimenziótól elvileg elválaszthatónak tartotta, hanem az is, hogy Habermasnak Gadamerrel szemben megfogalmazott kritikáját követve az ideológiakritikával összekapcsolhatónak látta a hermeneutikai kérdésfelvetést. Mégpedig azért, mert azok a partikuláris előítéletek, melyek a jogi értelmezést irányítják, az ideológiakritika lehetséges tárgyai, s ez már abban megjelenik, hogy az említett előítéletek partikularitása az ideológiakritika eredményeként nyilvánvalóvá válik.

A másik Kaufmann-tanítvány, Schroth pedig egy népszerű jogelméleti kézikönyv egyik fejezetében vizsgálta meg a filozófiai és a jogi hermeneutika viszonyát (Schroth 1985: 276-301). Pontosabban azt, hogy milyen problémák vannak, a jog szemszögéből, a filozófiai hermeneutikában? S a következőket emelte ki:

- Gadamer, hermeneutikai pozíciójából következően, a szövegértelmezés kritériumaival nem foglalkozik. A jogi módszertan irodalmában ugyanakkor egyetértés uralkodik annak tekintetében, hogy meg kell adni a szövegértelmezés kritériumait, abban viszont tagadhatatlanul komoly vita van a különböző álláspontok között, hogy a megadott értelmezési kritériumok mennyiben kötik a bírót?

- Gadamernél a szerző kérdése háttérbe szorult, a jogi hermeneutika területén viszont éppen hogy egy alapvető vitakérdés kapcsolódik a “szerzőhöz”, mégpedig annak a vitája, hogy a szerzői szándékból kikövetkeztethető szövegértelmezést kell-e feltárni, avagy magának a kontextusban álló szövegnek az értelmét kell kutatni (szubjektív és objektív értelmezés)?

- Schroth is osztotta azt a gadameri, és persze mások által is megfogalmazott, megállapítást, miszerint a jogi hermeneutika kulcskérdése: a norma általánossága és az eset egyedisége közötti differencia áthidalása. Amikor normát alkalmaznak, akkor az első kérdés: a norma jelentésének feltárása az esetre tekintettel. Ennek során, tehát amikor a norma jelentését a norma alkalmazásának szabályaiból tárjuk fel, Schroth szerint érdemes Wittgenstein nyelvhasználat-elméletére támaszkodni (Schroth (1985:282-285).

Gadamer hatása persze látványos félreértéseket is szült. Ennek tipikus megjelenéseként említette Krawietz (1983:366-369) Rottleuthner (1976:7-30) elemzését. Rottleuthner abból a két tételből kiindulva, hogy egyrészt a hermeneutika a jogon kívüli területen alakult ki, másrészt a klasszikus jogi hermeneutika hagyományát megtörte a gadameri elmélet, arra a következtetésre jutott, hogy a jogtudománynak egy “új hermeneutikára” van szüksége. Krawietz elutasította mindkét tételt: a hermeneutika jogon kívüli eredetére vonatkozót és azt, hogy a gadameri hermeneutika a jogi hermeneutika hagyományának megtörését javasolta. Az utóbbi esetben éppen Gadamer azon megállapítására utalt, miszerint a jogi hermeneutika a filozófiai hermeneutika számára példaértékű. Ebből következően az ún. “új hermeneutika” szükségességét sem látta Krawietz, aminek lehetséges tartalmáról egyébként maga Rottleuthner sem adott bővebb felvilágosítást.

A jogi hermeneutika területén sokak által vallott meggyőződés, hogy a jogi szövegek normatív értelme csak a mindenkori érvényességi igényre tekintettel rekonstruálható, s éppen ezért a jogi hermeneutikának mindenekelőtt gyakorlati és nemcsak elméleti feladata van (Krawietz 1983:371). A gyakorlati irányultság azt is jelenti, hogy az értelmezés nemcsak az igazság kérdéséhez, hanem a döntés problematikájához is kapcsolódik. A nyolcvanas évek elején Krawietz úgy látta, hogy Gadamer alapműve körül felélénkült jogelméleti, jogi módszertani vita ellenére a jogtudományban a hermeneutikai látásmód nem szerezte meg azt a kulcspozíciót, amivel pl. a 17-19. században rendelkezett. Ennek okát Krawietz abban jelölte meg, hogy a jogi hermeneutika túl erősen, ha úgy tetszik, kritikátlanul kötődik a filozófiai hermeneutikához. Ez megfigyelhető a “szöveg” (Text) fogalmával szembeni túlzott nyitottságban, a “szöveg” lassan már az egész világot magába foglalja. A hagyományos jogi hermeneutika ezzel szemben a jogi “szöveg”-fogalom szűkebb értelmezéséből szokott kiindulni. Csak azokat a szövegeket ragadta meg, melyek számára “normatív releváns jogi

szövegek”, melyek, “a jogrendszer vonatkozásában, mint érvényes jogi előírások, azaz minden címzett számára kötelező módon funkcionálnak.” (Krawietz 1983:380).

Ezen dilemmák meghaladásának kísérleteként javasolta Krawietz a *keletkezés idején* történő értelmezés és a *későbbi* érvényesség idejében történő értelmezés elválasztását. A különbségtevést szerinte az indokolja, hogy a szöveg kontextus változhat. S itt nem csupán arról van szó, hogy szembe kell nézni a szövegen túlmutató recepciók helyzetével, hanem különböző szociális kontextusokkal szembesül a jogi értelmező. A létrejövétel idejét elsődleges kontextusnak nevezte, a későbbi érvényesség idejét pedig másodlagos kontextusnak. A jogi hermeneutika az elsődleges kontextus vonatkozásban rekonstruktív, a másodlagos kontextus vonatkozásában applikatív (Krawietz 1983:381-382). Krawietz felvetése értelmezhető úgy is mint a Betti-Gadamer vita feloldására tett kísérlet, azaz egy olyan jogi hermeneutikai pozíció keresése, melyben eltérő szintekhez sorolva, de egymást kiegészítően ragadható meg az említett két gondolkodó hermeneutikai álláspontja.

Irodalom

Betti, E. (1954): Zur Grundlegung einer allgemeiner Auslegungslehre. Ein hermeneutisches Manifest. in: Dölle, H. (Hrsg.): Festschrift für Ernst Rabel. II. Bd. Tübingen, Mohr, 79-168.

Betti, E. (1955): Teoria generale della interpretazione I-II. Milano, Giuffrè

Betti, E. (1962/1992): A hermeneutika mint a szellemtudományok általános módszertana. in: Athenaeum 1992/2. 3-52

Betti, E. (1969): Die Problematik der Auslegung in der Rechtswissenschaft. in: Bockelmann, P. et al. (Hrsg.): Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag. Frankfurt a. M., Klostermann

Böckenförde, E-W. (1999): Staat, Nation, Europa. Frankfurt a. M., Suhrkamp

Gadamer, H-G. (1974/1990): Hermeneutika in: Bacsó B. (vál.): Filozófiai hermeneutika. Budapest, Filozófiai Figyelő Kiskönyvtára 4. 11-28.

Gadamer, H-G. (1984): Igazság és módszer. Budapest, Gondolat (a fordítás alapja az 1975-ös 4. kiadás, ami az 1960-as 1. kiadás szövege mellett tartalmazta az eredetileg 1961-ben publikált “Hermeneutika és historizmus” tanulmányt is)

Kaufmann, A. (1984): Beiträge zur Juristischen Hermeneutik. Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns

Kelemen J. (1998): Az olasz hermeneutika Crocétól Ecóig. Budapest, Kávé

Krawietz, W. (1983): Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive. in: Achterberg, N. – Wyduckel, D. (Hrsg.): Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag. Berlin, Duncker & Humblot, 347-390.

Rottleuthner, H. (1976): Hermeneutik und Jurisprudenz. in: Koch, H-J. (Hrsg.): Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie. Kronberg, Athenaeum, 7-30.

Neumann, U. (1984): Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik. in: Hassemer, W. (Hrsg.): Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag. Heidelberg, R.v.Decker & C.F.Müller Verlag, 49-56.

Schroth, U. (1985): Philosophische und juristische Hermeneutik. in: Kaufmann, A. – Hassemer, W. (Hrsg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Heidelberg, C.F. Müller, 4. Auflage, 276-301.

Helmut Klaere

Die Abschaffung der echten Schwurgerichte in der Weimarer Republik

Die Revolution von 1918 hatte die Justiz, obwohl sie sich vornehmlich aus konservativen Kräften der vorrepublikanischen Zeit zusammensetzte, im wesentlichen unangetastet gelassen. Jedoch nahm die Kritik an der Rechtspflege, die zum Teil schon vor dem Ersten Weltkrieg lautgeworden war, ständig zu. Die Vorwürfe konzentrierten sich in den Schlagworten: Weltfremdheit, Formalismus, Klassenjustiz, Republikfeindlichkeit. In diesen Anfeindungen spiegelte sich die sog. Vertrauenskrise der Justiz während der Weimarer Republik wieder.¹

Der seit dem Umsturz von 1918 - ähnlich wie in den Jahren um 1848 - entbrannte Kampf um die Strafrechtspflege brachte es mit sich, daß auch das Schwurgericht erneut in den Blickpunkt sowohl seiner Anhänger als auch seiner Gegner geriet. Die zur Herrschaft gelangten Sozialdemokraten waren der Ansicht, daß das Schwurgericht beibehalten und der Einfluß der Geschworenen verstärkt werden müsse, um die schlimmsten Auswüchse der "Klassenjustiz" zu verhindern.

I. Reformversuche zwischen 1919 und 1923

Die positive Haltung der neuen Regierung gegenüber dem Schwurgericht zeigte sich vor allem in den Gesetzentwürfen "zur Änderung des GVG" und "über den Rechtsgang in Strafsachen", die Reichsjustizminister Eugen Schiffer im Jahre 1919 dem Reichsrat vorlegte.² Die beiden Entwürfe waren von dem Berliner Prozeßrechtslehrer James Goldschmidt ausgearbeitet worden.

In der Begründung zu den Entwürfen wurde ausgeführt³, daß die Neugestaltung der staatlichen Verhältnisse das Interesse an der Strafprozeßreform neu belebt habe. Es sei heute dringender

¹ Vgl. hierzu Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.186 f.

² Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums (1920).

³ a. a. O., S. 2.

denn je geboten, Volk und Recht in enge Fühlung zu bringen und deshalb dem Volke in weitestem Umfang Anteil an der Rechtsprechung zu gewähren. In der Begründung hieß es in diesem Zusammenhang wörtlich⁴: "Je mehr das Volk an der Rechtsprechung teilnimmt, je freier und gerechter es das Strafverfahren geordnet sieht, desto eher werden das Verständnis für die Notwendigkeit der Strafrechtspflege und für die Heiligkeit der Gesetze wiedererwachen und die Urteile der Strafgerichte im Volke das hohe Ansehen genießen, dessen sie zu ihrer vollen Wirkung bedürfen." Das Ansehen der Schwurgerichte sei im Volke unerschüttert, und es sei weniger denn je angebracht, an dieser Einrichtung zu rütteln.⁵

Kern⁶ setzt die Entwürfe in Beziehung zur damaligen politischen Situation; er kommentiert sie wie folgt: "Die Entwürfe waren von dem ausgesprochenen Bestreben geleitet, das liberale Eisen zu schmieden, solange es heiß war, also jetzt angesichts der für liberale Reformen günstigen Zusammensetzung der Weimarer Nationalversammlung die liberalen Forderungen durchzusetzen, die sich in den siebziger Jahren wegen des konservativen Gegengewichts des Bundesrates nicht hatten durchsetzen lassen."

Die Goldschmidt-Schifferschen Gesetzentwürfe verfolgten vor allem das Ziel, verschiedene Mängel des Schwurgerichts zu beseitigen, welche von den Gegnern dieser Gerichtsform seit Jahren "angeprangert" worden waren. Auf diese Weise sollte die Institution des Schwurgerichts gesichert werden. Im einzelnen hatten die Reformvorschläge hinsichtlich des Schwurgerichts folgenden Inhalt: Auswahl der Geschworenen nicht mehr wie bisher durch Mitglieder des Landgerichts, sondern durch Wahlgremien der Gemeindevertretungen; Bildung einer festen Geschworenenbank für die ganze Dauer der Schwurgerichtstagung und nicht mehr für jede einzelne Strafsache; Wahl des Obmanns der Geschworenen zu Beginn der Tagung für ihre ganze Dauer; Beseitigung des peremptorischen Ablehnungsrechts; stärkere Beteiligung der Geschworenen an der Beweisaufnahme; schriftliche Niederlegung der Rechtsbelehrung und damit Eröffnung der Möglichkeit, sie mit der Revision anzufechten.

Ferner war in den Entwürfen die Bestimmung, daß Dienstboten nicht zu Laienrichtern berufen werden sollten, als nicht mehr zeitgemäß gestrichen. Auch wurde das Verbot der Berufung von

⁴ a. a. O., S. 2.

⁵ a. a. O., S. 5.

⁶ Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.153.

Volksschullehrern fallengelassen, da sich ihre Mitwirkung an der Rechtspflege mit dem Schulinteresse ohne weiteres vereinbaren lasse.

Die Entwürfe riefen ein lebhaftes Echo hervor. Kritik erfuhr insbesondere die vorgeschlagene Art der Auswahl der Laienrichter durch politische Wahlgremien. Man befürchtete, daß diese Art der Laienrichterwahl zu einer Politisierung der Strafgerichte führen würde.⁷

Der Entwurf selbst hatte versucht, dieser Gefahr zu begegnen; er schrieb den Wahlausschüssen vor, daß für die Auswahl einer Person zum Amte eines Schöffen oder Geschworenen nur maßgebend sein dürfe, ob von ihr eine gewissenhafte und unparteiische Ausübung des Richteramts zu erwarten sei, und daß wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsarten und Bevölkerungskreisen kein Unterschied gemacht werden dürfe.⁸ Die Goldschmidt-Schifferschen Entwürfe sollten dem ersten Reichstag der Weimarer Republik vorgelegt werden. Sie scheiterten jedoch schon bei ihrer Beratung im Reichsrat.⁹

Im Jahre 1922 legte der sozialdemokratische Reichsjustizminister Gustav Radbruch den Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte vor.¹⁰ Dieser Gesetzentwurf lehnte sich inhaltlich an den von James Goldschmidt ausgearbeiteten Entwurf an. Radbruchs Reformvorschläge betrafen u. a. wiederum die Zusammensetzung der Ausschüsse für die Wahl der Schöffen und Geschworenen. Sie zielten darauf ab, daß die Laienrichter ebenso wie Parlamentsabgeordnete vom Volk gewählt werden sollten. Wieder erhoben sich wegen der befürchteten Politisierung der Gerichte Stimmen, die scharf Kritik übten.¹¹

Auch über den Entwurf Radbruch konnten sich Regierung und Reichsrat nicht einigen, so daß er nicht an den Reichstag gelangte. Lediglich in einem Punkt hatte Einigkeit erzielt werden können: Entsprechend dem Programmsatz des Art. 109 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung,

⁷ Vgl. hierzu Nagler, Die sog. Schifferschen Entwürfe, in: Der Rechtsgang, 3. Bd., S. 233. Inwieweit eine "Politisierung" der Schwurgerichte ohnehin bereits eingetreten war, ist noch darzustellen.

⁸ Begründung des Entwurfs, a. a. O., S. 8

⁹ Vgl. hierzu Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.154.

¹⁰ Veröffentlicht im Reichsanzeiger Nr. 157 vom 19. 7.1922.

¹¹ Vgl. Rosenberg, Werner: Eine Gefahr für die Rechtspflege, in: Deutsche Juristenzeitung 1922, S. 340; Düringer, Adelbert: Politisierung der Justiz, in: Deutsche Juristenzeitung 1922, S. 521 ff.

nach dem Männer und Frauen grundsätzlich die gleichen Rechte haben sollten, wurden durch Gesetz vom 25. April 1922¹² auch Frauen zum Schöffen- und Geschworenenamt zugelassen.

Auch der Nachfolger Radbruchs im Amte des Reichsjustizministers, Rudolf Heinze, der der Deutschen Volkspartei angehörte, ließ einen Gesetzentwurf zur Neuordnung der Strafgerichte ausarbeiten. Über diesen Entwurf konnten Regierung und Reichsrat Einigung erzielen, so daß er im Mai 1923 dem Reichstag vorgelegt wurde.¹³

Der Entwurf von Heinze sah im Gegensatz zu den Entwürfen Goldschmidts und Radbruchs erstmalig vor, daß das Schwurgericht abgeschafft werden sollte. Es war beabsichtigt, das echte Schwurgericht durch ein großes Schöffengericht zu ersetzen, für das die Bezeichnung "Schwurgericht" allerdings beibehalten werden sollte.

Die Gesetzesvorlage wurde von den im Reichstag vertretenen Parteien sehr unterschiedlich aufgenommen.¹⁴ Es versteht sich von selbst, daß Radbruch als erklärter Anhänger des Schwurgerichts, bei der Beratung der Vorlage im Reichstag sich scharf gegen sie aussprach. Radbruch räumte zwar ein, daß die Schwurgerichte vor allem in letzter Zeit in politischen Prozessen empfindlich versagt hätten. Zugunsten des Schwurgerichts spreche jedoch, daß bei diesem wie bei keinem anderen Gericht die Garantie für eine erschöpfend gründliche Hauptverhandlung gegeben sei, und daß auch bei keinem anderen Gericht die unbeeinflussbare Selbständigkeit des Urteils für die Laienrichter in gleichem Maße garantiert sei.¹⁵

Die Vorlage wurde dem Rechtsausschuß des Reichstages zur weiteren Beratung überwiesen. Von dort kam sie infolge der sich überstürzenden Entwicklung auf dem Gebiet der Gesetzgebung, die im einzelnen noch zu behandeln sein wird, nicht mehr an den Reichstag zurück.

Der Gesetzentwurf von Heinze hatte in der Öffentlichkeit und auch in der Fachpresse kaum Beachtung gefunden. Das mag überraschen. Vergegenwärtigt man sich aber die damalige

¹² RGBl. S. 465.

¹³ R.T.-Drucksache der 1. Wahlperiode (1920), 378. Bd., Nr. 5884.

¹⁴ Vgl. hierzu Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.159.

¹⁵ Zitiert nach Hartung, Fritz: Die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, in: Das Recht 1924, Heft 7, Sp. 128 ff., Sp. 130 f.

politische und vor allem wirtschaftliche Notlage in Deutschland (Abbruch des passiven Widerstandes gegen die französische Besetzung des Ruhrgebiets, Umstellung der Währung), dann wird die fehlende Resonanz in der Öffentlichkeit verständlich.

II. Die Emminger-Reform des Jahres 1924

Entsprechend der Tendenz, die zuletzt in dem Gesetzentwurf Heinze zutage getreten war, wurde in Deutschland das echte Schwurgericht im Jahre 1924 durch die sog. Emminger-Verordnung¹⁶ abgeschafft. Trotz aller Kritik, die das Schwurgericht vornehmlich in Juristenkreisen bis zu diesem Zeitpunkt erfahren hatte, und trotz der schon früher auf seine Abschaffung gerichteten Gesetzentwürfe, kam diese Maßnahme sowohl für die Fachwelt als auch für die Öffentlichkeit zu diesem Zeitpunkt überraschend.¹⁷

1. Die politische Einseitigkeit der Schwurgerichte

Im Rahmen der Diskussion über die Reformversuche wurde vorwiegend von Gegnern des Schwurgerichts nachdrücklich auch auf folgenden Gesichtspunkt hingewiesen: die Geschworenen seien nicht in der Lage, bei der Entscheidung eines Falles von ihrer persönlichen politischen Einstellung abzusehen; es bestehe daher die Gefahr einer Politisierung der Geschworenen, die der Rechtsfindung abträglich sei.

In der Tat hatte sich in Deutschland, insbesondere in den ersten Jahren der Weimarer Republik, eine derartige Entwicklung angebahnt. Die Justizkritik jener Jahre richtete sich demzufolge nicht nur gegen die Berufsjuristen, sondern ebenso gegen die Laienrichter. Geschworene

¹⁶ Rechtspflege vom 4. Januar 1924 (RG Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafprozeß. I, S.15), benannt nach dem amtierenden Reichsjustizminister Erich Emminger.

¹⁷ Vgl. Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.160.

wurden für zahlreiche aus politischen Motiven gefällte Fehltritte verantwortlich gemacht.¹⁸ Der bekannte Berliner Strafverteidiger Ernst Emil Schweitzer nahm diese Tatsache zum Anlaß, in seinem 1924 veröffentlichten Kommentar zu einer Denkschrift des Reichsjustizministers¹⁹ folgendes auszuführen:

"Zugegeben, daß die Urteile der gelehrten Richter in Strafsachen schlecht sind - aber die Schwurgerichte urteilen noch schlechter. Geschworene waren es, die im Harden-Prozeß die deutsche Rechtsprechung vor der Welt bloßstellten, Geschworene waren es, die in Berlin einen Kommunisten aus politischer Leidenschaft zu Unrecht zum Tode verurteilten; die drei gelehrten Richter waren es, die von ihrem Recht Gebrauch machten und durch einstimmigen Beschluß das Geschworenenurteil als ein zuungunsten des Angeklagten ergangenes Fehltritt aufhoben. Geschworene waren es, die rechtsrevolutionäre Mörder der Kapp-Tage freisprachen".²⁰

Eindeutig politisch motiviert ist auch jene Entscheidung gewesen, die im Jahre 1921 eine Berliner Jury fällt²¹, und der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Ein Vizewachtmeister namens Markus vom Freikorps Lützow hatte am 12. März 1919 Befehl, die Lange-Straße in Berlin abzusperren. Mit 25 Mann schritt er die Straße ab unter dem wiederholten Ruf: "Straße frei! Fenster zu!" Dies rief er auch der aus einem Fenster im dritten

¹⁸ Vgl. z. B. Hellwig, Justizirrtümer, S. 82; Radbruch, zitiert bei Hartung, Recht 1924, Sp. 130; Kern, Eduard: Die Beteiligung des Volkes an der Strafrechtspflege. Der Konstanzer Juristentag, Tübingen 1947, S. 135 ff., S.142.

¹⁹ Die Denkschrift hatte folgende Entstehungsursachen: Der Mathematik-Professor Emil Julius Gumbel veröffentlichte im Jahre 1921 unter dem Titel "Zwei Jahre Mord" eine Broschüre, in der zahlreiche zu politischen Morden ergangene Fehltritte wiedergegeben waren. Gustav Radbruch, damals sozialdemokratischer Reichstagsabgeordneter, übergab das Buch dem Reichsjustizminister Eugen Schiffer mit der Aufforderung, den Fällen nachzugehen und dem Reichstag über das Ergebnis seiner Untersuchung Auskunft zu geben. Die Justizverwaltungen von Preußen, Bayern und Mecklenburg erstatteten auf Veranlassung des Reichsjustizministers ausführliche Berichte, doch kam es, obwohl Radbruch zwischenzeitlich selbst zweimal (im Herbst 1921 und 1923) Justizminister wurde, nicht zu einer Veröffentlichung der vom Justizministerium aufgrund der Berichte zusammengestellten Denkschrift. Gumbel ließ daraufhin eine Abschrift von ihr anfertigen und veröffentlichte sie im Mai 1924. Der Berliner Rechtsanwalt Ernst Emil Schweitzer (Verteidiger im berühmt-berüchtigten Prozeß Bullerjahn; vgl. hierzu Hirschberg, S. 179 ff.) kommentierte in Gumbels Auftrag die Denkschrift des Reichsjustizministers in einem Anhang. (Wiedergegeben nach H. u. E. Hannover, S.18, 313, 29.)

²⁰ Vgl. hierzu Hirschberg, Max: Das Fehltritt im Strafprozeß. Zur Pathologie der Rechtsprechung, Frankfurt am Main und Hamburg 1962, S.165 ff.

²¹ Denkschrift des Reichsjustizministers, S. 24; wiedergegeben. nach Hannover, Heinrich / Hannover-Drück, Elisabeth: Politische Justiz 1918-1933, Frankfurt 1966, S. 42.

Stock des Hauses Nr. 13 herausschauenden zwölfjährigen Schülerin Helene Slovek zu. Sie schloß sofort das Fenster. Trotzdem schoß Markus und tötete das Mädchen durch Kopfschuß. Den auf der entgegengesetzten Straßenseite gehenden 72jährigen Fliesenleger Becker tötete er durch Brustschuß. Dieselbe Kugel traf als Querschläger eine in der Eingangstür eines Ladens im Hause Nr.12 stehende Frau. Daß Markus auf die Frau gezielt oder sie auch nur gesehen hat, bzw. daß er hätte voraussehen müssen, er werde sie treffen, ist für nicht erwiesen erachtet worden. In den Fällen Slovek und Becker ist gegen ihn Anklage wegen Totschlags erhoben worden. Die Geschworenen haben jedoch in beiden Fällen die Schuldfrage verneint.

Es kann wohl nicht geleugnet werden, daß hier politisch extrem "rechts"gerichtete Geschworene zu der Ansicht gelangt sind, daß die Durchsetzung "nationaler" Belange in gleichsam militärischer Weise rechtmäßig sei.

Ein erhebliches Maß an Republikfeindlichkeit, d. h. wiederum eine politische Motivation, hat zweifellos auch zu dem Urteil geführt, das ein Münchner Schwurgericht in einem der damals nicht selten vorkommenden Fälle der Beschimpfung der Reichsfarben Schwarz-Rot-Gold gefällt hat²². Der Redakteur des "Miesbacher Anzeigers" hatte die Reichsfarben als "schwarz-rot-hennadreckat" bezeichnet. Der Angeklagte verteidigte sich bei den Geschworenen offenbar mit Erfolg - durch den Hinweis, daß er nur die Farben der "Novemberlinge" gemeint habe. Die Auskünfte zweier Sachverständiger konnten die Geschworenen in ihrer Einstellung nur bestärken: Der eine führte aus, daß in Bayern schon seit dem Mittelalter die Abneigung gegen die Farbe gelb sehr groß gewesen sei. Der zweite Sachverständige sagte, in der Miesbacher Gegend sei der Ausdruck "hennadreckat", keine Beschimpfung, sondern nur eine drastische Bezeichnung. Die Geschworenen haben den Angeklagten freigesprochen.

Mag auch die historische Entwicklung sowie insbesondere die politische und wirtschaftliche Lage während der ersten Jahre der Weimarer Republik überwiegend eine politische "Rechts"-gerichtetheit der meisten Geschworenen in Deutschland mit sich gebracht haben, keinesfalls ist jedoch eine autoritärkonservative Einstellung als einzige Art der Politisierung von

²² Der Fall wurde von dem sozialdemokratischen Abgeordneten Dr. Rosenfeld in der Reichstagsitzung vom 12. 2. 1923 wiedergegeben; Prot. 1. Wahlperiode, 358. Bd., S. 9628.

Geschworenen aufgetreten.²³ Vielmehr kam es auch vor, daß Laienrichter politisch einseitig nach "links" ausgerichtet waren.

Die übertrieben national-konservative Einstellung vieler oder sogar der meisten damaligen Geschworenen in Deutschland findet ihre Erklärung nicht zuletzt in der Zusammensetzung der Geschworenenlisten. In diesen waren fast ausnahmslos Vertreter jener "oberen,, Volksschichten zu finden, die einer staatsautoritären, konservativen Gesinnung anhängen. Als Beispiel sei die Geschworenenliste des Schwurgerichts in Bartenstein (Ostpreußen) für das Jahr 1921 genannt. Sie enthielt insgesamt²⁴: zehn Rittergutsbesitzer, einen Rittergutspächter, vier Gutsbesitzer, einen Mühlenbesitzer, einen Fabrikbesitzer, einen Administrator, einen Majoratsbesitzer, einen Stadtgutbesitzer, einen Oberinspektor, fünf Grundbesitzer, zwei Kaufleute, einen Stellmachermeister. Diese Zusammensetzung war kein Ausnahmefall. Die Liste für die vorangegangene Schwurgerichtsperiode desselben Bezirks wies 30 Geschworene auf, von denen 20 Ritterguts- und Gutsbesitzer (bzw. Pächter) waren, während sich unter den restlichen zehn neben Direktoren und Administratoren lediglich ein Arbeiter befand.

Ganz ähnliche Zusammensetzungen wiesen Geschworenen- und Schöffnenlisten in Berlin und in den Provinzstädten auf. Dort fand man naturgemäß weniger Gutsbesitzer, dafür aber Fabrikanten, Kaufleute, Offiziere a. D., Studienräte, Handwerksmeister und andere Berufe des gehobenen Bürgertums; unter 110 Laienrichtern fand sich in einem Falle nur ein einziger Arbeiter²⁵. Auch in besonders industriereichen Gegenden Deutschlands zeigte sich kein anderes Bild. So tagte in Halle im Jahre 1921 ein Schwurgericht, dessen Geschworenenliste unter 30 Personen ebenfalls nur einen Arbeiter aufwies.²⁶

Die Tatsache politisch einseitig besetzter Schwurgerichte war vor allem darauf zurückzuführen, daß die Jahreslisten der Haupt- und Hilfgeschworenen von einem Gremium aufgestellt wurden, das sich ausschließlich aus Berufsjuristen, und zwar aus Mitgliedern der Landgerichte zusammensetzte.²⁷ Bekanntlich war zu jener Zeit der Richterstand überwiegend konservativ

²³ Vgl. hierzu Jacta, Maximilian: Berühmte Strafprozesse, Deutschland II, München 1967, S. 242.

²⁴ Die Angaben stammen von Kuttner, Erich: Klassenjustiz, Berlin 1921, S. 31 f.

²⁵ Olden, Rudolf: Das Zuchthaus - die politische Waffe, Berlin 1922, S. 49 ff.

²⁶ Kuttner, a. a. O., S. 53 f.

²⁷ Vgl. hierzu etwa Hirschberg, a.a.O., S.153.

eingestellt.²⁸ Aus diesem Grunde hatten die Gesetzentwürfe der Sozialdemokraten vorgesehen, daß die Auswahl der Geschworenen, ähnlich wie bei Parlamentswahlen, durch das Volk vorgenommen werden sollte.

Die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Änderung des Auswahlverfahrens scheint auch Radbruch vor Augen gestanden zu haben, als er im Jahre 1920 im Reichstag äußerte²⁹:

"Man entpolitisiert die Justiz nicht dadurch, daß man über die einmal gegebenen Parteiunterschiede hinwegsieht und so tut, als wenn sie nicht da wären, sondern dadurch, daß man sie beachtet und für eine gleichmäßige Vertretung aller Parteistellungen und Weltanschauungsrichtungen in den öffentlichen Organen Sorge trägt."

Die ganz überwiegend bürgerlich-konservative Zusammensetzung der Geschworenenlisten fand ihren Grund allerdings nicht ausschließlich in der einseitig-konservativen Einstellung der Gremien, die für die Zusammenstellung der Listen zuständig waren; sie beruhte vielmehr auch darauf, daß diese Gremien auf die schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse der "unteren Volksschichten" Rücksicht nahmen. Angesichts der geringen Entschädigung für Laienrichter opferten Arbeiter mit niedrigem Verdienst verständlicherweise höchst ungern ihre Arbeitszeit, um als ehrenamtliche Richter tätig zu werden.³⁰

Die oben aufgeführten Beispiele der Zusammensetzung von Geschworenenlisten machen deutlich, daß das Problem der Politisierung von Geschworenen aufs engste mit der Gestaltung des Auswahlverfahrens zusammenhängt. Um politisch einseitig besetzte Schwurgerichte zu vermeiden, wäre demnach lediglich eine Änderung des Auswahlverfahrens, nicht aber die gänzliche Abschaffung des Schwurgerichts - wie sie der Gesetzentwurf von Heinze vorsah - erforderlich gewesen.³¹ Zu einer Änderung des Auswahlverfahrens für Geschworene ist es jedoch nicht mehr gekommen.

²⁸ Vgl. §§ 89 ff. GVG.

²⁹ Verhandlungen des Reichstages I. WP. 1920 Bd. 360 S.1187.

³⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen Oldens (bei H. u. E. Hannover, S. 31) sowie Maurer, Heinz Wolfgang: Die Einstellung von Sozialisten zu den grundlegenden Fragen der Strafgerichtsverfassungs- und Strafverfahrensreform, Freiburger Dissertation 1931, S. 24.

³¹ Hierauf weist Maurer, a.a.O., S. 30, mit Recht hin.

2. Das Ermächtigungsgesetz des Jahres 1923

Das Verschwinden des Schwurgerichts aus dem deutschen Rechtsleben muß in engem Zusammenhang mit der innenpolitischen und wirtschaftlichen Lage in Deutschland während der ersten Jahre der Weimarer Republik gesehen werden.

Am 23. November 1923 trat an die Stelle des zweiten Kabinetts Stresemann, das von den Sozialdemokraten gestürzt worden war, ein Minderheitskabinett, welches sich auf das Zentrum, die Deutsche Demokratische Partei und die Deutsche Volkspartei stützte. Kanzler war ein Zentrumsabgeordneter, Wilhelm Marx. Das Amt des Justizministers in diesem Kabinett hatte der Augsburger Staatsanwalt Emminger übernommen, welcher der Bayerischen Volkspartei, der Schwesterpartei des Zentrums, angehörte.³²

Die Sozialdemokraten, die bekanntlich mit besonderem Nachdruck für den Fortbestand des Schwurgerichts eintraten, wie u. a. der von dem früheren sozialdemokratischen Justizminister Radbruch stammende Entwurf eines Gerichtsverfassungsgesetzes aus dem Jahre 1922 gezeigt hatte, waren in der Regierung nicht vertreten. Hingegen hatte - wie erwähnt - ein Mitglied der die Regierung stützenden Deutschen Volkspartei, der ehemalige Reichsjustizminister Heinze, während seiner Amtszeit einen Gesetzentwurf eingebracht, der die Abschaffung des Schwurgerichts vorsah.

Das parteipolitische Kräftespiel bedeutete also bei dem anhaltenden Reformwillen der Regierung u. a. auf dem Gebiet des Gerichtsverfassungsrechts eine Gefahr für den Fortbestand des Schwurgerichts. Allerdings war die Abschaffung des Schwurgerichts auf gesetzgeberischem Wege infolge des Widerstands der Reichstagsmehrheit offenbar nicht möglich. Das hatte bereits das Scheitern der vom ehemaligen Justizminister Heinze eingeleiteten Reform gezeigt.

Ausgelöst durch die zu jener Zeit in Deutschland herrschende katastrophale wirtschaftliche Lage, trat nunmehr jedoch ein Umstand hinzu, der eine Umgehung der parlamentarischen

³² Vgl. Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.160.

Hindernisse möglich machte. Wenn auch die Inflation durch die Währungsreform vom 15. November 1923 beendet worden war, so zwang doch die schwere wirtschaftliche Not auf allen Gebieten der staatlichen Tätigkeit zu durchgreifenden Sparmaßnahmen. Um ihre Durchführung zu ermöglichen, nahm der Reichstag am 8. Dezember 1923 ein Ermächtigungsgesetz³³ an, welches der Reichsregierung die Befugnis gab, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die sie "im Hinblick auf die Not von Volk und Reich" für erforderlich und dringlich hielt. Dieses Ermächtigungsgesetz bildete die Grundlage, auf der dem Schwurgericht ein legales Ende bereitet wurde.

3. Die Vorlage der Emminger-Verordnung

Vor Erlass einer auf das Ermächtigungsgesetz vom 8. Dezember 1923 gestützten sog. Notverordnung waren besondere Ausschüsse des Reichsrates und des Reichstages zu hören.³⁴ So geschah es auch vor Erlass der Emminger-Verordnung: Die Regierung legte zunächst dem Ausschuss des Reichsrates und sodann dem Ausschuss des Reichstages einen Entwurf der geplanten Verordnung vor. In diesem war - was das Schwurgericht betraf - lediglich eine Herabsetzung der Zahl der Geschworenen von zwölf auf sieben vorgesehen. Die dem Schwurgericht eigentümliche Trennung von Richter- und Geschworenenbank sollte beibehalten, das eigentliche Prinzip des Schwurgerichts durch den Entwurf also nicht angetastet werden.³⁵

a) Die Haltung des Reichsrats

³³ RGBl. I, S.1179.

³⁴ § 1 Satz 3 des Gesetzes; sog. Ermächtigungsausschüsse.

³⁵ Vgl. die Wiedergabe des Entwurfs bei Hartung, Recht 1924, S .130 f.

Der zunächst mit der Vorlage befaßte Ermächtigungsausschuß des Reichsrates sprach sich gegen diesen Entwurf aus und forderte von der Regierung die Abschaffung des Schwurgerichts sowie die Einführung des großen Schöffengerichts anstelle des Schwurgerichts.³⁶

Hier wirkte dieselbe Institution gegen das Schwurgericht, die sich in Gestalt des Bundesrates schon gegen seine Einführung im Jahre 1877 gestemmt hatte. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß der auch von der Regierung in den Vordergrund gestellte Anlaß für die Abschaffung des Schwurgerichts die Finanznot der Länder war.

Ein anschauliches Bild von den in der Tat ganz erheblichen finanziellen Belastungen, die durch die Tätigkeit der Schwurgerichte den Ländern entstanden, gibt Rittweger³⁷:

"Für das verarmte Deutschland wäre die für das schwurgerichtliche Verfahren jeweils erforderliche Bildung einer Geschworenenbank durch Auswahl der zu dem Richterspruch berufenen zwölf Personen aus mindestens der doppelten Anzahl von Personen eine Belastung geworden, die keine Landesjustizverwaltung länger verantworten konnte, wollte sie nicht den Zusammenbruch der Rechtspflege infolge des Mangels an verfügbaren Geldmitteln herbeiführen.,³⁸ Die letzte, etwa vierzehntägige Schwurgerichtsperiode beim Landgericht in Weimar (Thüringen) hat rund 4250 Goldmark gekostet, wovon auf die Entschädigung der Geschworenen mehr als 2700 Goldmark entfielen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Höhe der Entschädigungen für die Geschworenen auch nicht annähernd mit der Geldentwertung Schritt gehalten hatte und im weiteren Verlauf der Festigung des Kurses der Mark die für die Entschädigungen auszuwerfenden Summen erheblich gestiegen wären.

Die ablehnende Haltung des Reichsrates gegenüber dem Schwurgericht mag also zum damaligen Zeitpunkt tatsächlich in erster Linie auf der Finanznot der Länder beruht haben; letztlich muß sie aber doch wohl auf die konservative Grundeinstellung der Ländervertretung zurückgeführt werden. Die dem Schwurgericht gegenüber ablehnende Haltung des Reichsrates wird im übrigen durch weitere Ausführungen Hartungs bestätigt und näher erläutert: Nach dem Ausscheiden Radbruchs als Justizminister sei man sich sowohl im Reichsjustizministerium als

³⁶ Vgl. Hartung, Recht 1924, Sp. 130.

³⁷ Rittweger: Das Schwurgericht, in: Deutsche Juristenzeitung 1924, S.196 ff.

³⁸ Alle 30 Geschworenen mußten während der ganzen Sitzungsperiode zu jeder Sitzung zum Zwecke der Bankbildung erscheinen, obwohl man jeweils nur 12 brauchte.

auch im Reichsrat in der Ablehnung des Schwurgerichts einig gewesen. In beiden Gremien sei man zwar nicht gegen eine Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege als solche eingestellt gewesen. Es habe dort in keiner Weise etwa eine Voreingenommenheit gegen die Mitwirkung des Volkes bei der Ausübung der Staatsgewalt geherrscht. Vielmehr seien es die rein sachlichen, "justiz-technischen" Gründe gewesen, die sich aufgrund der tatsächlichen Erfahrungen und in der wissenschaftlichen Diskussion herausgestellt hätten, welche im Reichsrat und in der Reichsregierung die ablehnende Haltung gegenüber dem Schwurgericht bewirkt hätten.

Die von Hartung wiedergegebene Auffassung, daß allein Sachgesichtspunkte den Reichsrat geleitet hätten, entspricht zwar nicht der Ansicht, daß vermutlich die konservative Grundeinstellung des Reichsrates den Ausschlag gegeben hat. Diese Widersprüchlichkeit spiegelt jedoch vielleicht die damals tatsächlich vorhandene "mehrschichtige" Auffassung des Reichsrates am ehesten wieder: Bei allem Wohlwollen gegenüber der Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit überwog letzten Endes doch die staatsbezogene Einstellung und - zu diesem Zeitpunkt - das Interesse an einer möglichst billig arbeitenden Rechtspflege.

Bedenkt man noch, wie sich die justizpolitische Einstellung Preußens zum Schwurgericht historisch entwickelt hat und berücksichtigt man, daß Preußen im Reichsrat mit 26 Stimmen gegenüber 37 Stimmen aller übrigen 15 Länder vertreten war, dann wird auch von daher erklärlich, daß die Einstellung des Reichsrates zum Schwurgerichtsgedanken ablehnend war.

Zusammenfassend läßt sich an dieser Stelle sagen, daß zum Ende der echten Schwurgerichtsbarkeit die politische und wirtschaftliche Lage in Deutschland Ausgang des Jahres 1923 sowie vor allem das parteipolitische Kräftespiel innerhalb des Reichstages, des Reichsrates und der Reichsregierung zur Abschaffung des Schwurgerichts geführt haben.

Daß die Schwurgerichtsbarkeit gerade zu diesem Zeitpunkt und unter Ausnutzung des Ermächtigungsgesetzes ihr Ende fand, ist freilich in der Tat dem persönlichen Vorgehen Emmingers zuzuschreiben.

Die wirtschaftliche Not von Volk und Reich war gewiß der Grund für die meisten der mit der Emminger-Verordnung vorgenommenen Sparmaßnahmen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung. Für die Abschaffung des Schwurgerichts ist sie wohl eher ein Vorwand

gewesen. Im Einklang mit dieser Auffassung formulieren Löwe-Rosenberg³⁹, daß die Reichsregierung von der ihr durch das Ermächtigungsgesetz eingeräumten Befugnis, durch Verordnungen Recht zu setzen, Gebrauch machte, "um wesentliche Gedanken der steckengebliebenen Reform im Verordnungswege zu verwirklichen".

Wenn auch das Ende der Schwurgerichtsbarkeit im Zuge der Entwicklung gelegen haben mag, so besteht doch kein Zweifel, daß es demokratischen Grundsätzen besser entsprochen hätte und dem ehrwürdigen Institut des Schwurgerichts eher angemessen gewesen wäre, die weitere Entwicklung auf dem Gebiete des Gerichtsverfassungsrechts abzuwarten und – nötigenfalls - eine entsprechende Gesetzesänderung auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung durch das Parlament zu einem Zeitpunkt herbeizuführen, in dem sich die Überzeugung der Mehrheit des Volkes und damit der politischen Parteien eindeutig gegen das Schwurgericht gestellt hätte.

b) Die Anträge von Radbruch und Rosenfeld im Reichstag

Der Ermächtigungsausschuß des Reichstages nahm den - die Banktrennung beibehaltenden - Entwurf der Verordnung an, erklärte sich also zunächst lediglich mit einer Herabsetzung der Geschworenenzahl von zwölf auf sieben einverstanden.⁴⁰ Im weiteren Verlauf der Sitzung des Reichstagsausschusses stellten Radbruch und Rosenfeld als Mitglieder der Sozialdemokratischen Fraktion den Antrag, die Reichsregierung zu ersuchen, über die Vorlage hinaus – Herabsetzung der Geschworenenzahl - am Schwurgericht nichts zu ändern. Dieser Antrag wurde von einer knappen Mehrheit der Ausschußmitglieder abgelehnt⁴¹, und das bedeutete in der Folge das Ende des echten Schwurgerichts.

Beim 35. Deutschen Juristentag im Jahre 1928 berichtete der sozialdemokratische Reichstagsabgeordnete Dr. Kurt Rosenfeld über die Sitzung des Reichstagsausschusses, auf der gleichsam über das Schicksal des deutschen Schwurgerichts abgestimmt wurde, folgendes⁴²:

³⁹ Löwe-Rosenberg, a.a.O., Bd. I, S. 27.

⁴⁰ Vgl. Hartung, Recht 1924, Sp. 131.

⁴¹ Vgl. Hartung, Recht 1924, Sp. 131.

⁴² Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages 2. Bd., S. 650.

"Das war im Winter 1923/24 in einer äußerst schweren, wirtschaftlich und politisch sehr bewegten Zeit, in der die Arbeiterschaft infolge der Schnelligkeit, mit der sich die Ereignisse überstürzten, keine Zeit fand, sich gegen die Beseitigung der Schwurgerichte aufzulehnen. Dazu kam ein bedauerlicher Irrtum im Ausschuß des Reichstages bei der Abstimmung über die Schwurgerichte. Damals beschäftigte sich der Ermächtigungsausschuß mit den Verordnungen Emmingers, und es wurde von meinem Freunde Radbruch und mir der Antrag eingebracht, von der Beseitigung der Schwurgerichte im Wege der Notverordnung abzusehen. Der Antrag hatte eine feste Mehrheit von Sozialdemokraten, Demokraten, Zentrum und Kommunisten. Da passierte das Unglück, daß im Augenblick der Abstimmung Herr Spahn, der Führer des Zentrums, abgelenkt wurde und die Vertreter des Zentrums bei der Abstimmung nicht mitstimmten. So sehr ich die großen Verdienste des Herrn Spahn zu schätzen weiß, bisweilen schlief auch Vater Spahn. Er ist sofort zum Justizminister gegangen und hat auf diesen Irrtum aufmerksam gemacht. Aber der Beschluß war erfolgt und nicht mehr rückgängig zu machen." Angesichts dieser Schilderung stellt sich die Frage, ob bei der Liquidierung des echten Schwurgerichts, für das der Liberalismus ein Dreiviertel-Jahrhundert zuvor auf die Barrikaden gegangen war, wirklich der Zufall seine Hand im Spiel gehabt hat oder ob es nicht doch handfeste, nämlich parteipolitische Gründe gab, die zu dem negativen Abstimmungsergebnis führten.

Reichsgerichtsrat i. R. Dr. Fritz Hartung, der zu jener Zeit Referent im Preußischen Justizministerium war, hat aufgrund seiner persönlichen Teilnahme an der fraglichen Sitzung des Reichstagsausschusses Einzelheiten mitteilen können, die vielleicht etwas Licht in das Dunkel bringen, das die besagte Abstimmung im Sonderausschuß des Reichstages umgibt. Dr. Hartung hat folgendes berichtet⁴³: „Der Sonderausschuß des Reichstages, der sich mit der Emmingerschen Notverordnung zu befassen hatte, tagte am 23. Dezember 1923. Die der SPD angehörenden Mitglieder des Ausschusses unter Führung von Radbruch und Rosenfeld waren gegen die Abschaffung der Schwurgerichte. Als es zur Abstimmung über diesen Punkt kam, schien der Zentrumsführer Spahn zu schlafen. Daraufhin rief Rosenfeld ihm zu: "Spahn! - Aufwachen! - Schwurgericht!" Spahn, der sich nur schlafend stellte (!), regte sich jedoch nicht und beteiligte sich nicht an der Abstimmung. Der Antrag der SPD, die Regierung möge ersucht

⁴³ Hartung, Fritz: Um das Schwurgericht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 82. Bd. (1970), S. 601 ff.

werden, die Schwurgerichte nicht grundsätzlich anzutasten, fiel, weil eine Stimme zu wenig für ihn abgegeben worden war."

Wenn man von dieser Tatsachendarstellung - der Zentrumsführer Spahn stellte sich schlafend - ausgeht und die unterschiedlichen Einstellungen der politischen Parteien zum Schwurgericht berücksichtigt, dann wird deutlich, daß das Ende des Schwurgerichts durchaus nicht durch einen "grotesken Zufall" oder einen "bedauerlichen Irrtum" herbeigeführt worden ist. Nach der weiteren Schilderung Hartungs⁴⁴ war nämlich - entgegen der Ansicht Rosenfelds - das Zentrum durchaus für die Abschaffung des Schwurgerichts. Das lag bei den damaligen politischen Verhältnissen auch nahe; denn schließlich stützte das Zentrum die Regierung, deren Justizminister vom Reichsrat gedrängt wurde, eine Notverordnung zu erlassen, welche die Abschaffung des Schwurgerichts vorsah.

Die Einstellung der Zentrumsparlei gegen das Schwurgericht wird auch durch die Tatsache belegt, daß während einer Debatte im Preußischen Landtag der Sprecher des Zentrums, der Abgeordnete Oppenhoff, sich mit der Umwandlung des Schwurgerichts in ein großes Schöffengericht einverstanden erklärte.⁴⁵ Sollte es da verwundern, daß der Zentrumsführer im Reichstag, Spahn, bei der Abstimmung über den Fortbestand des Schwurgerichts durch seine Stimmenthaltung ein der Parteilinie entsprechendes, negatives Votum abgab? Es mag sein, daß Spahn vor der Sitzung des Ermächtigungsausschusses sich gelegentlich einmal gegen die Abschaffung des Schwurgerichts ausgesprochen hat. Aus den Reihen des Parlaments war ja stets in demokratisch-liberaler Tradition der Fortbestand des Schwurgerichts überwiegend befürwortet worden. Es ist jedoch kaum vorstellbar, daß der alterfahrene Parlamentarier Spahn nicht mit Justizminister Emminger und Reichskanzler Marx in Verbindung gestanden hat und nicht "auf die Parteilinie eingeschwenkt" sein sollte.⁴⁶ In dieser Situation war es psychologisch durchaus verständlich, wenn Spahn sich bei der Abstimmung - um sich nicht offen gegen das Schwurgericht aussprechen zu müssen - schlafend stellte. So konnte er für die Abschaffung des Schwurgerichts votieren, ohne sich sichtbar an der Abstimmung zu beteiligen.

⁴⁴ Hartung, Schwurgericht, S. 604.

⁴⁵ Sten. Berichte, S. 21734 ff., 307. Sitzung; (zit. nach Hartung, Recht 1924, Heft 7, Sp. 132).

⁴⁶ Man muß sich auch vor Augen halten, daß Emminger Mitglied der bayerischen Schwesterparlei des Zentrums war.

4. Der Erlaß der Emminger-Verordnung

Der Ermächtigungsausschuß des Reichstages hatte sich also nicht bereitgefunden, ausdrücklich für die Beibehaltung der echten Schwurgerichtsverfassung einzutreten. Dieser Umstand war offenbar für Justizminister Emminger das Signal, nunmehr seinen Verordnungsentwurf, der zwar die Geschworenenzahl herabsetzen, das Schwurgericht ansonsten aber in der echten Form beibehalten wollte, fallenzulassen. Er konnte unter den gegebenen Umständen in einem abgeänderten Entwurf - den Wünschen des Reichsrates entsprechend - die Abschaffung des echten Schwurgerichts und die Einführung des großen Schöffengerichts vorsehen, ohne mit ernstzunehmenden Protesten von seiten des Reichstagsausschusses rechnen zu müssen.

Da die Ausschüsse lediglich "zu hören",⁴⁷ waren, brauchte die Verordnung in ihrer abgeänderten Form, Ersetzung des Schwurgerichts durch das große Schöffengericht, den Ermächtigungsausschüssen kein zweites Mal vorgelegt zu werden. Unter Berufung auf das Ermächtigungsgesetz erließ sodann die Reichsregierung am 4. Januar 1924 die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege. § 43 der Verordnung räumte dem Reichsjustizminister die Befugnis ein, das Gerichtsverfassungsgesetz und die Strafprozeßordnung den bestehenden staatsrechtlichen Verhältnissen anzupassen und ihren Text neu zu fassen. Die neuen Gesetzestexte wurden am 22. März 1924 bekannt gemacht.⁴⁸

Ihrem Inhalt nach bedeutete die Emminger-Verordnung keineswegs eine neue gedankliche Leistung. Sie griff vielmehr auf vorhergehende Reformvorschläge zurück. Hinsichtlich der Schwurgerichtsbarkeit hatte die Verordnung den gleichen Inhalt wie der Entwurf Heinze aus dem Jahre 1923.

An die Stelle des Schwurgerichts trat ein großes Schöffengericht, das jedoch den Namen "Schwurgericht" beibehielt. Es war mit drei Berufsrichtern und sechs "Geschworenen" besetzt. Die Beibehaltung der Bezeichnung "Schwurgericht" wurde damit begründet, daß sich die Bevölkerung an den Namen gewöhnt habe. "Der Entwurf ersetzt die Schwurgerichte, ohne ihren Namen, an den sich die Bevölkerung gewöhnt hat, zu ändern, durch große

⁴⁷ Vgl. § 1 Satz 3 des "Ermächtigungsgesetzes", vom 8.12.1923 (RGBl. I S. 1179).

⁴⁸ RGBl. I, S. 299.

Schöffengerichte." Dieser Satz findet sich bereits in der Begründung des Gesetzentwurfs von Heinze aus dem Jahre 1923.

III. Die Reaktion auf die Abschaffung des Schwurgerichts

Es liegt auf der Hand, daß die Abschaffung des Schwurgerichts durch die Emminger-Verordnung ein vielfältiges Echo hervorrief. Stellungnahmen kamen aus allen Lagern. Sie betrafen das Zustandekommen und den Inhalt der "Sparverordnung", wie die Emminger-Verordnung zu jener Zeit auch genannt wurde. Man zweifelte vor allem an, ob Ersparnisgründe einen so tiefen Eingriff in die Gerichtsverfassung rechtfertigen könnten.⁴⁹ Ferner wurde die Beibehaltung des Namens "Schwurgericht,, für das neu eingeführte große Schöffengericht gerügt und als Betrug an der Bevölkerung bezeichnet.⁵⁰

Es wäre zu wenig anschaulich, wenn man die Stellungnahmen als komprimierte Zusammenfassung darbieten wollte. Vielmehr erscheint es sinnvoll, die unterschiedlichen Reaktionen der verschiedenen Gruppen (politische Parteien, Presse, Juristen) jeweils gesondert wiederzugeben, zumal es sich bei der Emminger-Verordnung um den entscheidenden Einschnitt in der Geschichte des deutschen Schwurgerichts handelte.

1. Die Reaktion der politischen Parteien

Sowohl bei der Einführung des Schwurgerichts in den Staaten des Deutschen Bundes um die Mitte des 19. Jahrhunderts als auch bei seiner Abschaffung durch die Emminger-Verordnung im Jahre 1924 waren es jeweils bestimmte politische Parteien, die im Kampf um das Schwurgericht den Ausschlag gaben. Diese Tatsache gibt Veranlassung, noch einmal

⁴⁹ Vgl. etwa v. Hentig, Hans: Die Reform des Schwurgerichts in Frankreich, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie, 20. Jg. (1929), S. 117 ff., S.119 f.

⁵⁰ Vgl. z. B. Brandt in der Berliner Tageszeitung "Montag-Morgen" vom 27.12.1926.

zusammenhängend nach der jeweiligen Einstellung der politischen Parteien zum Schwurgerichtsgedanken zu fragen.

Die Behandlung des Schwurgerichtsproblems unter politischem Aspekt ist freilich in früherer Zeit für sehr fragwürdig gehalten worden. Binding⁵¹ hat im Jahre 1876 die Ansicht vertreten, daß die Frage der Laienbeteiligung und damit auch das Schwurgerichtsproblem allein unter rechtlichen und nicht etwa politischen Gesichtspunkten betrachtet werden dürfe. Kirsch⁵² hat 1908 in derselben Richtung ausgeführt: "Entweder widerspricht eine bestimmte Einrichtung den Interessen der Rechtspflege - dann kann sie auch nicht politisch am Platze sein, oder aber sie erscheint aus dem Gesichtspunkt der Rechtspflege sachlich begründet - dann ist sie auch politisch gerechtfertigt." Mit dieser Äußerung übersieht Kirsch allerdings, daß "die Interessen der Rechtspflege" in der Regel durchaus von politischen Kräften bestimmt werden.

Bei genauerer Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung ist auch nicht zu leugnen, daß das Schwurgericht zu bestimmten Zeiten sehr wohl als ein Politikum angesehen wurde: Zu jener Zeit nämlich, als es um die Erneuerung des Strafprozesses im Ganzen ging (Anfang des 19. Jahrhunderts) und die Frage eines unabhängigen Laienrichtertums in Form des Schwurgerichts zwischen autoritären Regierungen einerseits und liberal eingestellten Parlamenten andererseits durchaus ein politischer Zankapfel war. Schon in der "Vorgeschichte" des deutschen Schwurgerichts erwies sich also die Dynamik politischer Formierungen - vornehmlich die des Liberalismus - als ausschlaggebend für die Umgestaltung der Ziele und damit auch der Einrichtungen der Strafrechtspflege.

Der vom Liberalismus im 19. Jahrhundert erfolgreich geführte Kampf für das Schwurgericht wurde um die Jahrhundertwende und in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg vor allem von den Sozialdemokraten weitergeführt. Daß die Initiative im Bereich der Gestaltung des Strafverfahrens vom Liberalismus auf die Sozialdemokratie übergegangen war, betont zutreffend Maurer⁵³:

⁵¹ Binding, Karl: Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts, Leipzig 1876, S. 2 f.

⁵² Kirsch, Wilhelm: Unsere Gerichte und ihre Reform, Leipzig 1908, S. 104.

⁵³ Maurer, a.a.O., S. 6

Die Reformvorschläge des liberalen Rechtszeitalters hätten sich im wesentlichen darin erschöpft, die im Strafprozeß noch stehengebliebenen inquisitorischen Einrichtungen zugunsten eines folgerichtig durchgeführten Parteiprozesses abzubauen. Demgegenüber habe die Kritik der Sozialisten sich nicht so sehr gegen das System des Prozeßverfahrens selbst, sondern in erster Linie gegen seine Handhabung gerichtet. Ohne zuerst ein eigenes fertiges Reformprogramm auf dem Gebiet des Strafprozeßrechts zu besitzen, hätten die Sozialisten zunächst aus zahllosen einzelnen von ihnen als Auswirkung eines Klassenrechts und einer ungleichmäßigen Rechtsanwendung (Klassenjustiz) gerügten Urteilen praktische Lehren für Änderungs- und Besserungsmöglichkeiten der Strafgerichtsbarkeit gezogen.

Dadurch seien sie nicht nur zu einer Kritik des Verfahrens gelangt, sondern auch zu eingehenden Untersuchungen der dieses Verfahren tragenden Organe, und zwar hinsichtlich ihrer Auswahl, Vorbildung und Machtbefugnisse.

Die Kritik an der "Klassenjustiz" und die Suche nach einer sie überwindenden Gerichtsform führte die Sozialisten zu der Forderung nach dem "freien Volksgericht".⁵⁴ Die Vorstellung eines "Volksgerichts" oder "Volksrichters" ist der Ausgangspunkt der sozialistischen Auffassung von der Strafgerichtsverfassung.⁵⁵ Demgemäß lautete eine Resolution, die die Sozialistische Arbeiterpartei Deutschlands im Jahre 1875 in Gotha faßte⁵⁶: "Der Kongreß nimmt zu der Frage, ob Schwurgericht, Schöffengericht oder juristische Berufsrichter vorzuziehen seien, dem sozialdemokratischen Programm gemäß Stellung, indem er erklärt, daß im Klassenstaate keine Form der Gerichtsverfassung Recht und Gerechtigkeit verbürgen kann, und daß darum freie Volksgerichte, auf Grundlage des allgemeinen und gleichen Wahlrechts gebildet, zu erstreben sind."

Was unter "Volksgericht" oder "Volksrichter" zu verstehen war, bedurfte freilich der näheren Erläuterung. Diese Erläuterung wurde in den späteren Parteiprogrammen der Sozialdemokraten durch gewisse Umformulierungen gegeben. Abgeändert wurde die Formulierung "freie Volksgerichte" zunächst durch das Programm der SPD, das sie auf ihrem Parteitag in Halle im Jahre 1890 aufstellte. Man gebrauchte nunmehr die Wendung "Rechtsprechung durch das

⁵⁴ Vgl. Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.147, Maurer, a.a.O., S. 11.

⁵⁵ Vgl. Maurer, a.a.O., S. 74.

⁵⁶ Verh. Prot. S. 90; zitiert nach Maurer, a.a.O., S. 11.

Volk". Auch diese Formulierung wurde revidiert und erhielt im Jahre 1891 auf dem Parteitag in Erfurt die Fassung "Rechtsprechung durch vom Volk gewählte Richter". Diese Fassung kehrte in allen späteren Programmen der SPD bis zum Jahre 1921 wieder. Sie sollte einerseits zum Ausdruck bringen, daß die Richter vom Volk gewählt und nicht mehr von der Regierung ernannt werden sollten, daß sie andererseits zugleich aber auch "aus dem Volk" gewählt werden sollten.⁵⁷

Hiernach schien es zunächst so, als verlangte die SPD, den Berufsrichter durch den "Volksrichter" zu ersetzen. Die Ansicht der Sozialdemokratischen Partei klärte sich jedoch dahin, daß nicht der Berufsrichter beseitigt, sondern lediglich das richtige Verhältnis zwischen Berufs- und Volksrichtern hergestellt werden sollte. Demgemäß enthielt das Görlitzer Programm der SPD aus dem Jahre 1921 nur noch die Forderung nach "entscheidender Mitwirkung gewählter Volksrichter,,"⁵⁸ Da der Berufsrichterstand also keinesfalls abgeschafft werden sollte, bedeutete diese Forderung nicht mehr als ein Bekenntnis zur herkömmlichen Laiengerichtsbarkeit. Offen blieb nur, welchem System der Laiengerichtsbarkeit, dem schöffengerichtlichen oder dem schwurgerichtlichen, die Sozialdemokraten den Vorzug gaben.

Im Zusammenhang mit der Entwicklung der Gesetzgebung zu Beginn der Weimarer Republik ist bereits die Auffassung Radbruchs, der damals Justizminister der sozialdemokratischen Regierung war, zu dieser Frage wiedergegeben und sein Eintreten zugunsten des Schwurgerichts dargestellt worden. Die SPD in den zwanziger Jahren hatte sich also für die schwurgerichtliche Form der Laienrechtsprechung entschieden.⁵⁹

Die Beseitigung des Schwurgerichts durch die Emminger-Verordnung hat dann offenbar zur Folge gehabt, daß die SPD ihre Einstellung zum Schwurgericht noch einmal schärfer formulierte. Das vom Heidelberger Parteitag der SPD im Jahre 1925 aufgestellte Programm forderte in einem seiner Hauptpunkte die Wiedereinführung und Weiterentwicklung des Schwurgerichts.⁶⁰ Dieser erneute Einsatz kam freilich zu spät, um noch für den Fortbestand des echten Schwurgerichts wirksam sein zu können.

⁵⁷ Vgl. Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.147; Maurer, a.a.O., S. 11.

⁵⁸ Vgl. Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.147; Maurer, a.a.O., S.12 f.

⁵⁹ Vgl. Maurer, a.a.O., S. 27.

⁶⁰ Vgl. Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.163; Maurer, a.a.O., S. 27.

Dürr⁶¹ gibt die Situation hinsichtlich der parteipolitischen Auseinandersetzung über die Schwurgerichtsfrage nach Erlass der Emminger-Verordnung folgendermaßen wieder: "Mit dem Siege des Schöffengerichtsgedankens wollen sich die Anhänger des Schwurgerichts nicht abfinden. Sie haben neu zum Kampfe gerüstet und es ist zu erwarten, daß bei den bevorstehenden Auseinandersetzungen im Reichstag die Schwurgerichtsfrage keine geringe Rolle spielen wird. Vorübergehend schien es, als ob keine politische Partei mehr sich besonders warm für das Schwurgericht einsetzen würde und als ob es möglich wäre, die Frage "Schwurgericht oder Schöffengericht" als reine Frage der Rechtspolitik unabhängig von parteipolitischen Erwägungen zu behandeln. Die bevorstehenden Neuwahlen haben das Bild verändert. Die Schwurgerichtsfrage ist wieder eine politische Frage geworden und, wenn der Kampf um das Schwurgericht im Reichstag wirklich ausgetragen wird, werden dabei zu einem großen Teile nicht rechtliche, sondern politische Gesichtspunkte den Ausschlag geben."

Der "Kampf" wurde nicht mehr ausgetragen. Zwar forderten die Sozialdemokraten im Reichstag⁶² wiederholt die Rückkehr zum echten Schwurgericht. Sie fanden dafür aber keine Mehrheit. So hatten die Sozialdemokraten trotz des nach dem Ersten Weltkrieg zu ihren Gunsten eingetretenen Machtwechsels es nicht vermocht, dem Schwurgericht als "dem einzigen Ansatz zu einem Volksrichtertum, der nicht nur Dekorationswert hat"⁶³, Bestand zu verleihen.⁶⁴

Die in der Zeit der Weimarer Republik links von der SPD stehenden Parteien, wie die USPD und die KPD, hielten an der Forderung nach dem "Volksgericht" im Sinne eines ausschließlich aus gewählten Laien zusammengesetzten Gerichtes mit umfassenden richterlichen Befugnissen fest. Ein demgemäß von der USPD vor den Reichstag gebrachter Gesetzesantrag hatte den Wortlaut:

"Die Rechtsprechung erfolgt nur durch Geschworene. Die Geschworenen entscheiden über den Umfang der Beweisaufnahme, über Schuld und über Strafmaß nach Maßgabe der gesetzlichen

⁶¹ Dürr, Alfred: Die Zukunft des Schwurgerichts, in: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 18. Jahrg. 1924, Sp. 108 ff., Sp. 128.

⁶² Verhandlungen des Reichstags, III. WP. 1924, Bd. 388, S. 5317; Bd. 414, Nr. 3026; Bd. 392, S. 9173; vgl. im übrigen Hartung, Recht 1924, Heft 7, Sp. 132.

⁶³ Loewenfeld, Laienrichter, in: Sozialistische Monatshefte, 1920, Bd. II, S. 813 ff., 815.

⁶⁴ Antrag der USPD vom 27. 9.1921, Verhandlungen des Reichstags, I. WP. 1920, Bd. 369, Nr. 2701.

Bestimmungen. Wahl der Geschworenen, durch das Volk nach dem allgemeinen, gleichen, geheimen und direkten Wahlrecht und nach den Grundsätzen des Verhältniswahlsystems. Ausreichende Entschädigung der Geschworenen. Die Tätigkeit des Verhandlungsleiters beschränkt sich auf die Durchführung des Prozesses."

Auch die KPD stellte nach Abschaffung des echten Schwurgerichts durch die Emminger-Verordnung am 24. Januar 1928 im Reichstag den Antrag⁶⁵, das alte Schwurgericht wieder einzuführen. Sie blieb damit jedoch ebenfalls erfolglos.

Die Parteien in der Mitte und auf der rechten Seite der politischen Skala waren dagegen mit der Beseitigung des Schwurgerichts im Jahre 1924 einverstanden. Schon im Jahre 1923 bei der Beratung des Gesetzentwurfes von Heinze, der die Umwandlung des Schwurgerichts in ein großes Schöffengericht vorsah, erklärten sich die Sprecher der Deutschnationalen Volkspartei, der Deutschen Volkspartei, der Deutschen Demokratischen Partei und des Zentrums mit der Abschaffung des Schwurgerichts einverstanden.⁶⁶ Damit hatten sich die genannten Parteien durchaus auf die gleiche Linie begeben, die während des Kaiserreiches bereits vom konservativ eingestellten Bundesrat und während der Weimarer Republik auch vom Reichsrat vertreten worden war.

2. Die Reaktion der Presse

Eine Wiedergabe der Diskussion um die Abschaffung des Schwurgerichts ist nur darin vollständig, wenn dabei auch die Stellungnahmen der Presse in Betracht gezogen werden. Zum besseren Verständnis der Rolle, welche die Presse im Kampf um das Schwurgericht gespielt hat, sei vorab auf bestimmte Zusammenhänge hingewiesen. Die Presse stand stets in einer doppelten Beziehung zum Schwurgericht. Diese Doppelbeziehung äußerte sich im einzelnen folgendermaßen:

⁶⁵ Verhandlungen des Reichstages, III. WP. 1924, 421. Bd., Nr. 3886.

⁶⁶ Vgl. Hartung, Recht 1924, Heft 7, S. 130.

Sowohl während der Zeit des Deutschen Bundes als auch während der Weimarer Republik wurde von liberalen und demokratischen Kräften bei der Neuschaffung oder der Reform von Gerichtsverfassungsgesetzen immer wieder darum gerungen, daß die sog. Pressevergehen, also vorwiegend Verfahren wegen Beleidigung in Druckschriften, von Schwurgerichten und nicht von Berufsrichtern abgeurteilt werden sollten. Die noch im absolutistischen Denken verhafteten Regierungen sowohl der Staaten des Deutschen Bundes als auch des Deutschen Reiches wollten unter allen Umständen durchsetzen, daß Pressedelikte - ebenso wie politische Delikte - ausschließlich von Berufsrichtern abgeurteilt würden.⁶⁷ Demgegenüber waren insbesondere die Parlamente darum bemüht, Pressevergehen und politische Delikte vor die Schwurgerichte zu bringen. Wie bereits dargestellt, hat sich gegen allen Widerstand die Forderung des Liberalismus überwiegend durchgesetzt. In diesem Zusammenhang war die Presse also gewissermaßen „Objekt“ des Schwurgerichts.

Zu einem selbständigen Streiter im Kampf um das Schwurgericht und um die Zuständigkeit des Schwurgerichts für Pressevergehen wurde die Presse aber nicht zuletzt deshalb, weil es im Grunde um den Kampf für den Bestand⁶⁸ der Pressefreiheit selbst ging. Die Pressefreiheit und damit die Freiheit der Meinungsäußerung gehörte zu den bürgerlichen Freiheiten, deren Durchsetzung auf derselben Ebene lag wie das Streben nach Beteiligung des Volkes an der Strafgerichtsbarkeit eben durch Schwurgerichte. Daher ist es erklärlich, daß die Presse sich ganz allgemein stets für das Institut des Schwurgerichts eingesetzt hat.

Die Presse hatte schon früh in den Kampf um das Schwurgericht eingegriffen und sich mit der ihr zu Gebote stehenden Macht zugunsten des Schwurgerichts geäußert. Bei den Umwälzungen im Anschluß an das Jahr 1848 hatte die Presse in der Auseinandersetzung um die Frage, ob die schöffengerichtliche oder die schwurgerichtliche Strafgerichtsverfassung in den Staaten des Deutschen Bundes einzuführen sei, für das Schwurgericht votiert. Damals wurde von ihr vorgetragen, daß das Volk Vertrauen nur zu den Schwurgerichten habe und daß allein dieser Gerichtstyp vor ungerechtfertigten Verurteilungen schütze.

⁶⁷ Vgl. hierzu Kirchheimer, Otto: Politische Justiz 1965, S. 331. Ein einprägsames Bild von einem "Preßprozeß", der im Jahre 1891 aus Anlaß eines in den "Hessischen Blättern" erschienenen Artikels vor einer Strafkammer des Königl. Landgerichts in Kassel, in 2. Instanz vor dem Reichsgericht, verhandelt wurde, gibt die Darstellung von Bartels, Paul: Die preußische Geschichte vor den Schranken der Justiz. Aktenmäßige Darstellung eines Preßprozesses aus dem Jahre 1891, Hannover 1921.

⁶⁸ Vgl. Kößler, a.a.O., Sp. 1586 ff.

Nachdem das Schwurgericht im Deutschen Reich eingeführt war, setzte sich die Presse im Jahre 1905 erneut für das Schwurgericht ein. Sie wandte sich scharf gegen den Vorschlag der vom Reichsjustizamt eingesetzten Reformkommission, der auf die Beseitigung des Schwurgerichts abzielte. Es war wohl zu einem erheblichen Teil das Verdienst der Presse, wenn das Reichsjustizamt bei seinem späteren Gesetzesvorschlag im Jahre 1908 die Beibehaltung des Schwurgerichts vorsah "mit Rücksicht auf das Vertrauen, das es in der Öffentlichkeit genießt". Eben diese Öffentlichkeit wurde - abgesehen vom Reichstag - insbesondere durch die Presse repräsentiert.

In ganz besonderem Maße wurde die Presse sodann aktiv, als im Vollzug der Emminger-Verordnung das Schwurgericht abgeschafft worden war. Mit dem Aufruf "Stellt das Schwurgericht wieder her!" wurde in zahlreichen Presseartikeln gegen die Emminger-Verordnung im allgemeinen und die Abschaffung des Schwurgerichts im besonderen Stellung genommen. Nur verhältnismäßig wenige Befürworter der Emminger-Verordnung und der Abschaffung des Schwurgerichts meldeten sich in der Tagespresse zu Wort.

Folgende Auszüge aus Tageszeitungen mögen ein Bild geben von der Rolle, welche die Presse im Kampf um das Schwurgericht im Anschluß an den Erlaß der Emminger-Verordnung gespielt hat. Kein geringerer als James Goldschmidt ergriff unmittelbar nach Erlaß der Emminger-Verordnung im "Berliner Tageblatt"⁶⁹ das Wort. Er sprach vom "Abbau des Rechtsstaats" und erklärte, daß Deutschland durch die Abschaffung des Schwurgerichts eines der wichtigsten Glieder, welches es mit der Rechtskultur der zivilisierten Staaten verbinde, zerschnitten habe.

Auch in den darauffolgenden Jahren wandte sich das "Berliner Tageblatt" immer wieder dem Thema Schwurgericht zu. In der Ausgabe vom 14. 1.1927 bezeichnete Rudolf Olden⁷⁰ die Wiederherstellung des Schwurgerichts als eine "Forderung des Rechtes und der politischen Moral,, . Weil das "vom deutschen Volk mit Blut und Tränen erkämpfte Schwurgericht,, 1924 gesetzwidrig und auf eine im höchsten Grade unsittliche Weise abgeschafft worden sei,

⁶⁹ Ausgabe vom 17.1.1924.

⁷⁰ Einer der vier Verteidiger Carl von Ossietzkys in dem zu trauriger Berühmtheit gelangten Landesverratsprozeß vor dem Reichsgericht.

verlangten jetzt "das beschädigte Recht und die beleidigte Staatsmoral", das alte Schwurgericht wiederherzustellen.

Die gesetzwidrige" und "unsittliche" Art der Abschaffung des Schwurgerichts wurde in einem Artikel des Berliner Rechtsanwalts Brandt in dem ebenfalls in Berlin erscheinenden "Montag-Morgen"⁷¹ näher beschrieben und ebenfalls scharf kritisiert: "Es genügt nicht, daß der Richter, vom besten Willen beseelt, objektiv urteilt, es muß auch das Vertrauen zu seiner Objektivität im Volke vorhanden sein. Das neue Schwurgericht genießt dieses Vertrauen nicht. Schon die Art seiner Entstehung hat seinen Ruf diskreditiert. Unter Übergehung der gesetzgebenden Faktoren wurde es dem Volke beschert. Im Verordnungswege wurde das alte, im Volksbewußtsein verwurzelte Geschworenengericht beseitigt. Ersparnis wurde als Grund für die Beseitigung einer in allen Kulturstaaten als notwendig anerkannten Institution angegeben. Ersparnis in Prozessen, in denen Leben, Ehre und Freiheit des Staatsbürgers auf dem Spiele stehen! Mit einer Lüge⁷² ist das heutige Schwurgericht ins Leben getreten, mit einer Lüge lebt es fort."

Ein Teil der Kritiker der Emminger-Verordnung sah in der Abschaffung des alten Schwurgerichts zugleich den Untergang jeglichen Laienrichtertums. Den Einfluß der Laien im Schöffengericht hielten sie für bedeutungslos. In dieser Richtung führte Brandt in dem genannten Artikel im "Montag-Morgen" weiter aus: "Mit dem Moment, in welchem die Geschworenen in das Kollegium der Richter einzogen, war das Schwurgericht erledigt: ein Trugbild ihr Platz neben den Richtern, eine Farce ihre Gleichberechtigung. Die Berufsrichter haben bei der gemeinsamen Beratung infolge ihrer forensischen Schulung und ihrer gehobenen sozialen Stellung ein unbedingtes Übergewicht. Damit ist aber der Zweck des Schwurgerichts verfehlt, daß die Laien die Träger der Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld sein sollen."

In die gleiche Richtung zielte ein Aufsatz Hans v. Hentigs in der "Vossischen Zeitung".⁷³ Unter Hervorhebung psychologischer Momente führte v. Hentig dort folgendes aus: "Wo drei Richter und sechs Geschworene über die Schuld- und Straffrage gemeinschaftlich entscheiden, besteht zwar die theoretische Möglichkeit, daß das Laienelement bei der Beratung wie bei der

⁷¹ Ausgabe vom 27.12.1926.

⁷² Gemeint ist die nicht zutreffende Bezeichnung des großen Schöffengerichts als "Schwurgericht,,.

⁷³ Ausgabe vom 25.12.1926.

Abstimmung zu Worte kommt. Ein Blick in die "psychologischen Mehrheitsverhältnisse" zeigt aber, daß die aus bitterer Erfahrung geborene Einrichtung des echten Schwurgerichts mit seiner Trennung der Gewalten die Unsicherheit der Laienrichter schärfer sah, ihren inneren Schwächen bewußter zu Hilfe kam, den Zusammenhang mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes enger knüpfte, als eine Scheinmacht, deren zahlenmäßige Überlegenheit über die psychologische Abhängigkeit hinwegtäuscht."

Diese Erkenntnis hatte das offizielle Organ der SPD, der "Vorwärts",⁷⁴ schon unmittelbar nach dem Erlaß der Emminger-Verordnung in den Satz gefaßt:

"Wer die Entscheidung der Schuldfrage aus den Händen der Geschworenen nimmt und in die Hände eines aus Berufsrichtern und Laien zusammengesetzten Kollegiums legt, vertraut sie den Berufsrichtern allein an."

Etwa zwei Jahre nach Abschaffung des Schwurgerichts erschien in der "Vossischen Zeitung"⁷⁵ ein Artikel des bekannten Jenenser Strafrechtslehrers Max Grünhut. Er bezeichnete die Beseitigung des alten Schwurgerichts als "keinen Lichtblick, sondern den größten Mißgriff". Grünhut wies auf die Gesichtspunkte der Arbeitsteilung und der Teilung der Verantwortlichkeit als positive Faktoren beim echten Schwurgericht hin. Gleichzeitig machte er auf die Gefahr aufmerksam, "die in der großen Versuchung für Staatsanwalt und Verteidiger liegt, mit oratorischen oder gar demagogischen Mitteln die Geschworenen für die eine oder andere Seite der Beurteilung zu gewinnen." Es kann in den einschlägigen Berichten der Tagespresse nicht übersehen werden, daß auch die Anhänger des alten Schwurgerichts gewisse Mängel seines Verfahrens eingestanden. Zu ihrer Behebung wurde in der "Königsberger Hartungschens Zeitung"⁷⁶ vorgeschlagen:

"Es sollten Kurse eingerichtet werden, in denen die Geschworenen über alle Formalitäten ihres verantwortlichen Amtes genau unterrichtet werden; so würde man auch den einfachsten Arbeiter, wenn man ihn zweckmäßig über seine Aufgabe orientiert, zu einem brauchbaren Geschworenen machen können."

⁷⁴ Ausgabe vom 4.1.1924.

⁷⁵ Ausgabe vom 1.12.1926.

⁷⁶ Ausgabe vom 9.1.1927.

Im gleichen Sinne wurde in der "Vossischen Zeitung"⁷⁷ empfohlen: "Die Geschworenen sollten sich organisatorisch zusammenfinden, um sich durch Vorträge und Aussprachen über Fragen der Rechtspflege und der Rechtsauffassung zu belehren und sich für die weitere amtliche Ausübung vorzubereiten. Das Volksvertrauen zur Rechtspflege würde gewiß hierunter nicht zu leiden brauchen."

Bei den Reaktionen der Presse auf die Emminger-Verordnung ging es nicht zuletzt immer wieder um bestimmte - heftig umstrittene - Auffassungen vom Amt der Geschworenen. Eine in den Stellungnahmen der Presse stets wiederkehrende Auffassung vom Geschworenenamt lautete, die Geschworenen erfüllten nicht allein richterliche, sondern auch gesetzgeberische Funktionen.⁷⁸

Die angeblich "gesetzgeberische Funktion" der Geschworenen kam vor allem bei der Beurteilung des Delikts der Abtreibung zum Ausdruck. Es geschah nämlich häufig, daß die Geschworenen in Fällen nachgewiesener Abtreibung anstatt die damals vom Gesetz vorgesehene Zuchthausstrafe⁷⁹ auszusprechen, die Schuldfrage verneinten und damit einen Freispruch erwirkten. Hierzu hieß es in dem bereits erwähnten Artikel des "Montag-Morgen": "Die Geschworenen erfüllen nicht allein richterliche, sondern auch gesetzgeberische Funktionen. Die durch Gesetzeskenntnis und juristische Ausbildung unbeeinflusste, nur von dem gesunden Menschenverstand geleitete Meinung der Volksrichter bildet einen notwendigen Maßstab dafür, ob sich in dem Rechtsempfinden des Volkes eine Wandlung vollzogen hat. So haben gerade die Geschworenen einer neuen Rechtsgestaltung in bezug auf Abtreibung Bahn gebrochen. Das im alten Schwurgericht verkörperte Volksrichtertum bildete eine stete Garantie für die Verständlichkeit des Gesetzes und für eine die Entwicklung und Wandlung des Schuldbegriffes berücksichtigende Elastizität des Strafgerichts."

Die Zuchthausstrafe bei Abtreibung ohne die Möglichkeit, mildernde Umstände zu gewähren⁸⁰, ist in der Tat unangemessen hart. Ob dieser Umstand jedoch zu rechtfertigen vermochte, daß

⁷⁷ Ausgabe vom 1.1.1927.

⁷⁸ Vgl. z. B. den Artikel im Berliner "Montag-Morgen" vom 27. 12.1926.

⁷⁹ § 218 StGB in der Fassung vom 15. Mai 1871.

⁸⁰ Diese Möglichkeit wurde erst später eingeführt durch das Gesetz zur Abänderung des StGB v. 18. 5.1926 (RGBl. I, S. 239).

ein Geschworenengericht den Gesetzgeber korrigierte⁸¹ oder sich an seine Stelle setzte, erscheint zweifelhaft und wurde zur damaligen Zeit auch durchaus unterschiedlich beurteilt. Rollier⁸² z. B. lehnte eine gesetzgeberische Funktion der Geschworenen ab; er führte dazu aus: "Das Unheilvollste an der verfehlten Struktur der Schwurgerichte ist das Mißverständnis der meisten Geschworenen, daß sie im Einzelfall unbekümmert um das geschriebene Recht souverän das eigene Gesetz vorschreiben dürften und müßten."

Eine weitere, ebenfalls sehr umstrittene Auffassung, die mehrfach in der Presse zum Ausdruck gekommen ist, war die Meinung, die Geschworenen hätten die legitime Funktion einer Gnadeninstanz. Ein "Recht zur Begnadigung" wurde den Geschworenen, insbesondere bei Anklagen wegen Meineids zugebilligt. Es kam demzufolge nicht selten vor, daß des Meineids überführte Angeklagte von Geschworenengerichten freigesprochen wurden. Der in den Zwanziger Jahren unter dem Pseudonym "Sling" bekannte Paul Schlesinger, ein in verschiedenen Berliner Tageszeitungen hervortretender Publizist auf dem Gebiet des Strafverfahrens und ein Verfechter des Schwurgerichtsgedankens, vertrat in der "Vossischen Zeitung"⁸³ die Ansicht, die "Gnadeninstanz" des Schwurgerichts dürfe - insbesondere bei Meineidsachen - dem Volke nicht genommen werden. Er führte hierzu aus:

"Es gab ein Delikt, in dem das alte Schwurgericht als Gnadeninstanz wirkte: den Meineid. Man kann die vielen freisprechenden Urteile in Meineidsachen von juristischen und ethischen Gesichtspunkten aus noch so hart schelten, eines bewiesen sie: das Volk war mit der Strafgesetzgebung nicht einverstanden. Daß das Zuchthaus auch dem droht, dem vielleicht der Eid gar nicht hätte abgenommen werden dürfen, oder dem, der in Gewissensnot, um der Geliebten zu helfen, zwangsläufig meineidig wurde, das begriff das Volk nicht und will es noch heute nicht begreifen. . . . Will man dem Volke die Gnadeninstanz, die das Schwurgericht alten Stils bedeutete, nehmen, so muß man erst einmal sehen, ob der strafgesetzliche Unterbau es gestattet." Gegenüber der Ansicht Slings wurde von Juristenseite⁸⁴ darauf hingewiesen, daß

⁸¹ Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung - auch contra legem - vgl. Wieacker, Franz: Gesetz und Richterkunst, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 34, 1968.

⁸² Zur Behandlung des Problems in England, vgl. Knittel, Das englische Schwurgericht, S. 107 f.

⁸³ Ausgabe vom 25.12.1926.

⁸⁴ Vgl. z. B. Reichsgerichtsrat Beyer: Der Kampf um die Schwurgerichte, in Deutsche Richterzeitung 1927, S. 120 ff., S. 121.

auch die Geschworenen als "Richter" nach Artikel 102 der Weimarer Reichsverfassung nur dem Gesetz unterworfen und daher nicht berechtigt seien, über das Gesetz hinausgehend Gnade vor Recht ergehen zu lassen. Zur Zeit der Emminger-Verordnung lehnten die Geschworenen selbst offenbar in zunehmendem Maße ihr Amt ab. Sie hielten ihre Tätigkeit vielfach für überflüssig oder aber nur dann für nützlich, wenn ihnen bei ihrer Beratung die fachliche Unterstützung zumindest eines Berufsjuristen zuteil würde. In dieser Richtung äußerte sich im Jahre 1927 ein Fabrikbesitzer namens Friedeberg als Geschworener in der "Vossischen Zeitung,"⁸⁵ ; er nahm damit gleichzeitig gegen das alte und zugunsten des neuen "Schwurgerichts" Stellung: "Es ist psychologisch begreiflich, daß der Geschworene heute vom Richtertisch aus ganz anders in die Verhandlung eingreift als früher von der isolierten Geschworenenbank aus. Im Beratungszimmer können die Geschworenen als vollberechtigte Mitglieder des Gerichts ihre Meinung äußern, können sich von den Berufsrichtern über juristische Fragen belehren lassen und doch nach eigenem freien Ermessen ihr Urteil bilden. Auch hat der Geschworene Einfluß auf das Strafmaß, eine Erscheinung, die für das Volksvertrauen nicht hoch genug zu schätzen ist."

Daß Geschworene ihr eigenes Amt ablehnten, war kein Einzelfall. Dies geht aus einer Umfrage⁸⁶ hervor, die in Deutschland im Jahre 1923 bei einer größeren Zahl von Geschworenen durchgeführt wurde. Das Ergebnis war, daß sich nur ein einziger der befragten Geschworenen für die Beibehaltung des Schwurgerichts aussprach; er schlug vor, man solle die Richter mit den Geschworenen gemeinsam beraten lassen. Auch er sprach sich also im Grunde für das schöffengerichtliche System aus.⁸⁷

Hans v. Hentig⁸⁸ kommentierte diese Entwicklung mit folgenden Sätzen, wobei er zugleich seine Überzeugung von der Wiederkehr des echten Schwurgerichts zum Ausdruck brachte:

⁸⁵ Ausgabe vom 1.1.1927.

⁸⁶ Erwähnt bei Hartung, Recht 1924, Sp. 133.

⁸⁷ Die Einstellung von Geschworenen gegen ihr eigenes Amt fand sich zu jener Zeit nicht nur in Deutschland. In Italien richteten im Jahre 1927 Geschworene an den italienischen Justizminister folgendes Telegramm: "Die Mitglieder der zweiten Session des Schwurgerichts von Alessandria beantragen bei Eurer Exzellenz die Abschaffung des Schwurgerichts. Das Schwurgericht ist nicht mehr dem neuen unitarischen Staat angepaßt, der ein zuverlässiges und auserwähltes Richtertum sein eigen nennt . . ." Zit. nach v. Hentig, Hans: Geschworene gegen Geschworene, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie, 1927, S. 648.

⁸⁸ v. Hentig, Geschworene, 1927, S. 648..

"Die paneuropäische Bewegung gegen das Schwurgericht mag die uralte germanische Einrichtung der strafrechtlichen Selbstregierung mit allen Mitteln austreiben, - sie wird wiederkehren. Wir nähern uns der Klimax der rückläufigen Entwicklung ..., wenn Geschworene sich gegen das Schwurgericht erheben, so ist der Umschlag nahe."

Zusammenfassend läßt sich an dieser Stelle sagen, daß die Presse im Kampf um das Schwurgericht eine bedeutsame Rolle gespielt hat. Indem sie sich nachdrücklich für das Schwurgericht einsetzte, hat sie es vermocht, zunächst die Einführung und später den Fortbestand des Schwurgerichts zu unterstützen. Gleichwohl konnte auch die Presse weder verhindern, daß im Zuge der Emminger-Verordnung das Schwurgericht abgeschafft wurde, noch konnte sie durch ihre lautstarke Kritik an dieser Maßnahme eine Rückkehr zum echten Schwurgericht bewirken.

Die grundsätzlich positive Einstellung der Presse zum Schwurgericht fand sich auch in Österreich. Dort setzte sich die Presse z. B. im Jahre 1927 dafür ein, daß eine für die Abschaffung des Schwurgerichts erforderliche Verfassungsänderung, die von mehreren politischen Parteien angestrebt war, nicht zustande kam.⁸⁹

3. Die Reaktion der Juristen

Abgesehen von den politischen Parteien und der Presse brachten selbstverständlich auch die juristische Wissenschaft und Praxis ihre Einstellung zur Abschaffung des Schwurgerichts durch die Emminger-Verordnung zum Ausdruck. In den Stellungnahmen aus Juristenkreisen spiegelten sich die unterschiedlichen grundsätzlichen Auffassungen zur Frage der Schwurgerichtsbarkeit wider, wie sie auch schon zu früheren Zeiten von den jeweiligen Gruppen geäußert worden waren.

Die Anwaltschaft nahm in der Tagespresse und in den Fachzeitschriften scharf gegen die Umgestaltung des Schwurgerichts in ein großes Schöffengericht Stellung. Drucker⁹⁰

⁸⁹ Vgl. Kössler, a.a.O., Sp. 1586 ff.

⁹⁰ Drucker: Laien allein, in: Juristische Wochenschrift 1924, S. 1672 ff.

bezeichnete das neue sog. "Schwurgericht" als einen "fratzenhaften Kompromiß" zwischen dem echten Schwurgericht und dem Schöffengericht. Max Alsberg⁹¹, einer der bedeutendsten Strafverteidiger der damaligen Zeit, wies kritisch darauf hin, daß beim Schwurgericht neuer Art der Einfluß der Laien entscheidend zurückgedrängt worden sei. Er hielt dies für einen schweren Nachteil gegenüber dem alten Schwurgericht.

Der Deutsche Anwaltverein faßte am 9. und 10. September 1924 eine Entschließung, in der es hieß, daß die Emminger-Verordnung "eine sittlich und rechtlich bedenkliche Minderung der Rechte der von staatlicher Strafgewalt verfolgten Staatsbürger" darstelle.⁹²

Zur Reaktion der Anwaltschaft auf die Abschaffung des Schwurgerichts bemerkte Hartung⁹³ im Jahre 1924: "Daß mancher Jurist - und insbesondere die Anwaltschaft, für die das Auftreten im Schwurgericht stets Gelegenheit zur Entfaltung besonderen Könnens bot - die Schwurgerichte mit Bedauern fallen sieht, ist wohl verständlich."

Der Grund für die Besorgnis und Kritik seitens der Anwaltschaft lag jedoch gewiß nicht nur im Wegfall einer Entfaltungsmöglichkeit, sondern ebenso sehr im Verlust einer Rechtsinstitution, die ursprünglich und in erster Linie zur Wahrung der Rechte des Angeklagten - also des Schutzbefohlenen eines Verteidigers - geschaffen worden war.

Einen der Auffassung der Anwaltschaft entgegengesetzten Standpunkt nahmen die Richterschaft und die Staatsanwälte ein. Sie waren in ihrer ganz überwiegenden Mehrzahl mit der Beendigung der Rechtsprechung durch Geschworene vorbehaltlos einverstanden. Aus dem Bereich der Richterschaft und der Staatsanwälte haben vor allem der Preußische Richterverein, der Deutsche Richterbund und namentlich der damalige Oberreichsanwalt Ebermayer sowie der Senatspräsident am Reichsgericht, Adolf Lobe, der Umwandlung des Schwurgerichts in ein großes Schöffengericht zugestimmt.⁹⁴

⁹¹ JW 1925, S. 889; "Vossische Zeitung" vom 16. 4.1925. Vgl. auch die Ausführungen des Rechtsanwalts Brandt im Berliner "Montag-Morgen" vom 27.12. 1926

⁹² Zitiert nach Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.163.

⁹³ Hartung, Recht 1924, Sp. 133.

⁹⁴ Vgl. die Aufzählung bei Hartung, Recht, 1924, Sp. 133; Hartung, Fritz: Die Verordnung zur Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924, in: Juristische Wochenschrift 1925, S. 886; vgl. ferner Kohlrausch: Juristische Arbeitsgemeinschaft für Gesetzgebungsfragen, in: Deutsche Juristenzeitung 1924, Sp 416 und 965.

Auch bei der Richterschaft liegt die von ihr vertretene Auffassung nahe, und zwar aus dem schon einmal erwähnten Grund, daß von Berufsrichtern schwerlich verlangt werden kann, eine Rechtsinstitution vorbehaltlos anzuerkennen, die, jedenfalls bei ihrer Einführung, Ausdruck des Mißtrauens gegen die richterliche Unparteilichkeit war. Es sind aber wohl auch justiztechnische Gründe, nämlich Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens, gewesen, die - von einer gewissen Voreingenommenheit abgesehen – die Richterschaft mit der Abschaffung des Schwurgerichts einverstanden sein ließen.

Mag die Einstellung der juristischen Praktiker aus bestimmten historischen Vorgegebenheiten heraus beeinflußt gewesen sein, letztlich mußte - so darf man annehmen - die Rechtswissenschaft Auskunft darüber geben können, ob eine Umwandlung des schwurgerichtlichen in das schöffengerichtliche System den damaligen justizpolitischen Notwendigkeiten entsprach und nach dem damaligen Stand der Strafprozeßrechtswissenschaft gerechtfertigt war.

In der Beurteilung der Schwurgerichtsbarkeit zu Beginn der zwanziger Jahre ging die überwiegende Auffassung der Rechtswissenschaft dahin, daß das Schwurgericht den Anforderungen der Rechtspflege nicht mehr genüge. Die Ersetzung des alten Schwurgerichts durch ein großes Schöffengericht wurde von führenden Wissenschaftlern wie Robert v. Hippel⁹⁵ und Ernst Beling⁹⁶ gutgeheißen.

Als repräsentativer Ausdruck der Einstellung, die in der Rechtswissenschaft vorherrschte, kann ein Beitrag aus der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts am 1. Oktober 1929 angesehen werden, der von dem Berliner Professor und Kammergerichtsrat Karl Klee stammt.⁹⁷

⁹⁵ V. Hippel, Robert: Die Strafprozeßordnung vom 4. Januar 1924, in: Monatschrift für Kriminalpsychologie, 1924, S. 133.

⁹⁶ Beling, Ernst: Der amtliche Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz, in: Deutsche Juristenzeitung, 1929, S. 1171.

⁹⁷ Klee, Karl: Der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des Reichsgerichts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 5. Band, S. 72.

Dort wird ausgeführt, daß diejenigen, die noch heute Anhänger des alten Schwurgerichts seien, offenbar von der Romantik des alten germanischen Strafverfahrens zu stark befangen seien, um die reale Unmöglichkeit zu erkennen, die heutige Rechtsprechung auf das Laienelement aufzubauen. Die Mitwirkung des Laienelements an der Strafrechtspflege sei zwar ein unentbehrliches Mittel, das Vertrauen der Bevölkerung zu den Strafgerichten wachzuhalten; die Laien sollten Zeuge sein, in wie ernster, verantwortungsvoller Arbeit sich der Berufsrichter um die tatsächliche Arbeit mühe. Für den Berufsrichter hinwiederum habe die Mitwirkung der Laien bei der Beratung die Bedeutung einer wertvollen Selbstkontrolle.

Aber mit fortschreitender Verwicklung der Lebensverhältnisse und der Rechtstechnik müsse der Laie als eigentlicher Schöpfer des Rechts im einzelnen Falle regelmäßig notwendig versagen. Selbst in einfacher gelagerten Kapitalprozessen sei der sich selbst überlassene Laienverstand der Schulung des Anklägers und des Verteidigers nicht gewachsen und könne daher leicht dem Irrtum anheimfallen. Das alte Schwurgericht habe sich überlebt und nur im Schöffensystem könne man das Heil finden.

Dieser Auszug spiegelt die Auffassung wider, die überwiegend im Bereich der Rechtswissenschaft vertreten wurde. Nur eine Minderheit, darunter jedoch bedeutende Wissenschaftler wie Goldschmidt, Oetker, Grünhut, Hans v. Hentig und Wolfgang Mittermaier, sprach sich leidenschaftlich für das Schwurgericht aus.⁹⁸ Sie rieten dringend zu seiner Wiedereinführung. Oetker war der Ansicht⁹⁹, daß die Emminger-Verordnung einen Rückschritt gegenüber der Gesetzgebung von 1877 darstelle, und gab der Hoffnung Ausdruck, daß Reichstag und Reichsrat "dem verunglückten Experiment das wohlverdiente Ende" bereiten würden.

Hans v. Hentig hat neben seinen kritischen Stellungnahmen zur Emminger-Verordnung auch aufschlußreiche Statistiken veröffentlicht, aus denen hervorgeht, in welchem starkem Maße die Laienrichterbeteiligung durch die Emminger-Verordnung abgebaut wurde. Waren vor dieser Maßnahme etwa 80 % aller Strafurteile unter Zuziehung von Laienrichtern und nur 20 % ausschließlich von Berufsrichtern gefällt worden, so kehrte sich nunmehr das Verhältnis um:

⁹⁸ Äußerungen der Professoren Goldschmidt, Radbruch, Grünhut, v. Hentig und Mittermaier sind bereits wiedergegeben worden.

⁹⁹ Zitiert nach Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 163.

Unter Mitwirkung von Laienrichtern wurden nur noch etwa 20 % aller Strafsachen entschieden, in 80 % der Fälle urteilten Berufsrichter allein.

An die Statistiken schloß v. Hentig Ausführungen an, in denen er die Abschaffung des Schwurgerichts - vor allem im Hinblick auf die demokratisch republikanischen Grundsätze der Weimarer Reichsverfassung - als ein Unrecht am Volk charakterisiert. Er bemerkte u. a.: "Während noch im Jahre 1924 die Kritik gegen die Emminger-Verordnung lebhaft war, hat sich jetzt sogar die Wissenschaft mit diesem flüchtigen Pfuscherwerk abgefunden. Selbst Löwe kann nicht die Bemerkung unterdrücken, daß diese "Reform die Rechtseinheit gefährdet und die Rechtsprechung verschlechtert". Sie hat der Teilnahme des Volkes an der Rechtsprechung einen tödlichen Schlag versetzt.¹⁰⁰

Daß gerade die deutsche Republik, in deren erstem Verfassungsartikel die Worte stehen: Die Staatsgewalt geht vom Volke aus, "im Hinblick auf die Not von Volk und Reich" den rechtspolitisch und rechtspsychologisch verhängnisvollen Schritt getan hat, eben dieses angeblich souveräne Volk von der Verantwortlichkeit für eine der wichtigsten Staatsfunktionen auszuschließen, ist nicht nur eine törichte Schlaueit, sondern, wenn man tiefer blickt, ein Unrecht am Berufsrichtertum und seiner Zukunft gewesen.¹⁰¹

Durch einen als finanzielle Sparmaßnahme maskierten Handstreich ist die Beseitigung des Schwurgerichts - einstweilen - gelungen. Ich bin ganz sicher, daß die Erfahrungen der Wirklichkeit in wenigen Jahren zu einer Änderung zwingen werden."¹⁰²

Die Bezeichnung "maskierter Handstreich" mag etwas überspitzt sein, sie gibt jedoch treffend wieder, daß die gesetzgeberische Maßnahme Emmingers sowohl überraschend und schnell als auch vor den Augen der Öffentlichkeit verdeckt vorgenommen wurde, weil man den Namen "Schwurgericht" trotz Umwandlung in ein Schöffengericht beibehielt.

In seiner Prognose, daß es zu einer baldigen Wiedereinführung des Schwurgerichts kommen werde, ist v. Hentig allerdings durch die tatsächliche Entwicklung widerlegt worden.

¹⁰⁰ V. Hentig, Hans: Der abgeschaffte Laienrichter, in Monatsschrift für Kriminalpsychologie 18./19. Jg. (1927), S. 333 und 643.

¹⁰¹ V. Hentig, Der abgeschaffte Laienrichter, S. 643 f.

¹⁰² V. Hentig, Reform des Schwurgerichts, S.119 f.

Die lautstarke und scharfe Kritik an der Abschaffung des Schwurgerichts durch die Emminger-Verordnung hat die Reichsregierung und den Reichsrat offenbar wenig beeindruckt; jedenfalls vermochte sie deren grundsätzlich ablehnende Einstellung zum Schwurgericht nicht zu ändern. Das beweist u. a. die Tatsache, daß der Reichsjustizminister schließlich am 20. Mai 1930 mit Zustimmung des Reichsrates dem Reichstag den Entwurf eines "Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch"¹⁰³ vorlegte, der neben Regelungen, die das materielle Strafrecht betrafen, zahlreiche Änderungen des GVG und der StPO vorsah, es aber bei der nunmehr sechs Jahre zurückliegenden Umgestaltung des Schwurgerichts in ein großes Schöffengericht beließ.¹⁰⁴ Der Entwurf begründete dies damit, daß man noch keine ausreichenden Erfahrungen mit dem neuen "Schwurgericht" gesammelt habe. Auch sei es nicht angängig, die mit dem neuen Schwurgericht eingeführte Beteiligung der "Geschworenen" an der Strafzumessung wieder aufzugeben.

¹⁰³ Reichstags-Drucksache Nr. 2070.

¹⁰⁴ Vgl. dazu Löwe-Rosenberg, a.a.O., Bd. I, S. 28.

Literaturverzeichnis:

- Abegg, Julius Friedrich Heinrich:** Der Entwurf einer Strafprozeßordnung für die preußischen Staaten, Halle 1852.
- Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen:** Leitsätze zur Justizpolitik, in: Recht und Politik 1968, Nr. 4.
- Badó, Attila:** A társadalom lelkiismerete vagy a lelkiismeretlenség társasága. in: Magyar Jog 1993. November
- Bar, Karl Friedrich von:** Recht und Beweis im Geschworenengericht, Hannover 1865.
- Bartels, Paul:** Die preußische Geschichte vor den Schranken der Justiz, Aktenmäßige Darstellung eines Preßprozesses aus dem Jahre 1891, Hannover 1921.
- Bartsch, Hans-Jürgen:** Mehrheitsentscheidungen der Geschworenen in England, in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1969, S. 275.
- Baur, Fritz:** Laienrichter – heute? in: Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 49 ff.
- von Beling, Ernst:** Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1929.
- von Beling, Ernst:** Der amtliche Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz, in: Deutsche Juristenzeitung 1929, Sp. 1166 ff.
- von Beling, Ernst:** Strafprozeßrecht, in: Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Band, 7. Aufl., 1914.
- Benzenberg:** Briefe über die Assise in Trier, Cöln 1822.
- Best-Marquardsen:** W. M. Best's „Grundzüge des Englischen Beweisrechts,, bearbeitet und mit Anmerkungen und Beilagen über den englischen Prozeß herausgegeben von Heinrich Marquardsen, Heidelberg 1851.
- Bewer, J.W.:** Über das öffentliche und mündliche Verfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtssachen, Düsseldorf 1817.
- Bewer:** Der Kampf um die Schwurgerichte, in: Deutsche Richterzeitung 1927, S. 120 ff.
- Bewer:** Politisierte Geschworene, in: Deutsche Richterzeitung 1928, S. 180.
- Biener, Friedrich August:** Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Leipzig 1827.
- Droysen, J.G.:** Die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der deutschen Nationalversammlung, Leipzig 1849.
- Feuerbach, L:** Anselm Ritter von Feuerbachs Leben und Wirken, veröffentlicht von seinem Sohn Ludwig Feuerbach, zwei Bände, Leipzig 1852.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von:** Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit in der Gerechtigkeitspflege, Band I, Gießen 1921; Band II, Gießen 1925.
- Fonck, P.A.:** Der Kampf für Recht und Wahrheit in dem fünfjährigen Prozeß gegen P.A. Fonck, Coblenz 1822.

- Freisler, Roland:** Nationalistisches Recht und Rechtsdenken. Der Volksrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege, Beiträge zur Rechtserneuerung, Heft 3, Berlin 1937.
- Geyer, August:** Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafproceßrechts, Leipzig 1880.
- Glaser, Julius:** Handbuch des Strafprozesses, erster Band, Leipzig 1883.
- Glaser, Julius:** Die geschichtlichen Grundlagen des neuen Deutschen Strafproceßrechts, in: von Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafproceßrechts, 1. Band, S. 3 ff., Berlin 1879.
- von Gneist, Rudolf:** Vier Fragen zur Deutschen Strafproceßordnung, Berlin 1874.
- Hepp:** Rückblick auf die Strafproceßgesetzgebung der letzten fünf Jahre, in: GS 3 (1851/2), S. 271 ff.
- v- Hippel, Robert:** Die Strafproceßordnung vom 4. Januar 1924, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie, 15. Jg. (1924), S. 29.
- v. Hippel, Robert:** Deutsches Strafrecht, 1. Band, Berlin 1925.
- v- Hippel, Robert:** Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932.
- Hirsch, Kurt:** Signale von rechts. 100 Jahre Programme rechtsradikaler Parteien und Organisationen 1867-1967, München 1967.
- Hirschberg, Max:** Das Fehlurteil im Strafproceß. Zur Pathologie der Rechtsprechung, Frankfurt am Main und Hamburg 1962.
- Hochster, Ernst Hermann:** Lehrbuch des französischen Strafverfahrens, Bern 1850.
- von Kamptz:** Revidirter Entwurf der Strafproceß-Ordnung für die Preußischen Staaten, Erster Theil (Entwurf) und Zweiter Theil (Motive), Berlin 1841.
- Kern, Eduard:** Der Rechtsstaatsgedanke im Strafrecht und Strafverfahrensrecht von der Reichsgründung bis zur Gegenwart, 1933 = Freiburger Universitätsreden, Heft 9.
- Kern, Eduard:** Die Beteiligung des Volkes an der Strafrechtspflege, Der Konstanzer Juristentag, S. 135, Tübingen 1947.
- Kern, Eduard:** Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, München und Berlin 1954.
- Kern, Eduard:** Strafverfahrensrecht, 6. Aufl., München und Berlin 1908.
- Kern, Eduard:** Die deutsche Justiz, 2. Aufl., 1949.
- Kirchheimer, Otto:** Politische Justiz, 1965.
- Kirsch, Wilhelm:** Unsere Gerichte und ihre Reform, Leipzig 1908.
- Klaus, Ekkehard:** Ehrenamtliche Richter, Frankfurt a.M. 1972.
- Klee, Karl:** Der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des Reichsgerichts. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 5. Bd., S. 72.
- Knittel, Eberhard:** Der englische Strafproceß, Bonn 1968.

- Knittel, Eberhard:** Mitbestimmung in der Strafjustiz, Marburg 1970.
- v. Kobbe, P.:** Erste Stimme aus Norddeutschland über Foncks Unschuld nebst gelegentlichen Bemerkungen über die Geschworenengerichte, Göttingen 1822.
- Kössler, Maximilian:** Schwurgerichtsprobleme in Österreich, in: Deutsche Juristenzeitung 1927, Sp. 1586.
- Kohlrausch:** Juristische Arbeitsgemeinschaft für Gesetzgebungsfragen, Bericht IV, Strafprozeß, in: Deutsche Juristenzeitung 1924, Sp. 416.
- v. Kräwel:** Gegen die französische Fragestellung nach preußischem Rechte, in: Goldtammers Archiv, 3. Bd., S. 213.
- Kreuser, J.:** Über P.A. Fonck und das Gerücht von Cönens Ermordung, Cöln 1821.
- Kuttner:** Klassenjustiz, Berlin 1921.
- Landsberg, E.:** Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 2. Halbband, 1910.
- Le Bon, Gustave:** Psychologie der Massen, Stuttgart 1968.
- Leue, F.G.:** Das deutsche Schöffengericht, Leipzig 1847.
- v.d.Leyen:** Über die Ermordung des Wilhelm Cönen, Düsseldorf 1822.
- Liepmann, Paul:** Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform, Berlin 1909.
- von Liszt, Franz:** Die Reform des Strafverfahrens, Berlin 1906.
- Loewenfeld:** Laienrichter, in: Socialistische Monatshefte, 2. Band (1920), S. 813.
- Löwe-Rosenberg:** Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, 21. Aufl., 1. Band, Berlin 1963.
- Maurer, Heinz Wolfgang:** Die Einstellung von Sozialisten zu den grundsätzlichen Fragen der Strafgerichtsverfassungs- und Strafverfahrensreform, Freiburger Dissertation 1931.
- Maurer, G.:** Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayerischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, Heidelberg 1824.
- Mayer, Samuel:** Geschworenengerichte und Schöffengerichte, Frankfurt a.M. 1872.
- Meyer, Hugo:** Tat- und Rechtsfrage im Geschworenengericht, insbesondere in der Fragestellung an die Geschworenen, Berlin 1860.
- Meyer, Hugo:** Die Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten, in: Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Bd., Berlin 1879, S. 113 ff.
- Meyer, Karl:** Aus unserer Strafrechtspflege, München 1902.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, Stuttgart und Tübingen 1845.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhang mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsübung, Erlangen 1851.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Über den Fonck'schen Prozeß, Heidelberg 1823.

- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetzgebung, 2. Aufl., Heidelberg 1832/33.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältnis zu Geschworenengerichten, in: Neues Archiv Bd. 12, S. 488 ff.; Bd. 13, S. 120 ff.
- Möhl, A:** Über das Urteilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie, in: Jagemanns Zeitschrift. Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. II, S. 277 ff.
- Paulus, H.G.E.:** Warnung vor möglichen Justizmorden durch rechtliche und allgemein verständliche Beleuchtung der Fonckisch-Hamacherischen Cause célèbre , in: Sophronizon, Bd. 5, Heft 1-4, Heidelberg 1823.
- Rittweger:** Das Schwurgericht, in: Deutsche Juristenzeitung 1924, S. 196.
- Rogge, K.A.:** Über das Gerichtswesen der Germanen, Halle 1820.
- Rollier, Arist:** Geschworene oder Schöffengericht? in: Schweizerische Strafrechtszeitung, 38. Jg. (1925), S. 107.
- Rosenberg, Werner:** Eine Gefahr für die Rechtspflege, in: Deutsche Juristenzeitung 1922, S. 340.
- Rosenthal:** Die Justiz in der Sowjetzone, 1962.
- v. Savigny:** Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung, in: Goldammers Archiv, Bd. 6, S. 469 ff.
- Schweikert, Heiko:** Zur Reform des Strafverfahrensrechts in Frankreich, in: ZStW 69 (1957), S. 684 ff.
- Stephen-Mühry:** Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens, Göttingen 1843.
- Stobbe, O.:** Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 2. Abtg, Braunschweig 1864.
- Swarzenski, Alexander:** Das Schwurgericht, in: Juristische Rundschau 1948, S. 175.
- Trommer, Harry:** Feierliche Eröffnung und feierlicher Schluß der Schwurgerichtstagung, in: Deutsches Strafrecht 1939, S. 163.
- Urban, Gerhard:** Die Stellung der Paulskirche zu Gerichtsverfassung und Strafverfahren, Tübinger Dissertation 1946.
- Welcker, C.T.:** Jury, Schwur- oder Geschworenengericht als Rechtsinstitut und als politisches Institut, Altona 1840.
- Welcker, C.T.:** Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation, mit eigenhändigen Anmerkungen von Joh. Ludw. Klüber. Aus dessen Papieren mitgeteilt und erläutert von C. Welcker, Mannheim 1844.
- Westhoff, Ursula:** Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, Berlin 1953.
- Wimmer, August:** Einführung in das englische Strafverfahren, Bonn 1947.
- Zachariae, Heinrich Albert:** Das moderne Schöffengericht, Göttingen 1872.
- Zachariae, C.S.:** Über die wegen Cönens Ermordung gegen P.A. Fonck gerichtete Anklage, abgedruckt aus den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur, Ergänzungsheft, Heidelberg 1822.

Karl-Heinz Kreutz

Ethik im ungarischen rechtsphilosophischen Denken

Einleitung

Bei der folgenden Darstellung der divergierenden Gedanken, die die Rolle und Wichtigkeit der rechtsphilosophischen Ethik im Ungarn der vergangenen etwa hundert Jahre betreffen, sollen die Gedanken bezüglich der politischen Ethik mit besonderer Berücksichtigung erörtert werden. Hier können aber grundsätzlich die maßgebenden Autoren der ungarischen Rechtsphilosophie herangezogen werden. Demzufolge wird also nicht nur auf den spezifischen Bereich der politischen Ethik Rücksicht genommen, sondern es werden die Erscheinungsformen der Ethik schlechthin betrachtet.

Bei den meisten Autoren der ungarischen Rechtsphilosophie werden die beiden Begriffe Politik und Ethik in gar keinen Zusammenhang miteinander gebracht. Die Begriffe Moral und Ethik werden daher meist in anderem Kontext, d.h. durch die Versuche, dem Recht eine lebensfähige Definition zu geben, erfaßt. So wird hier auch eine Zugangsweise gewählt, bei der von der rechtlichen Auffassung von Verhaltensnormen, deren Gültigkeit und Befolgung ausgegangen wird. Ein derartiger Zugang zum Thema ermöglicht die nähere Untersuchung der Auffassungen von Moral, Ethik und Recht, und wenn eine annähernde Definition der rechtstheoretischen Ethik vorliegt, dann kann man davon leicht einen spezifischen Teil, nämlich den der politischen Ethik, deduzieren. Besonders gilt das im Zusammenhang mit der Gesetzgebung, wo die Sphäre der Politik die des Rechts tangiert, und wo die moralischen und ethischen Aspekte am meisten ins Herrschaftsgebiet des Rechts einfließen. Die folgende Darstellung hat also die Aufgabe, mit den allerwichtigsten Namen und Grundproblematiken der ungarischen Rechtstheorie vertraut zu machen und einen oberflächlichen Überblick über die verschiedenen Zugänge zur Problematik der Ethik zu vermitteln.

Dabei wird eine chronologische Zweiteilung vorgenommen: Im ersten Teil werden die wichtigsten Autoren der Jahrhundertwende und der Zwischenkriegszeit aufgelistet, im zweiten Teil wird die "neue", sozialistische Ethik der unmittelbaren Nachkriegszeit

behandelt, wobei der marxistischen Neugestaltung und Interpretation der Ethik ein besonderes Augenmerk geschenkt wird. Im voraus wird aber eine heute gültige Schuldefinition der Rechtsethik gegeben, die aus einem aktuell gebräuchlichen Handbuch entnommen wird.

Normensysteme der Ethik

András Tamás formuliert in seinem Lehrbuch¹ eine heute in der ungarischen rechtstheoretischen Bildung weitverbreitete Auffassung der ethischen Normensysteme. Wie üblich, geht auch er von der Verschiedenheit der Normen aus, wobei er die Normengruppe der mores den ethischen (ethicus) Verhaltensregeln gegenüberstellt. Diese letzteren drücken ja positive und negative Werte aus, die jeweils nur im Vergleich mit einem festen Maßstab - honestas - begreifbar sind. Die ethischen Regeln sind, im Gegensatz zu den moralischen, nicht nur die Konsequenz innerer Bedürfnisse und Selbstbestimmung, sondern die Äußerung der emotionalen Rationalität und der geordneten Instinkte. Die Ethik ist insofern weit mehr als die Moral, da ihre Hauptaufgabe in der ideologischen Wertegestaltung besteht, die ja normalerweise emotional zu erklären ist. Ethisch gesehen unterscheidet Tamás grundlegend drei Einstellungsformen der Individuen. Die Individuen stünden demnach zueinander im Verhältnis des puren Altruismus oder Egoismus, bzw. der zwischen diesen beiden Extremen vermittelnden Solidarität.

An jene Verhältnistypen, auf denen die Gesellschaft eigentlich aufbaut, schließen sich Ideensysteme und Normen an. Das in diesem Kontext stehende Ideensystem läßt sich wohl als die Ethik verstehen. Die Ethik selbst sei in diesem Zusammenhang die zugleich rationale und emotionale Auffassung eines bestimmten Weltbildes, während man unter Moral die Normen verstünde. Eine wichtige Charakteristik der Normen, die im Bereich der Ethik herrschen, ist, daß bei Normverletzungen eine Art Proportionalität gilt. Bei Verstößen werden ebenfalls die Umstände und Motive erwogen, und die Sanktion wird nur verhältnismäßig zur Tat verhängt. Dies schließt aber keineswegs den Fall aus, in dem das Rechtssubjekt sich der ethischen Anforderungen nicht bewußt ist und sie gar nicht wahrnimmt. In diesem Fall der

¹ Tamás, András: Állam- és jogelmélet. Budapest 1998. S. 67 ff.

moral insanity handelt die Person ohne jedwedem moralischen Hintergrund, und für sie wären die persönlich betrachteten subjektiven Kriterien Gut und Böse ganz sinnlos, jedoch kann sich eine solche, von moral insanity behaftete Person dem ethischen Imperativ der Gemeinschaft nicht entziehen. Der Ethos unterteilt sich seinerseits in sakrale und säkularisierte Normen.

Für bestimmte Berufe gelten darüber hinaus sog. Deontologien, die die bei der Ausübung des betreffenden Berufes erwünschten Verhaltensmuster vorschreiben. Dadurch entsteht, so stellt A. Tamás fest, eine vielschichtige Regelung im Bereich der Ethik. Der Einzelne wird an mehrere, meistens auch verschiedene Normenkreise innerhalb eines größeren ethisch-sittlichen Zusammenhanges gebunden. Das macht wohl die Ethik und die Regelung des alltäglichen menschlichen Verhaltens auch variativ.

Kurz zusammengefaßt könnte man nach A. Tamás allgemein sagen: Im Idealfall geht das menschliche Verhalten von der Moral, d. h. von der im menschlichen Gewissen erzeugten autonomen Norm, aus, und tritt in der Außenwelt als formales Verhalten in Erscheinung. Fürs Letztere, da es sich nicht mehr im Bereich des Gewissens, sondern in dem des Staates befindet, gelten die sog. heteronomen Normen. Bei dieser Auffassung dient das subjektive Gewissen des Einzelnen als Basis für den Staat der Gemeinschaft, in dem „äußere,, Normen, also die Normen des Rechts das Verhalten der Einzelnen koordinieren. Die Ethik ist wohl zwischen den beiden großen Sphären, dem inneren Gewissen des Rechtssubjekts und der Welt der vom Staat vorgegebenen Rechtsordnung zu suchen. In jenem Gefüge der Normensysteme kommt der Ethik eher eine Vermittlerrolle zwischen dem autonomen und dem heteronomen, zwischen dem individuellen Gewissen und dem Staat aller dazugehörigen Individuen zu.

Wandel und Pluralität in den modernen Auffassungen

Ágnes Heller, eine der bedeutendsten zeitgenössischen Philosophinnen in Ungarn, problematisiert die Auffassungen bezüglich des Guten.² Das Gute, also die Sitten oder Tugenden, verlören an inhaltlicher Stärke. Sie erhellt die Problematik des Guten durch das Beispiel von Hiob und Faust, in dem das Paradox der Freiheit gut zum Vorschein kommt. Das von Á. Heller geschilderte Beispiel widerspiegelt plausibel den

² Heller, Ágnes: *Az igazságosságán túl*, Budapest 1990, S. 90 ff.

großen Wandel in der Tugendproblematik, indem seit der Zeit der Aufklärung, eine Vorstellung des Guten der Argumentation nicht mehr zuvorkommt. Das Gute wird nämlich nicht mehr postuliert, sondern es resultiert gerade aus einer langwierigen Reflexion über das Wesen des richtigen menschlichen Verhaltens.

In Anlehnung an MacIntyre unterscheidet Á. Heller drei verschiedene Grundeinstellungen des Gewissens. Es gebe, so meint sie, den "bösen" Gewissenszustand, dem keine moralischen Werte zugrunde liegen. Neben der "bösen" Einstellung existiert auch eine skeptische, bei der der handelnde Mensch sich zwar über das Gute im klaren ist und ihm sogar ein vorgeformter Maßstab des Guten vorschwebt; doch handelt er aus seiner Freiheit und nicht immer dem Maßstab entsprechend. Es gibt über diese beiden Möglichkeiten hinaus einen dritten Gewissenszustand, nämlich die Einstellung des Gesetzgebers. Die gesetzgeberische Ethik setzt wohl kein bereits vorher existierendes Gutes voraus. Der Gesetzgeber soll selbst entscheiden, was als gut oder böse gewertet werden soll. Der Gesetzgeber, auch in seiner Eigenschaft als politischer Handlungsträger, soll sich nur an das eine Endziel halten: Ethisch kann der Gesetzgeber nur vor Augen halten, wie ein moralischer Mensch in einer guten Gesellschaft zu erzielen ist. Eine solche Einstellung wirft aber die Frage auf, woher der Maßstab der guten Gesellschaft gewonnen werden könnte. In der klassischen deutschen Philosophie wurde dazu von der Natur des menschlichen Genus ausgegangen. Aus den für alle Menschen charakteristischen seelischen Eigenschaften könne man das Gute, sprich das Optimale oder Maximale ableiten. Diese Kategorie ist aber höchst unsicher. Es existieren dazu auch zahlreiche divergierende Auffassungen, vor allem was die politischen Einrichtungen und besonders den Aufbau des Staates anbelangt. Bloß aus der Reihe der aufklärerischen Denker seien hier Locke und Hobbes erwähnt, die von Á. Heller aus ethischer Sicht verglichen werden.³ Locke leitet die Grundvoraussetzungen zum formell guten Staat aus dem weiter nicht erörterten Prinzip der Gerechtigkeit ab, während beim Staat Hobbes` die Gewährung der größtmöglichen Freiheit trotz rationaler und auf das Gemeinwohl gerichteter Einschränkungen die Oberhand gewinnt. In der Debatte Gerechtigkeit gegen Freiheit als Ausgangspunkt nimmt Heller keine Stellung, sie zitiert dazu nur Rousseau, hauptsächlich die in *Le contrat social* und *La nouvelle Héloïse* geschilderten

³ Heller, a.a.O., S. 96

Gedanken über den Naturzustand des *homme sauvage* und die Wertpluralität der durch Entfremdungsprozesse zum *bourgeois* gewordenen Menschen.

Unter Berücksichtigung der so betrachteten Pluralität kommt Heller schließlich zum Schluß: Der Wert sei in der Gesellschaft und somit auch in der Politik in zwei Schritten zu erfassen. Zum einen gehört der Wert als solcher zum Wesen des menschlichen Genus, zum anderen kann alles Wert beinhalten, das im Vergleich zu den bestehenden Zuständen die Wesenselemente bereichert. Mit dieser Definition kann man vielleicht den Standpunkt Hellers sichtbar machen, da der Wert und die Wertauffassungen unerläßliche Komponente, ja die Basis überhaupt für die Gestaltung einer Ethik abgeben. Was aus den Gedanken Hellers besonders hervorzuheben ist, ist der besondere Zugang zur politisch-gesellschaftlichen Ethik, indem sie bei der Schilderung des Überganges zum modernen Staat den großen Paradigmenwechsel betont. Die Sittlichkeit, also die Orientierung am Guten, hat nach ihr keine vorgegebenen, als natürlich postulierten Standardwerte mehr, das Gute, also das Wesenselement der Ethik, stellt sich erst nach dem Vorgang der Argumentation heraus.

Rechtsphilosophen vor dem zweiten Weltkrieg

Nach dem allgemeinen theoretischen Überblick darüber, was in der ungarischen politischen und Rechtsphilosophie unter dem Stichwort; Ethik, Sittlichkeit verstanden wird, sollen nun die ungarischen Rechtsphilosophen in chronologischer Reihenfolge dargestellt. Die Rechtsphilosophie als mehr oder minder eigenständige Disziplin bildete sich erst relativ spät heraus, so daß nur eingeschränkt über die Anwesenheit einer ausgeprägten Theorie vor dem Ende des 19. Jahrhunderts gesprochen werden kann. Im folgenden soll ein kurzer Blick auf die maßgebendsten in Ungarn tätigen und meist ungarischsprachig schreibenden Autoren geworfen werden, deren Ansichten große Nachwirkung erzeugten.

Ágost Pulszky⁴

Ágost Pulszky (1846-1901) war eine der bedeutendsten Gestalten des ungarischen Rechtspositivismus, der besonders viele Gedanken aus der englischen Staatstheorie, und nicht zuletzt aus der am Ende des 19. Jhs aufkommenden positiven Soziologie schöpfte. Er selbst fing seine schöpferische Tätigkeit auch eher der Rechtssoziologie nahestehend an. Dies übte einen großen Einfluß auf seine rechtsphilosophischen und ethischen Betrachtungen aus. Bereits in seinem ersten Werk ("Zur Geschichte der englischen Rechtsphilosophie" 1872) stellte er die Auffassungen der Autoren Hobbes und Locke gegenüber, wobei er sich hauptsächlich mit der Problematik des Verhältnisses vom Menschen und seiner Natur auseinandersetzte. Ein paar Jahre danach (1878) transformierte er die so gewonnenen Gedanken über Sittlichkeit und Staatsaufbau in die politische Sphäre ("Regierung der Parteien und aktuelle Fragen"). Hier stellte er die Bestrebungen vom Großteil der Nation in den Mittelpunkt, wobei er nicht einmal den Gedanken der Revolution verurteilte. Wenn eine revolutionäre Elite - heißt es bei ihm - sich mit dem Willen des überwiegenden Teils der Nation identifiziert, oder umgekehrt, wenn die unter der Bevölkerung allgemein gegenwärtigen Bestrebungen von einer Elite getragen und zum Zwecke einer Revolution benutzt werden, dann ist auch eine gewaltsame Umordnung des Staates gerechtfertigt. Seine Grundlehre wurde in seinem Hauptwerk, das 1888 in London auch in englischer Sprache erschien, "The Theory of Civil Law and Society" dargestellt. In diesem Werk kann er sich auch nicht von seiner Vorliebe für Soziologie und Positivismus unabhängig machen. Bei der Analyse der gesellschaftlichen Zusammenhänge geht er nämlich von einer soziologischen Sicht aus. Hierbei wird die Soziologie, dem damaligen Zeitgeist entsprechend, als die Spitzenwissenschaft betrachtet. So werden hier als Grundfrage die Formen des gemeinschaftlichen Zusammenlebens im Lichte des Positivismus und des antimetaphysischen Agnostizismus behandelt. Als Kernbestand wird hierzu der Begriff "Lebensinteresse" thematisiert. Dieses Interesse besteht in der Erfüllung der wahrgenommenen Bedürfnisse, und es entsteht daraus durch komplizierte psychologische und biologische Vorgänge eine Neigung zur Vereinigung. Diese Neigung sich zusammenzuschließen wird also letzten Endes durch die Bedürfnisse der Individuen motiviert. Die Individuen artikulieren ihre Interessen, d.h. die nach ihrer Beurteilung

⁴ Szabadfalvi, József: A jogpozitivizmus diadala. Pulszky Ágost élete és munkássága. In: Loss, Szabadfalvi, Szabó, H. Szilágyi, Zödi, Portrévázlatok a magyar jogbölcséleti gondolkodás történetéből. Budapest 1998. S. 21-42.

bestmögliche Befriedigung ihrer Bedürfnisse, und auf dieser Basis konstituieren sie Interessengemeinschaften für die jeweilige Interessengruppe.

Der Autor schließt sich hier an die Gesellschaftslehre von F. Tönnies an. Genau wie bei Tönnies, ist die Unterscheidung zwischen Gemeinschaft und Gesellschaft auch bei Pulszky sehr markant. Die natürlich, durch die Neigung zur Vereinigung entstandenen Gemeinschaften entwickeln sich durch das Bewußtsein und die Orientierung an einem bestimmten Erfolg in Richtung einer Gesellschaft. Die bewußte Bestrebung zur Befriedigung natürlicher Bedürfnisse ist das unerläßliche Wesenselement einer richtigen Gesellschaft, die immer einen vorgegebenen Erfolg im Visier hat. So kommt es, daß der Zustand des puren individuellen Egoismus und der Eigensinnigkeit sich schließlich zum common sense entwickelt. Der Staat ist also durch die Dominanz der herrschenden Gesellschaft gekennzeichnet. Hier geht es um diejenige Gesellschaft (oder Gesellschaftsschicht), die ihre Bedürfnisse am besten befriedigen kann, die sich also am besten zur Erfüllung aller Lebensinteressen organisieren kann. Logisch folgt daraus, daß Pulszky die Rolle des Rechts, und überhaupt die der Normen, die die Gesellschaft tragen, in der Aufrechterhaltung der bestehenden gesellschaftlichen Ordnung sieht. Das Recht wurde dabei nur auf das Niveau eines bloß technischen Mittels degradiert, das sich jedoch fortwährend entwickelt und erweitert. An diesen Rechtsbegriff wird trotzdem eine ethische Anforderung gestellt, und zwar das Kriterium, nach dem, ähnlich wie bei Hobbes, der Staat und sein organisatorisches Mittel, das Recht, dem Rechtssubjekt die größtmögliche Freiheit gewähren soll.

Das ethische Element läßt sich in dieser Theorie hauptsächlich darin nachvollziehen, daß die Freiheit des Einzelnen als unerläßlicher und wünschenswerter Bestandteil der politischen Einrichtungen charakterisiert wird, während die gemeinsamen Bedürfnisse einer organisierten und zielgerichteten Gesellschaft nach wie vor an erster Stelle zu befriedigen sind. Der common sense wird durch die Erkenntnis der Gemeinsamkeiten in den jeweiligen individuellen Interessenlagen erzeugt und dann von den Gesellschaftsmitglieder zu eigen gemacht. Wie die Freiheit des Individuums dabei trotzdem mithilfe des wertneutralen Rechts bewahrt wird, stellt das eigentliche ethische Kriterium im geschilderten Gedankensystem dar.

Gyula Pikler

Frischen Wind in den Rechtspositivismus brachte anschließend Gyula Pikler (1864-1937), der zwar als Schüler Pulszkys galt und von der Gedankenwelt seines Lehrers tatsächlich stark beeinflusst wurde, doch vom soziologischen Ausgangspunkt seines Vorgängers abwich.⁵ Pikler wählte eher die Naturwissenschaften zur Basis seiner gesellschaftlichen Untersuchungen. Mit dieser Tatsache ist es relativ leicht zu begründen, daß er die Auffassung vertrat, innerhalb der Gesellschaft herrschten absolute Gesetzmäßigkeiten. Jene immer gesetzmäßig und unabänderbar ablaufenden Vorgänge im Leben einer Gesellschaft setzen aber ebenfalls den Mangel von absoluten, allgemeingültigen ethischen Gesetzen und sittlichen Normen voraus. In seiner Lehre konzentriert sich Pikler ganz allgemein auf die Beschreibung des bereits Bestehenden. Im Gegensatz von ‚Sein‘ und ‚Sollen‘ richtet er seine Aufmerksamkeit auf das Sein; kein Wunder, daß das moralische Element dabei zu kurz kommt. Die übertriebene naturwissenschaftliche Einstellung in der Rechtsphilosophie hatte auch die Bereinigung der Theorie von jeglichen naturrechtlichen Elementen zur Konsequenz. Natürlicherweise sah Pikler die Wichtigkeit der rechtsphilosophischen Theorie auch in seinem neutral-positiven System und versah die Rechtsphilosophie mit dem Titel ‚Naturwissenschaft des Rechts‘. Der Rechtsphilosophie kommt also in seiner Lehre doch eine wesentliche ethische Funktion zu, nämlich der Ausdruck des natürlichen Rechtsempfindens und der Idealzustände, die von den Rechtssubjekten und dem Gesetzgeber wahlweise berücksichtigt werden. Das Recht zielt im Gegensatz zur Lehre Pulszkys, aber im logischen Zusammenhang mit den Naturwissenschaften der Jahrhundertwende, auf das Gemeinwohl der Menschheit und die Förderung ihrer Herrschaft über die Welt ab. Es schwebte Pikler also auch bei der Konstruierung seiner Gesellschaft- und Rechtstheorie die Bestrebung der damaligen naturwissenschaftlichen Forschung vor, die die bestmögliche Erfassung und Beherrschung der Welt zum Ziel hatte. Pikler unternahm dazu auch ontologische Studien, die für ihn das Einsehen als Mittel- und Orientierungspunkt des gesellschaftlichen Aufbaus ergaben. Hier taucht in seiner Theorie das ethische endlich auf, indem das Einsehen, das auf die menschliche Handlung ausgerichtet wird, durch die Zweckmäßigkeit geleitet sei. Bezeichnend ist, daß Pikler das Zweckmäßige mit dem Gerechten gleichsetzt. In diesem Punkt

⁵ Loss, Sándor: Pikler Gyula társadalom- és jogbölcsélete. In: Loss, Szabadfalvi, Szabó, H. Szilágyi, Zödi, Portrévázlatok a magyar jogbölcséleti gondolkodás történetéből, Budapest 1998, S. 45-62.

stimmen die Lehren Pulszkys und Piklers am meisten überein, denn zweckmäßig ist, was auf das Ziel der Bedürfnisbefriedigung, also auf die Befolgung natürlicher gesellschaftlicher Gesetze ausgerichtet ist. Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Einsehen stehen also in engem Zusammenhang, und lösen gemeinsam die bewußte, zweckgerichtete menschliche Handlung aus, die auf gesamtgesellschaftlicher Ebene in der Einrichtung von Vereinen (Gesellschaften) durch die Individuen gipfelt. Hier spielt das Einsehen, also das Erkenntnis oder Wahrnehmen der eigenen Situation und Interessen die Rolle, den Menschen in Richtung eines, von der Mehrheit der Gesellschaft getragenen und durch die gesellschaftlichen Gesetzmäßigkeiten bekräftigten Wertstandards zu bewegen. In einer kürzeren Abhandlung analysiert Pikler das Wort ‚ius‘, und kommt zum Schluß, es bedeute "Gut" oder "Freude". Das soll auch das sittlich-ethische Element in seiner grundsätzlich positivistischen Lehre stärken. Später gelangt Pikler dann zur eingehenden Behandlung der Ethik, vor allem in bezug auf das Strafrecht. In seiner 1906 erschienenen Studie über "Die Philosophie des Strafrechts" setzt er sich in ethischer Hinsicht mit Kants Gedanken auseinander. Pikler nimmt nämlich die herkömmliche Begründung, also die Ableitung aus den absoluten Moralgesetzen, der Strafe nicht an, und stellt das präventive Prinzip ‚ne peccatur‘ anstelle der bloß moralisch begründeten Straffidee ‚quia peccatum est‘. Kurzum, die Zweckmäßigkeit als allgemeingültiges Prinzip durchdringt seine ganze Lehre und liefert einen handfesten Grund für die Gerechtigkeit, sowohl im Aufbau des Staates im allgemeinen als auch im spezifischen Bereich des Strafrechts.

Bódog Somló

Der vielleicht bedeutendste Rechtstheoretiker der Jahrhundertwende, Bódog Somló (1871-1920) begann auch, der damaligen wissenschaftlichen Mode entsprechend, als Soziologe. Erst relativ spät, um 1910, vollzog sich ein grundlegender Wandel in seiner Tätigkeit. Vom Jahre 1910 an galt sein Interesse immer mehr der Ethik und der neokantianischen Werttheorie.⁶

⁶ Zódi, Zsolt: Erény és tudomány. Somló Bódog állam- és jogbölcséleti munkássága. In : Loss, Szabadfalvi, Szabó, H. Szilágyi, Zódi, Portrévázlatok a magyar jogbölcséleti gondolkodás történetéből, Budapest 1998, S. 63-141

Somló setzte die Grundlinien seiner politischen und rechtswissenschaftlichen Ethik in seinem deutschsprachigen Vortrag 1910 "Maßstäbe zur Bewertung des Rechts".⁷ Hier sieht er die Erzielung der Freiheit und des völligen Freiseins als absolutes Ziel an, wobei er die Freiheit in Anlehnung an Stammler definiert als von den subjektiven Wünschen befreit zu sein. Der Hauptwert sei in diesem Zusammenhang das empfinden der Richtigkeit. Sittlich ist die Handlung, die in Übereinstimmung mit einer Gruppe als unbedingt richtig empfunden wird, besagt die ethische These Somlós. Das so angegebene Phänomen ist aber wohl ein emotionaler Wert, der mehr mit der Moral zu tun hat als mit der Ethik. Jedoch existierten nach Somló verschiedene Sitten und ethische Systeme. Dieser Gedanke kommt verstärkt in der Abhandlung "Kausale oder normative Ethik" 1910 zum Ausdruck. Hier wird die Ethik als eine gegebene Sache thematisiert, deren Inhalt gesellschaftsbedingt sei. Die größte Problematik wird in der Feststellung angesprochen, die Ethik sei kausal gesehen relativ, normativ gesehen aber absolut. Dieses Paradox wird in einer weiteren Abhandlung, im ebenfalls 1910 in deutscher Sprache erschienenen "Das Wertproblem"⁸ weiter erhellte. Hier wird ausgesagt, der Wert sei an sich zweierlei, er habe sowohl eine objektive als auch eine subjektive Seite. Hinsichtlich seiner objektiven Seite sei der Wert absolut gültig. Zu jenem Aspekt des Wertbegriffs schließt sich auch der Begriff der Wahrheit an. Es gebe ja nur eine einzige Wahrheit, die von ihrem Wesen her zwangsläufig objektiv und allgemeingültig ist. Der andere Wertaspekt ist folglich der subjektive, der alles umfaßt, das wir wünschen oder uns Freude bereitet. Im Bereich des Subjektiven entsteht der menschliche Wille, der eine besondere Position im Wertgefüge einnimmt. Der Wille ist nämlich genetisch nötig, um den ethischen Wertbegriff verstehen zu können. Der sittliche Wert entsteht zwar in der Seele des einzelnen Menschen, jener gilt aber für alle. Der so definierte und durch den Willen des Einzelnen ins Leben gerufene sittliche Wert wirkt auch auf den ihn erzeugenden Willen zurück, indem er auch zur nachträglichen Bewertung und Messung des subjektiven Willens dient.

Die Erkenntnis wird also verständlicherweise als eine Parallele zum Wertbegriff aufgefaßt. Wollte man nun also den Neokantianismus auf die Gedankenwelt Somlós anwenden, könnte man feststellen, daß hier die reine Vernunft der praktischen vorausgeht. Die Bedeutung der ethischen Normen wird noch in einem späten Werk

⁷ Vorgelesen am Kongreß der Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Berlin 1910.

⁸ Zeitschrift für die Philosophie und philosophische Kritik. 1910.

angesprochen.⁹ In diesem, am Ende seines Lebens verfaßten Werk kommen die ethischen Normen als endliche und grundlegende Prinzipien vor, die sogar den in seiner früheren Periode besonders geschätzten Wahrheitswert in seiner Funktion ablösen. Man solle bei seinen Handlungen anstelle der Wahrheit aus der ethischen Norm ausgehen, heißt es in der späten Periode Somlós.

Gyula Moór

Gyula Moór (1888-1950) nahm auch die neokantianische Wertlehre zur Grundlage seiner Forschungen.¹⁰ Er benutzte sie jedoch nur als sog. Präsupposition, um dann davon Distanz zu nehmen. Er schloß sich eher an die Philosophie Rickerts an, indem er die Realität auch als eine zwiespältige Sache ansieht. Es gibt nach ihm eine natürliche Realität und eine davon abweichende Kultur, die im Gegensatz mit der ersteren, die durch das Bewußtsein durchdrungen ist, Ziele, Ideen und Werte beinhaltet. Von einer Rickertschen Philosophie beeinflusst, verfaßte Moór sein - aus unserer Sicht wichtigstes - Werk 1922 mit dem Titel "Macht, Recht, Moral."¹¹

In dieser Abhandlung geht es um die Stellung des Rechts in der Welt der Normen, und es wird auch Wert auf die Betonung der Rolle der Rechtsnorm gelegt. Das Recht wird genauso wie die Realität nach Rickert zweigeteilt. Das Recht als solches gehört nämlich zum Teil in die Welt der Normen, wo die Werte und die Ideen vorherrschen, zum Teil aber auch in die kausale Welt, wo die Macht und ihre Logik dominieren. Man unterscheidet demnach das sog. ‚ethische‘ Recht vom ‚rechtmäßigem‘ Recht. Die Sphäre des Ethischen wird von der persönlichen Überzeugung gekennzeichnet, während in der Sphäre des Rechtmäßigen der Zwang den Maßstab darstellt. Ferner untersucht Moór das Verhältnis von Macht, Moral und Recht, wie es bereits im Titel der Abhandlung angedeutet wurde. In diesem Dreieck-Zusammenhang bilden die miteinander verbundenen Aspekte Macht und Moral den kausalen Grund für das

⁹ Somló, Bódog: Gedanken zu einer ersten Philosophie, Leipzig 1926.

¹⁰ Szabadfalvi, József: Törekvés egyjogfőlozófiai szintézisre. Moór Gyulajogbölcselete. In: Loss, Szabadfalvi, Szabó, H. Szilágyi, Zódi, Portrévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből, Budapest 1998, S. 143-209.

¹¹ Moór, Gyula: Macht, Recht, Moral, Szeged 1922.

Recht. Wie bereits erwähnt, besteht das Recht aus verschiedenen Komponenten, jeweils aus beiden Sphären der Macht und der Moral.

Klar ist es, daß Macht und Moral in der Gesellschaft nicht alleine zu existieren vermögen. Die Macht ist nach der Moórschen Terminologie eine interpsychische Konzentration, also das Konzentrat der gesellschaftlichen Kräfte, die die Macht zur Zwangsausübung ermöglichen. Die Macht, eben weil sie aus der Konzentrierung der Kräfte der Gesellschaft entsteht, kann nur dann lange bestehen, wenn der Inhalt der von ihr gesetzten Regeln mit der moralischen Überzeugung der Gesellschaft übereinstimmt. So werden die "Rechtsgeber" und die "Rechterhalter" langfristig füreinander notwendig, und bilden gemeinsam die gesellschaftliche Basis für das Recht, das seinerseits eine lebende Kraft ist. Es ist, nach Moórs Auffassung, die höchste nationale und moralische Idee der menschlichen Willen und Bestrebungen und somit eben auch eine ethische Kategorie.

Barna Horváth

Barna Horváth, hervorragender Rechtstheoretiker in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, geht bei seiner ethischen Betrachtung von einem erkenntnistheoretischen Relativismus aus. Er spielt mit dem skeptischen, halbwitzigen Satz: "Es gibt keine absolute Wahrheit. Daraus resultiert die Dialektik der „absolut relativen Sache,, die von Horváth auch in die Rechtstheorie umgesetzt wurde. Nach dem klassischen Muster heißt es bei ihm: "Es gibt keine unbedingt gültige moralische Norm". Diese äußerst skeptische Einstellung würde zweierlei bedeuten. Einerseits, daß es tatsächlich keine absolute moralische Norm gäbe, genauso wie es keine absolute Wahrheit gibt. Andererseits kann auch sein, daß die vormalige Aussage falsch ist, falls wir annehmen, daß die auch nicht als absolute Wahrheit gelten kann. Aus jenem erkenntnistheoretischen Ausgangspunkt entsprang also ein moralischer Wertrelativismus, dessen wichtigste Botschaft ist, daß das Recht auch dann gilt, wenn es sonst als ungerecht zu werten wäre.¹²

István Bibó

¹² Szilágyi, István H.: *Circus iuris*. In: Loss, Szabadfalvi, Szabó, H. Szilágyi, Zödi, *Portrétvázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből*, Budapest 1998.. S. 211-267

Der Politiker und Denker, István Bibó (1911-1979), entfaltete eine bis heute andauernde Wirkung in der ungarischen Rechts- und Politiktheorie.¹³ Mit ethischen Zusammenhängen setzte er sich hauptsächlich in seinem strafrechtstheoretischen Werk „Ethik und Strafrecht“ (1938) auseinander. Doch verdient diese Abhandlung auch aus unserem Gesichtspunkt eine besondere Aufmerksamkeit, da hier grundlegende Gedanken Bibós über Moral und Ethik dargelegt werden, und man kann aus der Grundeinstellung leicht auf seine allgemeine politische Ethik schließen.

Hierzu beginnt Bibó die Studie mit der Trennung des *ius* vom *non ius*, also der Moral. Gerade dabei zeichnet sich Bibó durch einen eigenständigen Stil aus, indem er die divergierenden Meinungen zum Thema darstellt und konfrontiert. Das wird noch durch sein gesellschaftspsychologisches und soziologisches Interesse, das gut zum Vorschein kommt, weiter verstärkt. Zum Thema Strafrecht werden die christliche Ethik und die Strafe einander gegenübergestellt. Beide wenden sich zwar gegen das moralisch Böse, doch weichen sie voneinander in der Zielsetzung ab. Die Strafe wird bloß *a posteriori* verhängt, und ihr Ziel ist nicht selten nicht der Schutz der Gesellschaft vom Verbrecher, sondern eher umgekehrt, der Schutz des Verbrechers vorm Zorn der Gesellschaft. Die von Bibó thematisierte christliche Ethik setzt das Gute als Motiv schon *a priori* voraus und zielt auf das richtige menschliche Verhalten ab. Die Gültigkeit der Ethik gewährt die dynamische gesellschaftliche Kraft, die dahintersteht. Bibó postuliert also die Willensfreiheit, sprich die Freiheit zu wählen zwischen Gut und Böse. Diese Willensfreiheit ist jedem eigen, und sie wird noch dazu ergänzt mit der moralischen und ethischen Verantwortung für die eigenen Entscheidungen. So nimmt man nach Bibó an, es gäbe eine eigene Wesenssphäre für die menschliche Handlung, wo die Spontaneität herrscht, wobei die Spontaneität auf jeden Fall mit der Willensfreiheit verwandt ist. Es gibt aber auch einen Punkt, wo die Kausalität in diese Sphäre der Spontaneität eingeht, und zwar dort, wo der Zwang zwischen diesen beiden Sphären vermittelt. Der Zwang besitzt hier insofern eine brauchbare und aus der Willensfreiheit heraus verständliche Bedeutung, daß der Handelnde Verantwortung für seinen Gehorsam trägt. Die menschliche Seele synthetisiert natürlich all diese Erlebnisse, die einem aus den Sphären der Freiheit und des Zwanges zukommen. Daraus werden in der Subjektivität der Seele die

¹³ Szilágyi, István H.: Etika, jog, politika, Bibó István (1911-1979), in: Loss, Szabadfalvi, Szabó, H. Szilágyi, Zödi, Portrévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből, Budapest 1998. S. 267-310.

eigenen, individuellen Erlebnisse, die sich objektivieren, zur Basis und zum Motor der davon herauswachsenden gesellschaftlichen Einrichtungen, die weiter der Garant des Gleichgewichtes und der Stabilität sind.

"Sozialistische,, Ethik nach dem zweiten Weltkrieg

Unmittelbar nach dem zweiten Weltkrieg erfolgten grundlegende Veränderungen im ungarischen politischen Leben, gepaart mit einem mächtigen Paradigmenwechsel, der das rechtsphilosophische Denken bis zu den späten 80er Jahren prägte. In dieser Periode, also zwischen den 50er und den späten 80er Jahren, mußten sich die Denker zumindest formal nach marxistischen Grundgedanken und Einstellungsformen richten. Die frühere Entwicklung im Bereich der Rechtsphilosophie wurde als ‚bürgerlich‘ verurteilt und damit diskreditiert.

Oberflächlich gesehen wurde dann das rechtsphilosophische Denken einschichtig und einseitig, wo nur die treue wissenschaftliche Gefolgschaft des Marx und Engels, so wie in Ungarn durch den meistens deutsch schreibenden Georg Lukács, reüssieren konnte. Man konnte sich von dem obligatorischen marxistischen Hintergrund in der Tat nicht unabhängig machen, doch entstanden trotzdem interessantere und tiefergehendere Gedanken als man denkt. Als erster wird hier Vilmos Peschka behandelt, der bereits seit den 50er Jahren den ethischen Wurzeln des "sozialistischen,, Rechts nachforschte, und seinerzeit das umfassendste Werk über die ethischen Aspekte der Rechtstheorie verfaßte.¹⁴

Im Spiegel der klassischen deutschen Philosophie

Vilmos Peschka nähert sich das Thema anhand von kurzen Analysen der Probleme der klassischen Ethik an. Schon am Anfang seines ethischen Hauptwerkes befaßt er sich mit einem Klassiker, nämlich Aristoteles. Aus seiner Wertkonzeption wird aber nur wenig herausgegriffen, es seien hier nur die Gerechtigkeit und Billigkeit als typisch klassische Werte erwähnt. Dann geht Peschka auf die Hegelsche-Marxsche Dialektik über. Zum bestmöglichen Verständnis des klassischen ethischen

¹⁴ Peschka, Vilmos: Az etika vonzásában (jogelméleti problémák az etika aspektusából). Budapest, 1980.

Gedankengutes zieht er dabei auch die Moral- und Sittenvorstellungen von Kant, Fichte und Hegel heran. Er läßt die drei miteinander debattieren, die Karten werden aber von Peschka gemischt. So wird daraus doch ersichtlich, was der eigentliche Standpunkt des ungarischen Rechtsphilosophen ist. Zum Ausgangspunkt dient hier auch die Vorstellung Kants: Die Legalität und die Moralität trennen sich voneinander. Die Trennung ist ziemlich strikt, die Moralität betrifft nur das Innere, während die Legalität sich ausschließlich auf das Äußere bezieht. In Sachen der Moral hat die Legalität keine Mitsprache, es gilt der Grundsatz *de internis non iudicat praetor*. Es besteht aber in dieser Hinsicht keineswegs Reziprozität zwischen den beiden ethischen Kategorien. Die Moralität, wie auch Hegel sagt, dient sehr wohl zur Basis der äußeren Normen, und zwar direkt. Peschka stellt sich hier auch Kant gegenüber, der die Grenze zwischen der Moral und der potentiellen Möglichkeit des äußeren Zwanges scharf zieht. Erst wenn das Subjekt in die Außenwelt heraustritt, entsteht der ontologische Grund für das Recht, das auf die Gesellschaft ausgerichtet ist. Bei Hegel hingegen kann man ein Reflexionsverhältnis zwischen Äußerem und Innerem beobachten. Der Mensch und die Tat bilden zusammen eine dialektische Einheit und sind überhaupt parallel miteinander. Es ist nach Hegel möglich, daß die äußere Norm verinnerlicht wird, also daß das mit Zwang operierende Recht zum Motiv wird. Das Moral und das Recht sind nur Abstraktionen, in der Wirklichkeit existiert nur die Ethik. Das Recht, als Verhaltensregel, wirkt in zweifacher Hinsicht auf das Rechtssubjekt ein. Primär ist die Regelung auf die Handlung des Individuums gerichtet, sekundär wirkt sie auf das menschliche Bewußtsein und erst dadurch, mittelbar zielt sie auf die Handlung ab. Natürlich gilt das nur, wenn eine Handlung vorliegt, die gegen die bestehenden Rechtsnormen verstößt. Die Regel wird durch das Bewußtsein vernommen und verinnerlicht, oder zumindest gelangt sie in den inneren Motivhaushalt des Menschen ein. Wenn das Bewußtsein außen realisiert wird, dann tritt eigentlich nur die Handlung zutage. Dieser ganze Vorgang löst das Verhalten aus. Die Ethik nimmt also in diesem System eine ähnliche Rolle wie bei Aristoteles ein. Sie vermittelt zwischen der Moral, dem Inneren, sowie dem Recht, dem Äußeren. Die Moral seinerseits löst sich zum Teil in der Ethik auf, so ist z.B. die Aussage von Géza Marton¹⁵ zu erklären, die besagt, Schuldhaftigkeit und Verantwortung seien keine moralische, sondern ethische Kategorien. Wie die Normen entstehen, bleibt nach wie vor eine Frage, die Peschka durch die Thematisierung der Problematik von Autonomie und Heteronomie zu lösen trachtet. Die Autonomie betrifft den Bereich,

¹⁵ Peschka, *Az etika*, S.124.

in dem eigentlich die Moral herrscht und das Individuum selbst bestimmen kann. Mit Hilfe der Selbstgesetzgebung werden autonome Normen erzeugt, hier soll jeder Einzelne sich selbst aussuchen, was er für richtig bzw. unrichtig hält. Die Heteronomie bezeichnet hingegen die Sphäre, in der die Normen von anderen, also Gesetzgebern gesetzt werden. Hier ist es unumgänglich, kurz auf die Frage ‚Sollen und Müssen‘ zu sprechen kommen. Die Welt des Müssens ist die Welt der objektiven Kausalität, in der alle Vorgänge gesetzesmäßig und zwangsläufig vor sich gehen. Nur im Vergleich damit hat die Unterscheidung zwischen Sollen und Müssen überhaupt einen Sinn. Peschka streitet hier auch mit der klassischen deutschen Moralschule, und verläßt auch den klassischen Sollens-Begriff. Bei Peschka besteht die Objektivation mit der Sollens-Struktur aus zwei kausalen Reihen, die ineinander verflochten sind. Die erste kausale Reihe beinhaltet das menschliche Verhalten, die zweite die Sanktion oder überhaupt die Rechtsfolge. Die beiden kausalen Zusammenhänge schließen sich zusammen und werden teleologisch auf ein bestimmtes Ziel gerichtet. Der zweite kausale Zusammenhang wirft die Problematik des Zwanges auf. Peschka identifiziert sich hier nicht vollkommen mit den klassischen deutschen Vorstellungen, wo das Recht als Einschränkung der äußeren Freiheit auftritt (Fichte), oder der physische Zwang die Staatlichkeit erzeugt (Hegel). Statt sich also mit der Problematik des Zwanges weiter zu beschäftigen, wendet sich Peschka gegen das Naturrecht und das positive Recht. Fichte bestimmt nämlich den Gehorsam gegenüber dem positiven Recht als moralische Pflicht, das den Widerspruch in sich beinhaltet, daß eine formal rechtmäßige Handlung gegen die Moral des Naturrechts verstoßen würde, oder umgekehrt. Peschka formuliert hier, daß es in einem solchen Fall dem Gesetzgeber obliegt, diese Widersprüchlichkeit aufzulösen. Er fügt weiter auch hinzu, es sei vom Rechtssubjekt nicht zu erwarten, daß es nur aufgrund moralischer Überzeugung dem Recht Gehorsam leistet. Dazu gehört auch die Rechtsauffassung Peschkas. Das Recht ist demnach ein Teilkomplex der gesellschaftlichen Totalität, das ohne gesellschaftliche Unterstützung langfristig nicht lebensfähig wäre.

Eines muß aber gleich festgestellt werden, das Recht kann weder aufgrund moralischer noch aufgrund ethischer Überlegungen bestritten oder angefochten werden. Was geschieht also, wenn das Rechtssubjekt doch mit den gesetzten positiven Rechtsnormen dermaßen nicht einverstanden ist, daß es sie aus moralischen Gründen nicht befolgt? Hier liegt wohl die Problematik der Kollision von Recht, Ethik und Moral vor. In einem solchen Fall kann sich das Rechtssubjekt den

Sanktionen keineswegs entziehen, das positive Recht tut seine Aufgabe und erfüllt damit seine ontologische Funktion. Der Widerstand kann nur dann als begründet gelten, wenn das betreffende Rechtssubjekt, das Widerstand leistet, es aufgrund seiner eigenen moralischen Standards tut, und die damit zwangsläufig zusammenhängende Sanktion dabei auch in Kauf nimmt. Hegel wirft dagegen ein, daß keine moralische Tat über einen sicheren Wert verfügen kann, jede Handlung ist subjektiv und einmalig. In der Synthese Peschkas sieht es aber insofern anders aus, als bei ihm die ethische Grundlage bei der gesellschaftlichen Legitimation gegeben ist. Wenn ein Großteil der Gesellschaft die moralische Einstellung des Widerstandes teilt, wenn es dem Interesse bzw. der Funktion einer gesellschaftlichen Klasse entspricht, dann wird auch der moralische Standpunkt des Widerstandes gerechtfertigt, und das ganze Phänomen aus dem Bereich der Moral in den Bereich der Ethik transformiert.

Zum Schluß der Behandlung Peschkas Lehre seien nur ein paar Gedanken über den freien Willen gesagt. Die ganze Problematik hängt mit der Frage der Verantwortlichkeit zusammen. Die Verantwortung ist nämlich weder moralisch noch rechtlich; es geht eigentlich um den Fehler des Willens. Der freie Wille ist bei Peschka recht eingeschränkt, und nicht einmal statisch. Er ist am besten wie ein Vorgang vorzustellen, der aus dem Zustand der reinen Undeterminiertheit und der Selbstreflexion in Richtung der vollkommenen Determiniertheit geht. In diesem Vorgang spielen die Erkenntnis sowie die Willensinhalte Rationalität und Notwendigkeit eine große Rolle. Der freie Bewegungsraum des menschlichen Willens wird weiter von den objektiven wirtschaftlich-gesellschaftlichen Bedingungen auch wesentlich bestimmt.

Andere Vertreter der marxistischen Rechtsphilosophie

Nach der Darstellung der Grundgedanken des am besten ausgearbeiteten ethischen Systems innerhalb des ungarischen rechtsphilosophischen Denkens der Nachkriegszeit sollen noch einige andere Autoren vorgestellt werden, die ebenfalls vorwiegend in der Zeit tätig waren, wo Marx, Hegel und die materialistische Dialektik als notwendige Maßstäbe für das philosophische Leben überhaupt galten. Die folgenden Denker widmeten den Fragen der Ethik zwar weit weniger Aufmerksamkeit,

doch tauchen hie und da Ideen auf, die die ausgefeilten Auffassungen Peschkas noch weiter zu bereichern vermögen.

Aus der Reihe kann Imre Szabó keinesfalls fehlen, da seine Auffassung lange Zeit als der offizielle Standpunkt der ungarischen Rechtswissenschaften galt und als die führende Kraft in der Rechtstheorie angesehen wurde. In seinem Hauptwerk aus dem Jahre 1971¹⁶ werden zwar bestimmte Fragen angesprochen, die mit der Ethik in Verbindung gebracht werden können, es muß aber festgestellt werden, daß er sich für ethische Probleme nur oberflächlich interessiert. Zum politischen Verhalten merkt er den Gegensatz bourgeois und citoyen an; ansonsten tut er die Frage nach dem Ursprung der Ethik mit einer vagen Anspielung an die Produktionsverhältnisse ab. Hinsichtlich der Frage der Befolgung von Rechtsnormen schließt er sich an die Vorstellungen des Austin an.

Mihály Samu hat bei seiner Analyse eher das Verhältnis vom Recht und dem Wertelement vor Auge und liefert auch eine kurze Zusammenfassung der betreffenden ungarischen Literatur.¹⁷ Samu zitiert dabei den bereits erwähnten Georg Lukács, nach dem "alle richtigen Werte in der Praxis wichtige Momente" darstellen. Weiter zieht er u.a. V. Peschka und Á. Heller heran, mit denen er auch debattiert, indem er behauptet, das Recht beinhalte tatsächlich Werte. Zur Begründung dieser Aussage wird noch der Marxismus erwähnt, nach dem die Hauptwerte die Produktion und die Sitten wären. Samu formuliert aber in seiner Schlußfolgerung vorsichtiger, wenn er feststellt: "Der Wertgehalt des Rechts hängt von den Mechanismen ab, die es erschufen und aufrechterhalten". In einem späteren Werk¹⁸ befaßt er sich mit dem juristischen Ethos und stellt die Kriterien der Gerechtigkeit aus der Sicht der juristischen Profession auf. So besteht der juristische Ethos aus ethischer und menschlicher Würde, Engagement, fachmännischer Berufung, beruflichen Anforderungen und rechtlichen Werten.

Kálmán Kulcsár wird heute noch eher als Soziologe, insbesondere Rechtssoziologe angesehen. Während der Beschäftigung mit soziologischen Problemkreisen kam er aber auch mit der Fragen der Ethik in Berührung, so z.B. im Werk "Grundzüge der

¹⁶ Szabó, Imre: A jogelmélet alapjai. Budapest, 1971.

¹⁷ Samu, Mihály: Jogpolitika-jogelmélet. Budapest, 1989. S. 195 ff.

¹⁸ Samu, Mihály: Jogpolitika. Budapest 1997.

Rechtssoziologie", wo u.a. auch etliche Probleme der Befolgung von Rechtsnormen und des rechtmäßigen Verhaltens erörtert werden. Als Kernelement dazu nennt er auch das Bewußtsein, wodurch das rechtmäßige Verhalten erzielt werden kann. Man ist sich aber stets darüber im klaren, daß eine Rechtsvorschrift das einzelne Rechtssubjekt jeweils in seiner anderen Qualität betrifft. Jede Norm zielt auf eine für richtig gehaltene Handlungsweise ab, nur die Richtigkeit ist immer dementsprechend differenziert, welche gesellschaftlichen Interessen in welchem Umfang dadurch betroffen werden. Die Voraussetzungen der moralisch-ethischen Richtigkeit der Norm sind die Erkenntnis der Interessen und die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe. Nach Kulcsár gibt es ein Bewertungsverhältnis zwischen der Norm und dem Menschen, wobei der Erkenntnis der Richtigkeit der Norm die Bejahung folgt. Diese ethische Grundhaltung führt letzten Endes zum rechtmäßigen Verhalten. In einer später erschienenen Abhandlung¹⁹ betont er mehr die sozialistische Ethik, als Regelwerk des sozialistischen Zusammenlebens, die die Ansichten im Bewußtsein der Gesellschaft widerspiegelt. Die Regeln betrachtet er hier als bloßes Mittel der gesellschaftlichen Erziehung, was letzten Endes auch den Übergang zu den neuen Moralauffassungen umfaßt.

Versuche, die marxistischen Aspekte zu Überwinden. Csaba Varga

Aus der Schar zeitgenössischer rechtsphilosophischer Denker soll zum Schluß ein bedeutender hervorgehoben werden. Csaba Varga befaßte sich in mehreren Abhandlungen mit dem Thema der Ethik und Moral. In seiner Abhandlung "Das Recht und seine innere Moral"²⁰ schlägt er vor, man solle von der Voraussetzung ausgehen, der Gesetzgeber, als Schöpfer von Mitteln, sei rational und von moralischen Grundsätzen geleitet. Der so definierte Gesetzgeber schafft rechtliche Vorteile und Nachteile für die Rechtssubjekte, wobei die Nachteile als Strafen, aber auch als notwendige Bestandteile staatlicher Entscheidungen aufgefaßt werden können. In diesem Fall fangen die Rechtssubjekte allmählich an, die Verstöße gegen die Rechtsnormen nicht mehr als verwerflich, sondern als eine Art zusätzliche Kosten einzustufen. Die Individuen bauen oft einfach die Möglichkeit, bestraft zu werden, in ihre Kostenrechnung ein, und sehen die Strafen immer mehr als die staatliche Konsequenz zu ihrer Wirtschaftstätigkeit. Diese Problematik wurde in der

¹⁹ Kulcsár, Kálmán: A jogszociológia alapjai, Budapest 1976.

²⁰ Kulcsár, Kálmán: Die Rolle des Rechts bei der Gestaltung gesellschaftlicher Verhaltensnormen. In: Rechtssoziologische Abhandlungen. Budapest 1980. S. 48-64.

internationalen Fachliteratur bereits von Hart angesprochen, der befürchtete, die Grenze zwischen *fine* und *taxes* sei verzerrt und würde langsam verschwinden. Der moderne Staat nimmt zu viele Aufgaben auf sich, und so werden bestimmte Rechtsregeln, vor allem die, die ein positives Tun vorschreiben, und dessen Unterlassen sanktionieren, inhaltsleer. Dieselbe Sorge wird auch von Varga gehegt, und um die ganze Problematik noch plausibler zu machen, zieht er auch ein bekanntes Beispiel aus Lukács' Werke heran. In der Eisenbahn-Parabel wird der rechtliche Rahmen menschlichen Verhaltens mit dem Fahrplan der Eisenbahnen verglichen, wo der Fahrplan für den Fahrgast einen ebenso äußeren Faktor des Lebens (*external fact of life*) darstellt, wie das Recht für das Rechtssubjekt. Im Hintergrund einer solchen Rechtsauffassung beschreibt Varga drei Möglichkeiten, die moralische Glaubwürdigkeit des Gesetzgebers zu erfassen. Diese Glaubwürdigkeit kann eine äußere sein, was bedeutet, daß der Normadressat sich mit den von ihm erlassenen Normen auch moralisch identifiziert, somit wäre es ein Idealzustand. Die zweite Möglichkeit ist die innere moralische Glaubwürdigkeit, die zwar keine unmittelbare Wirkung hat: der Gesetzgeber wird jedoch von einem moralischen Motiv geleitet. Die dritte Möglichkeit ist das Fehlen jedweden moralischen Hintergrundes, wo das Recht moralisch nicht erfaßbar ist, und nur einen äußeren, externalen Indikator für alle Rechtssubjekte darstellt. Wie kann man also die Moral innerhalb des Rechts fördern? Darüber versucht Varga auch nachzudenken und lehnt dabei Fullers Technologien ab, mit denen sich angeblich die innere Moralität des Rechts erzeugen oder bewahren läßt. Varga qualifiziert all diese Techniken als bloße *sine qua non* Bedingungen für die Legalität der Normen und setzt seinerseits den Akzent auf die sich ständig erneuernden typischen Fragen des Rechts. Dabei kehrt Varga auch zur bewährten Lösung der kontinuierlichen Rechtfertigung durch die Gesellschaft, als Wesenselement einer moralisch-ethischen Gesetzgebung zurück.²¹

András Tamás, *Állam- és jogelmélet*. Budapest. 1998. S. 67 ff.

Ágnes Heller, *Az igazságosságon túl*. Budapest. 1990. S. 90 ff.

Badó, Loss, Szilágyi, Zombor: *Bevezetés a jogszociológiába*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 1997

²¹ Varga, Csaba: *Law and Its Inner Morality*. In: *Law and Philosophy. Selected Papers in Legal Theory*. Budapest, 1994.

- Béla Pokol, *A jog szerkezete*, Felsőoktatási és Koordinációs Iroda, Budapest 1991
- Béla Pokol, *Jogbölcseleti vizsgálódások* Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest 1999
- József Szabadfalvi, *A jogpozitivizmus diadala. Pulszky Ágost élete és munkássága*. In: Loss, Szabadfalvi, Szabó, H. Szilágyi, Zódi, *Portrévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből*. Budapest 1998. S. 21-42
- Sándor Loss, *Pikler Gyula társadalom- és jogbölcselete*. In: ebenda S. 45-62
- Zsolt Zódi, *Erény és tudomány. Somló Bódog állam- és jogbölcseleti munkássága*. In: ebenda S. 63-141
- István H. Szilágyi: *Circus Iuris*. In: ebenda S. 211-267
- István H. Szilágyi: *Etika, jog, politika. Bibó István (1911-1979)*. In: ebenda S. 267-310
- Bódog Somló, *Gedanken zu einer ersten Philosophie*. Leipzig, 1926
- József Szabadfalvi, *Törekvés egy jogfilozófiai szintézisre. Moór Gyula jogbölcselete*. In: ebenda S. 143-209.
- Gyula Moór, *Macht, Recht, Moral*. Szeged, 1922
- Vilmos Peschka, *Az etika vonzásában (jogelméleti problémák az etika aspektusából)*. Budapest, 1980.
- Vilmos Peschka, *A Sein és Sollen problémája a modern jogelméletben*. In: *Állam és jogtudomány*. 1968/3, S. 400-444.
- Vilmos Peschka, *Jog és érték*. In: *Állam és jogtudomány*. 1969/4, S. 575-600.
- Imre Szabó, *A jogelmélet alapjai*. Budapest, 1971
- Mihály Samu, *Jogpolitika*. Budapest, 1997
- Kálmán Kulcsár, *A jogszociológia alapjai*. Budapest, 1976.
- Kálmán Kulcsár, *Die Rolle des Rechts bei der Gestaltung gesellschaftlicher Verhaltensnormen*. In: *Rechtssoziologische Abhandlungen*. Budapest, 1980. S. 48-64
- Csaba Varga, *Law and Its Inner Morality*. In: *Law and Philosophy. Selected Papers in Legal Theory*. Budapest, 1994.
- Csaba Varga, *Politikum és logikum a jogban*. Budapest, 1987.
- Csaba Varga, *Transitions to Rule of Law*. Budapest, 1995.
- Csaba Gombár, *Egy állampolgár gondolatai*. Budapest, 1984.

Márton Miklós

Hegel etikai gondolkodása

(Allen W. Wood: "Hegel's Ethical Thought")

I. Bevezetés

Jelen dolgozatom első részét képezi egy később megírandó Phd. dolgozatnak. Most csak a fő elképzelést említem meg, mely szerint a kutatás célja, hogy Hegel társadalomfilozófiáját úgy mutassam be, mint a jelenleg uralkodó társadalomelméleti felfogások, és az ezek kapcsán uralkodóvá vált nyugati típusú társadalomszervezési gyakorlat alapelveinek lehetséges alternatíváját. Ez az állítás abból a hipotézisből ered, hogy a modern demokráciák fundamentális alapja a XVII.-XVIII. század brit szenzualista filozófiájában keresendő, mely hagyomány társadalomelméleti vonatkozásban két lehetséges alapvető álláspontot tesz lehetővé, a tradicionalizmust illetve a konvencionálizmust, és nem nagyon enged meg egy racionális alapokon nyugvó társadalomfilozófiát, etikát. Pontosan ez utóbbi az - a Platón óta fennálló filozófiai hagyomány -, amit a klasszikus német filozófia megkísérel létrehozni, "modern" formába önteni. Az általam vizsgált szerzők - elsősorban Hegel - kutatásának legújabb kori reneszánsza bizonyítja aktualitásukat, nevezetesen azt, hogy egyes társadalmi, jogelméleti, etikai kérdésekre adott, közel kétszáz éve kidolgozott válaszaik megközelítéseik mai problémák értelmezése kapcsán is szerephez juthatnak.

A tárgyalt mű *Hegel's Ethical Thought* címmel a Cambridge University Press-nél jelent meg 1990-ben, jól illeszkedve ahhoz az utóbbi időkben tapasztalható tendenciához, hogy az angolszász, analitikus társadalomfilozófiát művelő kutatók "felfedezik" maguknak Hegelt. Bár ez a Hegel kicsit más, kicsit "brittebb" annál, mint amit mi itt Közép-Európában megszoktunk - elsősorban a spekulatív filozófia értékelésének tekintetében persze -, ha belegondolunk, hogy Hegel neve - a brit neohegelianusok századforduló környéki rövid tevékenységét leszámítva - az angolszász hagyományban egyet jelentett a semmitmondó, ködös metafizikai csűrészavarással, akkor igen figyelemre méltónak tekinthetjük a fent említett tendenciát. A váltás persze jól értelmezhető a klasszikus metafizikának az analitikus filozófia általi rehabilitációját figyelembe véve, ugyanakkor jelzi, hogy Hegel politikafilozófiai, etikai gondolatai nem csak, mint pusztán történeti érdekességek lehetnek izgalmasak a mai kutató számára.

A mű elején a szerző határozott formában összefoglalja a könyv alapvető állítását - mely egyben módszertani állásfoglalás is -, miszerint Hegel politikai- és társadalomfilozófiájának elméleti alapja nem a hegeli dialektika, azaz egy spekulatív metafizika, hanem egy sajátos etika. Az állítás azért nagyon izgalmas, mert sok szöveghely azt mutatja, hogy Hegel maga nem így gondolta. Ez az etika a szerző álláspontja szerint egy független, saját lábán megálló elmélet. További fő célkitűzése a műnek, hogy cáfolja azt - a fent már említett - az angolszász hagyományban megrögzült nézetet, miszerint Hegel egy gnosztikus metafizikus, anti-individualista kommunisztikus etikával, a német romantika par excellence elméleti apológétája volna. Ezzel szemben elmondható, hogy Hegel valóban a romantika szülötte, ám sok tekintetben ellenfele is annak. Egyszerre igyekszik megfelelni két hagyománynak - ahogy azt Mannheim Károly *Konzervativizmus* című tanulmányában megtalálhatjuk -, jelesül a francia típusú aufklérismus racionalizmusának és objektivizmusának, illetve a német ókonzervatív romantika historizmusának. Hegel liberalizmus-kritikája nem reakciós-traditionalista gondolkodásmód eredménye, még kevésbé a szubjektum sajátosságait minden határon túl transzcendáló irracionalitás az alapja. E kritika a liberális etika antropológiai alapjainak kritikája, lényege az emberi természet mereven formalisztikus, ahistorikus leírásának tagadása. Ezen utóbbi értelemben a hegeli etikai elmélet nagyon is rokonítható a XX. század végi liberalizmus kritikákkal. A szerző a témába vágó Hegel műveken kívül (elsősorban persze a "Jogfilozófia" jön itt szóba, de fontos a "Szellem fenomenológiája" és az "Enciklopédia" is) felhasznalta a hallgatóság által lejegyzett előadások anyagát is, melyek néha nagyon jól megvilágítanak egy-egy homályosabb

részletet, éppen ezért szokás Ganz kiadása óta megjeleníteni ezeket is. Most pedig térjünk át a részletes okfejtések bemutatására.

II. Etika és metafizika

A filozófia Hegel számára sajátos diszciplína, mely egyaránt különbözik a hétköznapi érzékelésen alapuló észhasználatától, valamint a modern empirikus természet- és társadalomtudományoktól, bár ez utóbbiak az ő korában még csak kialakulófélben voltak. E sajátos diszciplína tárgyai az emberi gondolkodás formái, és azok meghatározói (Bestimmungen). Ebből következik Hegel híres-hírhedt szembefordulása az arisztotelészi logikával. A logikának szerinte metafizikai tartalmat kell adni, hiszen csak így tudja betölteni e rendszerből fakadó sajátos feladatát, nevezetesen minden valóság a priori megragadását. Itt érhetjük egyébként tetten a fő különbséget: míg Arisztotelész számára a logika maga nem tudomány, csupán a többi - a valósággal más-más aspektusból foglalkozó - tudomány eszköze, addig Hegelnél a logika maga a valóság végső szerkezetének megragadását célul kitűző tudomány, azaz sokkal inkább metafizika. (Így álláspontom szerint akár a hagyományos, akár a modern logikával történő szembeállítás inadekvát és meglehetősen erőszakolt.) Mint ilyennek alapvető célja nem lehet más, mint logikai "szigorúsággal", azaz minden esetlegesség és külsődleges szempont kiiktatásával feltárni a világ belső lényegének mibenlétét. Ezzel szorosan összefügg az a megállapítás, miszerint Hegel a leginkább metodologikus elkötelezettségű gondolkodó a filozófia történetében. A logikának a valóság megismerésében betöltött szerepét hangsúlyozva az ennek megfelelő módszeres reflexió nála válasz a teoretikus gondolkodás számára állandóan jelenlévő szkepszisre. Annak is elsősorban antik, pürrhonista változatára, melyet Hegel mindig sokkal nagyobb kihívásnak látott, mint az újkori - reneszánsz, illetve poszt-kartéziánus - szkepszist.

A hegeli dialektika - ez a fenti értelemben vett sajátos logika - értelmezhető úgy is, mint a nagy előd, Kant híres antinómiáinak megoldására adott újabb válaszkísérlet. A hegeli terminológia "megértés" fogalmában rejlik mindaz, amit a hagyományos ismeretelméletek a megismerés világos és elkülönített (a descartes-i *clare et distincte*) tárgyának a megismerő általi megragadásán értettek. Ám ez az eljárás csődöt mond a kanti antinómiák értelmezése során, mely probléma megoldására maga Kant a megértés illetékességi területének lehatárolását javasolta. Ám magának a megértésnek Hegel szerint van egy belső inherens tendenciája arra, hogy önmaga mögé hatoljon, azaz önmagát is a megismerési folyamat tárgyává tegye, azaz önreflexív legyen. Ám ekkor mindenki számára belátható, hogy az elkülönültség követelménye nem áll fenn, és ebből adódnak a megoldhatatlan antinómiák, amiket Hegel szempontjából dialektikus paradoxonoknak nevezhetünk. Hegel ugyanakkor nem akarja eltüntetni az ész e belső diszpozíciója aktualizálásától, így e paradoxonokat nagyon is valóságosnak tekinti, amelyeket az észnek - ha már elkerülni nem tudja őket - szisztematizálnia kell. E feladatot hajtja végre a dialektika tudománya, mégpedig az ellentétek magasabb egységben való feloldásának módszerével. A hagyományos logikának továbbra is megmarad a maga szerepe, ám működése a megértés által szerzett tudásra korlátozódik, a dialektikus ész más módszerrel dolgozik. Ezt a viszonyt talán az einsteini és a newtoni mechanikai törvények viszonyával lehetne legjobban érzékeltetni.

Könnyű belátni, hogy az ellentétek magasabb egységben való feloldásának módszere valami egy, legfelsőbb egység posztulálása felé mutat, ami Hegelnél az idea, szellem, Isten neveket viseli. Ez a híres-hírhedt hegeli holizmus, hiszen a rendszer felépítése azt sugallja, hogy az egyes megismerési momentumok csak e legfelsőbb egységben nyernek a megismerő ész számára értelmet, hiszen láttuk, hogy önmagukban ellentmondásosak, paradoxonokhoz vezetnek. Nem tartozik mostani feladatomhoz, hogy a fentiek alapján részletesen ismertessem a hegeli rendszert - ez amúgy is igen nagy közismertségnek örvendő -, a tanulmány szerzője

azonban kiemel egy momentumot, amely a későbbiek szempontjából fontos lehet. A rendszer csúcán az abszolút szellemet találjuk, melynek megvalósulási formái a művészetek, a vallás és a filozófia. Ezeket ma egységesen a kultúra - viszonylag bizonytalan - fogalma alá soroljuk, amely mindenképpen árulkodik Hegel értékpreferenciáiról és inspirációiról (és így Marx jogosan érezhette e rendszert a saját szemszögéből nézve a feje tetején állónak).

Hegel logikáról alkotott nézetei és az általa kidolgozott rendszer a filozófiatörténetben nem talált követőkre, egyfajta sajtósági zsákutcát jelentett, és ismert tény, hogy a logika újkori - Frege, Russell általi - megújítása a hagyományos arisztotelészi logika fő tételeinek, elsősorban persze a dichotómia követelményének elfogadásával történt meg. (Ez nem jelenti azt, hogy - ellentétben a könyv szerzőjének véleményével - a modern metafizikai elméletekben ne lennének jelen hegeli holista gondolatok.) Ugyanakkor etikájára, azaz társadalom- és szellemtudományi gondolkodására ez a megállapítás nem áll. Ezen állítás fenntartásához azonban előbb be kell bizonyítanunk, hogy a spekulatív filozófiai alapok kihúzásával nem dől össze az egész hegeli gondolati rendszer. A szerző meglátása szerint Hegel filozófiájára úgy is tekinthetünk, mint ami egyfajta, a hagyományoshoz képest pontosan fordított relációt jelent etika és metafizika között. Ez nem jelent mást, mint annak az értelmezésnek a lehetőségét, miszerint Hegel spekulatív filozófiája társadalmi és kulturális viszonyok kifejeződése volna. Még konkrétabban fogalmazva az egész elméleti rendszer legjobban akkor érthető, ha a poszt-felvilágosodás korabeli "hanyatlásra" adott egyfajta válasznak tekintjük. Hegel maga egyik első publikációjában (1801) úgy mutatja be a filozófia tudományát, mint amelynek feladata az emberi irreflexív közösség önmagával és a világgal fennálló eredeti harmóniájának magasabb szinten történő helyreállítása. A megfogalmazás már egyértelműen sejteni engedi, hogy e program-célkitűzésből koherensen levezethető a sajátos dialektika. Ez Hegel legalapvetőbb, legmélyebb válasza arra, amit modern "meghasonlottságnak", "elidegenedésnek" nevezünk. És ellentétben a romantika törekvéseivel a megoldást nem az irracionalitás elismerésében, az individuum öntörvényűségében, tehát az általános tagadásában találja meg, hanem ezzel éppen ellenkező választ ad. A hegeli megoldást úgy lehetne dióhéjban összefoglalni, hogy az az eredeti harmónia helyreállításának lehetőségét a racionalitás - az isteni értelem - általános jelenlétében látja, mely egyaránt érvényes a világra (természetfilozófia) és a megismerő emberi tudatra (szellemfilozófia).

Ha van jelző amit Hegel legkevésbé állít saját filozófiájáról az nem más, mint az eredetiség. Ellentétben a filozófiatörténet más nagy gondolkodóival, ő sem nem teremt új paradigmát, sem nem rombol le régieket. Sokkal inkább szintetikus gondolkodónak tekinthetjük Hegelt - és tekinti ő saját magát is -, aki az antik görög bölcséletet és a keresztény hitet óhajtja egységre hozni a felvilágosult ész és a szabadság "modern" terminusaiban. Innen érthető meg a hegeli gondolkodást olyannyira jellemző állandóság-gondolat, ami szerint filozófiája fennálló gondolati hagyományokat aknáz ki, analizálja őket és egyben szintetikus egységet is kíván teremteni köztük. Hegel e gondolattal teljesen koherens módon saját teljesítményét nem valami individuálisnak, egy romantikus génius zseniális szellemi önkifejezésének fogja fel, hanem egy a világban valóságosan meglévő igazság pusztá kifejeződéseként, szinte a preszókratikus görög bölcsékhez hasonlóan nem megalkotja, csupán "meghallja" azokat a gondolatokat, amiket más talán nem képes. Innen a személytelen "tudomány" elnevezés amivel Hegel saját filozófiáját következetesen illeti, és az a tudomány nem más, mint a nyugati filozófia összteljesítménye. A filozófia célja ennek megfelelően az önmagában valónak (die Sache selbst) megragadása, amihez per definitionem nem járulhat semmiféle, a megismerő szubjektumnak, vagy e szubjektum hatásának tulajdonított attribútum.

A hegeli morálfilozófia ily módon értelmezhető az antik etika újratemtésének, természetesen az újkori filozófiában kikerülhetetlen önreflexió figyelembevételével. Az állítás első felét igazolhatjuk azzal, hogy - amint már sejthetjük is - ennek az etikának, csakúgy mint a görög

etikáknak, a fundamentuma nem a mai értelemben vett morális individuum; ennek bizonyítására még ki fogunk térni. Az állítás második fele abban áll, hogy Hegel igen érzékeny a modern embert érintő ellentmondó inspirációkra, értékkonfliktusokra, melyek kezelésében azt a technikát követi, hogy igyekszik visszavezetni ezeket történelmi gyökereikhez, társadalmi-intézményi kifejeződéseikhez. Egyfajta genealógiai redukciót hajt tehát végre, annak reményében, hogy az eredetben megleti a feltételezett magasabb egységet, melyben a jellemzett ellentmondások feloldódnak. Ennek megfelelően etikai, társadalomfilozófiai főművében, a Jogfilozófiában egy olyan társadalmi berendezkedés modelljét kívánja felvázolni, melyben ezen mély emberi igények és szükségletek oly módon elégíthetők ki, hogy mindeközben elkerülhetőekké válnak az inkompatibilis és korlátos javak közti tragikus választások. Ez az eredmény voltaképpen egy racionális teodícea következménye, mely szerint az isteni értelem (világszellem) megvalósítja önmagát. Hol van helye ebben a nagy ívű tervben, jól determinált folyamatban az egyén minimális akaratszabadságát általában feltételező etikának? Sokan azt állítják sehol, tudniillik a vázolt struktúra belső logikájából következően feloldódik a politikai- illetve társadalomfilozófiában. Ez az állítás - bár nem nélkülöz minden valóságálapot - erős túlzásnak tűnik. A hegeli filozófia globálisan tekintve, szándéka szerint egy fundamentális metafizika, melynek célja, hogy kora "modern" meghasonlottságából, elidegenedett emberi tudatformájából kiutat mutasson (lásd fenn!). Ebből kifolyólag az 'akaratot', mint minden etika egy alapfogalmát ebben a rendszerben nem lehet voluntarista módon, közvetlenül adottként értelmezni, hanem csak mint a metafizikai kontempláció egy tárgyát. Innen, hogy Hegel nem normákat fogalmaz meg arra nézvést, hogy milyennek kéne lennie mondjuk például az államnak, hanem deskriptíve bemutatja az isteni értelem, és ennek része a társadalmi valóság inherens racionalitását, létrejöttét, önmegvalósításának folyamatát. Messzemenőig hibás leegyszerűsítésnek minősíthetjük tehát azt az álláspontot, hogy Hegel filozófiájában mindig a fennállót igazolja. Sőt, ezzel ellentétben kifejezetten kiemeli, például minden egzisztáló állam telis-tele van hibákkal, hiszen egyik sem teljesen racionális, mivel egyik sem teljesen - a hegeli terminus sajátos értelmében - valóságos. Ugyanakkor - mint azt a filozófia diszciplinájának fenti meghatározásából sejteni lehet - nem a "tudomány" feladata ezen hibák felderítése és kijavítása - ez merőben gyakorlati kérdés.

III. Valóság és racionalitás

Akárcsak Arisztotelész, Hegel is a filozófiai kontemplációt tekinti az értelem legmagasabb céljának nem pedig valamiféle praktikus végcél. Ugyanakkor Hegel kissé tovább árnyalja a spekuláció fogalmát azzal, hogy amint láthattuk a filozófiát egyaránt megkülönbözteti nem csak a gyakorlati észhasználatától, hanem az empirikus szaktudományokban bevett kutatási tevékenységektől is. Az abszolút idea nála felette van mind a jó, mind a kogníció ideájának, egyben mindkettő voltaképpen előfeltétele is. A spekulatív bölcsesség ugyanis egyaránt kapcsolódik a transzcendens isteni ész (szellem) szemléléséhez, és ahhoz amit ennek gyakorlatként hívhatunk, azaz ahhoz ami a világban való megvalósulása: a művészethez, valláshoz, filozófiához. A spekulatív ész számára tehát a dolgok belső esszenciája - ami nem más, mint racionális magjuk - a tényleges értelemben vett valóság, nem pedig a pusztán egzisztáló entitás. Így ez lesz a tudomány tárgya, és egyben minden filozófia kiindulópontja, és ez alól a gyakorlati filozófia, az etika sem kivétel.

Ez a gondolatmenet vezet el bennünket a Jogfilozófia elején található szállóigévé vált megállapításhoz: Ami ésszerű az valóságos, és ami valóságos az ésszerű. Mi is a különbség tehát az igazán valóságos és a pusztán egzisztáló között, vagy más szóval - ahogy Hegel gyakran hívja - jelenség (Erscheinung) és látszat (Schein) között? Míg a második tágabb értelemben minden, ami "fennáll", vagy a lehetséges tapasztalat tárgya, addig az előbbi predikátum csak azt

illeti meg, ami teljes mértékben mutatja azt a szükségszerű kapcsolatot, ami önnön racionális lényegével, mivoltával összeköti. Az emberek például mindig bűnösök lesznek, ám nem ebben jelölhetjük meg lényegi vonásukat, hanem mondjuk a peripatetikus hagyomány alapján eszes élőlény mivoltukban. Ezen racionális lényeg adekvát megjelenését hívhatjuk valóságnak, míg a másik felszín, esetlegesség. A viszonyt úgy is ábrázolhatjuk, mint a szükségszerű, változatlan és örök Isten, és a kontingens teremtett világ viszonyát. Azt, hogy a valóság ilyen megismerhető inherens mivolttal rendelkezék az isteni értelem mindenhová kiterjedő ön-manifestálódása biztosítja. A - vizsgált témánk szempontjából igen jelentős - állam például, amennyiben valóságos az isteni értelem önmegvalósításának ún. objektív szintje, szemben mondjuk a természet eggyel alacsonyabb szintjével.

A filozófia illetően felfogása szigorú értelemben nem teszi lehetővé azt, hogy e diszciplínán belül etikai kérdéseket tárgyaljunk, hiszen a filozófia nem foglalkozhat a "kellés" (Sollen) világával, mivel az igazán valóságosról csak deskriptíve lehet szólni, a normativitás számára nincs hely. Ugyanakkor ennek ellentmond az a hegeli történelemfilozófiában az "ész csele" néven elhíresült tény, hogy az isteni értelem (világszellem) az emberi aktusokon keresztül valósítja meg önmagát. Ily módon a hegeli rendszeren belül az objektív szellemről szóló gondolatokat lehet egyfajta gyakorlati filozófiának tekinteni, azzal a már jelzett megszorítással, hogy ez az "etika" mindig kognitív-deszkriptív jellegű lesz, és soha nem voluntarista-normatív. Az objektív szellem két értelemben nevezhető "objektívnek": egyszer tárgya szerint, hiszen az individuum számára külső adottságként megjelenő, objektív emberi világ elemeivel - társadalom, intézmények, stb. - foglalkozik. Másodszor érvényessége szerint objektív ez a gondolkodás, hiszen a benne definiált köteleességek, intézmények, stb. az egyén számára normatív jellegű objektív érvénnyel bírnak. Ezt a megkülönböztetést figyelembe véve értelmezhetjük a Jogfilozófia két hagyományos olvasata közötti eltérést. Az általánosabban elterjedt nézet szerint a mű voltaképpen értekezés a fent röviden ismertetett racionális teodíceáról, míg a szerző álláspontjához közelebb álló olvasat szerint - amit több szöveghely alapján kimutathatónak vél - itt egy etikai elméletről, gyakorlati filozófiáról van szó, melynek központi kérdése, hogy milyen legyen az a társadalmi valóság, az az állam, amelyik minél jobban megvalósítja lényegi funkcióit, azaz igazán valóságos, fogalmának megfelelő.

Ha ezen második megközelítést elfogadva kívánunk közelebb jutni a hegeli gondolkodáshoz, akkor sokat segíthet Hegel metódusának meghatározásához a valóságosság és a racionalitás közti ekvivalencia gondolata. Ami Hegel szerint hibás az nem más, mint az az eljárás, hogy valamilyen többé-kevésbé önkényes eljárás alapján kijelöljük az ideálokat, majd megvizsgáljuk, hogy a tapasztalatilag adottban mi egyeztethető össze ezekkel, és mi nem. Hibás ez a metódus, hiszen a valóság ésszerűsége az egyes egzisztáló entitások saját képességeinek gyakorlásában, inherens esszenciájuk beteljesedésében áll, nem pedig valami külsőhöz mért koherencia meglététől, avagy hiányától függ. Ez a haladás az ésszerű felé nem mindig uralkodik a számunkra adott valóságban, ugyanakkor a dolgok, események, folyamatok természetének, törvényszerűségeinek feltárása által következtethetünk rá. Ez persze magával vonja a gyakorlati filozófia önállótlanágát, hiszen a fenti tényekről a spekulatív gondolkodás ad számot, így az etika és a metafizika együtt kell hogy dolgozzanak. Ahogy az már kimondatlanul is nyilvánvalóvá vált a hegeli etikai gondolkodás sokban hasonlít az arisztotelészi tradícióhoz. És ahogy Arisztotelész, Hegel sem szereti azt, aki a világot szeretné megtanítani arra milyen legyen, hiszen a valódi ideál mindkettőjük számára inherens. Hegelnek az a harca a "Sollen" ellen valószínűleg Kant és Fichte ellen irányul, akik a praktikus ész elválasztották a spekulatívától, és a "morális autonómia" fogalmának segítségével fölébe helyezték annak.

Érdeemes megvizsgálni mindezek alapján, hogy vajon mennyi igazság van abban a - Jogfilozófia előszaván alapuló - elterjedt nézetben, mely szerint Hegel a porosz állami berendezkedés apológétája, a hivatalos Porosz Állami Filozófus lett volna? Figyeljük meg, hogy ugyanabban a §-ban, mely e tételnek is alapul szolgál azt olvashatjuk, hogy az igazi politikai filozófia valódi

példája Platón Állam-a, hiszen korát, az athéni demokráciát annak jelenvaló valóságában képes megragadni. Állítja ezt arról a műről, amit a politikai utópia első és máig egyik leglényegesebb darabjának szokás tartani. Hegel tehát saját intenciói szerint pontosan annyira saját kora és társadalma apológétája, amennyire Platóné annak tarthatjuk. Az általa leírt racionális állam eszménye valóban hasonlít Poroszországra, ám nem arra a Poroszországra, amelyet mi mint történelmi tényt ismerünk, hanem sokkal inkább a napóleoni háborúk utáni reformtervezetek Poroszországra. III. Frigyes Vilmos 1815-ben írott alkotmányt és parlamentet ígért. Hardenberg és Humboldt 1819-ben tervet dolgoz ki a fentiek megvalósítására, mely egyfajta alkotmányos monarchiának képzelte el a jövő Poroszországát, és sok ponton feltűnő hasonlóságot mutat a Jogfilozófia konkrét politikai megállapításaival - például a foglalkozás és lakóhely szerint összeálló korporatív rendszerű alsóházról szóló elképzelésben. Figyelembe kell vennünk továbbá azt a tényt, hogy az előadások rendkívül nagy eltéréseket mutatnak az egyes kijelentések között politikai implikációik tekintetében. Egy 1819-es előadás anyagában például a híres ekvivalencia gondolat abban a formában szerepel, hogy ami ésszerű az valósággá válik, ami mindenképpen egyfajta dinamikusságot sejtet, talán úgy értelmezhetjük, hogy ez a változás, azaz a fejlődés az, ami szükségszerűen ésszerű. Mindenesetre a tétel semmiképpen sem a status quo ésszerűségét támasztja alá. 1819 után aztán a reformok elég nagy hirtelenséggel megbuktak, így aztán soha nem tudjuk meg milyen lett volna ez a Poroszország, ami végül történelmi tény lett, az Hegel szempontjából nem a fogalmának megfelelő állam, azaz Poroszország soha nem lett igazán valóságos, mert nem valósította meg saját belső lényegét.

Térjünk vissza a tétel - ami ésszerű az valóságos, és ami valóságos az ésszerű - értelmezéséhez. A tanulmány szerzője két szinten értelmezi a kijelentést, egyszer a spekulatív gondolkodás szemszögéből - mely szerint a filozófia feladata a létező entitások belső racionális lényegének megragadása, nem pedig a felszíni jelenségek leírása - és másodsor a gyakorlati filozófia nézőpontjából. Ez utóbbi értelemben a tétel voltaképpen értelme abban ragadható meg, hogy az állítás szerint a racionális emberi magatartások nem valamiféle, a létezőkhöz képest külső ideákból vagy princípiumokból fakadnak, hanem annak megragadásából, ami van, ami valóságosan adott, bár ennek pontos mibenlétét nem tisztázza a szerző. A spekulatív értelmezés ugyanakkor szolgáltat némi alapot az etikának, jelesül az önmegvalósítás gondolatát, melyet Hegel egyaránt igaznak tart a metafizika szintjén, mint spontán arisztotelianus teleológiát, és az etika, az akarattal rendelkező emberi magatartásokkal foglalkozó diszciplína szintjén. A spekulatív értelmezést el lehet vetni úgy, hogy közben az etikai értelmezést fenntartjuk, ám ezt legitim módon csak úgy tehetjük meg, ha az önmegvalósítás-gondolatot más princípiumok segítségével megalapozzuk. Wood álláspontja szerint pontosan ezt a feladatot tölti be a fent leírt kulturális analízis, mint elmélet és módszer. Annyi bizonyosan kijelenthető, hogy egyik értelmezés sem tagadja, hogy mindenben ami egzisztál találhatóak kritikára érdemes hibák. A bemutatott értelmezés szerint tehát rekonstruálható egy hegelianus etikai elmélet, ami egyfajta naturalista etika vegyítve az említett arisztotelészi gondolattal.

IV. A hegeli etika

1. Önmegvalósítás

Minden etikai elméletnek az emberi létezésről szóló számadáson kell alapulnia: mi az ember számára jó, mi felel meg ennek, melyik életmód áll ehhez legközelebb? Ilyetén értelmezésben minden etika az emberi önmegvalósítás elmélete, hiszen nem mást kutat, mint hogy hogyan

lehet megvalósítani azt a sajátos emberi jót, ami az elmélet alapjául szolgál. Hogy milyen is az emberi természet, amelyre azt a jót alkalmazni szeretnénk arról megoszlanak a vélemények. Platón a pszichológikumban, Kant a véges és befejezett ésszerű akaratban míg az utilitaristák a vágyak és affekciók általi rabságban látták az emberi létezés lényegi specifikumát. Hegel szemszögéből mindezen elméletek általános hibája a túlzott egyoldalúság, míg ő maga egy komplex leírást kíván adni az emberi természet mibenlétéről, sok emberképet, azaz sok megfigyelt önképet egyesítve, szisztematizálva. Ami unikum ebben a szemléletben és Hegel nóvumának tekinthető az az emberi természetről alkotott kép történetivé tétele, és az egyes jellegek specialitások időbeli vizsgálata. Ez a történetiség voltaképpen egy olyan folyamat melynek eredménye maga a vizsgált emberi természet, és amelynek során e természet önmagáról való tudásra tesz szert. Pontosan a történetiségnek egy ilyen határozottan egységes, objektivista felfogása az amely - bár sok tekintetben már-már hermeneutikai álláspontra helyezkedik (vö. a Jogfilozófiában az alkotmányról mondottakat) - megkülönbözteti (vagy megmenti?) Hegelt a kulturális relativizmustól.

Természetesen maga az a koncepció, mely az emberi természet legfejlettebb fokát azonosítja az egyén öntudatával sokat köszönhet a nagy elődöknek, Kantnak és Fichtének. Kant álláspontja szerint az öntudat sem nem egy, a pszichikai állapotainkból eredő mentális jelenség, mint Descartes-nál, sem nem a percepció folyamatának, és kauzális kapcsolódásainak passzív megfigyelése, mint a Locke-i, Hume-i tradícióban, hanem az aktív kombinálás és szintézis-alkotás tudata. Kant ily módon e tudatot cselekvőnek gondolta el, és ezért logikusan az akaratot az öntudatból származtatja és azonosítja a gyakorlati ésszel. E koncepció következményeképpen Kant és a német "idealisták" számára a személyes identitás racionális konstrukció, azaz az individuum által megalkotandó valami. Az a feladatunk tehát, hogy azzá legyünk akik igazán lényegileg vagyunk. Fichténél az Én - és ezzel az öntudat is - már egyértelműen aktív princípium, nem pedig passzív kontempláció. Az öntudat ily módon nem más, mint az Én aktivitásáról, más szóval az akaratról való reflexió, és e kettő (én és öntudat) természetesen mindig együtt járnak, hiszen a reflexió célokat, tárgyakat ad az akarat számára. Így az Én az ami, és egyben az amivé válni igyekszik, mert bár akarat és reflexió a fogalmi analízis számára elkülöníthetőek, a gyakorlatban koegzisztenciálisak. Az Én ezért nem tekinthető kellő általánossággal bíró metafizikai objektumnak, sokkal inkább mindig egy sajátos individuum exemplifikálja.

Hegelnél ez a fenti fogalmi séma annyiban módosul, hogy nála szintén az akarat az a momentum, ami lehetővé teszi, hogy az én fogalmát saját magamra alkalmazzam, de ez ugyanígy áll minden akarattal rendelkező létezőre. Így lesz az akarat valami általános, és a személyes identitás megvalósítása egyéni feladat helyett "közös projekt". A személyiség Hegelnél közösségivé válik, azaz az egyén sajátosságainak kulturális, történelmi vonatkozásait hangsúlyozza. Ezek a vonatkozások nem hagyják az öntudatot változatlanul; a "projekt" végrehajtása során az ember mélyebb belátásra tesz szert önmagáról és az önmagára alkalmazott reflexivitástól. Mindezek eredményeképpen fejlődik az emberi természet - amely tehát nem örök és változatlan attribútumokkal bír -, és ez az eredmény adekvát a feladat kezdeti célkitűzéseivel. Persze az én részeként a célok és a szándékok is változnak, ezért mondhatjuk, hogy az egyént saját céljai, inspirációi alakítják, nem valami külső tárgy. Állandó egymásra hatást fedezhetünk tehát fel öntudat, mint reflexivitás és az önmegismerés, mint az énről alkotott, a reflexivitást is magába foglaló deskripció között, mely egymásra hatás állandóságánál fogva a személyiség folyamatos változását idézi elő, azaz a személyiség azonosságfeltételét pontosan ez a folyamat adja. Mint azt könnyen észrevehetjük a fent leírt dinamikus struktúra nem más, mint amit Hegel a dialektika gondolatával és módszerével kíván visszaadni.

Az önmegvalósítás ezen folyamata voltaképpen azonos azzal, amit Kant tapasztalásnak nevez, és ebben a minden akarattal rendelkező individuum számára közös tapasztalatban részesülnek

az egyes individuális egyének. Így az egyéni törekvések, mint kumulatív vagy kollektívek válnak csak értelmezhetővé, még hozzá az általános sajátos esszenciájának megértése révén, hiszen ez az ami minden egyénben megvalósul, instanciálódik.

2. Szellem

Hegel egyik legtöbb vitát és ellenérzést kiváltó gondolatát úgy foglalhatjuk össze, hogy - a már leírt elméleti alapokon - a különböző emberi törekvések és inspirációk egy történelmi tendenciaként értelmezhetőek. Ezen általános predikátum kollektív szubjektuma a Szellem (Geist). Sok gúny és támadás érte a filozófia története során már ezt a "csoportos elmét". Minden ilyen kritika elméletileg a kartéziánus dualizmus szellemi szubsztancia felfogásán alapul, miszerint a szellem (lélek) valami belső, nem térbeli, privát, stb. entitás. Hegel ebben a kérdésben is inkább arisztotelianus, azaz a lélek inkább forma, egyfajta szervezettség. És ahogyan az egyén magatartása megjelenítheti ezt a struktúrát, úgy feltehetjük, hogy a kollektív magatartások mögött is egy kollektív struktúra, közös forma rejlik. Azt mondhatjuk, hogy a társadalom és a történelem kategóriái voltaképpen lefedik ezt a fogalmat.

Az öntudat a hegeli rendszerben a szubjektív szellem kategóriája, míg amennyiben a fenti értelemben az individuális egyének törekvései, magatartásai kifejezik a sajátos közös szubjektív formát, akkor ez egy működő történelmi, társadalmi rendet eredmény; ez pedig az objektív szellem. Fontos látnunk azonban, hogy - sok téves interpretációval ellentétben - ez utóbbit szintén az individuumok tettei, cselekedetei alkotják. Hegel praktikus filozófiáját ezért jellemzi úgy a szerző, mint az objektív szellem rendszerét a modern kultúrában. És - az emberi természetről alkotott nézeteiből logikusan következően - ahogy az antik etikák is, Hegel is - egy olyan emberi jó fogalmával dolgozik, amely nem redukálható az egyes partikuláris preferenciákra és vágyakra, amik természetszerűleg mindig kontingensek, hiszen az egyének mindig erre a jóra törekednek, de tévedhetnek annak mibenléte felől. Az egyes emberek életek közti látható különbség Hegel számára nem pusztán akcidentiális, mivel a kanti hagyomány értelmében ekkor lehetetlen volna a valódi kauzális magyarázat, és ezzel maga az értelmi megragadás is. E különbségeket a társadalmi, történelmi szituáció alapján lehet megérteni, és ez valódi szükségszerűséget jelent. A fent jellemzett Szellem és az ahhoz kapcsolódó jó azok a fogalmak, amelynek terminusaiban áll a fogalmi megragadás.

A klasszikus antik tradícióban az ember számára elérhető végső jó az eudaimónia. Ezt érheti el az emberi természet legtökéletesebb önmegvalósítási fokán, és az a mentális állapot voltaképpen azonos a lélek legmagasabb rendű képességének, azaz az értelmes lélekrésznek a működésével. Hegel felfogása ettől egy formális és egy tartalmi vonatkozásban is eltér. A formai különbséget abban ragadhatjuk meg, hogy Hegel az emberi természet számára nem valami transzcendentális jót mutat fel, mint amilyen az isteni noészisz az Arisztotelésznél, hanem ez a jó az emberi természet koncepcióján, annak fogalmán (Bestimmung des Geistes) alapul. És ahogy az öntudat egyaránt szól arról ami vagyok, és arról lenni akarok vagy tenni szándékozom, éppúgy a szellem koncepciójában is bennfoglaltatik mindaz ami és ami a célja, hivatása. A tartalmi különbséget az a tény jelenti, hogy bár mindkét felfogás szerint az emberi természet esszenciális vonásai szoros kapcsolatban vannak a racionális képességek gyakorlásával, ám Hegel nem a boldogságot teszi meg az ember számára elérhető és megvalósítandó legvégső célnak, hanem a szabadságot.

3. Modern önmegértés

A modern önmegvalósítás és önmegértés tehát azok a fogalmak amelyre a könyv szerzője a szerinte meglévő hegelianus etikai elméletet alapozza. Annyi bizonyos, hogy ez az elmélet egy társadalmi irányultságú etika lesz, hiszen az imént kifejtett értelemben vett objektív szellem területén belül lokalizálhatjuk. Ez azt jelenti, hogy az elmélet elé kitűzött megoldandó feladat egy racionális társadalmi berendezkedés modellálása, nem pedig az individuum morális választásai általános fogalmi sémájának leírása lesz. Ez volna Hegel hírhedt anti-individualizmusa, etatizmusa, ám sokan megfedkeznek arról a mögöttes tartalomról, hogy ezen rekonstruált elmélet szerint a legfőbb elérendő emberi jó a szabadság, és Hegel állítása értelmében ezt az egyén, mint egy állam polgára valósíthatja meg leginkább. Hasonlóan a klasszikus utilitarista elméletekhez - elsősorban persze Benthamhez és Millhez - az etikai cél az osztársadalmi jó megteremtése lesz. Ám ellentétben az említett szerzőkkel Hegelnél ez nem egyszerűen kumulatív értelemben vett társadalmi összhaszon, hiszen például önálló önértéket ad az intézményi struktúrának, a közösségi tudatnak, stb... Ebben az összefüggésben kell tehát értelmezni azt a tételt, hogy Hegel etikája társadalmi irányultságú. Az elmélet további individuális momentuma az a gondolat, hogy az egyéni önmegvalósítás végső stádiumában benne foglalhatik az államban való részvétel, tagság állapota is, és ezen állapotban képes csak megragadni is azt. Végső soron tehát az elmélet az individuális ember létmódján és természetén, önmegvalósításán alapszik, ebben az értelemben tehát a hegeli etikai elmélet egy kvázi-individuális etika.

A Jogfilozófia tulajdonképpen felfogható úgy is, mint az Enciklopédia III. kötetének részletesebb kifejtése. A kiindulási pont a szubjektív szellem fejlődésének végpontja: az akarat, azaz az emberi individuum, mint racionális ágens, mely megvalósítja szabadságát. A mű által tárgyalt három fő rész (absztrakt jog, moralitás, etikum) csak a legutolsó igazán valóságos, az első kettő csupán az analízis számára létező puszta absztrakt momentum. Ez nem jelent mást, mint hogy ezen stádiumok egyoldalúan írják le az emberi természetet, hiszen azt teljes, egész összefüggésrendszerében csak, mint a szociális struktúrában való megvalósulást értelmezhetjük, ez utóbbi pedig azonos az etikummal (Sittlichkeit - fordítás tőlem M.M.), mint "erkölcsi valósággal". Ugyanakkor természetesen fontos a két megelőző stádium bemutatása is, hiszen ezek hozzásegítenek az emberi természet mélyebb öntudatának kialakulásához és megértéséhez.

4. Absztrakt jog

Az absztrakt jog stádiuma az emberi természet azon önképén alapul, amelynek kulcsfogalma a "személy", ami definíció szerint olyan létezési mód, mely az egyén számára lehetővé teszi a szabd választást, és amelyben az individuum e képességének külső megbecsülését követeli abban az externális szférában, melyben e képességét gyakorolja. E definíció a személyt az általa uralt externális terület sajátos tulajdonosává teszi. E tulajdon konkrét tárgyai nem mások, mint a fizikai dolgok, a test, az élet, a személy pedig - pusztán személy mivolta alapján - e jogok alanya. Az absztrakt jog világa tehát nem más, mint amit természetjognak szokás nevezni, és amit az "antiliberalis" Hegel úgy látszik legalább annyira alapvetőnek tart, mint mondjuk az "ösliberalis" Locke. Az emberi természet önfelfogásának ez a típusa - a hegeli történelemfelfogásnak megfelelően - először Rómában valósult meg, legplasztikusabban a római jog formájában. A görögségnél az a gondolati háttér, hogy a phüszisz terminusa egyaránt felöleli az emberi mivoltól és a fizikai világról tett nomikus állításokat sajátos harmóniát teremtett ember és külvilág, egyén és társadalom, különös és általános között. A reflexió az amely elválasztotta a két oldalt, és így a társadalom alapvető funkcióját az egyéni követelések

biztosításában, az individuumok egymástól való megvédésében fedezte föl. A polgári jogok és egyéni privilégiumok rendszere Rómában így a társadalmi elidegenedés és az önvédelem következménye. Ez Hegel szerint autokráciához vezet, mivel az egyén bírja az általánost, és az eszmény minden ember számára a szabadság elérése, mint személy. Ám igazán általánossá az elv csak a kereszténységgel vált, és a modern újkori társadalom lesz az, amelyben igazán valóságossá válik.

5. Moralitás

A moralitás önértelmezési stádiumának kulcsfogalma a szubjektum, azaz a szabad akarat önreflexiója, melyben már nem csak a külvilág érdekelt. Ez a plusz a személyhez képest a szándék fontosságában jelenik meg, amely szerint a szubjektum esetében a szabad akarat jó avagy rossz mivolta lényeges különbség, és e különbség alapján létrejön az individuum által uralt külvilágban lejátszódó események miatti felelősség is. Ez a definíció a morális én szubjektív szabadságának teremt helyet. Bár Hegelt - sok tekintetben jogosan - moralitáskritikusként szokás számontartani, mégis úgy tűnik jelentőségteljesnek gondolta a morális szabadság állomását. Egyrészt a rendszer egészét figyelembe véve az egyén saját öntudatának és gondolkodásának elmélyülése szempontjából, másrészt úgy tűnik ez a legjellemzőbb jegye a keresztény modernitásnak. A történelmi panoráma úgy folytatódik, hogy a római kultúra elidegenedésének eredménye a mindenki fölött álló, döntőbíró-szerű türannosz, mely jelenség értelemszerűen egyfajta befelé fordulást váltott ki. Ez azonban Hegel szerint bizonyos értelemben negatív eredményre vezetett, a szenvedés és a boldogtalanság mentális alapélményeit váltotta ki, melyekre igazi megoldást a transzcendens Istennek való önkéntes alávetésen alapuló, "önelidegenítő" zsidó vallás jelentett. Az új alapérték az önmérséklet - sőt néha önsanyargatás - lesz, hiszen csak a hívságos emberi személyiség visszaszorításával teremthető meg a cél: az isteni és az emberi természet egysége. A hegeli történelemfilozófia számára az igazi határvonalat nem a kereszténységnek a civilizált világ általi felvétele jelenti, hanem az a tény, hogy a világ új urai, a barbárok keresztényekké váltak. A morális szubjektum megteremtésének lehetőségét a keresztény értékek és a germán népek karaktere által alkotott szintézis adja. Ez utóbbit Hegel úgy jellemzi, mint az abszolút totalitás érzést, mint a szellem korlátlan indetermináltságát, az emberi létezés önmagának elégséges és egyetemes mivoltát (Gemütlichkeit). A szabad akarat tehát formális abban az értelemben, hogy általános, transzindividualisztikus, míg a germán önmegismerés tárgya a tökéletesen partikuláris, megismételhetetlen. E kettő szükséges az egyéni szabadság megszületéséhez, és az ilyen értelemben vett szabad egyének alkotnak igazi közösséget, hoznak létre szociális intézményeket. Itt tehát a közösség - ellentétben a liberális tradícióval - nem a jog vagy a törvények alapján nem is a közös cél érdekében, hanem az egyéni hűségéből alakul ki. E folyamat plasztikus objektívációja a szabad szerződés, melyet - Hegel szerint jellemző módon - a maga általánosságában a római jog nem ismert.

Mindeközben a germán szellemiség az egyház-állam szemében bűnössé vált, és így álhatott elő az a furcsa eredmény, hogy a személy belsőleg egyedül Istennek alávetett, emberi léptékkal mérve tökéletesen szabad volt, külsőleg szolgaságra ítéltetett. Az ily módon meghatározott én felszabadítása az a folyamat, amelyben a partikuláris akarat konformmá válik az általánossal, és a moralitásban az akarat, mint önkényes eltűnik, és helyette az akarat, mint általános, vagy más szóval az akarat magában jelenik meg. A moralitásban tehát már nemcsak a személy külső uralmának háborítatlansága, hanem az egyén teljes szabadsága az ami követelménnyé válik. Ez Hegel szerint a "gondolkodás morális módja" (vö. Kant autonómia fogalmával).

6. Modern etikum

Mint korábban már jeleztem a személy és a szubjektum csupán absztrakciók, voltaképpen nem mások, mint a modern önmegértés szükséges, ám nem elégséges stádiumai. Értelmet igazán csak az etikum vonatkozásában nyernek, amely maga viszont valami objektív etikai törvényt testesít meg. Hegel felfogásában e törvényszerűség a szubsztanciális természetű, a partikuláris egyének ehhez képest csak mint akcidentálisak jelennek meg, és az egyént ily módon egy élő társadalmi rendbe helyezi.

Az elmélet szerint a legalapvetőbb, a legelső egy individuum számára a szeretet érzése, azaz "érezni saját egységét". Ennek az énképnek az etikumon belül a család a helye, amelyben az egyén először érezheti tagnak magát egy lényegi egységben. (És mellel Hegel szerint a női nem itt aktivizálhatja magát.) Ám ellentétben a romantikus kortársakkal, a hegeli elméletben nem ez lesz a szociális szféra alapja, hiszen azt szabad egyének és nem pedig mikroközösségek alkotják. Ennek megfelelően a modernitásban egyedül elfogadható családforma a nukleáris família, amely nem önálló gazdasági egység, hanem egy nagyobb gazdasági rendszer résztvevője. Ez a rendszer jelesül pedig nem más, mint a talán legnagyobb karriert befutó hegeli kategória, a civil társadalom, amely eredeti definíciója szerint egymással, mint szabad egyénnel gazdasági kapcsolatot létesítő individuumok szervezete. Nem pusztán interakciók hálózatáról, hanem a modern önmegvalósítás nélkülözhetetlen intézményéről van tehát szó. A civil társadalom intézménye teszi konkrét valósággá és egyben többoldalúvá a szabad egyéniséget, a morális szubjektum itt kap teret aktivitásának kiéléséhez. A személy és a szubjektum konkrét valósággá csak mint polgár (bourgeois), mint a civil társadalom tagja lesz, az igazi emberi létezés itt és a családban kezdődik. Noha a civil társadalomban elsősorban mint fogyasztók vagyunk jelen, Hegel számára ez a tagság mégsem csak a homo economicus-t jelenti, mivel álláspontja szerint ez egyfajta partikuláris rendi tagságot is képvisel. Ez a tagság érzés az, ami tiszteletet vált ki, ami alapján a résztvevők annak tekintik magukat, és így az intézmény léte etikai értéket kap. Hegel szerint a szolidaritás, a fent említett hűség érzése az amire a korporációk - mert hát ezekről van szó - tagjai szert tesznek, és amelyeknek az elmélet későbbi fejleményei szempontjából nagy jelentőségük van. A polgár, mint egy hivatás gyakorlója, és ennek révén egy korporáció résztvevője az egyén azon aspektusát emeli ki, mely magában foglalja a másokhoz való viszony értelmezését, a mások jólétét, és ezzel az egész társadalom javát. Ez a gondolat vezet át a legfejlettebb társadalmi szerveződés, a modern állam kategóriájához.

7. Modern állam

Az állam a hegeli rendszerben az emberi szabadság legmagasabb szintű valóságaként definiáltatik. Itt az egyének a családi szférához hasonlóan újra tagokká lesznek, mint az állam polgárai (citoyen), szemben a civil társadalommal, mely intézmény pontosan a résztvevők (bourgeois) különböző mivoltán alapszik, hiszen a gazdasági cseréből adódó sajátos alapvető funkcióját csak így képes ellátni. Szemben azonban a családban tagságot jelentő közvetlen szeretettel, ami egyfajta különös viszony, a polgárt az államhoz sajátos általános viszony fűzi, amelyben tudatos racionális azonosulást mutat az intézményekhez, mint intézményekhez, azaz nem mint adott embercsoportokhoz. Láthatjuk tehát, hogy az etikum stádiumán belül a hegeli hármasság újra lejátszódik a család - civil társadalom - állam formában. Az állam talán legfőbb sajátossága, hogy benne a különös egyéni törekvések valami általános folyamatot eredményeznek, azaz ezen a szinten valósul meg 100%-osan univerzális és individuális egysége. Ez Hegel intenciói szerint azt is jelenti, hogy - ellentétben sok interpretációval - az egyéni érdek nem áldozódik fel a közösségi érdek oltárán, hisz ez önellentmondás volna. Hegel

valóban patrióta, ami nem azonos annak a tételnek az elfogadásával, hogy az egyénnek folyamatosan készen kell állnia a haza kedvéért hozandó áldozat megtételére, hanem nála körülbelül annyit tesz, mint "az a tudati diszpozíció, melynek értelmében a közösség a végső alapja és értelme a szokásos körülmények közti életnek". (Jogfil. 268.§) Ily módon a hűség már említett alapvető fogalma nem lesz más, mint az a tudat, hogy a saját érdekem tartalmát voltaképpen egy másik ember érdeke teszi ki, akiről persze alaposabb utána gondolással rájöhethetünk, hogy nem is annyira "másik" számomra. A háború Hegel szerint egy állam életében az az egyetlen helyzet, melynek során az egyéni és a közösségi érdek elválhat, és az előbbit alá kell rendelni az utóbbinak. Arra az egyébként eléggé értelmetlen kérdésre, hogy vajon az állam van-e a polgárok kedvéért vagy fordítva, a válasz a premisszákból következően nyilvánvalóan az lesz, hogy egyik sem. Az állam Hegel szemében egy organizmus, melynek egyik tagja sem képes az egésztől külön életet élni, ugyanakkor az állam egyik legfontosabb feladata és célja az egyének boldogulása, mely feladatot nyilván csak egymással az előzőekben jellemzett szoros viszonyban álló emberek képesek jól elvégezni.

A könyv szerzője ezen a ponton érdekes párhuzamot mutat be a Hegeli etika és a John Stuart Mill féle megreformált utilitarizmus között. Szerinte eddig a gondolatig egy úton jár a két elmélet, hiszen Mill is csak a közösségi létformában látja az egyéni boldogulás lehetőségét, ám az ő számára az egyéni jó - mint rendes angolszász utilitaristához illi - nem más, mint az emberi élvezetek döntően kvantitatív (néha kvalitatív) értelemben vett halmozása. Hegel számára ez a jó nem ennyire absztrakt, nem ennyire általános, hiszen azt döntően determinálja az a szociális rend amiben az egyén részt vesz. A jó így az önmegvalósításnak az etikumon belüli adott szintjén lesz csak értelmezhető, más és más tehát a személy, a szubjektum, a családtag, a polgár, stb. számára.

Az állam tehát olyan intézmény, melyben az emberek, mint tagok kollektív racionális döntéseket hoznak közös életükről. És itt egy további elkülönítési alapot is találunk a családtól és a civil szférától, hiszen az előbbiben a döntések szűk körben hozatnak és érvényességük is ugyanilyen szűk körű, továbbá irracionálisak, mivel érzelmi alapúak; a civil társadalomban pedig az egyének individuális és nem közösségi döntéseket hoznak. Az emberi élet teljes formájához hozzátartozik az a fajta döntéshozatal, ami az állami létet jellemzi, így csak az állam az igazán valóságos, a másik két szféra csupán mozzanat, melyek az állam tág értelmében - mely implicit módon tartalmazza a tagok teljes emberi mivoltát - ugyan benne foglaltatnak, szűk értelemben azonban nem. Még egy momentumot említhetünk, amely jó okot ad Hegelnek arra, hogy az államot tartsa a legmagasabb szintű társadalmi valóságnak, ez pedig nem más, mint hogy ez az egyetlen szubsztanciális természetű intézmény, a szónak elsősorban abban a jelentésében, hogy az állam független. A család ugyanis, ahogy már láthattuk gazdaságilag függ a civil társadalomtól, és mindkettő közvetlenül az államtól (vö.: korporációk). Ebből adódik az állam (belső) szuverenitása, mely központi fogalom Hegelnél. Ez azt is jelenti, hogy az állam nem függ az ideáktól, a kanti célok birodalmától, hanem önértékkel bír, és önmaga számára értéket teremtő tény, valóság, és nem pusztán szellemi termék.

Szemben Kanttal Hegel számára az állam, mint önálló individuum jelenik meg a többi állam számára (külső szuverenitás), és így elvet minden népszövetség gondolatot. Az érvelés szerint csak államban egyesülve tudnak az emberek célokat megvalósítani, és így minden más állam jelenléte, mint oda nem illő csak akadályt jelent. Hegel szemszögéből az államok a történelem igazi szereplői, ugyanakkor e gondolatban inkluzíve bele értendő az a másik is, hogy az emberek, mint tagok részt vesznek a történelem alakulásában. Az államra vonatkozó ilyen tanítás a szerző szerint manapság már inkább normatív, mint deskriptív elméletnek tekinthető, hiszen a homogén államokat felváltották - vagy fel fogják váltani a multikulturális társadalmak. A leírás a történelemben egyébként is csak térben és időben erősen korlátozottan volt igaz.

8. A hegeli etika, mint elmélet

Ezek után a szerző azt a kérdést veti fel, hogy milyen etikai elmélet is voltaképpen a bemutatott hegeli elmélet. Az etikai elméleteket Wood szerint alapvetően két csoportja van deontologikusak és teleologikusak. Az elsőben a normatív kijelentések általános imperatívusz(ok)on alapulnak, melyeket mindenkor követni kell. Az emberi magatartásokra vonatkozó normákat ennek megfelelően az imperatívusz(ok)hoz mért konformitásuk szerint szelektálja, és nyilvánítja követendővé vagy elvetendővé azokat, így egyfajta axiomatikus, koherens etikai rendszert hozva létre. Ilyen elméletet tartalmaz például a bibliai zsidó-keresztény tanítás, és Kant erkölcstana. A teleologikus elméletek célokat tesznek fel, melyeknek az emberi magatartásokon keresztül meg kell valósulnia. Az egyes magatartástípusok mint a cél eléréséhez megfelelő avagy nem megfelelő eszközök fognak besorolódni itt. Ilyen elméleteknek tekinti a szerző például az utilitarizmust, vagy az antik éthosz eudaimonizmusát.

Hegel etikája egyik típusba sem sorolható teljesen, hiszen akárcsak Kant, ő is a szabadság és a racionális egyéniség követelményeire alapoz, ugyanakkor nem használja az autonómia, az önmaga számára való törvényhozás morális fogalmait, mivel a racionális ént, mint egymással szoros összefüggésben álló részek egységét, egészét fogja föl, amelyben nem lehet felsőbbrendű, független fakultást kijelölni. Am a teleologikus interpretáció sem lesz teljes, hiszen bár Hegel számára a szabadság teljes megvalósulása a világ végső célja, már akkor osztályozza és szelektálja az egyes magatartástípusokat (vö.: absztrakt jog, morál) mielőtt definiálná a célt. Úgy látszik Hegel számára egyaránt meghatározottak a cél és az eszközök is. Az elmélet tehát egy harmadik csoportba tartozik, melyet önmegvalósítás elméletnek hívhatunk, és amelynek fő gondolatmenete az alábbiakban foglalható össze. Egy bizonyos sajátos, meghatározott individuumból indul ki (az "emberi természet"), ami szelektálja a végrehajtandó magatartásokat és az elérendő célokat, hiszen ezeket az ő magatartásai és céljai. E folyamatnak kettős következménye lesz: egyrészt a parancsok és imperatívuszok annak köszönhetik létüket és kötelezőerejüket, hogy az individuumok egyes fajtái követik azokat. A célok tekintetében analóg definíció adható, és érdemes megjegyezni, hogy maga az önmegvalósítás nem célja vagy feladata az egyénnek, hanem sokkal inkább a "sorsa". Másrészt a célokat fel lehet fogni bizonyos magatartások sajátos melléktermékének is, amelyek azonban az előbb említett szempont miatt végcélnek tűnnek.

Amint láthattuk az elmélet kiindulópontja az emberi létezésről szóló leírás, amely szerint azt nem lehet a végsőkéig elválasztani a gyakorlati vonatkozásoktól. Az "ismerd meg magadat" ősi parancsának engedelmessé nem tudunk éles különbséget tenni tények és értékek, elméleti és gyakorlati észhasználat között. És nincs nagy különbség az én és különböző fakultásai között, hiszen együtt képezik az igazán valóságos egészet, egyenként csak az egyén fejlődési fokai, az önmegvalósítás részei. Így a gyakorlati én leírása tartalmazza azt az elméleti célt, amivé az én válik, illetve válni akar, tehát végső soron a szabadságot. És az öntudat saját magáról alkotott koncepciójának minden stádiumához tartozik egy adekvát magatartás és egy elérendő racionális cél. E célok és magatartások ezen stádiumhoz képest, ennek keretei között bírnak kötelező erővel és önértékkel, így mozdítván elő az egész absztrakt folyamatot. Ezt fejezik ki az olyan megfogalmazások, mint "a szabad akarat akarja a szabad akaratot" vagy "a szabadság önmaga tárgya".

Mint normatív etikát az elméletet tehát egyfajta önmegvalósítás-etikának írja le a szerző, mint metaetikát egy naturalizmussal vegyített etikai realizmusként mutatja be. Hegel itt is a görög hagyományokat követi amikor az emberi természet leírásából levezetett emberi jó, emberi szükségletek, stb. fogalmával dolgozik, csakúgy mint az antik naturalizmus képviselői. Azonban szemben Platón és Arisztotelész pszichológiai elméleteivel, melyek lélekrészek sajátos funkcióiból, illetve az ember racionális képességeinek gyakorlásából indulnak ki, Hegel

historizált naturalizmust ad elő. Az emberi természet számára - csakúgy mint Rousseau-nál vagy Herdernél - történeti termék, azaz az önmegvalósítás folyamata formálja, alakítja. Így az emberi jó, az emberi szükségletek fogalmi változó, alakítható fogalmakká válnak. Egyébként többek között ez az a gondolat, amelyet a Hegel tanítvány Marx is átvesz, így ebből a szempontból a marxi elmélet is naturalista, és a szerző megítélése szerint téves az az igen elterjedt interpretáció, hogy Marx nem ismeri az emberi természetet. A modern XX. századi naturalisták többnyire az emberek tudatos vágyaiból és preferenciáiból indulnak ki, így ezen elméletek inkább tekinthetők az empirikus szociológia tudományához tartozóknak, mint filozófiai teóriáknak. Ugyanakkor az említett vágyak és preferenciák a tapasztalat szerint gyakran számtalan különféle zavaró külső tényezők (ideológia, manipuláció, félreinformáltság, stb.) hatásainak eredményei, ezért egy átfogó leírásnak számot kell tudni adni ezen befolyásoló tényezőkről is. Mivel a mai naturalizmus ezt nem teszi meg ezért Wood ezeket az elméleteket találóan idealizált naturalizmusoknak nevezi, hiszen közös előfeltevésük szerint az általuk vizsgált hipotetikus, a valóságban tiszta formában nem létező preferenciák valóságosabbak, mint a zavaró hatások eredményeképpen létrejövő ambivalens emberi törekvések. E hipotetikus vágyak, preferenciák, stb. felállítása egy sor elméleti kontrafaktuális állítás elemzésén alapul. És így logikailag nyilván védhetőbbé válik, mint a klasszikus naturalizmus tézisei, vagy Hegel historizmusa. Az ilyen idealizált naturalista elméletek hibája a tanulmány szerzője szerint az, hogy nem tesznek lehetővé semmiféle nevelés-etikát, hiszen az ténykérdés, hogy a csecsemőnek nincsenek idealizált preferenciái, mivel nincsenek feldolgozott információi a világról. A gyermekek esetében sokkal inkább beszélhetünk a külső tényezők hatásairól, mint stabilan meglévő határozott vágyokról és preferenciákról.

A klasszikus antik naturalizmus általános koncepciót ad az emberi jó mibenlétéről, melyet - ezek után értelemszerűen - maximalizálni, a lehető legvégső szintig megvalósítani kell. A historizált verzió nem ad ilyen generális koncepciót, ám alapvető állítása szerint az ember beleszületik egy adott, és számára készen kapott társadalmi, történelmi szituációba, mely inherensen tartalmazza saját önértelmezését. Ezen értelmezés adja meg annak a jó-fogalomnak jelentéstartalmát, melyet minden embernek követnie kell. E koncepciónak megvan az az óriási előnye, hogy tudja kezelni a jövő nemzedék elvileg tökéletesen indeterminisztikus jó-fogalmát is, míg a klasszikus naturalizmus nem képes erre, hacsak nem akarja minden változás lehetőségét teljesen kizárni, ami elég nagy ár lenne, hiszen az intuitív tapasztalat szerint bár vannak állandó, örök szükségleteink is, igen sok azonban változik. Pontosan ez utóbbiakról állítja a historizált elmélet, hogy megijósolhatóak. Hogyan tételvezetheti fel ezt a prediktív képességet, hiszen az is állandó tapasztalat, hogy a lehetséges emberi magatartások köre kvantitatív bővülést és kvalitatív elmélyülést mutat, és ezért a jelen fogalmi inadekvátak a jövő leírásához. A probléma nyilván csak a historizmusban jelenik meg, hiszen az idealizált preferenciák elmélete szerint - éppúgy ahogy a klasszikus teóriák szerint is - ezen preferenciák nem kötődnek a változó körülményekhez. Hegel ismeri ezt a korlátot, és bele is törődik annak erejébe; ezt fejezi ki a filozófia utólagos magyarázó szerepéről szóló híres Minerva baglya hasonlatában. Ám még ezen korlát meglétét és érvényességét figyelembe véve is kijelenthető, hogy a historizált naturalizmus keretei között gyermekeink jó-fogalma a mi nevelési gyakorlatunk eredménye, legalábbis jelentős részben.

Ez tehát a historizált naturalizmus konzervatív jellege, ti. hogy az emberi természetet egy korábbi folyamat eredményének fogja föl, nem pedig egy általános tételből nyert dedukciónak. Ám eredményében semmiképpen sem nevezhető konzervatívnak, hiszen a fent leírt módon definiált emberi jó megvalósulása könnyen eredményezhet egy teljesen új szerkezetű társadalmat. A szerves fejlődés - eredetileg arisztoteliánus gyökerekre visszavezethető - hegeli gondolata az, amely inherens konzervatív tendenciát mutat.

Raphaela Mogilka:

Internationale Ansätze zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität

Geldwäsche ist ein internationales Geschäft. Das liegt einerseits daran, dass die illegalen "Grundgeschäfte" – wie der illegale Drogen-, Waffen- oder Menschenhandel – über Landesgrenzen hinweg durchgeführt werden, andererseits tritt hinzu, dass die illegalen Profite allein schon deshalb durch die Finanzmärkte verschiedener Länder geschleust werden,¹ um ihre Herkunft bestmöglich zu verschleiern. Internationale Geldwäscheaktivitäten werden zudem dadurch begünstigt, dass zwischen den Finanzmärkten ein hohes Maß an wirtschaftlicher Verflechtung besteht und die moderne Kommunikationstechnologie weltweit schnellste Verbindungswege für Finanztransaktionen zur Verfügung stellt. Hinzu kommt das politische und wirtschaftliche Zusammenwachsen Europas und der damit einhergehende Wegfall von Grenzkontrollen. Würde der Umtausch illegalen Geldes nur in einem oder einigen Ländern erschwert, könnte es im Nachbarland eingezahlt und zurücküberwiesen werden. Nur ein international abgestimmtes Verhalten kann deshalb zum Erfolg führen. Da das Phänomen demnach weltumspannend ist, haben sich internationale Organisationen u.a. bei Konferenzen damit beschäftigt und für ihre Mitglieder zum Teil verbindliche Richtlinien erlassen, die die innerstaatliche Gesetzgebung in hohem Ausmaß beeinflusst haben.² Besonders für die Bundesrepublik Deutschland, die sich erst relativ spät auf das Thema Geldwäsche eingelassen hat, waren die aus den Konferenzen hervorgegangenen Abkommen, Empfehlungen und Richtlinien gleichsam die Ideenbasis für die in der Folgezeit geschaffenen Gesetze.

1. Die Empfehlung des Europarates zu Maßnahmen gegen die Übertragung und gegen das Verheimlichen von Vermögenswerten mit kriminellem Ursprung vom 27.06.1980

¹ Welche Länder hier bevorzugt genutzt werden, richtet sich meist nach den jeweiligen Rahmenbedingungen. Vorrangige Aspekte bei der Auswahl sind liberale Devisengesetze und ein striktes Bankgeheimnis, während Sicherheitsaspekte wie harte Währung und politische Stabilität erst an zweiter Stelle rangieren. Unter diesen Gesichtspunkten scheint Osteuropa besonders attraktiv zu sein.

² Klippl, a.a.O., S. 84.

Bereits seit 1971 beschäftigte sich die sogenannte Pompidou-Arbeitsgruppe mit der Untersuchung des Drogenmißbrauchs und des illegalen Drogenhandels sowie mit dem Aufspüren und der Beschlagnahme von Gewinnen aus dem illegalen Rauschgifthandel.³ Auf ihre Vorarbeiten ging die Empfehlung des Ministerrats der Mitgliedstaaten des Europarats aus dem Jahre 1980 zurück. Inhaltlich orientiert sich diese an der Vereinbarung der Schweizer Banken über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und über die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 1. Juli 1977 (VSB).

Die Empfehlung repräsentiert das Ergebnis einer Expertenstudie, die zwischen 1978 und 1980 im Auftrag des European Committee on Crime Problems (CDCP) angefertigt wurde. Sie basiert auf der Erwägung, dass der Transfer von Vermögenswerten krimineller Herkunft von einem Land in das andere und die Wäsche dieser Werte durch Einschleusung in das Wirtschaftssystem zu erheblichen Problemen führen werde. Die Experten waren außerdem davon überzeugt, dass das Bankensystem bei der Bekämpfung dieser Phänomene eine sehr effektive präventive Rolle einnehmen könnte. Man rechnete aber auch durch die Kooperation der Banken mit einer Hilfestellung bei der Verfolgung von Straftaten durch die Behörden.

Die Empfehlung ist speziell auf den Bankenbereich zugeschnitten und enthält keine Vorgaben für eine strafrechtliche Erfassung der Geldwäsche. Unter Abschnitt a) benennt sie Maßnahmen, die von den Banken unmittelbar selbst vorzunehmen sind. Dazu gehört u.a. die Empfehlung, eine ordnungsgemäße Identifizierung von Kunden vorzunehmen und Schließfächer nur an bekannte Kunden zu vermieten. Empfohlen wird ferner die entsprechende Schulung des Personals, insbesondere im Hinblick auf die Kontrolle von Ausweispapieren und auf das Erkennen krimineller Verhaltensweisen. In Abschnitt b) wird die Kooperation zwischen Banken und Behörden angeregt, und im Abschnitt c) wird die Entwicklung von Maschinen vorgeschlagen, die es ermöglichen, die Nummern eingezahlter Banknoten automatisch mit Listen registrierter Nummern abzugleichen.

Da die Empfehlung keinen verpflichtenden Charakter hatte, hat sie in den Mitgliedsstaaten nicht viel bewirkt. Ein Mangel war

³ Sie wurde 1971 auf Initiative des französischen Präsidenten Pompidou gegründet. Die Aufgabe dieser Kooperationsgruppe liegt in der Untersuchung des Drogenmißbrauchs und des illegalen Drogenhandels aus multidisziplinärer Sicht; Kern, Christine: Geldwäscherei und organisierte Kriminalität, Regensburg 1993, S. 82.

auch die Tatsache, dass sie sich nur auf Banken bezieht, nicht aber auf Berufsgruppen wie Treuhänder, Vermögensverwalter oder Steuer- und Finanzberater, die häufig für die Geldwäsche benutzt werden.⁴ Andererseits kann man sagen, dass die Empfehlungen – zumindest auf europäischer Ebene – ihrer Zeit voraus waren. Wahrscheinlich auch aufgrund der fehlenden Umsetzungsverpflichtung fand die Empfehlung damals jedoch keine große Resonanz; eine generelle Umsetzung fand nicht statt. Erst mit Beginn der Vorarbeiten zur Konvention des Europarats wurde auf die Empfehlungen zurückgegriffen.⁵

2. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 20.12.1988

Die sogenannte Vienna Convention – die Wiener UN-Konvention – ging wesentlich weiter als alle bisherigen Abkommen. Sie wurde im Dezember 1988 verabschiedet. An dieser europäischen Konferenz nahmen Repräsentanten aus 106 Mitgliedsstaaten teil. In dem Übereinkommen wurde zum ersten Mal eine international verbindliche Definition der Geldwäsche aufgestellt. Gleichzeitig wurden die teilnehmenden Staaten zur Schaffung eines Straftatbestandes der Geldwäsche aufgefordert.

Das Übereinkommen zielt darauf ab, die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien so zu fördern, dass sie gegen die verschiedenen Erscheinungsformen des unerlaubten Verkehrs mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen, die internationales Ausmaß haben, wirksamer vorgehen können. Die Vertragsparteien sind dabei verpflichtet, alle erforderlichen gesetzgeberischen und administrativen Maßnahmen zur Umsetzung der Konvention zu treffen. Allerdings sind die grundlegenden Eigenheiten der jeweiligen nationalen Rechtssysteme bei der Umsetzung zu berücksichtigen.

Die Vienna Convention sieht ein umfassendes Maßnahmenprogramm vor, zu dessen grundlegenden Komponenten die umfassende Kriminalisierung des Drogenhandels (Art. 3) bei weitgehender Gerichtsbarkeit und Auslieferungsmöglichkeit hinsichtlich dieser Straftaten, die Schaffung umfassender Einziehungsmöglichkeiten – einschließlich entsprechender Ermittlungsbefugnisse – für Vermögenswerte ist, die aus den in Art. 3 genannten Straftaten

⁴ Kern, a.a.O., S. 83.

⁵ Werner, a.a.O., S. 39.

stammen, und die allgemeine Verbesserung der Rechtshilfe zwischen den Vertragspartnern vor.⁶

Die Konvention versteht sich als Mindeststandard und sieht in Art. 24 ausdrücklich vor, dass eine Vertragspartei strengere oder schärfere Maßnahmen treffen kann, als in der Konvention vorgesehen sind.. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. b sind die Vertragspartner verpflichtet, folgende Handlungen, sofern sie vorsätzlich begangen werden, als Straftaten zu definieren:

"i) das Umwandeln oder Übertragen von Vermögensgegenständen in der Kenntnis, dass diese Vermögensgegenstände aus einer oder mehreren in Übereinstimmung mit Buchstabe a definierten Straftaten oder aus der Teilnahme an einer oder mehreren Straftaten stammen, zu dem Zweck, den unerlaubten Ursprung der Vermögensgegenstände zu verbergen oder zu verschleiern oder einer an der Begehung einer oder mehrerer solcher Straftaten beteiligten Person behilflich zu sein, sich den rechtlichen Folgen ihres Handelns zu entziehen;
ii) das Verbergen oder Verschleiern der wahren Beschaffenheit, des Ursprungs, des Ortes oder der Bewegung der Vermögensgegenstände, der Verfügung darüber oder der Rechte oder des Eigentums daran in der Kenntnis, dass diese Vermögensgegenstände aus einer oder mehreren in Übereinstimmung mit Buchstabe a umschriebenen Straftaten oder aus der Teilnahme an einer oder mehreren dieser Straftaten stammen."

Art. 3 Abs. 1 lit. c) i) erweitert diesen Katalog noch um

"den Erwerb, den Besitz oder die Verwendung von Vermögensgegenständen , wenn der Betreffende bei Erhalt weiß, dass diese Vermögensgegenstände aus einer oder mehreren in Übereinstimmung mit Buchstabe a umschriebenen Straftaten oder aus der Teilnahme an einer oder mehreren dieser Straftaten stammen."

Diese Formulierungen der Konvention sind weitgehend an die US-amerikanischen Straftatbestände angelehnt, allerdings mit zwei Abweichungen. Erstens ist die Geldwäsche nur auf Vermögensgegenstände zugeschnitten, die aus Drogendelikten stammen, und zweitens fehlt in der Konvention die Verpflichtung zur Begründung von Meldepflichten bei bestimmten

⁶Vienna Convention Art. 3-7, abgedruckt u.a. bei Körner, BtMG, Anhang B 3.

Finanztransaktionen, deren Umgehung sanktionsbewehrt ist.⁷ Die Geldwäschedefinition der Konvention ist sehr weit gefaßt. Bereits das Umwandeln oder Übertragen von Vermögensgegenständen umfaßt eigentlich alle denkbaren Finanztransaktionen. Einschränkungen der weiten Definition werden allein über subjektive Elemente erreicht. Der Täter muss "in der Kenntnis" handeln bzw. wissen, dass die Vermögensgegenstände aus einer oder mehreren in Übereinstimmung mit Buchstabe a umschriebenen Straftaten stammen. Außerdem wird ein zweckgerichtetes Tun verlangt, wobei allerdings auf "Kenntnis, Absicht oder Zweck als Merkmal für eine in Abs. 1 genannte Straftat aus den objektiven tatsächlichen Umständen geschlossen werden" kann. Dieser Absatz in Art. 3 Abs. 3 dient der Klarstellung, dass die Konvention einer entsprechenden Beweisführung nicht entgegensteht. Keinesfalls sollen damit die inhaltlichen oder formalen Anforderungen an die Beweisführung, wie sie durch das Landesrecht der einzelnen Vertragspartner ausgestaltet sind, verändert werden.⁸

Art. 5 Abs. 2 der Konvention verpflichtet die Vertragspartner dazu, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um ihren zuständigen Behörden die Möglichkeit zu schaffen, Erträge und Vermögensgegenstände aus Drogenstraftaten zu ermitteln, sicherzustellen oder zu beschlagnahmen. Zur Durchführung dieser Maßnahmen sollen Gerichte oder Behörden anordnen können, dass Bank-, Finanz- oder Geschäftsunterlagen zur Verfügung gestellt oder beschlagnahmt werden. Als besonders wichtig scheint die Forderung in Art. 5 Abs. 3, dass die Berufung auf das Bankgeheimnis in diesen Fällen versperrt bleiben soll.⁹ Dies gilt nach Art. 7 Abs. 5 auch dann, wenn Rechtshilfe für derartige Ermittlungen geleistet wird. Die Konvention sieht jedoch keine Verpflichtung der Vertragspartner vor, gesetzliche Vorschriften zu schaffen, die Banken oder Finanzinstituten besondere Pflichten, wie etwa Meldepflichten für bestimmte Finanztransaktionen - auferlegen.

Die Vollversammlung der UNO bekräftigte am 23.2.1990 das Maßnahmenprogramm der Konvention und beschloß ein "Global Programme of Action", das unter anderem den Gedanken einer Einbeziehung des

⁷ Werner, a.a.O., S. 42.

⁸ Werner, a.a.O., S. 42 f.

⁹ Gilmore, W.C. (Ed.): International Efforts to Combat Money Laundering, Cambridge 1992, Introduction, S. xii.

Finanzsystems weiter entwickelte. In Punkt 63 dieses Programms wurde beispielsweise angeregt, Maßnahmen zu entwickeln, um das Bankensystem und andere Finanzinstitutionen davor zu bewahren, für Zwecke der Drogen-Geldwäsche mißbraucht zu werden. Dabei sollen die Staaten unter anderem in Erwägung ziehen, dies durch Erlaß entsprechender Strafnormen zu erreichen. Außerdem sollen internationale, regionale und nationale Finanzverbände dazu ermuntert werden, Richtlinien zu entwickeln, um ihre Mitglieder dabei zu unterstützen, wenn sie mit staatlichen Behörden bei der Aufspürung von Vermögenswerten aus illegalem Drogenhandel kooperieren. Schließlich sollen die Finanzinstitutionen selbst dazu bewegt werden, auf Merkmale von Geldwäsche-Transaktionen besonders zu achten.

Im Dezember 1990 legte dann eine von der UN-Vollversammlung beauftragte Expertengruppe weitere Empfehlungen vor, die an die Empfehlungen der *Financial Action Task Force* anknüpften. Nach Punkt 12 dieser Empfehlungen soll der Bankensektor möglichst interne Maßnahmen entwickeln und einführen, um sich selbst vor Mißbrauch zu Zwecken der Geldwäsche zu schützen. In Punkt 13 wird empfohlen, dass die Identität eines Kunden grundsätzlich zu prüfen ist. Zudem soll bei Zweifeln darüber, ob der Kunde auch der wirtschaftlich Berechtigte ist, mit verhältnismäßigen Mitteln auch dieser ermittelt werden. Ferner soll die Bank ungewöhnliche Transaktionen – d.h. solche, bei denen ein vernünftiger, sachlich gerechtfertigter wirtschaftlicher Hintergrund nicht ersichtlich ist – zurückweisen. Schließlich sollen alle verdächtigen Transaktionen an die zuständigen Behörden gemeldet werden. In Punkt 15 wird angeregt, von einer Expertengruppe einen Minimalstandard für berufliche Sorgfaltspflichten erarbeiten zu lassen, um der Geldwäsche zu begegnen.¹⁰

3. Die Grundsatzerklärung der Zentralbankpräsidenten der G-7 Staaten vom Dezember 1988

Nahezu zur gleichen Zeit wie die *Vienna Convention* verabschiedete der Ausschuß für Bankenbestimmungen und -überwachungen – das sogenannte *Cooke-Committee* –, der der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) angeschlossen ist, im Dezember 1988 die Baseler Grundsatzerklärung. Adressat dieser Erklärung der Zentralbankgouverneure war das Bankgewerbe. Die in diesem Gremium vertretenen Notenbank-Gouverneure von sieben europäischen Ländern sowie Japan, Kanada und den USA

¹⁰ Werner, a.a.O., S. 44.

orientierten sich bei der Formulierung der Verhaltensgrundsätze wie der Europarat in seiner Empfehlung von 1980 an der Schweizer "Vereinbarung Über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)". Sie verweisen zum Teil auf Prinzipien, die eigentlich selbstverständlich sein sollten; so sollen Banken keine Dienstleistungen anbieten oder aktive Beihilfe zu Transaktionen leisten, bei denen sie Grund zur Annahme haben, dass sie mit Geldwäsche zusammenhängen. Darüber hinaus finden sich in dem Dokument des Baseler Ausschusses, dem auch die Bundesrepublik angehört, Forderungen nach Zusammenarbeit mit den nationalen Vollzugsorganen, soweit es das Bankgeheimnis erlaubt, sowie nach Schulung und Sensibilisierung des Personals.¹¹

Die Erklärung basiert auf der Grundannahme, dass Banken unfreiwillig zu Zwecken der Geldwäsche mißbraucht werden. Gleichzeitig wird der Gedanke der Europarats-Empfehlung von 1980 aufgegriffen und hervorgehoben, dass die Banken sowohl im präventiven als auch im repressiven Bereich Hilfestellung bei der Bekämpfung leisten können. Die Verwicklung von Banken in Geldwäscheaffären hat nach Auffassung des Cooke-Committees eine negative Publizität zur Folge, die das öffentliche Vertrauen in die Banken und damit auch deren Stabilität gefährden kann. Zudem können für Banken durch die Verwicklung in kriminelle Geschäfte unmittelbare finanzielle Verluste entstehen. Aufgrund dieser Gefährdung der Banken sieht das Cooke-Committee den primären Aufgabenbereich der Bankaufsicht durch das Geldwäscheproblem tangiert und dementsprechend die Aufsicht dazu aufgerufen, ethische Standards zur beruflichen Sorgfalt zu implementieren. Bedingt durch die aufsichtsrechtliche Perspektive enthält sich die Erklärung einer Aussage zur strafrechtlichen Erfassung der Geldwäsche.

Als erste Maßnahme empfiehlt der Ausschuß die sorgfältige Kundenidentifikation. Die zweite Empfehlung wird pauschal mit "Einhaltung der Gesetze" überschrieben. Nach ihr sollen die Banken hohe ethische Standards und die Gesetze einhalten. Eine weitere Konkretisierung erfolgt nicht. Vielmehr erkennt der Ausschuß an, dass die Banken keine Möglichkeit haben, die kriminellen Zwecke von Finanztransaktionen zu erkennen. Im vierten Abschnitt der Erklärung werden die Banken dazu aufgerufen, mit den Strafverfolgungsbehörden in dem Umfang zu kooperieren, wie es das jeweilige Bankgeheimnis zulasse. Die Auflockerung des Bankgeheimnisses selbst wird nicht angesprochen. Auch hier fehlt es an weiterer Konkretisierung.

¹¹ Kern, a.a.O., S. 85.

Den Banken wird lediglich geraten, bei Verdacht auf Geldwäsche angemessene Maßnahmen zu ergreifen. Im Kapitel V wird schließlich nochmals allgemein empfohlen, dass die Banken ihre Geschäftspolitik an den Grundsätzen dieser Erklärung ausrichten sollen. Dazu solle das Personal entsprechend informiert und geschult werden.

Die Erklärung ist geprägt durch ihren unverbindlichen Charakter und die fehlende Konkretisierung. Sie bringt – gemessen an dem Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung – inhaltlich keine neuen Ansatzpunkte. Hervorzuheben ist allein, dass sich die internationale Bankaufsicht für zuständig erklärt und damit – im Vergleich zu ihrem herkömmlichen Aufgabenfeld – Neuland betritt. Vor diesem Hintergrund ist auch verständlich, dass die Erklärung trotz ihrer formalen Unverbindlichkeit zu Reaktionen in der Bankpraxis geführt hat. Von verschiedener Seite sind die Formulierungen der Erklärung übernommen und bekräftigt worden, so beispielsweise in verbindlichen Inter-Bankvereinbarungen,¹² in Hinweisen der Bankaufsichtsbehörden¹³ und in sonstigen rechtsverbindlichen Texten.¹⁴ Aus heutiger Sicht muß der Inhalt der Erklärung jedoch als überholt gelten.

4. Die Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF)

Auf dem Weltwirtschaftsgipfel in Paris wurde im Juni 1989 eine Aktionsgruppe "finanzielle Maßnahmen gegen die Wäsche von Drogengeldern durch Banken"¹⁵ eingesetzt, die am 19.4.1990 insgesamt 40 Empfehlungen veröffentlichte.¹⁶ Die Arbeitsgruppe ist ein zwischenstaatliches Gremium, dessen Zweck es ist, Politiken zur Bekämpfung der Geldwäsche zu entwickeln und zu fördern. Sie besteht derzeit aus Vertretern von 26 Ländern und zwei internationalen Organisationen (EU-Kommission und Kooperationsrat der Golfstaaten).¹⁷ Im Gegensatz zum

¹² So in Österreich, Italien und der Schweiz.

¹³ So in Frankreich und Großbritannien.

¹⁴ So in Luxemburg.

¹⁵ „Groupe d'Action Financière“ – GAFI; „Financial Action Task Force“ – FATF.

¹⁶ Financial Action Task Force – Report. Paris, February 7th, 1990, Teil 1. Abschnitt III. (Recommendations) bzw. Teil 2 (Synopsis of the Forty Recommendations); abgedruckt bei Gilmore, International Efforts, Chapter I.B.

¹⁷ Fülbier, in: Fülbier/Aepfelbach, GwG, Einl. Rz. 40.

Europaratsabkommen werden in den Empfehlungen strafrechtliche und finanzrechtliche Perspektiven erstmals vereint.¹⁸

Teil I des Berichts beschreibt das Ausmaß der Geldwäscheproblematik und gibt einen Überblick über die Methoden der Geldwäscherei, wobei die Rolle der Finanzinstitutionen hervorgehoben wird. In Teil II wird das Ergebnis einer Bestandsaufnahme zu den bereits vorhandenen internationalen und nationalen Maßnahmeprogrammen gegen die Geldwäsche präsentiert. Im internationalen Bereich wird auf die *Vienna Convention* und die Baseler Grundsatzerklärung besonders hingewiesen. Der nationale Bereich wurde unter drei Gesichtspunkten untersucht: Erstens, ob Strafvorschriften gegen die Geldwäsche bestehen, zweitens, ob und wie die Beschlagnahme und Einziehung vorgesehen ist, und dritten, welche Bedeutung und Ausgestaltung das Bankgeheimnis hat und welche Meldepflichten für Finanztransaktionen bestehen. Teil III setzt die Ergebnisse der Analyse in 40 Empfehlungen um, die sich wie folgt gliedern: Allgemeiner Rahmen der Empfehlungen (Teilabschnitt A; Empfehlungen 1 bis 3) und die Verbesserungsvorschläge für die nationalen Rechtssysteme (Teilabschnitt B, Empfehlungen 4 bis 8). Am umfangreichsten sind die Empfehlungen für die Stärkung der Rolle des Finanzsystems (Teilabschnitt C; Empfehlungen 9-29). Zuletzt folgen Empfehlungen zur Verbesserung der internationalen Kooperation (Teilabschnitt D; Empfehlungen 30 bis 40.)

Die Empfehlungen 4 bis 7 nehmen Stellung zur strafrechtlichen Erfassung der Geldwäsche. Als grundlegend wird die Kriminalisierung der Drogengeldwäsche in dem Umfang empfohlen, wie sie in der *Vienna Convention* vorgesehen ist. Jedoch wird der ausschließliche Bezug zu Drogendelikten unter anderem aus Beweisgründen für zu eng gehalten und daher eine Ausdehnung angeregt: Als Bezugstaten der Geldwäsche sollten entweder alle oder bestimmte schwere Straftaten und/oder Taten, die hohe kriminelle Profite abwerfen, in Betracht kommen. Ein Konsens wurde jedoch nur dahingehend erzielt, dass zumindest die wissentlich erfolgte Geldwäsche strafbar sein müsse. Angeregt wurde zudem, dass die Strafbarkeit - wenn möglich - auch juristische Personen selbst und nicht nur deren Angestellte treffen sollte.

¹⁸ Pieth, Mark: Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, in: Pieth, Mark (Hrsg.): Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?, Basel u.a. 1982, S. 1-27, S. 17.

Für die Einbeziehung des Finanzbereichs wird im Teil C ein sehr ins Detail gehender Maßnahmenkatalog vorgeschlagen, der auch auf spätere Initiativen des Europarates und der EG großen Einfluß genommen hat. Vorab betont der Bericht ausdrücklich, dass die Empfehlungen 12 bis 29 nicht nur im eigentlichen Bank-Bereich, sondern auch im sonstigen Finanzbereich angewendet werden soll. Erfasst werden müßten alle Geschäftsbereiche, in denen große Bargeldzahlungen anfielen, denn der Punkt, an dem Bargeld in das Finanzsystem eintritt, gilt als Schwachstelle im Geldwäsche-prozeß.

Die Empfehlungen 12 bis 14 stellen Regeln über die Identifizierung der Kunden und über die Buchführung auf. Zum Grundsatz erhoben wird das Gebot, keine anonymen Geschäftsbeziehungen mehr zuzulassen. Insbesondere bei Kontoeröffnungen, Schließfachvermietungen und umfangreichen Bargeldgeschäften soll der Bankkunde anhand eines amtlichen Ausweises identifiziert und dies schriftlich dokumentiert werden. Weil treuhänderische Geschäftskonstruktionen als besonders gefährdet eingestuft werden, soll nach Möglichkeit auch der wirtschaftlich Berechtigte einer Transaktion identifiziert werden. Die Unterlagen sollen mindestens fünf Jahre aufbewahrt werden, um in einschlägigen strafrechtlichen Verfahren den Behörden zur Verfügung zu stehen. Wesentlich ist, dass die Unterlagen so beschaffen sind, dass sie eine Rekonstruktion der Transaktion ermöglichen.

Die Empfehlungen 15 bis 20 betreffen Leitlinien zur Forderung nach einer erhöhten Sorgfalt bei den Finanzinstituten. Insoweit sollen unübliche und komplexe Großgeschäfte besonders sorgfältig auf Zweck und Hintergrund geprüft werden. Ferner sollen Finanzinstitute berechtigt oder verpflichtet sein, den Verdacht, dass Geldmittel aus strafbaren Handlungen stammen, den zuständigen Behörden mitzuteilen. Damit verbunden soll die Freistellung von straf- und zivilrechtlicher Ahndung für das Institut und seine Beschäftigten bei gutgläubiger Meldung sein. Eine Mitteilung an den Bankkunden über die¹⁹ Meldung soll nicht erfolgen. Nach einer Meldung sollen sich die Institute an die Weisungen der Behörden halten.

¹⁹Dabei soll ein besonderes Augenmerk auf die sogenannten Sitzgesellschaften geworfen werden, also solche Gesellschaften, die an dem Ort oder in dem Land, in dem sie ihren formalen Geschäftssitz haben, eigentlich gar keine Geschäfte betreiben.

Unter Punkt 20 wird außerdem die Entwicklung interner Programme – wie Personalauswahlverfahren und Schulungsprogramme – zur Bekämpfung der Geldwäsche empfohlen. Besonderes Augenmerk soll gegenüber Kunden und Instituten aus Ländern geübt werden, die die FATF-Empfehlungen nicht oder nur ungenügend befolgen. Ferner soll sichergestellt werden, daß die Empfehlungen auch von den Auslandsniederlassungen der Institute eingehalten werden. Geprüft werden sollen die Durchführbarkeit und der Nutzen von Maßnahmen zur Erfassung des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs sowie eines Meldesystems, bei dem alle nationalen und internationalen Geldgeschäfte an eine zentrale Behörde gemeldet werden. Neben dem bargeldlosen Zahlungsverkehr überhaupt soll die Entwicklung moderner und sicherer Methoden des Zahlungsverkehrs gefördert werden.

Die Empfehlungen 26 bis 29 betreffen die Aufgabe der Aufsichtsbehörden und anderer Verwaltungsbehörden. Empfohlen wird beispielsweise, dass die Aufsichtsbehörden Richtlinien erlassen sollen, mit deren Hilfe die Finanzinstitute verdächtige Verhaltensmuster ihrer Kunden erkennen können. Dabei wird allerdings betont, dass eine derartige Richtlinie niemals erschöpfend sein kann und jeweils den veränderten Umständen angepaßt werden müsse. Schließlich wird noch empfohlen, den notwendigen Rechtsrahmen dafür zu schaffen, dass Straftäter oder deren Komplizen keinen beherrschenden Einfluß auf Finanzinstitute gewinnen können.²⁰

Die FATF-Empfehlungen verstehen sich nur als "*minimal standard in the fight against money laundering*". Auch sollte nicht aus den Augen verloren werden, dass einige der Empfehlungen nur auf eingeschränkte Zustimmung stießen.²¹ Gleichwohl ist in den Empfehlungen ein Konsens dokumentiert, der auf breite politische Anerkennung gestoßen ist. Dies hat auch dazu geführt, dass die FATF ermächtigt wurde, ihre Aufgaben fortzuführen. Dabei ist neben der Fortentwicklung der Empfehlungen das Mandat hervorzuheben, die Umsetzung der Empfehlungen zu überwachen und hierüber zu berichten. Gerade dieses System des *Self-Reporting* bringt für die beteiligten Länder trotz völkerrechtlicher Unverbindlichkeit der Empfehlungen einen erheblichen

²⁰Werner, a.a.O, S. 47-49.

²¹Dazu im einzelnen Gilmore, Internatoinal Efforts, S. xviii

Umsetzungsdruck.²²

1996 wurden die 40 Empfehlungen aufgrund der vorliegenden Erfahrungen aktualisiert. Dabei wurden die Auslegungsbestimmungen berücksichtigt, die zwischen 1990 und 1995 von der "Financial Action Task Force" erarbeitet wurden. Die ursprünglichen 40 Empfehlungen waren in der Folgezeit die wesentliche Grundlage für den Vorschlag einer EG-Richtlinie der EG-Kommission.²³

5. Die Konvention des Europarates über das Waschen, das Aufspüren, die Beschlagnahme und die Einziehung der Erträge aus Straftaten vom 08.11.1990

Im September 1987 wurde vom Ministerrat des Europarates eine Expertengruppe eingesetzt, die prüfen sollte, ob und inwieweit die bereits existierenden strafrechtlichen Konventionen²⁴ als Grundlage für das Aufspüren, die Beschlagnahme und die Einziehung von Vermögensvorteilen aus Straftaten nutzbar seien. Da die Prüfung nur eine sehr beschränkte Anwendbarkeit der bestehenden Konventionen ergab, wurde dies zum Anlaß genommen, eine neue spezielle Konvention zu diesem Themenkreis zu erarbeiten. Sie ist von der UN-Drogenkonvention und den vierzig Empfehlungen der FATF beeinflusst.²⁵ Der wesentliche Inhalt des sogenannten Straßburger bereinkommens besteht in der Definition der landesrechtlichen Mindeststandards der Einziehungsvorschriften. Diese sind erheblich detaillierter formuliert als in der UN-Konvention.²⁶

Die Expertengruppe legte im April 1990 einen Entwurf vor, der nach wenigen Änderungen am 12. September 1990 vom Ministerrat verabschiedet wurde. Das Hauptaugenmerk des Übereinkommens liegt

²²Werner, a.a.O., S. 50.

²³Fülbier, in: Fülbier / Aepfelbach, GwG, Einl. Rz 41, siehe unten B II 6.

²⁴Überblick bei Vogler, Theo: Die strafrechtlichen Konventionen des Europarates, in: Jura 1992, S. 586-593, S. 591.

²⁵Krauskopf, Lutz: Geldwäsche und organisiertes Verbrechen als europäische Herausforderung, in: ZstrR 1991, S.385-394, S. 388 f.

²⁶Höreth, a.a.O., S. 9.

auf der internationalen Zusammenarbeit und Rechtshilfe im Bereich der Einziehung und vorläufigen Sicherstellung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten. Hier werden ausführliche und weitreichende Regelungen aufgestellt, die von der Hilfe bei der Ermittlung der Erträge aus Straftaten bis zur Zustellung von Schriftstücken an betroffene Personen reichen.

Art. 6 Abs. 1 der Konvention empfiehlt die Kriminalisierung der Geldwäsche in enger Anlehnung an die *Vienna Convention*. In den folgenden Punkten geht sie jedoch weiter als ihr Vorbild: Zum einen sind die Vortaten nicht auf Drogendelikte beschränkt; zum anderen wurde es als sinnvoll erachtet, auch im Ausland begangene Straftaten als Vortaten der Geldwäsche zuzulassen. Schließlich sind die subjektiven Anforderungen abgesenkt: So wird auch eine Kriminalisierung derjenigen Fälle befürwortet, bei denen der Täter annehmen mußte, dass es sich bei dem Vermögenswert um einen Ertrag krimineller Herkunft handelt. Kriminalisiert werden sollen nach Art. Ziffer 3 lit. b zudem Fälle, bei denen der Täter zum Zwecke der Gewinnerzielung gehandelt hat.²⁷

Art. 3 der Konvention enthält zunächst nur die allgemeine Verpflichtung, Maßnahmen zu treffen, die es ermöglichen, Vermögenswerte, die der Einziehung unterliegen, zu ermitteln und jedes Geschäft mit diesen Vermögenswerten oder jede Übertragung oder Veräußerung dieser Werte zu verhindern. In Art. 4 wird diese allgemeine Vorgabe unter der Überschrift "Besondere Ermittlungsbefugnisse und -methoden" präzisiert. Nach Art. 4 Ziffer 1 ist jede Vertragspartei verpflichtet, die Anordnungsbefugnis für Gerichte oder Behörden zu schaffen, dass Bank-, Finanz- und Geschäftsunterlagen für Maßnahmen nach Art. 3 zur Verfügung gestellt oder beschlagnahmt werden können. Ausdrücklich ist ferner vorgesehen, dass das Bankgeheimnis kein Hinderungsgrund für die Verwirklichung dieser Maßnahmen darstellt.

²⁷Nach Vorstellung der Verfasser sollen hierunter die Fälle gefaßt werden, bei denen der Täter in gesetzmäßigem Rahmen Geschäfte mit einem Kriminellen betreibt und weiß, dass die Zahlungen an ihn aus kriminellen Profiten stammen, allerdings darin keinen Hinderungsgrund für die Geschäftsbeziehung sieht. Da der Erwerb von Vermögenswerten in Kenntnis ihrer deliktischen Herkunft bereits über Art. 6 Ziff. 1 lit. c erfaßt wird, kommt dieser Vorschrift mit dieser Zielsetzung nur klarstellende Funktion zu.

Nach Artikel 4 Ziffer 2 soll die Anwendung von Ermittlungsmethoden ermöglicht werden, welche das Aufspüren von Erträgen sowie die Sammlung diesbezüglicher Beweise erleichtern. Beispielhaft werden die Anordnung der Überwachung von Bankkonten, der Zugriff auf Datenverarbeitungssysteme und die Anordnung der Vorlage bestimmter Unterlagen aufgezählt.

Die Konvention enthält keine ausdrücklichen Regelungen zu Meldepflichten jedweder Form. Zum Teil wird im Hinblick auf Art. 3 der Konvention die Auffassung vertreten, dass Meldepflichten der erwähnten Art notwendiger Bestandteil einer Gesetzgebung seien, welche die Anforderungen des Art. 3 erfüllen will.²⁸ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass international höchst unterschiedliche und umstrittene Meldemodelle im Wettstreit stehen und daher Bestimmtheitsaspekte gegen eine solche weite Auslegung sprechen.²⁹

6. Die EG-Richtlinie zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche vom 10.06.1991

Aus den Empfehlungen der FATF und der Wiener Konvention heraus hat sich die Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche entwickelt.³⁰ Diese EG-Richtlinie entstand auf Initiative der EG-Kommission und wurde am 10. Juni 1991 verabschiedet. Mit ihr sollten in erster Linie die Sorgfaltspflichten der Kredit- und Finanzinstitute verbindlich festgelegt werden, wodurch eine Reihe zusätzlicher Pflichten auf diese zukam.

Durch den Mißbrauch der Finanz- und Kreditinstitute zur Geldwäsche entsteht die Gefahr, dass nicht nur die Solidität und Stabilität der betroffenen Institute, sondern auch das Ansehen des gesamten Finanzsystems geschädigt wird. Die Folge ist ein

²⁸Nilsson, Hans G.: *The Council of Europe Laundering Convention. A Recent Example of a Developing international Criminal Law*, in: Eser, Albin / Lagodny, Otto (Eds.): *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law. Documentation of an International Workshop 1991 in Freiburg*, Freiburg im Breisgau 1992, S. 457-485, S. 468.

²⁹Werner, a.a.O., S. 52.

³⁰ Abgedruckt bei Fülbier / Aepfelbach, GbG, Anhang II 1, S. 471-482.

Vertrauensverlust der Öffentlichkeit in das Finanzwesen. Dementsprechend verfolgte die Richtlinie das Ziel, die Integrität des gemeinschaftlichen Finanzsystems sicherzustellen. Die Regelungen sollten verhindern, dass Geldwäscher den Binnenmarkt im Finanzsektor, den freien Kapitalverkehr und die Freizügigkeit bei Finanzdienstleistungen für ihre kriminellen Aktivitäten ausnützen können.

Von der Europäischen Gemeinschaft wurden einheitliche Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei für notwendig erachtet, weil Geldwäscher versuchen könnten, Vorteile aus der Freiheit des Kapitalverkehrs und der damit verbundenen finanziellen Dienstleistungen, die ein einheitlicher Finanzraum mit sich bringt, zu ziehen. Andererseits sollte die Richtlinie nach ihrer Präambel aber verhindern, dass einzelne Mitgliedsstaaten der EG zum Schutz ihres Finanzsystems Maßnahmen ergreifen, die mit der Vollendung des Binnenmarktes unvereinbar sind. Zum Erlaß der Geldwäsche-Richtlinie wurde der Rat ferner wegen des Zusammenhangs zwischen der Geldwäsche und der organisierten Kriminalität motiviert, denn die organisierte Kriminalität stellt eine besondere Bedrohung für die Gesellschaften der einzelnen Mitgliedsstaaten dar.³¹

Die Bestimmung des Begriffs „Geldwäsche“ wurde der Definition des Wiener Übereinkommens entnommen, allerdings nicht – wie dort – auf Drogendelikte beschränkt. Den Schwerpunkt der Regelungen bilden Vorgaben für den Finanzbereich, die sich weitgehend an den FATF-Empfehlungen orientieren.

Die Richtlinie erfaßt alle Arten von offiziellen Kredit- und Finanzinstituten (Art. 1). Nicht unmittelbar betroffen sind dagegen die nicht offiziellen Finanzinstitute wie Spielkasinos, Geldwechsler, Notare u.a. Insoweit verpflichtet die Richtlinie ganz oder teilweise auf Berufe und Unternehmen auszudehnen, deren Tätigkeiten besonders geeignet sind, für Zwecke der Geldwäsche genutzt zu werden. (Art. 12). Damit bleibt die Richtlinie hinter dem Ansatz der FATF zurück, der auch die Post, Kreditkartenunternehmen, den Goldhandel u.a. miteinbezieht.³²

Um zu verhindern, dass Geldwäscher die Anonymität für ihre kriminellen Tätigkeiten ausnutzen,³³ verlangt Art. 3 der

³¹ Höreth, a.a.O., S. 40 mit weiteren Nachweisen.

³² Anmerkung zu Empfehlung Nr. 10, Bericht der FATF, Kern, a.a.O., S. 90.

³³ Werner, a.a.O., S. 55.

Richtlinie, dass Finanzinstitute ihre Kunden bei der Konteneröffnung, bei Bargeldtransaktionen von mehr als 15.000 ECU und in allen Fällen, bei denen ein Verdacht auf Geldwäsche besteht, identifizieren. Die EG-Norm zielt darauf, auch den wirtschaftlichen Eigentümer zu erfassen. Die Kreditinstitute sind bei Verdacht des Vorschiebens von Strohmännern gehalten, die Hintermänner soweit wie möglich festzustellen. Aus diesem Grund verpflichtet Art. 3 Abs. 5 die Kredit- und Finanzinstitute, die angemessenen Maßnahmen zu ergreifen zur Feststellung der Identität der Person, in dessen Namen diese Kunden handeln. Die Vorschrift knüpft nicht mehr – wie im Laufe des Verfahrens einmal vorgesehen – an Handeln in fremdem Namen an, sondern am Auftreten im eigenen Namen. Da Strohmanggeschäfte sich dadurch auszeichnen, dass sie im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung handeln, wurde durch die Erweiterung der Norm ein wesentlicher Beitrag zu ihrer Effektivität geleistet.³⁴

Nach Artikel 4 muß die Identifizierung dokumentiert werden, und die entsprechenden Unterlagen sind mindestens fünf Jahre aufzubewahren. Nach Artikel 5 sollen Finanzinstitute jede Transaktion besonders sorgfältig prüfen, deren Art ihres Erachtens besonders nahelegt, dass sie mit einer Geldwäsche zusammenhängen. In diesem Punkt bleibt die Richtlinie deutlich hinter den FATF-Empfehlungen zurück, nach denen eine besondere Prüfung bei allen "ungewöhnlichen" Geschäften angezeigt ist.³⁵ Art. 6 sieht zum einen vor, dass Finanzinstitute von sich aus die zuständigen Behörden über die Tatsachen unterrichten, die ein Indiz für Geldwäsche sein können. Auch wenn der Wortlaut hier nicht ganz eindeutig ist, muß Art. 6 unter Heranziehung der Begründung im Sinne einer gesetzlichen Meldepflicht verstanden werden.³⁶ Eine solche Pflicht zur Meldung verdächtiger Finanzoperationen wird dort als wirksamste Form der Zusammenarbeit gesehen. Art. 6 fordert zum anderen die Verpflichtung aller Institute, auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Nach Art. 7 haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass Finanzinstitute Transaktionen, von denen sie wissen oder vermuten, dass sie mit einer Geldwäsche zusammenhängen, nicht vornehmen, bevor sie die zuständigen Behörden informiert haben.

³⁴ Kern, a.a.O., S. 90.

³⁵ Werner, a.a.O., S. 55.

³⁶ Pieth, in: Pieth, Bekämpfung, S. 19.

Die Behörden können dann jeweils nach den Voraussetzungen ihrer nationalen Bestimmungen anordnen, die Transaktion nicht auszuführen. Nur in Ausnahmefällen darf das Institut die Transaktion dennoch ausführen, hat dann aber nachträglich die entsprechenden Informationen zu liefern.

Art. 8 sieht vor, dass Finanzinstitute und ihr leitendes Personal den betreffenden Kunden nicht darüber informieren dürfen, dass Informationen nach Art. 6 oder 7 weitergegeben oder Ermittlungen wegen Geldwäsche durchgeführt werden. Art. 9, der bestimmt, dass ein Angestellter oder Leiter eines Institutes, der im guten Glauben Mitteilungen nach den Art. 6 und 7 macht, nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, wird als Schutzklausel für die Institute verstanden. Nach Artikel 11 haben die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass Finanzinstitute geeignete interne Kontroll- und Mitteilungsverfahren zur Vorbeugung und Verhinderung der Geldwäsche schaffen und das Personal entsprechend schulen.

Die Richtlinie selbst enthält keine strafrechtlichen Bestimmungen. Nach der ursprünglichen Fassung der EG-Richtlinie hätten die Mitgliedsstaaten dafür sorgen müssen, dass die Geldwäsche nach ihren Rechtsordnungen als strafbare Handlung gilt. Obwohl sich alle Mitgliedsstaaten einig waren, dass die Kriminalisierung der Geldwäsche eine unabdingbare Voraussetzung zu deren Bekämpfung ist, haben sich mehrere Länder, darunter auch die Bundesrepublik, gegen diese Bestimmung gewendet. Es ist nämlich umstritten, ob der Europäischen Gemeinschaft eine Regelbefugnis auf dem Gebiet des Strafrechts zusteht. Art. 5 Abs. 1 EWGV verpflichtet die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts zu treffen. Den Ländern steht jedoch in diesem Rahmen ein Ermessensspielraum zu, innerhalb dessen sie entscheiden können, welcher Art die zu treffenden Vorkehrungen sein sollen. Insofern ist zweifelhaft, ob die Gemeinschaft die Einführung eines Straftatbestands der Geldwäsche vorschreiben kann.

Die Geldwäscherichtlinie bestimmt stattdessen nur, dass die Mitgliedstaaten festzulegen haben, wie die Verstöße zu ahnen sind. Zu diesem Zweck sind nach Art. 14 der Geldwäscherichtlinie geeignete Maßnahmen zu treffen, um die vollständige Anwendung sicherzustellen. Die Wahl von Art und Höhe der Sanktionen wird somit dem nationalen Gesetzgeber überlassen. Diese Gestaltungsfreiheit ist allerdings begrenzt durch die allgemeine Mitwirkungspflicht gemäß Art. 5 EWGV sowie den gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz. Danach hat der nationale Gesetzgeber den gemeinschaftsrechtlichen Schutzauftrag

so auszuführen, dass er sich angemessen in die nationale Strafrechtsordnung einfügt. Hieraus ergibt sich, dass das Fehlen einer strafrechtlichen Richtlinienkompetenz der Gemeinschaft nicht das Strafrecht insgesamt und insbesondere die Straftatbestände, sondern lediglich die Sanktionsdrohungen betrifft. Daraus folgt eine bereits umfassende Harmonisierungskompetenz der EG im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts.³⁷

Die dem Rat angehörenden Regierungsvertreter verpflichteten sich, spätestens bis zum 1.1.1993 die Bestimmungen des Wiener Übereinkommens sowie die Richtlinie des Europarats in nationales Recht zu transformieren. Diese schreiben auch die Einführung eines Straftatbestands der Geldwäsche vor. Am 10.6.1991 wurde die Richtlinie zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche durch den Rat der EG verabschiedet. In Artikel 17 wurde die EU-Kommission verpflichtet, im Dreijahresrhythmus über die Anwendung der Richtlinie zu berichten.

Die EU-Kommission hat am 3.3.1995 entsprechend Art. 17 der Richtlinie einen ersten Bericht über die Umsetzung in den Mitgliedstaaten vorgelegt. Der nebst Anlagen 35 Seiten lange Bericht bezieht sich auf zwölf Mitgliedsstaaten und beschreibt, wie diese die wichtigsten Vorschriften der Richtlinie umgesetzt haben. Zu dem Bericht hat das Europäische Parlament eine Resolution verabschiedet, in der der EU-Kommission und den einzelnen Mitgliedstaaten Verpflichtungen – unter anderem Berichtspflichten – auferlegt oder Anregungen gegeben werden. Am 19.6.1997 wurde in Brüssel das zweite Protokoll zum Übereinkommen der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften gezeichnet, durch das die Arbeit an den Vertragswerken, die einen strafrechtlichen Mindeststandard hinsichtlich des Schutzes der finanziellen Interessen der Gemeinschaften innerhalb der Europäischen Union gewährleisten sollen, einen vorläufigen Abschluß gefunden hat.

Dieses zweite Protokoll enthält Bestimmungen zu den Bereichen "Geldwäsche", "Verantwortlichkeit von juristischen Personen" sowie "Einziehung und Verfall", außerdem Bestimmungen zur Rechtshilfe bei Abgaben- und Zolldelikten und zur Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten und der Kommission bei Straftaten zum Nachteil der Gemeinschaft. Die Mitgliedstaaten wurden verpflichtet, die

³⁷ Höreth, a.a.O., S. 42.

Wäsche von Erträgen aus gemeinschaftsschädlichen Betrugs- und Bestechungstaten unter Strafe zu stellen, wobei bei den Betrugstaten die Verpflichtung auf schwere Fälle beschränkt wurde und bei Bestechungstaten eine Beschränkungsmöglichkeit auf schwere Fälle durch die Einlegung eines Vorbehalts vorgesehen wurde, der jedoch nur für einen Zeitraum von fünf Jahren gilt und einmal um weitere fünf Jahre verlängert werden kann.³⁸

Außerdem wurden die Mitgliedsstaaten durch das zweite Protokoll verpflichtet sicherzustellen, dass auch juristische Personen für Betrugstaten im Sinne des Übereinkommens, Bestechungstaten und Geldwäschetaten, die zu ihren Gunsten begangen wurden, verantwortlich gemacht werden können. Hinsichtlich des Personenkreises, für deren Handlungen juristische Personen verantwortlich gemacht werden müssen, knüpft die Regelung an eine Führungsposition im Unternehmen an, wobei diese durch die Merkmale "Vertretungsbefugnis", "Entscheidungsbefugnis" oder "Kontrollbefugnis" noch näher umschrieben wird. Daneben müssen juristische Personen auch für Taten anderer Unternehmensangehöriger verantwortlich gemacht werden, soweit diese Taten durch mangelnde Überwachung oder Kontrolle seitens einer Führungsperson ermöglicht wurde. Während bei der unmittelbaren Verantwortlichkeit von Führungspersonen eine strafrechtliche oder nicht strafrechtliche Geldsanktion zwingend vorgeschrieben ist, werden bei der Verantwortlichkeit für Aufsichtspflichtverletzungen keine bestimmten Sanktionen vorgesehen.³⁹

Ausgeklammert wurden aus dem zweiten Protokoll die Vorschläge der Kommission zu einem zentralen Ermittlungsverfahren und zur Einrichtung eines zentralen Betrugsregisters.

7. Weitere internationale Abkommen

Im Jahre 1984 verabschiedeten die Vertreter südamerikanischer Staaten die Deklaration von Quito. In dieser Erklärung wird der Rauschgifthandel als Straftat gegen die Menschheit mit allen auf den Fall anwendbaren rechtlichen Folgen angesehen. Die Unterzeichnerstaaten verpflichteten sich, den Drogenhandel zu bekämpfen. In der Deklaration wurde betont, dass der illegale Rauschgifthandel zu einem Anstieg der Organisierten Kriminalität

³⁸ Korte, Matthias. Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften mit den Mitteln des Strafrechts – Das "Zweite Protokoll", in NJW 1998, S. 1464-1466, S. 1464.

³⁹ Korte, a.a.O., S. 1465.

führt. Die einzelnen Staaten stehen dem Phänomen machtlos gegenüber. Zur Bekämpfung des Rauschgifthandels und seiner damit zusammenhängenden Aktivitäten sind deshalb multilaterale Aktionen erforderlich. Neben dem im Vordergrund stehenden Schutz der Gesundheit und der Jugend wurde erkannt, dass der Rauschgifthandel eng mit Vorhaben verbunden ist, deren Ziel die Zerstörung der rechtlichen Ordnung und des sozialen Friedens ist. Eine weitere Bedrohung der Gesellschaft durch den illegalen Drogenhandel wurde in der Tatsache gesehen, dass Korruptionsmechanismen in Politik und Verwaltung die Hersteller- und Konsumländer bewußt ausgenutzt werden.⁴⁰

Auf der 15. Konferenz der Justizminister der Europäischen Gemeinschaften im Juni 1986 wurde eine Verstärkung der Untersuchungsmaßnahmen im Bereich der Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels befürwortet. Der Schwerpunkt der Bemühungen sollte hierbei in der Schaffung von Rechtsgrundlagen für Untersuchungen, Beschlagnahme und Einziehung der Erträge aus dem illegalen Drogenhandel liegen.⁴¹

Als weitere Institution im Rahmen der europäischen Zusammenarbeit sind die TREVI-Arbeitsgruppen zu nennen. Dabei handelt es sich um Gremien zur Verbesserung der Zusammenarbeit im EG-Bereich auf dem Gebiete der inneren Sicherheit.⁴² Die Abkürzung TREVI steht für Terrorismus, Radikalismus, Extremismus und Gewalt.⁴³ Sie beschreibt somit den Arbeitsbereich der Arbeitsgruppe. TREVI wurde 1976 durch die EG-Innen- bzw. Justizminister gegründet. Im Rahmen der TREVI-Arbeit sind mehrere Untergruppen gebildet worden. So wurde u.a. im Juni 1985 in Rom die Einrichtung von TREVI III beschlossen, deren Aufgabenbereich in der Bekämpfung der organisierten Schwermriminalität liegt. Zu den Fragen, mit denen sich diese Arbeitsgruppe befaßt, gehört auch die Bekämpfung der Geldwäsche.⁴⁴

⁴⁰ Höreth, a.a.O., S. 34 f.

⁴¹ Bernasconi, Paolo: Schweizerische Erfahrungen bei der Untersuchung und strafrechtlichen Erfassung der Geldwäscherei, in: BKA Vortragsreihe: Macht sich Kriminalität bezahlt? Aufspüren und Abschöpfen von Verbrechenengewinnen, Band 32, Wiesbaden 1987, S. 165,189.

⁴² Kern, a.a.O., S. 88.

⁴³ Englisch: violence.

⁴⁴ "Maßnahmen des Bundes zur Umsetzung des Nationalen Rauschgiftbekämpfungsplans - Stand: Juni 1990", in: Innere Sicherheit 1991. Heft

Darüber hinaus sollen auch regionale Abkommen dazu beitragen, den Geltungsbereich der von der EG und der FATF entwickelten Grundsätze auszudehnen. So wurden mit der "Declaration and Program of Action of Ixtapa (Mexiko)" vom 17. April 1990 im Rahmen eines Ministertreffens der OAS die lateinamerikanischen Länder in den Prozeß eingebunden. Ein ähnliches Ziel verfolgte die "Caribbean Drug Money Laundering Conference" in Aruba vom 10. 6.1990, bei der die Empfehlungen der FATF pauschal gutgeheißen und 21 weitere hinzugefügt wurden.⁴⁵

8. Interpol und Europol

Bei Interpol handelt es sich nicht um eine supranationale Polizeibehörde mit Exekutivkompetenzen, sondern um eine Vereinigung nationaler Polizeibehörden, an der Anfang der neunziger Jahre 158 Länder angeschlossen waren. Die Bundesrepublik Deutschland ist seit 1953 Mitglied dieser Organisation.⁴⁶

Im September 1979 wurde in Nairobi im Rahmen der 48. Sitzung der Generalversammlung der IKPO-Interpol eine Resolution verabschiedet, in der alle Mitgliedsstaaten aufgefordert wurden, sämtliche denkbaren Maßnahmen zum Aufspüren und zur Beschlagnahme von Gewinnen aus Straftaten zu unternehmen. Außerdem wurde ein Fragebogen über die Kontrollmöglichkeit finanzieller Transaktionen erarbeitet. Im Juni 1980 erarbeitete das Generalsekretariat einen Fragebogen über die Kontrollmöglichkeiten finanzieller Transaktionen. Zusammen mit weiteren Informationen gab die Drogenabteilung des Generalsekretariats eine Enzyklopädie über die Kontrolle des Geldverkehrs in 69 Ländern heraus. In diesem Nachschlagewerk werden pro Mitgliedsland unter anderem Angaben darüber gemacht, wie der grenzüberschreitende Zahlungsverkehr und Kapitaltransfer geregelt ist und ob Auskünfte über legale und illegale Transaktionen auch ausländischen Stellen für

4, S. 20.

⁴⁵ Pieth, Mark: Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zu den Hintergründen und Risiken der neuen Gesetzgebung, in: Der Strafverteidiger 1990, S. 558 ff, S. 559.

⁴⁶ Klink, Manfred: Die Zusammenarbeit europäischer Polizisten in Sicherheitsfragen, in: Die Polizei 1987, S. 183 ff., S. 185.

Strafverfolgungszwecke zugänglich sind.⁴⁷

1983 wurde schließlich innerhalb des Generalsekretariats von Interpol die sogenannte OC-FOPAC⁴⁸ gegründet. Diese Gruppe widmet sich hauptsächlich der finanziellen Seite krimineller Aktivitäten. Sie hat es sich zum Ziel gesetzt, neben einem umfassenden Informationsaustausch auf dem Finanzsektor insbesondere der Aus- und Fortbildung im Bereich von Ermittlungstechniken besonderes Augenmerk zu schenken. So sollen im Rahmen eines einwöchigen Kurses Techniken der internationalen Geldwäsche dargestellt und Kenntnisse über den internationalen Transfer von Zahlungsmitteln vermittelt werden.⁴⁹

Ein weiteres Projekt der FOPAC-Gruppe ist die Ausarbeitung eines Modellgesetzes zur "Erleichterung der Erlangung von Beweismitteln, die für strafrechtliche Ermittlungen und Verfahren benötigt werden". Die ersten beiden Abschnitte des Modellgesetzes regeln in detaillierter Form das Verfahren des Zugangs zu Bankunterlagen und anderen Geschäftsunterlagen für in- und ausländische Ermittlungen und Strafverfahren. Der dritte Abschnitt enthält einen Straftatbestand des Besitzes von kriminellen Gewinnen, unabhängig davon, ob die Straftaten, aus denen die Gewinne resultieren, im In- oder Ausland begangen wurden. Bis zum September 1989 hatte das Generalsekretariat ca. 20 Staaten unterstützt, die Gesetze zur Identifizierung, Aufspürung, Beschlagnahme und Einziehung von Vermögenswerten, die aus kriminellen Unternehmungen stammen, verabschiedet haben.

Die Einführung von Europol wurde im Maastrichter Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992 mit dem Ziel einer engeren Zusammenarbeit in den Bereichen von Justiz und Inneres beschlossen. Beim Bundeskriminalamt in Wiesbaden wurde im Sommer 1998 ein eigenes Europol-Referat eingerichtet. Mit dem 1.10.1998 trat die von allen EU-Mitgliedsstaaten unterzeichnete und ratifizierte Europol-Konvention in Kraft. Bis sie im Laufe des Jahres 1999 ihre Tätigkeit aufnehmen kann, arbeitet noch die Vorläuferbehörde, die seit dem 3.1.1994 in Den Haag tätige Europol-Drogenstelle (EDS). Ihr war zunächst die Aufgabe

⁴⁷ Kern, a.a.O., S. 92.

⁴⁸ Organized Crime-Fonds Provement d'Activities Criminelles.

⁴⁹ Fooner, Michael: Interpol, New York 1989, S. 104; Wingenter, Raimund: Verbrechensprofile als internationale polizeiliche Herausforderung, in: BKA Vortragsreihe: Macht sich Kriminalität bezahlt? Aufspüren und Abschöpfen von Verbrechensgewinnen, Band 32 BKA, Wiesbaden 1987, S. 52 ff., S. 58.

übertragen worden, auf der Ebene der EU-Mitgliedsstaaten den Austausch von Informationen über Rauschgifkriminalität und die damit zusammenhängende Geldwäsche zu organisieren. Das geschieht zum einen durch nationale Verbindungsbeamte, die personenbezogene Daten auf der Grundlage des jeweiligen nationalen Rechts in andere Länder übermitteln können. Des Weiteren können auf der Grundlage allgemeiner Daten Lagebilder erstellt und Kriminalitätsanalysen vorgenommen werden.

Eines der größten Probleme der Verbrechensbekämpfung ist der unzureichende Informationsfluß zwischen den nationalen Strafverfolgungsbehörden, da sensible Daten kaum weitergegeben werden dürfen und es an einer zentralen Stelle zur Informationssammlung fehlt. So kann es zu ineffektiven parallelen Ermittlungen gegen internationale kriminelle Organisationen kommen, deren Tätigkeit in Europa in den letzten Jahren erheblich zugenommen hat. Allein 1997 wiesen in Deutschland 73,9 % der Fälle von organisierter Kriminalität einen internationalen Bezug auf, während der Anteil nichtdeutscher Tatverdächtiger in diesem Bereich 60,1 % betrug.

Mit dem Inkrafttreten des Europol-Übereinkommens ist es für die Europol möglich, zentral personenbezogene Daten zu speichern. Durch die zentrale Auswertung von Informationen aus allen Mitgliedsstaaten werden sich für die nationalen Polizeibehörden zahlreiche neue Erkenntnisse ergeben, die unmittelbar in die Ermittlungsarbeit einfließen können. Aus den Europol-Analysedateien wird außerdem ein Indexsystem gebildet. Zudem können die Verbindungsbeamten der Mitgliedsstaaten auf der Grundlage des jeweiligen nationalen Rechts Informationen austauschen. Die Funktionen von Europol ähneln den Zentralstellenfunktionen des Bundeskriminalamts in Deutschland. Voraussetzung für die Aufnahme der Tätigkeit von Europol ist es aber noch, dass das am 19.06.1997 von den Mitgliedsstaaten unterzeichnete Immunitätenprotokoll – das Immunität für Amtshandlungen im Rahmen von Europol garantiert – in innerstaatliches Recht umgesetzt wird.⁵⁰

⁵⁰ Information des Bundeskriminalamts aus dem Internet (<http://www.bka.de>) unter dem Stichwort „Europol“.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Jürg-Beat: Geldwäscherei – Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Zürich 1992.
- Arzt, Günther: Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall, in: JZ 1993, S. 913-917.
- Arzt, Günther: Geldwäscherei – Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung, in: NSTZ 1990, S. 1-6.
- Arzt, Günther: Der Einfluß von Beweisschwierigkeiten auf das materielle Strafrecht, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart. Band 8, Ottenstein 1980, S. 77-104.
- Arzt, Günther: Das schweizerische Geldwäschereiverbot im Lichte amerikanischer Erfahrungen, in: ZStrR 106 (1989), S. 160-201.
- Bähre, Inge Lore/Schneider, Manfred: KWG-Kommentar. Kreditwesengesetz mit den wichtigsten Ausführungsvorschriften, 3. Aufl. München 1996.
- Bäumler, Helmut: Datenschutz ist kein Täterschutz, in: Kriminalistik 1992, S. 75-80.
- Balogh Elemér: Die Verdachtsstarke als Erscheinungsform der Schuldvermutung. Szeged 1993. (Diss. Freiburg i.Br. 1992)
- Bardócz Csaba: Geldwäschetechniken/Pénzmosási technikák (Belügyi Szemle 1997/3.)
- Barton, Stephan: Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB), in: StV 1993, S. 156-163.
- Baudenbacher, Carl: Der Finanzplatz Liechtenstein im EWR: Rechtliche und rechtspolitische Aspekte, in: Liechtensteinische Juristenzeitung 1992, S. 45 ff.
- Baumann, Wolfgang: Bekämpfung der Geldwäsche: Banken an die Front, in: BI/GF 4/1991, S. 19-21.
- Bernasconi, Paolo: Schweizerische Erfahrungen bei der Untersuchung und strafrechtlichen Erfassung der Geldwäscherei, in: BKA Vortragsreihe: Macht sich Kriminalität bezahlt? Aufspüren und Abschöpfen von Verbrechensgewinnen Band 32 BKA, Wiesbaden 1987.
- Bernasconi, Paolo/Müller, Christof: Revision und Wirtschaftskriminalität. Untersuchungen anhand von Gerichtsurteilen mit Wirtschaftsstraffällen, Zürich 1990.
- Bogensberger: Die Bestrafung der Geldwäscherei – Gefahr oder Chance für die Banken, in: ÖBA 1992, S. 1049-1058.
- Boll, Olaf: Rechtspolitik im Meinungsstreit, in: Kriminalistik 1992, S. 66-74.
- Bögel: Strukturen und Systemanalysen der organisierten Kriminalität in Deutschland, 1994.

Burghard, Waldemar: Organisierte Kriminalität, in: Kriminalistik 1990, S. 501.

Burgstaller: Die neuen Geldwäschdelikte, in: ÖBA 1994, S. 173-182. Burr, Christian: Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB, Siegburg 1995 (Diss. Bonn 1994)

Caesar, Peter: Das Gesetz gegen die organisierte Kriminalität – eine unendliche Geschichte, in: ZRP 1991, S. 241.

Carl, Dieter: Kampf gegen die Geldwäsche: Gesetzliche Maßnahmen gegen die Geldwäsche, in: Wistra 1991, S. 288-293.

Carl, Dieter/Klos, Joachim: Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis. Geldwäschegesetz, Gesetz gegen die organisierte Kriminalität, internationale Regelungen, Düsseldorf 1994.

Carl, Dieter/Klos, Joachim: Geldwäschegesetz und Datenweitergabe zu Besteuerungszwecken, in: DStZ 1994, S. 68 ff., S. 75.

Chambost, Edouard: Bankgeheimnis, München 1982.

Consbruch, Johannes/Müller, Annemarie u.a.: Kreditwesengesetz mit weiteren Vorschriften zum Aufsichtsrecht, München 1998.

Dahs, Hans: Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 – in Produkt des Superwahljahres, in: NJW 1995, S. 553-557.

Dessecker, Axel: Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, Freiburg im Breisgau 1992.

Döll, Hansjörg: Der Beitrag des deutschen Kreditgewerbes zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.): Strategien und Gegenstrategien. Organisierte Kriminalität in Deutschland und Italien. Dokumentation, Berlin 1993, S. 51-69.

Dreher, Eberhard/Tröndle, Herbert: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Aufl. München 1998.

Eberth, Alexander/Müller, Eckhart: Betäubungsmittelrecht. Kommentar und Anleitung für die Praxis, München 1982.

Eisenberg, Ulrich: Straf(verfahrens-)rechtliche Maßnahmen gegen über organisiertem Verbrechen, in: NJW 1993, S. 1035-1037.

Forthauer, Roman: Geldwäscherei de lege lata et ferenda, München 1992.

Frey, Marc: Geldwäsche – Die Achillesferse der organisierten Kriminalität, in: Kriminalistik 1994, S. 337-341.

Fülbier, Andreas: Kritische Anmerkungen zum Regierungsentwurf eines Gewinnaufspürgeretzes, in: ZBB 1992, S. 124-128.

Fülbier, Andreas: Bankangestellte im Dienst der Ermittlungsbehörden, in: WM 1990, S. 2025-2034.

Fülbier, Andreas: Das Geldwäschegesetz – ein Überblick mit kritischen Anmerkungen, in: DStR 1994, S. 827 ff.

Fülbier, Andreas/Aepfelbach, Rolf R.: GwG. Kommentar zum Geldwäschegesetz, 4., wesentlich erweiterte Auflage, Köln 1999.

Geurts, Matthias: Die Strafbarkeit der Geldwäsche – Metastasen politischen Willens, in: ZRP 1997, S. 250-254.

Gilmore, W.C. (ed.): International Efforts to Combat Money Laundering, Cambridge 1992.

Göhler, Erich: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 12. Auflage, München 1998.

Hauke, Reinhard: Kriminalität im Management von Banken, Ludwigsburg 1992.

Heckmann, Dirk: Die Einziehung verdächtigen Vermögens. Zur Regelung der "Beweislastumkehr" im Entwurf eines Vermögenseinziehungsgesetzes, in: ZRP 1995, S. 1-4.

Heine, Günter: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden 1995.

Hetzer, Wolfgang: Geldwäsche im Schnittpunkt von Wirtschaft und Kriminalität, in: ZfZ 1993, S. 258-268.

Hetzer, Wolfgang: Vermögenseinziehung, Geldwäsche, Wohnraumüberwachung. Neue Ansätze zur Prävention und Repression der Mafia, in: Wistra 1994, S. 176-184.

Hetzer, Wolfgang: Der Geruch des Geldes – Ziel, Inhalt und Wirkung des Gesetzes gegen die Geldwäsche, in: NJW 1993, S. 3298-3301.

Hirsch, Conrad: Auskünfte durch Kreditinstitute im straf- und steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Konstanz 1991.

Höreth, Ulrike: Die Bekämpfung der Geldwäsche unter Berücksichtigung einschlägiger ausländischer Vorschriften und Erfahrungen, Tübingen 1996.

Hund, Horst: Der Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verbesserung der Geldwäschebekämpfung – Darstellung und Kritik, in: ZRP 1997, S. 180-183.

Hund, Horst: Ist die Sicherung illegaler Gewinne die "Achillesferse" der organisierten Kriminalität?, in: ZRP 1996, S. 1-5.

Jarras, Hans. D.: Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl. Frankfurt 1984.

Kaiser, Günther: Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, in: Festschrift

für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24.08.1989, S. 685-704.

Karlsruher Kommentar zum Gesetz der Ordnungswidrigkeiten, hrsg. von Karlheinz Boujong, München 1989 (zit: KK-OWiG, Bearbeiter)

Kern, Christine: Geldwäsche und organisierte Kriminalität, Regensburg 1993.

Kereszty Béla: Die Geldwäsche/A pénzmosás (Magyar Jog 1995/2.)

Kerner, Hans-Jürgen: Der Verbrechensgewinn als Tatanreiz – aus kriminologischer Sicht, in: BKA, Macht sich Kriminalität bezahlt?, S. 17-50.

Kleinknecht, Theodor/Meyer-Gossner, Lutz:

Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 43. Auflage München 1997.

Klink, Manfred: Die Zusammenarbeit europäischer Polizisten in Sicherheitsfragen, in: Die Polizei 1987, S. 183 ff.

Klippl, Irene: Geldwäscherei, Wien 1994.

Köhler, Michael/Beck, Wolfgang: Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktion, in: JZ 1991, S. 797-802.

Köndgen, Johannes: Gesetzesentwürfe zur Bekämpfung der "Geldwäsche", in: ZBB 1992, S. 66.

Körner, Harald Hans: BtMG. Kommentar, 4. Auflage München 1994.

Körner, Harald Hans: Wer nicht wäscht, der nicht gewinnt, in: NJW 1996, S. 2143-2145.

Körner, Harald-Hans: Verfolgung der Geldwäsche. Der Justiz fehlt die Aufhellerekombination XYZ, in: Kriminalistik 1994, 195-198.

Körner, Harald-Hans: Die Strafrechtspraxis im Labyrinth neuer Betäubungsmittelrechtsbestimmungen, in: NJW 1993, 233-239.

Korte, Matthias: Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften mit den Mitteln des Strafrechts – Das "Zweite Protokoll", in: NJW 1998, S. 1464-1466.

Krauskopf, Lutz: Geldwäsche und organisiertes Verbrechen als europäische Herausforderung, in: ZStrR 109 (1991), S. 385-394.

Kube, Edwin: Organisierte Kriminalität: Die Logistik als Präventionsansatz, in: Kriminalistik 1990, S. 629-634.

Lenhard, Karl-Heinz: Das organisierte Verbrechen, in: Kriminalistik 1991, S. 223-226.

Lewisch: Geldwäscher, Geldhäscher und reuige Täter, in: RdW 1994, S. 3-10.

Leyendecker, Hans/Rickelmann, Richard/Bönisch, Georg. Mafia

im Staat, Göttingen 1992.

Lorenz, Frank Lucien: "Operative Informationserhebung" im Strafverfahren, "Unverfügbares" und Grundrechtsschutz durch "institutionelle Kontrolle", in: JZ 1992, S. 1000-1011.

Meyer, Jürgen/Hetzer, Wolfgang: Gewinnabschöpfung durch Besteuerung. Vernachlässigte Ansätze zur Verhütung und Verfolgung organisierter Kriminalität, in: ZRP 1997, S. 13-21.

Meyer, Jürgen/Hetzer, Wolfgang: Neue Gesetze gegen die organisierte Kriminalität. Geldwäschebekämpfung, Gewinnabschöpfung und Einsatz technischer Mittel zur akustischen Überwachung von Wohnungen für Beweis Zwecke im Bereich der Strafverfolgung, in: NJW 1998, S. 1017- 1029.

Müller, Christof: Geldwäscherei: Motive – Formen – Abwehr. Eine betriebswirtschaftliche Analyse, Wintherthur 1992.

Nicolaysen, Gert: Tabakrauch, Gemeinschaftsrecht und Grundgesetz. Zum BVerfG-Beschluß vom 12.5.1989 - 2 BvQ 3/89, EuR 1989, S. 215-225.

Nilsson, Hans G.: The Council of Europe Laundering Convention. A Recent Example of a Developing International Criminal Law, in: Eser/Lagodny, Principles, S. 457-485.

Orosz Balázs: Marktwirtschaft und die wirtschaftlichen Straftaten /Piacgazdaság és a gazdasági bűncselekmények (Kriminológiai Közlemények 52.; Magyar Kriminológiai Társaság, Budapest 1995)

Otto, Harro: Geldwäsche und das strafrechtliche Risiko von Bankmitarbeitern, in: ZKW 1994, S. 63-68.

Otto, Harro: Bankentätigkeit und Strafrecht, Berlin u.a. 1983.

Pfannenschmidt: Finanzermittlungen, in: Kriminalistik 1994, S. 399 f.

Pieth, Mark: Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, in: Pieth, Mark (Hrsg.): Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?, Basel u.a. 1982, S. 1-27.

Pieth, Mark: Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zu den Hintergründen und Risiken der neuen Gesetzgebung, in: Der Strafverteidiger 1990, S. 558 ff.

Pieth, Mark: Die Bekämpfung des organisierten Verbrechens in der Schweiz, in: ZStW 1992, S. 237.

Pieth, Mark (Hrsg.): Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?, Basel u.a. 1982, S. 1-27.

Prittwitz, Cornelius: Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder: Zum Einzug des

Lobbyismus in die Kriminalpolitik, in: StV 1993, S. 498-502.

Rebscher, Erich/Vahlenkamp, Werner: Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, in: BKA-Forschungsreihe, Wiesbaden 1988.

Rieß, Peter: Neue Gesetze zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, in: Neue Justiz 1992, S. 491-496.

Roxin, Claus: Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch, 25. Aufl. München 1998.

Scherp: Internationale Tendenzen der Geldwäschebekämpfung, in: Wistra 1998, S. 81 ff.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch. Kommentar, 25. Aufl. München 1997.

Sichter, Siegfried/Feuerborn, Sabine: Das Bankgeheimnis, Stuttgart 1987.

Sieber Ulrich: Dokumentation zu der Tagung "Internationale Geldwäsche und Gewinnabschöpfung" der Europäischen Rechtsakademie Trier (ERA) und der Vereinigung für europäisches Strafrecht e.V. in Trier am 13. und 14.3.1997 (zit: Autor, in: Sieber, ERA 1997, S.)

Sielaff, Wolfgang: Rauschgiftkriminalität. Rentabilität und Gewinnabschöpfung, in: Kriminalistik 1992, S. 749-756.

Siska: Geldwäscherei – Die österreichische Variante, in: Kriminalistik 1997, S. 169-174.

Steuer, Stephan: Bekämpfung der Geldwäsche aus Bankensicht, in: Die Bank 1991, S. 138-145.

Steuer, Stephan/Siebert, Felix: Geldwäschegesetz – eine Herausforderung für die Strafverfolgungsbehörden, in: Die Bank 12/ 1994, S. 737 ff.

Stratenwerth, Günter: Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung, in: Pieth, Mark (Hrsg.): Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?, Basel u.a. 1992, S. 97-121.

Tóth Mihály: Piacgazdaság és büntetőjog/Marktwirtschaft und Strafrecht (Kriminológiai Közlemények 52.; Magyar Kriminológiai Társaság, Budapest 1995)

Vidékiné Farkas Anikó: Über die Geldwäsche/A pénzmosásról (Ügyészek Lapja 1995/2.)

Vogler, Theo: Die strafrechtlichen Konventionen des Europarates, in: Jura 1992, S. 586-593.

Volk, Klaus: Strafrecht und Wirtschaftskriminalität, in: JZ 1982, S. 85-92.

Wenzel, Frank: Die Pflichten des Rechtsanwalts nach dem Geldwäschegesetz, in: ZAP 1994, Fach 2 1, S. 95-102.

Werner, Gerhard: Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft, Freiburg 1996.

Weßlau, Edda: Vorfeldermittlungen, Berlin 1989.

Weßlau, Edda: Zum "Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität", in: Bürgerrechte & Polizei 1992, S. 42 ff.

Wingenter, Raimund: Verbrechensprofile als internationale polizei-liche Herausforderung, in: BKA

Vortragsreihe: Macht sich Kriminalität bezahlt? Aufspüren und Abschöpfen von Verbrechenngewinnen Band 32 BKA, Wiesbaden 1987, S. 52 ff.

Wolter, Jürgen: Freiheitlicher Strafprozeß, vorbeugende Straftatenbekämpfung und Verfassungsschutz – zugleich eine Besprechung des Entwurfs eines StVäG 1988, in: StV 1989, S. 358-371.

Wolter, Jürgen: Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz – Gesamtanpassung vor Gesamtreform von Strafprozeß- und Polizeirecht, in: GA 1988, S. 49-90 (Teil 1)

Zeder: Treuhandschaft und Geldwäscherei, in: NZ 1995, S. 238-248.

Zuberbühler, Daniel: Banken als Hilfspersonen zur Verhinderung der Geldwäscherei? Sicht eines Bankaufsehers, in: Pieth, Mark (Hrsg.): Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?, Basel u.a. 1995. 29-66.

Zuberbühler, Daniel: Bankenaufsicht und Geldwäschereigesetz, in: Trechsel (Hrsg.): Geldwäscherei, 1997, S. 112.

Nagy Zsolt: A kirendelt védő szociológus szemmel

Az alábbi cikk egy korábban megírt, megjelenés alatt álló dolgozathoz kapcsolódik, amelyben a védő büntetőeljárásban való működését, tevékenységét, szerepét elemeztük, különös tekintettel a kirendelt védő munkájára.

A dolgozatban a védő részvételét elméleti és gyakorlati szempontból is elemeztük. Nézetünk szerint az esélyegyenlőség és a „méltányos” eljárás biztosításának, az objektív igazság felderítésének és a szabadságjogok megóvásának elvei teszik nélkülözhetlenné a védőt a büntetőeljárásban.

Mindemellett külön foglalkoztunk a kirendelt védő intézményének nélkülözhetetlenségét a büntetőügyekben, amely mint az állam „gondoskodási kötelezettsége” jelenik meg a rászorult terheltek részére. Ha a büntetőügyben a védelem kötelező, és a gyanúsított, vagy vádlott anyagi viszonyainál fogva nem képes védelmére védőt megbízni, akkor azt a bíróság, vagy büntetőeljárásban eljáró más hatóság fogja kirendelni számára. Így tesz az eljáró szerv abban az esetben is, ha bármely okból (például az ügy bonyolultsága miatt) szükségesnek látja, és a terheltnek nincs védője.

Itt kell megjegyeznünk azt, hogy bár a kirendelt ügyvéd némi hasonlóságot mutat a polgári eljárásban a költségkedvezményekkel összefüggésben szabályozott pártfogó ügyvéddel, a kettő között mégis lényeges különbség van. A polgári eljárásban a bíróság - költségmentesség esetében - kérelemre rendel ki ügyvédet, vagy ügyvédi irodát, ha az ügy körülményeire tekintettel szükséges. Ezekben az esetekben a polgári ügyben általában nem kötelező a jogi képviselő (hiszen az csak a Legfelsőbb Bíróság előtt az), míg a büntető eljárásban ha védőt rendelnek ki, a törvény erejénél fogva rendszerint kötelező annak részvétele.¹

A hivatkozott tanulmányban - kérdőíves kutatásaink alapján - részletes elemzést készítettünk a kirendelt védők tevékenységéről, összehasonlítva a meghatalmazott védő eljárásával. Megállapítottuk, hogy egyértelmű minőségi különbség van a védői jogok gyakorlása tekintetében a meghatalmazott védő és a kirendelt védő között.

¹ 1984-ig a polgári perben pervezteség esetén a pártfogó ügyvéd nem követelhetett munkadíjat, vagyis minden ellenérték nélkül köteles volt dolgozni. Magyary Géza: Magyar polgári perjog Budapest 1924. Ezt változtatta meg a 3/1984 (V. 27.) IM. Rendelet, mely szerint a pártfogó ügyvéd díját az állam viseli. Kengyel Miklós: Magyar polgári eljárásjog Budapest 1998, 158. old. Ez a munkadíj tekintetében hasonló helyzetet teremtett az ügyvéd részére, mind a büntető, mind a polgári eljárásban.

A vizsgálat során világossá vált továbbá, hogy az ismertetett elveknek megfelelő esélyegyenlőséget, „méltányos” eljárást nem elsősorban a védő biztosítja, a védő eljárásban való részvételének nélkülözhetetlensége pedig a szakmabeliek körében nem egyértelmű.

Mindamellet, hogy a kirendelt védő minőségileg alacsonyabb munkát végez - amit alátámasztott az állampolgári jogok országgyűlési biztosának 1996-os jelentése a kirendelt védő tevékenységéről - részvétele azonban az ügyek összességét tekintve fontosabb, mint meghatalmazott kollegájáé. Ennek oka pedig feltehetően az ügyek bonyolultságában keresendő, hiszen azoknak az eljárásoknak, ahol kötelező a védő jelenléte, ténybeli és jogi megítélése nehezebb. Ezt tükrözik eljárási törvényünk vonatkozó részei is.

A felmerült problémákra végül megoldási lehetőségeket javasoltunk, melynek lényege, hogy komplex, többoldalú változásokra van szükség, és nem elégséges csupán, a már több fórumon is javasolt ügyvédi díj emelése, sőt ez befolyásolná a tevékenység minőségét legkevésbé.

Vizsgálatunk tárgyát képezte továbbá, hogy ki lehet kirendelt védő, és mi alapján választja ki a hatóság az éppen eljáró védőt. Ez a kérdés lassan megoldódni látszik, és megfelelő eljárás rögzült a legtöbb megyében az ügyvédi kamaráknál, és a bíróságoknál. A büntető eljárás szervei ma már csak a kamaráknál külön vezetett névjegyzékből választhatják ki a kirendelt védőt, így a szakmai színvonal is jobban biztosított.

Az előbbi témához kapcsolódóan további kérdőíves kutatásokat végeztünk a védők személyével kapcsolatban. Ebben a cikkben ezt a kutatást dolgoztuk fel, illetve ennek eredményeit mutatjuk be. A vizsgálat célja, hogy az ügyvédség társadalmi rétegén belül lehet-e valamiféle csoportok szerinti különbséget tenni a kirendelést vállaló, és nem vállaló ügyvédek között.²

Feltételezésünk az volt, hogy azok az ügyvédek, akik rendszeresen vállalnak kirendeléseket, nevük felvételét kérték a kamaráknál a kirendelési névjegyzékbe, valamiképpen olyan jellemzőkkel rendelkeznek (anyagi helyzet, pályakezdő, stb.), ami megkülönbözteti Őket a többi - névjegyzékben nem szereplő - ügyvédtől. Mindezek a vizsgált jellemzők egyben a kirendelések elvállalásának okai is lehetnek.

A reprezentativitás problémái

² A kirendelés elvállalása a büntető eljárási törvény szerint nem a védő választásán alapul, az kötelezettség, valójában azonban csak az ügyvédi kamaráknál vezetett névjegyzékben szereplő ügyvédek közül választják ki az eljáró védőt. A jegyzékbe pedig csak az azt kérelmező ügyvédek nevei kerülnek be. Nagy Zsolt: A kirendelt védő intézményének szociológiai elemzése mn. 1999.

Anyagi lehetőségek hiányában nem tudtunk egy, az egész országra, minden területi ügyvédi kamarára kiterjedő kérdőíves vizsgálatot végezni.

A kutatás Csongrád megyében a Csongrád Megyei Ügyvédi Kamaránál bejegyzett ügyvédekre terjedt ki. Az itt jegyzett 529 ügyvéd és ügyvédjelölt közül csupán 153 töltötte ki a kérdőíveket. Ez 27,9%-a a statisztikai értelemben vett egész sokaságnak.

Ebből következően tekintettel a reprezentatív felmérés standard hibájára némi eltérést kell a számadatokba kalkulálni. Az eltérés minimumra csökkentése érdekében megpróbáltuk a felmérést minél nagyobb részsokaságra kiterjeszteni, és a standard deviációt (szórást) pedig a számtani átlagtól (nem a mediántól, vagy a módusztól) számítani.³

Ugyanezen okból alkalmaztuk a véletlenszerű reprezentatív mintavételt, tehát nem meghatározott csoportokkal, vagy rétegekkel töltöttük ki a kérdőíveket. Egyéb reprezentatív mintavételi megoldások nem lehettek volna ennyire eredményesek, mivel a lépcsőzetes eljárás növeli a hibamutatót, a rétegzett kiválasztás pedig rendkívül költséges. Eszerint a véletlen ismétlés nélküli megfigyelés módszerét alkalmazva az átlagos standard hiba értéke 3,78.⁴

Az egyes hipotézisek ellenőrzésénél ez a szám - 3,1-től 4,1-ig terjedő zárt intervallumban - némileg eltérő értéket mutat, amit a későbbiekben külön-külön jelezni fogunk, illetve ezt a táblázatokban is feltüntettük.

A hipotézisek, melyik ügyvéd válik kirendelt védővé

A szociológiai kutatások keretében a kérdőíves felméréseket feltevéseink igazolására, illetve cáfolására végezzük. A kérdésekre adott válaszok feldolgozása alapján tudjuk megmondani, hogy a témakörben felállított elgondolások megfelelnek-e a valóságnak, és ha

³A szórást (Q) a számtani középértől számított négyzetes középértékkel számítjuk, tehát

$$Q = \sqrt{\frac{(x_1 - \bar{x})^2 + (x_2 - \bar{x})^2 + \dots + (x_n - \bar{x})^2}{n}} = \sqrt{\frac{\sum_{i=1}^n d_i^2}{n}}$$

ahol x_1, x_2, \dots, x_n a sokaság egyes elemei,
 \bar{x}

az elemek számtani átlaga, „n” a részsokaság összege. Köves Pál - Párniczky Gábor: Általános statisztika II. Bp. 1981

⁴Ez pedig nem más, mint az alapsokaság átlagára vonatkozó szórás, melynek kiszámítása a következő:

$$Q_x = \frac{Q}{\sqrt{n}} \sqrt{1 - \frac{n}{N}}$$

ahol „Q” a szórás, „N” az egész sokaság száma, „n” a részsokaság száma. Köves Pál - Párniczky Gábor i.m.

nem, akkor ezekből milyen további következtetéseket lehet levonni. A konkrét esetben három feltevés csoportot különíthetünk el.

Elgondolásunk szerint, elsősorban azok az ügyvédek vállalnak kirendeléseket, vetetik fel magukat a kamarai névjegyzékbe, akik anyagi szempontokból vannak rászorulva.

Ugyan a kirendelési díj elég alacsony, de a nyílt, illetve egyre nyíltabbá váló, versenyszerű helyzetet teremtő ügyvédi piac miatti „ügyfélhiányból” adódó pénzügyi problémákra részben segítséget jelenthet. Nem is beszélve arról, hogy az ilyen ügyek által bővíthet az ügyvéd ügyfélköre is. Esetleg a terhelt, akinek védelmére kirendelték a védőt, meghatalmazást is adhat neki, ami nyilván nagyobb honoráriumot jelent, mint az alacsony kirendelési díj.

Mindezek közvetve, vagy közvetlenül anyagi előnyökkel kecsegtetnek. Így az ügyvédek számára a kirendelés egy alacsonyabb összegű keresetkiegészítést, és számos potenciális lehetőség együttes előnyét jelenti.

Ebből következően a nagyobb ügyvédi irodák tagjainak, akik javarészt céges ügyeket (cégek képviselete, bejegyzése, stb.) intéznek, amiből jelentősebb rendszeres bevételhez jutnak, nincs szükségük az egész napos büntetőügyekben való részvételre. Feltételezésünk szerint tehát, a vagyoni helyzetnek meghatározónak kell lennie a kirendelések elvállalására.

A pénzügyi problémákhoz szorosan kapcsolódik az a feltevés is, mely szerint az ügyvédi irodák felszereltsége, nagysága, az ott dolgozó alkalmazottak száma is összefüggésbe hozható a kirendelések elfogadásával. (A nagyobb iroda természetesen előfeltételezi az erősebb pénzügyi helyzetet.)

Elképzelésünk szerint az elsősorban polgári, illetve céges ügyekkel foglalkozó ügyvédek tartanak fent nagyobb, felszereltebb irodát, foglalkoztatnak több beosztottat. Ennek oka az, hogy ezek az ügyek igényelnek komolyabb eszköztárat. Ezekben az esetekben általában többféle, különböző jogszabályt kell együttesen alkalmazni, nagyobb számú beadványt, vagy egyéb iratot kell készíteni. Az ügyek pedig annyira munkaigényesek, hogy a számítógépes szöveges minták, egyéb eszközök (fax, fénymásoló, stb.) nagymértékben megkönnyítik azok elvégzését. A nagyszámú alkalmazott lehetővé teszi az irodán belüli specializációt.. amely a kiterjedt problémakörrel bíró esetek megoldását könnyíti meg.

Az elsősorban büntetőügyekkel foglalkozó ügyvédi irodáknak erre azért nincs szükségük, mert a büntetőeljárásban arányában jóval kevesebb iratot kell a védőnek készíteni (főleg a cégeljáráshoz viszonyítva). A specializáció sem létszükséglet, hiszen nem kell sokféle különböző jogszabályt alkalmazni. A bizonyítási eljárási cselekmények javarészt magán a

tárgyaláson, vagy egyéb kihallgatáson a bíróság, vagy a nyomozó hatóság előtt történnek, ezért főképpen a személyes megjelenés az elsődleges a védelmi stratégia kivitelezéséhez.

Ezek szerint az irodák minőségi mutatói (nagyság, felszerelés, stb.) megmutathatja, hogy büntető, vagy polgári, céges ügyekkel foglalkozó ügyvéd a tulajdonosa. A büntetőeljárásban otthonosan mozgó ügyvédek pedig általában vállalják a kirendeléseket, ha nem is maguk, de jelöltjeik számára mindenképpen.⁵

Végül, megítélésünk szerint, a kor is összefüggésben lehet a kirendelésekkel. Az idősebb (legalább 10 éves szakmai gyakorlattal rendelkező) ügyvédeknek, akiknek, a hosszú évek alatt már kialakult a megfelelő ügyfélkörük nincs szükségük az ilyen ügyek elvállalására. Számukra felesleges időpocsékolás az egész napos tárgyaláson való részvétel, amikor pusztán hírnevük alapján, megbízások vállalásával sokkal könnyebben kereshetnek pénzt.

A fiatalabb, pályakezdő ügyvédeknek sokkal inkább szükségük lehet kirendelésekre, mert ezekkel kezdik kiépíteni ügyfélkörüket. Ehhez járul még, hogy ennek a rétegnek ez némi keresetkiegészítést is jelenthet, bár magában a díj nem elegendő az iroda fenntartására sem. Következésképpen a 30-35 éves kor alatti ügyvédi rétegnek kell túlnyomó részt kirendelés alapján eljárnia a büntetőeljárásokban.

A kutatás

Állításaink alátámasztására kérdőíves felmérést végeztünk. A kérdőíveken a fent írtaknak megfelelően kérdeztünk rá az egyes feltevésekre. Természetesen ez nem minden elgondolás esetén jelentett konkrét, egyértelmű kérdéseket. Némely állítás igazolására több, minden oldalról közelítő „kérdéscsomagot” kellett összeállítani.

A felmérések kiértékelése után a problémásabb pontokat pedig interjúk alapján további vizsgálatoknak vetettük alá, hogy megfelelően módosítani tudjuk hipotéziseinket.

Az anyagi helyzetről való információkhoz a tudakozódás a lakóhelyre, annak minőségére, nagyságára, tulajdoni viszonyaira, az egy háztartásban élők számára irányult. További kiegészítő jellegű felméréseket végeztünk a vizsgált személyek utazási, üdülési szokásaira, személygépkocsi, egyéb ingatlanok (üdülő, hétvégi ház, stb.) tulajdonjogára.

Az iroda nagyságára, felszereltségére is különböző, több oldalú megközelítésre volt szükség. Ezek a kérdések az irodában található elektronikus és egyéb informatikai eszközökre,

⁵ Egy 1998-ban végzett kérdőíves kutatás során világossá vált, hogy a kirendelések szakmai szempontból gyakorlást jelentenek, elősegítik a szakmai fejlődést, ezért nagyon sok ügyvédjelölt jár el az ilyen ügyekben a helyi bíróságok előtt. Nagy Zsolt i. m.

azok számára, az ott dolgozó alkalmazottakra, azok képzettségére, illetve az ügyvédi iroda tulajdonjogára vonatkozó információkat tárták fel.

A legegyszerűbben a korról tudtunk adatokat szerezni, hiszen a név nélkül kitöltendő kérdőíveken erre a legkönnyebb egyértelműen rákérdezni.

További kiegészítő céllal tudakozódtunk az ügyek jellegéről is (polgári, büntető, céges, közigazgatás, vegyes, stb.), amelyekre az ügyvédek esetlegesen specializálódtak, illetve ezek egymáshoz viszonyított arányáról.⁶

Hogyan módosították az eredmények feltételezéseinket?

Az első hipotézis vizsgálatára két kategóriát állítottunk fel. Az elsőbe a kirendelést vállaló, a másodikba értelemszerűen a kirendelést nem vállaló ügyvédek kerültek. Mindkét kategóriát tovább bontottuk jó anyagi helyzetű, vagyonosabb rétegre, és kevésbé vagyonos személyi körre. Majd mindezek aránypárjait is kiszámítottuk, amely így megmutatja feltételezéseink helyességét, vagy helytelenségét.⁷

A kirendelést vállaló ilyen ügyekben rendszeresen eljáró ügyvédek 55%-a tartozik a jó anyagi helyzetűek kategóriájába, míg a maradék 45% kevésbé jó anyagi helyzettel rendelkezik.⁸

Kirendelt védőként büntetőügyekben el nem járó ügyvédek 43%-a tartozik a vagyonos csoportba, és ennek megfelelően 57%-uk a kevésbé vagyonosba. Természetesen a reprezentativitás standard hibáját számításba vettük, melynek értéke jelen esetben 4,09.

A fenti adatokból tehát egyértelműen az következik, hogy ebben az esetben feltevéseinket az eredmények nem igazolták. Az adatok nem azt mutatták, hogy a jó anyagi helyzetben lévők nem foglalkoznak kirendelésekkel. Sőt az ilyen ügyeket vállalók nagyobb része kifejezetten vagyonosnak mondható.

A kirendelt védőként el nem járó ügyvédek nagyobb része rendelkezik kevésbé jó anyagi helyzettel. Tehát nem lehet éles különbséget tenni a két kategória vagyoni körülményei között, vagyis - másképpen fogalmazva - nincs, vagy meglehetősen csekély az összefüggés a vagyon, a kereset és a kirendelések között.

⁶ Az egyes kérdésekre adott válaszokat külön-külön és együttesen is vizsgálva, egymással összehasonlítva kerültek a megkérdezett ügyvédek egyik, vagy másik kategóriába.

⁷ Az anyagi helyzet az előző fejezetben írtaknak megfelelően több - kérdéssel megvilágított - körülmény összetevője. Ha a kategória nem volt egyértelműen eldönthető, százalékos arányokkal döntöttük el, hogy egyik, vagy másik kategóriába tartozik az adott személy. Ez a módszer a későbbiekben is irányadó volt a kategóriákba való elhelyezéssel. Lsd.: Iroda felszereltségének vizsgálata.

⁸ Az itt szereplő értéke kerekített adatok, az eltérés +/- 0,5%.

A második feltételezés igazolására az előbb ismertetett kategóriarendszert használtuk. A kirendeléseket vállaló és nem vállaló ügyvédek tovább osztottuk jól felszerelt, több alkalmazottat foglalkoztató és alkalmazottakkal nem dolgoztató (illetve maximum egy alkalmazott, ügyvédjelölt munkáltatója) és kevésbé felszerelt irodával rendelkezőkre. Az első csoportba tartozóak (kirendeléseket rendszeresen vállalók) 47%-a nem rendelkezik jól felszerelt irodával, míg 53%-uk igen.

A második kategóriába tartozó személyek (kirendeléseket nem vállalók) 67%-a birtokol jól felszerelt, több alkalmazottat foglalkoztató irodát és csupán 33%-uk nem.

Ez az eredmény feltevéseinket csak részben igazolta. Az mindenképpen egyértelmű, hogy a kirendelt védőként el nem járó ügyvédek (elsősorban polgári joggal, társasági joggal foglalkozók) inkább jól felszerelt irodával rendelkeznek, mint a büntetőügyekben járatos kollegáik. (Ezt bizonyítja az előbbi számok közül az első csoport második adata: 53%, illetve a második csoport első adata: 67% közötti differencia: 14.) Ezzel szemben a kirendelt védő szerepét rendszeresen vállaló ügyvédeknek is valamivel több, mint a fele jól felszerelt, kifejezetten nagy iroda tulajdonosa.

A harmadik feltevés ellenőrzésére a legegyszerűbb módszert alkalmaztuk. A kérdőíveket kitöltő ügyvédek életkorát mind a kirendelést vállaló, mind a nem vállaló kategóriában átlagoltuk.

Az átlagéletkor az első csoportban 40,6 év lett, a második esetben 33,6 év. Az életkorok számításánál figyelembe vett reprezentativitás standard hibája 3,18. Ez azt mutatja, hogy a két részsokaság átlagéletkora között nincs számottevő különbség (mintegy 7 év), ráadásul a kirendelést vállaló ügyvédek átlagéletkora a magasabb.

A megfigyelt részsokaságban mindkét csoportban a leggyakrabban előforduló elem (módusz) a 31 év. Ez is azt támasztja alá, hogy nincs az életkorban jelentős különbség a két rész között.

Egészen más eredményt kaptunk, ha korcsoportokra bontottuk a megfigyelt sokaságot. Három korcsoportot alakítottunk ki mind a kirendelést vállalók, mind a kirendelést nem vállalók között. Az első csoportba a 30 év alattiak, a másodikba a 30 és 50 év közöttiek, a harmadikba az 50 év felettiak tartoztak. Az így kiszámított intenzitási viszonyszámok adják meg, hogy egy-egy korcsoportban milyen arányban vállalnak kirendeléseket.

A kirendelt ügyekben rendszeresen eljáró ügyvédek kategóriájában a kirendelések elvállalásának aránya az első korcsoportban a legintenzívebb: 44%, a második csoportban volt a legkevésbé intenzív: 22%, a harmadikban ismét emelkedett az érték: 34%.

Ugyanez az arány a kirendelt védő szerepét nem vállaló ügyvédeknel fordítva alakult. Az első csoportban az intenzitás (negatív intenzitás) 20%, a másodikban 60%, a harmadikban ismét 20% körüli értéket mutatott.⁹

Tehát leggyakrabban valóban a fiatalabb ügyvédek a kirendelt védők, de majdnem ilyen gyakori az idősebb korosztály részvétele is ezekben az ügyekben. Legkevesebb kirendelést a középkorosztály vállal, és ebbe a korcsoportba tartoznak azok is, akik főképpen a szakma más területével (polgári, céges ügyek) foglalkoznak.¹⁰

Az eredményeknek megfelelően részben át kell értékelnünk elgondolásainkat, illetve meg azokat változtatnunk.

Az a feltevést, hogy kizárólag, vagy nagyobb részben az anyagilag rászorult ügyvédek vetetik fel magukat a kamarai kirendelési névjegyzékbe a kutatás megcáfolta.

Bár ez nem jelenti azt, hogy a rászorult rétegek nem vennének részt a kirendelt védői tevékenységben. Az anyagi szempontból kedvezőtlenebb helyzetben lévők a közvetett, vagy közvetlen előnyöket remélve természetes, hogy elvállalják a kirendeléseket.

Ettől függetlenül a kutatási eredmények alapján valószínűsíthető, hogy az egyébként jobb anyagi helyzetben lévő ügyvédek továbbra is azért vállalják az ilyen ügyekben való részvételt, mert ez számukra - hacsak közvetett módon is - ugyanolyan anyagi előnyökkel járhat. Ügyfélkörük bővítése, nevük ismertebbé tétele ezúton is lehetséges.¹¹

Mellékesen az ügyvédek jelöltjeik számára is szoktak kirendeléseket vállalni, ilyenkor bizonyos tárgyalásokon, vagy az egész eljárás alatt a jelölt helyettesi minőségben jár el. Ez hasznos abból a szempontból, hogy a jelölt fizetését a kirendelési díj részben fedezi, másrészt hasznos a szakmai képzés, fejlődés szempontjából is. Az pedig köztudott, hogy a jogi szakvizsgára a szükséges gyakorlatot biztosítani kell a jelöltek számára. Azoknak a büntetőügyeknek, amelyekben a törvény szerint kötelező az ügyvéd részvétele, általában a jogi illetve ténybeli megítélésük bonyolultabb, mint amelyekben nem kötelező a védő. Tehát ezek az eljárások a jelölteknek, de még a pályakezdő, gyakorló ügyvédeknek is nagyobb szakmai kihívást, tapasztalatot jelentenek.¹²

⁹ Az intenzitás tökéletesebb áttekinthetőségére lsd.: 4. Ábra.

¹⁰ A kérdőíveken kiegészítő kérdésekkel felmértük, hogy milyen ügyekkel foglalkoznak a különböző kategóriákba tartozó ügyvédek. Ennek eredményeképpen tettük a fenti megállapításokat, melyeket az intenzitási viszonzyszámok is kifejeznek.

¹¹ Az 1998-as kérdőíves kutatás szerint az ügyvédek a kirendelésenként a szakmai gyakorlati szempontokat fontosabbnak tartják, mint a díjból származó keresetet. Nagy Zsolt i. m.

¹² Az érintett ügyvédekkel a kérdéses időszakban készített interjúk alapján jutottunk ezekre a megállapításokra.

Mindezen okok - közvetett anyagi előny, szakmai tapasztalat, jelöltek gyakorlatának biztosítása - együttesen vezetnek arra, hogy a kedvezőbb anyagi helyzetben lévő ügyvédek is közel azonos arányban vállalják a kirendelt védő szerepét.

Ezekkel összhangban elgondolásaink részbeni módosításaira van szükség az iroda nagyságával, felszereltségével, alkalmazottak, jelöltek számával kapcsolatos felmérés eredményének figyelembevétele miatt.

Az a feltevés helytállónak látszik, hogy a polgári, illetve cégügyekkel dolgozó ügyvédek általában nagyobb, jól felszerelt irodával rendelkeznek. Mindezt alátámasztja, az hogy a kirendeléseket nem vállaló ügyvédek több, mint 2/3-a ebbe a kategóriába tartozik.

Az az elgondolás viszont már korántsem tűnik helyesnek, hogy a kirendelt védőként rendszeresen eljáró ügyvédek nem rendelkeznek ilyen irodákkal. Az tény, hogy kisebb számban tulajdonosai nagy, jól felszerelt irodáknak, mint polgári ügyekkel foglalkozó kollegáik. Mégis az ebbe a csoportba tartozó megkérdézett ügyvédek több, mint a fele nagyobb ügyvédi irodát birtokol.

Ennek oka egyrészt az lehet, hogy ezek az ügyvédek - bár elsősorban büntetőperekre specializálódtak - vállalnak más jogágba tartozó ügyeket is. Nyilván, ha kiterjedtebb az az ügykör, amivel foglalkoznak, ez az irodánál dolgozó személyek specializációját is maga után vonja, illetve komolyabb felszerelést igényel.

Másrészt a hipotézisek felállításánál figyelmen kívül hagytuk azt a tény, hogy az idő előrehaladtával a társadalmi viszonyok is egyre bonyolultabbá, komplexebbé válnak, illetve váltak. Napjainkban egy-egy büntetőügy is rendkívül kiterjedt lehet, a bűncselekmények szövevényes hálózatának felderítéséhez más jogágakba tartozó szabályok ismerete is szükséges. Következésképpen már nem elég a büntetőperekben az anyagi, illetve eljárásjog ismerete, hanem más, az adott ügghöz kapcsolódó joganyagokat is ismerni kell. Ezt a tendenciát támasztja alá a különböző posztgraduális, jogi egyetem elvégzése, szakvizsga letétele utáni speciális képzések megjelenése is (gazdasági büntetőjogász, stb.).

Az ilyen kiterjedt problémák feldolgozásához, a védelemre való felkészüléshez megfelelő infrastruktúrára van szükség. Ezt a munkát természetesen kirendelt védőként sem szabad elhanyagolni, hiszen ezekben az ügyekben való eljárás a későbbiekben a már ismertetett előnyökkel járhat.

Az kirendelés vállalásával kapcsolatosan az ügyvédek koráról való tájékozódás ugyan nagyrészt igazolta elgondolásunkat, az részben mégis módosításra szorul.

Nem egyértelműen csak a fiatalabb korosztály vállalja a kirendelt védő szerepét, hanem az idősebb is részt vesz ebben. (Az életkor átlaga nem igazolta, hogy kizárólag a pályakezdők járnak el kirendelt védőként, mert ez a szám eleve a középkorosztályt adta meg.)¹³

A korcsoportok szerint számított intenzitási viszonyszám már egészen más eredményeket adott. Az adatok alapján igazolt a fiatalabb ügyvédek kirendelése, ami azt mutatja, hogy ez a jogintézmény továbbra is lényeges szerepet játszik az irodák „építésében”, az ügyfélkör megszerzésében. Természetesen a kirendelési díj - a régebbi időkkel ellentétben - ma már távolról sem elegendő a megélhetéshez, de közvetett módon, hosszú távon biztosíthatja a megfelelőbb jövedelmet.

De mi lehet az oka az idősebb korosztály kirendelésének? A kérdés fordított feltevése könnyebben elvezet a megoldáshoz. Tehát, miért a középkorosztály kapja a legkevesebb kirendelést?

Ennek történeti okai vannak, melyek szorosan kötődnek az 1988-90-es változásokhoz. A társasági törvény és más gazdasággal kapcsolatos jogszabályok hatályba lépésével, illetve az azt követő gazdasági ügyek (ezzel járó egyéb polgári eljárások) számának ugrásszerű növekedésével vannak összefüggésben. Az ekkor a változásokhoz legjobban alkalmazkodni képes, vagy azokkal együtt haladó ügyvédek „szerezték meg” az ilyen, egyébként rendkívül jól jövedelmező ügyeket és ügyfeleket. A legjobban alkalmazkodók természetesen az akkor pályakezdő kategóriába tartozó, vagy annál valamivel idősebb korosztály volt. Pont azok, akik most a 30-50 éves korcsoport tagjai.

Ezzel szemben a már akkor idősebbek közé sorolható, vagy a középkorú kategória felső határához közelítő korosztály kevésbé tudták a gyors változásokat követni. Ezek az ügyvédek ma már mindenképpen az 50 év feletti csoportba tartoznak.

Akik akkor építették ki ügyfélkörüket, nem vállalják a büntetőügyeket. Elsősorban azért, mert nem is igen szereztek benne gyakorlatot, másodsorban, mert nem olyan jól jövedelmező, mint a már meglévő ügyeik.

Tehát az eredeti kérdésünkre a következő választ adhatjuk. Az 50 év feletti csoportba tartozók egyrészt más jövedelemszerző források hiánya miatt vállalják a kirendeléseket. Másrészt korábban is ezek segítségével szerezték - természetesen csak részben - anyagi javaikat, így mivel a változásokat kisebb mértékben tudták követni, továbbra is maradtak a hagyományosnak tekinthető jövedelemszerzési módozatoknál.

¹³ Az érintettekkel készített interjúk, és a korábbi kérdőíves vizsgálat alapján kimutattuk, hogy az 1950-es, 1960-as években szinte kizárólag pályakezdők jártak el kirendelt védőként. Ugyanis a kirendelésekből el lehetett kezdeni irodájuk „kiépítését”. Nagy Zsolt i. m.

Feltételezéseinket, a kérdőíves kutatások eredményeit, illetve az interjúkat figyelembe véve összefoglalásul az alábbi következtetést vontuk le. Kirendelt védőként elsősorban a pályakezdő, fiatalabb korosztályba, másodsorban az idősebb korcsoportba tartozó ügyvédek járnak el. Az előbbi kategória ügyfélkörük, illetve további szakmai gyakorlat szerzése érdekében, utóbbi csoport tagjai praktizálási gyakorlatának folytatásaként, illetve más jövedelemszerzési lehetőségek hiányában teszik ezt. A középkorú ügyvédek jóval kisebb számban vállalnak kirendeléseket, mert elsősorban ez a korosztály más ügyekre specializálódott praktizálásuk folyamán, főleg a rendszerváltás idején bekövetkezett változások miatt.

Az anyagi helyzet pedig abban az értelemben, hogy közvetlen jövedelemszerzési lehetőségként számba lehetne venni, nem befolyásolja a kirendelések elvállalását. A kevésbé jó anyagi viszonyokkal rendelkező, és a kifejezetten vagyonos ügyvédek is a közvetett előnyökért járnak el kirendelt védőként, így mindkét kategóriának egyformán érdeke az ilyen ügyekben való részvétel. (Egyébként a vizsgálatnak ez a megállapítása egyértelműen rámutat a kirendelési díj szinte nevetségesen alacsony voltára is.)

Az ügyvédi iroda nagysága pedig nem lehet ennek a kérdésnek mutatója, de még arra vonatkozó következtetéseket sem lehet minden esetben helyesen levonni belőle, hogy az adott ügyvéd főképpen büntető, vagy polgári, céges ügyekkel foglalkozik-e.

A büntetőeljárásban sem a bíróságnak, melynek elsődleges feladata az objektív igazság felderítése, sem a terheltnek nem közömbös, hogy ki a védője, adott esetben kit rendelnek ki számára védőként. A kirendelt védő személyét a tanulmányban felsorolt problémák meghatározzák. Tehát mindezek a körülmények közvetve kihatnak a védelem stratégiájára is. Kissé aggályosnak tűnik, hogy nagy számban pályakezdők járnak el az egyébként is bonyolult ténybeli és jogi megítélésű ügyekben, bár az is igaz, hogy a jogi praktikum elsajátítása személyes gyakorlati tapasztalatok nélkül nem lehetséges. Az viszont mindenképpen előnyös, hogy kortól, de még a vagyoni körülményektől is jórészt függetlenül jól felszerelt irodával rendelkező ügyvédek kapják a kirendelések jelentős részét. Ez pedig egyértelműen a terhelték előnyére, illetve az esélyegyenlőség biztosítására szolgál. Remélhetőleg a társadalom, illetve az ügyvédi piac fejlődése következtében tovább javul a büntetőügyekkel foglalkozó jogászok helyzete, így kirendelt védőként is fokozatosan egyre felkészültebb, nagyobb tapasztalatú, felszereltebb irodával rendelkező ügyvédek járhatnak el.

Melléklet

1. sz. ábra

A megkérdezett ügyvédek százalékos csoportosítása vagyoni helyzet szerint:

	Kirendelést vállaló ügyvédek	Kirendelést nem vállaló ügyvédek
Vagyonos	55%	43%
Kevésbé vagyonos	45%	57%
Összesen	100%	100%

2. sz. ábra

A megkérdezett ügyvédek csoportosítása az iroda nagysága szerint:

	Kirendelést vállaló ügyvédek	Kirendelést nem vállaló ügyvédek
Jó felszerelt irodával rendelkező	53%	67%
Kevésbé felszerelt irodával rendelkező	47%	33%
Összesen	100%	100%

3. sz. ábra

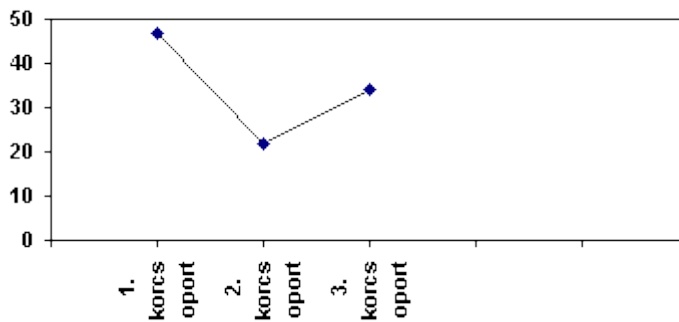
A megkérdezett ügyvédek csoportosítása kor szerint:

	Kirendelést vállaló ügyvédek	Kirendelést nem vállaló ügyvédek
30 év alattiak	44%	20%
30 és 50 év közöttiek	22%	60%
50 év felettiak	34%	20%
Összesen	100%	100%

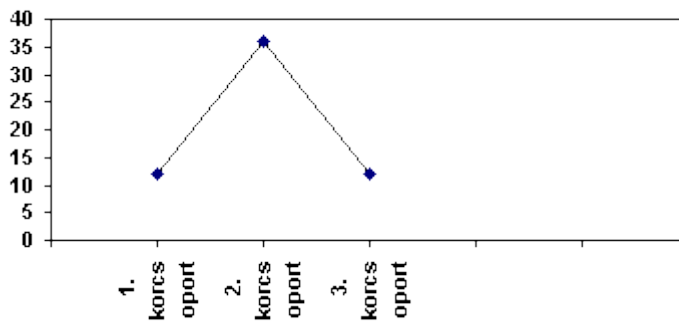
4. ábra

Korcsoportok szerinti megoszlás ábrázolása diagrammon:

I. Kirendelést vállaló ügyvédek:



II. Kirendelést nem vállaló ügyvédek:



Irodalomjegyzék

1. Andreas Jager: Notwendige Verteidigung im Bussgeldverfahrend. 1994 Strassburg
2. Badó Attila: Társadalomtudósok a bíróságon. Jogtudományi Közlöny, 1994 január
3. Badó Attila - Loss Sándor - H. Szilágyi István - Zombor Ferenc: Bevezetés a jogszociológiába 1997, Miskolc
4. Bolgár György - Kárpáti László - Traytler Endre: a bűnügyi védő munkája. Budapest 1965
5. Gyöngyi Gyula: A védelem érvényesülése a gyakorlatban. Jogtudományi Közlöny 1975 október
6. Hans Heiner Kühne: Strafprozesslehre. 1982 Kehl am Rhein, Strassburg, Engel
7. Hartman-Hilter Jost: Notwendige Verteidigung und Pflichtverteidigung im Jugendstrafverfahren. 1989 Köln
8. Karl Binding: Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen. München, Leipzig. 1915
9. Király Tibor: A védelem és a védő a büntetőügyekben. Budapest 1962
10. Köves Pál - Párniczky Gábor: Általános statisztika II. Budapest 1981
11. Manfred Hahn: Die notwendige Verteidigung im Strafprozess. 1975 Köln
12. Meszéna György - Ziermann Margit: Valószínűségelmélet és matematikai statisztika. Budapest, 1981
13. Móra Mihály - Kocsis Mihály: A magyar büntető eljárási jog. Budapest 1961
14. Norbert Vogelsang: Die notwendige Verteidigung im deutschen und österreichischen Strafprozessrecht. 1992 Magdeburg
15. Pokol Béla: A jog szerkezete 1991, Budapest
16. Schneider Bernd: Notwendige Verteidigung und Stellung des Pflichtverteidigers im Strafverfahren. 1979 München
17. Varga Endre: A hivatásos ügyvédi osztály kialakulása. Budapest 1937
18. Az Állampolgári Jogok Országgyűlési Biztosának jelentése a kirendelt védővel rendelkező fogvatartott személyek védelméhez való jogának érvényesülése a büntetőeljárás nyomozati szakában 1996
19. Az Országos Ügyvédi Kamara 1992. December 14-én tartott teljes ülésének határozata „Az ügyvédi hivatás magatartási szabályairól”. 1992

20. 1973. évi I. tv. a büntetőeljárásról

21. 1/1974. (II. 15.) IM rendelet a büntetőeljárás során kirendelt védő díjáról és költségeiről

22. Strafprozessordnung, erläutert von Dr. Theodor Kleinknecht Prof. Uni. Erlangen-Nürnberg, fortgeführt von Karlheinz Meyer vorsitzender Richter am Kammergericht. 1985 München

Pokol Béla

Vázlat az amerikai jogelméleti irányzatok elemzéséhez

Az amerikai jogelmélet az 1870-es években indult fejlődésnek a jogászképzés egyetemi képzéssé tételével, és az elmúlt majd másfél évszázad fejlődése eredményeként a kezdeti angol, majd kontinentális európai - főként német és francia - elméleti import után egyre inkább exportálónak is fellép ezen a területen. A egyetemi jogi karok óriási tömege és ezek egymással való versengése az elméleti paradigmák sokaságát tudja kitermelni, és újabban ezek az elméletek már a modern jogrendszerekkel rendelkező országokban általában is követőkre vagy legalábbis folyamatos vitatásra találnak.

Vázlatos összefoglalásban a következő kép adható az amerikai jogelmélet elmúlt másfél évszázados fejlődéséről és a mai irányzatokról (lásd Grey 1996; Duxbury 1993; Ansaldi 1996; Hunt 1986; Tushnet 1991; magyar nyelven: Szabadválvi 1996). Kiindulópont Langdell, aki 1870-ben nem egyszerűen az esetjogi szemléletmódra építette át az amerikai jogi oktatást, hanem az egyetemi végzettségre alapozta ezt, és az egyetemre épülő jogi oktatást magát ő alakította ki a Harvardon, melyet rövidesen követtek az Egyesült Államok minden egyetemén. Tehát a jog egyetemi tárgyá tétele Langdell középponti tette. Ennek messze mutató következménye, hogy ezzel a joggal való foglalkozást is bevitte az egyetemre, és a neutrális - a közvetlen moralizálástól és politikai szempontoktól elkülönített - jogi tudományos gondolkodásnak lehetőségét teremtette meg. Kiemelhető még, hogy mindezt Langdell abban a társadalomban tette, amelyet a történelem leginkább jog által áthatott és bíróság-központú társadalmának lehet tekinteni, így a megteremtett jogtudományi lehetőség jó talajra hullott, hisz tárgya középponti jelentőségű ebben a társadalomban.

Az amerikai jogelmélet történetével foglalkozók között ugyan nagy vita van erről, de a vázlatos bemutatás lehetővé teszi, hogy 1870 és 1970 közötti száz évben négy jogelméleti iskolát különítsünk el: a **klasszikus jogelméletet** (1870 - 1895); a **progresszív jogelméletet** (1895 - 1925); a **jogi realizmus jogelméletét** (1935 - 1945); és a **processzualista jogelméletet** (1945 - 1970). Az 1970-es évek óta a korábbi jogelméleti irányzatok felbomlása és új hadrendbe állásuk alakított ki jogelméleti irányzatokat, és különösen a **morálfilozófiai jogelmélet**, a **jog gazdasági elmélete** és a **kritikai jogi tanulmányok irányzata** vált meghatározóvá az egyetemi jogászság és a joggyakorlat orientálásában. A legutóbbi években ismét felbukkant a hatásos jogelméletek között a törvények és a precedensek szövegéhez szigorúbban ragaszkodó irányzat, amely a **neo-tradicionalizmus jogelmélete** néven vált ismertté, de ez kevésbé az egyetemi jogászkörökben hódít, inkább a gyakorlati jogi élet pozícióit betöltő jogászok között. Így most ez utóbbira nem térünk ki.

I. Az amerikai jogelmélet fejlődése 1870-1870 között

1. A **klasszikus jogelméletet** a langdelli jogtudománynak is szokták nevezni, mert noha sokszor lebecsülik Christopher Columbus Langdell elméleti teljesítményét az oktatásszervezői fontosságát elismerve, de néhány egyszerű jogi alapelvet egy markáns jogi koncepciót mutat nála. A jognak **formálisnak, rendszeresnek és autonómnak** kell lennie - mondja, és e három axióma összefüggésben még pontosabban megadja jogfelfogását. A jog

formalitása alatt azt érti, hogy a jog nem hagyhat mérlegelést a bírónak döntésében és a mérlegelés nélküli döntést kell biztosítani a bíró felé a jogszabályoknak. A **rendszeres** jelleg alatt jelenti, hogy néhány alapkategóriából, alapelvől és alapszabályból kell a jog részletes szabályait is dedukálni, illetve ezeknek tendenciaszerűen visszavezethetőknek kell lenniük néhány ilyen alapkategóriára, elvire. A jog **autonómiája** pedig abban áll, hogy a jog szabályainak nem szabad közvetlen morális szempontokra, politikai értékekre célokra figyelemmel lenni. A félreértések elkerülése végett jelezni kell, hogy a jogban azért fontos hangsúlyozni a közvetlen morális értékelés különtartását - mind a jog alkotásában mind eseti alkalmazásában - mert a tízparancsolat-szerű egyszerű morális igazságoktól eltekintve, melyekben mindenki egyetért, **rétegzett az egyes társadalmi rétegek, csoportok morális felfogása**, és eltérő hangsúlyt kap az egyes csoportokban az ütköző morális szempontok előnyben részesítése vagy éppen háttérbe tolása más morális szempontok kedvéért. Így ha nem szigeteljük el a közvetlen morális értékelést a jogtól, akkor a jog alkalmazásához közvetlenül hozzáférő társadalmi csoportok partikuláris morális értékmérői válnak ösztársadalmat meghatározóvá. Demokratikus politikai rendszerekben, ahol a törvényhozóknak néhány évenként a társadalom elé kell állni választásokon, és milliók szavazatával lecserélhetik őket, a társadalom morális tudatával szembenálló törvények alkotása eltávolításukhoz vezet. Ezzel - és a jog átfogó jogelvi és jogfogalmi rendszere révén, mely sok száz év morális értékeléseinek összefoglalásait is tartalmazzák - a legátfogóbb morális szempontok folyamatosan jelen vannak a jogban, vagy filozófiai nyelven kifejezve ezt: megszüntetve-megőrizve vannak jelen a jogban. A jognak ez a szerkezete tiltja meg a közvetlen moralizálásra visszatérést a bírói döntésekben, mert ezzel az átfogó szintű morális értékelés helyett a jog felett rendelkező szűk bírói és más jogászcsoporthoz eseti morális értékelése lépne be. (A német Canaris ezt nevezi az eseti igazságosságot felülmúló és a jogdogmatikai rendben testet öltő átfogóbb igazságossági rendnek, lásd Canaris 1968).

A jog rendszeres jellegének és autonómiájának állandó hangsúlyozása és felerősítő jellege miatt a langdelli formalizmus a lehető legerősebb (Grey, 1996:496). Pl. ha egy megoldás egy jogi rendelkezés kialakításánál nyilvánvalóan praktikusabb lenne, és minden érdekelt fél számára is megfelelő lenne, nem lehet e szerint alakítani a vonatkozó szabályt, ha ezzel az alapvető kategóriális szinten következetlenség keletkezne. A rendszer egészének védelme megköveteli az ilyen megfontolások feláldozását.

E jogelmélet társadalom egészére vonatkozó felfogását az állam háttérbe szorított szerepének megtartása, a laissez faire piacpártiság, a szerződési szabadság és a magántulajdon sérthetlenségének mindenek felettsége jellemezte. Ugyanígy a társadalom tudatos alakíthatóságától való idegenkedés, mely a fennálló állapotok és a tradíciók óvását is jelentette implicite. Ezt a társadalomfilozófiát jól kifejezte az ún. Lochner-ügy, melyben 1905-ben döntött az USA Legfelsőbb Bírósága. Az ügyben New York állam törvényét támadták meg egy per végső szakaszában, amely a pékek munkaidejét napi tíz órában maximálta, megtiltva olyan munkaszerződések kötését, melyek hosszabb munkaidőt tartalmaznak. A legfőbb bírák többsége úgy találta, hogy ez a törvényi rendelkezés beleütközik a 14. alkotmánymódosításba, mely a tulajdon és a szerződés szabadságát mondja ki. Az állam nem avatkozhat bele a szerződéskötés szabadságába - mondták ki - és ezzel alkotmányellenesnek minősítették a törvényt. A kisebbségben maradt bírák azt állították, hogy ez egy közgazdasági elmélet álláspontja, mellyel szemben más elmélet mást állít, de az amerikai alkotmány ezekben nem foglalt állást. Az állami beavatkozással való szembenállás és a minél szélesebb piaci szabályozásban való hit a langdelli jogtudomány korszakának közjogi aspektusát jelentette, és ez az alkotmány piacpárti értelmezését vonta maga után. A későbbiekben a Lochner-ügyben hozott döntést, **mint a konzervatív bírói**

aktivizmus csúcsát bélyegezték meg, amely túlmenve az alkotmányból folyó rendelkezésen politikai álláspont szerint döntött.

Összefoglalva tehát, a klasszikus jogelmélet a **formalista-rendszeres jogban, a jogi fogalmak feszes rendszerében** bízott, a **törvényhozás szűk lehetőségeit** vallotta a társadalom irányításában, helyette a piac mindenhatóságát hirdette, és a **bírák törvényszöveghez és jogfogalmak rendszeréhez kötött alárendeltségét** deklarálta.

2. A **progresszív jogelmélet** fő alakja Oliver Wendel Holmes, követői Roscoe Pound és Benjamin Cardozo voltak, és ez az irányzat az 1900-as évek első negyedszázadában volt a legbefolyásosabb, de részben a New Deal folyamán bekövetkezett új korszakban is megtartotta befolyását. Társadalomelméleti irányát tekintve a pragmatizmus talaján álltak, e társadalomfilozófia jogi megfelelőjének lehet tekinteni képviselőit. Abban megegyezett a klasszikus jogelmélettel, hogy az absztrakt jogi fogalmakat fontosnak tartotta, noha már nem olyan merev végső lényegi kategóriáknak, hanem inkább lazább osztályozásoknak felfogva ezeket, de új vonás volt itt, hogy jobban a középpontba hozták a törvényhozó aktív szerepét és a jövő-alakítás érdekében a jog eszköz szerepét a társadalmi célok érdekében. **A jogászoknak mint a társadalom mérnökeinek felfogása adta meg a jogfelfogásuk lényegét.** Ennek kedvéért a merev fogalmi rendszerből való dedukálást is elvetették, és a rövid távú társadalmi érdekek és impulzusok hatását hangsúlyozták. **Vagyis a klasszikusok rendszeres, bíróközpontú és múlt által kötött joga helyett az eseti társadalmi hatásokra nyitott, törvényhozást középpontba emelő és a jövő felé kinyitott jog képe lép itt elő:** "in seeing law as an instrument for the conscious pursuit of social welfare, an instrument whose master term was policy rather than principle, whose master institution was the legislature rather than the courts and whose servants should devote themselves to social engineering rather than doctrinal geometry" (Grey 1996:498).

Szakítottak tehát a jog autonóm, öncélú jellegével és mint **a társadalmi célok eszközét szolgáltatták ki a társadalomalakító politikának.** De ezzel a jog logikai egységét is háttérbe szorították, noha elvi szinten azért az absztrakt kategóriákra építést még nem kérdőjelezték meg, csak az ezek rendszerbe fűzésének hangsúlyozást vetették el, amely pedig a klasszikus jogelmélet központi nézőpontja volt. Állandóan hangsúlyozták, hogy a bíróságoknak alkalmazkodni kell a törvényhozó céljaihoz és nem szabad ellenállni a törvényhozó változtatásainak. Mindennek oka az is, hogy a felgyorsult változásokban már nem tartották elégségesnek a bírák esetről-esetre haladó analógiákkal és csak eseti áttekintéssel végzett jogfejlesztését. Ehhez már a tudományos törvényhozási tervek kellenek tág áttekintéssel, és épp ezért nem szabad a bírácoknak szemben állniuk ezekkel.

Grey jelzi, hogy ebben a korszakban a korábban uralkodó és apolitikus klasszikus jogelmélet pozíciói a tudatos társadalomakítással szembenálló politikai erők ideológiai repertoárjában politikai-ideológiai szerephez is jutottak. (Ennek kifejeződése volt az említett Lochner-ügyben hozott döntés 1905-ben.)

Szemben velük a "progresszív jogászok" un. Brandeis-Brief-eket írtak a konkrét eseteket eldöntő bírácoknak, a törvényhozóknak, példákat, összehasonlító külföldi megvalósulásokat hoztak fel bennük egy-egy szabály kiadásra, vagy a bírácokat egy meghatározott irányú döntés meghozására biztatva. Vagyis ez a jogszemlélet a politizáló-elkötelezett jogász típusának terjedését támogatta.

A progresszív jogelmélet egyik utóirányzatának lehet tekinteni az ún. policy jurisprudence, a **társadalompolitikai jogelmélet iskoláját**, amely a második világháborút követő években a politológus Harold Laswell és a jogtudós Myres McDougal nézeteiből nőtt ki a Yale egyetem jogi karától kiindulva. Ez a megközelítés az egész jogot a társadalomalakító politika eszközévé teszi, még inkább felfokozva a jog „társadalmi mérnökösködésének” gondolatát, mintegy az addigra végbement New Deal-politika joggyakorlatának utólagos elméleti alátámasztásaként. Ez az irányzat azonban a jogi karokon és a jogtudományos berkeken túl nem hatott már a jogászságra, és ekkor már a processzuális jogelmélet vált meghatározóvá ott.

3. A **jogi realisták** elmélete a századforduló után domináló jogászréteget követő, egy generációval fiatalabb jogászok között indult - fő alakok: Llewellyn és Jerome Frank - és továbbgörgetve a langdelli absztrakt-formalista jogászat feletti kritikát, elfordultak a törvényhozástól, és a bíróságok felé vitték el a súlyt. Igaz, hogy tekintélyromboló módon azt állították a középpontba, hogy mennyire másképp megy végbe a tényleges döntés, mint amivel a bírák lefedik a meghozott döntéseiket. Alapvetően a nem tudatos szokás-követés jellemzi a bírakat, még ha ezt felszíni érveléseikben le is fedik, és absztrakt jogelvekre hivatkoznak a külvilág felé - állították a realisták. Ugyanígy eltértek a progresszivistáktól abban, hogy ők már teljesen elvetették az absztrakt kategóriák használatát. Pl. a bűncselekményi kísérletre egy absztrakt és átfogó fogalmat elképzelhetetlennek tartották, és csak az egyes bűncselekmények vonatkozásában látták külön-külön meghatározhatónak az egyes bűncselekmények speciális vonásai fényében, hogy melyek itt a kísérleti szakasz elemei. De ugyanígy minden absztraktabb megfogalmazást elvetettek. Számukra a törvényhozás a legtávolabb kerül, lehetőleg a legkisebb szerepre szorított törvényhozást tartották csak elfogadhatónak a jogban. A bírói döntésben a nem-tudatos meghatározók vizsgálatát emelték ki, mert igazán ez alapján döntenek megítélésük szerint a bírák, még ha aztán le is fedik ezt látszat magyarázatokkal. Fontos vonás volt a realistáknál a jogtudomány társadalomtudományosítása. Míg a jogtudományban - épp a jogi fogalmak rendszere által megragadott és csak ezek által szelektált ténykezelés védelmében - általában idegenkednek a konkrét társadalmi tényfeldolgozó társadalomtudományoktól, addig a realisták igyekeztek szélesre tárni a szociológia és a többi társadalomtudományos meglátás előtt a bírói döntési folyamatot. Vagyis nemcsak a jogi fogalmi világgal álltak szemben, hanem az ettől eltérő szemléletű társadalomtudományos fogalmi apparátussal igyekeztek pótolni ezt. Közel kerülni az eseti társadalmi valósághoz jelentette így számukra egyrészt a jogfogalmi absztrakcióktól eltávolodást, de az eseti tények figyelésében a társadalomtudományi összefüggésekre való figyelmet is. **Mindkettő együttes hatása volt a jog rendszerszerű elkülönülésének feloldása a társadalmiságban.**

Érdekesen alakult politikai hatásuk, mivel a New Deal idejére esett hatásuk csúcsa, és ekkor a bírók ellenállásával harcoló New Deal apparátusnak jó érveket adtak könyveik a bírák tényleges döntései és álságos magyarázataik közötti eltérés nyilvánosság elé tárásával, míg a realista jogelmélet hívei maguk zömmel egyáltalán nem voltak a New Deal hívei.

4. A **processzualista jogelmélet** fő alakja Felix Frankfurter, akinek követőiből alakult ki ez az irányzat a világháború utáni években, és az 1960-as évek végéig domináltak az Egyesült Államokban. Tulajdonképpen a progresszivisták folytatója ez az irányzat, és a rövid realista intermezzo után ezt az irányzatot emelték az amerikai jogi élet középpontjába, de új hangsúlyokkal. Ám eltértek tőlük abban, hogy a jogi eljárás fontosságát emelték mindenek felé és az állami törvényhozás szabad társadalomalakítását már nem vallották olyan hévvel mint a progresszívek.

A jogi eljárást illetően két dolgot is fontos hangsúlyozni náluk. Először is nemcsak hogy a jog középpontjába tették a jogi eljárást, és hangsúlyozták ennek fontosságát a jog életében, de innen erősebben kiszorítani igyekeztek az államot is, és itt a bírói szabályalakításnak adtak nagyobb szerepet. Ám az anyagi jogi szabályokban az állami törvényhozás alakító szerepét elismerték. Másik teljesítményük volt itt, hogy az eljárásra koncentrálnak kialakították az eljárásjogok absztrakt kategoriális kereteit és fogalmi rendszereit. Ahogy a klasszikus jogelmélet az anyagi jogok fogalmi rendszerét és kategóriáit alakította ki, úgy ők ezt az eljárásjogok területén tették meg. (A mellett, hogy a jog egészen belül is felfokozták az eljárás fontosságát jogfelfogásuk.)

Háttérbe szorulásukat az 1960-as években végül belső meghasonlásuk okozta, amelyet a liberális aktivizmust megvalósító Warren főbíró által vezetett szövetségi Legfelsőbb Bírósághoz való viszony vitái váltottak ki. A többség elítélte ezt az aktivizmust, amely az amerikai alkotmány újjáértelmezését hajtotta végre. Ennek révén az alapvető társadalmi változást maguk a legfőbb bírák hozták létre, nem bízva ezt a törvényhozásra, és a hátrányos helyzetűek felé az egész amerikai jogot átértelmezték. E liberális aktivizmust szimbolikusan is kifejező döntés az 1954-es Brown-ügyben született meg - ahogy a konzervatív aktivizmusnál a Lochner-ügy jelentette ugyanezt. E döntésükben a legfőbb bírák alkotmányellenesnek ítélték a színes bőrű társadalmi rétegekhez tartozó iskolás gyerekek fehérektől elkülönített iskoláit, mert ez a bírák érvelése szerint a faji kisebbség felélesztését okozhatja náluk, és ez fejlődésük lemaradásához vezethet. Később kimutatták a döntés bírálói, hogy az ellenkező érv jobban megállja a helyét, és éppen az elkülönítés óvta volna meg a fejlődő gyerekeket a faji különbségek észlelésétől, és ezzel csak később szembesülve harmonikusabb szocializációt adott volna, ha megmarad az elkülönítés. De e döntés aktivistának minősítése amiatt jogos, mert az amerikai társadalom kialakult állapotait ilyen elemi erővel megváltoztató döntést nem lett volna szabad a bírácoknak meghozni, és azt a törvényhozásra kellett volna bízni.

Frankfurter úgy látta, hogy az ilyenfajta döntés nem más mint annak a konzervatív aktivizmusnak a tükörképe, amellyel szemben ők harcoltak a New Deal idején az 1930-as években, és ugyanazt a bűnököt követik el a mostani liberális aktivisták a bírák direkt politizálásával és a jogállamiság megsértésével, mint amit ők vetettek a konzervatív aktivisták szemére. Ezt az irányt ugyan csak egy kisebbség támogatta a processzualisták között a 60-as években, és a többség Frankfurterrel értett egyet, de az ellentétek az irányzat széteséséhez vezettek.

II. Mai jogelméleti irányzatok

A fejlődés első évszázadában az amerikai jogelmélet lényegében reprodukálta az európai jogelméleti irányzatok fő témáit: fogalmi rendszer-e a jog, ahogy a klasszikus jogelmélet mondta itt (és a németeknél a Begriffsjurisprudenz) vagy a eseti körülményekhez közelinek kell ennek lenni, ahogy a realisták állították (és az európai kontinens országaiban a szabadjogászok); törvényhozás vagy inkább a bíróságok határozzák-e meg a jogot? - ahogy a progresszív jogelmélet és a realisták között felmerült. Ebben a korszakban csak két sajátos fejlemény mutatható ki az európai hatásokon túl. Egyrészt az állam jog útján való társadalomvezérlése úgy, ahogy a jog társadalmi mérnökösködésében felerült befolyásos jogelmélet nem vallotta az európai országokban. Másik sajátos fejlemény az eljárás középponti szerepének hangsúlyozása a processzualistáknál, amely a common law belső

sajátosságaiból is ered, és a kifejlődő amerikai jogelmélet ezt elméleti doktrinává tudta formálni.

Az 1970-es évektől kibontakozó három fő irányzat már alapvetően a belső jogelméleti vitákból jött létre, és nem szellemi importként kerültek be az amerikai jogi egyetemekre.

1. A **morálfilozófiai jogelmélet**, vagy más néven az alapjog-központú morálfilozófiai irányzat a 60-as évek polgári jogi mozgalma által inspirálva nőtt ki, vagyis a szétesett processzualisták kisebbségben maradt radikálisai alakították: "liberal legal theorists shifted the case for judicial activism from the cautious process-based theories of the post-New Deal tradition to a more aggressive and substantive approach. The Law and Moral Philosophy movement portrayed judges as practical philosophers whose job was to define and enforce rights as trumps over the policy compromises reached by the ordinary political system of legislation" (Grey 1996:505).

A processzualistákhoz képest alapvető változás, hogy a pontos szabályok által irányított jogi eljárásról a figyelmet a morálfilozófiai absztrakt érvrendszerei felé tolták el. Eleinte a jogelvek szerepét hangsúlyozva, de ezeket inkább morális elvként és nem a rendszerességet biztosító dogmatikai jogelvek értelmében felfogva, ahogy a klasszikusoknál volt megfigyelhető az 1800-as évek végén. A későbbiekben tisztábban az alkotmányos alapjogok és nem a jogelvek köré telepítették a jog súlypontját (lásd Dworkin 1977).

2. A **jog gazdasági elemzésének irányzata** a konzervatív és centrista jogász-közgazdász szakmai körökben terjedt el, akik a gazdaság és társadalom túlszabályozását kifogásolták, állítva, hogy ez a szervezett érdekcsoportoknak kedvez, és a jogászok éppúgy mint az adminisztráció főtisztviselői ebből származva szolgálják ki ezt a politikát. Ők a piac és a gazdaság szabadabb meghatározását akarják, és a jogot is e szerint kívánják átépíteni. Két belső irányzata is van ennek az irányzatnak: "The more centrist lawyer-economists emphasized changes in regulatory practice that would allow better mimicking of efficient markets, while the more conservative ones focused on arguing for the efficiency of the pre-welfare state common law" (Grey 1996:506).

Richard Posner, a gazdasági jogelmélet egyik fő alakja más alapokon mutat ki két belső irányzatot. Ő normativista és pozitivisták irányzatot különít el azon az alapon, hogy az első még közelebb áll a jog belső személetéhez, míg a pozitivisták irányzat már döntően a gazdasági személetnek ad túlsúlyt (Posner 1981). A normativista irányzat első írásai Guido Calabresi-től származnak az 1960-as évek elejétől, aki a kockázat megosztását és a magánjogi felelősség kérdéseit elemezte. A pozitivisták irányzat első alakjai Ronald Coase és Gary Becker voltak az 1950-es évek végétől.

A gazdasági jogelmélet az 1970-es évek során egyre sikeresebbé vált az egyetemi karokon, és a gyakorlati jogi életre a hatásuk a 80-as évektől vált erőssé, amikor Ronald Reagan elnökségétől szakítottak a majd félévszázados állami beavatkozás növelésével, és ismét a piacelvi társadalomszervezés felé fordultak az Egyesült Államokban. Ez az adminisztráció egyre több helyre tudatosan a gazdasági jogelmélet neves professzorait és tanítványaikat juttatta pozícióba. Ennek révén ez az irányzat már nemcsak az egyetemi campusokon hat szélesesen, hanem a jogalkotást és a jogalkalmazást, a bírói döntéseket is befolyásolja. (Ez szinte alig mondható el a kritikai jogi tanulmányok irányzatáról, melynek hatása kizárólag az

egyetemi berkekre szorítkozik, és a morálfilozófiai jogelmélet hatása sem éri el ezt, noha ez hat az egyetemeken kívül is. Lásd: Scheuerman 1999:209-232).

3. A kritikai jogi tanulmányok irányzata (Critical Legal Studies) azoktól a korábbi liberálisoktól indult, akik - mint az amerikai újbal szellemi-politikai irányzata átfogóbban is (New Left) - csalódtak a 60-as évek liberális reformjaiban, és mint az újbal jogi részlege megalakították a Critical Legal Studies irányzatát. Érzelmi-politikai töltést az újbalos irányzat a vietnami háború okozta társadalmi forrongásából kapta, és a XX. századi marxista forrásokból (Gramsci, Frankfurter Iskola etc.) pedig elméleti kiindulópontjait. Ők már az alapjog-központú radikális liberális jogi felfogást is mint a kapitalista ideológia részeit tekintik. A legismertebb "Crit"-ek közé Roberto Unger, Morton Horwitz, Duncan Kennedy és Mark Tushnet számítható.

Morton Horwitz, aki két nagy tablóban foglalta össze az amerikai jog fejlődését az 1760-as évektől napjainkig, fő tézise pl. az, hogy az amerikai bírák a common law szabályait egyre inkább a kereskedelem érdekei szerint kezdték átértelmezni a XIX. század végétől más társadalmi rétegek kárára, és ezt egy sor magánjogi intézmény átforgalmazásában látja tetten érhetőnek. Míg egy ilyen átforgalmazást egy fogalomjogász a jogdogmatika megújulásának fogja fel, Horwitz számára ez a mögöttes társadalmi-politikai erőeltolódások kifejeződéseit jelenti.

A 80-as években volt a csúcspont e mozgalomnak, de hihetetlen színessé és sok belső irányzattá vált ekkorra. Másrészt megindul a belső irányzatokra bomlás. Az elemzők szerint 80-s évek közepére érte el a CLS az amerikai jogi karokon a siker csúcspontját, és azóta hanyatlik lassanként. Itt a fő okokat a mozgalmon belüli generációs ellentétek, illetve a feminista valamint a anti-rasszista jogelmélet kialakulása következtében megjelenő konkurencia a hasonlók értéktáborában jelenti. Például a feminista jogelmélet hívei és faji kisebbségek segítésére összpontosító jogászcsoportok az alkotmányos alapjogok felhasználását fő eszközüknek tekintik, addig a CLS számára ez se jelent többet, mint a domináló osztályok rejtett eszközét uralmuk elfogadtatására - hamisan állítva megítélésük szerint a jog átfogó morális elvekre alapozását.

A CLS fő kritikája a liberális legalizmus ellen irányul, amely négy fő jellemzőjét támadják: 1. hívei elszakítják a jogot a társadalom többi kontrollmechanizmusától, 2. Olyan objektív szabályoknak látják e jogot, amely szabályozza a normái pontos terjedelmét és ezek alkalmazását is, 3. És ezek a normák szemben a többi norma szubjektivitásával és partikularitásával objektívek és legitimek, 4. Végül a kiszámítható bírói döntést ígérnek ezekből a normákból a liberális legalizmus hívei.

Ezt a hitet a realisták megingatták, és utánuk már nem állt vissza a korábbi rezzenetlen hit e fenti premisszáknak, de csak CLS későbbi 70-es évekbéli jelentkezése vette ismét fel e premisszákkal a harcot - állítják híveik.

A liberális legalizmus fő csúsztatását így írják le: "The core of critique is the contention that the claim made by liberalism to resolve the persistent and systematic conflict between individual and social interests through the mechanisms of objective rules within a framework of procedural justice is inherently flawed. Mediation between conflicting interests at best offers only a pragmatic response to social conflict which can achieve nothing other than a set of results **which reflects the unequal distribution of power and resources whilst claiming to act in the name of a set of universal social values.**" (Hunt 1986:5). (kiemelés tőlem – P.B.)

((Persze kritikát úgy lehet velük szemben mondani, hogy ők meg egyszerűen csak a jogon kívüli hatalom megjelenését látják a jogban, és a külső hatalmi egyenlőtlenség részbeni megszelídítését teljesen elvetik. Igaz a CLS hívők többsége a jog és az osztályérdekek teljes rövidre zárását nem

fogadja el, és ‘A jog a kizsákmányolók törvényerőre emelt akarata!’ pusztán, - ahogy azt Marx állította - náluk nem jelenik meg.))

A jog marxista instrumentalizálását minden CLS –hívő visszautasítja, kivéve Horwitz, bár ő meg a legkevesebbet foglalkozott a marxizmussal, de ebben kivétel. Ti. a CLS nem fogadja el a marxista rövidre zárást a jog és az osztályérdekek között.

Egy új jelenség a nyugati marximusban a gazdaság helyett a politika és az ideológia szerepének hangsúlyozása az alárendelt osztályok elnyomásában és az elnyomás elfogadtatásában. Így az ideológia és a legitimitáció mechanizmusai kerülnek előtérbe, és ez jellemzi a CLS jogfelfogását. **A jogban ugyan hosszú távon benne vannak és végső soron meghatározzák az uralkodó osztályok érdekei a jogot, de ez le van takarva és ezért e szabályok látszólagos semlegessége miatt elfogadják az alávetett osztályok is.**

Tehát a CLS nem arra teszi a hangsúlyt, hogy a jog az uralkodó osztály törvényerőre emelt akarata, hanem arra, hogy a jog letakarja azt, hogy a jogi rendelkezések végső soron az alávetettséget hozzák létre, és e helyett az egyetemes értékek megvalósításaként ábrázolják őket a liberális legalisták.

A morálfilozófiai jogelmélet fő alakjával Ronald Dworkin-nal szemben nem vallják az egy igaz jogelméleti válasz lehetőségét, mivel Dworkinnak van egy háttér szociológiai feltételezése, arról, hogy a politikai közösségnek van egy osztott értékvilága, és ide visszanyúlva racionális érveléssel el lehet jutni az egyetlen helyes megoldásig. Nos ők ezt a háttérfeltételezést tagadják, mivel a társadalom osztályai eltérő morális értékhangsúlyokkal rendelkeznek, és a társadalomban domináló csoportok morálja alapján döntenek a jogalkotók és a bírák, elnyomva az alárendelt csoportok morális értékhangsúlyait.

A “jog az politika” –tézis minden CLS szerző előtt evidencia, így a jogi nézet és jogi vita is politika, politizálás. Morton Horwitz például, aki két nagy tablóban foglalta össze az amerikai jog fejlődését az 1760-as évektől napjainkig, azt a tézist állította fel, hogy az amerikai bírák a common law szabályait egyre inkább a kereskedelem érdekei szerint kezdték átértelmezni a 19. század végétől más társadalmi rétegek kárára.

XXXXXXXXXXXX

Befejezésül jelezni kell, hogy az itt használt felosztással szemben Neil Duxbury két fontos eltéréssel írja le az amerikai jogelmélet elmúlt másfél évszázados fejlődését (lásd Duxbury 1993; kritikájához Grey 1996, Ansaldi 1996). Az első eltérés abban áll, hogy míg a fenti felosztás szerint a társadalmi mérnökösködést meghirdető progresszív jogelmélet önálló irányzat volt az 1900-tól negyedszázadig dominálón, és azóta is fel-felbukkan pl. részben a processzualistákat is, de különösen a policy jurisprudence alakjában, addig Duxbury az ehhez tartozó jogtudósokat csak mint a jogi realizmust előkészítőket fogja fel, mint „következetlen” realistákat. Nála a klasszikusok formalizmusa és a realisták teljes anti-formalizmusa a két önálló irányzat, és a progresszív jogelmélet felolvad közöttük. Ennek révén Duxbury-nál a második világháború után „társadalmi mérnökösködést” hirdető policy jurisprudenzen kap nagy hangsúlyt mint önálló irányzat. Grey kritikája szerint azonban ez elfedi, hogy ekkor már a processzualisták uralták a jogi életet, és a policy jurisprudence-nek csak a jogi egyetemeken voltak hadállásai, míg a századforduló progresszív jogelmélete néhány évtizedre uralta az egész amerikai jogéletet.

Másik eltérés Duxburynál a fenti felosztástól, hogy a Warren-bíróság alapjogi aktivizmusa kapcsán meghasonlott processzualista jogelmélet felbomlását nem fogadja el, és nem ennek továbbviteleként kezeli a Ronald Dworkin-féle morálfilozófiai jogelméletet, hanem a processzualisták mai irányzataként. Grey ezzel szemben hangsúlyozza az eljárás-központúság megszűnését náluk, és az erőteljes elcsúszásukat a filozófiai érvelés és az alkotmányos alapjogok mindent meghatározó súlya felé.

Irodalom

- Ansaldi, M. (1996): Gossip and Metamorphosis. Michigan Law Review 1996/6. 1517-1545 p. (A4/6653)
- Canaris, Claus-Wilhelm (1968): Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Duncker und Humblott, Berlin.
- Duxbury, Neil (1991): The Theory and History of American Law and Politics. In: Oxford Journal of Legal Studies. 1991/4. 589-597 p.
- Hunt, Alan (1986): The theory of Critical Legal Studies. Oxford Journal of Legal Studies. 1986. 1-45. P.
- Posner, Richard A. (1981): The Present Situation of Legal Scholarship. In: The Yale Law Journal.
- Scheurerman, William E. (1999): Die stille Revolution im amerikanischen Recht. In: H. Brunkhorst/P. Niesen (hrsg.): Das recht der Republik. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 209-232. p.
- Szabadfalvi József (1996): Útkeresések a mai angol-amerikai jogelméletben. In: uő. (szerk.): Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések. Bíbor Kiadó, Miskolc. 1-16.)
- Tushnet, Mark (1991): Critical Legal Studies: a political history. The Yale Law Journal. 1991. 1515-1544. P.

TOWARDS RATIONAL LEGISLATION

Introduction

“δει γάρ τόν μεν νόμον ἀρχειν πάντων”. The law ought to be supreme over all, wrote *Aristotle* in *Politics*. *Lex est, quod populus iubet atque constituit*, according to Roman Law: *consensus facit legem*. And, *ubi societas ibi ius*. The law is an expression of social power, probably. "Every law, when complete, is either of a *coercive* or *uncoercive* nature.

A coercive law is a *command*.

An uncoercive, or rather a *discoercive*, law is the *revocation*, in whole, or in part, of a coercive law."¹

Every *law* or *rule* (taken with the largest signification which can be given to the term *properly*) is a *command*. Or, rather, laws or rules, properly so called, are a *species* of commands..."² "...every positive law, or every law strictly so called, is a direct or circuitous command of a monarch or sovereign number ... to a person in a state of subjection to its author."³

According to *Kelsen*, "If a particular law is called a command, or "will" of the legislator, or if law is called the "command" or "will" of the "state", this can be taken as only a figurative expression... The law enacted by the legislator is a "command" only if it is assumed that this command has binding force. A command which has binding force is, indeed, a norm. But without the concept of the norm, the law can be described only with the help of a fiction, and *Austin's* assertion that legal rules are "commands" is a superfluous and dangerous fiction of the "will" of the legislator or the state."⁴

The tenets, mentioned above, are down right classical commonplaces for jurisprudence up to date. The word about the meaning of terms: "*law*" is both an *academic* subject and a *practical* governmental vocation, the largest of all. When I use the term in these two senses I shall try to make clear which I intend. As an academic subject, law has long been a subdivision within the parent field of legal philosophy. In the other sense law is a practical or pragmatistical term; it plays a specific role in the social order.

¹ J. BENTHAM: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. The collected works of J. Bentham. Ed. by J. H. Burns □ H. L. A. Hart. University of London. The Athlone Press. 1970., p. 302.

² J. AUSTIN: The Province of Jurisprudence Determined. Oxford, 1954. p. 13.

³ J. AUSTIN *ibid.*, p. 134.

⁴ H. KELSEN: The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. In: *What is Justice*. Law and Politics in the Mirror of Science. Collected essays by H. Kelsen. University of California Press, 1971. p. 273.

Let's suppose that the *law* is not part of natural reality but a norm by which reality may be measured.⁵ A legal norm is used to stand for a system of coercive rules. To say that someone has a legal duty is therefore to say no more than that some rule of law makes the opposite conduct the condition for coercion to be applied to him. The *law is law*: a general social system of rules valid in space and time. Whatever is given for law by the person or persons recognized as possessing the power of making laws, is *law*. Therefore the legal rules defined the human conduct but the right definition of them may not be independent from real conditions.⁶

The law has many functions wherein coercive enforcement is very much in the background. At the turn of this century the practice of law dealt with a limited subject matter and law in well-defined patterns. Judges apply legal norms in cases in their jurisdiction. Judges presume usually that the legal norms they are applying are *rational*. And sometimes judges decide *against* the effective legal norm. These are real decisions but not formally valid law creating actions.

Implementation of law means to apply norms to social situations, i.e. in law-cases, to motivate people to obey the law either by voluntary compliance or by enforcing the law. Applied norm by jurisdiction and by the subjects of law is the *practical law* which always is changing.

Actually, the norms of law are not constituted forever and for each society. In realistic terms, what the public conceives as lawful or unlawful is almost changing day in and day out. Legal norms created by *legislative* authorities, too, are changing swiftly nowadays: what was still law in force yesterday may well have lost its validity by now. *Court* rulings, or judicial practice in general, also tend to be modified: judgments of yesterday are unlike those of today which, in turn, may be unlike those of tomorrow. In practical law, then, *change* is the most general feature.

Legal sciences give information in terms of norms at any levels of generalisation. Science, of course, is neither legislator nor judge. Legal science can only describe the law by making certain presuppositions. Let us suppose that Kant was right when he wrote that "Ob die Bearbeitung der Erkenntnisse, die zum Vernunftgeschäfte gehören, den sicheren Gang einer Wissenschaft gehe oder nicht, das läßt sich bald aus dem Erfolg beurteilen."⁷

The *law in force* and the *decision* of the court are equally *valid*. We suppose that the legal norm and the judicial decision are a limitation upon *rationality*.

If a judicial decision is according to a legal norm in force, that is *just*. If an act is applicable in the judicial practice, that is *right*. "True ideas are those that we can assimilate, validate, corroborate and verify. False ideas are those that we can not."⁸

Well then, we suppose that the codified law or the legislation of the law making organs is the *ultima ratio*. The legal norms are true ideas because we must assimilate them (*ignorantia iuris neminem excusat*), and the law applying organs *must* to validate,

⁵ See, for example, A. H. GERSTRÖM: Inquires into the Nature of Law and Morals. Almqvist & Wiksell. Stockholm, 1953.

⁶ A. AARNIO: The Rational as Reasonable. Dordrecht, 1987. Ch. II.

⁷ I. KANT: Kritik der reinen Vernunft. Hamburg, Felix Meiner 1976. BVII.

⁸ W. JAMES: Pragmatism. Indianapolis-Cambridge, Hackett, 1988. p. 92.

corroborate and verify them. All law could be reduced to a logic of the *will* of the legislator perhaps, in which every human behaviour could be seen either as commanded or prohibited or allowed, or not commanded, not prohibited or not allowed by law. Where an act is commanded or prohibited or allowed, it is the subject of a legal duty. If the law ought to be supreme over all, then there is not a question of its rationality. Law is the rationality itself. *Error multiplex, veritas una*. This pretty statement is nice, everything is all right. Or not, perhaps?

The absurd law

Let us suppose a society where the all relevant social problems are regulated perfectly well by the legal rules of human conduct. The legal norms in the status of *perfection* are definitives, i.e. they are not changed. The court decides equally and always according to the legal norms. The jurisdiction and the reason of the legislation are adequate to each other. The effective law is the one best way for the regulation.

Thus the laws and the jurisdictions may be forever. If something is perfect, change is *irrational* and therefore shall be not allowed. In that case the people follow the rules of law: the reason of the human behaviour is adequate with laws. Thus the laws as *universal rationality* are for all mankind.

This is *lex aeterna*, the law of reason of the *cosmos*, the *logos*, which rules the universe. This is the idealistic State of *Platon* with an idealistic law which had attained perfection. The idealistic State and the idealistic law do not develop or change: they are perfect forms, i.e. forms of *perfect rationality*. Of course without variations, this is a global state and law.

It is only in the mind, naturally. In the reality, during the history of human kind, we cannot find any form of the idealistic (perfect) state or law. Rightly the *idealistic* state and law are equal with an *absurd* state and law. We know it right well that these may be goals for mankind but those aims cannot be attained. Thus, the *real rational* is *absurd* for us.

Legislation would like to create perfect legal norms. The law applying authorities would like to make perfect decisions according to the prescriptions of law in force. People do not want to hurt the legal prescriptions, usually. But imaginations, attempts and activities as results are inadequate with them.

In that sense, our *rational* aims are *irrational* ones. We would like to make constant or perfect laws for a long time. From one point of view of juristic analysis, the legislative, it no doubt is i.e. from the aspect of its future operations and its applicability to a set of cases. We would like a correct legal praxis, i.e. law applying decisions which are in accordance with the valid legal norms. We would like that people live under the laws. Thus, the target for us is an imagination which is equivalent with idealistic law and state, i.e. which are absurd rationalities. The fact in this field is the compromise. That is, some laws are good and some are bad. Some judicial decisions are just and some unjust. The activity of some people is legal and others are illegal. Accountability is based on legal norms. But the explanation and the interpretation of the laws are sometimes *out* of the legal normativity. A provision of law - if it is a rule for action - contains two main

elements: an idea of an action and some interpretative symbols. Some parts of the interpretations are out of legal norms (*metajuristic* elements). We do not have an absolute rule about when the use of metajuristic elements in interpretation is acceptable or not acceptable.

Thus the rationality of law is *not a pure* legal rationality. The "original" legal rationalities are valid together with other kind of social thought. The point is that a legal norm must be applied with other rules and imaginations of the society. Thus the legal norms cannot be exact now as expressions of real rationality. The "*perfect law*" is only an *idea*, the idea of *absurd* law. It is a source of legal thinking, legal myths and theoretical ballasts. Really, we cannot create good legal norms or law applying decisions for everlasting time, mostly because the nature of law. That is, that law is obeyed by everybody. But law is not the aim of life for humans. The binding force of a rule and the aims of human beings are different things. The *law* is only *law*, and the aim of human life is not only to follow the rules of law.

Creating legal rules, we cannot define the reason for human life. That is, the legal norms may not be absolute rules. But the target-state may be artificial and absurd. Thus, the rationality of law and rational legislation may be to establish and examine in *space* and *time*. Plato had written the idealistic State (and law). And he wrote also, in Statesman: "The differences of men and their conduct, and the fact that in human affairs nothing ever stands still, do not permit a general and universal rule in anything. No art can lay down a rule which will last forever."

The real law

True law is right reason in agreement with legal *norms* and social *facts*⁹: they are of universal application, not unchanging and everlasting, they summon to duty by their commands, and avert from wrongdoing by their prohibitions. Which is the true law: the *positive* law or that which functions in lawcases (*subjective* law)? According to the legal order, or Constitutionalism, of first important in legalism or constitutionalism: may be the rule of law of the act, and not the subjective *right*. The legal norm is in the first place, and in the second is the subjective law. It is quite sure that the mentioned doctrine's a principle of *validity* which is not valid in the problem of the *rationality* of law.

Really, legal reasoning in general, and thus the application, implementation and justification of rules is held to be a rational activity. In a *formalistic* sense the rationality of an jurisdictional *decision* comes from the applied *act*. Therefore a judgement could not derogate from the rules of positive law. Rationality of an act is based upon the constitution. Thus, the constitution is the law of laws, an universal *logos* which is the origin of all legal rationalities. This is a general measure used by parliament, government and constitutional court. They can solve all the problems on this basis. On the basis of *myth* of law. In that way it is a very hard task to find the rationality of law, especially the rationality of legislation.

⁹ K. OLIVECRONA: Law as Fact. Copenhagen-London. 1939.

There is what they ought to do, and what is rational, which are not the same. Probably, the concept of legal rationality may be defined without the idea of validity or binding force of law. But the concept of law we can not define without the validity of law, i.e. what they ought to do. Otherwise, a norm is a conditional obligation, a judicial decision is a defined obligation. In a realistic sense, the latter is the stronger, i.e. this is the real law.

We *believe* that the rationality of law is evidence. The rationality is the *legal* and *sociological* reason of the norms and the law administering decisions. The rationality of law, in this aspect, is the changing of the juridical praxis and the changing of legislator's praxis. It is changing because it is rational. And, it is not changing, because it is rational. It is changing according to ethical, political, economical, cultural and sociological conditions of a society. The law is that part of culture which shaped and formed the social conditions, is the framework of political and economical relations and stands on the base of ethics, usually. The changing of law is equivalent with the development of law and society. Thus the law is rational, because it is developing. Thus, the social conditions, and circumstances define the content of legal rationality, and the legal norms define the development of the society. It looks like this is a typical *idem per idem*, or the great act of Münchhausen.

There has been much discussion amongst political theorists and lawyers as to the meaning and usefulness of the rationality of law. It is indeed difficult in theory and impossible in practice to draw a precise dividing line between legislative rationality on the one hand and the social, political and economic on the other, and there is an inseparable mingling of the theoretically separate functions. We have no exact measures to qualify the rationality of legislation. Theories of up to date jurisprudence on the rationality of legislation solve no real problem. Just now we have no exact measures to qualify the rationality of law and legislation. When one comes to such questions as freedom, value judgments, or the nature of the connection of mind and social relations we are left completely in the dark. In reality the legal reasons have been expressed in imperative form through up to date formal legislation, and are beginning to be preserved in the same form in books of law. The effect of the theories on legal rationality here is simply to open our minds to receiving any evidence, not to furnish evidence.

Political legislation

Let us suppose that the growing complexity of society, however, does not allow lawyers to regard legislation as a form of "*art*" any longer. In order to face this growing complexity, legislative ruling in the 21st century will demonstrate an increasing need for new theoretical frameworks that can help to focus on new questions and analyses and generate appropriate solutions. A jurisprudential approach to legal theory aims to contribute to the construction and development of such a framework, that will be interdisciplinary in nature.

As to legislation as a form of "*art*" of lawyers, in Hungary I cannot say that this is so. The legislation is a specific result of political compromises. It looks, Hungarian legislation in this century is under different *political* ideas. After the first world war Hungary renewed legal norms according to changing political, economical and territorial conditions. The renovation attached to public law, mostly.

After the second world war Hungary renewed its legal system again. This reform was general, i.e. in all fields of the law. The purpose of all kinds of legislation was the creation of the "socialist legal order".

After 1989 the Hungarian legal order was changing. This legal reform was also general, i.e. it extended to all fields of law. The general purposes of our legislation after 1989 was simply: abrogation of the socialist legal order on the one hand and the creation of a new legal order which follows the laws of the European Community on the other hand. It is easy to understand that in this century in Hungarian legislation *politics* played the main role. Politics, is sometimes rationality but usually is coercion. In that situation what about "rationality" of legislation? In practical politics an academic attempt to draw the theoretical line may be contrary to facts and common sense.

Actually, Hungarian legislation in this century is *overpolitised*, i.e. the concludent reasons of law-creation are based on mostly political ideas. The terminology and the rules of law have too many political ideals and rationalities, expressed in legal form, of course. The morality and the cultural traditions are under the clouds. It looks that the main aspect of politics is *usefulness* in the practice of the last ten years, and the usefulness for politicians, over all. All the changing of general policy *demoralised* the people. But when people saw that ruling policy is for politicians and not for all the people, at the elections they changed them. Therefore different governments followed in Hungary, from 1989. I am convinced that in 1989 the voting was against the communist régime and not for the *Antall* régime. People did not want to follow the communist régime, and for the change the *Antall* version of politics was a realistic alternative. The *Antall* regime could not solve the general problems of society, but solved some private problems of some politicians. In 1994 the election changed the *Antall* régime to the *Horn* régime. The voting was against the *Antall* régime, and not for socialism. The *Horn* régime could not solve the general problems of society, but solved some private problems of some politicians. In 1998 the voters changed the *Horn* régime. The votes are against the *Horn*-government and it is not quite sure that they were the *for Orbán* government. That is, in Hungary the people vote *against* for something, and not for something. This is very important. Whatever political rationality cannot be acceptable if it demoralizes the society or some important part of the society.

The practical rationality of legislation is a rather complicated problem. Scholars and politicians of the classical Western countries imagine sometimes that they know everything about the rationality - i.e. democratic rationality - of legislation. This is a mistake. I suppose, those who do not know enough about *dictatorship*, cannot explain the essence of democracy. In a political sense, if we speak about legal rationality, maybe the preliminary question is the evidence of *democracy* and dictatorship. In a realistic sense this problem is equivalent with the exercising of the ruling power in a society.

Centralization or contrentation of the ruling power in a society is that specific form, which shall lead us to a dictatorship. Democratism, liberalism, in a specific form shall lead us to a disorder, i.e. to anarchy. Dictatorship and anarchy are the bad forms of the social coesistence. With other words they are the *irrational forms* of the existence of a society. But unfortunately, they may be very logical forms, of course in a special idealistic point of view.

Thus, the first or preliminary political question of the rationality of legislation is, which kind of society and state are we speaking about. There is a quite different rationality of legislation for a democratic state, and for a dictatorship. This is not an academic or political question. If a democracy can not live, it is followed by a dictatorship, usually.

For Hungary, and for Central European countries now, dictatorship is a "bad dream", and a fact of the past, but it is not an absolutely irrationality: when democracy ends dictatorship begins. There is a pretty task to separate the rationality of the legislation of a democracy and a dictatorship. This based upon, of course, political rationalities.

Rationality of the legislation depends on to democracy and dictatorship. When analysing the legal rules in force, the task is more complicated. Because, we can find a set of norms enacted by a dictatorship, which are very democratic ones, virtually. And one can find a set of norms enacted in a democracy, which looks like authoritarian provisions.

The legal norms are results of *political actions*, usually. Political actions, through which parliament and government are directed, represent power relations involving bargaining, competition, and compromise. The mobilization of "political capital" in the coercion-legitimacy continuum, makes society through policy and legislation. The process refers to the events which are involved in the determination and implementation of political goals and the differential distribution and use of power within the society or social groups concerned with the goals being considered. The political actions and system can be analyzed systematically by using different methods. And when we are really at home in the interpretation of political actions, then we are rather far from legal rationality of rational legislation.

Technicalities

Our century is the time of the *decline* of law. In the last century there was no doubt that the rationality of legislation is a question of legal rationality. In the last century the idea of legislation was equivalent with the classical or dogmatic legal theory. In this century there emerged the point of view of sociology, politics, the political economy and the management sciences which *destroyed* the authority of law and *morals*.

Nowadays the main point of view of law is neither legal dogmatism, nor morals. The general principles like usefulness, effectiveness, efficiency, the individual freedom, etc. demoralized the "classical" legal aspects.

The general theory of law and legal philosophy was penetrated with sociology, politics and management, and it lost the battle. Now we have legal sociology, linguistic jurisprudence, political jurisprudence, existential legal philosophy etc., which in common make dubious the sense of legal rationality. The result of different theories is that they attain the weakness of dogmatism under the *aegis* of modern political and sociological sciences.

If the legal profession can really give lessons in legislation, it is only do so by modestly exercising its talent for observing general principles, for looking always for the substance

of justice and for showing a normal suspicion of excuses based on governmental convenience, the public interest, and so forth.

The legal rationality of legislation becomes *technicalities* only. This is a result of political liberalism and transigent jurisprudence. It looks, once a radical movement takes over the establishment against which it revolted, there is less need for methodological self-consciousness, self-criticism, or a sense of location in real space and time. The main legal rationalities may be universal human rights, the common European laws and constitutionalism. These technicalities are a pretty set of *legal myths*.

Universal human rights cannot be serve as a basic rationality of a legal system. The doctrine of human rights is a political tenet or fiction. They cannot be universal, because there are so many societies, so many human rights. There is no universal rationality.

There is the same matter with *common European laws*. The provisions for a common Europe, made in Bruxelles for the unification of the European laws are political demands of an organisation.

The *constitution* as an universal rationality for a legal order connected with the doctrine of "rechstaat". The European constitutions contain a lot of prescriptions which are judicially enforceable, i.e. they are political demands only. If the constitution tries to specify something to which a decent society commits itself that is only a myth of law, worth nothing in the real world.

It looks, we cannot live without legal myths. Rational legislation cannot, I suspect, be written without one or the other of these aspects. If there are no intuitions into which to resolve concepts nor any internal relations among concepts to make possible linguistic discoveries, then indeed it is hard to imagine what rationality might be.

Emerging now as a new science is legisprudence¹⁰, which is working on such problems by trying to focus on the possibilities and limits of scientific research and teaching as applied to the processes and contents of legislation, the legis-tactics, the legis-methodology and the legis- implementation. They are all technical expressions of the problems of modern legislation. This effort to discover and describe the characteristics that identify law usually meets with a measure of legal techniques. Wisely, few experts of legisprudence any longer try to explain what rationality might be in a general sense. "Rationality does not require that we know everything¹¹ but only that we make the best use of what knowledge we have or can get."

¹⁰ U. CARPEN: Legislation and Legistics in European Countries. In: Legislation in European Countries. Ed. by U. Karpen. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1996. pp. 11-12.

¹¹ A. KAPLAN: Some limitations on rationality. In: Rational decision. Ed. by C. J. Friedrich I. Nomos VII. Atherton Press, New York, 1964. p. 58.