

# Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart

Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Formalismus und Phänomenologie  
im Rechtsdenken der Gegenwart**



*Aloysius Troller*

# Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart

Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag

Herausgegeben von

Werner Krawietz und Walter Ott



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der**

**Gegenwart:** Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag / hrsg. von Werner Krawietz u. Walter Ott.  
— Berlin: Duncker und Humblot, 1987.

ISBN 3-428-06186-1

NE: Krawietz, Werner [Hrsg.]; Troller, Alois:  
Festschrift

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen  
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1987 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Gedruckt 1987 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06186-1

## Vorwort

Wer sich an einem schönen Sommertag von Bellinzona aus mit dem Auto dem schweizerischen Teil des Lago Maggiore nähert und an dessen Ostseite — die kurvenreiche Bergstraße benutzend — bis zu dem kleinen Ort Fosano emporfährt, der kann mit ein wenig Glück den Jubilar in seinem Feriendomizil antreffen. Vielleicht wird er ihn hier, fern von seiner Luzerner Anwaltskanzlei, mit der Axt oder dem Spaten in der Hand antreffen, in der Kleidung des Bergbauern, der sein Grundstück instand hält. Dieser Eindruck verfliegt jedoch rasch, wenn wir ein wenig später im Gespräch mit Alois Troller vor seinem steingedeckten Landhaus auf dem weiten Rasenplatz sitzen, inmitten einer geschichtsträchtigen Lebenswelt: Vor uns rechts unten, auf der anderen Seeseite Locarno, links davon, sich in den See hinauschiebend, das lebensvolle Ascona, dahinter Bergketten, die durch Täler voneinander getrennt werden. Was sich dem Betrachter dieser Szenerie unmittelbar aufdrängt, das ist die jeweils perspektivisch bedingte *Horizonthaftigkeit* des menschlichen Lebens und seiner Möglichkeiten — in — der — Welt, die freilich auch ergriffen und verantwortet sein wollen. Bestimmt diese Horizonthaftigkeit allen menschlichen Erlebens und Handelns vielleicht auch den Zugang zum Rechtsdenken von Alois Troller?

Ganz ohne jeden Zweifel hat kein anderer seine Theorie und Philosophie des Rechts so grundlegend geprägt, sein Rechtsdenken in methodologischer Hinsicht so wirksam bestimmt wie *Edmund Husserl*, dessen logische Untersuchungen und dessen transzendente Phänomenologie vor allem in der Form seines Spätwerks nachhaltigen Einfluß auf das Rechtsdenken des Jubilars ausübten. Von daher rechtfertigt sich auch der Titel dieser Festgabe, die Alois Troller von einem über die ganze Welt verstreuten Kreise von Freunden, einschlägig tätigen Fachkollegen und Rechtsphilosophen zu seinem 80. Geburtstag am 15. Mai 1986 dargebracht wird. Im Vordergrund stehen somit hier nicht seine rechtsdogmatischen Arbeiten im Bereich des Immaterialgüterrechts, insbesondere im Patent-, Marken-, Urheber-, Muster- und Modell- sowie im Wettbewerbsrecht, die bereits von Fachkollegen in einer im Jahre 1976 erschienenen Festschrift gewürdigt wurden; jedoch wird deren — zusammen mit Trollers Arbeiten zur rechtswissenschaftlichen und philosophischen Grundlagenforschung — bis heute auf insgesamt mehr als 600 Titel angewachsener Umfang und Inhalt hier erstmals in einer von Dieter Wyduckel verfaßten rasonierenden Bibliographie im Detail nachgewiesen und belegt. Der Embarras de richesse, der das bisherige wissenschaftliche Lebenswerk von Alois Troller kennzeichnet, wird diejenigen, die ihn bislang vornehmlich als Vertreter dogmatischer Rechtswissenschaft, insbesondere als Autor des international

bekanntem zweibändigen, in den Jahren 1983/85 in dritter Auflage erschienenen Lehrbuchs zum „Immaterialgüterrecht“ kennen, vermutlich ebenso überraschen wie seine in der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Grundlagenforschung tätigen Freunde und Kollegen, die ihn wegen seiner vielfältigen wissenschaftlichen Verdienste mit dieser Festgabe ehren wollen.

Es wird das — wohl nur ihm zugängliche — Geheimnis von Alois Troller bleiben, wie es ihm gelungen ist, über viele Jahrzehnte hinweg zugleich als Rechtsanwalt, als hochbefähigter Wissenschaftler und als engagierte Persönlichkeit im öffentlichen Leben, über die Grenzen seines heimischen schweizerischen Wirkungskreises hinaus, tätig zu sein, ohne sich zu verzetteln und ohne an Detailkenntnis und Tiefgang zu verlieren. Offensichtlich versuchte Troller sich schon sehr früh darin, in verschiedenen Sätteln zu reiten und den diversen Anforderungen gerecht zu werden. Am 15. Mai 1906 in Bad Knutwil, Kanton Luzern, geboren, legte er nach Schulbesuch in Luzern im Jahre 1926 das Abitur ab. 1926 begann er ein Rechtsstudium in Bern, doch unterbrach er es alsbald, um sich von 1927-1931 in München als Sänger auszubilden und Sprachen zu studieren. Erst 1934-1935 nahm er in Basel das Rechtsstudium wieder auf, um es im Sommersemester 1935 in Freiburg i. Ue. fortzusetzen. Dort promovierte er 1937 zum Dr. iur. Im Jahre 1938 legte er das Anwaltsexamen in Luzern ab, wo er sich 1941 als selbständiger Anwalt niederließ und bis auf den heutigen Tag wirkt. Spätestens hier wird deutlich, was seine schweizerische Juristenkarriere von einer deutschen zu jener Zeit unterschied. Durch die Wirren des Zweiten Weltkriegs nicht beeinträchtigt, vermochte er im Jahre 1942 das Manuskript seines ersten Buchs „Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus“ abzuschließen, das im Jahre 1945 veröffentlicht wurde. In ihm klingen bereits eine ganze Reihe derjenigen Themen und Probleme an, die ihn im Rahmen der rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Grundlagenforschung ein Leben lang beschäftigten sollten.

All dies hätte für eine normale Juristenkarriere als Anwalt längst ausgereicht, aber nicht für Alois Troller. In den Jahren 1950-1976 war er zugleich als Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht an der Universität Freiburg i. Ue. tätig; von 1971 bis 1978 auch als Lehrbeauftragter für Rechtsphilosophie. Schon im Jahre 1957 wurde er in Anerkennung seiner Verdienste zum Titularprofessor ernannt. Auch an sonstigen akademischen Ehrungen hat es ihm nicht gefehlt. Die Rechtsfakultäten der Universitäten Lund (1967) und Lausanne (1980) verliehen ihm den Dr. iur. h. c.

Daß eine Persönlichkeit wie Alois Troller und ein Mann von seiner Tatkraft und seinen Fähigkeiten durch all dies — unbeschadet der in diesem Band dokumentierten fortlaufenden wissenschaftlichen Tätigkeit — keineswegs voll ausgelastet war, beweisen seine diversen Aktivitäten im Bereich von Kunst und Musik. Eine Ausstellung der Werke von Henri Matisse im Musée des Beaux Arts, in Luzern, kam nur deshalb zustande, weil er in seiner Eigenschaft als

Vorsitzender des Kunstvereins unangemeldet den schon bettlägerigen Meister an seinem Wohnort in Südfrankreich aufsuchte und im persönlichen Gespräch von der Notwendigkeit dieser Ausstellung überzeugte. Unvergessen ist in Luzern ferner seine langjährige Tätigkeit als Präsident der Internationalen Musikfestwochen. In Anerkennung seiner Verdienste wurde ihm 1967 der Kulturpreis der Innerschweiz verliehen; 1983 erhielt Alois Troller die Ehrennadel der Stadt Luzern.

Es wäre vermessen, sein rechtstheoretisches und rechtsphilosophisches Gesamtwerk hier resümierend würdigen zu wollen, doch wird man Alois Troller ganz sicherlich als bleibende Leistung dreierlei zugute halten:

1. Wie kein anderer deutschsprachiger Autor hat er in der Mitte des 20. Jhdts. die Husserlsche Phänomenologie in der Form von dessen Spätwerk, das im nationalsozialistischen Deutschland des Dritten Reichs nicht mehr erscheinen konnte, zur Grundlage seiner Theorie und Philosophie des Rechts gemacht und, wie seine einschlägigen Schriften ganz ausnahmslos beweisen, in höchst eigenständiger Weise zu einer Rechtsontologie und Rechtsphänomenologie fortentwickelt, die „das Sein der Rechtsordnung und das ihr Vorgegebene als Erscheinendes im Bewußtsein des Rechtsdenkers“ erfaßt, aber zugleich „die Mitwirkung des erkennenden Denkers und seine Perspektive“ mitbedenkt. Zwar nimmt der einzelne Rechtsdenker „die gesellschaftlichen Situationen als Individuum wahr und formt daraus in seinem Bewußtsein als transzendentes Ego die Handlungsmodelle“, doch hat sein Bewußtsein stets „teil am kollektiven Bewußtsein, das in der Sprache (z. B. in Rechtsbegriffen) gespeichert“ wird. Jedes Individuum sieht infolgedessen die Wirklichkeit, wie Troller — hier Ilyenkov zitierend und ihm insoweit zustimmend — bemerkt, „mit Millionen von Augen“. Nicht von ungefähr hat er seine heutige rechtstheoretische Position auch gelegentlich als „kritischen Realismus“ bezeichnet, da die gesellschaftliche Wirklichkeit des Rechts, d. h. die „tagtäglich in ungezählten Handlungen und Verhaltensweisen gelebte Rechtsordnung“, stets die Grundlage seines Rechtsdenkens bildet.

2. Dem schon durch Husserl begründeten Trend folgend, die Erneuerung der Philosophie als Wissenschaft und als Grundlage aller wissenschaftlichen Arbeiten überhaupt zu betreiben, hat Troller in den letzten Jahrzehnten maßgeblich dazu beigetragen, den Einfluß der Phänomenologie — und damit auch seiner phänomenologischen Rechtsontologie — über den deutsch-französischen Sprachraum hinaus auch auf das japanische Rechtsdenken auszuweiten, wie das von ihm initiierte, im Jahre 1984 mit Hilfe der Schweizer Straniak-Stiftung in Luzern durchgeführte, im kontinentaleuropäischen Bereich vermutlich erste rechtstheoretische Symposium über „Japanisches und europäisches Rechtsdenken“ beweist, dessen Tagungsergebnisse soeben unter seiner Herausgeberschaft veröffentlicht wurden. Hier ist Troller vor allem für eine rechtstheoretische und rechtsphilosophische „Synthese des Rechtsdenkens in verschiedenen Kulturen“ eingetreten, deren Möglichkeiten heute in ersten Konturen sichtbar werden.

3. Zu seiner gänzlich unideologischen Rechtsauffassung gehört auch die Tatsache, daß er sich — wie wohl kein anderer bürgerlicher Rechtsdenker — schon zu Zeiten, in denen dies noch nicht üblich war, stets auch mit der marxistisch-leninistischen Rechts- und Staatstheorie auseinandersetzte, wovon auch sein erst kürzlich erschienenenes Buch „Das Rechtsdenken aus bürgerlicher und marxistisch-leninistischer Perspektive“ beredtes Zeugnis ablegt.

Für die überaus mühevoll und entsagungsreiche Herstellung der Bibliographie Alois Troller, die den Berichtszeitraum von 1934 bis Ende April 1986 umfaßt, danken die Herausgeber Herrn Privatdozent Dr. Dieter Wyduckel, Universität Münster, sehr herzlich. Sie dürfte der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Werk des Jubilars sehr zugute kommen. Vor allem danken die Herausgeber jedoch dem Verlag Duncker & Humblot GmbH, insbesondere dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats, Herrn Rechtsanwalt Norbert Simon, und seinem Geschäftsführer, Herrn Ernst Thamm, für die großzügige Förderung und Unterstützung dieser Festgabe und mancherlei Rat und Hilfe bei der Abwicklung der Herausgebergeschäfte.

Besonderer Dank gebührt ferner einer Reihe von Mitarbeitern an meinem Lehrstuhl. Meiner Sekretärin, Frau Martina Böddeling, danke ich für ihre wertvolle Mithilfe beim Druckfertigmachen der Manuskripte; sie hat außerdem die Fahnen- und Umbruchkorrekturen überwacht bzw. zum Teil selbst besorgt. Für ihren unermüdlichen Einsatz beim Korrekturlesen und mancherlei sonstige Hilfsdienste bei der Drucklegung dieser Festgabe danke ich ferner meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern, Herrn stud. iur. Athanasios Vrettis, den Herren cand. iur. Volker Dieckmann und Uwe Wixforth, meinem Doktoranden Herrn Antonis Chanos (Komotini/Münster) und Herrn Dr. iur. Athanasios Gromitsaris (Athen/Münster).

Münster, im Frühjahr 1986

*Werner Krawietz*

# Inhaltsverzeichnis

## I. Gesetzesnorm, Präjudiz und Rechtsdogmatik

<i>Norbert Achterberg</i> , Münster	
Das Wesen des Richtens .....	3
<i>Fritz Pardon</i> , Münster	
Der institutionelle Beitrag des Rechtsanwalts zur richterlichen Rechtsge- winnung .....	19
<i>Hans-Martin Pawlowski</i> , Mannheim	
Rechtsstaat ohne Rechtsdogmatik? .....	31
<i>Jean-François Perrin</i> , Genève	
Qu'est-ce que la dogmatique juridique? .....	49
<i>Valentin Petev</i> , Münster	
Erkenntnis und Konstituierung der Rechtswirklichkeit .....	59

## II. Geltungsgrund des Rechts

<i>Victor Arévalo Menchaca</i> , Basel	
Hart und der Rechtsbegriff. Eine kritische Synthese .....	73
<i>Raffaele De Giorgi</i> , Salerno/Lecce	
Abstraktion versus Institution? Phänomenologie und Geltungsgrund des Rechts in der Frühphilosophie des jungen Hegel .....	95
<i>Hermann Klenner</i> , Berlin (DDR)	
Zwischen Koexistenz, Indifferenz und Kontraexistenz. Zur Begegnung von Religionen und Rechtsphilosophien im siebzehnten Jahrhundert .....	107
<i>Vladimír Kubeš</i> , Brünn	
Das Rechtsbewußtsein des Volkes .....	121
<i>Andrés Ollero</i> , Granada	
Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht .....	135

## III. Formales Denken und Formale Logik im Dienste des Rechts

<i>Carlos E. Alchourrón/Eugenio Bulygin</i> , Buenos Aires	
Expressive versus hyletische Konzeption der Normen? .....	143

<i>Jean-Louis Gardies</i> , Nantes	
Système juridique et système logique . . . . .	173
<i>Georges Kalinowski</i> , Orsay	
Edmund Husserl sur les normes. L'ébauche d'une théorie de la science normative et d'une logique des normes . . . . .	185
<i>José Llompert</i> , Tokyo	
Gleiche Denkformen in ungleichen Rechts- und Staatsauffassungen. Rechtfertigung und Kritik des Formalismus . . . . .	201
<i>Hannu Tapani Klami</i> , Turku	
Multirationalität und der juristische Diskurs. Betrachtungen zur Logik des Rechts . . . . .	215
<b>IV. Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts</b>	
<i>Jan M. Broekman</i> , Leuven	
Zur Ontologie des juristischen Sprechakts . . . . .	231
<i>Kazimierz Opalek</i> , Kraków	
Normen und performative Akte . . . . .	243
<i>Beat Sitter</i> , Bern	
Orte ethischer Verantwortung in der Wissenschaft . . . . .	257
<i>José Vilanova</i> , Buenos Aires	
Phenomenology and the Crisis of Foundations in Legal Science . . . . .	277
<i>H. Ph. Visser't Hooft</i> , Utrecht	
Philosophy of Law and the Study of Legal Reasoning. Some Interrelations . . . . .	295
<b>V. Soziale Konstitution der Wirklichkeit des Rechts</b>	
<i>Aulis Aarnio</i> , Helsinki	
Philosophy of Law at the Crossroads? . . . . .	301
<i>Stig Jørgensen</i> , Århus	
Criteria of Quality in Legal Science . . . . .	313
<i>Werner Krawietz</i> , Münster	
Normativismus oder Skeptizismus? Zum Verhältnis von Regelsetzung und Regelbefolgung in der kritischen Rechtstheorie Kants . . . . .	321
<i>Vilmos Peschka</i> , Budapest	
Das Recht und die Ästhetik . . . . .	343
<i>Robert Weimar</i> , Siegen	
Rechtswissenschaft als Weltbild . . . . .	351

**VI. Recht als Bewußtseinsphänomen  
oder Widerspiegelung der Gesellschaft**

<i>Karl A. Mollnau</i> , Berlin (DDR)	
Notizen zur Relation zwischen objektiven und juristischen Gesetzen . . . . .	371
<i>Walter Ott/Peter Higi</i> , Zürich	
Das Troller'sche Modell der Erkenntnis und die sowjetmarxistische Widerspiegelungstheorie. Aspekte eines Theorienvergleichs zur juristischen Erkenntnis	377
<i>Johannes Strangas</i> , Komotini	
Formalismus und neue Transzendentalphilosophie . . . . .	389
<i>Martin Usteri</i> , Zürich	
Beiträge der Tiefenpsychologie zur rechtlichen Ordnung von Eigentum und Raumgestaltung . . . . .	417
<i>Armin Wildermuth</i> , St. Gallen	
Phänomenologie des Rechts als lebensweltlicher Prozeß . . . . .	425

**VII. Gerechtigkeit - gleich oder sozial?**

<i>Eugene Kamenka</i> , Canberra/ <i>Alice Erh-Soon Tay</i> , Sydney	
Zum soziologischen Verständnis der Gerechtigkeit . . . . .	443
<i>Aleksander Peczenik</i> , Lund	
Moral Thinking, the Law and Rationality . . . . .	465
<i>Stig Strömholm</i> , Uppsala	
Aufgaben und Begrenzungen des Rechts in der modernen Gesellschaft. Paradoxales und Triviales . . . . .	477
<i>Ota Weinberger</i> , Graz	
Die Präsumention der Gleichverteilung . . . . .	487
<i>Jerzy Wróblewski</i> , Łódź	
Law-Making and Hierarchies of Values . . . . .	499
<i>Dieter Wyduckel</i> , Münster	
Bibliographie Alois Troller . . . . .	511
Verzeichnis der Mitarbeiter . . . . .	573



# **I. Gesetzesnorm, Präjudiz und Rechtsdogmatik**



## Das Wesen des Richtens

Von Norbert Achterberg, Münster

### I.

Zweihundert Jahre, nachdem *Charles de Secondat, Baron la Brède et de Montesquieu* den Richter als „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“ bezeichnete<sup>1</sup>, ist die Unrichtigkeit dieser Deutung *Gemeingut*, — wobei diese Bezeichnung jedenfalls dann vertretbar ist, wenn man mit *Karl R. Popper* schon die Falsifizierung für einen wissenschaftlichen Fortschritt hält<sup>2</sup>. Auch die Auffassung, daß richterliches Handeln Verwirklichung des Syllogismus sei, erscheint überwunden. Der schöpferische Charakter des Richtens wird zunehmend bewußt — zunächst allerdings zurückhaltend, indem „Richterrecht“, das diesen Bereich umschreiben soll, auf Lückenfüllung und auf Ausübung von Ermessen sowie Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe begrenzt wird.

*Alois Troller* hat diese Entwicklung beobachtet und begleitet: als Rechtsanwalt, als Rechtswissenschaftler, als Rechtsphilosoph. In der eigenen Person verkörpert er seine Erkenntnis, „daß Rechtspraxis und -theorie Tür an Tür wohnen und in freundnachbarlicher Verbundenheit den Menschen nützen können“<sup>3</sup>. Als Phänomenologen<sup>4</sup> geht es ihm darum, das Wesen des Richtens

---

<sup>1</sup> *Ch. de Secondat, Baron la Brède et de Montesquieu*, *De l'esprit de loix*. Tome Premier, 1763, liv. XI, chap. VI, p. 271. — Nur nebenbei sei die Unrichtigkeit hervorgehoben, diese Einordnung mit *Montesquieus* gleichfalls vertretener Auffassung die Rechtsprechung sei „en quelque façon nulle“ in Verbindung zu bringen (so aber *O. Bachof*, *Grundgesetz und Richtermacht*, 1959, S. 8). Diese Ansicht beruht auf *Montesquieus* These, daß die richterliche Gewalt nicht von einem ständigen Gericht, sondern von jeweils auf Zeit zu wählenden Richtern auszuüben sei (a. a. O., liv. XI, chap. VI, p. 262, 266), was mitunter verkannt wird (so von *K. Doehring*, *Der „Pouvoir neutre“ und das Grundgesetz*, Staat 3 (1964), S. 201 [205]; richtig dagegen *G. Krauss*, *Die Gewaltgliederung bei Montesquieu*, in: *Festschrift für Carl Schmitt*, 1959, S. 103 [112]). Der hierbei anklingende Gedanke ist vielmehr die „Gewaltenteilung in der Zeit“ (dazu *W. Kägi*, *Von der klassischen Gewaltenteilung zur umfassenden Gewaltenteilung*, in: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, *Festschrift für Hans Huber*, 1961, S. 151 [167f.]).

<sup>2</sup> *K. R. Popper*, *Logik der Forschung*, 5. Aufl., 1973, insb. S. 8, 47ff., 54f., der Falsifizierbarkeit „als Kriterium des empirisch-wissenschaftlichen Charakters eines Theoriensystems“ bezeichnet (S. 47).

<sup>3</sup> *A. Troller*, *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft*, 1965, S. VI.

<sup>4</sup> *A. Troller*, *Die Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft*, 1971, S. 12, bekennt sich selbst zu dem Einfluß, den *E. Husserl* und *N. Hartmann* auf ihn ausgeübt haben. Zu seiner eigenen phänomenologischen Ausrichtung ebd., S. 56ff. (insb. S. 71: „Die Phänomenologie ist deshalb dem rechtswissenschaftlichen Forschen so

zu erfassen und zu beschreiben. Sein bedeutsamer Vortrag auf dem Internationalen Symposium „Rechtsprechungslehre“, Münster 1984, hat hiervon neuestens wiederum beredtes Zeugnis abgelegt<sup>5</sup>.

## II.

1. Die *Grundthese der folgenden Darlegungen* sei diesen vorangestellt: Nicht nur die zuvor genannten Fälle besitzen, sondern *jegliches Richten trägt schöpferischen Charakter*. Das Wesen des Richtens ist Rechtsschöpfung. Die Formenstrenge als „Rückgrat des Prozesses“<sup>6</sup> hindert dies nicht, sondern stellt den Rahmen bereit, innerhalb dessen schöpferische Tätigkeit sich vollziehen kann<sup>7</sup>. Um Mißverständnissen vorzubeugen: Damit soll nicht ausgesagt sein, daß andere Tätigkeitsbereiche des Staates — Gesetzgebung, Verwaltung — keinen schöpferischen Charakter aufwiesen. Die allen Staatsfunktionen eigene autonome Determinante<sup>8</sup> verweist hierauf vielmehr geradezu. Wo Autonomie herrscht, wird selbständig etwas geschaffen. In diesem Zusammenhang geht es

---

dienlich, weil sie Erscheinungen, d. h. sinnlich Vorstellbares, somit Gegenständliches als Wahrheit gelten läßt“, mit Bezugnahme auf *E. Tugendhat*); vgl. auch *ders.*, Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, S. 27ff.; *ders.*, Der Einfluß der phänomenologischen Methode auf das zivilprozessuale Denken, ZfRV 7 (1966), S. 3; *ders.*, Edmund Husserls Phänomenologie — ein Weg zur wissenschaftlichen Erkenntnis, in: Schweizer Rundschau 69 (1970), S. 210. — *Trollers* späteres Bekenntnis zu dem von *W. Krawietz* (vgl. z. B. *ders.*, Recht als Regelsystem, 1984, S. XII, XVII ff. und passim) vertretenen „kritischen Rechtsrealismus“ (*A. Troller*, Rechtskonstruktion und Rechtswirklichkeit. Ein Beitrag zu einem kritischen Rechtsrealismus, RECHTSTHEORIE 11 [1980], S. 137 [137]), bedeutet nicht, daß er damit frühere Positionen aufgegeben hätte; vielmehr will er — expressis verbis — hiermit nur mögliche Mißverständnisse seiner Rechtstheorie und Rechtsphilosophie ausräumen (vgl. auch noch S. 138 ff.).

<sup>5</sup> *A. Troller*, Juristische und metajuristische Determinanten der Rechtsprechung im Zivilprozeß, in: Rechtsprechungslehre, hrsg. v. N. Achterberg, 1986, S. 713 ff.

<sup>6</sup> *A. Troller*, Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, 1945, S. 11.

<sup>7</sup> Zur Bedeutung der Form *R. v. Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. T., 2. Abt., 2. Aufl., 1875, S. 471: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit“; *J. Möser*, Patriotische Phantasien. Von dem wichtigen Unterschied des wirklichen und förmlichen Rechtes, 4. T., 1820, S. 115, der bemerkt, daß sich „alle Nationen zur Grundfeste ihrer Freiheit und ihres Eigentums gemacht [haben]: daß dasjenige, was ein Mensch für Recht oder Wahrheit erkennt, nie eher als Recht gelten solle, bevor es nicht das Siegel der Form erhalten“ (beide zitiert bei *Troller* [FN 6], S. 99). Siehe dazu auch noch *ders.*, ebd., S. 99: „je besser geordnet der Prozeß in technischer Beziehung ist, umso mehr Freiheit kann da gewährt werden, wo sie dem materiellen Recht dient“.

<sup>8</sup> *N. Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie, 1982, S. 44, 65, 73, 76, 93, 96, 100, 113, 115, 117; *J. Behrend*, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens, 1977, S. 82 ff.; *P. Bernárd*, Gebundenheit und Ermessen, in: F. Ermacora/G. Winkler/F. Koja/H. P. Rill/B.-Ch. Funk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1979, S. 89 (89 f.); *F. Eberhard*, Grenzen der Verwaltungsgerechtigbarkeit, ebd., S. 599 (609, 611); *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 243.

indessen nicht hierum. Vielmehr soll allein aufgezeigt werden, daß und weshalb (auch) bei allem Richten Recht „geschöpft“ wird.

2. Die Bezugnahme auf den Syllogismus suggeriert eine Reihenfolge richterlichen Vorgehens dergestalt, daß zunächst die einschlägigen Normen aufgesucht werden und aus ihnen der Obersatz gebildet wird, damit die Tatsachen erkannt werden und aus ihnen der Untersatz formuliert wird und endlich die Subsumtion erfolgt, durch die sich das Urteil als Schlußsatz ergibt. Mit Recht bemerkt demgegenüber insbesondere *Aleksander Peczenik*, daß juristische Argumentation nicht nur logisch, sondern auch dialogisch erfolgt<sup>9</sup>. Die Richtigkeit der Annahme eines reinen Syllogismus wird schon allein dann fragwürdig, wenn man die Möglichkeit eines „judizbegründeten“ summarischen Urteils<sup>10</sup> ins Auge faßt. Der im Grunde aussagekräftigere Begriff „hypothetisches Urteil“ wird vermieden, weil er mit dem von der Rechtsnorm zu unterscheidenden Rechtssatz in Verbindung gebracht wird<sup>11</sup>. Wenn im übrigen in der Rechtsphilosophie die Meinung anzutreffen ist, alle juristischen Aussagen und damit auch die „statements . . . by judges“ seien „no more than working hypotheses“<sup>12</sup>, so ist in der Tat einzuräumen, daß die „nicht hypothetische Wahrheit“ das „Beste“ ist, der die „hypothetische Aussage“ als das „Bessere“ vorausgeht<sup>13</sup>. Indessen handelt es sich hierbei nicht um Hypothese, sondern um Approximation. Auch das richterliche Urteil nähert sich wie jeder Rechtsakt der Wahrheit und damit der Gerechtigkeit in der Regel nur, ohne sie zu erreichen.

Bei einem summarischen Urteil steht der — wenn auch erst überschlägig ermittelte — Schlußsatz im Vordergrund, und erst danach kommt es darauf an, sich gleichsam „tastend“ über die beiden Vordersätze auf diesen hin zu bewegen. Die Richtigkeit der These wird aber vor allem dann zweifelhaft, wenn man bedenkt, daß es dem Richter überhaupt nicht möglich sein kann, die einschlägigen Normen — und damit den „Obersatz“ — zu finden, bevor er sich des

<sup>9</sup> *A. Peczenik*, Die Rationalität der juristischen Argumentation: Dialog, Logik und Wahrheit, in: Rechtsprechungslehre, hrsg. v. N. Achterberg, 1986, S. 293 ff.

<sup>10</sup> Die Erkenntnis von der Bedeutung des Judizes wird auf *Bartolus* zurückgeführt. Vgl. dazu *A. Düringer*, Richter und Rechtsprechung, 1909, S. 8.

<sup>11</sup> *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1967, S. 73, bezeichnet die von ihm von Rechtsnormen unterschiedenen Rechtssätze als hypothetische Urteile, „die aussagen, daß im Sinn einer . . . der Rechtserkenntnis gegebenen Rechtsordnung unter gewissen von dieser Rechtsordnung bestimmten Bedingungen gewisse von dieser Rechtsordnung bestimmte Folgen eintreten sollen“. Der Kontext dieser These bleibt insofern unklar, als *Kelsen* zuvor die normative Deutung von Tatbeständen durch die Rechtswissenschaft als Inhalt von Rechtssätzen bezeichnet, dann aber anscheinend Rechtssätze als Aussagen in Rechtsnormen begreift. Indessen kann dies hier auf sich beruhen. Sehr viel klarer ist seine These „Alle Normen gelten nur bedingt“ (*H. Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, hrsg. v. K. Ringhofer/R. Walter, 1979, S. 17).

<sup>12</sup> *R. Goff*, An Innocent Turn to Crime, *Statute Law Review* 5 (1984), S. 6.

<sup>13</sup> *H.-E. H. Jaeger*, Meditationen über philosophische Grundlegung von Rechtsprechungslehre, in: Rechtsprechungslehre, hrsg. v. N. Achterberg, 1986, S. 45 (112, Anm. 115).