

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XVI

Herausgegeben von DIETER SIMON



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1989

Die „Doctrina legal“ des spanischen „Tribunal Supremo“ in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs*

Vom Inhalt her geht es im folgenden um Methodologie, es wird also von der Arbeit des Rechtshistorikers zu reden sein. Dabei soll ständig die Frage mitgedacht werden, wie die richterliche Tätigkeit der obersten spanischen Gerichte, demnach Richterrecht und dessen dogmatische Kategorien und Interpretationsregeln, historisch zu analysieren sind. Anders gesagt steht die Ausbildung von juristischem Wissen innerhalb einer bestimmten Instanz und zu einem bestimmten Zeitraum an. Ausgehend von der Tatsache, daß es zuallererst die Sprache ist, die trennt, sei das Ziel noch zusätzlich so beschrieben: Die positive Kritik der bisherigen Ansätze ist solange nicht abgeschlossen, als sich die natürliche Sprache des Rechtshistorikers nicht als ein Ensemble stillschweigend akzeptierter, aber unreflektierter Forschungsprämissen erweist und auf dieser Grundlage neue Vorschläge gemacht werden.

Gegenstand ist folglich nicht eine zusätzliche Beschreibung der „Doctrina legal“. Auf diese soll auch nur insofern zurückgegriffen werden, als sie ein besonders illustratives Beispiel anlässlich einer Diskussion recht abstrakter allgemeiner Fragen abzugeben verspricht. Es wird sich abgesehen davon nicht darum handeln, ein bereits ausgrenzbares methodisches, rechtshistorisches Instrumentarium bei der Erklärung bestimmter historischer Ereignisse zu verwenden, hingegen darum, sich dieses geschichtlichen Materials zu bedienen, um jene analytischen Konzepte zu reformulieren. Konsequenterweise sei deshalb damit begonnen, die sogenannte „Doctrina legal“ kurz zu skizzieren, um im Anschluß die Gründe offenzulegen, derentwegen in diesem Zusammenhang von einem besonders signifikanten Beispiel gesprochen werden darf.

Der Übersichtlichkeit wegen sei jedoch einleitend knapp die herrschende Meinung der spanischen Juristen zu dieser Thematik resümiert. Hiernach sei die „Doctrina legal“ zuallererst ein Konzept, das im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen nicht seines gleichen habe. Übereinstimmend ist man der Ansicht, daß dieser Begriff auf ein könig-

* Aus dem Spanischen übertragen von Johannes-Michael Scholz.

liches Dekret von 1838 zurückgeht, als der Nullitätsrekurs (*recurso de nulidad*), ein Vorläufer des Kassationsverfahrens, neu geregelt wurde. Dieses Rekursverfahren sollte danach einzig gegen die Urteile (*sentencias de vista*) möglich sein, bei denen Verstöße gegen eindeutige Gesetzesbestimmungen zur Rede stehen und der Appellant das Gesetz beziehungsweise eine einschlägige „*Doctrina legal*“ zu benennen versteht. Die Zivilprozeßordnung von 1855 machte sich diese bis dahin immer noch unklar verbliebene Formulierung zu eigen. Nun heißt es vergleichsweise eindeutig, daß neben Kassationen aufgrund von Gesetzesverletzungen auch derartige Rekurse angestrengt werden könnten, wenn gegen die ständige Rechtsprechung, die „*doctrina establecida de los tribunales*“, verstoßen worden wäre. Hatte sich die „*Doctrina legal*“ so auf eine äußerst diskrete Art im spanischen Rechtsleben etabliert, nämlich auf dem Weg über eine prozeßrechtliche und nicht über eine Vorschrift des materiellen Rechts, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß ihre Auswirkungen von erheblicher Tragweite waren. Insofern sei nur daran erinnert, daß dieses Argument im Kassationsverfahren verwendet werden durfte und folglich die „*Doctrina legal*“ jedem Gesetz gleich geachtet wurde, das vom Parlament sanktioniert worden war. Aber fast noch wichtiger ist folgendes: Da dieser Begriff der präzisen Ausformulierung entbehrte, erlaubte seine semantische Ambivalenz grundsätzlich jede Art von inhaltlicher Konkretisierung, angefangen von naturrechtlichen Prinzipien über dogmatische Sätze bis hin zu Entscheidungen der Ober- und Untergerichte. Im weiteren Verlauf des 19. Jahrhunderts war es namentlich der „*Tribunal Supremo*“, der sich gleichermaßen zum Richter über die Definition dessen aufschwang, was unter *Doctrina legal* zu verstehen sei, wie auch Partei in Sachen „*Doctrina legal*“ ergriff. Ganz allmählich und sukzessive legten seine höchst-richterlichen Urteile fest, daß allein justizielle Entscheidungen hierzu zu rechnen seien, einzig seine eigenen Sprüche dazu zu gehörten und mindestens zwei Sentenzen eine verbindliche Rechtsregel begründen würden.

Von den hier interessierenden methodologischen Fragen aus ist die Geschichte der „*Doctrina legal*“ dann freilich gleich vierfach von Interesse.

1) Zunächst ist festzuhalten, daß sie üblicherweise im Rahmen justizgeschichtlicher Erörterungen als ein Sonderfall präsentiert wird, vergleichbar der Sonderweglösung innerhalb der geschichtswissenschaftlichen Diskussionen der letzten Jahre bezüglich der jüngsten deutschen

Geschichte. Die unbestreitbare Tatsache, der zufolge ihre Geschichte aufs engste mit derjenigen des „Tribunal Supremo“ gekoppelt war, wuchs doch im Laufe der Zeit allein dessen Urteilen die hier verankerte Autorität zu, schien hinreichend die Ansicht zu begründen, man habe es insoweit mit einem genuin spanischen Konzept zu tun. Grund genug, nachfolgend die unter Juristen, vor allem aber auch in der rechtshistorischen Forschung so häufig verwandten Termini wie Originalität und Rezeption einer näheren Revision zu unterziehen.

2) Des weiteren ist darauf aufmerksam zu machen, daß die Geschichte der „Doctrina legal“ eine Art rekursiver Geschichte darstellt, die am Beispielsfall die impliziten Paradoxa von Justiz zu erhellen verspricht. Mit Douglas R. Hofstadter gesprochen ist an deren „tangled hierarchies“ gedacht, an in sich verschlungene Schleifen und Hierarchien¹. Ein besonders repräsentatives Exempel gerade dafür ist die Diskussion über die inhaltliche Reichweite der „Doctrina legal“. Alles in allem blieb sie vorwiegend auf die Justiz beschränkt und gelangte nie zu einem definitiven Abschluß. Dafür sei hier nur auf den Código civil von 1888/1889 und dessen Hierarchie der Rechtsquellen verwiesen, bezieht man sich doch dort nicht einmal auf die „Doctrina legal“, ganz zu schweigen davon, daß sie in den Kanon der Rechtssätze aufgenommen worden wäre, die die Rechtsprechung binden. Nur allzu verständlich – obwohl deshalb nicht selbstverständlich –, wenn der „Tribunal Supremo“ selbst dafür sorgte, seine Interpretation der „Doctrina legal“, wonach derselben allein seine eigenen Rechtsauslegungen zugrunde gelegt werden dürften, in den Rang einer „Doctrina legal“ zu erheben. Nicht zuletzt angesichts solcher Zirkelschlüsse erscheint es im folgenden unbedingt notwendig, auf historischer Justizforschung als Fremdbeobachtung zu bestehen.

3) Nichts anderes gilt für die Tatsache, daß die Entwicklung der „Doctrina legal“ nicht allein auf eine Geschichte hinausläuft, bei der es zentral um Machtergreifung um der Macht willen, um die alleinige Entscheidungsgewalt des „Tribunal Supremo“ geht. Denn richtig verstanden gibt sie nicht nur eine Gesamtheit höchstrichterlicher Entscheidungen, sondern vor allem anderen auch ein dogmatisches Produkt ab, dem

¹ DOUGLAS R. HOFSTADTER, Gödel, Escher, Bach. An Eternal Golden Brain, Hassocks 1979.

erst durch die Kassation seine Verbindlichkeit zuwächst². Allein schon diese Feststellung zwingt, am gegebenen Beispiel und mit Blick auf die historische Justizforschung die Möglichkeiten einer historischen Soziologie der juristischen Dogmatik anzuvisieren.

4) Bleibt schließlich die Geschichte der „Doctrina legal“ als eine Geschichte ihrer unablässigen Reformulierung. Als ein Diskurs der Wahrhaftigkeit und damit Garant der Durchsetzungskraft ihrer juristischen Inhalte ist sie notwendigerweise einem Prozeß der Selbstkorrekturen unterworfen, gerade deshalb, weil es darum geht, jederzeit und möglichst adäquat dafür zu sorgen, daß zwischen juristisch Wahrem und Falschem getrennt werden kann. Zum Beleg sei nur auf die allmähliche Konzeptualisierung des „Tribunal Supremo“ verwiesen, wobei davon ausgegangen wurde, bei der „Doctrina legal“ handele es sich genau genommen nicht um eine legale, sondern vielmehr um eine jurisprudenzielle Doktrin. Erst ein solcher theoretischer Ansatz verspricht, über eine interne Geschichte der Ausformung der spanischen Rechtswissenschaft hinaus eine Analyse voranzubringen, in deren Mitte die extern bestimmte Konstituierung eines Wissensobjektes im Rahmen einer derartigen epistemologischen Struktur steht³.

Systematisiert man diese Erwägungen, lassen sich die nachfolgenden Überlegungen in zwei Teile gliedern:

Im ersten Teil sollen jene Ansichten über Justiz kritisch hinterfragt werden, für die Geschichte einen zeitlich und örtlich übergreifenden, undifferenzierten Raum abgibt und die aufgrund dieser Annahme – zumeist unreflektiert – davon ausgehen, juristische Erfahrung sei prinzipiell vergleich- bzw. austauschbar. Dabei ist in erster Linie zwangsläufig auf Rechtshistorie als europäische Rechtsgeschichte einzugehen. Im übrigen werden eine Reihe von methodologischen Voraussetzungen ins Visier genommen, nicht zuletzt weil sie ansonsten auf dem Niveau des „common sense“ zu funktionieren pflegen.

Der zweite Abschnitt ist schließlich den theoretischen Vorschlägen gewidmet, die den Weg zu einer Analyse dogmatischer Produktionen im Rahmen justizieller Tätigkeit zu ebnen versprechen. Mit Blick auf das

² Cf. JACQUES BERNARD HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par la Jurisdiction de Cassation*, Toulouse 1942; MIGUEL COCA PAYERAS, *La doctrina legal*, Barcelona 1980; LUIS DOMINGUEZ RODRIGO, *Significado normativo de la jurisprudencia: ¿ciencia del derecho o decisión judicial?*, Madrid 1984

³ Cf. GEORGES CANGUILHEM, *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie*, Paris 1981.

eigene Forschungsprojekt werden dort hauptsächlich die momentan dominierenden Explikationsmodelle gegenübergestellt, soll doch die Diskussion in erste Arbeitsdirektiven auslaufen.

I. Kritik: Originalität und Rezeption

Man darf wohl davon ausgehen, daß dort, wo es um die Originalität und Rezeption juristischer Modelle geht, in Wahrheit eine typisch akademische Frage ansteht, die eher davon zeugt, inwieweit doch die Beziehung zwischen Juristen und ihrem Diskurs eine ausgesprochen imaginäre ist. Diese Annahme hat vor allem dann vieles für sich, wenn man eine solche Position mit methodologischen Voraussetzungen kombiniert sieht, denen zufolge Recht ein universelles, generalisierbares Phänomen darstelle, das – sieht man von den ganz spezifischen soziopolitischen, historischen Faktoren ab – prinzipiell übertragbar sei⁴. Selbst wenn diesem kritischen Urteil im Grunde zuzustimmen ist, sind doch Zweifel angebracht, ob damit schon die gesamte Problematik erfaßt wurde. Aus der Perspektive einer historischen Analyse heraus genügt es nämlich nicht, weitere Kriterien ins Spiel zu bringen: Die Effizienz und Relevanz der Kritik wird damit nur unwesentlich erhöht. Das trifft besonders dann zu, wenn wie hier Kritik zuallererst darauf zielt, die traditionelle Sichtweise – bei der es in erster Linie darum geht, den Juristen in der Sicherheit zu wiegen, alles, was er sage, gehe auch von ihm aus – unterhalb des Wissens anzusiedeln, d. h. im konkreten Fall der Welt des Imaginären beziehungsweise der Doxa zuzurechnen. Dabei kann dann dahingestellt bleiben, in welchem Maß diese Art von Kritik nun darauf abhebt, ob zu Unrecht angenommen werde, aller juristische Diskurs finde entweder seinen Ursprung in einem universalen Zentrum oder in der eigenen juristischen Tradition.

Genauer gesagt geht es um Kritik an einem idealistischen Denkmolell. Unter methodologischen Prämissen dürften hierüber kaum Bedenken aufkommen, freilich ohne dabei zu übersehen, daß es sich in der Tat lediglich um eine spezifische Form epistemologischer Überwachung und Abwertung handelt, die sich darauf beschränkt, Mythen dort aufzuspüren und bloßzustellen, wo sie sich den Anschein von Wissenschaft geben. Alles in allem soll damit wohl eher eine konservative juristische Weltanschauung aus dem Sattel gehoben werden und zwar zu einem Zeitpunkt, als diese zum Störfaktor wird, was keineswegs zufällig bei

⁴ JACQUES LENOBLE/FRANÇOIS OST, *Prologomènes à une lecture épistémologique des modèles juridiques*, in: *Domination ou partage? Développement endogène et transfert des connaissances*, Paris 1980, p. 80–91.

dieser Kritik im Fall von François Ost und Jacques Lenoble mit einer historischen Synthese zusammenfällt. Kritik an einer derartigen Rechtshistorie darf aber nicht bei solchen Präliminarien stehen bleiben. So genügt es einfach nicht, die Gegenmeinung als idealistisch zu diskriminieren. Wer sich hiermit begnügt, riskiert unweigerlich, die Interdependenzen zwischen dem dogmatischen Apparat des juristischen Diskurses und seiner mythologischen Absicherung zu unterschätzen. Denn es dürfte wohl unstrittig sein, daß geschichtswissenschaftliche, philosophische oder rechtswissenschaftliche Texte mehr als wissenschaftliche Aussagen enthalten. Sie jedoch deswegen unter Ideologieverdacht zu stellen, hieße freilich sich die Kritik zu leicht zu machen. So gesehen kann wohl kaum mehr erwartet werden, als hierbei eine Maske auszumachen, hinter der andere Ziele stecken, als dies zu erkennen gegeben wird. Deshalb muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß sich alle mythische Signifikanz eines Textes nicht aus ihm selbst erschließt, sondern mit seinem wissenschaftlichen Umfeld eine untrennbare Einheit bildet⁵. Denn erst so dürfte begreiflich werden, inwieweit doch ein solcher Text unabhängig vom Wahrheitsgehalt seiner Aussagen an spezifischer symbolischer Wirkungskraft gewinnt.

Diese zusätzliche Kritik ist besonders unter den hier anvisierten Fragestellungen von Interesse, wo auch zu begreifen ist, was es heißt, wenn Rechtshistoriker auf die vertraute Art und Weise daran gehen, im Vergleich die Unterschiede festzustellen. Die Konfrontation von Kulturen, Systemen, Ordnungen und Kategorien einschließlich der zugehörigen juristischen Experten der verschiedenen historischen Räume ist geradezu darauf ausgelegt, derartige symbolische Effekte zu erzielen. Dies wird besonders dann überdeutlich, wenn Gegensatzpaare wie Einzigartigkeit und Universalität, Originalität und Imitation zum Ausgangspunkt der Darstellung gewählt werden. So etwa für den Fall, daß nach herkömmlicher Manier die Übernahme ausländischer Modelle und in diesem Rahmen beispielweise das Schicksal der relevantesten Konzepte der justiziellen Organisation, kurz: der divergierende Justizbegriff, zum Gegenstand der Untersuchung gemacht wird. Die üblichen Verfahren rechtshistorischer Arbeit seien deswegen gleich zweifach kritisiert, einmal, was ihre Voraussetzungen angeht, zum anderen, bezüglich ihrer Resultate.

⁵ PIERRE BOURDIEU, *Le Nord et le Midi: contribution à une analyse de l'effet Montesquieu*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales* 35 (1980), p. 21–25.

1. Allem Anschein nach gründet unter Rechtshistorikern das Verständnis von Justiz normalerweise zunächst auf einer sprachlich vordergründigen Perspektive, der zufolge Recht wie ein Subjekt behandelt und damit als präexistent vorausgesetzt wird (A). Zum zweiten wird für die Analyse wie selbstverständlich davon ausgegangen, daß Justizbegriffe dafür empfänglich sind, dank ihrer kommunikativen Eigenschaften transferiert zu werden (B).

A) Was die erste der beiden Prämissen anbetrifft, so ist daran zu erinnern, daß jede geschichtliche Interpretation dahin tendiert, von den Kommoditäten ontologischer Einsichten zu profitieren. Denn zweifellos ist es in höchstem Grad beruhigend, anzunehmen, Recht sei bereits vorhanden, bevor weitere Prozesse einsetzen oder sonstige Ereignisse hinzutreten. Dafür genügt es, auf die Vorteile aufmerksam zu machen, von denen beispielsweise der Dogmenhistoriker wie auch alle Geschichtsschreibung des juristischen Denkens Nutzen zieht, wenn sie sich dem Objekt ihres Interesses nähern und dort aufgrund ihrer Grundannahme auf einen immer schon fest umrissenen Gegenstand treffen. Hier glaubt man sich ohne Umschweife an die Arbeit begeben zu können, um etwa das scheinbar vorgegebene Objekt der Analyse zu beschreiben. Konsequenterweise erscheint es dort auch überflüssig, vorab nach einem theoretischen Rahmen bzw. nach den historischen Implikationen zu fragen, die mit der Qualifizierung einer richterlichen Entscheidung oder Aussagen über Recht als Judiz verbunden sind⁶. Eine solche Rechtshistorik vermeint von epistemologischen Vorfragen absehen zu können, besteht doch von dieser Warte aus kaum ein Zweifel daran, daß zwischen dem, der analysiert, und dem, was zu analysieren ist, ein bislang nicht abgerissenes Band der Kontinuität gegeben ist. Konkret gesprochen glaubt man sich berechtigt, historische Konfigurationen von Justiz eines bestimmten Landes über die Begriffe von Tradition und Einfluß zu synthetisieren. Die Entscheidung für die eine oder andere Erklärung muß zwar notgedrungen gegensätzliche Ergebnisse zeitigen, doch von der Funktion her sind beide identisch: Sie vermögen beide die Bresche zu schließen und zwar dergestalt, daß entweder auf die sogenannten Ursprünge aller Normensetzung rekurriert oder versucht wird, den Gegenstand in ein Universum vergleichbarer Phänomene einzubinden⁷.

⁶ Cf. FRANÇOIS EWALD, Habermas-Rawls, quelle philosophie pour le droit?, in: Langage, droit et démocratie dans la philosophie contemporaine (Actes du colloque des 26 et 27 novembre 1987, Université Catholique de Louvain), Louvain 1988, p. 84-92.

⁷ MICHEL FOUCAULT, L'archéologie du savoir, Paris 1969, p. 25 ss.

Implizit liegt im einen wie im anderen Fall die Annahme zugrunde, jegliche Neukonzeption von Justiz bzw. Reorganisation des justiziellen Apparates basiere auf dem Prinzip der freien Willensentscheidung⁸. So aber von Anfang an der Erklärungsprozeß von dem Postulat bedingt ist, die Geschichte einer Institution oder eines Begriffes gründe auf einer freiwillig zustande gekommenen Übernahme tradierter Modelle oder auf einer bewußt und ohne jeden Zwang erfolgten Ablehnung eines bestimmten Justizbegriffes, um nur dieses Beispiel ausdrücklich zu erwähnen, erübrigt sich scheinbar von selbst die Frage nach weiteren historischen Möglichkeiten. Gerade wo von einem immer schon vorgegebenen Recht ausgegangen wird, mündet die überaus schwierige historische Frage nach der Rechtsentstehung letzten Endes bedauerlicherweise in die formale Frage nach den Rechtsquellen ein. Dies erklärt, wie zum Beispiel die spanische Rechtswissenschaft – offensichtlich ohne Schwierigkeit und ohne daß eine eigentlich historische Legitimation ersichtlich ist – zwei so konträre Meinungen hinnehmen kann, die spanische Rechtsprechung sei auf der einen Seite niemals zu den Rechtsquellen gezählt worden und auf der anderen stehe ihre Zugehörigkeit zu diesem normativen Repertoire außer allem Zweifel⁹.

B) Und was die zweite Voraussetzung betrifft, ist nachfolgend davon auszugehen, daß insofern die Kommunikationsfähigkeit juristischer Konzepte außerhalb jeder Diskussion steht. Anders formuliert: Kontextuelle Schranken stehen a priori einem Austausch nicht entgegen. Hiervon meinen all jene zu profitieren, die insbesondere von der überragenden dogmatischen Konzeptualisierung und deshalb Bedeutung bestimmter Justizmodelle überzeugt sind, wobei für sie dann deren Authentizität und deren herausragende Position unter den zeitgenössischen Vorschlägen miteinander verschmelzen. Dabei sei nicht nur allein an das klassische Werk von Calamandrei zur Kassation gedacht, bei dem sich das Ensemble der europäischen Länder wie ein konzentrisch angeordnetes Sonnensystem mit hierarchisch abgestuften

⁸ Cf. JEAN BOLLACK, *Pour une histoire sociale de la critique*, in: MAYOTTE BOLLACK/HEINZ WISMANN (ed.), *Philologie und Hermeneutik im 19. Jahrhundert*, Göttingen 1983, II, p. 17–24.

⁹ Cf. FEDERICO DE CASTRO, *Compendio de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, Madrid 1970, p. 112–116; LUIS DIEZ-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la jurisprudencia en broma y en serio)*, in: *Revista de Derecho Privado XLVIII* (1964), p. 925–937; HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (n. 3), p. 9 ss.; CARLOS DE LA VEGA BENAYAS, *Introducción al derecho judicial (Contribución y homenaje al Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870)*, Madrid 1970, p. 117–153.

Umlaufbahnen ausnimmt, auf denen die Planeten erster, zweiter und dritter Ordnung um die originären französischen Modelle kreisen¹⁰. Denn hierhin gehören im Grunde auch jene Auffassungen, nach denen – gleichsam im Gegenzug – beispielsweise die nun näher zu betrachtende „Doctrina legal“ spanischen Ursprungs sei, einfach weil es nicht anders sein könne. Trotz der abweichenden Resultate gleichen sich beide Fälle, weil hier wie dort der Vergleich darauf gegründet wird, daß Kategorien und justiziellen Strukturen wie von allein Modellcharakter zuwachsen könne, was dann freilich ihre Übertragbarkeit impliziert. Daß man sich so von Fall zu Fall gezwungen sieht, Erfolg oder Scheitern eines solchen Transfers zu konstatieren, ändert im Prinzip wenig. Der Ausgangspunkt für eine solche geschichtliche Deutung ist derselbe, wird doch da wie dort mittelbar behauptet, es gebe einen allen juristischen Aussagen gemeinsamen Punkt, dem die spätere Uniformität und Linearität der Ausbreitung juristischer Konzepte in einem Maße innewohne, daß die Austauschprozesse abgeschlossen werden könnten. Dabei sei nicht vergessen, inwieweit vornehmlich juristisch orientierte Historiker und Soziologen dazu unaufhörlich einen nicht zu unterschätzenden Beitrag leisten, wenn sie die Phänomene der Universalität und Kommunikabilität dadurch festschreiben, daß sie sie ex cathedra bei der Mentalität der Juristen, den unterschiedlichsten staatlichen Aktivitäten, einem allgemein gültigen Wertesystem und überall anzutreffenden normativen Impulsen anzusiedeln suchen¹¹. Ein solches Denkmodell von juristischer Konzeptualisierungsarbeit kommt zugestandenermaßen dort am besten zu passen, wo es darum geht, sogenannte juristische Kultur und historische Phänomene auf den Punkt zu bringen – selbst wenn diese Gemeinsamkeit noch so klein ist. Angesichts der Vielfalt wird so offensichtlich ermöglicht, auch noch die divergierensten Denktraditionen, Gerichtsgebräuche und professionellen Techniken vergleichend zu erfassen. Interpretationsschwierigkeiten scheinen gebannt zu sein, nicht zuletzt ob der hohen Flexibilität, mit der man sich gerade den genannten Formen latenter juristischer Kommunikation nähert¹². Von einem gemeinsamen Fonds der Erscheinungen auszugehen und gleichzeitig ihre Verschiedenheit zu denken, hat prima vista sicherlich einiges

¹⁰ PIERO CALAMANDREI, *La cassazione civile. I. Storia e legislazione*, Milano 1920, p. 654–691.

¹¹ Cf. MANFRED REHBINDER, *Die Rezeption fremden Rechts in soziologischer Sicht*, in: *Rechtstheorie* 14 (1983), p. 305–315.

¹² Cf. ERK V. HEYEN, *Kulturanthropologische Probleme internationaler Rechtsbeziehungen*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft* 22 (1985), p. 190–198.

für sich, wenn auch freilich Eklektizismus die Folge sein muß. Wenig erstaunlich, daß die spanischen Juristen des 19. Jahrhunderts, insoweit Gefangene ihres überaus stark politisierten Ambiente und sicherlich deswegen besonders gerüstet mit einem „sens pratique“ des „juste milieu“, bei ihrem Versuch, ein modernes Gerichts- und Prozeßsystem zu implementieren, ebenfalls dieser Versuchung anheimfielen: Sie feierten sogar ihr Unternehmen als besonders gelungen, weil es hoch eklektizistisch und ebenso weit vom französischen System wie von der spanischen Tradition entfernt sei¹³.

2. Über die allgemeinen Feststellungen hinaus ist für den Vergleich von Justizbegriffen für seine Resultate folgendes anzumerken.

A) Einerseits kann so ohne weitere Schwierigkeit und trotzdem relativ plausibel auf das Fehlen sinnvoller Regelungen verwiesen werden, vom Normenhunger die Rede sein, der angeblich nur mit Hilfe des Imports eines Modells gestillt werden könne, das eigentlich einem anderen kulturellen Milieu angehört. Überdies geht – das sei nicht vergessen – ein solches Verständnis zumeist mit einem historisch gesehen vergleichsweise nichtssagenden Werturteil einher, das außerdem auch noch von der Überlegenheit des transferierten Konzepts auf die Unterlegenheit jenes Umfeldes rückschließt, das dieses begriffliche Instrumentarium mehr oder weniger akzeptiert – eine Argumentation, die im allgemeinen über Hinweise läuft, die auf eine mehr oder weniger getreue Rezeption des ausländischen Modells verweisen. Da spricht fast alles wie von selbst für die Qualität des Materials, das transferiert wird; die Schuld für die Fehlerhaftigkeit der Übertragung, das eventuelle Scheitern, wird quasi automatisch der kulturellen Rückständigkeit des Bestimmungsortes zugezählt. Typisch hierfür ist, wie spanische Prozesualisten auf die Kassation zu sprechen kommen, um sie dabei als Mißverständnis bzw. pathologische Abweichung vom französischen Muster abzuqualifizieren, was dann ihrer Meinung nach auch für die „Doctrina legal“ als eines ihrer Unterkonzepte gelte¹⁴.

Ein derartiges Verständnis der Rezeption von Rechtsordnungen wurde bereits hinreichend von Linguisten und Soziologen kritisiert, so daß

¹³ JOSÉ DE CASTRO OROZCO (Marqués de Gerona), Examen del recurso de casación en España, in: Revista General de Legislación y Jurisprudencia XIII (1858), p. 345–391.

¹⁴ Cf. VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, La recepción en España del recurso de casación francés (1812–1813) und La doctrina legal y control de los hechos en la casación civil y laboral española, in: FAIRÉN, Temas de ordenamiento procesal, Madrid 1969, I, p. 195–236, y II, p. 1023–1140.

sich jede weitere Stellungnahme erübrigt¹⁵. Nur soviel sei erinnert: Generell wird dabei die Aufmerksamkeit auf den Empfängerhorizont gelenkt, weswegen die eigentlich dogmatische Frage nach dem Schicksal beispielsweise des Justizmodells sich als eine soziologische Frage nach der sozialen Begründung und den kontextuellen Anpassungsstrategien darstellt¹⁶, womit implizit der Dialog- und Austauschcharakter von Rezeptionsprozessen verneint wird. Infolgedessen ist das, was sonst als Reproduktion gedacht wird, auch hier als originäre Produktion zu begreifen, bei der ein fremdes juristisches Konzept reformiert wurde.

B) Freilich sind auch in diesem Fall diametral entgegengesetzte Vorstellungen über Rezeption mitzudenken. Ihnen zufolge handele es sich tatsächlich um Akte originärer Schöpfung. Dabei ist weniger an ein spontanes Auftauchen neuer diskursiver Elemente gedacht als eine Zuschreibung, deren Hauptkriterium ein möglichst weit zurückreichendes Ereignis zu sein hat. Der Grad der Authentizität soll danach direkt proportional zum zeitlichen Abstand sein. Worum es geht, ist Identitätsherstellung, ein besonders hoher Wert auf dem Markt der symbolischen Güter. So wird die Handhabung von globalen Justizbegriffen wie auch die Ausformulierung von dogmatischen Kategorien vom Rechtshistoriker nicht allein unter Zuhilfenahme von scheinbar objektiv immer schon vorhandenen Gegebenheiten behandelt mit der Folge, daß zum Beispiel neuerlich geschaffenes Recht für existent gehalten wird, weil es eben vorhanden sei, sondern es treten nun noch weitere, insofern weit grundsätzlichere, essentiellere Entsprechungen hinzu. Sie bewirken allem Anschein nach die Umwandlung bestimmter Rechts- und Justizbegriffe in Vorstellungen über Wirklichkeit, was wiederum die Selbstidentifizierung des Betrachters erleichtert¹⁷. Mit anderen Worten, wir sehen uns konfrontiert mit einer Sublimierung historischer Phänomene kraft ihrer Konvertierung in geschichtliche Ausnahmen oder Sonderfälle. Die Historiographie der „Doctrina legal“ liefert insoweit ein besonders sprechendes Beispiel. Dank Jacques Bernard Herzog und seinem Werk aus den frühen vierziger Jahren über den „Tribunal Supre-

¹⁵ GUNTER GRIMM, Rezeptionsgeschichte. Grundlegung einer Theorie, München 1977; MANFRED G. SCHOLZ, Hören und Lesen. Studien zur primären Rezeption der Literatur im 12. und 13. Jahrhundert, Wiesbaden 1980; E. E. HIRSCH, Rezeption als sozialer Prozeß, Berlin 1981.

¹⁶ MICHEL ESPAGNE/MICHAEL WERNER, La construction d'une référence culturelle allemande en France. Genèse et histoire (1750-1914), in: Annales E.S.C. 42 (1987), p. 969-992.

¹⁷ BOURDIEU, L'identité et la représentation. Eléments pour une réflexion critique sur l'idée de région, in: Actes de la recherche en sciences sociales 35 (1980), p. 63-72.

mo" wie zum spanischen Richterrecht präsentiert sich die „Doctrina legal" als – so das Original – eines der wohl originellsten Rechtskonzepte der iberischen Halbinsel und damit Beweis für die juristische Weisheit des spanischen Volkes, das inmitten eines zunehmend streng rationalistisch verfahrenen Europa seinem nationalen Genius treu zu bleiben mußte¹⁸. Nach Herzog habe der „Tribunal Supremo" zusammenfassend gesagt dem Diktat spanischer Realität und sozialer Notwendigkeit mittels dieses Interpretationsmechanismus gerecht werden können, sei die Kontrolle der Normenapplikation auf diesem Wege sichergestellt worden.

Die Konsequenzen solchen Argumentierens liegen auf der Hand: Der Rekurs auf die Geschichte erhöht unzweifelhaft das Rechtfertigungspotential speziell zugunsten jeden historischen Agierens des „Tribunal Supremo", was – soviel sei nur am Rande zu solchem tautologischen Schließen angemerkt – überdies noch dessen Effizienz von vornherein steigert. Alles andere würde auch wunder nehmen, wird doch die „Doctrina legal" als Objekt erfaßt, das nicht durch seine eigene historische Kontingenz begrenzt wird, sondern sich als Gegenstand beliebiger Repräsentationen anbietet. Aus einem ungestalteten, unstrukturierten historischen Raum gewonnen, wird dieses Konzept zur Kategorie potentieller Identifizierung gerade desjenigen Chaos, dem es dieser Konzeption nach entstammt. Die „Doctrina legal", so Herzog, sei darauf ausgelegt, Konflikte zu vermeiden und die Harmonie zwischen Recht und Gesellschaft zu garantieren mit der Konsequenz, daß der „Tribunal Supremo" geradezu zwangsläufig diese soziologische Gleichung valutiere. Bildlich gesprochen könnte man an eine Logik des Registrierens denken, bei der der „Doctrina legal" die Rolle zufällt, in einer hoch euphemisierenden Form Tradition zu bezeichnen. Das heißt, so verstanden erweist sie sich als eine justizielle Technik, deren Aufgabe zuallererst darin liegt, die Vielfalt der sozialen Phänomene auf den Begriff zu bringen und darüber eine allverbindliche, gemeinsame Identität zu stiften. Wie schon Michel de Certeau zutreffend feststellte: Wer so verfährt, riskiert, Geschichte und Ethnologie zu verwechseln, weil in diesem Fall Explikationsmodelle bevorzugt werden, deren Kohärenz sich im eigentlichen Sinn anthropologisch konstituiert¹⁹. Danach dürfte nun aber

¹⁸ HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (n. 3), p. 10 ss., 106 ss., 206–231.

¹⁹ MICHEL DE CERTEAU, *Economies ethniques: pour une école de la diversité*, in: *Annales E.S.C.* 41 (1986), p. 789–815.

immer unstreitiger werden: Eine letzten Endes historische Erklärung für die Formierung zeitlich und örtlich lokalisierbarer Justizbegriffe kann nur das Resultat einer Forschungsstrategie sein, die sich von Anfang an einer soziologischen Hermeneutik juristischer Formen verpflichtet weiß. Statt um eine soziale Logik der Bestätigung geht es um eine Epistemologie der Entdeckung. Aus der Sicht des Historikers werden die tief geschichtlichen Prozesse der Ausformung, Eliminierung und Selektion von juristisch determinierten rhetorischen Figuren, Instanzen und sogenannten Theorien zu Unrecht allein auf ein angeblich theoretisches Paradigma reduziert, das die Einheit des juristischen Diskurses zu inthronisieren geeignet ist.

II. Rekonstruktion: Produzenten und Produktion

Auf die Kritik haben notwendigerweise Vorschläge zu folgen, in welcher Form ein typisches Justizphänomen wie die „Doctrina legal“ zu analysieren ist. Es versteht sich von selbst, daß dabei das Niveau einer methodologischen Diskussion nicht verlassen werden kann und darf. Was die Reihenfolge der angeschnittenen Probleme angeht, wird folgendermaßen vorgegangen. An erster Stelle werden die methodologischen Prämissen explizit zu machen sein, auf denen die anschließende Betrachtung gründet. Zum zweiten soll auf die theoretischen Modelle eingegangen werden, die sich momentan dem Historiker für die Analyse anbieten. Hieraus sind allgemeine Richtlinien abzuleiten, die zugleich den Besonderheiten des historischen Materials etwa bei der „Doctrina legal“ gerecht werden. Schließlich stehen dann konkrete Arbeitsdirektiven an, da arbeitsökonomisch gesehen erst diese der Beschäftigung mit theoretischen Aussagen ihren Sinn geben.

1. Methodologischen Prämissen ist eine Grundproblematik eigen, die meistens übersehen wird. Bei näherem Zusehen stellt sich nämlich heraus: Je engagierter, je persönlicher eine Stellungnahme für die eine oder andere Position ausfällt, desto größer ist die Gefahr, daß die Transparenz der Grundannahmen abnimmt. Das kann auch nicht anders sein angesichts der unausweichlichen Tatsache, daß im Umkreis sozial verwendbaren Wissens – wie es nun einmal potentiell die Ergebnisse rechtshistorischen Forschung sind – alles dafür spricht, bei den Basisentscheidungen, die letzten Endes den Arbeitsablauf bestimmen, gehe es am Ende um Glaubenssätze, persönliche Präferenzen oder zumindest vom „common sense“ getragene Kriterien, womit wissenschaftliche Resultate von vornherein desavouiert wären. Eingedenk dieser Kalami-

tät sei trotzdem dieser Weg beschritten, bleibt doch auch keine andere Wahl, soll die Kritik nicht ins Leere laufen. Bloße Kritik um der Kritik willen, Zweifel ob ihrer Radikalität beziehungsweise Mißtrauen um der intellektuellen Übung wegen, ohne je den eigenen Standpunkt zu transparent zu machen, begründet bestenfalls eine ästhetische Position, die mit dem wohl typischsten Vorurteil des Intellektuellen konform geht, nämlich von Vorurteilen frei zu sein²⁰. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist es unerlässlich, die eingangs kritisierten Positionen mit den eigenen zu konterkarieren.

A) Statt dem Recht die Rolle eines Subjekts zuzuschreiben, wird vielmehr von seiner Prädikateneigenschaft auszugehen sein. Anders gesagt wird es nicht als Denkkategorie mit historischer Essenz begriffen, sondern als Allgemeinbegriff, dem es in der Wirklichkeit an einer Entsprechung fehlt²¹. Nun ist allerdings ein solches Bekenntnis zum Nominalismus nur scheinbar banal. Denn wer sich die Konsequenzen dieser Feststellung vor Augen hält, für den liegt die wohl einzig fruchtbringende Ausgangsfrage auf der Hand: Es geht so gesehen nicht darum, historisch aufzuspüren, ob Recht so oder so war, als vielmehr die Zusammenhänge zu eruieren, kraft derer eine Entscheidung, ein Konzept oder eine Norm in einem bestimmten historischen Augenblick als relevant angesehen wurden.

Im Hinblick auf die konkreten Auswirkungen beinhaltet eine solche Schlußfolgerung vor allem anderen eines: Rechtshistorische Analysen haben grundsätzlich die Illusion zu verabschieden, bei der spanischen Justiz – um beim gewählten Beispiel zu bleiben – gehe es um ein homogen strukturiertes Ensemble. Noch konkreter gesprochen bedeutet dies, daß es dem Historiker versagt ist, seine Interpretation an Leitbegriffen auszurichten wie beispielsweise richterliche Macht (*poder judicial*), Justizsystem (*sistema judicial*), Richter (*juez*) oder Rechtsprechung (*jurisprudencia*). Historisches Verständnis von Justiz hat sich der Einsicht zu beugen, derzufolge seit Ockham Zuschreibungen essentiellen Charakters möglichst zu unterlassen sind. Wovon historisch gesehen ausgegangen werden muß, ist vielmehr ein äußerst heterogener Verbund von gesetzlichen Normen, Institutionen, justiziellen Entscheidungen, Auslegungsregeln, doktrinalen Kategorien und Gruppen histori-

²⁰ BOURDIEU, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris 1979, p. 564 ss.

²¹ FRANÇOIS EWALD, *Droit et histoire*, in: *Droit, nature, histoire* (IVème Colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit „Michel Villey, philosophe du Droit“), Aix-en-Provence 1985, p. 129–137.

scher Agenten, die eine bestimmte Kompetenz auszeichnet, gerade weil sie über ein bestimmtes, technisch hoch komplexes Expertenwissen verfügen. Und was nun insbesondere die Entstehung beziehungsweise Ausformung der „Doctrina legal“ anbetrifft, erlaubt eine solche methodologische Zurückhaltung den Rückschluß, daß Justiz zuallererst – um es mit Foucault zu sagen – eine Instanz der Ausgrenzung abgibt²². Davon sei nur soviel übernommen, als es bei der „Doctrina legal“ darum geht, folgende Feststellungen grundsätzlicher Art zu treffen. Ihre sozial bedingte Entstehung ist nämlich dreifach zu verorten: einmal im normativen Rahmen des Zivilprozesses, zweitens mit Blick auf die richterliche Entscheidung und drittens auf der Basis jurisdiktionellen Wissens. Hierüber ist allerdings an historischer Erklärung nicht allzu viel gewonnen. Die spezifischen spanischen Bedingungen und Möglichkeiten, denen die „Doctrina legal“ ihre Entstehung und spätere Präzisierung verdankt, bleiben dabei immer noch unaufgeklärt: Mehr als erste Abgrenzungen können so nicht vorgenommen werden.

B) Wie erinnerlich bestand die zweite kritisierte Grundannahme in der Behauptung, Recht sei austauschfähig, also ein geschichtliches Phänomen, das aufgrund dieser Eigenschaft jederzeit auch verallgemeinert werden könne. Implizit war damit auch gesagt und bemängelt worden, es gäbe – und dies sei besonders unterstrichen – einen gemeinsamen Mittler, dem wie von selbst die Funktion zufallen solle, den Transfer juristischer Modell zu garantieren. Vielmehr ist richtig, daß hinter der Konstituierung von juristischen Aussagen keinerlei weitere geschichtsphilosophische Instanz steht, auf die eine vereinheitlichende beziehungsweise immediate Erklärung der Anfänge wie auch aller künftigen Entwicklung jener Konzepte zurückgreifen könnte. Ihre Geschichte präsentiert sie uns vielerlei als isolierte und disperse Ereignisse, was aber kein Grund sein darf, vorschnell die historische Analyse in eine Art anthropologischen Diskurs ableiten zu lassen. Wiederum anders formuliert: Die Geschichte des Rechts als eine Geschichte seiner Sprache zu schreiben bedeutet unter anderem, ebenso anthropologische Reduktionen zu vermeiden wie eine voreilige Psychologie des Rechtsschöpfungsakts. „Es ist nur eine geringe Übertreibung“, so Luhmann, „wenn man sagt, daß wir heute nicht mehr durch Personen regiert werden, sondern durch Codes“²³. Angewandt auf die „Doctrina legal“ als

²² FOUCAULT, *L'archéologie du savoir* (n. 7), p. 68 ss.

²³ NIKLAS LUHMANN, *Widerstandrecht und politische Gewalt*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1984), p. 36–45.

demjenigen Objekt einer sicherlich später noch zu vertiefenden Analyse, an dem sich die methodologischen Erörterungen sogleich zu bewähren haben, will dies sagen: Sie ist von der Arbeitshypothese her keinesfalls als direktes, unvermitteltes Produkt von Konsens oder Konflikten sei es zwischen Juristen oder anderen historischen Agenten zu begreifen. Das heißt natürlich auf der anderen Seite ebensowenig, für eine interne, lexikologische Untersuchung Partei zu ergreifen. Hierüber gerieten nur zum Nachteil der Forschungsergebnisse, weil auf Kosten des Erklärungspotentials, die Agenten aus dem Blick, die für die Produktion und Interpretation der Entscheidungen des Tribunal Supremo verantwortlich sind, die die „Doctrina legal“ konstituieren²⁴. Freilich ist auch insoweit Vorsicht gegenüber der Versuchung einer – kurzsichtigen – Sozialgeschichte der „Doctrina legal“ angebracht. Solche Vorbehalte gewinnen an Bedeutung angesichts einer letztlich festgefahrenen innerspanischen Diskussion zum geschichtlichen Ablauf des 19. Jahrhunderts, eine Debatte, die bedauerlicherweise einseitig von der Frage nach der Bürgerlichen Revolution beherrscht wird²⁵. In der Sache näher darauf einzugehen, erübrigt sich jedoch. Beziehungen zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und der Ausbildung von juristischen Instanzen und Kategorien sind zwar nicht zu leugnen, aber andererseits zu lose, als daß es hiermit sein Bewenden haben dürfe. Genauer gesagt ginge der Historiker irrtümlicherweise an den besonderen kategorialen Strukturen der „Doctrina legal“ vorbei, falls er sie, das heißt aber doch vor allem anderen ihre Begründung, unvermittelt von ihren sozialen Voraussetzungen her fortschriebe. Insofern sei zugleich eine Argumentationsstufe überwunden, die Rechtshistorikern so vertraut ist, daß sie sie nicht mehr wahrnehmen. Danach ist die eigentliche rechtshistorische Aufgabe namentlich auf Gebieten, die bislang wenig bearbeitet wurden, derart umfangreich und schwierig, daß man derartige Fragestellungen, wie sie etwa durch die genannte sozial- und wirtschaftsgeschichtliche Kontroverse auch für die Rechtsgeschichte aufgeworfen werden, ruhig den dafür zuständigen Spezialisten überlassen solle.

2. Sind bis jetzt nur die Umriss des zu analysierenden Objekts abgesteckt, so erschien doch der Aufwand nötig, sich mit solcherart sponta-

²⁴ Cf. PATRICK CHAMPAGNE, *Le cercle politique. Usages sociaux des sondages et nouvel espace politique*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales* 71–72 (1988), p. 71–97.

²⁵ Cf. BARTOLOMÉ CLAVERO, *Para un concepto de revolución burguesa*, in: *Sistema* 13 (1976), p. 35–54; CLAVERO, *Política de un problema: la revolución burguesa*, in: *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid 1979, p. 1–48; JOSEP FONTANA, *Sobre revoluciones burguesas y autos de fe*, in: *Mientras tanto* 1 (1979), p. 25–32.

ner Philosophie von Rechtshistorie auseinanderzusetzen, soll nicht allzu bequemen Gewißheiten aufgefressen werden. Ungemein schwer erkennbar, da für selbstverständlich erachtet, verbergen sie sich bei Juristen hinter der besonderen Art, über Recht zu sprechen und/oder dessen Geschichte routinemäßig abzuhandeln.

Angesichts der hier postulierten Heterogenität des Untersuchungsgegenstandes sind die Kosten für die Kritik nicht unbeträchtlich. Denn soviel dürfte obendrein klar sein: Mit einer bloßen Aneinanderreihung oder beziehungslosen Häufung relevanter Elemente wäre es bei einer historischen Analyse der „Doctrina legal“ auch nicht getan, so zum Beispiel mit Blick auf die materielle Zusammensetzung, das institutionelle Funktionieren des „Tribunal Supremo“ und sein Entscheidungsprogramm unter den Vorzeichen des Kassationsverfahrens oder der spezifischen Begrifflichkeit, auf die gegebenenfalls rekurriert wurde. Da andererseits aus der Sicht des Historikers zunächst einmal das eine wie das andere Elemente gleichermaßen der Aufmerksamkeit wert ist, sind es doch zumindest insoweit unterschiedslos soziale Fakten, wäre es genauso irrig, auf einer logisch vertretbaren Gruppierung deduktiver Art zu bestehen, die in etwa von einer Analyse der Norm über eine Untersuchung des Judiz hin zu einer geschichtlichen Betrachtung der konkreten Personen reichen würde, die sich ihm beugten, weil sie es anerkannten²⁶.

Die historische Rekonstruktion hat anderen Regeln zu folgen. Unter Berücksichtigung des vorwiegend juristisch-dogmatischen Charakters der „Doctrina legal“, ist vor allem auf das zu sehen, was hier als präkonzeptuelles Feld bezeichnet sei. Dessen Struktur ist vom Ansatz her vom Netzwerk der Relationen bestimmt, die sich zwischen sozialen Phänomenen installieren können. Geht man dann von deren Vielfältigkeit aus und der Tatsache, daß sich die Beziehungsgeflechte eher horizontal als vertikal, also hierarchisch, ausdehnen, ist von Beginn an die Illusion in Rechnung zu stellen, die Analyse dieses Feldes vermöchte eine möglichst kleine Zahl ein für allemal verbindlicher Gesetzmäßigkeiten betreffend das Auftreten der „Doctrina legal“ zutage fördern. Das präkonzeptuelle Feld läßt im günstigsten Fall Regularitäten durchscheinen; mehr erlauben Untersuchungen nicht, die von der Differenziertheit, statt vereinfachend von der Einheitlichkeit des zu rekonstruierenden Objekts ausgehen. Eine solche Grundannahme setzt dafür zu sehr

²⁶ LUHMANN, Die soziologische Beobachtung des Rechts, Frankfurt 1986, p. 11 ss.

auf eine divergierende Strukturierung und Variabilität der Strukturen, nicht zuletzt auch deswegen, weil diese mit dem Grad der Beobachtung zunimmt²⁷.

Damit ist aber unausweichlich der Moment gekommen, die theoretischen Modelle zu diskutieren, die vielleicht am treffendsten mit postontologisch zu bezeichnen sind. Hierfür sind zwei Grundmodelle zu unterscheiden: Einmal all diejenigen, die das Phänomen der Kommunikation in den Mittelpunkt stellen (A); zum anderen die, die das Hauptgewicht eher auf Vermachtungsprozesse und die hieraus resultierenden Strukturen legen (B). Soviel sei allerdings schon jetzt vorausgeschickt: Wie nie Vollständigkeit angestrebt wurde, so soll über die Diskussion der Vorzüge oder Nachteile des einen oder anderen Theorieangebots nie ihre rechtshistorische Verwendbarkeit vergessen werden, insbesondere soweit an die Aufklärung dessen gedacht ist, was auch heute noch als „Doctrina legal“ bezeichnet wird.

A) Der Einfachheit halber und um die Erörterung der kommunikationsprivilegierenden Ansätze auf die konkrete Fragestellung auszurichten, sei von diesen – stellvertretend für weitere theoretische Aussagen – nur ihr Verständnis von der Evolution des Rechts als einer funktionalen Ausdifferenzierung diskutiert. Genauer gesagt sei davon wiederum nur auf die Systemtheorie und insbesondere auf die Rechtssoziologie von Niklas Luhmann eingegangen. Weil nun aber unter den hier aufgeworfenen Problemen kein Platz für eine Methodendiskussion im engeren, das heißt theoretischen Sinn bleibt, sei direkt auf das Für und Wider historischer Fremdbeobachtung der „Doctrina legal“ zu sprechen gekommen, um so unter strikter Befolgung der Vorschläge dieser soziologischen Supratheorie eine Abwägung vorzunehmen. Von diesen Einschränkungen aus sei schließlich auch noch eine weitere eingeführt: Wir werden uns in der Folge – allein schon aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Konsistenz der Ergebnisse und Konsequenzen wegen – auf die Themen der Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung beschränken, nicht zuletzt deswegen, weil historisch betrachtet die „Doctrina legal“ über die einschlägigen Kassationsurteile des Tribunal Supremo hiermit stets in Verbindung gebracht wurde.

In diesem Zusammenhang sei gleich anfangs und ohne alle Umschweife gesagt, daß das analytische Instrumentarium der System-

²⁷ Cf. HERBERT A. SIMON, Cognitive science: The Newest Science of the Artificial, in: Cognitive Science 4 (1980), p. 33–46.

theorie bei den hiesigen Fragestellungen gute Dienste zu leisten verspricht. Ohne Zweifel ist ihr funktionaler Ausgangspunkt prinzipiell geeignet, präziseren Beschreibungen zur Hand zu gehen – eine Einsicht, der sich keine historische Analyse geschichtlicher Justiz verschließen darf.

So gestattet dieses theoretische Modell im gegebenen Fall, die „Doctrina legal“ zu verdeutlichen, wenn speziell davon ausgegangen wird, daß es sich dabei um eine justizielle Serienproduktion des Tribunal Supremo handelt, deren normativer Charakter sich vor allem dann herauskristallisiert, wenn ein Verstoß hiergegen einen Kassationsrekurs zu begründen verspricht. Das heißt, insoweit sie nicht auf dem vergleichsweise niedrigen, sekundären Niveau der Rechtsanwendung angesiedelt wird, wo es stichworthaft gesprochen um die Richter-Fall-Norm-Konstellation geht, sondern auf dem hierzu übergeordneten Plateau der Dogmatik, wo, wie Teubner sagt, die Rechtsanwendungsbeziehungen relationiert und die Möglichkeiten der rechtlichen Konstruierbarkeit festgelegt werden²⁸. Unter diesen Vorgaben, denen zufolge sich die „Doctrina legal“ als Resultat dogmatischer Produktionsprozesse erweist, spricht vieles für eine exaktere Beschreibung. Derart an den Input-Grenzen ansiedelbar, hat die „Doctrina legal“ Regelungsinhalte zum Zweck der Standardisierung und juristischen Kategorisierung von Informationen anzubieten. Hinsichtlich der anderen, untergeordneten Gerichtsinstanzen (Audiencias, Tribunales de primera instancia) stellt sie auf diese Weise sowohl ein Zentrum von Entscheidungsprogrammierung als auch eine Art Erkennungsdienst dar, mit dem Ziel, im Einzelfall (voraus-)sagen zu können, was juristisch klassifizierbar sein wird²⁹. Die Tatsache, daß die spanische Prozeßrechtsordnung eine solche Praxis sanktionierte, indem sie der „Doctrina legal“ eine Verbindlichkeit einräumte, die derjenigen der Gesetze in etwa ähnelte, erlaubt in diesem Sinne eine erste Deutung dergestalt, daß allem Anschein nach eine besondere Notwendigkeit bestand, den sogenannten feedback-Effekt der justiziellen Entscheidungen abzusichern: Die von der „Doctrina legal“ mit Blick auf die richterliche Rechtsanwendung erarbeiteten Regeln ordnen sich demnach stets aufs neue und quasi wie von allein als verbindliche Regel in das bereits vorhandene normative System ein³⁰.

²⁸ GUNTHER TEUBNER, Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, in: Rechtstheorie 6 (1975), p. 197.

²⁹ Cf. LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, p. 24–31.

³⁰ Cf. TORSTEIN ECKHOFF, Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems, in: Scandinavian Studies in Law 22 (1978), p. 39–51.

Wie ersichtlich, ist es so möglich, die „Doctrina legal“ als ein Artefakt der Selbstregulierung deskriptiv zu erfassen.

Parallel dazu und stets noch auf dem Niveau der juristischen Dogmatik deutet einiges darauf hin, daß die Systemtheorie vom Ansatz her dafür prädestiniert ist, bei der Beschreibung der historischen Faktoren behilflich zu sein, die mit der Interdependenz der Stabilisierungsdispositive des positiven Rechts in Verbindung zu setzen sind. Diesbezüglich ist hauptsächlich an die Kommunikationsprozesse gedacht, die den Amtsbetrieb von Legislative und Justiz kennzeichnen³¹. Damit ist zugleich das zentrale Problem der Entwicklung des spanischen Rechtssystems des vergangenen Jahrhunderts aufgerufen: die Frage nach der Bestimmung des Moments in der kontinuierlichen Renormalisierung der Unwahrscheinlichkeit, wie Luhmann die Geschichte begreift, als sich diese durch die Begrifflichkeit des Rechts verwirklicht³². Wegen der Komplexität dieses theoretischen Elements sei darauf nur insoweit eingegangen, als am Beispiel gezeigt werden soll, wie dieses Modell dabei behilflich sein kann, Zeitpunkte anhand eines Netzes von Relationen zu fixieren, das von den gesetzlichen Normen und der „Doctrina legal“ in gleicher Weise gebildet wird. So scheint doch die Hypothese erlaubt zu sein, die soziale (Wieder-)Aufwertung der richterlichen Funktion und der Richterschaft, die vornehmlich ab den zwanziger und dreißiger Jahren dieses Jahrhunderts festzustellen ist³³, stellt die Antwort auf die Notwendigkeit dar, die Dogmatik am Problem der Folgenorientierung auszurichten, also kurz gesagt an den Fakten. Zu Zeiten größter sozialer Spannungen – wie es bekanntlich diese Jahrzehnte in Spanien gewesen sind – war gesellschaftlich mehr als jemals zuvor ein Jurist gefragt, der Prognosen abzugeben vermochte, der mithin seine Rationalisierungsarbeit zu deplazieren mußte, von den Input- zu den Outputbereichen³⁴. Aus diesem Blickwinkel heraus erweist sich die „Doctrina legal“ als ein „preadaptive advance“³⁵, von der Anlage her viel flexibler als alle Gesetzgebungsverfahren, dem Leben also viel näher, um diese gefährli-

³¹ LUHMANN, Die soziologische Beobachtung des Rechts (n. 26), p. 28 ss.

³² LUHMANN, Evolution und Geschichte, in: Soziologische Aufklärung, Opladen 1975, II, p. 150–169; LUHMANN, Evolution des Rechts, in: LUHMANN, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/M. 1981.

³³ Cf. DEMÓFILO DE BUEN, Las normas jurídicas y la función judicial, in: Revista General de Legislación y Jurisprudencia 180 (1917), p. 5–20; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, La jurisprudencia como fuente de derecho, Madrid 1925; NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Estudios de derecho procesal, Madrid 1934, p. 263–343.

³⁴ LUHMANN, Die soziologische Beobachtung des Rechts (n. 26), p. 26 ss.

³⁵ LUHMANN, Theorie der Gesellschaft und gesellschaftliche Teilsysteme, in: Soziologische Aufklärung, Opladen 1981, III, p. 178–197.

che zeitgenössische Metapher zu verwenden, die seinerzeit sowohl hinter dem Aufstieg des Sozialrechts als auch hinter den Nürnberger Gesetzen stand³⁶. So gesehen ist sie eine geradezu glückliche Erfindung des vorausgehenden Jahrhunderts, das demnach fähig war, Lösungen für Probleme anzubieten, die noch nicht die seinen waren.

Derartige Möglichkeiten dürfen indes nicht den Blick für die Grenzen dieses theoretischen Modells verstellen. Kritische Einwendungen gewinnen in dem Maß an Gestalt, als man mit Aufmerksamkeit den Weg verfolgt, der bei den vorausgehenden Erörterungen eingeschlagen wurde. Genau gesagt bedienen wir uns der beiden theoretischen Elemente, die Luhmann selbst für die fruchtbarsten im Rahmen seiner Evolutionstheorie betrachtet: dem, was ihn vom Abstraktionszwang sprechen läßt, und demjenigen, das bei ihm der Zwang zur Periodisierung heißt. Dank des ersten Teilkonzepts waren durchaus aufschlußreiche Einsichten beispielsweise bezüglich der funktionalen Entsprechungen zu erzielen, die zwischen der „Doctrina legal“ und den anderen evolutionären juristischen Dispositiven autoreferenzieller Art vorhanden sind. Und mittels des zweiten Konzepts ist man offensichtlich in die Lage versetzt, die anfänglich unterschiedlichsten Kriterien zeitlich auf den Punkt zu bringen, mithin zu datieren. Das hochkomplexe Zusammenspiel zumindest einiger struktureller Faktoren, die die systemische Entwicklung vorantreiben, wurde damit für Augenblicke transparent.

Ungeachtet dessen kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß die „Doctrina legal“ weiterer historischer Erklärung bedarf. Auch wenn bislang nur auf Luhmanns „Rechtssystem und Rechtsdogmatik“ rekurriert wurde, einen systemtheoretischen Ansatz von kybernetischer, weniger biologischer Prägung: Die Übernahme autopoietischer Begrifflichkeit auf dem Gebiet der Soziologie machte die Sache für historische Analysen nicht leichter, eher umgekehrt. „Kopplung durch Input/Output, also durch spezifische Leistungen, das ist leicht zu verstehen. Aber“ – so fragt sich Luhmann weiter – „Kopplung durch Geschlossenheit, durch rein interne Zirkularität, oder sogar Kopplung durch Abkopplung der internen Operationen?“³⁷. Die Konsequenzen dieser neuerlichen theoretischen Wende sind schon von anderer Seite erörtert worden³⁸. Doch bis zum Beweis des Gegenteils scheint es so, daß ein ver-

³⁶ Cf. FRANÇOIS EWALD, *L'Etat providence*, Paris 1986, p. 324 ss.

³⁷ LUHMANN, *Neuere Entwicklungen in der Systemtheorie*, in: *Merkur* 42 (1988), p. 293–294.

³⁸ FRANÇOIS OST, *Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit*, in: *Archives de philosophie du droit* 31 (1986), p. 133–161;

stärktes Abstellen auf Autoreferentialität sich umgekehrt proportional zur Sensibilität gegenüber historischer Erklärung verhält. Das erkenntnistheoretische Raffinement hinsichtlich der Beobachtung mag tiefgreifendere Analysen der kognitiven Strukturen der zeitgenössischen sozialen Systeme fördern. Je mehr man allerdings die dogmatischen Konstruktionen der Rechtsprechung als Selbstbeschreibung auffaßt,³⁹ desto geringer wird die Chance, sich einer historischen Soziologie der juristischen Dogmatik zu nähern. Ein untrüglicher Indikator für den Verlust an historischer Erklärungskraft durch diese Hinwendung zur Biologie ist die Tatsache, daß der Begriff der Autopoiesis des Rechts etwa von Teubner dazu benutzt wird, eine Theorie der systemischen Entwicklung des Rechts folgendermaßen zu reformulieren: Wo angenommen werden dürfe, Recht reguliere seine eigenen Operationen, seine eigene Struktur, seine Grenzen und sogar seine eigene Identität, dort dürfe folgerichtig geschlossen werden, seine Entwicklung könne nicht von sozietalem Evolutionen bedingt sein⁴⁰. Ihr Aktionsbereich tendiere demzufolge dahin, sich zu reduzieren und zwar in dem Ausmaß, wie man an das Vorliegen von koevolutionären, parallelen Prozessen von Recht und Gesellschaft denkt.

Ein solcher Standpunkt verspricht zugebenermaßen auch Vorteile. So impliziert beispielsweise die logisch subtile Theoretisierung der Systemgrenzen als evolutionärer Erfolg Analysemöglichkeiten, die der (historischen) Dynamik gerecht zu werden versprechen. Selbstreferentialität derartig in den Mittelpunkt zustellen beinhaltet freilich zugleich ein zentrales Paradoxon, wonach Systeme immer mit sich selbst zu tun haben, sich aber nicht allein hiermit begnügen können. Zwar soll der Widerspruch mit der spitzfindigen Unterscheidung aufgelöst werden, Systemgrenzen seien mit Rhythmen identisch. Aber aus der Sicht des Historikers setzt Kritik genau an dieser Stelle ein: Solche Verzeitlichung kommunikativer systemischer Komplexität setzt bei der histori-

Ost, *La autopoiesis en droit et dans la société*, in: *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 16 (1986), p. 187–193; PETER M. HEJL, *Autopoiesis – muß es das sein?*, in: *Rechtshistorisches Journal* 5 (1986), p. 57–362; HUBERT ROTTLEUTHNER, *Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland – Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), p. 206–254; ROTTLEUTHNER, *Theories of Legal Evolution*, in: *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorie des Rechts*, hg. von Eugene Karrenka u. a. (Rechtstheorie, Beiheft 9), Berlin 1986, p. 2.

³⁹ KARL-HEINZ LADEUR, *Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft. Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* XXIV (1988), p. 218–237.

⁴⁰ TEUBNER, *Evoluzione giuridica ed autopoiesis*, in: *Sociologia del diritto* 2/3 (1986), p. 199–214.

schen Arbeit dem Risiko aus, den Begriff der „Differenzierung“ überzubewerten. Das hohe Reflexionsniveau und die gesuchte extreme Abstraktion – für Luhmann die beste Garantie, mit einer derartigen Evolutionstheorie nicht erneut auf die bisherigen Geschichtsphilosophien zurückzufallen – sprechen für sich, wenn es darum geht, die Ähnlichkeit streng epistemologisch zu erhellen. Steigt man aber zu den geschichtlichen Fakten herab, ist es erfahrungsgemäß äußerst schwierig, als Historiker nicht davon auszugehen, die Dinge zeitlich differenziert, von einer anderen Warte aus zu betrachten, von einem Zeitpunkt aus, in dem sich die rechtliche Differenziertheit offenbar besser durchgesetzt hat.

Andererseits kommt hier zutreffenderweise den Binnenmechanismen der rechtlichen Stabilisierung erhöhte Aufmerksamkeit zu. Als Beleg sei wiederum auf die „Doctrina legal“ zu sprechen gekommen. Wie gezeigt sind ihre Eigenheiten für die Systembildung und -ausdifferenzierung des Rechts von Bedeutung, war doch von seiten der Legislative wenig gegen die rechtliche Konfusion getan worden, stand doch insbesondere die Kodifikation des Zivilrechts noch aus. So wird im Ansatz die Unstimmigkeit beseitigt, daß sich entgegen aller Logik der Kassation – in Frankreich aus Gründen der Kontrolle geschaffen, um die Anwendung eines ursprünglich für klar und sicher gehaltenen Gesetzes zu garantieren – in Spanien ein Kassationsverfahren konstituierte, das dem Código civil circa 30 Jahre voraus ist. Vornehmlich die Formulierung der Zivilprozeßordnung von 1855, Kassationsrekursen sei nicht nur bei Gesetzesverstößen stattzugeben, sondern auch beim Abweichen von der „Doctrina legal“, hatte einen durchaus gangbaren Weg geöffnet, um einer schier aussichtslosen Situation zu entkommen, nachdem die Legislative momentan keine Lösung mehr anzubieten wußte. So ging die Initiative für die andererseits unerläßliche Positivierung des Rechts auf den „Tribunal Supremo“ über, als jener Doktrin mittelbar Gesetzesrang zugesprochen wurde, die das höchste Gericht anläßlich der Interpretation der Rechtsordnung aufstellte. Auf diese Weise sorgte die „Doctrina legal“ ab der Mitte des vergangenen Jahrhunderts für eine Positivität des spanischen Rechts, die es nicht besaß und die im allgemeinen als Voraussetzung für eine moderne Formierung von Gesellschaft angesehen wird⁴¹.

⁴¹ LUHMANN, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970), p.175–202.

Unter der Voraussetzung, daß man den Begriff der Differenzierung als das entscheidende Vehikel akzeptiert, handelt es sich insofern um eine durchaus plausible Interpretation. Dabei darf aber nicht stehen geblieben werden, denn selbst von den eigenen Grundvoraussetzungen dieses theoretischen Modells aus ist nicht zu übersehen, daß es lediglich um einen internen Vergleich verschiedener Mechanismen der Rechtsstabilisierung geht, um eine Gegenüberstellung einer diffusen und darum statischen Gesetzgebung und eines flexiblen, leicht operationalisierbaren Corpus höchstrichterlicher Entscheidungen. Unbestreitbar nehmen indes die Schwierigkeiten zu, je weiter man mit der Beschreibung des Differenzierungsprozesses voranschreitet. Man denke doch beispielsweise nur an die zeitlich so unterschiedlich ablaufenden Prozesse wie sie einerseits die hochsubtile Auspendelung von „Doctrina legal“ und Gesetzgebung und andererseits die Ratlosigkeit, die Unbeholfenheit und letztendlich das Scheitern der vergangenen zweihundert Jahre darstellen, der physischen Gewalt in Spanien Herr zu werden. Nicht nur Luhmann fordert für zahlreiche Länder ein verstärktes Nachdenken über die Beziehungen zwischen Militär und Politik⁴². Um wieviel mehr hat sich der Historiker des neuzeitlichen Spanien mit Bedacht einem Modell zu nähern, bei dem eine sophistische Differenzierung der sozialen Subsysteme geradezu für selbstverständlich erachtet wird.

Aus der hier gewählten Perspektive heraus läßt sich die Kritik noch verdeutlichen. Woran es diesem theoretischen Modell fehlt, sind die Entsprechungen und Konnexionen, die – wie erwähnt – von Anfang an das präkonzeptuelle Feld der „Doctrina legal“ begründen. So wird insbesondere die Dekodifizierung der juristischen Relationen zum Vorteil rein kommunikativer Beziehungen wohl soziologisch gesehen zuungunsten der involvierten sozialen Agenten verlaufen sein. Zwar werden soziale Systeme generell als unstabil gedacht; Schwächen aufgrund von Überlastungen werden nie ausgeschlossen. Auf der anderen Seite, wenn an solche Situationen mit einem hohen Risikofaktor gedacht wird, ist die Hypothese, es könne ein Zustand mit einer ungewöhnlichen, explosiven Brisanz gegeben sein, eigentlich ob der damit vorliegenden theoretischen Inkonsistenz ausgeschlossen. Dort wird dann vielmehr angenommen, es handele sich um einen theoretischen Faktor rudimentärer Art, für den die immunisierenden Effekte der doppelten Kontingenz nicht genügend erwogen worden seien: Es liege infolgedessen eine vergleichs-

⁴² LUHMANN, Rechtszwang und politische Gewalt, in: Ausdifferenzierung des Rechts (n. 32), p. 169 ss.

weise alteuropäische Fragestellung vor. Das hohe Niveau der Abstraktion, das mit diesem Beispiel belegt sei, lehrt zumindest, hinreichend zu problematisieren, was dort mit einem theoretischen Modell geschieht, wo von der Stufe der Supratheorie in den Bereich der historischen Analyse herabgestiegen wird. Für diesen Fall ist leicht vorstellbar, daß beim Modell der Systemtheorie die Gefahr besonders groß ist, das kommunikative Moment ungebührlich zu überhöhen, es sei denn der Rechtshistoriker unterzöge sich der Pflicht, unablässig und jeweils ad hoc sein konzeptuelles Instrumentarium neu zu erarbeiten. Beispielsweise wäre es ein allzu großes Wagnis, für historische Erklärung zu nehmen, was doch nur auf eine Beschreibung einer bestimmten technischen Funktionalität hinausläuft.

B) Angesichts des geschilderten Defizits ist die Versuchung groß, sich erklärungs halber direkt den sozialen Agenten zuzuwenden, die unmittelbar beteiligt waren. So etwa Erhard Blankenburg, wenn er beabsichtigt, eine Soziologie der obersten Gerichte zu schreiben⁴³. Statt aber die Abhängigkeit von Personal und Material dieser Gerichte im Verhältnis zum Prozeß der Ausdifferenzierung des Rechts zu denken, wird bei ihm die Größe des Rechtsbetriebs zum Motor der Ausdifferenzierung. Dergestalt verknüpft er die Rechtsvereinheitlichung und das konkrete Angebot der juristischen Profession derart unmittelbar, daß von der Untersuchung der dogmatischen Produktion tatsächlich nur eine prosopographische Beschreibung übrig bleibt. Daß hier nicht die Lösung der aufgezeigten Probleme liegen kann, ist evident. Der Rekurs auf die Produzenten geht völlig zu Lasten der Produktion, so daß darüber ziemlich alle analytischen Errungenschaften der Systemtheorie verloren gehen. Wieder einmal ist man konfrontiert mit einer historischen Rechtssoziologie ohne Recht, mit der Erforschung von Gruppen, Rollen, Karrieren oder Meinungen, die es mit Recht zu tun haben, ohne daß dies gebührend veranschlagt würde⁴⁴.

Die Hinwendung zu den historischen Agenten verweist aber mittelbar auf einen weiteren Ansatz im Rahmen soziologisch-historischer Vorschläge: alle jene analytischen Konzepte, die speziell auf Machtstrukturen hin orientiert sind. Aber allein schon deren Erwähnung indiziert eine Reihe weiterer Probleme, mahnt wenigstens zur Vorsicht. So ist

⁴³ ERHARD BLANKENBURG, Zur Soziologie der obersten Gerichte. Ein Vergleich zwischen dem Hoge Raad der Niederlande und dem Bundesgerichtshof, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 3 (1988), p. 97-113.

⁴⁴ LUHMANN, Evolution des Rechts, in: Rechtstheorie 1 (1970), p. 3-22.

namentlich derjenige, dem an Fremdbeobachtung unter den Vorzeichen höchsten epistemologischen Raffinements gelegen ist, hellhörig, da ihm – wie zum Beispiel Luhmann⁴⁵ – Vorschläge von dieser Seite bestenfalls Metaphern zu sein scheinen. Und der praktisch arbeitende Historiker, der besonders an Regeln interessiert ist, die seine Aufgabe erleichtern, wendet sich zu Recht bald ab, wenn er nicht mehr hört, als daß der oder jener die Macht innegehabt habe; hiermit weiß und kann er in der Tat wenig anfangen⁴⁶. Zweifel sind nur allzu berechtigt. Ein methodisch gezielter Rückgriff auf den Begriff der Macht erwies sich nur allzu oft als eine Falle. Ausdrücklich genannt sei einzig die Tautologie, Macht durch Macht zu erklären. Carl Schmitt spricht in diesem Sinn sarkastisch davon, daß Macht immer mächtiger sei als irgendwelcher Machtwille⁴⁷. Es ist offensichtlich zu leicht, für objektive Machtrelationen auszugeben, was dem zwar nicht entspricht, dafür aber um so spektakulärer auftritt: die Intentionen der historischen Agenten und/oder der performative Charakter der Sprache. Denn kommt man bei der hiesigen Problematik erst zum Ergebnis, daß es für eine historische Erklärung bei einer funktionalen Analyse der „Doctrina legal“ nicht bleiben dürfe, liegt es geradezu – und doch trügerischerweise – auf der Hand, die Institution zum Protagonisten zu erheben, die auf den ersten Blick ihr Urheber ist, der Tribunal Supremo: Die „Doctrina legal“ bleibt dabei jedoch außen vor. Das durchaus relevante juristische Wissen wird im Verlauf eines solchen Erklärungsprozesses zu einem irrelevanten Kriterium. Hier liegt der Fehler etwa bei Blankenburg, dessen Gerichtssoziologie, im Grunde angelegt als eine externalistische Beobachtung, in einer betriebsinternen Analyse endet. Einmal, soweit die prosopographische Konditionierung der Richtermotivationen zur Rede steht; zum anderen, insoweit die institutionelle Organisation angesprochen wird, was im allgemeinen nicht mehr als die Reproduktionsmechanismen der fraglichen Institutionen widerspiegelt.

Die Schwierigkeiten der üblichen Machtanalysen lassen sich indes unter strikter Berücksichtigung der folgenden zwei Kriterien beheben. Zunächst, machtanalytische Verfahren haben darauf zu sehen, daß die in Betracht kommenden Relationen nicht mit willentlicher Durchsetzung verwechselt werden, sondern die objektive Möglichkeit im Mittel-

⁴⁵ LUHMANN, Die Soziologische Beobachtung des Rechts (n. 26), p. 18 ss.

⁴⁶ FOUCAULT, El poder y la norma, in: Ramón Máiz (ed.), *Discurso, poder, sujeto. Lecturas sobre Michel Foucault*, Santiago de Compostela 1987, p. 211–217.

⁴⁷ CARL SCHMITT, Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso, in: SCHMITT, *Diálogos*, Madrid 1962, p. 59–96.

punkt des Interesses steht, das Aktionsfeld Dritter zu strukturieren⁴⁸. Das heißt im konkreten Fall: Die Ausformung der „Doctrina legal“ als Konstitution juristischen Wissens kann unter Machtgesichtspunkten erklärt werden, so die Verflechtung der Elemente, die das präkonzeptuelle Feld bestimmen, einem objektiven Prinzip genügen, das fremdes Verhalten zu steuern geeignet ist. Diese Einschränkung soll die Hypothese ausschließen, die „Doctrina legal“ sei allein das Resultat von Entscheidungen anlässlich der Kämpfe um die Kontrolle der zentralen Staatsapparate gewesen. Vieleher ist zu vermuten, daß sich Mitte des letzten Jahrhunderts gewisse objektiv determinierte Positionen konsolidiert hätten, von denen aus um das Monopol gekämpft worden sei, juristisch interpretieren zu dürfen – unbestreitbar zur Zeit einer extrem diffusen Gesetzgebung ein Ziel von besonders hohem Wert. Angenommen, daß die „Doctrina legal“ nicht unabhängig von ihren historischen Bedingungen entstand, darf zweitens geschlossen werden, es handele sich bei ihr um eine spezifische Form sozialer Steuerung. So verstanden geht es um juristisches Expertenwissen, fähig, Definitionen und Klassifizierungen von Realität aufzuerlegen. Die „Doctrina legal“ entspricht dann einem „agencement pratique“, das heißt einem Dispositif von Aussagen mit einer eigenen Logik, die den Bedingungen seines präkonzeptuellen Umfeldes entspricht, diese wiederum bestimmten Machtrelationen. Mit Bourdieu ist an die symbolische Macht der „Doctrina legal“ gedacht⁴⁹. Möglicherweise genügt es jedoch, an Durkheim zu erinnern und die Ausbildung der „Doctrina legal“ auf die Konstituierung eines „fait social“ hinauslaufen zu lassen, folglich in ihr ein notwendiges Produkt besonderer historischer Bedingungen zu erblicken, unter denen eine bestimmte Gesellschaft zu leben hatte⁵⁰. Das Problem liegt nun nur noch darin, die Natur dieser Zwänge zu definieren, die sowohl aus der Position der Agenten innerhalb des erwähnten Feldes als auch aus der Idiosynkrasie solcherart juristischen Wissens resultieren.

⁴⁸ FOUCAULT, Deux essais sur le sujet et le pouvoir, in: H.L. DREYFUS/P. RABINOW, Michel Foucault. Un parcours philosophique, Paris 1984, p. 293–321.

⁴⁹ BOURDIEU, Sur le pouvoir symbolique, in: Annales E.S.C. 32 (1977), p. 405–411; BOURDIEU, Habitus, code et codification, in: Actes de la recherche en sciences sociales 64 (1986), p. 40–44; BOURDIEU, La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique, in: Actes de la recherche en sciences sociales 64 (1986), p. 2–19.

⁵⁰ ÉMILÉ DURKHEIM, Les règles de la méthode sociologique (1937), Paris 1981, p. 88–123. Cf. UTE BULLASCH, Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims, Frankfurt/Bern/New York 1988, p. 13–40.

Zu diesem Zweck seien auf der Grundlage der allgemeinen methodologischen Prämissen abschließend einige Arbeitsdirektiven formuliert⁵¹. Davon abgesehen sollen diese darauf ausgelegt werden, in der Form eines methodologischen Tests einen Teil des Instrumentariums zu überprüfen, welches eine Studie über die Entstehung juristisch-dogmatischer Kategorien im Umkreis von Verwaltung und Justiz des spanischen 19. Jahrhunderts ermöglichen würde. Endgültiges Ziel würde es dann sein, die Art und Weise zu analysieren, wie sich – allmählich und in einer ganz und gar unspektakulären Manier – besondere Klassifikations- und Erkenntnisssysteme etablierten, die es dem spanischen Staat erlaubten, sich gleichsam selbst zu beobachten und zu beschreiben.

Konkret und resümierend gesagt stehen folgende Punkte an:

1. Was die Unterschiede der involvierten Agenten angeht, ist für die „Doctrina legal“ hauptsächlich auf die ökonomischen Differenzen zu sehen, daneben auf den jeweiligen sozialen Status, sind die kulturellen Divergenzen zu eruieren und all die technischen Kompetenzen festzuhalten, in denen sich die verschiedenen juristischen Experten voneinander unterscheiden. Besondere Aufmerksamkeit verdienen die Trennungslinien, die die Richter des „Tribunal Supremo“ vom Rest der Richterschaft abhebt. Ebenso wichtig würden die Abgrenzungen sein, die die Madrider Juristen von den Rechtsexperten der Peripherie trennt. Aufgrund dieser Ergebnisse müßte festgestellt werden, inwieweit die „Doctrina legal“ eine Formel für Transaktionen und Abwägungen zwischen den verschiedenen Lagern abgab.

2. Für die „Doctrina legal“ bleibt weiterhin festzuhalten, einmal, inwiefern sich die Projekte von der Zielsetzung her unterschieden und was es im einen wie im anderen Fall bedeutete, Recht auf der Basis der höchst-richterlichen Rechtsprechung des „Tribunal Supremo“ zu positivieren; zum anderen würde es zu den unerläßlichen Aufgaben gehören, die konträren Positionen im Meinungsstreit um die Grenzen der „Doctrina legal“ auszuloten. An dieser Stelle müßte zentral auf die Polemik eingegangen werden, ob die „Doctrina legal“ auf die Rechtsprechung des „Tribunal Supremo“ einzuengen ist oder nicht vielmehr auch offen zu sein hat für naturrechtliche Prinzipien und juristisch anerkanntes Gewohnheitsrecht. Allem Anschein nach stand hierbei die gesamte juristische Steuerung von Gesellschaft auf dem Spiel.

⁵¹ Cf. FOUCAULT, Deux essais sur le sujet et le pouvoir (n. 48), p. 312 ss.

3. Im Hinblick auf die instrumentellen Modalitäten wäre daran zu denken, diejenigen Effekte aufzuspüren, die einer spezifischen Materialisierung von derartiger Dogmatik zu verdanken sind. In diesem Sinn ist die Ausformung und weitere Entwicklung der „Doctrina legal“ untrennbar von einer textuellen Praxis, die selbst vom Begründungszwang für richterliche Entscheidungen und der Frage nach deren systematischer Veröffentlichung geprägt ist.

4. Und was endlich den Grad der Rationalisierung anbelangt, so erscheint es unabdingbar, die soziale Effizienz einer Praxis zu messen, die von einer vergleichsweise schwachen Rationalität gekennzeichnet ist. Hier müßte daran gedacht werden, daß die dogmatische Klassifizierungsarbeit, um die es bei der Konstitution einer „Doctrina legal“ geht, nicht durch Formalisierungskriterien und eine logische Kontrolle garantiert wurde, die man normalerweise von kodifizierten Strukturen kennt. Da die „Doctrina legal“ ihre dogmatischen Kategorien nur mit einem mittleren Grad an Objektivität versieht, wäre letztendlich nach der historisch-sozialen Funktion von Homologisierungseffekten zu fragen, wie sie juristische Argumentation auf dem Gebiet der Justiz zu leisten vermag.