

## Vorwort.

Unzählige Male ist der Vorwurf mangelnder Scheidung und un-aufhörlicher Grenzverwischung zwischen positivem Recht und Naturrecht erhoben und wiederholt worden. Mit Recht. Sowohl im Interesse einwandfreier Feststellung dessen, was in einem gegebenen Zeitpunkt als Recht „gilt“, als ebenso sehr auch im Hinblick auf die klare Erfassung des Naturrechtsgedankens fordert das „intellektuelle Gewissen“ (Nietzsche) eine saubere und unnachgiebige Trennung dieser beiden Bereiche. Der heutige Zustand dagegen, wo die meisten Rechtstheorien es zustande bringen, eine antinaturrechtliche mit einer antisozilogischen Einstellung zu verbinden, ist durch und durch eine Halbheit, ein unbegreifliches Gemenge von Empirismus und Naturrecht, wo rein empirisch gewonnene Rechtsinhalte in naturrechtlich-ethische Denkformen hineingezwängt werden und von wo aus dann mit Leichtigkeit ein Kampf nach beiden Fronten geführt werden kann: gegenüber allen Naturrechtsbestrebungen wird mit dem Wandel der Rechtsinhalte, gegenüber der soziologischen Auffassung mit den naturrechtlich-ethischen Denkformen argumentiert. Durch diese Vermengung zweier durchaus verschiedener Sphären erhält sowohl das Bild des geltenden, als auch dasjenige des Naturrechts eine unheilvolle Verfälschung. Die Grenzen zwischen empirischer Geltung und absoluter Gültigkeit sind aufgehoben; die rein empirische Tatsächlichkeit wird verabsolutiert und idealisiert, das Absolute dagegen wird vollständig relativiert. Ein Exponent dieser Verabsolutierung des an sich Relativen und dieser Relativierung des an sich Absoluten ist der Bastardbegriff der „normativen“ Rechtswissenschaft, wie sie heute gewöhnlich verstanden wird: nicht als Erforscherin an sich richtiger Normen, sondern als Verkünderin und Interpretin jeder beliebigen rechtssetzenden Gewalt.

Diesem sowohl vom Gesichtspunkt des positiven Rechts als auch von demjenigen des Naturrechtsprinzips höchst bedauerlichen Zustand der Verwirrung kann nur eines Abhilfe bringen: die restlose und konsequente Durchführung der soziologischen Rechtsauffassung. Es kann sich dabei keineswegs um bloße, wenn auch noch so weit gehende, Zugeständnisse an den soziologischen

Standpunkt handeln, sondern um die kompromiß- und vorbehaltlose Einsicht, daß das ganze Phänomen der Rechtsgeltung und infolgedessen Begriff und Inhalt des geltenden Rechts gar nicht anders verstanden werden können, denn als eine Funktion des tatsächlichen, empirischen, einheitlichen gesellschaftlichen Lebens — des Lebens, das, als Ganzes, die ihm untergeordneten Einzelercheinungen normiert, und nicht eines angeblich das Leben beherrschenden, dem Leben gegenüberstehenden, freischwebenden „Sollens“ — des Lebens, des Seins also, und nicht des Rechtsbewußtseins, geschweige denn einzelner Bewußtseinsfunktionen (des Gefühls, des Willens oder des Denkens) — des einheitlichen Lebens und nicht eines Gebildes, das angeblich neben und geschieden von der Sittlichkeit, Sitte, Konvention usw. besteht.

Geht man von dem, heute ja mehr oder weniger allgemein anerkannten, Grundsatz aus, daß das geltende oder positive Recht nicht er-, sondern gefunden wird, daß die geltenden Rechtsnormen nicht auf-, sondern festgestellt werden, so gibt es — vorausgesetzt, daß man überhaupt logische Folgerichtigkeit will — nur eine Konsequenz: die Wissenschaft vom geltenden, positiven Recht ausschließlich und allein als eine rein soziologische Disziplin aufzufassen, als die Disziplin, die aus der faktischen gesellschaftlichen Lebensbetätigung der sozial maßgebenden Menschen und Menschengruppen die geltenden Normen gewinnt. Daneben ist freilich noch eine andere Fragestellung möglich: die nach dem richtigen Recht, dem Recht an sich, welches nicht gilt, sondern ist. Aber: tertium non datur. Es sind zwei verschiedene Disziplinen vom Recht möglich: die das geltende Recht erforschende historisch-interpretativ - empirisch - soziologische und die das Recht an sich suchende psychologisch-naturrechtliche. So sehr bei klarer Bewußtwerdung der Möglichkeit, der Selbständigkeit und der Grenzen beider Fragestellungen eine gegenseitige Befruchtung beider Disziplinen und damit eine wesentliche Förderung sozialer Erkenntnis zu erwarten ist, so verwirrend und destruktiv ist die (heute in der Hauptsache übliche) kritiklose Vermengung beider Gesichtspunkte.

Zürich, im November 1932.

G. Edlin.

## II. Das Problem der sozialen Gesetzmäßigkeit.

Wir betrachten die Lösung der allgemeinen Rechtsprobleme als abhängig von der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit es eine Gesetzmäßigkeit im sozialen Leben gibt. Alle Erörterungen für und wider den Naturrechtsgedanken bleiben bodenlose Spekulation, solange ihnen keine Untersuchung und Entscheidung darüber vorausgeht, ob und in welchem Umfang es konstante Elemente im sozialen Leben gibt.

Das Vorhandensein einer Naturgesetzlichkeit im engeren Sinne, d. h. im Bereich des unbelebten, mechanischen Geschehens, wird wohl kaum im Ernst bestreitbar sein. Auch der Fiktionstheoretiker Vaihinger kann nicht umhin, das reale „Vorhandensein unabänderlicher Successionen und Koexistenzen“ zuzugeben <sup>1)</sup>, was vollständig genügt, um eine Gesetzmäßigkeit im Geschehen zu begründen. Als Naturgesetzlichkeit galt bis vor 1½—2 Jahrzehnten noch ausschließlich die kausale Gesetzlichkeit. Seither ist im Anschluß an die Entwicklung der Relativitäts- und der Quantentheorie in weiten Kreisen der Physiker dem Kausalprinzip grundsätzlich das statistische Naturgesetz (das zwar schon früher in der kinetischen Wärmetheorie eine wichtige Rolle spielte, jedoch noch keine grundsätzliche Bedeutung erlangt hatte) entgegengestellt worden. Der erste entschiedene Vertreter der akausalen, statistischen Naturgesetzlichkeit war Franz Exner <sup>2)</sup>. Heute steht die Physik im Zeichen des Kampfes zwischen der kausalen und der statistischen Gesetzmäßigkeit <sup>3)</sup>. Es scheint jedoch, daß diesem Streit vielfach eine erkenntnistheoretische Unklarheit zugrunde liegt, indem zwei verschiedene Betrachtungsweisen durcheinandergemengt werden: die Kausalität als das (hypothetische) Prinzip des realen Geschehens selbst und die Fassung dieses Prinzips in praktisch verwertbaren

<sup>1)</sup> Die Philosophie des Als Ob, 3. A. 1918, S. 327.

<sup>2)</sup> Vorlesungen über die physikalischen Grundlagen der Naturwissenschaften, 2. A. 1922, S. 670 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. die Diskussion über „Wahrscheinlichkeit und Kausalität“ an der 1. Tagung für Erkenntnislehre der exakten Wissenschaften in Prag 1929, Zeitschrift „Erkenntnis“ I, S. 158—285, sowie die Diskussion zwischen Schroedinger und Planck, Sitzungsberichte der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1929, S. C ff.

Gesetzen. Denn die Anerkennung des ersten Prinzips, wonach alles Geschehen eindeutig durch die Beziehung Ursache—Wirkung gekennzeichnet wird, so daß eine ganz bestimmte Einwirkung ein ganz bestimmtes Verhalten nach sich zieht, ist etwas anderes als die Erkenntnis sämtlicher Bedingungen, die in die jeweilige Ursachenkonstellation eines bestimmten physikalischen Vorganges eingehen, sämtlicher Bedingungen also, die sich zur Erzeugung einer bestimmten Wirkung zusammenfinden müssen. „Es handelt sich bei dieser Frage“, wie Schrödinger richtig formuliert, „nicht um eine Entscheidung über die wirkliche Beschaffenheit der Natur, wie sie uns entgegentritt, sondern über die Zweckmäßigkeit und Bequemlichkeit der einen oder der anderen Einstellung unseres Denkens, womit wir der Natur gegenüber treten“<sup>1)</sup>.

„Gesetze“ haben für den Physiker nur so weit Sinn, als sie die exakte Voraussage künftigen Geschehens ermöglichen und daher in die Form des wiederholbaren Experiments eingehen können<sup>2)</sup>. Die Physiker arbeiteten nun bis vor kurzem mit der „stillschweigend gemachten Voraussetzung, daß wir die Bedingungen, welche einen Vorgang kausal determinieren, auch stets experimentell bis zu einem prinzipiell unbeschränkten Grade von Genauigkeit verwirklichen können“<sup>3)</sup>. Mit der Feststellung, daß die physikalischen Vorgänge nicht im Experiment gänzlich isoliert, nicht aus dem Wirkungszusammenhang mit der Totalität des Geschehens vollständig herausgelöst und auf wenige, genau abgrenzbare und angebbare Bedingungen reduziert werden können, ging die Physik zur Anerkennung der statistischen oder der Wahrscheinlichkeitsgesetzmäßigkeit über. „Die Wahrscheinlichkeit fängt erst dort an, wo wir zwar etwas über die Bedingungen wissen, unter welchen ein Ereignis eintritt, wo aber dieses Wissen nicht ausreicht, bestimmte Aussagen zu machen. Die Angabe der Wahrscheinlichkeit bedeutet: ein bestimmter Teil der Voraussetzungen, unter welchen das Er-

<sup>1)</sup> Sitzungsberichte der Preuß. Akad. der Wiss., 1929, S. CI.

<sup>2)</sup> Vgl. v. Mises, Über kausale und statistische Gesetzmäßigkeit in der Physik, Erkenntnis, I, S. 203: „An die Spitze stelle ich den Satz, daß jede physikalische Aussage einen durch Beobachtung, durch ein wirkliches Experiment prüf-baren Tatbestand zum Ausdruck bringen muß. Dabei kommt den Beobachtungen als entscheidende Eigenschaft zu ihre Wiederholbarkeit . . . Nur derlei annähernd wiederholbare Vorgänge sind Gegenstand der physikalischen Betrachtung.“ Schrödinger (a. a. O.): „Das prinzipiell nicht Beobachtbare (existiert) für den Naturforscher als Naturforscher nicht.“

<sup>3)</sup> So Max Planck mit der Schlußfolgerung, daß wir diese Voraussetzung „künftig fallen lassen“ müssen. (Sitzungsberichte der Preuß. Akad. der Wiss., 1929, S. CIII.)

elgnis eintritt, ist erfüllt“<sup>1)</sup>. „Wir können stets nur eine Anzahl überwiegender Faktoren des Geschehens herausgreifen und für die Berechnung des weiteren Ablaufs verwerten, während daneben ein unauflöslicher Rest von Faktoren immer geringeren Einflusses zurückbleibt.“ Es läßt sich nun behaupten, daß „der Einfluß der Restfaktoren mit großer Wahrscheinlichkeit klein bleibt . . . Neben die Hypothese von der Kausalverbundenheit des Geschehens muß eine Hypothese über wahrscheinlichkeitsgemäßes Einwirken der Restfaktoren treten“<sup>2)</sup>.

Aber der kritisch denkende Physiker bleibt vor der, von verschiedenen Seiten gezogenen, erkenntnistheoretisch jedoch unhaltbaren Folgerung bewahrt, das Prinzip der Kausalität gänzlich zugunsten desjenigen der Wahrscheinlichkeit aufzugeben. „Erst beide Gesetzmäßigkeiten gemeinsam ermöglichen Wirklichkeitsaussagen. Ich habe früher diese beiden Arten von Gesetzmäßigkeit Prinzip der Verknüpfung (Kausalität) und Prinzip der Verteilung (Wahrscheinlichkeit) genannt. Erst die Kombination beider Prinzipien erschöpft die Voraussetzungen der Naturerkenntnis“<sup>3)</sup>. So sagt denn auch Planck: „So wird es, wie mir scheint, auch in der Physik künftig darauf ankommen, die Frage nach den Bedingungen, welche den Verlauf eines Naturvorganges eindeutig kausal bestimmen, grundsätzlich getrennt zu halten von der weiteren Frage, ob und inwieweit diese Bedingungen experimentell zu verwirklichen sind“<sup>4)</sup>. Vgl. schließlich v. Mises<sup>5)</sup>: „Die Newtonsche Mechanik bildet nur so lange ein brauchbares Mittel kausaler Naturerklärung, als relativ einfache Kraftgesetze verwickeltere Bewegungsvorgänge zur Folge haben, so wie aus dem einfachen Gravitationsansatz alle Gestirnbewegungen folgen. Erklären heißt eben: auf etwas Einfacheres zurückführen. Ohne ihre Gültigkeit zu verlieren, hört die Punktmechanik auf, ein wirksames Werkzeug der deterministischen Physik zu sein, sobald es in jedem Sinn schwieriger ist, die Daten der Aufgabe festzustellen als das, was die Lösung der Aufgabe als Ergebnis liefern soll“ — also „ohne ihre Gültigkeit zu verlieren“!

Wie steht es nun mit dem organisch-geistigen, individuellen und sozialen, Geschehen? Wir haben hier noch heute zwei extreme Auffassungen: einerseits das Dogma von der Willensfreiheit, für

<sup>1)</sup> F. Waismann, Logische Analyse des Wahrscheinlichkeitsbegriffs, Erkenntnis, I, S. 237.

<sup>2)</sup> Hans Reichenbach, Kausalität und Wahrscheinlichkeit, Erkenntnis, I, S. 177 f.

<sup>3)</sup> Reichenbach, a. a. O., S. 178.

<sup>4)</sup> a. a. O., S. CIV.    <sup>5)</sup> a. a. O., S. 192 f.

welches die einzig richtige Schlußfolgerung die Verneinung jeder Gesetzmäßigkeit im menschlichen Leben ist und welches aus der Einführung der statistischen Betrachtungsweise in der Physik in gänzlich naiver Weise für sich Kapital zu schlagen versucht hat, andererseits die Lehre, welche die Gesetzmäßigkeit auf organisch-geistigem Gebiet in Analogie zum Geschehen der unbelebten Natur nur als Geistesmechanik anerkennt — zwei Ansichten, von denen keine verwendbar, keine der Wirklichkeit adäquat ist.

Für die soziale Betrachtungsweise unfruchtbar und unverwertbar ist auch die Lehre Rickerts, wonach es nur die Alternative zwischen dem „generalisierenden Verfahren der Naturwissenschaft“ und dem „individualisierenden Verfahren der Geschichte“ gibt, wobei für ihn freilich „auch die Gesetze des psychischen Lebens in logischer und formaler Hinsicht Naturgesetze“ sind <sup>1)</sup>. Wenn Rickert dabei für die „individuellen Realitäten“ die Kausalität als „konstitutive Wirklichkeitsform“ in Anspruch nimmt <sup>2)</sup>, so ist dies an sich gewiß unanfechtbar. „Es ist zweifellos richtig, daß die Einsicht in die Gesamtheit der Bedingungen eines Lebenszustandes zugleich die Einsicht in die Notwendigkeit der bald so, bald anders sich vollziehenden Äußerungen des Lebenszustandes zur Folge hätte“ <sup>3)</sup>. Aber so, wie die Dinge in der Wirklichkeit liegen, können wir, trotz der theoretischen Gültigkeit des Kausalgesetzes für jeden organischen und geistigen Vorgang, praktisch unmöglich jeden einzelnen Vorgang von seiner Verflechtung mit der Gesamtwirklichkeit des Erlebenden lösen und bis zu seiner ersten oder letzten Ursache zurückführen. So gewiß die Hypothese der Kausalität im organisch-geistigen Leben grundsätzlich ebenso unerläßliche Voraussetzung alles Verstehens, wie im Geschehen der unbelebten Natur ist, so gilt für das Lebewesen zumindest ebenso sehr, wie für das Naturgeschehen, daß die uns in der Erfahrung gegebene Realität in einer nicht isolierbaren Verbundenheit mit der Totalität alles Wirkenszusammenhanges und alles Lebens von Uranfang an besteht. Ist daher schon die Physik trotz der relativ sehr viel einfacheren Vorgänge beim physikalischen Geschehen zur Erkenntnis gelangt, daß man niemals alle Bedingungen eines Vorganges überblicken und in die Rechnung einsetzen könne, so ist dies natürlich — immer bei vollständiger Anerkennung der Gültigkeit des Kausalitätsprinzips! — in einem noch unvergleichlich größeren Maße für die Erklärung des lebendigen Geschehens anzunehmen.

<sup>1)</sup> Vgl. Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 6./7. A. 1926, S. 53 f.

<sup>2)</sup> Der Gegenstand der Erkenntnis, 4./5. A. 1921, S. 352 ff., 359.

<sup>3)</sup> G. F. Lipps, Grundriß der Psychophysik, 3. A. 1921, S. 76.

„Bis zu den Anfängen alles Lebens im werdenden Kosmos, bis zu dem Urgrunde alles Seins in der schaffenden Gottheit müßten wir zurückgehen, um alle Einflüsse, die unser Handeln bestimmen, festzustellen“<sup>1)</sup>).

Dazu kommt aber im Verhältnis zur Welt des Unbelebten etwas grundsätzlich Neues: gegenüber den „ihrem Wesen nach beständigen, unter gleichen Umständen immer in gleicher Weise sich äußernden... Zuständen der unbelebten Welt“ die „unbeständigen, unter gleichen Umständen in verschiedener Weise sich äußernden... Zustände der Lebewesen“, — Zustände, die gegenüber den gleichförmig vor sich gehenden oder auf ein Miteinander oder Nacheinander der Vorgänge zurückführbaren Äußerungsweisen der unbelebten Natur als solche aufzufassen sind, die „in ihrer Ungleichförmigkeit unmittelbar in sich zusammenhängen und ebensowenig von den sie umfassenden, übergeordneten Vorgängen losgelöst, wie in die von ihnen umfaßten, untergeordneten Vorgänge aufgelöst werden können“<sup>2)</sup>).

Diese beständige Veränderlichkeit des Lebenszustandes bedeutet auf dem Boden des organisch-geistigen Geschehens jenen „unauflöselichen Rest von Faktoren“, der, wie wir oben sahen, nach Reichenbach mit strenger Gewißheit verbundene Voraussagen im Naturgeschehen verunmöglicht. Um wieviel mehr muß dies von den Voraussagen über menschliches Verhalten gelten, wo die nicht zu beseitigende, dem Lebenszustand anhaftende Veränderlichkeit, die „in dem Zusammenhang des gegebenen Lebenszustandes mit dem ihn umfassenden Leben ihren Grund hat“<sup>3)</sup>, keine Grundlage für zwingende Zukunftsschlüsse gewährt. Keine noch so weit zurückgetriebene und noch so umfassend angestellte Erforschung einer individuellen Kausalität kann den Einfluß des Faktors der beständigen Veränderung aufheben. „Darum gibt es niemals eine durchaus sichere Bestimmung und Voraussage bezüglich der einzelnen Handlungen, die ein Mensch vollbringt. Man wendet vielleicht ein, daß doch der Charakter des Menschen dafür bürgt. Aber der Charakter ist eben das Gepräge, das die ganze ins Unbegrenzte zurückreichende Vergangenheit, soweit sie durch Vererbung und Gewöhnung der Gegenwart innewohnt und wirksam bleibt, dem Menschen aufdrückt. Und eben dieses Gepräge können wir niemals in allen einzelnen Zügen verfolgen. Es bleibt daher für unsere Auffassung der Charakter des Menschen stets mit

<sup>1)</sup> G. F. Lipps, Das Problem der Willensfreiheit, 2. A. 1919, S. 110.

<sup>2)</sup> Lipps, Psychophysik, S. 66 f.

<sup>3)</sup> Lipps, Psychophysik, S. 76.

einer gewissen Unbestimmtheit behaftet. Wollte man daraus den Schluß ziehen, daß demnach jeder Mensch für fähig gehalten werden müsse, jegliche Handlung zu begehen, so müßte zugestanden werden, daß es in Wirklichkeit sich so verhält; nur mit der Einschränkung, daß für verschiedene Menschen auch verschiedene Grade der Wahrscheinlichkeit für das Eintreten der verschiedenen Handlungsweisen bestehen“ <sup>1)</sup>).

Diese Unbeständigkeit des Lebenszustandes war es wohl, die die Lehre von der Willensfreiheit hervorgerufen hat und immer wieder zu neuem Leben erweckt. Ihr liegt zweifellos insofern ein richtiger Kern zugrunde, als menschlichem Verhalten immer eine gewisse Unbestimmtheit anhaftet. Die Lehre von der Willensfreiheit verwechselt aber die Kausalität des Geschehens mit der Unmöglichkeit, die unendliche Zahl der Bedingungen jeder Handlung, die Ursachenkonstellation in jedem Augenblick des menschlichen Lebens zu erforschen und in ihrer Tragweite zu überblicken.

Welches ist der Ausweg aus diesem Dilemma? „Erforschbar ist nur ein irgendwie bestimmter und umgrenzter Lebenszustand, dessen Äußerungen eine in der Bestimmung und Umgrenzung begründete Verschiedenartigkeit zeigen. Diese Verschiedenartigkeit ermöglicht aber die Bestimmung relativer Häufigkeiten oder Wahrscheinlichkeiten, die nur so, wie sie von der Erfahrung dargeboten werden, der Erkenntnis des Lebenszustandes dienstbar gemacht werden können“ <sup>2)</sup>. Es muß daher „als Grundsatz anerkannt werden, daß die Lebensbetätigungen nicht den Naturgesetzen, sondern lediglich den Wahrscheinlichkeitsbestimmungen, die im Durchschnitt vieler Fälle gültig sind, unterliegen“ <sup>3)</sup>.

Die logische Natur des Wahrscheinlichkeitsbegriffs und der Wahrscheinlichkeitsaussagen ist noch umstritten <sup>4)</sup>, braucht hier aber nicht erörtert zu werden. Wir verweisen auf die Bestimmung Kants, wonach die Wahrscheinlichkeitsurteile selbst „nicht wahrscheinliche, sondern ganz gewisse Urteile über den Grad der Möglichkeit gewisser Fälle unter gegebenen gleichartigen Bedingungen (sind), die in der Summe aller möglichen Fälle ganz unfehlbar der Regel gemäß zutreffen müssen, ob diese gleich in Ansehung jedes einzelnen Zufalles nicht genug bestimmt ist“ <sup>5)</sup>.

Hat so G. F. Lipps die Anwendung der Wahrscheinlichkeitsrechnung im ganzen Bereich des organisch-geistigen, individuellen wie sozialen, Lebens philosophisch-psychologisch inauguriert und

<sup>1)</sup> Lipps, Willensfreiheit, S. 110.      <sup>2)</sup> Lipps, Psychophysik, S. 76.

<sup>3)</sup> Lipps, Willensfreiheit, S. 96.      <sup>4)</sup> Vgl. „Erkenntnis“, I, S. 158 ff.

<sup>5)</sup> Prolegomena, Phil. Bibl., 5. A., S. 145.

begründet, so hat Max Weber, wohl als erster, die Gesetzmäßigkeit des sozialen Geschehens grundsätzlich an der Wahrscheinlichkeitsgesetzlichkeit orientiert <sup>1)</sup>).

Der Zentralbegriff in Max Webers Soziologie ist derjenige der Chance. Unter „Gesetzen“ versteht er „durch Beobachtung erhärtete typische Chancen eines bei Vorliegen gewisser Tatbestände zu gewärtigenden Ablaufs vom sozialen Handeln“ <sup>2)</sup>. Die „soziale Beziehung“ „besteht durchaus und ganz ausschließlich in der Chance, daß in einer (sinnhaft) angebbaren Art sozial gehandelt wird, einerlei zunächst, worauf diese Chance beruht“ <sup>3)</sup>. „Nur das Vorliegen dieser Chance: — der mehr oder minder großen Wahrscheinlichkeit also, daß ein sinnentsprechendes Handeln stattfindet und nichts darüber hinaus — bedeutet der „Bestand“ der sozialen Beziehung ... Daß eine „Freundschaft“ oder ein „Staat“ besteht oder bestand, bedeutet also ausschließlich und allein: Wir (die Betrachtenden) urteilen, daß eine Chance vorliegt oder vorlag: daß auf Grund einer bestimmt gearteten Einstellung bestimmter Menschen in einer nach einem durchschnittlich gemeinten Sinne noch angebbaren Art gehandelt wird, und sonst gar nichts“ <sup>4)</sup>. Die „Geltung“ einer Ordnung ist die Chance, daß das soziale Handeln und insbesondere die sozialen Beziehungen von den Beteiligten an der Vorstellung vom Bestehen einer legitimen Ordnung orientiert werden <sup>5)</sup>. Das Recht ist eine Ordnung mit gewissen spezifischen Garantien für die Chance ihrer empirischen Geltung <sup>6)</sup>.

In diesem Sinn hat Max Weber alle soziologischen Denkkategorien auf dem Begriff der Chance, also der Wahrscheinlichkeitsbestimmung, aufgebaut.

G. F. Lipps und Max Weber haben dadurch, ganz unabhängig voneinander, von ganz verschiedenen Grundlagen und Ausgangspunkten aus, die Wahrscheinlichkeitsgesetzlichkeit zum Gesetzmäßigkeitstypus des organisch-geistig-sozialen Geschehens ausgebildet.

Nun setzt aber auch die Anwendbarkeit der Wahrscheinlichkeitsbestimmungen auf das menschlich-soziale Leben selbstverständlich das Bestehen einer gewissen Gesetzlichkeit des seelischen Geschehens voraus. Wie wir oben (S. 144.) ausführten: keine Gesetzlichkeit im Denken ohne Gesetzlichkeit im Gegenstand. Auf ein jede Regelhaftigkeit entbehrendes Geschehen, auf ein der bloßen „Willens-

<sup>1)</sup> Vgl. jetzt auch Mezger, Sein und Sollen im Recht, 1920, S. 85 f.

<sup>2)</sup> Wirtschaft und Gesellschaft, 2. A. 1925, S. 9.

<sup>3)</sup> a. a. O., S. 13.    <sup>4)</sup> S. 14.    <sup>5)</sup> S. 16.    <sup>6)</sup> S. 369.

freiheit“ unterworfenen Dasein wäre natürlich auch die Wahrscheinlichkeitsrechnung nicht anwendbar. Gibt es nun einwandfreie Zeugnisse für eine Regelmäßigkeit der seelischen Erscheinungen? Die Existenz derselben exakt nachgewiesen zu haben, ist das besondere Verdienst der experimental-psychologischen Untersuchungen K. Marbes und seiner Schule. Diese Untersuchungen haben in überzeugender Weise die Existenz des Gesetzes der „Gleichförmigkeit des psychischen Geschehens“ erwiesen, nämlich die auf den ersten Blick überraschende, unerwartete Erscheinung, daß unter gleichförmigen, d. h. ähnlichen Bedingungen die Reaktionsweise der Menschen auf Reize eine große Übereinstimmung zeigt, eine viel größere, als man gemeinhin anzunehmen geneigt ist <sup>1)</sup>.

Man hat auf diese Weise z. B. folgendes festgestellt: Fordert man eine große Anzahl von Personen auf, eine beliebige Zahl zwischen 1 und 10, 11 und 20, 21 und 30 usw. zu nennen, so werden am häufigsten die 5 bzw. die Zahlen mit der Endziffer 5 genannt, während jede andere Zahl um so seltener benutzt wird, je weiter sie, sei es nach oben oder nach unten, von der 5 abweicht, so daß die 0 und die 1 von den wenigsten Personen angegeben werden. Wird die Nennung einer Farbe verlangt, so geben die meisten Menschen „rot“ und die wenigsten „grau“ an. Was noch frappanter ist: wenn man eine Menge von Personen einfach auffordert, eine beliebige Eigenschaft, ein ganz beliebiges Wort anzugeben, so ergeben sich gewisse, manchmal überraschende Übereinstimmungen. So wird z. B. als Eigenschaft besonders häufig „schön“ gewählt. So nannten von 350 Schülerinnen 18 Schule, je 8 Baum, Haus, Tafel; 7 Feder; nur 43 % der Antworten waren einmaliger Natur. Nicht einmal die Gleichheit des Milieus der Versuchspersonen ist maßgebend. Man hat Gleichförmigkeiten festgestellt, die nichts mit Milieu-Gemeinsamkeit zu tun haben, die vielmehr weit auseinander liegende Jahrhunderte, gänzlich verschiedene Völker und ganz heterogene Materien erfassen. Man hat z. B. festgestellt, daß die Endziffern der in der Regel auf roher Schätzung beruhenden Altersangaben, welche die alten Römer auf Grabmäler schrieben, eine ähnliche Gesetzmäßigkeit aufweisen, wie die Endziffern der gleichfalls sehr rohen Altersangaben bei einer Volkszählung in dem größtenteils aus ungebildeten Negern bewohnten nordamerikanischen Staat Alabama. Man hat weiter festgestellt, daß diese Endziffern der Altersangaben auf den römischen Gräbern ganz genau übereinstimmen mit den Endziffern der Zentimeter und Millimeter, die heutzutage beim Schätzen von Strecken,

<sup>1)</sup> K. Marbe, Grundzüge der forensischen Psychologie, 1913, S. 44 ff.

die Bruchteile von Dezimetern lang sind, bevorzugt zu werden pflegen<sup>1)</sup>.

Es ist somit eine „interindividuelle Übereinstimmung“ erwiesen, „die geradezu ein Gedankenlesen ermöglicht“<sup>2)</sup>.

Zu dieser Gesetzlichkeit der menschlichen Natur im Querschnitt kommt eine solche im Längsschnitt des sozialen Lebens hinzu: es ist die Gesetzlichkeit, die mit dem Wesen der Zeit zusammenhängt.

Die wahre Natur der Zeit übersehen zu haben, ist der Grundirrtum der Theorie vom „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“. Dieser Theorie liegt die Auffassung, welche die Zeit in einzelne selbständig nebeneinander bestehende Zeitmomente zerlegt, liegt eine atomistische Zeitauffassung zugrunde, welche nur eine Abfolge von Zuständen sieht. Sie übersieht aber, daß das Wesentliche für die Zeit nicht diese bloße Abfolge von Zuständen, sondern der Zusammenschluß dieser Abfolgen in der Dauer ist<sup>3)</sup> „Notre durée n'est pas un instant qui remplace un instant: il n'y aurait alors jamais que du présent, pas de prolongement du passé dans l'actuel, pas d'évolution, pas de durée concrète. La durée est le progrès continu du passé qui rongé l'avenir et qui gonfle en avançant. Du moment que le passé s'accroît sans cesse, indéfiniment aussi il se conserve ... En réalité le passé se conserve de lui-même, automatiquement. Tout entier, sans doute, il nous suit à tout instant: ce que nous avons senti, pensé, voulu depuis notre première enfance est là, penché sur le présent qui va s'y joindre, pressant contre la porte de la conscience qui voudrait le laisser dehors“<sup>4)</sup>. Aber nicht nur jeder einzelne Mensch hat in diesem Sinne „Dauer“, sondern die ganze Wirklichkeit dauert, „l'univers dure“<sup>5)</sup>. Die Wirklichkeit, sagt G. F. Lipps, „hat die Form eines Kontinuums“<sup>6)</sup>. „Das Nacheinander der Daseinsweisen als auch ihr Zusammenbestehen... sind zwei besondere Momente, von welchen das eine das andere voraussetzt und nicht ohne das andere bestehen kann, so daß die Wirklichkeit ebensowohl das Übergehen des A in B und das Hervorgehen des B aus A, wie auch das Zusammenbestehen des A und B fordert“<sup>7)</sup>. „Das Wirken jedes Menschen besteht

<sup>1)</sup> K. Marbe, a. a. O. und die dort Zitierten; Wreschner, *Angewandte Psychologie*, 1926, S. 107 f.

<sup>2)</sup> Wreschner, a. a. O., S. 108.   <sup>3)</sup> Vgl. Lipps, *Das Wirken*, S. 72.

<sup>4)</sup> Bergson, *L'évolution créatrice*, 20-e éd. 1917, S. 4 f.

<sup>5)</sup> Bergson, a. a. O., S. 11.

<sup>6)</sup> *Mythenbildung und Erkenntnis*, S. 177.

<sup>7)</sup> Lipps, a. a. O., S. 178.

nicht für sich, sondern mit anderem Wirken zusammen; es behauptet sich gegenüber anderem Wirken; es verändert sich unter dem Einfluß anderen Wirkens; es hängt in sich (und mit dem Grunde, aus dem es hervorgeht und dem es innewohnt) zusammen; es hängt mit anderem Wirken zusammen“<sup>1)</sup>).

In jedem individuellen Bewußtseinszustande lebt die ganze Vergangenheit auf, jeder trägt seine ganze Vergangenheit unentrinnbar mit sich, jedes augenblickliche Erlebnis ist ein Produkt des Zusammenwirkens des gegenwärtigen Eindrucks und unserer Vergangenheit.

Dasselbe gilt vom Gemeinschaftsleben. Wir wollen hier die Frage, ob es Gesetze des Geschichtsverlaufs und ob es einen „Fortschritt“ in der Geschichte gibt, vollkommen beiseite lassen. Was bedeutet, von dieser Frage abgesehen, der ganz einfache, von allem Problematischen entkleidete Begriff der „Geschichte“? Hätte dieser Begriff, der seit mehr als einem Jahrhundert alles Denken beherrscht, diese überragende Bedeutung gewonnen, wenn wir darunter nichts anderes als eine atomistische, unverbundene, unzusammenhängende Abfolge von isolierten Einzelereignissen verstünden? Diese Frage stellen, heißt sie selbstverständlich verneinen. Geschichte ist, wenn dieser Begriff irgendwelchen Sinn haben soll, notwendig Dauer, Kontinuität des gesellschaftlichen Seins und Erlebens, ist nichts anderes als gesellschaftliches Bewußtsein und gesellschaftliches Gedächtnis.

Hätte sich Stammler auf diese Bedeutung, auf den Inhalt des Begriffs „Geschichte“ besonnen, er wäre nicht zu seiner Vorstellung des Naturrechts mit „wechselndem“, bloß wechselndem, Inhalt gekommen. Denn er legt diesem Begriff, wenn man ihn genau analysiert, eben die Auffassung einer kontinuiertslosen Geschichte, einer bunten, in keiner inneren Verbundenheit, in keinem innern Zusammenhang stehenden, Abfolge von „Inhalten“, somit eine rein atomistische, mechanistisch-materialistische Zeitauffassung zugrunde. Wir können und müssen freilich seinem Satze, daß aller Inhalt des Rechts „steter Veränderung unterworfen“ sei<sup>2)</sup>, zustimmen, müssen aber gleichzeitig den sehr wesentlichen Vorbehalt daran knüpfen, daß dieser Satz nicht gleichbedeutend sei damit, daß das Recht bloß „dem Wandel und Wechsel unterworfen und nach abgelaufener Frist dem Untergange geweiht“<sup>3)</sup> sei. Unter „steter Veränderung“ darf nicht „wechselnder“, sondern ist wachsender Inhalt zu verstehen.

<sup>1)</sup> Lipps, Das Wirken, S. 445.

<sup>2)</sup> Lehrbuch der Rechtsphilosophie, § 4.      <sup>3)</sup> a. a. O., § 1.

Es war der große Fehler der dogmatischen Naturrechtsrichtung, das Moment der Entwicklung überhaupt zu übersehen; es ist der nicht minder große Fehler der Lehre vom „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“, die Entwicklung dem bloßen „Wechsel“ gleichzusetzen. „Entwicklung“ bedeutet sowohl beim einzelnen Individuum, wie bei der Gesellschaft die Aufbewahrung der ganzen Vergangenheit, die Behauptung der Vergangenheit in der Gegenwart, bedeutet also Wachstum. Vielleicht besitzt sogar die Materie „Gedächtnis“; es ist dies zumindest schon behauptet worden. Ganz zweifellos aber ist dem Lebewesen das Sichbehaupten der Vergangenheit in der Gegenwart eigentümlich. Wer diesem Umstand nicht Rechnung trägt, übersieht die fundamentalste Tatsache des „Lebens“.

Die Setzung, die ausdrückliche Hervorhebung von Normen in Gesetzen und sonstigen Vorschriften geschieht gewöhnlich zur Beseitigung von Ungewißheiten, bedeutet die Lösung eines eben im Vordergrund des gesellschaftlichen Interesses stehenden Problems. Vom Standpunkt der praktischen Jurisprudenz ist dieses gesetzestechnische Verfahren gewiß durchaus begründet. Aber der Rechtstheoretiker darf nicht vergessen, daß jeder Rechtsnorm eine lange, prinzipiell bis zum Beginn alles gesellschaftlichen, d. h. alles menschlichen Lebens zurückgehende Geschichte zugrunde liegt. Das nicht mehr Problematische gehört gerade so zum Wesen und zum Inhalt des Rechts wie das eben problematisch gewesene, in die positiven Gesetzesnormen aufgenommene Recht.

Nur einer oberflächlichen Betrachtungsweise wird als „geltendes“ Recht bloß der in den ausdrücklich formulierten Normen (Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtsnormen) niedergelegte Rechtserfahrungsstoff erscheinen und der Umstand entgehen, daß unser Leben sich auf zahlreichen, uns gar nicht mehr oder nicht mehr klar bewußten Regeln aufbaut, die ausdrücklich zu formulieren wegen ihrer Selbstverständlichkeit niemandem mehr in den Sinn kommt. Diese Regeln sind ein so selbstverständlicher Bestandteil unseres sozialen Lebens geworden, daß sie eben gar nicht mehr als „Normen“, als ein „Sollen“ erscheinen, sondern als ein natürlicher Bestandteil unseres „Seins“ empfunden werden. Dem expliziten Ausdruck jeder Rechtsordnung steht ein dem Umfang nach vielfach größerer impliziter Inhalt zur Seite, in welchem die ganze Geschichte, die ganze Entwicklung der Rechtsordnung niedergelegt, enthalten ist, in welchem zu allen möglichen Rechtsfragen und Rechtseinrichtungen der Vergangenheit stillschweigend Stellung genommen wird.

Nichts anderes als die stillschweigende Anerkennung dieses Sachverhalts liegt der heute allgemein geltenden Forderung nach geschichtlicher Rechtserkenntnis zugrunde. Diese Forderung wäre vollkommen unbegreiflich, wenn sie das Recht bloß atomistisch als etwas, das kommt und restlos wieder geht, das „dem Untergang geweiht“ ist, auffaßte. Sie ist nur verständlich, wenn ihr die Voraussetzung unterstellt werden kann, daß der ganze implizite, nicht mehr problematische Inhalt des Rechts geradeso zum wesentlichen Bestandteil der Rechtsordnung gezählt wird, wie der ausdrücklich in Normen gesetzte, daß dieser implizite Teil der Rechtsordnung gerade so sehr zum „geltenden Recht“ gehört wie der explizite. Nur unter dieser Voraussetzung ist es auch zu verstehen, wenn vielfach von der „soziologischen“ Rechtserkenntnis verlangt wird, daß sie eine „geschichtliche“ Rechtserkenntnis sein solle <sup>1)</sup>.

Unter dem impliziten Inhalt der Rechtsordnung ist der allergrößte Teil gewiß nur von relativer Bedeutung. Dazu gehören die vielen bisherigen Regelungen einer Materie, die heute nicht mehr als richtig anerkannt sind, bzw. die Ersatznormen; jede neue, von der bisherigen abweichende Normierung eines Rechtsstoffes bedeutet eine implizite Zurückweisung der früheren in Geltung gestandenen Vorschriften. Die Norm z. B., daß die schweizerische Eidgenossenschaft heute ein Bundesstaat ist, enthält in sich als nicht minder wichtig die Feststellung, daß sie kein Staatenbund mehr sei. Von bloß relativer Bedeutung sind ferner alle jene Normen, die etwa Duguit als „*règles de droit constructives ou techniques*“ bezeichnet <sup>2)</sup>.

Man wird aber im impliziten Teil der Rechtsordnung zweifellos auch stillschweigende Annahmen von ganz absoluter Tragweite finden können. Ein Beispiel hierfür ist das bereits oben angeführte Urteil Stammers über die Sklaverei. Aus dem Umstand, daß die modernen Rechtsordnungen kein ausdrückliches Verbot der Sklaverei enthalten, kann doch gewiß nicht gefolgert werden, daß die in einer gewissen Periode aufgekommene und verwirklichte Rechtsauffassung von der Unzulässigkeit der Sklaverei heute „nach abgelaufener Frist dem Untergange geweiht“ sei, wie Stammler von allem Rechtsinhalt behauptet. Es ist offensichtlich gerade das Gegenteil der Fall. Der Mangel ausdrücklicher Verbote

<sup>1)</sup> So A. Egger, Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, Rektoratsreden, 1913, S. 54; Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 407; Ellwood, die Beziehungen der Soziologie zur Sozialpsychologie, Jahrbuch für Soziologie, I, S. 62.

<sup>2)</sup> *Traité*, I, S. 107 ff.

der Sklaverei in unseren Rechtsordnungen kann nur bedeuten, daß die objektive Unrichtigkeit dieses Instituts als so selbstverständlich, die Sklaverei als mit unserer „Natur“ so unvereinbar erscheint, daß eine explizite Normierung im Sinn des Verbotes der Sklaverei als gänzlich überflüssig betrachtet wird. Das Verbot der Sklaverei ist nicht „dem Untergange geweiht“, sondern eine durchaus absolute Norm geworden.

Dasselbe läßt sich z. B. für das Inquisitionsverbot, vor allem aber für das Mord- und das Selbsthilfeverbot sagen. Wir sind selbstverständlich auf den Einwand gefaßt, daß diese beiden Verbote nur relativ, nur „bedingt“ gelten, nämlich nur unter der Bedingung, daß kein Notwehr- bzw. kein Kriegszustand vorliege. Das ist gewiß richtig. Aber soweit diese Ausnahmestände nicht gegeben sind, ist das Selbsthilfe- und das Mordverbot in seinem Inhalt durchaus „absolut“. Wir müssen zwischen dem Umfang und dem Inhalt der Geltung einer Norm unterscheiden. Die Einschränkung der Geltung hinsichtlich des Umfanges schließt keineswegs die Absolutheit des Geltungsanspruchs des Norminhalts aus. Soweit die vorgesehenen Ausnahmestände der Notwehr und des Krieges nicht vorliegen, gilt heute das Mordverbot schlechthin, empfinden wir diese Norm als absolut richtig. Der Umfang ihrer Geltung ist von einem bestimmten Entwicklungsstadium an nicht mehr einer Einschränkung, sondern nur noch einer Erweiterung fähig, in Form der Ausdehnung des Geltungsbereiches auf die Angehörigen anderer Völker, anderer Rassen, der ganzen Menschheit (durch Ausschaltung des Krieges), ja weiter auch auf die ganze Tierwelt.

Die Entwicklung der Menschheit und der einzelnen Völker geht gewiß nicht geradlinig, schematisch und programmäßig vor sich hin. Es gibt gewiß mehr oder weniger lange Perioden, in denen die Auffassungen über viele Probleme des individuellen, wie gesellschaftlichen Seins hin und herwogen, in diesem Sinne „relativ“ sind. Aber nach mehr oder weniger langen Perioden — es mögen bald Jahrhunderte, bald Jahrtausende sein — findet jedes gesellschaftliche Problem — zumindest in der Hauptsache — seine allgemeine Lösung in einem Grundsatz von allgemeingültiger Anerkennung. Damit und dadurch wird diese Norm konstant. Mag sie noch so vielen Schwankungen und Anfechtungen ausgesetzt gewesen sein, von einem bestimmten Augenblick an — hier greift eben das Gesetz der Wahrscheinlichkeit ein — kommt sie prinzipiell nicht mehr aus dem Gleichgewichtszustand heraus. Sie kann dann nur noch ein wenig um das Zentrum oszillieren, aber sich nicht mehr

davon entfernen. Und von diesem Augenblick an wird sie mehr oder weniger selbstverständlich, unproblematisch.

Gewiß können immer wieder Anfechtungen auch dieser Normen auftreten. In Zeiten der Revolution, der politischen Verwirrung und Verwilderung wird das Vorstellungsleben weiter Kreise von der Annahme beherrscht, daß der Zweck alle Mittel, und somit auch den politischen Mord, heilige. Aber werden wir deshalb, weil die Mordverbotsnorm bei vielen Menschen die Geltung eingebüßt hat, schließen, daß diese Norm ihre absolute Richtigkeit und Gültigkeit verloren habe?

So gut wie es im Geschehen der materiellen Natur, nach der Einteilung von Max Planck, reversible und irreversible Prozesse gibt <sup>1)</sup>, so gibt es auch im sozialen Leben irreversible Prozesse, ja, das soziale Leben als Entwicklung, als „Dauer“ ist grundsätzlich irreversibel. „Notre durée est irréversible“ <sup>2)</sup>.

Die Entwicklung geht nicht, wie das gewöhnlich hierfür verwendete Bild lautet, in einer Zickzacklinie, sondern verläuft in einer kontinuierlichen, sich immer höher windenden Spirale.

Im Gesetz von der Gleichförmigkeit des psychischen Geschehens liegt der Beweis der Existenz einer statischen, im Gesetz der Entwicklung, der Dauer, der Irreversibilität derjenige des Vorhandenseins einer dynamischen Gesetzmäßigkeit im geistigen und sozialen Leben, und damit ist mit diesen beiden Gesetzen der Nachweis einer bei aller Verschiedenheit bestehenden Konstanz bzw. Gleichheit der menschlichen Natur erbracht.

---

<sup>1)</sup> Die Einheit des physikalischen Weltbildes, 1908, S. 15; vgl. auch Paul Hertz, Über den Kausalbegriff im Makroskopischen, „Erkenntnis“, I, S. 213; Schlick, Naturphilosophie, in Dessoir, Lehrbuch der Philosophie, II (1925), S. 453 ff.

<sup>2)</sup> Bergson, a. a. O., S. 6.

### III. Das Problem der Rechtsgeltung.

#### A. Die Geltungstheorien.

##### 1. Pluralistische Geltungstheorien.

a) Max Weber. Eine dualistische Geltungstheorie vertritt Weber: „Wenn von „Recht“, „Rechtsordnung“, „Rechtssatz“ die Rede ist, so muß besonders streng auf die Unterscheidung juristischer und soziologischer Betrachtungsweise geachtet werden. Die erstere fragt: was als Recht ideell gilt. Das will sagen: welche Bedeutung, und dies wiederum heißt: welcher normative Sinn einem als Rechtsnorm auftretenden sprachlichen Gebilde logisch richtigerweise zukommen sollte. Die letztere dagegen fragt: was innerhalb einer Gemeinschaft faktisch geschieht...“<sup>1)</sup> Man müßte dieser Auffassungsweise beipflichten, wenn Weber unter der „ideellen Geltung“ die Gültigkeit des richtigen Rechts, die Verbindlichkeit des reinen Rechtsideals verstünde. Denn dessen Richtigkeit und Sollensqualität ist selbstverständlich von der Anerkennung und Befolgung in der Wirklichkeit, ja sogar von dessen Erkenntnis vollkommen unabhängig. Aber Weber hat nicht das Rechtsideal im Auge, sondern die Normen des geltenden Rechts. Von den Normen des geltenden Rechts behauptet er, daß sie mit der empirischen Geltung eben dieser Normen nichts zu tun haben. Er sagt nämlich weiter: „Es liegt auf der Hand, daß beide Betrachtungsweisen sich gänzlich heterogene Probleme stellen und ihre „Objekte“ unmittelbar gar nicht in Berührung miteinander geraten können, daß die ideelle „Rechtsordnung“ der Rechtstheorie direkt mit dem Kosmos des faktischen wirtschaftlichen Handelns nichts zu schaffen hat, da beide in verschiedenen Ebenen liegen: die eine in der des ideellen Geltensollens, die andere in der des realen Geschehens. Wenn nun trotzdem Wirtschafts- und Rechtsordnung in höchst intimen Beziehungen zueinander stehen, so ist eben diese letztere dabei nicht in juristischem, sondern in soziologischem Sinn verstanden: als empirische Geltung“<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Wirtschaft und Gesellschaft, 2. A. 1925, S. 368.

<sup>2)</sup> *ibid.*

Bestünde nun diese Charakterisierung zu Recht, so müßte dies nichts anderes bedeuten als die Qualifizierung der „juristischen“ Betrachtungsweise zum rein „autistischen Denken“ im Sinne der Psychiatrie, welches darin besteht, „daß es Widersprüche mit der Wirklichkeit unberücksichtigt läßt“<sup>1)</sup>. Denn nicht nur, daß Weber Widersprüche mit der Wirklichkeit im Bereich der Möglichkeit der „juristischen“ Betrachtungsweise läßt, nein, er erklärt geradezu, daß diese Denkart begrifflich mit der Wirklichkeit gar nicht übereinstimmen könne: soweit die „Rechtsordnung“ mit der Wirklichkeit in tatsächlichen Beziehungen der Übereinstimmung steht, ihr also „empirische“ Geltung zukommt, handelt es sich nach Weber um die Rechtsordnung nicht mehr im „juristischen“, sondern bereits im „soziologischen“ Sinn. Nun zeigt aber eine nähere Überlegung, daß die von Weber postulierte Einschränkung der juristischen Betrachtungsweise auf die Frage, „was als Recht ideell gilt“, undurchführbar ist, wenn wirklich die „Bedeutung“ der Rechtssätze im logisch-korrekten und empirisch-wirklichen Sinn erforscht werden soll. „Ideelle Geltung“ kommt ja jedem Satze zu, der irgendwo irgendeinmal als Rechtsnorm aufgetreten ist; „ideelle Geltung“ kommt z. B. auch allen römischen Rechtssätzen über die Sklaverei, kommt den Geboten irgendeines primitiven Volkes, die die Skalpierung der gefangenen Kriegsfeinde vorschreiben, zu. Wenn es der juristischen Betrachtungsweise im angeblichen Gegensatz zur soziologischen wirklich nur auf die Frage ankäme, „was als Recht ideell gilt“, woran könnte dann der heutige Richter prüfen, welchen Normen des römischen Rechtes heute noch allenfalls Geltung zuzusprechen sei und welchen nicht? „Ideelle“ Geltung ist doch begriffsnotwendig an keine Zeit und an keinen Ort gebunden. „Rechtliche“ Geltung im Sinne der Geltung empirischen Rechtes ist aber selbstverständlich zeitlich und örtlich beschränkt. Also kommt es für den Juristen noch auf etwas anderes, als auf „ideelle Geltung“, an.

Die Unhaltbarkeit dieser ganzen Theorie kommt schlagend darin zum Ausdruck, daß Weber gleich nach den angeführten Definitionen von der „juristischen“ Betrachtungsweise folgendes bemerkt: „Dabei verfährt sie dergestalt, daß sie die verschiedenen einzelnen Sätze jener Art, ausgehend von ihrer unbezweifelten empirischen Geltung, ihrem logisch richtigen Sinn (nach) zu bestimmen trachtet...“. Das ganze Problem wird hier in einen Nebensatz eingeschaltet und damit in Wirklichkeit ausgeschaltet.

<sup>1)</sup> Bleuler, Lehrbuch der Psychiatrie, 3. A. 1920, S. 34.

Die Hauptaufgabe des Juristen ist ja gerade die Feststellung, welchen Sätzen „unbezweifelte empirische Geltung“ zukommt. Was tut aber Weber? Zuerst behauptet er, daß im angeblichen Gegensatz zu der die faktische Geltung untersuchenden „soziologischen“ Betrachtungsweise die „juristische“ Fragestellung auf die „ideelle“ Geltung abzielt, und gleich darauf macht er in einem bloßen Nebensatz die gleichgültig klingende Feststellung, daß auch der Jurist von der „unbezweifelten empirischen Geltung“ „ausgehen“ müsse. Wo bleibt dann aber der von Weber definatorisch behauptete Gegensatz zwischen einer „juristischen“ und einer „soziologischen“ Betrachtungsweise? Wenn auch der Jurist von einer „empirischen“ Geltung ausgehen muß, wenn auch für die vom Juristen zu erforschende „ideelle“ Geltung als Unterbau dieser „ideellen“ die „empirische“ Geltung vorausgesetzt wird, und „empirisch“ doch gewiß nichts anderes bedeuten kann als „faktisch“, so besteht nach diesen Ausführungen Webers zwischen der „juristischen“ und der „soziologischen“ Betrachtungsweise keine Beziehung des Gegensatzes, sondern eine solche des Enthaltenseins (der Implikation im Sinne der mathematischen Logik), indem die juristische Fragestellung sich auf der soziologischen aufbaut, die soziologische in sich schließt. Weber geht ja selbst davon aus, daß die Erforschung des normativen „Sinnes“ durch den Juristen bei den „empirisch geltenden“ Rechtsnormen zu geschehen habe; sonst wäre der Jurist ja nicht Jurist, sondern Historiker. Also setzt die Erforschung des Sinnes selbstverständlich die Feststellung voraus, welche Rechtsnormen empirisch gelten. Dies ist aber zweifellos eine soziologische Tätigkeit, die niemand dem Juristen abnehmen kann. Selbst wenn es eine von der Jurisprudenz getrennte Disziplin gäbe, die die geltenden Rechtsnormen zu eruieren hätte, so ist es eine undiskutierbare Selbstverständlichkeit, daß der Richter, wenn er nicht eine Amtspflichtverletzung begehen wollte, vor jeder Rechtsanwendung selbständig und von neuem zu prüfen und zu entscheiden hätte, ob die anzuwendende Rechtsnorm gelte oder nicht. Aber da es nicht einmal eine solche besondere Wissenschaft zur Feststellung der jeweiligen geltenden Normen außer der Rechtswissenschaft gibt, so muß der Jurist selbst und ausschließlich diese ganze Arbeit verrichten<sup>1)</sup>.

Wo bleiben dann aber die angeblich verschiedenen Geltungsarten des Rechts? Der „Sinn“, den der Jurist zu erforschen hat,

<sup>1)</sup> Was auch Lask (a. a. O., S. 313) mit den Worten zugibt, daß „die soziologische oder rechtsgeschichtliche Grenzregulierung ... aus wissenschaftstechnischen Gründen von ihm (d. h. dem Juristen) selbst mit besorgt werden (mag)“.

ist doch gerade im Sinne Webers der Sinn des Geltenden, der Sinn der empirisch geltenden Rechtsnormen. Worin besteht denn die „Empirie“ einer Norm anders, als in der Geltung des „Sinnes“ dieser Norm? Besteht die Empirie einer Norm, eines Rechtssatzes oder einer ganzen Rechtsordnung etwa in den Buchstaben oder in den Worten, in der Farbe des Papiers oder in der Art des Druckes? Diese Fragen sind trivial genug. Aber worin soll denn der Unterschied zwischen „empirischer Geltung“ und „ideeller Geltung“ einer empirisch geltenden Rechtsnorm liegen? Wenn „empirisch“ eine Norm gilt: man soll die Schulden bezahlen, so kann die „ideelle“ Geltung dieser Norm auch in nichts anderem bestehen als eben darin, daß man die Schulden bezahlen soll. Wenn Weber die „ideelle Geltung“ des Rechts in der angeblich juristischen Betrachtungsweise in die Frageform kleidet: „Welche Bedeutung, . . . welcher normative Sinn einem als Rechtsnorm auftretenden sprachlichen Gebilde logisch richtigerweise zukommen sollte“, so bekommt bei ihm der Begriff der Geltung die Bedeutung einer mathematischen Größe, die der Potenzierung fähig ist. „Ideelle Geltung“ einer empirisch geltenden Rechtsnorm (wir wissen ja, daß Weber unter den Rechtsnormen ausschließlich die empirisch geltenden versteht!) ist nicht der „normative Sinn“, der der Rechtsnorm „richtigerweise zukommen sollte“, sondern einfach der „Sinn“ dieser Norm. Die Begriffe „normativer Sinn“, „richtigerweise“, „zukommen sollte“ sind fortgesetzte Potenzsteigerungen des Begriffs empirische Geltung, welche vollständig sinnlos sind. Die „empirische Geltung“ einer Norm erschöpft sich vollkommen in der Geltung ihres „Sinnes“. Der „normative Sinn“ steht nicht neben der Norm, sondern ist der Inhalt der Norm selbst. Wenn in empirisch feststellbarer Weise eine Norm existiert etwa des Inhalts, daß der in Verzug geratene Schuldner dem Gläubiger Schadensersatz leisten soll, so besteht die „ideelle Geltung“ oder der „normative Sinn“, der nach Weber dieser Norm „richtigerweise zukommen sollte“, in nichts und wirklich nichts anderem, als darin, daß der in Verzug geratene Schuldner seinem Gläubiger Schadensersatz leisten soll. Bei einer nicht ohne weiteres als empirisch geltend vorausgesetzten Norm, z. B. einem Satze des Corpus iuris canonici, können und müssen wir neben der Frage nach dem Sinne diejenige nach der Geltung oder Nichtgeltung stellen. Bei einer (wie es bei Weber geschieht) voraussetzungsgemäß als empirisch angenommenen Rechtsnorm dagegen bedeuten die Begriffe: „ideelle Geltung“, „normativer Sinn“ oder, wie Weber an einer anderen Stelle sogar sagt, „ideelles Geltensollen“, vollkommene, sich selbst immer wieder

übersteigernde Tautologien zum Begriff der „empirischen Geltung“.

Somit ist es Weber nicht gelungen, die Existenz einer anderen Art der Rechtsgeltung als der soziologischen nachzuweisen.

b) Lask. Zu demselben Ergebnis gelangen wir bei Lask, der, wie Weber, einen „methodischen Dualismus“ postuliert, „dem alle Rechtserforschung unterworfen ist und den man mit Fug das ABC der juristischen Methodologie nennen könnte“<sup>1)</sup>. Der rechtswissenschaftliche Methodendualismus beruht nach Lask auf der „Gegensätzlichkeit von Realität und Bedeutung“ und bedingt demnach die „Trennung von Sozialtheorie und Jurisprudenz“. „Das Recht im sozialen Sinne gilt als „realer“ Kulturfaktor, das Recht im juristischen Sinne als Inbegriff von nur gedachten Bedeutungen“ (S. 312 f.).

Für diese Scheidung von Jurisprudenz und Sozialtheorie, die Lask als einen großen methodologischen Erfolg betrachtet, beruft er sich vor allem auf G. Jellinek, den er als Bahnbrecher dieses Vorgehens bezeichnet (S. 311). Wie betrachtet nun Jellinek das Problem? Er sagt darüber: „Wenn nun auch die Staatsrechtslehre innerhalb der Staatslehre ein abgegrenztes Gebiet darstellt, so ist sie dennoch nur ein Teil des Gesamtgebietes. Staatslehre und Staatsrechtslehre sind keine Gegensätze. Wohl aber muß man systematisch die soziale Staatslehre, die den Staat als gesellschaftliches Gebilde in der Totalität seines Wesens betrachtet, der Staatsrechtslehre als dem juristischen Teil der Staatslehre gegenüberstellen“<sup>2)</sup>. Gegen eine derartige Formulierung läßt sich gewiß nicht das geringste einwenden, da sie das spezifisch Juristische richtigerweise in das Gesamtgebiet des Sozialen einordnet. Eben deshalb ist aber nicht einzusehen, wieso Lask diesen Autor für einen „Methodendualismus“ im Sinne von „Gegensätzlichkeit“ in Anspruch nehmen kann. Wogegen Jellinek mit Recht kämpft, ist der Glaube an „die einzige richtige Erklärungsart des Staats“, dem er die Ansicht entgegensetzt, daß „auch für die ersprißliche Untersuchung der staatsrechtlichen Probleme die Erkenntnis des Zusammenhanges von sozialer Staatslehre und Staatsrechtslehre von der höchsten Bedeutung“ ist. Zusammenhänge also zwischen soziologischer und juristischer Betrachtungsweise will G. Jellinek feststellen, „keine Gegensätze“<sup>3)</sup>.

Auch in Lasks eigenen Ausführungen wird man vergeblich nach einem Beweis für die behauptete Existenz der „Gegensätzlich-

<sup>1)</sup> Rechtsphilosophie, a. a. O., S. 311.

<sup>2)</sup> Allg. Staatslehre, S. 11.    <sup>3)</sup> a. a. O., S. 11 f.

keit von Realität und Bedeutung“ im Recht suchen. Wenn er sagt: „Das Recht im sozialen Sinne gilt als „realer“ Kulturfaktor, das Recht im juristischen Sinne als Inbegriff von nur gedachten Bedeutungen“, so sind diese „gedachten Bedeutungen“ jedenfalls nicht als für sich isoliert, wie in einem luftleeren Raum, existierend anzunehmen. Diese „gedachten Bedeutungen“ sind offensichtlich die Bedeutungen jenes „realen“ Kulturfaktors, als welcher nach Lask „das Recht im sozialen Sinne“ gilt, sie stehen und fallen selbstverständlich mit der „Realität“ eben dieses Kulturfaktors. Wie kann man sie daher voneinander trennen? Wenn es richtig ist, wie Lask meint, daß es „nur einerlei Art von Recht: die empirisch, geschichtlich sich entwickelnde Rechtswirklichkeit“ (S. 280) gibt, so handelt es sich bei den Rechtsnormen nicht um „nur gedachte“, sondern zweifellos um „empirische“ Bedeutungen. Würde es sich bei den Rechtsnormen um „nur gedachte“ Bedeutungen handeln, woran könnte man sie von den utopischen Romanen, den Halluzinationen des Fieberkranken, den Wahngewürden des Paranoikers unterscheiden, denen doch gewiß auch „gedachte Bedeutungen“ zukommen? Gegen den Begriff der „nur gedachten Bedeutungen“ als Gegenstand der juristischen Betrachtungsweise erhebt sich derselbe Einwand, wie gegen Max Webers Formulierung dieses Gegenstandes als bloß „ideelle“ Geltung. Ideelle Geltung, nur gedachte Bedeutung kommt allen Rechtsnormen, die je bei irgendeinem Volke auf der Erde in Geltung standen oder in Geltung stehen werden, zu: wie kämen wir von der Feststellung solcher nur gedachten Bedeutungen zur Anwendung derselben auf die „empirische Realität“, in der sich nach Lask das Wesen des Rechts erschöpft? Es fehlte doch jegliches Bindeglied zwischen Bedeutung und Realität!

Wenn Lask weiter meint, es komme dem Juristen „lediglich darauf an, den gedankenmäßigen Inhalt der Normen, die auf Grund sozialtheoretischen Inhalts als „Recht“ erkannt sind, in einen systematischen Zusammenhang zu bringen“ (S. 313), so hätte diese Auffassung einen Sinn, wenn das Rechtsnormensystem ein dauerndes, stabiles, statisches wäre, wenn es sich um die Ausschöpfung eines nach allen Dimensionen genau bestimmten und unverändert bleibenden Gefäßes handelte. In Wirklichkeit verhält es sich aber bekanntlich anders, in Wirklichkeit sind die Lebensverhältnisse in fortwährender, ununterbrochener Änderung, richtiger: Entwicklung, Entfaltung begriffen, und mit ihnen natürlich auch die Rechtsnormen. Wir zitieren einen ganz gewiß unverdächtigen Zeugen: A. Ross, der folgendes sagt: „Es ist unmöglich, innerhalb des Systems des Rechts nur einen einzigen festen Punkt zu finden, von

dem aus die juristische Erkenntnis einen sicheren Weg finden kann. . . Das Rechtssystem ist als ein konkret-individueller Organismus in zwei verschiedenen Augenblicken nicht genau das Gleiche“, ist vielmehr einer „unabgebrochenen Fluktuation“ und „kontinuierlichen Variation“ unterworfen<sup>1)</sup>. Wegen der kontinuierlichen Wandlung der Lebensverhältnisse und damit der Rechtsnormen gehört jedes Rechts„system“, das man in einem gegebenen Zeitpunkt aufstellt, sobald man es aufgestellt hat, schon der Vergangenheit an. Es ist doch ein oft wiederholtes Wort, daß jedes Gesetz im Augenblick seines Inkrafttretens eigentlich schon überholt und veraltet sei. Ist dies aber wahr, so kann die Rechtsanwendung, diese Hauptfunktion des Juristen, doch niemals darin bestehen, daß er — worauf die Ansicht Lasks eigentlich hinausführt —, die Rechtsnormen einem fertig vorliegenden Normensystem, wie der Apotheker seine Chemikalien den verschiedenen Schubladen und Behältern, entnimmt. In jedem Augenblick, mit jedem frischen Rechtsfall erhebt sich die Frage, was „Recht“ sei, von neuem, weil das Leben und mit ihm die Rechtsfortbildung keine einzige Sekunde stillsteht, sondern unablässig vorwärts drängt. Woher wissen wir, was zu dem Inbegriff der „geltenden Normen“ gehört und was nicht? Die schriftliche Fixierung kann gewiß nicht maßgebend sein, weil sie vielleicht nur ein mißglückter Versuch zur In-Geltung-Setzung jener Normen war oder, wenn sie eine Zeitlang eine tatsächliche Geltung verkörpert hat, durch die Verhältnisse nun längst überholt sein kann. Was in den Gesetzbüchern steht, vermittelt nur ein schwaches Bild vom wirklichen Geschehen. Die Konzentrierung auf die Normen ohne steten Zusammenhang mit der Wirklichkeit, ohne stete Kontrolle an der Wirklichkeit führt tatsächlich bei vielen Juristen zu einem bloßen Begriffssport, zu der, mit einem an sich allerdings durchaus verfehlten Schlagwort, nämlich „Begriffsjurisprudenz“, bezeichneten Richtung.

Es ist somit eine unhaltbare Fiktion, die auf Grund einheitlicher Bewußtseinsakte sich vollziehende rechtswissenschaftliche Arbeit einerseits, praktische Rechtsanwendung andererseits als das Ergebnis zweier getrennter wissenschaftlicher bzw. seelischer Funktionen: der „soziologischen“ oder „sozialtheoretischen“ Feststellung der Rechtsnormen und der „juristischen“ Systematisierung der

---

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 286 ff.; vgl. oben S. 115. Freilich hat schon Savigny (Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. A. 1828, S. 11) gewußt: „So wie für diese (d. h. die Sprache), gibt es auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes, es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung des Volkes . . .“

Forschungsergebnisse des Soziologen, hinzustellen. Es wird nicht erst „Recht“ erkannt bzw. es werden nicht erst „Rechtsnormen“ gefunden und diese hinterher „in einen systematischen Zusammenhang“ gebracht, sondern zur Findung jeder einzelnen Rechtsnorm, zur Gewinnung jedes einzelnen rechtlichen Ergebnisses gehört es eo ipso, dieses Ergebnis in höhere und höchste Zusammenhänge einzureihen, zu „systematisieren“. Erst durch diese Einreihung wird ein Gebilde als „Rechtsnorm“ erkannt, erst die Möglichkeit zu einer solchen Einreihung oder Systematisierung legitimiert das Einzelergebnis dazu, als „Recht“ betrachtet zu werden. Lask würde gewiß nicht widersprechen, wenn wir die Erkenntnis im Sinne von Kant allgemein als die Vereinheitlichung aller Einzelbefunde bezeichnen. Warum soll es aber beim Recht anders sein?

Aber wozu eigentlich diese umständliche Beweisführung? Lask hat nämlich bereits selbst das nötige Beweismaterial gegen seine These geliefert, indem er sagte: „Für den Juristen ist darum begrifflich die soziologische oder rechtsgeschichtliche Grenzregulierung eine bloße Voraussetzung und Vorarbeit“ (S. 313). Wie kann man denn zwischen zwei Arbeitsweisen eine „Gegensätzlichkeit“, einen „Methodendualismus“ konstruieren, wenn man selbst ausdrücklich festgestellt hat, daß die eine davon „Voraussetzung und Vorarbeit“ für die andere ist? „Gegensatz“ bedeutet, wie wir oben (S. 181) sahen, eine gegenseitige Unvereinbarkeit, eine Ausschließung des einen durch das andere; zwei Betrachtungsweisen oder Gebiete, von denen eines das andere „voraussetzt“, also sich auf dem anderen aufbaut, bilden unmöglich einen „Gegensatz“ zueinander, sondern vielmehr eine Einheit.

Der angebliche Methoden„dualismus“, wie er nach Max Weber und Lask in der Wissenschaft vom Recht und im Problem der Rechtsgeltung bestehen soll, ist in Wirklichkeit nur eine Methodenschichtung. „Empirische“ und „ideelle“ Geltung, „Realität“ und „Bedeutung“ bilden eine unzertrennliche Einheit.

c) Radbruch und Emge. Diese beiden Autoren unterscheiden drei bzw. vier Geltungsarten: Radbruch: juristische, soziologische und philosophische Geltung, Emge: juristische, soziologische, ethische oder normative und ideale Geltung.

Die „juristische“ Geltung wird von beiden Autoren übereinstimmend (ganz anders als bei Max Weber) als „immanente“ Geltung charakterisiert, als die Tatsache der „logischen Abhängigkeit“ oder Ableitbarkeit des einen Rechtssatzes von einem oder mehreren anderen übergeordneten, ihn stützenden Rechtssätzen

derselben Rechtsordnung oder auch als die Tatsache der Zurückführbarkeit der Akte untergeordneter Organe auf eine „ermächtigende Grundbestimmung“ verstanden<sup>1)</sup>. Allein die von solchen Gesichtspunkten auftauchenden Fragen lassen jegliche Rechtfertigung vermissen, in diesem Zusammenhang von einer besondern „juristischen“ Geltung zu sprechen. Die Verfasser meinen mit diesem Sachverhalt nichts anderes als die logische Folgerichtigkeit oder Widerspruchslosigkeit oder den formalen Wahrheitszusammenhang im Rechtssystem. Logische Folgerichtigkeit oder Widerspruchslosigkeit ist aber das selbstverständliche Postulat, die *conditio sine qua non* jedes Denkens, jeder Erkenntnis, jeder Wissenschaft. Emge selbst kennt den Begriff des „logischen Geltungsgrundes“, „gebildet durch Abhängigkeit mehrerer Sätze voneinander“ und sagt, daß wir diesen „rein logischen Begriff der Geltung bei jeder Einzelwissenschaft“ haben<sup>2)</sup>. Umso weniger haben wir Anlaß, den Begriff einer „juristischen“ Geltung zu prägen, denn damit würde man *nolens volens* zum Ausdruck bringen, daß es im juristischen oder rechtlichen Denken eine besondere Art logischer Folgerichtigkeit gebe, als ob die Logik sich nach jeder Wissenschaft und so auch nach dem rechtlichen Denken besonders richte. Dann müßte man aber entsprechend auch eine chemische, eine physikalische, eine geologische usw. „Geltung“ unterscheiden, was doch offensichtlich ein Unding wäre. Mit dem Ausdruck „immanente“ Geltung sagen Radbruch und Emge nichts anderes, als Burckhardt mit den Worten: „Was folgerichtig ist und was folgewidrig ist, das allein vermag die Rechtswissenschaft aufzuzeigen“<sup>3)</sup>. Dann entfällt aber jeder Grund, für diesen Tatbestand, für den Grundbegriff der Logik, für die Voraussetzung alles Denkens einen besonderen Begriff einzuführen, dem nicht das mindeste spezifisch „juristische“ anhaftet. Für jede Theorie und so auch für diejenige des Rechts gilt die selbstverständliche Forderung der Denkökonomie.

Der „philosophischen“ Geltung Radbruchs entspricht bei Emge die Unterteilung in „ethische oder normative“ Geltung einerseits, „ideale“ Geltung anderseits. Was zunächst diese letzte Einteilung betrifft, so ist Emges Begründung hierfür durchaus unstichhaltig. Wenn Emge die ideale Geltung als die Geltungsart des „richtigen Rechts“ oder „richtigen Gesetzes“, als die Be-

---

<sup>1)</sup> Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 159 ff.; Emge, Über die Zusammenhänge zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft usw., Arch. f. RuWPh. 18, S. 274, 280 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 272 f.

<sup>3)</sup> Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. XI.

zeichnung für den „idealen Charakter der Richtigkeit“ charakterisiert und sagt: „Es gilt eine Bestimmung „ideal“, heißt unmittelbar nichts anderes als: sie ist in concreto so beschaffen, wie sie sein soll“, so können wir beim besten Willen hierin keinen Unterschied gegenüber der „ethischen oder normativen“ Geltung erblicken, die von Emge als die Frage formuliert wird: „Ist die Bestimmung grade ihrer konkreten Beschaffenheit wegen Erkenntnisgrund für ein ‚echtes Sollen‘?“<sup>1)</sup> Für eine nicht kompromißlerische Betrachtungsweise gibt es nur ein „echtes Sollen“: jenes Sollen, das aus der „Richtigkeit“ folgt, und gibt es nur eine Erkenntnisquelle für das „echte Sollen“: die „Richtigkeit“! Wenn Emge freilich der „ethischen Betrachtung“ vorwirft, sie komme „zu dem unrichtigen Ergebnis, daß nur eine richtige Anordnung echt verpflichte“<sup>2)</sup>, so sieht man — ohne sich auf die Frage der Begründetheit dieser Argumentation hier irgendwie einlassen zu müssen — zumindest nicht ein, mit welchem Recht Emge der ethischen Betrachtungsweise den Begriff „ethische Geltung“ entlehnt, um ihn in einem gänzlich gegenteiligen Sinne zu verwenden. Er gebraucht eine ethische Kategorie für einen nach seiner eigenen Voraussetzung der Ethik fremden Tatbestand! Man mag über die Aufgabe der „dogmatischen Rechtswissenschaft“ urteilen, wie man will, man mag mit Radbruch und Emge es als eine Auszeichnung derselben betrachten, wenn man sie in eine „Analogie zur theologischen Dogmatik“<sup>3)</sup> bringen kann — wir sind allerdings ganz anderer Meinung von dieser „Analogie“ —, aber dann fordert doch das selbstverständliche Gebot der Folgerichtigkeit, daß man nicht von einem offensichtlich auf dem Boden einer dogmatisch gebundenen Wissenschaft erwachsenen Standpunkt aus die über diesem gebundenen Standpunkt stehende Auffassung der Ethik vom Wesen der echten Verpflichtung kritisiert und diesen rein ethischen Begriff so umbiegt, bis er sich in jenen dogmatischen Standpunkt hineinfügt.

Wir müssen daher sagen: ist das „echte Sollen“, die „echte Verpflichtung“ nach Emge unabhängig von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Anordnung, dann hat Emge damit diesem Begriff eine ganz andere Bedeutung — eben vom Standpunkt der dogmatischen Rechtswissenschaft — unterlegt, als ihm in der ethischen Betrachtung zukommt, und dann ist die von Emge sogenannte ethische oder normative Geltung nichts Ethisches und nichts Normatives, sondern nichts anderes als die empirische, soziologische

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 278.

<sup>2)</sup> Arch. f. RuWPh. 17, S. 555.

<sup>3)</sup> Arch. f. RuWPh. 18, S. 315.

Geltung. Versteht man dagegen das „echte Sollen“, die „echte Verpflichtung“ wirklich im Sinne der ethischen oder normativen Geltung, so ist sie identisch mit der „idealen“ Geltung. In keinem Fall bildet sie den Gegenstand einer besonderen Geltungsart.

Es bleiben somit von den behaupteten drei bzw. vier nur zwei Geltungsarten: die „ideale“ Geltung im Sinne Emges oder die „philosophische“ im Sinne Radbruchs einerseits, die „soziologische“ Geltung andererseits. Man kann nun natürlich diesen beiden Autoren das Recht, die ideale bzw. philosophische Seinsart des Rechts auch als „Geltung“ zu bezeichnen, nicht verwehren. Allein es handelt sich dabei um so verschiedenartige Gesichtspunkte, daß dieses Vorgehen höchst unzweckmäßig erscheinen muß, weil es einer bedauerlichen Begriffsverwirrung Vorschub leistet. Dieser Sprachgebrauch kann, ja wird häufig zur Folge haben, daß von einem und demselben Tatbestand zwei kontradiktorische Urteile möglich sind: „Diese Rechtsnorm gilt“ und „sie gilt nicht“ — eine Konsequenz, die schon vom rein logischen Gesichtspunkt sich durchaus verbietet. Es handelt sich um zwei ganz heterogene Problemstellungen. Mit der einen meint man die rein empirische Frage: wie verhalten sich oder nach welchen Regeln des Handelns richten sich faktisch die Glieder einer konkreten Gesellschaft, was gilt für sie tatsächlich? Mit dem anderen Gesichtspunkt dagegen meint man die Frage: was soll für diese Menschen maßgebend sein, wenn sie ihr Verhalten im Sinne des richtigen Rechts, der idealen Art des menschlichen Zusammenlebens richten würden? Der Begriff der Geltung, wegen seiner Unklarheit geradezu ein Danaergeschenk der Philosophie, ist so verwirrend, daß man ihn möglichst einschränkend gebrauchen sollte, statt auf so verschiedene Dinge, wie die hier in Frage stehenden, auszudehnen. „Der Geltungsbegriff ist ein charakteristischer Relationsbegriff; er hat das Dasein vernehmender und anerkennungsfähiger Subjekte zur Voraussetzung“<sup>1)</sup>. So wenig die Wahrheit von Sätzen aber in ihrer Geltung besteht<sup>2)</sup>, so wenig besteht das ideale Sein überhaupt und somit auch das ideale Sein des Rechts, die Richtigkeit des Rechts, in einer „Geltung“. Für das geltende Recht freilich ist die Geltung ein wesentliches Begriffsmerkmal<sup>3)</sup>. Die Richtigkeit des „idealen“, d. h. nichts anderes als des an sich richtigen Rechts dagegen hat

<sup>1)</sup> H. Scholz, Zur Analysis des Relativitätsbegriffs, Kant-Studien 27, S. 372.

<sup>2)</sup> Vgl. Scheler, Der Formalismus in der Ethik, Jahrbuch II, S. 189, N. 1.

<sup>3)</sup> Vgl. Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 98, sowie Sauer, Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, S. 222.

mit seiner „Geltung“ nichts zu tun, sie ist auch dann vorhanden, wenn das gerade Gegenteil von ihr „gilt“, wenn sie überhaupt nicht erkannt wird. Wir verweisen wiederholt auf die Worte Leibnizens (oben S. 137). Es handelt sich um zwei ganz verschiedene Seinschichten und entsprechend um ganz verschiedene Denkdimensionen. Etwas kann bei diesen oder jenen Menschen „gelten“, d. h. als richtig betrachtet, anerkannt, geglaubt, befolgt werden, ohne richtig, ohne als etwas Richtiges zu sein, und es kann etwas richtig sein, ohne deshalb bei den Menschen als ein richtiges Sein zu gelten. Die Bezeichnung beider Existenzarten mit demselben Begriff der Geltung verfälscht sowohl den Begriff des geltenden, als auch denjenigen des richtigen Rechts. Vom Standpunkt des letzteren ist zu sagen, daß die Verbindung der idealen Seinsart mit dem Begriff der Geltung eine Relativierung des idealen Seins bedeutet, die man nicht energisch genug zurückweisen kann, weil sie den ganzen Sinn des Begriffs ideales Sein vollkommen zerstört und in die Abhängigkeit vom empirischen Sein hinunterreißt.

Radbruch selbst setzt an einer Stelle der „Geltung“ die „Gültigkeit“ entgegen<sup>1)</sup>. Der letzte Begriff ist in der Tat sehr geeignet, die Seinsweise des richtigen Rechts gegenüber derjenigen des empirischen Rechts zu kennzeichnen und sollte unbedingt hierfür verwendet werden<sup>2)</sup>. Wenn Emge bemerkt, daß die Unterscheidung von Geltung und Gültigkeit sich nicht durchgesetzt hat<sup>3)</sup>, so ist dies kein Grund, diese Unterscheidung nicht immer wieder mit allen Mitteln zu fördern. Es handelt sich hier nach dem Ausgeführten keineswegs um eine bloß terminologische Angelegenheit. Die Vereinigung zweier so grundverschiedener Bedeutungen unter demselben Begriff hat im unmittelbaren Gefolge eine Vermengung und Verwirrung der Dinge selbst.

Der Begriff der Rechtsgeltung geht auf die Frage: worin besteht und worauf beruht die faktische Maßgeblichkeit einer empirischen Rechtsordnung für einen bestimmten Kreis von Rechtsgenossen, was wird bei diesen Menschen tatsächlich als das Seinsollende betrachtet, was ist das empirische Sollen in diesem Rechtskreis? So gut es in einer bestimmten Gesellschaft nur eine empirisch geltende Rechtsordnung gibt, so kann auch die Geltung dieser

---

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 170.

<sup>2)</sup> Diesbezüglich ist vor allem darauf hinzuweisen, daß man bei den Urteilen nicht von „Allgemeingeltung“, sondern von „Allgemeingültigkeit“ spricht.

<sup>3)</sup> a. a. O., 18, S. 271.

geltenden Rechtsordnung selbstverständlich nur ein einheitliches psychologisch-soziologisches Phänomen bilden.

## 2. Die übrigen (monistischen) Geltungstheorien.

In der Regel wird denn auch (auch von den Autoren, die der heute allgemein anerkannten Lehre gemäß vom Methodendualismus zwischen juristischer und soziologischer Betrachtungsweise des Rechts, ausdrücklich oder stillschweigend, ausgehen) die Geltung richtigerweise als ein einheitliches Phänomen, als die Relation zwischen dem empirisch geltenden Recht und den Menschen, für die es empirisch „gilt“, aufgefaßt.

Wie nun diese Relation im einzelnen zu verstehen ist, bildet die große Scheidewand der Juristengeister. Auf der einen Seite haben wir die Ansichtengruppe, welche die Geltung des Rechts auf den Akt seiner „Setzung“, auf den „rechtsetzenden Willen“, auf den „Willen des Staates“ oder auf die „staatliche Macht“, auf den staatlichen „Zwangsapparat“ oder die staatliche „Organisation“ u. dgl. zurückführt. Außer der bereits erörterten Theorien von Kelsen, Burckhardt, Schindler gehört hierher etwa die Ansicht von F. Münch: „Das Recht ist genetisch ein Machtphänomen“<sup>1)</sup>. Oder die von Max Weber, wonach für den Begriff Recht „die Existenz eines Erzwingungs-Stabes entscheidend“ ist<sup>2)</sup>. Oder diejenige von F. Haymann: „Das Bereich des Juristen ist überall dort, wo das Faktum einer erfolgreich aufgerichteten selbständigen Herrschaft von Menschen über Menschen besteht. Rechtlich gelten bedeutet innerhalb der Schranken unserer Wissenschaft nicht mehr und nicht weniger als dem Willen jener obersten Gewalt entsprechen“<sup>3)</sup>. Oder die von P. Kretschmar: „Das Gesetz will nicht erkennen, sondern herrschen“<sup>4)</sup>.

Dieser etatistisch-positivistischen Betrachtungsweise steht die psychologisch-soziologische gegenüber, die ihren geschichtlich wohl berühmtesten Ausdruck in den Worten Savignys gefunden hat: „Die Summe dieser Ansicht also ist, daß alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende, Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, d. h. daß es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Kultur und Recht, 1918, S. 17.      <sup>2)</sup> a. a. O., S. 18.

<sup>3)</sup> Kants Kritizismus und die naturrechtlichen Strömungen der Gegenwart, 1924, S. 23.      <sup>4)</sup> Über die Methode der Privatrechtswissenschaft, 1914, S. 37.

<sup>5)</sup> a. a. O., S. 13 f.

## B. Das Wesen der Rechtsgeltung.

Die erste Voraussetzung für eine sachgemäße Behandlung des Geltungsproblems ist die Vergegenwärtigung des meistens unbeachtet bleibenden Umstandes, daß die gewöhnlich als gleichbedeutend verwendeten Begriffe „Recht“ und „Rechtsordnung“ sich keineswegs decken<sup>1)</sup>, daß der Begriff des Rechts in Wirklichkeit zwei ganz verschiedene Dinge umfaßt (vgl. oben S. 35 ff., 83 ff.): das tatsächliche regelmäßige soziale Verhalten und die (empirischen) Normen für dieses Verhalten. Versteht man, wie es normalerweise geschieht, unter der „Rechtsordnung“ den Inbegriff der geltenden Rechtsnormen<sup>2)</sup>, so ist der Rechtsordnung die Rechtswirklichkeit (oder, wie ein anderer häufig hierfür verwendeter Ausdruck lautet: das Rechtsleben) entgegenzusetzen und „Recht“ eigentlich nur als Oberbegriff für beides zu verwenden.

Der Begriff der Geltung bezieht sich nun streng genommen nur auf die Rechtsnormen bzw. deren Inbegriff, die Rechtsordnung. Eines Beweises bedarf diese Behauptung um so weniger, als mit geringfügigen Ausnahmen für die bestehenden Rechtstheorien das Wesen des Rechts sich überhaupt nur in den Rechtsnormen erschöpft und an das tatsächliche soziale Verhalten beim Gebrauch des Begriffs Recht normalerweise gar nicht gedacht, die Rechtswirklichkeit von den Juristen und Rechtsphilosophen meistens nicht zum „Recht“ gezählt wird.

Fragen wir nun, worin die Geltung einer Rechtsnorm oder einer ganzen Rechtsordnung besteht, so ist es für uns gemäß unseren früheren Ausführungen von vornherein klar, daß es sich hier um ein der Wahrscheinlichkeitsgesetzlichkeit unterstehendes soziales Phänomen, um eine Wahrscheinlichkeitsfunktion handeln muß. Wir verstehen mit Max Weber unter der Geltung einer Ordnung die „Chance“, daß „Handeln, insbesondere soziales Handeln und wiederum insbesondere eine soziale Beziehung von seiten der Beteiligten an der Vorstellung“ von der „Legitimität“, d. h. „Vorbildlichkeit oder Verbindlichkeit“ der betreffenden Ordnung „orientiert“ wird<sup>3)</sup>.

Freilich bedarf diese Definition sofort der, auch von Weber vorgenommenen, Ergänzung durch die Feststellung, daß „tatsächlich die Orientierung des Handelns an einer Ordnung naturgemäß bei den Beteiligten aus sehr verschiedenen Motiven“ statt-

<sup>1)</sup> Vgl. Darmstaedter, Recht und Rechtsordnung, S. 17 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Darmstaedter, a. a. O., S. 18.

<sup>3)</sup> a. a. O., S. 16.

findet <sup>1)</sup>, daß „die breiten Schichten der Beteiligten sich der Rechtsordnung entsprechend (verhalten), entweder weil die Umwelt dies billigt und das Gegenteil nicht billigt, oder nur aus stumpfer Gewohnheit an die als Sitte eingelebten Regelmäßigkeiten des Lebens, nicht aber aus einer als Rechtspflicht gefühlten Obödienz“ <sup>2)</sup>. Unter solchen Umständen muß die Formulierung Webers in folgendem Sinn erweitert werden: Geltung einer Rechtsordnung ist ihr Entsprechen der faktischen durchschnittlichen Lebensbetätigung der Gemeinschaftsglieder und daher die Chance oder Wahrscheinlichkeit, daß, soweit das soziale Handeln der Rechtsgenossen bewußt orientiert wird, diese Orientierung an der Vorstellung der Verbindlichkeit oder Vorbildlichkeit der betreffenden Ordnung erfolgt.

Nur diese Auffassung der Geltung vermag die endlosen Kontroversen und unüberwindlichen Schwierigkeiten, die sich an dieses Problem geheftet haben, ohne Fiktionen zu überwinden. Sie befreit uns vor allem von den Fiktionen der Anerkennung und der allgemeinen Gesetzeskenntnis jedes Rechtsgenossen, von welcher letzterer noch E. Jung gemeint hat, daß wir ohne sie „ja doch nicht auskommen“ <sup>3)</sup>. Damit ein Rechtsgenosse sein soziales Verhalten im Sinne einer bestimmten Rechtsnorm orientiert, braucht er sie gar nicht ausdrücklich zu kennen und noch weniger „anzuerkennen“ und bewußt zu „befolgen“. Er kann sich aus den verschiedensten Motiven im Sinne dieser Rechtsnorm verhalten, und er kann, ohne sie irgendwie anzuerkennen, ja sogar zähneknirschend und sie verfluchend, trotzdem in ihrem Sinne handeln. So lange er dies aber tut, „gilt“ die betreffende Norm.

Von der Tatsache der Geltung im ausgeführten Sinn ist zu unterscheiden der Grund der Geltung, der Grund der Existenz der Wahrscheinlichkeit, daß das Verhalten der Rechtsgenossen bewußt oder unbewußt im Sinne einer Ordnung verläuft. In dieser Hinsicht nun scheinen Webers Anschauungen soziologisch nicht zu Ende gedacht zu sein. Wenn er „eine wesentliche Komponente des realen empirischen Inslebentretens und auch des Fortbestandes einer Rechtsordnung“ darin erblickt, „daß irgendwelche Menschen sich in einer bestimmten Art verhalten, weil sie dies als durch Rechtsätze so vorgeschrieben ansehen“ <sup>4)</sup> — so ist dies gewiß nicht falsch. Es bedeutet sachlich dasselbe, wie Darmstaedters Ausführung: „Das Gegebensein der Rechtssätze der geltenden Rechtsordnung

<sup>1)</sup> Weber, a. a. O., S. 16.      <sup>2)</sup> a. a. O., S. 369.

<sup>3)</sup> Das Problem des natürlichen Rechts, S. 163.

<sup>4)</sup> a. a. O., S. 369.

als heteronome Normen für irgendeinen Menschen ist unweigerlich verknüpft mit der Voraussetzung ihres Gegebenseins als autonome Normen für andere Menschen“<sup>1)</sup>. Aber dieses autonome Gegebensein, diese Vorstellung der Verbindlichkeit der Normen umschreibt immer nur die Geltung als solche, nicht den Geltungsgrund. Dieser nun beruht in der durchschnittlichen Lebensbetätigung, in der Lebens- und Geistesatmosphäre der betreffenden Gemeinschaftsglieder. Ein Gesetz, wenn es dem geltenden Recht entspricht, verlangt nicht deshalb „Befolgung“ von seiten der Rechtsgenossen und beansprucht nicht deshalb das Recht der Anwendung auf Streitigkeiten der Rechtsgenossen, weil es von diesen die bewußte „Kenntnis“ der Rechts„normen“ voraussetzt bzw. fingiert, sondern weil es selbst seine Entstehung und seine Geltung eben der Lebensbetätigung der Gesamtheit der Rechtsgenossen verdankt, die es jetzt von jedem einzelnen dieser Rechtsgenossen fordert. Das Gesetz verlangt von den einzelnen Rechtsgenossen nicht „Kenntnis“ und nicht „Befolgung“ des „Gesetzes“, sondern es verlangt von ihnen eben jene soziale Lebensbetätigung, deren Funktion, deren Exponent es selbst ist. Als Funktion der Gesamtheit erwartet und verlangt das Gesetz von jedem Einzelnen die dem durchschnittlichen sozialen Geschehen entsprechende gesellschaftliche Haltung.

Nichts anderes als diese Auffassung liegt der oben wiedergegebenen Äußerung Savignys zugrunde, wonach alles Recht „durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“ entsteht. Nichts anderes meinte auch Windscheid mit den Worten: „Alle Gesetzbücher ruhen auf dem zur Zeit ihrer Abfassung geltenden Recht; ihre Grundlage ist das geltende Recht. ... Das ist freilich eine Einsicht, die immer Mühe gehabt hat, durchzudringen; für den sogenannten gesunden Menschenverstand ist jedes Gesetzbuch ein Bruch mit der Vergangenheit, und die Geschichte lehrt, daß auch in der Wissenschaft diese Auffassung kürzere oder längere Zeit die Herrschaft zu führen pfl egt. Das ist die Periode der sogenannten Auslegung des Gesetzbuchs aus sich selbst. Aber die Geschichte lehrt auch, daß diese Periode eine vorübergehende ist, und der Isolierungsmethode gegenüber sich die geschichtliche Methode Bahn bricht“<sup>2)</sup>. Und nichts anderes besagt die Lehre Oskar Bülow's: „Durch das Gesetz bestimmt die Staatsgewalt, was als Recht gelten soll ... Aber es ist noch kein geltendes Recht, es ist nur ein Plan, nur der Entwurf einer

<sup>1)</sup> Recht und Rechtsordnung, S. 60.

<sup>2)</sup> Recht und Rechtswissenschaft, Rektoratsrede, 1884, S. 26 f.

zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung, was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen vermag<sup>1)</sup>. „Der Gesetzgeber bringt nicht selber die Rechtssubstanz hervor. Er gibt nur die Weisung, wo sie zu finden und wie sie zu formen ist. Das Recht liegt nicht für jedermann bequem erreichbar auf der Oberfläche: es ist in dem Ganzen des Volks- und Staatslebens verborgen, tief eingesenkt in die Vergangenheit des Volkes, der Völker“<sup>2)</sup>.

Dasselbe lehren Stammler und Egger, der erste mit den Worten: „Der Gesetzgeber vermag gar nichts anderes, als auf Grund überlieferter Tatbestände einiges zu berichtigen und zu verbessern. Er ist darauf angewiesen, den ihm überlieferten Stoff auswählend zu bearbeiten, er bleibt vor allem an die Beschaffenheit der Menschen seines Kreises, wie sie gerade sind, als Gegenstand seines jetzigen Eingreifens gebunden, an ihre Überlieferungen und die ihnen entspringenden Ziele und Triebfedern“<sup>3)</sup>, und Egger, wenn er sagt: der Gesetzgeber ist „nicht der Herr, sondern der Diener. Er spricht die Rechtsgedanken nur aus, er erzeugt sie nicht. Sie sind schon vorhanden, vor ihm, unabhängig von ihm“<sup>4)</sup>.

In dieselbe Richtung weist Duguit: „La loi positive est un document pour le juriste, une limite pour le juge et l'administrateur. Cela veut dire, d'abord, que les droits de libre critique du juriste demeurent intangibles, qu'il ne doit pas voir dans un texte de loi une règle de droit parce que ce texte est la loi, qu'il doit rechercher par tous les procédés d'une bonne méthode critique quelle est la véritable règle de droit et dire nettement, avec une entière indépendance, si le texte promulgué exprime ou non une norme juridique existant réellement, s'il édicte des règles constructives en harmonie avec ce qui est le droit. Je ne saurais trop protester contre la tendance . . . d'après laquelle toute disposition régulièrement émanée de l'organe législatif d'un pays est une norme de droit devant laquelle le juriste doit s'incliner sans mot dire“<sup>5)</sup>. Und ähnlich Roß: „Das geschriebene und logisch formulierte Recht muß als das sekundäre betrachtet werden“<sup>6)</sup>.

Dieselbe Auffassung liegt der von verschiedenen Autoren vertretenen Ansicht zugrunde, daß das Recht eine Art der Sitte

<sup>1)</sup> Gesetz und Richteramt, 1885, S. 2 f.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 47 f.

<sup>3)</sup> Lehrbuch der Rechtsphilosophie, § 172.

<sup>4)</sup> Kommentar z. Schweiz. ZGB., I, 2. A. 1930, S. 24.

<sup>5)</sup> Traité, I, S. 174 f.

<sup>6)</sup> a. a. O., S. 288.

oder ein auf der Sitte <sup>1)</sup> oder Gewohnheit <sup>2)</sup> beruhendes Gebilde sei, wie auch der so häufig wiederkehrenden Forderung nach „volkstümlichem“ oder nach „geschichtlich gewachsenem“ Recht, nach der Übereinstimmung der Gesetzgebung und Rechtsprechung mit dem „natürlichen Empfinden des Volkes“ oder mit „den im Volk lebenden Anschauungen“ <sup>3)</sup>. Und dasselbe meinen schließlich Reichel, wenn er die Entscheidung contra legem befürwortet unter der Voraussetzung der „begründeten Hoffnung auf die demnächstige Bildung eines derogierenden Gewohnheitsrechtes“ <sup>4)</sup> und W. Jellinek, wenn er als „das Ideal der Rechtsprechung die durchgängige Übereinstimmung bei der Entscheidung gleichliegender Fälle“ bezeichnet und daraus für den Richter die Forderung ableitet, jene Entscheidung zu treffen, „die die größte Aussicht auf Einhelligkeit für sich hat“ <sup>5)</sup>.

Was lehren alle diese Juristen, von Savigny bis W. Jellinek? Sie vertreten, was manchem im ersten Augenblick als eine unmögliche Behauptung erscheinen wird, im Grunde eine durch und durch psychologisch-soziologische Rechtsauffassung. Das Wesen derselben erblicken wir, im Anschluß an die im ersten Teil entwickelten Lehren von Paulus, Goethe, Karl Marx, G. F. Lipps und teilweise Ehrlich und Jung, darin, daß sie die geltenden Rechtsnormen als eine Funktion der durchschnittlichen faktischen (bewußten und noch mehr unbewußten) Lebensbetätigung, das empirische Sollen als eine Funktion des durchschnittlichen empirischen, geschichtlich gewordenen und gewachsenen Seins betrachtet.

Was folgt aus dieser psychologisch-soziologischen Rechtsauffassung? Zunächst methodologisch, daß das Postulat der Trennung der Rechtserforschung in eine „juristische“ und eine „soziologische“ Betrachtungsweise ein sinn- und aussichtsloses Beginnen ist. Die Einschränkung der Rechtswissenschaft auf die Betrachtung der Rechts„normen“ bedeutet genau dasselbe, wie wenn einer Naturwissenschaft oder einer Gruppe von Naturwissenschaften als Gegenstand die Erforschung bloß der „Gesetze“ der Natur ohne Berücksichtigung der Natur selbst vorgeschrieben würde, ein Unding, das auf dem Gebiete der Naturwissenschaften nicht einmal auf-

<sup>1)</sup> Vgl. Sauer, Grundlagen der Gesellschaft, S. 12, Lehrbuch, S. 218; Telders, Der Begriff des positiven Rechts, Logos 19, S. 136.

<sup>2)</sup> Vgl. Adolf Merkel, Jurist. Enzyklopädie, 5. A. 1913, S. 71; Alf Roß, a. a. O., S. 311.

<sup>3)</sup> Egger, Schweiz. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, Rektoratsreden, 1913, S. 26.

<sup>4)</sup> Gesetz und Richterspruch, S. 145.

<sup>5)</sup> Schöpferische Rechtswissenschaft, Rektoratsrede, 1928, S. 9.

tauchen kann. Gewiß, man hat den Begriff der „deskriptiven“ Wissenschaften geprägt und wollte darunter die bloße Sammlung und Beschreibung von Tatsachen, ohne jegliche Erklärung und Deutung, verstehen. Es ist sehr fraglich, ob eine solche Scheidung wirklich durchführbar ist; viele Autoren bestreiten deren Möglichkeit. Das eine ist aber jedenfalls sicher: daß es ein Ding der Unmöglichkeit, ein in sich selbst widerspruchsvolles Beginnen ist, am anderen Ende anzufangen und „Gesetze“ und „Normen“ erfassen und erforschen zu wollen, ohne gleichzeitig den Gegenstand, die Materie, die Realität, auf die sich diese Gesetze und Normen beziehen, ins Auge zu fassen. Nur in der Bezugnahme auf einen bestimmten Gegenstand, eine bestimmte Materie, eine bestimmte Realität können Gesetze und Normen bestehen; es gibt keine Gesetze und Normen an sich, ohne diese Bezugnahme. Und was für die Rechtsnorm gilt, gilt auch oder erst recht für die „Entscheidungen“. So wenig das Recht durch die Normen erschöpfend erfaßt wird, so wenig oder noch weniger wird es, wie Isay glaubt, durch „die Gesamtheit der Entscheidungen“ dargestellt<sup>1)</sup>. Abgesehen von der gegen diese Ansicht bereits von Ehrlich vorweggenommenen Kritik<sup>2)</sup>, ist zu sagen, daß, so wenig die Normen, so wenig auch die Entscheidungen „das Recht“ bilden, sie vielmehr bloß die Funktion des geltenden Rechts sind.

Für das Verhältnis zwischen dem geltenden Recht und dem Gesetz ergibt sich folgendes:

Wir ziehen lediglich die logisch unausweichliche Konsequenz aus den oben angeführten Äußerungen von Savigny bis W. Jellinek, wenn wir erklären, daß das Gesetz (im Sinne der gesetzten Rechtsnormen) als solches überhaupt keine Rechtsquelle ist<sup>3)</sup>. Wir bringen bloß alle diese Lehren auf denselben Nenner und auf eine exakte logische Formel, wenn wir sagen, daß das schriftlich fixierte Gesetz nur eine „Annahme“ (im Sinne der österreichischen philosophischen Schule), nur eine „Setzung“ (im Sinne von W. Freytag<sup>4)</sup>) ist. Ob diese Annahme, diese Setzung von etwas als gelten sollendem Recht wirklich „geltendes“ Recht ist, das wird erst später durch die Rechtsprechung und das faktische rechtliche Geschehen entschieden.

Worauf kommt es bei dieser Entscheidung an? Darauf, ob die fraglichen Normen oder Normenkomplexe der durchschnittlich

<sup>1)</sup> Rechtsnorm und Entscheidung, S. 29.

<sup>2)</sup> Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 400.

<sup>3)</sup> Ebenso auch Hans Fehr, Recht und Wirklichkeit, S. 25.

<sup>4)</sup> Der mat. und d. form. Wahrheitszusammenhang, a. a. O., S. 73.

herrschenden Lebens- und Geistesatmosphäre entsprechen, sich der durchschnittlichen empirischen (autonomen, nicht etwa einer mit dem Bewußtsein des Aufgezwungenseins ertragenen) Lebensbetätigung der maßgebenden Rechtsgenossen anschließen, sich irgendwie in sie einfügen oder die nach Ausdruck ringenden Keime der Entwicklung richtig erfassen. Ein Gesetz wird nur dann zum „geltenden Recht“, wenn es sich darstellt als „ein formelhafter Niederschlag konkreter Rechtsverwirklichungen“<sup>1)</sup>. Wenn wir verhältnismäßig selten eine auffallende Diskrepanz zwischen den Gesetzen und der Rechtswirklichkeit vorfinden, so kommt dies nur daher, daß, wie Sauer sehr treffend ausführt, der Gesetzgeber vor dem Erlaß eines Gesetzes „ungezählte Probewertungen“ vornimmt; „er ahnt die konkreten Entscheidungen der Behörden und die Entschlüsse der Privaten gewissermaßen voraus und legt sich fortwährend die Frage vor, ob solche Entschlüsse, wie sie die Behörden und die Privatpersonen auf Grund der zu schaffenden Gesetze treffen müssen, der Generalisierung . . . fähig sind“<sup>2)</sup>. Mit Ross sagen wir daher, daß „in letzter Instanz alles Recht Gewohnheitsrecht“ ist<sup>3)</sup>.

Worin besteht nun das Gewohnheitsrecht? Die überwiegende Lehrmeinung macht es von zwei Merkmalen abhängig: von der andauernden Übung und der *opinio necessitatis*. Die Notwendigkeit der letzteren wurde in neuerer Zeit vor allem von Danz<sup>4)</sup> und Isay<sup>5)</sup> bestritten, dagegen z. B. von Reichel<sup>6)</sup> und Egger<sup>7)</sup> lebhaft verteidigt. Was zunächst Isay betrifft, so bewegen sich seine Ausführungen im Zirkel, indem er die Lehre von der *opinio necessitatis* als auf einer reinen Fiktion beruhend dadurch bekämpft, daß er sie durch die Meinung ersetzt, die nötige qualifizierte Übung müsse „eine auf dem Rechtsgefühl beruhende Übung“ sein. Das „Rechtsgefühl“ ist gar nichts anderes als eine Charakterisierung der *opinio necessitatis* durch einen gefühlsmäßigen Faktor, während nach Isay dem Begriff der *opinio necessitatis* eine rationale Auffassung des Sollens zugrunde liegt. Selbst wenn diese Meinung Isays zu Recht bestünde und er der Lehre von der *opinio necessitatis* nicht zu Unrecht eine „rationale“ Auffassung, die diesem Be-

<sup>1)</sup> Sauer, Die Wirklichkeit des Rechts, Arch. f. RuWPh. 22, S. 35.

<sup>2)</sup> Sauer, a. a. O., S. 35.

<sup>3)</sup> a. a. O., S. 311; nur steht es im Widerspruch hierzu, wenn Roß die Tätigkeit des Richters eine „rechtschaffende“ nennt (S. 283 ff.).

<sup>4)</sup> Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. A. 1911, S. 131.

<sup>5)</sup> a. a. O., S. 235.      <sup>6)</sup> Gesetz und Richterspruch, S. 99 f.

<sup>7)</sup> Komm. z. Schweiz. ZGB., I, 2. A. 1930, S. 55 f.

griff an sich keineswegs anhaftet, unterstellte, so würde es sich doch nur um zwei ganz untergeordnete Varianten handeln, die am Problem selbst nicht das geringste ändern. „Rechtsgefühl“ wie „*opinio necessitatis*“ sind beides Bewußtseinsfaktoren, in dem einen wie in dem andern Falle wird in gleicher Weise die Entstehung des Rechts als eines Seins auf das Bewußtsein zurückgeführt, werden dem Bewußtsein geheimnisvolle „schöpferische“ Fähigkeiten zugeschrieben. Ob man diese schöpferische Fähigkeit als *opinio necessitatis* oder als Rechtsgefühl bezeichnet, ändert an der Gesamtheit des Problems nicht das geringste. Die entscheidende, zentrale Frage für die ganze Rechtstheorie ist immer nur die: wird Recht „gefunden“ oder bewußt „gemacht“, „erschaffen“? Ob das Bewußtsein „Gefühl“ oder „Verstand“ oder „Wille“ genannt wird, ist für dieses grundsätzliche Problem gleichgültig.

Wir werden prinzipiell der Auffassung zustimmen, daß der bewußten Rechtsbildung die *opinio necessitatis* eigen ist. Aber es ist ein Irrtum, wenn man glaubt, in diesem Begriff ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte finden zu können. Die *opinio necessitatis* begleitet jede faktische soziale Lebensbetätigung, jede soziale Übung, jede Sitte und Gewohnheit. Wir haben bereits oben (S. 101 f.), im Anschluß an G. F. Lipps und F. W. Jerusalem, darauf hingewiesen, daß allem auch nur einmal vollzogenen Wirken, in der Körperwelt wie bei den Lebewesen, aller auch nur einmal erfolgten Lebensbetätigung die Tendenz der Wiederholung, damit der Verfestigung und damit wiederum der Bildung von Gesetzmäßigkeiten, demnach auf dem Boden des sozialen Handelns die Tendenz der Entstehung eines empirischen Sollens innewohnt. Hans Fehr hat mit Recht bemerkt, daß in Zeiten der Revolution Gewohnheitsrecht in Tagen, ja in Stunden entstehen kann<sup>1)</sup>. So wird auch jede Verkehrssitte, jede tatsächliche Übung in einem kleineren oder größeren Kreise, sobald sie bewußt geübt wird, die *opinio necessitatis* für sich anrufen können. Die *opinio necessitatis* ist nicht etwas der Gewohnheit Transzendentes, das erst zur tatsächlichen Betätigung aus einer der Betätigung selbst fremden und gar überlegenen Sphäre hinzutritt und so Recht von Sitte scheidet. Sie wächst vielmehr aus der faktischen Betätigung selbst heraus und ist mit ihr so lange organisch verbunden, bis eine (allmähliche oder plötzliche, z. B. unter der Einwirkung einer Revolution einbrechende) Änderung dieser Lebensbetätigung die *opinio necessi-*

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 26 f.

tatis auflockert oder plötzlich beseitigt, um einer anderen Rechtsüberzeugung Platz zu machen. Verkehrssitte ist Gewohnheitsrecht, weil ihr die *opinio necessitatis* mit der Übung auch zukommt.

Wir werden somit abschließend sagen:

Besteht die Rechtsgeltung, wie wir fanden, in der Wahrscheinlichkeit, daß das soziale Verhalten, soweit es bewußt vor sich geht, sich an der Vorstellung von der Verbindlichkeit der betreffenden Rechtsordnung oder Rechtsnorm orientiert, so ist unter dem geltenden Recht zu verstehen:

das wirkliche soziale Leben, die durchschnittliche (bewußte und unbewußte) faktische soziale Lebensbetätigung der für die betreffende, sei es die umfassendste, sei es eine (als Sitte, Verkehrsübung, kaufmännische Usanz usw.) partielle soziale Lebensgestaltung maßgebenden Glieder einer größeren oder kleineren Gemeinschaft, das auf Grund des bisherigen durchschnittlichen Geschehens gemäß der Wahrscheinlichkeitsgesetzlichkeit zu erwartende künftige soziale Verhalten jedes einzelnen Rechtsgenossen und (als Recht im engeren Sinne oder als Rechtsordnung) der Inbegriff der diese Geschehenswahrscheinlichkeit zum Ausdruck bringenden, eine Funktion des durchschnittlichen sozialen Geschehens bildenden sozialen Regeln.

#### IV. Das Problem des Rechts an sich.

Der Dualismus im Recht ist kein Dualismus der Methode, kein Dualismus der bloßen Geltung, kein Dualismus von Soziologischem und Normativem. Alle diese angeblichen Dualismen sind immer nur Konstruktionen und Fiktionen der Theorie. Der wirkliche und grundlegende Dualismus im Recht ist derjenige, der seinen Ausgangspunkt vom Begriff des geltenden Rechts nimmt und danach fragt, ob es noch ein anderes Recht gibt, als das „geltende“. Freilich ist unter diesem Dualismus in unserem Sinne nicht etwa ein logischer „Gegensatz“ zu verstehen, als ob das eine das andere begrifflich ausschliesse; es handelt sich logisch vielmehr um eine Kreuzung, um zwei sich schneidende Kreise, so daß die Umfänge beider Begriffe bzw. beide Kreisflächen sich teilweise decken. Mit dem Begriff Dualismus im Recht meinen wir die Tatsache, daß das rechtliche Denken von zwei grundlegenden Fragestellungen beherrscht wird, von denen keine auf die andere zurückführbar ist und jede eine besondere Antwort erfordert.

Das geltende Recht ist, wie uns von den Juristen und Rechtsphilosophen immer wieder versichert wird, ein „Machtphänomen“, das Faktum einer „Herrschaft von Menschen über Menschen“<sup>1)</sup> oder „nur das Ergebnis politischer Bestrebungen“<sup>2)</sup>, ein Recht, das „rechtlich zu nichts verpflichtet“<sup>3)</sup>. Es ist nicht nur „historisch“ geworden, was für alles menschliche Sein und Bewußtsein selbstverständlich ist, sondern es ist auch in seiner Geltungsbegründung historisch: es beansprucht zu gelten, weil es bisher so war; es ist nicht nur historisch, es ist auch traditionell. Sein „Sollen“ folgt aus dem bisher gelebten Sein, mag auch dieses „bisher“ noch so kurz gewesen sein. Das ist nicht etwa nur unsere eigene Theorie; wir verwelsen auf die vielen oben angeführten Zitate und erinnern hier bloß an den Ausspruch Stammers:

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 211.

<sup>2)</sup> So Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 67.

<sup>3)</sup> So Binder (Philosophie des Rechts, S. 746 ff.), damit den Nagel auf den Kopf treffend. Wie soll denn auch „Macht“, „Gewalt“, „Zwang“ die Fähigkeit besitzen, innerlich zu „verpflichten“!

„Der Gesetzgeber vermag gar nichts anderes, als auf Grund überlieferter Tatbestände einiges zu berichtigen und zu verbessern.“

Zum Wesen des geltenden Rechts gehört es begrifflich weiter, daß es kritiklos ist (womit wir keineswegs behaupten wollen, daß es deshalb schon immer oder notwendig unrichtiges Recht sei). Es ist unkritisch, weil es ein rein faktisches Geschehen ist und seine Normen nur ein Ausfluß aus diesem Geschehen sind. Es ist gläubig, es glaubt mit Selbstverständlichkeit an sich selbst, und alles Glaubensmäßige ist natürlich unkritisch.

Wenn Max Salomon<sup>1)</sup> und Egger<sup>2)</sup> das in der ersten Fassung des „Grünen Heinrich“ enthaltene (in der zweiten Fassung des Romans bezeichnenderweise aber gestrichene!<sup>3)</sup>) Wort Gottfried Kellers: „Das Recht ist eigentlich nichts als Kritik“ zustimmend anführen, und wenn Sauer in ähnlichem Sinne meint: „Das Recht ist seinem Wesen nach nicht gesellschaftliches Leben, sondern Würdigung des gesellschaftlichen Lebens“<sup>4)</sup> — so ist dies zwar teilweise richtig, bedarf aber der sehr wesentlichen Ergänzung, daß diese Würdigung und Kritik im geltenden Recht als solchem eine rein immanente ist, nicht aus einem übergeordneten, objektiven Gesichtspunkt hervorgeht, sondern in ihren empirischen Schranken befangen bleibt. Wie sollte es denn auch anders sein! Wenn Oertmann sagt, daß das Gewohnheitsrecht „in aller Regel die Interessen der wirtschaftlich mächtigeren Volksschichten im Gegensatz zu den minder mächtigen widerspiegelt“<sup>5)</sup>, so mag diese Ansicht in dieser starken Verallgemeinerung vielleicht zu weit gehen, enthält aber ganz zweifellos eine starke Dosis Wahrheit. Die Rechtsgeltung beruht auf Gewohnheit, jede Gewohnheit aber ist grundsätzlich alles andere als Kritik, ist grundsätzlich — darin liegt ja gerade das Wesen der Gewohnheit! — kritiklos. Wenn an das geltende Recht eine über der bloßen Gewohnheit stehende Kritik herangebracht wird, dann kommt sie nicht aus dem geltenden Recht selbst, sondern muß notwendig aus anderen Quellen herrühren. Wenn Egger sagt: „Die Regeln, die Normen treten diesem Objekt (sc. der

<sup>1)</sup> Recht und Kritik, Arch. f. RuWPh. 17, S. 201.

<sup>2)</sup> Komm. z. ZGB. I, S. 51.

<sup>3)</sup> Es besteht kein Anlaß, diese Streichung — entgegen der Ansicht Salomons — anders als durch die sachliche Einsicht des lebensreifer und dem Leben gegenüber kritischer gewordenen, bekanntlich überhaupt über große kritische Überlegung verfügenden Dichters zu erklären.

<sup>4)</sup> Grundlagen der Gesellschaft, S. 115.

<sup>5)</sup> Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, 1931, S. 38.

„weiten Welt des Realen“) selbständig gegenüber“<sup>1)</sup>, so ist dies ganz gewiß nicht der Standpunkt des geltenden Rechts als solchen. Dies ist bereits, wie auch Egger annimmt, der Standpunkt einer selbständigen Rechtswissenschaft, und, fügen wir hinzu: der Standpunkt eines Rechts, das mehr ist als bloß „geltendes“.

Das grundlegende dualistische Problem im Recht geht dahin: erschöpft sich das Wesen des Rechts in seiner Eigenschaft als „Machtphänomen“, als „Herrschaft von Menschen über Menschen“, als Produkt politischer Kämpfe, als Resultat aller Tücken und Zufälle der Geschichte, als Ergebnis aller Beschränktheiten und Borniertheiten der Gewalt, in seiner rein empirischen, auf Tradition beruhenden Gestalt — oder ist auch ein objektiver, kritischer Maßstab des sozialen Seins und Geschehens, ein der Natur der Dinge adäquates Recht, ein Recht an sich, möglich?

Fragen wir zunächst nach der unbewußten Volkseinstellung zu diesem Problem, wie sie in der Sprache zum Ausdruck kommt, so finden wir, daß alle Sprachen zahlreiche Hinweise auf die ursprüngliche Verbundenheit der Begriffe „Recht“ und „Wahrheit“ bieten. Da muß uns stutzig machen, daß in verschiedenen Sprachen das Wort „Recht“ das „dem Denken, Beobachten, Urteilen gemäß Richtige“ bezeichnet<sup>2)</sup>, also nichts anderes, als dasjenige, was wir heute gewöhnlich mit den Worten „wahr“ oder „gültig“ wiedergeben. So z. B. in den Ausdrücken „recht haben“ bzw. „unrecht haben“ (im alten Ausdruck „avoir droit“, „to be right“), was doch nichts anderes bedeutet, als etwas Wahres oder Falsches behaupten; „recht geben“, „unrecht geben“ („donner droit“, „donner tort“), recht bekommen, behalten, lassen; etwas „mit Recht“ behaupten; eine „berechtigte“ oder „gerechtfertigte“ Annahme; der „Rechtsgrund“ (ein in der früheren philosophischen Terminologie, so z. B. noch vielfach bei Lotze vorkommender Ausdruck) = Wahrheitsgrund, Geltungsgrund, entsprechend der „questio iuris“ im Gegensatz zur „questio facti“. Der Akt, mit dem der Richter seine Ansicht über den Streitfall verkündet, hat die Grundlage für die logische Terminologie geliefert: er heißt „Urteil“ oder „Erkenntnis“. Der eigentliche Urteilsspruch wird vielfach mit den Worten eingeleitet: das Gericht hat „gefunden“. Man „findet“ also Recht, wie man Wahrheit findet.

Der Ausdruck, den die Logik zur Charakterisierung des Wahrheitsgehaltes der Schlüsse verwendet: „richtig“, stammt aus der

<sup>1)</sup> Schweiz. Rechtsprechung und Rechtswiss., S. 47.

<sup>2)</sup> Grimm, Deutsches Wörterbuch, 8, S. 373.

Rechtssprache; das Wort „richtig“ ist nämlich abgeleitet von „Recht“<sup>1)</sup>).

Noch frappanter sind die von den Philologen herausgefundenen Zusammenhänge zwischen den Worten „wahr“ und „recht“, bei denen eine etymologische Verbindung fehlt und nur ein Bedeutungszusammenhang besteht. Nach Heyne ist „wahr“ ursprünglich ein „Rechtswort“, nämlich „auf das Stehen zu einer Behauptung und Beweisung derselben bezüglich“<sup>2)</sup>. Und Grimm meint hierzu: „... wenn auch wahr kaum mit Heyne als ursprüngliches Rechtswort zu betrachten ist ..., so ist es doch nicht unwahrscheinlich, daß die Rechtssprache ganz besonders zur Festsetzung und Ausbreitung des Wortes im Deutschen beigetragen hat. Wahr als Rechtswort bezeichnet das rechtlich Unanfechtbare und Erwiesene. Auf die Entwicklung dieser Bedeutung ist das lat. verus, das in der Rechtssprache ähnlich verwendet wird, schwerlich ohne Einfluß gewesen“<sup>3)</sup>).

Nach Littré kommt bei Oresme, Eth., S. 19, der Ausdruck „à droit dire“ vor, welches die moderne französische Sprache durch das „à vrai dire“ ersetzt hat<sup>4)</sup>).

Interessant ist auch folgender Zusammenhang. Während zwischen den Wörtern Recht einerseits und droit bzw. diritto andererseits kein Zusammenhang vorzuliegen scheint, ergibt sich indirekt, daß sie ursprünglich dasselbe bedeuten. „Droit“ und „diritto“ bedeuten ja nebenbei auch „gerade“. Nun berichten aber die Philologen, daß auch das Wort „Recht“ ursprünglich und eigentlich „gerade“ bedeutete, im Gegensatz zu schief oder krumm<sup>5)</sup>. Ist aber das „Gerade“ nicht auch das Symbol der „Wahrheit“?

Was für diesen Zusammenhang von „wahr“ und „recht“ im Deutschen von den genannten Philologen erschlossen wurde, tritt in der russischen Sprache auch äußerlich offensichtlich zutage, indem dort beide Wörter dieselbe Wurzel haben: Wahrheit heißt russisch prawda, und Recht: pravo. Das älteste russische Gesetzbuch, die vom Großfürsten Jaroslaw 1019 veranstaltete Sammlung des russischen Gewohnheitsrechts (zuerst herausgegeben und

<sup>1)</sup> Grimm, a. a. O., 8, S. 896; Heyne, Deutsches Wörterbuch, 3, S. 105; Hermann Paul, Deutsches Wörterbuch, 3. A. 1921, S. 407.

<sup>2)</sup> a. a. O., 3, S. 1324.

<sup>3)</sup> a. a. O., 13, S. 690; aus diesen Ausführungen geht also nebenbei auch der ähnliche Zusammenhang zwischen „Recht“ und „Wahrheit“ in der lateinischen Sprache hervor!

<sup>4)</sup> Dictionnaire de la langue française, II, S. 1246.

<sup>5)</sup> Heyne, a. a. O., 3, S. 45; Hermann Paul, a. a. O., S. 407.

zugleich ins Deutsche übersetzt von Schlözer, 1767) hieß „russkaja prawda“, d. h. wörtlich: „Russische Wahrheit“!

In diesen Zusammenhängen glauben wir genügende Beweise dafür zu besitzen, daß die Sprache, also die unbewußt sich äußernde Volkspsyche in den Begriff des Rechts die Bedeutung der Richtigkeit, der Objektivität, der Wahrheit hineingelegt hat, daß der erste den zweiten Begriff ursprünglich einschließt.

Ist nun dieser Anspruch der Volksseele an das Recht begründet?

Wir haben oben festgestellt: es gibt nicht, wie noch Stämmeler glaubt, nur eine Gleichmäßigkeit in körperlichen Funktionen, sondern es besteht ganz zweifellos auch eine Gleichförmigkeit im psychischen Geschehen. Und wenn die moderne Physik die Naturerkenntnis auf der Annahme statistischer Naturgesetze, auf der Grundlage der Wahrscheinlichkeitsgesetzlichkeit aufbaut, so ist eine derartige Gesetzmäßigkeit ganz zweifellos auch im menschlichen, individuellen wie sozialen, Leben vorhanden. Mag bisher zwischen den Natur- und den Sozialwissenschaften der Gegensatz zwischen der Annahme strenger Kausalität bei den ersten und dem Postulat der Willensfreiheit bei den letzteren bestanden haben, so ist heute faktisch und praktisch dieser Gegensatz verschwunden, indem nun beide Gruppen der Wissenschaften die gesetzliche Struktur ihrer Gegenstände auf der Wahrscheinlichkeitsgesetzlichkeit begründen. Das bedeutet freilich, wie wir oben gesehen haben, unter keinen Umständen die Aufgabe der Kausalitätshypothese als Grundlage des realen Geschehens selbst. Diese Hypothese muß als für den Gesamtbereich alles Seins und Geschehens gültig vorausgesetzt werden, also sowohl für die unbelebte, als auch für die belebte Natur. Nachdem es sich aber herausgestellt hat, daß infolge der Unmöglichkeit der Isolierung irgendeines Einzelvorganges aus der Gesamtheit der Wirkungszusammenhänge mit der Kausalitätshypothese selbst eine für menschliche Bedürfnisse praktisch verwendbare Formulierung von gesetzlichen Zusammenhängen nicht erzielbar ist, es hierzu vielmehr der Berücksichtigung des durchschnittlichen empirischen Geschehens bedarf, andererseits aber mit dem Grundsatz der Willensfreiheit für keine Wissenschaft und keine Erklärung der Wirklichkeit etwas anzufangen ist, treffen nun alle Disziplinen der Natur und des Geistes in der Basierung ihrer Erkenntnisse auf dem Boden der Wahrscheinlichkeitsgesetzlichkeit zusammen. Diese ist sowohl mit der Hypothese der Kausalität, als auch mit derjenigen der Willensfreiheit vereinbar. In der Wahrscheinlichkeitsgesetzlichkeit besitzen wir nunmehr für sämtliche Erkenntniszweige jene Form der Gesetzmäßigkeit, die

von der Austragung des Streites über Kausalität und Willensfreiheit vollkommen unabhängig ist.

Unter solchen Umständen muß man schließen, daß, außer der Voreingenommenheit, es kein Hindernis mehr gegen die Annahme der grundsätzlichen Möglichkeit eines Rechts an sich — zunächst ohne jede Bezugnahme auf die bisherigen Lösungen des Naturrechtsproblems — gibt. Wenn sogar der exakte Naturforscher das Naturgeschehen auf Grund der Wahrscheinlichkeitsbestimmungen zu erforschen und vorauszusagen unternimmt, warum soll dann auf dem Boden des sozialen Geschehens, wo dieselben Voraussetzungen gesetzmäßiger Erkenntnis gegeben sind, eine auf der Erforschung der menschlichen Natur beruhende Ausgestaltung des sozialen Lebens grundsätzlich ausgeschlossen sein?

Wir sehen keinen sachlichen Grund für die von Kelsen aufgestellte Alternative: „Dagegen ist es von größerer Bedeutung, ob es die Natur als Ganzes gedacht, die Natur der Dinge und Verhältnisse ... oder ob es die — physische und psychische — Natur des Menschen ist, die man als Quelle des Naturrechtes gelten lassen will“<sup>1)</sup>. Warum soll denn, vorausgesetzt, daß es in diesen beiden Sphären eine Gesetzlichkeit gibt, nicht die Natur beider Reiche die Quelle des Naturrechts sein können und dürfen? Warum von vornherein diese gewaltsame Verengerung des Gesichtspunktes, als ob auch in der Wissenschaft der Grundsatz gälte: *divide et impera*?

Freilich: darüber ist eine Diskussion heute nicht mehr möglich, daß das klassische Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts rettungslos dahin ist. Es krankt an so vielen und so tiefen Grundübeln, daß eine Wiederherstellung desselben ein für allemal ausgeschlossen ist. Die große Frage ist aber die, ob durch den Einsturz des alten Naturrechtsgebäudes auch der Naturrechtsgedanke mitgerissen worden ist. Eine unbefangene, wirklich wissenschaftlich vorgehende Problemstellung muß selbstverständlich diese beiden Fragen trennen.

Betrachten wir die Haupteinwendungen gegen den Naturrechtsgedanken, wie sie noch in der neuesten Literatur formuliert werden.

Da wird einmal der Einwand erhoben, daß das Naturrecht „als eine ewige, unveränderliche Norm auftritt“<sup>2)</sup>, ein „vollkommenes Gesetzbuch mit Gültigkeit für alle Völker und Zeiten“ postu-

<sup>1)</sup> Die Idee des Naturrechtes, Zeitschr. f. öff. Recht 7, S. 223.

<sup>2)</sup> Kelsen, Zeitschrift f. öff. Recht 7, S. 231, sowie Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 14.

liert<sup>1)</sup>. Dieser Dogmatismus, dieser Standpunkt des geschlossenen Systems, diese mechanisch-statische Einstellung ist ganz fraglos ein Fehltritt des Naturrechts gewesen. Aber betrifft der dagegen gerichtete Vorwurf wirklich den Naturrechtsgedanken selbst und nicht vielmehr bloß eine falsche Interpretation desselben? Schon lange, lange vor den heutigen Kritikern dieses dogmatischen Naturrechtsstandpunktes ist er unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Naturrechtsgedankens selbst zurückgewiesen worden. Schon Aristoteles hat nämlich dem auch ihm bekannten Einwand, daß „das Recht der Bewegung und dem Wandel unterworfen“ sei, entgegengehalten: „Bei uns [d. h. im Gegensatz zu den Göttern] ist zwar auch ein Naturbereich, derselbe steht aber ganz unter dem Gesetze der Bewegung. Und doch bleibt der Unterschied dessen, was von Natur und dessen, was nicht von Natur ist, aufrecht“.<sup>2)</sup>

Schon Aristoteles wußte somit, daß die grundsätzliche Frage des Naturrechtsgedankens nach dem Vorhandensein von Konstanten im menschlich-sozialen Leben nichts mit Dogmatismus zu tun habe. Es war der große Irrtum des klassischen Naturrechts, diese Frage nach den Konstanten mit derjenigen nach Beharrlichkeit zu verwechseln, welche eine Eigenschaft der leblosen Materie ist. Da dem organisch-geistigen Leben, im Gegensatz zur leblosen Materie, die Entfaltung, die Entwicklung eigentümlich ist, so ist die Aufstellung eines Vernunft- oder Naturrechtskodexes für alle Zeiten ein Unding. Aber wie das traditionelle Naturrecht den Wechsel im Wachstum übersehen hat, so darf man andererseits nicht, wie es das „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“ getan hat, über dem Wechsel das Wachstum im Wechsel übersehen. Eine der Wirklichkeit gerecht werden wollende Theorie des sozialen Lebens muß diese beiden Momente in gleicher Weise berücksichtigen. Das Individuum, wie die Gesellschaft unterliegen dem unerbittlichen Gesetz der Entwicklung. Aber diese Entwicklung ist nicht einfach bloßes Wechseln, sondern Aufnahme, Aufspeichern, Behauptung der ganzen Vergangenheit, ist Dauer und ist selbstverständlich nicht chaotisch, sondern unterliegt in dieser Entwicklung einer Gesetzlichkeit.

Nichts steht daher der Annahme eines historisch-dynamischen Rechts an sich im Wege, d. h. der Auffassung, wonach mit der Entwicklung der Gesellschaft, also im historischen Prozeß

<sup>1)</sup> Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, § 4.

<sup>2)</sup> Nikomachische Ethik, übers. von Rolfes, Phil. Bibl., 2. A. 1921, 5. Buch, 10. Kap.

selbst immer mehr und deutlicher die Konstanten der menschlichen Natur sich abheben und zum Ausdruck gelangen. Nichts steht der Annahme entgegen, daß mit dem Entwicklungsprozeß und erst in diesem alle in der menschlichen Natur enthaltenen Möglichkeiten sich nach und nach manifestieren und so, mag dies noch so langsam vor sich gehen, die bleibenden Elemente sich von den vorübergehenden scheiden. Es ist uns allen eine geläufige Vorstellung, daß ein innerlich reiches Individuum unter Umständen sehr viel erleben und erproben muß, bis es, wie man zu sagen pflegt, durch alle Prüfungen hindurch seine Berufung erkennt, das seinem eigentlichen Wesen Adäquate herausfindet. Gilt es aber schon vom einzelnen Individuum, daß seine „wirkliche“ Natur nicht an der Oberfläche liegt, sondern sich erst einem langen Suchen und Forschen offenbart, um wieviel mehr muß dies von der Menschheit als Ganzem gelten? Auf die ganze Menschheit übertragen, bedeutet dies, daß erst ein langer Entwicklungsprozeß sämtliche in der menschlichen Naturanlage latent enthaltenen Möglichkeiten zur Entfaltung und zur Äußerung zu bringen und daß erst das Durchlaufen sämtlicher Möglichkeiten die wirklichen Konstanten von den bloß peripheren Phänomenen auszusondern vermag.

Lassen wir den so unfruchtbaren Streit über die Möglichkeit apriorischer Erkenntnisse im Recht beiseite. Damit berühren wir einen weitem der üblichen Einwände gegen den Naturrechtsgedanken: es seien keine Rechtssätze a priori möglich<sup>1)</sup>; „die wenigen analytischen Rechtssätze, die als allgemein gültig a priori aufgestellt werden“, seien „in der wirklichen Rechtsordnung ohne praktischen Wert“ und „im übrigen (lassen sich) allgemeingültige Naturrechtssätze nicht aufstellen“<sup>2)</sup>, die synthetischen Urteile im Recht seien „sämtlich a posteriori gewonnen und entbehren daher tatsächlich auch der Absolutheit“<sup>3)</sup>. Mit dem Entwicklungsprinzip sind apriorische rechtliche Urteile freilich schwer zu vereinbaren, der Naturrechtsgedanke aber ist keineswegs an apriorische Urteile gebunden. Er ist auch mit der Annahme bloßer aposteriorischer Urteile vereinbar und soll richtigerweise an solche anknüpfen, weil die menschliche Natur selbst nichts a priori Feststehendes ist, sondern sich erst im Entwicklungsprozeß manifestiert. Der Unterscheidung zwischen apriorischen und aposteriorischen Urteilen liegt bei den meisten Autoren offenbar verborgen eine Geringschätzung

1) Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 17.

2) Manigk, Die Idee des Naturrechts, Stammler-Festgabe, 1926, S. 11.

3) Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? Arch. f. RuWPh. 19, S. 403.

der letzten im Verhältnis zu den ersten zugrunde, eine Ansicht, welche außer acht läßt, daß der Unterschied zwischen beiden Urteilsarten nur ein solcher im Weg des Erkenntnisvorganges, keineswegs aber im Wert der Erkenntnis als solcher liegt. Warum soll denn das aposteriorische Urteil „keinen Ewigkeitswert“<sup>1)</sup> besitzen? Haben etwa aposteriorische Urteile, wie z. B., daß das Wasser aus Wasserstoff und Sauerstoff besteht, Kant 1724 geboren wurde und ein gewisser Albert Meier 1903 gestorben ist, keinen „Ewigkeitswert“? Werden diese Urteile je falsch werden? Wenn ein Tatbestand einmal erkannt ist, dann ist die Gültigkeit dieser Erkenntnis ganz unabhängig davon, ob sie auf dem apriorischen oder dem aposteriorischen Weg zustande gekommen ist.

Aposteriorische Naturrechtssätze gibt es nun ganz zweifellos. Wir erinnern bloß an Ulpians Vorschrift („honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere“), an Stammers Urteil von der Unrichtigkeit der Sklaverei, an das Mordverbot, das Selbsthilfeverbot, das Inquisitionsverbot. Naturrechtssätze sind fraglos ferner die Vorschriften des BGB. über Treu und Glauben, gute Sitten usw.<sup>2)</sup>, und die noch allgemeinere Vorschrift des Schweiz. ZGB. im Art. 2, die alles rechtliche Handeln unter das Gebot von Treu und Glauben und unter das Verbot des Rechtsmißbrauchs stellt.<sup>3)</sup> Besitzen denn die in diesen Vorschriften zum Ausdruck gelangenden Erkenntnisse, einmal ins Licht des Bewußtseins gehoben, keinen „Ewigkeitswert“? Mögen sie auch noch nicht in dem Sinne geltendes Recht sein, daß sie jetzt schon von den Rechtsgenossen durchschnittlich befolgt und von den Gerichten allgemein angewandt würden — hiervon kann im Gegenteil noch ganz bestimmt nicht die Rede sein<sup>4)</sup> —, schmälert dies etwas an ihrem Erkenntniswert, an ihrer Gültigkeit und Wahrheit?

<sup>1)</sup> Manigk, Arch. f. RuWPh. 19, S. 403.

<sup>2)</sup> So auch F. Haymann, Kants Kritizismus und die naturrechtlichen Strömungen der Gegenwart, S. 25, nur daß er diese Sätze zu Unrecht als „apriorische Normen des Naturrechts“ bezeichnet.

<sup>3)</sup> Nach Reichel (Stammler-Festgabe, S. 298) ist „Treu und Glaube nur eine volkstümliche Umschreibung für den Gedanken des richtigen Rechts“, jeder Gedanke des richtigen Rechts ist aber ein Naturrechtsgedanke in unserem Sinne.

<sup>4)</sup> Es ist geradezu auffallend, wie wenig die schweizerischen Gerichte, das Bundesgericht inbegriffen, von den Möglichkeiten des Art. 2 des ZGB, Gebrauch machen und wie sie immer noch irgendeine auf der überkommenen positivistisch-dogmatischen Technik beruhende Konstruktion oder gar Fiktion, wie etwa diejenige einer stillschweigenden Willensübereinstimmung, wo keine da ist, der Anwendung des Art. 2 vorziehen, und es ist bekannt, daß bei den schweizerischen Anwälten die Anrufung dieses Artikels aus diesem Grunde nur als ein letzter Strohalm des Ertrinkenden gilt.

Unstichhaltig ist Emges Ablehnung der „Ableitung inhaltlicher, für jede Situation gültiger Gebote“<sup>1)</sup>. Dieser Satz Emges verstößt sogar gegen das positive Recht. Denn die Vorschriften über die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben im Art. 2 des ZGB. oder im § 157 des BGB. gelten doch zweifellos „für jede Situation“, was das ZGB. noch durch das Wort „jedermann“ besonders hervorhebt. Emge wird doch gewiß nicht einwenden wollen, daß die Geltung und Anwendung dieser Maximen dem Belieben des einzelnen Rechtsgenossen oder des jeweiligen Richters überlassen bleibt!

Ein weiterer, wohl aus derselben Sphäre stammender Einwand geht dahin, die Gerechtigkeit sei eine „Richtlinie, nach der die Normen jeweilen gestaltet werden sollen; sie ist selbst keine Norm“<sup>2)</sup>. Nach dieser Äußerung wäre die Norm keine „Richtlinie“. Was ist sie denn aber sonst? Das dieser Einwendung zugrunde liegende Bedenken besteht offenbar darin, daß die „Gerechtigkeit“ etwas der speziellen Norm Übergeordnetes ist. Nun ist es aber selbstverständlich, daß die Normen in solche von höherer und niedrigerer Ordnung, Stufe oder Dignität zerfallen, daß unter ihnen ein Verhältnis der Über- und Unterordnung besteht. Aber die übergeordneten Vorschriften oder Regeln sind nicht nur „keine“, sondern erst recht „Normen“, d. h. Richtlinien.

Die Rechtswissenschaft, sagt derselbe Verfasser, könne sich mit der Frage des Gerechten nicht befassen, weil sie „nicht allgemeingültig, sondern nur für konkrete Fälle zu entscheiden“ sei<sup>3)</sup>, weil „nur für bestimmte tatsächliche Voraussetzungen entschieden werden (kann), was gerecht ist“<sup>4)</sup>. Ist dies ein wissenschaftlich haltbarer Einwand? Womit befassen sich denn alle Naturwissenschaften, wenn nicht mit der Festlegung der Bedingungen, der bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen ein bestimmter Naturvorgang vor sich geht, unter denen ein bestimmtes Naturphänomen zu erwarten ist? Burckhardt begründet seinen Standpunkt, die Rechtswissenschaft könne nicht „dartun, was rechtens sein soll“, weiter damit, daß diese Frage, „obschon durchaus unumgänglich, nicht nach der logischen Methode der begrifflichen Erörterung, die allein Allgemeingültigkeit beanspruchen kann, beantwortet werden“ könne<sup>5)</sup>. Man muß erstaunt fragen, ob denn der Zweck der Rechtswissenschaft sich in der selbstgenügsamen Pflege der „logischen Methode der begrifflichen Erörterung“ er-

<sup>1)</sup> Arch. f. RuWPh. 18, S. 301.

<sup>2)</sup> Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 235.

<sup>3)</sup> a. a. O., S. XI f.    <sup>4)</sup> a. a. O., S. 241.    <sup>5)</sup> a. a. O., S. XI.

schöpft. Was soll es überhaupt für eine Methode der „Allgemeingültigkeit“ sein, die sich außerstande erklärt, den Einzelfall zu erfassen? „Allgemein“gültig kann unmöglich etwas anderes heißen, als gültig für alles, was darunter gehört; eine Methode, die die Einzelfälle nicht zu erfassen und nicht zu erklären vermag, ist weder „allgemein“ noch „gültig“. „Die Gesetze“, sagt sehr richtig Sauer<sup>1)</sup>, „sind ersonnen an der Hand von (wirklichen oder erdachten) Einzelfällen und dienen vor allem lediglich nur der Entscheidung von Einzelfällen“. Nichts anderes aber ist auch der selbstverständliche Zweck aller Wissenschaften, die mit Begriffen, Methoden und Gesetzen deshalb arbeiten, um dadurch der Einzelfälle, der konkreten Sachverhalte Herr zu werden.

Es ist gerade logisch durchaus unhaltbar, wenn Burckhardt die „Folgerichtigkeit der Anwendung“ — also eine logische Kategorie — so auslegt, daß sie „verlangt, daß die Rechtsnorm ohne weiteres Werturteil gleichmäßig auf verschiedene Fälle angewendet werden könne“<sup>2)</sup>. Die Antwort hierauf hat schon längst Lotze vorweggenommen: „Mögen sie (d. h. rechtliche Gesetze) Leistungen vorschreiben oder Strafen bestimmen, so beabsichtigen sie niemals zu allen Wiederholungsfällen dessen, was sie unter den allgemeinen Begriff eines Rechtsverhältnisses bringen, ein unmodifizierbares Prädikat hinzuzufügen; nur die Mangelhaftigkeit unserer Maßstäbe (also nicht etwa die angebliche Folgerichtigkeit!) zur Bestimmung der rechtlich bedeutsamen Größendifferenzen verschiedener Fälle nötigt unsere menschliche Praxis, mit rohen Abstufungen der Rechtsfolgen uns zufrieden zu stellen, die wir viel lieber in genaue Proportion zu den sie bedingenden Unterschieden der einzelnen Fälle setzen möchten“<sup>3)</sup>. Gemäß diesem Urteil eines der scharfsinnigsten Logiker würde die „Folgerichtigkeit“ der Anwendung verlangen, daß dieselbe Norm nicht, wie Burckhardt behauptet, auf „verschiedene Fälle“, sondern nur auf die Fälle mit gleichen (oder wenigstens ähnlichen) Voraussetzungen angewendet werde. Es steht daher auch mit der Forderung der „Allgemeingültigkeit“ einer Methode keineswegs im Widerspruch, die Anwendung dieser Methode auf „bestimmte tatsächliche Voraussetzungen“, auf die es ja im Leben, wie in jeder Wissenschaft immer wieder ankommt, zu lehren, ja ein Verfahren, das die Anwendung auf bestimmte tatsächliche Voraussetzungen nicht zum Zwecke hätte und nicht leisten könnte, wäre alles andere als eine „Methode“, geschweige denn „allgemeingültige“ Methode.

<sup>1)</sup> Grundlagen der Wissenschaft, S. 162.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 237.    <sup>3)</sup> Logik, § 265.

Freilich gehört dazu nicht, wie Burckhardt auf der anderen Seite — und zwar in eigentlichem Widerspruch zu seiner eben entwickelten Auffassung von der Unmöglichkeit der rechtswissenschaftlichen Erfassung des Einzelfalls — verlangt, daß der Gesetzgeber „alle Rechtssätze aufstellt, die zur Vollständigkeit seiner Rechtsordnung gehören“<sup>1)</sup>. Burckhardt nimmt damit die Forderung möglicher Kasuistik auf, eine Forderung, deren Erfüllung noch immer versagt hat. Denn der Rechtspraktiker weiß: „Wenn der Rechtsuntertan unter den materiellen Rechtssätzen der Rechtsordnung eine Norm für sein soziales Verhalten den andern Menschen gegenüber sucht, so wird er den Gegenstand seines Suchens ohne weiteres und als solchen so gut wie niemals vorfinden“<sup>2)</sup>. Aber gerade deshalb, gerade weil „alle Gesetzgebung nur Regeln für Regelfälle aufstellen (kann), die Besonderheiten des Einzelfalles ihr entrückt (bleiben)“<sup>3)</sup>, muß als die eigentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft die Ausbildung von Methoden für die Bearbeitung der Einzelfälle betrachtet werden.

Aber von welchem Aspekt aus ist nun an den Einzelfall heranzutreten? Etwa von demjenigen des „Freirechts“, das für sich ausdrücklich das Verdienst der Wiedererweckung des Naturrechts beansprucht<sup>4)</sup>? Einen schlimmeren Bundesgenossen hätte das Naturrecht gewiß nicht finden können. Man glaubt geradezu ein Pamphlet auf den Naturrechtsgedanken vor sich zu haben, wenn man von diesem angeblichen Wiedererwecker des Naturrechts vernimmt, daß „kein Recht ‚von Natur‘ besteht, sondern nur, wenn und insoweit eine Macht, ein Wille, eine Anerkennung hinter ihm steht“<sup>5)</sup>, daß „auch über Rechtsfragen so wenig ein übereinstimmendes Urteil aller verlangt und erwartet werden darf, als jemand genötigt werden kann und darf, eine Handlung als gut, ein Kunstwerk als schön anzuerkennen, wenn seine abweichende Individualität eine abweichende Reaktion seines Gefühls mit Notwendigkeit herbeiführt“<sup>6)</sup>. Wenn „ein übereinstimmendes Urteil“ über Rechtsfragen der Natur der Dinge nach unmöglich ist — wieso kann dann die Freirechtsbewegung als das „höchste Ziel alles rechtlichen Geschehens“ die „Gerechtigkeit“ hinstellen<sup>7)</sup>? Wenn nur individuelle Urteile über Rechtsfragen möglich sind und Recht nur

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 244.    <sup>2)</sup> Darmstaedter, a. a. O., S. 182.

<sup>3)</sup> Egger, Komm. z. ZBG. I, S. 24.

<sup>4)</sup> Gnaeus Flavius (Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 10.

<sup>5)</sup> Flavius, a. a. O., S. 12.

<sup>6)</sup> Flavius, a. a. O., S. 17.    <sup>7)</sup> a. a. O., S. 47.

„besteht“, „wenn und insoweit eine Macht, ein Wille, eine Anerkennung hinter ihm steht“ — mit welchem Recht kann ein individuelles Urteil größere „Richtigkeit“ für sich beanspruchen, als ein anderes? Mit welchem Grund dürfen wir behaupten, daß das eine Recht, hinter dem „eine Macht, ein Wille, eine Anerkennung“ steht, weniger richtig sei, als ein anderes? Auf welchen Grundlagen ist dann überhaupt irgendwelche Kritik einer rechtlichen Auffassung möglich? So begründet auch die Sehnsucht der Freiheitsbewegung nach einer Zeit ist, „in der der Jurist nicht mehr dem Gesetze mit Fiktionen und Interpretationen und Konstruktionen zu Leibe zu gehen braucht, um ihm eine Regelung zu erpressen“<sup>1)</sup>, so aner kennenswert ihr Bekenntnis zur psychologisch-sozialwissenschaftlichen Orientierung des Rechtsstudiums ist<sup>2)</sup> — so wenig können wir prinzipielle Lösungen von einer Richtung erwarten, die sich ihres „Skeptizismus“ rühmt<sup>3)</sup>, sich dem individuellen „Gefühl“ überläßt, „nur“ im Wollen „den Maßstab für die Beurteilung des Seienden“ findet<sup>4)</sup>, mit dem geschriebenen Gesetz den Begriff des „Gesetzes“ schlechthin über Bord wirft und das große Goethesche Wort vergißt, daß „das Gesetz nur kann uns Freiheit geben“. Gewiß, zu unserer „Erkenntnis“ selbst gehört allerdings die Einsicht in ihre Beschränktheit und Bedingtheit; der Preis, den wir für die Fähigkeit des Erkennens bezahlen, ist die jederzeitige Möglichkeit des Irrtums; jedes Urteil unterliegt in dem Maß, als neue, bisher unbekannte, Bedingungen und Zusammenhänge erkannt werden, grundsätzlich der Revidierbarkeit; der Fortschritt der Erkenntnis in den Wissenschaften vom sozialen Leben ist langsamer als in allen anderen Wissenschaften. Aber wenn wir, wie auf allen Erkenntnisgebieten, nicht auch in der Rechtsbildung und in der Rechtswissenschaft wenigstens grundsätzlich die Richtung auf die objektiven Zusammenhänge, auf die Wirklichkeit, auf das menschlich-Allgemeine, auf das in der Entwicklung Dauernde, auf das Absolute, auf einen rechtlichen Kosmos, auf einen der subjektiven Willkür entzogenen, an sich existierenden Gegenstand, auf das Recht an sich als die treibende Kraft und das tiefste gestaltende Element erkennen und anerkennen — dann sind der Ruf nach „Gerechtigkeit“ und „Weisheit“ und das Postulat, „jedem Falle die angemessene Regelung zu geben“<sup>5)</sup>, völlig sinnlos und deplaziert. Wie in aller Welt kann denn auch nur an die bloße Möglichkeit gedacht werden, „jedem Falle die

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 49.    <sup>2)</sup> a. a. O., S. 34.    <sup>3)</sup> a. a. O., S. 18.

<sup>4)</sup> a. a. O., S. 34; ebenso Ernst Wolff, Rechts-Sondernummer der „Tat“, Juli 1914, S. 369 f.    <sup>5)</sup> Flavius, S. 47.

angemessene Regelung zu geben“, wenn über die „Angemessenheit“ der Regelung nichts als individuelle Urteile möglich wären? Wodurch wäre die eine Regelung „angemessener“ als die andere, wenn kein „übereinstimmendes Urteil“ möglich ist? In diesem Falle müßte doch ausschließlich die Willkür entscheiden. Ein sonderbareres, widerspruchsvolleres Unternehmen, als im Namen des „Skeptizismus“ Weisheit und Gerechtigkeit zu verlangen, ist wohl kaum denkbar!

Der ganzen Freirechtsbewegung liegt die Annahme zugrunde, daß alles „rationale“ oder „intellektuelle“ Erkennen sich nur auf dem Boden von „allgemeinen“ Begriffen und „allgemeinen“ Urteilen bewege und daß Begriffe von Einzeldingen und Aussagen über Einzelfälle eo ipso nichts Intellektuelles darstellen. Gehören nun der Einzelbegriff und das Einzelurteil nicht zum rationalen, verstandesmäßigen Denken? Und bilden wirklich, was der nervus probandi jener ganzen freirechtlichen Denkweise ist, das allgemeine Urteil und das Einzelurteil (d. h. das Urteil über einen Einzelfall) überhaupt einen Gegensatz?

Was zunächst die „Begriffe“ betrifft, so arbeitet die Logik längst mit „Individualbegriffen“ und versteht darunter einen Begriff, „durch dessen Merkmale schon die Einzigkeit eines ihm entsprechenden Objekts gegeben ist; so ist der Mittelpunkt der Welt in diesem Sinn ein Individualbegriff“<sup>1)</sup>. Besonders wertvoll ist für uns der von Cassirer gelieferte Nachweis, daß es gerade das Ziel der Wissenschaft ist, durch Gesetzeszusammenhänge das Individuelle so zu bestimmen, daß es seine Individualität nicht verliert, und daß die Wissenschaft dieses Ziel durch Verwendung von Beziehungs-(Relations-)Begriffen (an Stelle von Klassenbegriffen) erreicht. „Nur die Allgemeinheit des verschwommenen Gattungsbildes bedroht das Einzelne in seiner Eigenart, während die Allgemeinheit des bestimmten Relationsgesetzes diese Eigenart festigt und allseitig kenntlich macht ... Erkennt man ... an, daß alle Dingbegriffe der Naturwissenschaft die Tendenz in sich tragen, sich mehr und mehr in reine Beziehungsbegriffe umzugestalten, so ist damit zugleich implicit zugestanden, daß der eigentliche logische Wert der Begriffe nicht an der Form der abstrakten

<sup>1)</sup> Sigwart, a. a. O., I, S. 359. Vgl. auch Ueberweg, System der Logik, 4. A. 1874, § 59; Lotze, Logik, § 26 („singularer Begriff“); Bolzano, Wissenschaftslehre, I, § 68 („Einzelvorstellungen“, was nach Bolzanos Terminologie „Einzelbegriff“ bedeutet, weil er durchgehend das Wort „Vorstellung“ in der Bedeutung des heutigen „Begriffs“ verwendet); Carnap, Der logische Aufbau der Welt, §§ 75, 158; H. Maier, Wahrheit und Wirklichkeit, S. 204 ff., 474 ff.

„Allgemeinheit“ haftet“<sup>1)</sup>). Diese, auf einem reichen Material ruhenden, Ausführungen Cassirers sind für den Juristen umso interessanter und umso schlüssiger, als die Rechtsbegriffe anerkanntermaßen ohnehin durchgehend Beziehungsbegriffe sind.

Gewiß ist die Berechtigung oder das Alleinrecht der „allgemeinen“ Begriffe vielfach angefochten worden, aber niemals zu dem Zweck, um dem Verstand überhaupt die Fähigkeit, Individuelles zu erfassen, auf Individuelles zu gehen, abzusprechen. Wenn der Nominalismus in seinem jahrhundertelangen Kampf gegen die Platonische Idee die Realität der Allgemeinbegriffe bekämpfte, so wollte er damit gerade die naturnotwendige Beschränktheit der Erkenntnisfähigkeit des Verstandes auf die Einzel Dinge behaupten. Wenn Rickert und seine Schule die „generalisierende“ Begriffsbildung für unzureichend erklären, so wollen sie damit keineswegs sagen, es gebe nur Allgemeinbegriffe, sondern sie verteidigen gerade gegenüber der generalisierenden Begriffsbildung der Naturwissenschaft das Recht der „individualisierenden Begriffsbildung“ der historischen Kulturwissenschaften<sup>2)</sup>).

Mit der Annahme, daß das rationale, intellektuelle, begriffliche Denken deshalb, weil es sich auch der Allgemeinbegriffe bedient, unfähig sei, Einzelfälle, Einzeldinge zu erfassen, Individualbegriffe zu bilden, steht somit die Freirechtsschule allein auf weiter Flur. Es fehlt begreiflicherweise in der Freirechtsschule auch jede Spur eines Versuchs, für diese sonderbare These den Beweis anzutreten.

Kein Eigengut der Freirechtsschule dagegen ist die von ihr gemeinsam mit der von ihr bekämpften dogmatischen Jurisprudenz und mit den meisten juristischen und rechtsphilosophischen Schriftstellern vertretene Ansicht, daß die Aussagen über Einzelfälle, also die rechtlichen Einzelurteile der Allgemeingültigkeit entbehren. Da die Gesetzesnormen generell seien, Allgemeinurteile bilden und bilden müssen (Postulat der Rechtssicherheit!), die Gerechtigkeit dagegen dem Einzelfall angemessene, also Einzelurteile verlange und diese Einzelurteile in einem Gegensatz zu den Allgemeinurteilen des Gesetzes stehen, so scheint eine unentrinnbare Antinomie zwischen den Forderungen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit zu bestehen. Daraus pflegt man dann die Konsequenz zu ziehen, die Lösung des Einzelfalles sei keine logische oder rationale Funktion, keine Verstandestätigkeit, sondern beruhe auf rein oder

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 299 ff.

<sup>2)</sup> vgl. Rickert, Kulturwiss. und Naturwiss., 6./7. A. 1926, S. 78 ff.

wenigstens überwiegend „irrationalen“ Vorgängen, die mit dem „normativen“ Denken des Verstandes und des Gesetzes nichts gemeinsames haben sollen. So vereinigen sich von den verschiedensten Grundlagen und Ausgangspunkten aus die Kritiken an der überkommenen Rechtspflege und Rechtswissenschaft zu einem Generalangriff auf das „Rationale“ und zu einer gemeinsamen Anbetung des „Irrationalen“. Es fällt nicht schwer, die Verwandtschaft dieser Richtung mit den allgemeinen geistigen Strömungen unserer Zeit zu erkennen.

Die von der Freirechtsbewegung und nun auch von Isay verfochtene Ansicht, die „Normen“ als solche seien meistens unfähig, direkt zur Entscheidung der praktischen Rechtsfälle verwendet zu werden, es bedürfe dazu noch der Anschauung des konkreten Falles, ist richtig, und es ist der Freirechtsbewegung, wie auch Isay hoch anzurechnen, diesen Umstand in den Vordergrund der Beachtung gezogen zu haben. Die Vernachlässigung dieses Gesichtspunktes war tatsächlich eine äußerst verhängnisvolle Verirrung der traditionellen Dogmatik und Theorie. Aber zur Lösung dieses Problems, dieser „Antinomie“, benötigen wir keineswegs die Zuflucht zum „Irrationalen“. Das Denken stößt überall an die Grenzen des Rationalen, besteht in der Beziehung der Gedanken auf die letzten Endes immer irgendwie irrationalen Gegenstände der Gedanken. Die Losung „Irrationalität“ der Entscheidung bedeutet aber nichts anderes, als den Verzicht auf das Erkennen schlechthin und die Überlassung der Entscheidung dem Zufall und der Willkür! Auch für uns ist es selbstverständlich, daß immer nur ein Ausschnitt aus dem Sein denkbar ist<sup>1)</sup>. Aber: „Die Überwindung des Rationalen ist nur durch rationale Arbeit, nicht durch Gefühl zu erreichen“; „Indem mit anscheinendem Recht das Rationale negiert wird“, „widerstrebt (man) dem Vernünftigen, weicht (man) dem Dialektischen der Reflexion aus und wird ein Barbar im griechischen Sinne, das heißt ein Mensch, der nicht auf Gründe hört“<sup>2)</sup>.

Die „Entscheidungen“, also die Aussagen über Einzelfälle, sind in ihrer Eigenschaft als Einzelurteile klar erfassbare logische Gebilde und reihen sich durchaus in den Rahmen des „Rationalen“ ein, dem zu entfliehen zu suchen wir nicht den geringsten Anlaß haben, so lange es den ihm gestellten Aufgaben nachzukommen vermag.

Die logische Natur des Einzelurteils verstehen wir, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß dieses Gebilde auf der Kreuzung zweier Einteilungen beruht:

<sup>1)</sup> Vgl. N. Hartmann, Kant-Studien 29, S. 174; Logos 5, S. 310, 322f.

<sup>2)</sup> Jaspers, Psychologie der Weltanschauungen, 2. A. 1922, S. 84.

1. der Teilung nach der Urteilsquantität im engeren Sinn, nach der Umfangsbezogenheit: in allgemeine und partikulare Urteile;
2. der Teilung nach der Numerität oder Zahligkeit: in Einzahl oder Mehrzahl.

Wir erhalten demnach folgende Tabelle (nach W. Freytag):

<u>Einzelurteil</u>	Einzahl	Mehrzahl
allgemein	Sokrates ist sterblich Das x ist Der Verfasser des schweiz. Z.G.B. ist	alle x sind
partikular	ein (mindestens ein) x ist	einige (mehrere) x sind

Das Einzelurteil ist somit nur eine Unterart des allgemeinen Urteils, und es kann keine Rede von einem Gegensatz sein!

Übereinstimmend damit folgende Ausführungen Cassirers: „Die Allgemeingültigkeit eines Urteils bezeichnet ja nicht eine Quantität des Urteilssubjekts, sondern eine Qualität der Urteilsverknüpfung, so daß auch Urteile über Einzelnes durchaus allgemeingültig sein können. Der Satz S ist P besagt in diesem Falle nicht, daß die Eigenschaft P in einer Mehrheit von Subjekten gleichmäßig enthalten ist, sondern daß sie diesem besonderen Subjekt, ihm aber unbedingt und mit objektiver Notwendigkeit zukomme“<sup>1)</sup>.

Sehr beachtenswert sind ferner folgende Bemerkungen Cassirers zum Problem der „individuellen Kausalität“, die ja auch nichts anderes als eine Art des „Einzelfalls“ darstellt: „Sofern wir die Idee der Notwendigkeit auf ein besonderes zeitliches Geschehen anwenden, sofern wir also behaupten, daß dieses individuelle A dieses individuelle B notwendig fordert und nach sich zieht, so ist eben in dieser Feststellung eines einmaligen Sachverhalts zugleich ein Moment des Allgemeinen implicit mitgesetzt. Denn in diesem Urteil ist zwar der Fall, daß der Gesamtkomplex A jemals in genau derselben Bestimmtheit wiederkehrt, ausgeschlossen; zugleich aber ist in ihm ausgesagt, daß, wenn A sich in dieser Weise wiederholte, damit B und nur B als wirklich gefordert wäre. Wer also in der Geschichte mehr sieht als eine bloße positivistische „Beschreibung“ des Nacheinander verschiedener Ereignisse, wer

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 301.

auch ihr eine besondere Art des kausalen Urteils zugesteht: der hat diese Form des „Allgemeinen“ in ihr bereits anerkannt. Die Allgemeinheit haftet nicht an dem kategorischen, sondern an dem hypothetischen Teil der Aussage: die Form des Zusammenhangs von A und B wird ideell ins Allgemeine projiziert, wenn gleich die einzelnen Elemente nur eine einmalige Wirklichkeit besitzen mögen“<sup>1)</sup>).

Dazu verweise ich auf die oben (S. 231) angeführte Stelle aus Lotzes Logik.

Eine logische Antinomie zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit besteht somit nicht. Es ist unrichtig, logisch unbegründet, das Recht so aufzufassen, als ob ihm der Gegensatz des Allgemeinen und des Besonderen, oder, was in diesem Zusammenhang dasselbe bedeutet und der üblichen juristischen Terminologie entspricht, des „Formalen“ und des „Materialen“ immanent, wesensnotwendig und unentrinnbar wäre. Logisch besteht dieser Gegensatz nicht. Sobald die Bedingungen des Tatbestandes variieren, eine wesentliche Bedingung für die Anwendung einer bestimmten Norm wegfällt, ist vom logischen Gesetzesbegriff aus die Anwendbarkeit der an jene Bedingungen geknüpften Norm selbstverständlich aufgehoben und die Anwendung einer anderen Norm begründet. Sieht das kodifizierte Recht eine solche Norm nicht vor, weil es mit dieser neuen Bedingung nicht gerechnet hat, so ist logisch selbstverständlich, daß eine neue Norm gesucht werden muß. Die Frage der Individualisierung im Recht ist nicht eine Schwierigkeit der Logik, sondern eine solche der Wirklichkeitserkenntnis und der Umsetzung derselben in die Praxis.

Stellen sich bei einem Tatbestand vom Gesetz offenbar nicht vorausgesetzte Verhältnisse ein, so dürfen sie nicht nur, sondern müssen sie vom Richter, falls sie den ganzen Zusammenhang erheblich modifizieren, berücksichtigt werden und zur Aufstellung einer neuen Norm führen. Es handelt sich hier gar nicht um Fragen einer rein individuellen Gerechtigkeit, um keine Fragen einer „Gefühls“- oder Sentimentalitäts-Jurisprudenz, aber ebensowenig um Fragen richterlicher Freiheit oder richterlichen Ermessens. Wenn ein Richter eine Norm auf einen Tatbestand gewaltsam aufpfropft, obschon dieser Tatbestand von dem von der Norm selbst vorausgesetzten in einer erheblichen Bedingung abweicht, so handelt ein solcher Richter nicht im Sinne des Gesetzes, sondern *contra legem*. Der Geltungsanspruch der Norm darf nicht zu der üblichen, logisch vollkommen verfehlten Auffassung verleiten, daß eine

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 302 f. (Anmerkung).

Rechtsnorm schlechthin ausnahmslose Anwendung verlangt. Selbstverständlich gilt die Norm ausnahmslos. Aber doch in der ebenso selbstverständlichen Meinung, daß die für deren Anwendung vorausgesetzten Bedingungen vollkommen zutreffen, ansonst die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Norm, dieses Gesetzes dahinfallen.

Auch wir erblicken somit die eigentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft in der Erfassung des Einzelfalls, in der Beschaffung der geistigen Mittel zur angemessenen Lösung der konkreten Fälle — aber diese Lösung dem „Gefühl“ und dem „Willen“ zu überlassen, bedeutet nicht die Gewährleistung sachlicher Entscheidungen, sondern die Förderung der Willkür, des Zufalls und des Chaos. Gegenüber allen Argumentationen für eine „freie“ oder „schöpferische“ Rechtsprechung oder Rechtswissenschaft ist mit aller Energie festzuhalten, daß alles objektive Recht, und zwar das geltende Recht so gut wie das Recht an sich — beiden kommt eine durchaus objektive Existenz zu —, Gegenstand nicht der „Schöpfung“ im Sinne von Erzeugung, sondern ausschließlich der „Findung“ sein kann. Was wirklich „frei“ oder „schöpferisch“ erzeugt, nicht aus der Natur der Dinge heraus gefunden wird, ist immer nur Willkür. Der objektiv urteilende Richter, sei es, daß er sich streng an das geltende Recht hält, sei es, daß er ohne Rücksicht auf die Frage der Geltung das Recht an sich, das den Dingen adäquate Recht spricht, entscheidet „immer nach einer Rechtsnorm, die er nicht aufstellt, sondern nur feststellt“<sup>1)</sup>. Was die Freirechtsbewegung in gründlichster und verhängnisvollster Weise übersehen hat, ist die eminent logische Natur des Problems des Einzelfalls. Seitdem Platon gelebt hat, weiß man, daß in der Wissenschaft und der Philosophie alles auf die Rechenschaftsablegung, auf die Begründung — die auch dann möglich und erforderlich ist, wenn ein strikter „Beweis“ nicht erbracht werden kann — ankommt<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Reichef, Gesetz und Richterspruch, S. 108.

<sup>2)</sup> vgl. Symposion 202 A: „Wenn man eine richtige Meinung hat, ohne daß man Gründe für die Richtigkeit derselben anzugeben vermag, weißt du nicht, daß dies noch kein Wissen ist...?“ Phaidon 76 B: „Kann ein über Kenntnisse gebietender Mann über diese seine Kenntnisse auch Rechenschaft geben oder nicht? — Das muß er jedenfalls können“. Staat 534 B: „Wer dies nicht kann („den Wesensbegriff eines jeden Dinges erfassen“), dem wirst du doch, insoweit als er sich und anderen keine Rechenschaft darüber geben kann, keine vernünftige Einsicht in den betreffenden Gegenstand zugestehen“. (In den Übersetzungen von Apelt, Phil. Bibl.) Und schließlich Antisthenes im Theätet 201 C: Wissen ist ἀληθῆς δόξα μετὰ λόγου (die mit Erklärung, Begründung, verbundene richtige Meinung).

Nun bleibt dies freilich immer nur ein logisches Ideal. Die „Dissonanz von Norm und Leben, von Ordnung und Wirklichkeit“<sup>1)</sup> ist vollkommen gewiß nie zu überwinden. Letzten Endes ist jedes System eine Vergewaltigung der Wirklichkeit, jeder Versuch einer Konfliktlösung eine Verlegenheit, jeder Rechtsstreit „unaufhebbar“<sup>2)</sup>. Aber so gewiß diese Antinomie zum Leben selbst, oder sagen wir vorsichtiger: zu unserem Leben, gehört, so gewiß gehört zu eben diesem Leben auch das unabweisbare Bedürfnis, die immanente Notwendigkeit, einen Ausweg aus diesem Dilemma, eine Überwindung dieser „Dissonanz“ zu suchen. Und dieser Ausweg kann nur in jenem Wege liegen, den Platon und Kant uns gewiesen haben: in der möglichsten Vereinheitlichung aller Teilinhalte unseres Wissens, im Einordnen jeder Einzelheit unseres Lebens und Erkennens in höhere und höchste Zusammenhänge<sup>3)</sup>. Denn die Anerkennung eines einzigen und einheitlichen realen Zusammenhanges alles Seins und Wirkens ist das letzte, das wir zu erfassen vermögen, muß daher auch die letzte Grundlage unserer Orientierungen im Leben und Wissen abgeben.

So ist auch die wahre soziale Erkenntnis die Erkenntnis der höchsten und letzten Zusammenhänge des menschlichen Zusammenlebens. Diese Zusammenhänge sind da, sind etwas Objektives, Selendes. Letztes soziales Erkennen ist dasjenige, welches alle divergierenden Interessen und Sonderbestrebungen in eine übergeordnete Einheit aufzulösen vermag. Die „Normen“, die dieser Einheitskenntnis entnommen werden, stellen ebensowenig, wie die aus dem geltenden Recht abgeleiteten Normen, ein für sich isoliertes, vom „Sein“ psychologisch oder logisch unabhängiges Sollen dar, auch sie bilden keine letzte logische Kategorie, wie überhaupt das Sollen, wie wir nochmals im Anschluß an Liebert feststellen, keinen theoretischen Charakter, keine logische Geltung besitzt, sondern nur eine „praktische“ Kategorie ist.

Unannehmbar ist daher auch die Lösung Mezgers: „Das ‚Sollen‘ ist ableitbar aus dem ‚Sein‘: dieser Satz ist theoretisch falsch, denn ‚Zwecksetzung‘ ist ‚formale‘ Voraussetzung alles ‚Sollens‘. Aber er ist praktisch richtig“<sup>4)</sup>. Wir haben schon oben auf den Ausspruch Kants aus seiner reifsten Zeit (in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten) verwiesen, wonach theoretische und praktische Vernunft letzten Endes keinen Gegensatz,

1) E. Grisebach, Gegenwart, eine kritische Ethik, 1928, S. 316.

2) Grisebach, a. a. O., S. 299 ff.

3) Vgl. Liebert, a. a. O., S. 108 f.; Binder, a. a. O., S. 211.

4) a. a. O., S. 104.

sondern eine Einheit bilden müssen. Mit Kant müssen wir daher gegen Mezger geltend machen: es kann etwas unmöglich praktisch richtig sein, was zugegebenermaßen theoretisch falsch ist, und umgekehrt; entweder ist sein Satz praktisch und theoretisch richtig, oder dann ist er rettungslos falsch.

Mezger hält seinen Satz für theoretisch falsch, weil er davon ausgeht, daß alles Sollen von einer „Zwecksetzung“, von einem bewußten „Wollen“ bedingt sei. „Wenn ich nicht auf ein rechtliches ‚Sollen‘ verzichten will, so finde ich es nur im ‚freien‘ Wollen... Wenn ich ein ‚Sollen‘ will, so muß ich eine freie Zielsetzung ‚fingieren‘“<sup>1)</sup>. Die Widerlegung dieser Theorie liegt in der Verwendung wissenschaftlich unmöglicher und, auch vom eigenen Standpunkt Mezgers, vollkommen überflüssiger Fiktionen. Wenn er als „die Aufgabe alles wahren, alles „richtigen“ Rechts“ die „größtmögliche Förderung der Lebensinteressen der Einzelnen in der Weise, daß diese Förderung in ihrem verbundenen Zusammensein erfolgt“, bezeichnet<sup>2)</sup>, so sehe ich, mit dieser Formulierung an sich vollkommen übereinstimmend, nicht im geringsten ein, warum diese „Aufgabe“, dieses „Sollen“ des Rechts „theoretisch“ auf eine „Zwecksetzung“, auf ein „freies Wollen“ zurückgeführt werden muß.

Mezger selbst, dem ich in dieser grundlegenden Frage gerne und vorbehaltlos zustimme, erklärt: „Jenes ‚Sein‘ (aus dem das rechtliche Sollen ableitbar ist) bedeutet den Inbegriff der ‚natürlichen‘ Daseinsbedingungen des menschlichen Zusammenseins... Die Lehre vom richtigen Recht ist angewandte Psychologie und Soziologie... Die tiefsten Bestimmungsgründe desselben (des ‚Seins‘) liegen im psychischen Wesen des Menschen selbst und in seinen psychologischen Bedürfnissen und Gesetzmäßigkeiten... Von der ‚gegebenen‘ Menschennatur hängt das ‚richtige‘ Recht ab“<sup>3)</sup>. Ist dem aber so, ist jene „Aufgabe“ des Rechts nur eine Folge der „Natur“ des Menschen — wieso braucht es „theoretisch“ noch einer „Zwecksetzung“ zur Realisierung dieser „Natur“? Das bedeutet ja dasselbe, wie wenn man sagte, das Leben sei „theoretisch“ die Folge eines Entschlusses zu leben. Es gehört doch gerade „theoretisch“ zum Begriff eines Lebewesens, daß es seine „Natur“ verwirklicht, lebt, erfüllt. Wenn das Recht so aufgebaut wird, daß es der „gegebenen Menschennatur“, den „psychologischen Bedürfnissen und Gesetzmäßigkeiten“ des Menschen durchgehend ent-

---

1) *ibid.*    2) a. a. O., S. 99.    3) S. 104.

spricht und sie realisiert — ist ein solches Recht nicht gerade die logische Folge aus diesem Natursein des Menschen?

Ich hätte es umgekehrt verstanden, wenn Mezger gesagt hätte, daß die „praktische“ Realisierung des der gegebenen Menschennatur entsprechenden Rechts einer „Zwecksetzung“ bedarf, eines (allerdings nicht „freien“) Willens, eines Entschlusses. Aber dieses Recht selbst wäre doch die Folge aus dem „Sein“, aus der menschlichen Natur. Die „Zwecksetzung“, das eigene Wollen, dieses richtige Recht zu realisieren, ist selbst nur das Bewußtwerden des an sich objektiv schon existierenden Rechts. Ist das richtige Recht in der gegebenen Menschennatur selbst begründet, so existiert es an sich schon mit der Existenz der betreffenden Menschen: mit dem Grund ist die Folge eo ipso schon gesetzt. Mit der „Gegebenheit“ der menschlichen Natur ist das ihr entsprechende Recht an sich schon ebenfalls mitgegeben. Es ist schon da, bevor es erkannt wird, ist jedem erkennbar, der die Fähigkeit zu dieser Erkenntnis besitzt, so wie die Zahlen existierten, bevor jemand zu zählen verstand (Leibniz). Der Grund der Gültigkeit des richtigen Rechts liegt in seinem objektiven Sein. Es wird nur „gefunden“. Mit der Anerkennung und Sanktionierung als „geltendes“ Recht wird dieses an sich vorher schon existierende richtige Recht nur von einer Seinsschicht in eine andere übergeführt.

Diese objektive Existenz in einer höheren Seinsschicht wird gewöhnlich als „ideales“ Sein bezeichnet. Auch wir haben, im Anschluß an den üblichen Sprachgebrauch, wiederholt diesen Ausdruck verwendet. Dies ist so lange unbedenklich, als man sich dessen bewußt bleibt, daß im Begriff „ideal“ erkenntnistheoretisch keineswegs ein Gegensatz zum Begriff „real“ liegt. Für Platon, im Anschluß an dessen Ideenlehre ja die Begriffe ideal, Idealismus usw. gebildet worden sind, war das Sein der Idee nicht nur eine Realität, sondern sogar eine Realität höchster Ordnung, wie sein Idealismus überhaupt Realismus war <sup>1)</sup>. Auch das Sein des Rechts an sich ist, trotz der Bezeichnung als „ideal“, ein Sein, das Recht an sich ein nicht bloß Geglaubtes oder Gewünschtes, sondern ein Existierendes, ja die höchste, umfassendste Form der rechtlichen Existenz, wo nichts auf Zufall, Willkür, bloßer Gewalt, isoliertem Egoismus, auf der „Herrschaft von Menschen über Menschen“, sondern auf der Ausgeglichenheit und Integration der Interessen aller beruht <sup>2)</sup>. Die reale Existenz dieses Gebildes

<sup>1)</sup> Vgl. Freytag, Über den Kantischen Idealismus, 1924, S. 6.

<sup>2)</sup> Vgl. A. Gysin (Recht und Kultur auf dem Grunde der Ethik, 1929, S. 27): „In Wahrheit meint man mit „Recht“ schließlich doch nur das Gerechte.“

kann selbstverständlich nicht dadurch aufgehoben werden, daß wir es nicht oder nicht alle oder nicht ausreichend sehen, und daß es uns deshalb als Utopie erscheint. Gewiß, es ist eine Utopie von unseren heutigen Zuständen aus gesehen, aber keine vom Gesichtspunkt der latenten Anlagen der menschlichen Natur. Denn die sozial-ethische Anlage ist in ebenso hohem Maß ein Stück der menschlichen Natur, wie die individuell-egoistische. „Die Gemeinschaft (ist) eine den Menschen innewohnende, notwendige Lebensäußerung“<sup>1)</sup>. Würde nicht der Drang zur Lebensgemeinschaft zur natürlichen Anlage des Menschen gehören, so wäre es niemals zur Bildung von Gesellschaft und Staat gekommen. Aber diese natürliche soziale Anlage ist erstens, wie jede Anlage, bei den Menschen in verschiedenem Grade vorhanden. Und zweitens genügt diese Anlage für sich allein so wenig, wie die genialste künstlerische oder wissenschaftliche Anlage für sich allein ein wirkendes Genie zu schaffen vermag. Sie bedarf der bewußten Führung, Entwicklung und Gestaltung. Sie ist ursprünglich an engste Gemeinschaften gebunden (Familie, Sippe) — die Entwicklung führt dagegen zur Einsicht in die Zusammengehörigkeit alles Lebenden und in den Zusammenhang alles Wirkenden.

Die Fragestellung: wie müssen die Beziehungen der Menschen gestaltet werden, damit das Recht an sich, die der jeweiligen gegebenen menschlichen Natur in ihren Gesamtzusammenhängen entsprechende Ordnung verwirklicht werde, diese Fragestellung unterscheidet sich grundsätzlich, logisch, in nichts von den Fragestellungen einer exakten Wissenschaft. Das Recht an sich ist eine Frage der Psychologie, Soziologie und Mathematik<sup>2)</sup>.

Recht an sich ist jene Art des sozialen Lebens, jene Gestaltung der sozialen Beziehungen, bei denen jedem Beziehungsglied nach Maßgabe der körperlich-seelischen Gesetzmäßigkeiten und Bedürfnisse die Lebenserhaltung und maximale körperlich-seelisch-geistige Entwicklung im Rahmen der im gleichen Maße schutzwürdigen und zu wahrenen Entwicklungsmöglichkeiten und Entwicklungsbedürfnisse aller anderen Beziehungsglieder gesichert und so eine übergreifende, überpersönliche Ein-

<sup>1)</sup> E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, S. 416; ebenso Lipps, Das Wirken, S. 414, del Vecchio-Landsberg, Arch. f. RuWPh. 18, S. 360 Vgl. auch Kropotkin, Gegenseitige Hilfe in der Tier- und Menschenwelt.

<sup>2)</sup> Die Ähnlichkeit der Rechtswissenschaft mit der Mathematik hat besonders Leibniz betont.

heit aller Lebensinteressen, ein sozialer Kosmos hergestellt wird<sup>1)</sup>.

Was folgt daraus für die Lebensgestaltung im Sinne des Rechts an sich? Wenn es richtig ist — und wir halten es unbedingt dafür —, daß „Sachlichkeit, d. h. Konkretheit der Fragestellung, und Höhe des Gesichtspunktes . . . allgemeingültige Regeln für die Lösung der Richtigkeitsfrage“ sind<sup>2)</sup>, dann ist das Problem des Rechts an sich in der genauesten Berücksichtigung aller Tatbestandseinzelheiten jedes Einzelfalles einerseits, in der möglichst allgemeinen Fassung der Rechtssätze andererseits beschlossen. Emges Forderung der Sachlichkeit oder Konkretheit, sowie hoher Gesichtspunkte, Eggers Postulat, daß der Gesetzgeber „sich auf das Wesentliche beschränken, die leitenden Grundsätze, Regeln von Bestand und Bedeutung aufstellen“ müsse<sup>3)</sup>, Darmstaedters Lehre, daß die materiellen Rechtssätze „nur Muster und Beispiele der Rechtsordnung für die einzelne soziale Beziehung“ sein wollen und können<sup>4)</sup> — das sind tatsächlich oberste Leitlinien für Gesetzgebung und Rechtsprechung und als solche zweifellos Naturrechtssätze, aposteriorisch zwar gefunden, aber einmal gefunden, von unverlierbarem, bleibendem Gültigkeitswert. In ganz anderem Sinn, als es im heutigen Zeitalter der Spionage auf Naturrechtsverdächtige gewöhnlich geschieht, stellen wir mit Landsberg<sup>5)</sup> fest, daß „das Naturrecht nie so ganz tot gewesen (ist), wie es dafür allgemein angesehen wurde“, ja finden wir, daß trotz aller Verfemung unbewußt sogar an der Weiterentwicklung des Naturrechts gearbeitet wird!

Aus unseren Erörterungen folgt, daß prinzipielle antisozio-logisch-antinaturrechtliche Einstellung nur zu einem empirisch-naturrechtlichen Gemengsel führt und daß grundsätzlich als Wissenschaften vom Recht anerkannt und geschieden werden müssen: die am Geltungsprinzip orientierte historisch-interpretativ-empirisch-soziologische und die am Richtigkeitsprinzip orientierte psychologisch-naturrechtliche.

Die und nur die ausschließlich am Richtigkeitsprinzip, am Gedanken des Rechts an sich orientierte juristische Methode darf

<sup>1)</sup> Als das natürliche Moralprinzip und der höchste Rechtswert wird der Entwicklungsgedanke, die möglichste harmonische Förderung aller Lebensfunktionen, auch von G. Störring (Die sittlichen Forderungen und die Frage ihrer Gültigkeit, 1920, S. 105 ff.), L. Cohn (Das objektiv Richtige, 1919, S. 80) und Vera Strasser (Die Denkmethode und ihre Gefahren, 1931, S. 3 ff., 59 ff., 502) betrachtet.

<sup>2)</sup> Emge, Archiv f. RuWPh. 17, S. 563.

<sup>3)</sup> Komm. z. ZGB. I, S. 24. <sup>4)</sup> a. a. O., S. 212.

<sup>5)</sup> Zur ewigen Wiederkehr des Naturrechts, Arch. f. RuWPh. 18, S. 370.

begründeterweise den Anspruch auf die Bezeichnung als eine „kritische“<sup>1)</sup> erheben. „Kritisch“ verhält sich der Mensch aber dann, „wenn er in sich selbst die Quelle seines Erkennens und somit sich selbst als den Erkennenden entdeckt“<sup>2)</sup> und nun an den Gegenständen der Erkenntnis durch immerwährende Anzweiflung und Anfechtung den objektiven Bestand derselben vom bloß subjektiven Zutun herauszuschälen unternimmt.

Es bedeutet eine völlige Verkennung der logischen Natur und der logischen Dignität des Naturrechtsproblems, wenn Kelsen ausführt, daß das Naturrecht seiner reinen Idee nach „jeden Zwang von Mensch zu Mensch untersagen muß“<sup>3)</sup>, daß das richtige Verhalten im Sinne des Naturrechts mit dem Eintritt der Bedingung „unmittelbar evident gegeben sein muß“, daß „jedermann, den es angeht, die — ihm mit dem Eintritt der Bedingung unmittelbar evidente — Folge selbst (setzt)“<sup>4)</sup>, daß die Naturrechtsnormen für jedermann unmittelbar einleuchtend sein müßten<sup>5)</sup>. Es ist sonderbar, wie der Naturrechtsgedanke mit Argumenten bekämpft wird, die man dem Problem der Naturerkenntnis im engeren Sinn niemals entgegensetzen würde. Es würde Kelsen gewiß nicht einfallen, von der Physik und der Chemie den Beweis für eine exakte Erkennbarkeit der Natur dadurch zu verlangen, daß sie für jedermann „unmittelbar evidente“ Einsichten beschaffen müßten. Kelsen und mit ihm jeder andere Naturrechtsgegner findet es für eine undiskutable Selbstverständlichkeit, für eine Selbstverständlichkeit, die ihm nicht einmal bewußt wird, daß letzte Naturerkenntnis nur für wenige auserlesene Geister und nur auf Grund mühevollster Arbeit in Frage kommt. Das Postulat der Erforschung des Naturrechts dagegen wird mit dem Einwand zu widerlegen gesucht, daß die Lösungen des Naturrechts, wenn es solche gäbe, jedem Trottel unmittelbar einleuchten müßten! Dabei ist doch fraglos die Erkenntnis des Wesens des Menschen eine unendlich schwierigere Aufgabe, als diejenige der leblosen Natur. Nicht umsonst hat Wundt, auf dessen Urteil in dieser Frage man sich gewiß verlassen kann, die Rechtswissenschaft für die komplizierteste von allen Wissenschaften gehalten.

<sup>1)</sup> Egger, Schweiz. Rechtsprechung u. Rechtswiss., S. 40, Komm. z. ZGB. I, S. 51.

<sup>2)</sup> G. F. Lipps, Mythenbildung und Erkenntnis, S. 6 f.

<sup>3)</sup> Naturrecht und positives Recht, Internat. Zeitschr. f. Theorie des Rechts, II, S. 77.

<sup>4)</sup> Zeitschr. f. öff. Recht 7, S. 227.

<sup>5)</sup> D. philos. Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 8 f., 32.

Alle Naturrechtsgegner verkennen vollständig, daß das Recht an sich einerseits eine unendliche Aufgabe, andererseits ein, ja das höchste Führungsproblem bildet. Das Wissen um das Recht an sich wird (das war schon Platon bekannt) nie anders als eine esoterische Wissenschaft möglich sein, nicht anders als die höhere Mathematik, nicht anders als die letzten Einsichten auf allen Gebieten der Erkenntnis und des Lebens. Die große, die größte Frage unseres Lebens ist nur die, ob einmal „die Philosophen Könige werden in den Staaten“. Wir muten uns die Entscheidung darüber nicht zu. Wir wollten nur wieder einmal auf ein Problem hinweisen, das, auch wenn es vielleicht nie positiv gelöst werden wird, schon als bloße Frage unendlich wichtiger ist, als die vielen Ruhe und Sicherheit verheißenden Antworten für den Tag. Sollte diese Frage denn doch nicht bloße Utopie, sondern zu sehr in den Tiefen der menschlichen Natur verankert zu sein, um je zu verstummen?

## Namenregister.

- |  |  |
|--|--|
| Adler, Alfred 170  | Bolzano 27 f., 97, 141, 153, 182, 234  |
| —, Max 39, 83  | Bon, Fred 140  |
| Alexander, S. 21   | Brentano, Franz 140, 144   |
| Antisthenes 239  | Bruett 76  |
| Aristoteles 102, 139 f., 227   | Buelow, Oskar 214  |
| Aster, v. 71   | Burckhardt, W. 54, 87 f., 124, 138,<br>142, 158 ff., 167 f., 174, 182 f., 207,<br>211, 230 ff. |
| Autrecourt, Nikolaus von 172   |  |
|  | Carnap 1, 134, 234   |
| Baehr, Otto 5  | Cassirer 134, 136, 141, 175, 234 f., 237 f.  |
| Bartolus 16  | Celsus 48  |
| Baumgarten, A. 53, 75  | Clauberg u. Dubislav 1, 103, 181   |
| Bergson 193, 198   | Cohen, H. 70   |
| Berolzheimer 47  | Cohn, L. 244   |
| Bierling 76  |  |
| Binder 1, 18, 26 ff., 52, 67 f., 93, 100,<br>129, 142, 154 ff., 163, 167, 221, 240 | Dante 7  |
| Binding 89   | Danz 218   |
| Bleuler 200  |  |
| Boehm 140 f.   |  |

*Michael W. Hebelson  
Mettlenhölzliweg 1  
3074 Muri b. Bern*

# Rechtsphilosophische Scheinprobleme und der Dualismus im Recht

Von

**Gregor Edlin**

Dr. iur. et phil.  
Rechtsanwalt in Zürich

---

1932

Dr. Walther Rothschild  
Berlin-Grünwald