

GRUNDLAGEN DER RECHTSWISSENSCHAFT

EINFÜHRUNG IN DEREN PROBLEME
METHODEN UND BEGRIFFE

VON

O. A. GERMANN

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BASEL



VERLAG STÄMPFLI & CIE BERN

1950

GEDRUCKT BEI STÄMPFLI & CIE BERN

VORWORT

Dieses Buch entstand grösstenteils aus Notizen für meine Vorlesungen an der Universität Basel zur «Einführung in die Rechtswissenschaft» (1931–1948). Wer mit der Aufgabe sich zu befassen hat, in unsere Wissenschaft noch ganz unkundige Studenten einzuführen, wird sich bald bewusst, wie schwierig das ist. Ich habe fortgesetzt von neuem versucht, der Aufgabe besser zu dienen. So wurden Jahr für Jahr die Notizen ergänzt und oft erheblich umgestaltet. Im Vortrag knüpften sich daran jeweils Exkurse mannigfaltiger Art, die mir der Augenblick eingab: oft veranlasst durch entsprechende Bemerkungen der Zuhörer in Diskussionen ausserhalb des Hörsaals oder während eingestreuter Umfragen oder auch bloss durch einen von den Gesichtern abgelesenen Eindruck, sie hätten den Gedanken nicht ganz erfasst oder zeigten für die Frage besonderes Interesse, nicht selten auch durch ein Tagesereignis; und vor allem empfand ich das Bedürfnis, Grundsätzliches an Beispielen darzutun. Manches wurde bei solchen Exkursen lebendiger und leichter verständlich. Was hier wiedergegeben wird, ist nicht gedacht als Ersatz für ein Kolleg zur Einführung in die Rechtswissenschaft, das stets etwas Unmittelbares sein soll. Darum wird auch im Titel der Hinweis darauf nicht hervorgehoben. Das Buch wird eher einer nachträglich zusammenfassenden Übersicht dienen, die mit Vorteil auch noch in spätern Semestern zu verwenden ist. Zahlreiche neuere Zusätze zum ursprünglichen Manuskript sind gerade zu diesem Zweck entstanden. Sie sollen durch Hinweis auf Probleme grundsätzlicher Art zu weiterem Denken anregen. Ferner ermöglicht das Buch reifern Vertretern anderer Wissenschaften einen Einblick in Eigenart und Aufgaben der Rechtswissenschaft.

Im Titel wird der Ausdruck «Grundlagen» verwendet. Darauf war auch die Vorlesung ausgerichtet. Ich habe mir aber nicht angemasst, sie darin vollständig vermitteln zu können; es gab daneben an unserer Fa-

kultät noch besondere Vorlesungen zur Einführung in das Privatrecht und in das öffentliche Recht sowie für vorgerücktere Semester rechtsphilosophische Vorlesungen und Übungen zur juristischen Methodenlehre. Immerhin lag es mir daran, schon in meiner «Einführung» die wesentlichen allgemeinen Grundlagen für das Verständnis der Rechtswissenschaft und der folgenden Vorlesungen über die verschiedenen Rechtsgebiete zu schaffen, und ich habe deshalb in den letzten Jahren regelmässig diesen Ausdruck gebraucht. Bei den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins von 1949 über die Gestaltung des Rechtsstudiums wurde namentlich vom ersten Referenten, Professor G. WEISS, Zürich, die Bedeutung der Grundlagen hervorgehoben, welche vorab Aufgabe der Einführung in die Rechtswissenschaft ist, jedoch auch weiterer Vorlesungen, insbesondere für das Privatrecht. Dass die grundlegende Bedeutung der Einführung in die Rechtswissenschaft an unseren schweizerischen Fakultäten schon bisher nicht verkannt wurde, dafür zeugen die Namen derer, die damit in den letzten zwei Jahrzehnten beauftragt waren: W. BURCKHARDT, Bern, F. GUIBAN, Lausanne, CL. DU PASQUIER, Neuchâtel und Genève, M. GUTZWILLER, Freiburg, H. HUBER, Bern, K. OFTINGER und W. NIEDERER, Zürich, u. a.

Inhaltlich stand für mich im Vordergrund des Gesichtsfeldes unser gegenwärtig geltendes Recht. Dieses sollte wenigstens in seinen Grundzügen sichtbar werden. Nicht als etwas Absolutes, Endgültiges. Vielmehr lag es mir daran, auf umfassendere kulturgeschichtliche Zusammenhänge hinzuweisen. Betrachtet man das Recht mit Scheuledern oder aus der Froschperspektive, so lässt sich nicht der richtige Massstab gewinnen. Es fehlt dann auch jeder Ansporn zu lebendiger Mitarbeit. So wichtig brauchbare Grundlagen sind, so nötig ist es auch, vor Erstarrung in festgefahrenen Geleisen und sterilem Doktrinarismus zu warnen. Ausserdem war mir daran gelegen, unsern jungen Studenten die Rechtswissenschaft nicht als kulturlose Provinz erscheinen zu lassen, wo Begriffsakrobatik ohne Zusammenhang mit dem übrigen Geistesleben getrieben wird.

Man wird vielleicht fragen, ob es nicht angezeigt wäre, nur den gesicherten Bestand der Wissenschaft in einer solchen Einführung wiederzugeben. Ich glaube nicht. Ich bin überzeugt, dass auch hier gilt, was ich seinerzeit in anderem Zusammenhang hierüber schrieb: «Verfehlt ist es, die Problematik zu vermeiden. . . , gerade vom pädagogischen Gesichtspunkt aus. Ein Lehrbuch, das den ungelösten Problemen ausweicht,

das in überlegenem Ton alles als fertiges Wissen hinstellt und den Weg zur Problematik sogar verschüttet durch Verschweigen offener Fragen oder kritischer Einwände, für die man nicht von vornherein eine einleuchtende Widerlegung bereit hat, erfüllt seine höchste Aufgabe nicht: die Jünger der Wissenschaft zu eigener Weiterarbeit am begonnenen und nie vollendeten, immer wieder zu ergänzenden und verbessernden Bau zu befähigen. Auch ein Lehrbuch hat nicht bloss Kenntnisse zu vermitteln, sondern zu selbständiger Erkenntnis anzuregen. Werden die Probleme umgangen, um andern das Denken zu ersparen, so führt dies zu geistiger Trägheit und völligem Versagen, sobald es neue Probleme zu lösen gilt.» (Verbrechen im neuen Strafrecht S. 145.)

Weiter kann man sich fragen, ob nicht jeder politische Gesichtspunkt vermieden werden soll. Mir schien dies wiederum verfehlt. Man darf nicht übersehen, dass gerade die Grundlagen einer Rechtsordnung weltanschaulich bestimmt sind. Gewiss beschreitet man damit ein heikles Gebiet; aber es wäre feige, deshalb ihm auszuweichen. Indessen war ich bemüht, jede politische Lehre möglichst unvoreingenommen darzustellen und selber kein Werturteil hierüber zu fällen; denn es ist nicht Aufgabe der Wissenschaft, politische Propaganda zu treiben. Doch muss man versuchen, sich über die politischen Grundlinien einer Rechtsordnung klarzuwerden, um sie richtig zu verstehen und zu würdigen, teilweise sogar um sie sinngemäss auszulegen. Dass im Leser dabei gelegentlich ein kritischer Gedanke geweckt wird, dass er manches gerechter gestalten möchte, ist meines Erachtens kein Nachteil: auch hieraus ergibt sich vielmehr wiederum ein Ansporn zu lebendiger Mitarbeit.

Damit hängt zusammen, dass hier zuweilen von einem mehr persönlichen als allgemein anerkannten Gesichtspunkt ausgegangen wird, wo nicht für die Rechtswissenschaft grundlegende Begriffe zu prägen sind, sondern das Verständnis für grössere Zusammenhänge geweckt werden soll. Das Buch macht keinen Anspruch darauf, axiomatisch gültige Sätze wiederzugeben (deren es auf diesem Gebiete streng genommen wohl überhaupt keine gibt), sondern will den Leser nur heranzuführen zu den Quellen eigener Erkenntnis.

Ab und zu wird auf Literatur hingewiesen, wo der Leser weiteres über den Gegenstand finden kann. Es sei hier aber schon von vornherein und allgemein dem Leser empfohlen, auch CLAUDE DU PASQUIERS «Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit» heranzuziehen, die

1948 in 3. Auflage herausgekommen ist. Mehrfach wird ferner Bezug genommen auf das bekannte, 1939 erschienene Buch von Professor WALTHER BURCKHARDT, «Einführung in die Rechtswissenschaft» (2. unveränderte Auflage 1948). Beide sind ausgezeichnete Werke und beruhen ebenfalls vor allem auf schweizerischem Recht. Ausserdem sei nachdrücklich hingewiesen auf das kleine Buch Professor KARL OPTINGERS, «Vom Handwerkszeug der juristischen Schriftstellerei», das den Doktoranden und andern jungen Autoren als Wegweiser dient, aber auch manchen praktischen Hinweis enthält, der schon für die jüngern Semester beim Gebrauch juristischer Literatur wertvoll ist. Auf dem deutschen Recht der Nachkriegszeit beruht die «Einführung in die Rechtswissenschaft» von SCHÖNKE, die weniger die wissenschaftlichen Methoden als die Grundzüge des positiven deutschen Rechtes zeigen will. Für eine weitere Vertiefung der Grundfragen empfehlenswert ist die «Rechtsphilosophie» von RADBRUCH. Für höhere Semester bestimmt ist auch das Buch von NAWIASKY über «Allgemeine Rechtslehre». Von neuern französischen Werken über die «Théorie générale du droit» sind diejenigen von DABIN und ROUBIER anzuführen. Endlich sei noch hingewiesen auf das Buch des frühern Freiburger Staatsratspräsidenten und jetzigen Dominikanermönchs PERRIER über die «Cité chrétienne».

Wie der Inhalt des Buches am zweckmässigsten zu gliedern sei, darüber kann man selbstverständlich verschiedener Ansicht sein. So hätten manche Fragen aus dem Rahmen der einzelnen Rechtsgebiete (4. Kapitel) herausgenommen und in allgemeinen Kapiteln behandelt werden können. Doch lag es mir aus pädagogischen Rücksichten daran, den Boden der dem konkreten Rechtsstoff näher stehenden Einzelgebiete nicht unnötig zu verlassen. Das sollte jedoch den Hinweis auf die grundsätzliche Bedeutung solcher Probleme und auf Parallelen in andern Rechtsgebieten nicht ausschliessen. Deshalb ist denn auch häufig wieder darauf Bezug genommen.

Geplant war noch, ein Kapitel über Rechtsquellen und Rechtsfindung dem Buch anzufügen oder vor seinem letzten Kapitel einzufügen. Davon wurde dann aber abgesehen. Das Erforderliche war bereits im 2. Kapitel ausgeführt und an einigen Beispielen erläutert, im II. Abschnitt des 3. Kapitels überdies das Wichtigste geistesgeschichtlich beleuchtet; einzelne Probleme sind auch im 5. und 6. Kapitel berührt. Mehr hätte wohl den Rahmen des Buches gesprengt. Ergänzend kann ich auf mein Buch

über «Methodische Grundfragen» verweisen, ferner auf eine Studie, die kürzlich in der «Zeitschrift für schweizerisches Recht» erschien unter dem Titel «Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile» (auch separat).

Wenn angestrebt wird, grundsätzliche Fragen klarzustellen und das Konkrete nur als Beispiel dienen soll, ist es für den werdenden Juristen doch ebenso förderlich, gewissermassen von innen heraus, vom Gesichtspunkt persönlichen Erlebens und Schaffens Einblick in das Recht zu gewinnen. Neben frühzeitigem Besuch öffentlicher Verhandlungen gesetzgebender Behörden und namentlich der Gerichte sei zu diesem Zweck noch empfohlen, das Buch über «Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre» in die Hand zu nehmen: da wird in Gestalt schöpferischer Persönlichkeiten die neuere Geschichte des schweizerischen Rechts lebendig, hineingestellt in den Rahmen der Zeitereignisse, so dass uns da das Recht nicht mehr bloss als anonymes Normensystem erscheint, sondern vornehmlich als Erzeugnis weitsichtiger Männer, die mit Hingabe dem Gemeinwesen dienten, erfüllt vom Ideal der Gerechtigkeit.

Bottmingen, Oktober 1950.

Der Verfasser

Zum Schluss sei nun noch versucht, den *Standort der Rechtswissenschaft im Gesamtsystem der Wissenschaften* zu bestimmen.

Am gebräuchlichsten ist wohl die Zweiteilung in die Hauptgruppen *Naturwissenschaften und Geisteswissenschaften*. Sie entspricht der tatsächlichen wissenschaftlichen Arbeitsteilung, stammt aber erst aus dem 19. Jahrhundert, in dem sie von Bentham begründet und von J. St. Mill hauptsächlich zur Geltung gebracht worden ist. Nach ihr ist auch weitgehend der Unterricht an den Hochschulen gegliedert: die Naturwissenschaften bilden in ihrer theoretischen Erforschung den Gegenstand der philosophisch-naturwissenschaftlichen Fakultät (phil. II), wozu dann die medizinische Fakultät als hohe Schule der angewandten Disziplinen der Heilkunde hinzukommt; die Geisteswissenschaften sind Gegenstand der philosophisch-historischen Fakultät (phil. I), und dazu, zum Gebiet der Geisteswissenschaften, gehört auch das Arbeitsgebiet der juristischen Fakultät, neben der theologischen.

Aus der *Zugehörigkeit zu den Geisteswissenschaften* ergibt sich für die Jurisprudenz zunächst, dass ihre Jünger ausserhalb des engeren Fachgebiets vor allem bei den philosophisch-historischen Wissenschaften *ergänzende theoretische Kenntnisse* sich erwerben können: Soziologie und Volkswirtschaftslehre (an manchen Universitäten bereits in der juristischen Fakultät eingegliedert), politische und Kulturgeschichte, Psychologie, Philosophie. Für Sonderfragen können allerdings auch naturwissenschaftliche Fächer wichtig werden: z. B. Psychiatrie, gerichtliche Medizin, Biologie.

Wichtig ist ferner als weitere Konsequenz, dass die *naturwissenschaftlichen Methoden und Begriffe grundsätzlich auf die Rechtswissenschaft nicht anwendbar* sind. Der Siegeslauf der Naturwissenschaften im 19. Jahrhundert hat vielfach auch die Geisteswissenschaften dazu verführt, sich an die naturwissenschaftlichen Methoden anzulehnen, so namentlich die Psychologie, wie sie experimentell von WUNDT und STUMPF betrieben worden ist, so ferner die Soziologie, die von H. SPENCER, von SCHÄFFLE u. a. auf «organischen» Boden zu stellen versucht wurde, konzipiert nach Anschauungen der organischen Naturwissenschaft, und auch DURKHEIM ist in seinen «Règles de la méthode sociologique» von *naturwissenschaftlichen*, speziell biologischen Begriffen ausgegangen, indem er normale und

pathologische Erscheinungen unterschied, statt auf die massgeblichen *Wertungen* abzustellen, die er als wissenschaftlich belanglos übergang. Ähnlich hielten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auch in der Jurisprudenz naturwissenschaftliche Methoden Einzug, die hier dem Gegenstand von vornherein nicht konform waren und deshalb unklare Vorstellungen und Trugschlüsse zur Folge hatten. Abgesehen von der «organischen» Verbandstheorie Gierkes finden wir vor allem bei IHERING oft eine naturwissenschaftliche Terminologie und naturwissenschaftliche Methoden: So sprach er in seinem Buch über den «Zweck im Recht» von «sozialer Mechanik» und «Hebeln der sozialen Bewegung», namentlich aber begründete er in seinem ersten Hauptwerk über den «Geist des römischen Rechts» das sogenannte «Transpositionsverfahren» als «naturhistorische Methode», indem er das Juristische gewissermassen materialisiert hat und den naturwissenschaftlichen Gesetzmässigkeiten unterstellte. Als Beispiele hiefür erwähnte BAUMGARTEN (*Grundzüge der juristischen Methodenlehre*): «Die Übertragung eines Forderungsrechts wird vorgestellt als ein Hinüberschieben einer Sache von dem einen zum andern. Die Forderung ist mit Einreden behaftet als mit Dingen, die in enger räumlicher Beziehung zu ihr stehen und daher an dem Vorgang des Hinüberschiebens mit teilnehmen. Das Recht von seiner passiven Seite her gefasst, die Verbindlichkeit, erschien einem der Gemeinrechtler als ein Loch; die Schuldübernahme wollte er daher nicht als eine Übertragung gelten lassen, da man ein Loch nicht von einem Ort an einen andern hinübertragen kann, vielmehr bei der Translozierung genötigt ist, das alte Loch zuzuschütten und ein neues zu graben. Ein Recht wie das Eigentum stellt sich dar als ein elastischer Körper; entfernt man einen auf ihm ruhenden und ihn eindrückenden andern Körper - ein das Eigentum belastendes, beschränktes dingliches Recht -, so wird er ohne weiteres seine frühere Gestalt zurückgewinnen. Wird ein Recht unter einer Bedingung übertragen, so lässt sich die Vorstellung bilden, dass sofort ein Rechtskeim auf den Erwerber übergeht, der sich, wenn die Bedingung eintritt, bei ihm zur Pflanze, zum Vollrecht entfaltet.» Eine solche Transposition in die Begriffe der Naturwissenschaft ist höchstens ein anschauliches Bild, aber verleitet zu dem Fehler, aus dem Bild sachliche Gründe ableiten zu wollen: dazu sind die dem Sinn des Rechts als eines geistigen Phänomens völlig fremden naturwissenschaftlichen Begriffe ganz ungeeignet. Leider wurden diese sogar

zu politischen Ansprüchen missbraucht («Lebensraum», Herrenrasse). Wie gefährlich es ist, naturwissenschaftliche Theorien und Begriffe, wie den «Kampf ums Dasein» oder die Selektionstheorie u. dgl. kritiklos auf Recht und Staat anzuwenden, hat die jüngste Vergangenheit besonders im nationalsozialistischen Deutschland erschreckend gezeigt. Die neueste naturwissenschaftliche Forschung hat übrigens erwiesen, dass auch biologisch zwischen Mensch und Tieren ein erheblicher Unterschied besteht, dass der Mensch namentlich in seiner Entwicklung vor der Geburt und in den ersten Lebensjahren stark von ihnen abweicht und diese typische biologische Sonderentwicklung angelegt ist auf die sozialen Lebensformen der Menschen sowie deren vom Instinkt sich freimachende geistig schöpferische Tätigkeit (A. PORTMANN). Selbst naturwissenschaftlich wären also jene Theorien nicht ohne weiteres auf Menschen übertragbar.

Häufig werden den *Naturwissenschaften* die *Kulturwissenschaften* gegenübergestellt, so namentlich von der sogenannten südwestdeutschen Schule (RICKERT). Kultur beruht auf *Werten*. Kulturwissenschaften sind deshalb, soweit nicht selber normativ, jeweils «wertbezogen». Es gilt für sie, die Kulturerzeugnisse nach ihrem tiefen Sinn und Wert zu *verstehen*, nicht bloss kausal erklären zu wollen; zur Interpretation eines Kunstwerkes z. B. genügt es nicht, die Lebensgeschichte des Künstlers oder die verwendeten Materialien zu kennen. – Auch bei dieser Systematik gehört die Rechtswissenschaft nicht zu den Naturwissenschaften. Trägt sie die Merkmale der Kulturwissenschaften?

Wieschon mehrfach hervorgehoben, ist das *Recht* in der Tat ein *Erzeugnis der Kultur* und steht darum offensichtlich in engem Zusammenhang mit der allgemeinen Kulturentwicklung. Daraus ergibt sich für die Rechtswissenschaft ein wesentlicher Hinweis auf die gestaltenden Faktoren: aus der Einordnung des Rechts in das Reich der *Werte* sind Richtlinien zu gewinnen für die schwierigsten Probleme der juristischen Methodlehre, wie der Rechtsphilosophie ganz allgemein. – Es wird zwar immer noch in rechtswissenschaftlichen, insbesondere rechtspolitischen Publikationen das Lob einer «organischen Entwicklung» gesungen, man spricht von «organisch gewachsenen» Institutionen usw.; aber man übersieht dabei, dass sich diese biologischen Begriffe gar nicht auf das Recht und andere Kulturerzeugnisse übertragen lassen, dass deren Institu-

tionen bestimmt werden durch *Werturteile*, die wiederum der Biologie fremd sind. Gewiss können auch Rechtsinstitute ganz allmählich sich ausbreiten und vollkommener werden; doch hat dies nichts zu tun mit organischem Wachsen, sondern unterliegt dem fortgesetzten Einfluss wertender Menschen. Gewiss kann man einen willkürlichen menschlichen Eingriff als einen Missgriff bekämpfen; doch ist es grundsätzlich verfehlt, deshalb die schöpferische Kultur überhaupt zu verneinen, den Menschen mit seiner zweckstrebigen Pionierarbeit zu verleugnen und auf dem Boden des Rechts einfach das Steppengras wachsen zu lassen. Es sind die den Kulturwissenschaften eigentümlichen Wertungen, auf denen auch das Recht beruht. Dabei kommt für den Juristen zur «wertbezogenen» Erkenntnis, welche praktisch vor allem der Interpretation des geltenden Rechts zugrunde liegt, die selbständig wertende Tätigkeit; es gilt insbesondere für die Rechtswissenschaft *de lege lata* nicht nur, zum Zweck sinngemässer Auslegung in das Verständnis der mit dem positiven Recht bereits gegebenen, ihm immanenten Wertungen einzudringen, sondern zum Zweck ergänzender freier Rechtsfindung auch selbstverantwortlich Wertungen in Interessenkonflikten vorzunehmen. – Die *juristische Begriffsbildung* hängt ebenfalls damit zusammen. Sie beruht nicht auf Abstraktion aus der Erfahrung und logischer Deduktion, sondern auf der Erkenntnis, dass ein Rechtsbegriff nur sinnvoll ist als *Bestandteil eines Rechtssatzes* und sich darum aus dem Verständnis für die diesem zugrunde liegenden Wertungen ergibt. Gerade hier kann die Rechtswissenschaft aus der klaren Einsicht in diese Verhältnisse noch viel gewinnen. Nur zu häufig wird zum Beispiel das Merkmal eines gesetzlichen Tatbestandes nach philologischen oder formallogischen Gesichtspunkten erläutert, ohne Rücksicht auf die mit diesem Tatbestand verbundenen *Rechtsfolgen*, aus denen oft allein ein sicherer Anhaltspunkt für die massgeblichen Wertungen sich entnehmen lässt (Beispiele in «Methodische Grundfragen» S. 78 ff.).

Verwandt mit der vorgängig erwähnten Systematik ist die hauptsächlich von WINDELBAND begründete Gegenüberstellung von *generalisierenden und individualisierenden* (oder idiographischen) Wissenschaften, wobei zu diesen vor allem die Geschichte gezählt wird, zu jenen die Naturwissenschaften. Bei jenen kommt es auf das Allgemeingültige, das Gesetzmässige an, bei diesen auf das *Besondere, Einmalige*.

Obwohl die Jurisprudenz es mit Gesetzen zu tun hat, die für eine Rechtsordnung Allgemeingültigkeit beanspruchen, ist sie doch nicht in dem Sinn generalisierend wie die Naturwissenschaft; massgeblich ist für sie vielmehr nur eine *bestimmte, geschichtlich bedingte Rechtsordnung*, etwa die gegenwärtig geltende Rechtsordnung unseres Landes, und diese gilt es zu verstehen, wie andere einmalige Erzeugnisse der Kultur. Ja sogar wenn es gilt, de lege ferenda neue Rechtssätze zu postulieren, müssen sich diese beziehen auf eine bestimmte Rechtsgemeinschaft mit Rücksicht auf ihre besonderen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse; wird das Besondere vernachlässigt, dann ist ein solcher Vorschlag Utopie. Die bestehenden und zu schaffenden Rechtsnormen verlangen stets bloss für einen bestimmten örtlichen, zeitlichen und sachlichen Geltungsbereich Allgemeingültigkeit, im Gegensatz zu den Naturgesetzen. In dieser Hinsicht gerade hat sich das «Naturrecht» der Aufklärung als Illusion erwiesen: es gibt kein für alle Zeiten und alle Völker in gleicher Weise gültiges Recht. Aus dieser Einsicht heraus werden wir vor dem verhängnisvollen Irrtum bewahrt, unser Recht verabsolutieren zu wollen.

Nur kurz sei noch auf eine ganz andere Systematik der Wissenschaften hingewiesen. Sie wurde von Aug. Comte und H. Spencer auf den Grad der Allgemeinheit gegründet, woraus sich gewissermassen eine *Stufenfolge, eine Hierarchie der Wissenschaften* ergab. Danach unterschied Comte: Mathematik, Mechanik, Astronomie, Physik, Chemie, Biologie, Soziologie; ähnlich Spencer: Mathematik, Mechanik, Physik, Chemie, Astronomie, Geologie, Biologie, Psychologie und Soziologie. Geistes- und Kulturwissenschaften werden in diesem System eines ausgesprochenen Positivismus vernachlässigt; wie die meisten andern Geisteswissenschaften hätte die Rechtswissenschaft höchstens als *Teilgebiet der Soziologie* darin Platz, und nur unter einem einseitigen Gesichtswinkel. Es wird deshalb auf diese Systematik, die heute kaum mehr praktisch bedeutsam ist, nicht näher eingetreten.

Endlich ist auch in der allgemeinen Systematik der Wissenschaften versucht worden, *nach der prinzipiellen Fragestellung* zu gruppieren: danach den *deskriptiven* und *explikativen* Wissenschaften, die *feststellen* und *erklären*, was *tatsächlich* ist oder geschieht oder geschehen ist, die *wertkritischen* und *normativen Disziplinen* gegenüberzustellen, die bestimmen,

was geschehen *soll*. Schon Aristoteles hat entsprechend zwischen theoretischen Wissenschaften und praktischen unterschieden. Bacon, der Begründer der neuern Philosophie, behielt diesen Gesichtspunkt bei und hat ihn insofern erweitert, als er jeder theoretischen eine praktische Wissenschaft gegenüberstellte, machte jedoch daraus mit Recht nicht das Hauptkriterium, denn Theorie und Praxis gehören jeweils zusammen. Immerhin ist die prinzipielle Fragestellung für Eigenart und Methode jeder Wissenschaft bedeutsam: namentlich ihre Methode wird grundsätzlich verschieden sein, je nachdem es sich darum handelt, einfach *festzustellen* und kausal-genetisch zu erklären, was ist oder geschieht oder geschehen ist, was sich auf *Erfahrung* gründen muss, oder aber zu *werten* und (danach) zu *bestimmen*, was geschehen *soll*, also Richtlinien für die *Beurteilung* und für den *Willen* aufzustellen, für die *schöpferische Tat*. In diesem Sinn hat man in neuerer Zeit von einem grundsätzlichen *Methoden-Dualismus* gesprochen.

Während nun die meisten Wissenschaften entweder ausschliesslich zu den deskriptiven und explikativen Wissenschaften gehören, wie die Naturwissenschaften, Soziologie, Psychologie, oder ausschliesslich zu den normativen und praktischen Disziplinen, wie die technischen Wissenschaften, Pharmazie, Medizin, Volkswirtschaftspolitik, Pädagogik usw., so dass sie unter einem einheitlichen methodischen Gesichtspunkt arbeiten können, verläuft diese Demarkationslinie bei der Rechtswissenschaft *innerhalb*: *Rechtsgeschichte* und *Rechtssoziologie* sind prinzipiell *deskriptiv-explikative* Wissenschaften, die *Rechtspolitik* ist umgekehrt *normativ*, bei näherem Zusehen auch die *dogmatische Rechtswissenschaft de lege lata*, die wohl ihren Ausgang nimmt von der Feststellung des positiven Rechts, aber gestützt darauf die *richtigen Normen* herauszuarbeiten hat, die letztlich sich ausrichten auf die Frage, was *de lege lata* gelten *soll*. Deshalb ist es in der Jurisprudenz, wo *grundsätzlich verschiedene Fragen* sich stellen und nach *verschiedenen Methoden* zu behandeln sind, besonders wichtig, jenen Methoden-Dualismus sich klarzumachen und in jedem einzelnen Fall sich darüber Rechenschaft zu geben, welcher Art die aufgeworfene Frage ist; mangelnde Klarheit in dieser Hinsicht, wie sie leider oft in Dissertationen und andern wissenschaftlichen Arbeiten zu treffen ist, rächt sich schwer.

BEGRIFF UND IDEE DES RECHTS

Mit diesem letzten Kapitel treten wir an komplexe Grundprobleme heran. Sie beziehen sich auf Begriff und Idee des Rechts. Aber wir wollen hier nicht versuchen, diese zu definieren. Es liegt mir nur daran, die Problematik aufzuzeigen und auf diejenigen Fragen einzutreten, die für uns besonders bedeutsam sind, indem wir das Recht zunächst der *Macht* gegenüberstellen, dann der *Freiheit* und schliesslich der *Gerechtigkeit*.

I. Das Verhältnis von Recht und Macht. Antagonismus von Recht und Macht. Die Macht im Dienste des Rechts; ihr Missbrauch. – II. Das Verhältnis von Recht und Freiheit. Notwendigkeit rechtlicher Bindung. Ihr Umfang, das erforderliche Minimum. Schutz der persönlichen Freiheit. – III. Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit. Gerechtigkeit als Ideal, geltendes Recht ein Faktor der Wirklichkeit. Zwischen beiden mehr oder weniger grosse Spannung. Mögliche Konflikte. Andere Rücksichten bei der Rechtsbildung. Insbesondere die Rechtssicherheit als konservatives Postulat, im Gegensatz zum reformatorischen der Gerechtigkeit. Richtlinien für ihr Zusammenwirken in Gesetzgebung und Rechtsprechung.

I.

Schon Kant hat in seiner «Metaphysik der Sitten» darauf hingewiesen, das Recht sei notwendig, um aus dem Naturzustand herauszukommen, wo jeder tut, was ihm beliebt, und keiner sicher ist vor Gewalttat des andern, mit einem Wort: wo die *Macht* entscheidet. Die Macht bildet hier den *Gegensatz zum Recht*. In der Tat besteht ein Antagonismus von Recht und Macht, was dem kritischen Blick der Begründer des Naturrechts, zu deren Jüngern in gewissem Sinn auch Kant gehörte, nicht entgangen ist und vor allem hervorgetreten war in den staatspolitischen Schriften des englischen Philosophen Hobbes.

Das Machtprinzip ist oft grundsätzlich bejaht, ja verherrlicht worden: so von Treitschke in bezug auf den Krieg, von Nietzsche als «Wille zur Macht». Geschichtlich gesehen wurden in mancher Hinsicht die Lehren Darwins vom «Kampf ums Dasein» einfach übertragen auf das politische, das soziale Gebiet (kritisch hiezu bereits im vorhergehenden Kapitel, Abschnitt V).

Auch in Frankreich traf man schon vor dem ersten Weltkrieg auf ähnliche Gedanken. 1910 war in Paris ein Buch erschienen mit dem Titel «Le droit c'est la force», als «Théorie scientifique du droit». Und oft wurde nicht bloss eine Tatsache festgestellt, sondern gebilligt, wenn man sagte: «la force prime le droit».

Die Praxis wird ebenfalls weitgehend von den gleichen Grundsätzen beherrscht. Die Politik der Grossmächte liess hierüber kaum einen Zweifel. Immer wieder ist es, sogar mitten im Frieden, zu Gewalttaten der Mächtigen gekommen, um ein «fait accompli» zu schaffen.

Die Verurteilung solcher Gewaltakte bedeutet nicht schwächlichen Pazifismus. Der Kampf ist der Vater aller Dinge, hat schon Heraklit erkannt. Aber der Kampf sollte sich in höheren Formen abspielen, als Wetteifer in schöpferischem Aufbau. Dazu bedarf es der Sicherheit vor gewalttätigem Angriff.

Besonders in *internationalen* Dingen galt bis jetzt weitgehend «Faustrecht». Das Völkerrecht steckt noch in den Kinderschuhen. Macht geht vor Recht. Der Völkerbund vermochte diesen Zustand sogar in seinem Höhepunkt nur wenig zu mildern. Den *Krieg* hatte zwar der Kelloggpaakt *geächtet*, aber *weder tatsächlich noch rechtlich ausgeschaltet*. Ob dies der UNO gelingen wird, steht dahin. Vorläufig jedenfalls erscheint der Optimismus verfrüht. Es bedarf des *zähen Willens aller Vorkämpfer des Rechts*, um es international auf festen Boden zu gründen. In erster Linie gilt es, dem bereits bestehenden, als Gewohnheitsrecht geltenden oder in Staatsverträgen anerkannten Völkerrecht Nachachtung zu verschaffen, ferner das völkerrechtliche System weiter auszubauen, namentlich durch Garantie der Menschenrechte und durch Schiedsgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten zwischen Staaten, auch ohne positivrechtliche Normen, bei den Interessenkonflikten, wie sie schon vor mehr als zwei Jahrzehnten im Schiedsvertrag der Schweiz mit Italien vereinbart worden ist.

Doch auch *innerstaatlich* ist noch das Machtprinzip einzuschränken zugunsten des Rechts. So gibt es hier zahlreiche Fälle, in denen die Vertragsfreiheit zu fast unumschränkter Herrschaft des Stärkeren geführt hat, gegenüber Konkurrenten und Konsumenten, als Wirtschaftsdiktatur, und im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, als Diktatur des Kapitals, des Brotherrn, oder umgekehrt als Diktatur des Proletariats. – Hier muss das Recht ebenfalls den blossen Machtstandpunkt *überwinden*.

Es soll damit schrittweise dem Niemandsland des rechtsleeren Raums, wo dieses zum Jagdrevier willkürlicher Macht geworden ist, weiterer Boden abgewonnen und durch die Rechtsordnung urbar gemacht werden. Das gilt nicht nur im gegenseitigen Verhältnis der Staaten, sondern auch im Rahmen des Staates selbst, wo häufig wirtschaftliche Machtkämpfe ausgefochten werden. Dabei soll die persönliche Freiheit unangetastet bleiben und auch im Wirtschaftsleben dem freien Willen der Einzelnen und ihrer frei gebildeten Verbände soviel wie möglich überlassen sein (unten II). Dem Wettbewerb ist freie Bahn zu gewähren, wenn er nach dem Leistungsprinzip ausgetragen wird. Doch gilt es, den Wettkampf an die Schranken des Rechtes zu binden, wo nicht eigene Leistung, sondern wirtschaftliche Macht den Ausschlag geben soll durch Kartellzwang, ungerechtfertigten Boykott, Kampfpreisunterbietung und andere Formen des kollektiven wie des individuellen Missbrauchs wettbewerblicher Freiheit oder der Vertragsfreiheit.

Die Macht ist nicht bloss bedeutsam als Gegenpol des Rechts, sie steht zu diesem auch in einem *positiven* Verhältnis: ist sie doch das *unentbehrliche Mittel zur Durchsetzung des Rechts*. Das *Schwert* ist Attribut des Rechts neben der Waage der Gerechtigkeit. Darin liegt eine Gewähr für die *Rechtssicherheit*. Mögen die Rechtsnormen dem Ideal der Gerechtigkeit in hervorragendem Grad entsprechen, wenn sie sich nicht durchzusetzen vermögen, sind sie für das soziale Leben, dem das Recht dient, fast wertlos. Um das «Faustrecht» zu überwinden, wurde das Schwert dem Einzelnen entwunden und in die Hand des Staates gelegt, der im Namen der Gemeinschaft das Recht zu wahren hat. Ohne dieses Schwert kann aber auch der Staat als Hüter von Recht und Gerechtigkeit nicht auskommen; das «Naturrecht» der Aufklärung, das die Bedeutung des tatsächlich geltenden, sich durchsetzenden Rechts verkannte, war insofern kein Recht, sondern (ähnlich der Utopie des Thomas Morus) eigentlich nur ein System von *Rechtspostulaten*. Solchen Rechtspostulaten fehlt gerade, was zur Eigenart des Rechts gegenüber andern Normen, vor allem denen der Moral, gehört: die *Geltung* auch gegenüber denen, die sie nicht billigen (oder jedenfalls nicht, wo sie selbst davon betroffen werden). Und diese Geltung ist heute, da die Menschen in ihren Entschlüssen sich noch sehr häufig durch egoistische Motive bestimmen lassen und in ihren Werturteilen weit auseinandergehen, nicht anders erreichbar als durch das

Damoklesschwert des *Zwanges*, das nötigenfalls für die Durchsetzung der Normen zu sorgen hat. Schon das blosse Dasein einer Zwangsorganisation und das Bewusstsein ihrer Wirksamkeit für den Fall, dass man sich nicht freiwillig den Normen des Rechts unterzieht, genügt in den meisten Fällen, um ihre zuverlässige Geltung zu sichern, so dass der Zwang selbst nur verhältnismässig selten angewendet werden muss. Doch ganz kann man seiner nicht entraten, jedenfalls heute noch nicht. Das gewaltlose Recht, welches Tolstoj vorschwebte, kann höchstens als fernes Zukunftsideal bedeutsam werden. Die *Verbindlichkeit* des Rechts ist zwar vorab ethisch begründet, aber ohne Machtmittel kommt es nicht aus.

Das Schwert ist neben der Waage der Gerechtigkeit das Attribut des Rechts. So wird häufig auf Standbildern Justitia dargestellt: in der einen Hand die Waage, in der andern das Schwert. Gerade dadurch zeichnen sich die Rechtsnormen aus vor andern Normen, dass sie *für alle verbindlich* sind und nötigenfalls *zwangsweise* sich durchzusetzen vermögen. Damit wird ein Gerüst zuverlässig geltender Normen geschaffen, auf der das soziale Leben sich aufbauen kann. Diese *Ordnungsfunktion* des Rechts ist von ausschlaggebender Bedeutung (darauf wurde bereits im 1. Kapitel hingewiesen, vgl. dort Abschnitte V und VI).

So tritt die Macht in den *Dienst* des Rechts, als *Werkzeug* seiner zuverlässigen Verwirklichung und damit der Rechtssicherheit.

Allerdings wird oft umgekehrt auch versucht, die Formen des Rechts zum Werkzeug der Macht zu missbrauchen. Mag das Instrument in die Form des Gesetzes, des Diktats der Gewalthaber, des Plebiszites oder des Vertrags sich kleiden, es ist dann auf alle Fälle bestimmt, den andern die Hände zu binden, sie zu Vertragsbrechern, Aufrührern und Delinquenten zu stempeln, wenn sie es wagen sollten, an ihrem Joch zu rütteln. Alles kommt also darauf an, das Schwert rein zu halten, es nur in die Hand einer Gemeinschaft zu geben, welche den wahren Willen und die höhern Ziele der Gemeinschaft vertritt, nicht die Sonderinteressen der Gewalthaber, welche die Menschenrechte respektiert und die Macht nur gebraucht, um der Rechtsidee selber zu dienen. Das ist der «Rechtsstaat» (4. Kapitel, Abschnitt I, Ziffer 6).

Schon das Naturrecht hat die Verbindlichkeit blosser Machtbefehle staatlicher Gewalthaber verneint und dagegen ein «Widerstandsrecht» anerkannt.

II.

Wie verhält sich das Recht zur *Freiheit*? Wird nicht in dem Mass, in dem das Recht das Netz seiner Normen über das soziale Leben ausbreitet, die persönliche Freiheit der Rechtsunterworfenen immer mehr *beengt*, ja schliesslich *erwürgt*? Haben wir nicht schon einen Begriff davon bekommen, wie sehr durch die zahlreichen Vorschriften aller Art, die sogar für den Juristen fast unübersehbar geworden sind, unsere Freiheit eingeschränkt werden kann? Legt nicht überhaupt das Recht durch seine verbindlichen Normen unsere Freiheit in Ketten?

Solche und ähnliche Gedanken werden bei jedem rege werden, der die Freiheit nicht bloss auf der Zunge trägt.

Es ist richtig: wo das Recht herrscht, ist es vorbei mit der *absoluten* Freiheit, zu tun, was einem beliebt. Aber wie sieht diese Freiheit tatsächlich aus? Es ist die Freiheit der *Bestie*, die Freiheit wilder Tiere, die jeden Augenblick bereit sein müssen, für ihr Leben sich zur Wehr zu setzen, die Freiheit, wie wir sie annähernd wenigstens bei primitiven Völkern finden, die mit Jagd und Fischfang ihr Dasein fristen.

Durch die *Bindung*, die dort fehlt, schafft das Recht zuverlässig geltende Normen des sozialen Verhaltens. Dadurch wird Arbeitsteilung ermöglicht, und darauf beruht unsere höhere Kultur; würde das Fundament jener zuverlässig geltenden sozialen Normen ihr entzogen, so müsste das Gebäude zusammenstürzen. Das wird uns in kritischen Zeiten, wo Stürme von aussen oder Revolutionen im Innern das Gefüge zu erschüttern drohen, eindringlich zum Bewusstsein gebracht. Jeder fängt dann wieder an, sich um des Lebens Notdurft zu kümmern, um seine Sicherheit, um das tägliche Brot. Wie soll es ihm da möglich sein, sich auf die Schaffung von Kulturwerken zu konzentrieren? Wie steht es um die *innere* Freiheit und die tatsächliche Fähigkeit, der vorhandenen Freiheit zu höhern Zwecken sich zu bedienen? Gerade die rechtliche Bindung ist es, die uns gewissermassen durch Rückensicherung die Hände freimacht, weil sie zugleich die andern bindet.

Der *Anarchismus* übersieht offenbar diese fundamentale *konstruktive* Bedeutung des Rechts. Er sieht nur die *Bindung* der Kräfte, nicht deren *Entbindung* infolge der Sicherheit, die das Recht durch seine Verbindlichkeit für alle gewährt. Diese Verbindlichkeit, auch wider Willen des Einzelnen, welche der Eigenart des Rechts entspricht und nötigenfalls mit-

tels der Zwangsorganisation durchgesetzt werden soll, vermag allein die Sicherheit im Verhältnis zu den andern zu begründen, auf der unser geordnetes Zusammenleben, unsere vielgestaltige Wirtschaft und höhere Kultur beruht.

So bleibt uns die Wahl zwischen geordneter Gemeinschaft, wofür die rechtliche Bindung unentbehrlich ist, und der Freiheit wilder Tiere; oder um beides auf den Nenner *Freiheit* zu bringen: zwischen der Freiheit, die uns unabhängig macht von den tausend Zufällen einer unberechenbaren Umwelt, somit einer tatsächlichen innern Freiheit, die uns ermöglicht, unsere Kraft auf produktives Schaffen zu konzentrieren, und der Freiheit von jeder rechtlichen Bindung, die dann aber auch für andere nicht besteht und sie zu ebenso vielen Gefahren für uns macht nach dem bekannten Ausspruch «homo homini lupus», einer Freiheit, wie sie dem «Friedlosen» beschieden war, einer Freiheit, die uns keine Rast und Ruhe liesse, keine Möglichkeit der Sammlung und des Schaffens auf lange Sicht, solange wenigstens die Menschen nicht im tiefsten Grunde anders geworden sind als heute.

Steht prinzipiell die Notwendigkeit rechtlicher Bindung für uns fest, so ist doch damit über ihren *Umfang* noch nichts ausgemacht. Es wäre verfehlt, aus dem Bisherigen zu folgern, dass mit dem Umfang des rechtlichen Normensystems im gleichen Verhältnis die Kultur oder genauer die Fähigkeit der Menschen zu kulturellem Schaffen und deren innere Freiheit sich erhöht.

Nicht auf den Umfang, sondern auf die *Wirksamkeit*, die *sichere Geltung* des Rechtes kommt es vornehmlich an. Wo die rechtliche Regelung alles vorsehen will und damit unüberschbar wird, geht oft ihre Wirksamkeit zurück, besonders wenn sie sich als überflüssig oder beengend oder gar als undurchführbar herausstellt. Mag es richtig sein, dass mit zunehmender wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Verflechtung immer neue Rechtsnormen erforderlich werden, um diese Verhältnisse zu regeln und nicht durch die Maschen des bisherigen Rechts hindurch die Macht des Stärkern entscheiden zu lassen: grundsätzlich wird doch jeweils die Frage zu stellen sein, ob eine rechtliche Bindung *nötig* ist. Grundsätzlich wird das *Minimum* an solcher Bindung anzustreben sein: der Gesetzgeber soll sich nicht einmischen in Dinge, die der verbindlichen Regelung nicht bedürfen.

Von bleibendem Wert ist die *persönliche* Freiheit. Ist in den wirtschaftlichen Verhältnissen manche Bindung nötig, um die Freiheit nicht zum unverdienten Vorrecht des beatus possidens ausarten zu lassen, so soll doch entschieden am Recht der Persönlichkeit festgehalten werden, das in vorbildlicher und umfassender Weise von unserm Zivilgesetzbuch anerkannt worden ist mit dem Schutz der körperlichen und seelischen Integrität, der Ehre, der Geheimsphäre, des freien Entschlusses und freien Einsatzes der eigenen Arbeitskraft. Festzuhalten ist auch an der *Freiheit des Zusammenschlusses* zu Vereinen und Genossenschaften, zu Körperschaften aller Art und staatlicher Gemeinschaft. Zwangsverbände und majorisierende Zentralisation sind zu vermeiden. Eine Gefahr liegt bereits in einem gewissen *Imperialismus der Mehrheit*, womit diese sich hinwegsetzt über Eigenrechte der Einzelnen und der kleinern Gemeinschaft oder Gruppe, als «volonté générale» im Sinne von Rousseau, in der Meinung, ihr sei alles erlaubt, was sie gutheisst, und die so den Anfang macht mit totalitären Tendenzen. Ein angeblich «aufgeklärter» Rationalismus verführt leicht dazu, tief verwurzelte Freiheiten unter Hinweis auf Vernunft und Zweckmässigkeitsgründe zu missachten und die Selbständigkeit der kleineren Gemeinschaft zu zertrümmern. Gegenüber totalitären Ansprüchen gilt es, eine Sphäre geistiger Unabhängigkeit zu wahren, nicht um Eigensinn und Eigenbrödelei zu züchten, sondern um ursprüngliche, nur in der Luft der Freiheit gedeihende schöpferische Kraft lebendig zu erhalten.

Eines besondern Schutzes bedarf die Freiheit gegen *Eingriffe des Staates*. Er ist vor allem durch die Proklamation der *Freiheitsrechte* und deren Verankerung in den Verfassungen geschaffen worden (4. Kapitel, Abschnitt I, Ziffern 3 und 6). Doch müssen sie nicht nur Programm sein, sondern verbindliche Rechtssätze, mit entsprechendem richterlichem Schutz, wie dies wenigstens im Prinzip von unserer Bundesverfassung vorgesehen ist (BV Art. 113, Ziffer 3). Sogar das Völkerrecht ist im Begriff, sie nicht bloss anzuerkennen, sondern sie zu schützen (4. Kapitel, Abschnitt VIII). Trotzdem ist dieser Schutz noch vielfach ungenügend (vgl. besonders 4. Kapitel, Abschnitt I, Ziffer 6 am Ende).

Den schwersten Eingriff bilden die *Kriminalstrafen*. Sie sollen deshalb nur verhängt werden können, wenn ein Verhalten grundsätzlich und ausdrücklich vom positiven Recht als strafbar erklärt worden ist (4. Kapitel, Abschnitt III, Ziffer 1). Hierin liegt eine wichtige formelle Garantie gegen staatliche Willkür. Damit wird jedoch auch ein gewisser

Verzicht in Kauf genommen: mancher, der zweifellos rechtswidrig handelt, sogar absichtlich andere schädigt, aber den Katalog der im Gesetz als strafbar bezeichneten Taten geschickt zu vermeiden weiss, bleibt straflos, trotzdem er vielleicht doch gefährlich und sein Verhalten in hohem Grade verwerflich ist. Es zeigt sich hier, dass man mit dem Respekt vor der persönlichen Freiheit auch gewisse Nachteile bewusst in Kauf nehmen muss.

Ähnliches gilt für das *Verfahren*. Im Rechtsstaat wird verlangt, dass niemand, insbesondere kein Beschuldigter, bloss Objekt des Verfahrens sei, dass ihm Parteirechte zustehen, namentlich das Recht auf Gehör und Verweigerung der Aussage, auf Akteneinsicht und Beweisanträge (4. Kapitel, Abschnitt IV, Ziffer 4, vgl. auch Abschnitt V, Ziffer 3). Dadurch wird oft das Verfahren verzögert und unter Umständen unnötig kompliziert. Im Strafverfahren und namentlich im administrativen Verfahren wird darum noch allzuhäufig davon abgesehen, entsprechende Parteirechte zu gewähren. Vor- und Nachteile sind vom Gesetzgeber und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung von der zuständigen Behörde sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Aber auch hier darf man nicht vergessen: die Freiheit ist eines Opfers wert. – Bedeutsame Probleme haben sich für das moderne Strafverfahren ferner in bezug auf die Verwendung sogenannter Wahrheitsdrogen ergeben, die dem Beschuldigten «enthemmen», d. h. zum Geständnis bringen sollen: da gilt es wiederum für die staatlichen Organe, gefährlichen Versuchungen zu widerstehen; denn obwohl solche Drogen zunächst vielleicht vernünftige Mittel zur Feststellung der Wahrheit zu sein scheinen, würde durch deren Verwendung in letzter Konsequenz die Freiheit vernichtet.

Das Bewusstsein des hohen Werts der persönlichen Freiheit soll den Gesetzgeber und die zuständige Behörde veranlassen, mit den Mitteln des Rechts zurückhaltend zu sein, wo jene dadurch berührt wird. Im Zweifel soll jeweils auf sie verzichtet werden. Allein um offenkundigem Missbrauch der Freiheit zu steuern, rechtfertigt sich deren Intervention.

III.

Wie verhält sich das Recht zur *Gerechtigkeit*?

Der römische Jurist CELSUS hat den berühmten Satz geprägt: *ius est ars boni et aequi*. Danach könnte man annehmen, Recht und Gerechtigkeit

seien dasselbe. Das ist wohl auch bei Laien der erste Gedanke. Selbst bei zünftigen Juristen hat einmal die Ansicht geherrscht, das der Gerechtigkeit nicht restlos entsprechende Recht sei von vornherein eine *contradictio in adiecto*, zur Zeit des *Naturrechts*. Ähnliche Ansichten findet man noch in der neueren Rechtsphilosophie.

Umgekehrt leugnet die *materialistische Geschichts- und Wirtschaftsphilosophie* die Gerechtigkeit überhaupt. Ebenso skeptisch dachten die griechischen *Sophisten* (Protagoras, Hippias) und nicht wesentlich anders die neuzeitlichen *Positivisten*.

Vorherrschend ist aber wohl keine dieser extremen Ansichten, sondern der Gedanke, dass sich Recht und Gerechtigkeit zueinander verhalten wie *Tatsachen* und *Ideal*.

Darin liegt gewiss ein richtiger Kern. Das positive Recht ist ein System sozialer Normen, ausgerichtet nach dem *Leitstern der Gerechtigkeit*. Wesentlich ist aber für das Recht auch, dass es tatsächlich *gilt*. Die Gerechtigkeit ist ein Postulat, ein Ideal, das wir im Recht zu verwirklichen bestrebt sind, das jedoch nie restlos verwirklicht wird. Gerechtigkeit ist der Massstab, an dem immer wieder nicht nur das Verhalten der Menschen, sondern auch die hiefür aufgestellten Normen des positiven Rechts gemessen, beurteilt werden. Dieser Massstab, mag er im einzelnen umstritten sein, ist gedacht als ungeschriebenes, doch unvergängliches «Recht» in einem höhern Sinn, worauf schon Antigone sich berief gegen das positive Recht des Kreon, und solch «höheres Recht» hat man denn auch oft als göttliches Recht oder als Naturrecht bezeichnet. Es sind Prinzipien, welche zwar nicht für sich allein ein zur Regelung unseres sozialen Lebens geeignetes und ausreichendes System des Rechtes bilden können, über welche sich dieses aber auch nicht achtlos hinwegsetzen darf.

Die *Gerechtigkeit* beruht auf der Idee des *Sollens*, im Gegensatz zum Sein. Sie sagt uns nicht, was Recht *ist*, als Recht wirklich *gilt*, sondern was Recht sein *soll*. Auf diesen Gegensatz haben wir bereits früher hingewiesen, im Zusammenhang mit dem von Kant und den Neukantianern begründeten «*Methoden-Dualismus*», der auf den Fragen nach Sein und Sollen beruht (5. Kapitel, Abschnitt V am Ende). Oberste Richtschnur des Sollens ist ein *ethisches Ideal*, auch für die Gestaltung des *Rechts*. Aber dazu kommen bei diesem noch *andere Faktoren*, die sogar unter Um-

ständen in Widerstreit treten können mit diesem Ideal. Schon die Gerechtigkeit, auf dem Gebiete des Rechts dem ethischen Ideal am nächsten, unterscheidet sich davon in gewisser Hinsicht: einerseits bezieht sich Gerechtigkeit ausschliesslich auf das *soziale* Handeln; sie gibt keine Richtschnur für das Handeln, soweit dieses nur bedeutsam ist für den Betroffenen selbst. Andererseits enthält Gerechtigkeit ein Element der *Gleichheit*, verlangt Gleichbehandlung verschiedener Personen in entsprechenden Fällen «ohne Ansehn der Person». Alle Menschen sollen gleich sein vor dem Gesetz, obwohl sie nach Anlage, Fähigkeit und Leistung offensichtlich ungleich sind. Berücksichtigt werden nur einige «wesentliche» Verschiedenheiten. Darin liegt eine gewisse Starrheit. Es fehlt auch das Element der Liebe. Erst die *Liebe* vermag zu *schenken*, wo weder geltendes Recht noch Gerechtigkeit einen Anspruch gewährt. So steht ethisch die Liebe noch *über* der Gerechtigkeit. Sie kann unfruchtbaren Streit über den Inhalt der Gerechtigkeit überwinden, und wo jene nur «teilt», also dem einen vorenthält, was sie dem andern gibt, vermag Liebe zu *verbinden* und erzeugt schöpferische Kraft.

Und nun das *Recht*? Wichtig ist besonders die *Geltung* für das Recht, für seine soziale Funktion als *Grundlage zuverlässiger sozialer Beziehungen*, infolgedessen auch der Arbeitsteilung und unserer höheren Kultur. Diese Geltung macht aus dem Recht einen Faktor der *Wirklichkeit*; dadurch fasst es Fuss auf dem Boden des *Seins*. Um allgemeine Geltung zu erlangen, darf es nicht abhängig sein vom Einverständnis jedes Einzelnen: die Rechtsnormen müssen Verbindlichkeit beanspruchen auch gegenüber denen, die *nicht* zustimmen oder *nicht mehr* zustimmen; so sehr die Rechtsbildung auf demokratischer Grundlage die Billigung und Zustimmung möglichst weiter Kreise der Rechtsgemeinschaft erstrebt, auch sie kann eines *heteronomen* Elementes nicht entbehren (4. Kapitel, Abschnitt I, Ziffer 5), im Gegensatz zu den ethischen Normen, die sich ausschliesslich auf autonome Grundlage stützen können. Bei der Diskrepanz der Werturteile der einzelnen Rechtsgenossen ist solche Heteronomie und damit ein Abweichen von dem, was dem einen oder andern als gerecht erscheint, nicht zu vermeiden. Der Geltung dienen auch die Sanktionen und die staatliche Zwangsorganisation.

Das Recht ist ausschliesslich dazu bestimmt, das *Zusammenleben* der Menschen zu regeln. Es soll sich nicht einmischen in das Innenleben eines Menschen, soweit sich dieses nicht für andere gefährlich auswirkt, son-

dern sich auf die *sozialen* Verhältnisse beschränken und auch dort nicht alles regeln, sondern nur das Nötige, um trotz Egoismus und Rücksichtslosigkeit vieler Menschen wenigstens ein *erträgliches* Zusammenleben zu gewährleisten.

Dabei muss das Recht auf die *besondern Verhältnisse des Rechtskreises*, für welchen es gelten soll, und die darin zutage tretenden *Bedürfnisse* Rücksicht nehmen. Nur so vermag es das soziale Leben wirksam zu regeln.

Endlich muss bei der Rechtsbildung, im Hinblick auf die Geltung und praktische Durchführbarkeit, darauf geachtet werden, dass die Voraussetzungen für die Rechtsfolgen jeweils leicht feststellbar sind. So hat schon Ihering die *Praktikabilität* der Rechtsbegriffe verlangt. Darum wird z. B. für die Handlungsfähigkeit nicht einfach abgestellt auf entsprechende Reife der geistigen und leiblichen Entwicklung, sondern ein bestimmtes Lebensalter normiert, weil nur auf solche Weise die Voraussetzungen für die betreffende rechtliche Fähigkeit jeweils leicht feststellbar sind; ähnlich für die Deliktsfähigkeit, die Ehefähigkeit usw. Das Gesetz verwendet hier mit vollem Bewusstsein an Stelle des sachlichen ein formales, zahlenmässiges und deshalb bis zu einem gewissen Grad willkürlich bestimmtes Kriterium, das im einzelnen Fall vielleicht nur unvollkommen jenem sachlich gerechtfertigten Kriterium entspricht.

So können sich *Konflikte zwischen Recht und Gerechtigkeit* ergeben oder zwischen Recht und Moral. Das sind Konflikte, welche (im Leben wie in der Dichtung) oft zur Tragik sich steigern. Ausser auf das klassische Beispiel der Antigone mag hier z. B. noch auf Ibsens «Nora» hingewiesen werden, auch auf «Le crime de Silvestre Bonnard» von Anatole France. Das Recht kann als *generelle* Regelung von vornherein auf Konflikte des Einzelfalles nicht im gleichen Mass Rücksicht nehmen, nicht im gleichen Mass «individualisieren» wie dies möglich ist beim sittlichen Urteil. Das Recht als System *heteronomer* Normen kann ferner wegen der Diskrepanz der subjektiven Werturteile nicht allen entsprechen; mit den Werturteilen, die der Rechtsordnung zugrunde liegen, stimmen nicht selten die Werturteile gerade der Besten nicht völlig überein. Endlich erklärt die Notwendigkeit einer *Praktikabilität* der Rechtsbegriffe, weshalb oft bewusst verzichtet wird auf sachlich gerechtfertigte, aber nicht leicht feststellbare Kriterien. Auch eine gewisse Anpassung des Rechts an die *tatsächlichen* Verhältnisse ist mit Rücksicht auf die *Rechtssicherheit* erforder-

lich: damit erklären sich Ersitzung, Verjährung, Präklusivfristen usw. Ähnliches gilt für die *Rechtskraft*, wodurch ein Rechtsstreit endgültig befriedet werden soll, auf die Gefahr hin, dass der Entscheid doch ungerecht ist. Und muss nicht das Recht sogar bisweilen auf rückständige, noch nicht überwundene und zur Zeit nicht überwindbare Wertsanschauungen Rücksicht nehmen, um die Geltung und Durchsetzbarkeit des Rechts nicht zu gefährden? Muss nicht gerade der weitvorausschauende Gesetzgeber sich da hüten, den Fortschritt zu überspannen? Sind nicht deswegen die bestgemeinten und an sich gerechten Reformen oft gescheitert? (Es sei hier an die Gesetze des aufgeklärten Königs Joseph II. für Belgien erinnert, aus neuerer Zeit an das Fiasko der vorzeitigen Reformen des Königs Amanullah.)

Gewiss, für die Rechtsbildung ist *wegleitend* vor allem die *Gerechtigkeit* und also mittelbar ein sittliches Ideal. Das gilt sowohl für die Gesetzgebung als auch, im engern Rahmen, für die freie schöpferische Rechtsfindung des Richters bei Lücken im positiven Recht. Doch daneben ist stets auch auf das andere Postulat der Rechtsgestaltung Rücksicht zu nehmen: die *Rechtssicherheit*. Man hat allerdings die Rechtssicherheit oft neben dem Ideal der sachlich angemessensten Norm als Bestandteil der Gerechtigkeit bezeichnet, diese damit zum ausgleichenden Oberbegriff gemacht. Doch ist es wohl einfacher und plastischer, wenn wir die Gerechtigkeit als ursprünglichen Wert begreifen und nicht durch Einbezug der andersgearteten Rechtssicherheit komplizieren, vielmehr darin den Gegenpol erblicken, woraus sich eine gewisse Spannung zwischen beiden ergeben kann. Jedenfalls ist bei der Rechtsbildung neben dem sachlich richtigen Inhalt auch auf die Rechtssicherheit Rücksicht zu nehmen. Die Rechtssicherheit ist zwar das *primitivere*, aber *primäre* Postulat: ohne Rechtssicherheit gibt es kein Recht, kann dieses seine sozial ordnende Funktion nicht erfüllen; ohne Rechtssicherheit ist auch die beste Norm wertlos. Gegenüber diesem primitiven und *konservativen* Postulat ist die *Gerechtigkeit*, die nur auf den *Inhalt* der Normen sich bezieht, das *reformatorische* Postulat der Rechtsgestaltung. Im gut ausgebauten Rechtsstaat lässt sich das Postulat der Gerechtigkeit in der Regel verwirklichen, ohne die Rechtssicherheit zu gefährden. Doch wo die nötigen Ventile fehlen, oder wo die Macht in den Maschen des positiven Rechts ihre Faust erhebt, um im politischen oder wirtschaftlichen oder sozialen Kampf offensichtlich Ungerechtigkeit durchzusetzen oder den Gegner ohne Rück-

sicht auf die Gebote der Menschlichkeit zu «liquidieren» oder auf internationalem Boden freien Völkern einen fremden Willen aufzuzwingen, da kann es nötig werden, vorübergehend auch Rechtsunsicherheit in Kauf zu nehmen, da gibt es keinen «Frieden um jeden Preis».

Gerechtigkeit und Rechtssicherheit streben unter Umständen auseinander. Und doch gilt es, beide wenn möglich zu *vereinen*, in richtigem Verhältnis *zusammenwirken* zu lassen, *de lege ferenda* und *de lege lata*.

In der *Gesetzgebung*, die von vornherein freier ist, im Rahmen der Verfassung *schöpferisch* das Recht gestalten kann, steht das Postulat der *Gerechtigkeit* durchaus im Vordergrund. Aber auch da muss auf *Rechtssicherheit* Rücksicht genommen werden: um nicht die künftige Geltung der Normen in Frage zu stellen, darf der Gesetzgeber nicht einfach sein *persönliches* Werturteil zugrunde legen, sondern hat auch die herrschenden sozialen Werturteile zu berücksichtigen; selbst die bestgemeinten Reformen könnten scheitern am allgemeinen Widerstand. Auch im *einzelnen* verlangt die Rechtssicherheit manchen Abstrich an der integralen Verwirklichung des Ideals der Gerechtigkeit, so z. B. im Hinblick auf das Bedürfnis nach praktikablen Begriffen und Kriterien. Die Aufstellung positiver Normen durch die Gesetzgebung, die der freien Rechtsfindung nach dem Leitstern der Gerechtigkeit stets in gewissem Umfang Zwang antun muss, findet überhaupt in der dadurch gewährleisteten Rechtssicherheit ihre Rechtfertigung, so dass es selbstverständlich erscheint, dass auch die einzelnen Normen diesem Zweck entsprechend zu formulieren sind.

Ist so schon für die Rechtsbildung *de lege ferenda* neben der Gerechtigkeit die Rechtssicherheit massgebend, so steht die *rechtsanwendende* Funktion des Richters und des Verwaltungsbeamten um so mehr im Zeichen der *Rechtssicherheit*. Die Teilung der Gewalten, die Schaffung von Rechtsnormen durch ein unabhängiges Organ der Gesetzgebung bezweckt ja vor allem, der den einzelnen Fall entscheidenden Behörde die Normen hierfür so weit möglich von vornherein, als feststehend und unabhängig von ihrem subjektiven Werturteil oder persönlichen Einflüssen im vorliegenden Fall, in die Hand zu geben. An diese positiven Rechtsnormen hat sie sich deshalb zu *halten*. Ihre Rechtsfindung ist, je mehr das positive Recht ausgebaut wird, immer mehr bloss Anwendung dieses positiven Rechts auf den Einzelfall. Doch erschöpft sie sich darin nicht: Der Rich-

ter hat bei Lücken im positiven Recht auf Grund freier ergänzender Rechtsfindung die Normen für sein Urteil in gleicher Weise nach dem Ideal der *Gerechtigkeit* zu bestimmen wie der Gesetzgeber, und auch da, wo das positive Recht Normen enthält, aber nicht genügend präzisiert und auch nicht genügend Anhaltspunkte hierfür aufweist, soll er im Rahmen des positiven Rechts nach den gleichen Grundsätzen entscheiden. Ja selbst den Normen des positiven Rechts steht er nicht als Sklave gegenüber. Sie sind im Gegenteil für ihn ebenfalls Mittel und Massstab des *richtigen* Rechts, sind Ausdruck hierfür seitens der berufenen Organe der Rechtsgemeinschaft. Ihrem Werturteil wird er sein persönliches nicht entgegenstellen, sofern jener nicht offensichtlich den Prinzipien der Gerechtigkeit widerspricht; denn jeder verantwortungsbewusste Richter ist sich der Tragweite seines Entscheides für die Rechtssicherheit bewusst, die mit dem Abweichen vom positiven Recht ins Wanken käme. Deshalb wird er auch vom (normativen) Standpunkt des richtigen Rechts sich regelmässig daran halten, mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit, die das Fundament allen Rechts, das Rückgrat einer geordneten Gemeinschaft bildet.

Die *Gerechtigkeit* ist somit zwar *nicht der einzige Gesichtspunkt* für die Rechtsbildung und Rechtsfindung, *aber* es gebührt ihr zweifellos dabei der *erste* Platz.

Leider wird die Gerechtigkeit nicht selten vor den Wagen der eigenen Interessen gespannt. Das ist unverantwortlicher Missbrauch. Doch nicht weniger oft wird die Gerechtigkeit zum blutlosen Museumsstück herabgewürdigt oder gar als Utopie lächerlich gemacht. Das ist womöglich noch schlimmer. Die Gerechtigkeit soll als *Ideal* für uns stets und immer wieder *Ansporn* sein *zur Tat*: uns einzusetzen dafür, dass sie durch unser Recht verwirklicht, dass dieses danach gestaltet und umgestaltet und immer tiefer von ihr durchdrungen werde. Für jeden Juristen, dem das Recht *Beruf* ist, nicht bloss Geschäft, liegt darin eine hohe *sittliche Aufgabe*.