

ARNOLD GYSIN

RECHTSPHILOSOPHIE
UND GRUNDLAGEN DES PRIVATRECHTS

Begegnung mit großen Juristen



VITTORIO KLOSTERMANN FRANKFURT AM MAIN

2. NATURRECHT UND POSITIVITÄT DES RECHTS*

Inhaltsübersicht

I. Exposition des Problems.

II. Traditionelle Mißverständnisse des Naturrechts: 1. Das rationalistische Vorurteil. 2. Das anarchistische Vorurteil. 3. Das Problem der formalen Abstraktion. 4. Der naturrechtliche Formalismus.

III. Exposition des materialen Prinzips: 1. Die Methode der Begründung. 2. Die Gleichheitslehre. 3. Naturrechtliche Positivität.

IV. Das Positivitätskriterium der Jurisprudenz: 1. Die Problematik dieses Kriteriums. 2. Systematische Exposition der Umgehungsformen der Problematik. 3. Positivitätskriterium und Methode der Rechtskonstruktion. 4. Praktische Begründung des Positivitätskriteriums.

I.

1. Es ist eine ewig alte und ewig neue — darum philosophische Wahrheit, daß nur das „*Richtige*“, das *Gerechte* verpflichten kann. Sehr alt ist aber auch die andere, empirische Wahrheit, daß die *Jurisprudenz* diesen philosophischen Satz nicht anerkennt. Allerdings fragt die Jurisprudenz gerade heute wieder mehr als ehemals nach dem Gerechten. Aber sie stellt diese Frage keineswegs, um die Gerechtigkeit in ihrer eigenen Disziplin als oberstes Maß und Auswahlprinzip einzuführen; sondern bestenfalls, um offen darzutun, *warum* sie dies *nicht* tut, nicht tun *kann*.

Eben hierin besteht, wie man sich ausdrückt, die *Positivität* der Jurisprudenz: Sie verwirft die Gerechtigkeit als oberstes Auswahlprinzip

* Zeitschrift für öffentliches Recht, Verlag Julius Springer, Wien und Berlin, 1928, S. 52—81. Das ursprüngliche Verständnis dieser Studie, die sich von der vorangehenden durch stärkeres Hervortreten der sachlichen Betrachtung neben der methodologischen, durch systematische Anlage und tieferes Eindringen in die Ideengeschichte des Problems unterscheidet, war durch massive Umbruchfehler erschwert.

ihrer Darstellung und wählt ein *anderes* Prinzip¹, nach welchem sie ihr Regelsystem ausliest und als grundlegend verbindlich kennzeichnet, gleichsam, wie wenn es nach dem Prinzip der Gerechtigkeit gesichtet und begründet wäre.

2. Nach einem sehr weiten, heute wiederum beliebten Sprachgebrauch kann man die Rechtsbetrachtung, welche den soeben angedeuteten *juristischen* Standpunkt verwirft, als Standpunkt des „*Naturrechts*“ bezeichnen. Naturrecht und Jurisprudenz stellen, in diesem Sinne verstanden, somit zwei durchaus verschiedene, ja *gegensätzliche* rechtliche Betrachtungs- oder Darstellungsweisen dar. Nicht in dem Sinne sind sie verschieden, daß jede, wie man unzutreffend behauptet, „etwas anderes unter ‚Recht‘ verstehen“ würde. Vielmehr sind beide „*Rechts*“-lehren. Sie sind beide aufgebaut auf dem gemeinsamen, identischen *Begriff des Rechts*, welchen sie denken als eine äußerlich darstellbare, äußerlich realisierbare, verbindliche *Regel* des sozialen Verkehrs und eine verbindliche *Ordnung* des gesellschaftlichen Lebens in der Weise dieser Regel.

Aber so sehr Naturrecht und Jurisprudenz immerhin übereinstimmen in diesem gemeinsamen Grundbegriff, auf dem und nach dem sie sich aufbauen, so sehr unterscheiden sie sich doch durch das oberste *Kriterium*², nach welchem sie den *Inhalt* ihrer Regeln und ihres Systems finden. Das Naturrecht verwendet bei der Bestimmung des Rechtsinhalts ein *ideales* Kriterium, nämlich den Leitgedanken der Gerechtigkeit. Die Jurisprudenz aber orientiert sich zuoberst an einem *realen* Prinzip; sie findet ihre Regeln, indem sie sich leiten läßt von der Vorstellung der tatsächlichen *Herrschaft* oder *Macht* eines *geltenden* sozialen Systems.

3. Fragt man nach der „Berechtigung“ dieser beiden Betrachtungsweisen, nach der Möglichkeit, ihren Standpunkt und ihr Verfahren zu rechtfertigen mit vernünftigen Gründen, so erscheint die Rechtfertigung des Naturrechts verhältnismäßig leicht. Denn wenn man einmal die Existenz des Rechtsbegriffs, d. h. die Existenz einer souveränen Sollensanforderung als gesichert annimmt und also die äußerst heikle, *gemeinsame* Grundvoraussetzung des Naturrechts und der Jurisprudenz als er-

¹ Durch dieses andere Prinzip wird keineswegs ausgeschlossen, daß der *Inhalt* des juristischen Systems mit dem Gerechten zusammenfällt, oder daß die Gerechtigkeit an einzelnen Stellen des juristischen Systems als *eingeordneter* Maßstab erscheint.

² Zu diesem Terminus s. oben S. 28, Fußnote *.

wiesen betrachtet, dann führt das freie Nachdenken, die freie Forschung von selbst auf die Pfade des Naturrechts: Als verständlich und „*natürlich*“ erscheint es nämlich, daß eine *gerechte* Regel und Ordnung verpflichtet; als unverständlich und „*unnatürlich*“ erscheint dagegen das Verfahren, wonach auch *ungerechte* Regeln und Regelungen als verbindlich dargestellt werden, d. h. das Verfahren der Jurisprudenz.

Im Verhältnis zur Jurisprudenz befindet sich daher das Naturrecht in einer ungleich festeren prinzipiellen Position. Und es empfiehlt sich daher, vorerst diese Position einer näheren Betrachtung zu unterziehen und das Naturrecht einer inneren Bereinigung zuzuführen. Hierfür ist zunächst eine Aufklärung wichtiger, typischer Mißverständnisse nötig.

II.

1. Das erste Mißverständnis, dem das Naturrecht unterworfen ist, kann man bezeichnen als Verwechslung von *Objektivität* mit *Rationalität* (im Sinne von „Reinheit“) oder auch als Verwechslung von *Richtigkeit* mit *Unwandelbarkeit* inhaltlicher Bestimmungen. Diese Verwechslung bildet den entscheidenden Grund für das Scheitern der klassischen Theorie des Naturrechts: Man glaubte, aus der Objektivität des Naturrechts auf seine inhaltliche Starrheit und Unveränderlichkeit schließen zu müssen³. Der tiefsinnige Gedanke, wonach ein objektives Rechtssystem verankert und begründet ist in der *vernünftig-sinnlichen Natur des Menschen*, wurde irrtümlich interpretiert als Möglichkeit, „das“ objektive Rechtssystem aus vernünftigen Prinzipien *rein logisch abzuleiten*. Auf diese Weise sind die klassischen Systeme des Naturrechts entstanden als fertige Gesetzbücher der Vernunft, mit dem sonderbaren Anspruch, für alle Zeiten und Regionen „richtig“ zu sein. Und weil diese Systeme in ihrer inhaltlichen Starrheit am deutlichsten den fundamentalen Gegensatz bezeichnen mußten zum wandelbaren, an die Be-

³ So ist die Lehre vom Naturrecht zuallererst erwachsen aus einer naiven Kritik der Varietät und Wandelbarkeit der Sitten und Gesetze. Vgl. *W. Eckstein*, Das antike Naturrecht in sozialphilosophischer Beleuchtung, 1926. S. 6 ff., 16 ff. Das antike Dogma, das allerdings schon von den Epikuräern widerlegt wurde, ist später in die klassische Doktrin des Naturrechts übergegangen. Vgl. *Grotius: De iure belli ac pacis*, I. 1, c. 1, § 10, 5, sowie Proleg. 5, wo der Skeptiker *Carneades* das alte Argument vorbringt. Am weitesten hat *Krause* (Das System der Rechtsphilosophie, 1874, S. 4) den Gedanken der Rationalität gefaßt: „Das Naturrecht . . . hat zu erkennen, . . . was *ewig recht* ist, . . . überall im Weltall und für alle Geister.“

wegung der Macht gebundenen System der Jurisprudenz, darum ist das klassische Naturrecht zum historischen Ausdruck des Naturrechtsgedankens schlechthin geworden. Dieses „eigentliche“ Naturrecht beruht also auf einer mangelhaften methodischen Unterscheidung zwischen dem Inbegriff unwandelbarer *Rechtsprinzipien* und dem mannigfaltigen Stoff des ewig wechselnden Lebens⁴. Und so mußte die Festigkeit dieser Prinzipien zugleich auf ihre konkreten Anwendungsformen, auf ihre „Besonderungen“ übertragen werden. An Stelle rational geleiteter *Rechtsfindung*⁵ trat die rationalistische *Naturrechtskonstruktion*. Denn erst nach der Entdeckung der kantischen Methode konnte jene Unterscheidung zwischen den leitenden Prinzipien und ihrem stofflichen Anwendungsgebiet — wie sie im Grunde schon in der mittelalterlichen Rechtsphilosophie⁶ vorbereitet war — in exakter Weise durchgeführt werden. Obwohl daher Kant selbst, zufolge einer eigentümlichen Ironie der Geschichte, noch die Wege der alten Naturrechtsschule ging, so trifft es doch zu, daß erst nach seiner Methode klar gezeigt werden konnte, warum die Rechtsphilosophie zwar das bleibende Rüstzeug jeder Rechtsfindung zu liefern vermag und dennoch keinen einzigen fertigen Rechtssatz konstruieren kann⁷.

⁴ Gefördert wurde dieser Mangel durch die Definition des Naturrechts im justinianischen *Corpus iuris*. Diese Definition identifiziert das Naturrecht mit dem natürlichen Instinkt und übte großen Einfluß aus auf die spätere Entwicklung des Naturrechts nach der *empiristischen* Seite hin. (Inst. I, 2, pr.)

⁵ Mit Rechtsfindung habe ich hier — etwas abweichend vom heute in der Jurisprudenz wohl vorherrschenden Sprachgebrauch, der rechtsphilosophisches und an positiver „Wertkritik“ orientiertes Finden des Rechts gemeinsam unter diesem Terminus zusammenfaßt — bloß die nichtgebundene wertkritische Rechtsermittlung bezeichnet. Vorzüglich orientiert über den heutigen Stand der Lehre: O. A. Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 1965, 2. Aufl. 1967.

⁶ Vermöge dieses Vorzugs der mittelalterlichen Rechtsphilosophie hat sich die *katholische Naturrechtstheorie* im allgemeinen freigehalten vom rationalistischen Fehler der Aufklärung. „Weil das Naturrecht . . . nur allgemeine Richtlinien angibt“, schreibt *Having*, „so ist mit demselben kein fertiges Rechtssystem gegeben, vielmehr ist trotz desselben eine große Mannigfaltigkeit der menschlichen Gesetzgebung möglich.“ (Recht und Gesetz nach katholischer Auffassung, Arch. f. RWPh., Bd. XVI, S. 70.) In der Zeit der Aufklärung hat *Montesquieu* als erster diesen Gedanken wiederum neu erfaßt: „La loi en général est la raison humaine . . . et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine.“ („De l'Esprit des lois“, 1. 1, c. 3. Hervorhebungen von mir.)

⁷ Dies wird von *Stammler* begründet mit der oft wiederkehrenden Behauptung, daß es überhaupt keine bleibenden, unveränderlichen Interessen gebe als Objekt rechtlicher Beurteilung. Diese Annahme ist aber unrichtig, weil im menschlichen Geiste nicht nur *subjektive*, sondern auch *objektive*, auf ein letztes, bleibendes Ziel

Diese Erkenntnisse kann man bezeichnen als Eliminierung des *rationalistischen Vorurteils* aus dem naturrechtlichen Denken. An Stelle dieses Vorurteils tritt das *Prinzip der objektiven Rechtsfindung*.

2. Das zweite Mißverständnis, dem das Naturrecht unterworfen ist, kennzeichnet sich als sein *anarchistisches Vorurteil*. Dieses Vorurteil entspringt der naiven, aber verbreiteten Doktrin von der *Evidenz des Naturrechts*⁸. Aus dieser Definition ergab sich die Vorstellung von einem *freien Rechtszustande* (Naturzustand), in welchem das Naturrecht ohne staatlichen Zwang, vermöge seiner Evidenz, das gesellschaftliche Leben beherrscht. Und bald wurde das Naturrecht sogar schlechterdings *als Freiheit definiert* und der Naturrechtszustand als Zustand der vollkommenen Anarchie, wo „allen alles zu haben und alles zu tun erlaubt ist“⁹. Solche extremen Schlußfolgerungen sind freilich vereinzelt geblieben. Aber allgemein herrschte doch die Tendenz einer *individualistischen* Kennzeichnung des Naturrechts, der Zug zu einer Harmonisierung des Verhältnisses zwischen dem Recht und der Freiheit jedes Einzelnen, wie dies namentlich in der *Vertragstheorie* und in der individualistischen *Eigentumslehre* (mitunter ausgesprochen revolutionär) zum Ausdruck kam.

So konnte denn das klassische Naturrecht zu keiner durchgebildeten Lehre vom *Rechtszustand* gelangen. „Die Naturrechtsnorm realisiert sich sozusagen ‚von selbst‘“, schreibt Kelsen¹⁰ und gibt damit treffend die vorwiegende Grundauffassung des klassischen Naturrechts wieder. Allein, gerade diese naive Voraussetzung der klassischen Doktrin bildete anerkanntermaßen einen ihrer typischen Denkfehler. Und deshalb

gerichtete Interessen gefunden werden. Deshalb muß die Ablehnung eines philosophischen Naturrechts mit dem Hinweis begründet werden, daß jeder Rechtssatz in seinem Inhalt zu bestimmen ist mit Hinblick auf die soziale *Gesamtsituation*. Diese Gesamtsituation ihrerseits ist einem ewigen Wechsel unterworfen, der die prinzipielle Wandelbarkeit alles Rechts begründet.

⁸ Vgl. Grotius: a. a. O., Proleg. 39: „*Principia enim eius iuris, si modo animum recte advertas, per se patent atque evidentiā sunt, ferme ad modum eorum quae sensibus externis percipimus; qui et ipsi bene conformatis sentiendi instrumentis, et si cetera necessaria adsint, non fallunt.*“

⁹ Hobbes: *De cive*, c. 1, § 10; vgl. *Leviathan*, c. 14: „*Ius naturale est libertas, quam habet unusquisque potentia sua ad naturae suae conservationem suo arbitrio utendi.*“ — Den inneren Zusammenhang zwischen der Freiheitsdoktrin und der naturrechtlichen optimistischen Evidenzlehre kann man übrigens auch an der modernen *Freirechtslehre* beobachten. Ähnlich auch bei Fichte und Proudhon.

¹⁰ Kelsen: Die Idee des Naturrechts, *Zeitschr. für öffentliches Recht*, Bd. VII, H. 2, S. 227.

kann die Entwicklung des naturrechtlichen Denkens, sein Fortschreiten zur *Theorie der Rechtsordnung*, zur Idee einer *Gesetzgebung* und eines *Rechtswanges* keineswegs als „Entartung“, als „Denaturierung“ des Naturrechtes gelten¹¹. Vielmehr bedeutet der Fortschritt des Naturrechts zur Position einer umfassenden *Sozialtheorie* nichts anderes als die Eliminierung des anarchistischen Vorurteils, unter restloser Beibehaltung der streng naturrechtlichen Methode der Betrachtung.

Der Weg dieses methodischen Fortschritts ist in der Geschichte der Rechtsphilosophie zuerst von Fries konsequent beschritten worden. Nach Widerlegung der naturrechtlichen Freiheits- und Vertragsdoktrin hat Fries in seinen sogenannten „Subsumtionsformeln“ ein grundlegendes System der generellen Konsequenzen aufgestellt, die aus der Ablehnung der Evidenzlehre folgen: Die kritische Analyse der natürlichen Bedingungen des Gesellschaftslebens zeigte die Unvereinbarkeit mit der Theorie der „natürlichen“ Rechtsordnung. Aus der Einsicht in die *Naturgebundenheit* des sozialen Lebens ergab sich das prinzipielle Postulat einer *naturrechtlichen Positivierung*, d. h. die Idee einer äußeren „*künstlichen*“ *Zwangsordnung des Naturrechts*¹².

Damit ist die naturrechtliche Theorie vom Anarchismus und Individualismus abgelöst und in die Theorie der Rechtsordnung übergeleitet. Die Zwangsordnung des Naturrechts erscheint jetzt als Rechtsordnung schlechthin: als System von *geltenden* und zugleich „in Wahrheit“ *güt-*

¹¹ Man kann diese „Positivierung“ nur dann als „Denaturierung“ betrachten, wenn man mit *Kelsen* die Idee des Naturrechts in eine „dem empirischen Menschen transzendente Sphäre“ verlegt. (A. a. O., S. 236.) Der empirische Mensch ist aber zugleich Vernunftwesen und als solchem ist ihm die Idee des Naturrechts keineswegs transzendent. Andernfalls müßte ihm *jedes Sollen* transzendent sein, da das Sollen sich, seinem Begriff nach, an den Menschen als Vernunftsubjekt richtet. Eben deshalb besteht denn auch die prinzipielle Möglichkeit einer Positivierung des Naturrechts und aus demselben Grunde die Möglichkeit seiner Konkretisierung. Wäre der Standpunkt *Kelsens* richtig, so müßte man übrigens auch die Idee der Wissenschaft als gegenstandslos bezeichnen. Denn auch diese Idee richtet sich an den empirischen Menschen, gleich wie die Idee des Naturrechts. Auch die Wissenschaft geht „durch die unreine Werkstatt“ des menschlichen Wesens; die Idee der Forschung müßte sich in ihrer Anwendung daher ebenso aufheben wie die Idee des Naturrechts. Trotzdem hält *Kelsen* an der Idee der Wissenschaft fest. Er begründet die Ablehnung des Naturrechts *wissenschaftlich*; seine spezifische Argumentation hebt sich daher im Grunde selbst auf.

¹² Angedeutet sind diese Gedanken schon bei *Montesquieu*, a. a. O., I. 1, Kap. 1; auch *Montesquieu* setzt ein „natürliches Gesetz“ voraus. Er schließt aber aus der Herrschaft des menschlichen Irrtums und der subjektiven Leidenschaften auf die Notwendigkeit einer spezifischen Gesetzgebung für „endliche Intelligenzen“.

tigen Regeln. Sie ist „künstlich“, weil sie als *Ordnung* durch „menschliche Tat“ ins Leben tritt. Und sie ist „natürlich“, weil ihr *Inhalt* durch den Leitgedanken der Gerechtigkeit vorgezeichnet ist. Zugleich wird aber klar, daß diese Ordnung nichts anderes darstellt als die *Idee des Rechts* selbst, und daß ihr Sinn verschieden ist von dem, was der gewöhnliche, unphilosophische Sprachgebrauch unter Rechtsordnung versteht¹³.

3. Im Grunde war diese Überwindung des naturrechtlichen Anarchismus schon in der alten, überlieferten Theorie des Naturrechts vorgebildet. Von jeher wurde das naturrechtliche Grundprinzip als ein „natürliches Gesetz“ bezeichnet, als „*lex naturalis*“ oder „*lex naturae*“, die allen Menschen ins Herz geschrieben ist¹⁴.

Und wie immer man dieses Gesetz definieren und begründen mochte, so anerkannte man in ihm doch eine grundsätzliche *Beschränkung* des menschlichen Beliebens und Wollens. Hierin liegt schon der Keim zur Überwindung der anarchistischen Auffassung eingeschlossen. Und dazu kommt, daß die Schwierigkeit, welche die *Inhaltsbestimmung* des natürlichen Gesetzes bereitet und stets bereitet hat, einen unmißverständlichen Anlaß bieten mußte, um die Verfehltheit des Evidenzdogmas festzustellen. Allerdings hat der Skeptizismus aller Zeiten diesen Anlaß gern benützt, um dem weniger kritischen Publikum seinen unhaltbaren Schluß auf die Unmöglichkeit der Lösung vorzuführen. Der zulässige Schluß geht aber bloß auf die Widerlegung des Evidenzstandpunktes: Er begründet die *ursprüngliche Dunkelheit des naturrechtlichen Grundprinzips*.

¹³ Ähnlich auch Joerges (Recht und Gerechtigkeit, Zeitschr. für Rechtsphilosophie, Bd. II) in Anlehnung an Friessche Gedanken. Mit Unrecht unterscheidet Joerges aber einen *philosophischen* und einen *empirischen* Rechtsbegriff. Der Begriff des Rechts ist ein *einheitlicher*; verschieden sind nur die *Kriterien* rechtlicher *Inhaltsbestimmung*.

¹⁴ Cicero: De leg., I, 1, c. 6. — Die christliche Lehre vom natürlichen Gesetz knüpft an den Römerbrief an; c. 2, § 15: „οὐτως ἐνδείκνυται τὸ ἔργον τοῦ νόμου γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις αὐτῶν“ ... — Augustin: De lib. arb., I, 6, 15. — Ambrosius: L. 5, Epist. 41. — Thomas v. Aquino: Summa Theologiae passim. — Suarez: De legibus ac deo legislatore. L. 1, c. 9, § 2. — Althusius: Politica, 1603, S. 204 ff. — Grotius: Mare liberum, 1609 (Einl.). — Hobbes: De homine, c. 14, § 5. — Spinoza: Tractatus theologico-politicus, c. 4. — Pufendorf: De iure naturae et gentium, I, 2, c. 3. — Thomasius: Institutiones iurisprudentiae divinae, I, 1, c. 2, § 97 u. a. Im folgenden werde ich ebenfalls die Bezeichnung „natürliches Gesetz“ für das objektive Grundgesetz des Rechts („Rechtsgesetz“) beibehalten, mit Rücksicht auf das Thema dieser Abhandlung, ohne mich damit prinzipiell dieser nicht einwandfreien Terminologie anzuschließen.

Wenn das Naturrecht diese Konsequenz nicht deutlich eingesehen und eingestanden hat, so liegt der Grund darin, daß die Forschung eine uralte, unausrottbare Neigung bezeugt, den theoretischen und praktischen Fähnriß dieser Inhaltsbestimmung auszuweichen. Die Theorie sucht ihr Heil in einer *Formalisierung* des natürlichen Prinzips.

Diese Formalisierung beruht auf dem logischen Sachverhalt, daß aus allen inhaltlichen Vorstellungen formale Elemente abgezogen werden können. So wird aus der Vorstellung des natürlichen Gesetzes die farblose, allgemeine Abstraktion des *Regelbegriffs* ausgesondert, und die nähere normative Kennzeichnung dieses Begriffs führt alsdann zur Bestimmung des *Rechtsbegriffes*. Wendet man auf diese erste Position der Abstraktion dann die logischen Prinzipien der Identität und des Widerspruchs an, so gelangt man in konsequenter Weiterführung zum Gedanken der *formalen Gleichheit*: zur Vorstellung, daß gleiche Tatbestände nach einer identischen Regel gleich zu behandeln sind, und daß ihre ungleiche Behandlung einen Widerspruch impliziert. Und von hier aus leitet die formale Überlegung weiter auf eine letzte Position: Die Abstraktion führt auf das Prinzip der *Gesetzmäßigkeit* der Ordnung und von hier schließlich auf die *Idee des Friedens*. Denn diese Idee besagt nichts anderes als das Prinzip des Entscheidens nach Rechtsregeln an Stelle der Entscheidung durch Gewalt und Kampf.

Alle diese Abstraktionen sind an sich zweifellos berechtigt und ihre methodische Aussonderung kann einer Klärung des Denkens in hohem Maße dienen. Allein, dies gilt doch nur unter der Voraussetzung, daß man zur methodischen Einsicht in das Abstraktionsverfahren vordringt und sich klare Rechenschaft darüber gibt, daß die Resultate dieses Verfahrens nur abstrakte Aussonderungen darstellen, daß sie mithin *Teilwahrheiten*, *Teilgebiete* bedeuten im Zusammenhang eines *Ganzen*, das ihnen übergeordnet ist, das sie umfaßt, erklärt und begründet. Verkennt man dies, so wird das methodisch ausgesonderte Teilsystem als ursprüngliches Ganzes umgedeutet und mißdeutet. Die *Form* wird verabsolutiert zur *Sache*. Und zugleich wird der *Sinn* dieser Sache zersetzt. Auf unser Problem angewendet, heißt das: Das natürliche Gesetz wird zu einer „Art und Weise“ — aber diese „Art und Weise“ ist die „Art und Weise“ von nichts, was es in der Welt „gibt“. Der Inhalt des Gesetzes wird entleert, seine Norm normiert nicht mehr, sein Maßstab kann nicht messen und sein Gebot wird zu einer „Begriffsbestimmung“.

Mit dieser Formalisierung bricht daher auch der *logische* Sinn zusammen, welcher dem System der formalen Abstraktionen an sich zukommt: Dieses System zerfällt in eine Konstruktion von Begriffen, mit denen nichts begriffen wird, weil das leitende *Kriterium* fehlt, das die sinnvollen Gegenstände des normativen Denkens von beliebigen, willkürlichen Kombinationen unterscheidet.

Hierfür liefert die Geschichte der naturrechtlichen Formalisierung einen anschaulichen Beleg, den ich in Kürze wiedergeben möchte.

4. Die einfachste, naivste Art der Formalisierung besteht darin, daß man die allgemeinen *Begriffe* des Naturrechts zu *Prinzipien* umdeutet, daß, wie man auch sagen kann, die *Definitionen* des Naturrechts verwechselt werden mit der Angabe der *Kriterien* des Naturrechts. Ein Beispiel hierfür bietet das Schicksal der Definition des natürlichen Gesetzes durch *Cicero*. Er definierte das natürliche Gesetz als „*ratio summa, insita in natura, quae jubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria*“¹⁵. Aus dieser Definition wurde aber in der Scholastik eine naturrechtliche *Norm* gemacht¹⁶. Und diese definitorische „Norm“ erscheint schließlich bei *Thomas v. Aquino* als erstes und oberstes Prinzip des Naturrechts in der klassischen Formulierung: „das Gute tun, das Böse lassen“¹⁷. An dieser Tautologie konnte gleichzeitig die „Evidenz des Naturrechts“ ohne Schwierigkeit demonstriert werden¹⁸. Sie wurde von *Grotius* in seiner berühmten Definition des Naturrechts übernommen und ist von hier aus in die klassische Doktrin eingegangen¹⁹. Und für das heutige Fortleben dieses Tautologismus

¹⁵ *Cicero*: De leg., l. 1, c. 6; ähnlich: l. 1, c. 12: „... *lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando*“, eine rein formale *Definition*, welche vom *Inhalt* bewußt abstrahiert.

¹⁶ So z. B. bei *Bonaventura*. Man vergleiche hinzu *Grabmann*: Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquino, Archiv für RWPh., Bd. XVI, S. 12 ff. Diese Entwicklung zum Logizismus ist allerdings schon in der Lehre *Ciceros* vorbereitet, da *Cicero* den Inhalt der *lex naturae* wiedergegeben hat mit der Formel des „*sum cuique*“ und des „*honeste vivere*“.

¹⁷ *Thomas v. Aquino*: a. a. O., I, II, qu. 94, art. 2, (conclusio). — Ähnlich nennt *Suarez*, a. a. O., l. 2, c. 7, § 4, als „*primum principium*“ den Satz. „*Honestum est faciendum, pravum vitandum*.“

¹⁸ Noch heute lehrt der Thomismus diesen „evidenten Rechtssatz“ des Naturrechts; so *Cathrein*: „Recht, Naturrecht und positives Recht“, 1909, S. 173 ff. Es trifft allerdings zu, daß auch dieser Satz einen „Inhalt“ hat; aber sein Inhalt ist eben ein tautologischer, d. h. er besteht in einer Wiederholung des Subjektbegriffs.

¹⁹ *Grotius*: De iure belli ac pacis, l. 1, c. 1, § 10, 1: „*Ius naturale est dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex eius convenientia aut inconvenientia cum ipsa natura rationali, inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem*“,

darf etwa auf Rudolf Stammler hingewiesen werden, auf seine Apotheose der „Richtigkeit“, auf seine Meinung, daß man nach „Richtigkeit“ sich richten könne, auf seine Lehre vom bloß definitorischen Charakter des kategorischen Imperativs²⁰.

Der gemeinsame Irrtum, der allen diesen Theorien zu Grunde liegt, hat seine letzte Quelle in einer Identifizierung von *Vernunft* und *Verstand*. Infolgedessen sieht sich die Theorie genötigt, den menschlichen Ursprung des natürlichen Gesetzes im *Verstande* zu suchen und den Gesetzesinhalt somit aus den *logischen Formen* des Verstandes abzuleiten. Im Extrem führt dies zu einer *Identifizierung des natürlichen Gesetzes mit den logischen Prinzipien der Identität und des Widerspruchs*, wie man es z. B. bei Hobbes²¹ und Lasson²² findet. Die Theorie schreckt aber vor dieser extremen Konsequenz gewöhnlich zurück. Sie wählt einen Kompromißstandpunkt, der zwar auf einer innerlichen Inkonsequenz beruht, aber auf den ersten Blick weniger abstoßend wirkt.

Dieser Kompromißstandpunkt kennzeichnet vor allem die *logizistische Linie des Kantianismus*. Diese Gedankenrichtung anerkennt zwar die *metaphysische Kategorie* des Sollens, obwohl diese Kategorie ihren letzten Ursprung *nicht* im Verstande hat. In der *Begriffslehre* ist diese Richtung also metaphysisch orientiert. Sobald aber die Frage nach dem *Kriterium* des Sollens auftaucht, besinnt sich die Theorie plötzlich ihres methodischen Dogmas, wonach sie der Metaphysik keinen Platz einräumen darf. Sie leitet deshalb die Kriterien des rechtlichen Sollens

... Die Lehre von Grotius läßt keinen Zweifel übrig, daß Grotius mit dieser Formel zugleich den Maßstab des Naturrechts bezeichnen, d. h. eine Formalisierung des Prinzips vornehmen wollte. Man vergleiche auch *Kant*: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Einl., § C. („Allgemeines Prinzip des Rechts“.) Über die Rechtslehre der kantischen Schule vgl. man: *J. Kraft*: *Die Methode der Rechtslehre in der Schule von Kant und Fries*, 1924.

²⁰ *Stammler*: *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902. S. 67 ff. Ferner „*Theorie der Rechtswissenschaft*“, 1911. S. 459: „Wie immer man die *Idee des Guten* angeben möge: es muß eine solche Angabe stets nur eine *Definition* bleiben.“

²¹ *Hobbes*: *Leviathan*, c. 14: „*Est enim in controversiis hominum iniustitia similis eius, quam in scholis a b s u r d i t a t e m vocant*“. Ebenso: *De cive*, c. 3, § 3.

²² *Lasson*: *System der Rechtsphilosophie*, 1882. S. 215: „Der Inhalt der Rechtsbestimmung ist abzuleiten aus der praktischen Vernunft... Die Vernunft aber setzt ... *nichts als die Form der Allgemeingültigkeit und Widerspruchslosigkeit*“ ... „*Dieses rein Formelle nun heißt das Gerechte*; in seiner Anwendung auf die von der Natur gegebenen menschlichen Verhältnisse ergibt es das Recht.“

aus dem *Verstande* ab, aus den leeren Formen der *Logik*. Deshalb wird bei Kant das natürliche Gesetz konstituiert durch die logischen Formen der Allgemeingültigkeit und Gesetzmäßigkeit, durch das Prinzip der inneren Widerspruchslosigkeit genereller Maximen. Und Stammler drückt denselben Gedanken aus, indem er die Rechtsidee als formale Einheit aller denkbaren Bestimmungen kennzeichnet. Den Gipfel dieser formalisierenden Gedankenrichtung aber bildet die epochemachende Lehre Kelsens, die in der inneren Widerspruchslosigkeit eines *theoretisch* aufgestellten Systems von Sollensbehauptungen die einzige und abschließende Gewähr für die Gegebenheit des Sollens erblickt.

Einer schärferen Kritik kann es indessen nicht entgehen, daß man mit all diesen rein logischen Prinzipien an sich keine einzige *praktische* Maßnahme begründen kann, weil jede praktische Begründung ein von Haus aus *praktisches* Prinzip voraussetzt. Die formalistische Theorie hält deshalb Ausschau nach einem derartigen Prinzip. Und sie findet ein solches in der *formalen Friedensidee*. Daher zieht sie sich auf diese Position zurück und anerkennt damit im Grunde implizite die Existenz eines natürlichen Gesetzes. Nur versäumt sie, den Nachweis zu erbringen, daß das natürliche Gesetz durch die Friedensidee objektiv dargestellt und erschöpft sei. Die Theorie versäumt dies zum Teil wohl darum, weil sie sich über das Erfordernis der *Objektivität* rechtlicher Fundierung nicht restlose Rechenschaft gibt, zum anderen Teile aber auch deshalb, weil der verlangte Nachweis scheitern müßte an den hier liegenden Schwierigkeiten.

In der Geschichte des Naturrechts wird der Rückzug auf diese Position der formalen Friedensidee vor allem durch Hobbes in großartigster Weise dargestellt. Hobbes bestimmte das natürliche Gesetz zunächst als eine Maxime der Zweckmäßigkeit für die Selbsterhaltung der einzelnen und leitete hieraus das soziale Postulat des Friedens ab. Zu diesem Zwecke bediente er sich einer wirkungsvollen *quaternio terminorum*²³, indem er die „*dictamina rationis*“ des natürlichen Gesetzes in den Prämissen als *Verstandesregeln* (hypothetische Imperative) einführte, um sie in seinen eleganten, überraschenden Schlußfolgerungen als *Vernunftgebote* (kategorische Imperative) zu begrüßen. So „leitete“

²³ *Quaternio terminorum* ist der Schlußfehler, der auf der Mehrdeutigkeit eines im Schluß vorkommenden Begriffes beruht, so daß statt 3 in Wahrheit 4 Schlußglieder vorkommen (d. h. die *termini* werden statt dreimal, viermal verwendet: *quater*). Klug, Juristische Logik, 2. Aufl. 1966, S. 108.

er den Frieden ab als oberstes Vernunftgebot des sozialen Lebens. Aus dem Prinzip des „Friedens um jeden Preis“ ergab sich dann die absolute Gehorsamspflicht und von hier aus der prinzipielle Staatsabsolutismus in notwendiger, streng erfaßter Konsequenz. So wird bei Hobbes durch eine naturrechtliche Formalisierung das Naturrecht anscheinend ausgeschaltet und vernichtet. Die Gerechtigkeit wird formuliert als Prinzip des Befolgens der positiven Gesetze²⁴, und es ergibt sich eine ideale Harmonie zwischen naturrechtlichem und juristischem Denken, zufolge der die Problematik dieses Dualismus ausgelöscht erscheint. Damit taucht zugleich als oberstes Kriterium des Rechts die *Macht* auf. Vor dieser letzten Konsequenz ist Hobbes aber zurückgeschreckt. Es blieb Spinoza vorbehalten, auch diese Konsequenz mit grandioser Offenheit zu ziehen.

Die Formalisierungsversuche von Hobbes sind in neuester Zeit von Kelsen auf der Basis des Neukantianismus mit bemerkenswerter Denkkraft wiederholt worden. Kelsen geht wie Hobbes aus von dem Satze „*tot capita, tot sensus*“, soviel Köpfe, soviel Sinne. Und er schreitet von dem Erfahrungsgehalt dieses Satzes zu der pessimistischen Annahme, daß der Mensch nicht fähig sei, die Wahrheit ungetrübt zu erkennen²⁵. Infolgedessen erscheint Kelsen das naturrechtliche Ideal einer gerechten Gesellschaftsordnung als gegenstandslos. Er ersetzt dieses Ideal durch das *formale Ideal des Friedens*: „An Stelle des Ideals der Gerechtigkeit tritt . . . das Ideal des Friedens.“ Denn „es kommt nicht so sehr darauf an, ob ein bestimmtes Gut dem einen genommen und einem anderen, und zwar gerade nur dem zugeteilt werde, dem es ‚gebührt‘ . . ., sondern daß zwischen beiden der Streit beendet werde“²⁶.

An dieser „ebenso brutalen wie resignierten Argumentation“, wie Kelsen sie nennt, interessiert zunächst der Umstand, daß es gelingen soll, aus der Voraussetzung der Unerreichbarkeit der Wahrheit die Schlußfolgerung abzuleiten, das Friedensideal sei als wahrer Standpunkt erreichbar. Nehmen wir einmal an, diese Schlußfolgerung sei möglich. Dann wird man ihr gegenüber fragen müssen, was mit ihr gemeint sei. Soll das Kriterium des Friedens, das Kelsen mit dieser

²⁴ *Hobbes: De homine*, c. 13, § 9; *De cive*, c. 12, § 1. Eingehender habe ich den Versuch von Hobbes beschrieben in meiner Dissertation: *Die Lehre vom Naturrecht bei Leonard Nelson und das Naturrecht der Aufklärung*. Berlin-Grunewald. 1924.

²⁵ *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. VII, 2, S. 238.

²⁶ a. a. O., S. 248.

Schlußfolgerung begründet, dasselbe bedeuten, was die Naturrechtslehrer von jeher als „natürliches Gesetz“ bezeichnet (und ihrem Ideal zu Grunde gelegt) haben? Diese Annahme ist trotz aller Ablehnung des Naturrechts durch Kelsen offenbar unvermeidlich. Denn mit dem Friedensideal Kelsens ist augenscheinlich nicht die Tatsache gemeint, daß der Friede dem Gros der Menschen *angenehmer* und *erwünschter* ist als Kampf. Vielmehr soll der formale Friedensgedanke die positive Ordnung *als Rechtsordnung objektiv begründen* — „an Stelle des Ideals der Gerechtigkeit“! Aber dann fragt es sich, ob „dieses Friedensideal, mit dem man jedes beliebige positive Recht gegen jedes beliebige Naturrecht verteidigen kann“²⁷, tatsächlich zu begründen ist aus der Forderung, daß „des Suchens nach dem ‚richtigen‘ Recht und sohin des Streites um dieses ein Ende werden“ muß²⁸. Denn diese Forderung begegnet nicht nur dem Einwand, daß sie — als *rechtsphilosophische*²⁹ Ansicht — zwangsläufig zum Absolutismus von Hobbes führen muß. Sondern die Forderung schließt, in dieser prinzipiellen Form verstanden, den Widerspruch in sich, daß sie es als *grundsätzlich richtig* bezeichnet, dem Suchen nach dem *Richtigen* ein Ende zu machen. Und sie vergißt, daß das bloß formale Friedensideal, das ihr zu Grunde liegt, ebensoviele *grundsätzliche* Gegner hat wie jedes andere Ideal, daß diese Gegner aber nur durch das Diktat der Macht zum Schweigen gebracht werden können, sofern das Friedensideal dem Suchen nach dem *Richtigen* ein Ende setzen, d. h. die Gerechtigkeit *ersetzen* will. Dies ist der tiefere Grund, warum die Lehre Kelsens zum *Prinzip der Macht*, als einzigem und somit oberstem Gedanken, der noch leitet, gelangen muß. Sie *muß* dahin gelangen, weil sie die Positivität *an Stelle* der Gerechtigkeit begründen will. Und eben damit macht sie dasjenige zum *Ideal*, was ohnehin geschieht, bzw. das Geschehen bestimmt: das Gesetz der Macht. Dieses „Ideal“ kann aber zweifellos weder die Gerechtigkeit ersetzen noch irgendeine Disziplin begründen, weil es als „Ideal des jeweils Geltenden“ überhaupt kein Ideal, kein Maß und keine Norm sein *kann*.

²⁷ a. a. O., S. 248.

²⁸ a. a. O., S. 247.

²⁹ Der Standpunkt *Kelsens* erhält, wie ich später (IV.) zeigen werde, einen tieferen, berechtigten Sinn, sobald man ihn nicht mehr rechtsphilosophisch versteht, d. h. nicht mehr als *Ersatz* der Gerechtigkeit.

III.

1. An die Erkenntnis der Unhaltbarkeit des *naturrechtlichen Formalismus* — den ich mit Rücksicht auf seine moderne Bedeutung eingehender behandelt habe — schließt sich die Einsicht in die *methodische Begründungsmöglichkeit* des naturrechtlichen Denkens an. Die Kategorie des Sollens lebt zunächst im *menschlichen Gewissen* und erscheint hier untrennbar verbunden mit der Einheit eines *materialen Maßstabs* aller normativen Beurteilungen. Im *konkreten Sollensurteil*, in den Akten des Rechtsgefühls und Rechtsgewissens dringt die Kategorie zugleich mit dem Kriterium des Sollens an die Oberfläche des menschlichen Bewußtseins und Denkens. Denn diese psychischen Akte bedeuten nichts anderes als die *ursprüngliche Subsumtion* der Tatbestände unter die Sollenskategorie an Hand des leitenden Kriteriums. Deshalb lebt jede normative Theorie im Grunde von diesen elementaren Akten des Bewußtseins und Gewissens. Und wenn die normative Theorie die Ausartung in spielerische Gedankenkonstruktionen vermeiden will, dann muß sie den Sinn und inneren Zusammenhang der spontanen normativen Urteilsakte wegleitend zu Grunde legen für ihre gesamte Systematik.

Infolgedessen geht auch im Naturrecht die einzig mögliche Begründung aus von einer *Gewissenserforschung*, von einer Analyse des praktischen Bewußtseins. Dieser Weg, den ich hier nur andeute, schwebt heute z. B. Krabbe³⁰ und Laun³¹ vor. Er führt aber, konsequent begangen, zurück zum Problem der kantischen Vernunftkritik, zur Ermittlung der Erkenntnis, welche allem Rechtsgefühl zu Grunde liegt. Von

³⁰ Krabbe: Der „innere“ Wert des Rechts, Rektoratsrede, 1924, in „Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts“, Bd. I, 3: „Es gibt keine andere Grundlage für die Geltung des Rechts als die, welche im Innern des Menschen zu finden ist.“ (S. 159.) „Auf dem Wege dieser inneren Erfahrung tritt auch, wo über Recht und Unrecht geurteilt werden muß . . ., der Maßstab, mit dem wir messen und gemessen werden, ans Licht des Bewußtseins.“ (S. 161.)

³¹ Laun: Recht und Sittlichkeit, Rektoratsrede, 1924. Die scharfsinnige Gedankenführung Launs gelangt aber zum Schlusse, daß sie das Recht mit Sittlichkeit identifiziert. „Das Recht ist die Sittlichkeit, das Recht ist in den Herzen der Menschen.“ Daran ist richtig, daß der *Ursprung* des Rechtsbegriffs und des Rechtskriteriums im Innern des Menschen zu suchen ist. Auf Grund dieser Merkmale wird das Recht dann aber charakterisiert als *äußere Ordnung* der Gesellschaft. Man kann daher aus dem inneren Ursprung des Rechtsbegriffs insbesondere auch nicht auf die *Anerkennungstheorie* schließen, wie Laun dies tut. Der einzig zutreffende Schluß geht vielmehr auf das *Autonomieprinzip*, d. h. auf den Satz, daß jede wirkliche Verpflichtung dem Verpflichteten in freier Erwägung *erkennbar, begreifbar* sein muß.

hier aus ergibt sich das Problem einer *psychologischen* Bereinigung und Vertiefung der kritischen Methode³².

2. Man kann im Grunde die Einheit des rechtlichen Grundgesetzes, aus dem die Formen aller Rechtsbetrachtung fließen, niemals völlig verleugnen. Auch für die Geschichte des Naturrechts trifft dies zu. Denn man findet neben jenen formalistischen Versuchen, welche von Horvath geradezu mit der „Geschichte der Lehre von der Gerechtigkeit“ identifiziert werden³³, eine deutliche *materiale Linie*, die in die älteste Zeit reicht.

Man kann diese materiale Linie ganz allgemein als *Lehre von der Gleichheit* bezeichnen. Dabei muß aber von vornherein beachtet werden, daß auch dieses Prinzip einer hartnäckigen Verwechslung mit dem rein logischen Postulat der *formalen Gleichheit* unterliegt, d. h. mit der Gleichbehandlung gleicher Fälle durch die identische Norm³⁴ und mit dem rein formalen „*sum cuique*“. Diese Verwechslung läßt sich schon bei Aristoteles beobachten und hat in der Geschichte des Naturrechts eine ungeheure Rolle gespielt. Auch sie kennzeichnet sich als ständiges Zurückweichen vor den Schwierigkeiten und Fährnissen des materialen Problems.

³² Ich verweise hierfür auf *Nelson*: Kritik der praktischen Vernunft, 1917.

³³ *Horvath*: Die Idee der Gerechtigkeit. Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. VII, H. 3 (Ziffer XIV). Die nachfolgenden Erörterungen sollen die Unrichtigkeit dieser Behauptung zeigen.

³⁴ Es liegt auf der Hand, daß „der logische Gleichheitssatz“, wie *Rümelin* bemerkt (Die Gerechtigkeit, 1920, S. 19), „einen selbständigen und ausreichenden Maßstab für die Beurteilung überhaupt nicht abgibt“. Trotzdem ist die Verwechslung mit dem materialen Prinzip sehr häufig. So z. B. auch bei *Lotmar*: Die Gerechtigkeit, 1893, obwohl Lotmar gleichzeitig das materiale Prinzip im Auge hat. — Dieselbe Verwechslung liegt dem formalen Reduktionsversuch *Horvaths* zu Grunde: „Der Urgedanke der Gerechtigkeit“, schreibt Horvath (a. a. O., Ziffer XIII), „ist der Gedanke der gleichen Belastung der Menschen mit ethischen Pflichten.“ Von diesem schematisierten, aber immerhin *materialen* Gleichheitsgedanken geht Horvath unvermittelt zum formalen Gleichheitsprinzip über, indem er fortfährt: „Die größte, die empörendste, die radikale Ungerechtigkeit wäre es, wenn Personen von gleicher Fähigkeit unter verschiedenen, ungleichen moralischen Maßstäben stünden, wenn die ethische Pflicht unter ihnen ungleich, disproportional verteilt wäre.“ Horvath substituiert also dem *materialen* „Urgedanken“, den er schematisch definiert als „Gleichheit der Personen hinsichtlich ihrer ethischen Belastung“, unvermerkt das *formale* Prinzip, wonach die Menschen gleichberechtigt sind, *nur insofern* „sie gleiche reale Situationen bedeuten“. Zufolge dieser Verwechslung ergibt sich der Schluß: „Der Urgedanke der Gerechtigkeit ist in den Begriff einer moralischen Ordnung auflösbar.“

Ungeachtet dieser Schwierigkeiten aber hat sich das materiale Prinzip gleichwohl im Naturrecht durchgesetzt, und zwar, wie man gestehen muß, mit großer Konsequenz und Beharrlichkeit.

Vorwiegend tritt es zunächst auf in der unpräzisen, populären Fassung des Satzes: *Was du nicht willst, daß man dir tu, das füg' auch keinem andern zu* (*Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*). Dieser Satz wurde bei den Kirchenvätern und in der gesamten Scholastik³⁵, so bei Augustin und Lactantius, bei Gratian, Bonaventura, Wilhelm von Auxerre, Matteo d'Acquasparta, ferner bei Thomas von Aquino und Suarez, als Inhalt des natürlichen Gesetzes schlechthin bezeichnet, und man versuchte daher meistens, alle anderen Gebote des Naturrechts auf dieses Grundgesetz zurückzuführen. Später wurde diese Auffassung im Naturrecht der Aufklärung weitergepflegt. Und oftmals wurde jenem Satze noch das evangelische Gebot zur Seite gestellt: „Alles, was ihr wollt, daß euch die Leute tun sollen, das tut ihr ihnen“ (*Omnia quaecumque vultis ut faciant vobis homines, et vos facite illis*. Matth. 7, 12. „Das ist das Gesetz“, fährt der Text fort). Dieses zweite Gebot sollte gleichsam die positive Seite des Naturrechts darstellen. Allein, man erkannte allmählich, daß dieser zweite Satz seinem Wesen nach gar kein Rechtsgebot darstellen könne, weshalb man sich vorwiegend auf die negative Formulierung stützte. In dieser Formel war eine *bestimmte, inhaltliche* Anweisung für das Verhalten und die Ordnung des gesellschaftlichen Lebens enthalten, welche keinerlei *subjektiven* Stoff in sich trug und dennoch in feinsinniger Weise auf den Inbegriff der möglichen *Interessensituationen* verwies. Bei alledem aber litt auch diese Formel an einem entscheidenden Fehler, auf welchen schon Pufendorf sehr klar hingewiesen hat³⁶. Die Formel ist *einseitig*, d. h. sie umfaßt nicht den gesamten Umkreis der *wechselseitig* abzuwägenden Interessen und enthält somit auch kein Prinzip für die erforderlichen Interesseneingriffe.

Auch dieser Mangel ist nun im Grunde schon in der alten klassischen Tradition des Naturrechtes korrigiert, und zwar zunächst in der historisch maßgebenden Form der *aristotelischen Gleichheitslehre*. Diese Lehre, welche von *Aristoteles* als eigentliche Grundlage der Rechtsbe-

³⁵ Man vergleiche *Schilling*: Die Rechtsphilosophie bei den Kirchenvätern, Arch. f. RWPh., Bd. XVI, S. 1 ff., und *Grabmann*, a. a. O.

³⁶ *Pufendorf*: a. a. O., I. 2, c. 3, § 13. Er weist darauf hin, daß nach dieser Formel jeder Verbrecher freigesprochen werden müßte und im Grunde genommen überhaupt kein Wunsch abgeschlagen werden dürfte.

trachtung verstanden wurde, enthält trotz ihrer mathematisierenden Ausgestaltung schon deutlich den *Abwägungsgedanken* („nach dem Moment der Würdigkeit“)³⁷. Sie erfaßt darum bereits den Unterschied des unwandelbaren Grundgesetzes von seinen wandelbaren, objektiven „Besonderungen“ und hat mit all diesen klassischen Vorzügen einen gewaltigen Einfluß auf die späteren Zeiten ausgeübt. Als erster hat sie Thomas von Aquino völlig verstanden und mit genialer Kraft weitergestaltet. Und von nun an blieb die Theorie der Gleichheit als wesentlicher Bestandteil der Naturrechtslehre überliefert³⁸, in mehr oder weniger klarer Betonung des Abwägungsgedankens. Erst Hobbes freilich hat diesen Gedanken auf seine klassische Formulierung gebracht. Er lehrte, daß man sich den Inbegriff aller Forderungen des natürlichen Gesetzes vergegenwärtigen könne durch die einfache Überlegung, „daß ein Mensch sich in Gedanken in die Lage desjenigen versetze, mit dem er zu tun hat, und umgekehrt jenen in seine Lage, welches nichts weiter ist als gleichsam eine Vertauschung der Wagschalen. Denn jedermanns Leidenschaft wiegt schwer in seiner eigenen Schale, aber nicht in der Schale seines Nachbarn“³⁹. Dies führte Pufendorf in meisterhafter Weise zurück auf das grundlegende *Gesetz der persönlichen Gleichheit* (*Cum sit consecrarium illius legis de aequaliter habendis nobis cum aliis hominibus*). Zugleich beseitigte er die Verwechslung mit dem populären Sprichwort, die noch bei Hobbes hervortritt⁴⁰.

Nach Pufendorf setzt zunächst ein Rückschritt ein. Die Gleichheitslehre wurde wieder verdunkelt, insbesondere durch die schematische Theorie von der inhaltlichen *Gleichheit der natürlichen Rechte* aller Personen bei Christian Wolff. Und in der Schule Kants wurde der Ab-

³⁷ *Aristoteles*: Nic. Eth., I, 5, c. 6. Aus derselben Stelle geht auch hervor, daß Aristoteles zwischen dem Abwägungsprinzip an sich und den außerrechtlichen Prinzipien der positiven *Wertungen* schon deutlich unterscheidet. Im übrigen basiert auch die naturrechtliche Verteidigung der Sklaverei bei Aristoteles wesentlich auf dem Abwägungsprinzip. Aristoteles sucht die Kraft seiner Argumentation aus dem *Gleichheitsprinzip* zu schöpfen und verzerrt zu diesem Zwecke den *Tatbestand* der Abwägung, indem er eine minderwertige Naturbeschaffenheit der Sklaven lehrt.

³⁸ *Suarez*: a. a. O., I, 1, c. 2, § 2; *Pufendorf*: a. a. O., I, 3, c. 2, § 1: „*lure naturali praeceptum esse: Ut quisque alterum hominem aestimet atque tractet, tamquam naturaliter sibi aequalem, seu ut aequae hominem.*“ „*In ipso quippe hominis vocabulo iudicatur inesse aliqua dignatio.*“ *Thomasius*: a. a. O., I, 2, c. 3, § 19; teilweise auch *Grotius*: a. a. O., I, 2, c. 12, § 8; I, 1, c. 1, § 8; vgl. aber I, 1, c. 1, § 3, 2.

³⁹ *Hobbes*: *Elements of Law natural and politic* (deutsch nach *F. Toennies*, 1926), I, Teil, Kap. 17, § 9; ferner *Leviathan*, c. 15; *De cive*, c. 3, § 26.

⁴⁰ *Pufendorf*: a. a. O., I, 2, c. 3, § 13.

wägungsgedanke überwuchert vom Dogma der *Reziprozität aller Rechtsverhältnisse*⁴¹. Schon Fichte⁴² und namentlich Fries⁴³ haben aber die Lehre von der Gleichheit in ihrer bereinigten Form wieder hergestellt. Sie ist als *Prinzip der Interessenabwägung* in die neue Zeit eingegangen⁴⁴ und wurde durch Nelsons „Kritik der praktischen Vernunft“ in grundlegenden Zusammenhang gebracht mit der Lehre Kants vom Sittengesetz, gleichzeitig aber auch exakt formuliert als *Prinzip der Abstraktion von der numerischen Bestimmtheit der Personen*⁴⁵.

3. Hand in Hand mit dieser materialen Theorie, welche die ewige Wandelbarkeit des Rechts aus dem spezifischen Inhalt des unwandelbaren Grundgesetzes erklärt, läuft nun aber eine Gedankenreihe, die von entscheidender Bedeutung ist für das *Verhältnis des Naturrechts zur Positivität des Rechts*. Dieses Verhältnis hat schon den Denkern des Altertums die größten Schwierigkeiten bereitet. Denn wenn man die Wandelbarkeit und Varietät der Rechtsbestimmungen zur Not vereinbaren konnte mit einer objektiven Grundnorm allen Rechts, so erschien doch das Problem *positiver* Willensbestimmung, d. h. *willekürlicher Entscheidungen* des Norminhalts, als unerklärlich und unzulässig.

⁴¹ Kant: a. a. O., Einleitung (Das angebohrne Recht): „Die angebohrne Gleichheit, d. i. die Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von Anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann.“

⁴² Z. B. Fichte: Der geschlossene Handelsstaat, 1800. 1. Buch, 1. Kap.

⁴³ Fries: Philosophische Rechtslehre. 1803.

⁴⁴ Die Überführung dieser Theorie in die Jurisprudenz bildet das wesentliche Verdienst der *Freirechtsschule*, das allerdings durch mancherlei empiristische und relativistische Abweichungen beeinträchtigt wird. Dieser Einwand betrifft zum Teil auch die Versuche von R. Merkel (Die Kollision rechtmäßiger Interessen, 1895) und Heck (Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914). In bereinigter Form findet man das Prinzip in der allgemeinen Theorie des Privatrechtes bei v. Tuhr.

⁴⁵ In der alten aristotelischen Form wird die Gleichheitslehre von der katholischen Rechtsphilosophie vertreten. (Sie ist seit dem Erscheinen dieser Studie weit darüber hinaus verbreitet worden: Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1950, posthum herausgegeben von Erik Wolf; Germann, a. a. O., S. 23 ff.; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S. 310 ff.; Troller, Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, 1965, S. 145 f., S. 183, ein gedankenreiches Werk, das die phänomenologische Methode für die Redterkenntnis fruchtbar zu machen versucht und in Verbindung mit umfassender juristischer Erfahrung arbeitet.) Man vergleiche Cathrein: a. a. O., S. 45 ff. Mausbach: Ethik und Recht, Arch. f. RWPh., Bd. XVI, S. 84, wo die katholische Gleichheitslehre in Anlehnung an die neuere Entwicklung etwas modifiziert wird. — Eine bedeutsame Lehre von der Gleichheit als Grundprinzip des Rechts hat (in Anlehnung an die griechische Rechtsphilosophie) neuestens der hervorragende Ethiker Nicolai Hartmann (Ethik, 1926, S. 381 ff.) entwickelt.

Auch hier hat Aristoteles den großen Wurf getan. Er erklärte die Positivität aus einer „Indifferenz“, aus einem *Spielraum* des natürlichen Gesetzes. Und so erschien ihm die Positivität des Rechts in Harmonie mit der objektiven Position des Naturrechts. Denn das positive Recht galt ihm als „jenes, dessen Inhalt ursprünglich indifferent ist, das aber, einmal durch das Gesetz festgelegt, seinen bestimmten Inhalt hat“. . . (Nic. Eth. I. 5, c. 10). Dieser aristotelische Gedanke ist von Thomas von Aquino aufgenommen und mit erstaunlicher Sicherheit weitergebildet worden. Thomas lehrte, daß „. . . der menschliche Wille durch allgemeine Übereinstimmung Recht schaffen kann in den Dingen, die ihrem Wesen nach keinen Widerspruch zur natürlichen Gerechtigkeit in sich tragen: hier hat das positive Recht seinen Platz“. Denn während rein naturrechtliche Bestimmungen sich „per conclusionem“ (durch Ableitung und Besonderung) aus dem Gleichheitsprinzip ergeben, wird das positive Recht „per determinationem“, d. h. durch „Vertrag“ oder „allgemeines Dafürhalten“, also durch willkürliche Präzisierung des Gleichen und Gerechten, bestimmt. Damit ist, wie Thomas bemerkt, der Einwand widerlegt, daß es, „wenn ‚gerecht‘ dasselbe wie Recht ist, kein positives Recht zu geben scheint“⁴⁶. Nach Thomas von Aquino hat Suarez diese Gedanken weitergepflegt und vor allem die Idee der *konkreten Präzisierung* der Regeln entwickelt. „Eben diese aber geschieht durch positives Gesetz und deshalb ist dasselbe sehr nötig.“ So ist die positive Bestimmung, wie Suarez lehrt, in ihrem Spielraum zwar inhaltlich *willkürlich*, gleichzeitig aber *vernunftbegründet* in ihrer präzisierenden Funktion⁴⁷.

⁴⁶ Thomas von Aquino: a. a. O., II, II, qu. 57, art. 2. Verkannt wird diese tief-sinnige Lehre von Sauter (Das Naturrecht im Idealismus des Mittelalters, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. VI.). Sauter stellt, im Widerspruch zum Wortlaut der Quellen die Behauptung auf, daß der Aufbau des positiven Rechtes (bei Thomas) ausschließlich per conclusionem — nicht per determinationem — zu denken sei (S. 398).

⁴⁷ Suarez: a. a. O., I, 1, c. 3, § 18: „Quae sit necessitas legis humanae“. „. . . necessitas manet ex eo, quod lex naturalis vel divina generalis est, et solum complectitur quaedam principia morum per se nota, et ad summum extenditur ad ea, quae necessaria et evidenti elatione ex illis principiis consequuntur, . . . et ideo necessarium fuit, ut per humanam rationem aliqua magis in particulari determinarentur circa ea, quae per solam rationem naturalem definiri non possunt, et hoc fit per legem humanam, et ideo fuit valde necessaria.“ Die positive Bestimmung hat also „legis vigorem, non quia sola voluntas pro ratione sufficiat, sed quia determinatio illa diversis modis facta esset rationabilis, et saepe nulla est ratio, ob quam potius hoc modo, quam illo fiat, et ita dicitur fieri voluntate, potius quam ratione.“ (I, 2, c. 20, § 2.)

Mit dieser Idee, die von der mittelalterlichen Rechtsphilosophie, und später übrigens auch von Fries, noch im unvollkommenen Gewande einer Vertragstheorie⁴⁸ entwickelt ist, wird die letzte Position bezeichnet, zu welcher das naturrechtliche Denken führt. Zugleich ist aber auch die äußerste Grenze dieses Denkens erreicht: Im eigenen Bereiche des Naturrechts wird der Satz: „*Sic volo sic iubeo, stat pro ratione voluntas*“, begründet: Das naturrechtliche Denken erklärt die Zulässigkeit willkürlicher⁴⁹ Präzisierung des Norminhalts, die Notwendigkeit einer einheitlichen *Auszeichnung* der Regeln.

Dies aber bedeutet *Positivität des Rechts* im eigentlichsten Sinne und somit *Aufhebung des Naturrechts* in seiner Idee. Denn wie man immer den Begriff des Naturrechts definieren mag, so ist klar, daß mit „Naturrecht“ der Gedanke eines von menschlicher Willkür unabhängigen Norminhalts gemeint ist.

Man beachte aber, daß diese Aufhebung des Naturrechts, die in einer fertig gebildeten Rechtsordnung auf der ganzen Linie erfolgen muß, durch eine rein naturrechtliche Überlegung begründet ist, durch welche das *naturrechtliche Denken* als solches nicht aufgehoben wird: Die Idee der Positivität ist hier gedacht als Präzisierung des Gerechten. Und nicht aus dem *Willensursprung* als solchem, sondern aus der *inhaltlichen Gerechtigkeit* fließt nach wie vor die verbindliche Kraft der positiven Bestimmung. Mit anderen Worten: das materiale Prinzip des Rechts bildet die feste Schranke der Positivität. Denn was „an sich dem Naturrecht widerstreitet, kann nicht durch menschlichen Willen zum Recht erhoben werden“. (Thomas von Aquino, a. a. O., II, II, qu. 57, art. 2)⁵⁰.

Das heißt für uns, daß auch nach Ablehnung des Naturrechts das *naturrechtliche Denken* bestehen bleibt als die *Methode der Rechtskenntnis* (oder der Rechtsfindung, was im Grunde dasselbe bedeutet).

⁴⁸ Ähnlich spricht auch noch Nelson von einer „Übereinkunftsgesetzgebung“, obwohl er mit Fries die Vertragstheorie ablehnt. Vgl. System der philosophischen Rechtslehre und Politik, 1924, §§ 119 ff.

⁴⁹ Man darf nicht übersehen, daß der Begriff der „Willkürlichkeit“ hier *rechtsphilosophisch* zu verstehen ist, so daß auch „*natürlich*“ gewachsene Bestimmungen als „Positivität“ erscheinen können. Schon die Epikuräer argumentierten gegen das Naturrecht, indem sie auf die „natürliche“ Entstehung der positiven Normen hinwiesen. Derselbe Gedankengang liegt der Auffassung der Romantik zu Grunde. Auch hier beruht aber die Argumentation auf einer Verwechslung des *soziologischen* und *rechtsphilosophischen* Begriffes der „Natürlichkeit“ einer Bestimmung; diese Richtungen mißverstehen insofern das *Problem* der Positivität.

⁵⁰ Ähnlich a. a. O., II II, qu. 60, art. 5. Dieser grundsätzliche Sachverhalt und

IV.

1. So kann man, um das Wort von Hugo anzuwenden, das „Naturrecht als Philosophie des positiven Rechts“ betrachten. Und dies bedeutet die Reinigung des naturrechtlichen Denkens vom Rationalismus und Dogmatismus. Es bedeutet aber *nicht* die Annäherung des naturrechtlichen Denkens an den Standpunkt der Jurisprudenz. Denn mag auch der Stoff, den das naturrechtliche Denken schließlich allein in Betracht ziehen darf, ein positiv bestimmter sein, so erfolgt die entscheidende Charakterisierung dieses Stoffes als *Recht* doch nur auf Grund *vernünftiger Reflexion*, und zwar nach *ursprünglich dunklen* Kriterien.

Nach einem *anderen* Verfahren aber entscheidet im Prinzip die Jurisprudenz. Sie urteilt nicht nach dunklen Wertkriterien, sondern nach *evidenten* Maßstäben. Und das Aufsuchen und Handhaben dieser Maßstäbe ist Sache der *Kenntnis* und *Kunst*, nicht Sache der Erkenntnis und des reinen Denkens. Denn der wesentliche Sinn der juristischen Methode ist die *Endgültigkeit, Berechenbarkeit und Präzision* des Entscheidens, nicht die *Wahrheit* des Entschiedenens.

Darum ist das oberste Prinzip des spezifisch juristischen Entscheidens nicht die Gerechtigkeit. Vielmehr liegt das inhaltliche Kriterium, wonach die Jurisprudenz ihr Regelsystem auswählt, letzten Endes in der Bewegung der gesellschaftlichen Machtbildung. An der *tatsächlichen Geltung*⁵¹ eines sozialen Systems orientiert sich die juristische Methode zu oberst. Denn nur diese tatsächliche Geltung garantiert die *Evidenz und Eindeutigkeit* der juristischen Betrachtung: Durch tatsächliche Geltung erfolgt die einzig evidente *Auszeichnung* eines Regelsystems vor

die daraus entspringenden Schwierigkeiten werden, wie mir scheint, übersehen von Verdröß in seinem feinsinnigen Versuch einer *metaphysischen* Begründung der *Jurisprudenz* (Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926). Derselbe Einwand richtet sich auch gegen Stahl. Er erkennt zwar die Positivität in ihrer Funktion, die Regeln „zu präzisieren und hiemit auch zu *individualisieren*“. Erst „dadurch werden sie zu *anwendbaren Normen*, zum Recht“. (Dies bedeutet nach Stahl „Positivität des Rechts *seinem Inhalte nach*“.) Hiemit verbindet Stahl nun aber die Lehre von der Positivität des Rechts „*seiner Geltung nach*“. „Gemäß dieser Selbständigkeit kann das Recht . . . das Ungerechte und Unvernünftige anordnen.“ Damit ist der Standpunkt des naturrechtlichen Denkens aufgegeben und der Autoritätsstandpunkt grundsätzlich anerkannt, ohne daß eine zureichende Begründung gegeben würde. (Stahl, Philosophie des Rechts, 5. Aufl., S. 219 ff.)

⁵¹ Man beachte, daß die soziologische Struktur dieser Geltung und ihre Abstufungen und Formen unser prinzipielles Problem nicht berühren.

allen anderen beschriebenen oder denkbaren Systemen. Deshalb fällt mit der Eindeutigkeit und Klarheit der Machtverhältnisse auch die Möglichkeit einer einheitlichen Jurisprudenz dahin⁵². „Von diesem brutalen Faktum geht alle positive Jurisprudenz nach ihrer grundlegenden Problemstellung aus“, nicht von dem Einklang mit Gerechtigkeit⁵³. Dieses „brutale Faktum“ mag man zwar mildern mit einem Hinweis auf die freie Rechtsgestaltung seitens der Juristen. Allein, entscheidend bleibt die Tatsache, daß alle spezifisch juristische Tätigkeit durch das „Gesetz der Macht“ bedingt, zumindest endgültig beschränkt ist⁵⁴. Darin ist die eigentliche *Positivität der Jurisprudenz* begründet. Und in diesem Sinne bedeutet Positivität nun ein *Kriterium*, durch dessen Anwendung sich die Jurisprudenz radikal unterscheidet vom naturrechtlichen Denken: Das naturrechtliche Denken orientiert sich am Gerechtigkeitskriterium, das juristische Denken am Positivitätskriterium.

Damit ist aber zugleich eine radikale Problematik der juristischen Position bezeichnet. Denn die Jurisprudenz konstituiert sich, obwohl sie das Machtkriterium anwendet, keineswegs als soziale *Machttheorie*, sondern als *Rechtslehre*. Sie schiebt den jeweiligen Niederschlag des politischen und sozialen Machtkampfes, das *faktische* Ergebnis des gesellschaftlichen Interessenstreits unbedenklich unter die normative Kategorie des Sollens. Und damit deckt sie mit einem *idealen* Begriff das, was sie nach *empirischen* Kriterien auserlesen hat: Die empirischen Gewalten der Gesellschaft erscheinen unter juristischer Deutung als *Rechtsgewalten*, konstruiert nach dem normativen Schema der *Kompetenz* und zusammengefaßt zu einem System der „*Rechtserzeugung*“.

Durch dieses Verfahren aber setzt sich die Jurisprudenz in schroffen Widerspruch zu ihrem eigenen Grundbegriff, zur Kategorie des Sollens: Sie anerkennt als normatives Auswahlprinzip das tatsächliche Herrschen und Gelten, aber sie ignoriert, *daß alles Sollen seinem Begriff zufolge nur zufällig, nur möglicherweise herrscht, daß es mithin nie*

⁵² Ein Beispiel hierfür bietet z. B. die Jurisprudenz des Völkerrechts und die entsprechende Uneinigkeit über den juristischen oder naturrechtlichen Charakter dieser Disziplin. Man vergleiche die interessante „Rundfrage“ hierüber in *Niemeyers Zeitschr. für das internationale Recht*.

⁵³ *Haymann*: Kants Kritizismus und die naturrechtlichen Strömungen der Gegenwart, 1924, S. 24.

⁵⁴ Und daß auch die „wertkritische Rechtsfindung“ des Juristen überwiegend Tätigkeit im Rahmen *geltender* Wertungen ist. Genauerer hierzu: *Germann*: a. a. O., S. 87 ff. einerseits, S. 108 ff. andererseits.

erkannt werden kann an seiner Geltung. Zwischen dem *empirischen* Kriterium der Jurisprudenz und ihrer *idealen* Kategorie, zwischen *Positivitätskriterium* und *Rechtsbegriff* klafft deshalb ein unversöhnlicher *Widerspruch*. Und dieser Widerspruch bedeutet nichts anderes als die Wiederholung des Gegensatzes zwischen Jurisprudenz und Naturrecht im eigenen *bereinigten* Gebiet der Jurisprudenz.

2. Ist man sich darüber klar, wie kritisch es in Wahrheit steht um die so selbstverständlich behandelten Ansprüche der Jurisprudenz, wenn diese Ansprüche vor dem unabhängigen Forum der *Erkenntnis* geprüft werden, dann dürfte man annehmen, daß die Rechtsphilosophie ihre Aufgabe darin erfassen möchte, eine radikale Abklärung dieser Situation vorzunehmen, um nach erfolgtem Abbau aller Vorurteile ein Fundament für ihre Schwesterwissenschaft zu *suchen*. Das erscheint als ihre zwingende Pflicht, als einzig zuverlässiger Dienst, den die Rechtsphilosophie der Jurisprudenz erweisen kann. Sie hat ihr diesen Dienst nicht erwiesen. Sie hat die Situation nicht abgeklärt. Vielmehr hat sie mit ungeheurer Anstrengung es vermocht, das kritische Gebiet in eine Nebelwolke der Undurchsichtigkeit zu hüllen, in welcher sie ihrem rechtsphilosophischen Denken die Spitze bricht, um sich mit der Jurisprudenz als ungefährliche Gefährtin zu versöhnen.

Unzählig sind die Versuche solcher „Lösung“ des Problems. Sie sind keine Lösungen, sondern Umgehungsversuche, die im Grunde keiner der beteiligten Parteien helfen können. Man kann diese Versuche zurückführen auf vier Grundrichtungen. Diese vier Richtungen bauen sich auf auf dem prinzipiellen Verhältnis von Naturrecht und Jurisprudenz. Und ihre spezifische Begründung der juristischen Methode charakterisiert sich daher aus der bestimmten Struktur der Problematik, die im Verhältnis von Rechtsbegriff und Positivitätskriterium verwurzelt ist. Entsprechend dieser inneren logischen Struktur ergeben sich somit vier grundsätzliche Möglichkeiten der Umgehung und Verschleierung des Problems.

a) Man kann die *Normativität* der Jurisprudenz *auflösen*: dann entfällt die Problematik ihrer Positivität.

b) Man kann die *Positivität* der Jurisprudenz *auflösen*: dann entfällt die Problematik ihrer Normativität.

Diese beiden Lösungsversuche implizieren aber, wie man sieht, nach beiden Richtungen hin eine Zersetzung der spezifisch juristischen Methode als *positiver Rechtslehre*. Will man diese Zersetzung daher

vermeiden, so muß man zur Beseitigung der Problematik zwischen zwei Wegen wählen, die noch verbleiben:

c) Man kann das *inhaltliche* Verhältnis von *Gerechtigkeit* und *Positivitätskriterium* idealisieren und damit die Problematik unter Aufrechterhaltung der juristischen Methode *unterdrücken*.

d) Man kann das Realisierungsverhältnis der *Gerechtigkeit* zur gesellschaftlichen *Wirklichkeit* idealisieren und damit die Problematik unter Aufrechterhaltung der juristischen Methode *umgehen*.

Diese vier Richtungen sollen nun in Kürze etwas anschaulicher erläutert werden, am Beispiel ihrer historischen Repräsentanten.

a) Die erste dieser vier Richtungen löst das Problem, wie wir sagten, indem sie die normativen Elemente im Rechtsbegriff auflöst. In der Tat ist, wie Sauer⁵⁵ bemerkt, der Sollenscharakter des Rechts „die Quelle aller naturrechtlichen Spekulationen“, denn alle naturrechtlichen Einwürfe argumentieren ja mit dem Momente der Verbindlichkeit. Am besten entgeht man diesen „Spekulationen“ daher ein- für allemal durch die Erklärung, daß der Rechtsbegriff mit dem Sollen nichts zu tun hat. Dieses Reinigungsgeschäft besorgt aufs gründlichste der *Empirismus*. Er lehnt, auf materialistischer Grundlage beruhend, die Kategorie des Sollens rundweg ab und bezeichnet das Recht begrifflich als „*soziale Tatsache*“, was ihn keineswegs hindert, die juristischen Systeme unbekümmert auf der Vorstellung der *Pflicht* und der *Verbindlichkeit* aufzubauen und jedes Rechtsverhältnis grundlegend nach diesen Kategorien zu konstruieren. Mit anderen Worten: Der Empirismus *negiert* prinzipiell die Kategorie des Sollens, um sie desto ergiebiger und unkontrollierter *anzuwenden*. Dies ist *seine* „Lösung“ des Problems.

Nach ähnlicher Richtung hin, aber weniger entschieden, marschieren jene Lehren, welche ein normatives Element zwar in der „*Rechtsidee*“ anerkennen oder andeuten, welche dieses Element aber aus dem *Rechtsbegriff* eliminieren⁵⁶. Hieher gehört vor allem Stammlers Theorie. Sie

⁵⁵ Sauer: Das Recht als Sollen und das Recht als Sein; Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht. Arch. f. RWPh., Bd. XVII, S. 3.

⁵⁶ Hiermit verbindet sich dann oft noch die umgekehrte Ansicht, daß nur das „positive Recht“, nicht aber die „Rechtsidee“, das Moment der Verbindlichkeit an sich trage. Deshalb könne denn auch die Rechtsidee die Verbindlichkeit der positiven Regeln nicht *begrenzen*. Allein, wenn die Rechtsidee die Verbindlichkeit der positiven Regeln nicht begrenzen kann, dann kann sie sie offenbar auch nicht *begründen*. Denn die Verbindlichkeit kann nur durch ein Moment begründet werden, welches den Begriff der Verbindlichkeit und damit die Entscheidung über diese *ursprünglich* in sich trägt.

setzt das *Wollen* an den Platz des *Sollens*⁵⁷ und glaubt, den grundlegenden Begriff der *Verbindlichkeit* reduzieren zu können auf die Tatsache des Nichtverletztseinwollens⁵⁸ eines Willens. Zwar wird durch Stammlers Ausdrucksweise die auflösende und im Grunde unjuristische Tendenz dieser Ansicht des öfteren verdunkelt. Aber es kann kein Zweifel daran sein, daß Stammler die Kategorie des Sollens, den Kern alles rechtlichen Denkens, ignoriert und damit das Problem umgangen hat⁵⁹.

Analog verfährt die sogenannte *kulturphilosophische Richtung* des Neukantianismus. So wie bei Stammler der Begriff der Verbindlichkeit durch Worte, die nach seinem Sinne klingen, ersetzt wird, so wird hier der Begriff des Wertes ersetzt durch „Kultur“, durch jenen vieldeutigen, schillernden Ausdruck, der zu unzulässigem Gebrauch der Schlußfolgerung geradezu auffordert. Insbesondere gibt dieser Ausdruck aber Gelegenheit, um unbehindert aus dem Reich der Wirklichkeit ins Reich der Werte hinüber- und zurückzugleiten und dort, wie Lask bemerkt, „eine ungetrübt empirische Behandlung der Rechtswirklichkeit“⁶⁰ zu garantieren. Im Grunde wird hierbei der Normbegriff in *kulturelle Zweckmäßigkeit* aufgelöst, und der Verbindlichkeitsbegriff wird zusammengeschweißt zu einem konfusen Begriffskonglomerat mit der Vorstellung des Herrschens⁶¹. Auch für diese Richtung gilt daher, daß sie den Normbegriff zwar im juristischen Denken überall *anwendet*, daß sie aber einer rechtsphilosophischen Auseinandersetzung mit die-

⁵⁷ So auch *Tartarin-Tarnheydn*, Rechtspositivismus und modernes Naturrecht, Zeitschr. f. öff. Recht, Bd. VII, 1.

⁵⁸ Wenn man, wie dies bei *Stammler* letzten Endes der Fall ist, den *Rechtswang* definiert als die Art und Weise eines Willens, ein „Zwingenwollen“ zu sein, dann ergibt sich allerdings von selbst, daß der Rechtswang durch die Verwerflichkeit eines Rechtsinhalts nicht berührt wird. Denn als „Zwingenwollen“ bleibt der „Rechtswang“ begrifflich stets dasselbe, nämlich ein „Zwingenwollen“, mag auch der Inhalt dieses Wollens ein verwerflicher sein. Durch diese Tautologie wird unser Problem nicht berührt.

⁵⁹ Man vergleiche die ausdrückliche Ablehnung der Sollenskategorie durch *Stammler*: *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, S. 539 ff., 531.

⁶⁰ *Lask*, *Rechtsphilosophie*, 1905, Bd. I, S. 280, der gesammelten Schriften (1923).

⁶¹ Der Begriff „der *Geltung* im juristisch-technischen Sinne“, schreibt *M. E. Mayer*, „enthält nichts Problematisches, er deckt sich mit der *Positivität* des Rechtes und bedeutet die *Verbindlichkeit* des Rechts . . .“ Dieser Satz enthält das Wort „Geltung“ in der charakteristischen doppeldeutigen Wendung: Positivität einerseits, Verbindlichkeit andererseits; man beachte, wie damit gerade das *Problem* vollständig unsichtbar wird. (*M. E. Mayer*: *Rechtsphilosophie*. 1922, S. 56.)

sem grundlegenden Sachverhalt ausweicht und eben hiedurch das Problem umgeht⁶².

b) Der zweite Weg, der das Problem durch eine *Zersetzung des Positivitätskriteriums* lösen möchte, führt zu den Formen der *naturrechtlichen Pseudojurisprudenz*, welche ihre Regeln auf Grund vernünftiger Reflexion aufstellt. Die Existenz einer derartigen Jurisprudenz kann in ihrem tieferen Grund einerseits zurückgehen auf eine *objektive* Unentschiedenheit der gesellschaftlichen Machtverhältnisse, auf die Tatsache revolutionärer Erschütterung und Umbildung der herrschenden Gewalten oder auf einen Dauerzustand der Unentschiedenheit der Macht, wie sie bis zu einem gewissen (verschwindenden) Grade immer festgestellt werden kann. Andererseits kann die naturrechtliche „Jurisprudenz“ aber auch zurückgehen auf die *subjektive* Meinung des „Juristen“, auf seinen Glauben, die Jurisprudenz durch den freien Weg der Rechtsfindung ersetzen zu können. Im einen wie im anderen Falle müssen die *Tatsachen* früher oder später belehren, daß diese Meinung unzutreffend ist. Denn wie weit die naturrechtliche Rechtsfindung zur *wirklichen* Entscheidung der Rechtskonflikte zugelassen wird, darüber entscheidet nicht der Naturrechtjurist, sondern schließlich einzig und allein die *Macht*. Und die Macht wird, sofern eine Jurisprudenz ihr je die Gefolgschaft versagen sollte (was sie nach freiem Gewissen tun kann), es alsdann zweifellos in der Hand haben, den Abtrünnigen in seinen naturrechtlichen Gefilden auf sich beruhen zu lassen, um ihre eigenen Geschäfte *ihrer Jurisprudenz* zu übergeben. Sie hat damit zugleich das Naturrecht vom juristischen Verfahren hinlänglich unterschieden für jedermann, der diese *prinzipielle* Unterscheidung bis dahin nicht begriffen haben sollte.

c) Tiefer als diese beiden ersten Lösungsversuche dringt die dritte Richtung vor. Sie *sieht* das Problem. Aber sie löst es nicht frei, sondern *gewaltsam*: durch eine willkürliche Harmonisierung des Verhältnisses von Positivitätskriterium und Erkenntniskriterium des Rechts. Am wirksamsten geschieht dies durch die metaphysisch-theologische Lehre, welche die positive Ordnung aus göttlicher Verordnung⁶³ ableitet

⁶² In voller Klarheit ist dies zuerst von *Kelsen* festgestellt worden. (Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, s. o. S. 20, Anm. 32.) Etwas eingehender als hier habe ich die kulturphilosophischen Versuche geschildert in meiner Studie über Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, s. o. S. 5 ff.

⁶³ Deshalb lehrt Pater Konstantin *Hohenlohe*: Die natürlichen Rechtsgrundsätze im Lichte der christlichen Wahrheiten, Archiv für RWPh., Bd. X, S. 316: man müsse

(Stahl) oder Naturgesetz und Rechtsgesetz als Weltgesetz der ewigen Vernunft identifiziert (Stoa). Wird diese Richtung mit Kritik verbunden, so erkennt sie allerdings, daß sie die Maßstäbe, mit denen die Entsprechung oder Gottwidrigkeit der Ordnung gemessen wird, dem menschlichen *Gewissen* entnimmt, womit zugleich die Unterscheidung gerechter und ungerechter Ordnung begründet ist. Damit meldet sich das kritische Problem. Und um der Schwierigkeit zu begegnen, ist es nun nötig, den *Inhalt* der rechtlichen Grundnorm dem Positivitätskriterium anzugleichen, oder, was schließlich auf dasselbe hinausläuft, das Grundgesetz durch *Entleerung* unschädlich zu machen, d. h. den Spielraum der Positivität des Rechts = unendlich zu setzen. Das ist der Sinn der Versuche von Hobbes, Spinoza und Kelsen und, in mehr oder weniger deutlicher Konsequenz, der Kern der unzähligen Theorien, welche das Naturrecht als formales Prinzip des Friedens begründen oder als Gehorsamspflicht bestimmen oder es in seinem Inhalt dem System des positiven Rechts systematisch angleichen. Hierher gehören aber auch die Theorien, welche das positive Recht „ableiten“ aus Anerkennung oder Vertrag (klassisches Naturrecht und moderne Anerkennungstheorie), welche es herzuleiten suchen „aus den Prinzipien alles Rechts“ (Lasson)⁶⁴, es zu erkennen suchen „in dem letzten Ursprung“ (Trendelenburg)⁶⁵, in einer notwendigen Sinnbezogenheit „auf den Gerechtigkeitwert hin“ (Verdroß)⁶⁶.

Alle diese Versuche scheitern aber an dem schon erörterten grundsätzlichen Einwurf (IV, 1), daß das Positivitätskriterium dem *Begriff* des Sollens widerspricht, daß es mithin *logisch* unmöglich ist, eine Harmonie zwischen dem Erkenntniskriterium des Rechts und dem Positivitätskriterium zu garantieren, was sich in Form spezifischer Widersprüche bei jeder einzelnen Theorie zeigt.

d) So bleibt schließlich nur die vierte Richtung. Sie ist der offensichtlichste, unverhüllteste Versuch einer Umgehung des Problems. Sie idealisiert einfach die gesellschaftliche Wirklichkeit und bietet somit der Jurisprudenz die Möglichkeit, das „Naturrecht“ aus dieser Wirk-

„... auf *konfessionellem Boden* stehen, gleichgültig, ob Christen, Mohammedaner oder Juden, um die natürlichen Rechtsgrundlagen festhalten zu können“.

⁶⁴ a. a. O., S. 12; ähnlich *Dyroff*: Naturrecht und Psychologie. Es sollte, nach Dyroff, der Versuch gemacht werden, aus dem Naturrecht „alle positiven Rechtsgebote ... material ... abzuleiten“.

⁶⁵ *Trendelenburg*: Naturrecht auf dem Grunde d. Ethik, 2. Aufl., S. 1.

⁶⁶ *Verdroß*, a. a. O., S. 3.

lichkeit in idealer Weise abzulesen und in ihrem System als positives Recht wiederzugeben, womit die Jurisprudenz zugleich gerechtfertigt erscheint. Diese idealisierende Methode kennzeichnet vor allem die Richtung Hegels. Sie dekretiert den Inbegriff der positiven Regeln in den Bereich der Vernunft hinein. Und wo die Situation gefährlich scheint, da zieht sie sich auf eine ideale Zukunftsperspektive zurück nach dem Satze Michelets: „Alles vernünftige Recht *wird* wirklich“⁶⁷, oder Lassons: „Das Recht hat den inneren *Trieb*, sich den Anforderungen der Gerechtigkeit anzugleichen“⁶⁸. Hieher gehört auch Stammers Behauptung, wonach alles Recht einen unaufhaltsamen „Zwangsversuch zum Richtigen“ darstellt, oder die Ansicht des französischen Rechtsphilosophen Renard, der das positive Recht definiert als „*ordre qui tend vers sa perfection*“⁶⁹.

Die Lösungsversuche dieser vier Grundrichtungen sind in verschiedenster Abstufung denkbar und wirklich vorhanden, sie können sich wechselseitig durchdringen und in mannigfacher Auswahl nützlich verbunden werden, wie dies neustens die Rechtsphilosophie Binders beweist. Und die Vieldeutigkeit von Ausdrücken, wie „Geltung“, „Gebot“ und „Notwendigkeit“, oder die schillernde Bedeutung von Worten, wie „Rechtssicherheit“, „Gesetz“ oder „Kultur“, könnten geradezu als Anlaß genommen werden, um eine Geschichte unseres Problems zu konzipieren — die Geschichte seiner Umgehung.

Im Grunde aber beweist schon die ungeheure Anstrengung aller dieser Versuche, daß die Problematik trotz alledem existiert: Das Positivitätskriterium stellt keine Garantie der Rechtserkenntnis dar⁷⁰,

⁶⁷ *Michelet*: Naturrecht und Rechtsphilosophie, 1866. Vorwort.

⁶⁸ A. a. O., S. 231.

⁶⁹ *Renard*: Le droit, la justice et la volonté, 1924: „En somme nous définissons le droit positif . . . par le droit naturel, c'est-à-dire par la justice, comme les mathématiciens définissent la courbe par son asymptote“, S. 95. Sehr häufig wird unser Problem auch „gelöst“ durch *Präsumption* einer idealen Harmonie zwischen „Naturrecht“ und „positivem Recht“. Auf dieser Präsumption baut neustens *Le Fur* seine vorzügliche Abhandlungen über „le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique“ auf (Neue „Revue de droit international“, Bd. I, 3). *Le Fur* schreibt (S. 660): „Le droit positif . . . est en principe obligatoire. Il l'est d'abord moralement, à raison de sa conformité avec le droit naturel; cette conformité doit en principe être présumée; elle existe d'ailleurs presque toujours en réalité dans des temps normaux“. Positivitätskriterium und Gerechtigkeit befinden sich also, nach *Le Fur*, in idealer Harmonie: „Tout le problème consiste à savoir comment effectuer la conciliation nécessaire de ces deux éléments“ (S. 569).

⁷⁰ Dies wird am konsequentesten bestritten von *Haymann*: Naturrecht und positives Recht, Zeitschr. für Rechtsphil., Bd. I, S. 249. „So . . . wie die *Mathematik* bei

ebensowenig wie die Gerechtigkeit eine Garantie des juristischen Verfahrens zu bieten scheint. *Zwischen juristischem und naturrechtlichem Denken besteht ein unlösbarer Gegensatz und derselbe Gegensatz wiederholt sich innerhalb der Jurisprudenz in neuer Form und nimmt hier den Charakter einer eigentlichen Bedrohung ihrer Methode an.*

Der Gegensatz zwischen Jurisprudenz und Naturrecht ist von Bergbohm mit großer Klarheit und Eindringlichkeit gezeigt worden⁷¹. In neuester Zeit hat aber vor allem Walther Burckhardt in seinem tiefdurchdachten Werke „Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“ auch auf die Schwierigkeiten hingewiesen, denen das Verbindlichkeitsproblem innerhalb der Jurisprudenz ausgesetzt ist.

3. Aus diesen Schwierigkeiten gibt es, wie ich es sehe, nur einen Weg. Dieser Weg setzt voraus das Bekenntnis, daß das Positivitätskriterium die objektive Erkenntnis des Rechts nicht garantiert: *Die Jurisprudenz ist ihrem spezifischen Wesen nach, das in der Orientierung am tatsäch-*

der Konstruktion ihrer Raumgebilde . . . von vornherein der *objektiven Realität* aller ihrer Gebilde gewiß sein kann, so darf die *Jurisprudenz* als die Lehre von der Form eines konkreten Soziallebens keine Rücksicht nehmen auf deren Einklang mit objektiven Vernunftgeboten.“ Haymann ist also der Meinung, daß die juristische Methode die Objektivität ihres Gegenstandes ebenso zu garantieren vermöge, wie die mathematische Methode den ihrigen als objektiv zu kennzeichnen vermag. Diese Annahme beruht aber auf der Voraussetzung Haymanns, daß Jurisprudenz eine „wertfreie“ Wissenschaft sei. Und diese Voraussetzung beruht ihrerseits auf dem Umstande, daß Haymann mit *Stammler* das normative Moment der *Verbindlichkeit* im Rechtsbegriff zu eliminieren, zu umgehen sucht. Dank dieser Maßnahme gelingt die behauptete Parallele mit der Objektivität der Mathematik. Denn die Mathematik kann allerdings die Objektivität ihrer Bildungen an den *evidenten* Kriterien der räumlichen Konstruktion anschaulich nachprüfen. Für die objektive Nachprüfung von *Verbindlichkeitsbehauptungen* gibt es dagegen keine evidenten Kriterien. Und das spezifische Verfahren der Jurisprudenz besteht nun eben darin, daß sie diesen *logisch* gesicherten Sachverhalt bewußt ignoriert, indem sie ein evidentes Kriterium, das Kriterium des tatsächlichen Geltens, einfach *aufstellt*. Sie *erzwingt* den Aufbau ihres Systems (aus praktischen Gründen) und erscheint insofern als typischer Antipode der Mathematik. Will man die Jurisprudenz mit einer anderen Disziplin vergleichen, so darf man lediglich das *konstruktive* Verfahren der *darstellenden Geometrie*, die auch nicht auf Erkenntnis, sondern auf *Praxis*, auf Technik geht, erwähnen. (Vgl. hierüber meine Schrift: Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, oben S. 5 ff.)

⁷¹ So nun auch sehr nachdrücklich *Kelsen*, Naturrecht und positives Recht, Internat. Zeitschr. für die Theorie des Rechts, Bd. II, 2. Daneben lehrt aber Kelsen noch immer, daß man vom *Standpunkt* des Naturrechts naturrechtlich, vom *Standpunkt* der Jurisprudenz positivistisch urteilen müsse (und könne), in der Meinung, hiermit zwei *gleichermaßen objektive* Standpunkte zu bezeichnen, die man *beide* vertreten könne (S. 76 ff.). Eben dies ist aber nicht der Fall, weil das urteilende Subjekt eine *binheit* bildet, die nicht in kontradiktorische Standpunkte zerspalten werden darf.

lich Geltenden besteht, keine Rechtserkenntnislehre. Sie ist nicht die „Wissenschaft vom Recht“, wie Baumgarten sie nennt⁷².

Nur dieses radikale Eingeständnis macht es möglich, den normativen Rechtsbegriff zugleich mit dem Positivitätskriterium für das juristische Verfahren festzuhalten. Denn dieses Verfahren verzichtet nun darauf, für sich die Gesetzmäßigkeit der objektiven Erkenntnis des Rechts in Anspruch zu nehmen. Es charakterisiert sich vielmehr als eine Konstruktion des Rechts. Und dieser Verzicht kennzeichnet auch die wirkliche juristische Situation: Jurisprudenz treiben heißt einen Inbegriff empirischer Regeln als Recht darstellen, einen herrschenden Zustand als Rechtsordnung deuten, wie wenn er die Verwirklichung der Rechtsidee in sich schließen würde. Denn eben das ist das Wesen des juristischen Verfahrens, daß es nach unbedingter Weise richtet, obwohl es auf keiner unbedingten Plattform steht, daß es endgültig entscheidet und doch voraussetzt, daß auf Erden niemand letzter Richter ist. Das bedeutet aber, daß alle Jurisprudenz sich auf einer hypothetischen⁷³ Basis aufrichtet, obwohl ihre Schemata kategorisch sind. Ihre Kategorie ist das unbedingte Sollen des Rechts. Ihre (konstruktive) Hypothese ist das Dogma der Verbindlichkeit des nach dem Positivitätskriterium aus-erlesenen Stoffes.

Aber nicht darin darf die Rechtsphilosophie nun ihre Aufgabe sehen, dieses Grunddogma der Jurisprudenz zum Erkenntniskriterium des Rechts umzudeuten. Sie darf den Wert und die Würde der Jurisprudenz nicht darin suchen, daß sie ihr den Standpunkt unbeteiligter und freier Forschung ansinnt, den die Jurisprudenz als gebundene Disziplin in Wahrheit gar nicht kennt. Vielmehr hat die Rechtsphilosophie die Frage zu stellen und zu lösen: Wie kann die Jurisprudenz gerechtfert-

⁷² Das hindert nicht, daß sie als „*prudentia*“ des Rechtsbegriffs (d. h. der logischen Strukturen des Rechts) Entscheidendes für die Läuterung der Rechtsgedanken zu leisten vermag. Aber sie ist gerade nach ihrer Methode nicht „die Wissenschaft vom Recht“.

⁷³ Die Entdeckung dieses Sachverhalts und die radikale Widerlegung der entgegenstehenden Meinungen stellt die geniale, historische Leistung Kelsens dar. Kelsen hat, meiner Überzeugung nach, darum die begriffliche Klarheit hinsichtlich der logischen Struktur der Jurisprudenz mit bisher unerreichter Kraft zum Durchbruch gebracht. Aber es scheint, daß Kelsen seine eigene Entdeckung in einem wesentlichen Punkte mißverstanden hat. Er verwechselt die juristische Hypothese mit einer Norm und verkennt deshalb einerseits den streng konstruktiven Charakter der Jurisprudenz, während er andererseits keine Möglichkeit findet, die juristische Hypothese auf einen letzten objektiven Grund zu fundieren, von dem aus die praktische Haltung des Juristen erklärt werden kann.

tigt werden, *obwohl* sie keine Rechtserkenntnisdisziplin ist? Wie kann das Positivitätskriterium begründet werden, *obwohl* es nicht als Maßstab der Rechtsfindung und Rechtserkenntnis gelten kann?

4. Die Antwort hierauf, die ich zum Schlusse andeuten möchte, liegt in der Funktion begründet, welche die Jurisprudenz zur Ausbildung der *Rechtsförmlichkeit* des Gesellschaftszustandes erfüllt. Sie gestaltet die *Formen* des Rechts im gesellschaftlichen Leben. Sie vollzieht die Klärung und Vollendung der rechtlichen Begriffe und verbindet sie mit dem Gedanken der *einheitlichen Herrschaft* dieser Formen über das Ganze des sozialen Lebens als Gestalt dieses Gesellschaftsganzen. In Wahrheit fallen allerdings Macht und Rechtlichkeit nicht notwendig zusammen. Aber gerade deshalb kann die Rechtsform in ihrer geschlossenen Einheit nur in einer Disziplin ausgebildet werden, welche die jeweils herrschenden Gewalten nach dem Begriff des Rechts grundsätzlich konstruiert, unbekümmert um die normative Wahrheit dieser Konstruktion. Diese Disziplin ist die Jurisprudenz als das Verfahren *positiver Rechtsdarstellung*. Sie allein *vereinigt* in sich, ihrem *Prinzip* nach, die rechtlichen Formen und ihre tatsächliche Geltung. Nur sie kann daher diese Formen kontinuierlich ausgestalten und auf das Ganze der Gesellschaft übertragen: als adäquate *Form* der *möglichen* Gerechtigkeit.

Ob ein empirisch vorliegender Gesellschaftszustand diese sanktionierende Bearbeitung seitens der Jurisprudenz *verdient*, das muß freilich in einer besonderen Überlegung erwogen werden. Und auf diese Erwägung baut sich das auf, was als die wesentliche *ethische Vorbedingung* der Jurisprudenz erkannt werden muß: ihre *praktische Stellungnahme* zur herrschenden Ordnung. Denn die Jurisprudenz *bekenn*t sich zu dieser Ordnung oder zu ihrer Entwicklungstendenz. Wer diese bekämpft, muß daher auch die derzeitige Jurisprudenz bekämpfen. Er muß danach trachten, sie *zugleich mit der Umwälzung der positiven Ordnung zu erneuern*. Immer aber muß es das Ziel sein, eine verschwindende Jurisprudenz zu ersetzen durch eine neue Jurisprudenz, durch eine andere, wiederum streng positive Bearbeitung des gesellschaftlichen Lebens, weil nur in dieser *Form* die Gerechtigkeit verwirklicht werden kann.

Allgemein kann man also sagen: So wie die gesellschaftliche Anwendung des Rechts eine *Bindung* der Organe an die positive Ordnung voraussetzt, so setzt die Idee der Rechtsverwirklichung eine *gebundene*

Disziplin voraus; eine besondere, eigenartige Methode der Rechtsbetrachtung, nach der sich alle *organisierte Rechtsanwendung* vollziehen muß. Denn wie sehr die positive Ordnung auch der Idee der Gerechtigkeit entsprechen mag, so beruht ihre *Form als Rechtsordnung* doch immer darauf, daß sich die normanwendenden Organe *nicht* als freie Rechtsfinder konstituieren, und daß die Jurisprudenz sich nicht zur freien Rechtserkenntnislehre transformiert.

In diesem Sinne begründet das naturrechtliche Denken die Jurisprudenz als eine Disziplin, welche der naturrechtlichen Methode bei sich den Eintritt im Prinzip versagt. Denn zur Verwirklichung der Gerechtigkeit ist die *Ausschließung* des Gerechtigkeitkriteriums als entscheidenden Maßstabes im juristischen Verfahren nötig. Und so erweist gerade die *freie* Forschung das Postulat einer *dogmatischen* Disziplin, die ihre Aufgabe allerdings nur dann erfüllen kann, wenn sie sich selbst als gebunden erkennt und bekennt und nicht der freien Rechtsfindungslehre ihren Platz streitig machen will. Das bedeutet freilich, wie Horváth mit Recht bemerkt⁷⁴, keine Lösung im Sinne einer endgültigen Beseitigung der entscheidenden Problematik. Aber es ist meiner Ansicht nach die Wahrheit. Und in dieser Wahrheit ist das juristische Verfahren als besondere Richtung des normativen Denkens erklärt und bleibend begründet. Zugleich aber ist die Jurisprudenz da-

⁷⁴ Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. VII, 3, S. 483. Wenn Horváth aber bemerkt, daß diese Charakterisierung der Jurisprudenz bloß „in der Wiederholung der Frage“ bestehe, so muß ich auf die *Antwort* verweisen, die ich auf die gestellte Frage gebe. Durch diese Antwort wird die Anwendung des Positivitätskriteriums *begründet*, und zwar aus der einheitlichen Idee des Rechts. Allerdings ist mit dieser Antwort zugleich gesagt, daß das Problem der Rechtsverbindlichkeit im Rahmen der Jurisprudenz *nicht* endgültig erledigt werden kann, weil die juristische Methode zur Lösung dieses Problems prinzipiell ungeeignet ist. Dennoch ist die Jurisprudenz nur dann gerechtfertigt, wenn sie „die Zersetzung der normativen Elemente im Rechtsbegriffe“ (S. 484) aufs strengste vermeidet, wenn sie ihren Stoff als durchgreifend *verbindlich* charakterisiert und die sinnlose Vorstellung „der Unverbindlichkeit des nur positiven Rechtes“ (S. 484) ausschließt. Diese Anforderung nötigt dann ihrerseits zur strengen Trennung zwischen Jurisprudenz und Rechtserkenntnismethode, und zwar ergibt sich der Nachweis dieser Trennung aus dem rein *logischen* Unterschied von Sein und Sollen. Dieser Nachweis kann daher nur dann verstanden werden, wenn man die *begriffliche* Unterscheidung zwischen Sein und Sollen nicht verwechselt mit einem vermeintlichen „*absoluten Gegensatz*“ zwischen Sein und Sollen (S. 484). Horváth behauptet zwar, daß gerade die „Hauptfehlerquelle der Problembehandlung *Gysin*“ darin liegt, daß „er . . . nur einen absoluten Gegensatz . . . zwischen Sollen und Sein“ sieht. Ich habe einen derartigen „Gegensatz“ nun aber niemals „gesehen“, sondern ich habe diese „Hauptfehlerquelle“ im Gegenteil ausdrücklich widerlegt, und zwar wiederum in rein logischer Konsequenz aus dem begriff-

mit grundsätzlich geschieden von der Methode naturrechtlicher Reflexion, *die notwendig in das Gebiet der Jurisprudenz eindringen muß, sobald diese als naturrechtliche Position, und das heißt eben, als Standpunkt reiner Rechtserkenntnis begründet werden will.* Der Dualismus von Naturrecht und Jurisprudenz ist also prinzipiell fundiert durch die Erkenntnis der Unmöglichkeit jeder „Lösung“, d. h. jeder Überbrückung und Verschleierung des Gegensatzes zwischen Naturrecht und Jurisprudenz. In derselben Erkenntnis ist dieser Dualismus aber auch *erklärt* und deshalb in einer letzten *Einheit* endgültig zusammengefaßt und in seiner Weise gleichwohl versöhnt.

Mit der allmählichen Überwindung der Rassen- und Klassenvorurteile und mit der konsequenten Pflege der Rechtsgleichheit durch juristische Lehre und Praxis werden annähernd gerechte Regeln zur Ausbildung und Herrschaft gebracht. In ihnen kann sich unter der Führung leitender Grundsätze eine reiche Fülle von Lebensweisheit niederschlagen, neben der jeder „Naturrechtskodex“ als armseliger, stümperhafter Versuch erscheint. *Insofern kann* der Jurist also verwirklichte Vernunft oder vernünftige Wirklichkeit antreffen. Aber selbst, wo ein solcher Zustand erreicht ist, ist zufolge der Unzulänglichkeit aller menschlichen Werke und des ständigen Wandels sozialer Zustände und Gesinnungen sein Bestand in keiner Weise gesichert. Der Jurist bleibt also selbst in

lichen Verhältnis zwischen Sein und Sollen (wonach jedes Sollen *sein* — soll und somit sein — *kann*). Damit ist zugleich die verbreitete, neukantianische Ansicht von der Unmöglichkeit der reinen Rechtsverwirklichung (S. 485) widerlegt und die Idee einer *stufenweisen Annäherung* an die Gerechtigkeit begründet. Und eben aus der inneren Gesetzmäßigkeit dieser stufenweisen Annäherung suche ich das Wesen und die Notwendigkeit der Jurisprudenz zu erklären.

Bedenkt man dies, so muß es als unverständlich erscheinen, daß Horváth diesen Gedanken der stufenweisen Annäherung an die Gerechtigkeit meiner Begründung der Jurisprudenz *entgegensetzt*, in der Meinung, jener (keineswegs neue) Gedanke sei mir unbekannt. Er ist mir nicht unbekannt. Denn er gehört zum Fundament meiner eigenen Begründung. Aber ich verwechsle ihn nicht, wie Horváth, mit der Annahme einer *graduellen Abstufung der Rechtsverbindlichkeit* (S. 485). Auch diese Annahme ist zwar nicht neu (sie war schon dem klassischen Naturrecht bekannt in seiner Lehre von den „unvollkommenen Rechten“). Sie ist aber unrichtig und kennzeichnet sich als eine der spezifischen Umgehungsformen unseres Problems. Diese Konstruktion will beweisen, daß „ein jedes Recht, auch das ungerechteste“, verbindlich sei — nämlich ganz schwach verbindlich (S. 485)! In Wirklichkeit aber kennt das rechtliche Denken weder starke noch schwache Verbindlichkeit. Ein Tatbestand ist entweder *verbindlich* oder *nicht verbindlich*, nicht aber „mehr oder weniger“ verbindlich, so wie auch ein Gerichtsurteil niemals „mehr oder weniger“ rechtskräftig, eine Behörde nicht „mehr oder weniger“ kompetent sein kann, trotz ihrer Limitation durch „höhere“ Kompetenzen.

diesem günstigsten Falle nach wie vor auf seine kritische Selbsterkenntnis angewiesen.

Ein „*positives Recht*“ im Sinne einer objektiven Garantie des Gegenstands der Jurisprudenz gibt es nicht, so wenig wie ein „*Naturrecht*“, als Recht, das frei von jeder Willkür wäre. Gleichwohl ist die Jurisprudenz in ihrem streng positiven Verfahren als Rechtsdisziplin begründet. Sie ist aber begründet nicht als Methode der Erkenntnis, sondern als *Methode der Praxis des Rechts*. Und nur durch diesen Zweck, welcher ein Vernunftzweck ist, kann sie gerechtfertigt werden. Sie ist die ewig unentbehrliche Krücke, an welcher die Rechtsidee gehen muß, sobald sie in den *inneren Bereich der Rechtsanwendung* eindringt. Und sie ist schließlich die Methode, in welcher die Rechtsidee dem menschlichen Geiste zu allererst in greifbarer Gestalt erscheint. Denn sie zeichnet in ihrer exakten Weise das *Bild* einer Rechtsordnung und erhebt es aus der dunklen Phantasie des Menschen zur *Anschauung*. Dieses zeichnerischen Planes aber, den *nur* die Jurisprudenz entwerfen kann, bedarf der Menschengeist, um in der geschichtlichen *Wirklichkeit* das Gebäude des Rechts zu bauen.