

DAS ABSOLUTE
IM RECHT

SCHEMATISCHER AUFBAU EINER
RECHTSPHILOSOPHIE

VON
EUGEN HUBER

FESTGABE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER
BERNER HOCHSCHULE ZUR
JAHRESVERSAMMLUNG
DES SCHWEIZERISCHEN
JURISTENVEREINS
VON 1922

Inhaltsübersicht.

§ 1.	Einleitung	7
------	----------------------	---

Erster Teil.

Das Wesen des Rechts.

Erstes Kapitel.

Die Lebenserscheinung im Recht.

§ 2.	I. Das Leben des Rechts	10
§ 3.	II. Das Recht als Willensäußerung	11
§ 4.	III. Die Rechtsidee	12

Zweites Kapitel.

Die Lebensbestimmung im Recht.

§ 5.	I. Die Gemeinschaft	13
§ 6.	II. Individuen und Kollektivität	15
§ 7.	III. Der soziale Stand	17

Drittes Kapitel.

Die Lebenswertung im Recht.

§ 8.	I. Das kognitive Prinzip	22
§ 9.	II. Das agitative Prinzip	24
§ 10.	III. Das regulative Prinzip	25

Zweiter Teil.

Der Inhalt des Rechts.

Erstes Kapitel.

Die Willensbindung.

§ 11.	I. Die richtige Ordnung	29
§ 12.	II. Ethos und Recht	31
§ 13.	III. Kraft und Umfang der Bindung	37

Zweites Kapitel.

Die logische Bindung.

§ 14.	I.	Die logische Einheit	44
§ 15.	II.	Die logische Gleichheit	45
§ 16.	III.	Die logische Gerechtigkeit	46

Drittes Kapitel.

Das materielle Recht.

§ 17.	I.	Das Verhältnis zum Sittengesetz	48
§ 18.	II.	Das Verhältnis zur Logik.	51
§ 19.	III.	Das Verhältnis zur Macht	51
§ 20.	IV.	Das Verhältnis zur Formgebung.	52
§ 21.	V.	Das Verhältnis zu den Realien	54

*Dritter Teil.***Die Erfüllung des Rechts.**

Erstes Kapitel.

Die Rechtsanwendung.

§ 22.	I.	Der Rechtssatz	55
§ 23.	II.	Der Tatbestand	60
§ 24.	III.	Das Urteil	62

Zweites Kapitel.

Die Rechtsverwirklichung.

§ 25.	I.	Bedeutung der Verwirklichung	63
§ 26.	II.	Ihr Einfluss auf das Recht.	63
§ 27.	III.	Verwirklichungswege	65

Drittes Kapitel.

Das verwirklichte Recht.

§ 28.	I.	Der Bestand des Rechts	66
§ 29.	II.	Die Rechtsordnung	67
§ 30.	III.	Die Arbeit der Rechtsidee	68

Einleitung.

Wir beschäftigen uns mit dem Recht als einer Ordnung für das Zusammenleben von Menschen, in der den Gegenstand der wissenschaftlichen Arbeit eine unübersehbare Menge von Regeln bildet, die durch konkrete Bedürfnisse bestimmt oder bedingt werden, mithin von den gegebenen Verhältnissen und Bestrebungen abhängig sind.

Bei eingehenderer Prüfung der rechtlichen Ordnung kann nicht unerkannt bleiben, dass neben aller konkreten Bedingtheit des Stoffes im Rechte noch ein anderes Element gefunden wird, das über allen jenen konkreten Erscheinungen steht und notwendig mit dem Recht in irgendeiner prästabilierten Gestalt vorhanden ist. Wir können diese Seite des Rechts, im Gegensatz zum erwähnten konkreten Inhalt, als das Absolute im Recht bezeichnen und stellen dementsprechend allem konkreten Rechte mit seinem von Relationen getragenen materiellen Bestand und Inhalt dasjenige gegenüber, was sich in allen konkreten Rechtsordnungen findet und absoluten Bestand für jedes Recht besitzt. Man hat das auch etwa das abstrakte Recht genannt, allein die Bezeichnung «absolut» trifft das, was gemeint ist, viel besser als «abstrakt». Wenn wir uns bemühen, auf irgendeine Art das Recht in seiner Existenz und Geltung zu erfassen und festzustellen, so wird das Objekt unserer Forschung stets und unmittelbar konkretes Recht sein. Ebenso wenn wir das vorhandene Recht der Kritik unterwerfen und der Satzung gegenüber dasjenige suchen, was nach unserer Auffassung Recht sein sollte. In beiden Fällen handelt es sich in dem Rechte, das wir erforschen, um konkretes oder in dem oben genannten Sinne um bedingtes Recht, das durch Anwendung abstrakt gezeichneter Rechtsregeln für den einzelnen Fall, d. h. also

kasuistisch fixiert wird¹⁾. Anders wenn das Recht nach den Eigenschaften untersucht wird, die sich mit ihm als Recht in jeder konkreten Gestalt notwendig verbinden. Da gelangt man, abstrahierend von dem konkreten Inhalt des Rechts, zu einem Bestand von Sätzen, die jedem Recht als solchem eigen sind. Was hiermit am Recht gefunden wird, besteht, wenn es richtig erfasst ist, absolut. Das Recht, das in diesem Rahmen zur Betrachtung kommt, verdient die Bezeichnung als absolutes Recht.

Dieses absolute Recht herauszuschälen und es in ein System zu fassen, das soll hier unsere Aufgabe sein. Wobei sich uns die Auffassung, aus der heraus wir zu unserer Problemstellung gelangt sind, bestätigen wird, dass nämlich der Erkenntnis des absoluten Rechts für das Verständnis jeder konkreten Rechtsordnung eine ganz besondere Bedeutung zukommt.

§ 1. Absolut ist nach dieser Betrachtungsweise und Bezeichnung das Recht, soweit es unter keiner Bedingung oder konkreten Relation steht. Das Absolute im Recht aber beherrscht insofern jede rechtliche Ordnung und jedes Recht überhaupt, als es mit jedem Recht verbunden ist. Das will freilich nicht sagen, dass es in jedem Recht notwendig von einförmiger Gestalt sei. Das Absolute kann vielmehr im konkreten Recht in sehr verschiedener Art auftreten. Als absolut besteht vielfach beispielsweise nur der Satz, dass über eine gewisse Frage für das Recht eine Ordnung absolut notwendig ist, so dass in diesem Falle das absolute Recht in solcher Notwendigkeit beruht

Fassen wir das Absolute im Recht in diesem weiten Sinne ins Auge, so lassen sich drei grosse Kategorien

¹⁾ Vgl. z. B. *Thöl*, Einleitung in das deutsche Privatrecht, § 37. Natürlich bildet sich auch die abstrakte Regel nach der Art des rechtlichen Urteils. Vgl. unten § 22. Sie ist, als einen Rechtsfall betreffend, stets kasuistisch, werde sie konkret oder abstrakt gefasst. Aber sie ist an sich niemals absolut.

unterscheiden: solches, was für das *Wesen* des Rechts absolut notwendig ist, solches, worauf der *Inhalt* des Rechts absolut notwendig zurückgeführt werden muss, und solches, was für die *Erfüllung* des Rechts als absolut notwendige Grundlage Anerkennung verlangt.

Diese Dreiteilung legen wir unserm System des Absoluten im Recht zugrunde, unter Ausschaltung aller auf dem konkreten Inhalt der rechtlichen Ordnung beruhenden Unterscheidungen.

Erster Teil.

Das Wesen des Rechts.

Erstes Kapitel.

Die Lebenserscheinung im Recht.

Dem Rechte ist ein Charakter eigen, ohne den es nicht zu bestehen vermag. Er macht sein Wesen aus, und zwar absolut notwendig. Nicht überall, wo Recht besteht, ist Recht notwendig. Allein notwendig sind, wo Recht besteht, gewisse Erscheinungen, die derart absolut notwendig mit dem Recht gegeben sind. In diesem Sinne liegt in dem Wesen des Rechts ein Absolutes, das sich in drei Erscheinungen erkennen lässt:

Das Recht ist seinem Wesen nach ein Geschehnis im menschlichen Leben.

Es gibt dem menschlichen Leben eine Bestimmung.

Es verleiht ihm einen Wert, der auf keine andere Art erlangt werden kann.

Betrachten wir im ersten Kapitel das Recht als Lebenserscheinung, so bildet es als solche mit absoluter Notwendigkeit ein Stück, und zwar ein wesentliches, im Leben der Menschen, sei es jedes einzelnen oder aller zusammen. Es ist ein Stück, das sich im vernünftigen Bewusstsein des Menschen bewegt, im Willen speziell hervortritt und unter der Rechtsidee nach einer bestimmten Gestaltung des Lebens verlangt.

I. Das Leben des Rechts.

§ 2. Das Recht lebt im Menschen, es ist eine Äusserung als ein Stück des Lebens selbst. Es teilt die Eigenschaften des Lebens, es entsteht, besteht und vergeht und ist in seinem Bestand nicht eine blosse Äusserung des Stoffes,

auch nicht blosse bewegte Materie. Es gibt wohl Materien, die existieren, ohne zu leben. Wo Leben vorhanden ist, da handelt es sich um ein besonderes, qualifiziertes Dasein, das nicht einzig die Eigenschaften der Materie hat, um eine gestaltende Kraft, die aus der Materie etwas anderes werden lässt, als was sich schlechtweg aus dem Walten der natürlichen Kräfte ergeben würde. Der Tod, der dem Leben gegenübersteht, ist nicht die Negation der Naturkräfte. Das Leben verhilft der Materie zu einer Gestaltungsmacht, die zum Stoff als ein unkörperliches Etwas hinzutritt und ihm die Kraft verschafft, die «geprägte Form» zu werden, «die lebend sich entwickelt». Wasser, das stürzt, zeigt bewegte Materie, nicht Leben. Die Pflanze zeigt in der Gestalt, die sie annimmt, Leben. Im Tier und vollends im Menschen verbindet sich mit der Lebensgestaltung die Überlegung, die Vernunft. Ist dergestalt das Recht eine Lebensfunktion des Menschen, mit der sich das Bewusstsein, sei es in der unvollkommenen Gestalt des Instinktes, des Rechtsgefühls oder in der vollkommenen Erscheinung des Rechtsbewusstseins, verbindet, so lebt mit absoluter Notwendigkeit, soweit es nach seinem Wesen zu leben vermag, im Menschen das Recht, und zwar im Willen des Menschen und von selbst mit einem Vorgang, den wir uns in den folgenden Betrachtungen des nähern zu denken vermögen¹⁾.

II. Das Recht als Willensäußerung.

§ 3. Das Recht kommt im Willen der Menschen zum Ausdruck. Ohne diesen Willen lässt sich das Recht nicht denken, sobald man das lebende Recht betrachtet. Durch den Willen bekommt das Recht den Charakter, der ihm als Recht eigen ist. Der Wille aber entstammt dem ver-

¹⁾ Das Recht ist hiernach niemals als etwas Körperliches zu denken und unterliegt, als Recht, denn auch niemals der naturalistischen Erklärung nach Kausalverbindungen. Es ist nicht als Naturprodukt zu deuten, so oft es auch als solches schon verkündet worden ist. Vgl. z. B. *Hildenbrand*, Geschichte und System des Rechts und Staatsphilosophie, Bd. 1, S. 81 ff. u. w.

nünftigen Bewusstsein. Die Vernunft findet ihren Inhalt in demjenigen, was das Subjekt an Erfahrung und an Erkenntnis sich zu seiner Persönlichkeit gestaltet. Dieses Bewusstsein umfasst, was das Subjekt als Erlebnis auf sich selbst bezieht, aber nicht nur direkt, sondern auch indirekt. Mit dem Leben fällt das Bewusstsein insofern zusammen, als das Leben dem Bewusstsein seinen Inhalt verschafft. In dem Bewusstsein jedes Einzelnen gestaltet sich die Erfahrung zu einem Besondern. Nur durch das Bewusstsein kann sich Erfahrung ausgestalten.

Im Zusammenleben mit andern wird dieser Vorgang sich so vollziehen, dass wir das Leben der andern in unsere Erfahrung aufnehmen, dass wir in ihrer Wesensgleichheit den Grund erkennen, um deren Erfahrung inhaltlich der unseren gleichzusetzen. Doch kann dieser Vorgang nur da sich gestalten und nur so weit, als bei den andern Wesensgleichheit mit uns auch wirklich besteht. Fehlt es hieran, so erwächst schon zwischen verschiedenen menschlichen Rassen oftmals für die Gleichsetzung ein Hemmnis. Für das Verhältnis von Menschen zu Tieren und vollends zu Pflanzen und zur unbelebten, blossen Materie ist sie völlig ausgeschlossen. Es gibt wohl anthropomorphe Anschauungen, in denen solche Übertragungen auf das Verhältnis von Menschen zu Tieren und Pflanzen und auf blossen Stoff durchgeführt werden, allein sie gehören vor das Forum der Poesie und nicht der Wissenschaft.

III. Die Rechtsidee.

§ 4. Dazu kommt zur Kennzeichnung des Rechts als Lebenserscheinung, dass der Wille zum Recht eine besondere Eigenschaft aufweist, die für das Recht wesentlich ist. Der menschliche Wille ist auf gar mancherlei gerichtet, was mit dem Rechte nichts zu tun hat. Er kann auch bekanntlich auf das Unrecht gerichtet sein. Damit er zum Wesen des Rechts gehört, muss er das Recht wollen. Und das menschliche Bewusstsein empfindet es als eine Pflicht, in Gestalt dieses Gebotes das Recht anzuerkennen.

Im Zusammenleben schaffen die Menschen das Recht und erleben es als ein Gebot, es zu wollen und sich darnach zu richten. In ihrem Bewusstsein liegt die Idee des Rechts und verlangt ohne Vorbehalt und notwendig nach Anerkennung. Die Idee des Rechts besteht dabei als eine Form des Bewusstseins, die dem Menschen allgemein und absolut gegeben ist und die konkret in seinen Willenshandlungen zum Ausdruck zu kommen verlangt. Der einzelne unterwirft sich diesem absoluten Gesetz, das ein Gesetz des menschlichen Wollens ist und dem vernünftigen Bewusstsein mit Notwendigkeit entspringt. Die Rechtsidee bestimmt den Willen der Menschen nach dem Recht, und der Wille zum Recht bestimmt die Form und den Inhalt der Ordnung nach der Rechtsidee und schafft aus dem Willensinhalt erst das, was wir das Recht nennen.

Die Idee des Rechts umschliesst dergestalt, genau besehen, zwei Gedanken, von denen der erstere unzweifelhaft absoluten Charakter hat: Das Recht verbindet die an dem Verhältnis beteiligten Personen notwendig, mit der Wirkung, dass sie unter sich verbunden, sei es berechtigt, sei es verpflichtet sind, und es verbindet sie zu einer Ordnung, die richtig sein soll. Das Verhältnis wird also mit rechtlichem Inhalt ausgestaltet, der dem richtigen Recht entspricht. Die Idee verlangt beides ¹⁾. Das richtige Recht selbst hat keinen absoluten Charakter.

Zweites Kapitel.

Die Lebensbestimmung im Recht.

I. Die Gemeinschaft.

§ 5. Zum Wesen des Rechts gehört bei richtiger Erfassung des Verhältnisses, dass, vom Inhalt des Rechts zu

¹⁾ Vgl. *Stammler*, Rechtsphilosophie, S. 206, N. 3: «Die Idee des Rechts ist von absoluter Gültigkeit, die Richtigkeit eines gegebenen positiven Rechts vermag nur objektive Eigenart zu haben. Von einer Verwirklichung der Rechtsidee innerhalb der geschichtlichen Bedingtheiten ist keine Rede.»

unterscheiden, zwischen dem Recht und dem Leben der Menschen eine notwendige Beziehung besteht, die dem Leben und dem Recht in dem Grade eigentümlich ist, dass ohne sie das Recht nicht gedacht werden und nicht bestehen kann. Das Recht und die Ordnung des Zusammenlebens der Menschen sind in ihrem Wesen dasselbe. Dem Menschen ist durch seine Existenz die Bestimmung gegeben, in Gemeinschaft zu leben, und durch die Lebensgemeinschaft ist das Recht postuliert. Recht ist ohne Gemeinschaft nicht denkbar. Recht kann in weitestem Sinne nur darin bestehen, dass der Gemeinschaft Gestalt gegeben wird. Aber auch eine Gemeinschaft ist ohne das Recht nicht denkbar, indem die Vernunft, auf der die Gemeinschaft beruht oder der diese entwächst, die Gemeinschaft durch das Recht ins Leben ruft. Dieses Verhältnis der dem Menschen gegebenen Lebensbeziehung ist mithin, abgesehen von jedem Inhalt, notwendig und absolut.

Die Gemeinschaft als konkrete Erscheinung tritt uns in sehr verschiedener Gestalt entgegen. Sie kann für einen kleinen Kreis bestimmt sein oder ganz allgemein gedacht werden. Sie kann eine Sondergemeinschaft in mannigfaltigster Abstufung der Intensität und des Umfanges darstellen, wie solche aus irgendeinem Grunde sich bilden mag, oder sie wird als «civitas maxima» gedacht, die alle Menschen umfasst. Eine Gemeinschaft besteht immer, und zwar in concreto. Der Mensch ist als alleinstehend im Rechte nicht denkbar. Auch ist die Gemeinschaft nicht einfach die Summe der einzelnen, sondern sie ist für Dinge bestimmt, die über alle die einzelnen hinausgehen und nur als Funktion der Gemeinschaft gedacht werden können. Diese Tatsache ist das Absolute im Rechte der Gemeinschaft, mag die Gemeinschaft für die Erhaltung der Menschen konkret als notwendig erscheinen oder sich für einen willkürlichen Zweck bilden. In beiden Fällen ist sie auf den Willen der Beteiligten gebaut und ohne den Willen nicht zu denken.

Dazu kommt eine wichtige Konsequenz: Wer die Gemeinschaft denkt, denkt damit auch notwendig das Individuum. Denn die Gemeinschaft ist nur eine Gemeinschaft, wenn sie sich aus Individuen zusammensetzt. Wir erhalten also zwei Subjekte, die notwendig in einem Verhältnis zueinander stehen und mithin, unabhängig von jeder konkreten Gestalt, absolute Anerkennung verlangen.

II. Individuen und Kollektivität.

§ 6. Das Verhältnis zwischen den beiden ist unzweifelhaft ein Willensverhältnis. Aber es erschöpft sich nicht in dieser Eigenschaft. Es ist ein notwendiges Verhältnis mit der Notwendigkeit der Gemeinschaft. Es liegen Äusserungen darin, die mit dem Willensband nicht genügend erklärt und begründet sind. Individuen und Gemeinschaften müssen notwendig zur Anerkennung gelangen. Die Gemeinschaften werden von den Individuen geschaffen mit dem Ergebnis, dass sie über die Individuen in ihrer Gesamtheit weit hinausreichen. Das Individuum bildet die Voraussetzung der Gemeinschaft ohne seinen Willen. Der Wille kommt zu dem damit gegebenen Verhältnis hinzu, aber er bildet nicht den Anfang desselben. Deshalb gehört denn auch die Existenz von Individuen und Kollektivitäten zum Wesen des Rechts, und nur die Existenz und Ausgestaltung ihres Verhältnisses in den konkreten Fällen darf zum Inhalt des Rechts gezogen werden ¹⁾. Ihr Bestand ist im Recht mit absoluter Geltung gegeben ²⁾.

In der Gemeinschaft ruhen somit notwendig die beiden Gedanken: Anerkennung der Individualität und Anerkennung der Kollektivität. Infolgedessen haben wir in der Gemeinschaft notwendig eine individualistische und

¹⁾ Vgl. darüber mein «Recht u. Rechtsverwirklichung», S. 103 f., Anmerkungen.

²⁾ Deshalb ist es aber nicht zutreffend, zwei ideale Grundfassungen als Individualismus und Sozialismus einander entgegenseetzen zu wollen. Vgl. *Plenge*, Christentum und Sozialismus, S. 21 f. Die Unterscheidung der Faktoren im Text führt uns darüber hinaus. Vgl. *Stammler*, Rechtsphilosophie, S. 119 f., N. 8.

eine kollektivistische Bewusstseinsrichtung vor uns. In der Verbindung beider Richtungen aber, die notwendig stattfindet, liegt das Ergebnis, das als der *soziale Stand* bezeichnet werden kann und durch das Recht gegeben ist. Der einzelne könnte nicht als Mensch leben ohne diese Verbindung. Wer ohne den «Staat» leben wollte, müsste, nach dem Ausspruch des Aristoteles, entweder tiefer oder höher stehen als der Mensch. Die Gemeinschaft, die Kollektivität, umfasst alle Individuen und bereitet ihnen ein gemeinsames Schicksal, sie ist in dem Sinne nicht sterblich, als immer eine Gemeinschaft vorhanden ist, zu der notwendig Individuen gehören, während das Individuum der Sterblichkeit seinen Tribut zollt, sobald man es für sich allein betrachtet. Die Gemeinschaften als Sondergemeinschaften gehen ebenfalls unter, die Gemeinschaft jedoch als allgemeine Erscheinungsart ist absolut und besteht, solange es Menschen gibt ¹⁾.

¹⁾ Freilich kann und darf man sich das Verhältnis nicht anders als mit einer einheitlichen Grundlage vorstellen, als Ergebnis einer Erfahrung, die zur Ausgestaltung des Bewusstseins führt. Die Seele des Menschen macht sich die Erfahrungen im Laufe des Lebens zu eigen und wird mit dem Bewusstsein einer Ausgestaltung nach verschiedenen typischen Richtungen teilhaftig, die den Menschen während seines ganzen Lebens begleiten und eigenartige Lebensausgestaltungen erzeugen, die sodann im Rechte eine sehr verschiedene Wertung erfahren: die Gestaltung als Individualität, die überall vorherrscht, wo nicht besonderer Grund zu speziellem Gebilde überwiegt, die Gestaltung in der Kollektivität, als Glied der Gemeinschaft, die Herausbildung in irgendeiner Spezialtätigkeit des Wirkens, als Arbeiter in der Technik, der Wissenschaft u. dgl. — Nach welcher Richtung der Einzelmensch sich entfalte, wird durch alle die Faktoren bestimmt, die die Lebensgestaltung überhaupt beeinflussen. Es kann jemand in einer der Richtungen Vorzügliches leisten, während er in der andern eine Null ist und bleibt. Für die Rechtsordnung ergibt sich aus solchen Erscheinungen oft ein recht krauses und schwer zu entwirrendes Gesamtbild, das in den konkreten Verhältnissen zur Erscheinung kommt. Allein man darf darob nicht übersehen, dass die Gestaltung doch nicht schlechtweg auf dem freien verbindenden Willen der Beteiligten ruht, sondern dass die gestaltende Richtung sich aus dem Zu-

III. Der soziale Stand.

Kann man die beiden Richtungen, Individualität und Kollektivität, auseinanderhalten, so ergibt sich aus beiden ein Status, den wir schon oben den sozialen Stand genannt haben. Zum Absoluten im Recht gehört diese Ordnung, weil sie mit Notwendigkeit in irgendeiner konkreten Gestalt immer vorhanden ist ¹⁾.

§ 7. An sich können im Verhältnis der beiden Faktoren (Individualität und Kollektivität) zueinander drei Beziehungen oder Möglichkeiten unterschieden werden.

Der Individualismus kann das vorherrschende Moment sein. Das hat den Vorteil, dass starke Persönlichkeiten geschaffen, aber auch den Nachteil, dass schwächere und vielfach gerade ethisch sehr wertvolle Persönlichkeiten unterdrückt und ausgenützt werden.

Es kann der Kollektivismus überwiegen. Das führt den Vorteil mit sich, dass gemeinsame Ziele gepflegt und verfolgt werden und durch gemeinsames Vorgehen vieles durchgesetzt und erreicht werden kann, was der

sammenwirken der verschiedenartigen Faktoren ergibt. Dabei herrscht für die Ausgestaltung der Rechtsordnung die Unterscheidung zwischen Individualität und Glied der Gemeinschaft vor. In ihr tritt uns die Gestaltung entgegen, die als Realität den Inhalt des Rechts in weitem Umfang beherrscht und deshalb für unsere Betrachtungen eine besondere Bedeutung besitzt. Gerade die Betrachtung dieses Gegensatzes führt uns also über die bedingte Gestaltung der konkreten Verhältnisse hinaus in die Sphäre des Absoluten. Vgl. auch m. Aufsatz «Über soziale Gesinnung», Polit. Jahrb. d. schw. Eidgenossenschaft, Bd. 26, Jahrg. 1912, S. 79, 88 u. a.

¹⁾ Das «soziale Ideal» bezieht sich auf den «sozialen Stand», betrachtet das Verhältnis aber, von dem wir hier sprechen, unter der Funktion der Idee. Wir wollen und sollen in dem «sozialen Stand» uns nicht eine Verbindung ausdenken, sondern ihr als der Idee in unserem Verhalten Gehorsam leisten. Sie ist uns weit mehr als eine Utopie. Über den Gegensatz zu dieser vgl. *Stammler*, Rechtsphilosophie, S. 199, N. 4 u. 5, m. R. u. Rverw., S. 2, 290, u. a. Sodann *Kant*, Kritik der Urteilskraft, § 65.

einzelne nicht erreichen könnte. Der Nachteil aber ist, dass Untüchtige auf Kosten der Tüchtigen mitgeführt werden, oder dass bei denen, die die Vorteile gemeinschaftlicher Einrichtungen genießen, leicht eine gewisse Nachlässigkeit eintritt. So hat man z. B. die Erfahrung gemacht, dass Unversicherte im allgemeinen vorsichtiger sind als Versicherte. Dann kommen ferner bei diesem Überwiegen des Kollektivismus die individuellen Tugenden, wie Freigebigkeit, Hilfsbereitschaft, ja das Gefühl für Pflicht und Verantwortlichkeit leicht in Rückstand.

Die Verbindung von Individualismus und Kollektivismus kann zu einem Ausgleich beider Elemente führen, bis zu einem Punkt, den man als Gleichgewichtslage bezeichnen darf. Dabei gibt es zwei solcher Gleichgewichtszustände. Wir unterscheiden den Fall, wo, sobald das Gleichgewicht einmal gestört ist, es sich nicht wieder herstellt. «*Labitur occulte fallitque volubilis aetas.*» Das lässt sich als das labile Gleichgewicht bezeichnen. In andern Fällen dagegen zeigt es sich, dass die gegebenen Kräfte selbsttätig und möglichst schnell nach der Störung in den Gleichgewichtszustand zurückkehren. Wir haben hier das stabile Gleichgewicht vor uns.

Welche der angeführten Möglichkeiten ist in der menschlichen Gemeinschaft vorhanden? Auf diese Frage kann nur die Antwort gegeben werden, dass nicht ein und dasselbe für alle menschliche Gemeinschaft erwartet werden darf, sondern dass die Ordnung im einzelnen sich nach den Bedingungen und Bedürfnissen richtet, die ja wiederum je nach den Verhältnissen unendlich verschieden sind. Und so können wir einzig sagen, dass das Postulat möglicher Ausgeglichenheit von Individualismus und Kollektivismus für die ganze menschliche Gemeinschaft besteht, und dass hierbei das stabile Gleichgewicht der Idee der richtigen Ordnung am nächsten kommt. Wird bei einer Gemeinschaft mit labilem Gleichgewichtszustand das Verhältnis gestört, so erlebt sie eine Krisis, die selten

mit etwas anderem als mit dem Untergang der bisherigen Ordnung abschliesst ¹⁾).

Die Ordnung des sozialen Standes kann, abgesehen von jeder konkreten Gestaltung, nach dem Willen der an der Gemeinschaft Beteiligten entweder vom individualistischen oder vom kollektivistischen Standpunkt aus getroffen werden, indem die beiden Richtungen im Recht ohne weiteres und von selbst ihre Anerkennung finden und notwendig erfahren müssen. Der einzelne beurteilt die Verhältnisse nach seinem persönlichen Empfinden und seinen Erfahrungen. Er kommt aber zu andern Urteilen, wenn er hierbei nur die Interessen seiner selbst oder überhaupt der einzelnen, als wenn er die Interessen der Gesamtheit zur Grundlage nimmt. Das führt in allen Fällen mit der konkreten Ausgestaltung der rechtlichen Ordnung zum Inhalt des Rechts, wovon wir in anderm Zusammenhang sprechen. Angeführt mag hier nur noch werden, dass die kollektivistische Betrachtungsweise unter Umständen dem Gemeinschaftsgedanken viel stärkern Ausdruck gibt als die Rechtsordnung selbst. Die Aufopferung des Lebens bei der Rettung oder Verteidigung einer Gemeinschaft oder ihrer Glieder mag dafür als Beispiel dienen: Wo die Rechtsordnung dieses Opfer verlangt, haben wir es, wie im Wehrdienst, mit der Äusserung des rechtlich geordneten sozialen Standes zu tun. Der einzelne leistet den Dienst und tut, was von ihm verlangt wird, nicht vom Standpunkt der Moral, sondern des Rechts aus. Der einzelne kann aber auch aus blossen kollektivistischen Empfindungen heraus und ohne jedes Rechtsgebot ein solches Opfer bringen. Er hat damit eine Handlung vollzogen, die das Recht von ihm nicht verlangt. Das Postulat, so und nicht anders zu handeln, entsteht für ihn aus seinen Gemeinschaftsempfindungen heraus, die mithin auch dann und da noch vorhanden und wirksam

¹⁾ Ausführlicher ist von solchen Differenzierungen in m. R. u. Rverw., S. 102 ff., insbesondere 117 ff., die Rede.

sein können, wo die Rechtsordnung stumm ist. Inwiefern dabei die Moral mitspricht, ist eine andere Frage ¹⁾).

Bei Zergliederung des sozialen Standes sind die beiden Faktoren Individualismus und Kollektivismus immer zu finden. Darum eben gehört diese Betrachtung zum Absoluten im Rechte. Aber sie sind bei den einzelnen Gebilden in sehr verschiedener Stärke entwickelt, und eine scharfe Abgrenzung oder Feststellung, wie weit die eine und wie weit die andere Richtung in der Gemeinschaft geht, ist nicht möglich. Das gehört zum relativen, bedingten Recht. Wir können nur die beiden Richtungen an sich feststellen und untersuchen, wie sich der einzelne und wie sich die Gemeinschaft mit ihnen auseinandersetzen. Wir befinden uns in der Gemeinschaft mit andern nach dem treffenden Aussprüche *Kants* in einer geselligen Ungeselligkeit. Der Mensch besitzt nur die Fähigkeit, sich der einen oder andern Richtung in seinem Innern bewusst zu sein, dagegen die Ordnung selbst ist nicht festgefügt. Unter den beiden Faktoren besteht immer ein Kampf, und das Bestreben des einzelnen und der Gemeinschaft muss darauf beschränkt bleiben, diesen Zustand erträglich zu machen. Zu diesem Zwecke werden verschiedene Mittel angewendet: Eine Erträglichkeit des Zustandes kann zunächst einmal dadurch erreicht werden, dass für gewisse Fälle eine Summe von Interessen als gemeinsam anerkannt wird. Ganz kann aber der einzelne niemals in der Gemeinschaft aufgehen, er wird immer eine Persönlichkeit für sich bleiben. Und so gelangt man für andere Fälle zur Abgrenzung einer individuellen Sphäre für den einzelnen, oder es wird aus individualistischen und kollektivistischen Erwägungen heraus geradezu eine Organisation geschaffen, deren Zweck wiederum die Erträglichmachung eines gewissen sozialen Standes bildet. Allein man darf niemals erwarten, dass durch dieses Organisieren der Gemeinschaft die gesellige Ungeselligkeit aufgehoben werde. Der Kampf unter den einzelnen dauert weiter. Und es ist schon ein

¹⁾ Vgl. hierüber m. R. u. Rverw., S. 63, 65 ff.

Grosses erreicht, wenn nur der Streit unter ihnen durch solche Abgrenzungen auf den Rechtsboden gestellt werden kann ¹⁾. Wie das geschieht, mit der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht usw., ist eine Frage der Verhältnisse des einzelnen Falles, worüber hier nur noch bemerkt werden mag, dass, sobald die kollektivistische Betrachtung die Organisation beherrscht, *öffentliches* Recht gegeben sein wird, während bei Vorwalten individualistischer Auffassung das *private* Recht die Grundlage bildet.

Drittes Kapitel.

Die Lebenswertung im Recht.

Um das Bild vom Wesen des Rechts zu vervollständigen, stellen wir die Frage, inwiefern das Leben durch das Recht eine Wertung erfahre. Die Wissenschaft kann das Recht sehr verschieden erfassen, und je nachdem wird das Recht für die Menschen einen verschiedenen Wert erhalten, worauf *Kant* in seiner Kritik der Urteilskraft hingewiesen hat ²⁾. Diese Wertung des Rechts in der Be-

¹⁾ Vgl. m. System u. Geschichte des schw. P. R., Bd. IV, Geschichte des schw. P. R., S. 300, 312 f.: «Glücklich der Staat und die Zeit,» sagten wir dort (S. 300), «wo diese beiden Grundelemente sich zu einer erträglichen Harmonie verbunden haben.»

²⁾ Vgl. *Kants* Werke, Rosenkranz u. Schubert, Bd. VIII. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 64 f.: «Im Reich der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde.» Das erfährt bei *Kant* eine eingehendere Bestimmung, der wir noch folgenden Satz entnehmen: «Was sich auf die allgemeinen menschlichen Neigungen und Bedürfnisse bezieht, hat einen Marktpreis, das, was, auch ohne ein Bedürfnis vorauszusetzen, einem gewissen Geschmacke, d. h. einem Wohlgefallen am blossen zwecklosen Spiel unserer Gemütskräfte, gemäss ist, einen Affektionspreis, das aber, was die Bedingung ausmacht, unter der allein etwas Zweck an sich selbst sein kann, hat nicht bloss einen relativen Wert, d. h. einen Preis, sondern einen innern Wert, d. h. Würde.» Unsere Ausführungen im Text gelangen, ohne diese Unterscheidung abzulehnen, zu einer andern Differenzierung des Wertes.

stimmung für das Leben ist mit der Existenz des Rechts notwendig gegeben und bildet daher ein Absolutes, das in Verbindung mit zwei andern Momenten am Recht erkannt werden kann. Zunächst wird das Recht als gegebene Tatsache, als unmittelbares Erkenntnisobjekt gewürdigt, in zweiter Linie dient es mit anderem der menschlichen Interessenverfolgung, aber, und das ist für das Absolute im Recht das Wesentlichste, in dritter Linie lebt es als Norm in unser aller vernünftigem Bewusstsein. Die Wissenschaft des Rechts geht, wenn sie diese drei Richtungen betrachtet, notwendig über die Betrachtung der konkreten Rechte hinaus und setzt das Recht in Beziehungen zum Willen und zum Sollen der Menschen überhaupt. Die drei leitenden Prinzipien, zu denen die wissenschaftliche Forschung damit gelangt, besitzen für unser Bewusstsein einen sehr verschiedenen Wert. Die erste Betrachtungsweise des Rechts verschafft uns Erkenntnis des Bestehens einer rechtlichen Ordnung, die zweite zeigt uns die Verfolgung der Interessen im Zusammenleben unter dem Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit der Mittel, die den vorhandenen Interessen zu dienen vermögen, die dritte aber würdigt die Bestimmung unseres Verhaltens durch das Recht ¹⁾.

I. Das kognitive Prinzip.

§ 8. Unter dem kognitiven Prinzip bleiben wir bei der naturalistischen Erkenntnis des Rechtes stehen und gelangen damit zur Grundlage für die wissenschaftliche Erforschung des Tatsächlichen. Der Lebenswert des Rechts liegt hier in dem Erfordernis unbedingter Übereinstimmung zwischen dem als erkannt Dargestellten und den gegebenen Tatsachen. Jeder muss aus der Darstellung den wirklich bestehenden Zustand erkennen, und jeder muss sich zu dem, was er als Tatsache erkannt hat, auch bekennen. Wir stehen allgemein und mit Hinsicht auf jede Er-

¹⁾ Über die drei Prinzipien vgl. m. R. u. Rverw., S. 94 ff.

kenntnis unter diesem Postulat der Wahrheit¹⁾. Und die hierüber aufzustellenden Wahrheiten sind unbedingt gegeben oder also von absoluter Bedeutung.

Überlegen wir diese erste Erfassung des Rechts des nähern, so sehen wir, dass sich in diese Erkenntnisart nichts Erdachtes einmischen darf. Das erscheint als sehr selbstverständlich, wird aber doch häufiger, als zu erwarten wäre, namentlich bei geschichtlichen Betrachtungen, übersehen. Des weitern erhalten wir aus diesem blossen Wissen zweifellos eine Grundlage für ein weiteres Wissen und erkennen auch, dass wir ohne diese Kenntnis des Tatsächlichen in der wissenschaftlichen Forschung nicht weiter kommen, indem eine Betrachtung des Rechts ohne solche Grundlagen durchaus phantastisch ist und bleibt. Wenn aber diese Erkenntnis des Rechts als die einzig mögliche wissenschaftliche Erfassung desselben verkündet wird, so trifft dies nur unter der Voraussetzung zu, dass wir beim kognitiven Prinzip stehen bleiben. Und hiermit ist das Recht noch nicht erfasst. Wir verweisen auf folgende drei Sätze:

Unsere Erkenntnis bleibt nicht immer auf derselben Stufe stehen, sondern wir dürfen unzweifelhaft auf eine unbeschränkte Mehrung unseres Wissens rechnen, womit sich dann auch der Kreis des wissenschaftlich Erkannten erweitert.

Wir sind auch berechtigt, nach der kognitiven Betrachtung des Rechts auf dem Wege von Hypothesen eine umfassendere Erkenntnis und Darstellung anzubahnen, indem mit dieser Methode, wie die Naturwissenschaften beweisen, die Lücken der Erkenntnis brauchbar ausgefüllt werden. Es darf also das kognitive Prinzip geradezu als heuristisches Prinzip angesprochen werden, das uns anleitet, den Denkprozess über die gegebenen Tatsachen hinaus zu lenken und damit die Wege zu neuen Möglichkeiten des Erkennens zu eröffnen.

¹⁾ Vgl. darüber *Paul Häberlin*, *Der Gegenstand der Psychologie*, S. 8 f., 20 f., im Verhältnis zum Recht m. R. u. Rverw., S. 160 f., u. a.

Drittens dürfen wir aber ein bloss erhofftes Wissen niemals dem vorhandenen Wissen gleichsetzen, denn sobald solches geschieht, um den engen Kreis zu erweitern, fällt die Forschung aus dem Rahmen der rein kognitiven Betrachtungsweise heraus.

II. Das agitative Prinzip.

§ 9. Das agitative Prinzip hat es mit dem Wollen der Menschen zu tun, und zwar nicht als blosser Tatsache, sondern als zweckverfolgender Kraft, die uns in den Handlungen der Menschen entgegentritt. Durch das Wollen verfolgen die Menschen ihre Interessen, sie wählen für die Interessenverfolgung die geeigneten Mittel aus, wie sie ihnen ihre Kenntnisse und Erfahrungen an die Hand geben, wobei man beobachten kann, dass zwar gewöhnlich die Mittel zur Erreichung eines ganz bestimmten Zweckes ausgewählt und angewandt werden, sich also nach dem gesetzten Zwecke bestimmen, dass aber oft in gewissem Umfang der Zweck erst durch die vorhandenen Mittel bestimmt wird. An eine Verbindung zwischen Zweck und Mittel kann freilich auch bei natürlichen Erscheinungen gedacht werden. Allein bei der Würdigung des menschlichen Bewusstseins sind wir auf diese Betrachtungsweise angewiesen. Und wir gelangen damit, wenn auch nicht zur Wertung des Rechts, so doch zu der weitem Erkenntnis, dass das Recht nicht ohne Zweckverfolgung gedacht werden kann, was auch nur insoweit richtig ist, als eine Zweckverfolgung den Gegenstand der rechtlichen Ordnung bildet¹⁾. Allein wir vermögen gleichwohl dieser weitem Erkenntnis den eigentlichen Lebenswert des Rechts noch nicht zu entnehmen. In der Zweckverfolgung liegt noch nicht das eigentlich Charakteristische des Rechts, vielmehr ergibt sich uns dieses erst aus dem dritten Prinzip. Die Zweckverfolgung hat eben ein viel umfassenderes Betätigungsfeld als das Recht. Es gibt gar viele Dinge, die von den Menschen erstrebt werden, ohne dass das Recht

¹⁾ Vgl. m. R. u. Rverw., S. 97 f.

an ihnen ein Interesse hätte. Es gibt bekanntlich auch Zweckverfolgungen, denen gegenüber sich das Recht trotz aller höchst zweckmässigen Einrichtungen und Ausgestaltungen geradezu ablehnend verhält¹⁾.

III. Das regulative Prinzip.

§ 10. Das regulative Prinzip lehrt uns, dass wir in unserer Vernunft nicht nur die Gabe besitzen, zweckmässige Mittel zu wählen, sondern zugleich auch die Fähigkeit haben, in der Zwecksetzung und in der Wahl der Mittel eine Regulierung vorzunehmen. Wir vermögen in der Zweckverfolgung ein Sollen anzuerkennen und werden zu dessen Befolgung durch unser vernünftiges Bewusstsein angehalten. Aus allem dem, was uns entgegentritt, sollen wir das wählen, was recht ist, und wir sollen es so vollführen, wie es recht ist. Wir sollen nur dergestalt und insoweit unsere Zwecke verfolgen, als es mit dem Rechte verträglich ist. Das schliesst nicht aus, dass die Funktion des regulativen Prinzips auch *initiativ* gedacht werden kann, indem es uns antreibt, das Rechte zu wollen und zu vollbringen. In jedem Falle wird man bei der Beurteilung der Handlung eines Menschen immer die Frage aufwerfen dürfen, ob und wie weit eine vorliegende Handlung aus dem regulativen Prinzip oder aus irgendwelchen edlern oder unedlern Motiven der Eigenliebe, aus einem mehr oder weniger reinen Wollen erwachsen sei. Das regulative Prinzip führt in unserem Bewusstsein zur Abgrenzung und Beschränkung der Zweckverfolgung nach dem, was Recht ist. Damit wird erst den Handlungen des Menschen der Wert verliehen, auf den das Recht Anspruch hat: Das Recht soll in der menschlichen Gemeinschaft über alle Interessen gestellt werden und schliesst selbst den obersten Lebenswert in sich.

¹⁾ In betreff der ausserordentlichen Vielgestaltigkeit der Interessen, die im rechtlichen Leben vorkommen, sei hier auf m. R. u. Rverw., S. 31 ff., 242 ff., u. auf *Stammler*, Rechtsphilosophie, S. 128 ff., §§ 60, 62, Anm. 1, u. a. verwiesen.

Nicht im Wissen und nicht in der Zweckverfolgung liegt mithin der absolut im Recht gegebene Lebenswert, sondern in dem unter jeder konkreten Rechtsordnung mit Notwendigkeit gegebenen Gebot der Rechtsbefolgung. Zunächst wird immer das regulative Prinzip sich darin äussern, dass der Mensch einzelne Handlungen nach dem Massstab des Rechts abwägt. Die Entscheidung wird also zunächst nur für den einzelnen Fall mächtig und äussert sich auch derart scheinbar nur je in konkreten Fällen. Es greift aber allmählich für die Beurteilung der einzelnen Fälle eine Verallgemeinerung Platz, die über alle Kasuistik bis zu dem Grade ansteigen kann, dass aus der übereinstimmenden Beurteilung der Einzelfälle schliesslich die eine und andere allgemeine, abstrakte Regel gewonnen wird. Eine solche abstrakte Regel, die bestimmt, was der Mensch in sein Wollen überhaupt aufnehmen soll oder darf, nennen wir eine *Norm*. Es ergeben sich also auf Grund des regulativen Prinzips Normen, in deren abstrakten Sätzen das regulative Prinzip zum Ausdruck kommt. Eine solche Objektivierung der Beurteilung einzelner Handlungen in abstrakten Geboten und Verboten macht sodann das eigentlich charakteristische Merkmal des Rechtes aus. Darin kommt dann das regulative Prinzip vor allem erkennbar zum Ausdruck. Darin aber begründet sich dann auch der Wert des Rechts, als Lebenswert, der nur durch das Recht gegeben werden kann. Die Freude am Recht beruht auf dem ihm innewohnenden regulativen Prinzip. «Es herrsche Gerechtigkeit, die Schelme in der Welt mögen auch insgesamt darüber zugrunde gehen.»

Ob das Richtige dabei getan wird infolge der Bindung durch das Ethos, oder aus Gehorsam gegen die äussere verbindliche Ordnung, oder aus Willkür, ist für die Erfüllung des Rechts ohne wesentliche Bedeutung, wenn die Erfüllung nur stattfindet. Für das Leben des Rechts selbst wird freilich eine weiterreichende Wertung, auf

die wir im folgenden Abschnitt zu sprechen kommen, geboten sein ¹⁾.

Endlich sei auch in diesem Zusammenhang auf die Bedeutung hingewiesen, die den drei Prinzipien für die wissenschaftliche Fundierung der Erforschung des Rechts zukommt. Geht man vom kognitiven Prinzip aus, so gelangt man über die Erkenntnis der kausalen Verbindungen im Tatsächlichen nicht hinaus und pflegt das konkrete Recht in irgendeiner der vielgestaltigen Behandlungsarten. Bewegt man sich auf den Grundlagen des regulativen Prinzips, so wird man zur Rechtsphilosophie geführt. Und die Arbeit auf dem Boden des agitativen Prinzips schafft eine Wissenschaft des Zweckmässigen, die als Politik bezeichnet werden kann, und zwar je nach dem Gebiet, auf dem sie sich bewegt, als Gesetzgebungspolitik, Staatspolitik, Verwaltungspolitik, Strafrechtspolitik usw. Damit gelangen wir zu einer deutlichen Unterscheidung der Politik von der Rechtsphilosophie und sichern dieser neben jener ein wissenschaftliches Betätigungsgebiet.

¹⁾ «Die Gerechtigkeit hört auf, eine zu sein, wenn sie sich für irgendeinen Preis weggibt.» Vgl. *Kant*, a. a. O., Allgemeine Rechtslehre, vom Straf- und Begnadigungsrecht, Bd. IX, S. 181, wo wir auch lesen: «Wenn die Gerechtigkeit untergeht, hat es keinen Wert mehr, dass Menschen auf Erden leben.»

Zweiter Teil.

Der Inhalt des Rechts.

Wir handeln in diesem Teil vom Inhalt des Rechts nicht im Sinne des Inhalts konkreter Rechtsordnungen. Mit diesem hat das im Rechte liegende Absolute direkt nichts zu schaffen. Was wir hier verfolgen, das sind die Fragen nach den Faktoren, die den Inhalt eines jeden Rechts bestimmen und mithin über die Schaffung eines Inhaltes oder über die Aufgaben eines jeden Rechtes uns die wünschenswerte Aufklärung verschaffen. Vom Inhalt des Rechts sprechen wir hier also nur in dem Sinne, dass wir das absolute Recht in seinem Verhältnis zum konkreten Inhalt, der selbstverständlich immer vorhanden und auch stets irgendwie möglich ist, betrachten. Oder wir behandeln vom Recht nur dasjenige, was stets in ihm vorhanden und für seine Existenz notwendig ist, und zwar in systematischer Gliederung.

Nach dem, was wir angeführt haben, will das Recht bestimmen, in welcher Ordnung die Menschen in ihrer Gemeinschaft leben sollen, in der Gestalt, dass die Menschen dieses Verhalten als ihre Pflicht anerkennen. Die Erfahrungen, die wir im Leben machen, zeigen uns einerseits, was tatsächlich in dem Zusammenleben getan wird. Der Inhalt des Rechts aber wird andererseits gewonnen aus der Betrachtung dieser gegebenen Verhältnisse unter dem Gesichtspunkt dessen, was getan werden soll. Was wir tun, soll dem Rechte entsprechen, soll gerecht sein. Daraus entsteht für die Menschen ausnahmslos eine Willensbindung, die der Verpflichtung zur menschlichen Gemeinschaft gleichkommt. Würden wir nach unsern körperlichen Eigenschaften mit Notwendigkeit zu einer bestimmten Ordnung in konkretem Sinne verbunden sein, so wäre die Gemeinschaftsordnung schlechtweg und von Natur

in notwendiger Gestalt gegeben ¹⁾. Da nun diese Voraussetzung aber weder körperlich noch psychisch allgemein zutrifft, vielmehr, auch bei Schaffung der Gemeinschaftsordnung nach den menschlichen Anlagen, die Begründung aller konkreten Gemeinschaftsverhältnisse dem Willen der Verbundenen entspringt, also auf dem Willen beruht, so erklärt sich die Ordnung aus einer Bindung dieses Willens und kann nur in diesem Sinne als menschliche Handlung anerkannt werden.

Fassen wir diese Willensbindung in erster Linie ins Auge. Der Inhalt des Rechts wird damit, abgesehen von allem konkreten Dasein, absolut festgelegt. Es gibt kein Recht, das nicht, bei aller Verschiedenheit des Gebundenseins, solche Bindung des Willens aufweisen würde, und was wir darüber wissenschaftlich feststellen können, gehört zum Absoluten im Recht.

Erstes Kapitel.

Die Willensbindung.

I. Die richtige Ordnung.

§ 11. Der Mensch «unterscheidet, wählet und richtet» (Goethe) ²⁾. Das regulative Prinzip (§ 10) befiehlt den Menschen, sich in ihren Handlungen nach dem Rechten zu richten. Was bei den einzelnen Handlungen in concreto derart geschieht, wird auch bei der Aufstellung von generellen Vorschriften in abstracto beobachtet. Die Vorschriften, die wir aufstellen, sind konkret oder abstrakt auf das Richtige gerichtet. Sie haben nach dem regulativen Prinzip die Idee des Rechts (§ 4) zum Ziel. Das ist

¹⁾ Nach dem kritischen Bilde *Voltaires*: Die einen Menschen wären mit Sätteln auf dem Rücken und die andern mit Sporen an den Fersen geboren.

²⁾ Betr. die Grundlage für dieses Wählen und Richten, mit der Hervorhebung des Postulates der Wahrheit, s. *Paul Häberlin*, «Der Gegenstand der Psychologie», S. 6 ff. Vgl. § 8, oben, S. 19, u. § 22.

ein Verhältnis, das in der Ordnung des Rechts allgemein Geltung hat und absolut besteht. Allein es bedarf der nähern Aufklärung.

Dass dieses Richten für den einzelnen Fall, also kasuistisch oder durch Aufstellung abstrakter Regeln stattfindet, ist bereits hervorgehoben.

Sodann ist es ebenso sicher, dass, was wir nach der Idee richten, sobald es äusserlich gestaltet ist, wieder der gleichen Prüfung, Auswahl und Entscheidung nach dem Richtigen unterliegt, d. h. sobald eine richtige Ordnung getroffen ist, steht sie selber wieder unter der gleichen Prüfung, vermöge welcher eine beabsichtigte Handlung daraufhin untersucht wird, ob sie dem von der Vernunft Geforderten entspreche. Das ist ein Vorgang im Leben, der sich als solcher lebendig vollzieht und werdende Handlungen nach der Idee bestimmt. Es ist denn auch durchaus nicht alles, was subjektiv als gut erachtet wird, objektiv als gut anzuerkennen. Wie es bei den zweckmässigen Handlungen einen objektiven Grund gibt, den wir gemäss unserer Vernunft zu erfassen versuchen und vermögen, so gibt es auch in der Idee ein Richtiges, dem wir so nahe als möglich zu kommen bestrebt sind.

Daraus gewinnen wir die Einsicht, dass das Richtige nicht eine objektiv bestehende Ordnung ist, ein System, das dem faktisch vorhandenen Recht zur Seite oder gegenübergestellt werden könnte. Wer dieses Richtige als ein in Gedanken vorhandenes, irgendwie konkretisiertes Ganzes auffasst, der hat die Bedeutung der Idee nicht begriffen. Das Richtige besteht nur als Idee und kann deshalb auch nur in dem Sinne zur Prüfung der konkreten Erscheinungen verwendet werden, dass es der Kritik dient, ohne dass es irgendeinmal auch wirklich als objektiv Richtiges in concreto bestände ¹⁾.

¹⁾ Dasselbe muss von der *Billigkeit* gesagt werden. Obgleich vielfach die Auffassung angetroffen wird, Billigkeit bedeute die Kreierung eines Ordnungsstoffes, der dem Recht im eigentlichen Sinn gegenübergestellt werden müsste und als ein Absolutes an-

Die Regeln, die hier zum Ausdruck kommen, sind nicht als absolut zu beanspruchen. Und auch das Prinzip, auf dem diese Funktion des richtigen Rechts beruht, darf nicht als absolut bezeichnet werden, denn es ist bedingt von den Umständen, unter denen das konkrete Recht zur Anwendung gelangt. Mithin gehört das richtige Recht zum bedingten Recht und ist nicht absoluten Charakters ¹⁾.

II. Ethos und Recht.

§ 12. Im Rahmen des richtigen Handelns treten uns zwei Arten der Willensbindung entgegen, die beide weit davon entfernt sind, in ihrem gegenseitigen Verhältnis abgeklärt zu sein. Man darf es für verhängnisvoll erklären, wenn infolge dieser andauernden Kontroverse namentlich gelehrt wird, sie ständen beide unabhängig nebeneinander, und insbesondere das Recht habe mit dem Sittengesetz nichts zu tun. Eine solche Auffassung ist schon deshalb falsch, weil das Recht überall hinreicht, also nicht einen rechtlosen Raum offen lässt und mithin für das Sittengesetz Grenzen aufstellen muss, was dem Rechte unmöglich die Ignorierung der Sittlichkeit gestattet. Wir halten daran fest, dass es eine Idee des Guten und eine Idee des zuerkennen wäre, das für die Rechtserfüllung unter jeder Rechtsordnung in irgendeiner Art bestehen würde. Es kann sich aber auch bei den Billigkeitsregeln nur um Rechtsvorschriften handeln, die unter gewissen Voraussetzungen zur Anwendung gelangen. Trifft dies zu, so ist die Billigkeit nichts Absolutes, sondern teilt den Charakter der bedingten Ordnung mit dem Recht, obgleich sie dieses nach dem Sprichwort allgemein «bemeistert». Vgl. aus der neuesten Literatur namentlich *M. Rümelin*, Die Billigkeit insbes. S. 39, 47. Auch die Gnade (*Stammler*, Rechtsphilosophie, S. 310 ff.) und das «Richten nach Gnade», das in frühern Perioden unserer Rechtsentwicklung namentlich in Strafsachen vielfach stattgefunden hat, erfahren in dieser Verbindung eine willkommene Abklärung.

¹⁾ Über das Verhältnis des richtigen Rechts zum sozialen Ideal, vgl. *Stammler*, Rechtsphilosophie, S. 206 f. Richtiges Recht ist nicht vollkommenes Recht, sondern, am Ideal geprüft, ein unvollkommenes Recht, vgl. § 4.

Gerechten gibt, und dass beide Ideen auf dasselbe gerichtet sind, nämlich auf das richtige Verhalten in der menschlichen Gemeinschaft. Aber es besteht zwischen den beiden doch eine grosse Verschiedenheit, die sich darin äussert, dass das Gerechte, das Recht, zwangsweise durchgeführt wird, das Gute aber nicht. Und diese Verschiedenheit ergibt sich aus einer andern Art der Willensbildung bei der Sittlichkeit als beim Recht. Man darf hier folgendermassen unterscheiden:

Das Ethos verpflichtet und bindet die Einzelnen, während das Recht auf die Gemeinschaft abzielt. Die Bindung der Einzelnen darf zwar im Ethos nicht so aufgefasst werden, als werde nicht auch das Verhältnis der Einzelnen untereinander, also die Gemeinschaft, davon betroffen. Aber das Verhältnis zu den Andern wird beim Ethos von einem andern Standpunkte aus beurteilt als beim Recht. Die Bindung erfolgt beim Sittengesetz aus der Selbstachtung, die jeder sich selber schuldet, die die Persönlichkeit im moralischen Sinne ausmacht. Der Einzelne soll so gesinnt sein, wie es der Moral entspricht. In der selbstgewollten, ja selbstverständlichen Befolgung ethischer Gebote kommt die Gesinnung zum Ausdruck.

Die Idee des Rechts dagegen richtet sich an die Gesamtheit, sie geht von der Gemeinschaft der Individuen aus. Der Einzelne steht hier unter dem Gebot der Gemeinschaft, und unter diesem Gebot soll objektiv das Rechte in der Gemeinschaft hergestellt werden. Auf die Gesinnung, in der etwas geschieht, kommt es hier wesentlich nicht an, sondern nur auf die objektive Verwirklichung dessen, was das Recht vorschreibt.

Wenn wir diesen Gegensatz weiter verfolgen, so gelangen wir zu der Anerkennung eines dritten Satzes, wonach wir beim Ethos an einen Zwang zum richtigen Verhalten in der Gemeinschaft gar nicht denken dürfen. Denn dem Zwang zu folgen und durch ihn bestimmt zu werden, wäre überhaupt kein ethisches Verhalten mehr. Der Zwang ist nicht ethisch, ja er ist mit der Moral gar nicht

verträglich. Beim Recht dagegen haben wir die Notwendigkeit, ja die Selbstverständlichkeit des Zwanges vor uns.

Aus diesen drei Sätzen gewinnen wir nun folgende Aufklärungen:

Zunächst sei noch einmal betont, dass sowohl das Ethos wie das Recht auf das Verhalten der Menschen unter sich, also auf den gleichen Gegenstand gerichtet sind. Sie unterscheiden sich aber dadurch voneinander, dass sie diesen Gegenstand von verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachten und beurteilen. Erinnern wir uns daran, wie das agitative Prinzip Interessen schafft, denen der Wille auch in der Gemeinschaft zugewandt ist, so erhalten wir darin für Recht und Moral die gleichen Tatbestände, denen gegenüber Recht und Ethos dasselbe hohe Ziel verfolgen, die Willensbildung in Gestalt der Einschränkung und Beherrschung des Willens in der Interessenverfolgung. Im übrigen bezweckt das Recht das Gute ebenso, wie das von der Moral gesagt werden muss.

Dabei will das Ethos das Gute dadurch verwirklichen, dass es auf die Gesinnung des Einzelnen greift. Eine Handlung hat für die moralische Beurteilung keinen Wert, wenn sie nicht aus der Gesinnung kommt. Das Recht dagegen begnügt sich mit der objektiv richtigen Ordnung der Gemeinschaft. Mit der Realisierung dieser Ordnung ist dem Recht Genüge getan.

Das Recht verlangt im weitem nach einem gerecht geordneten Zustand, der von der Gesinnung losgelöst sein darf. Daher ist beim Recht ein Zwang zulässig, während er beim Ethos ausgeschlossen bleibt. Ethos und Moral stehen allerdings auch zum Zwang in enger Beziehung. Die Gewalt, die hier namentlich in Sitte und Brauch von der Gesinnung anderer auf den einzelnen Menschen ausgeübt wird, ist, wie schon oft hervorgehoben, leicht stärker und drückender als jeder Rechtszwang. Aber dieser Sittenzwang ist objektiv etwas ganz anderes als der Zwang des Rechts¹⁾.

¹⁾ Die Stellung *Kants* zu der Frage des Nebeneinanderbestehens von Ethos und Recht erzeigt sich aus seinen «Metaphysischen

Das Recht setzt und verfolgt also, so sagen wir, dieselben Gebote, wie das Ethos, aber es sucht sie nicht bloss mit der Gesinnung, sondern mit objektivem Zwange durchzuführen. Der Inhalt des Gebotes ist zwar in Ethos und Recht an sich derselbe, allein, sobald der Zwang hinzutritt, wird das Gebot einer Veränderung unterworfen. Man hat denn auch schon gesagt, das Recht sei nichts anderes als Moral plus Zwang. Allein diese Auffassung harmoniert nicht mit der unsrigen und vermag die faktischen Erscheinungen nicht zu erklären. Vielmehr wird durch den Zwang die Ordnung auf andere Geleise gelenkt, und der Wille wird, wenn auch zum gleichen Zweck, so doch auf ganz andere Weise gebunden.

Hält man sich diese Beziehungen an einem für das Gemeinschaftsleben aufgestellten Satz, z. B. an dem Gebot: «Du sollst nicht lügen», vor Augen, so besteht einmal ein Verhältnis zu dieser Norm dergestalt, dass das Gebot vom Einzelnen um der Selbstachtung willen gehalten wird, mithin als reines Sittengesetz. Ein anständiger Mensch lügt nicht. Als Rechtsgebot kann es aber aufgestellt und mit dem Zwang verbunden sein, wie das uns in der Zeugnispflicht und in den Manifestationsgeboten deutlich entgegentritt. Aus welchen Motiven das Rechtsgebot befolgt wird, ist dem Rechte insofern gleichgültig, als es sich mit der Befolgung der Anordnung zufrieden gibt

Anfangsgründen der Rechtslehre», Ausg. Rosenkranz u. Schubert v. Kants Werken, Bd. IX, und führt entgegen der Meinung Anderer (vgl. W. Burckhardt, i. Schweiz. Ztschr. f. Strafr., 1922, Bd. 35, S. 234 f.) zu dem Ergebnis, dass die Begründung einer ethischen Pflicht keine Rechtspflicht, wohl aber die Begründung einer Rechtspflicht die einer ethischen mit sich führe (vgl. m. R. u. Rverw., S. 73). Wir lesen bei *Kant*, a. a. S. 20: «Rechtslehre und Tugendlehre unterscheiden sich also nicht sowohl durch ihre verschiedenen Pflichten, als vielmehr durch die Verschiedenheit der Gesetzgebung, welche die eine oder die andere Triebfeder mit dem Gesetze verbindet.» S. 21: «So gibt es zwar viele direkt ethische Pflichten, aber die innere Gesetzgebung macht auch die übrigen alle und insgesamt zu indirekt ethischen.»

und geben muss. Für unser Empfinden hat das Gebot als Gebot des Sittengesetzes einen ganz andern Charakter denn als Rechtsgebot. Dass das Gebot dann noch in dritter Bedeutung in der Gestalt der Sitte auftritt, daran sei hier nur kurz erinnert. Hier löst sich das Gebot unter Umständen eigenmächtig von Ethos und Recht los und wird geradezu in der Gestalt der «konventionellen Lüge» in das Gegenteil verwandelt ¹⁾.

Aus dem Entwickelten ergibt sich, dass zwischen Moral und Recht sicherlich ein Gegensatz auftreten kann. Mit dem Hinzutreten des Zwanges ist ja allein schon ein solcher Gegensatz gegeben, der aber sich innerlich aus der verschiedenen Betrachtung der Gemeinschaftsordnung erklärt und rechtfertigt. Wir unterscheiden hier folgende Fälle:

Auf weitestem Gebiete ist die Einschränkung der Menschen durch Recht und Ethos dieselbe, und das Sittengesetz fällt mit dem Inhalt des Rechtsgebotes in eins zusammen ²⁾. In andern Gebieten ist das Recht gegenüber einem ethischen Gebot scheinbar gleichgültig. Es lehnt die rechtliche Ordnung auf dem fraglichen Gebiete ab, weil es die Freiheit von rechtlicher Einschränkung gerade hier für richtiger erachtet, vielleicht auch, weil die zwangsweise Durchführung eines Rechtsgebotes in der Sache für tatsächlich ausgeschlossen zu betrachten ist. Recht und Moral kollidieren hier insofern nicht, als das Recht die Freiheit anerkennt und hochhält, damit aber doch auch einem ethischen Gedanken mittelbar Ausdruck gibt. Das freie Gewährenlassen bildet hier den Inhalt der Rechtsordnung, so dass der Einzelne nicht mehr unter dem Zwange des Rechts, wohl aber unter dem Sittengebot steht. Recht und Moral kollidieren hier insofern, als das Recht die Freiheit und damit einen ethischen Gedanken

¹⁾ Vgl. m. R. u. Rverw., S. 213, 40 f., wo hiervon unter anderm Gesichtspunkt näher gehandelt wird.

²⁾ Vgl. z. B. ganz allgemein *Sohm*, Weltliches u. geistliches Recht, S. 14, «Recht ist sittlich notwendige Gemeinschaftsordnung».

verwirklicht. Woraus sich aber auch gleichzeitig die Möglichkeit ihrer Vereinigung ergibt, indem sich, sobald das Recht kein Gebot aufstellt, auf die Freiheit als eine ethisch zu billigende Ordnung schliessen lässt ¹⁾.

Ganz anderer Natur sind die Fälle, wo das Recht ein Gebot aufstellt und ausführt, das deshalb zur Moral im stärksten Widerspruch steht, weil das Recht durch arglistige Täuschung oder aus Irrtum auf eine falsche Bahn gelenkt worden ist. Die Rechtssetzung selbst ist in diesem Falle falsch und läuft schon infolgedessen auch der Moral entgegen. Zugleich aber steht — denken wir z. B. an ein falsches Gerichtsurteil, das rechtskräftig wird — die Rechtsordnung auch zu dem Recht selbst in Gegensatz, und die Nichtverfolgung eines solchen Gebotes entspricht der Idee des Rechts mehr als seine Befolgung. Die Rechtsordnung postuliert rechtliche Hilfe und nicht bloss moralische, um zum Rechten sehen zu können.

Endlich stellt das Recht in gewissen Fällen Gebote auf, die der äussern Ordnung, der Sicherheit und dem Frieden der Gemeinschaft dienen, die ihrem Inhalte nach mit der Moral in Gegensatz treten können, aber aus einer Überlegung gerechtfertigt sind, die auch vom Ethos anerkannt wird. Jede Ordnung des Rechts ist zur Anwendung durch die Gemeinschaft bestimmt. Die Rechtssicherheit verlangt die Anerkennung dieser Ordnung auch dann, wenn sie mit der Moral nicht in Einklang gebracht werden kann. Der einzelne muss in solchen Fällen seine Stellung, die er als Persönlichkeit in der Gemeinschaft behaupten will, dieser äussern Ordnung, der Sicherheit und dem Frieden der Gemeinschaft, zum Opfer bringen. So verlangt z. B. der Wehrdienst zum Schutze und zur Sicherheit der Gemeinschaft den Waffengebrauch, und der Einzelne

¹⁾ Damit wird selbstverständlich nicht eine Regel des Sittengesetzes als durch das Recht aufgestellt angenommen, sondern die Grundlage für das Nebeneinanderbestehen von Recht und sittlicher Regel geschaffen. Vgl. *W. Burckhardt* i. d. Schweiz. Ztschr. f. Strafr., a. a. O., S. 234 f. Separatausg., S. 6, Anm. 1.

kann sich von diesem Gebot nicht freimachen, ohne damit die Gemeinschaft zu beeinträchtigen. Man wird es in solchen Fällen nicht ablehnen können, dass die Anordnung des Rechts zur Wahrung der äussern Ordnung sich auch als moralisches Gebot für jeden Einzelnen qualifiziert. Der Einzelne mag es wünschen und anstreben, die Ordnung des Rechts so zu verändern, dass sie möglichst seinem ethischen Empfinden angepasst wird. Solange das aber nicht erfolgt ist, wird das rechtliche Gebot durch das ethische für ihn nicht aufgehoben. Wir erachten es denn auch als eines der wichtigsten Postulate, unter dem die Rechtsordnung steht, dass sie nach Möglichkeit mit dem ethischen Empfinden übereinstimmen und Schritt halten soll ¹⁾.

III. Kraft und Umfang der Bindung.

§ 13. Das Recht verlangt, dass der Inhalt der Gemeinschaftsordnung gemäss der Rechtsidee bestimmt werde. Von diesem Grundsatz müssen wir ausgehen, um den Zwang, durch den sich das Recht in der Gemeinschaft verwirklicht, zu rechtfertigen. Wenn nun aber die Bindung im Recht mit derjenigen im Ethos wesentlich identisch ist, wo doch der Zwang abgelehnt wird, wie denn ist dieses Verhältnis mit dem Ethos in Einklang zu bringen? Darüber wollen wir folgendes feststellen:

Die Bindung, die von dem Recht ausgeht, ergibt sich aus dem Postulat, dass wir in Gemeinschaft leben, und dass wir in der Gemeinschaft richtig leben sollen. Allein dieses richtige Verhalten in der Gemeinschaft kann verschieden gedacht werden. Es lassen sich drei typische Auffassungen unterscheiden:

Nach einer ersten Auffassung ergibt sich das Postulat des Zwanges aus der Natur der einzelnen Menschen. Die Natur der Individuen enthält selber das Richtige und äussert sich mit einer zwingenden Gewalt. Der Einzelne soll seiner Natur gemäss als in der Gemeinschaft stehend

¹⁾ Vgl. unten S. 39, Anm. 1.

anerkannt werden, und was er als sein Recht fordert, das vermag er auch mit Gewalt zu erzwingen.

Nach einer zweiten Auffassung geht diese Gewalt nicht vom Einzelnen, sondern von der Gemeinschaft aus, und dieser hat sich der Einzelne unbedingt zu fügen.

Nach einer dritten Auffassung ist die Gewalt der Gemeinschaft mit der Freiheit des Individuums in dem Sinne in Verbindung zu bringen, dass dem an sich freien Individuum durch die Gemeinschaft gewisse Einschränkungen zwangsweise auferlegt werden.

Keine dieser drei Auffassungen ist befriedigend, denn sie lassen alle ein Hauptmoment ausser acht, den Intellekt der einzelnen Individuen, die die Gemeinschaft bilden.

Tatsächlich ist die richtige Ordnung in der Gemeinschaft niemals vorhanden, sondern sie besteht nur in der Idee, und zwar in der Idee, wie sie jeder einzelne versteht. Mit der tatsächlich vorhandenen Ordnung befindet sich diese Rechtsidee niemals völlig in Einklang. Wenn dieser Einklang wirklich bestände, so könnte freilich die Idee genügen, um die Ordnung und den Frieden in der Gemeinschaft aufrechtzuerhalten. Von Gehorsam zu reden wäre unnötig, da ja auch die Gebote überflüssig sein würden. Dem ist nun aber nicht so, wie wir alle wissen, und wir dürfen nicht einmal sagen «leider». Denn die Idee von dem, was Recht sein soll, ist in jedem einzelnen Individuum mit Hinsicht auf die konkreten Tatbestände anders gestaltet. So sehr man sich bemüht, die konkrete Ordnung nach der Idee des Rechts zu schaffen, sie ist immer der Kritik ausgesetzt, weil sie eben niemals mit der Rechtsidee Aller übereinstimmt. Und doch müssen wir immerdar eine Ordnung der Gemeinschaft haben, und eine Ordnung ohne Recht lässt sich nicht denken. Wir müssen uns deshalb darüber klar sein, dass dasjenige, was nach der Rechtsidee aufgestellt wird, wiederum der Kritik durch die Rechtsidee unterliegt, ja diese geradezu herausfordert. Aber es muss dennoch um der Rechtsicherheit, um des Vertrauens Aller gegen Alle willen eine

solche Ordnung bestehen, und dieser Zweck genügt auch, um sie zu rechtfertigen, so unvollkommen sie an sich auch sein mag. Der Gehorsam ist geboten, damit das Postulat des richtigen Lebens in der Gemeinschaft überhaupt erfüllt werden kann, soweit nach den Verhältnissen die Erfüllung überhaupt möglich ist ¹⁾.

Man kann sich hierbei fragen, ob das Bestehen einer solchen Ordnung nicht mit dem Bestehen der Gemeinschaft an sich zusammenfalle. Allein das darf nicht ohne weiteres bejaht werden. Mit der Gemeinschaft ist zwar zugleich auch das Recht gegeben, nicht aber die anwendbare Rechtsordnung. Damit das Recht anwendbar werde, muss erst eine Prägung gültiger Rechtssätze stattfinden. Mit dem Bestreben einer Gemeinschaft ist also die Anerkennung des Rechts in abstracto und als a priori gegeben und dauernd vorhanden, zugleich aber auch das Postulat einer konkreten Ordnung, einer Konkretisierung des Rechts gegeben. Wie ist nun eine solche Rechtssetzung angesichts des dauernd vorhandenen Rechts zu denken? Wir müssen zur Beantwortung dieser Frage von dem Verhältnis zwischen Recht und Gemeinschaft überhaupt ausgehen, und dürfen hierbei wiederum nicht bei der naturalistischen Betrachtungsweise stehen bleiben. Die Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis von Ursache und Wirkung würde uns in den *circulus vitiosus* versetzen: Das Recht entspringt der Gemeinschaft, die Gemeinschaft entspringt dem Recht.

¹⁾ Diese, von *Jung* gegebene Rechtfertigung greift hier und in andern Beziehungen durch. Siehe *v. Laun*, Eine Theorie vom natürlichen Recht, Archiv d. öffentl. R., Bd. 30, S. 405. «Das positive regelhafte Recht gilt nach *Jung*, weil die Rechtsgenossen sich darauf verlassen, dass es verwirklicht werde.» *Jung* schliesst a. a. O., S. 26, seine Ausführungen mit den Worten: «Die formhaft begründete Entscheidung, die jemand nach der inhaltlich nicht mehr für richtig gehaltenen Regel trifft, ist trotzdem auch billig, d. h. sie ist auch vor dem unmittelbaren Rechtsgefühl des Richters gerechtfertigt, auch wenn er sie ohne das Bestehen der Regel nachweislich inhaltlich anders gefällt hätte.»

Um hierüber hinauszukommen, müssen wir das Verhältnis von Mittel und Zweck heranziehen. Wir erinnern uns hierbei in erster Linie an das schon oben Gesagte (§ 7), dass bei der Gestaltung der Gemeinschaft unter der Rechtsidee bei der Bindung des Willens zwei Richtungen unterschieden werden müssen. Der Ausgang der Betrachtung kann vom Individualbewusstsein oder vom Kollektivbewusstsein hergenommen werden. Eine Betrachtung, die vom Individualbewusstsein ausgeht, wird in einer jeden Ordnung, die das Leben der Gemeinschaft regelt, einen schwer erträglichen Zwang empfinden und wird immer volle Freiheit für das Individuum fordern (eine der Quellen des Anarchismus). Bei der Betrachtung vom kollektivistischen Standpunkt aus zeigt sich im Gegenteil die Tendenz, Alles zu ordnen. Es darf nichts der Willkür der einzelnen preisgegeben werden, und die Freiheit des Individuums wird, als der Gemeinschaft widersprechend, so weit als nur möglich durch zwingende Ordnung ersetzt (eine der Quellen des Kommunismus).

Im konkreten Leben kommen aber die beiden Richtungen niemals rein voneinander getrennt vor, und es ist ganz unmöglich, die eine Auffassung durch die andere völlig auszuschliessen. Das Individuum ist immer in irgendeiner Weise gebunden, und die Gemeinschaft kann dem Individuum niemals alle Freiheit nehmen. Wenn man sagt, der Umfang des Rechts bestimme sich nach dem Inhalt der Gemeinschaft, so ist damit wohl der Umfang der rechtlichen Bindung in der Gemeinschaft angedeutet. Die Gebundenheit in der Gemeinschaft geht aber tatsächlich weit über das Recht hinaus, und wird auch, wo das Opfer des Individualismus niemals zwingend gefordert wird, gleichwohl immer wieder mit solchem Opfer freiwillig betätigt (vgl. § 7).

Die Willensbindung durch die Moral schafft eine Gemeinschaft, die wir für die einzelnen als «gut» bezeichnen. Wird man den durch das Recht geschaffenen Zustand

als »gerecht« bezeichnen dürfen? Entspricht die Gerechtigkeit dem durch die Rechtsidee postulierten Zustand?

Die Antwort auf diese Fragen lautet sehr verschieden. Wir können wiederum drei typische Anschauungen unterscheiden:

Die erste Auffassung behauptet: Das konkrete Recht ist von selbst auch das Gerechte. Es gibt kein anderes Gerechtes als das, was als konkretes Recht aufgestellt wird. Diese Antwort lässt uns in einer wichtigen Frage im Stich, sie schliesst jede Beurteilung nach der Idee der Gerechtigkeit von vornherein aus. Die Beurteilung findet aber doch statt, denn sie ist mit dem Intellekt der Menschen gegeben. Wir treffen diese erste Antwort namentlich in den Ausführungen, wonach das Recht einfach bestimmt wird durch die Gewalt, eine Auffassung, die in neuester Zeit wieder mehr und mehr zur Geltung gekommen sein will. Durch diese Lehre des Positivismus wird aber eigentlich das Gerechte abgelehnt, es gibt ja nur Recht und neben dem Recht kein Gerechtes, wie wir es oben bereits als eine verbreitete Lehre gefunden haben.

Bei der zweiten Auffassung finden wir das Gegenteil von der ersten Antwort. Hier gibt es nur Gerechtigkeit und Gerechtes, und dieses wird als Recht anerkannt, weil und soweit es gerecht ist. Allein auch diese Antwort, so edel sie uns vorkommen mag, lässt uns leider in einer wichtigen Frage im Stich. Wonach soll sich bestimmen, was gerecht ist? Es wird häufig geantwortet, das Gerechte bestimme sich nach dem Zweck und nach den Mitteln zur Erreichung des Zweckes, der dem Gerechten dienen soll. Wer setzt denn aber den Zweck, und wonach bestimmt es sich, ob er wirklich der Gerechtigkeit dient? Beruft man sich hier auf das regulative Prinzip (§ 10), so ist damit die Frage nur verschoben und nicht beantwortet, und sowohl das frühere Naturrecht als verschiedene Richtungen aus der jüngsten Zeit zeigen uns deutlich, wohin uns diese Auffassung führt. Wir kommen mit ihr nicht aus, weil

sie die Grundfrage nicht beantwortet, sondern uns statt Antworten Auswege und Verschiebungen darbietet ¹⁾).

Die dritte Antwort ist so zu bestimmen: Richtig ist es, das Gerechte als eine Idee aufzufassen und das Recht nach dieser Idee zu würdigen, allein ebenso klar müssen wir uns darüber sein, dass die Idee selbst als solche nicht konkret gestaltet werden kann. Sie ist und bleibt der leitende Grundgedanke bei der konkreten Gestaltung der Lebensverhältnisse, eine Idee kann stets nur annähernd verwirklicht werden und führt nur zu einem Versuch der Lösung und nicht zur Lösung selber. Man kann sich das vergegenwärtigen, wenn man sich eine gerade Linie denkt. Eine gerade Linie besteht in Wirklichkeit körperlich niemals, sie ist konkret nicht möglich, es werden tatsächlich an einer gegebenen «Geraden» immer Abweichungen vorhanden sein vom gedachten Bilde. Sie existiert eben rein nur als Idee oder als leitender Gedanke. So ist auch das Recht ein Versuch, das Gerechte, die Gerechtigkeit nach der Idee, die wir in unserm Bewusstsein haben, herzustellen. Es wird nach dieser Idee beurteilt, kann aber niemals diese selbst darstellen. Dasselbe gilt für die Idee des Guten in der Moral. Es gibt niemals eine objektive Gebundenheit an eine konkret zu fixierende Moral, indem jede Bindung, wenn sie konkrete Gestalt annimmt, wieder der Beurteilung nach der Idee des Richtigen unterliegt. Wenn es demnach denn auch keine absolute Richtigkeit und keine absolute Moral gibt, so besteht doch die besprochene Macht der Idee absolut ²⁾).

Zweites Kapitel.

Die logische Bindung.

Die Bindung durch die Logik ist für die Erkenntnis und Würdigung des Absoluten im Recht von einer Be-

¹⁾ Vgl. *Burckhardt*, a. a. O. Schw. Ztschr. f. Strafr., Separat-
ausg., S. 1 ff.

²⁾ Das ist namentlich dem Gedanken der Klassenmoral entgegenzuhalten, insoweit damit eine Moral verstanden werden

deutung, die der Bindung des Willens durch die Rechts-idee nicht nachsteht. Aber sie trägt einen ganz andern Charakter als diese. Handelt es sich dort um die Würdigung der Willenshandlungen durch das vernünftige Bewusstsein der Menschen, so wird hier der Wille durch eine formale Gewalt, die in ihm selber besteht, gebunden. Der Wille muss sich in einer gewissen Form betätigen, ohne die er nicht richtig ist. Nicht Gerechtigkeit wird hier postuliert, sondern *Richtigkeit*.

An sich kann eine Gedankenverbindung richtig oder unrichtig sein. Man kann nicht bloss richtig, sondern auch falsch denken. Psychologisch kommt das eine wie das andere mit gleicher Tatsächlichkeit vor. Es soll aber richtig gedacht werden. Die Logik ist also eine besondere Art der Bindung an das Richtige, die sich von der Bindung durch die Idee wesentlich unterscheidet, gleichwohl aber dieselbe Notwendigkeit wie die letztere aufweist.

Die Bindung des Willens durch die richtige Logik wird ohne weiteres als zutreffend anerkannt. Zwar bedeutet das nicht eine notwendige Willensbindung im oben besprochenen Sinne, vielmehr muss zugestanden werden, dass die richtige Logik auch dann existiert, wenn gegen sie gehandelt wird. Man kann also sagen, die logische Bindung ist auch ohne ihre konkrete Verwirklichung von selbst vorhanden, aber nur in beschränkter Bedeutung. Die Logik dient dazu, uns Erkenntnis zu verschaffen. Und da nun alle Erkenntnis in einer Einheit gipfelt, da eine Erkenntnis nur möglich ist, wenn mit dem schon bishin Erkannten die neu gewonnene Erkenntnis übereinstimmt,

will, die sich in objektiver Richtigkeit mit der Zugehörigkeit zu einer Gesellschaftsklasse verbinden würde. Das Absolute im Ethos und im Recht macht sich demgegenüber sieghaft geltend, und dieses liegt in der Erkenntnis, dass wir uns absolut nach der Idee richten sollen, mag auch der konkrete Ausdruck noch so vielgestaltig ausfallen. Wir fragen im Grunde niemals, was das Richtige, sondern ob etwas richtig sei. Darin liegt erkennbar die Macht der Idee ausgesprochen. Vgl. *Stammler*, Rechtsphilosophie, S. 173.

so muss dies, auf die Erkenntnis des Rechts bezogen, zu dem Ergebnis führen, dass vom logischen Standpunkt aus die Rechtsordnung eine Einheit zu bilden hat. Daraus folgert sich weiter, dass bei der Gestaltung des Rechts mit der einheitlichen Rechtsordnung sich logisch das Postulat der Gleichheit verbindet und dass diese Gleichheit schliesslich eine Voraussetzung der Gerechtigkeit bildet.

Nach diesen Richtungen bestehen für das absolute Recht drei besondere, eigenartige logische Bindungen. Wir halten sie folgendermassen auseinander.

I. Die logische Einheit.

§ 14. Man kann darüber nicht im Zweifel sein, dass bei der Herstellung einer rechtlichen Ordnung die verschiedensten und widerstrebensten Interessen zusammengefasst und untereinander zu einer Einheit gebracht werden müssen. Durch die Interessen selber ist diese Einheit nicht gegeben, aber sie wird ermöglicht durch die Zusammenfassung aller Interessen unter einem Höheren, das über ihnen steht, und dieses Höhere ist die Rechtsidee. Indem man die Interessen auf Grund der Rechtsidee untereinander vereinigt, wird logisch eine Einheit geschaffen. Die Idee dieser Einheit stellt für uns das Postulat auf, dass wir die Rechtsidee in ihrer Funktion für die einheitliche Ordnung anerkennen sollen. Wenn die Interessen selber sich zu einer Einheit vereinigten, müsste ihnen selbst unmittelbar eine solche Ordnung innewohnen. Das ist tatsächlich nicht der Fall. Unsere Vernunft verlangt aber nach dieser Einheit der Rechtsordnung, und zwar unabhängig von der Beistimmung der Interessen. Die Interessen bestehen daneben, soweit sie können. Die Einheit wird von der logischen Grundlage aus als notwendig verlangt, und diese Auffassung ist nicht zeitlich oder örtlich beschränkt, sondern sie gilt für den gesamten Umkreis rechtlichen Lebens, wie wir es oben unter dem Bilde einer *civitas maxima* bereits angedeutet haben. Die Einheit ist ein logisches Postulat, und die Interessen werden ver-

einigt unter der Idee der logisch einheitlichen Ordnung. Natürlich darf diese Einheit nicht verwechselt werden mit der konkreten Ordnung der Lebensverhältnisse. Gewiss nähern sich die konkreten Ordnungen so viel als möglich dieser Einheit, weisen aber immer Lücken auf. Diese Lücken sind nicht Lücken in der Einheit als Idee — das gibt es überhaupt nicht — sondern sie sind nur Lücken in der geschaffenen konkreten Ordnung. Die abstrakte Einheit besteht als Idee logisch immerdar, denn sie lebt in unserm vernünftigen Bewusstsein. Über den konkreten Inhalt der Ordnung sagt unsere Vernunft nichts allgemein Gültiges aus, sondern nur über die Einheit in abstracto. Es besteht also einheitlich neben der konkret vielgestaltigen eine abstrakte, von jedem bestimmten Inhalt losgelöst zu denkende Ordnung des Rechts. Das bedeutet für den Richter, dass er sich niemals, wenn er im konkreten Gesetz keine anwendbare Regel findet, darauf berufen kann, es bestehe für diesen Fall kein Recht. Das Recht ist immer da und ist als abstrakte, logisch gegebene Ordnung immer eine grosse Einheit und vollständig, mag die konkrete Ordnung auch noch so viele Lücken aufweisen. In seinem eigenen Rechtsbewusstsein findet der Richter dann einen Anhalt, die Lücke im Gesetz entsprechend auszufüllen. Ebenso wird in staatenlosem Gebiete, wo keine konkrete Rechtsordnung besteht ¹⁾, das Recht nach der gleichen Überlegung immer als vorhanden betrachtet werden müssen.

II. Die logische Gleichheit.

§ 15. Die Bindung des Willens durch die richtige Logik verlangt zugleich mit der Einheitlichkeit und Vollständigkeit der rechtlichen Ordnung eine Folge, die wir als die Gleichheit bezeichnen können. Es ist das Postulat der Gleichheit der Anordnung in negativem Sinne: Gleichheit ist das Ergebnis, weil ein Unterschied in der Ordnung aus

¹⁾ S. darüber unten, § 22, u. *Stammler*, Rechtsphilosophie, S. 299, Anm. 3.

der Logik nicht abgeleitet oder begründet werden könnte. Wenn das Recht für alle ihm Unterworfenen ohne jede weitere Rücksichtnahme zur Anwendung kommt, so muss es allen gegenüber grundsätzlich das gleiche sein. Dabei darf diese Konsequenz freilich nicht für die konkreten Rechtssatzungen gezogen werden, die die bestehenden Interessen und die daraus erwachsenden Konflikte in grosser Verschiedenheit ordnen und schlichten. Sobald eine solche Regel als verbindliche Ordnung geschaffen ist, steht sie mit logischer Notwendigkeit wieder unter dem Gebot der Gleichheit. Die Gleichheit bedeutet für die konkreten rechtlichen Ordnungen immer Gleichheit im Bestand und in der Anwendung bei Mangel eines logischen Grundes zu einer Abweichung, also: Gleiche Behandlung, im Verhältnis von gleich zu gleich. Es darf also stets nur das Gleiche im Recht, mithin keine Ungleichheit im Recht, zur Anerkennung gelangen, das heisst als Recht gelten oder wie Recht betrachtet und angesehen werden. Das schliesst die Vielgestaltigkeit irgendeiner konkreten Ordnung nicht aus. Sobald aber auf der konkreten Grundlage etwas anderes als Gleichheit auftritt, d. h. angewendet werden will, ohne als logische Folge dargetan zu sein, so ist es nicht mehr Recht. Nur das Gleiche ist Recht. Ohne diese Gleichheit vermag es aus der konkreten rechtlichen Ordnung heraus sich nicht als Recht zu behaupten.

III. Die logische Gerechtigkeit.

§ 16. Für unser Bewusstsein entsteht kraft unseres Denkvermögens das Recht als ein geschlossenes und allgegenwärtiges System, dem wir die absolute Existenz zuerkennen und die lebendige Funktion nicht versagen können. Ferner entspringt derselben Quelle mit Notwendigkeit die Anerkennung der Gleichheit, die sich mit dem Recht in seiner Existenz als Willensbindung gleichfalls verknüpft. Ungleiche Bindung wäre gedanklich verkehrt. Es ist kein logischer Grund zur Ungleichheit vorhanden.

Dazu kommt aber noch ein drittes, und zwar mit Bezug auf unsere Stellung zur Rechtsidee: Die Logik nimmt Stellung zu ihr. Und zwar muss das, soll nicht die Gleichheit oder die Vollständigkeit des Rechts gekränkt werden, in der Weise geschehen, dass die Rechtsidee von der Logik anerkannt und auf der Grundlage der Vollständigkeit und Gleichheit denknotwendig durchgeführt und als Gerechtigkeit verkündigt wird. Man kann sich dieses Verhältnis nach drei verschiedenen Beziehungen des nähern vorstellen:

Alle sollen in einer Richtung des gleichen Rechtes teilhaftig sein. Es soll in Rechtsurteilen nur das Recht zur Anwendung gebracht werden, es soll niemandem mehr als das Recht zuteil werden, dieses aber dann allen in gleichem Masse. Jede Bevorzugung des einen vor einem andern soll also wegfallen und die Anerkennung des Rechts für alle in gleichem Masse stattfinden. Aus dem Denkvermögen ergibt sich auf diesem Wege die austeilende Gerechtigkeit.

Da mithin das Recht auf alle die gleiche Anwendung zu finden hat, so bewirkt sich eine Ausschaltung alles dessen, was nicht zum Rechte gehört und eine Festhaltung dessen, was das Recht und nur das Recht verlangt. Das Recht erhebt sich bei der logischen Durchführung dieses Satzes über alles, was nicht Recht ist. Es löst sich los von Rache, Zorn, Angst, Mitleid und jeder Art von Selbstsucht. Wer ein rechtliches Urteil fällt, der rückt dabei, unter dieser Betrachtung, denknotwendig von allen solchen nur persönlichen Empfindungen ab. Es tritt gleichsam der Zustand ein, dass er nicht selber, sondern in ihm das reine Recht das Urteil spricht. Die Interessen erfahren denknotwendig die der Gerechtigkeit entsprechende Versöhnung, und die Logik erscheint als ausgleichende Gerechtigkeit.

Wenn wir so oder anders das Recht auf die Logik abstellen, so ist damit natürlich eine konkrete Rechtsordnung nicht geschaffen und nicht durchgeführt. Jedes Recht verlangt nach Verwirklichung und erhält sie nur

unter dem Gesichtspunkt, dass sich mit der Logik eine materielle Gerechtigkeit verknüpfe. Wenn die Gerechtigkeit auf dem Wege des Denkprozesses zur austeilenden und ausgleichenden Gerechtigkeit wird, so bedarf sie, um in diesen Richtungen zu funktionieren, noch eines dritten Momentes, das wir befreiend uns wirksam denken. Vermöge des Denkprozesses werden die Menschen von der Befangenheit in den Interessen befreit und darüber hinweggehoben. Sie empfangen nicht nur den Segen der gerechten Austeilung oder Ausgleichung, sondern zugleich auch die Fähigkeit, in diesem Zustand zu verharren. Sie werden der Erhebung im Recht teilhaftig, die Gerechtigkeit wird ihnen zur befreienden oder erhebenden Gerechtigkeit.

Man kann der Wichtigkeit dieser dritten Funktion des Denkvermögens inne werden, wenn man bedenkt, wie die Zweckverfolgung in Verbindung mit ganz individuellen Interessen gar oft dieselbe Erhebung vortäuscht: Der Richter folgt, wie er glaubt, einem erhebenden Rechtsgedanken, während in Wirklichkeit der Gedanke durch ein ihm vorschwebendes Interesse gebunden ist und die Befreiung durch das Denkvermögen, wie er sie anstrebt, ausbleibt. Unter dem Aspekt des Rechts tritt die Interessenverfolgung gar oft auf, und es ist auch für den gerechten Richter vielfach eine schwierige Sache, vermöge der Logik durch das Gestrüpp der eigenen und der fremden Interessen den zur Gerechtigkeit führenden, befreienden Weg zu finden.

Drittes Kapitel.

Das materielle Recht.

I. Das Verhältnis zum Sittengesetz.

§ 17. Der Inhalt, auf den sich das absolute Recht bezieht, ist stets eine Willensbindung. Das ergibt sich aus dem Verhältnis des Rechts zum Ethos und aus dessen Ver-

bindung mit der Logik. Allein damit sind die Beziehungen zum Inhalt nicht erschöpft. Der Inhalt eines jeden Rechts wird von den absoluten Regeln auch noch insofern ergriffen und bestimmt, als das Recht unmöglich einen Inhalt hegen darf, der dem Wesen des Rechts widersprechen würde. Dieses Verhältnis ist in Beziehung auf das Sittengesetz und das Denkgesetz schon in den obigen Betrachtungen zur Sprache gebracht. Darüber hinaus ergeben sich aus dem Leben des Rechts noch andere Faktoren, die dessen Inhalt notwendig bestimmen. Sie beruhen auf dem konkreten Inhalt des Rechts und auf seinem Wesen, so dass das Recht sie aufnimmt, wenngleich nicht jedes Recht alle diese Momente im Inhalt vergegenwärtigt oder überall mit der gleichen Kraft ihnen Geltung verschafft. Sie erfüllen das materielle Recht in dem Sinne, dass jeder konkrete Inhalt unter eine konkrete Richtung gebracht werden kann und aus dieser seine Deutung und Entwicklung erfährt. Absolut ist dabei niemals die Aufstellung der konkreten Rechtsregel, wohl aber die Ableitung von den Richtungen, die wir bei dieser Betrachtung unterscheiden.

Zu diesen Richtungen ist vor allem das Ethos zu rechnen, und zwar derart, dass ihm neben seiner selbständigen Existenz noch diejenige einer Bestimmung des Rechts beigemessen wird. Die Rechtsidee ist mit der Idee des Ethos enge verwandt, sie ruht mit ihr auf der gemeinsamen Idee der richtigen Ordnung des Zusammenlebens. Wenn nun auch die Scheidung zwischen Ethos und Recht nach den oben entwickelten Merkmalen durchgeführt wird, so bleibt dennoch für das Recht eine einseitige Verbindung bestehen. Ethos kann man sich denken ohne Recht. Dagegen das Recht ist ohne Ethos nicht denkbar. Das Ethos bleibt bestehen, auch wenn zu einer ethischen Ordnung das Recht hinzutritt. Das Recht aber vermag sich nicht zu halten, wenn es des ethischen Inhalts entbehren muss. An sich umfasst die Tugend beide Wertungsrichtungen. Der kategorische Imperativ gilt für beide.

Das richtige Verhalten erfährt für das Ethos und für das Recht nur eine verschiedene Betrachtung, einerseits für den Einzelnen und andererseits für die Gemeinschaftsordnung. Die Richtigkeit beruht dort subjektiv beim Einzelnen, während sie hier für die Gesamtheit objektiv Geltung hat ¹⁾. Das Postulat ergeht beim Ethos an den Einzelnen und ist daher Sache seiner freien, wenn auch unter dem Gebot des Sittengesetzes stehenden Realisierung. Beim Recht will es von der Gesinnung des Einzelnen unabhängig sein, und ist daher dem Zwange nicht nur zugänglich, sondern geradezu seiner bedürftig. Indem das Recht den Zwang anordnet, hebt es das sittliche Gebot nicht auf, während umgekehrt Anordnung von Zwang für ein Sittengebot dieses im Wesen trifft und geradezu aufhebt. Die Verschiedenheit der Funktion führt sodann äusserlich dazu, dass das Rechtsgebot kräftiger und bestimmter lauten muss als das Sittengebot, weil es eben nötigenfalls zwangsweise realisiert werden soll. Der Umstand, dass im Recht stets als Element ein Stück Ethos wohnt, führt freilich zu einer Schwierigkeit, die wir schon oben berührten. Das Recht verlangt den Zwang und benutzt ihn als Rechtsmacht. Die Macht kann böse sein, sie wird in der äussern Welt geübt. Es bedarf eines äusserlichen Apparates, um das Recht zur Tatsache zu machen. Der Einfluss dieses Zwangsapparates ist sehr gross: Er schützt mit dem Recht die darin enthaltene ethische Gesinnung, er hält die Gesinnungsschwachen zum Guten an, er schafft für den einzelnen einen Kreis von rechtlicher Freiheit, er schafft die Rechtsinstitute, die mit dem rechtlichen Charakter das Ethos in sich führen. Die Eigenschaft des Ethos, zugleich eine Eigenschaft des Rechts zu sein, gleicht den Konflikt zwischen beiden aus ²⁾.

¹⁾ Vgl. oben, S. 16, Anm. 1.

²⁾ Vgl. oben, § 13, u. R. u. Rverw., S. 27, 61 ff., *Erich Jung*, Rechtsregel und Rechtsgewissen, im Archiv f. zivile Praxis, Bd. 118, Heft 1, insbes. Separatausg., S. 118 ff., v. *Laun*, a. a. O., S. 390, u. oben S. 35, Anm. 1.

II. Das Verhältnis zur Logik.

§ 18. Ein entsprechendes Verhältnis besteht zwischen dem Recht und der Logik. Dieser ist in der Erkenntnis ihre Stellung gegeben¹⁾. Daneben aber erhält sie für das Recht jene eigne Bedeutung für den Inhalt des Rechts, auf die wir bereits oben hingewiesen haben. Sie verschafft dem Recht einen bestimmt gerichteten Sinn, der für das Wesen des Rechts unentbehrlich ist. Das Recht erhält aus der Logik einen Charakter, der auch für das materielle Recht in seinem Inhalt wesentliche Bedeutung hat. Durch die Logik werden beispielsweise die Personengemeinschaft, der Vertrag, das Eigentum in der Rechtsordnung postuliert, so dass eine Rechtsordnung ohne diese Institute nicht gedacht werden kann, sobald man sich diese in ihren letzten Begründungen vergegenwärtigt.

Wir verfolgen diese Herausbildungen hier nicht weiter, obschon in ihnen eine Anerkennung absoluten Rechtes gefunden worden ist²⁾.

III. Das Verhältnis zur Macht.

In entsprechender Weise hat man sich die Bildung des materiellen Rechts unter der dem Rechte innewohnenden Gewalt zu denken.

§ 19. Wir sollen dem Rechte Gehorsam leisten. Das Bestehen eines Rechtssatzes ruht auf dem Postulat, dass

¹⁾ Vgl. m. R. u. Rverw., S. 29 ff., 49 f. u. a.

²⁾ Wir denken dabei namentlich an das «Rechtsgesetz» von *Leonhard Nelson*, wie es seinem Buche «System der philosophischen Rechtslehre» zugrunde liegt. Vgl. insbes. S. 10 ff., 27 f. — Man gelangt bei ihrer Betrachtung zu einer gewissen Zustimmung, ohne dass dieser Rechtsinhalt aus einer besondern Funktion der Vernunft abgeleitet zu werden braucht. Die Erklärung und Rechtfertigung solcher typischen Institute ergibt sich, wie es uns scheint, schon aus der Funktion der Vernunft und der Rechtsidee gegenüber den zahllosen Interessen und Zwecken der miteinander in Verkehr stehenden Menschen. Ihr Inhalt wechselt an einem fort. Die Stellung der Vernunft aber zu diesem agitativen Prinzip ist in ihrer Funktion dauernd wie das absolute Recht und bleibt als logisches Postulat unvergänglich. Vgl. auch unten S. 60.

das Recht die Ordnung nach der objektiven Gestalt verlangt. Diese Verbindlichkeit ist für jeden gegeben. Die Rechtsordnung will, ohne vom subjektiven Willen des Einzelnen abhängig zu sein, verwirklicht werden. Wohl besteht eine Verbindlichkeit auf das Recht, die ohne weiteres wirksam ist, die innere Verbindlichkeit. Das Recht erzeugt Pflichten, die wirksam sind wie die moralischen Pflichten (s. oben S. 48, Anm. 2). Aber das Recht lässt es dabei nicht bewenden, sondern verlangt darüber hinausgreifend nach einem äussern Zwang, dem Rechtszwang. Die Macht kann zwar ausbleiben, sie kann fehlen, aber in Gedanken ist sie dem Recht stets beigegeben. Es ergibt sich aus ihr der Versuch, das Recht äusserlich als Zustand der Gemeinschaft zu verwirklichen.

Wir wollen auch diese Zurückführung der Ordnung des materiellen Rechts auf die Machtbedürfnisse des Rechts ändern Ausführungen überlassen ¹⁾). Solange man sich die Gewalt als durch das Recht unbeschränkt vorstellt, hat sie eine Schranke nur in stärkerer Gewalt, der rechtliche Wille erst setzt sich eine Schranke. Also ist auch Wille zur Macht nicht der Rechtsidee entsprechend. In welcher Weise dieses Verhältnis sich abgrenzt, ist von vornherein nicht zu bestimmen, da Gewalt und Recht einander nicht parallel stehen. Die Gewalt an sich bleibt Tatsache, als naturalistische Erfahrung und Beobachtung. Das Recht ist etwas Weiteres, Höheres, das hinzutritt.

IV. Das Verhältnis zur Formgebung.

§ 20. Ein grosser Teil des Inhalts des Rechts erklärt sich daraus, dass das Recht mit der Rechtsidee nicht geschaffen ist, sondern zur Entstehung einer Gestaltung oder Formgebung bedarf. Also können wir unter dem Gesichtspunkt dieser Notwendigkeit eine weitere Gruppe von Rechtssätzen zusammenfassen.

Kein Recht ist denkbar, sagen wir, ohne Gestalt und die Gestalt ist die notwendige Form des Rechts. Wir

¹⁾ Vgl. des nähern über diese Machtmittel m. R. u. Rverw., S. 30, 186 ff.

können nur erkennen, was Gestalt hat. So ist die Gestalt gedanklich das formgebende Element des Rechts. Dieselbe Anlage, die das Recht entstehen lässt, gibt hier überall auch dessen Gestaltung an. Das können wir nach drei Richtungen fixieren. Indem wir unterscheiden: die Gemeinschaft nach dem Inhalt, die Verfassung nach der Form und die Gestaltung der tatsächlichen Macht selbst, gelangen wir zur umfassenden Orientierung über diese vierte Richtung des absoluten Inhalts des Rechts¹⁾.

Die individuellen Lebenswerte erfahren ihre Gestaltung wesentlich durch das Privatrecht: Schutz und Förderung der Einzelnen in Person und Vermögen, die kollektivistischen Lebenswerte wesentlich durch das öffentliche Recht: Schutz und Förderung durch Gestaltung in Sondergemeinschaft, in Gemeinschaft des Staates und Gemeinschaft der Gesamtheit überhaupt. Wir sagen «wesentlich», weil diese Unterscheidung, wie wir schon hervorgehoben, auch noch in anderer Richtung und Bedeutung auftritt. Dazu kommt als drittes, dass der Einzelne sich notwendig in den beiden genannten Beziehungen befindet und sie in irgendeinem Verhältnis zum Ausdruck bringen muss. Das hieraus entstehende Ergebnis haben wir oben als die soziale Ordnung für den einzelnen oder als den sozialen Stand für das Ganze bezeichnet (§ 7). Die Bildung der Gemeinschaften²⁾ irgendwelcher Art erklärt sich aus der Zwecksetzung und insofern aus der Nützlichkeit. Der Weg, der beschrieben wird, ergibt sich auf Grund der faktischen

¹⁾ Des nähern treten wir auch auf dieses Verhältnis hier nicht ein und verweisen auf andere bezügliche Ausführungen (§§ 8 bis 10). Wenn Kant in dem Streit der Fakultäten sich dahin ausspricht: «Alle drei obern Fakultäten gründen die ihnen von der Regierung anvertrauten Lehren auf Schrift... Der schriftgelehrte Jurist sucht die Gesetze der Sicherung des Mein und Dein nicht in seiner Vernunft, sondern im öffentlich gegebenen und höchsten Orts sanktionierten Gesetzbuch..., denn die Verordnungen machen allererst, dass etwas recht ist», so hat das richtigen Sinn unter der Auffassung, der oben im Text Ausdruck gegeben ist. Vgl. m. R. u. Rverw., S. 244 ff.

²⁾ Vgl. m. R. u. Rverw., S. 267 ff.

Gewalt oder auf Grund der Einsicht in vielleicht starke vorübergehende Bedürfnisse oder dann als dauerndes Verhältnis auf Grund von Einsicht und Rechtsbestand. Das alles aber hat die Fähigkeiten der menschlichen Natur zur Voraussetzung. Von absolutem Charakter ist nur die Tatsache, dass solche Gebilde auf dem Wege der Rechtschaffung notwendig zustande kommen.

V. Das Verhältnis zu den Realien.

§ 21. Das Recht ist, so fanden wir, eine Willensbindung und als solche ein Gedankending. Es kann aber nur in der realen Welt, in den Sachen zur Erscheinung kommen. Und diese Sachen sind von Einfluss auf die Willensbildung. Wir nennen diese Dinge Realien, weil sie der Idee des Rechts gleichmässig gegenüberstehen, man mag sie sich als körperliche oder geistige Realitäten, psychologische Erscheinungen, teleologische Bestrebungen usw. vorstellen.

Diese Realitäten sind entweder unter der Herrschaft des Rechts, und zwar finden sich solche in allen Tatbeständen, in Gestalt von Trieben irgendwelcher Art, die das Recht meistern muss. Oder es sind in andern Fällen Realitäten, die das Recht nicht zu meistern gedenkt oder vermag, und nur diese beanspruchen Anerkennung als besondern bestimmenden Faktor bei der Gestaltung des Rechts. Kein Recht ist ohne solche Realien dieser zweiten Art denkbar, auf die wir hier nur kurz hinweisen müssen¹⁾.

Von besonderer Bedeutung sind unter diesen Realien die Kultur, als innere und als äussere Bildung, sowie die Religion und die Zivilisation, worüber wir unten in anderm Zusammenhang²⁾ noch einiges anfügen werden. Die Faktoren komplizieren sich hier mit erstaunlicher Mannigfaltigkeit, ohne dass der Grundsatz selbst seine Bedeutung für die Bestimmung des Inhalts verlieren würde.

¹⁾ Im weitem verweisen wir auf Zeitschr. f. Rechtsphil. I, S. 39 ff.; m. R. u. Rverw., S. 31 ff., u. unten §§ 22 ff.

²⁾ Vgl. m. R. u. Rverw., S. 281 ff. Ferner Erläuterungen zum Vorentwurf, Ausg. 1914, Bd. I, S. 3 ff.