

DER KAMPF UMS RECHT IN DER NEUEREN STAATSRECHTSLEHRE

Akademische Antrittsvorlesung, gehalten am 12. November 1927

Erschienen in der Festgabe zum schweizerischen
Juristentag 1928

Es gibt in der juristischen Literatur kein populäreres Werk als *Iherings* 1872 erschienene Schrift: Der Kampf ums Recht. Dort wird — ein Jahr nach Beendigung des Deutsch-Französischen Krieges — die These vertreten, daß das Leben des Rechts Kampf sei, ein Kampf der Völker, der Staatsgewalt, der Stände, der Individuen.

Wenn ich heute — in einer Zeit, deren geistige Lage durch die Erschütterungen des Weltkrieges indirekt noch entscheidend beeinflußt ist — über den Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre spreche, so meine ich damit etwas ganz anderes. Nicht jene individualistisch-darwinistische Kampftheorie *Iherings* soll aufgewärmt werden, sondern im Gegenteil die — noch lange nicht abgeschlossenen — Anstrengungen skizziert werden, welche die neuere Staatsrechtslehre macht, um wieder zu einer soliden *objektiven* Grundlegung des Rechts zu gelangen. Die wissenschaftliche Arbeit jeder Zeit knüpft notwendig an das an, was die unmittelbare Vergangenheit geschaffen hat, sei es in zustimmendem Sinne, sei es dadurch, daß sie das Bisherige ablehnt und neue Prinzipien an den Tatsachen zu erproben sucht. So ist dem Naturrecht der Aufklärungszeit die historische Schule gefolgt, und diese selbst hat im Staatsrecht seit dem letzten Viertel des 19. Jahrhunderts dem Positivismus Platz gemacht. Die neuesten Versuche nun, über die hier orientiert werden soll, wollen den Positivismus überwinden. Sie wollen über das bloß tatsächlich gegebene Recht hinausgehen und nach seiner Begründung fragen, sie wollen aus dem Gebiet der juristischen Technik vorstoßen in die Gefilde der Psychologie, der Soziologie oder der Philosophie, um dort den festen Anknüpfungspunkt für die Bearbeitung des empirischen Rechtsstoffes zu finden. Sie alle fragen demnach nach einer *letzten Instanz*,

d. h. nach einer Instanz, welche den endgültigen Maßstab bietet, der, an die Rechtserscheinungen angelegt, zur Rechtserkenntnis benutzt werden kann. Es wird sich zeigen, daß diese Versuche mit einer gewissen Zwangsläufigkeit über verschiedene Seitenwege schließlich zu einer alten Wahrheit, nämlich der Begründung des Rechts in einer transzendenten Wertordnung, führen.

Doch fragen wir zuerst nach dem Ausgangs-, richtiger Angriffspunkt dieser neueren Lehren, dem bis vor kurzem ausschließlich, heute noch überwiegend herrschenden Positivismus. Worin liegt seine Eigenart, welches ist seine Stellung zur Frage der Begründung des Rechts?

Seine Eigenart liegt gerade darin, daß er die Frage nach der Gültigkeitsquelle nicht stellt. Er nimmt das Recht, wie es in der Erfahrung gegeben ist, er macht halt beim empirisch gegebenen Rechtsstoff. Er verzichtet mit Bewußtsein auf eine Verknüpfung mit außer- oder überrechtlichen Elementen und lehnt es ab, in der Wissenschaft des Gerechten etwas anderes zu sehen „als die Wissenschaft eines oder aller positiven Rechte“¹.

War diese Strömung in der Rechtswissenschaft schon nahegelegt durch die Wendung des allgemeinen Interesses von der Philosophie zu den positiven Wissenschaften, so ging doch der entscheidende Anstoß aus von den Staatengründungen des 19. Jahrhunderts und der Kodifikation der nationalen Rechte, welche der Rechtswissenschaft reichen Stoff zur Bearbeitung boten. Es war naheliegend, daß sich das Interesse einer ganzen Generation in erster Linie der wissenschaftlichen Durchbildung des großen neuen Materials zuwendete. Aber darin allein lag nicht die Besonderheit des Positivismus, denn es ist die selbstverständliche Aufgabe jeder Zeit, das geltende Recht wissenschaftlich zu begreifen. Vielmehr lag sie in der besonderen Arbeitshypothese, mit der er an den empirischen Stoff herantrat, dem tragenden Gedanken, dem die ganze juristische Arbeit untergeordnet wurde. Dieser Gedanke war rein formaler Natur: die Logik. Rechtswissenschaft ist für den Positivismus nichts anderes als auf den empirischen Stoff angewandte Logik. Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts wird nach *Laband* durch eine rein logische Denktätigkeit gelöst (abgesehen von der Erforschung der geltenden positiven Rechtssätze)².

So ist das, was der Jurist an das Recht zwecks wissenschaftlicher Bearbeitung heranträgt, ebenso inhaltslos und formal wie die reinen Kategorien der Erkenntnis für den Naturwissenschaftler. Aber die vermeintliche Logik wird bald zur Zwangsjacke auch für den Inhalt des Rechts⁵. Die Fülle der Rechtswirklichkeit wird reduziert auf eine beschränkte Anzahl ein- für allemal gegebener allgemeiner Rechtsbegriffe. Die Schaffung eines neuen Rechtsinstitutes, welches einem höheren und allgemeineren Rechtsbegriff überhaupt nicht untergeordnet werden kann, ist — wiederum nach *Laband*⁴ — „gerade so unmöglich wie die Erfindung einer neuen logischen Kategorie oder die Entstehung einer neuen Naturkraft“.

Diese logisch-formale Behandlung des Rechts hat denn auch unter dem dominierenden Einfluß, den *Laband* lange in der deutschen Staatsrechtswissenschaft ausübte, die Oberhand gewonnen, trotzdem *Gierke* schon 1874 gegen die formalistische Richtung in der Rechtswissenschaft protestiert und ihr eine pragmatische Richtung gegenübergestellt hatte⁵. Die formalistische Richtung hat ja gerade in der Rechtswissenschaft stets einen gewissen Vorsprung. Keine andere Wissenschaft wird mit gleichem Nachdruck schon durch ihre Stellung zum praktischen Leben auf klare und verständliche Formulierung der Begriffe hingewiesen. Aber auch die Rechtslehre gewinnt durch den Formalismus eine Klarheit und Durchsichtigkeit, welche dem Bedürfnis nach Vereinfachung, nach Auflösung der Wirklichkeit in einige abstrakte Begriffe aufs beste entgegenkommt. Allein, wenn einseitig nach Klarheit gestrebt wird, so leidet darunter der Wahrheitsgehalt. Scharf, aber treffend sagt *Gierke* (a.a.O.S. 1), daß bei solchem Streben sich nur zu bald zeigt, daß das Klarste stets auch das Flachste ist.

Es gibt für die Wirkungen dieser Lehre nichts Bezeichnenderes als die Umwandlung, welche einige naturrechtliche Auffassungen, die für den Aufbau des modernen Staates grundlegend sind, unter ihrem Einfluß durchgemacht haben. Durch die Projektion auf die Ebene der formalen Abstraktion werden sie aus lebendigen Ganzheiten zu eindimensionalen Schatten. So sind z. B. aus den „angeborenen“, d. h. jeder gewillkürten Rechtssetzung vorangehenden Menschenrechten, die der amerikanischen und der französischen Revolution zur ideellen Grundlage dienten, bloß „verfassungsmäßige“

Rechte geworden, d. h. Rechte, welche durch die Verfassung eingeführt und ebenso gut geändert werden können.

Das Stimm- und Wahlrecht des Bürgers diene nach *Rousseau* zum Ausdruck der *volonté générale*, welches dank eines halb mystischen Prozesses notwendig auf das allgemeine Wohl hin gerichtet ist ⁶. Auch der Positivismus empfand das Bedürfnis, das Stimmrecht aus der Sphäre der subjektiven Willkür herauszuheben. Da voraussetzungsgemäß eine inhaltliche Bestimmung im System des Positivismus keinen Raum hatte, wurde das Wählen als staatliche Funktion — und zwar ausschließlich als solche — erklärt und damit erreicht, daß das Wahlrecht wohl die Weihe der Objektivität erhielt, dies aber in einer Weise geschah, welche den ursprünglichen staatsrechtlichen Gedanken ins Gegenteil verkehrte: der Wähler übt nicht sein Recht aus, sondern das des Staates (*Jellinek*) ⁷, ja das Wahlrecht ist überhaupt kein im individuellen Interesse begründetes Recht (*Laband*) ⁸.

Aber die oft lebensfremde Formalisierung des Rechts hätte allein nicht genügt, den Widerstand gegen den Positivismus zu entfachen, wenn nicht die Erkenntnis dazu gekommen wäre, daß der philosophische Ausgangspunkt des Positivismus, nichts anderes als das geltende Recht darstellen zu wollen, auf einer Selbsttäuschung beruht. Der Positivismus hat alle philosophische und politische Ueberlegung zugunsten der reinen Betrachtung des positiven Rechts ausgeschlossen. Richtig: er hat sie ausschließen wollen. Denn ein Anschluß ist gar nicht möglich. Was verbannt worden ist, waren nur die damals gerade herrschenden Lehren. Aber das war nur möglich, indem man andere Grundauffassungen an ihre Stelle setzte. Und diese waren um so gefährlicher und machtvoller, als sie sich dem Juristen mehr oder weniger unbewußt in die wissenschaftliche Arbeit einschlichen. So konnten tagespolitische Strömungen, im Gewande formaljuristischer Konstruktionen, Einlaß in die scheinbar von aller Politik gereinigte Staatsrechtslehre gewinnen ⁹. Die leere Stelle, welche die Verbannung der Rechtsphilosophie im System gelassen hatte, wurde beinahe unbemerkt durch politische Zweck- und Wertgedanken ausgefüllt. Das zeigt, wie heute mehr und mehr anerkannt wird, daß eine geisteswissenschaftliche Arbeit auf letzte Gesichtspunkte nicht verzichten kann. Es zeigt, daß kein Problem der Rechtsphilosophie oder der Rechtswissen-

schaft ohne metaphysische Voraussetzungen gelöst werden kann, daß nach *Erich Kaufmanns* Ausdruck Metaphysik etwas Unvermeidliches ist, nicht ein Luxus, den man auch nicht treiben könnte¹⁰. Wenn die Philosophie diese letzten Gesichtspunkte nicht liefert, so fließen sie aus andern, trüben Quellen.

An einer entscheidenden Stelle sei dieser unbewußt politische Einfluß aufgewiesen: an der positivistischen Auffassung des Verhältnisses von Staat und Recht. Das Recht ist danach ein Produkt des Staates. Sein Inhalt ist staatlicher Wille, seine Verbindlichkeit ruht auf der staatlichen Herrschermacht. Der Staat ist souverän, d. h. keinem anderen Willen unterworfen, die Staatsgewalt allmächtig und unfehlbar. Ein Völkerrecht als ein Recht zwischen, resp. über den Staaten wird von einigen geleugnet, von andern als „äußeres Staatsrecht“ konstruiert, d. h. als ein Recht, das seine Verbindlichkeit nur im Staatsrecht finden kann. Die Bindung des Staates an sein Recht geschieht durch „Selbstbeschränkung“ — wer sich aber selbst beschränkt, ist Herr seiner Beschränkung, und wie er sie annehmen kann, kann er sie aufgeben. Der Staat steht über seiner Schöpfung, dem Recht.

So hat der Positivismus die Rechtsidee der Staatsidee geopfert. Nicht ganz unzutreffend konnte der kürzlich verstorbene *Leonhard Nelson* 1917 seine Streitschrift gegen den Positivismus betiteln: Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Nun ist aber die Austreibung der Rechtsidee durch die Staatsidee ein Resultat, das sich aus den Bedürfnissen juristischer Konstruktion nach Einfachheit und Klarheit allein nicht erklären läßt. Es ist ein Resultat, das sich vielmehr ergeben hat aus einer Transplantation des nationalen Machtstaatsgedankens in das Gebiet rein begrifflicher Abstraktion. Der Gedanke, der sich bei *Treitschke* zu der gefährlichen politischen Formel verdichtet hat: das Wesen des Staates sei zum ersten Macht, zum zweiten Macht und zum dritten nochmals Macht¹¹, wird im Staatsrecht zur extremen Lehre von der Souveränität¹². Es ist eine Ironie des Schicksals: die Politik, der man bis zum heutigen Tage im deutschen Sprachgebiet eine umfassende, objektive wissenschaftliche Behandlung in der Art der englischen und amerikanischen „political science“ nicht hat angedeihen lassen¹³, rächte sich durch Eindringen in juristische Konstruktionsmethoden, mit denen sie voraussetzungsgemäß nichts zu schaffen hatte.

Wenn trotzdem der Positivismus große und bleibende Werke hervorgebracht hat, so ist das dem juristischen Takt zahlreicher seiner Vertreter zu verdanken, die es vermieden haben, den Grundgedanken durch Ueberspannung ad absurdum zu führen. Aber auch die unerfreulichen Resultate, die an den Tag gefördert wurden, hatten einen Vorteil: die Schranken des zugrunde liegenden positivistischen Gesichtspunktes zu enthüllen.

Der erste große Angriff gegen den Positivismus ging nicht aus von den deutschen Universitäten, die noch zu stark unter dem Einfluß *Labands* standen¹⁴. Vielmehr ist es der holländische Professor *Krabbe*, der als erster Rufer im Kampf ums Recht innerhalb der publizistischen Disziplinen auf den Plan tritt. Sein Standpunkt erhellt schon aus dem Titel seines ersten, 1906 erschienenen Buches: Die Lehre von der Rechtsouveränität. Er vertritt darin die These, daß das Recht und nicht der Staat souverän sei. In einem Werke aus dem Jahre 1919: Die moderne Staatsidee, wird dieser Standpunkt näher angeführt¹⁵.

Die Theorie *Krabbes* kann als eine psychologische bezeichnet werden. Er baut seine Konstruktion auf der Lehre vom Rechtsbewußtsein auf. Die Geltung des Rechts beruht nach ihm auf der im Menschen wirksamen Kraft des Rechtsbewußtseins; aus dieser Kraft wird die Verbindlichkeit alles, wie auch gebildeten Rechts hergeleitet¹⁶. Auch für das internationale Recht liege der Grund der Verbindlichkeit in seiner geistigen Natur also darin, daß es ein Erzeugnis des menschlichen Rechtsbewußtseins sei¹⁷. Die Rechtsentwicklung ist zu verstehen aus dem Gefühlsleben¹⁸. Der Intellekt soll seinen Primat zugunsten des Gefühls verlieren¹⁹.

Das große Verdienst *Krabbes* besteht darin, das Recht auf einen Boden gestellt zu haben, durch den nicht nur die Rechtsform, sondern auch der Rechtsinhalt bestimmt wird. Denn der Positivismus hatte ja gerade jedes Kriterium dafür, was möglicher Rechtsinhalt sein könne, verloren. Für *Krabbe* ergibt sich der Rechtsinhalt aus dem unmittelbar gegebenen Gefühlsinhalt, er ist also ein psychologisches Faktum. Das Recht wird ein Zweig der angewandten Psychologie, „daher die Rechtswissenschaft vor allem die Analyse des Rechtsbewußtseins wird zur Hand nehmen müssen“²⁰. Das

Gefühl wird zur „letzten Instanz“ gemacht, und die Psychologie ist die Wissenschaft, die Zutritt zur Rechtserkenntnis gewährt.

Darin liegt nun aber auch die Schwäche der *Krabbeschen* Auffassung. Sie macht den Inhalt des Rechts, dessen Befestigung wir gerade suchen, abhängig vom Gewoge und der Unsicherheit, ja Gegensätzlichkeit der Gefühle. Auch abgesehen davon, beruht *Krabbes* psychologische Lehre auf dem Trugschluß, es könne von psychologischen Gegebenheiten auf eine normative Gesetzlichkeit geschlossen werden. *Krabbe* hat übersehen, daß die Phänomene der Normativität oder Sinngesetzlichkeit die Psychologie transzendieren. Es fehlt ihm die Einsicht in den Unterschied des psychologischen Aktes als eines zeitlich einmaligen subjektiven Geschehens und des in diesem Akt gedachten Inhalts als objektiv geltender Gegenständlichkeit. So ist die Wahrheit eines mathematischen Satzes unabhängig davon, ob und wie er von einzelnen Individuen gedacht wird, und ähnlich, wenn auch nicht gleich, verhält es sich mit der Richtigkeit rechtlicher Normierung. Das Rechtsgefühl kann wohl als eines der Erkenntnismittel des Rechts verwendet werden, aber es ist nicht letzte Instanz, diese liegt nicht in der Psyche, sondern — um einen philosophischen Ausdruck zu gebrauchen — im Logos. Deshalb kann die Lehre *Krabbes* nicht als endgültige Ueberwindung des Positivismus gelten.

Ein weiterer Ansturm gegen den formalistischen Positivismus erfolgte durch eine Richtung, die man, trotz zahlreicher theoretischer Schattierungen, als *soziologische Jurisprudenz* bezeichnen kann. Die Vertreter dieser Lehre wollen zurückgehen auf die sogenannte Rechtswirklichkeit, sie wollen nicht nur das geschriebene Recht, sondern die tatsächlich geltenden Regeln des gesellschaftlichen Lebens beachten. Der grundsätzliche Unterschied zwischen Norm und äußerer Gegebenheit wird aufgehoben im Begriff der normativen Kraft des Faktischen. Das Recht erscheint als ein Ueberbau über der gesellschaftlichen Wirklichkeit, als ein Produkt soziologischer Kräfte, und die Rechtswissenschaft als ein Zweig der Soziologie. Die Studien, die in dieser Richtung gemacht wurden, haben den unersetzlichen Wert, die Alleingültigkeit dogmatischer Rechtsbehandlung erschüttert und den Blick für die unendliche Vielgestaltigkeit der Wachstums- und Seinsbedingungen des Rechts geöffnet zu haben. Aber wenn die soziologische Jurisprudenz etwas

mehr sein will als die Lehre von den *Lebensbedingungen* des Rechts, wenn sie glaubt, die Frage nach dem *Ursprung* des Rechts endgültig beantworten zu können, so ist ihr der gleiche Einwand entgegenzuhalten wie der Lehre *Krabbes*: es ist nicht möglich, daß sich eine Normativwissenschaft wie die Jurisprudenz, eine Wissenschaft also, die es mit Sinn und Wert zu tun hat, allein am Gegebenen, Seienden, Zufälligen orientiert.

Als Vertreter dieser Richtung erwähne ich einen der produktivsten und erfolgreichsten Gelehrten der Gegenwart, den Franzosen *Duguit*²¹. Er nennt seine Methode die realistische, wobei freilich zu bemerken ist, daß bei ihm der konstruktive Wille so sehr im Vordergrund steht, daß seine Lehre nicht aus einer schlichten Beobachtung der soziologischen Gegebenheiten herauswächst (auf diese Weise kann überhaupt kein System entstehen), sondern sich vielmehr darstellt als spekulatives Gedankengebäude, dessen Realismus nicht in seiner Methode, sondern in seinem naturalistischen Begriffsmaterial besteht.

Das Hauptmotiv bei *Duguit* ist dasselbe wie bei *Krabbe*: die Bindung des Staates an das Recht auf Grund der realistischen Konstruktion nachzuweisen. Ausgangspunkt seiner Konstruktion sind die sozialen Normen, welche jeder menschlichen Gemeinschaft inhärent seien. Diese sozialen Normen, vorerst ökonomischer oder moralischer Natur, bilden sich in Rechtsnormen um, wenn sie eine gewisse Intensität erreicht haben, genauer dann, wenn die Masse der Individuen das Bewußtsein erlangt habe, daß die Reaktion auf die Verletzung der Norm gesellschaftlich organisiert sein müsse. Das Recht ist also eine massenpsychologische Erscheinung.

Natürlich will *Duguit* jeden metaphysischen Bestandteil aus der Rechtslehre verbannen. So verwirft er als metaphysisch auch die Vorstellung der Rechtspersönlichkeit und der Souveränität des Staates. Der Staat ist nur noch eine „*Coopération de services publics*“, ein Sammelbegriff für die öffentlichen Dienste, eine Vorstellung, die auch von *Jèze* übernommen wurde und selbst bei *Otto Mayer* in der Lehre von der öffentlichen Anstalt anklingt²². Als solche „*services publics*“ erscheinen z. B. Unterricht, Landesverteidigung, Polizei, Justiz, Fürsorge²³.

Daß bei solcher Zertrümmerung des Staates, der Ausschaltung des Staates als Rechtsquelle, die Geltung des Rechts gegenüber dem Staat leicht zu

begründen ist, leuchtet ein. Da der Staat nur eine Abstraktion ist, besteht das Problem seiner Unterordnung unter das Recht gar nicht. Nur die Individuen, welche die Staatsgewalt inne haben, sind, wie alle andern, dem Recht unterworfen²⁴.

Eine besondere Wendung zum Völkerrecht hat die Lehre *Duguits* beim Griechen *N. Politis* gefunden²⁵. Auch für ihn ist der Staat eine Fiktion. Die Souveränität bestehe nicht mehr; wenn immer noch von ihr gesprochen werde, so ergehe es ihr wie jenen Sternen, die zwar längst erloschen sind, deren Licht aber unser Auge immer noch treffe²⁶. Das einzige Reale, das hinter der Abstraktion des Staates erscheine, sei das Individuum. So wird die Begründung des Völkerrechts gewonnen: auch es wird auf das Individuum aufgebaut. Es sei nichts anderes als die Gesamtheit der Regeln für die Beziehungen zwischen Menschen, die verschiedenen politischen Gruppen angehören²⁷. Das Völkerrecht, wie das Recht überhaupt, sei nicht Produkt des Willens, sondern einfach „le résultat de la solidarité créée par les besoins sociaux“²⁸.

Auch diesen Auffassungen liegt das begrüßenswerte Bestreben zugrunde, ein objektives Merkmal für den Rechtsinhalt zu finden. Aber es scheint mir, daß der Theorie ein unhaltbarer utilitaristischer Glaube zugrunde liegt. Denn „la solidarité et l'interdépendence économique des peuples“ genügt für sich allein noch nicht zur Gewinnung eines Rechtsinhaltes. Gegen die Solidaritätstheorie ist von *Le Fur*²⁹ zutreffend eingewendet worden, daß eine enge Solidarität (und, fügen wir hinzu, Interdependenz) auch zwischen dem Sklaven und seinem Herrn bestehe, und doch würde es niemand einfallen, deshalb die Sklaverei rechtfertigen zu wollen. Eine Norm kann eben nicht aus einer Tatsache abgeleitet werden, und wenn eine soziale Abhängigkeit festgestellt wird, so geht die Tendenz des richtigen Rechts vielleicht ebenso oft dahin, sie zu mildern, als sie zur Rechtsnorm zu erheben. Um das Recht zu begründen, braucht es noch etwas mehr: einen Beurteilungsmaßstab, der nicht in den Dingen selbst liegt. Aber auch die Erklärung des Staates als „pure abstraction“, wie sie von *Duguit* und *Politis* zwecks Begründung des Rechts vorgenommen wird, ist meines Erachtens verfehlt. Denn eine Realität von der Wirksamkeit des Staatsgedankens darf von keiner Rechts-

theorie übersehen werden, am wenigsten von einer solchen, die sich die „realistische“ nennt³⁰. So hat auch die soziologische Jurisprudenz keine befriedigende überpositive Theorie des Rechts liefern können. Und doch blitzt an einer Stelle von *Duguits* Werk die Einsicht in den wahren Sachverhalt auf.

Duguit fragt sich nämlich, wie denn die Menschen dazu kommen, die ökonomischen oder moralischen Regeln in Rechtsregeln umzuwandeln, und er antwortet, dazu bestimme sie ein doppeltes Gefühl: dasjenige des sozialen Nutzens und dasjenige der Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit erscheint als ein Fremdelement in *Duguits* naturalistischem Lehrgebäude³¹. Aber sie weist den richtigen Weg.

Doch bevor wir den „richtigen Weg“ beschreiten wollen, haben wir noch einen Blick zu werfen auf denjenigen Rechtstheoretiker, der heute im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussion steht: *Hans Kelsen*³². *Kelsen* will Positivist sein, da er aber den Positivismus der Rechtswissenschaft anders auffaßt als seine Vorgänger, wird er zum entschiedensten Angreifer auf die sogenannte „herrschende Staatsrechtslehre“. Der Angriff erfolgt dadurch, daß ein Element dieser Lehre, das Logisch-Begriffliche, zur Höchstkultur entwickelt wird. So kann *Kelsen* nicht unrichtig als Testamentsvollstrecker *Labands* bezeichnet werden. Er will eine „reine Rechtslehre“ aufstellen und verwirft deshalb den Methodensynkretismus, den er bei der herrschenden Lehre finden will, um selbst einer rein „normlogischen“ Methode zu folgen.

Es ist zuzugeben, daß *Kelsens* Kritik an der üblichen Methode nicht unzutreffend ist. Denn bei aller Vorliebe für logische Konstruktion huldigt diese Methode doch nicht ausschließlich einem logischen Purismus, sondern sie will auch — ja in erster Linie — das wirklich geltende Recht bearbeiten. Sie hält fest an dem von der historischen Schule überkommenen Glauben, daß im Geschichtlich-Positiven eine zu entdeckende Wahrheit liege. Sie will zum System kommen durch Aufdeckung der dem positiven Stoff zugrunde liegenden Gedanken. Das System soll möglichst geschlossen sein, aber eben nur *möglichst*, nicht vollkommen. Die übliche Methode kann deshalb praktisch sehr gut brauchbare *Annäherungswerte* liefern, aber keine *absoluten Größen*. So enthält die herrschende Theorie Unterscheidungen, die sich nicht

auf eine letzte logische Wurzel zurückführen, nicht auf einen rein logischen Gegensatz reduzieren lassen, sondern die noch eine Beimengung bloß historischer Substanz enthalten, wie: objektives-subjektives Recht, privates-öffentliches Recht, Staatenbund-Bundesstaat, Korporation-Gesellschaft usw. Die Rechtslehre trieb die Abstraktion nicht weiter, sie machte hier halt, ohne die erkenntnistheoretischen Voraussetzungen der juristischen Begriffsbildung zu erforschen. Ihre Logik ist keine unbedingt zwingende, sondern eher — wenn ich so sagen darf — eine *konventionelle*; die Struktur ihres Systems weist mehr Analogien auf mit dem Aufbau der Sprache als mit dem Aufbau der Mathematik oder der Geometrie. Aber diese Anpassung der Methode an den Stoff, die Verwendung eines Arbeitsmittels, das dem Material adäquat ist, hat doch sehr gut brauchbare Resultate gezeitigt — was man bezüglich der „reinen“ Rechtslehre nicht sagen kann.

Um zur Methodenreinheit zu gelangen, bedarf es nach *Kelsen* einer kritischen Besinnung. Diese führt *Kelsen* in Anlehnung an *Kants* Vernunftskritik zum Ausgangspunkt seiner ganzen Lehre: dem Dualismus von Sein und Sollen. Das Sein ist die Welt des kausalen Geschehens; damit hat das Recht nichts zu schaffen. Das Sollen oder die Welt des Normativen hingegen ist die Sphäre, der das Recht ausschließlich angehört. Und nun wird dieser Gegensatz mit äußerster Konsequenz für das ganze Rechtssystem durchgeführt. Alles, was nach kausalem Sein aussieht, wird erbarmungslos aus dem Blickfeld des Juristen verbannt.

Dieser Ausgangspunkt bedingt und dominiert alles Uebrige. Die Resultate der *Kelsenschen* Forschung ergeben sich nicht aus der Untersuchung der in der Erfahrung gegebenen Erscheinungen, sondern sie sind Produkte seiner Methode. So wird der Staat für die normlogische Methode identisch mit der Rechtsordnung; er ist lediglich Ausdruck für „die Einheit eines Systems von Normen“. Einen anderen Staatsbegriff gebe es nicht; etwa einen soziologischen Staatsbegriff neben dem juristischen anzunehmen, sei eine logisch unhaltbare Konstruktion.

Mit dieser brutalen Vereinfachung sind einige der schwierigsten Probleme der Rechtslehre sehr einfach als „Scheinprobleme“ eliminiert³⁹. So das Verhältnis von Recht und Staat, denn es besteht Identität. Das Problem

der Selbstverpflichtung des Staates wird dadurch sinnlos. Bei der Frage nach der Souveränität des Staates und des Verhältnisses von Staat und Völkerrecht handelt es sich nicht um Erkenntnis im Bereich natürlicher Wirklichkeit, sondern um Hypothesen. Was man als Souveränität bezeichnet, ist nur der Ausdruck der Einheit eines Systems von Normen. Da sind nun zwei Hypothesen möglich. Entweder nämlich wird der Staat als souverän vorausgesetzt, d. h. alles sich darbietende Recht wird bezogen auf den Staat als Ausgangspunkt, und es darf voraussetzungsgemäß die Frage nach einem außerhalb des Staates gelegenen Geltungsgrunde nicht gestellt werden. Damit ist der Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung postuliert. Oder es ist die entgegengesetzte Erkenntnishypothese möglich, die vom Primat der Völkerrechtsordnung ausgeht: dann sind die Staaten nicht souverän und das Völkerrecht erscheint als eine alle Staaten als Teilordnungen umfassende Totalrechtsordnung. Die Frage des Verhältnisses des Staats zum Völkerrecht ist bei *Kelsen* nicht eine nach der Rechtswirklichkeit, sondern sie liegt im Bereich von Hypothesen.

Die Lehre *Kelsens* krankt an der Ueberspannung des Axioms, das ihr zugrunde liegt. Gewiß sind Sein und Sollen Gegensätze, und die Einwände, die oben gegen *Krabbe* und *Duguit* vorgebracht wurden, stützen sich gerade hierauf. Aber es ist falsch, das Recht ausschließlich im Sollen suchen und nach rein normlogischer Methode konstruieren zu wollen. Denn das Wesen des Rechts liegt doch gerade darin, daß das Sollen in das Sein umgesetzt, daß der Dualismus von Wert und Wirklichkeit überwunden wird. Das Recht gehört notwendig beiden Sphären an. Die Rechtswirklichkeit ist nicht nur Norm, sondern auch Faktum. Sie ist auch nicht nur Faktum, sondern ebenso sehr normgemäß. Gerade in diesem Sowohl-als-auch liegt die Problematik des Rechts. Dem Recht ist es wesentlich, eine Relation zwischen Geltung und Wirklichkeit zu sein. Deshalb kann weder die Erkenntnis der in dieser Relation stehenden Wirklichkeit, noch die Erkenntnis der in dieser Relation stehenden Norm zu einer vollen, endgültigen Erkenntnis des Rechts führen. Vielmehr wird jede methodenreine Rechtserkenntnis sofort irrelevant, sobald die spezifische Beziehung ihres Gegenstandes zum andern Glied der Relation nicht mehr aufzeigbar ist³⁴.

Gröber ausgedrückt: Die methodenreine Rechtslehre macht den Eindruck einer Mühle, die leer läuft. Sie ist nicht mehr das Wissen von etwas, sondern sie ist eine Denktechnik. Sie entwickelt die Fähigkeit, den Stoff — und zwar sehr spärlichen Stoff — nach bestimmten rein formalen Gesichtspunkten zu zergliedern und damit in ein bereitgestelltes Schema hineinzupressen. Eine Begründung des Rechts liefert sie — mit Wissen und Willen — nicht.

Denn *Kelsen* setzt seiner bohrenden, rücksichtslosen Denktätigkeit selbst eine Schranke, und zwar an einer Stelle, die uns besonders interessiert: bei der Frage nach der Begründung des Rechts. Wie kann, fragt *Kelsen*, das System der positiven Rechtsordnung eindeutig bestimmt, als die Sphäre positiven Rechts gewonnen werden? Seine Antwort ist: nur mit Hilfe einer Hypothese, einer *vorausgesetzten*, lediglich die Einheit der gesetzten Normen konstituierenden Norm. Dies aber sei die hypothetische Grund- oder Ursprungsnorm, die *von der Rechtserkenntnis eingeführt* werden müsse. Sie stehe nicht eigentlich innerhalb des Systems der positiven Rechtssätze, sondern müsse dieses allererst begründen.

Kelsen hat sicher recht, wenn er feststellt, daß das positive Recht nicht aus sich selbst begründet werden kann. Das ist besonders wertvoll bei einem Gelehrten, der selbst die Erfüllung des Positivismus sein will. In der Tat, *das positive Recht weist zu seiner Begründung notwendig über sich selbst hinaus*. Aber die von *Kelsen* eingeführte Grundnorm ist doch für denjenigen, der eine philosophische Begründung des Rechts sucht, nichts als eine Verlegenheitslösung²⁶ — die, das mag zugegeben werden, durch seine positivistische Methode gegeben war. Das ganze vielgestaltige Gebäude des positiven Rechts hängt nach *Kelsen* an einer Grundnorm, die bloß vorausgesetzt, nicht eigentlich vorhanden ist. Dort, wo wir festen Boden unter den Füßen suchen, wo wir den Angelpunkt erwarten, von dem aus das Recht erfaßt werden kann, steht als letzte Instanz eine Hypothese. Und zwar nicht etwa eine Arbeitshypothese, die der Forschung den Weg weist und im Laufe weiterer Untersuchung bestätigt oder korrigiert wird; sondern eine Hypothese, die der weiteren Forschung den Weg versperrt, weil sie ein Endpunkt sein will, über den hinaus voraussetzungsgemäß nicht gefragt werden darf. Sie ist, um einen *Kelsenschen* Terminus zu gebrauchen, der abbrevi-

ierende Ausdruck für eine Fülle juristischer und rechtsphilosophischer Probleme. Beim ersten Schritt ins Ueberpositive richtet *Kelsen* eine Verbottafel auf mit der Ueberschrift: „Ursprungshypothese“³⁶. Wir müssen sie aber beiseite schieben und gerade den hier versperrten Weg beschreiten.

Was steht hinter der „Ursprungsnorm“?

Der erste, der in neuerer Zeit die Frage nach den überpositiven konstitutiven Prinzipien des Rechts aufwarf, war, schon manche Jahre vor *Kelsen*, *Rudolf Stammler*. Er wollte eine reine Rechtslehre schaffen, die das geben sollte, was sich in rechtlichen Erörterungen mit unbedingter Allgemeingültigkeit aufstellen lasse. Das Merkmal der Allgemeingültigkeit könne aber ausschließlich dem ordnenden Verfahren der Rechtsgedanken in seiner formalen Bedeutung zukommen³⁷. So gelangt *Stammler*, wiederum in Anlehnung an *Kant*, zu Kategorien des Rechts, die für die Jurisprudenz eine ähnliche Rolle spielen sollen, wie die Anschauungsformen und Kategorien der Natur für die Naturwissenschaften³⁸. Und in ähnlicher Absicht schreibt *Walther Burckhardt* in seinem neuesten, *Rudolf Stammler* gewidmeten bedeutenden Werk³⁹: Was folgerichtig und was folgewidrig ist, das allein vermag die Rechtswissenschaft aufzuzeigen, nicht was richtig oder was unrichtig, was rechtens oder nicht rechtens ist.

Wir brauchen uns nicht näher dabei aufzuhalten, daß sowohl *Stammler* wie *Burckhardt* schließlich doch zu inhaltlichen Resultaten kommen, was nur möglich ist, wenn ihre formale Methode nicht rein durchgeführt wird. Jedenfalls geht ihre Grundintention auf das Formal-Allgemeingültige. Darin sehen sie das einzige, was über das positive Recht hinausliegt. Wenn es ein Naturrecht gibt, so höchstens ein solches mit „wechselndem Inhalt“ (*Stammler*). Das heißt aber, daß der Inhalt in keiner Weise teil hat am überpositiven Charakter. *Stammlers* rechtsphilosophisches Werk war eine Tat zu einer Zeit, die dem Positivismus huldigte. Sie war wohl das Aeüßerste dessen, was die wissenschaftliche Welt damals anzunehmen gewillt war.

Aber die heutige geistige Lage ist eine andere. Man sieht ein, daß der Formalismus ungenügend ist, ja daß er sein eigenes Ungenügen bekundet, indem er schließlich auf methodenwidrigen Umwegen selbst zu materialen Postulaten gelangt. Und wie man heute bestrebt ist, vom Formalismus in

der Ethik zu einer materialen Wertethik zu gelangen⁴⁰, so muß der Weg auch gehen vom Formalismus im Recht zur Wissenschaft von obersten inhaltlichen Rechtsgrundsätzen. Es kann nicht befriedigen, nur das Begrifflich-Formale als Grundlage der Rechtswissenschaft aufzufassen, da dieses doch immer nur Mittel zum Zweck, immer nur *um des Inhaltlichen willen* da ist. Der *Sinn* des Rechts liegt nie im Formalen, sondern immer im Materialen. Es soll nicht nur Recht überhaupt sein, sondern es soll ein bestimmt geartetes Recht verwirklicht werden.

Bis vor kurzem konnte man einem ernsthaften Juristen keinen schärferen Vorwurf machen als den, er treibe Naturrecht. Es war zwar ein falscher Vorwurf, denn auch der entschiedenste Positivist mußte Wesentlichstes, wie Auslegungsmethode, Denk- und Schlußformen, aus außergesetzlichen Quellen beziehen. Aber heute ist es auch in der Staatsrechtswissenschaft erlaubt, wieder davon zu sprechen, daß das Recht auf überpositivem Fundamente ruht, ja daß der *Gedanke des Naturrechts* als das Wissen von einer höhern Ordnung etwas Ewiges und Unvermeidliches ist⁴¹.

In der Tat konnte dieser Gedanke nur verlorengehen unter dem Eindruck der großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, die das ungeschriebene Recht in eine scheinbar unbedeutende Rolle zurückdrängten. Aber das Bewußtsein einer naturrechtlichen Begründung des Rechts mußte demjenigen lebendig bleiben, der sich beschäftigte mit dem Recht früherer Entwicklungsstufen oder mit Rechten, denen noch keine umfassende Kodifikation zuteil wurde, wie dem englisch-amerikanischen. Denn das Eigenartige liegt hier darin, daß diese Rechte in ihrem Kern nicht als eine willkürliche Schöpfung des Menschen gelten, sondern als eine objektiv gegebene, zu entdeckende und zu verwirklichende Ordnung. Auf primitiver Rechtsstufe kann dieser Gedanke eine solche Intensität erlangen, daß der sprachliche Unterschied zwischen Gesetz und Religion verschwindet; aber auch ein Rechtssystem, das sich wie das englisch-amerikanische Common-law in der Gegenwart größter Vitalität erfreut, will im Grunde nichts anderes sein als „auf die Erfahrung angewandte Vernunft“⁴². Ähnliches gilt vom Völkerrecht. Wie anders sollte aus der Masse von Präzedenzfällen, die sich nur teilweise decken, ja oft widersprechen und nicht deutlich voneinander abgegrenzt sind, ein ob-

jektives Recht abstrahiert werden können als dadurch, daß aus ihnen das sachlich Vernünftige, dem grundlegenden Rechtsgedanken Entsprechende, ausgelesen wird — vielleicht noch richtiger: als in ihnen vorhanden vorausgesetzt wird⁴³? Der verschwommene Stoff der Rechtspraxis erhält erst dann die für die rechtliche Handhabung nötige Konsistenz, wenn er von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen durchleuchtet wird. Nur derjenige kann ihn handhaben, der die fundamentalen Gedanken bereits sein eigen nennt. Das richterliche Urteil ist in diesen Rechtsgebieten, mit ihrem fortwährenden unvermeidlichen Ausgerichtetsein auf letzte Gesichtspunkte, nie bloße Rechtsanwendung, sondern immer auch Rechtsschöpfung.

Was für das Gewohnheitsrecht wahr ist, kann für das kodifizierte Recht nicht falsch sein. Der Unterschied ist nicht einer der Art, sondern ein solcher des Grades. Die größere Präzision des geschriebenen Rechts macht die Besinnung auf die tragenden Gedanken seltener notwendig. Daher kommen die schweizerischen Gerichte in Anwendung des Zivilrechts nur selten in den Fall, Art. 1 ZGB anzuwenden, während internationale Gerichte in Anwendung des Völkerrechts häufig auf die „allgemeinen, von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze“ (auf die Art. 38 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs verweist) zurückgreifen, wenn sie ihre Begründungen auch nicht immer so etikettieren⁴⁴. Dieses Zurückgreifen ist bei Anwendung geschriebenen Rechts nur deshalb seltener, weil die Grundlage, die entscheidende Bewertung, im Gesetz bereits mitkodifiziert worden ist. Aber sie ist ebensowohl wesentlicher, unentbehrlicher Bestandteil des Gesetzesrechts wie des Gewohnheitsrechts. Beide erhalten ihren Charakter als Recht erst durch ihre Bezogenheit auf letzte, überpositive Werte.

Wie stark heute das Bewußtsein für die Notwendigkeit einer überpositiven Begründung des Rechts ist, haben die Erfahrungen auf der Tagung deutscher Staatsrechtslehrer im Jahre 1927 gezeigt. Es sollten zwei Referate gehalten werden über eine positiv-rechtliche Frage, nämlich den Begriff des Gesetzes in der deutschen Reichsverfassung. Beide Referenten erklärten sich außerstande, auf die in der Fragestellung liegende Spezialisierung einzugehen; beide hielten es für erforderlich, vorerst einmal rechtsphilosophische Prolegomena zu geben, um die Grundlage zu schaffen, von der aus eine

fruchtbringende Behandlung der Probleme der Weimarer Verfassung erst möglich sei⁴⁵. Auch sonst setzt sich die Einsicht immer mehr durch, daß das Recht seinen Rechtscharakter erst durch seine Relation zu einer überempirischen objektiven Wertordnung erhält. Besonders bezeichnend sind in dieser Hinsicht die Aussagen derjenigen, deren wichtigstes Arbeitsgebiet das positive Recht ist. Auf *Erich Kaufmann* ist bereits hingewiesen worden. *Anzilotti* schreibt in seinem „Corso di diritto internazionale“ (Bd. I 1923, S. 12), indem er „diritto positivo“ und „giustizia, o, se vuoi, diritto naturale“ einander gegenüberstellt: „Sono due ordini di criteri di valutazione *que tendono* costantemente *ad un' adeguazione sempre maggiore*, perchè il diritto vuol essere conforme a giustizia e questa vuol conseguire la massima efficienza pratica traducendosi in norme giuridiche.“ Einer der modernsten Schriftsteller, *Alfred Verdross*⁴⁶, führt aus, daß die normative Geltung des positiven Rechts in dem unmittelbar einsichtigen Gerechtigkeitswert des „*suum cuique*“ wurzle, so daß jene soziale Ordnung als Rechtsordnung anzusprechen sei, die grundsätzlich auf den Gerechtigkeitswert hin sinnbezogen ist. Oder in Fortführung des Gedankens *Kelsens*: Soll dem positiven Recht objektive normative Geltung zukommen, dann muß es durch seine Grundnorm im *objektiven Reich der Werte* verankert werden⁴⁷.

Wenn wir noch genauer nach dem überpositiven Wert fragen, der dem Recht seinen Rechtscharakter gibt, der es hineinstellt in den Kosmos der Werte, ohne den es ein Baum ohne Wurzel wäre, so lautet die Antwort: die *Rechtsidee*. Die Rechtsidee ist, wie *Binder*⁴⁸ ausführt, das konstitutive Element der empirischen Rechtswirklichkeit. Das positive Recht erscheint als ein Versuch, die in der transzendentalen Norm des Rechts liegende Forderung in der Wirklichkeit zu erfüllen. Die unentbehrliche überpositive Begründung des Rechts kann weder in der Psychologie noch in der Soziologie gefunden werden. Nur durch die Verankerung im Transzendenten läßt sich die Rechtsordnung als eine Normordnung begreifen. Die Rechtsidee ist aufzufassen als eine kategorische Forderung, der sich das menschliche Zusammenleben zu fügen hat. Sie schreibt einen ihr gemäßen Zustand vor und ist somit Veranlassung, daß dieser Zustand hergestellt werde⁴⁹. So sind es nicht nur die einzelnen Rechtsnormen, die Anspruch erheben, in die Wirklichkeit

umgesetzt zu werden, sondern es ist schon die Rechtsordnung überhaupt, deren Existenz außerhalb dem Bereich der Naturgesetzlichkeit liegt und deren Schaffung als ein an die Menschheit gerichteter Imperativ erscheint.

Aber es tauchen Bedenken auf gegen diese Auffassung: Ziehen wir damit nicht mit fliegenden Fahnen wieder ein in das lange verlassene Refugium des Naturrechts? Wird damit nicht das positive Recht zugunsten der Ethik, die Jurisprudenz zugunsten der Rechtsphilosophie aufgehoben? Ich glaube nicht. Zwischen dem Naturrecht des 18. Jahrhunderts und der Gegenwart liegt die historische Schule und der Positivismus, und eine Lehre, die hieran anschließt, kann den Eigenwert des empirischen Rechts gegenüber allem Naturrecht nicht übersehen. Vor allem *ein* Irrtum sollte heute nicht mehr möglich sein; der Glaube nämlich, das konkrete Recht lasse sich durch logische Ableitung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen gewinnen⁵⁰. Dieser Glaube beruht auf einer falschen Gleichsetzung des juristischen mit dem mathematischen Denken. Man glaubte — und dieser Glaube liegt auch *Iherings* naturwissenschaftlicher Methode und *Kelsens* System zugrunde —, daß sich die Rechtssätze mit derselben sichern Eindeutigkeit aus einigen Axiomen ableiten lassen wie die Lehrsätze der Mathematik⁵¹. Man übersieht aber dabei, daß die Eindeutigkeit der mathematischen Deduktion, die Eigenschaft des einzig Möglichen, die ihr zukommt, dem rechtlichen Denken mangelt. Für eine mathematische Aufgabe gibt es nur *eine* richtige Lösung, für eine rechtliche Aufgabe deren verschiedene. Die Rechtsidee läßt mehrere Lösungen eines Rechtsproblems ebenso zu, wie die Aesthetik mehrere Darstellungen desselben Gegenstandes als schön, die Grammatik verschiedene Formulierungen desselben Gedankens als richtig anerkennen muß. Für die Konkretisierung der Rechtsidee im positiven Recht bleibt ein weiter Spielraum. Denn zwischen Rechtsidee und geltendes Recht schiebt sich — im völligen Gegensatz zur Mathematik und zu den Naturwissenschaften — der menschliche Wille. Erst durch den menschlichen Willen geschieht die Anwendung der Rechtsidee auf die gegebene historisch-politische Situation. Erst dadurch erfolgt die für die Rechtsanwendung unentbehrliche Determination. Denn um eine durch die Berücksichtigung geschichtlich gegebener Elemente bedingte *Determination* handelt es sich und nicht um eine logisch aus Prämissen folgende *Kon-*

*klusion*⁵². Um einen bekannten Ausspruch *Rankes* zu variieren: Ohne Sprung, ohne neuen Anfang kann man aus dem Allgemeinen der Rechtsidee gar nicht in das Besondere des positiven Rechts gelangen⁵³. Dieser neue Anfang wird durch den die Wirklichkeit im Lichte der Rechtsidee beurteilenden Menschen gesetzt. Deshalb ist das positive Recht nicht a priori konstruierbar, es kann durch die Kombination zeitloser Begriffe nicht geschaffen, sondern höchstens nachträglich konstruktiv aufgelöst werden⁵⁴.

Was ergibt sich darauf für das Verhältnis von Staat und Recht?

Im Prozeß der Konkretisierung der Rechtsidee zum positiven Recht nimmt heute der Staat eine ganz besondere Stellung ein. Der menschliche Wille, der dem positiven Recht innewohnt, ist fast ausschließlich staatlicher Wille. Der Staat gibt dem Recht den dezisionistischen Charakter. Er verfügt über die Macht und die nötigen Organe zur Zwangsanzwendung. Seine Eigenschaft als gebietsuniversale Entscheidungseinheit⁵⁵ sichert ihm das Monopol der Rechtsverwirklichung.

Aber es zeigt sich sofort ein Widerspruch. Aus der Notwendigkeit, den menschlichen, besonders den staatlichen Willen für die Umsetzung der Idee in die Wirklichkeit zu beanspruchen, aus der Unmöglichkeit, ein Recht zur Durchführung zu bringen, dem nicht nötigenfalls die Macht zur Verfügung steht, ergibt sich, daß der mit Willen und Macht ausgestattete Staat eine Zwangsordnung durchführen kann, welche der Rechtsidee nicht entspricht. Aber wie unsere ganze bisherige Ueberlegung gezeigt hat, wäre es verfehlt, aus dieser praktischen Lage auf die Natur des Rechts zu schließen und mit dem Positivismus zu behaupten, daß Recht nichts als Staatswille sei. Denn dieser Staatswille schöpft ja seine Rechtfertigung erst daraus, daß er eine durch die besondere Individualität des Staates bedingte Verwirklichung der Rechtsidee sein soll⁵⁶. Rechtsidee und positives Recht gehören für den Juristen zusammen, wie für den Philologen Sinn und sprachlicher Ausdruck; eines ist auf das andere angewiesen, eines hält das andere. Ein ähnliches Verhältnis wie zwischen Rechtsidee und positivem Recht finden wir, innerhalb des positiven Rechts selbst, zwischen Gesetz und individuellem Staatsakt: auch ein fehlerhafter, gesetzwidriger Staatsakt kann in Rechtskraft erwachsen, ohne daß dadurch das Gesetz, dem er widerspricht, seine Geltung verlöre.

Eine Ueberwindung dieser Antinomie zwischen Rechtsidee und positivem Recht gibt es nicht; abzulehnen ist die monistische Auflösung des Widerspruchs, sei es dadurch, daß die Rechtsidee dem positiven Recht oder daß das positive Recht dem Naturrecht geopfert wird. Ueber den Widerspruch läßt sich nicht hinwegkommen. Wenn wir nun fragen, was nach dieser Auffassung letzte Instanz ist, so lautet die vielleicht etwas resigniert Antwort: *theoretisch* ist die *Rechtsidee*, *praktisch* der *Staat* die letzte Instanz.

Diese Gegenüberstellung von Theoretisch und Praktisch verleite nicht zur Meinung, daß theoretisch so viel sei wie praktisch bedeutungslos. Im Gegenteil: wenn auch einer nur theoretischen Geltung die physische Erzwingbarkeit fehlt, so ist sie doch auf die praktische Gestaltung der Dinge von größtem Einfluß. Denn die geistige Welt — und dazu gehört das Recht — als eine selbsterschaffene und die Geisteswissenschaften — dahin gehört die Jurisprudenz — als nacherzeugende Wissenschaften (*Vico*)⁵⁷ setzen ein richtunggebendes oberstes Prinzip geradezu voraus.

Diese Auffassung ist auch von Bedeutung für die Einstellung zu dem in seiner juristischen Natur besonders problematischen Völkerrecht. Es folgt aus ihr die Bejahung der Rechtsnatur des Völkerrechts. Denn es hat die gleiche Grundlage wie alles Recht überhaupt. Wenn das konstitutive Element einer Rechtsordnung nicht die staatliche Macht, sondern die Rechtsidee ist und die Rechtsidee eine kategorische Forderung darstellt, so müssen auch die Beziehungen von Staat zu Staat als Rechtsbeziehungen erfaßt werden. Der Mangel einer über den Staaten stehenden und von ihnen unabhängigen Macht berührt die Rechtsnatur der zwischenstaatlichen Beziehungen nicht. Diese Ansicht wird selbst von einem entgegengesetzten Standpunkt aus, wie ihn *Burckhardt* in seinem neuesten Werk einnimmt, bestätigt. Denn auch *Burckhardt*⁵⁸ anerkennt, daß man sich vernunftnotwendig die Beziehungen unter Staaten als von Vernunftgrundsätzen beherrscht denken muß; daß das Völkerrecht von der Vernunft unabweisbar gefordert werde. Damit aber gibt er — in etwas anderer Formulierung — dem Völkerrecht die Grundlage, die als die einzig befriedigende Grundlage alles Rechts, auch des innerstaatlichen, angenommen werden muß.

Andererseits wird die Erkenntnis, daß praktisch die Staaten die letzte Instanz sind, den Blick offen halten für die Unvollkommenheiten des Völkerrechts. Und wenn das Völkerrecht mangelhaft erscheint, weil es nur durch die Staaten, das sind die Normunterworfenen, konkretisiert und vollzogen werden kann, so stellt sich hier ein analoges Problem wie in der Demokratie, wo ja auch grundsätzlich die Identität von Herrscher und Beherrschten gilt. Gerade bei dieser im modernen Recht häufig in Erscheinung tretenden eigentümlichen Lage ist es notwendig, den konstitutiven Charakter der Rechtsidee nicht aus den Augen zu verlieren.

Wenn ich versucht habe, gegen den Rechtspositivismus als rechtsphilosophisches System Stellung zu nehmen und die neuen, auf eine überpositive Begründung des Rechts zielenden Richtungen der Staatsrechtslehre in einer allerdings sehr summarischen Weise zu skizzieren, so soll damit nicht der Eindruck erweckt werden, als sei das positive Recht zu verachten. Im Gegenteil, das positive Recht ist das tägliche Arbeitsgebiet des Juristen, und eine scharfe Erfassung dieses Rechts, vor allem auch im internationalen Verhältnis, ist die notwendige Grundlage, der unentbehrliche Ausgangspunkt jeder juristischen Untersuchung. Aber diese werktägliche Arbeit muß zeitweise aussetzen und abgelöst werden durch die Beschäftigung mit juristischen Grundproblemen. Nur in diesem Gebiete kommen wir über die Routine hinaus und gewinnen Kraft und Richtung für eine fruchtbare Behandlung des positiven Rechts. Wenn sich die Wissenschaft auf die Wirklichkeit einstellt, wenn sie die Wirklichkeit nicht nur als Erkenntnisobjekt, sondern als Norm auffaßt, so stellt sie sich der Weiterentwicklung des Rechts entgegen. Es fehlt ihr dann der Punkt, von dem aus die Dinge bewegt und gehoben werden können. Nur aus der Spannung zwischen Sein und Sollen ergibt sich Fortschritt und Erneuerung.

Es ist hier die Ansicht vertreten worden, daß das positive Recht Sinn und Richtmaß erhalte aus einer transzendenten Wertordnung. Nicht minder gilt das für die Rechtswissenschaft. Derjenige, der sich ihr widmet, tut es nicht, um sich zum Diener des Gesetzgebers zu machen, sondern er tut es im Bewußtsein, sich in den Dienst einer überpositiven Ordnung zu stellen, die zu verwirklichen uns aufgegeben ist.

Man werfe nicht ein, das sei Spekulation, die der harten Wirklichkeit nicht standhalte. Die Wirklichkeit steht nicht als eine schlechthin gegebene, nur zu erkennende, vor uns. Die Dinge liegen viel feiner und verwickelter. Die Grenze zwischen Erkennen und Wirken ist fließend. Die Geisteswissenschaften stehen mitten drin zwischen theoretischer Reflexion und produktivem Schaffen⁵⁹: sie können die Wirklichkeit nicht erkennen, ohne gleichzeitig die Wirklichkeit mitzugestalten. Der Gesichtspunkt, der einer Erkenntnis zugrunde liegt, ist nicht nur ein Ordnungsprinzip für das gegebene Material, sondern er wirkt zugleich produktiv für die Gestaltung der entsprechenden Wirklichkeit. Das „Erkennen“ läßt sich vom „formenden Zugriff“ nicht trennen. Und so kann auch kein Schriftsteller, Staatsmann oder Gelehrter für die Bejahung oder Verneinung einer bestimmten Rechtsauffassung Zeugnis ablegen, ohne mitzuhelfen, daß er recht hat⁶⁰. Wenn die Dinge so liegen, so kann kein Zweifel sein, wo die Stellung des Juristen ist, der an eine Zukunft glaubt, und nicht durch müde Resignation selbst den Mächten der Auflösung und Zerstörung Vorschub leistet. Und es kann kein Zweifel sein, welches die Stellung des schweizerischen Völkerrechtlers sein muß, wenn der hier vertretene rechts- und völkerrechts-optimistische Standpunkt nicht nur von der Erkenntnis als richtig befunden, von der Ethik postuliert, sondern auch — dank einer seltenen Fügung des Schicksals — als im wahren Interesse unseres Landes liegend erkannt wird.

¹ *Job. Christiansen*, zit. *Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 2. Halbband, S. 590.

² *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage 1911, S. IX.

³ Ebenso *Gutzwiller*, Gegenwart und Zukunft der Privatrechtswissenschaft, 1927, S. 11.

⁴ a. a. O. S. VI.

⁵ *Gierke*, Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien, 1874, Neudruck 1915, S. 5.

⁶ *Contrat Social*, livre II, ch. III, livre IV, ch. I.

⁷ Ausgewählte Schriften und Reden 1911, II S. 374.

⁸ Staatsrecht I S. 331.

⁹ *Triepel*, Staatsrecht und Politik, 1926, S. 38. v. *Hippel*, Ueber Objektivität im öffentlichen Recht, Archiv des öffentlichen Rechts, N. F. 12, S. 405.

¹⁰ *Erich Kaufmann*, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921, S. 98. Aehnlich *Eugen Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, S. 96, Anm. 165. *Binder*, Rechts-

philosophie, S. 507. *Meyerson*: «Toute science suppose un minimum de métaphysique», zitiert nebst anderen Belegstellen von *Le Fur*, *Revue de Droit international* 1927 (10^{ème} année), S. 690. *Hans Febr*, *Recht und Wirklichkeit*, 1927, S. 50.

¹¹ Zitiert von *Meinecke*, *Die Idee der Staatsraison*, 1925, S. 497.

¹² *Gierke* charakterisiert schon 1880 treffend: für diese «Betrachtungsweise verschwindet zuletzt die Rechtsidee hinsichtlich ihres Inhaltes in der Nützlichkeitsidee und hinsichtlich ihrer Wirksamkeit in der Machtidee». *Johannes Althusius* S. 317.

¹³ S. nun aber neuestens die unter dem Titel «Politische Wissenschaft» erscheinende Schriftenreihe der Deutschen Hochschule für Politik und des Instituts für auswärtige Politik in Hamburg, 1927 ff.

¹⁴ Die Freirechtsschule hat auf das Staatsrecht keinen unmittelbaren Einfluß ausgeübt. Die von ihr befürwortete freie Stellung des Richters zum Gesetz bestand im Gebiete des öffentlichen Rechts, soweit dies überhaupt der richterlichen Entscheidung unterlag, zur Hauptsache schon. Die Mängel des staatsrechtlichen Positivismus zeigten sich mehr dort, wo der Richter nicht zukam.

¹⁵ Neuestens kommt dazu: *Krabbe*, *L'Idée moderne de l'Etat*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1926 III; Derselbe: *Der «innere» Wert des Rechts*, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* I (1926/27), S. 153 ff.

¹⁶ Die moderne Staatsidee S. 199, *Recueil* S. 573: «C'est dans ce qui agit en nous, sous le nom d'instinct, de sentiment, de conscience juridique dans cette force naturelle qui est au plus profond de notre être, que réside le fondement de ce pouvoir qui nous oblige à vivre dans une communauté, que réside le fondement de la puissance qui est contenue dans l'idée de l'Etat.»

¹⁷ Staatsidee S. 267, *Recueil* S. 577: auch für das internationale Recht gelte, daß «la base de son caractère obligatoire réside dans la conscience juridique de l'homme».

¹⁸ Staatsidee S. 203.

¹⁹ Staatsidee S. 219.

²⁰ Staatsidee S. 199.

²¹ *L. Duguit*, *Traité de Droit Constitutionnel*, 5 Bde, 2. Aufl. 1921—1925; *R. Bonnard*, *La doctrine de Duguit sur le droit et l'Etat*, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* I S. 18; *Josef L. Kunz*, *Die Rechts- und Staatslehre Leon Duguits*, ebenda S. 140, 204.

²² Dazu *E. Kaufmann*, *Otto Mayer*, in *Verwaltungsarchiv* 30 (1925) S. 386.

²³ *Duguit*, *Traité* II S. 54.

²⁴ Es wird allerdings nicht klar, wie einerseits die regierenden Personen eine «*puissance de fait*» innehaben sollen, wie aber andererseits «*ce fait de force*» (I 397) mit der unverbrüchlichen Bindung dieser Personen ans Recht vereinbar ist. Darauf macht auch *Kunz*, a. a. O. S. 211, aufmerksam. Es zeigt sich hier die Unmöglichkeit, eine soziologisch-kausale und eine normative Betrachtungsweise miteinander in einem System zu verschmelzen. Die gleichen Bedenken bestehen gegen *Hauriou's* Souveränitätslehre, dazu mein *Staatswillen* in der *Demokratie* 1921, S. 50.

²⁵ *N. Politis*, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, *Recueil des cours de l'Académie de Droit international* 1925 I. *Les nouvelles tendances du Droit international* 1927. *Les transformations du Droit international*, in *Revue de Droit international* I (1927) S. 57.

²⁶ *Recueil* S. 10.

²⁷ Recueil S. 7.

²⁸ Nouvelles tendances S. 48.

²⁹ Jus naturae et gentium, *Niemeyers* Zeitschrift für Internationales Recht 34, S. 124.

³⁰ Treffend *F. von Calker*, Einführung in die Politik, 1927, S. 65, der die Rechtsordnung bezeichnet als «Objektivierung der Entelechie einer organisch verbundenen Gesamtheit von Rechtsgenossen».

³¹ Um so mehr als ihr *Duguit* einen näher bestimmten Inhalt in Anlehnung an Thomas von Aquino gibt. *Traité I* S. 49, 52.

³² Allgemeine Staatslehre 1925. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl. 1928, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Aufl. 1928. Zur Kritik Kelsens vgl. u. a.: *Erich Kaufmann*, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921; *Siegfried Marck*, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, 1925; *A. Hold-Ferneck*, Der Staat als Uebermensch, 1926, und die unten zitierten Aufsätze von *Horváth*.

³³ *R. Pound*, einer der ersten lebenden Juristen des englisch-amerikanischen Kulturgebiets, ironisiert diese Tendenz *Kelsens* und verwandter Schulen: «Thus we are to get a universal science of law rid of all the doubts and difficulties which make a science of law worth having.» *Harvard Law Review* 41 (1927/28 S. 177). *B. Horváth*, Die Idee der Gerechtigkeit, *Zeitschrift für öffentliches Recht* VII (1928) S. 511: «Die Vereinfachung des Materials, die Problemverarmung offenbart sich darin, daß nach und nach der größte Teil des Problemmaterials als juristisch irrelevanter, weil metarechtlicher Stoff, aus der Rechtstheorie verwiesen wird. Anstatt gelöst zu werden, werden die Hauptprobleme der Rechtstheorie einfach dem Metajuristischen, dem Naturrecht überantwortet.»

³⁴ So zutreffend *B. Horváth*, Die Grundlagen der «Universalistischen Metaphysik» in der Rechtsphilosophie *Julius Binders*, *Zeitschrift für öffentl. Recht* VI. S. 114. *Ladischenskij*, Normen und Naturgesetze, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* I, S. 249: «Doch wenn die empirische Wirklichkeit mit den Normen nichts gemein hat, so kommen wir zum Schluß, daß die Normen nichts normieren können. . . das Sollende ist das, was sich verwirklichen soll.» Ähnlich *Mezger*, Recht und Erfahrung, dieselbe Zeitschrift II, S. 13. Ueber das hier in Frage stehende geisteswissenschaftliche Problem überhaupt: *Th. Litt*, Individuum und Gemeinschaft, 3. Aufl. 1926, dort S. 375: «Unsere Erörterungen haben gezeigt, daß jeder solcher Monismus der Methode die Realität, die er als Ganzes ergreifen möchte, von der einen oder andern Seite her vergewaltigt. . .» Im Anschluß an *Litt* schreibt *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 77: «. . . alle Wissenschaft vom geistigen Leben verfehlt ihren Gegenstand, wenn sie in vergeblichem, weil den Naturwissenschaften vorbehaltenem Methodenmonismus entweder als vitalistisch-organologische nur den wirklichen Lebensstrom als solchen, oder als ideell systematisierende (wie die Normlogik der Wiener Schule) nur den zeitlos ideellen Gehalt bearbeitet, statt in unvermeidlichem ‚Oszillieren des Gedankens‘ den Gegenstand in seiner Doppelseitigkeit als Lebens- und Sinnordnung zu erfassen.»

³⁵ Es besteht natürlich die Möglichkeit, die Ursprungsnorm rein positivistisch aufzufassen und z. B. zu sagen: das heutige österreichische Recht ist gültig unter der Voraussetzung, daß der Beschluß der provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918 über die «Grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt» als Gültigkeitsquelle angenommen wird. Diese Auffassung dürfte der Meinung *Kelsens* am nächsten kommen. Aber damit ist die Frage nach der Begründung des positiven Rechts nicht beantwortet,

sondern abgeschnitten. Für die Wissenschaft ist damit das letzte Wort nicht gesprochen.

³⁶ Es ist aber zutreffend, wenn *Verdroß* sagt (Friedenswarte, Januar 1928, S. 13), daß Kelsen «durch seine Lehre von der Grundnorm die erste Bresche in die herrschende Festung des in sich geschlossenen Positivismus gelegt und damit gerade die Einsicht von der notwendigen ethischen Grundlegung des positiven Rechts verbreitet hat».

³⁷ Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1923, S. 2—3.

³⁸ *Tatarin-Tarnheyden*, Staat und Recht in ihrem begrifflichen Verhältnis. Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstag 1926, S. 517.

³⁹ Die Organisation der Rechtsgemeinschaft 1927, S. XI.

⁴⁰ *Max Scheler*, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 3. Aufl. 1927.

⁴¹ *Erich Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne von Art. 109 der Reichsverfassung. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3 1927, S. 3.

⁴² *Roscoe Pound*, The Spirit of the Common-law, 1921, S. 183: «The Common-law doctrine is one of reason applied to experience... It holds that law is not to be made arbitrarily by a fiat of the sovereign will, but is to be discovered by judicial and juristic experience of the rules and principles which in the past have accomplished or have failed to accomplish justice.»

⁴³ So auch *A. P. Higgins*, der sich zum Positivismus bekennt, aber beifügt: «Appeals are, however, made to the underlying principles of the Law of Nature under the name of Reason or Justice when a test is sought for existing rules or as means of suggesting new rules to fill the gaps in the law which modern conditions disclose.» *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht* 34, S. 142.

⁴⁴ *Spiropoulos*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht, 1928.

⁴⁵ Nach dem Bericht von *Hensel* im Archiv des öffentlichen Rechts 13, S. 110. Seither sind die Referate erschienen in Heft 4 der Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, 1928.

⁴⁶ Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft 1926, S. 3, 23.

⁴⁷ Weitere Zitate bei *Verdroß*. Vgl. ferner die Umfrage *Niemeyers* zum Gedächtnis des Hugo Grotius: «Ius naturae et gentium», 41 Antworten in *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, 34. Band (1925). *Arthur Baumgarten*, Erkenntnis, Wissenschaft, Philosophie, 1927. Freiherr *Marschall v. Bieberstein*, Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze, 1927, mit vielen Nachweisen. *Hans Fehr*, a. a. O., *R. Smend*, a. a. O. S. 52 und 107: «Ohne Legitimität, d. h. ohne Geltungsbegründung in geschichtlich geltenden, dem Staat und seinem Recht transzendenten Werten gibt es keine Geltung der positiven Verfassung und Rechtsordnung selbst.» Ueber die entsprechende französische Literatur: «*Le Fur*, Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique, in *Revue de Droit international I* (1927) S. 658 ff.

⁴⁸ *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, S. 257.

⁴⁹ *Binder* S. 135.

⁵⁰ Eine Vorstellung, die von der historischen Naturrechtsschule zwar nicht vertreten, wohl aber von der Polemik ihr unterschoben worden ist.

⁵¹ Seitdem dieser Vortrag gehalten worden ist, hat Kelsen zwei Aufsätze über das Naturrecht erscheinen lassen. Er behauptet, es entspreche der Idee des Naturrechts, als

einer «natürlichen» Ordnung, daß deren Normen . . . ebenso einleuchtend sind wie etwa die Regeln der Logik (S. 225 des unten erstzitierten Aufsatzes). Daran knüpft sich eine (auch in anderer Hinsicht) verfehlte Polemik gegen das Naturrecht. Zeitschrift für öffentliches Recht VII S. 221, und Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts II S. 71.

⁵² *Verdroß*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft S. 27.

⁵³ *Ranke*, Das politische Gespräch, herausgegeben von E. Rothacker, 1925, S. 22.

⁵⁴ Nicht ganz zutreffend ist es daher meines Erachtens, wenn *W. Burckhardt*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 4 schreibt: «Das ist aber auch das Problem: Wie kann die Rechtsordnung, die darauf ausgeht, das sachlich Richtige anzuordnen, die sachlich richtige Norm unausgesprochen und das sachlich Richtige zurücktreten lassen hinter den Entschlüssen subjektiver Willkür?» Denn das «sachlich Richtige» ist keineswegs eindeutig bestimmt und bildet deshalb keinen notwendigen Gegensatz zur «Willkür». Zu der ganzen Frage *A. Gysin*, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, Zürich 1927.

⁵⁵ *H. Heller*, Die Souveränität, 1927, S. 102. Den Ausführungen dieser in mancher Hinsicht bedeutenden Schrift kann ich allerdings nicht durchwegs zustimmen.

⁵⁶ *Manigk*, Die Idee des Naturrechts, Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstag, 1926, S. 30. *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 21: «Das Staatsrecht ist nur eine Positivierung jener geistesgesetzlichen Möglichkeiten und Aufgaben, und daher nur aus diesen zu verstehen, und umgekehrt bedürfen diese der rechtlichen Positivierung, um sich dauerhaft und befriedigend zu erfüllen.»

⁵⁷ *E. Rothacker*, Logik und Systematik der Geisteswissenschaften, 1927, S. 15.

⁵⁸ Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 375.

⁵⁹ *E. Rothacker*, a. a. O. S. 110.

⁶⁰ *R. Thoma* in Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht 34, S. 180.

DIETRICH SCHINDLER

GEW. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

RECHT STAAT
VÖLKERGEMEINSCHAFT

*Ausgewählte Schriften
und Fragmente aus dem Nachlaß*

SCHULTHESS & CO. AG. / ZÜRICH 1948

COPYRIGHT 1948 BY SCHULTHESS & CO. AG. ZÜRICH

PRINTED IN SWITZERLAND

DRUCK: BUCHDRUCKEREI DER NEUEN ZÜRCHER ZEITUNG