

III. TEIL

Das Recht im sozialen Ganzen.

1. Die Aufgabe.

Wir haben bisher versucht, das Wesen des Rechts zu bestimmen. Die reine Rechtslehre ist als eine für die Erkenntnis des Rechts ungeeignete Methode zurückgewiesen worden, da sie als Wesen des Rechts deklariert, was — wenn der Vergleich gestattet ist — gleichsam nur eine Linie im Spektrum des Rechts ausmacht. Das Recht kann nicht aus einem Prinzip hergeleitet, oder nach einer Methode, der normativen, erkannt werden. Es ist ein umfassenderes Phänomen. Aber andererseits wäre es auch falsch, das Recht als eine Summe verschiedener Elemente aufzufassen. Die dem Wesen des Rechts adäquate Erkenntnismethode schien uns vielmehr die dialektische zu sein, die das Recht als dialektische Einheit verschiedener Momente zu begreifen sucht. In der Gleichzeitigkeit des Zusammenseins und der gegenseitigen Spannung der Momente äußert sich ihr dialektisches Verhältnis. Darin aber, daß diese Momente, jedes für sich genommen, nichts spezifisch rechtliches an sich haben, sondern über den Rechtsbereich hinausragen, zeigt sich der Zusammenhang des Rechts mit der Gesamtheit des sozialen und menschlichen Seins und Geschehens. Denn es sind nicht die Momente an sich, sondern, wie früher erwähnt, ihre Konstellation, welche für das Recht charakteristisch ist.

Wir haben nun die bisher geübte Methode weiter anzuwenden, müssen aber zuvor einen Stellungswechsel vornehmen. Wir werden nicht mehr das Recht zum unmittelbaren Gegenstand unserer Betrachtung machen, den Blick also nicht mehr dem Recht zuwenden und in seine innere Struktur einzudringen versuchen. Sondern wir wenden ihm gleichsam den Rücken zu, nehmen es als eine feststehende, der eigenen inneren Problematik entrobene Größe hin, und blicken auf die das Recht umgebenden Erscheinungen des sozialen Lebens. Wir studieren die Beziehungen des Rechts zum außerrechtlichen Leben, also die äußere Problematik des Rechts. Dabei wird als selbstverständlich vorausgesetzt,

daß solche Beziehungen bestehen. Und es wird nicht ausbleiben, daß diese Beziehungen, die schon beim Blick nach innen sich gezeigt haben — weil Alles mit Allem zusammenhängt — dem Blick nach außen sich in konkreterer Gestalt offenbaren werden.

2. Das soziale Leben als ein Ganzes.

Freilich bedarf diese ganze Untersuchung noch einer weiteren Voraussetzung. Es ist die, daß das soziale Leben ein Ganzes bildet.

Ein Ganzes¹ bedeutet vorab die innere Verbundenheit der Teile, aus denen es besteht. Nicht als ob die Teile, die im Ganzen ihre Stellung und Funktion haben, in ihrer Beziehung zum Ganzen sich erschöpfen. Sie haben ihren Eigenwert und Eigenzweck. Aber daneben ist ihnen die Beziehung zum Ganzen wesentlich und damit ihre Zusammengehörigkeit, gegenseitige Abhängigkeit und Ergänzungsbedürftigkeit. Dabei kann je nach der Intensität des Ganzheitsbezugs das Ganze oder die Selbstständigkeit der Teile im Vordergrund stehen. So kann man die Menschheit, einen Staat oder eine Familie als Ganzheiten bezeichnen: der Intensitätsgrad des jeweiligen Ganzen ist offenbar ganz verschieden. Ein Ganzes bedeutet weiter relative Abgeschlossenheit nach außen. Aber es kann sich nur um eine beschränkte Abgeschlossenheit handeln, da eine vollständige Abgeschlossenheit erst im Universum, als Ganzes genommen, vorhanden wäre, womit aber der Begriff der Abgeschlossenheit überhaupt seinen Sinn verlöre. Jedes Ganze ist — vom Universum selbst abgesehen — ein Teilganzes, da es einem umfassenden Ganzen eingefügt oder in engere Teilganze zerlegt werden kann. Dabei wird freilich in der Regel ein Ganzes in dieser Stufenfolge den intensivsten Ganzheitsbezug aufweisen. Das kann ein engeres oder umfassenderes Ganzes sein. Häufig weist der Staat den intensivsten Ganzheitsbezug auf; es kann aber auch ein Gemeinwesen innerhalb eines Staates, etwa der einzelne Gliedstaat in einem Bundesstaat sein; es kann auch eine politische Partei sein, doch setzt gerade sie den Staat, also ein umfassenderes Ganzes, als Feld ihrer Betätigung voraus. Es handelt sich um Ganzheiten des sozialen Lebens schlechthin, die räumlich oder personell oder in beiden Richtungen umschrieben sind, nicht um Ganzheiten einzelner

¹ Vgl. Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, I, (1927) S. 452. H. Driesch, Philosophische Forschungswege, 1930, S. 88, 95.

Teilgebiete des sozialen Lebens, etwa der Wirtschaft oder des Rechts: das Problem dieser Ganzheiten interessiert uns hier nicht, denn es soll in erster Linie versucht werden, die Stellung, die das Recht innerhalb des umfassenderen Rahmens des sozialen Ganzen einnimmt, zu begreifen.

Wenn im folgenden der Begriff des sozialen Ganzen zur Verwendung kommt, so wird darunter — sofern nichts anderes bemerkt ist — die Gesamtheit des sozialen Lebens des in einem Staat zusammengefaßten Volkes verstanden werden. Dieses Ganze ins Zentrum zu stellen ist gerechtfertigt dadurch, daß — wenn die Gesamtheit der sozialen Phänomene in Betracht gezogen wird — im Staat, räumlich und personell betrachtet, der intensivste Ganzheitsbezug sich vorfindet.

Von der innern Struktur dieser Ganzheit wird die Rede sein. Natürlich ist die Abgeschlossenheit dieser Ganzheit eine beschränkte und jede offene Stelle nach außen bedeutet einen Mangel an Geschlossenheit, oder genauer: ein Verknüpftsein mit einer umfassenderen Ganzheit. Das Problem dieser Verknüpfungen, das ist das Problem der Stellung des Völkerrechts im Sozialen, soll in dieser Arbeit nicht behandelt werden. Bei der Beschränkung der Betrachtung auf das soziale Ganze des in einem Staat zusammengefaßten Volkes muß aber, um Fehler zu vermeiden, die relative Unabgeschlossenheit dieser Ganzheit nicht außer Acht gelassen werden. Doch ist diese Beschränkung, wie sich zeigen wird, für die folgende Darstellung ohne erhebliche Bedeutung.

Das soziale Leben ist nicht eine homogene Ganzheit, sondern wie bereits angedeutet, eine strukturierte. Das will aber heißen, daß es sich, nach dem Ausdruck Sprangers, um einen „gegliederten Bau“ handelt, also um ein Ganzes, in dem jeder Teil und jede Teilfunktion — soweit ein Element, z. B. der Einzelmensch, überhaupt Teil ist und Teilfunktionen ausübt — eine für das Ganze bedeutsame Leistung vollzieht, so daß ein „Leistungszusammenhang“ entsteht, ohne daß aber der Teil im Ganzen aufginge oder das Ganze in die Teile zerfiel, vielmehr so, daß Teil wie Ganzes sowohl in ihrem Fürsich wie in ihrem Füreinander bestehen. Zwischen den Elementen¹ unter sich, sowie dem

¹ Es ist hier von „Elementen“ nicht „Momenten“ die Rede; denn nunmehr handelt es sich um Teile, die in relativer substantieller Abgeschlossenheit vorhanden sind, nicht als bloß mitschwingende Begriffe.

Ganzen und den Elementen, besteht das Verhältnis gegenseitiger Bedingung: eines begründet, stützt, hemmt, negiert, fördert oder begrenzt das andere. Jedes ist für sich und doch auch durch, wegen, für, trotz des andern. So besteht zwischen jedem und jedem, sowie zwischen jedem und allem andern Wirkung und Rückwirkung. Nur in diesem durchgängigen Zusammenhang ist das Einzelne verstehbar; das Einzelne für sich genommen bleibt fragmentarisch und unbefriedigend, erst in das Medium des Sozialen hineingestellt wird es sinnvoll¹.

Im sozialen Leben wechselt fortwährend, wenn auch nur allmählich das Substrat, sowohl das physische, die Menschen und ihre Technik und Wirtschaft, wie das ideelle, die Vorstellungen, Strebungen, Meinungen, Ideale, Konventionen usw. Wenn bei alledem das soziale Leben nicht ein wirres Durcheinander ist (als welches es allerdings zeitweilig erscheinen kann), sondern ein Ganzes bildet, so hat das seinen Grund darin, daß es, trotz aller Verschiedenheit im einzelnen auf Konstanten oder Invariablen beruht. Diese sind dem sozialen Leben notwendig². Sie lassen sich in zwei Gruppen einteilen die sich gegenseitig bedingen: Strukturen einerseits, Funktionen andererseits. Der Aufbau des sozialen Lebens beruht auf bestimmten konstanten Strukturen, seine Lebensbetätigung umfasst bestimmte konstante Funktionen. Diese Konstanten stehen der Ausprägung des besondern Charakters eines einzelnen Volkes, Staates usw. nicht im Wege, so wenig als die konstanten Momente des Rechts der Verschiedenheit des Rechtsinhalts im Wege stehen oder die konstanten Strukturen und Funktionen des menschlichen Körpers die individuelle Ausgestaltung hindern.

Aus der Konstanz der Strukturen und Funktionen ergibt sich weiter, daß sie nicht beliebig vermehrbar oder beschränkbar, sondern in limitierter Zahl vorhanden sind, daß gleichsam ein numerus clausus besteht. Die Erforschung dieser Konstanten ist die wichtigste Aufgabe für die Sozialwissenschaften. Erst in der Erkenntnis der Konstanten finden sie eine gesicherte Grundlegung, ähnlich wie die Chemie erst durch die Erkenntnis von

¹ Vgl. auch Litt, S. 10: „nur in dem schwebenden Gleichgewicht, das entsteht, wo alle durch alle in Frage gestellt werden, kommt die Struktur des Ganzen einigermaßen zu ihrem Recht“. Beizufügen wäre, daß alle durch alle nicht nur in Frage gestellt, sondern auch determiniert werden.

² Vgl. Hegel, Phil. des Rechts, Zusatz zu § 270: „die wahrhafte Wirklichkeit ist Notwendigkeit: was wirklich ist, ist in sich notwendig“.

Konstanten, der Atome und ihrer Valenzen (die Analogie mit Strukturen und Funktionen springt in die Augen, kann aber nicht weiter verfolgt werden ohne zu falschen Schlüssen zu führen), wissenschaftlich fundiert wurde¹. Das Verfassungsrecht ist ein günstiger Ausgangspunkt für eine solche Untersuchung. Denn auch die Verfassung enthält, unabhängig von Staat und Staatsform, gewisse konstante Strukturen und Funktionen. Die Fragestellung, die hier auf das soziale Ganze angewendet wird (von dem das rechtlich normierte staatliche Leben nur einen Ausschnitt bildet) liegt daher dem Staatsrechtler nicht fern².

Das soziale Ganze ist weiterhin ein sich selbst regulierendes Ganzes in dem Sinne, daß jede Überbetonung einzelner Strukturelemente oder Funktionen die polar entgegengesetzten als Ausgleich zur Entfaltung bringt, wie auch die Rückbildung von Strukturelementen und Funktionen zu Ersatzbildungen führen muß, wenn nicht eine Schädigung oder die Vernichtung des sozialen Ganzen die Folge sein soll.

Die Selbstregulierung ist nur möglich, weil schließlich das soziale Ganze polar aufgebaut ist³. Es läßt sich nicht auf ein Prinzip zurückführen. Was uns als ein Prinzip im Gegensatz zu andern erscheint, ist vielmehr nur ein einseitiges Derivat aus der Fülle der Wirklichkeit. Die Vielgestaltigkeit der Wirklichkeit läßt verschiedene Derivate oder Prinzipien zu; aus der polaren Gestaltung der Wirklichkeit ergibt sich, daß diese Prinzipien nicht ineinander aufgehen. Aber sie sind doch notwendig aufeinander

¹ Die Aufgabe der folgenden Untersuchung ist weniger, die Strukturen und Funktionen aus der Gesamtheit des sozialen Lebens einzeln herauszuschälen, als vielmehr ihre Konstanz soweit nachzuweisen, als es notwendig ist, um das konstante, d. i. bestimmte, aber dennoch elastische Gefüge aufzuweisen, in das Recht und Staatsverfassung hineingehören und dessen Teil sie bilden. Daß dabei auch auf die einzelnen Strukturen und Funktionen eingegangen wird, ist selbstverständlich; aber ihre Darstellung soll weder vollständig sein, noch liegt das Wesentliche in ihr; so wenig als in einer naturwissenschaftlichen Untersuchung, die die Erhaltung der Materie oder die Erhaltung der Energie nachweisen will, wesentliches Gewicht auf die einzelnen Arten der Materie oder die einzelnen Formen der Materie gelegt werden kann.

² Eine ähnliche Fragestellung liegt vor bei J. Kraft, *Rechtssoziologie* (HWB der Soziologie, 1931, S. 470/71), der nach den „Konstanten der sozialen Rechtsrealität“ forscht. Er erinnert an Post, der lehrte, daß es im Rechte der Völker zu allen Zeiten und an allen Orten vorkommende „Grundformen“ gebe, die sich nur als „Emanationen der allgemeinen Menschennatur“ denken lassen.

³ Über die Polarität vgl. R. Guardini, *Der Gegensatz, Versuche zu einer Philosophie des Lebendig-Konkreten*, 1925.

sinnbezogen, bestehen neben einander und setzen sich gegenseitig voraus. Die polare Gestaltung der sozialen Wirklichkeit ist nichts anderes als die Erscheinung der Dialektik, die ein begriffliches Verfahren ist, im Realen. Die Polarität ist also Realdialektik, allerdings in einem andern Sinne als bei Lorenz von Stein oder Karl Marx. Diese Polarität wird sich sowohl innerhalb der Strukturen als der Funktionen nachweisen lassen.

In diesem sozialen Ganzen mit seinen Strukturen und Funktionen ist die Stellung des Rechts, das selbst integrierender Bestandteil dieses Ganzen ist, festzustellen¹.

Was hier über das soziale Ganze gesagt worden ist, kann nicht deduktiv nachgewiesen werden. Denn es handelt sich um Wahrheiten, die nur so zu erkennen sind, daß sie vorerst als Hypothese hingenommen werden, um dann im Fortgang der Untersuchung sich an der Wirklichkeit zu bestätigen.

3. Staat und Gesellschaft.

Es liegt uns ob, die Stellung des Rechts im sozialen Ganzen festzustellen. Unsere Fragestellung berührt sich mit derjenigen von Stammler, der es als nötig erklärt, „das Ganze der sozialen — nicht der rechtlichen — Erfahrung zu untersuchen, in dem der Rechtsgedanke auftritt. Dort sind die Bedingungen festzustellen, unter denen die Abteilung des Rechts von andern Arten des menschlichen Wollens einen verständlichen Sinn gewinnt“². Diese Fragestellung geht über das Juristische hinaus und ist deshalb dem Juristen wenig vertraut. Er weiß oft nicht, wie er das Recht in die Gesamtheit des sozialen Lebens hineinstellen soll, ob das

¹ Was hier gesucht wird, berührt sich mit dem, was W. Wundt („Die sozialen Gesetze“ in Logik III. Band, S. 648 ff.) unter Beziehungsgesetzen, im Gegensatz zu Entwicklungsgesetzen versteht. Doch ist die Fragestellung bei Wundt eine etwas andere. Er unterscheidet drei Arten von Beziehungsgesetzen: Gesetz der sozialen Resultanten, Gesetz der sozialen Relationen, Gesetz der sozialen Kontraste. Diese Gesetzmäßigkeit bleibt im Formalen. Vgl. auch O. Spann, Gesellschaftslehre, 3. Aufl., S. 251, der auf „letzte Grundbestandteile oder Formelemente der Gesellschaft“ hinweist, was sehr begrüßenswert wäre, wenn nicht als solche Grundbestandteile „Geist“ und „Handeln“ angegeben würden, was so allgemein ist, daß allein daraus für die Struktur der Gesellschaft nichts gefolgert werden kann.

² Rechtsphilosophie, 3. Auflage, S. 52. Vgl. ferner über das induktive Suchen des Gegenstandes der Rechtswissenschaft A. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht, I, S. 28/29.

Recht als eine besondere Substanz des Sozialen aufzufassen und als solche andern „Gebieten“ des sozialen Lebens zu „koordinieren“ sei, oder ob es eine „formale Funktion“ der Gesellschaft, eine „unwandelbare Form menschlichen Wollens“¹ sei. Wenn der Jurist zwar zugibt, daß der einzelne Rechtssatz nur im ganzen Rechtssystem Sinn und Tragweite gewinnt, so wird er weniger geneigt sein, zuzugeben, daß das Recht insgesamt nur richtig zu verstehen und in seiner Bedeutung und Tragweite richtig einzuschätzen ist, wenn es hineingestellt wird in die Gesamtheit des sozialen Lebens. Und doch können nur auf diesem Wege materiale, nicht bloß formale Erkenntnisse gewonnen werden; und zwar Erkenntnisse im Gebiet des Rechts im besondern, wie solche im Gebiet des sozialen Lebens im allgemeinen.

Einem geschichtlich bedeutungsvollen Fehler darf diese Untersuchung nicht verfallen: dem Fehler nämlich, das soziale Ganze aufzuteilen in Recht (oder Staat) und Gesellschaft und zwischen diesen beiden Faktoren, die als eine Art geschlossener Einheiten vorgestellt werden, Beziehungen freundlicher und feindlicher Art festzustellen. Der Gegensatz Staat–Gesellschaft, der geradezu „als das unverlierbare Ausgangsproblem unseres soziologischen Denkens“ bezeichnet wurde², geht bekanntlich auf Hegels Rechtsphilosophie zurück, findet sich aber bei Hegel nicht in der spätern Form. Denn Hegel faßte die „bürgerliche Gesellschaft“ nicht als Gegenspieler, sondern als Moment des Staates auf. Erst Lorenz von Stein wandelte die Hegelsche Idealdialektik in eine Realdialektik um. Nach ihm sind „Staat und Gesellschaft . . . die beiden Lebenselemente aller menschlichen Gemeinschaft“; er glaubt zu erkennen, daß der „Inhalt des Lebens der menschlichen Gemeinschaft ein beständiger Kampf des Staats mit der Gesellschaft, der Gesellschaft mit dem Staate sein“ müsse³. Marx hat dann schließlich den Staat zu einer Funktion der materialistisch aufgefaßten Gesellschaft gemacht.

Diese Gegenüberstellung ist aber durchaus irreführend. Es ist zwar aus methodischen Gründen zweckmäßig, Staat und Gesellschaft zu unterscheiden, aber es ist falsch, sie einander entgegenzusetzen. Staat und Gesellschaft bilden ein Ganzes, sie

¹ Vgl. Tatarin-Tarnheyden, Stammler Festgabe, S. 517.

² H. Freyer, Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft, S. 9 und 213. A. Vierkandt, Gesellschaftslehre, 1923, S. 320 ff.

³ L. Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich, I. Bd.: Der Begriff der Gesellschaft, 1850, S. XXXI und XLIII.

sind miteinander vermengt und verbunden, sie gehören notwendig zusammen, wie etwa im menschlichen Organismus die roten und die weißen Blutkörperchen. Es ist deshalb besser, den Ausdruck „Gesellschaft“, mit dem die irreführende Vorstellung einer neben dem Staat bestehenden geschlossenen Einheit verbunden ist, zu vermeiden und einfach vom Außerstaatlichen, resp. wenn vom Recht ausgegangen wird, vom Außerrechtlichen zu sprechen. Damit wird auch das Unorganische dieser Begriffe deutlich bezeichnet. Das Organische liegt im sozialen Ganzen, nicht aber in dem, was nach Weglassung (die nur gedanklich erfolgen kann) des Staatlichen oder Rechtlichen übrig bleibt.

Die Verwobenheit des Rechts mit dem sozialen Ganzen sieht Hegel, wenn er sagt¹: „das Recht existiert nur als Zweig eines Ganzen, als sich anrankende Pflanze eines an und für sich festen Baumes“. Ebenso Jhering, der das Recht untersucht im Zusammenhang mit den es umgebenden Begriffen der Sitte, Sittlichkeit und anderer sozialen Zwang ausübenden Lebensformen². Ebenso Gierke³: „Es verhält sich hier überhaupt wie mit allen Funktionen des menschlichen Gemeinlebens, von denen jede eine eigene Wurzel und ein spezifisches Wesen hat und von denen doch jede durch alle anderen irgendwie bedingt und bestimmt ist, so daß erst sie alle in ihrer Gesamtheit sich zur vollen menschlichen Gattungsexistenz ergänzen.“

Die Verwobenheiten von Recht und Außerrechtlichem ist die denkbar mannigfaltigste. Das Recht wirkt auf das Außerrechtliche, das Außerrechtliche auf das Rechtliche und beide wirken auf das gleiche Subjekt, den Menschen – wenn wir diesen zum Zweck der Demonstration dem Dualismus gegenüberstellen wollen. Diese Wirkungen und Rückwirkungen finden überall und ununterbrochen statt, sie sind teils gewollt, teils ungewollt, teils bewußt, teils unbewußt.

Die gegenseitige Beeinflussung hat ihren Grund in der durchgängigen Interdependenz der verschiedenen Faktoren des menschlichen Lebens. Man kann keinen dieser Faktoren ändern, ohne gleichzeitig auch alle andern mehr oder weniger stark zu tangieren. Jakob Burckhardt hat in den „weltgeschichtlichen Betrachtungen“ in geistvoller Weise von den „sechs Bedingtheiten“ ge-

¹ Phil. des Rechts, Zusatz zu § 141.

² Zweck im Recht.

³ Grundbegriffe des Staatsrechts, S. 103.

sprochen, die zwischen Kultur, Religion und Staat bestehen. Wird das soziale Ganze in anderer Weise aufgeteilt, als dies Burckhardt getan hat, wird im besondern das Recht dem Außerrechtlichen gegenübergestellt, so können nach analoger Methode ähnliche Bedingtheiten festgestellt werden.

Aber nicht diese Bedingtheiten, bei deren Betrachtung doch immer wieder die falsche Vorstellung einander gegenüberstehender fester Einheiten sich einstellen kann, interessieren uns hier, sondern wir suchen Antwort auf die Frage, ob und in welcher Weise Recht und Außerrechtliches zum sozialen Ganzen sich zusammenschließen.

4. Das Recht als Mittel und Zweck.

Das Recht hat eine Eigenart, durch die es sich — abgesehen vom Inhalt — von allen Faktoren des sozialen Lebens unterscheidet, mit denen es in besonders engem Verhältnis der Wirkung steht: seine Starrheit. Zwar ist es auch in das Netz der Interdependenzen eingeschaltet, aber es ist ein Glied der Kette, das besonders stark äußeren Einflüssen widersteht, umgekehrt aber selbst stark andere beeinflusst. Es kann daher wohl sachlich andern Wirkungsfaktoren koordiniert werden; was aber die Wirkungsart und Wirkungsmächtigkeit anbetrifft, läßt sich eine Gleichstellung nicht vornehmen, weil das Recht — solange es als solches besteht — jenen andern Faktoren überlegen ist. Die Starrheit ist nichts anderes als der Ausdruck des früher geschilderten Ordnungsmomentes im Recht¹. Sie kann ihre Nachteile haben, wenn sie überspannt wird. Aber sie darf nicht gänzlich fehlen, wenn das Recht nicht seinen Charakter als Recht verlieren will, damit aber auch seine spezifische, nur vom Recht zu erfüllende, für das soziale Ganze lebensnotwendige Aufgabe verummöglicht werden soll. Dem Recht kommt eine Sicherungsfunktion zu, die weit über die Erreichung dieses oder jenes Einzelzieles hinausreicht. Kein soziales Ganzes ohne Recht, kein Recht ohne relative Starrheit.

Ist das Recht im sozialen Ganzen Mittel oder Zweck? Alles Recht dient einem Zweck. Es erreicht den Zweck, indem es gebietet, verbietet, organisiert oder leitet (dispositives Recht). Immer

¹ Vgl. die treffenden Ausführungen von W. Burckhardt über den Schematismus des Rechts: *L'Etat et le droit*. Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1931, S. 146 a (auch Zeitschrift für schweiz. Recht 50 und separat).

aber setzt es eine außerrechtliche Wirklichkeit bestimmter Art voraus als Ausgangs- und Angriffs- (Anknüpfungs-) Punkt seiner Wirksamkeit und es zielt auf eine außerrechtliche Folge hin, als Endpunkt seiner Wirksamkeit. Das Recht ist also Mittel zum Zweck. Aber es wäre durchaus falsch, es ausschließlich als Mittel zum Zweck aufzufassen. Es ist ebenso unrichtig, das Recht ausschließlich als Zweck aufzufassen, wie das zum Beispiel geschieht, wenn behauptet wird, der Zweck aller Politik sei Änderung des Rechts. Wohl ist es möglich, das Recht als Zweck zu deklarieren, aber ebenso gut ist es möglich, das Recht als Mittel und das außerrechtliche Ziel als Zweck zu erklären. Beides ist ein gewollt beschränktes Denken; man kommt zu dem einen oder andern Resultat dadurch, daß man mit dem Denken, das Mittel und Zweck miteinander verknüpft, an einem Punkte aufhört und diesen Endpunkt als Zweck, alles vorher als Mittel auffasst. Aber der Punkt, an dem man aufhört, ist willkürlich gewählt: er kann wohl seine Richtigkeit und Wichtigkeit haben in einer Untersuchung mit gewollt beschränktem Gesichtskreis (z. B. Einfluß des Proportional-Wahlsystems auf Qualität und Tempo der Gesetzgebung: Gesetzgebung ist Endpunkt des Denkens; oder Einfluß der Todesstrafe auf die Kriminalität: letztere ist Endpunkt des Denkens), aber in einer Untersuchung, die sich auf das soziale Ganze erstreckt, kann weder das Recht, noch irgend ein Element des Außerrechtlichen nur Mittel oder nur Zweck sein. Andernfalls würde sich das Bild der Wirklichkeit nach den verschiedensten Perspektiven ordnen, je nachdem man das eine oder andere Element als Zweck, das Verbleibende als Mittel behandeln würde. Im sozialen Ganzen ist jedes Element sowohl Mittel als auch Zweck¹. Es ist Mittel insofern, als es eingespannt ist in das Netz der Interdependenzen, als es ein notwendiges Glied im Ganzen ist, eine notwendige Funktion im Ganzen ausübt und alle andern Elemente mehr oder weniger direkt mit ihm zusammenhängen, wie in einer Kette jedes Glied von jedem andern abhängt. Aber weil alles Mittel ist, ist auch alles Zweck. Denn der

¹ Ähnlich Fehr, *Recht und Wirklichkeit*, S. 14. — Der scholastische Begriff des „relativen Eigenzwecks“ könnte hier Verwendung finden. Vgl. auch Kant, *Kritik der Urteilskraft*, § 66: „Ein organisches Produkt der Natur ist das, in welchem alles Zweck und wechselseitig Mittel ist.“ Anders als der Text Gysin, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, IX S. 485/86: der sog. Zweck des Rechts könne nur die eigene Vollkommenheit sein: die Gerechtigkeit.

Zweck liegt nicht außerhalb dieser Kette oder genauer dieses Kreises von Mitteln, wo alles mit allem zusammenhängt, sondern er liegt in ihr selbst und muß deshalb jedem Element immanent sein. Das Ganze ist das Wahre. Wohl ist auch das Ganze Zweck, aber das hebt die Zwecknatur der Elemente nicht auf, weil Ganzes und Teile in dialektischem Verhältnis zueinander stehen: weil das Ganze durch die Teile ist und die Teile durch das Ganze sind, weshalb sich keines als Mittel des andern auffassen läßt. Wenn das aber auch feststeht, so kann trotzdem eine verschiedene Verteilung der Wertakzente innerhalb des Ganzen stattfinden und je nachdem dem einen Element mehr Zweckcharakter, dem andern mehr der Charakter des Mittels beigelegt werden. So geschieht das durch die verschiedenen Staatsauffassungen im Verhältnis von Individuum und Staat. Aber weder Individuum noch Staat sind je nur Selbstzweck oder nur Mittel¹. Wir brauchen die Frage nicht zu erörtern, ob schließlich das soziale Ganze auf ein Transzendentes zweckbezogen sei. Wenn das auch der Fall ist, bedeutet es eine Zweckbestimmung anderer Art, welche die relative Zwecknatur des sozialen Ganzen und seiner Elemente nicht ausschließt. Denn ins Transzendente übertragen bedeutet die Relation von Mittel und Zweck etwas anderes als in der empirischen Gegebenheit. Wenn auch das soziale Leben vom transzendenten Gesichtspunkt aus als Mittel erscheinen sollte, so kann es doch, empirisch gesprochen, selbst Zweck sein.

5. Die Wirkung der Gesetze.

An anderer Stelle wies ich schon darauf hin, daß jede Rechtsordnung in einem gewissen Sinne eine komplementäre Ordnung ist, weil sie mit der Wirkung anderer, außerrechtlicher Kräfte rechnet, welche erst mit dem Recht zusammen den für die Gemeinschaft angemessenen Zustand herbeiführen sollen². In der Tat

¹ Laski, Zeitschrift für öffentliches Recht, X S. 7, schreibt: „Und da die Humanität des Menschen von seiner Anerkennung als Selbstzweck abhängt, muß Gut für die Gemeinschaft Gut für mich sowohl wie für den andern bedeuten; sonst würde ich aufhören, ein Selbstzweck zu sein und bloßes Mittel für die Zwecke anderer werden....“ Die Alternative „Selbstzweck oder bloßes Mittel für die Zwecke anderer“ ist falsch. Der Mensch ist nur relativer Selbstzweck. Seine Würde liegt gerade darin, daß seine Zwecke über ihn selbst hinausgehen. Es kommt nur darauf an, für welche Zwecke er auch Mittel ist.

² In Fleiner Festgabe, S. 401.

setzt jede bestimmte Rechtsordnung ein bestimmtes Außerrechtliches voraus. Sie soll in, neben, mit diesem den gewollten Erfolg erzielen. Das Recht steht nicht im leeren Raum, es ist immer hineingestellt in eine soziale Gegebenheit mit ihren Tendenzen, Widerständen, Stärken und Schwächen. Und je nachdem die rechtlich unregulierten Kräfte im Sozialen den vom Gesetzgeber gewünschten Erfolg bewirken oder ihn fördern oder aber sich ihm entgegenstellen, wird der Gesetzgeber das Gesetz so oder anders fassen müssen. Jeder kluge Gesetzgeber hat bei seinen Anordnungen das aus Recht und Außerrechtlichem bestehende Ganze im Auge.

Auf diese Tatsache ist gelegentlich hingewiesen worden. Simmel¹ erinnert daran, daß der Gesetzgeber mit andern Hemmungen des menschlichen Tuns als bloß strafrechtlichen rechnet. „Es wird eben erfahrungsgemäß vorausgesetzt, daß die straflos gelassenen Störungen schon von selbst nicht das sozial erträgliche Maß überschreiten.“ Smend² spricht treffend von den „einkalkulierten, aber nicht geregelten Spontaneitäten“, den „extrakonstitutionellen“ Kräften, insbesondere des Parteilebens³. Aber grundsätzlich scheint diese Tatsache kaum je untersucht worden zu sein. Hier liegen noch wenig beachtete Probleme.

Die Frage der Wirkung der Gesetze, kann nur aus dieser Ganzheitsschau beantwortet werden. Nur von dieser aus kann beurteilt werden, wie das Recht mit dem Außerrechtlichen in Kontakt zu bringen und so auszubalancieren ist, daß aus beiden zusammen wirklich das beabsichtigte Ganze hervorgeht. Es ist naiv zu glauben, der Gesetzgeber brauche nur anzuordnen, dann geschehe das Gewollte. Gewiß ist das häufig der Fall. Aber nicht selten werden Gesetze erlassen, welche das Gegenteil dessen bewirken, was hätte erreicht werden sollen⁴, häufig

¹ Soziologie, S. 289.

² a. a. O., S. 137.

³ Vgl. auch Triepel, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 1927, vor allem S. 24, wo die Partei als „extrakonstitutionelle Erscheinung“ bezeichnet wird.

⁴ Auf die der gewollten entgegengesetzten Wirkung gewisser völkerrechtlicher Verträge weisen hin — geistvoll, aber doch einseitig, als ob nur die konträre, nicht die direkte Wirkung eingetreten wäre — Borchard, The Kellogg Treaties sanction War, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht I (1) S. 126; sowie Bilfinger, ebenda S. 73/74, über Rüstungsbeschränkungen.

solche, die etwas anderes bewirken als angenommen wurde¹ und zahllos sind diejenigen, die eine Nebenwirkung erzeugen, die dem Hauptzweck zuwiderläuft². Ja, der politische Kampf um eine Gesetzesvorlage hat seinen Ursprung nicht nur in der Verschiedenheit sachlicher Ziele, sondern – wenn auch in der Regel unbewußt – in der verschiedenen Scharfsichtigkeit für die Wirkungen des Gesetzes³. Radikale Parteien stehen der Gesetzgebung durchweg naiv gegenüber, dem geübteren Blick zeigt sich die allgemeine Interdependenz⁴, er erkennt, daß ein Gesetz nicht nur direkte Wirkungen ausübt, sondern auch – oft sehr kräftige – indirekte die den ersteren entgegenlaufen, ja sie aufheben können. Daher können gute Absichten eines in diesem Sinne naiven Gesetzgebers infolge ihrer indirekten Folgen verderblich wirken. Jede Revolutionsgesetzgebung bietet Beispiele.

Aber wie erkennt der Gesetzgeber die außerrechtliche Wirklichkeit? Nach welchen Kriterien beurteilt er die Wirkung des Gesetzes auf diese? Das ist im allgemeinen seiner Einsicht, seiner Intelligenz, seinem Feingefühl überlassen. Die Vorstellungen, die sich der Gesetzgeber von der Wirklichkeit macht, sind entscheidend für die Gesetze, die er erläßt. Irrt er sich oder ist er in einer wirklichkeitsfremden Ideologie befangen, so wird der Fehler sich bald geltend machen. Gleichwohl sind gewisse Organisationsformen zur Vorkalkulierung der Wirkung besser geeignet als andere. Eine parlamentarische Beratung der Gesetze, vor allem aber eine Volkabstimmung bedeutet in ihrem Resultat eine vorläufige Vorwegnahme der (subjektiven) Wirkung des Gesetzes. Die

¹ Dafür bieten die Vereinigten Staaten von Amerika ein Beispiel. Die Schöpfer der Unionsverfassung hielten viel auf der Wahl des Unionspräsidenten vermittels Wahlmännern. Diese hätten den Präsidenten aus den ihnen am geeignetsten erscheinenden Personen auslesen sollen. Tatsächlich werden aber die Wahlmänner gewählt, um für einen von den Wählern selbst erkorenen Präsidenten zu stimmen.

² Man denke an die Ergebnisse der amerikanischen Prohibitionsgesetzgebung, an die wirtschaftlichen und psychologischen Nebenwirkungen einer zu weit gehenden Sozialversicherung usw.

³ Hierin liegen zum Teil die Meinungsverschiedenheiten über die Zweckmäßigkeit zahlreicher Gesetze wie etwa derjenigen über Mieterschutz (Nebenwirkung: Lähmung der privaten Baulust), über Minimalpreise (es kommen weniger Waren auf den Markt) oder Minimallohne (weniger leistungsfähige Arbeiter werden nicht eingestellt).

⁴ Vgl. Spranger, Lebensformen, S. 133: „Der Intellektualist vom gewöhnlichen Schlage neigt politisch immer zum Radikalismus . . . Der Theoretiker von tieferer Besinnung . . . denkt sehr skeptisch . . .“

Beratung eines Gesetzes im Hinblick auf eine Volksabstimmung läßt sich denn auch stark durch „referendumspolitische“ Rücksichten leiten¹, d. h. eben durch Rücksichten auf diese subjektive Wirkung. In der Schweiz ist es üblich geworden, bevor ein wichtiger Gesetzesentwurf dem Parlament unterbreitet wird, die Bevölkerungskreise und Wirtschaftsverbände, die durch das Gesetz betroffen würden, zu befragen und damit auch die (vorab subjektive) Wirkung auf diese Kreise festzustellen²; oft werden die wesentlichen Entscheide in diesen extrakonstitutionellen Verhandlungen getroffen und nachher von der formell zur Gesetzgebung berufenen Behörden mehr nur registriert und sanktioniert. Doch ist damit nicht gesagt, daß diese Methoden der Vorkalkulation überall gangbar sind.

Die Berücksichtigung der Wirkung der Gesetze — worunter auch die Nebenwirkungen zu verstehen sind — begegnet heute mehr Verständnis als früher. Die aufgeklärte Despotie und der Frühliberalismus hatten zum Beispiel das eine gemeinsam, daß sie die Wirkung der Gesetze aus einer doktrinären Einstellung heraus konstruierten, statt sie in der Wirklichkeit zu beobachten. Daher machten sie gesetzgeberische Fehlgriffe, die heute selten mehr in dem Maße vorkommen.

Eine Gesetzgebung, vorwiegend deduktiv aus abstrakten Prämissen abgeleitet und mit geringer Berücksichtigung der Wirkungen, findet sich heute am ehesten im Gebiet der politischen Organisation. Man denke an die Systeme des Proportionalwahlverfahrens, die der Wahlgerechtigkeit dienen sollen. Sie können das in einem mathematischen Sinne tun: das mathematische Denken ist eben das deduktive Denken. Aber bei der Aufstellung dieser Systeme ist mehr an die Voraussetzungen als an die Folgen gedacht worden. Wenn man die logischen Konsequenzen sah, so gewährte man nicht die sachlichen, die eben wegen der engen Verschränkung des Rechtlichen und des Außerrechtlichen weit in dieses hinausragen. So sah man nicht voraus den Machtzuwachs der Parteiorganisationen und die entsprechende Verminderung des Einflusses des Einzelnen, dem zwar die zahlenmäßige Wirkung seiner Stimmkraft gewährleistet, aber (z. B. nach dem Wahlsystem für den deutschen Reichstag) der Einfluß auf die Be-

¹ Vgl. meinen Aufsatz: Das Verfassungsleben im Kanton Zürich in „Zürichs Volks- und Staatswirtschaft“ in Festschrift für Verein für Sozialpolitik usw., 1928.

² Giacometti, im Jahrbuch des öffentlichen Rechts 16, S. 330.

stimmung der Personen genommen ist. Will er auf die Bestimmung der Personen entscheidend einwirken, so kann er es nur durch Einflußnahme in der Partei selbst: diese ist ihm aber — obschon sie eine der wichtigsten Voraussetzungen für die effektive Ausübung politischer Rechte ist — durch die Staatsgesetzgebung nicht gewährleistet (ausgenommen durch einzelne, übrigens nicht zur Korrektur des Proportionalwahlsystems erlassene „primary laws“ der amerikanischen Einzelstaaten). Nicht vorausgesehen hat man die Auswirkung auf die politische Psychologie: die immer stärkere Ausprägung des parteipolitischen Gesichtspunktes gegenüber dem auf das Ganze gerichteten Blick, die zunehmende Zersplitterung der Wählerschaft in Interessengruppen, die Verunmöglichung der Aufrechterhaltung einer Mehrheitspartei mit der daraus folgenden Schwierigkeit der Bestellung der Regierung, die Notwendigkeit, Gegensätze im Parlament auszutragen, die früher innerhalb einer großen Partei ausgeglichen wurden usw.¹

Das gleiche abstrakt deduktive Denken findet sich im Kommunismus und im doktrinären Sozialismus: das Ziel, das man im Auge hat, glaubt man mit Maßnahmen erreichen zu können, die in ihren Wirkungen, die übersehen werden, etwas ganz anderes als das gewünschte Ergebnis zeitigen.

Die Frage nach der Wirkung der Gesetze ist nicht nur für die Gesetzgebung von Bedeutung, sondern ebenso sehr für die Verwaltung und Rechtsprechung. Denn die Anwendung und Auslegung der Gesetze kann mit mehr oder weniger Berücksichtigung der Wirkung erfolgen, je nachdem mehr auf das Resultat oder mehr auf logische Deduktion gesehen wird. Die Begriffsjurisprudenz will die Wirkung nicht berücksichtigen, wohl aber zeigen die Interessenjurisprudenz und die soziologische Jurisprudenz² dafür Verständnis. Die angelsächsische und französische Rechtsprechung neigen von jeher stärker den beiden zuletzt genannten Richtungen zu als die deutsche³. In der Wissenschaft haben Eugen Ehrlich⁴ und neuerdings R. Pound⁵ sowie Llewellyn⁶ mit Nachdruck auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Wirkungen der Gesetze

¹ Vgl. auch E. Kaufmann, Zur Problematik des Volkswillens, 1931, S. 16 ff.

² Diese Dreiteilung bei Max Rümelin, Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, 1930.

³ H. Fehr, Recht und Wirklichkeit, S. 169.

⁴ Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 331.

⁵ Soziologische Jurisprudenz in Jahrbuch der Soziologie I (1925) S. 88 ff.

⁶ Jherings Jahrbücher, 2. Folge, 43. Band, 1929, S. 233.

zu berücksichtigen. Beachtenswert ist, daß sich der Ständige Internationale Gerichtshof in gleicher Richtung ausgesprochen hat: „... pour autant qu'il s'agit de la question spécifique de compétence ... il peut suffire d'observer que la Cour, en déterminant la nature et l'étendue d'une disposition, doit envisager ses effets pratiques plutôt que le motif prédominant par lequel on la suppose avoir été inspirée“¹.

6. Parallel- und Komplementärverhältnis von Recht und Außerrechtlichem.

A. Die Ansicht, daß Recht und Außerrechtliches zwei geschlossene, sich gegenüberstehende Einheiten sind, ist als unrichtig zurückgewiesen worden. Noch zwei andere Irrtümer müssen vermieden werden. Es ist unrichtig, das Recht gleichsam als aktive Potenz und das Außerrechtliche als passives Objekt, als eine vom Recht schlechthin zu formende Masse aufzufassen, oder aber umgekehrt das Recht als Überbau der außerrechtlichen Kräfte, als ihre bloße Resultante, zu denken. Beide Gesichtspunkte verwischen jene Merkmale, die für die Erkenntnis der Stellung des Rechts im sozialen Ganzen entscheidend sind.

Das Recht ist ordnende Macht (siehe oben). Aber auch das Außerrechtliche enthält ordnende oder Ordnung-auflösende Faktoren. Das Außerrechtliche ist gerade insofern für das Recht bedeutungsvoll, als es solche Faktoren aufweist.

Das Recht steht zu jenen Faktoren des Außerrechtlichen im parallelen oder komplementären Verhältnis. Das Recht ist zu jenen Faktoren parallel, wenn es sie fortsetzt, verstärkt, sichert, organisch zusammenfügt. Es ist zu ihnen komplementär, wenn es gerade das verwirklicht, was außerrechtlich nicht zur Verwirklichung kommt, wenn es zum Außerrechtlichen hinzufügt, was zur Vervollständigung des sozialen Ganzen notwendig ist. Die Parallelität von Außerrechtlichem und Rechtlichem findet sich meist im Privatrecht und im Völkerrecht. Die Normen dieser Rechtsgebiete sind der Ausdruck durchschnittlicher Kollektivinteressen²; ihre Tendenz, dem Außerrechtlichen zu dienen, kommt darin zum Ausdruck, daß sie dispositives Recht sind, d. h. ein Recht, das sich zurückzieht, sobald für das Außerrechtliche eine

¹ Publications, Série B, No. 13 p. 19.

² Max Huber, Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts, S. 10.

andere Regelung als die gesetzliche den Parteien zweckmäßig erscheint. Das Komplementärverhältnis finden wir häufiger im öffentlichen Recht, das deshalb auch zwingendes Recht ist¹. Leistungen, die der Private von sich aus nicht erfüllen würde, werden ihm als öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt, Handlungen, die er vornehmen würde, im allgemeinen Interesse verboten und die Übertretung des Verbots bestraft.

Über die Parallelität soll hier nicht näher gesprochen werden. Die Erscheinung ist bekannt; die Literatur, welche das Recht als „Überbau“ des Sozialen betrachtet, überhaupt die rechtssoziologische Literatur, hat sie oft herausgestellt.

Hingegen haben wir uns mit der Komplementärserscheinung näher zu befassen. Denn sie beschränkt sich durchaus nicht auf die Oberflächenprobleme, von denen eben einige genannt worden sind. Vielmehr ist das Komplementärverhältnis deshalb von Interesse, weil sich in ihm die Polarität des Sozialen, die erwähnt wurde, äußert.

Die Polarität des Sozialen² liegt in den Strukturen einerseits, den Funktionen andererseits. Die Polarität in den Strukturen äußert sich im Gegensatz von Freiheit und Bindung und was damit zusammenhängt: Individualismus—Kollektivismus, Autonomie—Heteronomie, Überordnung—Unterordnung, Führung—Geführtwerden, Gleichheit—Differenzierung usw. Andere Strukturpolaritäten sind Recht—Macht (s. oben), Recht—Gerechtigkeit, Recht—Billigkeit, Recht—Liebe usw. Innerhalb der Funktionen liegen nicht minder wichtige Polaritäten, wie Bewahren—Fortschreiten, Tradition—Spontaneität, Rechtsanwendung—Rechtsschaffung, wie integrierend—desintegrierend usw.³ Diese Gegensätze sind nicht kontradiktorischer Art; die beiden Pole heben sich nicht auf, vielmehr sind sie aufeinander korrelativ und im lebensfähigen sozialen Gebilde immer gleichzeitig vorhanden⁴. Die

¹ Burckhardt, Festgabe für das Schweiz. Bundesgericht, 1924, S. 1 ff.

² Oben S. 59.

³ Was von diesen Polaritäten gesagt wird, gilt grundsätzlich auch für die praktisch-politisch so ungemein wichtigen, aber deshalb auch so unbestimmten Gegensätze wie Sozialismus—Kapitalismus, Sozialismus—Liberalismus, Nationalismus—Internationalismus, Zentralisation—Dezentralisation usw.

⁴ Othmar Spann, Kategorienlehre, 1924, S. 359, spricht von Glied und Gegenglied in der „Entzweigung“; es handle sich dabei nicht um Gegensätze nach der Art von — und +, sondern um solche Verschiedenheiten „wie sie sich aus der organischen Ungleichheit und aus der Entsprechung des

Wirklichkeit des Sozialen, das „bewohnbare Land“ (Eugen Huber¹) liegt im Spannungsraum zwischen ihnen, es ist gleichzeitig auf beide orientiert. In jedem sozialen Ganzen innerhalb der Kulturmenschheit sind die – wie wir gesehen haben, konstanten – Strukturelemente und Funktionen in polarer Gegenstellung vorhanden und von ihrem richtigen Ausgleich hängt Gesundheit und Dauer des sozialen Gebildes ab. Die einzelnen Pole in diesen Gegensätzen sind unwirkliche Abstraktionen, nicht aber mögliche Formen lebensfähiger sozialer Gemeinschaft. Wenn vielleicht diese Pole als die reineren Formen sozialen Lebens erscheinen, so beruht dies auf einem Mangel unseres Begriffsvermögens, auf dem Hang unseres Denkens, die Dinge eindimensional aufzufassen (oben S. 1 ff.) und in der fehlenden Einsicht, daß alle soziale Wirklichkeit polar gestaltet ist, d. h. im Spannungsraum zwischen diesen einseitig gefaßten Polen liegt.

Wenn dies aber eingesehen wird, so erscheint auch die Verschiedenheit des Rechts von Ort zu Ort und die Wandlung des Rechts in der Zeit nicht als Zufall und Willkür. Vielmehr beruhen Verschiedenheit und Wandlung darauf, daß jene Strukturelemente und Funktionen verschieden auf das Recht und das Außerrechtliche verteilt sind, daß sie bald im Recht, bald im Außerrechtlichen erscheinen. Ist das Recht freiheitlich, so wird die Bindung im Außerrechtlichen zu finden sein; ist das Recht unfreiheitlich, so wird die Tendenz zur Schrankenlosigkeit im Außerrechtlichen vorhanden sein. Das Recht erscheint, isoliert betrachtet, von Ort zu Ort und von Zeit zu Zeit verschieden, oft gegensätzlich; wenn es aber mit dem umgebenden Außerrechtlichen als Einheit gesehen wird, so wandeln sich die Verschiedenheiten in Akzentverschiebungen innerhalb eines konstanten Ganzen. Da die Pole aufeinander korrelativ sind, so ist, wenn der eine im Recht, der andere im Außerrechtlichen verwirklicht ist – und das wird sehr häufig der Fall sein² – das Verhältnis der Polarität in die Beziehungen des Rechts zum Außerrechtlichen

Verbundenseins der Glieder in der Mitte ergeben“. Das berührt sich einigermaßen mit dem im Text Gesagten, doch möchte ich mehr Gewicht auf das Gegensätzliche legen. Es scheint mir, daß mit der „Entsprechung“ und organischen Ungleichheit die tiefe, unentrinnbare Gegensätzlichkeit, die allem sozialen Leben innewohnt, nicht erfaßt werden kann, ja daß das soziale Leben gerade darin besteht, diese Gegensätze, die begrifflich nicht aufgelöst, sondern nur festgestellt werden können, im Konkreten zu überwinden.

¹ Recht und Rechtsverwirklichung, S. 132.

² Vgl. unten.

übertragen; das Rechtliche und das Außerrechtliche stehen zueinander — da die Polarität immerhin nur einen Teil dieses Verhältnisses charakterisiert — nicht schlechthin im polaren, wohl aber im komplementären (oder kompensatorischen) Verhältnis. Das Recht ist das Komplement des Außerrechtlichen und das Außerrechtliche das Komplement des Rechtlichen. Was im Außerrechtlichen fehlt, muß im Rechtlichen verwirklicht sein, und was diesem fehlt, muß sich in ersterem vorfinden. Das kompensatorische Verhältnis zeigt sich am deutlichsten unter radikal einseitigen Staatsverfassungen, wie einer weitgetriebenen Demokratie oder der Diktatur: die jeweiligen polar entgegengesetzte Struktur — im Falle der Demokratie die Bindung, im Falle der Diktatur die Tendenz zur Schrankenlosigkeit — findet sich, zum mindesten virtuell, im Außerrechtlichen. Ist dies nicht mehr der Fall, so ist die Staatsform in Frage gestellt. Unter weniger einseitigen Staatsverfassungen erfolgt der polare Ausgleich zum Teil schon im Rechtlichen oder Staatlichen selbst; dann tritt der komplementäre Charakter des Außerrechtlichen mehr in den Hintergrund, er fehlt aber nie.

B. Der polare Ausgleich zeigt sich unter Diktaturen in besonderer Art. Die Gegenstruktur zur diktatorialen Verfassung kann sich nicht ungehindert auswirken wie die Gegenstruktur zu einer freiheitlichen Verfassung, ihre Auswirkung ist vielmehr durch die Diktatur gehindert und nimmt daher die Form bloß latenter Möglichkeit an, was die für die Diktatur typische Spannung zwischen Staatlichem und Außerstaatlichem erzeugt. Beispiele bieten der Fascismus und der Bolschewismus.

Der Fascismus ist als Theorie und Praxis gewollt einseitig konzipiert. Die Strukturelemente der Autorität und Disziplin sind aufs schärfste betont; die Regierung geschieht in ausgesprochener Weise von oben herab; die polaren Gegenstrukturen Autonomie, Bewegungsfreiheit, Selbstverwaltung fehlen fast ganz. Aber sie fehlen nur in den verwirklichten Strukturen. Sie liegen hingegen dem Fascismus — theoretisch und praktisch — als latente Möglichkeiten zu Grunde. Theoretisch liegen sie ihm latent zu Grunde, weil der Fascismus bewußt und gewollt der Gegenpol des Liberalismus sein will¹. Er schöpft seine Berechtigung aus dem be-

¹ Zutreffend Heller, Europa und der Fascismus, 1929, S. 35: „Auch der Fascismus ist zunächst nur als Antwortgefühl gegenüber jener politischen Haltung zu verstehen, gegen die er sich durchgesetzt hat.“

haupteten Versagen des Liberalismus und Parlamentarismus; er will sein und schaffen, was diese nicht sein und schaffen können¹. Er ist in diesem Sinne einseitig und will es so, er hält sich für eine notwendige Zeitepoche, unentbehrlich für die Korrektur der in den vergangenen Jahrzehnten gemachten Fehler, aber er hält sich doch nicht in dem Maße, wie das mit den politischen Glaubenssätzen von 1789 geschah, für eine von Zeit und Ort unabhängige Offenbarung der Vernunft und in diesem Sinne mehr als jene als Kompensation. Aber die dem Fascismus entgegengesetzten Strukturelemente liegen ihm auch praktisch-politisch latent zu Grunde. Es ist der zerrüttete Zustand Italiens vor dem Marsch auf Rom, die drohende Auflösung der sozialen Ordnung, das Versagen der Regierung, welche als lebhaftes Erinnerungsbild und als jederzeit wiederholbare Möglichkeit der fascistischen Energie und Gestaltungsfreude Ausgangspunkt und Folie bieten. Der Wille zur Überwindung dieser Zustände ist kräftigstes Agens des Fascismus, wenn daneben auch andere, positivere Motive vorhanden sind, im besonderen auch die Leistungen des antiken Rom als Vorbild vorschweben. Aber es handelte sich hier nur darum, zu zeigen, daß im Fascismus trotz seiner gewollten Einseitigkeit auch die Gegenpositionen nicht fehlen, ja daß sie in ihm praktisch und ideell eine wichtige Rolle spielen. Denn die Polarität ist im Sozialen schlechthin unvermeidlich.

Noch deutlicher zeigt sich die Gegenposition in der ideellen Grundlage des Bolschewismus, der in allem, was spezifisch bolschewistisch ist, eine reine Negation der „kapitalistischen“ und „bürgerlichen“ Welt ist. Er zehrt seine ideelle Kraft geradezu aus seiner destruktiven Haltung der nicht-bolschewistischen Welt gegenüber; er ist selbst gewollteste, konsequenteste, brutalste Gegenposition der kapitalistischen und bürgerlichen Welt und ihren geistigen Grundlagen gegenüber. So daß also hier der Kapitalismus und die „bürgerliche Welt“ in einem gewissen Sinne konstitutive Elemente des Bolschewismus sind, daß sie praktisch und theoretisch hinzu gedacht werden müssen. Die Nicht-

¹ Die geistige Grundlage autokratischer Staatsformen hat Hegel in seiner Rechtsphilosophie (Zusatz zu § 141) treffend gekennzeichnet: „Es kann daher die Sehnsucht nach einer Objektivität entstehen, in welcher der Mensch sich jieber zum Knechte und zur vollendeten Abhängigkeit erniedrigt, um nur der Qual der Leerheit und der Negativität zu entgehen.“ Das kompensatorische Verhältnis des Innern und Äußern ist gut gesehen.

existenz dieser Gegenpositionen würde den Bolschewismus völlig denaturieren¹.

Fascismus und Bolschewismus sind treffende Beispiele dafür, daß in jedem einseitigen politischen System das entgegengesetzte potentiell enthalten ist. Denn das einseitige politische System will ja Korrektur der entgegengesetzten Einseitigkeit sein und bedarf selbst des Entgegengesetzten als Ausgleich. Das ist unvermeidlich, denn die Sphäre des Lebensmöglichen liegt in der Mitte: wird die Mitte nicht bewußt und gewollt als politisches System innegehalten (was in gewissen Fällen unmöglich sein kann), so sorgt die Spannung der Gegensätze zwangsmäßig für die Innehaltung einer mittleren Linie, da ein erhebliches Abweichen Vernichtung der Existenz bedeutet. Nur ist der Weg über die Extreme zur Mitte ein Kraft und Menschen verschwendender Umweg.

Wir brauchen übrigens nicht auf die immerhin außerordentlichen Erscheinungen des Fascismus und Bolschewismus zu greifen, um Beispiele dafür zu finden, daß in jeder Staatsverfassung, die nicht allmählich gewachsen ist, sondern durch bewußte Kraftanstrengung erkämpft wurde, das Bewußtsein des früheren, nun beseitigten Zustandes kräftig weiter wirkt, so daß eben auch hier die Polarität hergestellt ist, in der Art, daß der eine Pol wirklich, der andere bloß virtuell gegeben ist. Eine junge Demokratie fühlt sich in der Regel als Gegenposition zur überwundenen Aristokratie oder Monarchie und schöpft gerade aus der Verneinung aristokratischer und monarchischer Elemente einen guten Teil ihrer Haltung und Sicherheit². Eine alte Demokratie, wie die heutige schweizerische, empfindet im allgemeinen kaum mehr Antipathie gegen Aristokratie und Monarchie, die virtuelle Gegenposition ist gewichen, dafür ist die Polarität in die Wirklichkeit eingegangen; die Demokratie hat gewisse aristokratische Elemente in sich aufgenommen oder wenigstens anerkannt und

¹ Was denn auch geschieht, wenn der Bolschewismus aus der Sphäre der Theorie und Propaganda in diejenige der praktischen Verwirklichung übertritt. Vgl. das unten S. 82 zitierte Buch von Knickerbocker.

² Ein literarisches Zeugnis dafür bildet Jeremias Gotthelfs Roman „Herr Esau“, der den schweizerischen Radikalismus der 1840er Jahre in seinem Gegensatz zur überwundenen Aristokratie schildert. Vgl. auch A. Siegfried, *Tableau des partis en France, 1930* S. 46/7: «la France issue de 1789... continue de consacrer une large partie de ses forces à la lutte contre l'ancien régime politique...» Die nach dem Weltkrieg entstandenen Demokratien können nach Entstehungsgrund und Gehalt nicht so einfach klassiert werden.

hat damit das innere Gleichgewicht gefunden. Oder aber die alte Demokratie ist demagogisch entartet und treibt, wenn sie die antidemagogischen Kräfte nicht allmählich aus sich erzeugen und so zur Ausbalancierung gelangen kann, dem Umschwung der Diktatur entgegen, in welcher die Gegenposition zur Verwirklichung gelangt, womit nebst der Demagogie auch die Demokratie aufgehoben ist. Darauf wird zurückzukommen sein.

C. Die Konstanz der Strukturen und Funktionen — die, wie erwähnt, zwischen Rechtlichem und Außerrechtlichem auswechselbar sind — darf nicht als ein mathematisch exaktes Gleichbleiben des Einzelnen aufgefaßt werden. Es gibt hier Fluktuationen und Akzentverschiebungen, die aber innerhalb eines bestimmten, eben konstanten Spielraums bleiben¹. Dem einen Pol kann in einer konkreten Situation ein stärkeres Gewicht zukommen, als dem entgegengesetzten, aber der letztere kann nicht beseitigt werden, ohne auch den ersteren aufzuheben. Die polar entgegengesetzten Strukturen und Funktionen sind einander ebenso notwendig zugeordnet, wie die beiden Pole der Elektrizität: der eine ohne den andern ist gegenstandslos; der kraftpendende Strom fließt nur, wenn beide vorhanden sind.

Auf das kompensatorische Verhältnis zwischen Recht und Außerrechtlichem ist in der Literatur gelegentlich hingewiesen worden. J. J. Rousseau schreibt im *Contrat social* (livre III ch. I): «Or, moins les volontés particulières se rapportent à la volonté générale, c'est-à-dire les mœurs aux lois, plus la force réprimante doit augmenter». An einer andern Stelle (livre II ch. XI) rühmt er die Parallelität als den besten Zustand: «Ce qui rend la constitution d'un Etat véritablement solide et durable, c'est quand les convenances sont tellement observées, que les rapports naturels et les lois tombent toujours de concert sur les mêmes points, et que celle-ci ne font, pour ainsi dire, qu'assurer,

¹ Kelsen hat (Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages, 1926, S. 57) bemerkt, „daß die Summe der in der politischen Herrschaft sich äußern- den sozialen Energie ... beim Übergang von autokratischen zu demokratischen Staatsformen konstant bleibt“. Das ist m. E. dann richtig, wenn das Rechtliche nicht isoliert betrachtet wird, sondern das Rechtliche und Außerrechtliche zusammengenommen werden und wenn nicht eine beliebige, vielleicht künstlich gemachte Demokratie, sondern eine wohlfundierte als Vergleichungspunkt gewählt wird. Die Konstanz der „sozialen Energie“ ist keine schlechthin gegebene Tatsache, wohl aber notwendig für die Gesundheit des sozialen Körpers. Ihre Herstellung ist daher eine politische Aufgabe.

accompagner, rectifier les autres». Und im folgenden Kapitel findet sich eine besonders bezeichnende Stelle: in seiner extremen Demokratie kann, das ist richtig gesehen, der innere Zusammenhang des sozialen Ganzen nicht im Rechtlichen gefunden werden. Rousseau verlegt ihn in «les mœurs, les coutumes et surtout l'opinion», «la plus importante» von allen Gesetzen. Die positiven Gesetze seien nur «le cintre de la voûte, dont les mœurs, plus lentes à naître, forment enfin l'inébranlable clef». Die Sitten bildeten «la véritable constitution de l'Etat ... qui, lorsque les autres lois vieillissent ou s'éteignent, les ranime ou les supplée». Hier ist das Komplementärverhältnis des Rechtlichen und Außerrechtlichen, der Gesetze und Sitten mit aller Deutlichkeit dargelegt.

Hegel hat das kompensatorische Verhältnis gesehen, wenn er daran erinnert¹, daß die Strafgesetze um so milder sein können, je gefestigter der Staat sei (in der sehr weiten Bedeutung, die Hegel dem Begriff Staat gibt und der soviel wie das soziale Ganze bedeutet). Simmel² bemerkt zutreffend: „Es besteht eine Beziehung zwischen der Struktur jedes sozialen Kreises und dem Maß von Feindseligkeiten, das er unter seinen Elementen gestatten kann.“ C. Schmitt³ macht darauf aufmerksam, daß ein Maximum von Regierung mit einem Minimum von Homogenität des Volkes auskommen kann. Im kompensatorischen Verhältnis von Rechtlichem und Außerrechtlichem beruht auch die Erfahrung, daß oft diejenigen politischen Parteien mit der größten Überzeugung für die Demokratie (d. h. die rein staatlich-rechtlich betrachtet schwächste Staatsform) eintreten, die über die besten Mittel für die außerstaatliche Beeinflussung der Volksmassen verfügen: sie gewinnen durch die Demokratie am leichtesten Einfluß auf den Staat.

Ein geschichtliches Beispiel der Kompensation bildet die Tatsache, daß die Leibeigenschaft Hand in Hand ging mit dem christlichen Gebot der Nächstenliebe, das Rittertum mit dem Gelöbnis, für Arme, Witwen und Waisen einzustehen. Das christliche Gebot der Nächstenliebe unter dem System der Leibeigenschaft war durchaus nicht notwendig eine „ideologische“ Vorstellung, wie Mannheim meint⁴, vielmehr — das ist sie unter jedem möglichen Wirtschaftssystem — eine zum natürlichen Egoismus

¹ Philosophie des Rechts, § 218 und Zusatz.

² Soziologie S. 289.

³ Verfassungslehre S. 214.

⁴ Ideologie und Utopie S. 172.

polare Forderung, die um so entschiedener betont werden muß, je weniger das Recht selbst den Auswirkungen der egoistischen Willkür entgegensteht. Sie bildet als religiöse Forderung das außerrechtliche Komplement zum Rechtlichen. Ein weiteres geschichtliches Beispiel, auf das später zurückzukommen sein wird, bildet die extrem demokratische Form der Staatsgründung durch die einen «Covenant» schließenden Pilgrimfathers unter der Herrschaft der extrem theistischen Vorstellungen des Calvinismus oder die aus der gleichen geistigen Grundlage stammende Forderung individueller Freiheitsrechte neben dem Glauben an die Prädestination. Es ist nicht von ungefähr, daß aus diesen gewaltigen polaren Spannungen — die sich nicht im Verhältnis Rechtlich-Außerrechtlich erschöpften, sondern das ganze Leben durchdrangen — besonders große Leistungen hervorgegangen sind.

In der Geschichte der Theorie bietet Adam Smith ein interessantes Beispiel für das kompensatorische Verhältnis innerhalb des Gedankengutes einer einzelnen Persönlichkeit. Smith¹ sucht die Ergänzung seiner ökonomischen Ansichten im „Nebeneinander der verschiedenen Kulturfaktoren, die zusammen erst das Ganze einer Kultur ausmachen. In diesem Sinne darf man wohl annehmen, daß seine Moraltheorie eine Ergänzung seiner ökonomischen Studien bildet ... In der Tat könnte man in seiner Moraltheorie nach ihrer philosophischen Grundlage das gerade Gegenteil seiner Wirtschaftstheorie sehen. Jene ist ebenso einseitig auf den Altruismus, wie diese auf den Egoismus gegründet ... Adam Smith hatte die Absicht, seinen beiden von jenen einander entgegengesetzten Prinzipien des Egoismus und Altruismus ausgehenden Werken ein drittes über die Theorie des Rechts folgen zu lassen ... Vielleicht würde er in dieser Rechtsphilosophie den Versuch gemacht haben, die beiden vorangegangenen zu einer Synthese zu vereinigen ...“² Ein ähnliches Streben nach der als notwendig empfundenen Kompensation läßt sich bei Comte feststellen³: je einseitiger er nur die materielle Wohlfahrt im Auge hatte, um so mehr regte sich in ihm der Trieb, eine den seelischen Bedürfnissen entgegenkommende Ergänzung zu finden,

¹ Das folgende nach Wundt, *Völkerpsychologie*, 9. Band: Das Recht, 1918, S. 150—151.

² Man beachte die Analogie mit der im II. Teil entwickelten Auffassung des Rechts, im besondern mit dem, was über das ethische und das vitale Moment gesagt wurde.

³ Wundt, a. a. O. S. 115.

wozu sich ihm die Religion bot. Comte erblickt den Zweck der Religion hauptsächlich in der Umwandlung des natürlichen Egoismus in einen zum Fortschritt der Menschheit unentbehrlichen Altruismus. Der Einblick in die Polarität des Sozialen ist bei Smith und bei Comte vorhanden; unschwer würde sich aus ihren Gedanken auch die Erkenntnis des kompensatorischen Verhältnisses von Recht und Außerrechtlichem ergeben.

In der Psychologie moderner Völker kommt das Komplementärverhältnis oft sehr deutlich zum Ausdruck. André Siegfried hat es in den verschiedensten Erscheinungsformen in Frankreich festgestellt. «Nous avons signalé la contradiction intime du Français, *politiquement à gauche et socialement conservateur.*» «Je ne sais pas en effet de type français plus représentatif que celui du député anticlérical dont la femme est dévote et qui fait élever sa fille au couvent¹». In diesen Zusammenhang gehört auch die Feststellung Karl Voßlers², daß die französische Kultur stark sozial und soziabel, das französische Staatsgefühl zugleich schroff individualistisch ist: ein schönes Beispiel der Verteilung polar zusammengehöriger Strukturelemente (individualistisch-kollektivistisch) auf das Staatliche und Außerstaatliche. Ein ähnliches Komplementärverhältnis, hier allerdings ganz im Außerstaatlichen liegend, sieht Keyserling³ im Leben der Vereinigten Staaten von Amerika zwischen dem ökonomischen Prinzip des einseitigen Profitstrebens und dem sozialistischen Prinzip. „Ein Gemeinwesen, in welchem die Wirtschaft die Grundlage des Lebens bildet, kann dann allein zusammenhalten, wenn die sozialen Tendenzen vorherrschen.“ Deshalb müsse die Vorherrschaft des ökonomischen Prinzips mit der des sozialistischen zusammenfallen.

Bevor auf die Beziehungen zwischen Recht und Außerrechtlichem (im Kapitel „Recht und Ambiance“) näher eingetreten wird, sei zunächst, zur Ergänzung des bisher Gesagten, die Polarität im Gebiete der politischen Theorie untersucht.

7. Die politischen Theorien und die Polarität des Sozialen.

A. Wer die heute vertretenen Ideologien und Theorien der politischen Parteien überblickt, kann ein Vielerlei der verschiedensten

¹ André Siegfried, *Tableau des partis en France*, 1930, S. 123, 65.

² Zitiert von Smend, a. a. O. S. 63 N.

³ Graf Hermann Keyserling, *Amerika*, 1930, S. 246.

Meinungen feststellen. Kein Widerspruch und Gegensatz scheint zu fehlen, ja die Zerklüftung des politischen Denkens geht häufig so tief, daß sie eine parlamentarisch-demokratische Regierung unmöglich macht. Näherer Prüfung zeigt sich aber, daß diese Gegensätzlichkeit zu einem erheblichen Teil auf einem falschen Denken beruht, das die Polarität des Sozialen gewollt oder ungewollt übersieht und irgend einen Pol verabsolutiert. Die verschiedenen Einstellungen und Tendenzen mögen ihren begründeten Ursprung in der Gegensätzlichkeit des Vital-Triebhaften haben. Aber es ist ein Mißbrauch theoretischen Denkens, wenn zur Rechtfertigung der Geltungsansprüche eines vitalen Triebes eine apriorische Wahrheit gesucht wird, die notwendig mit der apriorischen Wahrheit eines andern Triebes in unlösbarem Widerspruch stehen muß. Diese Art des theoretischen Denkens bringt die Gegensätze der Triebe zu einer Schärfe, die im Vitalen nicht gegeben und sachlich gänzlich unbegründet ist. Es entwürdigt die Theorie zu einem Mittel der Massensuggestion und beraubt sie so der Möglichkeit, ihre eigentliche, dem sozialen Ganzen unentbehrliche Funktion der Klärung und Vertiefung auszuüben.

Und doch sind diese für die politische Agitation zurechtgemachten Theorien der Wahrheit nicht so außerordentlich fern – von den Fälschungen und Verdrehungen natürlich abgesehen. Ihr Fehler liegt vielmehr in der Verabsolutierung eines einseitigen Standpunktes, im völligen Übersehen der polaren Struktur der sozialen Wirklichkeit und der daraus folgenden Unfähigkeit, die Relativität jeder abstrakt-radikalen Position einzusehen. Sobald wir aber von der Einsicht in die Polarität des Sozialen ausgehen, können wir auch die relative Wahrheit der einseitigen Standpunkte einsehen.

Was sich nämlich von den verschiedenen einseitigen Theorien dem Gedächtnis einprägt, ist das Besondere, Eigenartige, Unterscheidende, das, was für den Autor und den Leser im hellsten Lichte des Bewußtseins steht. Aber daneben liegt, untrennbar und notwendig damit verbunden, das Vorausgesetzte, das stillschweigend Mitenthaltene, das halb- oder unbewußt Zugrundeliegende. Würde man auch das erblicken, so erkannte man die ganze Gedankenwelt, auf der die Theorie fußt und man könnte feststellen, daß jede gleichsam mit den Worten beginnt: Unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß . . . gilt die und die Theorie. Diese Voraussetzungen sind die verschiedenartigsten, sie beziehen sich aber durchweg auf diejenigen Teile des sozialen Lebens, die

nicht eigentlich Gegenstand der theoretischen Untersuchung sind, also von ihr, da sie doch irgendwie auf das Ganze des sozialen Lebens Bezug haben muß, vorausgesetzt werden. Eine Staatstheorie setzt eine bestimmte Gestaltung des außerstaatlichen, wirtschaftlichen, sittlichen Gesellschaftslebens, eine Wirtschaftstheorie umgekehrt eine bestimmte Gestaltung des staatlichen Lebens voraus. Jede Theorie wird ferner ihre bestimmte grundlegende Auffassung von der menschlichen Psyche und ihrer Beeinflußbarkeit, vom dominierenden Charakterzug des Menschen (Güte nach Rousseau, Schlechtigkeit nach Macchiavelli) haben. Ja, der springende Punkt für die Verschiedenheit der Theorien liegt in diesen unkritisch hingenommenen Wirklichkeitsvoraussetzungen. In diesen Voraussetzungen liegt auch die Quelle schwerster Irrtümer: je nachdem werden einzelne Momente des sozial relevanten Seins in ihrer Wichtigkeit überschätzt oder — was häufiger der Fall ist — unterschätzt, oder sonstwie schief gesehen. Diese Voraussetzungen müssen seinsadäquat sein, wenn die auf ihnen fußende Theorie richtig sein soll. Und wenn die Theorie das Gebiet des Sollens mitumfaßt, wenn also Postulate aufgestellt werden — das ist bei den staatstheoretischen und politischen Theorien in der Regel der Fall —, so ist es um der praktischen Konsequenzen willen von größter Wichtigkeit, daß die Wirklichkeitsvoraussetzungen der Theorie zutreffend sind. Das sind sie sehr häufig nicht. Hier liegt der schwache Punkt der meisten Theorien, ob sie nun mehr nach der Seite der Erkenntnis oder mehr nach der Seite des Postulates ausgebaut sind. Hier liegt aber auch der Punkt, wo eine sachliche Kritik und eine Verständigung am ehesten möglich ist. Denn mit dem Nachweis der Falschheit der Voraussetzungen — der am leichtesten zu objektiv gültigen Ergebnissen führen kann — fallen auch die Folgerungen dahin. Doch soll für das Folgende von der möglichen Falschheit der Wirklichkeitsvoraussetzungen abgesehen werden.

Wird nun nämlich die bewußte Theorie und die halb-
bewußte Voraussetzung zusammen gesehen, so wird sich die Polarität des Sozialen auch hier zeigen und die Unterschiede der Theorien schmelzen zusammen zu bloßen Akzentverschiebungen im Bereich des sozialen Ganzen. Was die eine Theorie ins helle Licht des Bewußtseins rückt und zum Problem macht, setzt die andere stillschweigend als undiskutierte Tatsache voraus, und was die letztere ins Zentrum der Aufmerksamkeit stellt, schlummert bei der ersten im Unterbewußten, wo es trotzdem sehr wirksam

sein kann. So bleibt zwar der bewußte, formulierte Teil der einen Theorie demjenigen der andern aufs schärfste entgegengesetzt, und darüber entbrennen Kämpfe. Sobald aber die Theorie sich allein überlassen bleibt, sobald sie also nicht mehr als Kampfposition gegen eine andere ihre spezifische Einseitigkeit, genauer Einpoligkeit, hervorzukehren hat, sondern zum praktischen Aufbau eines Gemeinwesens in ihrer Ganzheit sich entfalten muß und damit gleichsam zur harmonischen Abrundung gezwungen wird, so entfaltet sich auch unter ihr die Polarität des Sozialen. Das ist die Wirkung der unentrinnbaren, in den konstanten Strukturen und Funktionen liegenden Selbstgesetzlichkeit des Sozialen¹. Wenn aber die Theorie im Widerspruch mit den praktischen Erfordernissen durchgeführt wird, so vernichtet sie das Gemeinwesen und damit ihre eigene Realisationsmöglichkeit, oder sie bewirkt, weil eine Einseitigkeit die entgegengesetzte erzeugt, das Gegenteil dessen, was sie ursprünglich bezweckte, wie etwa dann, wenn eine demokratische Revolution in einer Diktatur endet. Solche Erfahrungen bedeuten aber überhaupt die Entwertung aller einpoligen Theorien; sie sind wohl geeignet, bestehende Einrichtungen in ihrem unentrinnbaren innern Dualismus, der als Mangel dargestellt wird, in der öffentlichen Meinung herabzusetzen und zu zerstören, aber sie führen doch immer wieder zu einem praktischen Zustand, der, wenn überhaupt lebensfähig, entscheidend durch sachliche Notwendigkeiten, die grundsätzlich überall die gleichen sind, und nicht durch eine einpolige Theorie bestimmt ist: die sozialen Strukturelemente und Funktionen sind nach jeder Revolution wieder die gleichen, und als Fazit bleibt ein Wechsel der Personen in den politisch und sozial maßgebenden Stellen.

Die Frage der praktischen Auswirkung der Theorien ist an dieser Stelle nicht weiter zu verfolgen. Doch ist im Folgenden der ideelle Gehalt der Theorie noch näher auf seine Struktur zu untersuchen. Dabei bleibt die Untersuchung nicht auf die Theorie als solche beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf ihre Ver-

¹ Sehr bezeichnend die Feststellung, die H. R. Knickerbocker an die Spitze seines Rußlandbuches (Der rote Handel droht, 1931) stellt: „Das Wichtigste, was man bei dem heutigen ‚kommunistischen‘ Rußland nicht vergessen darf, ist, daß es nicht kommunistisch ist.“ Analog der Konstatierung von Siegfried mit Bezug auf Frankreich (a. a. O. S. 69): «Le peuple, idéaliste naïf, espère toujours . . . instaurer enfin le régime de la véritable égalité, mais les sages, même dans ses rangs, savent bien que c'est une utopie: la discipline renaît toujours parce qu'il faut bien que la société vive.»

wirklich im positiven Recht. Denn die Theorie interessiert im Hinblick auf ihre Verwirklichung und das positive Recht in seiner Bezogenheit auf eine Theorie, das heißt auf ein mehr oder weniger geschlossenes System von Gedanken. Einige Punkte, die bereits berührt wurden, sind nochmals aufzunehmen und näher zu untersuchen.

B. Nach dem Gesagten sind in jeder auf das soziale Leben bezüglichen Theorie zwei Teile zu unterscheiden: das Entwickelte und das Vorausgesetzte, das Explizite und das Implizite, das Bewußte und das Halb- oder Unterbewußte, das Vordergründige und das Hintergründige – oder wie dieser Gegensatz sonst noch bezeichnet werden mag. Daraus, daß diese notwendige Zweistufigkeit jeder Theorie in der Regel übersehen wird, ergeben sich Differenzen und Streitigkeiten, die gänzlich unfruchtbar sind. Diese Zweistufigkeit ist eine Folge davon, daß jede Theorie des Sozialen sich zwangsmäßig auf das Ganze des sozialen Lebens beziehen muß. Sie wird zwar in der Regel einem Lebensgebiet, sei es dem Staat, dem Recht, der Wirtschaft, der Moral usw. ihre besondere Aufmerksamkeit zuwenden, da sie eben eine Staats-, Rechts-, Wirtschafts-, Moral-Theorie sein will. Innerhalb der einzelnen Theorien, z. B. der Staatstheorie sind wiederum die verschiedensten Ausgestaltungen möglich; in der Staatslehre kann das Gewicht mehr auf die individuelle Freiheit oder auf den Zwang gelegt werden, das Soziologische oder das Normative im Vordergrund stehen usw. Aber das Übergangene ist jedesmal nicht beseitigt, es muß in einem gewissen Sinn auch berührt werden, weil es einfach da ist. Die Theorie braucht zu diesem andern nicht Stellung zu nehmen, sie kann es mit Stillschweigen übergehen – auch das Stillschweigen ist eine Stellungnahme. Das Hintergründige wirft Fragen auf, so gut wie das Vordergründige; sie müssen beantwortet werden, weil das eine mit dem andern zusammenhängt; keine Antwort ist auch hier eine Antwort. Die Frage nach dem Ganzen im sozialen Leben ist unvermeidlich; wer die Stellungnahme im Rahmen des systematisch begründeten Denkens ablehnt, überläßt sie der Willkür, der Mode, dem Zufall. So will die reine Rechtslehre sich auf das Formale des Rechts beschränken und das Inhaltliche beiseite lassen; diese gegenüber dem Inhaltlichen primär negative Haltung schließt aber ungewollt die positive Einstellung in sich, daß jeder beliebige Inhalt möglich ist. Eine Theorie des Sozialen kann des-

halb um so eher vollkommen sein, je mehr sie das Ganze des Sozialen umfaßt, weil nur aus der Schau des Ganzen das Einzelne richtig erkannt werden kann. Dabei ist nicht nötig, daß das Ganze in allen Einzelheiten erfaßt werde; wesentlich ist aber, daß bei der Untersuchung jeder Einzelfrage das Bewußtsein des Engespanntseins ins Ganze obwalte; daß, je spezieller (im methodischen oder sachlichen Sinn) die Fragestellung ist, desto mehr die Lösung als ergänzungsbedürftiges Stückwerk begriffen werde.

Im Vordergründigen und Hintergründigen zusammen ist immer irgendwie die Gesamtheit des sozialen Lebens enthalten¹, nur daß der einen Theorie dieses, der andern jenes im Vordergrund liegend erscheint. Das Soziale gleicht einer Gebirgslandschaft, wo jeder Standpunkt einen andern Aspekt bietet, wo die Wanderung einen fortwährenden Wechsel der Perspektiven, der Beleuchtungen, der Durchblicke, der Gruppierungen zeigt, trotzdem der Wanderer immer das gleiche unveränderliche Gebirge vor sich hat². So ist das soziale Leben ein zusammenhängendes Ganzes, von dem in der Regel nur ein Teil — bald dieser, bald jener — dem vollen Lichte des Intellektes ausgesetzt wird, während der Rest im Dunkel oder Halbdunkel verharrt. Wenn man sich die verschiedenen, auf das Soziale bezüglichen Theorien, im Flusse der Gedanken nacheinander vergegenwärtigt, so besteht dieser Denkvorgang „nicht sowohl in einer äußern Folge verschiedener Bewußtseinsinhalte, als vielmehr in einer stetig ablaufenden inneren Metamorphose eines Gesamtinhaltes, die in der wechselnden Erhebung einzelner Teile zu deutlicherem Bewußtsein und in der Verdunklung anderer . . . sich äußert“ (Wundt)³.

Wenn wir aber einmal einen Standpunkt, d. h. eine Theorie festhalten, sei es nun eine Staats-, Rechts-, Wirtschafts-, Moral- oder eine andere Soziallehre, so ist von dort aus das Bild des Sozialen kulissenartig gestaffelt oder perspektivisch angeordnet. Das eine liegt näher, das andere ferner, ein Punkt ist deutlich, ein anderer verschwommen, ein Zug ist wichtig, ein anderer unwichtig. Wenn die allgemeine Psychologie eine Helligkeitsskala

¹ Vgl. auch was oben S. 38/9 gesagt worden ist über die Unvermeidlichkeit des ethischen Gesichtspunktes in den Sozialtheorien.

² Ein ähnliches Bild gebraucht Leibniz, *Monadologie*, Satz 57, zustimmend zitiert von Sombart, *Die drei Nationalökonomien*, S. 81/82.

³ W. Wundt, *Völkerpsychologie*, 9. Band: *Das Recht*, 1918, S. 265. Wundt bezieht diese Stelle auf den „Verlauf eines in sich abgeschlossenen Denkvorgangs“.

der Bewußtseinsinhalte annimmt, so läßt sich eine analoge Skala der Bedeutungsstärke in den einzelnen Bestandteilen einer Sozialtheorie feststellen. Je nach dem Hintergründigen kann das Vordergründige in verschiedenem Licht, das Ganze in verschiedenster Stimmung erscheinen und Einzelnes je nach der Grundrichtung des Ganzen in verschiedenster Weise interpretiert werden. So kann z. B. die Stellung des Monarchen in einer konkreten Verfassung je nach dem theistischen, naturrechtlichen, liberalen oder positivistischen „Hintergrund“ ganz verschieden erscheinen, ohne daß das positive Recht sich zu ändern braucht. Eine kleine Änderung im Hintergründigen kann den Charakter des Ganzen beeinflussen. Man bedenke — um auf die verwendete Analogie zurückzukommen — die Rolle der Hochalpen im Landschaftsbild des schweizerischen Mittellandes: sie geben der Landschaft Schwerpunkt, Richtung und Weite; von ihnen geht nach C. F. Meyer das „große stille Leuchten“ aus, das für das schweizerische Landschafts- und Heimatgefühl so bedeutungsvoll ist. Ebenso verhält es sich im Bilde des gesellschaftlichen Lebens: eine kleine aber entscheidende Nuance in philosophischen oder religiösen Ideen, die das Soziale durchleuchten oder nicht durchleuchten, gibt dem Ganzen eine optimistische oder pessimistische Note, gibt ihm oder entzieht ihm den Sinn.

Die Unterscheidung des Vordergründigen vom Hintergründigen, des Bewußten vom Halbbewußten und Unterbewußten, die in den vorstehenden Ausführungen aus der Beobachtung der politischen Wirklichkeit geschöpft ist, steht in Übereinstimmung mit der allgemeinen Psychologie. W. Wundt¹ unterscheidet zwei „Bewußtseinsschwellen“, von denen die erste den Gesamtumfang eines konkreten Denkprozesses, die zweite den engeren Umfang der von der Aufmerksamkeit, also mit maximaler Deutlichkeit erfaßten Inhalte bezeichnet. Er erkennt als eine Eigenschaft des dunkel Bewußten: „die starken Gefühlserregungen, die diese ihrem Vorstellungsinhalte nach dunklen Inhalte nicht selten begleiten“. Das gilt vor allem auch für das politische, soziale, staatsrechtliche Denken, ja in diesem Denken erreicht die Affektbetontheit des Halbbewußten infolge der Kollektivwirkung eine ganz besondere Stärke². Die Gegenüberstellung von Bewußt und Unterbewußt ist insbesondere eine Grunderkenntnis der Psychoanalyse, wobei

¹ a. a. O. S. 265, 268.

² Der „kollektive Machtwille“ mag oft in Verbindung mit einem affektbetonten Halb- oder Unterbewußten auftreten, vgl. Simonius über Baum-

beachtenswert ist, daß die Psychoanalyse das Unterbewußte als einen Wirkungsfaktor von größter Stärke erkannt hat. Das ist auch die Meinung, wenn in den sozialen Vorstellungen vom Halb- oder Unterbewußten die Rede ist: es ist nicht das Nichts, nicht die Null im sozialen Kalkül, sondern eine besondere Kategorie des Wirksamen.

C. In der Wirksamkeit des Unterbewußten liegt der Erfolg der politischen Utopie. Denn die Utopie appelliert an das Unfaßbare, verschwommen-Gefühlsmäßige; sie bleibt so unbestimmt, daß jeder seine Wünsche in sie hineinlegen und Erfüllung hoffen kann. Sie wird so jedem zur idealen Kompensation der realen Wirklichkeit, zur Abrundung des Gegebenen zu einem befriedigenden Ganzen. Daher die Zugkraft des utopischen Sozialismus, daher zum Teil auch — ein ganz anderes Beispiel — die Zugkraft des noch utopischen Paneuropagedankens gegenüber dem realpolitisch gewordenen Völkerbund. Die Kunst politischer Massenbeeinflussung beruht zum guten Teil in der instinkthaft sichern Bearbeitung und Benutzung des Unterbewußten.

Die Unterscheidung von Vollbewußt und Unterbewußt im politischen Gedankengut ist auch für die Erkenntnis des politischen Parteiwesens von Bedeutung. Neben den sachlichen Differenzen zwischen den Parteien besteht ein psychologischer Gegensatz — der schwer faßbar und daher schwer überwindbar ist — darin, daß den verschiedenen Parteien Verschiedenes bewußt und unterbewußt ist. Das Verschwommen-Unterbewußte, das der Suggestion, vor allem der Massensuggestion, zugänglich ist, ist für die politische Einstellung des einzelnen entscheidend. Es enthält das, was dem bewußten politischen Urteil v o r a n geht, es ist die Quelle der Vor-Urteile (die gelegentlich auch richtig sein können). Es enthält — etwa bei den bürgerlichen Parteien einerseits, den sozialistisch-marxistischen andererseits — ganz verschiedenes und deshalb reden die Vertreter dieser Parteien, deren jeder in seinem Unterbewußten ruht, häufig aneinander vorbei. Jeder wird z. B. eine im Unterbewußten verankerte Vorstellung über Art und Wesen der Bevölkerungsschicht „Bürgertum“ haben. Aber die Vorstellung

gartens Rechtsphilosophie, Zeitschrift für schweizerisches Recht 49, S. 290. Doch ist der Zusammenhang kein notwendiger; das Machtstreben ist vital bedingt; in der Tatsache, daß es ein Unterbewußtes gibt, äußert sich die eigenartige Struktur unseres Bewußtseins unabhängig vom Inhalt; dem Inhalt nach kann nicht nur das Vitale, sondern auch das Ethische im Unterbewußten liegen, wie dies oben für den Marxismus nachgewiesen wurde.

des unter der Suggestion seiner Parteipresse stehenden Durchschnittssozialisten wird eine völlig andere sein als diejenige des „Bürgers“ selbst, der seine Vorstellungen aus dem täglichen persönlichen Kontakt innerhalb dieser Schicht, also in engster Berührung mit der Wirklichkeit, gewinnt. Dazu kommt, daß jeder das Unterbewußte des Gegners mit Schärfe, wenn auch verzerrt und entstellt, sieht, während ihm die Bedingtheit des eigenen Unterbewußten – der Natur der Sache nach – verborgen bleibt. Da weiterhin die unterbewußten Vorstellungsinhalte undiskutierbar feststehen, scheint alles, was ihnen widerspricht, ebenso unzweifelhaft falsch zu sein. Erst das Bewußtmachen dieser Inhalte macht sie diskutierbar und korrigierbar.

Ähnliches ließe sich sagen über die Vorstellungen, die verschiedene Völker voneinander haben. Die Schlagworte, mit denen ganze Völker charakterisiert werden, appellieren an die unterbewußten Gedankenassoziationen des Hörers, der keine wirklichen Kenntnisse hat. Der Ausgleich der auf dem Unterbewußten beruhenden Gegensätze benötigt in erster Linie wirkliche Kenntnis des andern.

D. Man spricht von der „Standortgebundenheit“ der sozialen Sicht und des Urteils im Sozialen. Eine solche Standortgebundenheit ist sicher in dem Sinne vorhanden, daß eine gewisse Auffassung des Sozialen, also gewisse Theorien, die Tendenz haben, sich mit einer bestimmten personellen Schicht zu verbinden. Es ist aber falsch, die Theorie als eine „Funktion der Seinslage“ aufzufassen. Diese Meinung entspringt, wie manche anderen Irrtümer, dem eindimensionalen Denken, das alles aus einer Ursache erklären will, und zwar hier, entsprechend dem materialistischen Ausgangspunkt, die Idee als Emanation der sozialen Lage auffassen will. Das kann schon deshalb nicht richtig sein, weil die Idee mit dem Sein inkommensurabel ist und daher mittels einer vermeintlich kausalen Ableitung aus dem Sein unmöglich erklärt werden kann. Die bestimmte soziale Lage gewisser Menschen ist vielmehr nur der Anlaß, daß sich in ihren Köpfen eine der zahlreichen möglichen Theorien – die nicht alle richtig sein können, das beweist ihre Mehrzahl – mit besonderer Leichtigkeit festsetzt¹.

¹ Zutreffend Mannheim, *Ideologie und Utopie*, der S. 81 davon spricht, daß „der sozialvitale Impuls bestimmten Bezirken sozialen Seins gegenüber hell-sichtig macht“. Ferner S. 140, daß Weltanschauung nicht unbedingt eine Fehlerquelle, sondern umgekehrt geradezu eine Chance ist, zu bestimmten Wissensgebieten den Zugang zu gewinnen. Ähnlich Freyer, *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft*, S. 113.

Sie bewirkt die Aktualisierung eines Aspektes, der an sich ganz unabhängig von der Seinslage des Denkenden ist und deshalb von einem in irgend einer andern Seinslage befindlichen Menschen geteilt werden kann — was denn auch die Erfahrung täglich bestätigt. Jedenfalls ist es verfehlt, den Einfluß einer sozialen Situation auf das Denken ohne weiteres als einen Beweis für die Unrichtigkeit der Denkinhalte anzusehen. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Denkinhalts richtet sich nach ganz andern, immanenten Kriterien. Wohl aber mag eine gewisse Aktualität der Fragen, ihr Herauswachsen aus einer konkret erlebten Situation, den Blick des Forschenden schärfen. Andererseits kann die Aktualität der Fragen den Blick trüben. Sie muß das dann tun, wenn es dem Betrachtenden weniger um Erkenntnis als um den Aufbau einer wirkungsvollen Lehre, für welche Argumente gesucht werden, zu tun ist. Der Blick ist auch dann getrübt, wenn der Forschende mit festgelegten Affekten, die ihm die konkrete Welt gefühlsmäßig in eine gute und eine böse Hälfte aufteilen, an die Untersuchung herantritt. Der Wahrheitsgehalt von Theorien, die aus solcher Situation entstanden sind, ist notwendig beschränkt; um so destruktiver kann ihre Wirkung sein. Aber abgesehen von solchen Mängeln in der Person des Betrachtenden liegt in der Tatsache, daß eine bestimmte Seinslage den Anstoß zur Bildung einer Theorie gegeben hat, nicht notwendig eine Fehlerquelle.

E. Die geschilderte Zweischichtigkeit der politischen Theorie sei nachgewiesen am Beispiel von W. v. Humboldts „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“. Das Höchste ist für Humboldt das Individuum. „Der wahre Zweck des Menschen, nicht der, welcher die wechselnde Neigung, sondern welcher die ewig unveränderliche Vernunft ihm vorschreibt — ist die höchste und proportionierlichste Bildung seiner Kräfte zu einem Ganzen. Zu dieser Bildung ist Freiheit die erste und unerläßliche Bedingung.“ „Eigentümlichkeit der Kraft und der Bildung ist das, worauf die ganze Größe des Menschen zuletzt beruht, wonach der einzelne Mensch ewig ringen muß und was der, welcher auf die Menschen wirken will, nie aus den Augen verlieren darf.“ Der Zweck des Staates ist schließlich nur noch „die Erhaltung der Sicherheit sowohl gegen auswärtige Feinde als innerliche Zwistigkeiten.“ In dieser Betrachtung ist offenbar nur das eine ins volle Licht des Bewußtseins gebracht,

das Individuum und seine Freiheit. Der Gedanke an den Staat und die Gemeinschaft ist aber durchaus nicht ausgeschaltet. Denn die Freiheit ist eine solche vom Staat, und das Individuum soll vom Druck der Gemeinschaft befreit werden. Deshalb bilden Staat und Gemeinschaft das Hintergründige, sie stehen in Humboldts Abhandlung im Dämmerlicht des Halbbewußten; sie bilden die trübe Folie, auf der sich Individuum, Persönlichkeit, Freiheit um so glänzender abheben. Deutlich enthüllt sich die Polarität zwischen dem Hintergründigen und Vordergründigen. Noch in anderer Richtung bestätigt sich das früher Gesagte. Daß nämlich trotz dieser extremen Freiheit ein geordnetes Zusammenleben möglich sei, daß die „proportionierlichste Bildung“ der Kräfte eines Jeden zur allgemeinen Harmonie, nicht zur allgemeinen Anarchie, führt, ist ohne nähere Begründung vorausgesetzt. Gerade in diesem Unausgesprochenen liegt das Typische des Humboldtschen Werkes. Denn hier wird als selbstverständlich angenommen ein edler Humanismus, eine aristokratische Selbstdisziplin, eine Harmonie aller höheren geistigen Kräfte, die ohne weiteres als führend betrachtet werden. Die Voraussetzung dieses extremen Liberalismus ist die vornehme Gesinnung vollwertiger Persönlichkeiten. Und es ist weiter vorausgesetzt, daß diesen Kräften gegenüber das Schlechte, Gemeine, Destruktive nicht aufkomme. In diesem Sinne umfaßt Humboldts Lehre doch auch das der Freiheit polar entgegengesetzte Strukturelement, die Bindung, im Sinne einer innerlichen Disziplin. Im Vorausgesetzten liegt die polare Ergänzung und damit die Abrundung des im Zentrum des Bewußtseins liegenden individualistischen Freiheitsbegriffs.

Noch für etwas Weiteres ist Humboldts Lehre bezeichnend. Das von der Theorie nicht Erfasste, von ihrem Standpunkt aus unregelt zu Lassende wird nämlich als in sich harmonisch vorausgesetzt. Denn es müßte ja geregelt, rechtlich eingeschränkt werden, wenn von dort aus Störungen des sozialen Ganzen zu befürchten wären. In dieser Weise setzt auch der wirtschaftliche Liberalismus die Harmonie des Spiels der wirtschaftlichen Kräfte voraus¹.

Humboldt läßt seinen Liberalismus nicht ausdrücklich von den genannten Eigenschaften der Menschen abhängen; wohl nur deshalb, weil er sie als selbstverständlich voraussetzt. Uns aber ist klar, daß jene Eigenschaften die *conditio sine qua non* weit-

¹ Sombart a. a. O. S. 38, 42 spricht vom System des Harmonismus, von der zugrunde liegenden Idee der prästabilierten Harmonie.

gehender Freiheit sind, die nicht überall gegeben ist. Das damit aufgeworfene sachliche Problem betrifft die Kompensation der einseitigen Staatsform des extremen Liberalismus durch polar entgegengesetzte Strukturformen im Außerrechtlichen. Es ist in der Literatur mehrfach bemerkt, aber nicht mit genügender Kraft vertreten worden – zum Schaden des Liberalismus, der als Staatsform nur bestehen kann, wenn er durch ein kompensatorisches Außerstaatliches zum vollen, polar strukturierten Ganzen abgerundet wird.

Schon Augustin wies auf den Zusammenhang innerer Zucht und äußerer Freiheit einerseits, innerer Entartung und äußerem Zwang andererseits hin. Das Schicksal des Staates, insbesondere der Demokratie, sei von der Tugend der Bürger abhängig. Nach Montesquieu bedarf die Demokratie der «vertu», also die freie Staatsform der inneren Bindung. Treffende Bemerkungen über das Vorausgesetzte des Liberalismus machte neuerdings Wickham Steed¹: „die liberale Auffassung setze irgend eine Form innerer oder äußerer Disziplin voraus“. „In Wahrheit ist Liberalismus identisch mit Humanismus.“ Er beruhe auf der Annahme „einer mentalen oder ethischen Konstitution zur Begrenzung der Willkür individuellen Denkens oder Handelns.“ Die Essenz des kompensatorischen Verhältnisses drücken die Worte aus: „Freiheit, aber vereint mit der Freiheit immer der edle Ernst, und die Strenge des Lebens, die heilige Sitte.“ „Die Hauptursache des Verfalls des Liberalismus war die allmähliche Lockerung der innern Disziplin und das Schwinden der freiwilligen Beachtung der liberalen Prinzipien ...“

Nicht weniger bestimmt weist Ruggiero² auf das in der persönlichen „Zucht“ liegende Gegengewicht des Liberalismus hin: „Nichts ist dem freien Mann mehr zuwider als die Höflingsmeinung, die die Freiheit als eine Zierde und einen Luxus ansieht; er kennt sie als ernstere Sache, als eine Zucht, eine Verantwortlichkeit, ein Opfer.“ Freiheit sei Bindung an das Gewissen. Das gleiche Komplementärverhältnis liegt in Sprangers³ „Liberalismus des schönen Menschentums“, sowie in seinem „Liberalismus der Pflicht“, ebenso in der Feststellung C. Schmitts⁴, daß die

¹ „Prozeß der Diktatur“, herausg. von O. Forst-Battaglia, 1930, S. 81 ff.

² Geschichte des Liberalismus in Europa, 1930, S. 339.

³ Lebensformen, 6. Auflage, S. 180.

⁴ Verfassungslehre, S. 310.

Stellung des liberalen Bürgertums auf zwei Voraussetzungen ruhe: Bildung und Besitz. Wenn Hadleys¹ letztes Wort über Demokratie „Erziehung“ ist, so fällt es mit dem Postulat zusammen, welches die Liberalen in Zürich gleichzeitig mit der Einführung der liberalen rechtsstaatlichen Verfassung im Jahre 1831 aufgestellt haben: „Volksbefreiung fordert Volksbildung.“ Überall zeigt sich die Einsicht in das genannte kompensatorische Verhältnis.

F. Die bisher gemachte Unterscheidung zwischen Vordergründigem und Hintergründigem wird nun durchkreuzt durch eine andere: die Theorie bezieht sich nämlich teils auf die gegebene äußere Wirklichkeit, teils auf den Zustand, der als richtig postuliert wird. Diese beiden Bestandteile der Theorie fallen nur selten zusammen, nämlich nur dann, wenn die gegebene Wirklichkeit als die richtige verstanden wird². Aller Regel nach unterscheiden sie sich aber recht deutlich, wobei es allerdings vorkommt, daß die eine Theorie alles Gewicht auf eine Interpretation der Gegebenheit legt (wie der Marxismus), während eine andere das Postulat durchaus in den Vordergrund stellt (wie der Liberalismus vor seiner praktischen Verwirklichung). Aber das Gegenstück fehlt nie: die Interpretation der Gegebenheit durch den Sozialismus will diese Gegebenheit beseitigen oder ihre naturgesetzliche Beseitigung beweisen, und die Postulate des Liberalismus gingen vom gegebenen Zustand als von einem zu überwindenden Standpunkt aus. Die Theorie steht, welches auch ihr Inhalt sei, in einem immer gleichen formalen Verhältnis zur Wirklichkeit: die Theorie ist immer Ergänzung der gegebenen Wirklichkeit. Freilich kann „Ergänzung“ ganz verschiedenes bedeuten. Kommt der Theoretiker zu einer Rechtfertigung der Wirklichkeit, erscheint ihm also die Wirklichkeit als harmonisch, so bedeutet die Theorie die tiefere Begründung des Gegebenen, die Aufdeckung innerer Zusammenhänge, die Legitimierung im Ganzen und im Einzelnen. Sie bedeutet aber auch — was gewöhnlich übersehen wird³ —, daß die „herrschenden“ Personen und Klassen in ihrer Stellung nicht nur legitimiert, sondern

¹ Zit. Schmitt S. 228.

² In eigentümlicher Verschmelzung in dem bekannten Wort Hegels: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; was wirklich ist, das ist vernünftig.“

³ Z. B. von Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 47, 55, der im Naturrecht (also einer Theorie) die Rechtfertigung, Verklärung des positiven Rechts sieht.

gleichzeitig gebunden, ins Ganze eingefügt, funktionalisiert, das heißt mit Stellung und Aufgaben im Hinblick auf das Ganze bedacht und in ihrer Macht beschränkt werden. Kommt aber die Theorie zu einer Kritik des Gegebenen und zur Aufstellung von Postulaten, so bedeutet sie eine andere Art der Ergänzung: die Kompensation der Wirklichkeit. Die Theorie fügt der Wirklichkeit das hinzu, was ihr fehlt. Sie vervollständigt die Einseitigkeit des Wirklichen zu dem ihr vorschwebenden Ganzen. Die Theorie wendet deshalb notwendig denjenigen Punkten ihre besondere Aufmerksamkeit zu, welche der Wirklichkeit mangeln¹, und deshalb ist auch die Theorie, die auf Kritik beruht und in Postulate ausmündet, fast immer einseitig, nur nach der andern Richtung, als die Wirklichkeit². Sie ist um so einseitiger, je mehr der Theoretiker der Wirklichkeit oder gewissen Teilen derselben gefühlsmäßig ablehnend gegenübersteht. Denn um so leichter wird ihm das Gegenteil dieser Wirklichkeit als wertbetont vorkommen und als vermeintlich evident einer näheren Begründung nicht bedürftig erscheinen. Das ist ganz deutlich bei Humboldts „Ideen“, von denen schon Bluntschli³ bemerkt: „Man begreift den einseitigen Radikalismus dieser Theorie nur, wenn man an ihren Gegensatz, an die gewaltsame, bürokratische Vormundschaft, insbesondere auch des preußischen Staates, in jener Zeit sich erinnert.“ Nicht minder deutlich ist das beim Sozialismus, der nur verständlich ist auf der Grundlage einer im Gefühlsleben tief verankerten Verabscheuung des „Kapitalismus“. Auch die maßlose Idealisierung der Demokratie⁴, der man in der Nachkriegszeit häufig begegnete, muß als eine idealistische Kompensation der unbefriedigenden Wirklichkeit aufgefaßt werden.

8. Recht und Ambiente.

A. Es ist oben festgestellt worden, daß in jeder Rechts- oder Staatstheorie das Bewußte und Unterbewußte, das Vordergründige

¹ Laski, On the study of Politics, S. 14: „The thing, that they do is always, even if indirectly, an index to what the age is wanting“.

² Mannheim a. a. O. S. 177: Jede Seinsstufe läßt aus sich jene Gedankengehalte emporschießen, die das noch „Unverwirklichte“ enthalten. — Vgl. auch Spranger, Lebensformen, 6. Aufl., der S. 397 darauf hinweist, daß die Menschen „noch immer ganze Menschen“ seien und jede Einseitigkeit ergänzende Kräfte wecke.

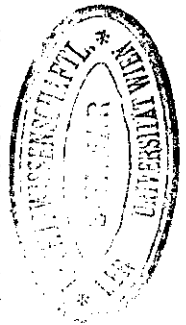
³ Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik, 1864, S. 393.

⁴ Schmitt, S. 255.

und Hintergründige, das Explizite und Implizite zu unterscheiden sei. Das Gleiche gilt auch für das verwirklichte Recht. Denn das Recht ist gleichsam die bewusste Ergänzung des Unterbewußten. Was im Recht zur Realisation gelangt, ist nur das Vordergründige, das Explizite, kurz das, was im vollen Licht des Intellektes lag. Es ist sehr wohl möglich, daß auch dies nicht ganz verwirklicht wurde, doch das ist hier nebensächlich. Was hier festzuhalten ist, ist die Tatsache, daß das Hintergründige, Implizite usw. neben dem Recht bestehen bleibt, daß seine Inhalte nicht ins Recht überführt wurden, sei es, weil das Bewußtsein ihrer Erheblichkeit fehlte, sei es, weil sie als ohnehin wirksam angesehen wurden, sei es, weil eine Transposition ins Rechtliche der Natur der Sache nach unmöglich ist. Trotzdem handelt es sich um Dinge, die für den zum Recht gewordenen Inhalt wesentlich sind. Denn sie bilden die Umgebung des Rechts, sein Milieu, in das es hineingehört und mit dem es sinnvoll wird, jenen Teil der umgebenden Welt, mit welchem oder gegen welchen es ein Ganzes bilden soll. Für die Bezeichnung dieses Außerrechtlichen in seiner Relation zum Recht und in seiner besonderen Gestalt und Funktion eignet sich am besten der französische Ausdruck «*ambiance*». Die positive Rechtsordnung setzt somit eine *Ambiance* voraus. Jede besondere Art und Gestalt des positiven Rechts, vorab jede Art einer Staatsverfassung, setzt eine besondere Art und Gestalt der *Ambiance* voraus.

B. Da nun die *Ambiance* nicht Recht ist, kommt ihr auch nicht die gleiche Festigkeit zu wie dem Recht. In der Verschiedenheit der Änderungslosigkeit, der Änderungsursachen und der Änderungsform von Recht und *Ambiance* liegt der Grund für die allmählich entstehende Disharmonie zwischen dem Recht und der das Recht ergänzenden, tragenden und balancierenden Umgebung.

Wir haben hier vor allem dem Fall Aufmerksamkeit zu schenken, in dem das Recht, z. B. eine Staatsform, in bisheriger Form bestehen bleibt, aber die *Ambiance* sich ändert. Und zwar ändert sie sich wegen des Wechsels der äußern (z. B. wirtschaftlichen) Bedingungen, oder – was uns hier interessiert – deshalb, weil sie dem hellen Bewußtsein entrückt ist und infolgedessen allmählich der Vergessenheit anheimfällt, während umgekehrt die im Brennpunkt der Aufmerksamkeit stehenden Rechtsprinzipien in ihre einseitigen Konsequenzen ausgebaut werden und ihrerseits auf das Außerrechtliche übergreifen, wodurch dessen kom-



pensatorischer Charakter abgeschwächt, wenn nicht aufgehoben wird. Hierin, in dieser Vernichtung des kompensatorischen Charakters¹ der *Ambiance* liegt der Grund der Entartung der Staatsformen und Rechtsinstitute. Es ist eine tragische Erscheinung, daß oft ein Rechtsprinzip, das einmal gesund war und wohltuend wirkte, im Laufe der Zeit entartet und schädliche Folgen erzeugt². Die Änderung liegt aber weniger im Recht selbst als im Außerrechtlichen. Denn alles objektive Recht ist starr und formal und verleiht regelmäßig umfangreichere subjektive Rechte und Kompetenzen, als dem sozialen Ganzen eigentlich zuträglich ist. Aber das Recht kann nicht anders, weil die notwendig allgemeine Formulierung des Rechtssatzes eine feiner abgestufte Normierung nicht zuläßt. Wohl aber zählt es darauf, daß diese subjektiven Rechte und Kompetenzen nicht bis zu ihren äußersten Möglichkeiten ausgenützt werden. Denn die Entartung eines Rechtsinstituts besteht in der zur Regel werdenden äußersten Ausnützung der von ihm gebotenen formalrechtlichen Möglichkeiten. Es liegt an der unvermeidlichen Einseitigkeit jeder juristischen Formulierung, daß ein Rechtssatz seine soziale Funktion nur dann richtig erfüllen kann, wenn das dem formulierten Rechtsprinzip entgegengesetzte Prinzip als sein polarer Gegensatz im Außerrechtlichen wirksam ist und verhindert, daß die im Rechtssatz selbst liegende Möglichkeit bis zum Äußersten ausgenützt wird. Je primitiver eine Rechtsordnung ist, desto mehr ist die kompensatorische Wirkung der Rechtsambiance unentbehrlich, je entwickelter sie ist, desto mehr ist die polare Gegenposition ins Recht selbst aufgenommen worden.

Alles starre Recht bedarf der außerrechtlichen Kompensation. Wenn diese allein nicht mehr genügt, wird das kompensatorische Prinzip ins Recht selbst aufgenommen. Das geschah beispielsweise mehrfach dadurch, daß ein besonderes Billigkeitsrecht neben dem starren Recht in die Rechtsordnung eingefügt wurde, wie die römische *æquitas* und die englische *equity*. Zahlreiche moderne Entwicklungen gehen in der gleichen Richtung, so die Einschrän-

¹ Vgl. oben S. 70 ff.

² Vgl. Ortega y Gasset in einem Aufsatz über Kant (Neue Schweizer Rundschau, Mai 1930, S. 385): „Aus einem vollkommen genauen Ausdruck für einen bestimmten Kulturwillen verwandelt sich mit der Zeit jeder große philosophische Standpunkt durch Abnützung in eine Formel der Widerkultur.“ Das gilt häufig auch für Staatsverfassungen.

kung der Vertragsfreiheit durch Arbeiterschutzgesetze, des Privateigentums durch die zahlreichen öffentlichrechtlichen Schranken¹, der Geltendmachung eines Privatrechts überhaupt durch das Verbot des Rechtsmißbrauchs: überall hat sich die im Außerrechtlichen liegende Hemmung der schrankenlosen Ausnützung einer subjektiven Berechtigung als ungenügend erwiesen, weshalb die erforderlich erscheinenden Schranken als gesetzliche Vorschrift in die Rechtsordnung selbst aufgenommen wurden.

Vor allem sind es aber zahlreiche staatsrechtliche Normen, welche dieser Kompensation bedürfen, aber sie nur im Außerrechtlichen finden können. Denn hier müssen die Normen einfach und formal sein, weil sie der Öffentlichkeit, als der politisch letzten Instanz im Staat², verständlich sein und auch in der Anwendung verständlich bleiben müssen. Dahin gehören die Kompetenzen der obersten Staatsorgane, wie z. B. das Vetorecht der Regierung gegenüber dem Parlament. Die Ausübung dieses Rechts könnte bei Ausnützung der äußersten Möglichkeiten zu unerträglichen Zuständen führen: es sind nicht rechtliche, sondern rein politische Gründe, die davon abhalten. Das einer Minderheit zustehende Initiativrecht, in Verbindung mit der Volksgesetzgebung, könnte dazu führen, daß in kurzen Zeiträumen die Staatsverfassung immer wieder von neuem geändert wird, oder daß doch — wenn die Initiativen in den Abstimmungen unterliegen — in kurzfristiger Wiederholung Verfassungskämpfe heraufbeschworen werden, welche die Konsolidierung eines Staates verhindern und positive politische Arbeit sabotieren: es sind keine rechtlichen Gründe und es können keine solchen sein, welche einen Mißbrauch der Initiative zu Zwecken der Destruktion verhindern, sondern allein politische Einsicht und der gesunde Sinn des Volkes³.

¹ Vgl. die neue, diese Schranken berücksichtigende Auffassung des Privateigentums bei R. Haab, Kommentar zum schweizerischen ZGB., Sachenrecht S. 42; H. Fehr, Recht und Wirklichkeit, S. 115 ff.

² Vgl. mein „Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie“, 1921, S. 63/64.

³ Über den politischen Charakter des Schweizervolkes, der den Radikalismus seiner politischen Institutionen kompensiert, vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 19, 309 ff., ferner Schweizerische und deutsche Staatsauffassung, 1929, S. 8. Dennoch ist in der Schweiz die Frage des Mißbrauchs des Initiativrechts in Verbindung mit einer Initiative auf Vermögensabgabe (1922), deren Annahme destruktiv gewirkt hätte und deren bloße Lancierung wirtschaftlich schädigend war, lebhaft diskutiert worden. Vgl. auch mein „Verfassungsleben im Kanton Zürich“, 1928, S. 49 f.

Aber weil hier, wo es sich um das oberste Organ des Staates, die Aktivbürgerschaft, handelt, gesetzliche Schranken gegen Mißbrauch nicht möglich sind – weil kein Organ vorhanden ist, das feststellen könnte, was Mißbrauch ist, ohne daß es dem Volke übergeordnet würde, was der obersten gesetzgebenden Gewalt des Volkes widerspräche – gerade deshalb kann ein Mißbrauch der Volksrechte nicht durch eine Änderung dieses oder jenes Punktes im Verfassungstext verhindert werden, sondern der Mißbrauch stellt, wenn er unerträgliche Zustände herbeiführt, die Staatsform selbst in Frage. Mit besonderer Deutlichkeit zeigt sich hier die Abhängigkeit des Rechts von im Außerrechtlichen wirksamen, dem Prinzip des positiven Rechts selbst entgegengesetzten Prinzipien.

Ein weiteres Beispiel bieten die Freiheitsrechte. Ob ihr Zweck, die freie Betätigung und Entfaltung des Individuums zu sichern, erreicht wird, hängt völlig von außerrechtlichen Verhältnissen ab. Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung hat zu weitgehenden wirtschaftlichen Bindungen geführt; die Vertrustung, die das Resultat dieser Freiheit sein kann, ist das Gegenteil dessen, was mit der wirtschaftlichen Freiheit erreicht werden sollte. Die Frage taucht auf, ob hier nicht ein Fehler im Ausgangspunkt liegt. Das wird später zu untersuchen sein.

C. Die Wichtigkeit des Außerrechtlichen für das Recht erhellt vor allem dann, wenn das Außerrechtliche eine andere Gestalt als üblich annimmt und dadurch das Recht selbst tiefgehend beeinflusst wird. Die Einwirkung der geographischen Lage eines Landes auf die Verfassung wird in der Regel übersehen werden; sie wird aber offenbar, wenn z. B. für England festgestellt wird, daß „die Insellage eine Verfassung ersetze“¹. Auch für die Schweiz gilt ohne Zweifel, daß die geographischen und ethnographischen Verhältnisse, die ihre Geschichte bestimmten, ihre Verfassung entscheidend beeinflussten; z. B. wäre der für das kleine Gebiet auffällige Föderalismus ohne die geographischen und ethnographischen Verschiedenheiten nicht denkbar. Ähnliches läßt sich für andere Staaten nachweisen.

Ein weiteres Beispiel: das normale Spiel demokratischer Institutionen setzt ein mehr oder weniger homogenes Volk voraus.

¹ Zit. C. Schmitt, S. 50.

Das bleibt vorerst — so lange alle beobachteten Demokratien homogene Bevölkerungen haben — unbewußt, es wird erst erkannt, wenn der Blick auf Staaten geworfen wird, wo diese Homogenität fehlt. Dazu gehören z. B. die Südstaaten der amerikanischen Union infolge der Mischung schwarzer und weißer Bevölkerung. Über die dortigen politischen Verhältnisse berichtet einer der besten Kenner Amerikas: „Es ist beinahe tragisch, zu sehen, wie die Anwesenheit der Neger überall, wo sie in großen massiven Blöcken ansässig sind, das politische Leben ertötet und das normale Spiel der freien politischen Institutionen unmöglich gemacht hat.“¹ Denn die Weißen suchen in erster Linie die „Rassenfront“ zu wahren.

Die Demokratie bedarf nicht nur der Homogenität, sondern auch einer gewissen Tradition und vor allem der Staatsgesinnung. Wo diese Voraussetzungen fehlen, kann trotz demokratischer Institutionen keine Demokratie bestehen. So führt K. v. Schumacher² über Mexiko aus, daß die formell bestehende Demokratie faktisch Diktatur sein muß, um beim Fehlen jeder Tradition und jedes Staatsgedankens etwas wie Einheit in die bunte und herrschaftshungrige Masse der Indianer, Mestizen, Kreolen und Fremden bringen zu können.

Noch ein Beispiel für das „Vorausgesetzte“ im internationalen Leben: In der internationalen Politik sind militärische Rüstungen „one of the most formidable tacit elements“. Die Schwäche der Rüstungen scheint Schwäche des Staates in den internationalen Beziehungen zu bedeuten. Daß Rüstungen nicht unbedingt nötig sind, sofern andere ebenso bedrohliche „tacit elements“ zur Verfügung stehen und angewendet werden können, zeigt die Sowjetunion. Sie kann Totalabrüstung fordern „because she is the first to have evolved an alternative instrument of policy Her foreign policy being one, needs but one method everywhere, and this method, the fostering of a communistic revolution in every nation, has no need of Russian armaments“³.

D. Das positive Recht kann daraufhin geprüft werden, ob und welche Vorkehrungen ergriffen worden sind, um die Verbindung des

¹ A. Siegfried, Die Vereinigten Staaten von Amerika, 1928, S. 210.

² Mexiko und die Staaten Zentralamerikas, „Aufbau moderner Staaten“, Band III, Zürich 1929. Auch erwähnt Archiv des öffentlichen Rechts 19, S. 132.

³ Madariaga, Disarmament, 1929, S. 51.

Rechts mit dem es umgebenden Außerrechtlichen möglichst wirksam herzustellen. Darüber sollen nur wenige Bemerkungen folgen.

Diese Vorkehrungen liegen in erster Linie in der Organisation des Gesetzgebungsapparates. Das Individuum, das in der Gesetzgebung mitwirkt, stellt, da es beiden Sphären angehört, die Verbindung her. Je mehr der Kreis der Mitwirkenden sich der Gesamtheit der Bürger annähert, um so vollständiger kommt auch das Außerrechtliche in der Gesetzgebung zur Geltung. Die reine Demokratie scheint in dieser Hinsicht die beste Staatsform zu sein. Allein nicht notwendig. Denn das Maximum dieses Einflusses ist nicht dessen Optimum. Vielmehr besteht bei einem zu weit gesteigerten Einfluß die Gefahr, daß das Recht zur bloßen Funktion des Außerrechtlichen wird, und das dem Recht Spezifische (wodurch es die ihm im sozialen Ganzen zukommende Funktion erfüllt), die dialektische Einheit der genannten vier Momente zu sein, zu kurz kommt.

Es ist auch möglich, in der Rechtsanwendung die Ambiance mehr oder weniger zur Geltung zu bringen und demgemäß das Recht je nachdem mehr als ein in sich selbst geschlossenes System oder mehr als einen der Faktoren des sozialen Ganzen auszulegen. Einzelne Rechtsgebiete (wie z. B. Prozeßrecht, Wechselrecht) eignen sich mehr für die erste, andere (wie z. B. das Verfassungsrecht) mehr für die zweite Methode der Auslegung. Das kommt gelegentlich auch in der Art der damit betrauten Behörden zum Ausdruck. So hat es einen guten Sinn, die Auslegung verfassungsrechtlicher Normen im Streitfall nicht den ordentlichen Gerichten, sondern einem für solche Fragen geschaffenen Spezialgericht oder sogar den politischen Behörden anzuvertrauen. Denn es kommt hier alles darauf an, die Norm in Verbindung mit der Ambiance zu sehen und entsprechend auszulegen. Vor allem gilt das, wenn die Verfassungsvorschrift neu und wenig präzise ist und ihr Inhalt durch die Entscheidungspraxis allmählich bestimmter gestaltet werden soll. Es war deshalb begründet, wenn die schweizerische Bundesverfassung von 1848 den Entscheid über Beschwerden der Bürger wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte in die Hände der Bundesversammlung, also der gesetzgebenden Behörde legte. Freilich hat sich diese Regelung aus praktischen und organisatorischen Gründen nicht bewährt¹.

¹ Dubs, Das öffentliche Recht der Schweiz. Eidgenossenschaft II, S. 82.

Die Verfassung von 1874 legte den Entscheid in die Hände des Bundesrates und des Bundesgerichts und die Kompetenz des letzteren ist zu ungunsten des ersteren seither immer mehr erweitert worden; das geschah, je mehr sich die von der politischen Behörde inaugurierte Praxis befestigt hatte. Je durchgebildeter das Recht ist, desto mehr ist der Ausgleich mit der Ambiance und ihre Einfügung in Begriffe und Systematik des Rechts gelungen, desto leichter kann daher die Anwendung dem Gericht überlassen bleiben. Je weniger fein ausgeglichen das Recht ist, desto mehr muß die Auslegung einer Behörde anvertraut werden, die den Blick für die Ambiance hat und zur Geltung bringen darf. Das Ideal wären Männer, die die Unparteilichkeit des Richters mit dem Weitblick des begabten Gesetzgebers verbänden.

E. Die Ambiance des Rechts kann sich im Laufe der Zeit ändern, ohne daß sich das Recht selbst ändert. Aus der dem Recht günstigen, kompensatorischen Ambiance kann eine solche werden, welche der vollen Ausnützung formalrechtlicher Möglichkeiten keinen Widerstand mehr bietet. Das Absterben der Ambiance kann um so leichter geschehen, als diese den meisten nur halb bewußt ist und ihr notwendig ergänzender Charakter zum Recht häufig verkannt wird, weshalb man sie widerstandslos langsam zerbröckeln läßt. Oft auch wird sie absichtlich zerstört; ja es kommt nicht selten vor, daß diejenigen, die an der Aufrechterhaltung einer Rechts- und Sozialordnung selbst interessiert sind, ahnungslos an der Zerstörung der tragenden und ergänzenden Ambiance mithelfen. Aber auch abgesehen von gewollter Zerstörung kann die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, der Lebensgewohnheiten, der moralischen und religiösen Vorstellungen, zu einem Hinfall der Ambiance führen, mit der Folge, daß im neuen Milieu das alte Recht anders als früher wirkt. Die individuellen Freiheitsrechte zum Beispiel, die unter den früheren Verhältnissen lebensfördernd und Hemmungen lösend zu wirken vermochten, können unter den neuen Verhältnissen zur Ursache kultureller Destruktion werden. Ist ein solcher Zustand eingetreten, so leidet das soziale Ganze; weder im Rechtlichen noch im Außerrechtlichen ist Halt, Sicherheit und Klarheit zu finden. Es sind die nun mangelnden sozialen Strukturelemente, nach welchen ein steigendes Bedürfnis erwacht, damit das soziale Ganze das für seine Existenz notwendige innere Gleichgewicht

finde. Diese Strukturelemente, die früher nur halbbewußt waren, dann gänzlich in Vergessenheit gerieten, — obschon sie lange Zeit unterbewußt noch wirksam waren — treten, nachdem ihr Mangel das Ganze in seiner Existenz bedroht hat, in die volle Helle des Bewußtseins; sie werden als Postulat aufgestellt, das nun die vorerst ideelle Kompensation zu der an chaotischer Freiheit leidenden Wirklichkeit darstellt; schließlich werden sie verwirklicht, in der einzigen Form, in der das möglich ist, in der Form des Rechts. Dieses Recht, das Ordnung, Disziplin, Autorität verkörpert, findet seinerseits die Ambiance in der als latente Möglichkeit weiter vorhandenen anarchischen Freiheit. Wie bisher, so geht die Bewegung in formal gleicher Weise weiter. Die maßlose Freiheit, vorerst eine jederzeit realisierbare Möglichkeit, versinkt allmählich — wenn sie nie mehr realisiert wird — ins Halbbewußte einer fernen Erinnerung und wird schließlich zu bloßer Geschichte, der jeder Aktualitätswert mangelt, was für die praktische Politik so viel wie Vergessenheit bedeutet. Dann aber fehlt dem autoritären, freiheitsfeindlichen Recht die Kompensation im entgegengesetzten Außerrechtlichen. Die eintretende Erstarrung wird als ein die Existenz und den Fortschritt des Gemeinwesens bedrohender Mangel empfunden. Die Aufmerksamkeit lenkt sich auf das, was dem sozialen Ganzen fehlt: Freiheit, Bewegung, Fortschritt. Und schließlich werden auch diese wieder in der Form rechtlicher Institutionen verwirklicht. Neuerdings stehen anfänglich Recht und Außerrechtliches (das autoritäre Element, das in den Gewohnheiten weiter lebt) in fruchtbarer kompensatorischer Spannung zueinander, bis die Ambiance des Rechts ins Halbbewußte und ins Vergessen versinkt. Darauf muß die Kompensation von der andern Seite her erfolgen, vorerst in der Form des Postulats, sodann als Verwirklichung im Recht. So erscheint das einzelne soziale Strukturelement, das sich im Außerrechtlichen befindet, als in einem Kreislauf begriffen: vorerst im Vordergrund der öffentlichen Aufmerksamkeit stehend, verschwindet es allmählich in der Vergessenheit; die dadurch im sozialen Ganzen eintretenden Störungen lassen den Wunsch entstehen, den Mangel zu beheben, und das geschieht durch Änderung des Rechts. An Stelle der freiheitlichen Staatsordnung tritt eine autoritäre oder umgekehrt. Das Strukturelement, das im Recht verwirklicht ist, (z. B. Freiheit) bleibt unverändert, während das polar entgegengesetzte, im Außerrechtlichen wirkende (Autorität), den geschilderten Kreislauf vollzieht, bis es dann, neuerdings voll bewußt,

selbst zum Recht wird und das andere Element, nun in die *Ambiance* gekommen, in die Bewegung eintritt¹.

Was hier skizziert wurde, ist nichts anderes als die seit dem Altertum als „Zyklentheorie“ bekannte Lehre von der Abfolge verschiedener Verfassungsformen². Plato hat die Abfolge verschiedener Staatsverfassungen als Phasen eines stufenförmigen Auflösungsprozesses erkannt. Seine psychologische Begründung ist von Polybius und Cicero³ und deren Auffassung wiederum von Macchiavelli übernommen worden, der schreibt: „Die Kraft erzeugt Ruhe, die Ruhe Müßigkeit, diese Unordnung, die Unordnung Zerrüttung, und ebenso entsteht aus der Zerrüttung Ordnung, aus Ordnung Kraft, aus dieser Ruhm und gutes Glück.“⁴ Freilich darf in diesem Kreislauf nicht eine notwendige Fortbewegung erblickt werden; es ist wohl auch die Auffassung der genannten Autoren, daß es sich lediglich um eine Entwicklungstendenz handelt, die sich dann auswirkt, wenn ihr nicht andere Faktoren entgegenstehen. Auch bleibt die Darstellung der Abfolge als eine solche von Monarchie – Aristokratie – Demokratie im Äußerlich-Organisatorischen stecken. Aber andererseits erhellt aus der gegebenen psychologischen Motivierung die Einsicht in die untrennbare Verschmelzung des Staatlichen und Außerstaatlichen. Und was das kompensatorische Verhältnis dieser beiden Sphären anbetrifft, so ist es besonders von Aristoteles bemerkt worden. In der Tat sieht er die Übertreibung des einer Regierungsform zugrunde liegenden Prinzips als Hauptursache jedes Umsturzes an: „Vor allem dieses aber darf nicht übersehen werden, was

¹ Man nehme diese Darlegungen als das was sie sind: als schematische Vereinfachungen. Die zu Grunde liegende Erkenntnis läßt sich kaum anders als in Bildern verständlich machen. Vgl. den folgenden Text für eine Einschränkung. — Wilhelm Glunger, *Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung*, 2. Auflage 1930, S. 20 ff., gebraucht für eine ähnliche Erscheinung wie die hier geschilderte des Nicht-mehr-Übereinstimmens von Recht und *Ambiance* den aus der Elektrotechnik übernommenen Begriff der Phasenverschiebung. Solche Analogien sind gefährlich, wenn sie mehr sein sollen als Krücken des Denkens, die man möglichst bald beiseite stellt. In dieser Weise sind auch die Ausführungen des Textes zu verstehen.

² Ihre Richtigkeit wird neuerdings anerkannt von Koellreutter, Artikel Staat im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. V S. 595. Vgl. ferner den dort zit. Rich. Schmidt.

³ Cicero, *de republica* I 29, 44, 45.

⁴ Vgl. Dilthey, *Gesammelte Schriften*, II. Bd., S. 31. P. Janet, *Histoire de la science politique*, I, S. 150/51.

die entarteten Verfassungen tatsächlich übersehen: die Mitte. Vieles, was volkstümlich scheint, löst die Demokratien, und vieles, was oligarchisch scheint, die Oligarchien auf. Es gibt in der Politik Leute, die das einzige Heil in der Übertreibung erblicken und nicht wissen, daß auch die Eigenart einer Verfassung ihre Grenzen hat.“¹

Außer den großen Umwandlungsperioden, die sich in der Änderung der Staatsform, also des Rechts, äußern können (nicht müssen), gibt es auch Wandlungen innerhalb kürzerer Perioden, die mehr Schwankungen im Außerrechtlichen bedeuten, aber auf der gleichen soziologischen Notwendigkeit beruhen. Hierher gehört der periodische Wechsel zwischen einer Rechts- und Linksregierung, wie sie häufig parlamentarisch regierte Länder, wie Großbritannien und Frankreich² aufweisen. Durch die neue politische Richtung sollen jeweilen die Mängel der bisherigen überwunden werden. Man könnte somit „langwellige“ und „kurzwellige“ Perioden unterscheiden, welche letztere sich innerhalb der ersteren abspielen würden. Freilich scheint es, daß gerade das Balancespiel zwischen den Rechts- und Linksparteien den Umsturz der Staatsverfassung zu verhindern vermag, so daß der Wechsel mit „kurzer Wellenlänge“ (der wenig tief greift), sich nicht innerhalb derjenigen mit „langer Wellenlänge“ abspielt, sondern an seine Stelle tritt und der Wechsel der regierenden Parteien den Wechsel der Staatsformen zu verhindern vermag. Doch kann diese Frage hier nicht weiter verfolgt werden.

Die hier angedeutete Tendenz des Schwankens zwischen polaren Möglichkeiten beschränkt sich nicht auf das Gebiet der Politik, sondern ist im Wesen der menschlichen Psyche tief begründet. Der Drang zur stärkeren Betonung der in einer gegebenen Lage nicht genügend entwickelten Strukturelemente oder Funktionen ist identisch mit dem, was Spranger gelegentlich den „Drang nach dem ungelebten Leben“ nennt, und woraus er die „Kontrastbewegung der Generationen“ herleitet. Es ist der dem Lebendigen innewohnende, sich oft höchst unharmonisch gebärdende Wille zur harmonischen Gestaltung. Da aber die Verwirklichung immer nur mit einer gewissen Einseitigkeit zu ge-

¹ Aristoteles, Politik, V. Buch, 9. Kapitel. (Deutsche Ausgabe, Verlag Meiner, S. 176).

² Für letzteres vgl. A. Siegfried, Tableau des Partis en France, 1930, S. 123 ff.

lingen scheint, so sucht das Denken, vorab das politische, die Ergänzung in entgegengesetzter Richtung. Es scheint in seinem Hin und Her einem „law of the pendulum“ zu folgen.¹ Doch soll damit nicht behauptet werden, daß ein Gleichgewichtszustand, in dem das polar Gegensätzliche dauernd harmonisch vereinigt ist, unmöglich wäre.²

¹ J. Dickinson, *Democratic realities and democratic dogma*, *The American Political Science Review*, 24 (1930), S. 283.

² Die Antike hat die Lösung in der gemischten Staatsform gefunden, siehe darüber unten.

Verfassungsrecht und soziale Struktur

Von

Dr. Dietrich Schindler

Professor des öffentlichen Rechts
an der Universität Zürich

Staats. R.

28520

ausgesch.

28. Nov. 1957

Metz



317.111 12300

~~Rechtswiss.~~

Zürich 1932 / Schulthess & Co.