

Einleitung

Das Recht als Verwirklichung von Werten

Wenn hier vom Wiederaufbau der Rechtsordnung die Rede ist, so handelt es sich nicht darum, diese oder jene konkrete Rechtsordnung, die zerstört wurde, wieder aufzurichten, noch darum, diese oder jene besonderen Wünsche zu erfüllen oder Sonderideologien gerecht zu werden, sondern darum, die Herrschaft des Rechts überhaupt, die in diesen Zeiten aufs schwerste erschüttert wurde, wieder zu stabilisieren. Dazu bedarf es der Klarheit über zwei Punkte: einerseits über das Ziel, das sich das Recht setzt, und andererseits über die tatsächlichen Verhältnisse, auf die das Recht anzuwenden sein wird, mit denen also der Gesetzgeber, teils als Objekt seiner Maßnahmen, teils als Schranke seiner Möglichkeiten zu rechnen haben wird.

Selbstverständlich haben wir nicht aus dem Nichts aufzubauen. Glücklicherweise besteht noch manche Rechtsordnung, und das Wissen um augenblicklich unterdrückte und zerstörte Rechtsordnungen ist noch lebendig genug, damit diese als Beispiel und Ansporn dienen können. Die tatsächlichen Verhältnisse haben sich gründlicher geändert als die Anschauungen über das, was als recht empfunden wird, und die Änderungen im Recht werden denn auch weniger mit Wandlungen der Rechtsanschauungen als mit Umwälzungen tatsächlicher Art begründet. An dieser Stelle sei nur auf *eine* grundlegende und nicht mehr rückgängig zu machende Veränderung hingewiesen: Die Welt ist kleiner geworden, ja die gegenseitige Abhängigkeit der Teile, die Einwirkungsmöglichkeit eines Teils auf den andern ist heute größer als innerhalb eines einzigen Staates früherer Zeiten. Deshalb sind die Probleme, die früher für den Staat galten, heute für die ganze Welt zu lösen, während allerdings die Rechtsformen, die für den Einheitsstaat galten, nicht einfach auf eine Weltorganisation übertragen werden können. Wenn sich frühere Denker darum bemühten, eine für den Einzelstaat passende Organisationsform zu finden, so besteht die für die heutigen Verhältnisse entsprechende Aufgabe darin, eine für die Welt passende Rechtsordnung zu finden. Die Lösung kann allerdings nicht in der Uebertragung einer staat-

lichen Organisation auf die Gesamtheit der Erde bestehen. Denn wenn auch die Interdependenz der einzelnen Teile der Welt heute ebenso groß ist wie diejenige der einzelnen Teile eines Staates in früherer Zeit, so sind doch andererseits die Unterschiede — vor allem auch das Bewußtsein der Verschiedenheiten — von Land zu Land größer als diejenigen, die sich innerhalb eines Staates vorfinden. Dazu kommt, daß ein Staat immer neben andern Staaten besteht und zu diesen teils friedliche, teils feindliche Beziehungen unterhält, was in der staatlichen Organisation seinen Niederschlag findet und auf das Bewußtsein des Volkes, eine durch gemeinsame Anschauungen, Interessen und Schicksale zusammengehaltene Einheit zu bilden, einen entscheidenden Einfluß ausübt. Diese Faktoren, die auf dem Nebeneinander verschiedener Staaten beruhen, fehlen in einer internationalen Organisation. Eine solche Organisation kann deshalb nicht auf einer einfachen Ausdehnung staatsrechtlicher Vorstellungen auf die ganze Welt beruhen, obwohl natürlich zahlreiche Berührungspunkte zwischen staatlicher und internationaler Organisation bestehen. Es ist vielmehr so, daß sich auf dem Boden der Universalität eine Reihe neuer Probleme, die auf der Stufe des Staates nicht bekannt sind, stellen, während umgekehrt alles, was mit der Individualität eines Staates zusammenhängt oder seine Außenpolitik betrifft, verschwindet oder in transformierter Form erscheint.

In diesem Buch ergreift ein Schweizer das Wort zum Wiederaufbau der Rechtsordnung. Die Schweiz ist selbst eines der Länder, die ihre Rechtsordnung aufrechterhalten konnten, die also in ihrem eigenen Bereich nur wenig wiederaufzubauen haben werden. Ihre Lage bringt es aber mit sich, daß die Schweiz die Rückwirkungen des Zusammenbruchs der Rechtsordnung in andern Ländern und auf internationalem Gebiet aufs tiefste verspürt. Seit über zehn Jahren verteidigt die Schweiz ihre Rechts- und Staatsordnung gegen Angriffe von außen und innen, welche letztere nicht selten mit Angriffen von außen Hand in Hand gehen. Bei dieser Verteidigung haben sich Einblicke in das Wesen von Recht und Staat ergeben, die keineswegs neu sind, die aber lange Zeit vergessen worden waren und nun neuerdings der Öffentlichkeit bewußt wurden. Es zeigte sich einmal, daß es weniger das Recht in seiner technischen Formulierung ist, das Enthusiasmus erwecken und

Kräfte zu seiner Verteidigung wachrufen kann, als die den Rechtsbereich überschreitenden politischen Ueberzeugungen, die ihrerseits im Recht lediglich einen teilweisen Niederschlag finden. So kam hier jedermann eine Schicht geistigen Seins zum Bewußtsein, die selbst nicht Recht ist, aber mit dem Recht in untrennbarem Zusammenhang steht, die das Recht trägt und gleichsam ernährt, wie die Wurzel den Baum. Im emotionalen Leben des Menschen liegend, haben diese Vorstellungen und Ueberzeugungen etwas Diffuses und begrifflich schwer Faßbares, sie bilden aber die notwendige Voraussetzung für die Lebendigkeit der Rechtsbegriffe, die gleichsam einen auf logische Formeln gebrachten Extrakt darstellen und ohne jene Beziehung zu der emotionalen, überzeugungsmäßigen Basis ein dürres Gerippe darstellen würden, das seinem ursprünglichen Sein leicht entfremdet werden könnte. Was wären z. B. demokratische und liberale Rechte ohne den Glauben an die Würde und Vernunft des Einzelmenschen? Wie könnte sich ein Volk für eine föderative Staatsform entscheiden, wenn es nicht überzeugt wäre, daß die einzelnen Teile eine zu achtende Eigenart besitzen und gerade dank der ihnen gelassenen Autonomie besser miteinander harmonieren als im Einheitsstaat? Wer vermöchte gewisse Arten der Fürsorge, wie z. B. die Pflege Schwachsinniger, zu fördern, ohne die Ueberzeugung, daß auch solche Menschen ein lebenswertes Leben führen können und ihnen gegenüber Pflichten bestehen, die rein utilitaristisch nicht zu begründen wären? Kurz: jeder Rechtsregelung liegen ganz bestimmte Wertvorstellungen zugrunde.

Die Erfahrungen der Schweiz haben aber noch weiteres gezeigt. Es kann vorkommen, daß das positive Recht so gestaltet ist (es kommt natürlich auf seine Formulierung und bisherige Interpretation an), daß seine wörtliche Anwendung seinem eigenen Sinn widersprechen würde, daß die Vernunft zum Unsinn, die Wohltat zur Plage würde. Dann muß, um das Recht zu wahren, vom Recht abgewichen werden. Diese paradoxe Situation zeigt sich vornehmlich an zwei Stellen innerhalb der Rechtsordnung des liberal-demokratischen Staates. Einmal bei der Ordnung der Gesetzgebungskompetenz. Diese Kompetenz, die nach der Bundesverfassung der Bundesversammlung und dem Volk zusteht, wird in Notzeiten, ohne ausdrückliche Ermächtigung durch den Verfassungstext, auf Grund einer Ermächtigung der

Bundesversammlung durch den Bundesrat ausgeübt. Andererseits sind es die Freiheitsrechte, die zur Beseitigung der Freiheit selbst oder zum Sturz des sie gewährleistenden Staates gebraucht werden können. Dann bedarf es der Einschränkung gewisser Freiheiten um ihrer Erhaltung willen. Dem Mißbrauch muß gesteuert werden, damit der Gebrauch möglich bleibt. Auswüchse müssen beschnitten werden, damit der normale Wuchs nicht zerstört wird. Doch widerspricht dies oft — wie gesagt — dem Wortlaut (oder doch der gewöhnlichen Auslegung desselben) von Verfassung oder Gesetz. Auf der Ebene der Formallogik mag es sich um Widersprüche oder Inkonsistenzen handeln. Aber es zeigt sich auch bei diesen beiden Punkten, daß hinter dem positiven Recht eine rechtlich relevante Wirklichkeit liegt, die in der Regel nicht zum Bewußtsein gelangt, weil sie im positiven Recht selbst den adäquaten Ausdruck findet und deshalb ihre vom positiven Recht unabhängige Daseinsart nicht sichtbar wird, die aber dann in Erscheinung tritt, wenn das positive Recht in gewissen Grenzfällen mit seinem eigenen Zweck in Konflikt gerät und der Zweck sich gegen den Gesetzestext durchsetzt. Wenn z. B. eine Aenderung des Verfassungs- oder Gesetzesrechts im Interesse der Erhaltung von Volk und Staat dringend notwendig ist, das gewöhnliche Revisionsverfahren aber wegen seiner Langsamkeit oder Unsicherheit die Erhaltung der zu schützenden Güter gefährden würde, so widersprechen diese Verfahrensvorschriften offenbar dem Zweck, dem der Staat und damit auch diese Vorschriften dienen; sie müssen deshalb, in möglichster Anlehnung an die bestehende Ordnung, durch andere ersetzt werden, mit denen das Ziel rascher erreicht und damit der Zweck der ganzen Rechtsordnung besser erfüllt werden kann¹. Aehnliche Ueberlegungen verbieten es, den Freiheitsrechten eine Ausdehnung zu geben, die zur Vernichtung der Freiheit führt. So entdeckt man, vom positiven Recht selbst ausgehend und seine Konsequenzen in gewissen außergewöhnlichen, vom Gesetzgeber nicht vorbedachten Situationen ziehend, eine normative Ordnung, die hinter dem positiven Recht steht, eine Ordnung, der das Recht entsprechen sollte und die sich, wenn diese Entsprechung fehlt, auf dem Weg der Praxis durchsetzt. In der Praxis wird das mangelhafte positive Recht korrigiert, wie eine schlechte Kopie nach dem Original korrigiert wird. Diese normative Ord-

nung ist nichts anderes als eine Ordnung von Werten. Sie sollen im Recht zur Durchführung gelangen. Geschieht das, wie in den angegebenen Beispielen, nicht, mit andern Worten, gestattet das positive Recht, nach logisch-systematischen Regeln interpretiert, in gewissen Grenzfällen die Berücksichtigung der Werte nicht, so liegt ein Konflikt vor zwischen der *formallogisch* aufgebauten Ordnung des positiven Rechts und der *sachlogischen* Ordnung der Werte. In diesem Konflikt der *Formallogik* mit der *Wertlogik* hat die letztere vorzugehen.

Es sind bisher ein paar Beispiele für das Bestehen einer das Recht fundierenden Werteordnung, die in den letzten Jahren die Aufmerksamkeit der schweizerischen Oeffentlichkeit auf sich gezogen haben, erwähnt worden. Was dabei in Erscheinung trat, ist aber nicht nur für gewisse Grenzfälle, sondern schlechthin gültig. Alles Recht ist Ausdruck bestimmter Werte und findet hierin seine sachliche Rechtfertigung. In welcher Weise sich die Werteordnung zur Ordnung des positiven Rechts verhält — es handelt sich bei der Unterscheidung dieser beiden Ordnungen keineswegs um eine Verdoppelung des Gegenstandes —, muß an anderer Stelle erörtert werden. Da in der Regel eine Deckung stattfindet, kommt das selbständige Bestehen der Werteordnung meist nicht zum Bewußtsein. Erst die Divergenzen oder die Notwendigkeit, eine Rechtsordnung durch den Rückgriff auf tiefere Gründe zu rechtfertigen, legen den Ausblick auf die Werteordnung frei. Sobald man sich ihrer selbständigen Existenz bewußt geworden ist, entdeckt man sie aber auch an zahlreichen andern Stellen. Davon sei nun noch kurz die Rede.

Im Gebiete des Privatrechts sind die wohlbekanntenen Generalklauseln, wie sie im schweizerischen Zivilgesetzbuch, insbesondere in den einleitenden Artikeln verwendet werden, zu erwähnen. Wenn der Richter im Falle der Gesetzeslücke „nach der Regel entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde“ (Art. 1), wenn nach „Treu und Glauben“ (Art. 2) zu handeln ist, wenn Art. 4 bestimmt: „Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen“, so heißt das nichts anderes, als daß auf Grund einer Werteordnung gehandelt oder entschieden werden soll, die als bestehend vorausgesetzt wird und

deren Anwendung der Entscheidung von Fall zu Fall überlassen bleibt, da in den in Frage stehenden Punkten die Umwandlung der Werteordnung in generell-abstrakte Rechtsnormen noch nicht erfolgt ist oder nicht erfolgen kann. In der Freirechtsschule kam der Gegensatz der Ordnung des positiven Rechts zur zugrunde liegenden Werteordnung zum besonders scharfen Ausdruck und führte zu Forderungen, denen nicht durchweg zugestimmt werden kann.

Im Gebiet des öffentlichen Rechts spielen Normen, die auf eine Werteordnung verweisen, ohne ihr eine unmittelbar anwendbare technische Form zu geben, eine erheblich größere Rolle als im Privatrecht. Denn während im Privatrecht die eben erwähnten Generalklauseln nur zur Anwendung kommen, wenn Einzelvorschriften versagen, stehen die entsprechenden Normen des öffentlichen Rechts an zentralen Stellen des ganzen Systems. Vor allem gilt das für diejenigen Normen, die die schweizerische Rechtssprache „verfassungsmäßige Rechte“ nennt, und unter diesen trifft es vor allem für den Grundsatz der Rechtsgleichheit und für die Freiheitsrechte zu. Wenn die Bundesverfassung in Art. 4 bestimmt, daß alle Schweizer „vor dem Gesetze gleich“ sind, so hat sie trotz der mathematischen Ausdrucksweise eine nichts weniger als technisch-einfache Vorschrift aufgestellt, sondern vielmehr einen Satz ausgesprochen, dessen Anwendung schwierigste Probleme aufwirft. Denn im Gegensatz zur Gleichheit in mathematisch-technischer Hinsicht, die eine Gleichheit äußerer Gegenstände ist, bedeutet Gleichheit im gesellschaftlichen Leben nicht einen Maßstab für isolierbare Objekte, sondern ein Postulat, das nur als Teil einer Werteordnung sinnvoll verwirklicht werden kann. Ob und wie weit Mann und Frau, alt und jung, begabt und unbegabt, gesund und krank gleich behandelt werden sollen, ist nicht aus dem Gleichheitssatz abzulesen, sondern nach Maßstäben zu entscheiden, die von denjenigen, die das Gleichheitspostulat aufgestellt haben, als bestehend vorausgesetzt wurden und die, wenn sie sinnvoll sein sollen, Bestandteile einer innerlich zusammenhängenden Werteordnung sind, der sich der Gleichheitssatz einfügt.

Ähnliches gilt von den Freiheitsrechten. Freiheit im sozialen Leben hat mit dem mathematisch-technischen Korrelat der Freiheit, dem Fehlen einer

Abhängigkeit, nichts zu tun. Freiheit bedeutet zwar die Negation einer Bindung, ist aber stets begrenzt durch eine Bindung. Alle mit den Freiheitsrechten verbundene juristische Problematik besteht in den Grenzziehungen; die Grenze zwischen Freiheit und Bindung ergibt sich aber nicht aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Presse- und Vereinsfreiheit usw. als solcher, sondern wiederum aus einer als bestehend angenommenen umfassenden Werteordnung, der sich die Freiheiten sinnvoll einfügen.

So bilden Gleichheit und Freiheit als Rechtssätze sozusagen offene Türen, durch die Wertgesichtspunkte, ja ein ganzes Wertsystem forwährend in die konkrete Rechtsgestaltung einströmt. Freilich *bedürfen* sie auch eines solchen Wertsystems, denn wenn ein solches mangelt, werden Gleichheit und Freiheit zu mechanischen, jede Ordnung von innen her aufhebenden Rechtssätzen. Nicht zufällig wird in Ländern, die die politische Freiheit nie gekannt haben, diese als ungefähr identisch mit Anarchie betrachtet.

Neben diesen zentralen Problemen gibt es aber noch zahlreiche andere, wo ein Zurückgreifen auf Wertvorstellungen, die im positiven Recht keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden haben, notwendig ist, um eine Rechtsfrage zu entscheiden. Das gilt zum Beispiel richtigerweise für die Feststellung der Nichtigkeit eines Staatsaktes, ein Problem, das nur durch Wertung des verletzten Rechtsgutes, nicht mittels formal-rechtlichem Begriff zu lösen ist². Das gleiche ist zu sagen für die Entschädigungspflicht des Staates im Falle der Schädigung Privater durch staatliche Eingriffe. So gibt es z. B. kein einzelnes, durchgreifendes, scharfes Kriterium, nach dem Enteignung und Eigentumsbeschränkung zu scheiden wären. Es müssen verschiedene Momente herangezogen und mit- und gegeneinander abgewogen werden. Hier treten überdies Wertkategorien verschiedener Art ins Spiel. Daß beim Privaten materielle Werte geschädigt werden, ist unbestritten. Ob aber das Gemeinwesen einen Ersatz schuldet, läßt sich nicht allein danach entscheiden, sondern bedarf der Beurteilung nach anderen als rein materiellen Gesichtspunkten³.

Walther Burckhardt hat den Unterschied zwischen der begrifflichen und der wertenden Tätigkeit des Juristen klar hervorgehoben, ja vielleicht überbetont. Der Rechtssatz spreche ein ethisches Werturteil aus, er verwende

aber dazu nicht-ethische Begriffe, die Rechtsregeln müßten in technische, nicht in wertende Begriffe gefaßt sein ⁴. Das Gesetz könne es allerdings auch der rechtsanwendenden Behörde überlassen, das Werturteil zu fällen, so, wenn es Begriffe wie „besondere Umstände“, „angemessen“, „erforderlich“ usw. verwende; hier habe das Gesetz die Frage absichtlich offengelassen, so daß man, angesichts dieser absichtlichen Lücke, nicht wohl von „Auslegung“ eines Gesetzes sprechen könne ⁵. M. E. handelt es sich in solchen Fällen nicht eigentlich darum, dem Richter das „Werturteil“ zu überlassen, dieses ist vielmehr in der vom Gesetzgeber als bestehend anerkannten Werteordnung enthalten; der Richter muß nur die von ihm vorgefundenen, nicht erst zu schaffenden Wertmaßstäbe auf den konkreten Fall anwenden. Auch der Gesetzgeber hat in vielen Fällen nichts anderes zu tun, freilich mit dem Unterschied, daß er die Werteordnung in abstrakt-generelle Rechtssätze, nicht konkrete Entscheide umsetzt und daß er, im Gegensatz zum Richter, technische Vorschriften (Fristen, Formen der Rechtsgeschäfte usw.) aufstellen kann.

Ueberhaupt dürfte ein Gegensatz zwischen begrifflicher und wertender Tätigkeit der Juristen nicht bestehen, sondern in der Regel die juristische Tätigkeit beides umfassen, wobei jedoch bald die eine, bald die andere Richtung stärker im Vordergrund steht. Auch bei scheinbar rein logischen Schlußfolgerungen der Juristen begegnet man auf Schritt und Tritt der bewußten oder unbewußten Einwirkung des dem Einzelnen vorschwebenden Gerechtigkeitsideals ⁶, während umgekehrt der wertende Entscheid nicht auf begriffliche Erörterung verzichten kann. Die positive Rechtsnorm ist eben aller Regel nach nicht derart technisiert, daß ihre Auslegung die zwingende Eindeutigkeit einer mathematischen Ableitung besitzt. Man denke nur z. B. an die Möglichkeit, eine vom Gesetz offengelassene Frage auf Grund der Analogie oder mit Hilfe des *argumentum e contrario* zu entscheiden. Logisch sind beide Interpretationsarten gleich viel wert; welche anzuwenden ist, kann nur in „wertender Abwägung“ gefunden werden ⁷. Das gleiche gilt bei der Anwendung des Schlusses „a maiori minus“; denn was das Größere und was das Kleinere ist, kann im Recht nicht gemessen, sondern nur wertend festgestellt werden. Aber es kommt häufig genug vor, daß solche mathe-

matische Evidenzen auf juristische Tatbestände angewendet werden, wobei das eigentliche Problem, was denn juristisch das „maius“ und was das „minus“ sei, überhaupt nicht gesehen wird, sondern eine ganz naive Identifikation des Juristischen mit dem Rechnungsmäßigen stattfindet.

Philosophische Systeme und Tatsachen

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit positivem Stoff auf dem Gebiete der Natur- oder Geisteswissenschaften, die sich nicht mit Registrierung und Katalogisierung der Tatsachen begnügt, sondern bestrebt ist, vom Einzelnen zum Allgemeinen, vom Zufälligen zum Grundsätzlichen fortzuschreiten, führt notwendig zur philosophischen Fragestellung. Nur von der Philosophie her läßt sich Ordnung in das Vielerlei der Tatsachen bringen, kann im Durcheinander entgegengesetzter Kräfte ein verborgener Sinn entdeckt werden. Umgekehrt führt die Beschäftigung mit Philosophie, wenn sie ehrlich betrieben wird, unweigerlich zu den Tatsachen hin. Es ist nicht allzu schwer, sich ein philosophisches System anzueignen, die Welt durch das Gitterwerk seiner Begriffe zu betrachten und alle Erscheinungen in das bereitgestellte Schema einzuordnen. Der Erfolg mancher philosophischer, vor allem populärphilosophischer Systeme ist der suggestiven Wirkung dieser das Verworrene scheinbar erklärenden und das Dunkle scheinbar aufhellenden Methode zuzuschreiben. In der Rechtslehre und Sozialphilosophie stehen solche Denkrezepte zur Auswahl zur Verfügung. Allein, der ehrliche Denker wird sich damit nicht zufrieden geben können. Er wird nach der Wahrheit trachten und bald einsehen, daß ein System allzu leicht zu einer Vergewaltigung der Wahrheit führt, und zwar um so mehr, je „logischer“ es aufgebaut ist, je konsequenter ein Grundgedanke durchgeführt ist; er wird feststellen, daß das Streben nach innerer Geschlossenheit des Systems oft gleichbedeutend ist mit zunehmender Entfernung von der Wirklichkeit, d. h. mit abnehmendem Wahrheitsgehalt. Ja im Angesicht mancher verschrobenen Systematik ist man versucht, in der reinen Empirie den Zugang zur Wahrheit und zur Weisheit zu suchen.

Jedoch vermag die reine Empirie wissenschaftlich nicht zu befriedigen. Sie mag vielleicht in der juristischen Praxis zu genügen, wenn das Recht von Personen angewendet wird, die das wissenschaftlich-begriffliche Manko der bloßen Empirie durch ihre Urteilskraft ersetzen. In der Tat stellt im Gebiet der praktischen Vernunft — wohin das Recht gehört — die entwickelte Persönlichkeit ein viel feineres Instrument dar als die bloße Begrifflichkeit,

die ihrerseits auch nur in den Händen einer Persönlichkeit fruchtbar werden kann. Aber dem Drang nach Erkenntnis vermag die bloße Praxis nicht zu genügen. Der erkennende Geist sucht nach dem Wesen der Dinge.

So führt die Praxis zur Philosophie und die Philosophie zur Praxis. Eine Philosophie ohne Bewährung — d. h. ohne Erkenntnisgehalt — ist ein leeres, ja mehr, ein gefährliches Spiel. Deshalb müssen die philosophischen Positionen fortwährend an der Realität nachgeprüft und die falschen ausgemerzt oder revidiert werden. Umgekehrt muß das rein Tatsächliche immer auf ein Allgemeineres hin ausgerichtet werden. Man wird aber darauf verzichten müssen, aus einem geschlossenen philosophischen System heraus zu konstruieren; das deduktive Vorgehen führt im Gebiet der praktischen Vernunft über eine eingebilddete Sicherheit zu vielen Irrtümern. Ein philosophischer Gedanke kann hier immer nur versuchsweise Verwendung finden, als heuristisches Prinzip, das erst, nachdem es sich bewährt hat, als Erkenntnis verwendet werden darf. Man darf deshalb einen philosophischen Gedanken nicht a priori aus sich selbst heraus beurteilen, sondern nur in Kenntnis seiner Konsequenzen. Damit ist nicht einem Pragmatismus das Wort geredet. Ein philosophisches System kann weder allein nach dem Ausgangspunkt noch allein nach dem Endergebnis beurteilt werden. Nur wenn beide zusammengehalten werden, läßt sich über den Wert des Systems etwas aussagen. Dabei wird freilich das Systemdenken überhaupt in Zweifel gezogen werden müssen. Wenn es einerseits unentbehrlich ist, von bestimmten systematischen Gesichtspunkten aus das positive Material zu bearbeiten, um überhaupt zu bestimmten Erkenntnissen zu gelangen und nicht im gestaltlosen Stoff zu versinken, so kann doch andererseits ein System zu einer unerträglichen Fessel werden, die das Fortschreiten der Erkenntnis hemmt. Es ist daher nötig, das System stets offen zu halten, System und Erkenntnis fortwährend aneinander zu prüfen, das Systemwidrige nicht zu ignorieren, sondern zur Fortbildung und Verbesserung des Systems zu benutzen⁹. Das System ist vorerst Mittel zur Erkenntnis; ob es selbst Erkenntnis ist, wird die fortschreitende Forschung erweisen, denn die Systematik liegt in den Dingen und ist hier zu entdecken, sie ist nicht von uns zu erfinden⁹.

Verwandt mit dem Systemdenken ist das Bestreben, das ganze Wissen von Evidenzen her aufzubauen. Während aber jenes vom Ganzen ausgeht und das Einzelne einem feststehenden Schema einordnet, stützt sich dieses auf einzelne unmittelbar einsichtige Wahrheiten, mit deren Hilfe schrittweise der Erkenntnis des Ganzen zugestrebt wird. Beiden Richtungen gemeinsam ist die Annahme, daß das Wahrheitskriterium festzustehen hat, bevor man an die Erforschung des Gegenstandes — handle es sich um geistiges, organisches oder materielles Sein — herantritt. Der Ausgangspunkt ist somit das Entscheidende, den Einzelerkenntnissen kommt eine sekundäre Bedeutung zu, sie sind gleichsam nur die Auffüllung eines bereitstehenden Gefäßes, dessen feste Gestalt den Inhalt notwendig in eine bestimmte Form bringt¹⁰.

In dieser Weise sollen die philosophischen Bemerkungen, die folgen, nicht verstanden werden. Sie bilden lediglich einen — wenn auch einen unentbehrlichen — Durchgangspunkt für die Auffassung der Probleme des Rechtslebens, die nachher behandelt werden. Das Gewicht der Arbeit liegt nicht auf den philosophischen Ausführungen, und es wird deshalb auch auf die Auseinandersetzung mit andern philosophischen Ansichten verzichtet. Ob die philosophischen Annahmen richtig sind oder nicht — bescheiden gesagt: ob sie brauchbare Annäherungswerte an die richtige, d. h. wahre Erkenntnis ergeben — kann lediglich aus ihrer Bewährung am konkreten Stoff festgestellt werden. Ergibt sich von dem hier eingenommenen Ausgangspunkt aus eine bessere, zutreffendere, eindringlichere, überzeugendere, kurz wahrheitsgetreuere Erkenntnis der behandelten rechtlichen Probleme als von andern Ausgangspunkten aus, so hat er sich bewährt. Daraus soll nicht gefolgert werden, daß nicht weitere Fortschritte möglich sind. Bedenken wir überhaupt, daß die Erkenntnis auf dem Gebiete der Sozialwissenschaften wenig weit fortgeschritten ist. Es ist immer viel konstruiert, aber wenig Dauerndes zum Bestandteil der Erkenntnis gemacht worden. Die Spekulation hat der Beobachtung immer wieder die Zügel aus der Hand genommen. Deshalb muß jede Untersuchung, die nicht nur auf Feststellung des Historisch-Einmaligen ausgeht, sondern Grundsätzliches erkennen möchte, sich damit bescheiden, Richtungen der Forschung zu entdecken und Fährten zu finden, sie muß darauf verzichten, soziale Weltformeln zu prägen. Nichts

hat den Fortschritt der Sozialwissenschaften so sehr gehemmt wie der immer wiederholte Versuch, alles erklären zu wollen. Das Ungenügen des einen Systems hat stets dem Gegensystem gerufen, oder der philosophische Gedanke ist, wie es zur Zeit des Positivismus der Fall war, überhaupt diskreditiert worden. Daß aber das Grundsätzliche entdeckt werden muß und nicht vorweggenommen werden kann — was die Verwendung grundsätzlicher Gesichtspunkte als heuristische Prinzipien nicht ausschließt — und daß die Erkenntnis, wie bei andern Wissenschaften, schrittweise erworben werden muß — was seinerseits die wissenschaftliche Intuition nicht überflüssig macht —, ist zu wenig beachtet worden. Die folgenden Ausführungen möchten Richtungen der Forschung zeigen, Beispiele geben, einige Resultate bieten, aber nicht ein System bilden, es sei denn ein sehr offenes, das jederzeit zur Ergänzung, zum Umbau, zur Weiterführung bereitsteht.

Das System soll nicht nur ein offenes, der Korrektur jederzeit zugängliches bleiben. Das systematische Streben soll vor allem nicht die Widersprüche, die in den Dingen selbst liegen, oder zu denen das Denken notwendig führt, weginterpretieren wollen. Wie die naturwissenschaftliche Forschung zu dem Ergebnis gelangt ist, daß die kleinsten Elementarteilchen einerseits die Eigenschaft von „Korpuskeln“, andererseits die einer „Welle“ haben, daß das nach früherer Auffassung unvereinbar Gegensätzliche im Objekt also gleichzeitig gegeben ist¹¹, so kann die Sozialwissenschaft ähnliche Entdeckungen machen. Dann muß, ähnlich wie in den Naturwissenschaften, „beim Uebergang von einem schon verstandenen Bereich der Wirklichkeit zu einem neuen stets ein völlig neuer Schritt der Erkenntnis vollzogen werden“, und man wird nicht darum herumkommen, anzuerkennen, „daß die Wirklichkeit für unser Denken zunächst in getrennte Schichten zerfällt“¹².

Der Schichtenbau der Wirklichkeit

Der Gesetzgeber, der ein bestimmtes Ziel erreichen will, der Ungerechtigkeiten beseitigen oder veraltete Normen durch neue ersetzen will, muß mit den vorhandenen Verhältnissen, in denen sich das neue Recht auswirken soll, rechnen. Wohl steht das Ziel, das er sich setzt, immer in einem gewissen Gegensatz zum Bestehenden. Anders aber als der Künstler, der ein beliebiges Gemälde malen kann, ist der Gesetzgeber in seiner Entschlußfreiheit beschränkt. Er kann nur das bewirken, was der vorhandene Zustand als Möglichkeit in sich birgt, er schafft nie aus dem Nichts, sondern ist an das Gegebene jedenfalls insoweit unweigerlich gebunden, als er es als Ausgangspunkt für seine Maßnahmen hinnehmen muß. Das gilt für den Gesetzgeber, der revolutionäre Neuerungen durchführen will, ebenso gut wie für denjenigen, der dem schrittweisen Fortschritt huldigt. Das Ziel, das *Aufgegebene* steht wohl in einem notwendigen Spannungsverhältnis zum Vorhandenen, dem *Gegebenen*, gleichzeitig aber in einer eigenartigen Verbindung.

Der Gesetzgeber gleicht eher dem Gärtner, der mit dem vorhandenen Erdreich und mit den Wachstumsbedingungen der Pflanzen zu rechnen hat, als dem Maler, der seiner Phantasie freies Spiel läßt. Deshalb muß der Gesetzgeber nach der Richtung des Gegebenen wie nach der Richtung des Aufgegebenen klar sehen, wenn sein Werk die erwartete Wirkung ausüben und Bestand haben soll. Falsche Maßnahmen sind zwar keineswegs physisch unmöglich. Aber sie zerstören, bilden nicht weiter. Wie der Gärtner die Pflanzen nicht zum Wachsen zwingen kann, sondern sie durch unzumutbare Eingriffe nur zerstört, so wirkt auch eine Gesetzgebung, die auf die vorhandenen Möglichkeiten nicht Rücksicht nimmt, destruktiv.

Solange mit der Rechtsordnung allgemeine Zufriedenheit besteht, solange, wie beim Gewohnheitsrecht, Norm und Anwendung zwanglos ineinander fließen, kommt der Gegensatz des Gegebenen und Aufgegebenen nicht zum Bewußtsein. Das wird anders, sobald Kritik am Bestehenden und Wünsche auf Änderungen laut werden. Dann zeigt sich, daß in diesem Gegensatz nicht nur die Problematik der Gesetzgebung, sondern die Problematik des

Rechts überhaupt offenbar wird und zentrale Fragen der Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie in Erscheinung treten.

Man wäre vielleicht versucht, den Gegensatz des Gegebenen und Aufgegebenen mit demjenigen von Sein und Sollen zu identifizieren. Das wäre aber verfehlt. Die Aufteilung der Wirklichkeit in diese beiden Sphären, die beziehungslos nebeneinander bestehen sollen¹⁸, ist falsch, weil viel zu sehr vereinfachend. Im „Sein“ die Welt der kausalen Verknüpfung, im „Sollen“ die Welt der Normen zu sehen, welche letztere aus einer im freien Raum schwebenden, jeden beliebigen Inhalt in sich schließenden „Ursprungsnorm“ entspringen, ist in seiner Art zwar „konsequent“ gedacht, beruht auf einer „scharfen“ Unterscheidung und ist, trotz der Abstraktion, in einem gewissen Sinne anschaulich, führt aber zu folgenschweren Irrtümern, und zwar um so mehr, je „grundsätzlicher“ die Unterscheidung gehandhabt und je mehr sie in Einzelheiten entwickelt wird.

An Stelle des Dualismus Sein-Sollen hat eine Erkenntnis zu treten, die weder neu noch originell ist, deren Richtigkeit nach vielerlei Irrtümern und Seitenwegen aber neuerdings wieder eingesehen wird, und zwar, was sie besonders bedeutungsvoll macht, sowohl von seiten der Geistes- wie der Naturwissenschaften. Es handelt sich um die Erkenntnis, daß die Wirklichkeit nicht auf ein oder zwei durchgehende Prinzipien sich zurückführen läßt, sondern daß sie schichtenförmig geordnet ist und daß jede Schicht ihren eignen Prinzipien folgt.

Die unterste Schicht ist die physisch-materielle. Allein in ihr gilt die eindeutige, kausale Verknüpfung zwischen zwei Ereignissen (z. B. Loslassen und Fallen des Steins), an die man gewöhnlich denkt, wenn von Kausalität die Rede ist. Das spätere Ereignis ist durch das oder die vorhergehenden eindeutig determiniert, so daß ebenso von früheren Ereignissen mit Bestimmtheit auf die spätern, wie von den nachfolgenden auf die vorhergehenden geschlossen werden kann. In dieser Sphäre gilt — genauer: gälte, wenn sie allein bestehen würde — eine unzerreißbare und unabänderliche Verknüpfung aller Ereignisse untereinander. Nur bei ausschließlicher Beschränkung der Aufmerksamkeit auf diese Sphäre könnte die Meinung aufkommen, daß sich eine Stufe der Naturerkenntnis denken lasse, auf welcher der

„ganze Weltvorgang durch *eine* mathematische Formel vorgestellt würde“ (Laplacesche Weltformel).

Ueber dieser Schicht erhebt sich diejenige des organischen Geschehens, des pflanzlichen und tierischen Daseins. Dieses Geschehen folgt seinen besonderen biologischen Gesetzlichkeiten. Daß der in die Erde gelegte Same sich zur Pflanze entwickelt, läßt sich aus dem Wirken der mechanischen Kausalität allein nicht erklären. Wenn sich von zwei physikalisch und chemisch genau gleichen Samen der eine entwickelt und der andere nicht, so liegt das nicht an der Verschiedenheit der physisch-materiellen Determinationsfaktoren, diese sind vielmehr ursprünglich genau gleich, sondern daran, daß der eine Same lebendig, der andere tot ist. So zeigt sich hier eine besondere Gesetzlichkeit des Lebendigen, eine Planmäßigkeit des Geschehens, eine Koordination verschiedener Vorgänge zu einem Ganzen, die von der mechanischen Kausalität, die sich im Bild des endlos fallenden Steines widerspiegelt, grundsätzlich verschieden ist. Man hat es mit etwas mehr als dem bloß mechanischen Abrollen eines Prozesses zu tun; das nur vom früheren her bestimmte blinde Geschehen ist abgelöst durch Vorgänge, die auf ein Zukünftiges, erst zu Schaffendes gerichtet sind, es liegt eine Lenkung nach einem bestimmten Plan vor. Bereits hier taucht also eine Art von „Sollen“, eine dem Organischen innewohnende Normativität (die ihrem Wesen nach auf Zukünftiges gerichtet ist) auf. In der höheren Schicht wird die kausale Determination durchbrochen, genauer: sie ist in ihrer Ausschließlichkeit durch eine bestimmte Zielstrebigkeit eingeschränkt¹⁴. Das organische Geschehen steht trotzdem nicht im Widerspruch mit dem Physisch-Materiellen, es enthält es vielmehr in sich, beruht auf ihm und ist ohne es nicht möglich. Aber der biologische Organismus hat über die Gesetze des Physischen hinaus noch eine Eigengesetzlichkeit, die in jenen nicht aufgeht. „Seine Eigengesetzlichkeit überformt dann die niedere, allgemein physische Gesetzlichkeit.“¹⁵ Das organische Geschehen bildet gegenüber dem materiellen eine neue Seinsstufe.

Aehnlich verhält es sich mit dem Reich des geistigen Seins, das über dem organischen Sein eine eigene Stufe bildet. Hier liegt Erkenntnis und Wissen, Wollen und Handeln, Wertung, Recht, Ethos, Religion und Kunst¹⁶. Der

Geist ruht auf dem organischen Leben und seiner Gesetzlichkeit, wie dieses auf dem physisch-materiellen Sein. Aber wie das Organische gegenüber dem Materiellen autonom, d. h. nicht durch das Organische determiniert, sondern frei ist, so besitzt auch das Geistige gegenüber dem Organischen Autonomie.

Der Schichtenbau ist mit dieser Dreiteilung in Materiell-Organisch-Geistig keineswegs erschöpft. Nach N. Hartmann liegt zwischen dem Organischen und dem Geistigen das Seelische¹⁷. Emil Brunner führt über das Geistige hinaus in die Sphäre der Offenbarung¹⁸. Diese Fragen können hier nicht vertieft werden. Festzuhalten ist aber, daß die Erkenntnis von der Schichtung der Wirklichkeit neuestens gleichzeitig von naturwissenschaftlicher, philosophischer und theologischer Seite vertreten wird¹⁹.

Eine nähere Betrachtung ist aber noch der Schichtung der Welt des Geistes zu widmen. Eine dieser Schichten ist das Ethos mit seiner Wertbezogenheit²⁰. Innerhalb der Werte gibt es wiederum eine Rangordnung, es gibt „höhere“ und „niedere“ Werte²¹, allerdings auch verschiedene Arten von Werten, wie ökonomische und geistige, unter welcher letzteren die ethischen eine besondere Gruppe bilden²². Es besteht ein sogenanntes „Fundierungsverhältnis“ zwischen sittlichen und Güterwerten, indem die Materie der sittlichen Werte die der Güterwerte schon voraussetzt und mit der Materie zugleich deren spezifischen Wertcharakter selbst²³. Allerdings ist das nicht so zu verstehen, daß für das ganze Wertreich die höheren Werte in niederen fundiert seien, obwohl das weitgehend der Fall ist²⁴. Weiter besteht zwischen den Werten nicht eine durchgängige Harmonie, Wertantinomien sind häufig²⁵.

Das Schichtungsverhältnis in der Wirklichkeit erhellt in seiner Bedeutung nun aber erst durch die Beziehungen oder den Mangel an Beziehungen zwischen den verschiedenen Schichten²⁶.

„Jede Schicht hat ihre eigenen Prinzipien, Gesetze oder Kategorien. Niemals läßt sich das Sein einer Schicht aus den Kategorien einer anderen in seiner Eigenart verstehen, und zwar weder aus denen der höheren — denn sie treffen nicht zu — noch aus denen der niederen — denn sie reichen nicht hin. Das Reich der Kategorien ist nicht

monistisch angelegt; Erklärung der ganzen Welt aus einem Prinzip oder einer Prinzipiengruppe ist ein Ding der Unmöglichkeit. Wo und wie immer sie versucht wird, da führt sie zur Vergewaltigung kategorialer Eigenart. Das Kategorienreich ist vielmehr selbst ein geschichtetes. Seine Mannigfaltigkeit ist von derselben Größenordnung wie die der Seinsschichten.

Im Schichtenbau der Welt ist immer die höhere Schicht getragen von der niederen. Insofern hat sie kein selbständiges, sondern nur ein ‚aufruhendes Sein‘. Man kann dieses Aufruhen als durchgängige Abhängigkeit des Höheren vom Niederen verstehen: ohne materielle Natur kein Leben, ohne Leben kein Bewußtsein, ohne Bewußtsein keine geistige Welt. Die Richtung dieser Abhängigkeit läßt sich nicht umkehren; man kann nicht sagen: ohne Leben keine Materie, ohne Bewußtsein kein Leben usf., die Tatsachen sprechen dagegen. Dem entspricht die Richtung der Dependenz im Kategorienreich: niedere Kategorien kehren in den höheren als Elemente wieder, die höheren also stehen in Abhängigkeit von den niederen, sie können deren Gefüge nicht durchbrechen, sondern nur überformen oder überbauen. Die niederen Kategorien sind die stärkeren. Dieses ‚Gesetz der Stärke‘ ist das Grundgesetz der kategorialen Dependenz.

Die Abhängigkeit der höheren Seinsschicht ist aber durchaus keine Beeinträchtigung ihrer Autonomie. Die niedere Schicht ist für sie nur tragender Boden, *conditio sine qua non*. Die besondere Gestaltung und Eigenart der höheren hat über ihr unbegrenzten Spielraum. Das Organische ist zwar getragen vom Materiellen, aber sein Formenreichtum und das Wunder der Lebendigkeit stammen nicht aus ihm her, sondern treten als ein *Novum* hinzu. Ebenso ist das Seelische über dem Organischen, das Geistige über dem Seelischen ein *Novum*. Dieses *Novum*, das mit jeder Schicht neu einsetzt, ist nichts anderes als die Selbständigkeit oder ‚Freiheit‘ der höheren Kategorien über den niederen. Es ist eine Freiheit, welche die Abhängigkeit auf ihr natürliches Maß einschränkt und so mit ihr in der Einheit eines durchgehenden kategorialen Schichtungsverhältnisses koexistiert. Man kann ihr Gesetz in Vereinigung mit dem vorigen so aussprechen: die niederen Kategorien sind zwar die ‚stärkeren‘, aber die höheren sind über ihnen dennoch ‚frei‘.

Das Gesetz der Stärke und das der Freiheit bilden zusammen ein unlösliches, durchaus einheitliches Verhältnis; ja sie bilden im Grunde eine einzige kategoriale Dependenzgesetzlichkeit, welche das Schichtenreich der Welt von unten auf bis in seine Höhen beherrscht. Diese Gesetzlichkeit besagt nichts Geringeres als die Synthese von Abhängigkeit und Autonomie. Mit Abhängigkeit rechnen alle philosophischen Theorien, aber mit einer Selbständigkeit in der Abhängigkeit rechnen sie nicht. Und zwar deswegen nicht, weil sie nur mit totaler Abhängigkeit rechnen. Gerade totale Abhängigkeit aber gibt es im Stufenreich der Seinsschichten nicht. Gäbe es eine Abhängigkeit ‚von oben her‘, so brauchte dem nicht so zu sein; denn die höheren Kategorien sind die unvergleichlich reicheren, ihre Bestimmungsfülle, wenn sie auf das niedere Sein übergriffe, würde dieses nicht nur ausreichend bestimmen, sondern überbestimmen, und dieses wäre dann in der Tat total abhängig von ihnen. Aber sie greifen nicht über, sie sind die ‚schwächeren‘ Kategorien, das niedere Sein hat seine vollständige Bestimmtheit aus sich selbst. Es gibt keine Abhängigkeit ‚von oben her‘, sondern nur eine ‚von unten her‘. Die letztere aber kann keine totale sein, weil die Inhaltsfülle des höheren Seins eine weit überlegene ist und von den niederen Kategorien, auch wo sie durchgehend in Kraft bleiben, nicht entfernt gedeckt wird. So bleibt der höheren Seinsschicht allemal ein breiter Spielraum autonomer kategorialer Formung. Die niederen Kategorien sind eben zwar die stärkeren, aber auch die ärmeren und elementareren.

Man sieht nun leicht, wie die beiden Gesetze allem einseitigen Ableiten, allem monistischen Welterklären ‚von oben‘ wie ‚von unten‘ und damit aller metaphysischen Konstruktion von ‚Ismen‘ einen Riegel vorschieben. Dem Erklären ‚von oben her‘ tritt das Gesetz der Stärke entgegen, indem es nur Abhängigkeit des Höheren vom Niederen zuläßt. Und dem Erklären ‚von unten her‘ verdirbt das Gesetz der Freiheit das Spiel, indem es die Unfähigkeit der niederen Kategorien, höhere Formungsfülle herzugeben, bloßlegt. Gewaltsam behaupten läßt sich zwar jede beliebige Abhängigkeit. Aber an den Phänomenen aufzeigen läßt sich nur eine sehr beschränkte. Halten läßt sich in der Philosophie nur, was die Phänomene bestätigen.“²⁷

Grundsätzlich gilt das Schichtungsverhältnis auch innerhalb des Wertereiches. Allein die Gesetze der Prinzipien-schichtung herrschen nicht mehr allein. „Neben ihnen tauchen andere Zusammenhangsgesetze auf, und zwar solche von komplexerer Art. Das Wertreich hat eben einen komplexeren Bau.“²⁸ Welches diese „spezifisch axiologischen Zusammenhangsgesetze“ sind, ist noch wenig bekannt. Die Forschung steht noch in den Anfängen. Nur in einem Punkt läßt sich ein Gesetz erkennen, nämlich im Verhältnis der Güter- und Sachverhaltenswerte zu den sittlichen Werten. Es handelt sich um ein Fundierungsverhältnis. „Ueberall ist es so, daß der sittliche Wert der Intention eines Sachverhaltenswertes zukommt, also zwar durch diesen bedingt ist, selbst aber einen durchaus anderen, jenem unvergleichbaren Wertcharakter zeigt. So intendiert die Nächstenliebe das Wohlsein oder Glück des Nächsten, ist aber selbst kein Glückswert; Wahrhaftigkeit geht darauf, daß der andere die Wahrheit wisse, ihr eigener Wert aber besteht nicht im Wert dieses Wissens, hat auch mit ihm gar keine axiologische Ähnlichkeit. Ueberhaupt zeigen Intentionen keine Ähnlichkeit mit intendierten Werten.“²⁹

Es ist klar, daß der Mensch an allen diesen Schichten teilnimmt. Das Materielle, Organische und Geistige sind in ihm vereinigt. Die Einsicht in das Wertreich kommt überhaupt nur ihm zu; nur für den Menschen gibt es ein Sollen gegenüber den Werten. „Eine Aufgabe der Menschen in der Welt . . . ist nur möglich, wenn es Werte gibt, die ohne sein Zutun irreal bleiben. An solcher Aufgabe aber hängt die Sonderstellung und Würde der Menschen in der Welt, sein Unterschied von anderen Wesen, die nicht Mit-schöpfer im Schöpfungsprozeß sind.“³⁰ Das Sollen kann das Reale nicht unmittelbar bestimmen. Es muß einen Ansatzpunkt geben, „von dem aus eine ideale Macht“ — die Werte haben ein „ideales Ansichsein“ — „Reales bewegen kann und selbst zu realer Macht wird“. „Es muß ein real Ansichseiendes sein, das den Ausgangspunkt eines realen Tendierens im Strom des Seins bilden kann, ein tendenzfähiges Gebilde inmitten des blinden Geschehens . . .“ „Ein solcher Angelpunkt des aktualen Seinsollens im Realen ist das Subjekt“ — und zwar als „empirisches, reales, so wie wir es im Menschen kennen“³¹. Das Sollen ist mit seiner Auswirkung im realen Sein

„wesensnotwendig auf ein reales Subjekt angewiesen“³². Der Mensch als sittliches Subjekt ist „der Verwalter des Sollens in der Welt des realen Seins“³³, er ist „Mittler des Sollens im Sein“³⁴. Der Mensch ist „Bürger zweier Welten zugleich, und an ihm ist es, sie zu vereinigen. Die Würde, die ihm diese Stellung gibt, ist ihm fühlbar als sein Ethos, seine Verantwortung, sein Schöpfertum . . .“³⁵. „Der Mensch ist von seinen Seinsfundamenten her der Realdetermination eingefügt, empfängt aber durch sein ‚Vernehmen‘ außerdem noch die Determination der Werte. Beide stoßen in ihm aufeinander, und so ist sein Ethos der Kampfplatz zweier heterogener Determinationen oder Gesetzlichkeiten. Das Aufeinanderstoßen empfindet er als sittlichen Konflikt, den auszutragen ihm zufällt.“³⁶ Er kann den Konflikt nicht austragen, indem er ihn versöhnt, „sondern nur, indem er ‚entscheidet‘, indem er anerkennt und verwirft“³⁷.

Alles Recht dient der Verwirklichung von Werten. Die Problematik, die im Wertreich selbst liegt, wird deshalb auch im Recht in irgendeiner Weise zum Ausdruck kommen. Die Werteantinomie macht sich auch für den Juristen bemerkbar, sei es, daß jeder der einander widersprechenden Werte im Recht verwirklicht ist und daraus ein Widerspruch der Rechtssätze entsteht — das ist die Situation bei Notwehr und Notstand —, sei es, daß nur einer der Werte ins Recht aufgenommen wurde und die Werteantinomie z. B. als Widerspruch zwischen rechtlicher und sittlicher Pflicht in Erscheinung tritt. Allein es ist nicht so, daß das Recht bloß Durchgangspunkt für dahinter stehende Werte wäre, eine bloße Schale darstellen würde, der keine andere Bedeutung zukäme, als den unabhängig von ihr bestehenden Kern zu schützen. Vielmehr stellt das Recht auch als solches einen Wert dar, einen Wert, der keine bloße Funktion der ohnedies bestehenden Werte ist, sondern zu diesem hinzukommt. Da das Recht immer die Regel einer Gemeinschaft ist, ist es stets ein spezifischer Gemeinschaftswert, d. h. ein solcher, der erst in und durch die Gemeinschaft entsteht, der im Recht unmittelbaren Ausdruck findet. Spezifisch für die Gemeinschaft und ohne sie weder begrifflich möglich noch praktisch notwendig ist aber die Ordnung der zwischenmenschlichen Beziehungen. Neben dem eigentlichen *Sachwert*, für den das Recht gleichsam nur den Durchgangspunkt auf dem Weg zur Ver-

wirklich bildet, besitzt das Recht einen eigenen *Ordnungswert*. Zur Ordnung gehört nicht nur die Aufstellung allgemeiner Regeln, sondern auch deren Durchführung, insbesondere also deren *Schutz*. Nicht zufällig wird von „Rechtsordnung“ gesprochen; in der Schaffung einer besonders gesicherten Ordnung des menschlichen Zusammenlebens liegt die Aufgabe, die dem Recht, und zwar ihm in ganz anderer Weise als andern Normativsystemen, zukommt.

Die Unterscheidung von Sachwert und Ordnungswert kommt erst zum Bewußtsein, wenn sie sich nicht decken, wenn eine Spannung zwischen ihnen besteht, sei es, daß der eine oder andere den Vorrang erhält.

In normalen, rechtlich wohlgeordneten Verhältnissen besteht diese Spannung nicht. In einer guten Privatrechtsordnung sind z. B. die materiellen Interessen der Einzelnen wie die Interessen der Gesamtheit (soweit sie von der Privatrechtsordnung überhaupt berührt werden) in gleicher Weise geschützt, ja die Einzelinteressen finden ihren Schutz gerade darin, daß sie durch das Recht normiert, d. h. einer allgemeingültigen Regelung eingefügt sind. In dieser Weise werden sie aus der Sphäre bloß subjektiver Wünsche und Begehren herausgehoben und zu Bestandteilen einer objektiven Ordnung gemacht. Der Einzelne wird durch die Privatrechtsordnung nicht als isoliertes Individuum, sondern als Glied einer Gemeinschaft genommen. Denn schon die gemeinsame Unterstellung unter die Herrschaft allgemeingültiger Regeln ist Begründung einer Gemeinschaft, wenn auch einer unvollständigen, die nicht für sich allein bestehen kann, sondern nur gestützt auf eine organisierte Gemeinschaft⁸⁸.

Die Spannung zwischen dem Sachwert und dem Ordnungswert stellt eine Werteantinomie dar, wie sie der Wertlehre allgemein bekannt ist, mit der Besonderheit jedoch, daß diese Spannung in ihrer Eigenart nur dem Recht, nicht aber andern Teilen des Wertreiches eigen ist. Bei dieser Spannung wird in der Regel ein „Sachwert“ auf das Individuum, ein „Ordnungswert“ auf die Gemeinschaft bezüglich sein. Das gilt z. B. für Aufrechterhaltung der Ordnung als solcher, die in erster Linie ein Gemeinschaftswert ist; dadurch mögen einzelne Sachwerte, wie etwa die individuelle Freiheit und das Privateigentum, beeinträchtigt werden; indem aber die

Ordnung im ganzen aufrechterhalten bleibt, werden doch Freiheit und Eigentum besser gewahrt, als wenn die Ordnung überhaupt zusammenbrechen würde. Sachwert und Ordnungswert lassen sich nach keiner überall anwendbaren Formel ausgleichen; es bedarf der Ordnung, um den Sachwert zu sichern, aber Ordnung wird, weil sie nicht jeder — unter Umständen auch wertvoller — Besonderheit Rechnung tragen kann, den Sachwerten in gewissem Maße Gewalt antun. Dieser Schutz, der mit einer gewissen Starrheit der Rechtsnorm erkaufte werden muß, kann gewissen Werten Gewalt antun, die auf der gleichen Ebene liegen wie die geschützten. So ist z. B. eine hohe Besteuerung ohne Zweifel eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Besteuerten; wenn diese Besteuerung aber für die Aufrechterhaltung einer staatlichen Ordnung notwendig ist, kann sie doch wieder im Interesse der Besteuerten liegen. Natürlich ist das vom Inhalt dieser Staatsordnung abhängig; solange man aber im Bereich der wirtschaftlichen Interessen bleibt, können die positiven und negativen Wirkungen einer gegebenen Ordnung einander gegenübergestellt werden, eine Interessenabwägung ist durchführbar. Die Belastung des Eigentums kann gleichsam als Versicherungsprämie für seine Erhaltung betrachtet werden. Die Starrheit der Rechtsregel kann aber auch Werte anderer Art als die rechtlich geregelten beeinträchtigen. So kann die hohe Besteuerung kulturelle Werte schädigen, ja zerstören, indem z. B. eine höhere Ausbildung junger Leute — besonders eine solche Ausbildung, für die der Staat nicht mehr sorgt — verunmöglicht wird, indem denjenigen Familien, die nach Veranlagung und Tradition die geistig höchst qualifizierten sind, die ökonomische Grundlage solcher Höchstleistungen, die vornehmlich in ererbtem Gut liegen, entzogen wird und Menschen, die für eine wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit hohen Ranges befähigt wären, zu untergeordneter Erwerbstätigkeit gezwungen werden. Selbstverständlich ließen sich, was die kultur- und bildungshemmenden Wirkungen anbetrifft, ähnliche Ueberlegungen im Zusammenhang mit einer übermäßigen militärischen Beanspruchung der jüngeren Menschen anstellen, einer Beanspruchung, die aber ihrerseits für die Erhaltung des Landes, das jene kulturellen Werte im übrigen schützt, unentbehrlich ist. Hier liegen die geschützten und die geopferten Werte auf verschiedenen

Ebenen, eine Interessenabwägung ist nicht mehr möglich. Geistige Werte lassen sich mit ökonomischen nicht auf einen gemeinsamen Nenner zurückführen; Landesverteidigung und individuelle Bildung sind inkommensurabel. Während geistige Werte zu den ökonomischen im Verhältnis des Höheren zum Niederen stehen, versagt dieses Schichtungsverhältnis beim Vergleich der Landesverteidigung mit der Bildung. Aber auch wenn der eine Wert höher ist als der andere, ergibt sich daraus keine eindeutige Anweisung für die zu treffenden rechtlichen Vorkehren. Denn es kann keine Rede davon sein, den einen dem andern aufzuopfern. Der niedere darf schon deshalb nicht geopfert werden, weil er die Voraussetzung des höheren ist, weil das Höhere, das Geistige, als „aufruhend³⁹es Sein“ ohne das Niedere, das Oekonomische, nicht bestehen könnte. Das Höhere „kann“ zwar wohl geopfert werden, aber es „soll“ nicht, weil in ihm die Bestimmung der Menschen liegt, ja das Niedere überhaupt erst einen menschlichen Sinn hat, wenn es tragender Grund des Höheren ist. Die Problematik der rechtlichen Regelung gegenüber diesen Werteantinomien liegt nicht bloß in der Unlösbarkeit der Antinomie als solcher, sondern vor allem darin, daß der Gesetzgeber nicht, wie das vielleicht wünschbar wäre, das eine und andere beliebig fördern kann (sei es auch nur dadurch, daß er ein bestimmtes Lebensgebiet — das wirtschaftliche, das geistige — möglichst frei läßt), sondern mit einer bestimmten, nicht vermehrbaren Menge persönlicher, wirtschaftlicher, technischer Mittel dem einen und andern gerecht werden muß, also nicht darum herum kommt, die vorhandenen Kräfte auf beide zu verteilen. Was dem einen zuströmt, ist — jedenfalls *prima vista* — für das andere verloren.

Freilich zeigt sich nun bei näherem Zusehen, daß das Geistige nicht nur in der Stufenordnung der Werte höher steht als das Materielle, sondern auch wirksamer ist. Die Wirksamkeit gilt nicht nur für das Feld des Geistigen, sondern erstreckt sich auch auf das Gebiet des Materiellen. Aller Fortschritt im Wirtschaftlichen, ja schon die Aufrechterhaltung eines bestimmten Niveaus, ist schließlich ohne geistige Leistung unmöglich. So wird eine richtige Politik im Zwiespalt des Materiellen und Geistigen das Geistige soviel irgend möglich fördern, vorausgesetzt, daß es nicht ins Krankhafte entartet. Das Materielle wird sie aber nur so weit fördern, als es für die Ent-

faltung des Geistigen erforderlich ist; was darüber hinaus produziert wird, kann aus andern Gesichtspunkten, die hier nicht berücksichtigt werden, zu begrüßen sein. Dieses Mehr wird sich aus jenem technischen Fortschritt ergeben, der das Schicksal der modernen Menschheit ist und dessen Sinn, trotzdem er das Werk des Menschen ist, unerforscht bleibt. Wesentlich ist, daß die Rangfolge der Werte beachtet wird, daß nämlich das Geistige dem Materiellen übergeordnet wird. Wird aber das Materielle, der technische Fortschritt zum obersten Wert gemacht und das Geistige zum bloßen Mittel erniedrigt, ihm dienstbar gemacht, so ergeben sich Konsequenzen, wie sie in der neuesten Weltgeschichte in Erscheinung treten. Gegen die Verwirrung der Werteordnung ist allerdings rechtlich nichts zu machen.

Jener oben angegebene Zwiespalt von Landesverteidigung und Bildung läßt sich in ähnlicher Weise lösen, aber nur solange, als das Land nicht in den Krieg verwickelt ist. Sobald gekämpft werden muß, muß der Selbsterhaltung des Staates alles andere untergeordnet werden. Denn die Existenz des Landes — das ist vorausgesetzt — ist die *conditio sine qua non* jeder Wertverwirklichung. Im Primat des Existenzkampfes über alles andere zeigt sich in erschreckender Weise jenes „Gesetz der Stärke“, wonach die niederen Kategorien die stärkeren sind⁴⁰. Und da im internationalen Verhältnis wenige in der Lage sind, die vielen zum Existenzkampf zu zwingen, zeigt sich darin auch die Macht, die dem Niederen als solchem zukommt. Das Höhere läßt sich nur erhalten, wenn es die niederen Kategorien in seinen Dienst stellen kann. Aber da das Höhere nur möglich ist, wenn das Niedere einen gewissen Spielraum läßt und einen Energieüberschuß über die eigene Selbsterhaltung hinaus dem Höheren zur Verfügung stellen kann, kann selbst ohne Zerstörung des Niederen, allein schon durch Ueberbeanspruchung desselben, das Höhere verunmöglicht werden.

Es ist oben auf die mögliche Antinomie der Sachwerte und Ordnungswerte im Rechtssatz hingewiesen worden. Unter „Ordnung“ wurde lediglich der Gegensatz zur Unordnung, zum Chaos, zur Regellosigkeit verstanden. Man kann unter Ordnung aber auch eine bestimmte positive Rechtsordnung verstehen. Dann läßt sich feststellen, daß es Situationen gibt, in denen diese Rechtsordnung nicht mehr in der Lage ist, die von ihr zu schüt-

zenden Werte wirklich zu schützen. Nicht die unvermeidliche Starrheit, die dem Recht überhaupt innewohnt, ist daran schuld, sondern die Mängel des positiven Rechts. Die Ordnung ist in gewissen Situationen der ihr obliegenden Aufgabe nicht gewachsen. Dann hat der Sachwert offenbar dem Ordnungswert vorzugehen. Das ist die Lage beim sogenannten Notrecht in der Schweiz.

Einleitung

Die Schaffung des Rechts

Die Rechtsordnung soll klar, fest und gerecht sein. Jeder Jurist, dem es nicht nur um die Anwendung bestehenden Rechts zu tun ist, sondern der sich auch um die Schaffung des Rechts bemüht, wird mit dieser Forderung einverstanden sein. Einverständnis wird wohl auch darüber bestehen, daß das heute geltende Recht dieser Forderung nicht entspricht, wenn auch der Abstand zwischen der erstrebenswerten und der tatsächlich geltenden Ordnung hier größer und dort kleiner ist.

Im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert wurde ein Höhepunkt der Rechtskultur erreicht. Denn der „Rechtsstaat“, diese Schöpfung des 19. Jahrhunderts, und der gleichzeitig erreichte Stand der völkerrechtlichen Beziehungen heben sich vorteilhaft, ja glanzvoll ab sowohl vom Rechtszustand, der vorher bestand wie von demjenigen, der sich später herausbilden sollte. Die Sicherheit der Person und des Eigentums, die Sicherheit des innerstaatlichen und internationalen Verkehrs war besser gesichert, und gleichzeitig war die persönliche Freiheit besser gewährleistet als je zuvor und nachher. Die Mängel des 19. Jahrhunderts lagen auf anderem Gebiet; was jedoch Klarheit und Festigkeit der Rechtsordnung anbetrifft, sticht jenes Jahrhundert vorteilhaft von andern Zeiten ab, und mit Bezug auf die (relative) Gerechtigkeit des Rechts steht es wohl kaum hinter ihnen zurück.

Der Umstand, daß diese Rechtsordnung weitgehend, wenn auch keineswegs völlig, zusammengebrochen ist, stellt den Juristen vor schwierige Gewissensfragen. Wie weit ist der Zusammenbruch auf Mängel des Rechts selbst, wie weit auf andere Ursachen zurückzuführen? Soweit das Recht selbst Ursache der gegenwärtigen Katastrophe ist, erhebt sich für den Juristen die klare Aufgabe, für eine bessere Rechtsordnung, die die Gewähr der Dauer in sich trägt, zu sorgen. Die Mängel der Rechtsordnung können allerdings ganz verschiedenartig sein. Sie können sowohl in technischen Unvollkommenheiten liegen wie auch in der materiellen Ungerechtigkeit der geltenden Normen. Sie können aber auch darin bestehen — das gilt vor allem

für eine Gesamtordnung wie für eine Staatsverfassung oder die internationale Rechtsordnung —, daß für ein Normensystem die tragenden Kräfte nicht zur Verfügung stehen, daß sich deshalb von vorneherein ein solches nicht oder nur in beschränktem Ausmaß bilden kann oder, wenn gebildet, wieder zusammenbricht. Eine nur beschränkt durchgeformte und fast gänzlich unorganisierte Rechtsgemeinschaft bildet — und bildete auch in besseren Zeiten — das Völkerrecht. Als Beispiele staatlicher Ordnungen, die einmal galten, aber mangels tragender Kräfte zusammenbrachen, sind die meisten der nach Abschluß des ersten Weltkrieges geschaffenen liberal-demokratischen Verfassungen zu nennen. Gerade der Mißerfolg dieser Verfassungen, im Vergleich zu dem zufriedenstellenden Funktionieren ähnlicher Verfassungen in andern Ländern, zeigt, daß die Güte einer Rechtsordnung keineswegs ausschließlich in ihr selbst begründet ist, sondern entscheidend von Umständen abhängt, die außerhalb ihrer selbst liegen. In Ländern, in denen liberal-demokratische Verfassungen seit Generationen ein im ganzen glückliches Staatsleben verbürgen, gibt man sich meist nicht Rechenschaft über die wirklichen Gründe dieses erfreulichen Ergebnisses; man glaubt sie in den Verfassungen zu finden, was nur teilweise zutreffend ist, weil diese Verfassungen nur in Verbindung mit zahlreichen Voraussetzungen anderer Art dieses Ergebnis verbürgen. Dieser Glaube verführt auch zur Meinung, man könne durch bloße Uebertragung des staatsrechtlichen Apparates auf andere Länder dort das gleiche politische Ergebnis erzielen wie im Ursprungsland. Weiter führt der Umstand, daß das Juristisch-Institutionelle isoliert betrachtet wird, zu einer Gefährdung des Apparates selbst, der als Selbstzweck eingeschätzt und daher aus den Zusammenhängen, in denen er allein sinnvoll ist, gerissen wird; so werden die Voraussetzungen und Schranken seines richtigen Spielens übersehen, und die juristische Formulierung, aus den sachlichen Sinnzusammenhängen gelöst, wird, in einen vermeintlich logischen Sinnzusammenhang eingespannt, falsch ausgelegt.

Wenn die Rechtswissenschaft ihren Beitrag zur Wiederherstellung einer klaren, festen und gerechten Rechtsordnung leisten will, muß sie sich in erster Linie Rechenschaft über die Bedingungen geben, unter denen eine solche Ordnung bestehen kann. Nur wenn man die Gründe der Dauerhaftig-

keit und die Ursachen des Zusammenbruchs von Rechtsordnungen kennt, wird man sich daran wagen dürfen, am Neubau einer solchen mitzuwirken. Ein Abstellen auf Erfahrung, eine historische Besinnung, ist unentbehrlich.

Die neuere Staats- und Rechtswissenschaft hat sich kaum um diese Fragen gekümmert. Sie stellte entweder das positive Recht einzelner Staaten dar oder hat in kompilatorischer oder formalanalysierender Weise die allen Staaten gemeinsamen oder die jeder Staatsform spezifischen Merkmale aufgezeigt und diskutiert. Wenn Walther Burckhardt in seiner 1927 erschienenen „Organisation der Rechtsgemeinschaft“ geschrieben hat: „Die logische Durcharbeitung des Rechtsstoffes ist also die einzige Aufgabe der Rechtswissenschaft“⁴⁴, so hat er damit einen ziemlich allgemein angenommenen, wenn auch selten so schroff formulierten Grundsatz ausgesprochen. Allein, so wichtig diese Aufgabe auch ist, so tritt sie doch in die zweite Linie, wenn der Bestand der Rechtsordnung selbst in Frage gestellt ist. Der innere Ausbau des Gebäudes nützt uns nichts, wenn die Fundamente kranken. Die primäre Aufgabe des Juristen ist heute die Erforschung der Bedingungen, unter denen eine Rechtsordnung möglich ist, wobei unter „Bedingungen“ sowohl der Inhalt des Rechts selbst wie auch die Umweltsbedingungen, unter denen das Recht bestehen soll, zu verstehen sind.

Nicht ein absolut gutes Recht oder ein absolut guter Staat kann gesucht werden. Es ist selbstverständlich, daß Recht und Staat nach Zeit und Umständen verschieden sind und verschieden sein müssen. Daraus aber zu schließen, daß sie überhaupt nur Produkte der historischen Konstellationen sind und über Zeit und Raum hinweg nichts als gewisse formale Merkmale gemeinsam haben, ist ebenso falsch wie der Glaube an die Möglichkeit einer absolut guten Rechtsordnung. Staaten und Rechtsordnungen besitzen ebensoviel Gemeinsamkeiten und ebensoviel Verschiedenheiten wie die Menschen selbst, und eine absolute, zeitlose Vollkommenheit ist jenen so wenig gegeben wie diesen. Das schließt aber nicht aus, daß in einer bestimmten historischen Lage — außerhalb derselben gibt es überhaupt kein Recht — eine relativ beste Staats- und Rechtsordnung geschaffen werden kann und deshalb auch geschaffen werden soll. Aber wie es nun innerhalb einer gegebenen Rechtsordnung konstante und variable Bestandteile gibt, so können auch

beim Vergleich der verschiedenen Rechtsordnungen gemeinsame und weniger gemeinsame Teile unterschieden werden. Die Gemeinsamkeit ist kein bloßer Zufall, sie beschränkt sich auch keineswegs auf formale Merkmale, betrifft wohl auch nicht oder nur nebenbei Einzelbestimmungen, sondern sie ist eine Gemeinsamkeit materialer Gehalte und äußert sich in gewissen grundlegenden Wertvorstellungen. In ihnen kommt das in allen Rechtsordnungen gleiche, nämlich das allgemein Menschliche zum Ausdruck. Im allgemein Menschlichen, und nur in ihm, liegt aber auch ein *absolutes Element*, ein gemeinsamer, unverrückbarer Beziehungspunkt für alles konkrete Recht, das, wie wir gesehen haben, immer nur relativ, d. h. in einer bestimmten geschichtlichen Lage, gut sein kann. Das allgemein Menschliche, wie es hier verstanden wird, bezieht sich nicht auf das Einzelindividuum, sondern auf die Gemeinschaft, und zwar auf die Gemeinschaft an sich genommen und auf ihr Verhältnis zu den Einzelnen. Das relative Recht, das hier zu erreichen ist, drückt sich nicht in einem Individualwert, sondern in einem Gemeinschaftswert aus und ist nichts anderes als die *Gesundheit der gesellschaftlichen Zustände*. Wie nun die Erhaltung der Gesundheit des Individuums je nach Klima, Jahreszeit und Witterung verschiedene Vorkehrungen verlangt, aber selbst immer auf den gleichen biologischen Gesetzen beruht, so verlangt auch die Gesundheit der gesellschaftlichen Zustände je nach Zeit und Umständen ganz verschiedene rechtliche Vorschriften, beruht aber auf der im wesentlichen gleichbleibenden Natur des Menschen und verwirklicht einen im Prinzip stets gleichen, nur in der konkreten Verwirklichung variablen Wert.

Wenn der Jurist am Aufbau der Rechtsordnung mitarbeiten und sich nicht mit der bloßen Darstellung, Interpretation und formalen Verbesserung des bestehenden Rechts begnügen will, so kann deshalb seine Aufgabe nicht darin liegen, ein absolut bestes Recht auszudenken, wie das früher etwa versucht worden ist. Vielmehr muß er danach trachten, das Recht zu finden, das unter bestimmten Gegebenheiten das beste ist, d. h. die Gesundheit der gesellschaftlichen Zustände am besten verbürgen kann. In welcher Weise das Recht auf die Gegebenheiten einwirken und sie verändern kann, inwieweit andererseits mit diesen als Invariablen gerechnet werden muß,

braucht an dieser Stelle nicht erörtert zu werden. Jedenfalls ist es eher das Bestreben, einen Weg aus den unhaltbaren Zuständen der Gegenwart zu finden und dazu einen Beitrag vom Standpunkt des Juristen aus zu leisten, als eine dogmatische Rechtswissenschaft, die im Vordergrund steht. Die Dogmatik, d. h. die Ausfeilung und Bereinigung der Begriffe, ist eine sekundäre Arbeit und erst sinnvoll, wenn die gesellschaftliche Funktion der Rechtssätze feststeht; ohne diese Voraussetzung führt die dogmatische Arbeit in die Irre.

Vor allem für diejenigen, dessen Hauptanliegen Staats- und Völkerrecht sind, muß diese wissenschaftliche Richtung gegenwärtig im Vordergrund stehen. Denn dies sind die Gebiete, in denen der Niedergang des Rechts am offenkundigsten ist und in denen er zuerst begonnen hat. Staats- und Völkerrecht sind aber auch mehr als andere Teile der Rechtsordnungen dauernd in ihrem Bestand bedroht; jede bestehende Rechtsform und jede bestehende Rechtsschranke steht unter der Gefahr, jederzeit durch politische Massenwünsche überflutet oder durch die Willkür einer Regierung beseitigt zu werden. Wem es um die Erhaltung und Wiederaufrichtung einer humanen, freiheitlichen Rechtsordnung zu tun ist, wird allerdings zu prüfen haben, in welcher Weise überhaupt auf wissenschaftlichem Wege geholfen werden kann. Offensichtlich muß sich die wissenschaftliche Aufmerksamkeit auf das Grundsätzliche beschränken und vor allem auf Tendenzen und Entwicklungsmöglichkeiten gelenkt werden, die die noch vorhandenen Rechtsvorstellungen von innen her bedrohen und ihrer Substanz berauben. Denn was die Rechtsordnung von außen bedroht, ist offensichtlich, einer besondern Hinlenkung der Aufmerksamkeit bedarf es kaum, und der Widerstand dagegen ist undiskutierbares Gebot der Selbsterhaltung. Ganz anders steht es mit den Gefahren, die das Recht von innen her bedrohen und die in populären Vorurteilen, geistigen Modeströmungen, doktrinärer Verschrobenheit, Ressentiments und psychischen Defekten einflußreicher Personen liegen. Sie spielen eine viel größere Rolle, als gemeinhin angenommen wird, sie sind zum guten Teil Ursache einer inneren Schwächung von Recht und Staat, die allzu häufig die Vorbedingung des äußeren Zusammenbruchs ist.

Zu einer Zeit brutaler äußerer Bedrohung und Schändung des Rechts wird nur zu oft jene innere Gefährdung übersehen; ja wer sich gegen den offenen Rechtsbruch zu wehren hat, ist nur zu leicht geneigt, bei Personen, Ideen und Bestrebungen Unterstützung zu suchen, die für den Augenblick des Kampfes zwar nützlich sein können, die aber dem Rechtsgedanken auf die Dauer in einer noch gefährlicheren, weil versteckteren und schwerer greifbaren Weise schaden als die offenen Gegner. Gerade wenn die Aufmerksamkeit wie in der formalen Demokratie fast ausschließlich dem Verfahren der Rechtsbildung zugewandt wird, kann sich auf dem Wege eines unanfechtbaren Verfahrens unbemerkt ein der Rechtsidee strikte entgegengesetzter Rechtsinhalt, der die Autorität des Rechts unfehlbar untergräbt, verwirklichen lassen. Deshalb ist in solcher Zeit die Besinnung auf die wahren Grundlagen der Rechtsordnung und, damit untrennbar verbunden, auf die Entartungserscheinungen und inneren Bedrohungen des Rechts eine unausweichliche Gewissensforderung.

Vergessen wir freilich nicht, daß, wenn nach den wahren Grundlagen der Rechtsordnung geforscht werden soll, dies nicht losgelöst von Raum und Zeit geschehen kann. Wir Menschen des 20. Jahrhunderts stehen vor unseren besonderen Problemen. Aber wir haben sie im Zusammenhang mit Vergangenheit und Zukunft zu lösen. Nur wenn wir uns als Träger einer historischen Kontinuität fühlen, wenn wir im Geist Vorfahren und Nachkommen die Hand reichen, können wir für die Gegenwart zu brauchbaren Lösungen gelangen. Die antik-christlich-europäische Grundlage unserer Kultur ist nicht nur der geschichtliche Ausgangspunkt, sondern gleichzeitig das bleibende Fundament unserer Bestrebungen. Indem aber im Geschichtlichen überzeitliche, absolute Werte verwirklicht werden — und anders können diese gar nicht zur Verwirklichung gelangen —, liegt das Ziel der auf einen bestimmten geschichtlichen Moment abgestimmten Bemühungen schließlich doch im Absoluten.

*

Zu den mächtigsten, unwiderstehlich in ihren Bann zwingenden Vorstellungen gehören diejenigen, die undiskutierbar feststehen, die als Selbst-

verständlichkeiten erscheinen, die, meist nicht ausdrücklich ausgesprochen, die Voraussetzung unseres Denkens bilden. Sie sind häufig nicht unmittelbar feststellbar, sondern können erst aus den Folgerungen, die ständig aus ihnen gezogen werden, erschlossen werden. Sind diese Vorstellungen richtig, den äußern Umständen und dem menschlichen Wesen angepaßt, so werden die Folgerungen heilsam sein; sind jene Vorstellungen fehlerhaft, so sind auch die Folgerungen mit Mängeln behaftet. Deshalb muß die Aufmerksamkeit jenen grundlegenden Annahmen zugewendet werden, die vor allem dann, wenn es sich um Kollektivvorstellungen handelt, ebenso machtvoll wie zähflüssig sind.

Zu diesen Axiomen rechtlichen Denkens gehört heute die Vorstellung, daß dem Recht jeder beliebige Inhalt gegeben werden könne, daß die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten prinzipiell unbegrenzt seien. Darin sind sich totalitär-kollektivistische wie liberal-individualistische Staaten einig. Und wenn auch die ersteren dieses Axiom viel eher in die Wirklichkeit umsetzen, so herrscht es doch auch in den letzteren, wie sich aus den zahlreichen Anregungen und Begehren um Rechtsänderung ergibt, die von dieser Annahme ausgehen und denen zwar zahlreiche Bedenken praktischer Art, fast nie aber grundsätzliche Einwände wegen der dem Recht inhaltlich gesetzten Schranken entgegengehalten werden.

Natürlich kann eine positive Rechtsordnung sich selbst Schranken setzen. Nicht nur schafft die Verfassung für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung Schranken, nicht nur hat jede Kompetenzausscheidung zwischen Staatsorganen den Sinn einer Grenzziehung, sondern die Verfassung kann ausdrücklich oder implicite ihrer eigenen Abänderung Grenzen setzen. Doch bietet die Selbstbeschränkung des Verfassungsgesetzgebers schwierige Probleme theoretischer und praktischer Art, und selbst wenn die Selbstbeschränkung als möglich anerkannt wird, so handelt es sich doch um eine bloß positiv-rechtliche Aenderung und nicht um eine Schranke, die für die rechtliche Gestaltung schlechthin gelten würde ⁴².

Der Glaube an die unbegrenzten Möglichkeiten der rechtlichen Gestaltung gilt auch für das Völkerrecht. Was sich gewohnheitsrechtlich gebildet hat oder durch Staatsverträge geschaffen wurde, gilt nach Theorie und

Praxis ohne Rücksicht auf den Inhalt. Wenn zwar die gewohnheitsrechtliche Bildung allgemeiner Rechtssätze die Gewähr in sich schließt, daß Regeln zur Geltung gelangen, die auf das Vernünftige und Angemessene beschränkt sind, weil die Beteiligten gemäß ihren Interessen und ihrer freien Rechtsüberzeugung zustimmen müssen, die Möglichkeiten der Rechtsbildung tatsächlich also eng begrenzt sind, läßt das Vertragsrecht jeder beliebigen Gestaltung Raum, insbesondere in der Anerkennung der durch Gewalt auferlegten Friedensverträge, ganz abgesehen davon, daß auch außerhalb aller vertraglichen Regelung der Untergang eines Staates für den Sieger das Recht der Herrschaft über Land und Volk schafft.

Die heutige Vorstellung von der Omnipotenz nicht nur des Gesetzgebers, sondern der Rechtsschöpfung überhaupt fand ihren ersten geschichtlichen Niederschlag in der Lehre von der Souveränität.

Als die Fürstensouveränität durch die Volkssouveränität abgelöst wurde, verschwand die Vorstellung von der inhaltlichen Grenzenlosigkeit der Rechtssetzung keineswegs. Im Gegenteil, wenn das Volk sich selbst Gesetze gab, konnte es ja gar nicht anders als zu seinem eigenen Besten beschließen; die Volkssouveränität bot eine inhaltliche Legitimation für die aus ihr entspringenden Beschlüsse, die für die neuere Zeit in ihrer Diesseitigkeit derjenigen aus dem Gottesgnadentum überlegen war. Und doch ist es ein bloßer Glaube, daß die *volonté générale* „*toujours constante, inaltérable et pure*“ sei, ein Glaube, der sich nicht nur bei Rousseau findet, sondern auch manchen Ausführungen neuester Journalisten und Dogmatiker, die durch theoretische Kniefälle vor der Unfehlbarkeit der Volkssouveränität ihr demokratisches Credo bekunden wollen, zugrunde liegt. Ist die Volkssouveränität ein unfehlbarer Quell, so können ihr vernünftigerweise keine Schranken gesetzt sein.

Die Vorstellung von der Allmacht des Gesetzgebers — der ja nach dem positiven Recht auch als Verfassungsgesetzgeber erscheint — entspringt einem mechanischen Denken, das sowohl dem Bedürfnis nach juristischer Klarheit wie dem Hang zu populärer Vereinfachung entgegenkommt. Solange diese Vorstellung mit dem sichern Gefühl für das Maßvolle und Angemessene Hand in Hand geht, schadet sie nicht viel. Wenn aber dieses Ge-

fühl verlorengeht, treibt jene Vorstellung allerhand Blüten hervor, die dem Recht selbst schaden.

Sobald auf dem Wege Rechtens alles Beliebige geschaffen werden kann, wird von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht oder zum mindesten alles Beliebige gefordert werden. Was an politischen Postulationen, an Wünschen und Begehren an den Staat in Erscheinung tritt, geht von der stillschweigenden Voraussetzung der Verwirklichungsmöglichkeit aus. Ja der Aberglaube an die unbeschränkte Kraft, um nicht zu sagen Zauberkraft der Gesetzgebung führt dazu, daß mit größter Unbekümmertheit gleichzeitig Forderungen aufgestellt werden, die untereinander völlig unvereinbar sind; an der Versuchung, dies zu tun, fehlt es nicht, da der agitatorische Effekt um so größer zu sein verspricht, je reichhaltiger das Bukett der Wünsche ist. Jener Aberglaube hat nun noch die weitere Wirkung, daß im Falle der Nichtberücksichtigung der verschiedenen Wünsche oder im Falle ihres Scheiterns nach erfolgter Verwirklichung der Fehler nicht dort gesucht wird, wo er wirklich liegt, nämlich in immanenten Mängeln, Widersprüchen und Unmöglichkeiten jener Wünsche, sondern bei Personen oder Parteien, die als Repräsentanten gegnerischer Mächte aufgefaßt werden, während sie in Wirklichkeit nur die zufälligen persönlichen Träger natürlicher Gesetzmäßigkeiten sind. Das vielleicht nicht deutlich ausgesprochene, aber um so nachdrücklicher insinuierte Verschulden bestimmter Personen, Klassen oder Institutionen bildet ein höchst bequemes Mittel der politischen Polemik, jede Verdächtigung fällt auf fruchtbaren Boden, die öffentliche Diskussion bekommt jenen bekannten gehässigen Ton; jeder Widerstand gegen unmögliche oder unsinnige Wünsche gilt als persönliche Bösartigkeit, und die wirklich Schuldigen verstehen sich geschickt zu verstecken. So geht der Blick für das Mögliche und der Sinn für die wahren Verantwortlichkeiten in einer verworrenen Diskussion verloren.

Die Meinung, alles könne gesetzgeberisch geschaffen werden, bringt den Glauben an die Zulässigkeit gesetzgeberischer Willkür mit sich. Wenn man alles Beliebige verwirklichen kann, weshalb soll man nicht alles Beliebige wollen? Keine Schranke stellt sich subjektiven Wünschen entgegen, wenn nur die Formalien der Rechtsbildung beachtet werden, denn die Formalien

gleichen einem Geleise, auf dem jeder beliebige Gegenstand transportiert werden kann. Nicht nur die Verwirklichung positiver Ziele ist freigegeben, sondern auch die grundsätzliche Opposition, die prinzipielle Verneinung — die bei Volksabstimmungen eine große Rolle spielt —, hat freie Bahn, selbst die Negation derjenigen Gruppen, die nur zum Zwecke der Erpressung verneinen, in der Berechnung nämlich, daß die infolge ihrer Verneinung entstandene oder drohende Notlage des Gemeinwesens dazu benutzt werden kann, die gesetzgebenden Organe ihrer engstirnigen Interessenpolitik gefügig zu machen. Die rücksichtslose Minorität macht sich das Verantwortungsgefühl der andern für das Gesamte zunutze. Darüber wird allerdings das demokratische Gemeinwesen früher oder später zugrunde gehen. Weiter: Da jede Meinung so viel wert ist wie jede andere und alle den gleichen Anspruch auf Verwirklichung haben, wird der politische Kampf zu einem Sport, in dem der Erfolg zum einzigen Maßstab wird und jedes Mittel erlaubt ist. Bildet sich eine Majorität, so nützt sie ihre Machtstellung rücksichtslos aus; kann keine Mehrheit gebildet werden, so folgt ein Kampf aller gegen alle. Wenn der demokratische Apparat an diesem Punkt angelangt ist, hat er sich totgelaufen, und der Staat wird zur Beute dessen, der, alle liberal-demokratischen Rechtsbegriffe beiseiteschiebend, skrupellos nach der Macht greift. Gewiß werden solche Zustände nicht ausschließlich durch die Vorstellung, man könne gesetzgeberisch alles machen, was man wolle, verursacht, aber sie können dadurch mitverursacht werden. Vor allem würde die Einsicht in die wahren Aufgaben und Möglichkeiten sowie die immanenten Schranken gesetzgeberischen Wirkens viel dazu beitragen, die öffentliche Diskussion zu entgiften. Und wie wichtig ist das für das befriedigende Funktionieren der Demokratie!

Die Ueberschätzung der Möglichkeiten der Rechtserzeugung kann aber nicht nur — im Zusammenwirken mit andern Ursachen — zur Auflösung des Staates, sondern auch zur Ueberschätzung des einmal geschaffenen positiven Rechts führen. Ist der schaffende Wille allmächtig und unfehlbar, so ist sein Werk vollkommen. Nun sei nicht gesagt, daß das Dogma von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung aus dieser fehlerhaften Denkrichtung entspringt. Es ist unabhängig davon entstanden. Aber es kann, in

Verbindung mit dieser Denkrichtung, aus einer logisch-systematischen Arbeitshypothese zu einem positivistischen Exklusivitätsdogma werden, was zu einer ganz unangebrachten Verabsolutierung des positiven Rechts qua positives Recht und einiger ihm imputierter Grundgedanken führt. In Ermangelung einer metaphysischen Verankerung des Rechts wird der Positivität als solcher ein absoluter Wert beigelegt. Das führt zu Verzerrungen im Bild des positiven Rechts selbst. Die Gefahr der Verabsolutierung gilt insbesondere für Staatsverfassungen, vorab liberal-demokratische, in einer Zeit der Bedrohung, denn in der Gefahr zeigt sich das Wertvolle in besonderer Verklärung. Und die Hochhaltung der Verfassungen erscheint für den Bürger solcher Staaten als ein Gebot der Treue gegen sich selbst. Jedoch darf man die Treue gegen sich selbst nicht zu sehr juridifizieren und zu einer Treue zu bloßen Verfassungstexten machen. Wie stände es sonst damit in Staaten, die überhaupt keine geschriebene Verfassung haben und doch das Bewußtsein der geschichtlich-rechtlichen Kontinuität mehr als andere hochzuhalten verstehen? Die geschriebene Verfassung ist eben nur der Ausdruck eines umfassenderen politischen Lebenszusammenhangs, und es ist der letztere, nicht der bloße Text, dem die Treue zu gelten hat.

Die Verabsolutierung bloßer Texte äußert sich sodann im zwischenstaatlichen Verhältnis, wenn die sogenannte Heiligkeit der Verträge verkündet wird. Hier wird schon durch den Ausdruck klar, daß metaphysische Wertvorstellungen auf das positive Recht übertragen worden sind. Und in der Tat ist kein Zweifel, daß man es hier mit einer Säkularisierung religiöser Vorstellungen zu tun hat, sind es doch die Vertreter einer durchaus säkularisierten Staats- und Rechtsauffassung, die internationalen Abkommen den Charakter der Heiligkeit zusprechen. Um eine letzte Wertsetzung kommt man aber nicht herum, und wenn diese nicht im Metaphysischen gefunden wird, legt man sie ins Diesseitige.

Völkerrechtlichen Verträgen den Nimbus des Heiligen zu geben, ist besonders dann, wenn es sich um einen diktierten Friedensvertrag handelt, unangebracht. Kaum einer andern Gattung des positiven Rechts mangelt so sehr der Charakter der Gerechtigkeit und der Charakter einer Dauerlösung. Dazu fehlt ihnen, trotzdem sie formell verbindlich sind, die wirklich freie

Willenseinigung der Parteien, die einen Vertrag inhaltlich zu legitimieren vermag. Solchen Verträgen Heiligkeit zuzusprechen, stellt eine Flucht aus der Problematik der internationalen Ordnung in eine bequeme diesseitige Metaphysik dar. Denn diese Problematik liegt ja gerade in der unüberbrückbaren Spannung von Statik und Dynamik, der Notwendigkeit, das unter den Eindrücken des Krieges vom Sieger geschaffene Recht den im Laufe der Zeit sich wandelnden Auffassungen und den sich ändernden Lebensverhältnissen anzupassen, einerseits, und der Starrheit des Rechts, vor allem des völkerrechtlichen Vertragsrechts, das nur mit Einstimmigkeit geändert werden kann, andererseits. Sind Verträge heilig, so erscheint schon das bloße Bestreben nach Aenderung als ein Sakrilegium, während eine Verletzung desselben die moralische Verpflichtung aller Staaten in sich schließt, dem Rechtsbrecher gemeinsam entgegenzutreten. Auf die Dauer läßt sich die Illusion der Heiligkeit nicht aufrechterhalten. Solange sie aber in Geltung war, hat sie die daran Glaubenden verhindert, eine der wirklichen Sachlage entsprechende Haltung einzunehmen, die Machtverhältnisse richtig einzuschätzen und den sich anbahnenden Wandlungen in zweckmäßiger Weise zu begegnen. Das Erwachen aus der Illusion ist um so furchtbarer. Von der maßlosen Ueberschätzung menschlicher Vertragsinstrumente ist nur *ein* Schritt zum Zusammenbruch. Jene Ueberschätzung darf nicht bloß als ein Propagandamittel betrachtet oder als eine harmlose Fiktion eingeschätzt werden; sie ist vielmehr selbst Ursache der späteren Katastrophe.

Das Recht der Gemeinschaften

Im Recht der Gemeinschaften tritt uns das Problem des Verhältnisses des Gegebenen zum Aufgegebenen, des Seienden zum Gesollten, des Vorhandenen zum Bezweckten in besonderer Art entgegen. Gemeinschaften scheinen weniger als Einzelpersonen naturhaft bedingt, vorgeformt und begrenzt zu sein; der Gesetzgeber oder die sich aus eigener Initiative zusammenschließenden Einzelpersonen scheinen hier unbegrenzte Möglichkeiten rechtlicher Gestaltung vor sich zu haben. Die Erfahrung zeigt allerdings, daß immer nur einzelne Formen im positiven Recht verwirklicht worden sind, was aber die grundsätzliche Unbegrenztheit der Gestaltungsmöglichkeiten nicht auszuschließen braucht.

Die Theorie hat sich fast ausschließlich mit der Form des Staates, als der obersten Gemeinschaftsform, abgegeben. Dabei bestand die Gefahr, daß die Probleme, die nur für den Staat vorhanden sind, als Probleme der Gemeinschaften überhaupt aufgefaßt wurden. Die Souveränität, die Gesetzgebung, die Gewaltentrennung, die Koordination der verschiedenen Berufsgruppen und Klassen sind Probleme, die nur den Staat angehen und die eigentlichen Strukturfragen der Gemeinschaften überhaupt verdecken. Je nachdem gelangt die Theorie zu einer Ueberschätzung des Staates als eines Uebermenschen, dem die Individuen ein- und untergeordnet sind wie die Zellen dem menschlichen Körper, oder aber sie negiert den Staat als ein eigenes Gebilde und sieht in ihm eine Summierung von Individuen, die sie gleichsam als eine Menge von Robinsonen auffaßt, die, aus ihrer Isolierung heraustretend, unter sich eine rationale Ordnung vereinbaren. Die erste Auffassung vernichtet den Menschen als eigentlichen Wertträger und zerstört damit die Möglichkeit einer humanen Werteordnung. Die zweite betrachtet den isolierten Einzelnen als Maßstab für die menschliche Gemeinschaft und verbaut sich damit den Blick für das Wesen der menschlichen Gemeinschaft. Diese hat wohl den Menschen als physisches und psychisches Substrat. Der Mensch ist aber wesensmäßig nicht nur auf die Einzelexistenz, sondern auch auf die Gemeinschaft angelegt, und der Bereich der Gemeinschaft ist keineswegs auf das beschränkt, was der Einzelne aus seiner isolierten Existenz in sie einzu-

werfen beliebt. Das Gemeinschaftsleben bewegt sich vielmehr auf einer andern Ebene als das Einzelleben. Das Einzelleben selbst ist zu seiner Entwicklung auf das Gemeinschaftsleben angewiesen, wie allerdings auch umgekehrt das letztere nicht ohne das erstere fortschreiten kann. Die Grundlage aller menschlichen Kultur, die Sprache, ist ein Produkt der Gemeinschaft. Der isolierte Einzelne wäre nie zur Entwicklung der Sprache gekommen. Sie setzt die dauernde Zusammenarbeit voraus und ist überhaupt nur in Gemeinschaft sinnvoll. Wissenschaft und Kunst werden wohl stärker als die Sprache von Einzelnen beeinflusst, aber auch für sie ist die Gemeinschaft eine *conditio sine qua non*. Die geistige Kultur ist weitgehend Gemeinschaftswerk und Gemeinschaftsbesitz. Sodann ist die ganze technische Kultur der Gegenwart aus Gemeinschaftsarbeit entstanden und auf die Gemeinschaft bezogen. Nahrung und Kleidung, Wohnung, Heizung, Beleuchtung der heutigen Menschen können nur durch geordnete Zusammenarbeit einer großen Anzahl von Menschen — eine Zusammenarbeit hinsichtlich der Produktion und hinsichtlich des Verkehrs — aufrechterhalten bleiben. Auch das Recht ist, mindestens zum Teil, eine Gemeinschaftsarbeit, nicht nur in seinen Anfängen (Savigny), sondern dauernd in seiner allmählichen Umgestaltung. Die genannten Gemeinschaften sind unorganisierte und kommen den Einzelnen kaum als solche zum Bewußtsein; wohl sind alle einzelnen Handlungen bewußt, wie etwa eine wissenschaftliche oder künstlerische oder technische Leistung, unbewußt aber bleibt in der Regel ihr Gemeinschaftscharakter, d. h. der Umstand, daß sie aus gemeinschaftlichem Besitz schöpfen und wieder auf diesen zurückwirken. Wer würde z. B. beim Gebrauch der Sprache daran denken? Und doch gäbe es kein Sprechen und kein Schreiben, keinen geistigen Verkehr, keine geistige Bildung, keine geistige Tradition, aber auch keinen geistigen Fortschritt ohne das in unbewußter Gemeinschaftsarbeit geschaffene Instrument geistiger Formulierung, Verständigung und Bewahrung: die Sprache.

Die genannten Beispiele zeigen, daß die Gemeinschaft nicht ein unerwünschtes Anhängsel des Einzelnen ist, nicht gleichsam durch eine Subtraktion vom Individuum zustande kommt oder eine „Beschränkung der Freiheit“ des Einzelnen darstellt. Im Gegenteil wird klar, daß die Gemeinschaft

eine Bereicherung des Einzelnen darstellt, daß der Mensch auf eine Ebene gehoben wird, die ihm als isoliertem Einzelnen unerreichbar wäre. Es wird auch klar, daß man den hier genannten Phänomenen mit der Vorstellung der „Abgrenzung der Sphären“ der Einzelnen voneinander und der Einzelnen von der Gemeinschaft nicht gerecht wird, ja, daß diese Formel der „Abgrenzung“ mit diesen Erscheinungen überhaupt nichts zu tun hat. Deutlich wird auch, insbesondere am Beispiel der Sprache und Kultur, das Verhältnis des Einzelnen zum Gemeinschaftswerk. Ohne die Einzelnen kann ein Produkt der gemeinschaftlichen Bemühungen nicht entstehen und nicht weiter gebildet werden. Aber einmal gebildet, besteht es, wie Sprache und Kultur, unabhängig von den Einzelnen und kann sogar, wenn in objektivierte Form gebracht, d. h. in Büchern geschrieben und in Kunstwerken ausgedrückt, den Untergang der Individuen überdauern. Um die „tote“ Sprache oder Kultur zu beleben, bedarf es allerdings späterer Menschen, die das Frühere zu verstehen und in seinem Wesenskern zu erfassen vermögen. Die Beispiele zeigen auch, daß das Gemeinschaftswerk nicht einfach eine Summierung von Individualleistungen darstellt, sondern auf einer andern Ebene als die Leistung des isolierten Individuums liegt, daß in der Gemeinschaft nicht nur quantitativ ein Mehr, sondern qualitativ etwas Neues entsteht. Im Individuum offenbart sich, aber erst in der Gemeinschaftsarbeit, eine dem vereinzelt Menschen unbekanntere Stufe. Ob diese höhere Stufe immer einen höheren Wert darstellt, ist eine Frage für sich. Die Möglichkeit der Schaffung neuer Werte geht Hand in Hand mit neuen Möglichkeiten der Wertezerstörung. Daß die Technik Werte schafft und zerstört, dürfte nach den Kriegserfahrungen einleuchtend sein. Aber auch im geistigen Gebiet schließen bestimmte Gemeinschaftsformen — z. B. die Kollektivüberzeugungen — die Möglichkeit der Werteverwirklichung wie diejenige der Wertevernichtung in gleicher Weise in sich.

Die bisher genannten Gemeinschaften sind solche, die sich spontan aus dem menschlichen Zusammenleben ergeben. Nicht die Gemeinschaft als solche wird erlebt — erst nachträglich, durch Hinzutreten eines politischen Elements, kann das geschehen, wie bei der Sprachgemeinschaft —, sondern es ist das Produkt des Zusammenwirkens, wie die Sprache, die Kultur, zum

Teil das Recht, das als eine selbständige Wesenheit erlebt wird. Ja es scheint, daß, je mehr dieser selbständigen Wesenheit objektive Gültigkeit zugemessen wird, desto kleiner das Bewußtsein der sie tragenden Menschen ist, zu einer Gemeinschaft — für welche die Abgrenzung von andern Gemeinschaften wesentlich ist — zu gehören. In der Tat, je größer die Objektivität des Produktes ist, desto weniger kann die Partikularität der Trägerschaft — und jede Gemeinschaft ist etwas Partikulares — verstanden werden.

Die sozialen Gemeinschaften, d. h. diejenigen, die sich nicht wie die genannten aus dem Zusammenleben ergeben, sondern das Zusammenleben selbst zum Gegenstand haben, besitzen grundsätzlich dieselbe Struktur wie die genannten. Dies zu betonen, ist gegenüber der Meinung, soziale Gemeinschaften ließen sich beliebig bilden, nicht überflüssig. Zwar wird heute die Lehre vom Staatsvertrag nicht mehr theoretisch vertreten. Aber die Vorstellung der untereinander paktierenden Robinsone liegt doch unausgesprochen manchen populären Vorstellungen zugrunde, und wenn von Demokratie, Freiheit und Gleichheit gesprochen wird, steht nicht selten ein solches Bild im Hintergrund. Das Bild ist von suggestiver Einfachheit. Daran knüpft sich dann die Vorstellung, daß jeder seinen Garten und Acker durch eine Hecke vom Feld des andern abgrenzt, was, ins Abstrakte übersetzt, als gegenseitige „Abgrenzung der Willenssphären“ bezeichnet wird. Nun ist diese Abgrenzung ohne Zweifel *auch* eine von einer Sozialordnung zu lösende Aufgabe. Aber es ist klar, daß damit das Wesen der Gemeinschaft und ihrer Aufgaben nicht erfaßt ist. Die Gemeinschaft besteht nicht in der Aneinanderreihung von Individuen, ihre Aufgabe erschöpft sich nicht in der Abgrenzung von Willenssphären, ihr Recht ist nicht gleichsam ein Nachbarrecht. Die Gemeinschaft ist vielmehr wesentlich Kooperation, und aus diesem Gesichtspunkt wird das Verhältnis der Individuen zueinander und das maßgebende Recht bestimmt. Das Verhältnis der Individuen zueinander ist Gliederung, nicht bloß Zusammenfügung. Das Recht ist wesentlich Organisationsrecht. Davon wird später zu reden sein.

Bei sozialen Gemeinschaften spielt nun allerdings die bewußte Schaffung eine größere Rolle als bei den vorhin genannten. Zudem kann eine rechtliche Regelung nur bei diesen stattfinden. So kommt es, daß die bewußte Schaf-

fung von Gemeinschaften sich als eine rechtliche Schöpfung von Verbänden darstellt. Allein diese rechtliche Schöpfung, die von einem rein juristischen Gesichtspunkt aus stets als die nämliche erscheint, kann ganz Verschiedenes bedeuten, wenn der zu regelnde Stoff mit in Betracht gezogen wird. Die hier in Betracht kommenden Vorgänge lassen sich in zwei große Gruppen einteilen. Entweder nämlich schließt sich das Recht an eine bereits vorhandene, außer aller rechtlichen Formung bestehende Gemeinschaft an, oder aber das Recht begründet selbst eine Gemeinschaft. Im ersteren Falle hat das Recht, hinsichtlich der Gemeinschaft, eine im wesentlichen deklaratorische, im letzteren eine konstitutive Bedeutung. Dort ist das spezifisch Rechtliche ein zum bereits bestehenden Gemeinschaftsgebilde hinzukommender Faktor, hier besteht vor dem Recht kein gemeinschaftsähnlicher Zusammenhang. Das Wesen der Gemeinschaft ist dort unabhängig vom Recht gegeben, hier erst durch das Recht selbst geschaffen. Das ist, wie sich zeigen wird, nicht nur für die Formulierung des bezüglichen Rechts (in Gesetz oder Statuten), sondern auch für dessen Interpretation von erheblicher Bedeutung.

Jene vom Recht unabhängig bestehenden Gemeinschaften sind natürliche Gemeinschaften, denen die andern als künstliche gegenübergestellt werden könnten. Diese Unterscheidung deckt sich mit einer andern, die den Gegensatz besser wiedergibt: bei jenen nämlich handelt es sich um *Ursprungsgemeinschaften*, bei diesen um *Zweckgemeinschaften*. In der Tat: die letzteren sind immer nur eines bestimmten, rationalen Zwecks wegen geschaffen worden, ein Zweck, der — wie etwa derjenige einer Aktiengesellschaft — nicht mehr im Recht selbst liegt, sondern darüber hinaus geht; das Recht ist hier wesentlich Mittel zu einem Zweck. Jene andern Gemeinschaften hingegen — etwa diejenige von Mann und Frau, Eltern und Kindern, insbesondere der Mutter und des Kleinkindes — ergeben sich aus der Natur der menschlichen Beziehungen — im Verhältnis von Mutter und Kind aus der Hilfsbedürftigkeit des Kindes und der Hilfsbereitschaft der Mutter —, hier haben sie ihren Ursprung; dieser liegt auch außerhalb des Rechts, aber er ist vorhanden, bevor das Recht überhaupt interveniert. Das Recht ist hier nicht — wie bei den Zweckgemeinschaften — notwendiger Durchgangspunkt für die Erreichung eines Zweckes, sondern Sicherungs- und Schutzmittel für

Gemeinschaften, die vom Ursprung, nicht vom Zweck her bestimmt sind. Wohl haben auch die Ursprungsgemeinschaften einen Zweck, aber nur in jenem weiteren Sinne, in dem das menschliche Leben überhaupt als zweckhaft gedacht werden kann. Sie dienen dem Menschen als ganzem, nicht einem Sonderzweck. Sie wachsen und bestehen, wie die Pflanze, gemäß einem ihnen innewohnenden Lebensgesetz, während die Zweckgemeinschaften gleichsam auf ein Reiseziel hin orientiert sind. Bei den Ursprungsgemeinschaften ist die Gemeinschaft — etwa auch eine aus örtlicher Zusammengehörigkeit oder gegenseitiger ökonomischer Abhängigkeit erwachsene Solidarität — das Primäre, bei den andern erwächst die Gemeinschaft erst aus dem gemeinsam verfolgten Zweck. Schließlich ist das Recht für die Ursprungsgemeinschaften ein Accidentale, für die Zweckgemeinschaften ein Essentiale.

Die hier gemeinten Gemeinschaften decken sich keineswegs mit dem Begriff der juristischen Person. Vielmehr handelt es sich um einen Leistungszusammenhang, wobei nur dann von „Gemeinschaft“ zu sprechen ist, wenn der Kreis der zusammenwirkenden Personen sowie der Leistungsursprung oder das Leistungsziel relativ stabil bleiben. Die Gemeinschaft ist eine funktionelle Einheit, braucht aber keine juristische Einheit zu sein. Ob der Gesetzgeber ihr die juristische Persönlichkeit zuerkennen will, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit; die Notwendigkeit, der aus der Gemeinschaft entspringenden immanenten Gesetzmäßigkeit gerecht zu werden, besteht unabhängig davon. Die Familie ist eine Gemeinschaft, aber keine juristische Person. Ein Landwirtschafts- oder Gewerbebetrieb bildet eine Gemeinschaft; welche juristische Form ihm zukommt, ist eine Frage, die davon ganz unabhängig ist. Ob der Betrieb im Eigentum einer Privatperson oder des öffentlichen Gemeinwesens steht, ob er die Form der Aktiengesellschaft, Genossenschaft, der Stiftung, der Kommanditgesellschaft usw. hat, ist wohl für manche Fragen — wie Geschäftsleitung, Haftung, Verwendung des Gewinnes, Tragung der Verluste usw. — von Bedeutung, ändert aber nichts an den Notwendigkeiten, die sich aus den technischen Erfordernissen des Betriebs und aus den psychologischen Bedingungen der menschlichen Zusammenarbeit ergeben.

Für unsere Untersuchung wesentlich ist das Verhältnis des Rechts zu den beiden Arten von Gemeinschaften. Verschiedenes ist in dieser Hinsicht schon

ausgeführt worden. Hier soll nun aber noch die Frage der gesetzgeberischen Freiheit hinsichtlich dieser Gemeinschaften geprüft werden. Es ist offensichtlich, daß der Gesetzgeber nicht nach Belieben schalten und walten kann, sondern sich selbst der *sachgerechten Ordnung* anpassen muß, wenn er nicht destruktive Arbeit leisten will. In den *Ursprungsgemeinschaften* ist diese sachgesetzliche Ordnung selbst enthalten, und die richtig verstandene Aufgabe des Gesetzgebers besteht darin, diese der Gemeinschaft immanente Ordnung zu respektieren und zu schützen. Es wäre eine schlechte Gesetzgebungspolitik, einer Ordnung, die sich mit der Notwendigkeit eines biologischen Gesetzes immer wieder durchsetzt, entgegenzuwirken. Man kann die natürliche Ordnung fördern, indem man ihr günstige Lebensbedingungen schafft (z. B. günstige ökonomische Bedingungen für das Familienleben), ähnlich wie man Pflanzen unter vorteilhafte Wachstumsbedingungen bringen kann; man vermag das immanente Gesetz aber nicht zu ändern; der Versuch, das zu tun, führt zur Zerstörung des falsch behandelten Gebildes, sei es nun ein Gebilde physiologischer oder sozialer Art.

Die Zweckgemeinschaften bieten insofern dem Gesetzgeber einen größeren Spielraum, als die Wahl der Zwecke selbst durch nichts als die tatsächlichen Möglichkeiten beschränkt ist. Wenn aber einmal ein Zweck bestimmt ist (z. B. die Landesverteidigung), so muß selbstverständlich die zu schaffende Organisation so beschaffen sein, daß mit ihrer Hilfe der Zweck bestmöglich erreicht wird. Ob die Organisation zweckentsprechend ist, wird sich allerdings nicht allein vom Zweck her bestimmen lassen, sondern nur in voller Kenntnis der zur Verfügung stehenden Mittel beurteilen lassen. Die Landesverteidigung ist heute anders zu organisieren als vor zweihundert Jahren, nicht weil der Zweck, sondern weil die Mittel andere geworden sind. Was aber bei aller Organisation mit entscheidend ist, ist der menschliche Faktor. Die Zusammenarbeit mehrerer Menschen — darum handelt es sich bei jeder Gemeinschaft — hat in bestimmten Formen zu geschehen, und solche Formen stehen nur in beschränkter Zahl zur Verfügung, nicht weil der Gesetzgeber nicht beliebig dekretieren könnte, sondern weil die menschliche Natur nur eine beschränkte Zahl zuläßt. Die Organisationsform ist nun aber auch vom Zweck her bestimmt; nur eine solche ist angängig, die zur Errei-

chung des Zweckes dienlich ist. Eine Armee ist anders zu organisieren als eine Unterrichtsanstalt und diese anders als ein Produktionsunternehmen, innerhalb der Produktionsunternehmungen bedarf der Landwirtschaftsbetrieb einer andern Organisation als eine Maschinenfabrik. Wenn der Zweck, die zur Verfügung stehenden technischen Mittel und die menschliche Natur gegeben sind, bleibt dem Gesetzgeber beim Erlaß organisatorischer Normen kein sehr großer Spielraum für sein freies Ermessen, jedenfalls dann nicht, wenn er eine sachgerechte Ordnung schaffen und nicht einer vorgefaßten Ideologie folgen will. Politische Entscheide werden freilich oft mehr nach Ideologien als nach den Erfordernissen der Sachgesetzlichkeit getroffen. Ein wichtiges verfassungspolitisches Postulat geht deshalb dahin, der Sachgesetzlichkeit bei der Aufstellung von Gesetzen zum Durchbruch zu verhelfen und das gesetzgeberische Belieben, insbesondere auch den Kampf politischer Ideologien, von denjenigen Fragen auszuschließen, die nach sachgerechten Kriterien beurteilt werden können und deshalb auch beurteilt werden müssen. Man hat das für technische Fragen eingesehen. Niemand denkt daran, einen politischen Kampf über die bei einem Brückenbau zu beachtenden statischen Gesetze zu entfesseln, jedermann anerkennt die von der Ingenieurwissenschaft erarbeiteten Regeln. Schon weniger einstimmig ist man mit Bezug auf die Beurteilung der ärztlichen Kunst. Ob überhaupt die Behandlung Kranker auf wissenschaftlich ausgebildete Aerzte zu beschränken oder frei zu geben sei, ob bestimmte Behandlungsmethoden (z. B. Chiropraktik) zugelassen werden sollen oder nicht, kann Gegenstand politischer Kämpfe werden. Wo es sich gar um Wirtschaftssysteme und Staatsformen handelt, herrscht der durch Wissen um Sachgesetzlichkeiten meist völlig unbeschwerte Kampf der Ideologien. Die Bruchstücke von Sachkenntnis, die dabei aufgewendet werden, dienen meist nur der Stützung der Ideologie; statt daß die Ideologie den wahren Sachverhalten angepaßt wird, werden umgekehrt Tatsachen nach ihrer Eignung zur Stützung der Ideologie beurteilt und je nachdem überbetont, totgeschwiegen oder bestritten. Und doch gelten im wirtschaftlichen und politischen Leben viel mehr Sachgesetzlichkeiten, als gemeinhin angenommen wird. Sie zu erkennen ist *die* Aufgabe der Sozialwissenschaften. Die Freiheit des Menschen wird dadurch nicht

beseitigt und seine Verantwortlichkeit nicht aufgehoben. Im Gegenteil: erst wenn er die Gesetzmäßigkeiten erkannt hat, kann er sich ihnen einordnen oder sie sich dienstbar machen. Er wird erfolglose oder destruktiv endende Versuche unterlassen, wie der Chemiker, der heute auf Grund genauer Naturerkenntnis zu Leistungen, die früher unmöglich schienen, befähigt ist, aber nutzlose Versuche in der Art der Alchemisten unterläßt. Im wirtschaftlichen und politischen Leben stehen wir aber noch auf der Stufe der Alchemisten und können um so schwerer davon loskommen, als große Massen mit Leidenschaft am politischen Aberglauben festhalten. Der Vergleich mit der Alchemie trifft auch deshalb zu, weil die Alchemisten mit ihren Versuchen nicht nur naturwissenschaftliche Erkenntnis (im heutigen Sinne des Wortes) zu erlangen versuchten, sondern auch mystische Ziele verfolgten. Politische Ideologie ist für viele die zeitgemäße Form der Mystik.

Die Unterscheidung von Ursprungs- und Zweckgemeinschaften hat keinen selbständigen Erkenntniswert; sie dient mehr dem Hinweis auf zwei verschiedene Gruppen von in der Sache, d. h. in der Gemeinschaftsorganisation liegenden Gesetzmäßigkeiten. Es handelt sich um die Erkenntnis von Gesetzmäßigkeiten, die der Gesetzgeber *nicht zu schaffen, sondern zu beachten hat*. Nicht die Trennung der beiden Gruppen ist das Wesentliche, sondern der Umstand, daß sie beide für den Gesetzgeber nicht nur Schranken seines Ermessens, sondern Grundlage und Anknüpfungspunkte für seine Anordnungen bilden. Die Trennung weist aber darauf hin, daß die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers nach diesen beiden Hauptrichtungen zu lenken ist, und weder der eine noch der andere Gesichtspunkt allein genügt für die Beurteilung der auftauchenden Probleme.

Viele Gemeinschaften werden auch Züge des einen und andern aufweisen. Reine Ursprungsgemeinschaften, wie diejenige von Mutter und Kind, gibt es wenige. Jedoch weisen z. B. Gemeinschaften, die der wirtschaftlichen Produktion dienen, bald mehr den einen, bald mehr den andern Charakter auf. Die erdverbundene Wirtschaft, wie sie im bäuerlichen Landwirtschaftsbetrieb in Erscheinung tritt, gehört mehr dem ersten Typus an. Infolge ihrer Bindung an Boden und Wachstum hat sie einen sozusagen vegetativen Cha-

rakter im Gegensatz zu der vom menschlichen Willen und der menschlichen Arbeit allein gelenkten Wirtschaft. Diese erdverbundene Wirtschaft spielt sich in den Formen einer Ursprungsgemeinschaft ab, nämlich in der Form der Familien- und Hausgemeinschaft als ihrem natürlichen und naturgegebenen Träger⁴⁸. Doch fehlt hier der Gesichtspunkt des Zweckes, Erzeugung landwirtschaftlicher Produkte, selbstverständlich auch nicht. Nur ist die Erreichung dieses Zweckes so sehr von der richtigen Anpassung an die Gesetzmäßigkeiten der Natur — Wachstumsgesetze der Pflanzen und Tiere, Wechsel der Jahreszeiten — abhängig, daß der freien Ausgestaltung der Betriebsverhältnisse und damit auch der von dort her bestimmten Gestaltung der Beziehungen von Mensch zu Mensch enge Schranken gesetzt sind. Die landwirtschaftliche Gesetzgebung eines Landes, in dem eine Bauernschaft der erwähnten Art besteht, wird mit diesen Gemeinschaften als Gegebenheiten der sozialen Struktur rechnen müssen. Ob sie sie schützen und fördern soll, ist eine nach andern Gesichtspunkten — insbesondere der Beschaffenheit und Tragfähigkeit der Gesamtwirtschaft — zu beurteilende Frage. Jedenfalls aber wird der Gesetzgeber keine Maßnahmen treffen, die diese Grundformen sozialen Seins vernichten würden, höchstens eine *allmähliche* Aenderung kann, wenn Gründe für ein Abgehen vom bestehenden Zustand überhaupt vorhanden sind, in Frage kommen. Dabei zeigt dieses Beispiel für jeden, der die Probleme der Landwirtschaftsgesetzgebung einigermaßen kennt, daß nicht nur, ja nicht in erster Linie Vorschriften über die Rechtsverhältnisse landwirtschaftlicher Betriebe notwendig sind, sondern die Frage der Preise landwirtschaftlicher Produkte von primärer Bedeutung ist, eine Frage, der gesetzgeberisch nicht durch direkte Preisvorschriften (von Ausnahmesituationen abgesehen), sondern nur auf indirektem Wege beigegeben werden kann. Umgekehrt: staatliche Maßnahmen, z. B. zollpolitischer Art, die zufällig einen Einfluß auf die landwirtschaftlichen Preise haben, üben eine Rückwirkung aus auf jene bäuerliche Sozialstruktur. Solche Fernwirkungen, die ebenso bedeutungsvoll sein können wie direkte Wirkungen, müssen bei einer staatlichen Maßnahme stets in Rechnung gestellt werden. Hier zeigt sich für jeden gewissenhaften Gesetzgeber eine neue Schranke des rechtsschöpferischen Beliebens.

Der industrielle Betrieb ist eine Gemeinschaft, die überwiegend durch den Zweck bestimmt ist. Die ganze Organisation, die sachlichen und persönlichen Mittel, sind auf den einen Zweck, die Erzeugung der Produkte, einzustellen. Das bringt bestimmte, unausweichliche Formen der Leistung, der Zusammenarbeit, der Beziehungen zur Umwelt mit sich. Primär sind auch die Verhältnisse von Mensch zu Mensch ausschließlich durch den sachlichen Zweck bestimmt. Die Verteilung der Kompetenzen, die Entlohnung der Belegschaft, Einstellung und Entlassung von Arbeitskräften gehören hierher. Allein, je mehr ein solcher Betrieb den Menschen ganz in Anspruch nimmt, je mehr der Einzelne mit seiner Existenz vom Betrieb abhängt, desto weniger kann der Einzelne als bloßes Mittel für den Betriebszweck betrachtet werden, desto mehr treten rein menschliche Probleme in den Vordergrund. Nicht nur für den Einzelnen im Verhältnis zum Unternehmen sind sie von Bedeutung, sondern auch im Verhältnis aller Betriebsangehörigen zueinander, die unter sich und mit dem Betrieb durch das Band der Solidarität verbunden sind. Hier nun aber hat man es wieder mit einer Gemeinschaft zu tun, die nicht vom Zweck her bestimmt ist, sondern aus dem Ganzen der menschlichen Person folgt. So sind also auch hier beide Gemeinschaftsformen, mit dem Ueberwiegen des Zweckbestimmten, vertreten.

Die hier getroffene Unterscheidung könnte an andern Gemeinschaftsgebilden durchgeführt werden: wirtschaftliche Interessenverbände, Berufsverbände, politische Parteien, Lehranstalten, Verkehrsunternehmungen, das Heer usw. Es würde sich zeigen, daß die vom Menschen oder vom Zweck her bestimmte Ordnung dem Gesetzgeber nicht viel Spielraum läßt, um seine außerhalb der Sachgesetzlichkeit liegenden Wünsche zur Geltung zu bringen, ohne der Sachgesetzlichkeit zu schaden. Mit andern Worten: die immanente Ordnung ist dieselbe, gleichgültig, ob die Gemeinschaften juristische Personen bilden oder nicht, ob die anwendbaren Normen öffentlich- oder privatrechtlich sind, ob der Staat dieser oder jener politischen Ideologie huldigt. Das ergibt wohl eine Reihe von Nuancen, die aber zurücktreten gegenüber der Frage, ob die rechtliche Normierung der sachgesetzlichen Ordnung entspricht oder nicht, diese also die freie Entfaltung, die zur besten Leistung führt, gestattet, oder sie beengt oder gar verunmöglicht. Nicht daß

auf die rechtliche Ordnung verzichtet werden könnte, weil diese gleichsam nur ein störendes Anhängsel einer naturgegebenen Ordnung wäre! Das ist keineswegs der Fall. Das Recht ist unentbehrlich. Aber es kann mehr oder weniger *sachgerecht* sein. Hierin liegt der Maßstab für die Beurteilung seiner positiven oder negativen Wirksamkeit. Eine sachgerechte rechtliche Ordnung der Armee ist im demokratischen Staat nicht viel anders als im monarchischen, im liberalen nicht viel anders als im totalitären; die sachgerechten Armeecordnungen in diesen vier Staatstypen unterscheiden sich weniger voneinander als die sachgerechte von einer sachwidrigen Ordnung innerhalb ein und desselben Staatstypus. Dasselbe gilt für einen Fabrikbetrieb, für eine Verkehrsanstalt, eine Lehranstalt.

Freilich gilt dies nur unbeschränkt für eine rein aus dem Zweckgedanken geschaffene Gemeinschaft. Wie ein Elektromotor im liberalen Staat gleich konstruiert wird wie im totalitären, so ist auch die rein zweckmäßig geformte Menschenkooperation überall annähernd gleich. Je mehr aber der Faktor Mensch hervortritt, desto mehr kommt sein von Land zu Land verschiedener Charakter zur Geltung, desto mehr sind auch die Institutionen, gerade wenn sie „sachgerecht“ sind, was dann soviel wie „menschenentsprechend“ heißt, verschieden. Deshalb kann die Familienordnung oder die Eigentumsordnung nicht einer rein technisch-zweckorientierten Ordnung gleichgestellt werden. Und doch zeigen sich auch hier weitgehende Uebereinstimmungen, die sich aus der Menschennatur ergeben, die wohl von Land zu Land verschieden ist, aber doch nicht so verschieden wie die jeweiligen herrschenden einander entgegengesetzten Ideologien zum Ausdruck zu bringen scheinen. So kommt es, daß die annähernd gleiche Menschennatur immer wieder zur Geltung kommt und unter ideologisch diametral entgegengesetzten Ordnungen, im Widerspruch mit der ursprünglichen Doktrin, eine annähernd gleichartige Regelung einzelner Sachgebiete sich durchsetzt, allein deshalb, weil sie „sachgerecht“ ist und der menschlichen Natur entspricht.

So ergibt sich aus der menschlichen Natur eine Strukturgesetzlichkeit der menschlichen Sozialgebilde. Wenn *Walther Burckhardt*⁴⁴ ausführt, daß der Staat, wie jede gesellschaftliche Einrichtung, nicht unter dem Gesichtspunkt der Kausalität betrachtet werden kann, sondern der Rationalität, so ist die

Gegenüberstellung von Kausalität-Rationalität und, im weiteren Verlauf der Darstellung von Ursache-Grund, Tatsache-Postulat, reales Wesen-Sinngebilde, insofern unzutreffend, als diese Begriffspaare keineswegs einander ausschließende Gegensätze darstellen, sondern, wie im einzelnen Menschen, so auch im Sozialgebilde immer vereint vorhanden sind. Die Kausalität eines lebenden Gebildes ist nie mechanische Kausalität, sondern eine sinngerichtete, und dies gilt auch — in verschiedenem Maße — für die Vereinigungen solcher Gebilde, wie die menschlichen Gemeinschaften. Umgekehrt ist die Rationalität keine frei schwebende, aus der heraus eine gesellschaftliche Einrichtung beliebig gestaltet werden könnte, wie der Lehm unter der Hand des Töpfers, vielmehr muß jede rationale Gestaltung mit im Stoff vorhandener Strukturgesetzlichkeit rechnen, wie der Gärtner mit den Wachstums- und Existenzgesetzlichkeiten der Pflanze. Die Problematik für den Gesetzgeber liegt gerade darin, diese beiden Gesichtspunkte zur Deckung zu bringen, mit andern Worten, die aus ethischen oder Zweckgesichtspunkten sich ergebende Rationalität im gegebenen Stoff mit seinen Gesetzlichkeiten zu verwirklichen. Die Ehe- und Familiengesetzgebung hat mit der naturgegebenen Beschaffenheit von Mann und Frau, Mutter und Kind zu rechnen. Freilich wird die Stoffgesetzlichkeit, die der Gesetzgeber berücksichtigen muß, kaum je die naturgesetzliche Eindeutigkeit, mit der der Tier- oder Pflanzenzüchter zu rechnen hat, besitzen. Die menschliche Gesellschaft wird nie neu geboren, und die Situationen, die einen solchen Ursprung wenigstens annähernd ermöglichen würden, koloniale Neugründungen, kommen heute kaum mehr vor. Die in der menschlichen Natur liegende Gesetzlichkeit kommt deshalb nie rein, sondern immer in untrennbarer Verbindung mit geschichtlichen Gegebenheiten zur Geltung. Bevor der heutige Gesetzgeber sich die Aufgabe stellt, die Gesellschaft nach seinen Ideen zu gestalten, haben frühere Gesetzgeber ihre Arbeit geleistet; geschichtliche Schicksale haben das Volk geformt, das eine begünstigt und ihm die Entfaltung seiner Gaben in Freiheit gestattet, ein anderes immer wieder in Gefahren gebracht und es zu einer stets kämpferischen Haltung erzogen. Aber die Zukunft der menschlichen Gesellschaft hängt davon ab, daß hinter den Verschiedenheiten, die ihren Eigenwert haben, das Gemeinsame der menschlichen Natur zum Bewußtsein kommt.

Nur im Menschen, in seiner doppelten Dimension, nämlich in seiner natürlichen Bindung einerseits und seiner ethischen Bestimmung andererseits, ist der gemeinsame Nenner aller Einzelrechtsordnungen zu finden. Fällt dieses Fundament weg, so verabsolutieren sich die Sondergemeinschaften, und dem gegenseitigen Vernichtungskampf ist auch geistig keine Schranke mehr gesetzt. Den Menschen in seiner Menschlichkeit hinter den geschichtlichen Verschiedenheiten zu sehen, ist die Voraussetzung für die ethische Forderung nach Gerechtigkeit und Frieden, gleichzeitig aber auch einfache Tatsachenerkenntnis. Ethik und Tatsachen gehören zwar verschiedenen Arten des Seins an. Es gibt aber keine Ethik, die nicht auf tatsächlicher Basis ruhen würde. Rationalität und Kausalität gehören zusammen. Ihre Trennung beschränkt die Rationalität auf formallogische Fragestellungen und beseitigt die Problematik, auf die es beim Recht in erster Linie ankommt.

Es ist klar, daß die stets vorhandene Strukturierung der sozialen Beziehungen schon längst die Aufmerksamkeit sowohl der Soziologen wie der Juristen auf sich gezogen hat. Daß die menschliche Gesellschaft nicht einfach eine Summe von Einzelnen ist, wurde längst erkannt. Die Individualsphären fügen sich nicht äußerlich aneinander wie die Felder eines Schachbrettes, die Bereiche der Einzelnen sind in ganz anderer Weise miteinander verbunden und ineinander verschränkt. Ist das Ungenügen dieser Vorstellung erkannt, so wäre man versucht anzunehmen, die Individuen bildeten Teile einer umfassenden Einheit und ständen untereinander und zum Ganzen in Beziehungen analog denjenigen, die für die einzelnen Organe eines Gesamtorganismus untereinander und im Verhältnis zum Ganzen gelten. Allein auch diese Vorstellung ist in ihrer Einseitigkeit falsch. Die Individuen sind weder in ihrer physischen noch in ihrer geistigen Existenz bloße unselbständige Bestandteile eines größeren Ganzen, und ihre Tätigkeit erschöpft sich keineswegs darin, einem sie umfassenden Organismus zu dienen. Andererseits enthält jede dieser beiden Vorstellungen eine Teilwahrheit. Die soziale Wirklichkeit befindet sich irgendwo zwischen diesen Grenzfällen, bald dem bloßen Aneinanderfügen der Teile, bald dem umfassenden Organismus näher liegend.

Von juristischer Seite ist die innere Struktur der Sozialgebilde im allgemeinen wenig beachtet worden. Für eine rein juristische, auf die Analyse der

Rechtsformen beschränkte Untersuchung haben diese Formen kein Interesse. Wohl aber ist von juristischer Seite die Feststellung gemacht worden, daß das Recht nicht in der Luft schwebt, sondern zu seiner Durchführung eines bestimmten Apparates, einer Organisation bedarf. Damit verläßt die Untersuchung kaum den Rahmen des Juristischen, denn die Organisation ist ihrerseits durch das Recht bedingt. Es wird dabei nicht die Frage nach den vom Gesetzgeber vorgefundenen Formen gestellt, sondern nach den Voraussetzungen der Sanktion des Rechts.

Dieser Aufgabe haben sich Santi Romano und Walther Burckhardt gewidmet. *Santi Romano*⁴⁵ sucht hinter den Normen die sie zusammenhaltende Einheit, „non si può avere un concetto adeguato delle norme che vi si comprendono, senza anteporre il concetto unitario di esso. Così non si può avere un'idea esatta delle varie membra dell'uomo o delle ruote di una data macchina, se non si sa prima che cosa sia l'uomo o quella macchina“⁴⁶. Das Recht gehe immer von einem „momento anteriore . . . alle norme“ aus⁴⁷. So ist auch die Sanktion nicht etwas, was zum Rechtssatz erst hinzukommt, sondern ihm vorangeht⁴⁸; bevor das Recht Norm wird, ist es „organizzazione, struttura“, d. h. eben „istituzione“, was gleichbedeutend ist mit „ordinamento giuridico“. Recht und Institution sind dasselbe Phänomen, das Recht ist „principio vitale di ogni istituzione“, die Institution „l'ossatura, la membratura del diritto“⁴⁹. Romano sieht also im ordinamento giuridico, nicht in der bloßen Normativität die wahre *Existenzform des Rechts*. Dabei anerkennt er eine Pluralität rechtlicher Ordnungen, unter denen verschiedene Beziehungen, wie diejenige der Ueber- und Unterordnung, der Koordination usw., bestehen (2. Teil).

Walther Burckhardt gibt mit dem Titel seines Werkes „Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“⁵⁰ an, worauf es ihm ankommt. Zu jeder als geltend gedachten Rechtsordnung gehört eine Organisation; es sind dies die Vorschriften, die bestimmen, durch welche Personen und in welchem Verfahren entschieden wird, was im Grundsatz und im Einzelfall rechtens ist und wie das als Recht Erkannte vollzogen wird⁵¹. Diese Organisation ist der Staat. Auch Burckhardt, wie Santi Romano, verankert also die Norm in einer nicht bloß normativen, sondern realen Wirklichkeit.

Beiden ist das Verständnis des Wesens des Rechts, insbesondere seiner Wirksamkeit, das Hauptanliegen. Die notwendige Verbindung des Verhaltensrechts mit dem Organisationsrecht haben beide festgestellt, ohne aber die dem gesellschaftlichen Leben immanenten Staatsformen und ihren Einfluß auf die Gestaltung des Rechts näher zu prüfen.

Schon weiter geht *Carl Schmitt*⁵². Nach ihm gibt es drei juristische Denktypen, die sich danach unterscheiden, ob das Recht als Regel, als Entscheidung oder als Ordnung aufgefaßt wird⁵³. Dem „konkreten Ordnungsdenken“ gibt er den Vorzug. Für dieses ist „Ordnung“ „auch juristisch nicht in erster Linie Regel oder eine Summe von Regeln, sondern, umgekehrt, die Regel nur ein Bestandteil und ein Mittel der Ordnung. Das Normen- und Regeln-Denken ist danach ein beschränkter, und zwar ein abgeleiteter Teil der gesamten und vollständigen rechtswissenschaftlichen Aufgabe und Betätigung. Die Norm oder Regel schafft nicht die Ordnung; sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion mit einem relativ kleinen Maß in sich selbständigen, von der Lage der Sache unabhängigen Denkens“⁵⁴. Nicht näher geprüft wird, nach welchen Kriterien der Inhalt dieser Ordnung außerhalb des Rechts bestimmt wird und aus welcher Quelle diese Ordnung eigentlich stammt. Auch erweckt Bedenken, daß es sich hierbei um bloße „Denktypen“ handeln soll und nicht um bestimmte Gestaltungen der rechtlichen Ordnung selbst. Doch hat C. Schmitt einen Punkt von entscheidender Wichtigkeit berührt⁵⁵. Schon Savigny hat eine ähnliche Feststellung gemacht: „Die Gestalt aber, in welcher das Recht in dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes lebt, ist nicht die der abstrakten Regel, sondern die lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang, so daß, wo das Bedürfnis entsteht, sich der Regel in ihrer logischen Form bewußt zu werden, diese erst durch einen künstlichen Prozeß aus jener Totalanschauung gebildet werden muß.“⁵⁶ Die Norm bleibt aber eine Abstraktion und bedeutet als solche Verlust des konkreten Inhalts und Verzicht auf Anschauung. Als Abstraktion kann sie nicht beurteilt werden, es sei denn nach ihrem logischen Zusammenhang mit andern Normen oder nach abstrakteren Grundsätzen. Die Beurteilung aus dem Gesichtspunkt der Angemessenheit jedoch läßt sich nur vor-

nehmen, wenn sie in die Anwendung zurückgeführt und in zahlreichen Fällen empirisch geprüft wird.

Grundsätzlicher wird die ganze Frage von *Maurice Hauriou* aufgeworfen. Für ihn ist die „Institution“ ein Grundphänomen der sozialen Struktur; „nous cherchons des institutions qui soient des éléments de l'organisation sociale“⁵⁷. „Le véritable élément objectif du système juridique c'est l'institution... ce sont les institutions qui engendrent les règles du droit... ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions.“⁵⁸ Die Institution ist nach *Gurvitch* „une idée incarnée dans la réalité“⁵⁹. Die Theorie der Institution ist von *Georges Renard*⁶⁰ und von *J.-T. Delos*⁶¹ weitergeführt worden. Delos will über eine „théorie de l'institution“ hinaus zu einer „conception institutionnelle du droit“ gelangen, die er, den Gedanken noch schärfer präzisierend, auch „conception du droit à fondement objectif“ bezeichnet, womit die Bedeutung „de l'idée, de l'objet dans la relation juridique“ besonders betont ist⁶². Delos führt diese Auffassung vor allem für den Vertrag durch, also für dasjenige Rechtsgebilde, das von der Institution am weitesten entfernt zu sein scheint. Der Vertrag besitzt in seiner *causa* das Element, das jeder Institution eigen ist: „une idée, devenue le point de communion objectif des individus, une idée qui les lie, qui commande et organise leurs relations mutuelles“. Der Vertrag bildet sich nicht aus dem subjektiven Willen der Kontrahenten, zwischen ihnen schiebt sich ein Objekt ein. „Cet objet est l'élément essentiel du contrat.“⁶³ Sobald die Parteien sich entschlossen haben, den Vertrag abzuschließen, so fallen sie „sous le pouvoir de l'objet“⁶⁴. Weder das Gesetz noch die Stiftung noch der Vertrag sind einfache Willensäußerungen: „il n'y a pas en droit de volonté qui ne se courbe devant un objet, qui n'adhère à lui, et qui ne subisse sa loi“. „La justice, l'équilibre, sont donc d'abord dans les choses.“⁶⁵

Es handelt sich offenbar um eine grundsätzliche Betrachtung sämtlicher Rechtsphänomene, ebenso grundsätzlich wie die entgegengesetzte, die alle Rechtsbeziehungen auf eine vertragsmäßige Basis zurückführt. Ohne Zweifel liegt ein großer Teil von Wahrheit in dieser institutionellen Auffassung, und das macht sie der Lehre, die alles Recht, ja jede soziale Ordnung, auf subjektive Willensäußerungen zurückführt, überlegen. Die Ordnung wird nicht

allein durch das subjektive Gutfinden, sondern auch durch das Objekt geschaffen. Aber das Verhältnis von Objekt und Wille wird durch den Satz „La soumission est volontaire, mais une fois voulue elle nous courbe devant un objet“⁸⁶ einseitig ausgedrückt. Es ist doch nicht so, daß der Wille gleichsam aus einem Katalog rechtlicher Möglichkeiten einen Gegenstand ausliest und damit seine Funktion für die Gestaltung des Rechtsinhalts erschöpft ist.

Bei den verschiedensten Denkern taucht das Bewußtsein auf, daß es hinter der rechtlichen Ordnung eine tiefere Ordnung gebe, daß die Ordnung, die willentlich geschaffen wird oder geschaffen werden kann, weniger wichtig ist als diejenige, die von unserem Willen unabhängig besteht und sich gegenüber allen Versuchen abweichender Regelung notwendig immer wieder durchsetzt. Diese Erkenntnis ist unabhängig von der politischen Einstellung der Denker, man findet sie in Verbindung mit liberalen und konservativen Auffassungen, und sie fehlt erst recht nicht bei sozialistischen, die den Ablauf des sozialen Lebens auf bestimmte ökonomische Ursachen zurückführen. Gewiß findet sie sich nicht bei allen; aber diejenigen, die sie nicht teilen, finden sich, politisch gesprochen, in verschiedenen Lagern. Sie können unter der gemeinsamen Bezeichnung Voluntaristen zusammengefaßt werden, weil sie die soziale Ordnung als ein Produkt des menschlichen Willens auffassen und deshalb dem Willen auch die Fähigkeit zusprechen, die Ordnung nach Gutfinden zu ändern. Sie geht von den Theoretikern des Staatsvertrages bis zu den Vertretern des modernen Dynamismus und Totalitarismus; im letzteren ist der soziale Voluntarismus auf die Spitze getrieben worden, denn der Totalitarismus setzt entweder das Fehlen spontan gebildeter Verbindungen, Gruppierungen, Organisationen voraus oder er betrachtet sie als schädlich und sorgt für deren Beseitigung. Auf die Spitze getriebener Voluntarismus stellt jede Ordnung jederzeit in Frage, er ist Revolution in Permanenz.

Demgegenüber steht die breite Front derjenigen Denker, die erkannt haben, daß sich aus dem menschlichen Zusammenleben stets ein bestimmtes soziales Gefüge ergibt, das zwar von Fall zu Fall je nach den konkreten Umständen verschieden ausgefallen ist, das aber auf einer allgemein menschlichen Gesetzmäßigkeit beruht. Diese Erkenntnis kann je nachdem bald mehr

nach der Seite der sozialen Dynamik, bald mehr nach der Seite der sozialen Statik gehen, bald mehr eine mittlere Linie einhalten.

Schon *Montesquieu* bezeichnete die Gesetze als „les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses“, er erblickte also in der Natur der Dinge eine in einem gewissen Sinn schon bestehende Ordnung. Ausdrücklich lehnt er die Behauptung ab „qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives“, und fügt bei „Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit“⁶⁷. Da sich aber *Montesquieu* nicht näher mit dieser den Gesetzen vorangehenden Ordnung, sondern mit den Beziehungen der Gesetze zu den Sachen befaßt⁶⁸, läßt sich aus seinem „*Esprit des lois*“ für diesen Punkt nicht viel gewinnen.

Es liegt in der Natur des Forschungsgebietes, daß vor allem in den Wirtschaftswissenschaften eine von menschlicher Willkür unabhängige Ordnung entdeckt wird. So haben die *Physiokraten* ihre Lehre auf der Annahme eines „ordre naturel et essentiel des sociétés politiques“ aufgebaut⁶⁹. „Es gibt eine natürliche Gesellschaft“, sagt *Dupont de Nemours*, „welche jeder Konvention der Menschen untereinander vorangeht und begründet ist in ihrer natürlichen Konstitution, ihren physischen und offenliegenden allgemeinen Bedürfnissen.“⁷⁰ Dieser Zustand stellt sich in der Freiheit her. „Le monde va de lui-même. Le désir de jouir imprime à la Société un mouvement qui devient une tendance perpétuelle vers le meilleur état possible“ (*Mercier de la Rivière*)⁷¹. Deshalb gilt der Grundsatz des „laissez faire“. Doch ist diese natürliche Ordnung nicht nur eine wirtschaftliche, sondern umfaßt das soziale Leben in seiner Gesamtheit.

Man hat diese Lehre schon mit der Staatsvertragstheorie *Rousseaus* in Parallele gesetzt⁷². Gewiß ergeben sich Berührungspunkte. Wie der Vertrag nach *Rousseau* die Grundlage des Staats bildet, so ist er auch die Form, in der die im freien Verkehr untereinander stehenden Einzelnen Bindungen eingehen. Der grundlegende, für die Erkenntnis des Sozialen wichtige Unterschied liegt aber darin, daß sich die Theorie *Rousseaus* auf den Staat, d. h. den sozialen Makrokosmos, die Lehre der *Physiokraten* aber auf die Beziehungen des einen Individuums zum andern, d. h. den sozialen Mikrokosmos, bezieht. *Rousseau* will das Soziale gerade in seiner umfassendsten und

mächtigsten Erscheinung, und damit überhaupt grundsätzlich, auf dem Vertrag, d. h. dem subjektiven Willen aufbauen und geht damit fehl, weil ihm damit die Möglichkeit, das unvermeidlich Institutionelle zu sehen, völlig entwindet. Die Physiokraten hingegen überlassen dem subjektiven Willen nur die Gestaltung der dem Einzelindividuum unmittelbar zugänglichen Verhältnisse und glauben, daß aus dem Spiel der Einzelinteressen das allgemeine Wohl von selbst hervorgehe. Der Einzelne will nicht — im Gegensatz zu Rousseau — das Ganze gestalten, vielmehr bekümmert er sich nur um seine eigenen Angelegenheiten, aber indem er das tut, fördert er das Ganze. Es gehört zu jener natürlichen Ordnung, die unabhängig vom menschlichen Willen wirkt, daß das Persönliche zum Allgemeinen wird; es ist, wie Hegel sich später ausdrückte, die List der Vernunft, die die Individuen zwar nach ihren subjektiven Trieben handeln läßt, daraus aber das objektiv Richtige hervorgehen läßt. Das subjektive Streben schafft also nicht die Ordnung, es löst nur die Kräfte aus, durch deren Wirken von selbst die beste Ordnung entsteht. Die Anerkennung der natürlichen Ordnung steht bei den Physiokraten an oberster Stelle, Rousseau umgekehrt glaubt an die originäre Schöpferkraft des individuellen Willens.

Von *Adam Smith* läßt sich für den hier interessierenden Zusammenhang dasselbe sagen wie für die Physiokraten. Die spontane Bildung der ökonomischen Beziehung ist eine Lieblingsidee von Smith; aus einer Unzahl einzelner Handlungen der Individuen, die alle ihre eigenen Wege gehen, sich um die andern nicht kümmern und von den sozialen Ergebnissen ihrer Tätigkeit nichts wissen, wird die ökonomische Ordnung gebildet. Sie entspringt also nicht dem individuellen Willen, sondern einer Kraft, die über den Individuen steht und deren unbewußte Instrumente die Einzelnen sind.

Es ist ungewohnt, dem Liberalismus als Träger eines Ordnungsgedankens zu begegnen. Und doch ist das Streben nach einer natürlichen Ordnung im Oekonomischen die Triebfeder des wirtschaftlichen Liberalismus. Die Freiheit ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel und Weg zum Ziel, und es ist ein späteres Mißverständnis, wenn eine von jeder inhaltlichen Bestimmung bare Freiheit als liberale Forderung hingestellt wird. Freilich haben die Liberalen so sehr daran geglaubt, daß die Freiheit das unfehlbare Mittel zur Er-

reichung des gewünschten Zieles sei, daß sie dieses selbst vernachlässigt oder Mittel und Ziel in eins gesetzt haben. Wie es bei populären Strömungen zu gehen pflegt: der einfache, sozusagen mechanische Bestandteil der Idee, hier die Abwesenheit von Bindungen, hat sich in den Köpfen festgesetzt, während der nuanciertere, ein differenzierteres Urteilsvermögen erfordernde Inhalt, die Konzeption einer Ordnung, verloren ging.

Die angestrebte natürliche Ordnung sollte auch das andere Mißverständnis, den Liberalismus mit Voluntarismus gleichzusetzen, beseitigen. Freilich bedeutet der Liberalismus einen Appell an den menschlichen Willen, insbesondere an die wirtschaftliche Initiative. Aber es ist nicht Willkür gemeint, sondern ein durch ein Ziel gebundener Wille. Ja die bestimmte Erwartung dieses Zieles gab der individuellen Willensanstrengung, vom Standpunkt des Ganzen aus gesehen, ihre Legitimation. Auch hier freilich wurde das Ziel über dem Mittel aus dem Auge verloren, vor allem deshalb, weil sich die liberale Lehre nur ungerne und selten dazu entschließen wollte, zuzugestehen, daß das angestrebte Ziel nicht mit individueller Willensanstrengung allein erreichbar war, während freilich die liberale Praxis — wie sie sich z. B. in der Politik der freisinnigen Mehrheitspartei in der Eidgenossenschaft äußerte — die Staatseingriffe aus sozialpolitischen Gründen von jeher bejahte.

Auch dem humanen — im Gegensatz zum ökonomischen — Liberalismus, wie er sich z. B. in Persönlichkeiten wie *Wilhelm von Humboldt* oder *Benjamin Constant* ausprägte, war die inhaltliche Bestimmung selbstverständlich. Hier war es die sittliche Ordnung, deren Verwirklichung das Ziel der Willensfreiheit war⁷⁸.

Die Vorstellung einer hinter dem positiven Recht stehenden „höheren“, „wahren“ Ordnung ist nicht allein dem Liberalismus eigen. Auch die genau entgegengesetzte Staatslehre weiß darum. Ja die *konservative Staatslehre* in ihren verschiedenen Spielarten kann diese Erkenntnis noch stärker betonen, weil bei ihr der Widerspruch zwischen Mittel und Zweck weniger deutlich in Erscheinung tritt, sie sich nicht auf ein bestimmtes Mittel wie der Freiheit im Liberalismus festgelegt hat. Freilich kann es auch ihr passieren, daß das Ziel über dem äußeren Apparat, der zu dessen Erreichung eingesetzt wird, vergessen wird. Da dieser äußere Apparat der Staat ist, besteht die

Gefahr, daß die wahre Ordnung durch die obrigkeitliche Anordnung, die Willkür der staatlichen Machthaber, ersetzt wird. Die öffentliche Gewalt soll Hilfe der natürlichen Ordnung sein, sie kann, falsch verwendet, zu ihrem Hemmnis werden, ja Ursache ihrer Zerstörung sein.

Die konservative Staatslehre, wie sie sich nach der Französischen Revolution entwickelte, entdeckte die natürliche Ordnung begreiflicherweise im Widerspruch mit den bestehenden Einrichtungen und dem revolutionären Geist, aus dem diese Einrichtungen entstanden waren. Diese geänderte historische Lage soll uns nicht daran hindern, festzustellen, daß die konservative Gesellschaftslehre in der Anerkennung einer natürlichen, von menschlicher Willkür unabhängigen Ordnung mit der liberalen übereinstimmt, wenn auch die konservative Richtung diese Ordnung mehr im Ueberkommenen ausgedrückt findet, während die liberale Richtung sie gerade durch das freie Waltenlassen der Kräfte in der Zukunft zu erreichen sucht. Das Gemeinsame der Liberalen und Konservativen liegt in der Erkenntnis, daß der Voluntarismus als ausschließliches konstitutives Prinzip der sozialen Wirklichkeit unmöglich ist, Strukturen und Funktionen vielmehr bereits vorgebildet in ihr selbst liegen.

Edmund Burke hat in seinen Betrachtungen über die Französische Revolution die englische Verfassung gelobt: „Our political system is placed in a just correspondence and symmetry with the order of the world...“ England befolgt „the method of nature in the conduct of the state“. Die Engländer „have chosen rather our nature than our speculation“⁷⁴. Der Staat ist eine Partnerschaft verschiedener Generationen. „Each contract of each particular state is but a clause in the great primaeval contract of eternal society, linking the lower with the higher natures, connecting the visible with the invisible world, according to a fixed compact sanctioned by the inviolable oath which holds all physical and moral natures, each in their appointed place.“ Burke spricht von „that moral and physical disposition of the things to which man must be obedient by consent or force“⁷⁵. So kann die Staatsverfassung nicht ein Produkt menschlicher Willkür sein, sondern nach Burkes berühmter Formulierung „a vestment which accomodates itself to the body“.

Joseph de Maistre bemerkt, daß in der Politik sich eine höchst beunruhigende Erscheinung zeige: „C'est que tout ce que le bon sens aperçoit d'abord dans cette science comme une vérité évidente, se trouve presque toujours, lorsque l'expérience a parlé, non-seulement faux, mais funeste.“⁷⁶ „Aucune constitution ne résulte d'une délibération: les droits des peuples ne sont jamais écrits; ou ils ne le sont que comme de simples déclarations de droits antérieurs non-écrits.“⁷⁷ „Ce qu'il y a de plus essentiel, de plus intrinsèquement constitutionnel, et de véritablement fondamental, n'est jamais écrit, et même ne saurait l'être, sans exposer l'Etat.“⁷⁸ „L'homme ne peut faire une Constitution; et nulle Constitution légitime ne saurait être écrite.“ Die polemische Spitze gegen die Französische Revolution ist evident, aber abgesehen von den zeitbedingten, übertreibenden Formulierungen äußert sich in diesen Bemerkungen eine wahre Erkenntnis.

Nach *C. L. von Haller* ist der Staat eine aus der Natur hervorgehende, nicht künstlich geschaffene Gesellschaft von Menschen⁷⁹. Die Natur gibt allerdings nicht ein für allemal eine Gesamtordnung der Gesellschaft, vielmehr ist der Staat nach von Haller, wie einer seiner Kritiker gesagt hat, nur „ein Aggregat von ausgesprochenen und stillschweigenden Vergleichen“⁸⁰. Er bezeichnet selbst die Staaten als „die höchste Gradation natürlicher Dienst- und Societäts- oder sogenannter Privatverhältnisse“, die sich von andern Privatverhältnissen „nur durch die Unabhängigkeit oder höhere Macht und Freiheit ihres Oberhauptes unterscheiden“⁸⁰. Durch diesen Hinweis auf „Privatrechtsverhältnisse“, auf den Staat als Aggregat von Vergleichen macht von Haller aber auf einen sehr wichtigen Umstand aufmerksam, der in den meisten Staatslehren übersehen wird, den Umstand nämlich, daß der Staat nicht nur oder nicht in erster Linie durch die seinem Gesamtorganismus gegebene Gestalt geformt wird, sondern daß wesentliche, ja vielleicht die wesentlichsten Formkräfte in den persönlichen Beziehungen von Mensch zu Mensch liegen, daß, mit andern Worten, dem sozialen Mikrokosmos eine entscheidende Bedeutung zukommt. Man muß auch hier über die polemische Einseitigkeit hinausgelangen, um die partielle Erkenntnis, die in von Hallers Auffassung steckt, zu verstehen. Die Gesamtordnung eines heutigen Staates kann allerdings nicht einfach als eine zufällige Summierung persönlicher Ver-

hältnisse aufgefaßt werden, als „ein Conglomerat von mancherlei Verbänden, ähnlich der Nagelfluhe“⁸¹, aber diese persönlichen Verbindungen und Kreise sind unentbehrlich, so sehr, daß Mikrokosmos und Makrokosmos einer Gesellschaft immer in einem bestimmten Verhältnis der Entsprechung zueinander stehen. Freiheit und Selbstverantwortung sind im großen Verband nur möglich, wenn sie auch im kleinen Verband bestehen und dort den Sinn der Einzelnen für ihre Bedeutung geweckt haben. Wenn dieser Sinn im Mikrokosmos fehlt, so kann er sich auch im größeren Rahmen nicht entwickeln. Deshalb kann einem solchen Volk eine freiheitliche Verfassung wohl auferlegt werden, aber sie wird nicht richtig funktionieren, sondern es wird unter freiheitlichen Formen eine autoritäre, ja totalitäre Wirklichkeit zur Entstehung kommen. Die Formkräfte des Mikrokosmos sind viel kräftiger als diejenigen des Makrokosmos. Der Makrokosmos kann auf den Mikrokosmos aufbauen, er kann ihn nicht ändern, er wird vielmehr von ihm geändert, wenn er nicht angepaßt ist.

Diese Uebermacht des Kleinen über das Große, der Zellen über den Gesamtorganismus, der engeren menschlichen Gemeinschaften über den Staat, kommt davon her, daß sich der weitaus größte Teil des menschlichen Lebens im kleinen Kreis abspielt, der Mensch ununterbrochen mit ihm in Kontakt steht, während die Berührung mit dem staatlichen Leben nur eine sporadische ist. Selbst wenn der Einzelne in das staatliche Leben unmittelbar eingeschaltet ist, als Staatsbeamter oder bei Leistung von Militärdienst, steht er nur mit einem verhältnismäßig kleinen Kreise von Menschen in täglicher Berührung; der Unteroffizier ist für den Soldaten wichtiger als der General, der Werkführer für den Arbeiter wichtiger als der Direktor, der Unteroffizier vermittelt das tägliche Erlebnis des Staates, der Werkführer das tägliche Erlebnis einer Gesellschaftsordnung. Wohl sind die höheren Instanzen wichtiger für das Ganze und dementsprechend auch einflußreicher; der Staat insbesondere ist souverän. Aber diese höhere Macht wird für den Einzelnen in tausend Facetten zerlegt und erscheint ihm, wenn sie ihn trifft, als zum engsten Kreis gehörig, jedenfalls insofern als sie sich als ein Element seiner täglichen Arbeit und seines Lebensunterhaltes äußert, sie unterliegt daher auch der Transformation dieses engsten Kreises. Der Staat als Ganzes

erscheint dem Einzelnen kaum im Leben des ruhigen Alltags, es bedarf dazu vielmehr außerordentlicher Ereignisse, seien es große, zu diesem Zwecke veranstaltete politische Demonstrationen, sei es — und dies ganz besonders — der Krieg. Deshalb steht denn auch alles, was Krieg und Kriegsvorbereitung bedeutet, der Entwicklung und Stärkung jener engeren Gemeinschaften, der Ausbildung einer spontanen „natürlichen“ Ordnung entgegen, es sei denn, es handle sich um Gemeinschaften im Hinblick auf den Krieg. Der natürliche Aufbau von unten, die spontane Gliederung wird erschwert oder verunmöglicht, und je mehr sie auf der einen Seite gefährdet ist, desto leichter lassen sich auf der andern Seite die einzelnen Individuen für jenen unmittelbaren Kontakt mit dem Staat als Ganzes gewinnen. Die totalitären Staaten haben jene engeren Gemeinschaften zerstört oder sie — da auf solche engeren Kreise nicht völlig verzichtet werden kann — sich unmittelbar untergeordnet, indem sie in der Einheitspartei ein Instrument des allgegenwärtigen Staates und der ungehemmten Durchdringung aller Lebensverhältnisse schufen. Gleichzeitig aber haben sie durch immer neue Kampfpapieren eine pathologisch gesteigerte Spannung geschaffen, ohne welche jene unmittelbare, alle Mittelstufen überspringende psychische Verbindung des Individuums zum Großstaat, die aller natürlichen Gliederung widerspricht, nicht bewerkstelligt werden kann. Je ferner die staatlichen Ziele dem Lebensbereich des Individuums liegen — räumlich oder sachlich fernliegend —, desto mehr bedarf es der künstlich gemachten, d. h. der pathologischen Aufputschung der Individuen, um sie zu fesseln, und desto zerstörender sind denn auch die Folgen einer solchen Politik.

Ein anderes unmittelbares Verbindungsglied zwischen Individuum und Staat bildet die Strafgerichtsbarkeit, die gleich wie die eben genannten Erscheinungen für den Einzelnen aus dem Rahmen des Alltags heraustritt. Die Strafgewalt ist, wie keine andere Befugnis, ein Attribut des Staates. Nicht zufällig ist die hohe Gerichtsbarkeit das kraftvollste staatsbildende Recht in der deutschen Geschichte gewesen⁸². Aber die Bedeutung der Strafgerichtsbarkeit ist nicht nur eine geschichtliche, sondern eine stets aktuelle. Heeresdienst wird nur vom Staat verlangt, Strafgerichtsbarkeit wird nur von ihm ausgeübt; in diesen beiden außerordentlichen Tätigkeiten erscheint

der Staat dem Einzelnen als spezifisches Gebilde, während andere Funktionen, die wir beim heutigen Staat antreffen, sowohl von ihm wie von ihm eingeordneten Gemeinwesen, ja zum Teil von Privaten ausgeübt werden. Es ist nur das Außerordentliche, das den Rahmen der persönlichen Kreise notwendig sprengt; das Ordentliche, Tägliche, Gewohnte gehört dem engen Kreise an, und wenn es, wie z. B. unter Umständen das Wirtschaftliche, auch vom größeren Kreise entscheidend beeinflußt wird, wird es nicht als solches erlebt, da es sich — wie etwa Lohn-, Ernährungs- und Wohnungsverhältnisse — im kleinen persönlichen Kreise auswirkt, genau wie wenn der Staat daran unbeteiligt wäre.

Aber damit ist allerdings ein Punkt berührt, wo es deutlich wird, daß infolge der heutigen Verflechtung aller wirtschaftlichen Beziehungen untereinander und der Wirtschaft mit dem Staat, diesem in der Gegenwart eine früher nicht im gleichen Maße bestehende Möglichkeit der Beeinflussung der Individuen auf dem Wege über die Wirtschaftspolitik gegeben ist, die vom Einzelnen nicht, wie Heeresdienst oder Strafgerichtsbarkeit, als staatliche Maßnahme erlebt wird. Die staatliche Maßnahme löst sich in persönliche Beziehungen von Mensch zu Mensch — von Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter, Arbeitgeber und Arbeitnehmer — auf und wird hier erlebt. Und dieses Erlebnis ist, weil es täglich und stündlich wirkt, das stärkste. Deshalb hat der Staat hier die stärksten Beeinflussungsmöglichkeiten auf das Lebensgefühl des Einzelnen. So ist der Rappen, um den der Milchpreis von Staates wegen heraufgesetzt wird, für das unmittelbare Empfinden des Landwirts wichtiger als eine Verfassungsrevision. Stellt man auf das unmittelbare Empfinden ab, so erscheinen die öffentlichen Dinge perspektivisch verschoben, das Nahe wird zu groß, das Ferne zu klein. Es bedarf der Erziehung, um diese optische Täuschung zu überwinden. Das gelingt aber nicht immer. Im Gegenteil kommt es vor, daß eine interessengebundene Propaganda darauf hinarbeitet, die Täuschung zu festigen und sie als Wahrheit, die Wahrheit aber als Fälschung erscheinen zu lassen.

Es ist darauf hingewiesen worden, daß der Mikrokosmos stärker ist als der Makrokosmos; Aenderungen der staatlichen Verfassung vermögen die Beziehungen von Mensch zu Mensch nicht zu ändern, höchstens zu zerstören.

Umgekehrt wirkt sich der Zerfall dieser Beziehungen notwendig auf den Staat aus. Denn eine bestimmte Staatsordnung bedarf einer bestimmten Feinstruktur des sozialen Gefüges, wie eine bestimmte Bauart der Häuser eine bestimmte Festigkeit der Baumaterialien voraussetzt. Wo der soziale Baustoff weichem Lehm gleicht, kann nur eine sehr starke, von außen kommende staatliche Kraft dem Gefüge Halt verleihen. Die in der Reihe der Sozialformen höchste Stufe, die liberale Demokratie, setzt den Baustoff mit der festesten Feinstruktur voraus.

Der Zusammenhang zwischen Mikrokosmos und Makrokosmos wird in der Regel übersehen. Nichts schadet aber einem Staat mehr als der Zerfall der Feinstruktur, wie er vor allem infolge tiefgreifender wirtschaftlicher Störungen eintreten kann. Der eigentliche Staatsapparat mag vorerst in Ordnung bleiben, er kann aber auf die Dauer nicht richtig funktionieren, wenn die Triebfedern des wirtschaftlichen und politischen Handelns je nachdem erlahmen oder überspannt werden und der feste Boden, auf den sich das Handeln stützen muß, zu zerfließen beginnt. Die Aufrechterhaltung der sozialen Feinstruktur muß daher eine erste Sorge der staatlichen Politik sein, Wirtschafts- und Kulturpolitik daher eine der wichtigsten Aufgaben des Staates. Das heißt nicht, daß der Staat die wirtschaftlichen, gesellschaftlichen, familiären, nachbarschaftlichen usw. Beziehungen zwischen den Einzelnen durch obrigkeitlichen Zwang regeln muß — im Gegenteil, der Zwang würde gerade die eigentliche Kraftquelle, die Spontaneität, zerstören —, wohl aber, daß er die Voraussetzungen schafft oder bestehen läßt, unter denen diese Beziehungen bestmöglich gedeihen können. Gesunde Familien und eine blühende Wirtschaft sind unvergleichlich viel wichtiger für die Volksgemeinschaft als Einzelheiten der staatlichen Organisation. Durch Förderung des Gedeihens des Mikrokosmos fördert der Staat positive Arbeit, die eben vorab aus dem Mikrokosmos hervorgeht; das im engern Sinne Staatliche, die Kompetenzen und die Organisation der Behörden, die Rechte und Pflichten des Volkes, ist auch wichtig, aber weniger im Sinne der unmittelbar wertschaffenden Leistung als in dem Sinne, daß vom Staat herkommende Schädigungen verhindert werden sollen. Vorkehrungen gegen den Mißbrauch staatlicher Gewalt, aber auch gegen deren Aussetzen infolge Passivität der Behör-

den, ist ein wesentlicher Programmpunkt jeder staatlichen Organisation, wie es ja auch zu den primären Aufgaben des Staates gehört, Schädigungen von den Einzelnen und der Gemeinschaft abzuhalten. Also Verhinderung von Schädigungen ist der Gesichtspunkt, der bei der Organisation und der Umschreibung der Aufgaben des Staates im Vordergrund steht; unmittelbare Schaffung materieller und geistiger Werte ist der wichtigste Zweck jeder nichtstaatlichen Organisation und Tätigkeit. Landwirtschaft, Gewerbe und Industrie, Wissenschaften und Künste, geistige und seelische Kultur können zwar auch von Staates wegen besorgt werden, aber ihrem Inhalt nach sind sie unstaatlich — und werden von staatlichen Beamten genau so besorgt wie von Personen, die ohne öffentlichen Auftrag handeln. Ja, sobald spezifisch unstaatliche Zwecke auf diesem Wege verfolgt werden sollen, wird die Aufgabe gestört und innerlich verfälscht. Es sind Aufgaben, die eminent unstaatlich sind, am besten im sozialen Mikrokosmos besorgt werden, diesen damit in seinen verschiedenen Formen rechtfertigen und fördern und *in dieser Weise* für den Staat eminent bedeutungsvoll sind.

Das Wissen um eine zwar nicht in den Einzelheiten festgesetzte, aber allen Einzelheiten notwendig zugrunde liegende Ordnung liegt in der Äußerung *Leopold v. Ranke*s über das „geheime Etwas“, das aller Verfassung vorangehe⁸⁸. Dasselbe gilt für den Ausspruch *A. Ph. v. Segessers* über den Glauben „an eine göttliche Weltregierung, an eine im großen ganzen von der Freiheit des individuellen Willens unabhängige Gestaltung der äußeren Verhältnisse nach der in Gott ruhenden Idee des Gerechten“, welcher Glaube „den letzten, geistigen Grund des objektiven, formellen Rechts“ bilde⁸⁴. *Heinrich Ahrens*⁸⁵ glaubt in den wesentlichen Verhältnissen des Rechtslebens eine „sich ausprägende Vernunft und Logik“ feststellen zu können. Die Idee des Rechts läßt sich nach ihm „aus dem Wesen und der Bestimmung des Menschen und der menschlichen Gesellschaft“ ableiten⁸⁶, sie ist, wie er sich an einer andern Stelle ausdrückt, „eine über allen Willen erhabene, in den sachlichen Verhältnissen selbst liegende Norm“⁸⁷.

Um Neuere zu nennen, sei auf *G. Ferrero* hingewiesen, der eine Verfassung richtig erkannt hat als „das langsam reifende, durchdringende Werk des Lebens und der Zeit — Gesetze, Bräuche, übereinandergeschichtete Tra-

ditionen, die sich einander angleichen, häufig auch einander widersprechen“⁸⁸. Die Elite der Menschheit muß „zu einem Bewußtsein der Begrenztheit des menschlichen Geistes“ gelangen; der Mensch muß sich „als Gefangener einer äußeren und ihm überlegenen unendlichen Wirklichkeit fühlen, die ihn von allen Seiten einschließt und über ihn hereinbricht“⁸⁹. Sieht Ferrero die der menschlichen Willkür entrückte Gesetzmäßigkeit des sozialen Lebens außerhalb des Menschen, so glaubt sie *Ortega y Gasset* im Innern des Menschen zu finden; ein Unterschied, auf den allerdings kein Gewicht zu legen ist, da „außen“ und „innen“ nur bildliche Ausdrücke sind für eine Wirklichkeit, die sich am leichtesten mit solchen räumlichen Vorstellungen begreiflich machen läßt; das Wesentliche liegt aber darin, daß es sich um vom menschlichen Willen unabhängige, formgebende Gesetzmäßigkeiten handelt. *Ortega y Gasset* fordert, daß man die Institutionen nicht fremden Staaten nachahmen soll, sondern „in der Tiefe der eigenen Existenz zu entdecken“ hat, „wenn man ein Leben führen will, das ‚Freiheit‘ ist“⁹⁰. Dann erscheint „der Staat als Haut“, der sich dem sozialen Körper anpaßt, so, wie die Haut sich bildet an dem unseren, und wir fühlen ihn in folgedessen „nicht wie einen orthopädischen Apparat“.

Den am konsequentesten durchdachten Beitrag der neueren Zeit zum Problem der menschlichen Ordnungen bietet *Emil Brunner* in seinem Buch „Gerechtigkeit“ (1943). Vom theologischen Standpunkt ausgehend, ist es ihm doch klar, daß die Frage der Gerechtigkeit in weltlichen Dingen „eine Grenzfrage der Fakultäten“ (S. 11) ist. Gerechtigkeit ist nach ihm nicht bloß Beziehung des Einzelnen zum Einzelnen, sondern als die Uridee hinter der Idee der Gerechtigkeit bezeichnet er diejenige des „Gehörens“ (S. 2). „Der einfache Satz: *Suum cuique*, der in der Tat das ganze Wesen der Gerechtigkeit erfaßt . . . weist auf eine ursprüngliche, von keinem menschlichen Gesetzgeber gesetzte Urordnung der Gehörigkeit hin“ (S. 21). „Der Sinn von ‚gerecht‘ ist ohne die Beziehung auf die Urordnung nicht zu vollziehen“ (S. 22). „Durch die Idee der Gerechtigkeit sieht sich also der Mensch in eine Ordnung hineingestellt. Er ist Teil eines Gefüges“. „In dem Moment, wo ein gerechter Anspruch erhoben wird, wird an die Gefügtheit appelliert. Kraft des Gefüges kommt mir das, dir jenes zu . . .“ (S. 23). So kommt es,

daß „nicht nur die einzelnen Menschen, sondern auch Gemeinschaftsformen wie die Ehe, die Familie ihre eigenen ursprünglichen Rechte gegenüber den einzelnen Menschen“ haben (S. 79). Letzten Endes ruhen alle Ordnungen in der Schöpfungsordnung. „In der Schöpfung ist darum jene ‚Festlegung‘ geschehen, auf die das *Suum cuique* hinweist“ (S. 58). „Nur aus der Schöpfungsordnung als Prinzip aller Gerechtigkeit wird verständlich, warum sowohl im gleichen Menschsein als auch im besonderen individuellen Sosein etwas liegt, das gerechterweise anerkannt werden muß, ein Anspruch, ein Recht, in dessen Respektierung die Gerechtigkeit besteht. Wer an der Schöpfungsordnung vorbeigeht, findet keine Beziehung zwischen der Norm der Gerechtigkeit und der kreatürlichen Sobeschaffenheit“ (S. 59). Damit ist aber auch die Verbindung hergestellt mit dem Begriff des Naturrechts. Christliche Theologen und Juristen haben sich den Begriff der *Lex naturae* und des *ius naturae* zu eigen gemacht. Für sie alle wie für die stoische Rechtslehre ist „das Wort Natur ein theologischer und normativer Begriff“; „mit dem ‚Naturrecht‘ meinten die Christen nichts anderes als die Schöpfungsordnung“ (S. 105/106).

¹ Die weitere Erwägung, daß es sich dabei nicht um eine eigentliche Revision, sondern um eine vorübergehende Suspension handelt, sei hier nicht weiter verfolgt.

² *Max Imboden*, Der nichtige Staatsakt, 1944, passim.

³ Vgl. die sorgfältige Untersuchung von Bundesrichter *Kirchhofer*, Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung in *Ztschr. f. schw. Recht.* 58 (1939), S. 139ff.

⁴ *Methode und System des Rechts*, S. 235, 249.

⁵ a. a. O., S. 295.

⁶ *M. Rümelin*, Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein, 1925, S. 38, in Übereinstimmung mit *E. Riezler*, Das Rechtsgefühl, 1921, S. 123 ff.

⁷ *Burckhardt*, a. a. O., S. 282 ff.

⁸ *Karl Jaspers*, *Psychologie der Weltanschauungen*, 3. Aufl. 1925, S. 19: «So besteht die Aufgabe, immerfort systematisch zu sein und doch zu versuchen, kein System zur Herrschaft kommen zu lassen.»

⁹ *Husserl*, *Logische Untersuchungen*, I, 15.

¹⁰ Ueber die Bedeutung des von Descartes (*Discours de la Méthode*, 1637) eingeführten Evidenzdenkens und seine geistesgeschichtliche Rolle vgl. *F. Gonseth*, *Die Dialektisierung der Erkenntnis*, Zürich 1943.

¹¹ *K. v. Neergaard*, *Die Aufgabe des 20. Jahrhunderts*, 1940, S. 32.

- ¹² *W. Heisenberg*, Wandlungen in den Grundlagen der Naturwissenschaften, 4. Aufl. 1943, S. 95.
- ¹³ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 19.
- ¹⁴ «Le rôle de la vie est d'insérer de l'indétermination dans la matière». *H. Bergson*, L'évolution créatrice, S. 137.
- ¹⁵ *N. Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, 1933, S. 14.
- ¹⁶ a. a. O.
- ¹⁷ a. a. O.
- ¹⁸ *Emil Brunner*, Offenbarung und Vernunft, 1941, S. 298.
- ¹⁹ *B. Bavink*, *N. Hartmann*, *E. Brunner*.
- ²⁰ *Hartmann*, Ethik, S. 618.
- ²¹ a. a. O., S. 245ff.
- ²² a. a. O., S. 227.
- ²³ a. a. O., S. 228, 506 ff.
- ²⁴ a. a. O., S. 230.
- ²⁵ a. a. O., S. 267.
- ²⁶ Die folgenden Ausführungen aus *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 15—17.
- ²⁷ *Nicolai Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 15—17.
- ²⁸ *N. Hartmann*, Ethik, S. 506.
- ²⁹ a. a. O., S. 506.
- ³⁰ a. a. O., S. 152.
- ³¹ a. a. O., S. 160.
- ³² a. a. O., S. 161.
- ³³ a. a. O., S. 163.
- ³⁴ a. a. O., S. 701.
- ³⁵ *Hartmann*, Problem des geistigen Seins, S. 138.
- ³⁶ a. a. O., S. 139.
- ³⁷ a. a. O., S. 139.
- ³⁸ Im Mangel der Organisation der Gemeinschaft liegt die Schwäche des Völkerrechts.
- ³⁹ *Hartmann*, S. 15.
- ⁴⁰ *Hartmann*, S. 15.
- ⁴¹ 2. Aufl. 1944, S. 9.
- ⁴² Zur Frage vgl. *Hans Nef*: Materielle Schranken der Verfassungsrevision, Ztschr. f. schw. Recht, Bd. 61, 1942.
- ⁴³ Vgl. dazu die Ausführungen *Max Hubers* in «Das wirtschaftliche Unternehmen», Neue Schweizer Rundschau, 10. Jahrg. (1942/3), S. 69 ff.
- ⁴⁴ Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., S. 126.
- ⁴⁵ L'ordinamento giuridico, 2 Teile, 1918.
- ⁴⁶ S. 14, ähnlich *Corso di diritto costituzionale*, 1931, S. 4.
- ⁴⁷ L'ordinamento giuridico, S. 22/3.
- ⁴⁸ S. 25.
- ⁴⁹ S. 44.
- ⁵⁰ 1927, 2. Aufl. 1944 (Zitate nach der 2. Auflage).
- ⁵¹ S. 130.
- ⁵² Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.

⁵³ S. 11.

⁵⁴ S. 13.

⁵⁵ Schon früher hatte Schmitt darauf hingewiesen, daß im Begriff der Rechtsordnung zwei völlig verschiedene Elemente enthalten sind: das normative Element des Rechts und das seismäßige Element der konkreten Ordnung. Die Einheit und Ordnung liege in der politischen Existenz des Staates, nicht in Gesetzen, Regeln und irgendwelchen Normativitäten (Verfassungslehre, 1928, S. 10). Doch blieb Schmitt stark dezisionistisch (S. 22/3). Daß das «Entscheidungsdenken» vom «Ordnungsdenken» getrennt wird, war ein Fortschritt der Schrift von 1934 gegenüber der Lehre von 1928.

⁵⁶ System des heutigen Römischen Rechts, 1840 I, S. 16.

⁵⁷ Principes de droit public, 2. éd. 1916, p. 109.

⁵⁸ La théorie de l'institution et de la fondation, p. 44; *Gurwitsch*, L'idée du droit social, 1932, p. 664.

⁵⁹ a. a. O., S. 665.

⁶⁰ La théorie de l'institution, 1930; De l'institution à la théorie analogique du droit, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1935, S. 81.

⁶¹ La théorie de l'institution, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, S. 97.

⁶² S. 136, 144.

⁶³ S. 140.

⁶⁴ S. 141.

⁶⁵ S. 143.

⁶⁶ S. 144.

⁶⁷ Alle Stellen aus: De l'esprit des lois, Livre I, ch. I.

⁶⁸ Livre I, ch. III.

⁶⁹ *Gide et Rist*, Histoire des doctrines économiques, 2. Aufl., S. 6.

⁷⁰ Nach *Philippovich*, Grundriß der politischen Oekonomie, 6. Aufl. I, S. 365.

⁷¹ *Gide et Rist*, S. 12.

⁷² *Philippovich*, S. 367. Anders *Gide et Rist*, S. 6.

⁷³ Vgl. mein «Verfassungsrecht und soziale Struktur», S. 88 ff.

⁷⁴ *E. Burke*, Selected Works, Ausgabe 1921, vol. II, S. 39/40.

⁷⁵ *E. Burke*, Selected Works, Ausgabe 1921, vol. II, S. 114.

⁷⁶ Essai sur le principe générateur des constitutions politiques, 1814, S. I.

⁷⁷ S. III/IV.

^{77a} S. 13.

⁷⁸ Restauration der Staatswissenschaften, Bd. I, 1816. *K. Guggisberg*, C. L. von Haller, 1938.

⁷⁹ Zit. bei *Meinecke*, Weltbürgertum und Nationalstaat, 6. Aufl., S. 247.

⁸⁰ Restauration, Bd. I, S. 449. *J. C. Bluntschli*, Geschichte des Allg. Staatsrechtes, 1864, S. 495ff.

⁸¹ Wie *Bluntschli* a. a. O., S. 499, kritisch bemerkt.

⁸² *H. Fehr*, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., S. 98.

⁸³ Politisches Gespräch.

⁸⁴ Zitate aus Rechtsgeschichte Bd. I Einleitung, bei *Düring*, Ueber A. Ph. v. Segesser und seine Staatsauffassung, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1943, S. 128.

⁸⁵ Naturrecht, 6. Aufl. 1870 I, S. VII.

⁸⁶ a. a. O., S. 1.

⁸⁷ a. a. O., S. 322.

⁸⁸ Macht, 1944, S. 150.

⁸⁹ a. a. O., S. 487/8.

⁹⁰ Geschichte als System, 1943, S. 165.

ZUM WIEDERAUFBAU DER RECHTSORDNUNG

(Nachgelassene Schriften)

Vorbemerkung

Im Jahre 1944 ließ Dietrich Schindler sein rechts- und staatsphilosophisches Hauptwerk «Verfassungsrecht und soziale Struktur» in zweiter, unveränderter Auflage erscheinen. Er bemerkte dazu im Vorwort, daß das Buch in seinen Grundgedanken keineswegs überholt sei, daß es aber, wenn es heute neu geschrieben werden müßte, in verschiedenen Einzelheiten anders gefaßt würde. Das Neue, was er über Recht und Staat sagen wollte, behielt er jedoch einer besondern Publikation vor.

In seinem handschriftlichen Nachlaß finden sich Texte, die als einzelne Kapitel des neuen Werkes gedacht waren. Sie sollen an dieser Stelle wiedergegeben werden. Aus seinen Notizen sowohl wie aus verschiedenen Stellen der Manuskripte geht hervor, daß er dem Buche möglicherweise den Titel «Der Wiederaufbau der Rechtsordnung» gegeben hätte. Wie er das Werk im Ganzen anlegen wollte, bleibt jedoch ungewiß. So läßt sich auch nicht mit Sicherheit bestimmen, in welcher Reihenfolge die vorliegenden Kapitel in dem Buche erschienen wären. Die an dieser Stelle erfolgende Anordnung beruht auf Mutmaßungen. An der Spitze steht das Kapitel, das wohl als Einleitung zum ganzen Buche gedacht war. Es folgt eine grundsätzliche Betrachtung über philosophische Systeme, mit der offenbar ein längerer Abschnitt allgemeinphilosophischer Natur, der die Behandlung der Rechtsprobleme vorbereitet hätte, eingeleitet werden sollte. Diese Betrachtung leitet am Ende zu den «Schichtengesetzen» über. Ein weiteres Kapitel, das in der Ueberschrift wiederum als «Einleitung» bezeichnet ist, hätte wohl an der Spitze eines längern Abschnittes über die Schaffung des Rechts gestanden. Und in diesen Abschnitt wäre wohl die Abhandlung über die Gemeinschaften eingegliedert worden. Die Manuskripte tragen zum Teil Vermerke, aus denen zu schließen ist, daß der Verfasser einzelne Abschnitte vor der Drucklegung stilistisch nochmals überarbeiten wollte.

Hans Nef

DIETRICH SCHINDLER

GEW. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

RECHT STAAT
VÖLKERGEMEINSCHAFT

*Ausgewählte Schriften
und Fragmente aus dem Nachlaß*

SCHULTHESS & CO. AG. / ZÜRICH 1948

COPYRIGHT 1948 BY SCHULTHESS & CO. AG. ZÜRICH

PRINTED IN SWITZERLAND

DRUCK: BUCHDRUCKEREI DER NEUEN ZÜRCHER ZEITUNG