Julius Moór

# SCHRIFTEN ZUR RECHTSPHILOSOPHIE

BUDAPEST
2006





Julius Moór

# Schriften zur Rechtsphilosophie

**PHILOSOPHIAE IURIS**

**redigit**

CSABA VARGA

EXCERPTA HISTORICA
PHILOSOPHIAE HUNGARICAE IURIS

---



BIBLIOTHECA IURIDICA
Opera Classica 3

*Publikationen der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Eötvös Loránd Universität*

**Series editor**
**Professor CSABA VARGA**
Director, Institute for Legal Philosophy
Pázmány Péter Catholic University of Hungary
H-1428 Budapest 8, P. O. Box 6
Phone: +36-1-4297-230, (secretary) 4297-227
Fax: +36-1-4297-226 (Institute), 4297-201 (Faculty)
E-mail: varga@jak.ppke.hu

JULIUS MOÓR

# SCHRIFTEN ZUR RECHTSPHILOSOPHIE

SZENT ISTVÁN TÁRSULAT
az Apostoli Szentszék Könyvkiadója
Budapest 2006

Herausgegeben
mit Bio- und Bibliographie versehen
von
CSABA VARGA

Készült a PFP 1074/1998. számú projektuma
indító pénzügyi támogatásának köszönhetően
a TEMPUS S_JEP 09090/95. számú projektumában
elindított programnak
az OTKA T032156. számú projektumában történő
végrehajtása keretében

© Csaba Varga (bio- and bibliography & collection in series), 2006

ISBN 963 361 808 8
ISSN 0865-0349
ISSN 1587-3862

## INHALT

Gyula [Julius] Moór ..... IX
Bibliography ..... XI

***Macht, Recht, Moral:* Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes [1922]** ..... 1
[A M. Kir. Ferencz József Tudományegyetem tudományos közleményei / Acta Litterarum ac Scientiarum Regiae Universitatis Hungaricae Francisco-Josephinae: Sectio Juridico-Politica I/1] 46
I. Ethische und Machttheorien [1] II. Das Recht als Verknüpfung von Idee und Wirklichkeit [6] III. Die Elemente des Rechtsbegriffes [8] IV. Recht, Moral, Konvention, nackte Machtgebote [16] V. Die Beziehungen des Rechtes zur Macht [21] VI. Die Beziehungen des Rechtes zur Moral [37] VII. Schluss [45]

***Eine Rechtsphilosophie des „kritischen Relativismus":* Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsphilosophie Max Ernst Mayers [1923–24]** ..... 48
*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* XVII, 91-102

***Das Logische im Recht* [1928]** ..... 60
*Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* II/3, 157-203
I. Das Logische im Rechtssystem [61] II. Das Logische in der Rechtsanwendung [91] III. Das Logische in der Rechtswissenschaft [101]

***Metaphysik und Rechtsphilosophie* [1929]** ..... 107
*Athenaeum* XV/5-6 [separatum (Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda), 20

***Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivizmus* [1931]** 108
in *Gesellschaft, Staat und Recht* Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50. Geburtstag (Wien: Julius Springer), 58-105

***Geschichte der Rechtswissenschaften in Ungarn* [1932]** ..... 156
in *Die Entstehung einer internationalen Wissenschaftspolitik* Die Grundlagen der ungarischen Wissenschaftspolitik, hrsg. Zoltán Magyary (Leipzig: Felix Meiner Verlag) [separatum] (Budapest: Königlich Ungarische Universitätsdruckerei) 16

***Les diverses sources du droit,* leur èquilibre et leur hièrarchie dans le système juridique hongrois [1932]** ..... 172
*Acta Iuris Hungarici* I (1932) 1 [separatum] (Budapest: Pulitzer) 12

***Soziologie und Rechtsphilosophie* [1934]** ..... 184
(Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1934), 59
[Filozófiai értekezések 5]

***Creazione e applicazione del diritto* [1934]** ..... 185
*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XIV (november december) 6, [separatum] 30

I. La teoria del gradi delle norme giuridiche [185] II. Creazione e applicazione del diritto come formazione positiva di esso [189] III. Trattamento sociologico dell'impero e dell'obbedienza [193] IV. Il contenuto della norma giuridica in sè come diritto positivo [199] V. Esame sociologico, giuridico e filosofico del diritto [202] VI. Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione come problema di essenza del diritto [203] VII. Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione, come problema di contenuto del diritto [209]

***Recht und Gewohnheitsrecht:* Eine Auseinandersetzung mit Hans Mokre und zugleich ein Beitrag zur Theorie des Rechts und des Gewohnheitsrechts [1934]** ..... 213
*Zeitschrift für öffentliches Recht* XIV/5, 545-567

1. Einleitung [213] 2. Gegenstandstheorie und Lehre vom möglichen Recht [214] 3. Sollenselemente des Rechts als mögliches Recht [215] 4. Argumente für die Annahme eines möglichen Rechts [216] 5. Begriff des positiven Rechts [218] 6. Die Sanktion des Rechts [219] 7. Apodiktisches und problematisches Sollen [221] 8. Die rechtliche Doppelnorm [222] 9. Systemzusammenhang des Rechts [223] 10. Extrasystematisches (illegitimes) Recht [227] 11. Die Grundnorm [229] 12. Das Gewohnheitsrecht [230]

***Das Problem des Naturrechts* [1935]** ..... 236
*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* XXVIII/3, 325-347 & /4, 543-569

I. Die Bedeutung des Problems [236] 1. Die philosophische Bedeutung der naturrechtlichen Auffassung [236] 2. Die geschichtliche Bedeutung der naturrechtlichen Auffassung [237] 3. Die aktuelle Bedeutung der naturrechtlichen Auffassung [238] II. Der Gegensatz der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus [242] 4. Das Wesen des Rechtspositivismus [242] 5. Das Wesen des Naturrechts [244] 6. Die Vergleichung der beiden Auffassungen [253] III. Das negative Naturrecht [259] 7. Die Möglichkeit unrichtigen Rechtes und die Schranken der rechtserzeugenden Macht [259] 8. Die logischen Schranken [268] 9. Die naturgesetzlichen Schranken [271] 10. Die soziologischen Schranken [273] 11. Die ethischen Schranken [277] 12. Die Verständigungsmöglichkeit zwischen der scholastischen Naturrechtslehre und dem Rechtspositivismus [284]

***Reine Rechtslehre:* Randbemerkungen zum neuesten Werk Kelsens [1935]** ..... 286
*Zeitschrift für öffentliches Recht* XV/3, 330-343

1. Das neue Werk als Weiterentwicklung der Lehre Kelsens [286] 2. Keine volle Identität von Staat und Recht [286] 3. Der Dualismus von öffentlichem und privatem und von objektivem und subjektivem Recht [289] 4. Die Ver-

knüpfung von Norm und Wirklichkeit [291] 5. Grundnorm und Gewohnheitsrecht [294] 6. Grundnorm und Erkenntnistheorie [296] 7. Die Reinheit von Erkenntnistheorie [297] 8. Annäherung an die traditionelle Rechtsbetrachtung [299]

***„Das Wesen der Philosophie"* nach Pauler [1936]** ..... 300
in *Gedankschrift für Ákos von Pauler* (Pécs: Dunántúl), 79-106
1. Die Philosophie als reduktive Forschung [302] 2. Die Philosophie als Wissenschaft der autonomen Sätze [304] 3. Die Philosophie als Untersuchung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften [305] 4. Die Philosophie als Wissenschaft der universalsten Klassen [308] 5. Die philosophischen „Grundwissenschaften" [310] 6. Die „angewandten" Philosophien [317] 7. Die Rechtsphilosophie [322]

***Öffentliches und privates Recht* [1938]** ..... 328
*Revue Internationale de la théorie du droit* XII/1, 9-21
1. Die Bedeutung der Unterscheidung [328] 2. Die Auffassung der Reinen Rechtslehre und des Nationalsozialismus [329] 3. Die Schwierigkeiten der Unterscheidung [331] 4. Die „reflektive" rechtliche Regelung [333] 5. Primat des öffentlichen Rechts? [334] 6. Staatliche Tätigkeit und Privatautonomie [335] 7. Abgrenzung der staatlichen Tätigkeit [336] 8. Abweichung von der üblichen Systematik [338] 9. Staat und Individuum [338]

***Das Rechtssystem* [1939]** ..... 341
*Revue Internationale de la théorie du droit* I, 1-13
1. Das systematische Einteilungsprinzip [341] 2. Das Privatrecht im engeren Sinn [341] 3. Das materielle Strafrecht [343] 4. Das Zivilprozessrecht [345] 5. Das Strafprozessrecht [346] 6. Das Verwaltungsrecht [346] 7. Das Verfassungsrecht [350] 8. Das Kirchenrecht und das Völkerrecht [351] 9. Rechtssystematik und Rechtspolitik [352]

***Der Wissenschafts-Charakter der Jurisprudenz* [1940]** ..... 354
*Zeitschrift für öffentliches Recht* XX/1, 20-37
1. Sein und Sollen, Natur und Geist [354] 2. Naturwissenschaften und Gei-steswissenschaften [355] 3. Rechtswissenschaften und Jurisprudenz [360] 4. Die Methode der Jurisprudenz [362] 5. Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz [367]

***Sulla questione delle lacune nel diritto* [1941]** ..... 372
*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XXI [separatum]
(Milano: Fratelli Bocca) 18

***Recht und Gesellschaft* [1942]** ..... 388
*Zeitschrift für öffentliches Recht* XXI/5, 537-567
I. 1. Ist das Recht etwas rein Geistiges oder ein gesellschaftliches Faktum? [388] 2. Der Schichtenbau der Gesellschaft [389] 3. Das Recht als Einheit von Geist und Wirklichkeit [391] 4. Die Wissenschaft, die Moral, die Wirtschaft und die Macht als Einheit von Geist und Wirklichkeit [392]

5. Jede soziale Erscheinung besteht aus geistigen und faktischen Elementen [398] II. 6. Die Abgrenzung des Rechts von anderen sozialen Erscheinungen (Der Rechtsbegriff) [399] 7. Der Zusammenhang des Rechts mit anderen sozialen Erscheinungen (Rechtssoziologie) [406]

***Tuka's Rechtsphilosophie* [1943]** ..... 417

*Zeitschrift für öffentliches Recht* XXII/ 4-5, 370-382

Vorbemerkung [417] 1. Jugendwerk und Alterswerk [417] 2. Soziologische Typologie der Rechtssysteme [419] 3. Allgemeine Rechtslehre [422] 4. Staat, Recht und Völkerrecht [423]

***Was ist Rechtsphilosophie?* [1943]** ..... 431

*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* XXXVI „Ungarn-Heft", 3-49

I. DIE FRAGE DER RECHTSPHILOSOPHISCHEN PROBLEME [431] II. DIE RECHTSPHILOSOPHISCHEN PROBLEME IN DER GESCHICHTE DER RECHTSPHILOSOPHIE [434] 1. Die naturrechtliche Periode [434] 2. Die fachwissenschaftliche Periode des 19. Jahrhunderts [437] 3. Die philosophische Periode des Neukantianismus und des Neuhegelianismus [442] 4. Geschichte der ungarischen Rechtsphilosophie [456] III. DIE RECHTSPHILOSOPHISCHEN PROBLEME UND DIE ALLGEMEINE PHILOSOPHIE [460] 1. Das Wesen der Philosophie [460] 2. Das Wesen und die Probleme der Rechtsphilosophie [464] 3. Abhängigkeit bzw. Unabhängigkeit der Rechtsphilosophie von der allgemeinen Philosophie [471] IV. DIE RECHTSPHILOSOPHISCHEN PROBLEME UND DIE RECHTSWISSENSCHAFTEN [473] 1. Fachwissenschaft und Rechtsphilosophie [473] 2. Jurisprudenz, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Rechtspolitik und Rechtsphilosophie [474]

Rechtsquellenverzeichnis ..... 479

Namenregister ..... 479

## GYULA [JULIUS] MOÓR

Born in Brassó [Braschow, Transilvania, now in Rumania] on August 11, 1888, died in Budapest on February 3, 1950.

Graduated at Kolozsvár University as dr. iur. *sub auspiciis regis* in 1913 as a disciple of BÓDOG [FELIX] SOMLÓ.

After study trips in Germany between 1912 and 1914, he got professorship first at Eperjes [Pressow, now in Slovakia] (1914-, with war military service), then at Kolozsvár [Klausenburg/Cluj-Napoca, Transilvania, now in Rumania] (1918-, with upheavals due to Rumanian occupation) and Szeged [in legal succession of Kolozsvár] (1921-), and eventually in Budapest (1929-1947).

He was a board member of the Hungarian Philosophical Society, the Hungarian Society for Social Sciences, the MIKES Literary Society, as well as the *Zeitschrift für öffentliches Rechts* (1935-), and a member of the *Kant-Gesellschaft*, the *Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, the Hungarian Association for Foreign Affairs, as well as the DUGONICS [Literary and Artistic] Society. He was elected as a corresponding member (1925), then ordinary member (1942) of the Hungarian Academy of Sciences. Served as Dean (1924/25, 1935/36, 1947/48), respectively Pro-Dean (1925/26, 1936/37, 1945/46) of the Faculty, and as Rector Magnificus (1945/46), respectively Pro-Rector (1946/47) of the University. He was awarded the Ferenc Chorin-prize (1935).

In the interwar period, he was a deputy member of the Upper House of the Hungarian Parliament (1937-). After the war, he was elected as a member of Parliament (1945-) as one of those twelve representing the intellectual elite of the country upon the proposal by the National Independency Front. In those years, he was proposed to positions of Ambassador in Moscow, Minister of Justice, as well as President of the Republic, which he declined firmly. Actually, he served as provisional president of the Hungarian Academy of Sciences (1945-46) and was also re-elected as a member of Parliament on behalf of the Hungarian Independence Party (1947-).

In two parliamentary speeches he analysed and identified communist tactics for imminent take-over. In response, they ousted him from Parliament and forced to withdraw from University (1948), excluded him also from the Academy (1949). He died in cancer the next year.

*

GYULA MOÓR is regarded as the founder of a new Hungarian legal philosophy. At the same time, his synthetising approach could only result in a kind of eclectic theory.

Within the new-KANTian trend of legal philosophising, he was mainly influenced by RUDOLF STAMMLER and his early master, FELIX SOMLÓ. HANS KELSEN's theory-building served as a standard pattern to him. In his own investigations, he preferred a complex, unifying approach. For instance, in his early magisterial compendium, *Introduction to legal philosophy* (1923), he differentiated among (1) definition of the concept of law (in a foundational doctrine of law), (2) scientific investigation of general causality in law (in sociology of law), as well as (3) weighing of the correctness of law (in legal axiology), i.e., fields of investigation the set of which may be complemented by (4) methodology of positive law.

From the late '20s on, he undertook the elaboration of his own system as inspired by the Baden school of axiology of WILHELM WINDELBAND and HEINRICH RICKERT. He searched for points of connection linking facts [*Sein*] to values [*Sollen*], instead of taking them in mere antagonism as independent entities. For law itself is a reflection of linkage in a "reality of values". In the early '40s, he arrived at NICOLAI HARTMANN's new-HEGELianism. Through the re-interpretation of KANT and HEGEL, he combined new-KANTianism and new-HEGELianism by re-drafting legal philosophy as a "new tendency of cultural philosophy". According to the conclusion of his synthetising definition, law is a system of abstract norms, taken as a part of reality filled by intellectual contents through humans' activity.

War, Soviet occupation and communist take-over followed. He was not in a position favouring to march on further systematically. On the final analysis, by following strictly disciplined methodological paths he could re-introduce social reality onto the realm of law as a new chance for the reconstruction of those elements of sociality that may lurk behind the façade of law.

# BIBLIOGRAPHY*

## Books

*Bevezetés a jogfilozófiába* [Introduction to legal philosophy] (Budapest 1923) 356 [Filozófiai könyvtár III]

*Zum ewigen Frieden* Grundriss einer Philosophie des Pazifismus und des Anarchismus (Leipzig: Verlag von Felix Meiner 1930) 103

*A jogi személyek elmélete* [Theory of legal persons] (Budapest 1931) 379 [A M. Tud. Akadémia Jogtudományi Bizottságának kiadványsorozata 2]

*Jogbölcselet* [Philosophy of law] Moór Gyula előadásai nyomán szerk. Démy-Gero Mihály és Kőrössy János [Kézirat gyanánt] (Budapest 1934) 194

*Szociológia és jogbölcselet* [Soziologie und Rechtsphilosophie] (Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1934) 59 [Filozófiai értekezések 5], as well as *Athenaeum* XX (1934) 4-6, 125-180; *Sociologia y filosofía del derecho* prologo Carlos Jose Gutiérrez {3-9}, version español Julio J. Santa-Pinter (Costa Rica 1970) 113 [Publicaciones de la Universidad de Costa Rica: Serie Ciencias Jurídicas 20]

*Jogfilozófia* [Philosophy of law] (Moór Gyula előadásai után jegyezte Püski Sándor) (Budapest: Magyar Élet 1936) 288 [Jog- és államtudományi jegyzetek 3]; *Jogfilozófia* Dr. Moór Gyula egyetemi ny. r. tanár előadásai [Philosophy of law: lectures] (Budapest 1947) 287 [Kézirat gyanánt] [Jog- és államtudományi jegyzetek 3]; *Jogfilozófia* Dr. Moór Gyula egyetemi ny. r. tanár előadásai után jegyezte Püski Sándor (Budapest: Püski 1994) 275

*A szabad akarat problémája* [Problem of the free will] (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia [Sylvester Rt.] 1943) 149 [Értekezések a Filozófiai és Társadalmi tudományok köréből VI, 1]

*A jogbölcselet problémái* [Problems of legal philosophy] (Budapest 1945) 81 [Kincsestár: A Magyar Szemle Társaság Könyvtára 80]; [reprint] (Budapest: Hatágú Síp Alapítvány 1992) 80; *Los problemas de la filosofía del derecho* versión castellana Julio J. Santa-Pinter (Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba {Argentina} 1951)

*Tegnap és holnap között* Tanulmányok [Between to-day and yesterday: a collection of papers] (Budapest: Révai 1947) 172

## Papers

*Stammler „Helyes jogról szóló tana"* [Stammler's theory of rightous law] (Budapest: Pfeifer Ferdinánd 1911) 87 [Magyar Jogászegyleti Értekezések III (1911. november) 25]

* Abbreviations: ford. = trans.; szerk =. ed.

'A jog fogalma és az anarchizmus problémája Stammler jogphilosophiájában' [Concept of law and the problem of anarchism in Stammler's legal philosophy] *Athenaeum* XX (1911) 4, 1-35

'A társadalom fogalmáról: Stammler idevágó tanításainak kritikája' [On the concept of society: a criticism of Stammler's views] *Magyar Társadalomtudományi Szemle* [Hungarian Social Science Review] V (1912. január), 25-38; [separatum] (Budapest: Pesti Könyvnyomda Részvénytársaság) 14

'Die Reform des ungarischen Schwurgerichtes' *Der Rechtsgang* II (1914) 2, 142-204

'A bolsevizmus elméleti alapjai' [Theoretical foundations of Bolshevism] *Társadalomtudomány* [Social Sciences] I (1921. július) 3, 443-458; [separtum] (Budapest: Stephaneum) 20

*Macht, Recht, Moral* Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes (Szeged: Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó R.-T. 1922) 46 [A m. kir. Ferencz József Tudományegyetem tudományos közleményei / Acta Litterarum ac Scientiarum Regiae Universitatis Hungaricae Francisco-Josephinae: Sectio Juridico-Politica I, 1]

'A társadalomtudomány és a tételes jogtudomány határkérdéseiről' [On the bordering questions of social science and the positive science of law] *Társadalomtudomány* II (1922) 3-4, 249-263

'*Az Ember Tragédiája* jogbölcseleti megvilágításban' [{Imre Madách's} *Tragedy of Man* in the light of legal philosophy] *Napkelet* [Sunraise] I (1923) 1, 615-627; [separatum] (Budapest: Magyar Tudományos Társulatok Sajtóvállalata Rt.) 15

'A jogi normák változásának problémája' [Problem of the change of legal norms] *Athenaeum* X (1924) 1-3, 1-12

'Kant hatása a jogtudományra' [Kant's influence on legal scholarship] *Jogállam* [Rechtsstaat] XXIII (1924) 4-5, 181-186

'A szocializmusról' [On Socialism] in *Emlékkönyv Berzeviczy Albert írói működésének félévszázados évfordulója ünnepére* (Pécs 1925), 102-114; [separatum] (Pécs: Dunántúl Könyvkiadó és Nyomda R.-T. 1925) 15 [Miskolci Ev. Jogakadémia tudományos értekezéseinek tára 27]

'A történettudomány s a társadalom-, állam- és jogtudomány viszonyáról' [On the relationship between historical sciences, on the one hand, and social sciences, as well as administrative and legal sciences, on the other] in *Gróf Klebelsberg Kunó-Emlékkönyv* (Budapest 1925), 3-10

'Véleményes jelentés Horváth Barna dr. úrnak a jogbölcsészetből egyetemi magántanárrá leendő képesíttetése végett bemutatott dolgozatairól' [Report of opinion on Barna Horváth's papers presented

for habilitation] [III/1925-26] (Szeged: Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt.), 1-8

'Jogtudományok' [Legal scholarship] [co-authored with Géza Magyary] in *A magyar tudománypolitika alapvetése* (Budapest 1927), 129-132

*A logikum a jogban* (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia 1928) 47 [Filozófiai értekezések 1]; [részletek] in *Logikai olvasókönyv* joghallgatók számára, szerk. Bódig Mátyás & Szabó Miklós (Miskolc: Bíbor Kiadó 1996), 167-189 [Prudentia Iuris 4] & 'Das Logische im Recht' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* II (1928) 3, 157-203; [separatum] (Brünn: Druck von Rudolf M. Rohrer)

'Metafizika és jogbölcselet' [Metaphysik und Rechtsphilosophie] *Athenaeum* XV (1929) 5-6, 193-210; [separatum] (Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda) 20

'A pacifizmus útján (Megjegyzések a Kellogg-szerződés margójára)' [On the road of pacifism: Comments on the Kellogg-Pact] *Társadalomtudomány* VIII (1928) 6-8, 336-355, as well as in *Két tanulmány a pacifizmusról* (Pécs: Dunántúl Egyetemi Nyomdája 1929), 3-22 [Társadalomtudományi füzetek 10]

'Örök béke és világjogrend' [Eternal peace, and global law and order] *Társadalomtudomány* IX (1929) 1-2, 51-73; [separatum] (Pécs: Dunántúl Egyetemi Nyomdája) 25

[Felszólalás / intervention on the crisis of parliamentarism] in *Válságban van-e a parlamentarizmus?* Az Interparlamentáris Unió Magyar Csoportjának ankétja, előszó Berzeviczy Albert (Budapest: Gergely R. Könyvkereskedése 1930), 64-66 [Aktuális problémák II]

'Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivizmus' in *Gesellschaft, Staat und Recht* Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50. Geburtstage (Wien: Verlag von Julius Springer 1931), 58-105 & [Sonderabdruck]

'Das Wesen des Pazifismus und die darin enthaltenen ethischen, logischen und soziologischen Probleme' in *Studi Filosofico-Giuridici dedicati a Giorgo del Vecchio nel XXV anno di insegnamento* (1904-1929), II (Modena: Società Tipografica Modenese, Antica Tipografica Soliani 1931), 146-159

'Geschichte der Rechtswissenschaften in Ungarn' [separatum] in *Die Entstehung einer internationalen Wissenschaftspolitik* Die Grundlagen der ungarischen Wissenschaftspolitik, ed. Zoltán Magyary (Leipzig: Felix Meiner Verlag 1932), as well as [separatum] (Budapest: Königlich Ungarische Universitätsdruckerei 1932) 16 & 'Quelques aspects de l'historie des sciences juridiques hongroises' *Revue d'Études Hongroises* [Paris] (1933) 3-4

'Abänderung der Völkerbundssatzung und Probleme des Pazifismus' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XII (1932) 5, 666-686 + 686a-b & [Sonderabdruck]

'A különböző jogforrások, azok egyensúlya és rangfokozata a magyar jogrendszerben' [a hágai *Académie Internationale de Droit Comparé* 1932. augusztusi kongresszusa számára készült jelentés] *Magyar Jogi Szemle* XIII (1932) 5, 145-153 & 'Les diverses sources du droit, leur équilibre et leur hierarchie dans le système juridique hongrois' *Acta Iuris Hungarici* I (Avril-Juin 1932) 2; [separatum] (Budapest: Pulitzer) 12 [Institut Hongrois d'Études économiques et juridiques]

'Érték-e a Nemzetek Szövetsége az emberiség számára?' [La Société des Nations représente-t-elle une valeur pour l'Humanité?] in *Emlékkönyv Kenéz Béla negyedszázados professzori munkásságának évfordulójára* (Budapest 1932), 15-39; [separatum] (Budapest: M. kir. József-Műegyetem Mech. Techn. Intézet nyomdája) 27

'Az esküdtbíráskodás kérdéséről' [On the question of jury] in *Büntetőjogi tanulmányok Angyal Pál születése 60-ik és jogtanári működése 35-ik évfordulójára* ed. Heller Erik, Moór Gyula & Rácz György (Budapest 1933), 207-218; [separatum] (Budapest: Pallas Irod. és Nyomdai R.-T.) 12

'A „filozófia mibenléte" Pauler szerint' *Athenaeum* XIX (1933) 6, 240-261; [separatum] (Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1934) 24 & '„Das Wesen der Philosophie" nach Pauler' in *Gedenkschrift für Ákos von Pauler* (Pécs 1936), 79-106; [separatum] (Pécs: Dunántúl Universitäts- und Verlagsdruckerei)

'Recht und Gewohnheitsrecht: Eine Auseinandersetzung mit Hans Mokre und zugleich ein Beitrag zur Theorie des Rechts und des Gewohnheitsrechts' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XIV (1934) 5, 545-567 & [Sonderabdruck]

'Creazione e applicazione del diritto' [trad. Alfredo Zapponi] *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XIV (1934 november-december) 6, 653-680; [separatum] 30

*A természetjog problémája* (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia 1934) 45 [Értekezések a Filozófiai és Társadalmi tudományok köréből IV, 10] & 'Das Problem des Naturrechts' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* XXVIII (1935) 3, 325-347 & 4, 543-569 & [Sonderdruck]

*A trianoni békeszerződés szükségessége* Emlékirat, amelyet a budapesti Királyi Magyar Pázmány Péter Tudományegyetem Jog- és Államtudományi Karának dékánja intézett Sir Robert Gower angol képviselőhöz [Necessity of the Trianon Peace Treaty: a note by the Dean of the Faculty of Law of Pázmány Péter University to Sir

Robert Gower, British MP], összeállította vitéz Moór Gyula (Budapest 1934) 32
'Reine Rechtslehre: Randbemerkungen zum neuesten Werk Kelsens' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XV (1935) 3, 330-343 & [Sonderabdruck]
'Az alkotmány' [The constitution] in *Polner Ödön Emlékkönyv* Dolgozatok Polner Ödön egyetemi ny. r. tanár születésének 70. évfordulójára, II (Szeged 1935), 77-123; [separatum] (Szeged: Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt.) 47 [Acta Litterarum ac Scientiarum Reg. Universitatis Hung. Francisco-Josephinae, Sectio: Juridico-Politica VII, 2]
'Jogelmélet és társadalomelmélet: Válasz egy válaszra' [Legal and social theory: response to a response] *Athenaeum* XXI (1935) 1-4, 130-136
'A gazdasági élet és a jogi rend' [Economic life and legal order] in *Ünnepi dolgozatok Navratil Ákos születésének 60-ik és egyetemi tanári kinevezésének 30-ik évfordulója alkalmából* szerk. Kenéz Béla (Budapest: Gergely R. Könyvkereskedése 1935), 265-303
'Tiszta jogtan' [Pure theory of law] *Magyar Jogi Szemle* XIV (1935. április) 4, 133-141; [separatum] (Budapest: Attila-nyomda Részvénytársaság) 9
'Der Kampf um den Frieden' *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* (1936 May), 572-574
'A választójogi reform kérdéséről' [On the question of election law reform] *Korunk Szava* [The voice of our age] (1936. december) 1, 447-448
'A közigazgatási jog szerepe a jogrendszerben' [Role of the law of public administration in the legal system] *Magyar Közigazgatás* [Hungarian public administration] (1937. augusztus 1.) 31-32, 1-3
'A kormányzói jogkör szabályozásáról' [On regulation of the sphere of competence of the Governor] *Nemzeti Újság* [The nation's daily] (1937. február 14.)
'Jelenlegi jogi oktatási rendünk reformjáról' [On the reform of our contemporary system of legal education] in *Magyar Felsőoktatás* közzéteszi Hóman Bálint, szerk. Mártonffy Károly, II: Jog és közigazgatási szakosztály (Budapest 1937), 21-66, as well as [felszólalások / interventions], 120-124, 202-209, 293-297, 314-316, 334-335
*A jogrendszer tagozódásának problémája* [Problem of the breaking down into branches of the legal system] (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia [Franklin-Társulat Nyomdája] 1937) 44 [Értekezések a Filozófiai és Társadalmi tudományok köréből V, 2.) & 'Öffentliches und privates Recht' *Revue Internationale de la théorie du droit* XII (1938) 1, 9-21 & 'Das Rechtssystem' *Revue Internationale de la théorie du droit* (1939) 1, 1-13

*Jogfilozófia* [Philosophy of law] (Budapest 1938) 38 [„Dr. Bagoly" szeminárium]

'A magánjogi jogügylet mint jogforrás' [An act in civil law as a source of law] in *Szladits-Emlékkönyv* (Budapest 1938), 32-39; [separatum] (Győr: Hírlap-ny. 1939) 8

*A jogi oktatás reformja* [Reform of legal education] (Budapest 1938) 29 [Országos Felsőoktatási Tanács 1]

*A jogi oktatás reformja* (Budapest 1938) 33 [Országos Felsőoktatási Tanács 3]

'A joghézag kérdéséről' in *Kolozsvári Bálint-Emlékkönyv* (Budapest 1939), 308-321 & 'Sulla questione delle lacune nel diritto' *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XXI (1941), 312-327; [separatum] (Milano: Fratelli Bocca 1941) 18

'Der Wissenschafts-Charakter der Jurisprudenz' in *Sborník pracik posté 60. narozenin Františka Weyra* (Praha 1939) & *Zeitschrift für öffentliches Recht* XX (1940) 1, 20-37 & [Sonderabdruck]

'Philosophia Perennis: Schütz Antal bölcselete' [Philosophy of Antal Schütz] *Athenaeum* XXVII (1941) 2, 136-164; [separatum] (Budapest: Kir. Magy. Egyetemi Nyomda) 31

'A jog mivolta az újabb kultúrfilozfóia megvilágításában' [Nature of law in the light of the new philosophy of culture] *Athenaeum* XXVIII (1942) 3, 237-252; [separatum] (Budapest: Kir. Magy. Egyetemi Nyomda)

'A jogtörténelem és a jogszociológia módszertana' [Methodology of the history and sociology of law] in *Emlékkönyv Dr. viski Illés József ny. r. egyetemi tanár tanári működésének negyvenedik évfordulójára* szerk. Eckhart Ferenc & Degré Alajos (Budapest 1942), 349-365; [separatum] (Budapest: Stephaneum Nyomda) 17

'Recht und Gesellschaft' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XXI (1942) 5, 537-565; [Sonderabdruck] (Wien: Springer-Verlag)

'Tuka's Rechtsphilosophie' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XXII (1943) 4-5, 369-382

'Jogfilozófia' (a Magyar Filozófiai Társaság vitaülése 1942. december 1-jén) [Philosophy of law, debated by the Hungarian Philosophical Society] *Athenaeum* XXIX (1943. május) 2, 156-165

'Was ist Rechtsphilosophie?' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* XXXVI „Ungarn-Heft" (1943), 3-49

'Az állam joga és a magánosok joga: Reflexiók Buza László előadásához' [Law of the State and of the individuals] in *Az Erdélyi Múzeum-Egyesület Jog-, Közgazdaság- és Társadalomtudományi Szakosztálya Értekezései* 2 (Kolozsvár 1943), 29-40; [separatum] 12

'Újkantianizmus és újhegeliánizmus a jogfilozófiában' [New-Kantianism and new-Hegelianism in legal philosophy] *Magyar Jogi Szem-*

*le* (1943. február) 3, 71-85; [separatum] (Budapest: Attila-nyomda részvénytársaság) 15

'Bevezető tanulmány Morus Tamás: Utópia című művéhez' [Introductory study] in Morus Tamás *Utópia* (Budapest: Franklin Társulat 1943), 5-65

'Az akarat szabadságáról' I-II [On the free will] *Budapesti Szemle* (1943. szeptember-október), 129-141 & 219-231

'Munkások az egyetemen' [Workers in the university] in *Szabadnevelés* (Elvi kérdések és beszámolók) (Budapest 1945), 13-14

'Társadalom és történet' [Society and history] in *Demokrácia és köznevelés* (Budapest 1945), 415-435

*A fasizmus és a nemzetiszocializmus bírálata* Az 1945-46. tanévi Rector Magnificus 1945. évi szeptember hó 30-án mondott székfoglaló beszéde [Criticism of fascism and national-socialism: An Address by the Rector Magnificus of Pázmány University] (Budapest: Egyetemi Nyomda 1945), 23-42; [separatum] 22

'A demokrácia örvényei' [Whirlpools of democracy] in *Demokrácia* (Budapest: Egyetemi Nyomda 1945), 96-106 [Pázmány Péter Tudományegyetem Bölcsészettudományi Karának kiadása]; [reprint] *Jogállam* 1994/3-4, 62-70; *Politikatudományi Szemle* 14 (2005) 2, 160-171

'Kereszténység és szocializmus' [Christianity and Socialism] *Athenaeum* XXXI-XXXII (1945-1946), 1-10

'Demokrácia és világnézet' [Democracy and weltanschauung] *Jogtudományi Közlöny* I (1946) 1-2, 5-10

*Az élő és a halott múltról s a jogi oktatás reformjáról* Ünnepi beszéd, amelyet a kir. m. Pázmány Péter Tudományegyetem alapításának CCCXI. és újjászervezésének CLXVI. évfordulója emlékére 1946. évi május hó 13-án mondott Moór Gyula dr. a Pázmány Péter Tudományegyetemnek 1945-46. évi Rector Magnificusa [On the living and dead past and the reform of legal education: A Commemorial Address by the Rector Magnificus to the celebration of the foundation and re-foundation of Pázmány Péter University] (Budapest: Egyetemi Nyomda 1946), 1-21

'Moór Gyula hozzászólása Rudas László „A Szovjetunió alkotmánya" című 1946. február 23-án elhangzott előadásához' [Intervention to Rudas' lecture on the Constitution of the Soviet Union] in Rudas László *A Szovjetunió alkotmánya* (Budapest: Szikra 1946), 33-36

'Béke és jog' [Peace and law] *Jogászegyleti Szemle* 1947/1, 15-18

[parlamenti beszéd / parliamentary speech] *Nemzetgyűlés Naplója* VIII (Budapest: Athenaeum 1947), 508-513 [1947. július 23.] & *Országgyűlés Naplója* I (Budapest: Athenaeum 1948), 116-146 [5. ülés (1947. október 8.)]

'Társadalom és történet' & 'A jogpolitika módszertana' in *A társadalomtudományok hasonlósága és különbözősége* Társadalomtudományi tanulmányok, III, szerk. Tarnói László (New York & Budapest: Árpád Kiadó 1990) 40

## Prefaces

'Előszó' [Preface] in Somló Bódog *Gedanken zu einer ersten Philosophie* (Berlin & Leipzig 1926), 3-17

'Előszó' [Preface] in Hans Kelsen *Az államelmélet alapvonalai* ford. Moór Gyula (Szeged: Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt. 1927), iii-xiii [Szegedi Tudományos Könyvtár III]; [reprint] (Miskolc: Bíbor Kiadó 1997), 13-23 [Prudentia Iuris]

'Vorwort' in Felix Somló *Juristische Grundlehre* Zweite Ausgabe (Leipzig: Felix Meiner 1927), vii-ix

## Obituaries

'Somló Bódog' *Társadalomtudomány* I (1921) 1, 17-40; [separatum] (Budapest: Politzer Zsigmond és Fia [Stephaneum Nyomda R. T.]) 26

'Réz Mihály' *Társadalomtudomány* I (1921. július) 3, 345-348; [separatum] (Budapest: Stephaneum ny.) 4

'Tóth Károly' *Széphalom* II (1928) 7-8, 291-294 & 'Tóth Károly (1876-1928)' *Társadalomtudomány* VIII (1928) 3-4, 248-250

'Kunz Jenő l. tag emlékezete' [Memory of Jenő Kunz, corresponding member of the Academy] (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia 1934) 19 [A Magyar Tudományos Akadémia elhunyt tagjai fölött tartott emlékbeszédek XXII, 4]

## Review articles

'A közgazdaságtan módszere és a közgazdasági törvény' [Method of economics and economic laws] *Közgazdasági Szemle* [Economic Review] I (1910), 199-213

'MAX ERNST MAYER: Rechtsphilosophie' *Magyar Jogi Szemle* [Hungarian Law Review] IV (1923), 222-224

'LAKY DEZSŐ: Az idegen megszállás gazdasági kárai' [Economic damages of foreign occupation] *Közgazdaság* [Economics] (1923. október 20.), 4-5

'Eine Rechtsphilosophie des „kritischen Relativismus"' *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* XVII (1923-24), 84-102

'RÉZ MIHÁLY: A történelmi materializmus rendszere' [System of historical materialism] *Athenaeum* X (1924) 1-3, 65-68

'A jogerő problémája és a jogrendszer lépcsőzetes tagozódásának teóriája — ADOLF MERKL: Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus

dem Rechtsbegriff (Leipzig & Wien 1923)' [Problem of legal force and the theory of the gradual breaking of the legal system] *Magyar Jogi Szemle* V (1924) 2, 88-95

'A nemzetközi alkotmány, a nemzetközi jog és az állami szuverenitás problémája — ALFRED VERDROSS: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung (Tübingen 1923)' [Problems of international constitution, international law and state sovereignty] *Magyar Jogi Szemle* V (1924) 2, 166-171

'LAKY DEZSŐ: Csonka-Magyarország megszállásának gazdasági kárai' [Economic losses of the occupation of mutilated Hungary] *Napkelet* III (1924), 88-89

'DÉKÁNY ISTVÁN: A történettudomány módszertana' [Methodology of historical science] *Athenaeum* XII (1926) 1-3, 80-82

'OTTLIK LÁSZLÓ: A társadalomtudomány filozófiája' [Philosophy of social sciences] *Társadalomtudomány* VII (1927) 1-2, 84-89

'MÁRTONFFY KÁROLY: A szabatos törvény — A jogszabályok szerkesztése és közzététele' [The correct law: drafting and promulgation of laws] *Magyar Jogi Szemle* (1932) 8, 262

'Quelques aspects de l'historie des sciences juridiques hongroises' *Revue des Études Hongroises* [Paris] XI (1933), No. 1-2, 308-310

'KORNIS GYULA: Az államférfi' [The statesman] *Athenaeum* XIX (1933) 4-5, 162-165

'MIGRAY JÓZSEF: A marxizmus csődje' [Crisis of Marxism] *Társadalomtudomány* XIII (1933) 1-2, 112-113

'HANS MOKRE: Theorie des Gewohnheitsrechts' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XIV (1934) 5, 663-665

'H. ROGGE: Nationale Friedenspolitik' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* XVIII (1934) 3, 222-223

'MAGYARY ZOLTÁNNÉ TECHERT MARGIT: A hellén újplatonizmus története' [History of Hellenic new-Platonism] *Budapesti Szemle* [Budapest Review] (1935), 383-384

'W. LUNDSTEDT: Die Zukunft für Rechtswissenschaft' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* IX (1935) 3, 216

'R. LAUN: Recht und Sittlichkeit' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* IX (1935) 4, 300-301

'A Pázmány Péter-Tudományegyetem jubileuma' [Jubilee of Pázmány Péter University] *Magyar Jogi Szemle* XIV (1935) 8, 341-343

'Justice et liberté dans la vie hongroise' *Nouvelle Revue de Hongrie* (1936. június), 572-574

'JULIUS KRAFT: Die Unmöglichkeit der Rechtswissenschaft' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XVI (1936), 428-430

'FELIX KAUFMANN: Methodenlehre der Sozialwissenschaften' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XVI (1936), 543-546

'BIBÓ I.: Kényszer, jog, szabadság' [Zwang, Recht, Freiheit] *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* X (1936) 1, 52

'W. FUCHS: Irrwege juristische Denkens' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* X (1936) 3, 219-220

'Rudolf Stammler-Festschrift' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* X (1936) 3, 220-221

'G. DEL VECCHIO: Lezioni di Filosofia del Diritto' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* X (1936) 4, 315-316

'WILHELM SAUER: Lebendes Recht und lebende Wissenschaft' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* XI (1937) 1, 58

'WILHELM SAUER: Rechts- und Staatsphilosophie' *Athenaeum* XXII (1936) 3-6, 243-244 & *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* XI (1937) 2, 152-153

'Beiträge zur Neugestaltung des Deutschen Rechts' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* XI (1937) 3, 241

'WALTER BURCKHARDT: Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* XI (1937) 4, 333-334

'GIORGIO DEL VECCHIO: Lehrbuch der Rechtsphilosophie' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* XI (1937) 4, 335

'HANS RÄBER: Othmar Spans Philosophie der Universalismus' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* XI (1937) 4, 336-337

'WALTER SCHIFFER: Die Lehre vom Primat des Völkerrechts in der neueren Literatur' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XVIII (1938) 2, 271-272

'JULIUS BINDER: System der Rechtsphilosophie' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XVIII (1938) 2, 285-286

'Gedächtnisschrift für Wilhelm Schuppe' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XVIII (1938) 2, 392

'UMBERTO CAMPAGNOLO: Nations et Droit' *Revue Internationale de la Théorie du Droit* I (1939) 4, 124-125

'WILHELM KISCH: Der Deutsche Rechtslehrer' *Revue Internationale de la Théorie du Droit* I (1939) 4, 346-347

'G. DEL VECCHIO: Lehrbuch der Rechtsphilosophie' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XIX (1939) 4, 647-648

'ERNST-GÜNTHER GEYL: Die Philosophie des sozialen Lebens im deutschen Idealismus' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XIX (1939) 4, 648

'HEINRICH HADLICH: Die Idee des Gesetzes in der praktischen Vernunft' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XX (1940) 1, 158

'GIORGIO DEL VECCHIO: Die Gerechtigkeit' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XXI (1941) 2, 186-187

'GIUSEPPE MARCHELLO: Studi sul concetto di oggettività sociale' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XXI (1941), 570-571
'THEODOR LITT: Das Allgemeine im Aufbau der geisteswissenschaftlichen Erkenntnis' *Athenaeum* (1942) 94-95 & *Zeitschrift für öffentliches Recht* XXI (1941) 4-5, 367-368
'V. TUKA: Die Rechtssystem' *Athenaeum* (1942), 211-228
'GIUSEPPE MARCHELLO: La metafisica del soggetto e il principio speculativo del diritto' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XXIII (1944), 135

**On Moór**

W. HEINRICH 'Julius Moór, Macht, Recht, Moral: Ein Beitrag' *Zeitschrift für öffentliches Recht* III (1929), 496
BARNA HORVÁTH 'Julius Moór, Einführung in die Rechtsphilosophie' *Zeitschrift für öffentliches Recht* IV (1930), 644
BARNA HORVÁTH 'Die ungarische Rechtsphilosophie' *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* XXIV (1930-31), 73-83
ALEXANDER HOLD-FERNECK 'Julius Moór, Zum ewigen Frieden' *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis* V (1930-31), 213-215
ERNST VON HIPPEL 'J. Moór, Zum ewigen Frieden' *Archiv für Rechts- und Wirtschaftphilosophie* 24 (1930-31), 256
R. A. MÉTALL 'Julius Moór, Zum ewigen Frieden' *Zeitschrift für öffentliches Recht* XI (1931), 148-150
Barna Horváth [JÓZSEF SZABÓ] 'Julius Moór (1888-1950)' *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* IV (1952) 4, 385-392
IMRE SZABÓ *A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon* [The bourgeois philosophy of state and law in Hungary] (Budapest: Akadémiai Kiadó 1955), 418-470; 2nd rev. ed. (Budapest: Akadémiai Kiadó 1980), 374-416
[MIHÁLY SAMU in] *Az Eötvös Loránd Tudományegyetem története* 1945-1970 [History of Eötvös Loránd University] (Budapest 1970), 227-230
PÁL SÁNDOR *A magyar filozófia története* [History of philosophy in Hungary] 1900-1945, I (Budapest: Magvető 1973), 190-200
TIBOR HANÁK *Az elfelejtett reneszánsz* A magyar filozófiai gondolkodás századunk első felében [The forgotten renaissance: Philosophical thought in Hungary in the first half of our century] (Bern: Európai Protestáns Magyar Szabadegyetem 1981), 227-230
MIHÁLY SAMU & PÉTER SZILÁGYI 'Az állam- és jogtudományi kar szerepe a magyar jogtudomány fejlődésében' [The role of the Faculty of Law in the development of legal scholarship in Hungary] in *ELTE Állam- és Jogtudományi Kar* szerk. Horváth Pál (Budapest 1985), 356-366

CSABA VARGA 'Documents de Kelsen en Hongrie: Hans Kelsen et Julius Moór' *Droit et Société* 1987/7, 337-352

*Moór Gyula* 1888-1988, szerk. Szájer József & Tóth Ádám (Budapest 1988) 40 [ELTE Jogász Társadalomtudományi Szakkollégium]

PÉTER PACZOLAY 'Moór Gyula jogfilozófiája' *Jogtudományi Közlöny* XLIV (1989) 10, 505-512

ÁGNES ZSIDAI 'Tény és érték (Moór Gyula és Horváth Barna jogfilozófiai vitája)' [Fact and value: The law-philosophical debate between Moór and Horváth] *Jogtudományi Közlöny* XLIV (1989) 10, 513-519

JÓZSEF SZABÓ 'Moór Gyula emlékezete' *Polisz* 1989/3, 17-21

JÓZSEF SZABADFALVI *Moór Gyula* Egy XX. századi magyar jogfilozófus pályaképe (Budapest: Osiris-Századvég 1994) 199 [Jogtörténet]

KORNÉL SOLT 'Moór Gyula jogfilozófiájáról' *Holmi* VI (1994) 12, 1850-1862 & in Solt Kornél *Jogi logika* A jog, a nyelv és a valóság, I (Budapest: MTA Állam- és Jogtudományi Intézete & Seneca Kiadó 1996), Appendix I: 527-544

*Aus dem Nachlass von Julius MOÓR Gyula hagyatékából* ed. Csaba Varga (Budapest 1995) xv + 158 [Philosophiae Iuris]

JÓZSEF SZABADFALVI 'Törekvések egy jogfilozófiai szintézisre: Moór Gyula jogbölcselete' [Towards a synthesis in legal philosophy] in *Portrévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből* (Miskolc: Bíbor Kiadó 1995), 143-210 [Prudentia Iuris 3]

JÓZSEF SZABADFALVI 'Moór Gyula Kelsen-interpretációja' [Moór's interpretation on Kelsen] in Hans Kelsen *Az államelmélet alapvonalai* [Allgemeine Staatslehre, 1925] (Miskolc: Bíbor Kiadó 1997), 105-121 [Prudentia Iuris 7]

BÉLA POKOL 'Moór Gyula és Horváth Barna jogkoncepciója' [The legal conception of Moór and Horváth] *Magyar Jog* XLV (1998) 5, 257-263 & in his *Jogbölcseleti vizsgálódások* (Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 1998), 124-134 & in his *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel Kiadó 2001), para. 3.2.1, 335-345

JÓZSEF SZABADFALVI 'Emlékezés Moór Gyulára' *Magyar Szemle* XI (2000) 11-12, 43-57

*Moór Gyula* szerk. Szabadfalvi József (Budapest: Új Mandátum Könyvkiadó 2001) 242 [Magyar Panteon 13]

CSABA VARGA 'Philosophosing on Law in the Turmoil of Communist Take-over in Hungary (Two Portraits, Interwar and Post-war)' in *The 2005 ALPSA Annual Publication* of the Australian Legal Philosophy Students Association, ed. Max Leszkiewicz (Brisbane 2005), 82-94 [on Moór: 82-86]

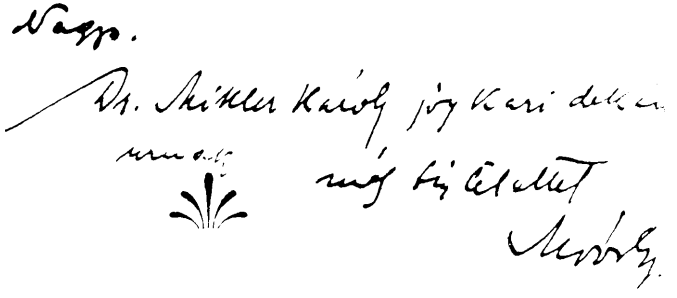
# MACHT, RECHT, MORAL.

## EIN BEITRAG ZUR BESTIMMUNG DES RECHTSBEGRIFFES.

VON:

**Dr. JULIUS MOÓR**

O. Ö. PROF. DER RECHTSPHILOSOPHIE AN DER KGL. UNG. FRANZ-JOSEFS-UNIVERSITÄT.



SZEGED.
1922.

Die tragischen Ereignisse des letzten Jahrzehntes, die sich auf der grossen Bühne des Welttheaters abspielten, erschütterten bis tief in die Wurzeln alle unsere herkömmlichen Rechtsverhältnisse und Rechtsanschauungen. Die Flut der Ereignisse hat aber auch manches wertvolle Tatsachenmaterial an die Oberfläche geworfen, das geeignet ist bei Bestimmung des Rechtsbegriffes mit experimenteller Klarheit mitzusprechen. Eine kritische Besinnung über die Grundlagen des Rechtsbegriffes erscheint demnach als besonders geboten.

## I. Ethische und Machttheorien.

Wie unsicher und umstritten auch die Bestimmung des Rechtsbegriffes sein mag, unzweifelhaft scheint es, dass seine Grenzen zwischen der Sphäre der *Macht* und dem Reiche der *Moral* zu suchen sind.

Diese unleugbare Doppelnatur des Rechtes, das — den unterirdischen Höhlen der Gewalt entsprossen — sich den hehren ethischen Idealen zuwendet, trug sicherlich die Schuld an den meisten Schwierigkeiten der Begriffsbestimmung. Mit einer gewissen Berechtigung versuchte man bald von dieser, bald von jener Seite, die charakteristischen Züge dieses begrifflichen Januskopfes zu erfassen, ohne ein adaequates Bild des Ganzen geliefert zu haben. Von der Seite der Moral aufgenommen, erscheint das Bild, das die *naturrechtliche* Schule sich von dem Rechtsbegriff ausmalt, in überirdischer Schönheit: „Hoch über der Zeit und dem Raume schwebt" — nach dieser Auffassung — das Recht, der Gedanke der ewigen Gerechtigkeit: es ist ein zu allen Zeiten und für alle Völker gültiges System von unwandelbaren Normen. Allein die Idee der Gerechtigkeit, und

2

die der Richtigkeit überhaupt, gehört in das Reich der Moral und darf mit dem in steter Entwickelung wechselnden und mit empirischen Mängeln behafteten Rechte nicht verwechselt werden. Trotz alledem spukt aber auch in verschiedenen modernen Auffassungen des Rechtsbegriffes das Gespenst dieser irrtümlichen Verwechslung. Als Belege dafür aus allerjüngster Zeit soll nur auf die Aufsätze „Recht u. Gerechtigkeit" von Rudolf *Joerges*[1]) und „Über den Charakter der Geltungsprobleme in der

[1]) Zeitschrift für Rechtsphilosophie II. Bd. 2. H. 1919. S. 173—218. *Joerges* versucht hier die leitenden Gedanken der Rechtsphilosophie *Stammlers* in naturrechtliche Bahnen einzulenken. Er unterscheidet „1. das Normensystem für die Gesetzgeber; 2. das Normensystem für die Gesetzesunterworfenen." „Das System der die Gesetzgeber leitenden Normen ist das grundlegende; in ihm erfassen wir dasjenige, was das Recht ist." Nach Muster des naturrechtlichen Dualismus von Naturrecht und gesetztem Recht nennt er das erstere *Recht im philosophischen Sinne,* das letztere *Recht im empirischen Sinne* (S. 186). Die Normen, welche das philosophische Recht ausmachen, entfliessen „einem allen Menschen übergeordneten Wollen" (191). „Die Normen für den Gesetzgeber u. somit für das Recht entspringen aus dem ordnenden Wollen der allen Menschen gemeinsamen *Vernunft.* Sie ist der Normgeber." „Die obersten u. unbedingten Normen unseres Wollens und damit alle ethische u. religiöse Gesetzgebung beruhen auf diesem Gedanken der Vernünftigkeit" (192). „Das Recht ist . . das System der mit dem Vernunft geforderten ordnenden Wollen gegebenen Normen . . ." (193). Diese Normen sind durch einen Gedanken gegeben, „der von allen Menschen ohne Ausnahme als über ihnen stehend anerkannt wird" (190). „Die durch das Recht u. die Gerechtigkeit an uns gestellte Forderung ist weder an den Raum, noch an die Zeit gebunden. Sie ist unveränderlich und ewig" (209). — Wenn man noch bedenkt, dass Joerges sowohl den Satz des Florentinus: „hominem homini insidiari nefas esse" (192) als auch das Ulpian'sche „suum cuique tribuere" (207) als absolute Vernunftforderungen hinstellt: bedarf es keines weiteren Beweises, dass er sich in engster Berührung mit der Rechtsphilosophie *V. Cathreins* befindet. Das „philosophische Recht" im Sinne Joerges sollte man richtiger dem schon bestehenden Sprachgebrauch gemäss Naturrecht oder Vernunftrecht nennen. Es ist unzweifelhaft, dass er hier das positive Recht aus den Augen verloren hatte und sich bereits auf dem Gebiete der „ethischen Gesetzgebung" befindet. — Ein Irrtum von seiten Joerges ist es u. E. wenn er behauptet, dass *Stammler* in seiner bekannten Definition des Rechtsbegriffes ebenfalls lediglich den Begriff des Rechts in diesem „philosophischen Sinne" gemeint hätte (202). Bei Stammler bezieht sich nicht nur die Definition des Rechtes auf das *positive* Recht, er will auch unter „richtigem Rechte" nur „ein besonders geartetes *gesetztes* Recht" verstehen. (Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902. S. 22; Theorie der Rechtswissenschaft 1911. S. 130.)

Rechtswissenschaft" von Dr. C. A. *Emge*[2]) hingewiesen werden.[3])

Das entgegengesetzte Extrem: die Verwechslung mit der rohen Gewalt finden wir in der Auffassung des *Marxismus*. Das verklärte Antlitz der naturrechtlichen Madonna verwandelt sich hier zum brutalen Verbrechergesichte eines blutsaugenden Tyrannen. Das Recht bedeutet danach nichts als Gewalt, nichts als ein Werkzeug zur Unterdrückung und Niederhaltung der ausgebeuteten Menschenmillionen. Es ist nicht nur jedes moralischen Gewandes entkleidet, sondern trägt sogar das Stigma der Unsittlichkeit an der Stirne. Es ist dies einer der vielen Punkte, wo sich die Auffassung des Marxismus mit der des *Anarchismus* berührt. Und einer der vielen Widersprüche, die sich im Gedankensystem der Marx'schen Lehre finden, offenbart sich darin, dass der Begründer des geschichtlichen Materialismus trotz seines amoralistischen Standpunktes den Gedanken des unbedingt Unrichtigen in seine Auffassung vom Rechte hineinspielen lässt. Das unbedingt Unrichtige ist aber nur an dem Masstabe des unbedingt Richtigen zu messen. Der Rechtsbegriff des Marxismus ist also nicht amoralisch, sondern ist moralisch gefärbt; man kommt in Versuchung zu behaupten, dass er eine negative naturrechtliche Auffassung darstellt. Unabhängig von Zeit und Raum ist der Inhalt der Rechtsnormen unwandelbar auf die Ausbeutung gerichtet. Auch hierin, und nicht nur in der Utopie der anarchistisch-kommunistischen Ge-

---

[2]) Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie Bd. XIV. (1920/21) S. 145—171; 277—285. Bd. XV. (1921/22) S. 54—63. — Nach *Emge* gehört zum Begriffe des Rechts das Merkmal der Richtigkeit, der „Geltung" im *ethischen* Sinne. „Imperativ u. Rechtsnorm sind nicht identisch. Aus jenen entstehen diese nur dann, wenn die Befolgung der konkreten Imperative des höchsten Gewalthabers *die gesollte Geschichtsentwicklung* mehr fördert als die Zuwiderhandlung" (XIV. 158). „Das rechtlich Gesollte ist stets *ethisch* Gesolltes; dieses aber nicht immer rechtlich Gesolltes" (XV. 59). Was auf die Identifizierung von Recht und Moral im Sinne des bekannten *Jellinek*'schen Ausspruchs „Das Recht ist das ethische Minimum" hinausläuft.

[3]) Über die Beeinflussung der sog. *„einseitigen ethischen Rechtstheorien"*, der *„Zwecktheorien"* und der *„Anerkennungstheorien"* durch naturrechtliche Auffassungen, der Verwechslung des Rechtlichen mit dem Moralischen vgl. *Somló:* Juristische Grundlehre. 1917. S. 134—140.

sellschaft als Endziel der Entwicklung,[4]) berührt sich also der Marxismus mit der naturrechtlichen Auffassung. Man muss deshalb vom Standpunkte des Naturalismus aus diejenigen Bestimmungen des Rechtsbegriffes, die das Recht als blosse Macht ohne jede moralische Färbung betrachten, als folgerichtiger bezeichnen.[5])

Keines der beiden skizzirten Extreme ist richtig. Vor einer Identifizierung des Rechtes mit der Gewalt schlechthin warnen uns bereits die Bemühungen *Stammlers,* die sich auf die Abgrenzung des Rechts von der Willkür beziehen.[6]) Die scharfsinnigen Ausführungen des durch ein tragisches Schicksal so früh dahingerafften ungarischen Rechtsphilosophen *Somló* über den „Doppelsinn des Wortes Recht" verweisen andererseits auf die Notwendigkeit, die beiden Bedeutungen des Rechts im juristischen und des Rechts im ethischen Sinn scharf auseinander zu halten.[7]) Gewiss, das Recht lässt sich von der Moral und von der Macht scharf unterscheiden. Und doch hat es mit beiden eine nahe Verwandtschaft und enge Verbindung. Ist wohl die Wahrheit in der Synthese der beiden Extreme zu finden? „La justice, — sagte *Pascal* — sans la force est impuissante, la force sans la justice est tyrannique. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire qûe ce qui est juste soit fort et qui est fort soit juste." Ist in diesem Gedanken auch das Wesentliche des Rechtsbegriffes enthalten? Wir werden sehen, dass die Beziehungen des Rechts zur Macht und zur Moral sich nicht so einfach gestalten.

---

[4]) Vgl. die höhere Stufe der communistischen Gesellschaft in Marxens Kritik des Gothaer Programms.

[5]) Diese Auffassung findet sich bereits bei den *griechischen Sophisten.* (Vgl. Trasymachos bei Plato De republica I. 338—339.) In der neueren Philosophie wurde sie am konsequentesten durch *Spinoza* vertreten. In der modernen Rechtsliteratur steht ihr diejenige Auffassung am nächsten, die den Normcharakter des Rechtes leugnend die Rechtsregeln als Naturgesetze der sozialen Entwicklung betrachtet. Vgl. *Kornfeld,* Soziale Machtverhältnisse. 1911. S. 38. „Rechtsverhältnisse sind soziale Machtverhältnisse"; *Heilinger,* Recht u. Macht 1890. S. 17. „Recht ist Macht." Vgl. noch *Bunge:* Le droit, c'est la Force; *Duguit:* Etudes de droit public. 1901.

[6]) Wirtschaft und Recht. 1896. S. 487—523; Die Lehre v. d. r. Rechte S. 105; Theorie der Rechtswissenschaft S. 107, 417.

[7]) Juristische Grundlehre S. 121. ff.

## II. Das Recht als Verknüpfung von Idee und Wirklichkeit.

Die Behauptung, dass der Rechtsbegriff zwischen der Sphäre der Macht und dem Reiche der Moral zu suchen ist, erscheint vom Standpunkte einer Philosophie, die zwischen *„Sein"* und *„Sollen"*, zwischen Wirklichkeitsbetrachtung und Wertbetrachtung genau unterscheidet, auf den ersten Blick als befremdend. Macht und Moral befinden sich nämlich nicht in derselben Ebene. Die Macht gehört in die Ebene der Wirklichkeit, des Tatsächlichen, der Kräfte. Die Moral thront in der Welt der zu verwirklichenden Ideale, der Werte. Ist es denn möglich, sich bei der Bestimmung des Rechtsbegriffes an zwei verschiedene Ebenen anzulehnen ohne Gefahr zu laufen nach dem Beispiel der soeben behandelten extremen Theorien ganz auf die eine oder die andere Ebene zu verfallen?

Und doch ist das Charakteristische des Rechtsbegriffes, dass er zugleich auf beiden genannten Ebenen aufgebaut ist. Das Recht ist zweifellos ein Inbegriff von *Normen.*[8]) Und jede Norm enthält eine Forderung, ein Postulat, ein Sollen, ein Werten. Treffend bemerkt *Lask,* dass „alles, was in den Bereich des Rechts gerät, seinen naturalistischen, von Wertbeziehungen freien Charakter einbüsst."[9]) „Le droit, — sagt Fouillée — n'est pas le fait, c'est l'idée en avant sur le fait et lui montrant la direction qu'il doit suivre. C'est une anticipation sur les faits et un appel à l'avenir."[10]) Neben dieser ideellen Seite hat aber das Recht auch eine reale Seite: es wirkt, es greift als Motiv, als treibende Kraft in das bunte Menschenleben hinein. „Le domaine du droit proprement dit, — sagt Fouillée — est l'ideal . . . Mais en fait l'idéal est lui-même une force . . . il est un des facteurs de l'évolution humaine, un des moteurs de l'organisme social."[11])

Bei dem sozialen Phänomen, welches wir als Recht bezeichnen, haben wir also eine merkwürdige Verquickung zwi-

---

[8]) Die in Anmerkung 5. erwähnte Ansicht, die Rechtsnormen seien Naturgesetze des sozialen Lebens, ist offenbar unrichtig. Sie verwechselt die Rechtsnormen mit statistischen Regelmässigkeiten.

[9]) Rechtsphilosophie (Sonderdruck aus: Die Philosophie im Beginn des XX. Jahrh. hrg. von W. Windelband) 1905. S. 36.

[10]) L'idée moderne du droit. Paris. 1890. S. 137. — Vgl. S. 252.

[11]) a. a. O. S. 387—388.

schen der Welt des *Seinsollenden* und des *Seienden* vor uns.[12]) Wir stehen da vor einem metaphysischen Problem; und es ist nicht die Aufgabe der Rechtsphilosophie, das Mysterium desselben aufzuhellen. Es ist dasselbe Problem, das allgemeiner in dem Zusammenhange zwischen Wert und Wirklichkeit, Geist und Körper, Idee und Materie uns entgegentritt. Auch beim Rechte handelt es sich um die Verwirklichung von Ideen. Und wie sich der menschliche Geist, der menschliche Wille, infolge eines unbegreiflichen Zusammenhanges des menschlichen Körpers bedient, um in der Aussenwelt Wirkungen hervorzubringen, so bedarf das Recht, um sich nach Aussen zu realisieren, um lebendig, wirkend, mächtig zu werden, der Macht, einer Art Körpers, den es als Seele beherrscht. Wie der menschliche Körper vom Willen, so werden grosse Massen von tausend und tausend Menschen von der wirkenden Kraft des Rechtes bewegt. Diese Bewegung geht durch das Medium von vielen tausenden von Individualwillen, und in jedem dieser Einzelwillen wiederholt sich das Problem des Zusammenhanges zwischen Idee und Körper. Dieses Problem wird beim Rechte aber noch durch dasjenige der interpsychischen Einwirkungen kompliziert. In diesem interpsychischen Prozesse entstammt nun die motivierende Kraft des Rechtes nicht bloss aus seinem inneren Gehalte, sondern wird durch gewichtige Argumente der Macht, durch Zwangsandrohung, verstärkt; gleich wie das Recht selbst aus dem Kampfe der Machtverhältnisse — dem Kampfe der willenbestimmenden Motive vergleichbar — entspringt. Wie der Geist vom Körper verschieden ist, und doch in dieser Welt ohne Körper keine Seele besteht, so ist auch das Recht als Norm von dem Faktum der Macht grundverschieden, und doch entflieht auch das Recht aus dem Diesseits der lebenden Normen in das Jenseits der Rechtsgeschichte, sobald der Körper, die Macht die hinter ihm steht, zusammenbricht.

Wir können nun die Beziehungen vom Recht zur Macht und zur Moral etwas genauer präzisieren.

*Recht* und *Moral* sind Geschwister, beide gehören unter

---

[12]) Das Recht ist ein Inbegriff von Imperativen, und ein Imperativ ist „ein Mittel, durch welches das *Sollen* in das *Sein* übergeführt wird." (*Simmel:* Einleitung in die Moralwissenschaft. S. 10.)

denselben Oberbegriff der Normen. Es besteht zwischen ihnen allerdings der Unterschied, dass während die Moral sich selbst genügt und ihre Normen, die den Gedanken der Richtigkeit enthalten, in sich evident sind, das Recht diese Evidenz nicht besitzt und seine Forderungen auf äussere Machtmittel stützt: es ist mit der sozialen Macht unzertrennbar verknüpft. Beim Zustandekommen dieser Macht spielt die Moral andererseits wieder eine hervorragende Rolle.

Das *Recht* ist von der *Macht* durch eine ganze Welt getrennt: durch die Kluft, die zwischen den Ideen und dem bloss Faktischen gähnt, obgleich das Recht zugleich auch eine faktische, der Macht zugekehrte Seite besitzt. Diese mit dem Rechte eng verbundene Macht unterscheidet sich allerdings von der blossen Gewalt, der Macht schlechthin, da sie aus der Zusammenfassung vieler menschlicher Kräfte entsteht, die auf eine interpsychische Art zusammengehalten werden. In diesem interpsychischen Bande, das die physischen Kräfte so vieler Menschen zum Begriffe der Macht vereinigt, sind — wie gesagt — die stärksten Fäden Gebilde der moralischen Welt.

Es handelt sich nun darum, das Angedeutete näher zu entwickeln.

### III. Die Elemente des Rechtsbegriffes.

Wenn wir den Rechtssatz, in seinem Zusammenhange mit dem Ganzen des Rechtssystems betrachtend, die Elemente des Rechtsbegriffes analysieren, können wir darin folgende Bestandteile unterscheiden:

1. In jeder Rechtsnorm finden wir die Vorstellung einer empirischen menschlichen Handlung. Diese Vorstellungen sind äusserst mannigfaltig. Sie verändern sich nach Ort und Zeit und sind innerhalb desselben Rechtssystems bei jeder Rechtsnorm verschieden.

2. An die genannten empirischen Vorstellungen schliesst sich bei jedem Rechtssatz gleichmässig der Gedanke des *Sollens* an. Die betreffende menschliche Handlung wird nicht als seiend oder werdend, als in der Gegenwart oder in der Zukunft existierend vorgestellt, sondern als seinsollend, als zu bewirkend, als gefordert. Darin liegt seitens der Norm (des Normgebers) eine Wertung der vorgestellten Handlung.

8

In der Darstellung und Systematisierung der vorgestellten empirischen Handlungsweisen (1), als geforderte Sollensinhalte (2) besteht die Aufgabe der Jurisprudenz als normativer Wissenschaft.

Die beiden genannten Elemente (dass nämlich in ihnen etwas (1) gefordert wird (2) ), finden wir nicht nur bei den Rechtsnormen, sondern bei sämtlichen sozialen Normen jedweder Art. Sowohl in dem moralischen Gebote, als auch in der Konventionalregel wird etwas (1) gefordert (2). Das in der Rechtsregel geforderte wird aber auch zugleich als *rechtlich* Gesolltes hingestellt.

3. Der Inhalt (1) der Norm (2) wird nun dadurch als eine *rechtliche* Forderung qualifiziert, dass der Gedanke einer spezifischen *Drohung* hinzukommt. Die Rechtsnorm droht den Widerstrebenden mit einem empirischen Übel, dessen Besonderheit in der Anwendung eines physischen Zwanges besteht. In der Rechtsnorm ist also noch: a) die Vorstellung eines empirischen, durch Menschen ausgeübten physischen Zwanges vorhanden, und zwar b) als etwas im Nichtbefolgungsfalle Eintretendes, also hypothetisch in der Zukunft Existierendes.[13]) Wir haben es hier also gleichfalls mit der Vorstellung einer empirischen menschlichen Handlung zu tun, wie unter 1. Während aber die dort behandelte überaus mannigfaltig ist und bei jeder Norm wechselt, ist diese bei allen rechtlichen Normen gleichbleibend und bezieht sich letzten Endes immer auf physische Zwangsausübung (3a). Und während die unter 1. behandelte als gesollt vorgestellt wird (2), wird diese (3a) als existierend, und zwar in der Zukunft hypothetisch existierend vorgestellt (3b). Da ferner die angedrohte Zwangsanwendung: c) als vom Normgeber *gewollt* und als etwas für den Normadressaten *unerwünschtes* vorgestellt wird, steckt in dieser Drohung vom Standpunkte sowohl des Normgebers als auch des Normadressaten betrachtet, eine Wertung (3c). Dadurch erscheint nun die durch die Norm geforderte Handlung (1) auch für den Normadressaten als gewünscht, als zu bewirkend. In dieser Drohung

[13]) Dieses Element der Rechtsnorm wird durch die scharfsinnigen Ausführungen *Kelsens* in seinem „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre" 1911. hervorgehoben.

(3a, b, c), die man die *Sanktion* der Norm nennen kann, liegt der Übergang vom Sollen zum Sein, die Verknüpfung der Forderung mit dem Motiv, das Geforderte in die Wirklichkeit umzusetzen. Hier liegt aber auch die Wurzel des interpsychischen Problems der Rechtsgeltung. Und in der Besonderheit der rechtlichen Sanktion erblicken wir auch die „differentia specifica", welche die Rechtsnorm — wie unten noch ausführlicher dargelegt wird — von den anderen Arten der sozialen Regelung unterscheidet.

Gehört nun diese Sanktion zu dem Inhalte der Rechtsnormen oder tritt sie von Aussen her an die Norm heran, mit der sie verknüpft ist? Wir finden zweifellos eine grosse Klasse von Rechtsnormen — das Strafrecht, die Zivilprozessordnung sammt dem Exekutionsrechte, Teile des Verwaltungsrechtes gehören hieher — bei denen bereits im *Inhalte* der Norm die Zwangsandrohung enthalten ist. Eine andere grosse Klasse von Rechtsregeln stützt sich wieder auf Normen der zuvor genannten Art. Das materielle Privatrecht wie auch alle seine Teile, als Wechsel- und Handelsrecht stellen z. B. Tatbestände fest, unter welchen das Zivil- und Exekutionsverfahren Raum hat.[14]) Die wichtigsten Einrichtungen sowohl des Staats- als auch des Privatrechtes werden durch das Strafrecht geschützt; die Sätze des Verwaltungsrechtes beziehen sich letzten Endes auf die Exekutive. Bei diesen Normen lässt sich also, infolge des Zusammenhanges des Rechtssystems als einheitliches Ganzes, die Zwangsandrohung mittelbar als ergänzender Bestandteil des Norminhaltes auffassen. Es gibt aber zweifellos auch Rechtsnormen, die weder ausdrücklich eine Zwangsandrohung beinhalten noch mittelbar auf eine solche ausdrückliche Zwangsandrohung enthaltende andere Rechtsnorm gestützt werden können. Zu diesen Normen gehört jedoch, wenn sie überhaupt rechtliche Normen und nicht pia desideria sein sollen, *still-*

---

[14]) Vgl. Dr. Josef *Schein:* Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. Berlin, 1889. S. 7, 21: „Ohne (die Zivilprozessordnung) haben die Regeln des Privatrechtes genau so viel Sinn, wie der Teil (des Eisenbahnbetriebsreglements) der den Verkehr der Züge festsetzt, wenn überhaupt nicht gefahren werden kann." S. 67: „Die Zivilklage ist also das Bindeglied, das das ganze Privatrecht zusammenhält."

*schweigend* die Zwangsandrohung. Hinter diesen Normen muss zu ihrer Durchsetzung unmittelbar die Macht bereitstehen, als deren Gebote sie erscheinen. In dieser Bereitschaft der Macht zur Durchsetzung der Norm — die sich auch in der tatsächlichen Durchführung derselben bekundet — liegt dann eine stillschweigende Drohung mit der Zwangsanwendung, die sich ganz eng an die Rechtsnorm als ihre Ergänzung aus konkludenten Fakten anschmiegt. Wir haben hier eine Art der „leges imperfectae" vor uns, man könnte sie vielleicht „Normen von unmittelbarer rechtlicher Evidenz", oder um ein philosophisches Missverständnis zu verhüten, einfach *„unmittelbare Rechtsnormen"* benennen.

Wenn man nun bedenkt, dass im Sinne dieser Auffassung der besondere Inhalt einer jeden rechtlichen Norm (1), im Zusammenhange des Rechtssystems betrachtet, durch eine Drohung der Zwangsanwendung (3) gesichert erscheint, taucht die Frage auf, wodurch diejenigen Normen gesichert werden, deren besonderer Inhalt eben in dieser Zwangsandrohung (Strafe, Exekution) besteht? Da ein „regressus ad infinitum" auch in der juristischen Welt als unmöglich erscheint, muss man zu dem Schlusse gelangen, dass der Rechtscharakter dieser Normen durch die stillschweigende Zwangsandrohung der unmittelbar hinter ihnen stehenden Macht gesichert ist; kurz, dass alle diese Normen „leges imperfectae" im Sinne der oben erwähnten „unmittelbaren Rechtsnormen" sind. Somit gelangt man zu der Erkenntnis, dass in ultima analysi das ganze Rechtssystem auf solche „leges imperfectae" gegründet ist.

Will man nun die stillschweigende Ergänzung dieser „leges imperfectae" durch die aus konkludenten Fakten sich ergebende Zwangsandrohung als eine *gewohnheitsrechtliche* bezeichnen, so erhält in diesem neuen Lichte betrachtet die Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Rechtsschule, „die dem Gewohnheitsrecht den Ehrenplatz unter den Rechtsquellen zugewiesen hat",[15]) eine gewisse Berechtigung.[16])

---

[15]) *Somló* a. a. O. S. 362. — Vgl. z. B. *Puchta:* Gewohnheitsrecht. 1828. I. S. 144 ff.; Cursus der Institutionen III. Aufl. 1851. I. S. 30 f. — Vgl. auch *Zitelmann* (Arch. f. zivil. Praxis LXVI. S. 430): „Man darf nicht das Gewohnheitsrecht auf das Gesetz, sondern muss das Gesetz auf das Ge-

Wir können jetzt an die Beantwortung der oben gestellten Frage herantreten, ob die Sanktion zum Inhalte der Rechtsnormen gehört oder bloss äusserlich mit der Norm verknüpft ist. Sicherlich gehört die Zwangsandrohung nicht immer zum *besonderen* Inhalte des Rechtssatzes. Sie gehört aber zu den *bleibenden* Elementen der Rechtsnorm und muss entweder ausdrücklich oder aus konkludenten Fakten ersichtlich, bei jeder rechtlichen Norm vorhanden sein, als charakteristischestes begriffliches Merkmal derselben. Wenn sie wegfällt, kann der besondere Inhalt der Norm zwar bestehen bleiben, die rechtliche Natur derselben geht aber verloren und sie kann von anderen sozialen Normen nicht unterschieden werden. Wie eng verflochten mit dem Inhalte der Rechtsnorm die Zwangsandrohung, die rechtliche Sanktion aber auch sein mag, es liegt darin ein *äusserliches* Element insofern, als sie notwendig auf etwas hinter der Norm, also ausserhalb derselben Stehendes hinweist.

4. Der Gedanke der Existenz einer ausserhalb des Rechtes stehenden realen *Macht,* mit der die Norm durch die in ihr enthaltene Zwangsandrohung verknüpft ist, kommt also als weiteres Element zu den bisher behandelten hinzu. Nicht die Macht selbst, sondern bloss der Gedanke der Existenz einer sozialen Macht ist in dem Rechtsbegriffe enthalten, er folgt mittels logischer Reduktion notwendig aus der Zwangsandrohung. Die

---

wohnheitsrecht in einem weiteren Sinne zurückführen." — Die Notwendigkeit einer Bestärkung von Gesetzen durch Gewohnheitsrecht wird übrigens oft im ständisch-monarchischen Staate angetroffen. Diese Art von Bestärkung (corroborare legem) heisst *usuroboration.* Siehe *Tezner:* Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechts. 1901. S. 41. (Schmollers Forschungen XIX.); *Krabbe:* Die Lehre der Rechtssouveränität 1906. S. 60.

[16]) Durch die oben skizzierte Auffassung der rechtlichen Sanktion erledigt sich auch der Einwand, der mir unlängst durch einen gelehrten ausländischen Kollegen in Form der Frage gemacht wurde, ob ein Strafrecht, nach welchem sämtliche Delikte bloss mit einem richterlichen Verweise zu bestrafen wären, auf Grund der Auffassung des Rechtes als Zwangsandrohung noch als Recht bezeichnet werden könnte? Der besondere Inhalt der rechtlichen Norm (z. B. Verfügung über die Anwendung des Verweises) ist gleichgültig. Die Frage ist, ob eben dieser besondere Inhalt mit einer Zwangsandrohung (z. B. Entfernung des Richters aus dem Richteramte falls er die Verfügungen über die Anwendung des Verweises nicht anwendet) ausdrücklich oder stillschweigend verknüpft ist?

12

Existenz einer *Macht* als etwas Tatsächliches, Seiendes, ist also eine logische Praesupposition des Rechtsbegriffes. Und diese soziale Macht muss die *stärkste,* die mächtigste innerhalb der durch die Normadressaten gebildeten Gesellschaft sein, denn da der Gedanke der Möglichkeit der tatsächlichen Durchführung der Drohung ebenfalls in der Zwangsandrohung enthalten ist, folgt die Vorstellung einer *physisch stärksten* sozialen Macht logisch notwendig aus der Drohung mit der physischen Zwangsanwendung (Strafe, Exekution) (3a). Das tatsächliche Vorhandensein dieser Macht, die als *Garantie* der Wirksamkeit der Drohung und des Befolgtwerdens der Norm hinter derselben steht, ist natürlich eine andere Frage, die mit der Frage der tatsächlichen Geltung, des tatsächlichen Befolgtwerdens der Norm in Verbindung steht.

5. Dieses *tatsächliche Befolgtwerden* gehört endlich auch zum Begriff einer lebenden Rechtsnorm. Natürlich nicht im Sinne einer ausnahmslosen Befolgung, sondern als normales, regelmässiges Befolgtwerden, das sich mit ausnahmsweiser Zuwiderhandlung verträgt. Dadurch kommt auf eine sehr auffallende Weise ein *Sein*selement in den Rechtsbegriff hinein. Ob eine Norm tatsächlich befolgt wird, ob sie Verwirklichung findet, wird in der Welt der Tatsachen, im sozialen Leben entschieden. Deshalb könnte man behaupten, dass kein einziger Sollenssatz als „Recht" geboren wird. Jeder Rechtssatz ist ein „self made man", muss sich in der Praxis, im Leben, als Rechtssatz bewähren, muss im Kampf ums Dasein sein Plätzchen unter der Sonne erkämpfen. Und viele Rechtssätze werden totgeboren. Erst nachträglich, im Laufe der Geschichte erweist sich die Lebensfähigkeit des Satzes als eines juridischen Gebotes.

In diesem Kampf um das Dasein steht dem zarten Sollenssatze die mütterliche *„Macht"* mit kräftiger Hand zur Seite. Es ist nicht unbedingt notwendig, dass sie Brachialgewalt anwendet, sie muss aber — wenn der betreffende Satz sich als eine Rechtsregel bewähren soll — im Notfalle immer auch mit der eisernen Faust dreinschlagen können. Die tatsächliche Existenz einer physisch stärksten sozialen Macht ist in diesem Sinne zum Rechtsbegriff notwendig: die Norm und die in jeder Norm enthaltene physische Zwangsandrohung (3) muss sich tatsächlich in die Wirklichkeit umsetzen können. „Der

Zwang steht — schreibt *Trendelenburg* — in allen Rechtsordnungen bereit, und von den Rechtsordnungen kann man sagen, was der Römer von der Gewalt der Weltordnungen sagte: ducunt volentem fata, nolentem trahunt."[17]) Der Gensdarmes, der Gerichtsvollzieher und der Scharfrichter gehören notwendig zum Recht. Die Göttin Justitia hat in der Rechten das Schwert!

Das Postulat des tatsächlichen Befolgtwerdens und die daran anschliessende Behauptung, dass ein jeder Rechtssatz erst durch die Praxis zur Rechtsnorm erhoben wird, könnte man auch derart formulieren, dass jeder Rechtssatz erst durch die Gewohnheit zum Rechte gestempelt wird. Letzten Endes wäre demnach auch das geschriebene Recht eine besondere Art des Gewohnheitsrechtes. Diese Feststellung — die mit unserer oben anlässlich der Untersuchung der „unmittelbaren Rechtsnormen" gemachten Bemerkung über die gewohnheitsrechtliche Quelle alles Rechtes, in vollem Einklange steht[18]) — gewinnt besonders bei der rechtsphilosophischen Würdigung des illegitim entstandenen revolutionären Rechtes grosse Bedeutung. Aus der Feststellung, dass jeder Rechtssatz sich im Leben erst als Rechtssatz bewähren muss, folgt ferner aber auch die konservative Forderung, dass jede Rechtsnorm eine gewisse Beständigkeit haben muss. Es gehört zum Begriffe der Rechtsmacht, von *dauerndem Bestande,* von einer gewissen *Stabilität* zu sein. „Der Rechtsbegriff setzt eine dauernde Befolgung der Normen einer dauernden Macht voraus."[19]) „Vom Sekundenzeiger der Weltgeschichte lässt sich — um das schöne Wort *Somló*'s zu gebrauchen — der Rechtszustand nicht ablesen; erst wenn die Stunde geschlagen hat, erfahren wir, was Rechtens ist."[20])

---

Auf Grund der vorangehenden Analyse können wir feststellen, dass der Rechtsbegriff ein äusserst kompliziertes Gedankengebilde ist, welches eine Anzahl Sollens- und Seinselemente

---

[17]) Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. II. Aufl. 1868. S. 90.

[18]) Vgl. oben S. 10.

[19]) *Somló,* a. a. O. 106. Vgl. *Aristoteles,* Politik. VI. Buch 5. Kap., 1319 b.

[20]) *Somló:* A nemzetközi jog mibenléte. (Das Wesen des Völkerrechts. Ungarisch.) Kolozsvár, 1917. S. 19.

in sich vereinigt. Die unter 1. u. 2. behandelten Elemente sind nicht nur im Recht, sondern auch in der Moral vorhanden. Die unter 4. u. 5. behandelten geben seine Beziehungen zur Macht an. Das unter 3. behandelte endlich bedeutet den Übergang vom Sollen zum Sein. Wir finden Wertungen in 2 und 3c, Existenzialurteile in 3a, 3b, 4, und eine besonders auffallende Verknüpfung mit dem Faktischen in 5. Das unter 1 behandelte Element, das wir den besonderen Inhalt des Rechtssatzes nennen können, ist überaus mannigfaltig und bei den einzelnen Rechtsnormen wechselnd; die unter 2, 3, 4, 5 behandelten sind *bleibend* und bei allen Rechtsnormen die gleichen, bilden somit den formalen *begrifflichen* Rahmen des ersten. Nun ist aber das unter 2 bei allen Normen jedweder Art vorhanden; auch das Postulat des tatsächlichen Befolgtwerdens (5) ist im Begriffe einer jeden tatsächlich geltenden Norm zu finden. Auf Grund dieser beiden letztgenannten Elemente kann man also das Recht von den anderen Arten sozialer Regelung nicht unterscheiden. Und wie gerne wir auch den Ausführungen *Somló's* in Bezug auf das *gewöhnliche Befolgtwerden* der Rechtsnormen und die *Beständigkeit* der Rechtsmacht beipflichten, müssen wir es dennoch als unzutreffend bezeichnen, wenn er gerade in diesen Elementen das begriffliche Charakteristikon des Rechtsbegriffes zu finden glaubt. Die Elemente, die er in seiner Rechtsdefinition als begriffliche Merkmale des Rechtes hervorhebt, sind auch bei anderen tatsächlich geltenden Normsystemen vorhanden.[21]) Zum

---

[21]) Nach der Auffassung *Somló's* sind die Rechtsnormen diejenigen menschlichen Willenssatzungen, die von der „höchsten Macht" herrühren. (Jur. Grundl. S. 86.) „Höchste Macht" bedeutet aber bloss einen Faktor 1. dessen Normen *gewöhnlich* befolgt werden (S. 93, 103), 2. der von *dauerndem* Bestande ist (S. 102), und 3. der nicht bloss spärliche, sondern *zahlreiche* Normen erlässt (S. 97). Die Rechtsmacht ist demnach bloss die Zusammenfassung der genannten drei Eigenschaften, von denen wir die ersten beiden unter Punkt 5. zusammengefasst haben. Nicht nur diese beiden, sondern auch das dritte Merkmal der *„umfassenden Regelung"* ist bei jedem grösseren System tatsächlich geltender sozialer Normen vorzufinden. — Somló hebt noch hervor, dass die „höchste Macht" nicht selbst die Normen einer anderen Macht „gewöhnlich" befolgen darf (S. 95—96, 280—281). Nimmt man aber dies ernst, so wird man auf Grund der derart abgefassten Rechtsdefinition überhaupt keine Rechtsnormen finden, denn ein jeder rechtlicher Normgeber wird gewöhnlich die an jedermann gerichteten Normen

Rechtsbegriffe braucht man noch etwas mehr. Und dieses Plus haben wir in dem unter 3 behandelten Elemente der *physischen Zwangsandrohung* gefunden. Das unter 4 behandelte Element der *Macht* ist, wie erwähnt, selbst nur eine logische Praesupposition der Zwangsandrohung (3). Mithin müssen wir als das für die Begriffsbestimmung wichtigste Element die *Zwangsandrohung* bezeichnen. In ihr, in der rechtlichen *Sanktion* finden wir die *„differentia specifica"*, mit deren Hilfe das Recht von den anderen Arten sozialer Normen zu unterscheiden ist.

## IV. Recht, Moral, Konvention, nackte Machtgebote.[22])

Die Abgrenzung des Rechts von den anderen Arten sozialer Normen muss demnach mittels der *Sanktion,* unter Bezugnahme auf die der Norm zum Zwecke ihrer Verwirklichung zur Verfügung stehenden *Garantien,* geschehen. Von einer jeden Norm geht nur ein *psychischer* Zwang aus im Interesse ihrer Befolgung; jede Norm will bloss auf den menschlichen Willen einen Einfluss ausüben. Der spezifische Unterschied der einzelnen Normarten besteht darin, *womit* dieser psychische Zwang geübt wird.

Die Normen der *Moral* drohen nicht mit äusseren Zwangsmitteln, es stehen ihnen keine äusseren Garantien zur Verfügung, welche die Verwirklichung ihrer Forderungen sichern würden. Die Garantie ihrer Erfüllung ist lediglich in der Seele des Normadressaten gelegen. Ihre alleinige Autorität liegt in der Einsicht begründet, dass sie die *richtige* Handlungsweise angeben.[23]) Nicht äusserer physischer Zwang, Drohung mit äusseren Übeln, sondern die innere Überzeugung von ihrer Richtigkeit wird der Norm zur Verwirklichung verhelfen. Darum appel-

---

der Moral oder zumindestens die Konventionalnormen befolgen. Die Normen des Sprachgebrauches sind ja — nach der Auffassung Somló's — nichts weiter als Konventionalnormen (Verba valent usu). (S. 77—78.)

[22]) Vgl. darüber meine Abhandlung: A jog fogalma és az anarchizmus problemája Stammler jogfilozófiájában. (Ungarisch. Der Begriff des Rechts und das Problem des Anarchismus in Stammlers Rechtsphilosophie.) Budapest 1911. S. 7—8, 15—18. Dort wird auch die Stammler'sche Unterscheidung von Moral, Konvention, Recht und Willkür ausführlich behandelt.

[23]) Vgl. *Stammler,* Wirtschaft u. Recht. S. 105, 106 — obgleich Stammler die Abgrenzung des Rechts von der Moral anders formuliert.

liert das moralische Gebot an unsere Gesinnung, an unser Gewissen. Die einzige Garantie seiner Verwirklichung ist die Evidenz seiner Richtigkeit. Man ist gewöhnt an die Gegenüberstellung, dass das Recht sich mit der blossen äusseren Legalität der Handlung begnügt, die Moral dagegen ausserdem noch die Moralität, die Lauterkeit auch der inneren Gesinnung fordert. Richtig ist es, dass die Moral einen aus moralischer Gesinnung entspringenden Gehorsam fordert, weil sie eben nicht mehr als aus innerer Überzeugung fliessenden Gehorsam fordern kann, einen Gehorsam wider Willen kann sie nicht beanspruchen, da die alleinige Garantie ihrer Verwirklichung unsere moralische Gesinnung, unser Gewissen ist, worauf sie appelliert.

Demgegenüber fordern *Recht* und *Konvention* unbedingte Unterwerfung, ohne Rücksicht darauf, ob der Normadressat sie für richtig hält oder nicht. Den Anspruch auf die Evidenz ihrer Richtigkeit erheben sie gar nicht. Für den Fall der Zuwiderhandlung drohen sie aber mit gewissen äusseren Übeln. Die *Konventionalregel* bedroht denjenigen, der sie nicht beachtet, mit verschiedenen sozialen Nachteilen; eine ganze Skala derselben steht ihr als Garantie ihrer Verwirklichung zur Verfügung, vom Lächerlichwerden bis zum gänzlichen Verlust der sozialen Ehre und der gesellschaftlichen Achtung. Diese Drohungen können in einzelnen Fällen äusserst schwerwiegend, und ihre Verwirklichung kann für den Einzelnen unvergleichlich schmerzhafter sein, als die Verwirklichung einer physischen Zwangsandrohung. Diese letztere wird jedoch von der Konvention nie in Anspruch genommen. Sie bedroht ihre Normadressaten niemals mit der Anwendung physischen Zwanges, die Menschen werden niemals mit Gewalt zur Befolgung der konventionalen Regel gezwungen, der Gedanke der Möglichkeit eines solchen Zwanges liegt daher auch niemals in der Konventionalnorm. Es steht auch keine physische Macht hinter ihr als Garantie der Verwirklichung einer solchen Drohung.

Demgegenüber finden wir im *Rechte* letzten Endes immer die Androhung einer physischen Zwangsanwendung. Und der Gedanke der Existenz der physisch stärksten sozialen Macht, als Garantie der Verwirklichung, liegt, — wie oben ausführlicher dargetan wurde — im Begriffe der Rechtsnorm. Sicherlich ist Recht und physischer Zwang nicht gleichbedeutend. Das

Recht übt ebenfalls nur *psychischen* Zwang aus, so wie jede andere Norm.[24]) Die Besonderheit dieses psychischen Zwanges besteht aber darin, dass der psychische Zwang mit der Androhung eines physischen Zwanges ausgeübt wird.

Alldies bedeutet natürlich nicht, dass sich die Rechtsnorm *tatsächlich* mittels physischer Zwangsanwendung, oder sogar bloss auf diese Weise verwirklicht. Die Rechtsnorm kann aus sehr verschiedenen anderen Motiven befolgt werden, wie aus Furcht vor der Drohung. Sie wird in sehr vielen Fällen aus Überzeugung von ihrer Richtigkeit oder aus dem moralischen Pflichtgefühl mit den Rechtsgesetzen nicht in Kollision zu kommen, oder vielleicht aus Rücksichten auf die gesellschaftliche Achtung befolgt. Dem Rechte muss aber als „ultima ratio" immer auch der physische Zwang zu Gebote stehen, dessen ungeachtet, dass es vielleicht nur äusserst selten genötigt sein wird, von ihm tatsächlich Gebrauch zu machen. Deshalb verschwindet auch im tatsächlichen Leben, solange beide Normarten Gehorsam finden, die scharfe begriffliche Grenze zwischen Recht und Konvention. Sie tritt aber sofort klar zutage, sobald die Normen *übertreten* werden.

Denn, dass die Rechtsnorm übertreten werden kann, liegt bereits in ihrem Begriffe als blosse Drohung. Ja diese in jedem Rechtssatze enthaltene Drohung kann erst dann Verwirklichung finden, wenn das Rechtsgebot übertreten wird; sie ist gerade für diesen Fall berechnet. In diesem Falle müssen aber die durch das Recht in Aussicht gestellten Konsequenzen ins Leben treten — und der Unterschied zwischen der Konventionalnorm und dem physische Zwangsandrohung enthaltenden Rechte wird deutlich ersichtlich werden. Ausnahmsweise kann zwar die in Aussicht gestellte Konsequenz ausbleiben, ohne dass die betreffende Norm sofort aufgehört hätte als eine rechtliche zu gelten. Solche Fälle bedeuten jedoch bereits ein Verblassen des betreffenden Rechtssatzes, denn eine Norm, die sich nicht Geltung verschaffen kann, ist keine Rechtsnorm mehr. Solche Fälle bedeuten eben — falls sie nicht mehr bloss ausnahmsweise vorkommen —

---

[24]) Der psychische Zwang liegt auch der Moral nicht fern. Allerdings kann dabei nur von einem inneren Zwange, einem Gewissenszwange die Rede sein.

dass die hinter der Norm gestandene Kraft und Macht verschwunden ist, und dass dasjenige, was auf dem Papiere steht, nicht mehr geltendes Recht ist. Geht dieser Prozess langsam, fast unbemerklich vor sich, so reden wir von der derogatorischen Wirkung des Gewohnheitsrechtes, der *desvetudo:* der einst kräftig wirkende Rechtssatz ist an Altersschwäche gestorben. Geht der Prozess rasch, ohne Übergänge, bei plötzlichem Zusammensturz der alten Machtverhältnisse von statten, so reden wir von *Revolution:* verblühte Rechtsinstitutionen gehen an einer galoppierend wirkenden Krankheit oder vom Dolche eines stärker gewordenen Nebenbuhlers zu Grunde. Zwischen Gewohnheitsrecht und Revolution besteht eine nahe Verwandtschaft. *Die Gewohnheit ist* — soweit aus ihr neues Recht entspringt — *eine konservative Revolution.* Der hervorgehobene begriffliche Unterschied zwischen Recht und Konventionalnorm macht es andererseits begreiflich, warum man auf dem Gebiete der letzteren niemals von einer Revolution im eigentlichen und nicht bloss übertragenen Sinne des Wortes reden kann.

Das über die Revolution Gesagte wird uns auch bei der Abgrenzung des Rechtes von den *nackten Machtgeboten* behilflich sein. Denn diese kann man noch dem Rechte — ausser den bereits abgehandelten Arten sozialer Normen — gegenüberstellen; die Gegenüberstellung von Recht und *Willkür* ist nicht berechtigt. Die Willkür enthält den Gedanken der Unrichtigkeit in ihrem Begriffe, ist also bereits moralisch qualifiziert; ihr Gegensatz ist nicht das Recht, sondern das moralisch Richtige. Und da das Recht noch weder den Gedanken der Richtigkeit, noch den der Unrichtigkeit enthält, kann es selber sowohl richtig als auch „willkürlich" sein. Die dem Begriffe des Rechtes gegenüberstellbare kommensurable Grösse kann nur der Begriff einer — richtigen oder unrichtigen, gerechten oder willkürlichen — sozialen Norm sein, die sich ebenso wie das Recht, auf eine physische soziale Macht stützt, ohne jedoch eine rechtliche Regel zu sein. Diesen Begriff wollten wir mit der Benennung „nackte Machtgebote" bezeichnen. Das unterscheidende Merkmal des Rechtes solchen „nackten Machtgeboten" gegenüber besteht darin, dass hinter jenem die physisch *stärkste* soziale Macht steht. Da nun sämtliche Gebote, hinter denen die stärkste soziale Macht steht, rechtliche Normen sind, können die „nackten

Machtbefehle" nur von solchen Gewalten herrühren, die in der betreffenden Gesellschaft *nicht* die stärksten sind. Eine sich betätigende physische Kraft muss aber mit jeder anderen auf demselben Raume in derselben Zeit sich äussernden ähnlichen Kraft notwendig zusammenstossen. Es fragt sich deshalb, ob der „nackte Gewaltbefehl" in der Richtung der rechtlichen Macht liegt, oder ob er ihr widerspricht? In dem ersten Falle unterstützen sich gegenseitig die stärkste Macht und die schwächere Gewalt, sie fliessen eigentlich zusammen. Im Falle eines *rechtswidrigen* Gewaltbefehles sind wiederum zwei Möglichkeiten denkbar. Bei dem notwendig erfolgenden Zusammenstoss kann sich die „nackte Gewalt" tatsächlich als die *schwächere* erweisen, in welchem Falle sie das Feld räumen und dem Rechte weichen muss. Das von ihr aufgestellte „blosse Machtgebot" kann sich bei dieser Sachlage nicht behaupten, kann nicht zu einer tatsächlich geltenden sozialen Norm werden. Es fehlt ihr die Beständigkeit und das tatsächliche Befolgtwerden. In diesem Falle haben wir aber nicht eine neue Art sozialer Normen, sondern blosse *Rechtsverletzungen* vor uns, die zur Verwirklichung der in dem Rechte enthaltenen Drohung Anlass geben. Die andere Möglichkeit besteht darin, dass sich die Rechtsverletzung *stärker* als das Recht erweist. In diesem Falle muss das Recht dem „nackten Machtgebote" weichen, das Recht stirbt ab, und es entsteht ein neues Recht aus der Gewohnheit oder der siegreichen *Revolution.* Dies ist der einzige Fall, wo man von „nackten Machtgeboten" als tatsächlich geltenden sozialen Normen reden kann, denn in den beiden zuerst behandelten Fällen kommt es gar nicht zur Bildung von sozialen Normen. Das ganze Problem der Gegenüberstellung von Recht und „blossen Machtbefehlen" schrumpft also auf das Problem der siegreichen Revolution zusammen. Und in diesem Falle sind die „nackten Machtbefehle" bereits selber Rechtsnormen, so dass die Berechtigung der Gegenüberstellung gänzlich zu verschwinden scheint. Gewiss, es gibt wohl eine Zeit im Verlaufe solcher verhängnisvoller Erschütterungen des Rechtslebens, wo der Kampf der revolutionären Gewalt mit dem alten Rechte noch unentschieden ist, wo man noch nicht weiss, ob das Verbrechen der Empörung oder eine siegreiche rechtserzeugende Revolution sich auf der Bühne der Geschichte abspielt. In solchen Übergangszeiten,

wo es fraglich ist, ob die vom Rechte angedrohten Konsequenzen den Rechtsverletzer ereilen werden oder nicht, oder ob überhaupt das bestandene Recht noch gilt oder nicht, — beides geht doch auf dasselbe hinaus — haben wir zweifellos anarchische Zustände, Perioden der *Rechtsunsicherheit* vor uns. Hier könnte man mit einer gewissen Berechtigung von „nackten Machtgeboten" reden, da das Recht eigentlich fehlt. Das alte Recht verlor seine Stabilität: ist also *schon* kein eigentliches geltendes Recht mehr; das neue konnte sich noch nicht stabilisieren: ist also *noch* keine Rechtsnorm. Dem alten Rechte fehlt schon die oben erwähnte gewohnheitsrechtliche Unterlage,[25]) das neue hat sie noch nicht erhalten. In der betreffenden Gesellschaft fehlt eben die zum Begriffe des Rechtes erforderliche sichere und stärkste soziale Macht. Ist aber, wenn auch nur vorübergehend, eine solche stärkste soziale Macht innerhalb der Gesellschaft entstanden, so erstarken auch ihre „nackten Machtgebote", bekleidet mit der gewohnheitsmässigen Hülle der Stabilität, zu Rechtsgeboten. Die Anerkennung dieser Tatsache finden wir sogar von Seiten des Legitimitätsstandpunktes in dem staatsrechtlichen *Postliminium,* welches nichts anderes bedeutet, als dass durch den Usurpator Rechtsverhältnisse begründet werden, welche der restaurirte legitime Souverän anerkennt, weil er sie anerkennen muss.[26])

## V. Die Beziehungen des Rechtes zur Macht.

Auf Grund der bisherigen Erörterungen können wir das Verhältnis vom *Recht* zur *Macht* kurz zusammenfassend folgendermassen charakterisieren:

1. *Das Recht als Inbegriff von Normen ist grundverschieden von der Macht.* Recht und physischer Zwang sind nicht gleichbedeutend. Und wenn auch die zur Welt des Sollens gehörende rechtliche Norm als kausal wirkendes Motiv zugleich in die Welt des Seins hinübergreift, *kann sie selbst bloss einen psychischen Zwang ausüben.*

---

[25]) Vgl. oben S. 10. 13.

[26]) Vgl. *Brockhaus:* Das Legitimitätsprinzip. Jena 1868. S. 328. — Vgl. § 9 des ung. Ges. Art. I. v. J. 1920.

2. Dieser psychische Zwang wird aber durch die *Berufung auf eine hinter der Norm stehende physische Macht,* und zwar auf die in einer Gesellschaft bestehende *stärkste Macht,* geübt. *Die Drohung mit dem physischen Zwang ist daher zum Rechtsbegriff notwendig.* Und das Recht steht auch mit dieser ausser ihm gelegenen metajuristischen Tatsache der stärksten sozialen Macht in engster Verbindung. Diese Macht, durch die es aufrecht erhalten wird und mit deren Zusammenbruche es abstirbt, garantiert dem Rechte die tatsächliche Geltung, verleiht ihm den Charakter der *Positivität.* In diesem Sinne, und weil sein spezifischer Unterschied von den anderen sozialen Normarten gerade in der Zwangsandrohung besteht, kann man das Recht als Inbegriff von *Zwangsnormen* bezeichnen.

In ähnlicher Weise hat bereits der heilige *Thomas von Aquin* die oben erwähnten beiden Seiten des Rechtsbegriffes und den Zwangscharakter der „lex humana" hervorgehoben:

„lex de sui ratione duo habet; *primo* quidem quod es regula humanorum actuum; *secundo* quod habet vim coactivam."[27])

Gegen diese Auffassung des Rechtes könnte man infolge des Zusammenhanges, den sie zwischen Recht und Zwang konstatiert, *zwei* Einwände erheben: *erstens* dass sie zu *eng* sei, denn es gibt Normen, die Rechtsnormen sind und dennoch keine Berufung auf den physischen Zwang enthalten; und *zweitens,* dass sie zu *weit* sei, denn nach ihr müsste man jeden Befehl,

---

[27]) Summa theol. prima secundae questio 96 Artikel 5. Aehnlich: s. th. 1. II. q. 95. a. 1: „Huiusmodi autem disciplina *cogens metu poenae* est disciplina legum." — Vgl. B. *Brands:* „Die Bedeutung der Scholastik für die Rechtsphilosophie der Gegenwart mit besonderer Beziehung auf Thomas von Aquin." (Archiv f. R. u. Wphil. Bd. VIII. 1914/15.) S. 82—84. — *V. Cathrein* meint, der Zwang gehöre laut der zitierten Stelle des hl. Thomas nicht zum *Wesen* des Gesetzes, sondern sei nur „eine notwendige *Folgerung* aus dem Zweck und Wesen des Gesetzes. Beide Bestandteile gehören zum Gesetz; der eine macht das *Wesen* des Gesetzes aus, der andere ist ein Erfordernis, um ihm die *Wirksamkeit* zu sichern." (Die Grundlagen des Völkerrechts. Archiv f. R. u. Wphil. Bd. X. 1916/17. S. 4.) Dass die Zwangsanwendung ihrer selbst willen nicht der Zweck des Rechtes, sondern dass sie nur ein Mittel zur Verwirklichung des im Rechte als *Norm* enthaltenen Zweckes ist, kann nicht bestritten werden. Auch nach der Cathrein'schen Auslegung „gehört" aber der Zwang als der eine „Bestandteil" zum Gesetz, also als eines seiner Elemente auch zum Begriff des Rechtes.

der mit dem physischen Zwange droht, als Rechtsnorm anerkennen. Wir wollen diese Einwände näher betrachten.

1. Unsere Rechtsdefinition wäre demnach erstens zu *eng,* da gewisse Rechtsnormen keine Zwangsandrohung enthielten; so a) die Normen des Gewohnheitsreches, b) die „leges imperfectae" und c) das Völkerrecht. Diese könnte man also schon nicht unter unseren Rechtsbegriff bringen.

a) Was zunächst das *Gewohnheitsrecht* anbetrifft, so scheint hier das Moment der Macht gänzlich zu fehlen: freiwillig, ohne Befehl und Zwang wird die ungeschriebene Norm befolgt. Das ist aber nur ein Schein und treffend bemerkt *Stintzing,* dass es auch mit dem ungeschriebenen Rechte nicht anders ist „als dass die Frage, ob eine Rechtsansicht wirkliches Recht sei, sich dadurch entscheidet, dass ihr die zwingende Kraft zur Seite tritt. Im Hintergrunde steht daher auch hier die Frage der Macht: und von den widerstreitenden Meinungen wird diejenige zum ungeschriebenen Rechte werden, der die Genossenschaft oder das Gericht, von ihr erfüllt, seine Hülfe verheisst und gewährt."[28]) „Mit Vorliebe betrachtet man das Mittelalter als die goldene Zeit des Gewohnheitsrechts Glaubt man denn aber, das die Rechts-Ungleichheit, welche die gesammten sozialen Zustände durchdrang, dass Herrenrecht und Hörigkeit durch die Überzeugung der grossen Masse, die wir Volk nennen, in friedlicher Harmonie damals zum Rechte geworden sei? Ehrlich genug klingt aus jener Zeit herüber das Wort des *Sachsenspiegels* (3, 42, 6): „Na rechter wahrheit so hevet egenscap begin von gedvange unde von vengnisse unde von unrechter walt, die man von aldere in unrechte wohnheit getogen hevet, unde nu vore recht hebben wel."[29]) — Ja dem falschen Scheine gegenüber behaupten wir sogar, dass sich das Recht mit der Macht im Gewohnheitsrechte viel enger als im geschriebenen Rechte berührt, dass die Gewohnheitsrechtsnormen grösstenteils *„unmittelbare Rechtsnormen"* im oben dargelegten Sinne sind. Deshalb konnten wir auch das Gewohn-

[28]) R. v. *Stintzing:* Macht und Recht. Bonn. 1876. S. 11—12. Vgl. auch *Somló:* A szokásjog. (Das Gewohnheitsrecht. Ungarisch.) Kolozsvár 1914. S. 6. ff.; Juristische Grundlehre S. 350. ff.; *Thomas von Aquin:* s. th. 1. II. 2. 97. Art. 3.

[29]) *Stintzing* a. a. O. S. 11.

heitsrecht dem Revolutionsrechte auf die Seite stellen und die rechtserzeugende Gewohnheit als eine stille konservative Revolution bezeichnen.

b) Diese Auffassung von den „unmittelbaren Rechtsnormen" können wir auch bei der Betrachtung der *„leges imperfectae"* verwerten. Bei den meisten sogenannten „leges imperfectae" fehlt nur die *ausdrückliche* Zwangsandrohung, *stillschweigend,* aus konkludenten Fakten ersichtlich, ist die Sanktion — gleichsam als eine gewohnheitsrechtliche Ergänzung ihres Inhaltes — auch bei ihnen vorhanden. Unsere Auffassung führt also nicht nur nicht zur Leugnung der Rechtsnatur von solchen „leges imperfectae", sondern wir gelangten sogar zu der Erkenntnis, dass „in ultima analysi" das ganze Rechtssystem auf solche „leges imperfectae" gegründet ist.[30]) Solche „leges imperfectae" entsprechen eigentlich ihrem Namen nicht, denn stillschweigend, aus konkludenten Fakten ersichtlich, sind sie auch mit einer Sanktion verbunden. Falls dies bei einer „lex imperfecta" nicht zutrifft, haben wir auch zweifellos keine Rechtsnorm, sondern entweder eine moralische Verpflichtung oder vielleicht nur einen frommen Wunsch vor uns. Bei den *staatsrechtlichen* „leges imperfectae" haben wir es meistens mit unmittelbaren Rechtsnormen zu tun, die in unmittelbarer Berührung mit der höchsten sozialen Macht stehen, die als ihre Garantie hinter ihnen steht. Ausserdem haben diese staatsrechtlichen „leges imperfectae" oft einen ausgesprochen moralischen Charakter und es reichen auf manchen Gebieten des staatlichen Lebens die moralischen Verpflichtungen viel weiter als die rechtlichen Pflichten. Bei den *privatrechtlichen* sogenannten „leges imperfectae" haben wir es andererseits meistens mit Rechtsnormen zu tun, deren Sanktion, also auch deren tatsächliche Geltung, durch eine andere Rechtsnorm gewissermassen eingeschränkt wird. Wenn wir also in einem solchen Falle den aus mehreren Rechtsnormen herauslesbaren, einheitlichen Rechtswillen als ein zusammenhängendes Ganzes betrachten, fehlt ihm sicherlich nicht die Sanktion: eine „lex imperfecta" ist also gar nicht vorhanden. Das ist der Fall bei allen sogenannten *„naturales obligationes",* die zweifellos keine blosse moralische oder

[30]) Vgl. oben unter III. 3. (S. 10.)

konventionale Verpflichtungen bedeuten, denn es knüpfen sich an sie mit rechtlichen Sanktionen versehene Wirkungen. Sehr instruktiv ist in dieser Hinsicht z. B. § 5. des ung. Ges. Art. VIII. 1877.[31]) oder § 762. des deutschen BGB.[32]) die eine „naturalis obligatio" durch Hervorhebung ihrer *rechtlichen* Wirkung begründen.

c) Die Auffassung von den „unmittelbaren Rechtsnormen" können wir endlich auch auf die Betrachtung des *Völkerrechts* anwenden. Unzweifelhaft scheint es, dass wir bei den tatsächlich geltenden Sätzen des Völkerrechtes, die wirklich lebendes Recht enthalten, mit solchen „unmittelbaren Rechtsnormen" zu tun haben. Dass die Verbindung von Recht und Macht im internationalen Rechte gänzlich fehlen sollte, ist unzutreffend; vielmehr ist diese Verbindung nirgends so eng als gerade hier. Im Völkerrechte fliessen die Machtverhältnisse unmittelbar in Rechtsverhältnisse über. Charakteristisch dafür ist die Bezeichnung der Staaten im internationalen Leben als „Mächte". Deshalb ist es nicht angebracht, dem Völkerrechte den Rechtscharakter deshalb abzusprechen, weil seine Normen keine Zwangsandrohung, keine Sanktion enthielten. Neben starken Garantien anderer Art, wie das Interesse der Staaten,[33]) der immer bedeutender werdende soziale Faktor der öffentlichen Meinung, etc., stehen unleugbar auch physische Zwangsandrohungen hinter den Normen des internationalen Rechtes. Hinter dem *Friedensrechte* steht als seine letzte Garantie die Drohung mit dem Kriege; und was ist der Krieg anderes, als Zwangsanwendung im Grossen, der infolge seines aleatorischen Charakters auch für die mächtigsten Staaten ein fürchterliches Übel bedeutet; die strengsten physischen Zwangsandrohungen des innerstaatlichen Rechtes, wie die Todesstrafe, sind nur ein Zwang im Kleinen dagegen. Und wo die Drohung mit dem Kriege

---

[31]) 1. Abs.: „. . . die Rückerstattung der über das gesetzliche Mass bedungenen und entrichteten Zinsen kann nicht gefordert werden."

[32]) 1. Abs.: „Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit *nicht* begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat."

[33]) „Hier ist das Interesse das die Treue, und die Treue die das Interesse schützt." (Jellinek.)

wegfällt, hinter den Bestimmungen des *Kriegsrechtes,* steht die Zwangsandrohung mittels der Repressalien.[34])

Hinter dem Völkerrechte steht daher als Garantie ihrer Verwirklichung ebenfalls eine physische Macht: im internationalen Leben bildet sich aus dem unmittelbaren kriegerischen Ringen der Kräfte oder durch politische Gruppierungen der Mächte ein gewisser Gleichgewichtszustand der Kräfte aus, der einzelnen Mächten oder einzelnen Gruppen von Mächten das Übergewicht sichert, und je nach den historischen Umständen eine aristokratische oder eine mehr demokratische Färbung haben kann. Dieses meistens unorganisierte Mächtegleichgewicht ist imstande bei der Regelung der internationalen Verhältnisse seinen Willen durchzusetzen; es erhebt diesen zu Normen des internationalen Rechtes und steht als Garantie ihrer Verwirklichung hinter ihnen. Dieses Mächtegleichgewicht kann sogar eine gewisse Organisation erhalten, — das „Konzert der Grossmächte" vor dem Weltkriege, oder der „Oberste Rat" der Ententehauptmächte sind charakteristische Erscheinungen dieser Art — ohne dabei die Gestalt der „civitas maxima" anzunehmen. Jede solche Organisation ist aber zweifellos ein Schritt in dieser Richtung. Bei einem jeden Krieg, der das internationale Mächtegleichgewicht wesentlich tangiert, kommt die im Gleichgewichtszustand sich äussernde Macht und mit ihr das internationale Recht ins Wanken; ebenso wie bei revolutionären Umwälzungen der innerstaatlichen Machtverhältnisse das innerstaatliche Recht ins Wanken gerät. Und ebenso wie bei den Revolutionen, wird auch bei den grossen Kriegen, diesen Revolutionen auf dem Gebiete des Völkerrechts, die Änderung der Machtverhältnisse durch Änderung des Rechtes begleitet. Die während des Weltkrieges so oft wiederholte Behauptung, dass in den Flammen des Weltbrandes auch das Gebäude des Völkerrechtes zu Grunde gegangen wäre, bedeutete nichts anderes, als die Konstatierung dieser revolutionären Rechtsunsicherheit und Anarchie, die Feststellung dessen, dass gewisse Völkerrechtssätze beseitigt, und die sich bildenden neuen noch nicht

---

[34]) Für die Beobachtung des Kriegsrechtes ist „die Furcht vor Repressalien ausschlaggebend." („Kriegsgeschichtliche Einzelschriften" des deutschen Generalstabes. Heft 31.)

deutlich genug stabilisiert waren. Die Geschichte des Völkerrechts beweist, dass die grossen Kriege die mächtigsten treibenden Faktoren seiner Entwickelung waren. Es ist nicht blosser Zufall, dass die erste grosse Entwicklungsperiode des Völkerrechts mit dem westphaler Frieden zusammenfällt, oder dass der Abschluss der napoleonischen Kriege eine weitere Aufschwungsperiode in dieser Entwicklung bedeutet. Nach dem letzten Weltkriege ist auch Manches — Gutes oder Böses — in dieser Richtung zu erwarten.

Das internationale Mächtegleichgewicht repräsentiert die physisch stärkste soziale Macht auf Erden. Es ist wohl imstande auch gegenüber den einzelnen Staaten physischen Zwang auszuüben, ja dieser Zwang kann sogar bis zur Vernichtung der staatlichen Existenz gehen. Nicht nur der gänzliche Verlust der völkerrechtlichen Rechtssubjektivität, sondern verschiedene Schmälerungen derselben — z. B. Neutralisierung — kann dem einzelnen Staate durch die internationalen Machthaber aufgezwungen werden, wie denn auch die Entstehung des Staates aus den Erschütterungen des Mächtegleichgewichtes im weltgeschichtlichen Ringen der Kräfte hervorgeht und erst mit der völkerrechtlichen „Anerkennung" abgeschlossen, stabilisiert ist. Bezeichnend genug, dass diese „Anerkennung" dem internationalen Gebrauche gemäss, immer dem faktischen Gewalthaber erteilt wird.[35]) Aber nicht nur in dieser Frage des Seins oder Nichtseins, der Entstehung oder des Unterganges der Staaten entscheidet die internationale Übermacht, sie kann und wird in sämtlichen Fragen des staatlichen Lebens, die für sie von Wichtigkeit sind, Pression und Zwang gegen die Staaten anwenden; wie denn auch die Grenzen derselben durch sie gezogen werden. Nach dem anschaulichen Unterrichte, den die Ereignisse der letzten Jahre über diesen Gegenstand erteilt haben, braucht man wohl nicht länger dabei zu verweilen.

So kommen wir zu dem Ergebnisse, dass in ultima analysi alles Recht, auch das innerstaatliche, auf dem internationalen Mächtegleichgewicht beruht. In allererster Linie darauf, dass der betreffende Staat infolge seiner internationalen Lage — und

[35]) Äusserst charakteristisch sind z. B. die in allerjüngster Zeit zwischen dem Heiligen Stuhl und Sowjetrussland angeknüpften Beziehungen.

bei der Gestaltung dieser Lage ist die ihm immanente eigene Kraft ebenfalls mitbestimmend — sein Plätzchen unter der Sonne behaupten und damit die Geltung des von ihm gesetzten Rechtes auf diesem Plätzchen verteidigen kann. Aber auch bei der inhaltlichen Gestaltung dieses nationalen Rechtssystems wird manches von der internationalen Übermacht diktiert; das Übrige, das für sie vom minderen Interesse ist, gleichsam von ihr stillschweigend akzeptiert. *Alles Recht hat seine tiefsten Wurzeln im Völkerrecht.* Hinter dem Rechte muss — so sagten wir — als Garantie seiner Verwirklichung die stärkste soziale Macht stehen, und diese Macht ist — ohne dass sie in der festen staatlichen Organisationsform eines Weltstaates zu erstarren brauchte — die Kraftresultante des internationalen Mächtegleichgewichts.

Gewiss, diese Auffassung steht mit der herkömmlichen Lehre von der staatlichen *Souveränität* im Widerspruch. Die Vorstellung eines nicht nur nach innen höchsten, sondern auch nach aussen gänzlich unabhängigen Staates, der ausschliesslich durch seinen eigenen Willen bestimmt ist, ist aber bei der heutigen Entwicklung der internationalen Verhältnisse nicht aufrechtzuerhalten. Die Souveränität bedeutet bloss, dass die Staatsbürger und Staatsorgane das vom Staate gesetzte Recht anerkennen müssen ohne noch weiter nach seiner juristischen Grundlage zu fragen. Sie bedeutet aber nicht, dass dieses Recht von äusseren Einflüssen frei zustande gekommen wäre. Der Normerfasser muss irgendwo halt machen und irgendeine Norm als die oberste annehmen. Für die Staatsbürger und Staatsorgane bedeutet nun der Souveränitätsbegriff diese Haltestelle.[36]) Wenn der Souveränitätsbegriff auf diese Weise eine Haltestelle, einen Grenzbegriff für die praktische juristische Prüfung bedeutet, ist er

---

[36]) Vgl. *Bodin* De Republica lib I. c. 8: „Maiestas est summa *in cives ac subditos* legibusque soluta potestas". „Sed plurimum distat lex a jure. Est enim lex nihil aliud quam summae potestatis jussum." „Nam si „legibus omnibus solutam definiamus, nullus omnino princeps jura maiestatis habere comperiatur, cum *omnes teneat lex divina lex item naturae, tum etiam lex omnium gentium communis,* quae à naturae legibus ac divinis divisas habet rationes." — Bezeichnend ist, dass die Tributpflicht nach Bodin keine eigentliche Schmälerung der Souveränität des tributpflichtigen Staates bedeutet. Vgl. *Landsberg:* Der Souveränitätsbegriff etc. Leipzig 1896. S. 44.

mit dem Begriffe der „unmittelbaren Rechtsnormen", deren rechtliche Gültigkeit nicht auf Grund einer anderen Rechtsnorm dargetan werden kann, sondern deren rechtliche Natur durch die unmittelbar hinter ihnen stehende Macht garantiert wird, bei denen also jede theoretische juristische Prüfung notwendig Halt machen muss, in naher Verwandtschaft: der Begriff der „unmittelbaren Rechtsnormen" ist eben die Endstation, wo eine „Metabasis eis allo genos" stattfinden muss. Die Begriffe der *„unmittelbaren Rechtsnormen"*, des *Völkerrechts,* der *Revolution,* des *Gewohnheitsrechtes* und der *Souveränität* gehören demnach eng nebeneinander.

Überaus interessant und lehrreich sind von unserem Standpunkte die neueren Erörterungen *Krabbes, F. Sanders* und *Kelsens.*[37]) Alle drei erblicken im Völkerrechte, um das von Sander zitierte Wort *Konstantin Frantz'* zu wiederholen, die Krone alles Rechts, woraus alles andere Recht erst sein volles Licht erhält.[38]) Allerdings kommen die genannten Autoren von einer anderen Grundauffassung geleitet, auf Grund anderer Voraussetzungen und eines anderen Rechtsbegriffes zu dem erwähnten Resultate, und so sind wir uns dessen vollständig bewusst, dass wir sie nicht weitergehend zur Unterstützung unserer Ansicht anführen können, wie wir uns andererseits auch

---

[37]) H. *Krabbe:* Die Lehre der Rechtssouveränität. Groningen 1906; Dr. Fritz *Sander:* „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung." Leipzig u. Wien 1919. (Separatabdruck aus der Zeitschrift für öff. Recht, I. Bd.); H. *Kelsen:* Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen 1920.

[38]) A. a. O. S. 23. — Vgl. *Krabbe,* a. a. O. S. 228: „In dem internationalen Recht hat ja die ganze Staatspersönlichkeit ihre Wurzeln und auf ihm beruht deren ganze Kompetenz." Ferner S. 184; 225—229; 246, 247. — *Sander,* a. a. O. S. 10: „Über dem Stufenbaue des Staatsrechts erhebt sich der Stufenbau des Völkerrechtes", welches er „als höchste Stufe" „in dem alles Staatsrecht eingewurzelt ist" „in das Weltrechtssystem einstellt". (S. 23.) Ferner S. 25, 32—33. — *Kelsen,* a. a. O. S. 137: „Durch die in der Grundnorm oder Quelle des Völkerrechts vorgenommene Delegation der staatlichen Rechtsordnung sind diese als der Völkerrechtsordnung unterstellt, und letztlich mit dieser zu einem einheitlichen Normensystem zusammengefasst zu erkennen." Ferner S. 133, 149, 190, 196, 204, 236, 238, 274, 314—320.

nicht mit ihren sonstigen Ausführungen identifizieren möchten.[39])

[39]) Besonders scheint es, als ob sie die Notwendigkeit des erwähnten „Überganges ins andere Genus" nicht einsehen könnten. Sie wollen an die Grenzen der juristischen Prüfung gelangen, ohne an die angrenzenden metajuristische Fakta anzustossen. Sie glauben bei der Auffindung der juristischen Grenzbegriffe innerhalb der Welt der besonderen rechtlichen Inhalte verbleiben zu können und scheinen das bekannte Bravourstück des Baron Münchhausens zu wiederholen, der sich an dem eigenen Zopf aus dem Sumpfe zog. So erklärt *Krabbe* a. a. O. S. 163, dass „die Basis des Rechts nicht ausserhalb, sondern innerhalb des Rechtes selbst liegt", und es ist von diesem Standpunkte aus konsequent, wenn er die behauptete „Prävalenz des internationalen Rechts vor dem nationalen" darauf gründet, dass die dem einzelnen Staate verliehene Befugnis, bestimmten Interessen Rechtswert zu erkennen, dem internationalen Rechte selbst entnommen ist (a. a. O. S. 184). Dieser Zirkel kommt noch deutlicher zum Ausdruck in seiner Auffassung vom Verhältnis des Rechtes zum Zwang: „das Recht (fordert) — wird auf S. 185 ausgeführt —, für deren (sc. der Norm) Durchsetzung Zwang", und „die Ausübung von Zwang zu diesem Zwecke durch die Organe des Staates (ist) — so heisst es auf S. 186 — die Erfüllung einer Rechtspflicht; dass man also sagen kann, *das Recht handhabe sich selbst,* was dann wiederum die selbständige Geltung des Rechts zum Ausdruck bringt." Der „radix malorum" liegt in der Gleichsetzung von Gehorsam und Zwang: „Die Gewalt oder die Macht kann nur der Ausfluss des ihr bewiesenen Gehorsams sein" (S. 124). — Auch *Sander* verkündet „die Ablehnung der Aufnahme jedes metajuristischen Faktums in das Rechtssystem" (a. a. O. S. 31). Seine „reine Rechtswissenschaft „untersucht nur funktionale Beziehungen zwischen Rechtssätzen" (S. 12). „Die ‚Welt' der reinen Rechtswissenschaft bedeutet nur Rechtssätze" (S. 33). Um nun die unendliche Vielheit der Rechtssätze zur einheitlichen „Welt" des „Weltrechtssystems" zusammenfassen zu können, braucht Sander eine „einheitliche Voraussetzung" eine „einheitliche Methode", die nur in einer „Hypothesis" bestehen kann, denn „die Einheit des Rechtssystems kann nicht in einer erfahrbaren Tatsache, im Materiale der . . . Gesetze, sondern nur in einer Hypothesis gefunden werden" (S. 9). Und diese Hypothesis ist die „Hypothesis der Weltverfassung", die also bloss „einen konstitutiven Grundbegriff, eine Kategorie der reinen Rechtswissenschaft (bedeutet)" (S. 33). Abgesehen davon, dass er selbst schon ein „metajuristisches" Element, eine „Hypothesis" an das Material der Rechtssätze heranbringt, bedeutet also die Unterordnung des nationalen Rechtes unter das internationale bei Sanders eine *„petitio principii",* denn er geht ja von der Forderung eines „einheitlichen Weltrechtssystems" als unbewiesener Annahme, aus, und gelangt am Schlusse seiner Untersuchungen zur „Hypothesis der Weltverfassung", die eigentlich wieder nichts anderes als „die Idee der Totalität" des Weltrechtssystems bedeutet. — Auf die heiklen Fragen, wie er ohne zuvor einen festen Rechtsbegriff zu haben aus dem „Urmateriale" „gewisser urkundlich fest-

30

2. Unsere Untersuchungen führen also zu dem Ergebnis, dass der Zusammenhang zwischen Recht und Macht nirgends so unmittelbar und eng ist, als gerade bei den Normen des Gewohnheitsrechtes, bei den „leges imperfectae" (wenn sie wirkliche Rechtsgebote sind) und bei den Regeln des Völkerrechtes.

---

gelegter Sprachhandlungen" für seine juristische „Welt" die einzelnen *Rechts*sätze herausfindet (S. 13—14), ferner, wie er ohne einen ausserhalb der Rechtssätze stehenden Masstab zu haben, zwischen Rechtssätzen „höherer Stufe" und „niederer Stufe" unterscheidet (S. *22*), endlich wie or im Falle einer Revolution auf dem Gebiete des Völkerrechts, d. h. bei einem Bruche des Völkerrechtes selbst „durch brutale metarechtliche Tatsachen" die „Kontinuität der Rechtsordnung" verbürgt haben will, — wollen wir nicht näher eingehen. — Wir können uns auch nicht eingehend mit dem Werke *Kelsens* befassen. Das über Sander Gesagte gilt grundsätzlich auch hier. Für *Kelsen* ist die Einheit des Weltrechtssystems bloss eine Forderung des auf die normative Betrachtung übertragenen „Grundsatzes der Erkenntnisökonomie" (S. 98—99). „Denn das Postulat der Einheit der Erkenntnis gilt unbeschränkt auch für die normative Ebene und findet hier seinen Ausdruck in der Einheit und Ausschliesslichkeit des als gültig vorausgesetzten Normensystems" (105). „Die Einheit des Erkenntnisstandpunktes fordert gebieterisch eine monistische Anschauung" des Rechtes (123). Diese monistische Konstruktion kann aber mit Hilfe von *zwei juristischen Hypothesen* erfolgen: entweder mittels der Hypothese von dem „Primat der staatlichen Rechtsordnung" oder durch die von dem „Primat der Völkerrechtsordnung". Da die erstere Hypothese zur Leugnung des Völkerrechts (133, 149, 190, 196), und infolge der ihr innewohnenden „subjektivistischen Tendenz" sogar zur „Negation des Rechtes überhaupt und sohin der Rechtserkenntnis, der Rechtswissenschaft" führt (317): muss die „Hypothese vom Primat der Völkerrechtsordnung" als Grundlage der monistischen Rechtsanschauung angenommen werden. In dieser Hypothese liegt zugleich auch der Grundgedanke des Pazifismus und eine sittliche Idee (204, 319). Vgl. S. 93, 97, 103, 133. 188, 190, 204, 236, 238, 249, 253, 274, 314—320. — Kelsen scheint beim Völkerrechte übrigens die Beziehung zur *Macht* herauszufühlen, ohne jedoch die wahre Bedeutung derselben für den Rechtsbegriff zu würdigen, wenn er erkennt, dass das „Moment der *Faktizität*" in der Sphäre des Völkerrechts sehr oft „zu einem *Rechtsprinzip* erhoben wird" (240). „Freilich gerät hier das Völkerrecht — führt er weiter aus — an die äusserste Grenze des Bereichs normativer Erkenntnis, an die äusserste Grenze des Rechtes. Es ist vielleicht gerade noch Recht, wenn es — den fundamentalen Gegensatz von Sein und Sollen gefährdend — zwar nicht jede faktische Macht als Rechtsmacht zu etablieren bemüht ist, aber doch *nur* eine bestimmte *faktische* Macht als Rechtsmacht gelten lassen will. Und in dieser Schwäche des Völkerrechts gegenüber der faktischen Macht, in dieser Neigung des Völkerrechts, vor den Tatsachen zu kapitulieren, zeigt sich seine wahre Schwäche als Recht" (241).

Man findet demnach keine Rechtsnormen, bei denen das Moment der Zwangsandrohung fehlen würde. Wie steht es aber mit der anderen Frage, ob jede Zwangsandrohung, jeder Befehl, hinter welchem die physische Gewalt steht, bereits eine Rechtsnorm ist? Damit kommen wir zu dem erwähnten *zweiten* Einwande, den man gegen unsere Auffassung machen könnte, dass sie nämlich zu *weit* gefasst sei.

Auf diesen Einwand haben wir bereits bei der Abgrenzung des Rechtes von den „nackten Machtbefehlen" die Antwort erteilt, dass die blosse Zwangsandrohung noch nicht genügt einen Befehl zur Rechtsnorm zu erheben, sondern dass dazu noch notwendig ist, dass die Zwangsandrohung von der stärksten sozialen Macht herrühre. Zum Begriffe der stärksten sozialen Macht gehört nun auch eine gewisse Beständigkeit und Stabilität, so dass die Rechtsnormen im Gegensatze zu den „nackten Machtbefehlen" immer mit einer gewohnheitsmässigen Hülle bekleidet erscheinen.[40]) Es besteht also zwischen der Macht, welche hinter dem Rechte, und die hinter den „blossen Machtbefehlen" steht, in erster Linie ein *gradueller* Unterschied. Wie dieser *quantitative* Unterschied zu äusserst wichtigen *qualitativen* Unterschieden führen kann und von Ausnahmefällen abgesehen wirklich führt, werden wir bei der Betrachtung der Beziehungen des Rechtes zur Moral sehen.

Äusserst lehrreich über das Verhältnis des Rechts zu blossen Machtbefehlen sind die feinen Bemerkungen des heiligen *Augustins*. „Wenn wir die Gerechtigkeit beiseite schieben — lesen wir in „De civitate Dei" 4. 4. — was sind die Staaten anderes als grosse Räuberbanden? Denn was sind die Räuberbanden anderes als kleine Staaten? . . . Denn eine feine und richtige Antwort wurde Alexander dem Grossen von einem gefangengenommenen Seeräuber erteilt. Als nämlich der König diesen Menschen fragte, was er denke, dass er die Sicherheit des Meeres derart gefährdete, antwortete ihm dieser mit kühnem Trotze: „Dasselbe, was Du, der Du dies mit der ganzen Welt tust: da ich es aber mit einem kleinen Schiffe tue, werde ich Seeräuber genannt, Du aber, weil Du es mit einer grossen Flotte tust, Imperator." Allerdings meint Augustin, dass ein Staat, der

[40]) Vgl. oben S. 21. 13. 10.

diesen Namen wirklich verdienen soll, die Gerechtigkeit beobachten muss. Es ist aber auch das Gegenteil möglich, es kann auch einen ungerechten Staat und ein ungerechtes Recht geben, wie denn Augustin an einer anderen Stelle (5, 21) selber bemerkt: „Regnum terrenum (dat Deus) et piis et impiis, sicut ei placet, cui nihil injuste placet." Und in einem Staate der Bolschewisten, die ehrlich genug sind, die „Ideologie" der Moral offen bei Seite zu schieben, oder in einem Rechte, welches aus den Friedensverträgen von Trianon und Versailles entspringt, aber auch in dem heiligen Zarenreiche Tolstojs, würden wir die Gerechtigkeit wohl vergeblich suchen. Jedenfalls würde man aber irren, wenn man das Gleichnis des augustinischen Seeräubers, das nur auf solches Recht gemeinster Sorte zutrifft, auf das Recht schlechthin anwenden wollte.

Dass Rechtsnormen und „nackte Machtgebote" einander nahe verwandt sind, lehrt uns in anschaulicher Weise die soziale Erscheinung der *Revolution.* Ist die revoltierende Macht schwächer als die hinter dem Recht stehende, so haben wir das Verbrechen der Empörung vor uns; ist sie stärker, und stabilisiert sie sich, so reden wir von revolutionärer Rechtsentstehung. Diese Tatsache leugnen, hiesse die Lehren der Geschichte zu ignorieren, in deren Laufe häufig genug durch Rechtsbruch (Eroberung, Annexion, Usurpation, Revolution oder Staatsstreich) neues Recht entstanden ist.[41]) Und wer die Möglichkeit *illegitimer* Rechtsentstehung bezweifeln würde, könnte der überhaupt noch im heutigen Europa Rechtsgebote anerkennen?[42]) Aber auch ganz abgesehen von den Lehren der Erfahrung, muss man infolge der Unmöglichkeit eines „regressus ad infinitum" zur Einsicht der Unmöglichkeit ausschliesslich legitimer Rechtsentstehung gelangen; das Gegenteil zu beweisen hiesse eine „probatio diabolica" zu unternehmen. Wenn also die *Legitimitätstheorie* die *Unmöglichkeit* der illegitimen Rechts-

[41]) Vgl. *Stammler,* Wirtschaft u. Recht 1. Aufl. S. 493; *Somló:* Jur. Grundl. S. 117; *Jhering:* Zweck im Recht. III. 1878. Bd. I. S. 251; *Kirchmann:* Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral. 1869. S. 64.

[42]) Vgl. *Somló* A szokásjog. S. 8; *Bismarck:* Gedanken u. Erinnerungen 1905. I. S. 198: „Wie viele Existenzen gibt es noch in der heutigen politischen Welt, die nicht in revolutionärem Boden wurzeln?" Dieses Wort Bismarcks hat *heute* an Wahrheit wohl noch gewonnen.

entstehung behauptet, wenn sie den Standpunkt vertritt, aus Rechtsverletzung könne niemals Recht entstehen, so ist sie völlig im Unrecht. Die legitimistische Ansicht könnte höchstens die *Unrichtigkeit* der illegitimen Rechtsentstehung behaupten, d. h. dass es politisch unerwünscht oder sittlich verwerflich sei, durch Rechtsbruch ein neues Recht zu begründen. In dieser Formulierung liegt sicherlich viel Wahrheit in der Legitimitätstheorie. Der Gedanke der Unzerstörbarkeit des Rechtes ist von hohem, wenn auch nicht vom höchsten sittlichen Werte. Und es gibt sicherlich nichts, was gefährlicher für ein Gemeinwesen wäre, als die revolutionäre Erschütterung seiner feststehenden Rechtsordnung, der innere Umsturz. In dieser Formulierung bewegt sich aber die Legitimitätstheorie nicht mehr auf dem Felde der tatsächlichen Konstatierungen, sondern auf dem der politischen und sittlichen Wertungen; sie kann sich deshalb vor anderen politischen und sittlichen Argumenten nicht verschliessen, kann keine absolute Geltung für sich beanspruchen: sie ist bloss einer der Kämpfer auf dem Schlachtfelde politischer Argumentationen.[43]) Und es können Situationen im Leben der Völker und Staaten vorkommen, wo das politische und sittliche Argument der Legitimität vor anderen, höheren politischen und sittlichen Forderungen weichen muss. Es sind das die *politischen Notstände* im Leben der Nationen, die sich zu der Alternative zuspitzen: das Recht oder das Leben. Wenn in solchen Fällen die Gewalt eingreift, das Recht opfernd und das Leben rettend, kann der Sieg der politischen und nationalen Forderungen über das Legitimitätsprinzip nicht betrauert werden. Denn das Recht ist nicht das Höchste in der Welt, nicht Selbst-

[43]) Vgl. *Brockhaus:* Das Legitimitätsprinzip. 1868. S. 323: „Das Vorhandensein fester Rechtsordnungen, welche durch illegitime Monarchen errichtet werden, ebenso wie die vollständige Machtlosigkeit des depossedierten Souveräns (scheint) jeder Bedeutung der Legitimität auf dem Gebiete des Staatsrechts zu wiedersprechen." S. 324—325: „Daraus ergibt sich . . . die vollständige juristische Irrelevanz der Illegitimität . . . Die Legitimität tritt somit ganz aus dem Juristischen heraus: sie stellt sich . . . als das sittlich u. politisch wertvolle, staatsrechtlich aber vollständig wertlose Merkmal des Ursprungs eines Monarchen oder einer ganzen Dynastie (dar). Die Legitimität des depossedierten Herrschers wird regelmässig längere Zeit hindurch eine Mahnung an die Sittlichkeit, an die Treue und den Rechtssinn der Nation sein." — Vgl. *Stammler:* Wirtschaft und Recht S. 510—514.

zweck, sondern lediglich ein Mittel zum Zwecke des Lebens, im Dienste der Nation und der Menschheit.[44])

Die entwickelte Ansicht über die Möglichkeit der illegitimen Rechtsentstehung steht in einem gewissen Gegensatz mit der Auffassung, die wir ungarische Juristen als eine von Generation zu Generation fortgepflanzte Tradition überliefert bekommen haben. Die *ungarische* Jurisprudenz und öffentliche Meinung klammerte sich immer mit einer solchen Glut der Überzeugung an den Gedanken der Unverletzbarkeit der Rechtsordnung, die vielleicht nirgends auf der Welt ihres gleichen findet. Die ungarische Verfassung ist tausend Jahre alt, und die ungarische Rechtsgeschichte kennt bis auf die allerjüngsten Zeiten keine revolutionäre Rechtsentstehung. Wir haben da eine Kontinuität der Rechtsentwicklung vor uns, an der die juristische Fachliteratur der Welt, — wenn wir nicht ein kleines, verlassenes Volk wären — viel mehr Bewunderungswürdiges finden würde, als an der vielgepriesenen Kontinuität der englischen Verfassung. Gewiss, die ungarische Geschichte kennt auch Verfassungskämpfe, sie sind aber — die traurigen Ereignisse der letzten Jahre ausgenommen — ausnahmslos Kämpfe um die Verteidigung des bestehenden Rechtes. Es äussert sich ein hartes Schicksal darin, dass wir eine Dynastie gehabt haben, die 400 Jahre hindurch der Nation im Fühlen und Denken fremd geblieben ist, die auf die Macht anderer Provinzen gestützt immerwieder unsere Verfassung bedrohte, und gegen die die Nation im Kampfe auf Leben und Tod ihr herkömmliches Recht, ihre staatliche Existenz zu verteidigen hatte. In diesem Kampfe bedeutete das Recht für die Nation zugleich auch das Leben. Und die unerschütterliche Stärke des mit dem nationalen Gedanken vereinten Rechtsgedankens äussert sich darin, dass das bestehende Recht gegen alle Versuche der Vernichtung verteidigt wurde. Den innigen Hang am hergebrachten Rechte beobachteten wir andererseits in den Ereignissen der jüngsten Tage, als nur die stärkste äussere Pression die ungarische Nation davon zurückhalten konnte, ihrer legitimen Dynastie, von der sie im Laufe der Jahrhunderte soviel Leid zu erdulden hatte,

---

[44]) Vgl. *Jhering:* Zweck im Recht. III. Aufl. Bd. I. S. 250—252. *Brockhaus,* a. a. O. S. 161.

trotz alledem die Rückkehr möglich zu machen und dem gekrönten König die Ausübung der ihm verfassungsmässig zustehenden Herrscherrechte zu übertragen.

Die Grundlage der heutigen ungarischen Verfassung — die Lehre von der heiligen Krone — ist im Mittelalter bereits entwickelt; sie hat die Stürme der Jahrhunderte siegreich überstanden. Ist es ein Wunder, dass diese in der alten Verfassung lebende Kraft, durch die Wucht einer Weltkatastrophe zerschmettert bei all' ihren schmerzhaften Zuckungen die Hoffnung auf einen endlichen Sieg der traditionellen Mächte nicht aufgeben und nicht lautlos in das eng bemessene Grab steigen kann? Ist es ein Wunder, dass bei dieser Bedeutung der Tradition und des hergebrachten Rechtes die Tatsache der illegitimen Rechtsentstehung auch wenig Beachtung findet?

Aber wenn wir die ungarische Rechtsentwicklung näher betrachten, finden wir darin ebenfalls kleinere Diskontinuitäten. Auch bei einem Bruche der Verfassung, der von oben her kommt, können bei der „restitutio in integrum" Situationen sich ergeben, in denen die Herstellung des verfassungsmässigen Zustandes zwar möglich ist, der Weg zu diesem Ziele aber vom Standpunkte des Staatsrechts nicht einwandfrei sein kann. Als im Jahre 1867 nach dem Absolutismus die Verfassung hergestellt wurde, waren solche staatsrechtliche Schwierigkeiten nicht zu vermeiden.[45]) Und auch bei der heutigen staatsrechtlichen Lage ist es unzweifelhaft, dass — wenn die Herstellung des vorrevolutionären Rechtes auch möglich wäre — dies nur durch Faktoren bewirkt werden könnte, die selber revolutionären oder gegenrevolutionären Ursprungs und zu solchen Funktionen nach dem alten Rechte nicht berechtigt sind. Die wieder in Funktion tretenden legitimen Institutionen würden also selber illegitimen Ursprungs sein. Dies würde aber auch in dem Falle eine Diskontinuität der Rechtsordnung bedeuten, wenn sämtliche alten

[45]) Sowohl der Reichstag vom Jahre 1861 als auch vom Jahre 1865, — die die Schaffung der 1867-er Ausgleichsgesetze vorbereiteten wurde z. B. vom österreichischen Kaiser zusammengerufen, der dazu im Sinne der ungarischen Verfassung keine Berechtigung haben konnte. Bis 1867 war Ferdinand V. rechtlich König von Ungarn, Franz Joseph I. war bloss faktischer Gewalthaber. Vgl. *Réz:* „A jogfolytonosság és a legalitás." (Die Rechtskontinuität und die Legalität. Ungarisch.) Magyar Figyelő III. 1913. S. 168, 175.

Institutionen wieder gänzlich unverändert aufgerichtet werden könnten. Das wird bei der heutigen Lage der Dinge aber ebenfalls unmöglich sein, und man kann und wird bloss die Herbeiführung eines Zustandes erstreben, der dem Geiste und den grundlegenden Prinzipien der hergebrachten tausendjährigen Verfassung entspricht. Auch in der kontinuierlichsten Rechtsentwicklung finden sich also Diskontinuitäten, so dass auch für solche Rechtssysteme der Gedanke der ausschliesslichen legitimen Rechtsentstehung wohl eine politische Forderung, aber keine wissenschaftliche Feststellung bedeuten kann:

Die Untersuchung der ungarischen Rechtsauffassung ist von unserem Standpunkte aus auch in einer anderen Beziehung lehrreich. Wie sehr auch die Revolution, die illegitime Rechtsentstehung im Grossen, durch sie verurteilt wird, ist die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes, die allmähliche illegitime Rechtsentstehung im Kleinen, von altersher anerkannt. Schon *Werbőczy* sagt in seinem Tripartitum: „(Consuetudo) . . habet virtutem derogatoriam, quia derogat legi, quando est contra legem."[46]) Die Möglichkeit dessen, dass faktische revolutionäre Einrichtungen durch die Pforte der Gewohnheit in das Heiligtum des Rechtes hineingelangen, ist auch nach der ungarischen Rechtsauffassung nicht ausgeschlossen; was in vollem Einklange mit unserer Auffassung steht, wonach die Gebote der stärksten sozialen Macht erst nach der Bekleidung mit dem konservativ gefärbten Gewande der Gewohnheit den Rechtscharakter erwerben. Und wenn wir sagen konnten, die rechtsbildende Gewohnheit wäre eine konservative Revolution, so können wir andererseits vom revolutionären Rechte behaupten, dass es ein schnellen Schrittes schreitendes Gewohnheitsrecht sei: der aus heftigen Gesten, als konkludenten Fakten, ersichtliche Wille der Nation, Wille der Macht.

## VI. Die Beziehungen des Rechtes zur Moral.

1. Unsere Erörterungen über die Beziehungen des Rechtes zur Macht haben dargetan, dass das Recht, wenn es auch keinesfalls mit der Macht identisch ist, doch in einem sehr engen

[46]) Prologi Tit. 11. § 4.

Verhältnis zu ihr steht. Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick als befremdend. Es scheint, als hätten wir das Recht, die Frucht der brutalen Gewalt, jeder moralischen Weihe entkleidet. Und doch wird gerade der Begriff der *physisch stärksten* sozialen Macht dazu führen, eine der wichtigsten Beziehungen des Rechtes zur Moral aufzudecken. Les extrêmes se touchent.

Die physisch stärkste soziale Macht bedeutet keine Naturkraft, sondern eine menschliche Kraft. Und da die physische Kraft eines Menschens verschwindend klein ist, kann die Bildung einer innerhalb einer grossen Gesellschaft stärksten sozialen Macht, nur durch die Zusammenfassung von tausend und aber tausend menschlichen Kräften bewerkstelligt werden. Diese Vereinigung geschieht nicht auf mechanische Weise, sondern durch das Medium des menschlichen Willens, auf *interpsychische* Art. Es gibt verschiedene interpsychische Kräfte, welche die Vereinigung vieler Menschen zur einheitlichen Kraftentwicklung hervorbringen können: Triebe des Instinktlebens, gemeinsame Bedürfnisse und wirtschaftliche Interessen, intellektuelle Einsichten und unbewusste Kulturprodukte, gemeinsame Sprache und Konvention, gefühlsmässige Anschauungen, historische Traditionen, nationale Ideale und gemeinsame ethischen Überzeugungen. Ja, das schon bestehende Recht ist selber ein solcher einigender Faktor, aber da in diesem Zusammenhange von den Faktoren der hinter dem Rechte stehenden Macht die Rede ist, soll von dem Rechte selber abgesehen werden. Es kann auch nicht unsere Absicht sein, eine soziologische Erörterung über die Grundlagen dieser sozialen Macht anzustellen: es genügt von unserem Standpunkte aus darauf hinzuweisen, dass *diese physisch stärkste soziale Macht,* von der in den vorangehenden Ausführungen gesprochen wurde, keine tote Kraft, sondern *eine lebendige, aus der organischen Verknüpfung sozialer Faktoren entspringende, durch interpsychische Bande zusammengehaltene Macht ist, die durch das Medium des menschlichen Willens mit den höchsten nationalen und ethischen Zielen menschlicher Bestrebungen zusammenhängt.* Ebenso, wie die vom geschichtlichen Materialismus einseitig hervorgehobenen wirtschaftlichen Faktoren, wirken auch *ethische Mächte,* die nicht blosse Reflexe der ersteren sind, in der Rechtsentwicklung. Die Wirkung *gefühlsmässiger Elemente* auf die Gestaltung des

Rechtes darf nicht gering eingeschätzt werden;[47]) die gefühlsmässigen Anschauungen einer menschlichen Gemeinschaft haben stets eine ethische Färbung. Mit vielem Grunde konnte deshalb *Trendelenburg* sagen, dass *„das Recht,* nach seinen inneren Motiven aufgefasst, *ein Ausdruck der nationalen Sittlichkeit ist."*[48]) Gewiss, das Recht folgt dem Siege der stärkeren Gewalt, aber „im Siege treten die Wirkungen unendlich komplizierter sittlicher Ursachen zu Tage. Ihr Ergebnis ist die Macht, die das Recht der Gegenwart bestimmt."[49]) Dieses Wort *Stintzings* enthält sicherlich „cum grano salis" die Wahrheit, wenn es auch nicht ausnahmslos zutrifft.

Dass das Recht ein „Ausdruck der nationalen Sittlichkeit" ist, äussert sich nirgends so deutlich, als auf dem Gebiete des *Strafrechts,* das in seinen verbrecherischen Tatbeständen und den Pönalsanktionen lediglich ethische Werturteile des Gesetzgebers enthält. Schuld und Strafe sind in erster Linie ethische und nicht juristische Begriffe.[50]) Dass aber auch das *Privatrecht* tief in den Boden der Moral eingewurzelt ist, bezeugt der allgemein anerkannte privatrechtliche Grundsatz, wonach überhaupt nur solche Rechtsgeschäfte gültig sein können, die nicht gegen die „guten Sitten" verstossen. Überaus deutlich tritt die Verbindung von Privatrecht und Moral im deutschen BGB hervor, das von sittlichen Begriffen wie „nach Treu und Glauben", „nach billigem Ermessen" und dergleichen geradezu beherrscht

---

[47]) Vgl. *Loening:* Über Wurzel und Wesen des Rechts S. 28: „Das menschliche Gefühl ist der Schöpfer des Rechts." *Berolzheimer:* System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie III. Bd. S. 88: „Das Recht ist . . . ein auf gefühlsmässigem Grunde erwachsenes Artefakt der menschlichen Gemeinschaft." *Affolter:* Recht über den Staaten (Archiv etc. XIV), S. 98: „Recht ist die, gefühlsmässigen Anschauungen entfliessende kraftvolle Ordnung des menschlichen Nebeneinanderlebens."

[48]) A. a. O. S. 101.

[49]) *Stintzing,* a. a. O. S. 32.

[50]) Vgl. *Moór:* Die Reform des ung. Schwurgerichtes. (Rechtsgang 1914. Bd. II. H. 2.) S. 196, 201. — Wie weitgehend die Berücksichtigung moralischer Forderungen im Strafrechte sein kann, beweist § 291 des deutschen Entwurfes zu einem StGB von 1919, der die Unterlassung der Lebensrettung mit Strafe bedroht, wobei sich die Begründung auf die sittliche Pflicht der Lebensrettung beruft.

wird.[51]) Der ethische Charakter des *Staatsrechtes* — das mit allen seinen Einrichtungen auf das Staatswohl gerichtet ist, „ad utilitatem publicam spectat", wo die subjektiven Berechtigungen im Glanze der ethischen Verpflichtungen erscheinen — bedarf keines ausführlicheren Beweises. Und dass die moralischen Forderungen an den Grenzen des *internationalen Rechtes* ebenfalls keinen Halt machen, geht aus der Betrachtung hervor, dass sogar auf dem Felde, wo die Gewalt die geborene Herrscherin ist, das Kriegsrecht zwei einander gegenseitig beschränkende Prinzipien, von denen es geleitet wird, zu versöhnen versucht: die militärische Notwendigkeit mit der Humanität. Die mit dem Rechte nahe verwandten beiden Begriffe, Zwang und Moral werden nirgends in eine grellere Beleuchtung gestellt als hier.

Eng ist der Zusammenhang zwischen dem Faktischen und Moralischen auch im *Gewohnheitsrecht,* hinter dessen Normen meistens unmittelbar die Macht steht und die sich andererseits meistens in unmittelbarer und steter Berührung mit den sittlichen Anschauungen des Volkes befinden. Aus den sittlichen Anschauungen des Volkes resultiert nämlich eine physische Kraft, gegen die die Bayonette oft garnichts vermögen.

Die ethische Überzeugung über die Richtigkeit einer Rechtsnorm ist in den meisten Fällen notwendig dazu, so grosse Massen zu einheitlicher Kraftentfaltung zusammenzuhalten, die zur Bildung der physisch stärksten Macht in einer grossen Gesellschaft notwendig sind. Der Seeräuber des heiligen Augustins irrte sich gewaltig in der Annahme, dass Prinzipien die eine Räuberbande beherrschen, auch in einem grossen Staate die zu ihrer Verwirklichung notwendige stärkste soziale Macht hinter sich haben könnten. Daraus ergibt sich die Wichtigkeit der moralischen Billigung der Rechtsnormen seitens der Untergebenen, die jedoch in dieser Beziehung eher als Rechtsgeber und Rechtserhalter betrachtet werden sollten, um den Zirkel, der in dem Satze „obtemperantia subditum facit" liegt, zu vermeiden.[52])

---

[51]) Wie weit in dieser Hinsicht das Privatrecht gehen kann, zeigt das berühmte Schikaneverbot des deutschen BGB, das dem Satze „qui iure suo utitur neminem leadit" zum Trotze bestimmt: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen" (§ 226).

[52]) Vgl. *Somló:* Jur. Grundlehre S. 115—116.

Der Gedanke, ethische Motive im Interesse der Befolgung der Rechtsnormen auch dort geltend zu machen, wo die inhaltliche Billigung der Normen fehlen könnte, liegt in der Institution der *promissorischen Eide,* die das Staatshaupt, die Staatsorgane und Staatsbürger bei verschiedenen Gelegenheiten leisten müssen. Und ein überaus starkes ethisches Motiv ebenfalls zur Befolgung der Rechtsnorm, ganz abgesehen von seinem Inhalte, ist der sittliche Gedanke der Heiligkeit und Unzerstörbarkeit des Rechtes, in dem jede *Legitimitätstheorie* verankert ist.[53]) Demselben sittlichen Boden entwächst auch die *Tradition,* die dem hergebrachten Rechte nicht nur den Zauber ehrwürdigen Alters und der historischen Weihe verleiht, sondern auch eine physische Macht zu Gebote stellt, deren Bedeutung man ungarischen Juristen, im Lande der *Csaba* Legende, nicht zu betonen braucht. Aber nicht nur die traditionelle Weihe des historischen Rechtes entspringt aus dem Urquell sittlicher Gefühle: die stete Berührung mit dem sittlichen Geiste der Gemeinschaft, für die es gilt und gelten will, ist auch das Geheimnis, welches das Recht ewig *jung* zu erhalten vermag.[54])

In dem Herausfühlen dieser Beziehungen des Rechtes zur Moral liegt der richtige Gedanke, der bei der Bestimmung des Rechtsbegriffes sowohl den *„einseitigen ethischen Rechtstheorien"* als auch den *„Anerkennungstheorien"* vorschwebt. Diese Theorien irren sich aber dennoch, wenn sie die ethische Billigung oder die Anerkennung seitens der Untergebenen als ein *begriffliches* Merkmal des Rechtes betrachten. Gewiss ist dieser Faktor von überaus grosser Wichtigkeit, aber er ist nicht der einzige, der die physisch stärkste soziale Macht zusammenhält. Ausser ihm gibt es noch sehr viele andere Faktoren der höchsten Macht, — wir haben sie auch nicht erschöpfend aufzählen wollen — auf welche sich das Recht stützt. Und es kann sich ereignen, dass diese anderen, instinktiven, egoistischen, intellek-

---

[53]) Vgl. *Brockhaus* a. a. O. S. 330: „So ist die Legitimität denn keineswegs wirkungslos: sie ist die natürliche Basis eines Treueverhältnisses, welches das Volk mit seinem legitimen Fürsten selbst dann noch verbindet, wenn Eroberung oder Usurpation das rechtliche Band zwischen beiden bereits gewaltsam zerrissen."

[54]) Vgl. *Jodl:* Über das Wesen des Naturrechtes. Wien 1893. S. 18.

tuellen, wirtschaftlichen Faktoren und dergleichen auch *ohne* den ethischen Faktor, ja vielleicht *trotz* diesen, mächtig genug sind, ein Gebot als Rechtsnorm durchzusetzen. Man kann also das Element der ethischen Billigung oder Anerkennung seitens der Untergebenen ebensowenig in die *Begriffsbestimmung* des Rechtes hineinnehmen, wie das der moralischen Richtigkeit. Es besteht nur eine gewisse *Wahrscheinlichkeit* und keine begriffliche Notwendigkeit dafür, dass das ethische Element im Rechte zur Geltung gelangen wird.

2. Trotz der hohen Bedeutung, die den ethischen Prinzipien im kausalen Werdegang des Rechtes zukommt, gehört also der Gedanke der moralischen *Richtigkeit* nicht zum Begriffe der Rechtsnorm. Es kann auch unrichtiges Recht geben. Das Gegenteil behaupten und annehmen, alles was als Recht zur Geltung gelangt, sei richtig, hiesse das ewige Problem der *Theodicee* zu ignorieren. Wie in der Welt überhaupt neben dem Guten auch das Böse vorkommt, da sie unleugbar mit vielen Mängeln, Unzweckmässigkeiten, Übeln und sittlichen Schäden behaftet ist, so ist es auch in der juristischen Welt. Auf die Erfahrung, dass Tugend den Verzicht auf empirisches Glück verlangt und dass Untugend mit zeitlicher Glückseligkeit vereinbar ist, dass das Schicksal so oft den Sieg des Bösen über das Gute mit sich bringt, hat bekanntlich *Kant* seinen „moralischen Gottesbeweis" aufgebaut, die Forderung des unsterblichen Lebens und der Existenz eines höchsten Wesens gegründet. Denn unser moralisches Bewusstsein fordert die Realität des höchsten Gutes, die Vereinigung von Glückseligkeit und Tugend. Dasselbe *metaphysische Bedürfnis,* dieselbe Forderung äussert sich in der Auffassung des *Naturrechts.* Die Unzulänglichkeiten des geltenden positiven Rechtes führen hier zum Postulate eines juristischen Jenseits, wo die Kongruenz des Rechtes mit der Richtigkeit im Begriffe eines ewig geltenden idealen Rechtssystems erreicht wird. Gewiss entspringt die naturrechtliche Auffassung einem tief empfundenen moralischen Bedürfnis des menschlichen Gemütes, nur muss man den *„transcendentalen Schein"* in ihr aufdecken, und den Irrtum, den sie begeht, als sie das *ethisch Geforderte* für *wirkliches Recht* nimmt, vermeiden. Sicherlich liegt viel Wahrheit im Naturrechte, allein es segelt unter einer falschen Flagge, es sollte

nicht die Bezeichnung des „Rechtes", sondern die der „Moral" führen.

Wie der Gedanke der Richtigkeit nicht zum Begriffe des Rechtes gehört, so gehört auch der der Unrichtigkeit nicht zu demselben. Der *Anarchismus* und der *geschichtliche Materialismus,* die das behaupten, irren also ebenso, ja noch mehr, als das Naturrecht; denn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die moralische Richtigkeit des Rechtes ist wenigstens doch vorhanden.

Damit man von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Rechtes reden kann, braucht man einen über dem Rechte stehenden *Masstab,* um es zu richten. Und dieser Masstab kann nichts anderes sein als die *Moral,* denn wir kennen keinen höheren. Es ist das grösste Verdienst der naturrechtlichen Auffassung, dass sie diesen richtigen Gedanken in sich enthält. Und auch in der Frage, ob ein unmoralisches Rechtsgebot uns moralisch verpflichtet, müssen wir uns der naturrechtlichen Auffassung anschliessen. Gewiss, die naturrechtliche Auffassung geht zu weit, und rechnet nicht mit der Wirklichkeit, wenn sie ein unrichtiges, unsittliches Rechtsgebot überhaupt nicht für Recht hält. Unzweifelhaft scheint es aber, dass aus einem unmoralischen Rechte zwar eine *rechtliche,* aber keine *moralische* Verpflichtung entstehen kann. Die Frage, ob man sich einem solchen unmoralischen Rechte gewaltsam widersetzen soll, ist aber damit noch keineswegs entschieden. Bei ihrer Beantwortung muss man sämtliche Konsequenzen des Rechtsbruches in Betracht ziehen, die daraus resultierenden Übel, die Gefährdung der Rechtssicherheit, die Schwächung des sittlichen Gedankens der Unantastbarkeit des Rechtes, sorgfältig abwägen und nur wenn das fragliche Rechtsgebot noch grössere moralische Übel verursachen würde, soll man es nicht anwenden. Sicherlich kann es Fälle geben, wo der Bruch eines unmoralischen Rechtes eine moralische Pflicht ist. Es können sich Situationen in der Weltgeschichte ergeben, wo Revolutionen eine sittliche Entschuldigung finden. Und es ist ein Irrtum, zu dem die konsequente Durchführung der *Legitimitätstheorie* führt, dass die Verletzung auch eines unmoralischen Rechtes, das auf legaler Weise nicht beseitigt werden kann, absolut verwerflich sei. Hier gilt die aus dem richtigen Kerne der naturrechtlichen Auffassung fliessende

Lehre, dass man den moralischen Geboten mehr zu gehorchen habe als den positiven Satzungen der Menschen.[55]) Die Geltendmachung moralischer Forderungen auf dem Gebiete des Rechtes und das Empfinden der engen Verbindung zwischen Recht und Moral hört man überhaupt am deutlichsten aus den naturrechtlichen Auffassungen herausklingen. In diesem Umstande besteht eben die ewige Bedeutung des Naturrechts, des Rechtes „das mit uns geboren ist",[56]) „unveräusserlich und unzerbrechlich wie die Sterne."[57])

3. Wir können auf Grund der Ergebnisse unserer Untersuchungen das Verhältnis von *Recht* und *Moral* kurz zusammenfassend folgendermassen charakterisieren:

*a)* Recht und Moral sind nahe verwandt. Beide gehören demselben Stamme an, fallen unter den Oberbegriff der sozialen Normen.

*b)* Während die Moral den Gedanken der Richtigkeit in sich trägt und seine empirische Verwirklichung bloss durch das sittliche Empfinden der Menschen garantiert wird, verbindet sich das Recht, in dessen Begriff *die moralische Richtigkeit nicht notwendig hineingehört,* mit der stärksten sozialen Macht. Der *Begriff der blossen Kraft* ist ethisch indifferent und hat noch nichts unsittliches an sich; er ist eher moralisch gefärbt: ist *achtunggebietend.*[58]) Einen moralischen Anstrich bekommt die Macht auch dadurch, dass sie eine *menschliche Kraft* bedeutet, die durch den zur sittlichen Welt gehörenden menschlichen *Willen* geleitet wird.[59])

---

[55]) Vgl. *Notter:* A természetjog. (Das Naturrecht. Im „Bölcseleti Folyóirat" 1905. Ungarisch) S. 580: „Wenn wir auch statt Naturrecht Moral sagen wollen, bleibt gesetztes Recht und Moral in demselben engen Verhältnis als gesetztes Recht und Naturrecht . . . Dass das gesetzte Recht verpflichtet, behaupten wir nur auf Grund des Naturrechtes (des natürlichen moralischen Gebotes)".

[56]) *Goethe,* Faust I. Teil Schülerscene.

[57]) *Schiller,* Wilhelm Tell, II. Aufzug 2. Scene.

[58]) Vgl. *Stintzing* a. a. O. S. 4: „Wunderbar ist der Zauber, den die Macht, wo sie erscheint, auf das menschliche Gemüt ausübt." — *Hedemann:* Gedanken über Gerechtigkeit. (Archiv X.) S. 173. — Die blosse Kraft kann auch das *aesthetische* Gefühl der Erhabenheit erwecken.

[59]) Vgl. *Stintzing* a. a. O. S. 26—27.

*c)* Daraus aber, dass das Recht sich mit der *stärksten* sozialen Macht verbindet, folgt ein inniges Verhältnis zwischen Recht und Moral. Unter den Faktoren, welche diese soziale Macht zusammenhalten, spielen *die moralischen Anschauungen* der Gesellschaft eine überaus wichtige Rolle. *Sie sind deshalb eine der wirksamsten kausalen Grundlagen des Rechtes,* die seine Entwicklung bestimmen und es aufrecht erhalten. Infolge dessen ist *auch der Inhalt des Rechtes durch und durch mit moralischen Elementen getränkt.*

*d)* Nicht nur der kausale Werdegang des Rechtes wird aber von den moralischen Anschauungen beeinflusst, *auch die Bewertung des Rechtes geschieht vom Standpunkte der Moral, die den Masstab zur Beurteilung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Rechtes bildet.*

Die Beziehungen des Rechtes zur Moral sind also vielseitiger und komplizierter als die zur Macht. *Die Moral gehört nicht zu den Begriffsmerkmalen des Rechtes,* und es ist auch eine gewisse Entfremdung des Rechtes von der Moral möglich. Dauernd kann aber das Recht auf die Stütze der Moral nicht verzichten. Denn *kräftig* kann nur dasjenige Recht sein, welches sich mit der Moral vereint und *richtig* nur dasjenige, welches der Moral entspricht. Das Recht erhält von der Moral seine Kraft, seine Ziele und seine Ideale.

## VII. Schluss.

Gegen unsere Auffassung des Rechtes könnte man zwei Einwände erheben. *Erstens:* die Verbindung des Rechts mit der physisch stärksten sozialen Macht bedeute eine Anbetung der Gewalt. *Zweitens:* durch die Lehre, dass das unmoralische Rechtsgebot ethisch nicht verpflichtet, werde das Recht der subjektiven Willkür preisgegeben. Die beiden Einwände widerlegen sich gegenseitig. Der wahre Anbeter der Gewalt ist der, der alles, was die Kraft besitzt, sich als Recht durchzusetzen, als auch moralisch verpflichtend betrachtet. Und die unbedingte Unterwerfung des Rechtes unter die Moral bedeutet nur für denjenigen, die Inthronisation der subjektiven Willkür, der die objektive Geltung der moralischen Forderungen bezweifelt. Gegen den letzteren lässt sich aber mit Fug die Frage richten,

worauf er selber sein *ethisches* Werturteil von der *sittlichen* Verwerflichkeit der subjektiven Willkür gründet?

Zwei Grundgedanken sind es auch, an denen wir am Schlusse festhalten müssen: 1. *das Recht bedarf um als Recht zu gelten der stärksten sozialen Macht; 2. es ist aber nur dann sittlich verpflichtend und kann nur dann von Beständigkeit und Dauer sein, wenn es sich mit der Moral verbindet.*

In den tragischen Ereignissen der letzten Jahre können wir für die enge Verbindung des Rechtes mit der *Macht* genügende Bestätigung finden. Wenn wir aber nach den *moralischen* Beziehungen des Rechtes suchen, stossen wir auf ungeheuerliche Missbildungen. Wir haben zum Beispiel einen Friedensvertrag vor uns, der bestimmt, dass ein kleiner Staat überhaupt keinen Krieg, also auch keinen Verteidigungskrieg führen darf[60]) — hat aber selbstverständlich das Recht — angegriffen zu werden, denn seine Neutralität ist nicht garantiert. Die staatliche Selbständigkeit dieses kleinen Staates wird durch allerlei Einmischungsrechte seiner grossen Gegner vollständig zerstört, es wird aber mit edler Miene die Selbständigkeit dieses Staates gegen den betreffenden Staat selber grossmütig beschirmt.[61]) Es werden gegen diesen kleinen Staat, der durch einen routinierten Gegner bereits eigenhändig ausgeraubt wurde, unter dem Vorwande der „Wiedergutmachung" die unglaublichsten materiellen Forderungen gestellt, dabei heisst es aber, dass die Wiedergutmachungskommission „sich nur durch die Grundsätze der Gerechtigkeit, der Billigkeit und des guten Glaubens leiten lassen wird."[62]) Es ist sicherlich kein schönes Bild, wo der Totschläger die Taschen seines Opfers ausleert; wenn er aber dabei die Lilie der Unschuld in die blutbefleckte Hand nimmt und den Rosenkranz der Tugend sich selber an die brutale Stirne legt: ist er erbärmlich. Gewiss finden sich aber auch

---

[60]) Vgl. Art. 104. des Friedenvertrags von Trianon: „Die ungarische Armee darf ausschliesslich nur zur Aufrechterhaltung der Ordnung auf dem Gebiete Ungarns und zum Grenzpolitzeidienste verwendet werden." Nach Art. 106. ist jede Mobilisierung für immer untersagt.

[61]) Art. 73. „Ungarn darf ohne Einwilligung des Rates der Völkerliga auf seine Unabhängigkeit nicht verzichten."

[62]) § 11. des Adnexes II. zu den Art. 161—174.

hohe Ideale im Friedensvertrag von Trianon: der Völkerbund[63]) ist durch den Gedanken des ewigen Friedens und die Bestimmungen über die internationale Organisation der Arbeit[64]) sind durch den Geist edler Humanität beseelt. Bei der näheren Betrachtung verschwindet die Schminke: der Völkerbund bedeutet die Sicherung der ruchlosen Beute,[65]) und die Bestimmungen über die „Arbeit" wollen nur womöglich verhindern, dass die Besiegten billiger produzieren können als die Sieger. Dass derart hohe sittliche Ideale der Menschheit zu niederträchtigen Zwecken des „égoisme sacré" prostituiert werden: ist am meisten empörend.

Können wir also in diesem Rechte die nahe Verwandtschaft und die engen Beziehungen des Rechtes zur Moral aufdecken? Sicherlich nicht. Die Möglichkeit eines unmoralischen Rechtes haben wir aber auch nicht bestritten. Wir meinten nur, dass ein solches Recht moralisch nicht verpflichtet und keine Beständigkeit und Dauer haben kann. Die Bestätigung dieser Behauptung werden wir auch erleben, denn es gilt heute noch das Wort des einstmaligen *einsichtigen* französischen Politikers: *„On peut tout faire avec les bayonnettes excepté s'y assoir."*

[63]) Teil I. des Friedensvertrages.
[64]) Teil XIII. des Friedensvertrages.
[65]) Art. 10.

# Eine Rechtsphilosophie des „kritischen Relativismus".

(Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsphilosophie Max Ernst Mayers).*)

Von

Dr. **Julius Moór**, o. Professor der Rechtsphilosophie an der Universität Szeged (Ungarn).

I. An zeitgemäßen, dem Typus des Grundrisses entsprechenden Darstellungen der Rechtsphilosophie herrscht Mangel. Das klar und bündig geschriebene Buch Max Ernst Mayers, das unter dem Titel „Rechtsphilosophie" als erstes Heft der von Kohlrausch, Kaskel und Spiethoff herausgegebenen „Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft" unlängst erschienen ist (Berlin, Julius Springer, 1922), kann daher als eine der verdienstvollsten neueren Bestrebungen zur Abschaffung dieses Mangels betrachtet werden.

Der Verfasser des Werkes „Rechtsnormen und Kulturnormen" (1903) geht in seiner jüngsten Schrift von dem richtigen Grundgedanken aus, daß die Rechtsphilosophie als Zweig der Philosophie aufzufassen ist. Im Sinne der grundlegenden methodischen Unterscheidung von Wirklichkeit und Wert (S. 3) will er der Philosophie zwei große Aufgaben zuweisen, die Erforschung des letzten Grundes der Wirklichkeit (Metaphysik) und die Aufdeckung der letzten Werte (Ethik). Demgemäß zerfällt der „systematische Teil" seiner „Rechtsphilosophie", dem ein überaus geistvoller, großzügiger Überblick der verschiedenen rechtsphilosophischen Richtungen vorgeschickt ist (S. 7—23), in zwei Abschnitte: das erste Kapitel handelt vom Begriff des Rechts (S. 24—62), das zweite von der Idee des Rechts (S. 63—97). „Rechtsphilosophie ist die Lehre vom Begriff und der Idee des Rechts" (S. 6).

Gegen diese Auffassung sei es erlaubt, sogleich zu bemerken, daß die grundlegende Unterscheidung von Wirklichkeit und Wert unseres Erachtens die Notwendigkeit einer kausalen und einer wertenden Betrachtung des Rechtes begründet, angenommen selbstverständlich, daß das Recht sowohl der kausalen als auch der wertenden Betrachtung zugänglich ist, was durch die Bestim-

*) Max Ernst Mayer, der ausgezeichnete Strafrechtslehrer und Rechtsphilosoph an der Universität Frankfurt a. M., ist, erst 48 Jahre alt, gestorben. Sein frühzeitiger Tod bedeutet für die Strafrechtswissenschaft und Rechtsphilosophie einen herben Verlust. Mayer hat sich als Lehrer und Schriftsteller sehr große Verdienste erworben. Sein „Deutsches Militärstrafrecht", sein „Lehrbuch des deutschen Strafrechts" (Allgemeiner Teil), seine „Rechtsphilosophie" und seine zahlreichen Einzelschriften (darunter sein „Rechtsnormen und Kulturnormen") sichern dem uns zu früh Entrissenen ein bleibendes Andenken. Auch das Archiv verliert in dem Verstorbenen einen hochgeschätzten Mitarbeiter. P. Klein.

mung des Rechtsbegriffes, die einer jeden anderen rechtsphilosophischen Frage vorangeht, festzustellen wäre. Mayer sagt ausdrücklich, daß die Wirklichkeit (in dem durch den Gegensatz zum Wert akzentuierten Sinne) „die Gesamtheit dessen (umfaßt), was der . . . Erfahrung zugänglich ist und daher durch kausale Verknüpfung erkannt wird, während Wertungen der Wahrnehmung entzogen, also in der Welt der Bedeutungen zu suchen sind" (S. 3). Wenn also der kausalen Wirklichkeitsbetrachtung nach der Auffassung Mayers in der Rechtsphilosophie die Lehre vom Begriff des Rechts entspricht, so wird damit Begriff und Kausalität identifiziert. Davon, daß dieses tatsächlich der Auffassung Mayers entspricht, kann uns der Umstand überzeugen, daß er sich als treuer Anhänger der Philosophie Hegels bekennt: „Die gesamte Wirklichkeit ist Geist oder Vernunft — Hegels Lehre ist Idealismus; Denken und Sein sind identisch — Hegels Lehre ist Identitätsphilosophie . . . . Da nun Logik Begriffslehre ist, fällt die Entwicklung der Begriffe zusammen mit der der gesamten Wirklichkeit" (S. 12).

Dieser von Mayer begeistert angenommenen Lehre Hegels können wir nicht beipflichten. Der weitblickende Erneuerer Hegelscher Philosophie, Josef Kohler, hat bereits erkannt, daß „die Logik der Weltgeschichte . . . mit sehr vieler Unlogik verbunden" ist. (Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909, S. 13.) Demgemäß vermissen wir in Mayers Schrift die Unterscheidung der logischen Analyse des Rechtsbegriffes von der kausalen Betrachtung des Rechts. In dem Kapitel „Der Begriff des Rechts", welches das Recht als kulturelle Erscheinung behandelt, finden wir zwar anläßlich der Begriffsbestimmung viele feine Bemerkungen über das Leben der Gesellschaft, das Wesen der Kultur und über die soziale Rolle des Rechts, doch fehlt es an einer systematischen Zusammenfassung dessen, was sich über die Ursachen (Faktoren der Rechtsentwicklung) und Wirkungen des Rechts allgemeingültig sagen läßt. Bei einer kausalen Wirklichkeitsbetrachtung „des Rechts als eines einheitlichen Ganzen" (S. 2) muß das wohl beanstandet werden.

Die Identifizierung von Kausalität und Begriff, Sein und Denken, Wirklichkeit und Vernunft läßt uns andererseits auch die „grundlegende" Unterscheidung von Wirklichkeit und Wert als ungerechtfertigt erscheinen. Die Rechtswertlehre Mayers, das Kapitel „Die Idee des Rechts", gipfelt tatsächlich in der metaphysischen Auffassung Hegels: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, ist vernünftig" (S. 90). Mayer stellt zwar die Humanität als letzten Wert hin, meint aber, daß „die Kultur . . . in jeder ihrer Gestalten eine Erscheinung der Humanitätsidee (ist)"

(S. 90). Somit ist auch jedes positive Recht eine Erscheinung der Humanitätsidee. Wie soll man aber dann das Recht wertend beurteilen, richtiges vom unrichtigen Rechte scheiden? Mayer legt ferner großen Nachdruck darauf, festzustellen, daß, „wenn in letzter Linie der letzte Kulturwert maßgebend ist . . ., in erster Linie der nächstliegende Kulturwert entscheidend sein (muß)" (S. 94). „Deswegen — folgert er — sind die Kulturnormen die maßgebenden Werte für die Schaffung und Anwendung von Rechtsnormen . . ." Da aber jede Rechtsnorm nichts als eine staatlich anerkannte Kulturnorm ist (S. 39), und jeder Kulturwert selbstverständlich sich selber der nächstliegende ist, folgt daraus, daß die für die Beurteilung der Rechtsnormen in erster Linie maßgebenden „nächstliegenden" Kulturwerte die in den betreffenden Rechtsnormen anerkannten Kulturnormen sind. Daß damit kein Maßstab zur Bewertung des Rechts geliefert wird, ist klar. Der Standpunkt zur Beurteilung des positiven Rechts wäre der Standpunkt des positiven Rechts selbst. „Alles, was wirklich ist, ist vernünftig." Bei dieser Auffassung ist es aber nicht einzusehen, wozu neben der Wirklichkeitsbetrachtung noch eine Wertlehre notwendig ist? Welche Bedeutung kann demnach dem Satze: „Die Unterscheidung von Wirklichkeit und Wert, Seiendem und Seinsollendem, Faktischem und Normativem ist für jede methodische Besinnung grundlegend und unerläßlich" noch zukommen? Man hat den Eindruck, daß die ganze stolze zweiteilige Gliederung des Mayerschen Systems auf Sand gebaut ist. Wir geben Mayer gerne recht, daß mit der Unterscheidung von Wirklichkeit und Wert „zwei Betrachtungsweisen oder Methoden, jedoch keineswegs zwei Gegenstände einander gegenübergestellt sind" (S. 3), können aber den Unterschied dieser Betrachtungsweisen nicht wahrnehmen, wenn die Wertbetrachtung die Konstatierung der Wirklichkeit, die kausale Wirklichkeitsbetrachtung aber die der Vernünftigkeit bedeutet, und dabei Wirklichkeit und Vernünftigkeit identisch sind.

Damit glauben wir die schwächsten Punkte des sonst sehr verdienstvollen Werkes gestreift zu haben. Mayer betrachtet die Rechtsphilosophie sehr richtig als einen Zweig der Philosophie, aber gerade die philosophischen Grundlagen seiner Auffassung sind widerspruchsvoll. Neukantischer Auffassung entsprechende dualistische Betrachtungsweise und Hegelsche Identitätsphilosophie lassen sich nicht vereinigen. Mayer hätte gemäß seiner hegelianischen philosophischen Grundauffassung folgerichtig eine „logische Entwicklungslehre" des Rechts nach „dialektischer Methode" liefern sollen. Die Keime einer solchen Rechtsphilosophie glauben wir in der Auffassung Mayers vom „Kulturprozeß" (S. 36) ent-

decken zu können. Der bescheidene Platz, den die diesbezüglichen flüchtigen Bemerkungen einnehmen, entspricht unseres Erachtens nicht der zentralen Stellung, die ihnen im System Mayers im Sinne seiner eigenen philosophischen Grundgedanken gebühren sollte.

II. Wenden wir uns von den philosophischen Grundlagen des Systems zu den beiden Hauptproblemen, mit denen es sich befaßt.

1. Bei Bestimmung des Rechtsbegriffs stellt Mayer fest, daß es aussichtslos wäre, die sozialen Ordnungen nach dem Inhalt der Normen oder nach dem Subjekt, von dem sie ausgehen, unterscheiden zu wollen (S. 41—42). „Durchführbar ist allein . . . die Unterscheidung nach den Sanktionen, unter denen eine Norm stehen kann. Die religiösen Vorschriften werden durch übersinnliche Vorstellungen garantiert, die moralischen durch das Gewissen, die konventionellen durch die öffentliche Meinung und die rechtlichen durch Macht und Gewalt, nämlich durch Androhung und Verwirklichung von gewaltsamen Maßnahmen, d. h. durch den Zwang" (S. 42) [1]).

In einem gewissen Widerspruch zu dieser Auffassung gibt er „nach der alten guten Regel: rerum varietates temere non esse minuendas" vier Definitionen vom Recht:

„Recht im weiteren Sinn ist die Gesamtheit von Handlungen, die eine organisierte Gesellschaft vornimmt, um die Pflege ihrer gemeinsamen Interessen durch Aufstellung und Durchführung eines Normensystems zu sichern.

Recht im engern Sinn ist die Gesamtheit von Handlungen, die ein Staat vornimmt, um durch Aufstellung und Durchführung eines Systems von Normen, die durch Zwang garantiert, und von Zwangsmaßnahmen, die an Normen gebunden sind, die Pflege von gemeinsamen Interessen zu sichern.

Rechtsnormen im weitern Sinn sind die von einer organisierten Gesellschaft aufgestellten allgemeinen Bestimmungen über Dürfen und Sollen der Gesellschaftsorgane und Gesellschaftsmitglieder.

Rechtsnormen im engern Sinn sind die von einem Staat aufgestellten, letzten Endes durch Zwang (im aktiven und passiven Sinn) garantierten allgemeinen Bestimmungen über das Dürfen und Sollen der Staatsorgane und Staatsbürger" (S. 56).

Diese Vierteilung entsteht aus zwei Unterscheidungen. Mayer unterscheidet erstens: Recht im weitern und im engern Sinn. „Recht im weitern Sinn setzt eine organisierte Gesellschaft

[1]) Diese Ansicht ist in voller Übereinstimmung mit der Auffassung meiner Schrift „Macht, Recht, Moral" (1922. Budapest Verlag Studium) S. 15 ff.

voraus und wird garantiert durch die Autorität, das Dasein und die Vernünftigkeit der Normen" (S. 53). Nach der oben erwähnten Ansicht Mayers über die Sanktionen könnte man jedoch dieses „Recht im weitern Sinn" überhaupt nicht als Recht ansehen, da die Sanktion der Zwangsandrohung fehlt. Das Subjekt der Normen, die organisierte Gesellschaft, von der sie ausgehen, kann ja nach Auffassung Mayers der Norm die Rechtsnatur nicht verleihen. Diesen Begriff des Rechts im weitern Sinn hat Mayer eigentlich nur deswegen eingeführt, um einerseits das Völkerrecht, andererseits die Statuten von Vereinen unter den Rechtsbegriff bringen zu können (S. 54). Was das Völkerrecht anbetrifft, ist es klar, daß Mayer folgerichtig entweder die Sanktion der Zwangsandrohung auch bei den Normen des Völkerrechts auffinden [2]) oder diesen den Rechtscharakter absprechen oder aber seine Auffassung betreffend die Unterscheidung der sozialen Ordnungen nach den Sanktionen widerrufen müßte. Von den Vereinsstatuten muß man andererseits sagen, daß sie entweder bloße konventionelle Regeln enthalten oder ihre Rechtsnatur aus der Anerkennung der staatlichen Rechtsordnung ableiten. Die Behauptung Mayers, daß „jeder Verein, der ein Statut aufstellt und dadurch sein Gemeinschaftsleben regelt und schützt, eine Rechtsordnung aufstellt" (S. 54), kann dagegen nichts beweisen. Demnach kann man eigentlich nur „das Recht im engern Sinn" Mayers als Recht betrachten. Aus der Definition: „Recht im engern Sinn setzt einen Staat voraus und wird letzten Endes durch Gewalt garantiert" (S. 53) müssen wir natürlich die Bezeichnung des Subjektes der Normen fallen lassen, da der Begriff des Staates bereits eine rechtlich organisierte Staatsgewalt, also das Recht selbst, als logisches Prius voraussetzt.

Die zweite Unterscheidung Mayers „beruht auf Anerkennung der aufdringlichen Tatsache, daß uns das Recht ebensowohl als ein System von Normen wie als ein System von Handlungen gegeben ist" (S. 55). Mayer will also einen bloß normativen und einen kausalen Rechtsbegriff unterscheiden. Wenn wir aber seine vier Definitionen näher betrachten, sehen wir, daß eigentlich in allen vieren das Recht sowohl als ein System von Normen, als auch als ein System von Handlungen, begriffen wird. Die beiden ersten (kausalen) Definitionen betrachten das Recht als eine „Gesamtheit von Handlungen", die in der „Aufstellung und Durchführung eines Normensystems" und seiner Garantierung durch Zwang bestehen; somit ist nach dieser Auffassung das Recht nichts anderes, als ein System von

[2]) Dies ist unsere Meinung; vgl. „Macht, Recht, Moral", S. 24 ff.

Normen, das in den Handlungen der Rechtsunterworfenen und der Rechtsorgane lebendig wird. Und nach den beiden letzten (normativen) Definitionen ist das Recht ein Normsytem, das „von einer organisierten Gesellschaft aufgestellt" und durchgeführt [3]), respektive von einem Staat „durch Zwang garantiert" wird. Der Gedanke der „organisierten Gesellschaft", der „Aufstellung" und der Durchführung der Normen durch dieselbe, und zumal der kausale Begriff des Zwanges schließt aber ein ganzes System von Handlungen in sich. — Es ist also nicht angebracht, vom Rechte, als einem System von Normen, das Recht, als ein System von Handlungen zu unterscheiden. Vielmehr muß es klar erkannt werden, daß der Rechtsbegriff ein äußerst kompliziertes Gedankengebilde ist, welches eine Anzahl Sollens- und Seinselemente in sich vereinigt. Bei dem sozialen Phänomen, welches wir als Recht bezeichnen, haben wir eine merkwürdige Verquickung zwischen der Welt des Seinsollenden und des Seienden vor uns. Um den Rechtsbegriff bestimmen zu können, müssen wir sowohl in die Welt der Normen, als auch in die Welt des tatsächlichen Geschehens, der menschlichen Handlungen hineingreifen, um seine Elemente herausholen zu können [4]).

2. Die Rechtswertlehre Mayers bezeichnet sich als „kritischen Relativismus". Sie geht von der Unterscheidung absoluter und relativer Werte aus. Das Kennzeichen des absoluten Wertes ist die Allgemeingültigkeit, das des relativen Wertes die bedingte Geltung (66—67). Da nun Mayer die beiden Richtungen der absoluten Wertlehre — d. h. sowohl den inhaltlichen Absolutismus (Vernunft- oder Naturrecht), mit seinem inhaltlich bestimmten allgemeingültigen Rechtsideal, als auch den formalen Absolutismus (Stammler), der durch Verzicht auf inhaltliche Bestimmtheit die Allgemeingültigkeit des letzten Wertes ermöglichen will — verwirft, bekennt er sich zum Relativismus. Die Bedingungen, von denen die relativen Werte abhängig sind, scheidet er in persönliche und sachliche. Der skeptische Relativismus Radbruchs stützt sich nur auf die Gruppe der persönlichen Bedingungen („Werturteile sind nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig"); demgegenüber hebt Mayer die Abhängigkeit der Werte von

[3]) Die Hervorhebung dessen, daß die Normen nicht bloß „aufgestellt", sondern auch durchgeführt werden müssen, um als positive Rechtsnormen zu gelten, fehlt (wahrscheinlich nur irrtümlicherweise) aus der 3. Definition.

[4]) Vgl. „Macht, Recht, Moral" S. 5 f.; 13 f.

den sachlichen Bedingungen, nämlich dem Kulturzustand hervor. „Um vom skeptischen zum kritischen Relativismus vorzudringen, — sagt er —, muß vor allem die Einseitigkeit der bloß persönlich bedingten Wertungen überwunden und festgehalten werden, daß alle für uns in Frage stehenden Werte relativ sind, weil sie vom Kulturzustand abhängig sind" (69).

Auf Grund dieser Auffassung hätte Mayer unseres Erachtens seine Wertlehre als kulturellen Relativismus bezeichnen können. Die Benennung „kritischer Relativismus" ist nicht glücklich. Der Begriff „kritisch" hat seit der kritischen Philosophie Kants eine eigene Färbung; von dieser Philosophie steht aber der Hegelianer Mayer fern. — Der Gebrauch des Wortes „kritisch" wird auch durch die Auffassung nicht genügend motiviert, daß es „die Aufgabe des kritischen Relativismus" ist, die kulturell bedingten Werte zu ordnen und „den höchsten Wert zu erkennen" (69). Und da nach Auffassung Mayers der „letzte erreichbare", „unvergängliche", „höchste Wert" „über alle Bedingtheiten hinausgewachsen" ist, ist es auch nicht einzusehen, warum diejenige Wertlehre, die sich die Aufgabe stellt, den absoluten höchsten Wert zu erkennen, als Relativismus bezeichnet werden soll. Der höchste Wert ist nach der Auffassung Mayers — (wir werden sehen, wie er diese Auffassung begründet) — in der Idee der Humanität zu finden. „Die Idee der Humanität — betont er aber — wächst über relative Geltungen hinaus, also in überrelative Geltung hinein" (69). Mayer charakterisiert seine Stellung zum inhaltlichen und formalen Absolutismus und zum Relativismus selbst folgendermaßen: „Andere haben in dem Bestreben, dem Irrtum des Naturrechts zu entgehen und doch die Wertbetrachtung und durch sie die Rechtsphilosophie zu retten, entweder auf die inhaltliche Bestimmtheit oder die Allgemeingültigkeit des letzten Wertes verzichtet, **wir wahren ihm beide Eigenschaften,** merzen aber eine dritte, fälschlich für die letzte Richtigkeit beanspruchte aus, das Postulat der Erfüllung" (89). Da aber bei Unterscheidung des werttheoretischen Absolutismus vom Relativismus nach Mayers eigener Ansicht nicht das Merkmal der Erfüllung, sondern die Allgemeingültigkeit oder die bloß bedingte Geltung maßgebend ist, und Mayer die Allgemeingültigkeit des letzten Wertes ganz entschieden betont, ist die Bezeichnung seiner eigenen Werttheorie als Relativismus zumindestens nicht folgerichtig. Daß er die Eigenschaft der Allgemeingültigkeit nicht dem positiven Rechte selbst, sondern bloß der Idee des Rechtes, also dem „rein ethischen Beurteilungsprinzipe", dem „Maßstabe" für die Bewertung

des Rechtes (S. 64) zuerkennt, ist kein genügender Grund für die Benennung „Relativismus".

Die „Ausmerzung des Postulats der Erfüllung" aus der Reihe der Eigenschaften des letzten Wertes, die Ansicht, daß dieses Postulat mit „I d e e n" unvereinbar ist (89), steht natürlich in schroffem Widerspruch mit der hegelianischen Grundauffassung Mayers. Nach Hegelscher Auffassung ist eben die Idee dasjenige, was wahrhaft wirklich ist, was sich im Strom des Zeitlichen und Vorübergehenden verwirklicht. „Darauf kommt es an" — sagt Mayer selbst —, „im Zeitlichen das Ewige zu erkennen und somit die Humanität zu begreifen als die Idee, die in dem unendlichen Reichtum von Kulturwerten in die Erscheinung tritt" (90). Daher sind auch „die vom Recht kritisch ausgesonderten Kulturideale, diese bedingten Zwecke, denen es dient, . . . Erscheinungsformen der Humanität" (91). Folgerichtig müßte Mayer in jedem Rechte die Immanenz der absoluten Humanitätsidee konstatieren, in jedem Rechte die Erscheinung des immanenten, ewigen und absoluten Wertes erblicken. Ob er dadurch in die Bahnen des Naturrechtes gelangen würde, ist eine Frage für sich. Uns interessiert vielmehr die andere, bereits unter I. berührte Frage, inwiefern bei einer solchen Auffassung von einer ethischen Beurteilung, von einem Maßstabe für die Bewertung des Rechtes gesprochen werden kann? Die Auffassung: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist verünftig" bedeutet ja — wie wir sahen (vgl. oben I) — einen Verzicht auf die kritische Beurteilung und Bewertung des Wirklichen. Hegel sagt auch ganz folgerichtig von seiner Rechtsphilosophie: „Die Belehrung, die in ihr liegen kann, kann nicht darauf gehen, den Staat zu belehren, wie er sein soll, sondern vielmehr, wie er . . . erkannt werden soll . . . Das, w a s i s t, zu begreifen, ist die Aufgabe der Philosophie, denn das, was ist, ist die Vernunft" (Werke Bd. VIII, ², 1840, S. 18). Die Möglichkeit einer kritischen Bewertung scheint Mayer jedoch durch die Auffassung zu wahren, daß „die Kulturwerte . . . um so richtiger (sind), je r e i n e r in ihnen der Humanitätsgedanke zutage tritt" (94). „Diese aus unserem System hervorwachsende Folgerung" — fügt er aber sofort hinzu — „ist sub specie aeternitatis uneingeschränkt anzuerkennen, dagegen in ihrer Anwendung auf Zeitaufgaben zu verwerfen, und dem Recht sind Zeitaufgaben gestellt. Mit anderen Worten: In einem System der Kulturphilosophie dürfte diese Folgerung nicht fehlen, in einem System der Rechtsphilosophie wächst sie über den kritischen Relativismus hinaus und in die absoluten Wertlehren hinein. Zur Begründung verweisen wir auf die Abweisung des allgemeingültigen Rechtsideals . . . zurück. Und nochmals

mit anderen Worten: In einer Philosophie des Rechten (im Sinne von dem Richtigen schlechthin) oder des Sittlichen muß es maßgebend sein, wieweit ein Zustand, ein Mensch, eine Norm in der Annäherung an das Humanitätsideal vorgeschritten ist, nicht für die Praxis des positiven Rechts. Somit steht fest, daß die Kulturwerte allerdings durchaus nicht gleichwertig sind, daß sich aber das Maß, an dem sie zu messen sind, nicht allgemein auf die Kritik übertragen läßt, die das Recht an der Kultur übt. Wer es anders haben will, segelt in voller Fahrt in das Naturrecht hinein . . ." (S. 94—95). Diese Beweisführung ist nicht überzeugend. Die logische Erwägung Mayers, die aus seinem System hervorwachsenden Folgerungen auf Zeitfragen nicht anzuwenden, weil das auf unliebsame naturrechtliche Konsequenzen führen würde, scheint nicht einwandfrei zu sein. Gewiß betonte er gegenüber dem Naturrecht, daß das Postulat der Erfüllung mit der „Idee des Rechtes" unvereinbar ist; diese Feststellung ist jedoch mit seiner hegelianischen Grundauffassung, daß ein jedes wirkliche positive Recht nur eine Erscheinungsform der „Idee des Rechtes" ist, schwer zu vereinen. Die scharfe Gegenüberstellung der Kulturphilosophie und der Rechtsphilosophie wirkt ebenfalls befremdend, zumal da Mayer mit großem Nachdruck hervorgehoben hat, daß die Rechtsphilosophie nur ein Zweig der Philosophie sei, und zwar ihrem Wesen nach Kulturphilosophie, da das Recht eine Kulturerscheinung ist.

Es erübrigt noch, den höchsten Wert in der Wertlehre Mayers, die Idee der Humanität, näher ins Auge zu fassen.

Bei Begründung der Auffassung, daß der höchste Wert in der Idee der Humanität zu finden ist, geht Mayer von dem Gedanken aus, daß „jeder Kulturwert an eine Gesellschaft, der höchste also an die allumfassende und unbedingte gebunden ist. Sie erreichen wir im Grenzbegriff der menschlichen Gesellschaft" (S. 87). „Gesellschaften sind — nach seiner Auffassung — Interessengemeinschaften. Das vielen Einzelnen gemeinsame Interesse ist der gesellschaftbildende Faktor" (S. 25—26). Da es nun aber „kein Interesse gibt, das von allen Menschen geteilt wird", existiert in der Wirklichkeit die „menschliche Gesellschaft", die alle Menschen durch gemeinsame Interessen in eine Gemeinschaft zusammenfassen würde, nicht. Die „menschliche Gesellschaft" ist daher nur ein Grenzbegriff, eine Idee; jedoch ein notwendiger Gedanke, denn „es wäre . . . unmöglich, wenn man eine Anzahl Menschen zu einer Einheit zusammengefaßt hat, in Gedanken still zu stehen, bevor die letzte Einheit erreicht ist" (S. 30—31). Der höchste Kulturwert ist auf Grund dieser Erwägungen derjenige, der an die „menschliche Gesellschaft" gebunden ist, d. h. der Ge-

danke der Kultur der Menschheit. „Kultur ist Pflege eines gemeinsamen Interesses und der dadurch geschaffene wertbetonte Zustand" (S. 33). Kultur der Menschheit bedeutet demnach die Pflege des gemeinsamen Interesses aller Menschen, das in der Wirklichkeit nicht existiert, aber notwendig als höchster Wert gedacht werden muß. Diesen höchsten Wert bezeichnet Mayer als die Idee der Humanität. „Ihr Wesen ist, jeden Menschen als Menschen gelten zu lassen" (S. 31), „jeden Menschen in Gedanken aus allen historisch gegebenen gesellschaftlichen Eingliederungen herauszulösen und nur die Zugehörigkeit zur menschlichen Gesellschaft gelten zu lassen" (88). „Die Humanität lehrt und fordert den Menschen an sich" (89).

Gegen diese „logische Begründung" des höchsten Wertes, deren utilitaristischer Charakter in die Augen springt, möchten wir bemerken, daß man, wenn man den Ausgangspunkt von dem Interesse der Einzelnen nimmt, schwerlich zu einem absoluten ewigen Wert gelangen kann. Der Gedanke des Interesses ist derart empirisch, daß man durch die Zusammenfassung einzelner Interessen zu gemeinsamen Interessen (wenn man auch alle Menschen berücksichtigt) nicht unvergängliche überempirische Werte erhalten kann.

Mayer begnügt sich auch nicht mit der oben skizzierten Begründung: „Zweifellos . . . kann keine „Entscheidung", und am wenigsten eine ethische von so hohem Range wie das Bekenntnis zur Humanitätsidee, rein verstandesmäßig getroffen werden; vielmehr muß zur rationellen Begründung die intuitive Überzeugung hinzukommen . . . Die intuitive Überzeugung aber, die, wo immer sie sich eingestellt hat, auf Instinkt, Glaube, Weisheit oder einer sonstwie zu benennenden Disposition der Persönlichkeit beruht, kann nicht wie ein Beweis abgeleitet, sondern nur wie eine weder des Beweises, noch der Ableitung bedürftige Wahrheit mitgeteilt werden. Deswegen muß jede ihre Aufgabe erfüllende Rechtsphilosophie die Ausprägung einer kultur- oder geschichtsphilosophischen Auffassung sein und kann als solche ihre letzte Rechtfertigung nur in der Metaphysik finden" (S. 89—90). Die metaphysische Rechtfertigung der Humanitätsidee findet er nun in der auf die Hegelsche Identitätslehre gestützte Auffassung, daß „die Humanität zu begreifen (ist) als die Idee, die in dem unendlichen Reichtum von Kulturwerten in die Erscheinung tritt" (S. 90). Die Ansicht, daß „zwischen der Fülle von Kulturwerten und der Humanitätsidee eine prästabilierte Harmonie (besteht)", bezeichnet er mit den Worten Arnold Geulinx als das „ostium fluminis moralis",

als die „Einmündung der Rechtsphilosophie in die Metaphysik" (S. 94).

Wir wollen uns nicht mit dieser metaphysischen Auffassung, von deren Konsequenzen für die Werttheorie oben bereits die Rede war, näher befassen. Wir begnügen uns, unsere volle Zustimmung zur Feststellung Mayers, daß das letzte ethische Bekenntnis nicht auf verstandesmäßiger Begründung, sondern auf intuitiver Überzeugung beruht, zu erklären. Die Frage des richtigen Rechtes, die Bewertung des Rechts, bedeutet ein ethisches Werten, und die ethische Überzeugung kann nicht wie ein Beweis abgeleitet, sondern nur wie eine weder des Beweises, noch der Ableitung bedürftige Wahrheit gelehrt werden. — Auch darin, daß Mayer endlich und schließlich seine Humanitätsidee mit der Auffassung der christlichen Moral gleichsetzt und somit als letzten Maßstab der ethischen Beurteilung den Standpunkt der christlichen Moral hinstellt, möchten wir ihm beipflichten. „Es ist die Moral- und Religionslehre, insbesondere das Christentum gewesen — meint er —, die die Humanität dem sittlichen Wollen als Ziel hingestellt haben" (S. 88). „Die vollkommenste Verwirklichung dieses Ideals finden wir in der Person des Heilands. Jesus Christus ist der Mensch, in dem die Idee der Humanität die erhabenste Ausprägung angenommen und die größte Wirkung entfaltet hat; Jesus ist die Inkarnation der Sittlichkeit" (S. 48). Ob die utilitaristisch gefärbte Humanitätsidee Mayers tatsächlich mit dem Grundgedanken der christlichen Ethik identisch ist, soll dahingestellt bleiben. Wir wollen hier bloß auf die interessante Übereinstimmung mit einem der größten Rechtsphilosophen der Neuzeit, Rudolf Stammler, hinweisen, dessen „soziales Ideal" mit dem Kernsatze der christlichen Ethik: Liebe deinen Nächsten wie dich selbst, ebenfalls in voller Kongruenz stehen will. (Wirtschaft und Recht 1896, S. 637.) Nun meint aber Stammler, daß „die bloße Verweisung auf den Inhalt der christlichen Lehre" nicht genügt, und unternimmt den grandiosen Versuch, den letzten Maßstab der Richtigkeit durch „logische Deduktion in systematisch geschlossenem Beweisgange aus festen Tatsachen der Erfahrung" zu beweisen (S. 638). Die letzten ethischen Werte können aber — darin hat Mayer recht — nicht bewiesen werden, ihre Anerkennung beruht auf intuitiver Überzeugung.

Da Mayer diese intuitive Überzeugung aus einer „Disposition der Persönlichkeit" entspringen läßt, könnte man ihm seinen eigenen Einwand gegen die Auffassung Radbruchs, daß „die Werturteile nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig sind", entgegenhalten. Wenn Mayer meint, daß diese Auffassung „nicht bloß die Allgemeingültigkeit, sondern sogar jede objektive Gültig-

keit für Wertbestimmungen (aufhebt) und nur eine subjektive übrig (läßt): jeder kann nur angeben, was ihm persönlich als richtig erscheint" (S. 68) — so könnte man dies ebenso gut auch gegen seine in letzter Linie auf „einer Disposition der Persönlichkeit" beruhende Humanitätsidee einwenden. Mayer unterläßt es, hervorzuheben, daß uns im Gewissen ein Abglanz des Absoluten lebendig wird, dessen Stimme mit der Evidenz der absoluten und nicht bloß subjektiven Richtigkeit ertönt, wenn auch diese Richtigkeit verstandesmäßig nicht bewiesen werden kann. Vor diesem Urquell intuitiver sittlicher Überzeugung können wir, ohne es logisch begreifen zu wollen, bloß mit stummer Bewunderung stehen bleiben, eingedenk der schönen Worte des großen Königsberger Philosophen: „Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir." (Kritik der praktischen Vernunft. Beschluß.)

Die nachstehenden Ausführungen wollen zunächst zur Durchforschung eines von der Strafrechtswissenschaft arg vernachlässigten Gebiets beitragen und die im Strafrecht als Handelnde auftretenden Personen, die möglichen Täter, die Verbrechenssubjekte näher untersuchen und von hier aus einen neuen Ausgangspunkt für die Betrachtung des Strafrechts gewinnen. Die Untersuchungen können sich an die herrschende Richtung nicht anschließen. So verschieden die Methoden der Wissenschaft und Praxis sein mögen, in dem Punkte stimmen sie überein, daß zunächst die strafbare Handlung (das Verbrechen) untersucht und hierzu neben anderen Begriffsmerkmalen der Begriff der Handlung entwickelt wird. Liegt die Handlung vor, so gilt es als ausgemacht, daß ein Subjekt der Handlung vorhanden sein müsse; ergeben sich Zweifel, so wird eben die zum Bestrafen tauglichste Person ausgesucht. Eine solche Ermittlung geht nebenher mit einer gewissen Selbstverständlichkeit vor sich, ohne daß man eine genaue Prüfung anstellt, man greift zu irgendwelchen praktischen Behelfen.

# Das Logische im Recht.

Von **Julius Moór,**
Professor der Rechtsphilosophie an der Universität Szeged (Ungarn).

INHALT.

Einleitung.

**I. Das Logische im Rechtssystem.** 1. Die Bestandteile des Rechtsbegriffes und ihr Verhältnis zum Logischen. 2. Die einzelnen Rechtsnormen sind hypothetische Urteile. 3. Das Ganze des Rechts ist ein System. Die Theorie der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung und der logischen Expansionskraft des Rechts. Wird das logische System des Rechts von der Rechtswissenschaft erzeugt? 4. Inhalt der Rechtsnormen: die Rechtsbegriffe. Das Verhältnis des Rechts zum Leben; das aequum und das iustum; die konservative Rolle des Logischen im Recht. 5. Besondere logische Hilfsmittel: die juristischen Konstruktionen (z. B.: das handlungsunfähige Rechtssubjekt, die juristische Person, die juristischen Fiktionen, die Präsumtionen). 6. Die Rolle des Logischen im Recht ist eine sekundäre; das logische Element im Recht ist nur ein Mittel im Dienste praktischer Zwecke. 7. Kritik der Auffassungen Kelsens und Sanders.

**II. Das Logische in der Rechtsanwendung.** Die Rechtsanwendung ist in erster Reihe eine logische Funktion. 2. Die entgegengesetzten Auffassungen der Syllogismus-Theorie und der freirechtlichen Bewegung. 3. Der richtige Standpunkt: die Rechtsanwendung besteht stets aus Syllogismen, doch niemals nur aus Syllogismen. 4. Die Beweisfrage.

**III. Das Logische in der Rechtswissenschaft.** 1. Das Wesen der Jurisprudenz; ihre Zwecke sind logische Zwecke, ihre Mittel logische Mittel. 2. Vom Gesichtspunkte des Logischen aus besteht zwischen dem Recht und der Rechtswissenschaft nur ein gradueller Unterschied. 3. Der Unterschied: das Logische spielt im Recht eine sekundäre, in der Rechtswissenschaft eine ausschließliche Rolle. 4. Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Rechtsanwendung vom Gesichtspunkte des in ihnen zur Geltung kommenden Logischen aus gesehen. 5. Zusammenfassung.

Der enge Zusammenhang, der zwischen dem Recht und dem Ethischen besteht, ist allgemein wohl bekannt. Die vielbesprochene Frage des Verhältnisses von Recht und Moral ist ein Lieblingsthema der rechtsphilosophischen Forschung.

Man pflegt dagegen das Verhältnis zwischen dem Recht und dem Logischen nur selten — und auch dann nur meistens eher im Vorübergehen — zu untersuchen[1]).

Und dennoch steht es außer Frage, daß das Logische eine äußerst wichtige Rolle im Recht spielt, und wir finden dies in der Fachliteratur auch des öfteren unterstrichen. Nach der Ansicht von Lask gibt es zum Beispiel — „wenn man von der Wissenschaft selbst absieht — keine Kulturerscheinung, die sich als begriffsbildender Faktor auch nur annähernd mit dem Recht vergleichen ließe"[1a]). Und nach den berühmten

[1]) Nicht nur die Rechtstheoretiker, sondern auch die Logiker vernachlässigen diese Frage. Hofacker hat recht, wenn er behauptet, daß „überhaupt eine Scheu der Logiker vor juristischen Dingen bemerkbar ist". (W. Hofacker: „Die Erneuerung des Rechtsbetriebs durch die Rechtsphilosophie." Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. XXI. H. 1. 1927. S. 22.) Das Unternehmen Hofackers, die logischen Grundlagen der analytischen Geometrie für den Rechtsbetrieb zu verwerten (a. a. O. S. 18—49), ist natürlich selbst von sehr problematischem Werte.

[1a]) Dr. Emil Lask: „Rechtsphilosophie" (Sonderdruck aus der Festschrift für K. Fischer: Die Philosophie im Beginn des XX. Jahrhunderts), Heidelberg 1905, S. 35.

Worten Trendelenburgs „wird die Logik (nirgends) so praktisch, so empfindlich als im Recht; der Kaufmann verliert im Rechtsstreit sein Vermögen, die Tür des Gefängnisses schließt sich hinter dem Übertreter des Gesetzes und das Fallbeil fällt auf den Hals des Mörders — in Kraft der Definition und des Terminus medius“[2]). Es ist weiterhin bekannt, daß schon im Mittelalter das mit staunenswertem Scharfsinn ausgearbeitete System des römischen Rechts für das verkörperte Logische, für die „ratio scripta“ gehalten wurde. Und endlich ist auch die Alltagsmeinung nicht grundlos, welche behauptet, daß zur guten juristischen Arbeit vor allem scharfe Logik nötig ist.

All diese Zitate beweisen, daß das Recht nicht nur mit dem Ethischen, sondern auch mit dem Logischen in engem Zusammenhange steht, was Grund genug ist, daß wir die Rolle in Augenschein nehmen, welche das Logische in der Welt des Rechts spielt.

Damit aber diese Untersuchung ihren Zweck nicht verfehle, dazu gehört nach meiner Ansicht vor allem, daß wir zwischen Recht, Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft unterscheiden und die Rolle des Logischen 1. im Recht, 2. in der Rechtsanwendung und 3. in der Rechtswissenschaft gesondert untersuchen[3]).

## I. Das Logische im Rechtssystem.

1. Wenn wir hierauf vorerst die Frage untersuchen wollen, inwiefern das Logische im Recht zu Worte kommt, wird es angebracht sein, als Ausgangspunkt eine kurze Definition des Rechts einzuschalten.

Wie die zur menschlichen Kultur gehörigen Erscheinungen im allgemeinen weder nackte Wirklichkeiten noch leblose Wertideen, sondern unzertrennbare Verflechtungen von Wirklichkeit und Wert: wertvolle Wirklichkeiten und verwirklichte, lebensbewegende Wertideen sind, so ist auch das Recht solch eine zwiefältige — in die Welt der Tatsachen sowie in jene der Werte hineinreichende — Erscheinung. Wie ich dies schon anderweitig[4]) ausführlich auseinandergesetzt habe, bedeutet das Recht einerseits das große System der rein ideal bestehenden Normen und Regeln, andererseits aber das große System der sich an diese Normen knüpfenden menschlichen Handlungen. Diese zwei Bestandteile sind zum Begriffe des lebenden Rechts gleich unerläßlich. Eine der bedeutendsten rechtsphilosophischen Richtungen unserer Tage, Kelsens normative oder

[2]) Adolf Trendelenburg: „Naturrecht auf dem Grunde der Ethik“, 2. Aufl., Leipzig 1868, S. 178.

[3]) Nach der Feststellung Lasks pflegt man zwischen der Logik des Rechts und der Logik der Rechtswissenschaft meistens nicht einmal terminologisch einen Unterschied zu machen. Den Grund hievon sieht er darin, daß einerseits das Recht schon „Begriffe von so hoher technischer Vollendung (bildet), daß sie sich oft nur dem Grade nach von denen der Wissenschaft unterscheiden“, anderseits aber darin, daß des öfteren die Ergebnisse der Wissenschaft selbst zum kodifizierten Recht werden (a. a. O., S. 35). Wenn auch Lask hierin recht haben mag, ist es meines Erachtens doch bei der Untersuchung der Rolle des Logischen — wie dies später zu erkennen sein wird — sehr wichtig, nicht nur zwischen dem Recht und der Rechtswissenschaft, sondern auch zwischen diesen und der Rechtsanwendung einen scharfen Unterschied zu machen.

[4]) Vgl.: „Macht, Recht, Moral. Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes“ (Acta Litterarum ac Scientiarum R. Univ. Hung. Fr. J. Sectio Juridico-Politica. Tom. I, Fasc. 1), Szeged 1922; ferner „Einführung in die Rechtsphilosophie“ (ungarisch), Budapest 1923, S. 158—203.

reine Rechtslehre irrt darin, daß sie im Recht nur pure Idealität und reine Normen sieht. Andererseits war es der Fehler der am Anfange des Jahrhunderts herrschenden soziologischen Auffassungen, daß sie das Recht als eine Massenerscheinung menschlicher Handlungen, als pures Faktum betrachteten[5]). Das lebende Recht ist jedoch kein bloßes Normensystem; das römische Recht ist, obgleich sein Normensystem uns beinahe vollständig überliefert wurde, heutzutage dennoch kein lebendes Recht mehr, denn es fehlt das System der menschlichen Handlungen, welches einst die tatsächliche Geltung dieser Normen im wirklichen Leben bedeutete. Und das Recht bedeutet auch nicht eine bloße Masse menschlicher Handlungen, nicht pures Faktum, denn man könnte ja jene menschlichen Handlungen, in welchen das Recht zur tatsächlichen Geltung kommt, nicht von der Unmasse menschlicher Handlungen absondern, ohne sie auf das rechtliche Normensystem zu beziehen. Wir können darum behaupten, daß zum Begriffe des lebenden, gesetzten Rechts zwei Bestandteile nötig sind: das Normensystem der Regeln und das sich daranschließende System der menschlichen Handlungen.

Unzweifelhaft ist es jedoch, daß, wenn wir die Rolle des Logischen im Recht betrachten, wir nur den ersten Bestandteil, das Normensystem des Rechts, berücksichtigen müssen. Inwiefern das Logische im zweiten Bestandteile, in den das Recht verwirklichenden menschlichen Handlungen, zur Geltung kommt, würde zu der metaphysischen Frage führen: inwieweit das Tatsächliche mit dem Logischen, die Wirklichkeit mit dem Werte übereinstimme. Gegen oder für Hegels Panlogismus eine Lanze zu brechen kann aber hier kaum unsere Aufgabe bilden. Von den, die Verwirklichung des Rechts bedeutenden menschlichen Handlungen, werden wir ohnehin jene, welche Ergebnisse einer bewußten rechtsanwendenden Tätigkeit sind, untersuchen, wenn wir auf die Rolle des Logischen in der Rechtsanwendung zu sprechen kommen.

2. Wenn wir nun untersuchen wollen, inwiefern das Logische im Recht zur Geltung kommt, müssen wir also nur darauf Rücksicht nehmen, daß das Recht als „norma agendi" ein System rein gedanklich bestehender Vorschriften, Regeln oder Normen ist. Dies bedeutet, daß jedes Rechtssystem ein System von Gedanken ist. Hieraus erhellt schon, daß das Logische im Recht eine äußerst wichtige Rolle spielt. Denn, wenn das Rechtssystem ein System von Gedanken ist, hat jede Rechtsnorm einen logischen Inhalt. Dieser logische Inhalt der Rechtsnormen kann in grammatischen Formen oder in Tatsachen (den sogenannten „konkludenten Fakten") zum Ausdruck kommen; hierin besteht der Unterschied zwischen dem geschriebenen Recht und dem Gewohnheitsrecht. Dieser Unterschied berührt aber das Wesen der Sache nicht, daß nämlich sowohl die Normen des geschriebenen als auch die des Gewohnheitsrechts einen gedanklichen Inhalt, einen logischen Sinn haben.

Dieser logische Inhalt der Rechtsnormen kann ganz allgemein dadurch charakterisiert werden, daß jede Rechtsnorm eine Vorschrift für einen bestimmten Fall enthält, also bestimmt, was beim Eintreten eines gewissen Ereignisses, des sogenannten „Tatbestandes" zu geschehen

[5]) Der charakteristischeste Vertreter dieser Auffassung ist Ignaz Kornfeld mit seinem Werke: „Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage", Wien 1911.

habe. Die Verwirklichung des Tatbestandes ist also jene Bedingung, an welche sich der Befehl des Rechts knüpft. Die logische Struktur der Rechtsnorm ist in der allereinfachsten Form die folgende: wenn *A* ist, soll *B* sein. Und dieses bedeutet, daß der gedankliche Inhalt der Rechtsnormen in der logischen Form des hypothetischen Urteils erscheint. Es muß bemerkt werden, daß das Wort Urteil hier im Sinne, und zwar im weiteren Sinne, des logischen Urteils, des logischen Satzes, gebraucht wurde, wonach nicht nur die Aussagesätze, sondern auch die Sollenssätze als Urteile bezeichnet werden[6]).

Zur Beleuchtung des Vorhergehenden sei es gestattet, drei einfache Beispiele anzuführen. Es ist eine Norm des Privatrechts, daß, wenn der Schuldner nicht zahlt, er exequiert werden soll. Die Tatsache, daß das Leihgeschäft zustande kam, sowie die Tatsache des Nichtbezahlens der Schuld, sind die Bedingung, der Tatbestand, von welchem die Exekution abhängig gemacht ist. Selbstverständlicherweise geschieht die Feststellung des Eintretens des bedingenden Tatbestandes sowie der Vollzug des bedingten Rechtsbefehles nach einem streng festgesetzten Verfahren. Ein anderes Beispiel: es ist eine strafrechtliche Norm, daß, wenn jemand eine fremde bewegliche Sache aus dem Gewahrsam eines anderen in der Absicht rechtswidriger Aneignung wegnimmt, er die auf das Delikt des Diebstahls verhängte Freiheitsstrafe erleide. Die Tatsache des vollzogenen Diebstahls ist jene Bedingung, an welche durch das Recht eine bestimmte Freiheitsstrafe als zu verwirklichende Rechtsfolge geknüpft wird. Es kann hier ebenfalls vernachlässigt werden — als ohnehin in den Problemenkreis der Rechtsanwendung gehörig —, daß das Konstatieren des bedingten Diebstahlstatbestandes sowie der Vollzug der bedingten gesetzlichen Folgen nach einem streng festgesetzten Verfahren geschieht. Das dritte Beispiel soll nicht dem materiellen, sondern dem sogenannten formellen Recht entnommen werden: wenn der nichtbezahlende Schuldner in Szegedin wohnt, oder der Diebstahl auf dem Gebiete der Stadt Szeged verübt wurde, soll das Verfahren vom zuständigen Szegediner Zivil- oder Strafgericht eingeleitet werden. Die Tatsache, daß der Geklagte in Szegedin wohnt, oder daß das Delikt hier verübt wurde, bildet jene Bedingung, von welcher die Zuständigkeit des Gerichtes als Rechtsfolge abhängig gemacht ist. Die obigen Beispiele bezeugen also auch ihrerseits, daß die logische Struktur der Rechtsnorm das hypothetische Urteil ist, das in die schematische Form gebracht werden kann: wenn *A* ist, soll *B* sein.

Die Feststellung, daß die Rechtsnorm ein hypothetisches Urteil sei — wenn auch hie und da bestritten —, ist immerhin allgemein genug. Unter den Philosophen ist es kein Geringerer als Rickert, der behauptet, daß: „die Rechtssätze, auch wenn sie nicht in dieser Form auftreten, immer ein hypothetisches Urteil (enthalten)“[7]). Und von den Repräsentanten der Rechtstheorie ist Stammler derselben Ansicht, die Weise

[6]) Die Terminologie ist schwankend. Vgl. Somló: „Juristische Grundlehre“, Leipzig 1917, S. 180, sowie Ákos Pauler: „Logik“, Budapest 1925, S. 82: „Der Satz kann von seinem Gegenstand nicht nur ein Sein und eine Veränderung aussagen, sondern kann sich auch auf dessen Wert beziehen. So kommt der wertende Satz zustande.“

[7]) Dr. Heinrich Rickert: „Zur Lehre von der Definition“, 1. Aufl., Freiburg i. B. 1888, S. 30; 2. Aufl., Tübingen 1915, S. 39.

der Zwölftafelgesetzgebung: „Si pater filium ter venum dabit filius a patre liber esto" betrachtet er als die mustergültige Ausdrucksweise des Rechtssatzes[8]). Daß die Rechtsnorm ein hypothetisches Urteil sei, wird auch von Kelsen mit besonderem Nachdruck betont, und diese Feststellung bildet eines der Leitmotive seiner „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre"[9]). Doch fassen auch Ihering[10], Rümelin[11]), Bierling[12]), Zitelmann[13]), Brütt[14]) und noch andere die Rechtsnorm als hypothetisches Urteil auf. Diese Auffassung — so wie ich sie oben darzulegen versuchte — ist endlich auch mit der des hervorragenden ungarischen Rechtsphilosophen Felix Somló im Einklange[15]).

Von den Vertretern der entgegengesetzten Ansicht sollen nur Binder[16]) und Salomon[17]) sowie Eltzbacher[18]) angeführt werden; die ersten zwei wollen die Rechtsnorm darum nicht als hypothetisches Urteil anerkennen, weil nach ihrer Ansicht nur Aussagesätze, nicht aber auch Sollenssätze, als Urteile im logischen Sinne betrachtet werden können; Eltzbacher aber will es darum nicht, weil er das logische Urteil offensichtlich mit dem grammatischen Satze verwechselt.

3. Die Einsicht dessen, daß die einzelnen Rechtsnormen hypothetische Urteile sind, beleuchtete schon gewissermaßen die Wichtigkeit der Rolle, die das Logische auf dem Gebiete des Rechts spielt. Wir werden aber die Wichtigkeit des Logischen im Recht noch viel tiefer empfinden, wenn wir bedenken, daß das Rechtssystem kein zusammenhangloses Konglomerat dieser in Form hypothetischer Urteile auftretenden Rechtsnormen ist, sondern, daß diese sich zum harmonischen Ganzen des einheitlichen und zusammenhängenden Rechtssystems verbinden. Die einzelne Rechtsnorm ist: ein hypothetisches Urteil, das Recht als Ganzes ist: ein System.

[8]) Rudolf Stammler: „Theorie der Rechtswissenschaft", Halle 1911, S. 311.

[9]) Dr. Hans Kelsen: „Hauptprobleme der Staatstechtslehre", Tübingen 1911, II. Buch, 2. Abt.: „Die logische Form des Rechtssatzes" (S. 189 ff., besonders S. 228 und 269). Es muß bemerkt werden, daß Kelsen die Rechtsnormen als Produkte der Rechtswissenschaft und nicht der Rechtserzeugung betrachtet. Diese seine Ansicht wird unten (I. 7.) noch eingehender besprochen werden.

[10]) Rudolf von Ihering: „Geist des römischen Rechts", I. Band, 3. Aufl., 1873, S. 52.

[11]) Dr. Gustav Rümelin: „Juristische Begriffsbildung", Leipzig 1878, S. 9.

[12]) Ernst Rudolf Bierling: „Juristische Prinzipienlehre", Bd. I, Freiburg i. B. 1894, S. 77.

[13]) Ernst Zitelmann: „Irrtum und Rechtsgeschäft", Leipzig 1879, S. 201; „Gewohnheitsrecht und Irrtum", Archiv für zivil. Praxis, Bd. 66, 1882, S. 449.

[14]) Brütt: „Die Kunst der Rechtsanwendung", Berlin 1907, S. 32.

[15]) Felix Somló: „Juristische Grundlehre", S. 179 ff.

[16]) Dr. Julius Binder: „Rechtsbegriff und Rechtsidee", Leipzig 1915, S. 125 und 259.

[17]) Dr. Max Salomon: „Das Problem der Rechtsbegriffe", Heidelberg 1907, S. 83.

[18]) Dr. Paul Eltzbacher: „Über Rechtsbegriffe", Berlin 1900, S. 19. Daß die Rechtsnormen keine Urteile wären, will Eltzbacher durch das Hinweisen auf das Gewohnheitsrecht beweisen, das seiner Ansicht nach uns nicht in Urteilen (es sollte richtig heißen: in grammatischen Sätzen) entgegentritt, ferner durch die Behauptung, daß derselbe Rechtsnorminhalt in Form verschiedener Sätze (d. h. richtig: grammatischer Sätze) formulierbar ist. Es ist hieraus ersichtlich, daß er nicht den logischen Sinn der Rechtsnorm, sondern nur deren äußeren Ausdruck vor Augen hat. Er zieht auch nicht in Betracht, daß ein logisches Urteil nicht nur in grammatischen Formen, sondern auch in konkludenten Fakten zum Ausdruck gelangen kann; und die Norm des Gewohnheitsrechts ist nicht mit den konkludenten Fakten identisch, sondern mit jenem Sinn, der aus diesen Fakten heraus gefolgert werden kann.

Das System, als das logisch zusammenhängende Ganze einer Vielheit von Urteilen, bildet einen der Hauptbegriffe der Logik. Und daß die hypothetischen Urteile des Rechtssystems solch ein logisch zusammenhängendes Ganzes bilden, muß wohl kaum bewiesen werden.

Man hat zwar in Frage gestellt, daß die Einheit der sich zum Ganzen des Rechts zusammenfügenden Rechtsnormen ein System im logischen Sinne wäre. Salomon behauptet, daß diese Einheit der Rechtsnormen nicht durch den logischen Zusammenhang ihres Inhaltes, sondern durch den äußeren Willen des Gesetzgebers zustande kommt. Seiner Ansicht nach hängt es nur von dem mehr oder minder eigenmächtigen Willen des Gesetzgebers ab, was für Normen er in die solcherart nur äußerliche Einheit des Rechts aufnimmt, und es kann vorkommen, daß er einander logisch vollkommen widersprechende Rechtsnormen nebeneinander stellt[19]). Meines Erachtens befindet sich hier Salomon im Unrecht. Am Grunde seiner Auffassung verbirgt sich der rabulistische Schluß, daß, da nur das als Recht gilt, was der Gesetzgeber dafür erklärt, auch alles, was er dafür erklärt, Recht sei; und es hänge darum nur vom Belieben und Willen des Gesetzgebers ab, was er in die sogenannte Einheit des Rechts aufnimmt. Demgegenüber ist es aber zweifellos, daß, wenn es auch vom Gesetzgeber abhängt, was er zum Gesetze macht, er selbst wiederum an gewisse von seinem Willen unabhängige Grenzen seiner Tätigkeit, und zwar in erster Linie an deren logische Grenzen, gebunden ist; und es hängt von diesen Grenzen der legislatorischen Tätigkeit ab, ob der Gesetzgeber seinen Willen überhaupt in die Sphäre des Rechts erheben kann. Man könnte geradezu behaupten, daß nicht der Wille des Gesetzgebers die Einheit des Rechtssystems erschaffe, sondern im Gegenteil gerade der Gesichtspunkt der logischen Einheit des Rechtssystems darüber entscheide, was der Gesetzgeber zum Gesetze machen kann. Denn der Gesetzgeber kann nur die Gesamtheit solcher Normen zum Recht erheben, welche sich in die logische Einheit eines Rechtssystems zusammenfassen lassen. Es sei gestattet, dies ausführlicher zu erklären.

Die Geltung der hypothetischen Urteile des Rechts beruht nicht auf der Evidenz ihres Inhalts oder auf dessen Ableitbarkeit aus anderen logisch evidenten Inhalten, wie die Geltung eines logischen oder mathematischen Satzes, oder wie dies die alte Naturrechtslehre von ihrem Vernunftrechte — das angeblich aus der reinen Vernunft deduziert wurde — behauptete. Die Geltung der Rechtsnormen kann tatsächlich nur auf den Willen des Gesetzgebers, also auf jene geschichtlichen und gesellschaftlichen Kräfte zurückgeführt werden, welche wir kurz als „Gesetzgeber" bezeichnen. Die hypothetischen Urteile des Rechts sind — wie es oben (I. 2.) bemerkt wurde — Sollsätze, welche Forderungen, normative Vorschriften, enthalten; es kann uns darum nicht überraschen, wenn sie in letzter Linie aus irgendeinem Normativ, aus einem metaphorischen

[19]) Dr. Max Salomon: „Das Problem der Rechtsbegriffe", Heidelberg 1907, S. 84: „Die Einheit dieser Willensentscheide liegt nicht in ihnen selbst begründet; ein Wille bindet sie aneinander...", S. 85: „... daß die Rechtssätze sich direkt widersprechen ... diese Möglichkeit (ist) nicht an und für sich ausgeschlossen...". Vgl. noch S. 86 und 93.

Willen als Normenquelle, abgeleitet werden[20]). Infolgedessen ist es auch unzweifelhaft, daß das System der hypothetischen Urteile des Rechts nicht zu jenen logischen Systemen gehört, deren einzelne Glieder aus einander abgeleitet oder gleich Euclids geometrischem Systeme aus einigen Axiomen logisch entwickelt werden können, ohne daß eine äußere Normenquelle dazu nötig wäre. Es ist aber auch unzweifelhaft, daß die hypothetischen Urteile des Rechts einen gedanklichen Inhalt, einen logischen Sinn haben, und daß demzufolge nur solche Inhalte zum Recht werden können, die sich logisch vertragen, die logisch zusammenpassen. Die Macht des als Normenquelle erscheinenden Gesetzgebers hat ihre strengen logischen Grenzen. Etwas und dessen Gegensatz kann auch der Gesetzgeber nicht zugleich und am selben Orte zum Gesetze machen. Unmöglich wäre zum Beispiel ein neuer Rechtssatz, welcher die alte Bestimmung, daß der Diebstahl strafbar ist, ausdrücklich aufrechterhaltend, gleichzeitig dennoch anordnen wollte, daß der Diebstahl nicht mehr strafbar sei. Und es muß noch auf etwas aufmerksam gemacht werden. Wie schon oben (I. 1.) bemerkt wurde, muß das Recht in der Wirklichkeit der menschlichen Handlungen zur Geltung gelangen, das heißt, es muß angewendet, vollzogen werden, der Widerspruch jedoch ist undurchführbar, unanwendbar, unvollziehbar. Die Normen des Rechts finden durch das Medium des menschlichen Seelenlebens, des menschlichen Geistes ihren Weg zur Verwirklichung, in die Welt der Realitäten; der menschliche Geist kann sich jedoch infolge seiner eigenartigen Struktur nur dem Widerspruchslosen beugen, sich nur dem Widerspruchslosen unterwerfen. Die logischen Grenzen der Rechtserzeugung sind also größtenteils schon mit der logischen Struktur des menschlichen Denkens gegeben.

Es soll nur nebenbei bemerkt werden, daß die Feststellung dessen, daß die positive Rechtserzeugung nur innerhalb gewisser logischer Grenzen erfolgen kann, oder anders ausgedrückt, daß das positive Recht von „überpositiven" logischen Elementen durchsetzt ist, noch keineswegs zur Annahme eines sogenannten logischen Naturrechts berechtigt. Denn aus den logischen Grenzen des positiven Rechts folgt noch keine einzige inhaltliche Rechtsbestimmung, aus den logischen Elementen des Rechts ist kein einziger Rechtssatz zu gewinnen, der seinem Inhalte nach a priori feststände. Mit dem terminus technicus „Naturrecht" können aber nur solche a priori feststehenden rechtlichen Inhalte bezeichnet werden. Es scheint eine terminologische Frage zu sein, aber es ist eigentlich eine arge Verwirrung der Begriffe, wenn man die logischen Elemente des positiven Rechts, die einen jeden positiven Rechtsinhalt erst möglich machen, als Naturrecht im Gegensatz zum positiven Recht bezeichnet. Der Umstand, daß der Gesetzgeber das Logisch-Unmögliche nicht in die Sphäre des positiven Rechts erheben kann, liefert noch keine genügende Grundlage zu dem Schlusse, daß alles das, was er als positives Recht dekretiert, logisches

[20]) Die Frage, ob ein Wille überhaupt als Normenquelle betrachtet werden kann, sowie die noch weiterreichende Frage, ob geschichtliche und gesellschaftliche Kräfte — die niemals als bloße Fakta zu betrachten sind — als Normative angesehen werden können, und endlich die noch weitergehende Frage, ob überhaupt von einer normativen Kraft des Faktischen gesprochen werden kann, wollen wir hier nicht berühren.

Naturrecht, oder zumindestens von naturrechtlichen Elementen durchsetzt wäre. Gewiß hat man sich bei der Verwendung der Bezeichnung „Naturrecht" in der Fachliteratur schon manche Freiheit erlaubt. Stammler selbst spricht vom richtigen Rechte als von einem „Naturrecht mit wechselndem Inhalte"[20a]), dies jedoch mit Unrecht, denn ein „Naturrecht mit wechselndem Inhalte" ist ebenso eine contradictio in adjecto, wie ein Naturrecht ohne jedweden Inhalt oder ohne einen a priori feststehenden Inhalt. Noch weniger kann es aber unserer Meinung nach als angebracht erscheinen, wenn man die „überpositive" Notwendigkeit dessen, daß das Recht — eben als lebendes positives Recht gelten zu können — angewendet, und zu diesem Zwecke nach „überpositiven" Prinzipien ausgelegt werden muß, als Naturrecht bezeichnet. Diesen Mißbrauch des Terminus „Naturrecht" finden wir bei Fritz Schreier, der auf Grund der Feststellung dessen, daß die „Auslegung auf allen Seiten eingreift, von Prinzipien regiert, deren Geltung nicht im positiven Recht beruht", sich zu dem Schlusse verleiten läßt, daß „aus jeder Pore des positiven Rechts ... das Naturrecht (hervortrete)"[20b]). Es ist eine sehr richtige Bemerkung Schreiers, daß die Prinzipien der Rechtsauslegung, trotz den diesbezüglichen meistens vorhandenen positivrechtlichen Anweisungen, letzten Endes keine positivrechtlichen, sondern „überpositive" Prinzipien sind. Und zwar sind es vor allem die logischen Gesetze der Sinndeutung; zu denen — im Falle, wenn es sich nicht bloß um die wissenschaftliche Feststellung des Gesetzessinnes, sondern um die Anwendung des Rechts auf einen konkreten Fall handelt — auch die Prinzipien solcher alogischer Funktionen hinzutreten, durch welche die große Entfernung zwischen der abstrakten Rechtsnorm und dem konkreten Fall überbrückt werden muß; als solche Funktion kann, insbesondere die Wahl zwischen mehreren logischen Möglichkeiten bezeichnet werden. Alle diese logischen und nichtlogischen Funktionen sind jedoch nur Bestandteile derjenigen menschlichen Tätigkeit, welche die tatsächliche Anwendung des Rechts, das Hinüberführen der ideelen Norm in die Welt der Realität, bedeutet. Zweifelsohne ist diese menschliche Tätigkeit mit all den ihr innewohnenden logischen und alogischen Prinzipien eine dem Inhalte der Rechtsnormen gegenüber transzendente Funktion, also ein „überpositives" Element des Rechts, wenn man mit dem Ausdruck „positiv" den Rechtsnorminhalt bezeichnet. Aber gerade in dieser menschlichen Tätigkeit, die die Verwirklichung der abstrakten Rechtsnormen bedeutet, beruht unseres Erachtens die Positivität des Rechts, seine Faktizität, seine tatsächliche Geltung. Wie wir das oben (I. 1.) ausgeführt haben, bedarf das Normensystem des Rechts des sich daranschließenden Systems der menschlichen Handlungen, um als positives, lebendes Recht gelten zu können. Es muß uns also als im höchsten Maße paradox erscheinen, wenn man eben jenes „überpositive" Element des Rechts, auf dem seine Faktizität und Positivität beruht, als Naturrecht, dessen Begriff die Faktizität geradezu ausschließt, bezeichnet. Es muß zugegeben werden,

[20a]) „Wirtschaft und Recht", Leipzig, 1896, S. 185.

[20b]) Dr. Fritz Schreier: „Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte", Leipzig und Wien, 1927, S. 54.

daß Schreier selbst nicht in der Faktizität, sondern in der „Ursprungsnorm" Kelsens den Grund für die Positivität des Rechts erblickt[20c]). Indem er aber die Prinzipien der Auslegung in die „Ursprungsnorm" aufnehmen will[20d]), bedeutet seine Auffassung noch immer nichts anderes, als daß er gerade dasjenige, was die Positivität des Rechts begründet, als Naturrecht betrachtet. Mit dem gleichen Rechte könnte man aber auch den Begriff des positiven Rechts selbst als Naturrecht, respektive als einen naturrechtlichen Begriff ansehen, denn es ist ja unzweifelhaft, daß der Rechtsbegriff selbst kein Rechtsinhaltsbegriff sein kann und demzufolge ein „überpositiver" Begriff in dem oben angeführten Sinne sein muß. — Kehren wir aber nach diesem Exkurse zurück zu unseren Erörterungen, betreffend die logische Einheit des Rechtssystems.

Es kann nach dem früher Gesagten festgestellt werden, daß die Einheit des Rechtssystems eine logische Einheit, ein System im logischen Sinne ist. Es folgt hieraus, daß es in einer Rechtsordnung — wie es eben erwähnt wurde — keine Widersprüche geben kann. Widersprüche kann es — nach Felix Somló[21]) nur im Rechtstext, nicht aber in der Rechtsordnung geben. Wenn der Gesetzgeber eine, einer älteren Regel widersprechende, neue Verfügung in die Einheit des Rechtssystems aufnimmt, so bedeutet dies, daß er jene ältere Regel daraus ausschloß. Das Prinzip des „lex posterior derogat priori" ist keine positiv-rechtliche Vorschrift, die durch den Gesetzgeber abgeändert oder außer acht gelassen werden könnte, sondern es ist eine logische Schranke der Rechtserzeugung. Die Leugnung dieses Prinzips würde die Negation der Rechtserzeugung — von seiten des Gesetzgebers also die Negation seiner selbst — bedeuten. Es kann von einem Widerspruche in der Rechtsordnung ferner auch dann nicht die Rede sein, wenn der Gesetzgeber, ohne eine Rechtsnorm abzuschaffen, eine ihr nur in gewisser Beziehung widersprechende Anordnung trifft; dies bedeutet nämlich nur die Einschränkung der Geltung jener Rechtsnorm in dieser gewissen Beziehung. Es wäre zum Beispiel denkbar, daß ein im Privatrecht wenig bewanderter Kodifikator des Strafrechts, den strafrechtlichen Schutz des Eigentums regelnd, den Begriff des Eigentums anders bestimmen würde als das Privatrecht. Aber auch in diesem Falle würde es keinen Widerspruch in der Rechtsordnung geben; man hätte einfach einen vom privatrechtlichen Begriffe des Eigentums verschiedenen neuen strafrechtlichen Begriff des Eigentums; und dies würde einfach nur bedeuten, daß der strafrechtliche Schutz nicht demselben Tatbestand zuteil wird, an den das Privatrecht die rechtlichen Folgen des Eigentums knüpft. Solch eine verschiedene Behandlungsweise könnte übrigens auch ihre guten Gründe haben. Es ist jedoch meistens unangebracht und bedeutet eigentlich einen Widerspruch im Texte des Rechts, wenn mit demselben Worte zwei verschiedene Begriffe bezeichnet werden. In dem als Beispiel angeführten Falle wird das Wort „Eigentum" einen privatrechtlichen und einen strafrechtlichen Sinn haben. Ist nun der strafrechtliche Eigentumsbegriff enger als der privatrechtliche, so heißt dies, daß das Strafrecht etwas, was das Privatrecht als Eigentum betrachtet, nicht dafür ansieht; ist dagegen der strafrechtliche

[20c]) A. a. O., S. 4.
[20d]) A. a. O., S. 53.
[21]) Juristische Grundlehre, S. 382.

Begriff der umfassendere, so heißt dies, daß das Strafrecht etwas, was das Privatrecht nicht für Eigentum hält, doch als Eigentum betrachtet und es auch danach behandelt. Dieser Fall des Widerspruches im Rechtstexte zeigt also eine große Ähnlichkeit mit den sogenannten juristischen Fiktionen, von welchen noch später die Rede sein wird (I. 5.). Die juristischen Fiktionen bezeichnen eigentlich etwas mit einem Worte, das in der Alltagssprache oder in der Sprache des Rechts gewöhnlicherweise zur Bezeichnung eines ganz anderen Begriffes gebräuchlich ist. Wir können also auch von den juristischen Fiktionen behaupten, daß sie nichts anderes als bloße Widersprüche im Rechtstexte, erhebliche Abweichungen von der gewohnten Ausdrucksweise, bedeuten.

Aus dem Vorhergehenden — daß nämlich die einzelnen Normen des Rechtssystems einander nicht widersprechen können, und daß im Falle eines sogenannten Widerspruches nur davon die Rede sein kann, daß die eine Norm die Geltung der anderen einschränkt oder ihren Sinn abändert — folgt, daß der Sinn einer jeden Rechtsnorm eigentlich nur aus ihrem Zusammenhange mit dem Ganzen des Rechtssystems festzustellen ist. „Jeder Rechtssatz", sagt Schmidt, „gilt und bindet nur in notwendiger Wechselwirkung mit einer unbegrenzten Zahl anderer Normen, die ihn näher bestimmen, einschränken oder in näherer oder entfernterer Beziehung ergänzen[22])." Diese in der Rechtswissenschaft übrigens allgemein anerkannte Feststellung bedeutet, daß die Normen des Rechtssystems alle miteinander äußerst eng logisch verbunden sind; und dies ist ein neuer Beweis dafür, und zugleich eine Konsequenz dessen, daß die Einheit des Rechtssystems eine logische Einheit, ein System im logischen Sinne ist. Die als hypothetische Urteile auftretenden einzelnen Rechtsnormen zeigen eine logische Homogeneität, die es ermöglicht, sie — nach den Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten ihres gedanklichen Inhalts — in ein logisch gegliedertes einheitliches System zusammenzufassen.

Besonders augenscheinlich ist dies bei dem Zustandekommen größerer zusammenhängender legislatorischer Werke, der sogenannten Kodizes, wo jeder einzelne Paragraph einen sich genauestens einfügenden Teil des nach logischen Gesichtspunkten gegliederten Kodifikationswerkes bildet. Doch auch die von Fall zu Fall vereinzelt entstandenen Rechtsnormen fügen sich ihrem Sinne nach streng in den Kreis der inhaltlich verwandten Rechtsnormen, und durch diesen in das Ganze des Rechtssystems ein; der Unterschied ist nur, daß der Suchende sie nicht bereits im Gesetzbuche logisch geordnet findet.

Die Tatbestände, welche jene Bedingungen bilden, an welche die als hypothetische Urteile auftretenden Rechtsnormen ihre bedingten Rechtsfolgen knüpfen, können viele gemeinsame sowie verwandte Züge aufweisen; auf diese Weise können sie sich ihrem Sinne nach berühren und miteinander in einem logischen Zusammenhange stehen. Diese gemeinsamen Tatbestandselemente werden oft durch das Recht selbst hervorgehoben und zu einem selbständigen Tatbestande geformt, und an diesen werden nun mehrere nur teilweise abweichende Tatbestände angereiht. Als Beispiel können hier der Tatbestand des Diebstahls und die

[22]) Richard Schmidt: „Allgemeine Staatslehre", I. Bd., Leipzig 1901, S. 170 und 171, Anm. 1.

verschiedenen qualifizierten Diebstahlstatbestände dienen. — Doch nicht nur die bedingenden Tatbestände, sondern auch die bedingten Rechtsfolgen können miteinander in inhaltlicher Verwandtschaft und hiedurch in festem logischen Zusammenhang stehen. Ja, wir können sogar behaupten, daß diese bedingten Rechtsfolgen verhältnismäßig viel weniger Abwechslung und darum auch mehr Ähnlichkeit miteinander zeigen, als die bedingenden Tatbestände. Das Recht will mit seinen Regeln ein bestimmtes Verhalten der Menschen herbeiführen und es kann dieses letzten Endes durch die bedingte Zwangsandrohung erreichen; die vom Recht angeordneten Rechtsfolgen führen also letzten Endes alle zur Rechtsfolge der Zwangsanwendung, der „ultima ratio" des Rechts[23]).

Wie es gleich am Anfang bemerkt wurde, ist das Recht nicht nur ein System von Normen, sondern auch das System der — die Verwirklichung dieser Normen bedeutenden — menschlichen Handlungen. Es ist darum ein charakteristischer Zug des Rechts, daß es die Verwirklichung seiner Vorschriften mit großer Umsicht und Kraft, oft sogar durch Gewaltanwendung, zu sichern sucht. Das Recht rechnet damit, daß die Rechtsfolgen, deren Verwirklichung es anordnete, unterlassen werden könnten, und darum stellt es für diesen Fall weitere Rechtsfolgen in Aussicht; für die Unterlassung dieser letzteren wieder andere, und so weiter. Jede wahre Rechtsnorm besitzt eine Sanktion, und die Verwirklichung dieser Sanktion sucht sich das Recht durch die Vorschrift einer weiteren Rechtsnorm zu sichern, da aber auch diese letztere Rechtsnorm verletzt werden kann, wird deren Sanktion wiederum durch eine weitere Vorschrift gesichert, und so weiter. Solcherart folgen die Rechtsnormen einander in nahezu unendlicher Reihe, um einander beizustehen. Das sogenannte formelle oder Prozeßrecht zum Beispiel dient nichts anderem, als der Verwirklichung des sogenannten materiellen Rechts; das ganze Zivilprozeßrecht dient der Verwirklichung des materiellen Privatrechts, das ganze Strafprozeßrecht der des materiellen Strafrechts. Das materielle Strafrecht schützt seinerseits die privatrechtliche und staatsrechtliche Ordnung. Die Vorschriften der verschiedenen Prozeßrechte aber werden ihrerseits wiederum teilweise durch das Strafrecht und teilweise durch das Disziplinarrecht gesichert. Die einzelnen Rechtsnormen stehen also von diesem Gesichtspunkte aus gesehen wirklich in einem außerordentlich engen Zusammenhange miteinander.

Die Normen des Rechtssystems stehen jedoch, nicht nur vom Gesichtspunkte ihrer Verwirklichung aus gesehen, sondern auch vom Gesichtspunkte ihrer Entstehung aus betrachtet, in demselben engen Zusammenhange miteinander. Denn — abgesehen von dem Falle der illegitimen Rechtsentstehung — müssen die auf legitimem Wege erzeugten neuen Rechtsnormen immer den Vorschriften des vor ihrem Entstehen gültigen Rechts gemäß zustandekommen; diese früheren Rechtsvorschriften aber den noch früheren gemäß, und so weiter. Und gleicherart entsteht

[23]) Vgl. das Werk des Verfassers: „Einführung in die Rechtsphilosophie" (ung.), S. 179—186, 188, 189. Auch Kelsen betrachtet das Recht als eine Zwangsordnung, und zwar als eine Zwang anordnende Ordnung; der rechtlichen Zwangsakte soll es seiner Ansicht nach typischerweise zwei geben: die Strafe und die Exekution; jede Rechtsnorm soll also entweder eine Strafe oder eine Exekution anordnen. Vgl. „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", S. 212 ff.; „Allgemeine Staatslehre", S. 48.

die Rechtsnorm niederer Ordnung auf Grund der Vorschrift und der Ermächtigung sowie im Rahmen der Rechtsnorm höherer Ordnung, und so weiter. (Zum Beispiel: Munizipalstatut — Regierungsverordnung — Gesetz — Verfassung.)[24] Es wurde weiter oben bemerkt, daß das Recht kein logisches System in dem Sinne bildet, daß die Glieder des Systems logisch auseinander ableitbar wären, wie die des geometrischen Systems aus den Axiomen. Dazu muß jetzt noch bemerkt werden, daß dies nur auf den Inhalt der Rechtsnormen zutrifft, denn der Inhalt einer Rechtsnorm kann nicht aus jenem einer anderen deduziert werden; aber was die Form anbelangt, leitet jede Rechtsnorm — allerdings nur im Rahmen der legitimen Rechtserzeugung — ihre rechtliche Geltung aus dem Inhalt anderer (ihre Entstehung regelnder) Rechtsnormen ab.

Wir sehen also, daß die Normen des Rechtssystems, von den verschiedensten Gesichtspunkten aus gesehen, in engem Zusammenhange miteinander erscheinen. Die Rechtsnorminhalte werden nicht nur durch ihre innere Ähnlichkeit aneinander geknüpft, sondern unter anderem auch dadurch, daß sowohl die Garantien ihrer Verwirklichung, als auch die Bedingungen ihrer Erzeugung, größtenteils in den Normen desselben Rechtssystems zu finden sind. Daß eine Norm zum Ganzen des Rechtssystems gehöre, dazu genügt die negative Feststellung nicht, daß sie im Rechtssystem keinen logischen Widerspruch bedeutet, sondern diese Norm muß sich auch positiv in den Bedeutungszusammenhang der rechtlichen Inhalte einfügen. Es genügt zum Beispiel keineswegs zu dekretieren, daß „der Stimmenkauf bei politischen Wahlen strafbar sei", denn, wenn diese Regel auch ohne die Gefahr eines logischen Widerspruches in das Rechtssystem aufgenommen werden kann, ist es doch außerdem noch nötig zu bestimmen, welche Strafe verhängt werden, und von welchem Organ und welchem Verfahren gemäß diese Strafe ausgemessen und vollzogen werden soll. Die Rechtsnorm muß sich also — um wirklich Rechtsnorm sein zu können — in das System der Sanktionen und der Organe des Rechts einfügen. Und sie muß sich außerdem auch in den Erzeugungszusammenhang des Rechts einfügen; der Normsetzer muß ein zur Rechtserzeugung berechtigtes Organ sein, damit seine Norm zur Rechtsnorm werde[25]).

Die Einsicht dessen, daß das Rechtssystem solch eine eng zusammenhängende geschlossene Einheit ist, brachte die Theorie der logischen Geschlossenheit des Rechts hervor. Diese Theorie behauptet, daß das Recht ein geschlossenes Ganzes ist und daß es keine Lücken im Rechte gibt. Hierin hat sie auch recht; vom Standpunkte des Systems aus gesehen, kann es im Recht tatsächlich keine Lücken geben. Das,

[24]) Kelsen findet diese vom Gesichtspunkte ihrer Erzeugung aus betrachtete Ordnung der Rechtsnormen so wichtig, daß er den Zusammenhang einer Rechtsordnung im wesentlichen für einen Erzeugungszusammenhang hält. Vgl. „Allgemeine Staatslehre", S. 99.

[25]) Letzten Endes ist es die Einheit der rechtserzeugenden Macht, welche die Einheit und Abgesondertheit des nationalen Rechtssystems gewährleistet. Die Grenzen der nationalen rechtserzeugenden Macht werden aber durch das Völkerrecht bestimmt und es werden auf diese Weise die einzelnen staatlichen Rechtssysteme eigentlich in die höhere Einheit des Völkerrechts zusammengefaßt. Die Einheit des Völkerrechtssystems wird nun durch seine Einzigkeit und seine Beziehung auf das Ganze der menschlichen Kulturgemeinschaft gesichert.

worüber das Recht keine Bestimmung enthält, ist rechtlich irrelevant, also vom rechtlichen Standpunkte aus erlaubt. Wer von Lücken des Rechts spricht, der beanstandet, daß das Recht über etwas keine Bestimmung, oder daß es eine andere Bestimmung enthält, als die richtig wäre; die Rechtslücke bedeutet also keinesfalls, daß es im System des Rechts eine Lücke gebe, sondern nur, daß der Standpunkt des Rechts in irgendeiner Frage unrichtig sei. Der Begriff der Rechtslücke ist also nur ein kritischer, bewertender, rechtspolitischer Begriff, und er kann darum die Frage der Einheitlichkeit oder Geschlossenheit des Rechtssystems nicht berühren. Die Frage der Geschlossenheit oder Lückenhaftigkeit des Rechts erlangt übrigens erst in der Theorie der Rechtsanwendung eine besondere Wichtigkeit. Aus der Theorie der logischen Geschlossenheit des Rechts folgt nämlich die in jedem Falle mögliche Anwendbarkeit des Rechts, das heißt, daß auf Grund des Rechts jeder Fall, der rechtlich zu entscheiden ist, in der Tat rechtlich entschieden werden kann. Dies folgt aber schon aus dem Begriff des Rechts, denn das Recht muß ja restlos anwendbar, vollstreckbar, das heißt zur Verwirklichung geeignet sein (l. l.). Die Lückentheorie kommt darum mit dem Begriffe des Rechts selbst in Widerspruch, wenn sie behauptet, daß das Recht auch in solchen Fällen eine rechtliche Entscheidung verlangt, wo die Möglichkeit der rechtlichen Entscheidung nicht gegeben ist. Solch ein lückenhaftes Recht würde unlogisch sein, es könnte nicht verwirklicht und deshalb auch nicht als Recht betrachtet werden[26]).

Neuerdings wird die Auffassung, die das positive Recht als lückenhaft betrachtet, durch Fritz Schreier vertreten[26a]). Er spricht von „transzendenten Rechtslücken" bei gänzlichem Fehlen der positiven Normierung, wenn also über einen gewissen „sozialen Tatbestand" überhaupt keine Regel vorhanden ist, diese Lücken bezeichnen demnach jene Fälle, die ganz außerhalb der Grenzen des Rechts liegen; von „immanenten Rechtslücken", die innerhalb der Rechtsordnung auftreten sollen, spricht er dagegen dann, wenn eine Frage rechtlich geregelt ist, eine mit dieser Frage eng zusammenhängende weitere Frage, die gebieterisch ebenfalls eine Regelung erfordern würde, aber der rechtlichen Regelung entbehrt[26b]). Bei diesen immanenten Lücken sieht man ganz deutlich, daß Schreier eine unvollständige, das heißt eine nicht genügend ausführliche, also eine seiner Ansicht nach unrichtige rechtliche Regelung als eine Rechtslücke betrachtet. Sein Lückenbegriff ist also augenscheinlich ein rechtspolitischer Begriff. Daß eine Frage rechtlich geregelt ist, eine mit ihr eng zusammenhängende Frage aber nicht, dies bedeutet aber keine Lücke, sondern es bedeutet nur, daß die erste Frage rechtlich entschieden werden kann und soll, die zweite aber rechtlich irrelevant ist, sie also nur in diesem negativen Sinne, nicht aber in einem positiven Sinne rechtlich entschieden werden kann und soll. Sicherlich kann dies zu Inkonsequenzen

[26]) Über die Theorie der logischen Geschlossenheit des Rechts vgl. des Verfassers „Einfühung in die Rechtsphilosophie", S. 240—243, sowie Somlós „Juristische Grundlehre", S. 392—415, wo auch die Bibliographie der Frage zu finden ist.

[26a]) A. a. O. S. III und S. 47—52.

[26b]) A. a. O. S. 49.

und zu praktisch äußerst unerwünschten Folgen führen, aber warum sollte man, um diese Konsequenz zu vermeiden, ein schlechtes Recht unbedingt als ein gutes auslegen müssen? Der Unterschied zwischen „immanenten" und „transzendenten" Rechtslücken ist übrigens ganz willkürlich. Und es trifft das von den sogenannten „immanenten" Lücken Gesagte auch auf die sogenannten „transzendenten" Lücken zu. Das gänzliche Fehlen einer rechtlichen Normierung bedeutet nur, daß in solchen Fällen, die rechtlich nicht geregelt sind, überhaupt keine rechtlichen Folgen einzutreten haben. Vom kritischen, rechtspolitischen Standpunkte aus kann dies sicherlich oft als unerwünscht erscheinen, vom positiv-rechtlichen Standpunkte aus ist aber die Feststellung dessen, daß ein gewisser „sozialer Tatbestand" kein rechtlicher Tatbestand ist, also überhaupt keine rechtlichen Folgen nach sich zieht, sicherlich eine ganz korrekte rechtliche Entscheidung. Zur Widerlegung der Auffassung Schreiers kann man seine eigenen Formulierungen anführen. Er behauptet ganz richtig, daß in einem jeden Rechtssatz „eine Rechtsfolge an einen Tatbestand, die Rechtsvoraussetzung, angeschlossen (wird). Die Gesamtheit aller Tatbestände, die in einer Rechtsordnung erscheinen, ergibt einen bestimmten Umfang ... Dieser Umfang kann selbstverständlich niemals eine Lücke aufweisen, er ist immer geschlossen... Von Ergänzungsbedürftigkeit, von Lücken, kann man erst dann sprechen, wenn man einen anderen Umfang zum Vergleich heranzieht und dann feststellt, ob die beiden Umfänge sich decken oder voneinander abweichen. Wirklich wird dieses Verfahren geübt. Man vergleicht den Umfang der Rechtstatbestände mit anderen; als Vergleichsobjekt bietet sich hier die soziale Erfahrung... Man verlangt vom Recht, daß es — sozusagen — zugleich ein System der Sozialwissenschaft darstelle, daß sich die Rechtstatbestände und die sozialen Tatbestände im ganzen und im einzelnen Fall decken"[26c]). In den angeführten Sätzen hat Schreier wahrlich den großen Fehler sowohl seiner eigenen Anschauung, als auch ganz allgemein den der Lückentheorie enthüllt. Es trifft nämlich überhaupt nicht zu, daß man vom Recht „verlangen" würde, daß ein jeder sozialer Tatbestand als Rechtstatbestand erscheine. Schreier selbst spricht von „absolut rechtsfremden Tatbeständen" und möchte zum Beispiel eine Klage auf Leistung der ehelichen Pflicht heute schon nicht mehr zulassen[26d]). Wo verläuft aber die Grenze zwischen rechtsfremden und solchen rechtsfreundlichen sozialen Tatbeständen, die zwar rechtlich nicht normiert sind, die aber „gebieterisch" nach einer rechtlichen Regelung verlangen? Diese Frage zeigt uns ganz augenscheinlich, daß dieses angebliche „Verlangen", das an das Recht gestellt sein soll, ein rechtspolitisches Verlangen — ich will nicht sagen Naturrecht — ist. Es muß uns natürlich überraschen, daß ein Anhänger der reinen Rechtslehre Kelsens an das Recht die Forderung stellt, „sozusagen" zugleich ein System der Sozialwissenschaft darzustellen; wir können aber dennoch nicht umhin, auch die weitergehende Behauptung Schreiers — daß nämlich jede Rechtsordnung tatsächlich den Anspruch erhebe, sämtliche sozialen Tatbestände zu erfassen und zu entscheiden, und daß dieses Postulat

[26c]) A. a. O. S. 47.
[26d]) A. a. O. S. 47.

aus dem Wesen der Rechtsordnung selbst entspringen soll[26e]) — als irrtümlich zu betrachten. — Eine besondere Behandlung bei der Frage der angeblichen Rechtslücken verdienen die sogenannten Delegationslücken. Hier handelt es sich nicht um rechtspolitische Forderungen, um rechtspolitische Lücken, sondern darum, daß der Gesetzgeber eine sekundäre, niedere Rechtsquelle zur rechtlichen Regelung einer Frage ermächtigt. Zu dieser sekundären Rechtserzeugung kann natürlich auch der Rechtsanwender, insbesondere der Richter, delegiert werden. Das Gebiet dieser Delegation erstreckt sich auch sicherlich viel weiter, als es auf den ersten Blick erscheinen dürfte; die vom Recht verwendeten sogenannten Blankettvorschriften, Kautschukbegriffe oder überhaupt alle unbestimmten, nicht scharfen Begriffe bedeuten ja — wie wir unten (I. 4., II. 3.) sehen werden — eine solche Delegation zur sekundären Rechtserzeugung. Da aber, wie wir es gesehen haben, die Rechtsnormen niederer Ordnung sich genauestens in den Rahmen der Rechtsnormen höherer Ordnung einfügen, kann die Delegation zur Rechtserzeugung zweifelsohne keine Rechtslücke bedeuten. „Die Lücke ist im Falle des Vorhandenseins einer richterlichen Entscheidungsinstanz eben ... durch die Einsetzung dieser Instanz behoben", sagt Somló[26f]). Eben deshalb betrachtet er als „absolute Lücken" nur die sogenannten „Lücken ohne Entscheidungsinstanz". Demgegenüber müssen wir aber behaupten, daß auch diese „absoluten Lücken" Somlós keine Lücken sind, sondern bloß die Bewertung des Rechts bedeuten. Es sei uns erlaubt, dies an dem Falle zu beweisen, den Somló als Beispiel einer „Lücke ohne Entscheidungsinstanz" anführt, dem von Jellinek erwähnten Falle nämlich, daß in einer Monarchie, in der die Ernennung des Thronfolgers durch den regierenden Monarchen zu geschehen hat, dieser, ohne die Einsetzung seines Nachfolgers vorgenommen zu haben, stirbt. Wer ist nun in diesem Falle berechtigt, den Thron zu besteigen? Es ist scheinbar eine Lücke im Rechte; denn für diesen Fall findet sich darin keine Vorschrift, und es ist auch keine Instanz da, die die Ergänzung des Rechts vornehmen könnte. Und deshalb ist Somló der Meinung, daß wir hier mit einer absoluten Lücke nach bestehendem Rechte zu tun hätten, „deren Ergänzung nur durch Rechtsbruch, also auf illegitimem Wege möglich ist"[26g]). Ein einfacher syllogistischer Schluß wird uns demgegenüber überzeugen müssen, daß auch in diesem Falle eine ganz präzise Beantwortung der aufgeworfenen Frage auf Grund des bestehenden Rechts möglich ist. Ist nach dem bestehenden Rechte nur derjenige zur Thronbesteigung berechtigt, den sein Vorgänger ernannt hat, und hat dieser niemanden ernannt, so ist es klar, daß auf Grund des positiven Rechts niemand berechtigt ist, die Herrschaft zu übernehmen. Gewiß würde die Befolgung dieser Rechtsauslegung zu praktisch ungeheuerlichen Konsequenzen führen, die Befolgung des Rechts würde ja in diesem Falle den Untergang der Monarchie, das Stillstehen des betreffenden Staatslebens bedeuten. All dieses beweist aber nur, daß das bestehende Recht in handgreiflicher Weise unrichtig ist, nicht aber, daß es keinen Obersatz zum Syllogismus des juristischen Schlusses darböte

[26e]) A. a. O. S. 48.
[26f]) Juristische Grundlehre, S. 414.
[26g]) A. a. O. S. 415.

und daß die Möglichkeit der rechtlichen Beantwortung der aufgeworfenen Frage infolge einer Rechtslücke nicht vorhanden wäre. Es ist also auch für den in Frage stehenden Fall eine Anweisung aus dem bestehenden Rechte zu holen, diese Anweisung ist aber — weil den Bedürfnissen des Lebens zuwiderlaufend — praktisch nicht zu gebrauchen. Es wird also nicht eine fehlende Rechtsvorschrift auf illegitimem Wege ersetzt, „eine absolute Rechtslücke durch Rechtsbruch ergänzt" (der „Rechtsbruch" in der „Rechtslücke" ist übrigens auch begrifflich schwer zu konstruieren) —, sondern das vorhandene unrichtige Recht wird durch Rechtsbruch beseitigt. Nach alledem müssen wir also die Möglichkeit der Rechtslücken bestreiten, und die Theorie der logischen Geschlossenheit des Rechts für richtig halten.

Aus der Theorie der logischen Geschlossenheit des Rechts darf man aber nicht auf die logische Expansionskraft des Rechts schließen, wie dies Bergbohm tut, indem er behauptet, daß die „innere Fruchtbarkeit (des Rechts), seine logische Expansionskraft, im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen deckt"[27]). Dieser Auffassung gegenüber muß betont werden, daß, wenn auch der gedankliche Inhalt der Rechtsnormen in logischer Form zum Ausdruck gelangt, und wenn auch zwischen diesen gedanklichen Inhalten ein logischer Zusammenhang besteht, dieser gedankliche Inhalt der Rechtsnormen auf logischem Wege doch keinesfalls vermehrt werden kann. Das Logische kann zwar unter den gegebenen gedanklichen Inhalten Ordnung schaffen, es kann jedoch keine neuen Inhalte erzeugen. Auf keinem logischen Wege ist es möglich, in einer Rechtsnorm einen solchen neuen Sinn zu entdecken, der nicht schon zuvor darin enthalten gewesen wäre[28]). Diese Frage führt uns übrigens gleichfalls zur Theorie der Rechtsanwendung und der Rechtsdeutung, insbesondere zum Problem der analogia legis und der analogia iuris hinüber[29]). Die Möglichkeit der analogia

[27]) Bergbohm: „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie", 1892, S. 386. — Vgl. auch die anläßlich der Besprechung des § 7 des österr. B.-G.-B. in seinem System gemachte Äußerung Ungers: „Niemals kann sich ein Fall ereignen, in welchem zum Naturrecht rekurriert werden müßte. Denn die Rechtsanalogie ist vollkommen ausreichend, um jeden sich ergebenden Fall im Geiste des bestehenden Rechts zu lösen." Vgl. K. G. Wurzel: „Das juristische Denken", 2. Aufl., Wien und Leipzig 1924, S. 25 f.

[28]) Vgl. auch H. Gutherz: „Studien zur Gesetzestechnik", I. Teil, Breslau 1908, S. 68. — Durch die logische Rechtsdeutung kann jedoch aus dem Texte des Rechts auch ein Sinn herausgelesen werden, der auf den ersten Blick nicht zu erkennen war. Vgl. Gmür: „Die Anwendung des Rechts", 1908, S. 72: „Der Gesetzesinhalt ist weit reicher als die Summe derjenigen Rechtsregeln, welche prima vista aus dem Text herausgelesen werden können. Es ergibt sich dies schon daraus, daß durch die textergänzende Auslegung eine große Zahl von Rechtssätzen zu gewinnen sind, die nicht im Texte stehen und dennoch als Bestandteile des Gesetzes anerkannt werden müssen, obschon ihre Existenz nicht formell dokumentiert ist."

[29]) Bei der Rechtsanwendung muß der Rechtsanwender — wie wir dies unten (II. 3.) noch ausführlicher darstellen werden — des öfteren die abstrakten Normen des Rechts auf Grund der Ermächtigung des Rechts konkretisierend ergänzen, richtiger, im weiten Rahmen der durch das Recht gebotenen Möglichkeiten selbständig das Urteil finden. Auch der Fall der Analogie kann unter diesen Gesichtspunkt gebracht werden; mit dem Unterschiede jedoch, daß hier das Urteil nicht ganz selbständig, sondern womöglich im Geiste der für gleiche Fälle vorgesehenen Rechtsnormen oder im Einklang mit den allgemeinsten Prinzipien des Rechts, gefällt werden muß. Wo aber die rechtsergänzende Arbeit des Rechtsanwenders im Urteile erscheint, kann nicht von der logischen Ausdehnung des Rechts selbst gesprochen werden.

legis und iuris in der Rechtsanwendung ist anderseits wiederum nur ein Beweis für den logischen Zusammenhang des Rechtssystems.

Wir müssen uns in diesem Zusammenhange abschließend auch mit dem Einwande befassen, wonach dieser logische Zusammenhang des Rechtssystems erst durch die Rechtswissenschaft erzeugt werden soll. Dieser Auffassung nach würde das Recht selbst kein logisches System bilden, die Vielheit der Rechtsnormen würde sich nicht von selbst in die Einheit eines logischen Ganzen fügen, sondern es sollte erst durch die ordnende Arbeit der Rechtswissenschaft aus der Unmenge der Rechtsnormen ein einheitliches System hervorgebracht werden. Diese Auffassung ist nur eine abgeschwächte Form jener noch weitergehenden Auffassung, wonach im Recht das Logische überhaupt nicht vorgefunden werden könnte, das Recht etwas Alogisches sein sollte, und wonach demgemäß schon die hypothetischen Urteile des Rechts, die Rechtsnormen, erst durch die Rechtswissenschaft aus der alogischen Materie des Rechts herausgeformt werden sollten. Diese Ansicht wird durch Kelsen vertreten, auf dessen diesbezügliche Auffassung wir später (I. 7.) noch zurückkehren werden. Hier wollen wir uns kurz nur auf die Frage beschränken, ob das logische System des Rechts tatsächlich erst durch die ordnende Arbeit der Rechtswissenschaft erzeugt wird? Unzweifelhaft ist es die Aufgabe der Jurisprudenz, die Normen des Rechts in ein System zu fassen. Dies bedeutet aber ebensowenig, daß im Recht selbst kein System wäre, wie die Aufgabe der Interpretation, den Sinn der Rechtsnormen zu bestimmen, noch keinesfalls die Sinnlosigkeit der Rechtsnormen an sich, zur logischen Voraussetzung hat. Wie der Interpretator nur den in den Normen des Rechts enthaltenen Sinn findet, so kann auch die systematisierende Arbeit der Rechtswissenschaft nur die zwischen den Rechtsnormen ohnedies schon bestehenden Zusammenhänge aufdecken. Die ihrem Sinne nach logisch zusammenhängenden Normen des Rechts werden übrigens nicht selten vom Gesetzgeber selbst systematisch zusammengefaßt, wie wir das schon im Falle der sogenannten Kodifikationen gesehen haben. Die ihrem Sinne nach logisch zusammenhängenden Normen des Rechts können aber auch durch die Rechtswissenschaft systematisch zusammengefaßt werden; aus dieser Tatsache darf aber noch keineswegs der Schluß gezogen werden, als ob der logische Zusammenhang dieser Rechtsnormen selbst erst durch die Rechtswissenschaft erzeugt worden sei. Es trifft gerade das Gegenteil zu: die Rechtswissenschaft könnte Normen, die an sich schon ihrem Sinne nach in keinem logischen Zusammenhang miteinander stehen würden, überhaupt nicht miteinander in Zusammenhang bringen. Wir sahen oben, daß die zu einem Rechtssystem gehörigen Normen nach verschiedenen Richtungen hin miteinander in Zusammenhang stehen. Dem Sinne nach ergänzen sie sich, sie ebnen einander den Weg zur Entstehung und unterstützen sich gegenseitig bei der Verwirklichung; sie fügen sich also sowohl ihrem Sinne als auch ihrer Entstehung sowie ihrer Verwirklichung nach eng ineinander. Die systematisierende Jurisprudenz kann diese logischen Zusammenhänge zwischen den Rechtsnormen bloß aufdecken, keineswegs aber selbst erzeugen. Ja, sie ist streng genommen eigentlich nicht einmal imstande, die zwischen den Rechtsnormen bestehenden vielfachen Zusammenhänge vollständig aufzudecken. Die Aufgabe und Rolle der Jurisprudenz besteht haupt-

sächlich darin, das Normenmaterial des Rechts nach ihren — in erster Reihe den Bedürfnissen der Rechtsanwendung entspringenden — Gesichtspunkten zu erhellen und zu ordnen. Und dieses bedeutet nichts anderes, als daß sich die Jurisprudenz darauf beschränken muß, aus den vielfachen inneren Zusammenhängen des Rechts isolierend nur einige zu betrachten. — All dies führt uns aber schon zu der, die Rolle des Logischen auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft erfassenden, Frage hinüber.

4. Unsere bisherigen Erörterungen führten zu dem Ergebnis, daß das Recht eine Summe von Gedanken ist, und daß alle diese Gedanken eine feste logische Form, die Gesamtheit dieser Gedanken aber ein hartes Gerippe besitzen: die einzelne Rechtsnorm tritt in der logischen Form des Urteils und die Gesamtheit der Rechtsnormen in der Einheit des logischen Systems in Erscheinung. Bis hieher haben wir also gleichsam nur das logische Gewand untersucht, in welchem die Rechtsnormen einzeln oder in ihrer Gesamtheit erscheinen, und haben ihren Inhalt nicht berücksichtigt. Wenn wir nun unser Augenmerk dem konkreten Inhalte der Rechtsnormen zuwenden, werden wir auch darin das Logische auffinden.

Das Recht regelt das Leben. Aus der großen und beinahe unübersichtlichen Menge der Lebensverhältnisse und der menschlichen Handlungen macht es jedoch nicht ein jedes und eine jede zum Gegenstande seiner Regelung, sondern greift aus ihrem Kreise im Wege einer isolierenden Abstraktion einige heraus. Die rechtliche Regelung ergreift aber das solcherart aus der Fülle des gesellschaftlichen Daseins herausgerissene einzelne Lebensverhältnis ebenfalls nicht in seiner vollen und konkreten Individualität, sondern nur von jener Seite her, die allgemeine Züge aufweist, die es als gemeinsamen Zug mit einer Vielheit von Lebensverhältnissen gemein hat. Das Recht bildet also im Wege der Abstraktion aus den allgemeinen Zügen der Lebensverhältnisse allgemeine Begriffe, abstrakte Tatbestände, unter welche eine ganze Reihe der zukünftigen menschlichen Handlungen oder Ereignisse subsummierbar sein wird; es kann auf diese Weise durch eine einzelne abstrakte Norm bereits auf eine ganze Reihe menschlicher Handlungen eine rechtliche Wirkung ausüben. — Da wir hier die Rolle des Logischen zu untersuchen haben, können neben den logischen Funktionen der Abstraktion und der Generalisation diejenigen nicht logischen Funktionen, die bei der Bildung der Rechtsbegriffe ebenfalls noch zu Worte kommen, vernachlässigt werden. Es soll kurz nur folgendes bemerkt werden: Wie wir weiter unten (I. 6.) sehen werden, spielt das Logische im Recht eine sekundäre Rolle, die primäre Bedeutung kommt denjenigen praktischen Zwecken zu, die durch das Recht verfolgt werden. Durch diese praktischen Zwecke des Rechts — die den Bedürfnissen des Lebens und nicht der Logik entspringen — wird bereits die rechtliche Begriffsbildung geleitet. Und wenn sich auch diese Begriffsbildung bei der Verfolgung dieser Zwecke hauptsächlich der Funktionen der Abstraktion und der Generalisation bedient, kann sie nicht umhin, auch andere Funktionen, besonders die durch praktische Zwecke und die Voraussicht geleitete Phantasie zu Worte kommen zu lassen. Ein charakteristisches Beispiel hiefür ist jene völkerrechtliche Norm, welche die Verwendung von Gasgeschossen zu einer Zeit bereits schon verbot, als diese Geschosse durch die Technik noch gar nicht erzeugt

gewesen waren. Tatbestände, die in der Wirklichkeit noch nie existierten, die aber durch die Voraussicht des Rechts im Recht bereits begrifflich konstruiert sind, sind sicherlich nicht durch bloße Abstraktion und Generalisation entstanden. Da solche Begriffe aber eigentlich durch das Zusammenwirken der Phantasie mit der Abstraktion und der Generalisation, also ebenfalls mit Hilfe der abstrahierenden und generalisierenden Tätigkeit, zustande gekommen sind, und ebenfalls abstrakte Allgemeinbegriffe sind, brauchen wir auf sie keine besondere Rücksicht zu nehmen. — Es kann daher ganz allgemein behauptet werden, daß der Inhalt der Rechtsnormen im Wege der Abstraktion und der Generalisierung zustande komme. Das, was in der allgemeinen logischen Form der Rechtsnorm als „konkreter" Inhalt erscheint, ist daher an die Vollständigkeit und Konkretheit der Wirklichkeit und des Lebens selbst gemessen, nur eine allgemeine, generalisierende Vorschrift. In den hypothetischen Urteilen der Rechtsnormen werden allgemeine Begriffe verbunden.

Bedeutet das Recht eine geistige Herrschaft über das äußerst verwickelte menschliche Zusammenleben, so ist das Werkzeug dieser Herrschaft ein Logisches: der Begriff. Der allgemeine, abstrakte Begriff ist das Instrument, das die enorme Entfernung zwischen dem Gesetzgeber und dem einzelnen konkreten Falle überbrückt[30]). Und je bestimmter, je schärfer die durch das Recht geschaffenen Begriffe sind, desto leichter wird die Rechtsanwendung, desto sicherer wird die Herrschaft des Rechts über das gesellschaftliche Zusammenleben sein. Im Interesse der Bestimmtheit der Rechtsbegriffe können die genauen juristischen Begriffsbestimmungen, die Definitionen, eine sehr wichtige Rolle im Recht spielen. Nicht ohne Grund beruft sich Lask auf den im Recht steckenden mächtigen „begriffsbildenden Geist" und behauptet, daß das Recht „Begriffe von so hoher technischer Vollendung (bildet), daß sie sich oft nur dem Grade nach von denen der Wissenschaft unterscheiden und der wissenschaftlichen Bearbeitung zuweilen nichts anderes, als die bloße Fortsetzung des vom Gesetz begonnenen Formungsprozesses übrig lassen"[31]). Und Trendelenburg hebt mit Nachdruck die große Wichtigkeit der Definition für das Recht hervor: „Genau genommen ist sie im peinlichen und bürgerlichen Recht, in der Verfassung und im Vertrag die logische Macht, welche die Bestimmungen für das, was zu leisten, sowie für das, was zu leiden mit unumgänglicher Konsequenz nach sich zieht[32])." Und darum sind nach seiner Ansicht „die richtigen Definitionen die logischen Hüter aller Rechtssicherheit, die Grenzwächter der Rechtsbestimmungen"[33]).

Durch „die logischen Hüter aller Rechtssicherheit": durch die bestimmten und festen Rechtsbegriffe erfaßt das Recht die unübersehbare

[30]) Vgl. Gerhard Ledig: „Der Begriff als Instrument der Rechtspflege", Kant-Studien, Bd. XXXII, H. 3/4, 1927, S. 325.

[31]) Lask, a. a. O., S. 35.

[32]) Trendelenburg, a. a. O., S. 166.

[33]) A. a. O., S. 168. — Vgl. Rickert: „Zur Lehre von der Definition", 2. Aufl., S. 39: „Soll (der) ... Wille des Gesetzgebers in Erfüllung gehen, dann ist es offenbar notwendig, daß man die in den Rechtssätzen verwendeten Begriffe genau und scharf definiert." — Ebenda S. 40: „Die Rechtssätze ... müssen aus Begriffen bestehen, welche eindeutig auf die Erscheinungen der Wirklichkeit bezogen werden können."

Fülle der gesellschaftlichen Erscheinungen, durch sie beherrscht es das menschliche Zusammenwirken, das Leben. Dies ist aber nur die eine Seite der großen Frage, welche sich auf den Zusammenhang zwischen dem Leben und dem Recht bezieht. Andererseits ist es gerade die Bestimmtheit, die Umbeugsamkeit, die „Strenge" der Rechtsbegriffe, das im Rechte steckende abstrakte logische Moment, das das Recht mit dem Leben in Gegensatz bringt. Der scharf abgegrenzten Begriffswelt des Rechts gegenüber kennt das in unmerklichen Übergängen wogende Leben keine scharfen Grenzen. Den in allgemeinen Begriffen hervortretenden vereinfachten Schattenbildern der juristischen Welt steht die unermeßbar reiche und farbige Mannigfaltigkeit des wirklichen Lebens gegenüber. Das Recht unterwirft eine Mehrzahl niemals ganz gleichartiger konkreter Fälle notwendigerweise der gleichen Beurteilung, und kann hiedurch mit dem Grundsatz der „aequitas", der Billigkeit, in Gegensatz geraten. Aus diesem Gegensatz zwischen Recht und Leben entspringt das uralte Problem des Verhältnisses von Recht und Billigkeit, die Frage des „iustum" und des „aequum". Die eingehendere Erörterung dieser Frage kann hier jedoch vermieden werden. Wir begnügen uns damit, in diesem Zusammenhange bloß darauf hinweisen zu wollen, daß dieser Gegensatz mit dem ewigen philosophischen Gegensatz des Allgemeinen und Besonderen verwachsen ist, und daß infolgedessen auch der Gegensatz des iustum und des aequum und die Möglichkeit des summum ius summa iniuria niemals vollständig aus der Welt des Rechts zu verbannen sein wird.

Die Forderung der Rechtssicherheit und die der möglichst leichten Rechtsanwendung wird immer die Bildung womöglich scharfer und bestimmter Rechtsbegriffe und die Verwendung eines konsequenten und starren logischen Apparates im Recht verlangen. Die ethische Forderung der Billigkeit verlangt dagegen einen freien Spielraum für die Berücksichtigung der individuellen Besonderheiten des konkreten Falles durch den Rechtsanwender, und zu diesem Zweck die Verwendung womöglich unbestimmter Begriffe, sogenannter Kautschukbegriffe oder auch Blankettvorschriften im Recht. (Als Beispiele solcher Begriffe können gelten: das gegen die „guten Sitten" verstoßende Rechtsgeschäft, die „bona fides" und die „mala fides"; die Wendungen „nach Treu und Glauben" oder „nach billigem Ermessen"; die weiten Strafrahmen, sowie die „mildernden Umstände" im Strafrecht usw.) Das jeweilige Recht bedeutet immer ein Kompromiß zwischen diesen gegensätzlichen Forderungen. Welche von diesen in Frage stehenden gegensätzlichen Forderungen bei diesem Kompromiß vorwiegend zur Geltung kommt, hängt von der Stufe der Entwicklung, von den Bedürfnissen der gegebenen geschichtlichen Lage und nicht letzten Endes von der Qualität der durch das Recht geregelten Lebensverhältnisse ab.

In neueren rechtstheoretischen Erörterungen liest man nicht selten Klagen über die logische Starrheit des Rechts; und bei den Anhängern der sogenannten „freirechtlichen Bewegung" zeigte sich am Anfange unseres Jahrhunderts eine oft beinahe schon sentimentale Sehnsucht nach dem „guten Richter" und nach einem dehnbaren „freien" Recht[34]). Dem-

[34]) Die freirechtliche Bewegung wird eingehender bei der Frage der Rechtsanwendung im zweiten Teile besprochen werden.

gegenüber muß aber betont werden, daß uns eine gewisse logische Starrheit des Rechts zu jeder Zeit unentbehrlich sein wird, und zwar nicht nur im Interesse der Rechtssicherheit, sondern im allgemeinen schon deswegen, damit das Recht seine Rolle als objektive Regelung der menschlichen Lebensverhältnisse beibehalten könne. Jene starren logischen Formen, mit deren Hilfe das Recht die komplizierten Verhältnisse des menschlichen Zusammenlebens ergreift und seiner Regelung unterwirft, sind — nach Meynial — „comme les garde-fous au bord du ravin. La route du droit côtoie les misères et les convoitises humaines; ceux qui la suivent sont souvent attirés, séduits par la profondeur du gouffre ou l'éclat de l'autre rive. Il faut les protéger et c'est la règle impersonelle seule qui leur donne la fermeté et la sécurité qu'il faut pour y résister"[35]). Die logische Starrheit des Rechts hat also auch eine ethische Bedeutung. Und es löst sich solcherart der Gegensatz, der zwischen dem Logischen und dem Ethischen auf dem Gebiete des Rechts infolge des Gegensatzes zwischen den abstrakten Rechtsbegriffen und den ethischen Forderungen der Billigkeit zu bestehen schien, in eine höhere Harmonie auf.

Die Untersuchung des Problems der Rechtsbegriffe zeigt uns endlich auch ganz augenscheinlich, daß das Logische im Leben des Rechts eine konservative Rolle spielt. Die „Hüter der Rechtssicherheit", die bestimmten und starren Rechtsbegriffe bedeuten nämlich nicht nur das Allgemeine und Bleibende in der Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle des Lebens, sondern sie sind auch die Vertreter des Bleibenden und Unwandelbaren im fortwährend wechselnden Strome der geschichtlichen Entwicklung. Der logische Sinn einer jeden Rechtsnorm bleibt — im Rahmen der eventuell möglichen abweichenden Interpretation — derselbe, solange nur die Rechtsnorm besteht. Im Flusse des ständig wechselnden gesellschaftlichen Lebens sind diese oft lange Zeit hindurch ungeändert bestehenden Rechtsbegriffe die mächtigsten Stützen der Kontinuität der geschichtlichen Entwicklung. Im Gegensatz zu den rastlose Veränderungen anstrebenden Kräften vertritt das Logische im Recht die Interessen der Tradition. Zu seinen großen Verdiensten gehört es, die plötzlichen und unbedachten Änderungen seltener zu machen[36]). Man hört zwar nicht selten den Vorwurf laut werden, daß der logische Apparat der allgemeinen Begriffe dem Inhalt der Rechtsnormen auch dann noch zu einem Weiterleben verhilft, nachdem jene gesellschaftlichen Gründe bereits weggefallen sind, die diese Inhalte motivierten; der logische Apparat des Rechts dient dieser Auffassung nach nur dem Zwecke, das schwere, tote Gewicht der Vergangenheit auf die Schultern der Gesellschaft zu wälzen[37]). Es kann ohne weiteres zugegeben werden, daß durch das Medium des Rechts die Gegenwart und die Zukunft tatsächlich durch die Vergangenheit beherrscht werden. Dieser Einfluß der in den Rechtsbegriffen weiter-

[35]) E. Meynial: „Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit", Revue de métaphysique et de morale, 1908, S. 187.

[36]) E. Meynial, a. a. O., S. 187: „Il (le procédé logique) a ce grand mérite . . . de rendre plus rares et plus difficiles les changements brusques et inconsiderés."

[37]) E. Meynial, a. a. O., S. 183: „. . . l'effet de l'appareil logique est de faire survivre la règle à sa cause vraie en lui maintenant son prétexte logique, de l'isoler des faits, parfois même de lui conserver un rôle fécond alors qu'elle n'a déjà plus de base."

lebenden Vergangenheit auf die Kämpfe der Gegenwart ist jedoch nur selten ein Ballast, meistens erweist er sich als tatkräftige Hilfe; ohne diesen Einfluß müßte das durch die Trägheitskraft der Entwicklung bewegte Schwungrad der Geschichte stillstehen und die Kontinuität der geschichtlichen Entwicklung in Scherben gehen.

5. Bisher war von jenen logischen Elementen die Rede, die in einem jeden Rechtssystem notwendigerweise aufgefunden werden können. Wir mußten aber oben, bei der Gegenüberstellung der Forderungen der Rechtssicherheit und der der Billigkeit (I.4.) bereits bemerken, daß die einzelnen Rechtssysteme, je nach der Stufe ihrer geschichtlichen Entwicklung, sich in ganz verschiedenem Maße der bestimmten und scharfen Begriffe oder der unbestimmten, sogenannten Kautschukbegriffe bedienen. Wir müssen nun kaum viele Worte verlieren, um zu beweisen, daß das Logische im Recht, je nach der Entwicklungsstufe des betreffenden Rechtssystems, in äußerst verschiedenem Maße zur Geltung kommen kann. Je entwickelter ein Rechtssystem ist, desto logischer wird sein Aufbau sein, desto stärker wird darin das Logische zur Geltung kommen. Unentwickelte Rechtssysteme sind des öfteren kaum mehr als bloße Sammlungen wenig zusammenhängender, isolierter Vorschriften. Oft ist es nur das Ergebnis einer langen Entwicklung, daß an Stelle dieser lose zusammenhängenden isolierten Rechtsverbote viel allgemeinere Normen treten. Die lex Salica unterschied zum Beispiel nach der Verschiedenheit der gestohlenen Gegenstände eine ganze Reihe der verschiedenartigsten Diebstahlsdelikte. Das alte römische Recht kannte vier Arten des Diebstahls, zur Zeit des Kaiserreiches aber unterscheid man nur mehr zwei Arten des furtum. Der Begriff der Teilnahme am Verbrechen ist ebenfalls als Produkt einer langen Entwicklung zu betrachten; anfangs bestrafte man jene verschiedenen Handlungen, in welchen die Teilnahme zum Ausdruck gelangte, als selbständige verschiedene Delikte[38]).

In dem Maße, in dem die Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens im Laufe der Entwicklung immer komplizierter werden, sieht sich auch das Recht immer mehr und mehr darauf angewiesen, in seiner Regelung die Hilfe logischer Mittel in Anspruch zu nehmen. Und das Recht wendet ganz eigenartige logische Griffe, eigenartige logische Konstruktionen an, um die beinahe unübersichtlich mannigfaltigen Erscheinungen zu beherrschen. Diese durch das Recht angewandten logischen Hilfsmittel, die alle dem Zweck der möglichst einfachen Regelung komplizierter Verhältnisse dienen, können hier selbstverständlich nicht ausführlich angeführt werden. Die einzelnen Rechtssysteme können sehr verschiedene logische Hilfsmittel verwenden, und sich ihrer in sehr verschiedenem Maße bedienen. Wir müssen uns also damit begnügen, das Gesagte durch einzelne Beispiele zu beleuchten.

Ein solches logisches Hilfsmittel, das den Zweck der möglichst einfachen Regelung verfolgt, ist zum Beispiel die juristische Konstruktion des handlungsunfähigen Rechtssubjektes und der gesetzlichen Vertretung. Denn worin besteht ihr Wesen? Es ist bekannt, daß das

[38]) Gaius: „Institutionum Jur. Civ. Commentarii", III 183, § 202. — Vgl. Meynial, a. a. O., S. 166, 167.

Recht seine Befehle in erster Reihe an die zum vernünftigen Denken, Wollen und Handeln fähigen Durchschnittsmenschen richtet, die diese Befehle auch verstehen und befolgen können. Was soll aber mit den zum vernünftigen Denken, Wollen und Handeln unfähigen Personen geschehen? Es scheint, als ob hier eine ganz spezielle besondere Regelung nötig wäre, um die verschiedenen Verhältnisse dieser Personen ausführlich zu regeln. Was tut aber das Recht? Um diese zwiefältige Regelung vermeiden zu können, wird der auf den handlungsfähigen Normalmenschen berechnete gewaltige Normenkomplex einfach auch für die handlungsunfähigen Personen passend gemacht. Und dies kann durch einen einfachen logischen Griff geschehen: dadurch, daß das, was bei einem Handlungsunfähigen gegenüber einem Normalmenschen fehlt, die Handlungsfähigkeit, durch die Institution der gesetzlichen Vertretung ersetzt wird. Durch die einfache Verfügung, daß neben die handlungsunfähigen Personen ein gesetzlicher Vertreter gestellt wird, durch jene unbedeutende Abweichung von der psychologischen und soziologischen Wirklichkeit, daß die Handlungen des gesetzlichen Vertreters nicht diesem selbst, sondern dem Handlungsunfähigen zugerechnet werden, also rechtlich für Handlungen dieses letzteren gelten, wird es möglich, die auf den Normalmenschen gemünzten Normen auch auf die Handlungsunfähigen (Verrückte, Minderjährige usw.) anzuwenden.

Dem Zwecke der einfachen Regelung und der einfachen Rechtsanwendung dient auch die mit der eben angeführten in mancher Hinsicht nahe verwandte juristische Konstruktion der juristischen Person. Das Recht bedient sich dieser Konstruktion ebenfalls nur deswegen, um komplizierte Verhältnisse, die sonst eine ganz spezielle, besondere Regelung erfordern würden, unter die Herrschaft der schon bestehenden Normen bringen zu können. Alle jene verwickelten Beziehungen nämlich, welche zum Beispiel zwischen den Mitgliedern eines Vereines untereinander, oder zwischen Mitgliedern und dem Vereine nicht angehörigen Personen bestehen, könnten ausführlich geregelt werden, ohne all diese verwickelten Beziehungen in die ideelle Einheit der juristischen Person zusammenzufassen. Wie viel einfacher ist es jedoch, von der Konstruktion der juristischen Person Gebrauch zu machen: man braucht nämlich ebenfalls nur die fehlende Handlungsfähigkeit der juristischen Person durch die Institution der Vertretung, das heißt durch die Bestimmung der Organe der juristischen Person, zu ersetzen, und schon können die auf den handlungsfähigen Normalmenschen gemünzten Rechtsnormen auch auf die durch ihre Organe nunmehr handlungsfähig gewordenen juristischen Personen angewendet werden; auf diese Weise wird eine ausführliche und selbständige besondere Regelung jener komplizierten gesellschaftlichen Beziehungen, die wir im Begriffe der juristischen Person in eine Einheit zusammenfassen, überflüssig gemacht[39]).

Logische Hilfsmittel der einfachen Regelung sind ferner auch die

[39]) Vgl. Stammler: „Theorie der Rechtswissenschaft", Halle 1911, S. 332: „Die Rechtsfähigkeit eines Vereins ist nur eine Methode, die Rechtsverhältnisse seiner Mitglieder untereinander und zu Dritten in gewissem Sinne einheitlich zu fassen ... Es ist eine einheitliche Zusammenfassung von vielen Gedanken, die sonst schwer übersehbar und jedenfalls kaum aussprechbar auseinander laufen würden." — Ferner Somló: „Juristische Grundlehre", S. 519—523.

sogenannten juristischen Fiktionen. Auch bei diesen handelt es sich eigentlich immer darum, daß das Recht eine auf einen bestimmten Fall (Tatbestand) geprägte Norm, auch in einem anderen Falle, für den sie ursprünglich nicht bestimmt war, anzuwenden gebietet. Die juristische Fiktion des „nasciturus pro iam nato habetur" bedeutet zum Beispiel, daß die Geltung der sich gewöhnlicherweise nur auf die schon geborenen Menschen beziehenden Rechtsnormen, in gewisser Hinsicht auch auf die menschliche Leibesfrucht ausgedehnt wird. Keineswegs will aber diese Fiktion behaupten, daß die Leibesfrucht schon ein geborener Mensch wäre. In den juristischen Fiktionen ist also niemals davon die Rede, daß wir etwas, was nicht wirklich ist, als wirklich betrachten. Und deshalb können auch die sogenannten juristischen Fiktionen nicht als Fiktionen in des Wortes wissenschaftlicher Bedeutung angesehen werden. Das Abweichen von der Wirklichkeit, die Gleichstellung eines nicht wirklichen Sachverhaltes mit einem wirklichen — was der charakteristische Zug der wissenschaftlichen Fiktion ist —, kann bei den juristischen Fiktionen schon darum nicht vorgefunden werden, weil das Recht niemals darüber Aufschluß gibt, was ist, sondern bestimmt, was sein soll; da es normative Vorschriften und nicht Aussagen über die Wirklichkeit enthält, kann es von dem, was nicht ist, nicht annehmen und aussagen, daß es ist. Die Abweichung der juristischen Fiktion von der Wirklichkeit besteht höchstens darin, daß sie an in der Wirklichkeit verschiedene Tatbestände dieselbe Rechtsfolge knüpft, und auf diese Weise solche Sachverhalte, die in der Wirklichkeit verschieden sind, vom rechtlichen Standpunkte aus gesehen für gleich betrachtet, das heißt der gleichen rechtlichen Beurteilung unterwirft. Aus diesem Gesichtspunkte müßte aber jede Rechtsnorm als eine Fiktion erscheinen, da durch die allgemeinen Begriffe des Rechts — wie oben (I. 4.) bemerkt wurde — immer eine Mehrzahl niemals ganz gleichartiger konkreter Fälle notwendigerweise der gleichen rechtlichen Beurteilung unterworfen wird[40]).

Den sogenannten juristischen Fiktionen ähnlich sind auch die Präsumtionen solche logischen Hilfsmittel, die den Zweck der einfacheren rechtlichen Regelung und besonders den der einfacheren und leichteren Rechtsanwendung verfolgen. Anstatt den Beweis von komplizierten und schwer beweisbaren Tatsachen zu fordern, begnügt sich — bis zum Beweis des Gegenteils — die praesumtio iuris mit dem Beweis von solchen einfachen und leicht beweisbaren Tatsachen, die gewöhnlicherweise mit jenen verbunden zu sein pflegen, und deren Vorhandensein solcherart auch das Vorhandensein jener wahrscheinlich macht. Die

[40]) Vgl. Unger: „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts", VI, 1864, S. 35: „Die Fiktion ist nur die eigentümliche Ausdruckform für die juristische Gleichstellung und Gleichbehandlung an sich verschiedener Verhältnisse ... sie ist ein Werkzeug juristischer Terminologie." — Ferner Stammler: „Theorie der Rechtswissenschaft", Halle 1911, S. 328—333: „... das Wort Fiktion ist verfehlt ...", S. 331: „Die sogenannte juristische Fiktion ist nichts als eine abkürzende Formel, mittels deren ein bestimmtes rechtliches Wollen sich ausdrückt." — Somló: „Juristische Grundlehre", S. 524—529, S. 527: „juristische Fiktionen ... sind nur sprachliche Metaphern, Redewendungen, terminologische Bequemlichkeiten, nicht aber wirkliche Fiktionen". — Kelsen: „Zur Theorie der juristischen Fiktionen", Annalen der Philosophie, Jahrg. 1919, S. 630—658, S. 640: „jede sogenannte ‚Fiktion' des Gesetzgebers (ist) nichts anderes, als eine abbrevierende Ausdrucksweise. Das Gesetz will für einen Fall dasselbe anordnen wie für einen anderen".

praesumtio iuris bedeutet also eigentlich die Anwendung des logischen Hilfsmittels der Hypothese auf dem Gebiete des Rechts[41]).

6. Es würde uns aber zu weit führen, weitere Beispiele anzuführen. Mit all diesen logischen Hilfsmitteln will das Recht den Zweck erreichen, die beinahe bis zur Unübersichtlichkeit komplizierten gesellschaftlichen Beziehungen einer möglichst einfachen und übersichtlichen Regelung unterwerfen zu können. Und die Tatsache, daß nur das im Recht steckende logische Element mit seinen vereinfachenden Gedanken die Möglichkeit dazu bietet, daß das Recht das verwickelte Leben überhaupt zu regeln imstande sei, ist ein hinlänglicher Beweis für die überaus große Wichtigkeit der Rolle, die das Logische im Recht spielt. Das Logische ist der große Helfer des Rechts bei der Organisation des Lebens[42]). Das Logische spielt demzufolge im Recht dieselbe Rolle, die ganz allgemein den vereinfachenden Verfahren in der Wissenschaft zukommt. Nach einem hervorragenden ungarischen Mathematiker ist es ein ausgetretener Weg des wissenschaftlichen Denkens in der Mathematik, „das Komplizierte in das Einfache, das Höhere in das Elementare" und „das Schwere in das Leichte zu verwandeln", „die einfache Lösung komplizierter Probleme" zu finden; ein vereinfachender Gedanke kann die Rolle eines Aufzuges im wissenschaftlichen Denken spielen, der den Anwender des Prinzips, durch verwickelte Problemenkreise hindurch' leicht in die Höhe befördert[43]). Und es ist dieselbe Aufgabe, die durch das Logische in der Welt des Rechts erfüllt wird; ein vereinfachender Gedanke, eine glückliche juristische Konstruktion, hilft nicht selten — gleich einem Aufzug — leicht über die Regelung oft beinahe unübersichtlich verwickelter Erscheinungen hinweg.

Daraus, daß das Logische die Möglichkeit zur einfachen rechtlichen Regelung komplizierter Lebensverhältnisse eröffnet, kann man die Folgerung ziehen, daß das Logische im Recht den Interessen der Rechtsanwendung dient. Neben jenen Machtmitteln, welche dem Recht zu Gebote stehen, ist die im Recht steckende logische Kraft die mächtigste Garantie seiner Verwirklichung. Die klare und logische Ausdrucksweise des Norminhaltes, die feste Konsequenz im logischen Aufbau des Rechtssystems, scharfe und bestimmte Rechtsbegriffe, sowie glückliche juristische Konstruktionen können oft viel mehr zur Verwirklichung des Rechtssystems beitragen, als die Macht der Bajonette.

---

[41]) Vgl. Trendelenburg, a. a. O., S. 173: „Von der logischen Seite fördern sie (die Präsumtionen) leichte und rasche Anwendbarkeit, indem faßliche und anschauliche Merkmale an die Stelle des schwer zu ergründenden Wesens treten." — Die praesumtio iuris et de iure — bei welcher die Möglichkeit des Gegenbeweises ausgeschlossen ist, welche also eigentlich, ebenso wie die juristischen Fiktionen, die Ausdehnung oder Beschränkung der Geltung irgendeiner rechtlichen Verfügung bedeutet — interessiert uns in diesem Falle weniger, da von diesem Verfahren oben, bei der Behandlung der juristischen Fiktionen bereits gesprochen wurde.

[42]) Vgl. Fr. Geny: „Science et technique en droit privé positif", Paris 1914, I 149: „la logique peut parfois aider à organiser la vie . . .".

[43]) Friedrich Riesz: „Elementare Methoden in der höheren Mathematik" (ungarisch), Sonderabdruck aus dem Mathematischen und Physikalischen Blättern, Bd. XXXII, Budapest 1926, S. 3, 8. — Nach Henri Bergson bedeutet die menschliche Erkenntnis im allgemeinen eine Vereinfachung: „Die Wahrnehmung ist . . . nur eine Auswahl" („Materie und Gedächtnis", Jena 1919, S. 228).

Auf dem Gebiete der Moral gelangt das logische Element nicht zu der Wichtigkeit wie im Recht. Einer der Gründe hievon mag wohl sein, daß die Moral — größtenteils nur die unmittelbaren Beziehungen des Menschen zu seinem Nächsten regelnd — keine so komplizierten Beziehungen zu regeln hat, wie die rechtliche Ordnung. Ein weiterer Grund hievon aber ist es, daß sich die Moral niemals durch Gewalt und Zwangsanwendung verwirklichen will, und daher nicht in jenem Maße auf bestimmte und scharfe Begriffe angewiesen ist wie das Recht, bei dem die logische Genauigkeit eine elementare Voraussetzung auch für die Möglichkeit der Zwangsanwendung ist.

Aus der Feststellung, daß das im Recht steckende logische Element den Zweck der möglichst einfachen Regelung komplizierter Lebensverhältnisse, sowie den Zweck der möglichst leichten und einfachen Rechtsanwendung verfolgt, muß der weitere Schluß gezogen werden, daß das logische Element des Rechts nicht im Dienste der Erkenntnis, sondern im Dienste von praktischen Zwecken steht. Dies folgt aber auch schon aus dem Begriffe des Rechts selbst, und zwar des näheren aus seinem normativen Charakter. Richtig behauptet darum Lask, daß „man sich nicht dazu versteigen dürfe, das Logische im Recht anders als in seiner Durchdringung mit dem Praktischen zu verstehen“[44]). Und jene Schriftsteller, die sich mit dem Problem der juristischen Begriffsbildung befassen, heben ganz richtig die entscheidende Rolle des Praktischen in der juristischen Begriffsbildung ebenfalls mit Nachdruck hervor. Auch Rickert ist der Meinung, daß in einem juristischen Begriffe diejenigen Merkmale wesentlich zu nennen sind, „welche dazu beitragen, daß das Recht sich verwirkliche“[45]). — Wenn aber die juristischen Begriffe nicht dem Zweck der Erkenntnis, sondern praktischen Zwecken dienen, dann ist es augenscheinlich — was wir bei der Behandlung der juristischen Fiktionen benutzen konnten —, daß sie vom Standpunkt der Erkenntnis aus weder richtig noch falsch sein können. Die Rechtsnorm will keine theoretische Wahrheit ausdrücken, ihr Inhalt kann daher auch nicht mit dem Maßstabe der theoretischen Wahrheit gewertet werden.

Daraus, daß das Logische im Recht dem praktischen Zweck der Rechtsverwirklichung dient, folgt ferner, daß das Logische im Recht nur ein Werkzeug zur Verwirklichung der Rechtszwecke ist. Auch hierin stimmt das logische Element des Rechts mit dem Machtmomente des Rechts überein. Die Zwecke, welche das Recht verfolgt, werden

[44]) Lask, a. a. O., S. 44 u. 45: „die Jurisprudenz (erzeugt) alles zur Bewältigung ihrer praktischen Aufgabe Erforderliche durch eine nur ihr eigentümliche Begriffswelt, die es sich wohl verlohnt, methodologisch zu beleuchten. Freilich wird die Methodologie überall den praktischen Beruf des Rechts als systembildenden Faktor anzuerkennen haben und sich nicht dazu versteigen dürfen, das Logische im Recht anders als in seiner Durchdringung mit dem Praktischen zu verstehen“.

[45]) Rickert, a. a. O., S. 39 u. 40: „Wesentlich werden wir daher in einem juristischen Begriff diejenigen Merkmale nennen, welche dazu beitragen, ... daß das Recht sich verwirkliche“; S. 42: „der Zweck des Rechts, sich zu verwirklichen, (bildet) das letzte Kriterium dafür, ... ob ein Merkmal für die Bildung eines juristischen Begriffs wesentlich ist“. — Vgl. Rümelin: „Juristische Begriffsbildung“, Leipzig 1878, S. 9. — G. Ledig, a. a. O. (Kant-Studien, XXXII, 1927), S. 325: „Die juristischen Begriffe sind also Begriffe im Dienste des Lebens, und letzten Endes nicht im Dienste der Erkenntnis.“

durch moralische Auffassungen, menschliche Bedürfnisse, gesellschaftliche Interessen, wirtschaftliche Notwendigkeiten und andere ähnliche, hauptsächlich aus den Quellen der Interessen und der Gefühle genährten, Kräften bestimmt. Die Menschheit wird wie im allgemeinen, so insbesondere auch in der Rechtserzeugung, in erster Linie durch gefühlsmäßige Kräfte geleitet. Der Verstand und das Logische sind nur Werkzeuge im Dienst der verschiedenen instinktiven und gefühlsmäßigen Triebkräfte. Wenn man die Zwecksetzungen des Rechts mit Hilfe einer Intuition — ohne den Weg des Verstandes zu betreten — den Rechtsunterworfenen suggerieren könnte, so wäre es vielleicht nicht notwendig, daß sich das Recht bei der Verwirklichung seiner Zwecke logischer Mittel bediene. Da dies aber selbstverständlicherweise unmöglich ist, so ist es auch nicht möglich, auf das Logische im Recht zu verzichten. So wichtig und groß jedoch die Rolle auch sein mag, welche das Logische — wie dies aus dem bisher Gesagten hervorgeht — auf dem Gebiete des Rechts spielt, bleibt es unzweifelhaft, daß ihm auf diesem Gebiete nur die **sekundäre** Bedeutung des **Mittels** zukommt. Eine primäre Bedeutung ist auf dem Gebiete des Rechts **jenen praktischen Zwecken** zuzuerkennen, welche in seinen Normen mittels der logischen Formen zum Ausdruck gelangen; denn in der Verwirklichung dieser praktischen Zwecke — mit Hilfe der logischen Mittel und der Machtmittel — besteht die geschichtliche Mission des Rechts[46]).

7. Nachdem wir im vorhergehenden die Bedeutung bestimmt zu haben glauben, die dem Logischen in der Rechtsordnung zukommt, wird es nicht unangebracht sein, einen Blick auf die beiden scharf entgegengesetzten Auffassungen zu werfen, die in dieser Frage vom Haupte der Wiener rechtsphilosophischen Schule, Hans Kelsen, und seinem gewesenen Schüler, Fritz Sander, verfochten werden. Gerade infolge ihres konsequenten Gegensatzes, sowie dadurch, daß sie die beiden möglichen extremen Lösungen des Problems bedeuten und gleichsam einen negativen und einen positiven Pol für die verschiedenen Lösungsversuche abgeben, sind ihre Auffassungen besonders lehrreich.

Nach Kelsens Auffassung ist das Recht etwas ganz Alogisches. Wie die von der Naturwissenschaft unterschiedene Natur als etwas Alogisches betrachtet werden muß, so ist nach Kelsen das von der Rechtswissenschaft unterschiedene Recht gleichfalls als alogisch zu betrachten[47]). Meines Erachtens ist diese Parallele nicht glücklich. Zwischen dem — von der Rechtswissenschaft unterschiedenen — Rechte und der — von

[46]) Vgl. E. Meynial, a. a. O., S. 173: „... la logique n'est pourtant, qu'un instrument, mis en mouvement par des mobiles très variés, dirigé par le sentiment de l'équité, de la pitié, par le besoin de paix sociale, par toutes les conceptions morales d'une époque." — Ferner Geny, a. a. O., S. 162: „... le droit positif est, principalement, œvre de l'activité tout entier de l'homme ...", S. 163: „... le vouloir dirigera constamment l'intellect". — Rümelin, a. a. O., S. 9: „Wenn irgendwo, so ist auf dem Gebiete der Jurisprudenz von dem Primat des Willens zu reden." — Schon Seneca sagt richtig vom Gesetz: „Jubeat non disputet ... non disco sed pareo" (Ep. 94).

[47]) Hans Kelsen: „Rechtswissenschaft und Recht", Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. III, 1922, S. 103—235; S. 192: „Unterscheidet man zwischen Recht und Rechtswissenschaft, so wie man zwischen Natur und Naturwissenschaft unterscheidet, dann ist das Recht ... ebenso wie die Natur, sofern man sie dabei nicht als Gegenstand einer Erkenntnis im Auge hat — ein Alogisches."

der Naturwissenschaft unterschiedenen — Natur besteht nämlich ein gewaltiger Unterschied. Das Recht ist, wenn man es auch von der Rechtswissenschaft unterscheidet, an sich schon ein Produkt der geschichtlichen und der gesellschaftlichen Entwicklung, das heißt des geistigen Lebens, es ist also an sich schon nicht weniger eine Kulturerscheinung als die Rechtswissenschaft oder überhaupt die Wissenschaft selbst. Von der Natur, wenn man sie von der Naturwissenschaft unterscheidet, kann dieses zweifelsohne nicht behauptet werden. Das von der Rechtswissenschaft unterschiedene Recht muß also noch keineswegs alogisch sein, weil die von der Naturwissenschaft unterschiedene Natur alogisch ist. Im Gegenteil, daraus, daß das Recht, ganz wie die Wissenschaft selbst, an sich schon eine Kulturerscheinung, an sich schon etwas Sinnvolles, Bedeutungsvolles, also etwas Geistiges ist, folgt bereits mit größter Wahrscheinlichkeit, daß man auch die logischen Spuren des Geistes an ihm vorfinden muß. — Als „alogisches Material" des Rechts werden von Kelsen die Gesetzesbeschlüsse, die richterlichen Urteile, die Verwaltungsakte usw. angeführt[48]). Jedermann, der weiß, wieviel logische Arbeit in einem Gesetzentwurf oder in einem richterlichen Urteile enthalten sein kann, wird die Behauptung, daß alldies ein „alogisches Material" wäre, höchstwahrscheinlich bezweifeln müssen.

Nach der Auffassung Kelsens sollte aus diesem „alogischen Material" erst die Rechtswissenschaft die hypothetischen Urteile des Rechts, das heißt die Rechtssätze, erzeugen. „Als alogisches Material werden die Gesetze, Urteile, Verwaltungsakte usw." — meint er — „in die Urteile der Rechtssätze aufgenommen und dadurch in die logische Sphäre erhoben[49])." Und deshalb müssen nach seiner Ansicht „das Recht als ein alogisches Material und die logische Erkenntnis des Rechts, die Urteile über das Recht, die im Sinne Lasks Wert-Urteile sind, das Recht der Rechtswissenschaft, ebenso unterschieden werden, wie das alogische Material des Moralischen und Ästhetischen von den logischen Urteilen der Ethik und Ästhetik, die Beurteilungen sind"[50]). Nach der Auffassung Kelsens wird also nicht nur der logische Zusammenhang des Rechtssystems, sondern es werden auch die Rechtssätze selbst aus dem alogischen Material des Rechts erst durch die Rechtswissenschaft erzeugt. „Nur dieses Recht" — behauptet er — „(das Recht der Rechtswissenschaft) besteht aus Rechtssätzen, weil nur das erkennende Bewußtsein des Rechts sich in Rechtssätzen als Urteilen ausdrückt[51])." „Und darum kann es

[48]) A. a. O., S. 192.
[49]) A. a. O., S. 193.
[50]) A. a. O., S. 193.
[51]) A. a. O., S. 182. — Elisabeth Ephrussi vertritt in ihrem Artikel: „Interpretation und Analogie" (Zeitschrift für öffentliches Recht, IV. Bd., 1924, S. 132—159) dieselbe Ansicht: „Kein Gesetz hat einen Sinn außer und vor seiner Auffassung — es hat nur insofern es aufgefaßt, interpretiert ist, Sinn" (S. 136); ferner: „die Wissenschaft erzeugt . . . das Gesetz" (S. 151). Ephrussi scheint also den Ausspruch Schloßmanns: „Das konstitutionelle Gesetz ist, so paradox und despektierlich es klingen mag, nichts anderes als eine auf verfassungsmäßigem Wege hergestellte Kombination von Papier und Druckerschwärze, aus der sich ein bestimmter Sinn entnehmen läßt" — obgleich sie sich dagegen verwahrt (S. 139) — dennoch ganz ernst genommen zu haben. Sonst könnte sie nicht behaupten, daß das Gesetz erst durch die Interpretation einen Sinn bekomme und solcherart erst die Wissenschaft das Gesetz erzeuge.

nur Urteile der Rechtswissenschaft und nicht Urteile des Rechts geben; sowie es ja ein Ungedanke wäre, die synthetischen Urteile, in denen Natur als Gegenstand der Erkenntnis, die Natur der Naturwissenschaft erzeugt wird, als Urteile der Natur zu erklären[52])."

Oben (am Ende des I. 3.) befaßten wir uns schon mit jener Ansicht, derzufolge die Einheit des Rechtssystems erst durch die Rechtswissenschaft erzeugt werden sollte. Und nachdem wir auch die Rolle des logischen Elementes im Recht ausführlich behandelt haben, können wir uns bei der Kritik der eben angeführten Ansicht ganz kurz fassen. Der Zweck der bisherigen Erörterungen war es ja, die logischen Elemente im Recht, in dem angeblich „alogischen Materiale" der Gesetze usw. aufzudecken. Hinsichtlich der richterlichen Urteile aber, welche Kelsen gleichfalls unter den Begriff dieses alogischen Materials stellt, wollen wir dies im folgenden (II.) versuchen. Für die Auffassung Kelsens, dieses scharfsinnigen und konsequenten Denkers, war augenscheinlich der nicht glückliche Ausgangspunkt, die unrichtige Parallele der Rechtswissenschaft mit der Naturwissenschaft, entscheidend. Die konsequente Verfolgung der bei dem falschen Ausgangspunkte eingeschlagenen Richtung ließ ihn übersehen, daß das Recht — ungeachtet seiner wissenschaftlichen Behandlung — schon ein Produkt bewußter menschlicher Tätigkeit ist. Und ohne daß es zum Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Bearbeitung werden müßte, zeigt das Recht auch schon die logischen Spuren dessen, daß es das Ergebnis der schöpferischen Arbeit bewußter menschlicher Einsicht ist. Es wäre schwer zu begreifen, warum der Gesetzgeber bei dieser bewußten Arbeit der Rechtserzeugung nicht logische Mittel anwenden dürfte, ja warum er nicht dieselben logischen Mittel benützen könnte, mit deren Hilfe nach Kelsen die Rechtswissenschaft aus dem alogischen Materiale des Rechts die hypothetischen Urteile des Rechts erzeugen soll, warum also nicht der Gesetzgeber selbst die hypothetischen Urteile des Rechts, die Rechtsnormen, erzeugen könnte?

Der richtige Kern, der sich am Grunde der Auffassung Kelsens[53])

---

[52]) A. a. O., S. 182. — Die Parallele mit der Naturwissenschaft weiterführend, sagt er ferner: „Die synthetischen Urteile der Naturwissenschaft sind, so sehr sie von der Wissenschaft selbst ‚erzeugt' werden, ebenso durch das in ihnen zur Einheit bringende ‚Material' determiniert (sind darum Urteile ‚über' die Natur), wie die synthetischen Urteile der Rechtswissenschaft, die Rechtssätze, in denen das der Rechtswissenschaft gegebene Material: die Gesetze, Verordnungen, richterliche Urteile, Verwaltungsakte usw., ebenso verarbeitet zu Rechtssätzen wird, wie das Empfindungsmaterial in den synthetischen Urteilen der Naturwissenschaft; und diese synthetischen Urteile der Rechtswissenschaft, die Rechtssätze, sind durch dieses ihnen gegebene oder aufgegebene Material ganz ebenso determiniert, wie die Urteile der Naturwissenschaft. In den Rechtssätzen, die Urteile, und als solche Funktionen einer Erkenntnis, eines wissenschaftlichen Bewußtseins sind, darf ebenso nur ausschließlich dieses Material bearbeitet werden ... Das und nichts anderes bedeutet, daß die Rechtswissenschaft nicht Rechtsquelle sein dürfe, aber darum darf sie nicht nur, sie muß sogar die Rechtssätze — als Urteile — erzeugen" (a. a. O., S. 181 u. 182).

[53]) Woran sich auch Julius Binder anschließt: „... Kelsen, mit dem ich insofern übereinstimme, als auch für mich nicht das Recht, sondern die Rechtswissenschaft ‚die Rechtsbegriffe produziert'. ... Es ist ... zu sagen, daß der Gesetzgeber zwar Rechtsnormen über den Kaufvertrag aufstellt, aber keineswegs ‚den Kaufbegriff produziert', den vielmehr ganz ausschließlich die Wissenschaft herausstellt." (Philosophie des Rechts, Berlin 1925, S. 889, Anm. 94.)

dennoch verbirgt, kann vielleicht mit der Feststellung dessen ausgedrückt werden, daß den logischen Elementen im Recht — wie es oben (I. 6.) ausgeführt wurde — nur eine sekundäre Bedeutung zukommt, im Gegensatz zu dem alogischen, praktischen Elemente, das von primärer Bedeutung ist. Wie wir aber weiter unten (III. 3.) sehen werden, ist die Rechtswissenschaft streng an dieses alogische, praktische Element des Rechts, an den Willen, an den Forderungsgehalt des Rechts gebunden, daran kann es keine Änderungen vornehmen; es steht ihr demgegenüber vollkommen frei, die zum Ausdruck dieses alogischen Inhaltes geeigneten logischen Mittel nach Belieben zu wählen und zu gebrauchen. Wenn also die Jurisprudenz einerseits an den Willen des Gesetzgebers strengstens gebunden ist, kann sie andererseits die vom Gesetzgeber angewendeten logischen Mittel frei überprüfen und durch entsprechendere logische Formen und Verfahren ersetzen. Dies kann uns auch ganz selbstverständlich und angebracht erscheinen, da doch die Rechtswissenschaft auf dem Gebiete des Logischen zweifellos bewanderter sein muß als der Gesetzgeber. Kelsen mag also recht haben, wenn er behauptet, daß die Rechtswissenschaft ganz bis auf die alogische Materie des Rechts zurückgehen könne und hieraus mit ihren eigenen logischen Mitteln Rechtssätze, aus diesen aber einen systematischen Zusammenhang, ein einheitliches System zu bilden befugt sei. All dies bedeutet aber noch nicht, daß der Gesetzgeber selbst, um seinen Willen auszudrücken, keine logischen Mittel gebrauchen könnte, ja notwendigerweise gebrauchen müßte. Mit einem Worte, es ist unrichtig zu behaupten, daß schon im Recht selbst das Logische nicht vorhanden wäre, und zwar notwendigerweise nicht vorhanden sein müßte.

Aus der Tatsache, daß das Recht nicht minder wie die Wissenschaft eine Kulturerscheinung ist, folgt eine gewisse Ähnlichkeit, eine gewisse Homogeneität zwischen der Wissenschaft und dem Recht. Wie wir das weiter unten (III. 2.) feststellen werden, besteht vom Gesichtspunkte des Logischen aus gesehen nur ein gradueller Unterschied zwischen der Rechtswissenschaft und dem Recht. Die instinktive Herausfühlung dieser Ähnlichkeit zwischen Wissenschaft und Recht finden wir in den originellen, denjenigen Kelsens in dieser Frage diametral entgegengesetzten Anschauungen Sanders[54]). Sander geht aber meines Erachtens zu weit. Die gewisse Ähnlichkeit zwischen Wissenschaft und Recht, von der gesprochen wurde, steigert er nämlich sozusagen zur vollen Identität beider. Wenn also das Recht von Kelsen als etwas Alogisches betrachtet wurde, so wird es durch Sander mit Haut und Haar in die logische Sphäre erhoben.

Sander geht ganz konsequent soweit, daß er sogar den normativen Charakter der Rechtssätze leugnet. Nach seiner Ansicht ist das Recht eine Summe von tatsachenfeststellenden Existentialurteilen.

[54]) Vgl. besonders: „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung", Zeitschrift für öffentliches Recht, 1919; „Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens." Ebenda 1920; „Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens." Ebenda 1921; „Staat und Recht." Wiener Staatswissenschaftliche Studien, neue Folge, I, 1922; „Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz", Tübingen 1923.

Er behauptet, daß „alle diese Urteile schlichte Tatsachenfeststellungen sind, Aussagen über individuelles (raum-zeitliches) Dasein. Nicht das kleinste Element einer Norm, eines Sollens, eines Wertes ist in diesen Urteilen des Rechts aufzufinden"[55]). Er glaubt dagegen alle Kennzeichen der Existentialurteile in den Urteilen des Rechts auffinden zu können. „Die Urteile des Rechts (die Rechtssätze) sind auf die Beschreibung der Wirklichkeit gerichtet, auf eine Angabe wie die rechtserheblichen Tatsachen sich verhalten[56])." Er identifizert also die Funktion des Rechts sozusagen vollständig mit der Funktion der tatsachenfeststellenden Erkenntnis. Wonach es wohl kaum mehr überraschen kann, daß er im Recht nicht nur Elemente der formalen Logik, sondern auch die Kategorien der transzendentalen Logik zu entdecken glaubt und das Rechtsverfahren, diesen großen Prozeß der Rechtserzeugung und der Rechtsverwirklichung, ganz nach dem Muster des Erkenntnisprozesses, der Funktion der Erfahrung auf Grund der Kantschen Erkenntnistheorie aufzufassen trachtet.

Wir können uns wohl nach unseren bisherigen Ausführungen auch bei der Kritik der Auffassung Sanders ganz kurz fassen. Es ist nicht zu bezweifeln, daß sowohl die Rechtssätze, als auch die richterlichen Urteile (vgl. II. 4.) Tatsachenfeststellungen, oder wie der juristische Fachausdruck lautet, Tatbestandsfeststellungen enthalten. Wir sahen ja, daß ein jeder Rechtssatz ein hypothetisches Urteil ist, und daß er die angeordnete rechtliche Folge an die Bedingung der tatsächlichen Verwirklichung eines realen Tatbestandes knüpft: wenn *A* ist, soll *B* sein. Und das richterliche Urteil stellt nicht einmal in bedingter, sondern in assertorischer Form fest: da *A* ist soll *B* sein. Diese Tatsachenfeststellung, diese Tatbestandsfeststellung enthält jedoch nur einen — und zwar den untergeordneteren — Teil des Rechtssatzes und des richterlichen Urteils. Nicht so sehr die Bedingung, wie die daran geknüpfte Rechtsfolge, nicht so sehr die Tatbestandsfeststellung, wie der daran geknüpfte Befehl ist von Bedeutung. Sander selbst sieht ganz richtig, daß die „Aufgabe und Funktion der Rechtsordnung überall darin (besteht) . . ., an gewisse reale Verhaltungsweisen bestimmte Folgen zu knüpfen"[57]). Er irrt aber, wenn er meint, diese rechtlichen Folgen wären bloße „Voraussagen über künftiges Geschehen"[58]). Auf Grund seiner Auffassung müßte man dem Recht eine vollkommen passive Rolle im gesellschaftlichen Leben zuweisen und eine jede legislatorische Bestrebung, ja jede praktische Politik müßte als sinnlos erscheinen. Aber es trifft gerade das Gegenteil zu, das Recht will das Leben mit seinen Befehlen tatkräftig beeinflussen. Es will nicht die Rolle einer Wahrsagerin, sondern die des Herrschers spielen.

Die Feststellung des normativen Charakters der Rechtssätze, und die damit eng verknüpfte Tatsache, daß — wie es weiter oben (I. 6.) ausgeführt wurde — das Logische im Recht im Verhältnis zu den aus

---

[55]) „Kelsens Rechtslehre" usw., S. 108.
[56]) „Kelsens Rechtslehre" usw., S. 132.
[57]) A. a. O., S. 133.
[58]) Vgl. a. a. O., S. 133: „... Voraussagen über künftiges Geschehen, über künftige rechtserhebliche Tatsachen ... Aussagen über mögliche künftige Tatbestände ... Die Urteile des Rechts konstituieren also eine ‚Erfahrung'."

alogischen Quellen entspringenden Zwecken des Rechts nur eine sekundäre Rolle spielt, genügt schon zur Widerlegung der Auffassung Sanders. Das logische Element hat zweifellos eine große Bedeutung im Recht, das Recht ist jedoch nicht eine ausschließliche logische Funktion, Erkenntnis, Erfahrung oder Tatsachenfeststellung. Wenn wir also die Auffassung Kelsens, daß das Recht etwas Alogisches sei, dahin reduzieren mußten, daß tatsächlich dem Alogischen die primäre Bedeutung im Recht zukommt, und daß die Rechtswissenschaft an die logischen Elemente des Rechts nicht gebunden ist, sondern bis auf das alogische Material des Rechts zurückgreifen kann (III. 3.), so können wir auch in der Auffassung Sanders einen richtigen Kern finden, und diesen derart formulieren, daß vom Gesichtspunkte des Logischen aus gesehen, zwischen der Rechtswissenschaft und dem Recht nur ein gradueller Unterschied besteht (III. 2.).

## II. Das Logische in der Rechtsanwendung.

1. Als wir die Rolle des Logischen im Rechtssystem untersuchten, kamen wir zu dem Schlusse, daß, so groß sie auch sei, sie doch nur als sekundär neben der Rolle der alogischen Elemente des Rechts erscheint. Die Zwecke des Rechts werden nicht durch das Logische bestimmt, durch die logischen Elemente kann nur die Erreichung dieser Zwecke, die Durchführung des Rechts, erleichtert und vereinfacht werden.

Als wir aber festgestellt haben, daß das Logische in der Rechtsordnung den Zwecken der Rechtsanwendung diene, ließen wir bereits durchblicken, daß die logischen Elemente auf dem Gebiete der Rechtsanwendung zweifellos eine sehr bedeutende Rolle spielen werden.

Indem wir also nach Untersuchung der Rolle des Logischen in der Rechtsordnung nun die Untersuchung jener Rolle, welche das Logische in der Rechtsanwendung spielt, in Angriff nehmen, sei es uns gestattet, das Ergebnis der nachfolgenden Erörterungen vorwegnehmend, festzustellen, daß die Rechtsanwendung, wenn auch nicht ausschließlich, so doch in erster Reihe, eine logische Funktion bedeutet. Das Ergebnis, welches wir bei der Untersuchung der Frage der Rechtsanwendung erhalten werden, ist also eben das Umgekehrte dessen, welches wir zuvor bei der Untersuchung der Rechtsordnung erhielten. Während im Rechtssystem dem Logischen nur eine sekundäre Bedeutung bei der Verwirklichung der aus alogischer Quelle entspringenden Zwecke des Rechts zukam, ist die Funktion der Rechtsanwendung in erster Reihe eine logische Funktion, wenn sie auch in zweiter Reihe — ergänzungsweise — Funktionen alogischen Charakters enthält.

Es kann nebenbei bemerkt werden, daß der Gegensatz zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung kein absoluter ist. Wenn wir also das Produkt der Rechtserzeugung, das Rechtssystem, der Rechtsanwendung gegenüberstellen und die Rolle des Logischen hier und dort gesondert untersuchen, sind wir uns dessen wohl bewußt, daß wir nicht mit absoluten Kategorien arbeiten. Wenn wir aber schon im Begriffe des Rechts zwei heterogene Bestandteile, das Normensystem der Regeln und das sich daranschließende System der menschlichen Handlungen, in denen das Recht zur tatsächlichen Verwirklichung kommt,

unterscheiden mußten (I. 1.), so ist es auch gewiß berechtigt, das rechtliche Normensystem als fertiges Produkt der Rechtserzeugung in sich zu betrachten und es andererseits als Ausgangspunkt derjenigen Funktionen, die seinen Vorschriften zur Verwirklichung verhelfen, also die Rechtsanwendung für sich gesondert zu untersuchen. Die Theorie Merkls von dem Stufenbau des Rechts[58a]), die auch von Kelsen vertreten wird, scheint den Unterschied zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung niedergerissen zu haben. Aber mit dem Stufenbau sind bereits die zwei Möglichkeiten des Hinaufsteigens und des Heruntersteigens mitgegeben. Vom Standpunkte der Normen niederer Ordnung aus erscheinen auf der höheren Stufe die feststehenden Normen höherer Ordnung als fertiges Produkt der Rechtserzeugung; von der höheren Stufe aus gesehen erscheint dagegen die niedere Stufe als Rechtsanwendung. — Es kann auch ohne weiteres zugegeben werden, daß (die höchste Rechtsstufe ausgenommen) eine jede Rechtserzeugung vom Gesichtspunkte der Rechtsstufe höherer Ordnung aus in einem gewissen Maße als Rechtsanwendung betrachtet werden muß; und da die Rechtsanwendung, wie es soeben gesagt wurde, eine in erster Reihe logische Funktion ist, kommt dadurch ein neuer logischer Zug in die Rechtserzeugung. Andererseits ist aber die Rechtsanwendung niemals bloße Rechtsanwendung im strengen Sinne des Wortes, sondern, wie wir es gleich sehen werden, gleichsam die Fortsetzung des Rechtserzeugungsprozesses; und da die Rechtserzeugung in erster Reihe durch alogische Momente bewegt wird (I. 6.), kommt solcherart ein alogisches Element zwischen die logischen Funktionen der Rechtsanwendung. Es soll nun im folgenden das Wesen der Rechtsanwendung näher untersucht werden.

2. In der Fachliteratur entspann sich um diese Frage eine äußerst lebhafte Diskussion; es wurden besonders zwei, einander diametral entgegengesetzte Auffassungen über das Wesen der Rechtsanwendung formuliert, mit denen wir uns kurz befassen müssen.

Die eine ist die alte, sogenannte Syllogismustheorie, die in der Rechtsanwendung, besonders in der richterlichen Tätigkeit, nichts anderes erblicken will, als eine bloß kognitive, logische Tätigkeit, die aus lauter Subsumtionen, das heißt aus der Aufstellung von Syllogismen bestehen soll. Ihrzufolge sucht der Richter zum konkreten Falle als zum Untersatze (propositio minor), aus der Reihe der Rechtsnormen diejenige als Obersatz (propositio maior) heraus, unter welche der Fall subsumierbar ist, und gewinnt aus diesen zwei Prämissen in seinem Urteil den Schlußsatz, die Konklusion. Und wenn er im Recht keinen, dem konkreten Fall entsprechenden Obersatz fände, unter welchen er den betreffenden Fall subsumieren könnte, so hätte er nach dieser Theorie ausschließlich rein logische Operationen durchzuführen, um endlich doch zu einem Ergebnis zu gelangen. Man braucht wohl diejenigen Regeln der älteren Hermeneutik nicht anzuführen, welche auf dem Wege der interpretatio extensiva, der analogia legis, oder der analogia iuris in einem

[58a]) Dr. Adolf Merkl: „Die Lehre von der Rechtskraft" (Wiener Staatswissenschaftliche Studien, XV. Bd., 2. H.), Wien und Leipzig, 1923, S. 181 ff., besonders S. 207 ff.

jeden Fall den angeblich fehlenden gesetzlichen Obersatz auffindbar machen sollen, unter welchen dann, als unter die propositio maior des Syllogismus der konkrete Fall subsumierbar sein wird. Und wenn hiebei der Rechtsanwender auch bis auf die ratio legis, oder gar die ratio iuris — (eine über einen ähnlichen Fall verfügende Gesetzstelle, oder bis auf die letzten Grundsätze des Rechts) — zurückgreifen müßte, so könnte er angeblich dennoch durch ein bloßes logisches, kognitives Verfahren jederzeit den dem konkreten Fall entsprechenden Obersatz gewinnen, und durch ein weiteres, rein logisches Verfahren, auf dem Wege eines Syllogismus zur Konklusion, zu dem Urteile gelangen. Es gesellt sich also zur Syllogismustheorie die Theorie von der logischen Expansionskraft des Rechts — von welcher oben (I. 3.) schon die Rede war —, damit der rein logische Charakter der Funktion der Rechtsanwendung behauptet werden könne.

Die der eben besprochenen Syllogismustheorie entgegengesetzte Auffassung wird von der freirechtlichen Schule vertreten. Ihrer Ansicht nach hätte der Rechtsanwender, so vor allem auch der Richter, nicht bloß logische Funktionen zu vollführen, sondern seine Aufgabe bestünde vor allem darin, den konkreten Fall — mit voller Würdigung seiner individuellen Beschaffenheit — vom Standpunkte der gesellschaftlichen Interessen, der Zweckmäßigkeit und der Moral aus gesehen, richtig zu entscheiden. Hiebei müßte der Rechtsanwender natürlicherweise in hohem Maße vom Recht unabhängige Wertungen und Willensfunktionen vollführen. Gerne beruft sich diese Theorie auf jene — aus der pragmatischen und voluntaristischen Philosophie entsprungene — Ansicht, daß der Verstand dem Willen gegenüber im allgemeinen nur eine untergeordnete Rolle spiele, und daß derart auch der Rechtsanwender in erster Reihe den Willen zur gerechten Entscheidung haben müsse, und daß der logischen Begründung dieser Entscheidung nur eine untergeordnete Bedeutung zukomme. Man pflegt sich auch auf das Beispiel des Bartolus zu berufen, von dem berichtet wird, er habe erst die Entscheidungen gemacht und sich dann von seinem Freunde Tigrinius die zu ihnen passenden Corpus-Juris-Stellen aufweisen lassen, weil er wenig Gedächtnis besessen habe[59]). Und da der freirechtlichen Auffassung gemäß das Recht immer lückenhaft und ergänzungsbedürftig ist, und seine Begriffe nie ganz eindeutig und präzis bestimmt sind, müßten bei der Entscheidung der einzelnen Fälle schon aus diesem Grunde die selbständigen Wertungen, die moralischen Auffassungen und die Willensentscheidungen der Rechtsanwender eine hervorragende Rolle spielen. Der Richter soll also nicht durch die formal-logische Auslegung der toten Gesetzstellen, sondern nach jenem alten Spruch: „iurisprudentia est omnium

[59]) Gnaeus Flavius: „Der Kampf um die Rechtswissenschaft", Heidelberg 1906, S. 21. — Vgl. Geny: „Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", Paris 1899, S. 489: „Je fais appel à l'expérience de tout ceux, qui ont réfléchi aux problèmes du droit positif, pour affirmer que, dans nombres de ces problèmes, la solution juste est acquise par sentiment instinctif plus que par raisonnement." — Ferner J. Kohler: „Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz", Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, XXV, neue Folge XIII, S. 265: „Daß aber eine gute Entscheidung mit schlechten Gründen immer noch einer schlechten Entscheidung mit guten Gründen vorzuziehen ist, versteht sich ... von selbst ..."

rerum humanarum et divinarum scientia" die richtige Entscheidung des konkreten Falles finden; und so wird auch sein Urteil nie als die Konklusion eines einfachen Syllogismus angesehen werden können[60]).

3. Diesen eben geschilderten widersprechenden Auffassungen gegenüber müssen wir feststellen, daß die Rechtsanwendung in einem jeden Falle vor allem eine Subsumtion, einen syllogistischen Schluß bedeutet. Das richterliche Urteil — das als der typische Fall der Rechtsanwendung angesehen werden kann — erscheint immer als die Konklusion eines logischen Schlusses, eines Syllogismus. Zum Beispiel:

Propositio maior: Dem ungarischen Strafgesetzbuch zufolge ist der, der das Vergehen des Diebstahls verübt, mit Gefängnis bis zu einem Jahre zu bestrafen (§ 339).

Propositio minor: Peter Kiß verübte das Vergehen des Diebstahls.

Konklusion, das richterliche Urteil: Peter Kiß wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

Oder ein Beispiel aus dem Privatrecht:

Propositio maior: Dem deutschen B. G.-B. gemäß ist zur Gültigkeit des eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Testaments erforderlich, daß Ort und Tag der Erklärung darin angegeben werde (§ 2231, Nr. 2).

Propositio minor: Auf dem Testamente Paul Müllers fehlt die Angabe des Ortes und Tages.

Konklusion, das richterliche Urteil: Das Testament Paul Müllers ist ungültig.

Die angeführten zwei Beispiele machen uns jedoch schon auf etwas aufmerksam. Während bei dem letzteren Syllogismus das richterliche Urteil in der logischen Konklusion schon nahezu vollständig enthalten ist, bedeutet die Konklusion des ersteren, daß nämlich Peter Kiß mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft wird, offensichtlich nur den Rahmen des richterlichen Urteils. Der Richter muß genau bestimmen, wie lange die Gefängnisstrafe des Peter Kiß dauern soll, aus den vielen verschiedenen Möglichkeiten der Bemessung der Strafe von einem Tag bis zu einem Jahr muß er also jene auswählen, welche er für die entsprechendste hält. Und bei dieser Wahl übt der Richter keine logische Funktion, und

[60]) Mit der Frage der Rechtsanwendung und der Auffassung der freirechtlichen Bewegung befaßt sich eingehender meine „Einführung in die Rechtsphilosophie" (ungarisch), S. 233—246. — Als die bekanntesten literarischen Vertreter der freirechtlichen Theorie können genannt werden: Geny: „Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", Paris 1899; Ehrlich: „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft", Leipzig 1903; Gnaeus Flavius (H. Kantorowitz): „Der Kampf um die Rechtswissenschaft", Heidelberg 1906. — Neuerdings versucht Walder in seinem Artikel: „Grundlehre jeder Rechtsfindung" (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie XXI. Bd., 1. H. 1927, S. 90—118, 2. H. 1928, S. 240—262) die Anschauungen beider Lager zu versöhnen und behauptet, daß die Rechtsprechung selbst „auf dem mittleren goldenen Wege" schreite (S. 92). Er untersucht zu diesem Zwecke die logischen (S. 97—103), die teleologischen (S. 104—118, 240—259) und die psychologischen (S. 259—262) Grundlagen der Rechtsfindung. Er befaßt sich also im größten Teile seiner Abhandlung mit dem sogenannten teleologischen Grundlagen der Rechtsfindung. Da er aber ganz richtig betont, daß „die Ergänzung des Gesetzesrechts nur praeter legem, nicht contra legem erfolgen darf" (S. 254), kann diese nicht ganz angebrachte Hervorhebung und Bevorzugung der sogenannten „teleologischen Grundlagen" nicht als Stellungnahme für die freirechtliche Auffassung betrachtet werden.

streng genommen auch keine rechtsanwendende Funktion, sondern eine selbständige wertende Tätigkeit aus. Das Gesetz gibt ihm höchstens die Anweisung, das Urteil unter Beachtung der mildernden und erschwerenden Umstände zu fällen. Darüber, was mildernd und was erschwerend sei, und in welchem Maße es strafmindernd beziehungsweise straferhöhend zu wirken habe, kann aber das Gesetz keine ausführlichen Vorschriften enthalten. Der Richter muß unter Berücksichtigung sämtlicher individueller Züge des konkreten Falles, auf Grund einer selbständigen moralischen Beurteilung aus der Reihe der vom Recht gebotenen unzähligen Möglichkeiten die entsprechende Strafgröße bestimmen. Wir sehen also, daß in diesem Falle der Rechtsanwendung durch logischen Schluß, auf dem Wege des Syllogismus nur der Rahmen des richterlichen Urteils zu gewinnen ist, und daß der Richter bei der Ausfüllung dieses Rahmens — gleichsam als Fortsetzung des Prozesses der Rechtserzeugung — eine selbständige, schöpferische Tätigkeit, keine logischen, sondern wertende, moralische und wollende Funktionen vornimmt.

Auf Grund des erwähnten Beispiels dürfen wir aber nicht glauben, daß dem nur auf dem Gebiete des Strafrechts so ist. Auch auf dem Gebiete des Privatrechts finden sich dafür unzählige Beispiele. Es ist zum Beispiel eine privatrechtliche Norm, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. (Deutsches B. G.-B. § 138.) Für das richterliche Urteil kann hieraus auf dem Wege des logischen Schlusses jedoch nur die Konklusion gewonnen werden, daß wenn das in Frage stehende Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, es nichtig sei. Der Syllogismus bietet also wiederum nur den Rahmen des zu fällenden richterlichen Urteils. Ob aber das im konkreten Fall in Frage stehende Rechtsgeschäft — zum Beispiel die Vereinbarung dessen, daß die eine Vertragspartei ihren nackten Körper öffentlich zur Schau stellt, oder die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht wurde, daß die Witwe des Erblassers keine zweite Heirat eingeht — tatsächlich gegen die guten Sitten verstößt, kann nur vom Richter selbst, auf Grund seiner moralischen Überzeugungen beurteilt werden. In allen diesen Fällen können wir in der richterlichen Tätigkeit gleichsam die Fortsetzung des Rechtserzeugungsprozesses erblicken. Die unbestimmten, sogenannten Kautschukbegriffe des Gesetztes werden durch seine moralischen Beurteilungen mit einem bestimmten Inhalt ausgefüllt[61]).

Bei Untersuchung der Rolle des Logischen in der Rechtsordnung sahen wir schon, daß die einzelnen Rechtssysteme sich in sehr verschiedenen Maße solcher unbestimmter Begriffe bedienen können. Dieses bedeutet, daß die einzelnen Rechtssysteme einen sehr verschiedenen Raum für das freie richterliche Ermessen frei zu lassen pflegen. Aber auch da, wo — wie in den modernen Rechtssystemen im allgemeinen — dem freien richterlichen Ermessen ein äußerst großer Spielraum gewährt ist,

[61]) Vg. F. Mallieux: „L'expérience des jurisconsultes", Revue de métaphysique et de morale, XV, 1907, S. 973: „Sans la conscience morale, sans la perception vive des besoins sociaux, il n'est pas de ressource pour l'interprète. Quand la lettre d'une loi lui offre le choix entre dix solutions différentes, s'il en écarte neuf, c'est que, d'instinct, guidé par des aspirations morales, il a choisi." Ferner Mallieux: „La méthode des jurisconsultes." Ebenda S. 421—469.

muß die Rechtsanwendung in erster Reihe dennoch als eine logische Funktion betrachtet werden. Die Rechtsanwendung, insofern sie eben spezifische Rechtsanwendung ist, besteht nämlich im Grunde genommen aus einer Reihe von Syllogismen. Sowohl die Möglichkeit, als auch die Grenzen auch der selbständigen richterlichen Tätigkeit, des freien Ermessens werden auf Grund von Syllogismen gewonnen. Unzweifelhaft ist es, daß der Rechtsanwender oft in sehr weitem Kreise nicht logische, sondern wertende und moralische Funktionen, Wahl- und Willensentscheidungen vorzunehmen hat. Wir dürfen aber nicht vergessen, daß er diese alogischen Funktionen ebenfalls nur auf Grund und als Ergänzung seiner logischen Funktionen vollführen darf, und das er in dieser selbständigen, schöpferischen Arbeit schon nicht mehr die spezifische Rechtsanwendung, sondern gleichsam die Fortsetzung der Rechtserzeugung vornimmt. Trendelenburgs Behauptung, die Tür des Gefängnisses schlösse sich, und das Fallbeil fiele in Kraft der Definition und des Terminus medius, bleibt für das Recht aller Zeiten bestehen.

Andererseits können wir aber auch feststellen, daß sogar in dem Rechtssysteme, das dem freien richterlichen Ermessen überhaupt keinen Platz einräumen wollte, die Rechtsanwendung sich nicht in der logischen Funktion der Subsumtion und der Syllogismen erschöpfen würde. So genau und scharf auch die Definitionen, so bestimmt und fein geschliffen auch die vom Recht verwendeten Begriffe seien, es liegt zwischen der abstrakten Norm und zwischen dem konkreten Fall eine Entfernung, die nicht zu überbrücken ist, ohne daß die abstrakte Norm in gewisser Hinsicht nicht im Sinne des konkreten Falles gedeutet, der konkrete Fall aber in gewissem Maße nicht vom Gesichtspunkte der abstrakten Norm aus aufgefaßt worden wäre, kurz, daß man sowohl die „propositio maior" als auch die „propositio minor" nicht in einem gewissen Maße schon geformt hätte[61a]). Es ist nämlich in den Syllogismen der Rechtsanwendung nicht von der Verknüpfung an sich gänzlich unveränderlicher logischer Inhalte die Rede, sondern von einer Materie, die in einem gewissen Maße geformt werden kann. Besonders ist es die propositio minor, die nicht in fertiger und stabiler Form dem Rechtsanwender zu Gebote steht, sondern erst durch ihn aus den Fakten des konkreten Falles herausgearbeitet werden muß. Obgleich diese Herausarbeitung der propositio minor aus den Tatsachen des konkreten Falles in erster Reihe ebenfalls durch logische Funktionen, besonders durch die logische Analyse des konkreten Falles vollzogen wird, bleibt es dennoch unzweifelhaft, daß der terminus medius nicht allein durch logische Funktionen aus den Fakten der Wirklichkeit herausgeschält werden kann.

Aber es kann auch die propositio maior für den Syllogismus der Rechtsanwendung nicht immer so ganz einfach gefunden werden. Schon jene Theorie, welche die Rechtsanwendung als eine rein logische Funktion ansieht, muß die Notwendigkeit der logischen Interpre-

[61a]) Nach Walder bedeutet die Gewinnung des Obersatzes sowie die Gewinnung des Untersatzes keine logische Funktion. (A. a. O. S. 105.) Wenn auch seine Behauptung in dieser Formulierung nicht zutrifft, kann zugegeben werden, daß die fraglichen Funktionen keine bloß logischen Funktionen bedeuten.

tation anerkennen. Diese Auslegung kann nun den Sinn des Rechtsnorminhaltes ausdehnen oder ihn einschränken. (Interpretatio extensiva — interpretatio restrictiva.) Wenn man aber den Sinn einer Rechtsnorm in extensivem oder restriktivem Sinne deutet, hat man ihn bereits unzweifelhaft in einem gewissen Sinne geformt, man hat etwas daran geändert, um die Rechtsnorm als propositio maior verwenden zu können. Wann müssen wir jedoch die extensive und wann die restriktive Auslegung vornehmen? Dies ist schon keine logische Frage mehr. Man pflegt zu behaupten, daß die Normen allgemeinen Charakters in extensivem Sinne, die ausnahmsweisen, singularen Vorschriften dagegen restriktiv auszulegen sind. Damit ist aber nicht viel gesagt, denn wir werden doch eben jene Normen als allgemeine betrachten, welche wir in extensivem Sinne, als ausnahmsweise aber jene, welche wir restriktivem Sinne deuten wollen. Die Behauptung, daß eine Norm den allgemeinen Charakter besitzt, deutet schon auf eine extensive, ausdehnende, weite Auffassung des Inhaltes jener Norm, und die Behauptung, daß eine Norm einen ausnahmsweisen, singularen Charakter habe, ist schon der Beweis ihrer restriktiven, einschränkenden, strengen Interpretation. Anstatt der besprochenen nichtssagenden Anweisung, ist es meines Erachtens richtiger, die Alternative zum Ausgangspunkte zu machen, daß bei der Wahl zwischen der ausdehnenden und der einschränkenden Auslegung zwei Fälle möglich sind: entweder gibt das Recht selbst dem Richter Aufschluß darüber, welche von den beiden gegensätzlichen Auslegungen er vornehmen soll oder nicht. Im ersten Fall wird die Ausdehnung oder Einschränkung des logischen Sinnes der Rechtsnorm auf Grund der Ermächtigung des Rechts durch den Richter vorgenommen; dieser nimmt also in diesem Falle — ganz ähnlich wie im Falle der sogenannten Kautschukbegriffe — auf Grund der Ermächtigung des Rechts solche Funktionen vor, die nicht als rein logische betrachtet werden können, sondern schon als Weiterentwicklung, als Ergänzung des Rechts angesehen werden müssen. Im letzteren Falle aber, als er im Recht keine Weisung dafür vorfindet, ob er die Rechtsnorm in extensivem, weitem oder in restriktivem, engem Sinne zu gebrauchen habe, wenn ihm also das Recht beide Möglichkeiten frei läßt, wird er auf Grund freien richterlichen Ermessens, auf Grund seiner eigenen moralischen Anschauungen oder seines Rechtsgefühles, mit einem Worte auf Grund einer selbständigen Wertung und Entscheidung zwischen den beiden gegensätzlichen Möglichkeiten wählen. Er wird hiebei natürlicherweise in noch viel höherem Maße eine selbständige rechtsergänzende Tätigkeit ausüben als im vorigen Falle.

All das, was über die „interpretatio extensiva" und die „interpretatio restrictiva" gesagt wurde, trifft in noch viel höherem Maße einerseits auf die analogia legis und die analogia iuris, andererseits auf das argumentum a contrario zu. Überall dort, wo auf dem Wege der Analogie — durch Benutzung eines ähnlichen Falles, oder mit Berufung auf die letzten Grundprinzipien des Rechts — die zum konkreten Fall passende propositio maior gesucht wird, wäre logischerweise auf dem Wege des argumentum a contrario ebensogut auch die entgegengesetzte Entscheidung möglich. Die Logik gibt zwei Mittel von entgegengesetzter Wirkung in die Hand des Rechtsanwenders: die

Analogie, welche die Geltung der gesetzlichen Vorschriften auszudehnen, und das argumentum a contrario, welches sie einzuengen trachtet. Wenn der Richter zwischen diesen zwei gegensätzlich wirkenden logischen Mitteln die Wahl trifft — besonders wenn er dies nicht auf Grund einer speziellen gesetzlichen Anweisung (also gleichsam einer eingeschränkten Delegation), sondern selbständig, (also gleichsam auf Grund einer uneingeschränkten Delegation) vornimmt — verrichtet er schon zweifellos keine logische Funktion mehr, sondern er hat nach gewissenhafter Abwägung der Besonderheiten des konkreten Falles, auf Grund moralischer und Nützlichkeitserwägungen eine selbständige Entscheidung zu treffen.

Es soll in diesem Zusammenhange die Frage aufgeworfen werden, ob die Interpretation als delegiert zu betrachten sei. Diese Frage bedeutet eine Abgrenzung des Gebiets der Logik und des des positivrechtlichen Inhaltes in der Rechtsauslegung, und ist darum außerordentlich wichtig. Elisabeth Ephrussi behauptet in ihrem Aufsatze „Interpretation und Analogie" (a. a. O., S. 133 und 155), daß sowohl die Interpretation, als auch die Analogie, vollkommen unabhängig von jeder erst durch das Recht gestifteten Delegationsbeziehung wären. Es wäre demnach keine Ermächtigung durch das positive Recht, keine Delegation notwendig, damit die Funktionen der Interpretation und der Analogie vorgenommen werden können. Die Frage steht aber sicherlich nicht so einfach, und es ist vor allem unzweifelhaft, daß man in dieser Frage einen scharfen Unterschied zwischen der Rechtsanwendung und der Rechtswissenschaft — respektive zwischen Interpretation und Analogie, die durch den Rechtsanwender und die durch die Rechtswissenschaft vorgenommen werden — gemacht werden muß. Es ist auch unzweifelhaft, daß nicht die Rechtswissenschaft, sondern nur der Rechtsanwender im Delegationszusammenhang des Rechts steht; die besprochene Frage ist also eigentlich nur in dieser Beziehung von Interesse. Es ist ebenso unzweifelhaft, daß die Rechtsanwendung selbst nicht auf einer rechtsinhaltlichen Ermächtigung, also auf positivrechtlicher Delegation beruhen kann, denn diejenige Rechtsnorm, die die Anwendung des Rechts anordnen würde, müßte selbst wieder angewendet werden. Die Rechtsanwendung folgt schon aus dem Wesen, aus dem Begriffe des Rechts, das — wie wir oben (I. 1.) gesehen haben — ein in der Wirklichkeit zur tatsächlichen Geltung kommendes Normensystem bedeutet. Die Rechtsanwendung ist also in ultima analysi nicht die Folge einer positivrechtlichen Delegation, sondern eine Voraussetzung des positiven Rechts. In der Sphäre der rechtlichen Norminhalte kann es natürlich vorkommen, daß ein Rechtssatz eine bestimmte Person oder ein bestimmtes Organ zur Durchführung einer bestimmten Rechtsnorm delegiert. In diesem Falle haben wir zweifellos mit einer delegierten Rechtsanwendung zu tun; diese nicht primäre, sondern nur sekundäre Rechtsanwendung kann uns aber weniger interessieren. Insofern nun die primäre Rechtsanwendung mit dem Begriffe des Rechts schon gegeben ist, ist auch alles das, was Voraussetzung der Rechtsanwendung ist, schon mit dem Begriffe des Rechts gegeben. So insbesondere auch das Verstehen des Sinnes der Rechtsnormen — also die Auslegung — durch den Rechtsanwender. In diesem

Sinne folgt also die Rechtsauslegung und die Anwendung sämtlicher dazu notwendigen logischen Mittel schon aus dem Wesen des Rechts und ist keinesfalls als delegiert zu betrachten. Man kann ja ganz allgemein behaupten, daß die logischen Notwendigkeiten einen Bestandteil auch des Rechts bilden. Nun sahen wir aber, daß dem Rechtsanwender oft mehrere logische Möglichkeiten zu Gebote stehen können; es kann ihm der Weg der restriktiven oder extensiven Interpretation, des argumentum a contrario oder der Analogie offenstehen. Die Wahl zwischen diesen mehreren logischen Möglichkeiten bedeutet immer schon die Fortsetzung des Rechtserzeugungsprozesses, die Ergänzung des Rechts, und dies ist immer nur — den Fall der illegitimen Rechtserzeugung ausgenommen — auf Grund einer Delegation möglich. Daß der Rechtsanwender die Rechtsnormen logisch interpretieren soll, richtiger: daß er sie interpretieren muß, dieses bedarf wohl keiner Delegation; daß er aber eine restriktive oder extensive Interpretation vornehmen, das argumentum a contrario oder die Analogie gebrauchen soll (eingeschränkte Delegation), oder daß er sowohl diese als auch jene logische Möglichkeit nach seinem freien Ermessen wählen könne (uneingeschränkte Delegation), dieses bedarf schon einer Ermächtigung durch das positive Recht. Eine jede Ergänzung des positiven Rechts kann nur auf Grund einer Delegation vorgenommen werden; da nun eine extensive oder restriktive Interpretation und ein durch Analogie oder durch das argumentum a contrario gewonnener Satz unzweifelhaft schon eine Ergänzung des Rechts bedeutet, ist es ebenso unzweifelhaft, daß die Wahl zwischen extensiver oder restriktiver Interpretation, Analogie oder argumentum a contrario nur durch den dazu Berechtigten vorgenommen werden kann, also nur auf Grund einer Delegation als Fortsetzung des Rechtserzeugungsprozesses möglich ist. In diesem Sinne sind also Interpretation und Analogie als delegiert zu betrachten. — Wesentlich einfacher gestaltet sich die Frage der Rechtsauslegung in der Rechtswissenschaft. Es ist unzweifelhaft, daß die Auslegung des rechtlichen Norminhaltes eben die eminenteste Aufgabe auch der Rechtswissenschaft bildet. Sie kann zu diesem Zwecke sämtliche logischen Mittel der Rechtsauslegung verwenden. Sind aber mehrere logisch korrekte Möglichkeiten der Auslegung einer Rechtsnorm vorhanden, so muß die Rechtswissenschaft zweifellos sämtliche Möglichkeiten gleichmäßig darstellen. Sie kann keine Wahl zwischen mehreren logischen Auslegungsmöglichkeiten vornehmen. Tut sie dies dennoch, bevorzugt sie die extensive oder die restriktive Interpretation, die Analogie oder das argumentum a contrario, so muß sie dafür einen rechtlichen Grund angeben, ansonsten kann die von ihr bevorzugte Auslegung nur den Wert einer nicht bindenden Empfehlung an den zur Entscheidung berechtigten Rechtsanwender besitzen. Die Rechtswissenschaft als freie kognitive Tätigkeit ist nämlich niemals zur Rechtsergänzung berechtigt; Merkl hat vollkommen Recht, wenn er behauptet, daß „das umfangreichste Werk über positives Recht . . . um kein Jota mehr an Rechtsinhalt (enthält) . . . als der behandelte Ausschnitt des geschriebenen Rechts“[61b]). Es besteht also in der Frage der Rechtsauslegung ein

[61b]) Dr. Adolf Merkl: „Zum Interpretationsproblem“, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, XLII. Bd., Wien 1916, S. 540.

gewaltiger Unterschied zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung. Es ist zu bedauern, daß die Werke, die das Problem der Rechtsauslegung behandeln — so auch das bereits erwähnte Werk Fritz Schreiers — diesen Unterschied meistens nicht zu beachten pflegen. Die Unterlassung dieser Unterscheidung kann auch meistens als eine ergiebige Fehlerquelle aufgewiesen werden. All dieses beweist aber wiederum nur die Wichtigkeit dessen, daß bei der Untersuchung der logischen Elemente des Rechts zwischen Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft ein scharfer Unterschied gemacht werde. — Kehren wir aber nach diesem Exkurse zu unseren früheren Erörterungen zurück.

Jener flüchtige Blick, den wir in unseren vorigen Erörterungen auf die bekanntesten Hilfsmittel der hergebrachten juristischen Hermeneutik warfen, muß uns davon überzeugen, daß nicht einmal die sogenannte logische Rechtsdeutung rein logische Funktionen bedeutet. Schon auf dem Gebiete der sogenannten logischen Rechtsdeutung stießen wir auf Schritt und Tritt auf die das Recht ergänzende und in gewissem Maße weiterbildende Tätigkeit des Rechtsanwenders[61c]). Es erscheint uns demnach erst jetzt die volle Unhaltbarkeit der Auffassung von der logischen Expansionskraft des Rechts, die sich auf dem Grunde der herkömmlichen Rechtsdeutungslehre verbirgt. Denn es kann doch nicht von der logischen Expansionskraft des Rechts gesprochen werden, wo die — nicht einmal logischen Quellen entspringende — rechtsergänzende Tätigkeit des Rechtsanwenders vorliegt.

Auf Grund des Gesagten können wir sowohl der Syllogismustheorie als auch der freirechtlichen Theorie gegenüber unsere Auffassung kurz im folgenden zusammenfassen:

Die Syllogismustheorie ist vollkommen im Recht, wenn sie behauptet, daß die Funktion der Rechtsanwendung im Grunde genommen aus syllogistischen Schlüssen bestehe und daher in erster Reihe eine logische Funktion sei. Sie irrt jedoch, wenn sie annimmt, daß die Rechtsanwendung ausschließlich aus logischen Funktionen bestehe, und besonders wenn sie von der logischen Expansionskraft des Rechts redet.

Es ist nämlich unzweifelhaft — und hierin muß man wiederum den freirechtlichen Theorien recht geben —, daß die Funktion des Rechtsanwenders nicht bloß eine rein logische Funktion ist. Durch die Ausfüllung des an der Hand der Syllogismen gewonnenen — oft wahrhaftig sehr weiten und leeren — Rahmens mittels selbständiger moralischer Wertungen und Willensentscheidungen, vollführt der Rechtsanwender eine nicht unbedeutende Ergänzung des Rechts, er führt gleichsam den Prozeß der Rechtserzeugung weiter. Besonders augenscheinlich ist dies

[61c]) Vgl. F. Schreier, a. a. O., S. 8: „Auch bei der Auslegung bieten sich verschiedene, hypothetisch mögliche Methoden, von denen eine erwählt werden muß". Schreier hat darin vollkommen recht, daß bei der Rechtsauslegung verschiedene logische Möglichkeiten zur Wahl stehen, und auch darin, daß solcherart die Auslegung auch die Ergänzung des Rechts bedeutet. Er begeht aber den Fehler, zwischen der interpretierenden Tätigkeit des Richters und der Wissenschaft (S. 7) keinen Unterschied zu machen, und nicht zu beachten, daß die Wahlentscheidungen und die Rechtsergänzung nur dem Rechtsanwender zustehen. Seiner Auffassung nach muß die interpretierende Rechtswissenschaft zur rechtsergänzenden Rechtsquelle werden.

bei einem Recht, das ihn zu solchen Funktionen ermächtigt (delegiert). Aber nicht nur bei einem solchen Recht, auch bei einem jeden, sogar beim allerstrengsten Recht muß der Rechtsanwender außer den logischen Funktionen notwendigerweise gewisse alogische Funktionen vornehmen. Die freirechtliche Auffassung befindet sich jedoch im Irrtum, wenn sie diese alogischen Funktionen des Rechtsanwenders in den Vordergrund stellt und sie höher als seine logischen Funktionen einschätzt. Denn die Rechtsanwendung ist — wie es anfangs schon bemerkt wurde — in erster Reihe zweifelsohne eine logische Funktion, wenn sich auch an diese ergänzungsweise, also in zweiter Reihe, noch alogische Funktionen anknüpfen.

4. Bei Untersuchung der Frage der Rechtsanwendung hielten wir bisher nur die Subsumtionsfrage vor Augen und ließen ein äußerst wichtiges Moment der Rechtsanwendung außer acht, nämlich die Beweisfrage. Es wurde behauptet, daß der Rechtsanwender die Tatsachen des konkreten Falles unter die abstrakte Rechtsnorm zu subsumieren habe. Um aber diese Subsumtion vollführen zu können, muß er zu allererst feststellen, welches die Tatsachen des konkreten Falles sind. Diese Tatsachenfeststellung geschieht in der richterlichen Rechtsanwendung auf dem Wege des Beweises. Der Beweis ist im allgemeinen eine Schlußfolgerung, die aus bekannten Tatsachen auf eine unbekannte Tatsache gezogen wird; jeder Beweis ist demnach eigentlich ein logischer Schluß, ein Syllogismus[62]). Unsere bisherigen Erörterungen, welche die hervorragende Wichtigkeit des Logischen in der Rechtsanwendung darzustellen bemüht waren, werden also durch die Berücksichtigung der Beweisfrage nur bekräftigt, denn der Rechtsanwender muß ja auch auf dem Gebiete des Beweisverfahrens in erster Reihe logische Funktionen vornehmen. Es kommt den logischen Schlußfolgerungen eine äußerst große Bedeutung besonders bei dem Indizienbeweise zu, der nach den allgemeinen logischen Gesetzen der Hypothesen beurteilt werden muß[62a]).

## III. Das Logische in der Rechtswissenschaft.

1. Es erübrigt uns nur noch, die Rolle des Logischen in der Rechtswissenschaft zu untersuchen.

Bei der Lösung dieses Problems müssen wir zu allererst mit dem Wesen der Jurisprudenz ins Reine kommen. Es wurde bekanntlich in der Mitte des vorigen Jahrhunderts angezweifelt, daß die Jurisprudenz ernstlich als Wissenschaft betrachtet werden könnte[63]). Der berühmte Ausspruch Kirchmanns: „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers

[62]) Vgl. Dr. Géza Magyary: „Das ungarische bürgerliche Prozeßrecht" (ungarisch), 2. Aufl., Budapest 1924, S. 391.

[62a]) Walder bemerkt ganz richtig (a. a. O., S. 241), daß neben dem äußeren Tatbestand das innere Verhalten der Menschen, der innere Tatbestand eine hervorragende Rolle im Recht spielt. Auf den inneren Tatbestand, der unserer sinnlichen Wahrnehmung entzogen ist, läßt sich aber nur aus dem äußeren Tatbestand folgern, der äußere Tatbestand ist also das Indiz für den inneren.

[63]) Besonders Kirchmann: „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft", 1848.

und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur"[64]), schien der Jurisprudenz den Rang einer Wissenschaft streitig gemacht zu haben. Die um die Jahrhundertswende entstandene „freirechtliche Bewegung" — deren wir bei der Frage der Rechtsanwendung schon gedachten — will der dogmatischen Rechtswissenschaft ebenfalls keinen besonderen Wert zuerkennen. Einige Vertreter dieser Richtung behaupten sogar die völlige Wertlosigkeit der dogmatischen Rechtswissenschaft (der sogenannten „Buchstabenjurisprudenz", „Begriffsjurisprudenz"[65]), der freirechtlichen Auffassung nach könnte die Jurisprudenz erst dadurch zur wahren Wissenschaft werden, wenn sie ihren Blick denjenigen gesellschaftlichen Lebensverhältnissen zuwenden würde, welche die Grundlage der rechtlichen Regelung bilden, und wenn sie sich auf diese Art mit einem soziologischen Inhalte anfüllen würde. (Soziologische Jurisprudenz.) Und noch in jüngster Zeit glaubt Max Salomon den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz nur dadurch verteidigen zu können, daß er sie nicht als die Wissenschaft der wechselnden Rechtsnormen, sondern als die Wissenschaft der Rechtsprobleme betrachtet[66]).

Es würde uns zu weit führen, wenn wir uns mit all diesen Auffassungen befassen wollten. Wir müssen uns daher damit begnügen, festzustellen, daß heutzutage — besonders seitdem die Eigenart und die Bedeutung der Geisteswissenschaften entsprechend gewürdigt wird — der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz nunmehr keineswegs bezweifelt werden kann. Unzweifelhaft ist es weiterhin auch, daß die Jurisprudenz keine Tatsachenwissenschaft, sondern eine normative Wissenschaft ist. Es ist nicht ihre Aufgabe, die der rechtlichen Regelung zugrunde liegenden Lebensverhältnisse zu beschreiben, sie hat im Gegenteil den Inhalt der rechtlichen Regelung, die positiven Rechtsnorminhalte zu bearbeiten und zu systematisieren. Die Jurisprudenz stützt sich bei ihrem Ausgangspunkte nur auf eine Feststellung tatsachenwissenschaftlichen Charakters, indem sie nämlich die Feststellung der soziologischen Tatsache zu ihrer Voraussetzung hat, daß das von ihr behandelte Rechtssystem an einem bestimmten Orte und zu einer bestimmten Zeit in der Wirklichkeit tatsächlich befolgt wird. Nach dieser Tatsachenfeststellung entschwindet jedoch die soziologische Wirklichkeit für immer aus der Blickrichtung der Jurisprudenz, die sich von nun an nur mehr für den Inhalt der geltenden Rechtsnormen interessiert. All ihr Trachten steht nur darauf, den Sinn der rechtlichen Norminhalte richtig festzustellen, und die beinahe unübersichtliche Menge der rechtlichen Vorschriften in ein leicht übersichtliches System zu fassen. Die Jurisprudenz ist also, indem sie die an einem bestimmten Orte und zu einem bestimmten Zeitpunkte gültigen Rechtsnormen eines Volkes bearbeitet, genau so eine individualisierende und idiographische Wissenschaft wie die Geschichte; es kommt ihr auch die zeitliche und räumliche Bestimmtheit, dieser charakteristische Zug der Historie zu. Im Gegensatz zur Geschichtswissenschaft beschreibt aber die Jurisprudenz keine in der Welt der soziologischen Wirklichkeit vor

[64]) A. a. O., S. 17.

[65]) Vgl. z. B. Ernst Fuchs: „Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz", Karlsruhe 1909.

[66]) Max Salomon: „Grundlegung zur Rechtsphilosophie", Berlin-Leipzig 1919, S. 29, 69 ff.

sich gehenden Veränderungen, keine kausal sich entwickelnden Ereignisse, sie beschäftigt sich ausschließlich mit den rein gedanklich bestehenden Norminhalten; die Welt der kausalen Veränderungen hat für die Jurisprudenz kein Interesse; als in einem geschichtlichen Zeitpunkt erstarrt, betrachtet sie das Rechtssystem, dessen gedanklichen Inhalt sie in seiner Individualität darstellt, dessen inhaltliche Vorschriften sie systematisch zusammenfaßt[67]).

Aus dem Gesagten ist es bereits ersichtlich, wie groß die Bedeutung ist, die dem Logischen in der Rechtswissenschaft zukommt. Denn, wenn das Logische in allen Wissenschaften und auch in den Tatsachenwissenschaften eine wichtige Rolle spielt, so erhöht sich doch seine Wichtigkeit ganz außerordentlich in der Jurisprudenz, deren Aufgabe darin besteht, Gedankeninhalte logisch zu verstehen und sie in ein logisches System zu ordnen. Das wissenschaftliche Ziel der systematisierenden Jurisprudenz, das Systematisieren, ist ein spezifisches logisches Ziel. Und jene Mittel, durch welche sie dieses Ziel zu erreichen bestrebt ist, sind logische Mittel. Die ausführliche Darstellung dieser Mittel kann jedoch an dieser Stelle nicht versucht werden, da dies die Darstellung der ganzen juristischen Methodenlehre bedeuten würde.

2. Wir wollen uns darauf beschränken, kurz zu bemerken, daß jene logischen Mittel, welche die Jurisprudenz bei der Bearbeitung ihres Materials, des Rechts, in Anspruch nimmt, im allgemeinen mit jenen identisch sind, welche das Recht selbst bei der Gestaltung seiner Regelung zu gebrauchen pflegt. Es wurde bemerkt (I. 6.), daß das Logische im Recht dieselbe Rolle der Vereinfachung zu spielen berufen ist, die den vereinfachenden Verfahren in der Wissenschaft allgemein zukommt. Das Logische vertritt solcherart eigentlich den Gesichtspunkt der Wissenschaft im Recht. Und wenn auch im Recht die praktischen Zwecke von primärer Bedeutung sind, wenn auch die Rechtsnorm selbst nicht dem Zweck der theoretischen Erkenntnis, sondern als Befehl dem des Willens dient (I. 6.), so will doch das Logische im Recht die Äußerung und Formulierung des rechtlichen Willensinhaltes möglich machen und es dient derart doch der Kundgebung und folglich auch der Erkenntnis des rechtlichen Forderungsgehaltes — und insofern doch dem Zwecke der Erkenntnis. Die Aufgabe der logischen Elemente im Recht ist also von diesem Standpunkte aus identisch mit der Aufgabe der Jurisprudenz. Die im Recht zur Anwendung gelangten logischen Mittel bedeuten eigentlich das Hineinragen der Gesichtspunkte der Wissenschaft in die praktische Welt des Rechts. Darum ist es auch ganz natürlich, daß dieselben logischen Mittel auch in der Rechtswissenschaft angewendet werden können. All das, was wir über die juristische Begriffsbildung oder die juristischen Konstruktionen des Rechts behaupten konnten, kann also auch von der juristischen Begriffsbildung und von den juristischen Konstruktionen der Rechtswissenschaft behauptet werden. Von dem Gesichtspunkte des Logischen aus gesehen, besteht zwischen

[67]) Vgl. meine „Einführung in die Rechtsphilosophie", S. 39—46, sowie meine Abhandlung: „Vom Verhältnis der Geschichtswissenschaft zu den Gesellschafts- und den Staats- und Rechtswissenschaften", Festschrift für Graf Kuno Klebelsberg, Budapest 1925, S. 10.

dem **Recht** und der **Rechtswissenschaft** nur ein gradueller Unterschied.

Auch in diesem Zusammenhange müssen wir also diejenige Auffassung Kelsens ablehnen, wonach vom Standpunkte des Logischen aus zwischen dem Recht und der Rechtswissenschaft der prinzipielle Unterschied bestünde, daß das von der Rechtswissenschaft unterschiedene Recht als etwas noch ganz Alogisches zu betrachten wäre (I. 7.).

Die richtige Auffassung wird von Lask vertreten, der zwischen der Begriffsbildung des Rechts und der Begriffsbildung der Rechtswissenschaft nur einen graduellen Unterschied gelten lassen will, und der auch ganz richtig darauf hinweist, daß die Ergebnisse der Rechtswissenschaft nicht selten zum kodifizierten Recht werden[68]). So unzweifelhaft diese letztere Feststellung ist — daß nämlich im allgemeinen und insbesondere bei der heutigen wissenschaftlichen Gesetzesvorbereitung, die Arbeit der Rechtswissenschaft zum kodifizierten Recht werden kann —, ebenso unzweifelhaft ist es auch, daß jene Arbeit der Rechtswissenschaft, die den Inhalt der schon fertig vorliegenden Rechtsnormen darzustellen bestrebt ist, nur die Fortsetzung jener logischen Funktionen bedeutet, die bereits von dem Gesetzgeber vorgenommen werden mußten, als er seinen Willen in logischer Form zum Ausdruck gelangen ließ.

3. Jedenfalls besteht aber auch ein großer Unterschied zwischen der Rolle, die das Logische einerseits im Recht und andererseits in der Rechtswissenschaft spielt. Im Recht hat das Logische nur die sekundäre Bedeutung des Mittels im Dienste der mit primärer Bedeutung auftretenden alogischen Elemente. An diesem alogischen Gehalt des Rechts kann nun die Jurisprudenz keine Änderungen vornehmen, sie ist strengstens daran gebunden; vollkommen frei und ungebunden ist sie dagegen in der Wahl der zum Ausdruck des Rechtsinhaltes geeigneten logischen Mittel. Während also im Recht den alogischen Elementen die primäre Bedeutung zukommt, ist die Jurisprudenz gerade in Hinblick auf diese alogischen Elemente zur vollständigen Passivität verurteilt. Die Zwecke des Rechts, der Wille des Gesetzgebers bedeuten für die Jurisprudenz eine Mauer, die sie nicht durchbrechen darf; auf dem Gebiete der dogmatischen Rechtswissenschaft können also alogische Funktionen überhaupt nicht zu Worte kommen: die Jurisprudenz muß den richtig gedeuteten Sinn der Gesetze darstellen, als dogmatische

[68]) Lask, a. a. O., S. 35: „Das Recht selbst nimmt bereits eine weitgehende Auseinandersetzung zwischen sich und der außerrechtlichen Wirklichkeit vor und bildet Begriffe von so hoher technischer Vollendung, daß sie sich oft nur dem Grade nach von denen der Wissenschaft unterscheiden und der wissenschaftlichen Bearbeitung zuweilen nichts anderes als die bloße Fortsetzung des vom Gesetz begonnenen Formungsprozesses übrig lassen. Sind doch auch umgekehrt zu allen Zeiten Ergebnisse der Wissenschaft zu kodifiziertem Rechte geworden. Alle bisherigen Versuche einer juristischen Methodenlehre ... haben diesen im Rechte selbst steckenden begriffsbildenden Geist anerkannt und deshalb häufig zwischen einer Logik des Rechts und einer Logik der Rechtswissenschaft nicht einmal terminologisch einen Unterschied gemacht." Dieselbe richtige Ansicht, daß nämlich zwischen dem Recht und der Rechtswissenschaft vom Gesichtspunkte des Logischen aus gesehen nur ein gradueller Unterschied bestehe, ist auch aus der Behauptung Merkls: „Denken und Sprache sind aber nicht bloß das Medium des Rechts, sondern auch der Rechtserkenntnis" (Zum Interpretationsproblem, a. a. O., S. 552), zu entnehmen.

Wissenschaft darf sie um keine Haaresbreite davon abweichen. Der Rechtsanwender kann durch das Recht dazu ermächtigt werden, nicht nur logische, sondern auch alogische Funktionen (moralische Wertungen, selbständige Willensentscheidungen, usw.) alldort vorzunehmen, wo dieses bei der Anwendung der abstrakten Norm auf den konkreten Fall als nötig erscheint. Die Rechtswissenschaft dagegen kann zu solchen alogischen Funktionen niemals befugt sein; die unmittelbare Entscheidung konkreter Fälle gehört nicht zu ihren Pflichten; die Obersätze und die Untersätze der Syllogismen der Rechtsanwendung gehören nicht gleichmäßig in den Kreis ihrer Aufgabe, sondern sie muß im Kreise der Obersätze, der abstrakten Normen verbleiben. Das einzige Ziel der Jurisprudenz ist also die logische Bearbeitung des Inhaltes der Rechtsnormen.

„Es ist immer nur der Forderungsgehalt" — schreibt Felix Somló — „an den die Jurisprudenz gebunden ist, aber sie kann nach Belieben sowohl neue Worte, wie auch neue Begriffe zur besseren Wiedergabe dieses Forderungsgehaltes prägen, wenn es ihr angemessen erscheint, sie kann die gegebenen Sätze und Begriffe in ihre Teile zerlegen und aus ihnen neue Begriffe schaffen, wie auch den Forderungsgehalt mittels dieser in neue Sätze umgießen und diese wieder in ein beliebiges System anordnen[69])." „Diese Freiheit der Jurisprudenz besteht auch hinsichtlich des Gebrauches von sogenannten Fiktionen. Sie kann die des Normgebers beibehalten, wenn es ihr zweckdienlich erscheint, und sie kann sie auflösen und sich fiktionslos ausdrücken, wenn sie das für mehr angebracht erachtet; sie kann aber auch nach Gutdünken selber welche aufstellen[70])." Und Ähnliches können wir ganz allgemein hinsichtlich aller logischen Hilfsmittel des Rechts behaupten. Es wurde oben (I. 3.) bereits festgestellt, daß das systematische Zusammenfassen der Rechtsnormen durch die Jurisprudenz auf Grund der zwischen ihnen bestehenden Zusammenhänge noch keineswegs bedeutet, daß sie sämtliche zwischen den Rechtsnormen bestehenden Zusammenhänge vollständig aufzudecken imstande wäre. Die Aufgabe und die Rolle der Jurisprudenz besteht hauptsächlich nur darin, das Normenmaterial des Rechts nach ihren eigenen, in erster Reihe den Bedürfnissen der Rechtsanwendung entspringenden Gesichtspunkten zu erhellen und zu ordnen, wobei sie sich natürlicherweise darauf beschränken muß, aus den mannigfaltigen und vielfachen inneren Zusammenhängen des Rechts auf Grund ihrer eigenen Gesichtspunkte einige isolierend zu betrachten. So sehr die Jurisprudenz an den Forderungsgehalt des Rechts gebunden ist, ebenso frei ist sie also verhältnismäßig bei der Bearbeitung dieses Forderungsgehaltes mit Hilfe von logischen Mitteln, und selbst jenes System, worin die Jurisprudenz die rechtlichen Norminhalte zusammenfaßt, ist nicht eine bloße Kopie des dem Recht innewohnenden inneren Systems, sondern sie entsteht bereits zum Teil durch die Berücksichtigung der wissenschaftlichen Gesichtspunkte der Jurisprudenz. Nachdem wir aber bemerkten, daß sich diese Gesichtspunkte der Jurisprudenz in erster Reihe nach den Bedürfnissen der Rechtsanwendung richten, müssen wir nun auch die Frage aufwerfen,

[69]) „Juristische Grundlehre", S. 17.
[70]) Ebenda, S. 528.

ob denn die Jurisprudenz nicht in dem Dienste der praktischen Zwecke der Rechtsanwendung stehe, und ob auf solche Weise alogischen Elementen nicht eine führende Rolle auch auf dem Gebiete der Jurisprudenz zufallen könnte? Die Beantwortung dieser Frage soll in den folgenden Ausführungen in aller Kürze unternommen werden.

4. Es ist unzweifelhaft, daß die Jurisprudenz unmittelbar dem Zwecke der Erkenntnis dient: sie will den Inhalt der Rechtsnormen verstehen und die logischen Zusammenhänge zwischen den Normen des Rechtssystems aufdecken, sie will uns mit dem Normenmaterial des Rechts bekanntmachen. Unzweifelhaft ist es aber auch, daß sie uns deshalb mit den Vorschriften des Rechts bekanntmachen will, um auf Grund der Rechtskenntnis die Rechtsanwendung zu ermöglichen und zu erleichtern. Mittelbar dient also die Jurisprudenz — genau wie das im Recht steckende Logische selbst — dem praktischen Zweck der Rechtsanwendung. Jurisprudenz und Rechtsanwendung wandeln bis auf einen gewissen Punkt auf parallelen Wegen. Für die Syllogismen der Rechtsanwendung bereitet die Jurisprudenz den Stoff der Obersätze vor, indem sie die Unmenge der Rechtsnormen in ein leicht übersichtliches System zu vereinigen sucht, das — für einen jeden konkreten Fall — das Auffinden der geeigneten „propositio maior" erleichtert. Die Jurisprudenz geht aber nicht weiter, sie kümmert sich nicht um die konkreten Fälle, um den Beweis, um die propositio minor und um die Konklusion. Sie verbleibt bei der logischen Funktion des Systematisierens der abstrakten Normen und beansprucht nicht einmal die sekundären rechtsergänzenden, die Rechtserzeugung weiterführenden Funktionen des Rechtsanwenders[71]). Und wenn die logische Arbeit der Rechtswissenschaft auch unzweifelhaft mittelbar dem praktischen Zwecke der Rechtsanwendung zugute kommt, so ist es ebenso unzweifelhaft, daß sie auch diesem mittelbaren Zwecke dann die besten Dienste leistet, wenn sie sich mit größter Hingebung ihrem unmittelbaren Zwecke: der Erkenntnis des Rechts widmet.

5. Die Ergebnisse der bisherigen Erörterungen zusammenfassend können wir feststellen, daß das Logische die von uns untersuchten Gebiete in Betracht genommen auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft die hervorragendste Rolle spielt.

In der Rechtsordnung spielt das Logische nur eine sekundäre Rolle neben den alogischen Momenten.

In der Rechtsanwendung spielen diese alogischen Momente die sekundäre Rolle neben dem Logischen.

In der Rechtswissenschaft endlich herrschen ausschließlich die logischen Funktionen: die Jurisprudenz dient mit logischen Mitteln dem logischen Zwecke der Systematisierung.

[71]) Vgl. oben II. 3, ferner die Ausführungen Merkls über den Unterschied der Rechtstheorie und der Rechtspraxis. („Zum Interpretationsproblem", a. a. O. S. 540—546, 553.)

## Metaphysik und Rechtsphilosophie.

Von JULIUS MOÓR.

Verfasser untersucht die Verbindungen der Rechtsphilosophie zur allgemeinen Philosophie und glaubt feststellen zu können, dass zwischen Metaphysik und Rechtsphilosophie keine direkte Verbindung existiert. Die Probleme der Rechtsphilosophie grenzen an Probleme der Ethik, der Psychologie und der Logik; die weiterführenden Wege, die aus dem Gebiete der Ethik, der Psychologie und der Logik eventuell in das Reich der Metaphysik führen, interessieren die Rechtsphilosophie schon nicht mehr und sind für den Rechtsphilosophen, der die nüchterne Welt des Rechtes nie aus den Augen verlieren darf, verbotene Wege. Von diesem Standpunkte aus werden diejenigen neueren rechtsphilosophischen Bestrebungen, die die Rechtsphilosophie auf der Grundlage der Metaphysik errichten wollen *(Erich Kaufmann, Julius Binder, Arthur Baumgarten)*, besonders aber das jüngst erschienene Werk *A. Baumgartens: („Rechtsphilosophie"*, 1929) einer Kritik unterworfen. Verfasser untersucht auch den Gedanken einer „esoterischen Metaphysik des Rechts" *(Josef Ruber)*, und findet, dass zwischen Metaphysik und Rechtswissenschaft auf diesem Wege ebenfalls keine Verbindung herzustellen ist.

# Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus

Von

**Julius Moór**, Budapest

## I

Nachdem in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft die naturrechtliche Auffassung durch den Angriff der historischen Rechtsschule zurückgedrängt — ja scheinbar geradezu vernichtet — worden war, folgte eine Epoche des empiristischen Rechtspositivismus, die höchstens nur für die historische und soziologische Betrachtung des Rechtes ein theoretisches Interesse aufzuweisen vermochte und die rechtsphilosophische Forschung auf das Gebiet einer an den Naturwissenschaften orientierten Rechtssoziologie beschränken wollte.

Für die Neubelebung der Rechtsphilosophie aus diesem Zustande der Erlahmung, in dem — um mit den Worten Bergbohms zu sprechen — „die einst so rege Mitarbeit der Philosophie an den Problemen des Rechtes immer schwächer geworden"[1]), ist die Kantische Unterscheidung von Sein und Sollen von höchster Bedeutung gewesen.

Dieser Gegensatz zwischen Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, kausaler Notwendigkeit und Richtigkeit war es, worauf sich Rudolf Stammler in seinem Kampfe gegen die materialistische Geschichtsauffassung stützte, um zu beweisen, daß die marxistische Behauptung, die naturnotwendige Entwicklung der Gesellschaft führe zur sozialistischen Ordnung, noch keineswegs die Richtigkeit dieser Rechtsordnung bedeutet. Gegenüber einer Auffassung, die bloß eine historische und soziologische Betrachtung des Rechtes als zulässig erklärte, eröffnete Stammler somit das Feld für eine wertende Beurteilung des Rechtes und begründete mit seiner „Lehre von dem richtigen Rechte" die moderne Rechtswertlehre. Es ist ein großes Verdienst Stammlers, den im Naturrechte enthaltenen Gedanken des richtigen Rechtes für die philosophische Rechtslehre gerettet zu haben. Mit der Formel: „richtiges Recht sei nur ein besonders geartetes gesetztes Recht", nämlich dasjenige „geschichtlich gewordene Recht", das dem obersten Maßstab der Richtigkeit, dem „sozialen Ideal", entspricht, verstand er auch auf dem Boden des Rechtspositivismus zu verbleiben[2]).

---

[1]) Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, S. 3.

[2]) Stammler: Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, S. 13, 14, 22, 27, 37, 116 bis 121, 216 bis 244. — Vgl. außerdem das grundlegende Werk Stammlers: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 1896.

Der fundamentale Gegensatz zwischen Sein und Sollen, zwischen Naturgesetz und Norm, zwischen kausal-explikativer und normativer Methode ist es auch, von dem die tiefsinnigen Gedankengänge Hans Kelsens, des neben Rudolf Stammler bedeutendsten und größten Vertreters moderner Rechtsphilosophie, ausgehen. Es handelt sich aber für Kelsen nicht darum, daß die genetische Erklärung des kausalnotwendigen Zustandekommens einer geschichtlich gegebenen Rechtsordnung von der wertenden Beurteilung ihrer inhaltlichen Richtigkeit grundverschieden sein muß, sondern darum, daß das Recht als Norm selbst nur in die Sphäre des Sollens und nicht in die des Seins, der psychologischen und soziologischen Wirklichkeit, gehören kann. Von diesem Grundgedanken ausgehend, wendet sich die Reine Rechtslehre, zu der Kelsens erstes großes rechtstheoretisches Werk (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911) den Grundstein legte, in erster Linie gegen die Anwendung der kausal-explikativen Methode in der Rechtswissenschaft, die ihrer Auffassung nach nicht psychologische oder soziologische Tatsachen, sondern ausschließlich Normen, mit einer ausschließlich normativ-juristischen Methode, zu erfassen hat[1]).

Bei dieser grundlegenden Tendenz der Reinen Rechtslehre, im „Rechte der Rechtswissenschaft" bloß ein System ideeller Normen zu erblicken, was besonders im ersten Stadium ihrer Entwicklung scharf hervortritt, mußte ihr die Abgrenzung des positiven Rechtes gegen das Naturrecht als ein äußerst schwer zu lösendes Problem erscheinen. Es ist zweifellos, daß sich Kelsen von Anfang an als ein Gegner des Naturrechtes bekannte: „Wenn mich ein Vorwurf trifft", sagt er, „ist es nicht der, daß ich zu wenig, sondern eher der, daß ich zu sehr Positivist bin"[2]). Zweifellos ist es aber auch, daß es ihm bei seiner Grundauffassung viel schwerer fallen mußte, diesen Standpunkt des Rechtspositivismus zu behaupten und die naturrechtliche Auffassung zurückzuweisen, als es Rudolf Stammler von seiner Grundauffassung aus gefallen ist.

Unserer Ansicht nach ist es heute noch das schwierigste Problem für die seit den „Hauptproblemen" in grandioser Weiterentwicklung ausgebaute Kelsensche Lehre, die man als das Prototyp des Rechtspositivismus zu betrachten pflegt und mit Fug auch betrachten kann, den Rechtspositivismus theoretisch zu begründen.

---

[1]) Vgl. Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Vorrede zur 2. Aufl., 1923, S. V/VI: „Wenn auch die Wendung gegen das Naturrecht in den ‚Hauptproblemen' unzweideutig zum Ausdruck kommt, indem schon hier mit allem Nachdruck die Auffassung vertreten wird, daß die Rechtswissenschaft die Rechtssätze nur aus dem Material des positiven Rechtes, insbesondere der Gesetze, bilden darf (vgl. S. 510ff.), so ist es doch vornehmlich die... gegen die kausalwissenschaftliche Soziologie gerichtete Tendenz, die besonders hervortritt." (Die Sperrung stammt von mir.)

[2]) Kelsen: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre, 1920, Vorrede, S. VI.

## II

Es soll hier nur mit wenigen Worten angedeutet werden, wie diejenige Auffassung, die im Rechte bloß ein System ideeller Normen sieht, dem Standpunkte des Naturrechtes ganz nahekommen muß.

1. Normen sind ihrem Begriffe nach raumlos. Die Sphäre der Normen und die Sphäre der räumlichen Wirklichkeit sind zwei verschiedene Welten. Die Beziehung des positiven Rechtes zu seinem Geltungsgebiete, die „räumliche Geltung der Rechtsordnung", was besonders bei der Annahme einer Pluralität einzelstaatlicher Rechtsordnungen eine große Rolle spielt, ist auf Grund einer streng normativen Auffassung nicht zu erklären. Der Erklärungsversuch, den Raum im allgemeinen und das Staatsgebiet im besonderen als Norminhalte zu begreifen[1]), kann nicht als eine zufriedenstellende Lösung des Problems betrachtet werden. Es ist klar, daß die Geltung einer Norm nicht von ihrem Inhalte abhängen kann. Dasjenige Normsystem, dessen Geltung durch seinen Inhalt selbst auf ein begrenztes Gebiet beschränkt ist, gilt potentiell wenigstens ganz ohne diese Beschränkung. Diese Gedankengänge führen die streng normative Auffassung notwendig zur Annahme der Einzigkeit und Ausschließlichkeit der Rechtsordnung und zur Negation der Möglichkeit einer Pluralität einzelstaatlicher Rechtsordnungen. Bekanntlich ist Kelsen tatsächlich zu diesem Resultate gekommen[2]).

---

[1]) Vgl. Henrich: Theorie des Staatsgebietes, 1922. Kelsen: Hauptprobleme, Vorrede zur 2. Aufl., S. XXI; Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 137ff.

[2]) Vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 104: „...es kann stets nur ein Normensystem als gültig angenommen werden..."; S. 105: „Faßt man die staatliche Rechtsordnung als souverän,... so hat man ...zugleich mit der Einheit des Systems die Einzigkeit des Systems, die Ausschließung jedes anderen Systems, sei das nun das System der Natur oder ein anderes Normensystem, ausgesprochen." — Die Lehre von der Ausschließlichkeit und Einzigkeit der Rechtsordnung ist unseres Erachtens der wesentliche Kern der Kelsenschen Auffassung von den zwei Möglichkeiten des „Primates der Völkerrechtsordnung" und des „Primates der eigenstaatlichen Rechtsordnung" (a. a. O., S. 121f., 123f.). Diese beiden Möglichkeiten bedeuten unserer Ansicht nach genau dasselbe: die Einzigkeit und Ausschließlichkeit, d. h. die Allgemeingültigkeit, die universale Geltung des Normensystems. Sowohl beim Primat des Völkerrechtes als auch beim Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung handelt es sich um die universale Geltung eines einzigen Weltrechtssystems, das in den beiden Fällen bloß inhaltlich verschieden ist: Der Primat des Völkerrechtes bedeutet eine demokratische, der Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung eine autokratische Weltrechtsordnung bzw. eine demokratische oder autokratische Deutung des Verhältnisses zwischen den Staaten. Es ist uns nicht klar, was man bei der Annahme des Primates der eigenstaatlichen Rechtsordnung unter „eigenstaatlicher Rechtsordnung" verstehen soll? Kann eine Ordnung, die sämtliche Normen sowohl für den „eigenen" als auch für alle „anderen" „Staaten" und auch alle Normen des Völkerrechts enthält, die demnach

Die Negierung der Pluralität einzelstaatlicher Rechtsordnungen sowie die Annahme der Einzigkeit und Ausschließlichkeit, der Allgemeingültigkeit und universalen Geltung der Ordnung, alle diese Züge sind charakteristische Merkmale des Naturrechtes.

2. Normen sind ihrem Begriffe nach auch zeitlos. Nun ist aber im Begriffe des positiven Rechtes außer dem Gedanken einer auf einem bestimmten Gebiete gültigen Ordnung auch der Gedanke einer zu einer bestimmten Zeit gültigen Ordnung enthalten. Es ist klar, daß von einem streng normativen Standpunkt aus diese bloß zeitliche Geltung des positiven Rechtes nicht zu erklären ist. Der Gedanke, daß die Geltung der Rechtsnormen einen zeitlichen Anfang und ein zeitliches Ende hat, mit anderen Worten: daß sich das positive Recht „verändert", ist mit dem Begriffe der zeitlosen und in diesem Sinne ewigen Norm unvereinbar.

Die Reine Rechtslehre versucht auch dieses schwierige Problem der zeitlichen Veränderung rechtlicher Normen mit dem Kunstgriffe zu lösen, daß sie die Zeit und die zeitliche Geltungsdauer der Normen als Norminhalte deutet. Nach der Ansicht Kelsens „ergibt sich als allgemeinster Grundsatz für die Geltungsdauer der Rechtsnormen und Rechtsnormensysteme, daß die Geltungsdauer nur durch positive rechtsinhaltliche Bestimmung begrenzt werden kann"[1]). Diese Lösung genügt

eine wahre Universalordnung ist, als eigenstaatlich oder einzelstaatlich bezeichnet werden? Ja, kann überhaupt noch von „Staaten" gesprochen werden, wenn juristisch nur der „eigene" Staat, der aber die ganze Welt in sich aufnimmt, da ist? Kelsen selbst muß folgendes feststellen: „Die aller Erkenntnis und so auch der juristischen innewohnende Tendenz zur Einheit überwindet in der Hypothese, die als Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung bezeichnet wurde, die vorerst gegebene (!?) Vielheit der Rechtsordnungen oder Staaten in der Weise, daß sie die eigene staatliche Rechtsordnung über die anderen ausdehnt und so formell, wenn auch nicht materiell (!?), zu einer Universalordnung gestaltet" (Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 188).

[1]) Allgemeine Staatslehre, S. 149. Der Gedanke, die Geltungsdauer und die Veränderlichkeit des Rechtes als Frage des Norminhaltes aufzufassen, stammt von Merkl, der schon in seiner Abhandlung: Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Arch. d. öff. Rechts, Bd. 37, 1917) die Ansicht verficht, daß das Recht prinzipiell unabänderlich, eine Änderung des Rechtes demnach nur in dem Falle möglich ist, wenn das Recht selbst durch eine inhaltliche Bestimmung, durch einen Rechtssatz „den Rechtserzeugern die Ermächtigung zur Änderung der Rechtserzeugnisse erteilt" (a. a. O., S. 121). Den Satz „lex posterior derogat priori" betrachtet er also als eine positiv-rechtliche Bestimmung und die Abänderbarkeit des Rechtes als eine Frage des Rechtsinhaltes. In seinem Werke: Die Lehre von der Rechtskraft (Wiener Staatswissenschaftl. Studien, Bd. 15, H. 2. 1923) führt er diesen Gedanken ausführlicher aus und glaubt feststellen zu können, „daß das Recht — außer nach selbst gesetzten Bedingungen seiner Änderung — unveränderlich ist" (a. a. O., S. 240). — Die Auffassung Kelsens stimmt in der Hauptsache mit der Merkls überein: „Ein Normensystem", sagt Kelsen, „ist ein logisch geschlossener Komplex von Normen... Jedes solche Norm-

offenbar nicht, denn die Geltung der Norm kann auch in zeitlicher Hinsicht nicht von ihrem Inhalte abhängen[1]).

Es soll nicht bezweifelt werden, daß die Rechtsordnung Bestimmungen darüber, wie sie abgeändert werden könne, enthalten kann. Unserer Ansicht nach ist die Rechtserzeugung und die Rechtsänderung ein sozialer Prozeß und kann gleich den anderen Erscheinungen des sozialen Seins durch das Recht geregelt werden, also auch als rechtlicher Tatbestand erscheinen. Diese positiv-rechtliche Normierung der Abänderbarkeit des Rechtes bleibt aber bei einer streng normativen Auffassung des Rechtes — die allerdings nicht unsere Auffassung ist — bloßer Norminhalt und bedeutet noch bei weitem nicht eine wahre zeitliche Veränderung des Rechtes. Selbst wenn die realen Bedingungen, an die die positiv-rechtliche Normierung der Rechtsänderung die Geltungs-

system ist auch in diesem Sinne als geschlossen anzusehen, daß es an und für sich einer Erweiterung oder Abänderung nicht fähig ist. Da... wie der Geltungsumfang so auch die Geltungsdauer der einzelnen Normen nur nach den Bestimmungen dieser Ordnung selbst beurteilt werden kann, ist es nicht möglich, daß zu dem Normenkomplex eine neue Norm, den Gesamtinhalt des von der Ordnung gesetzten Sollens verändernd, gleichsam von außen hinzutrete; es wäre denn, daß die Ordnung eine Norm enthält, die Bedingungen dafür angibt, daß und wie neue Normen zu dem alten Komplex hinzutreten können... (Es) muß jedes Normensystem, das Bedingungen dafür setzt, daß und wie neue Normen zu seinem ursprünglichen Normenkomplex hinzutreten können, als ein abänderbares — im Gegensatz zu einem unabänderbaren, das solche Bedingungen nicht statuiert — bezeichnet werden" (Das Problem der Souveränität, S. 114/15). Zum Unterschiede von Merkl läßt es jedoch Kelsen dahingestellt, „ob die Rechtsänderungen ermöglichende Norm die Ursprungshypothese selbst oder eine auf Grund dieser Ursprungsnorm erst gesetzte (oder gewohnheitsmäßig gebildete) Rechtsnorm ist", und will bezeichnenderweise die Möglichkeit offen lassen, „daß die Statuierung der Abänderbarkeit und damit der Satz der lex posterior schon in der Ursprungsnorm, d. h. aber im logischen Ursprung des betreffenden Rechtssystems gelegen ist" (a. a. O., S. 115, Anm. 1). Auch neuestens wird die lex posterior von Kelsen als vorausgesetztes logisches Deutungsprinzip des Rechtes als sinnvoller Ordnung betrachtet, das schon in der Grundnorm enthalten ist (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 22, 26).

[1]) Nach Kelsen soll die Abänderungsmöglichkeit der Rechtsnorm „durch eine Rechtsnorm höherer Stufe bestimmt sein" (Allgemeine Staatslehre, S. 149). Von einem streng normativen Standpunkte aus gibt es aber keine höhere und niedere Norm; eine höhere Norm scheint eben diejenige Norm genannt zu werden, die durch andere (deshalb niedere genannte) Normen nicht abgeändert werden kann. Die Ansicht Kelsens hängt mit der vom streng normativen Gesichtspunkte aus ebenfalls nicht einwandfreien Theorie vom Stufenbau des Rechtes zusammen. Wie steht es jedoch mit der Abänderbarkeit der Rechtsnormsn höchster Stufe? Kann z. B. die Verfassung ihre Abänderbarkeit nicht selbst bestimmen? Nach Kelsens Ansicht verwendet man, „sofern beide Normen auf derselben Stufe stehen", den „Grundsatz der lex posterior" (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 22). Vgl. unten S. 65, Anm. 2, und S. 66/67.

dauer des Rechtes geknüpft hat, in Wirklichkeit eingetreten sind, bleibt es vom streng normativen Standpunkt aus unverständlich, wie das Eintreten realer Seinstatsachen die Soll-Geltung von reinen Normen beeinflussen könnte. Ist die Norm völlig unabhängig von der realen Wirklichkeit, ist es logisch unmöglich, daß aus einem Sein ein Sollen folge, so ist es auch unmöglich, daß das Recht die Geltungsdauer seiner Normen von realen Seinstatsachen abhängig mache, mit anderen Worten, daß das Recht die Abänderbarkeit seiner selbst normiere. Denn das logisch Unmögliche kann nicht zum Inhalte der Rechtsordnung werden[1]).

Wie dem aber auch sei, muß daran festgehalten werden, daß die Auffassung, die die zeitliche Geltungsdauer und die Veränderung des Rechtes als Norminhalte begreifen will, das Problem der Zeitlichkeit und der Veränderlichkeit des positiven Rechtes nicht löst. Der Rechtsinhalt ist immer zufällig und in diesem Sinne kann man sagen, daß jeder beliebige Norminhalt, also auch der die Abänderbarkeit des Rechtes bestimmende, fehlen oder wegfallen kann. Und deshalb gilt auch dasjenige Normsystem, dessen Geltung durch den Inhalt auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist, prinzipiell ganz ohne diese Beschränkung. Die soeben angeführten Formulierungen Merkls und Kelsens können uns tatsächlich davon überzeugen, daß diese hervorragenden Vertreter der Reinen Rechtslehre das Recht prinzipiell für unabänderlich betrachten[2]). Merkl sagt ausdrücklich, daß er „dem Recht in allen seinen Erscheinungsformen die Eigenschaft der Unabänderlichkeit, der ‚Ewigkeit' zuspreche"[3]). Und er glaubt feststellen zu können, daß auch dann, wenn dank einer positiv-rechtlichen Bestimmung eine Änderungsmöglichkeit des Rechtes vorliegt, „eine Veränderung des Rechtsganzen trotz wechselndem Rechtsinhalte eigentlich gar nicht festzustellen" sei, „da alle etwaigen Änderungen in nuce bereits in der Verfassung gesetzt, durch die Abänderbarkeitsklausel vorweggenommen sind"[4]).

Aus all dem ist zur Genüge ersichtlich, daß man, die rein normative Auffassung des Rechtes nur einigermaßen ernst nehmend, das Recht

[1]) Vgl. meine Abhandlung: Das Logische im Recht, Internat. Zeitschr. f. Theorie d. Rechtes, II. Bd., 1928, S. 162 f. — Vgl. auch Kelsen: Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 21f., 25f.

[2]) Vgl. die oben S. 61, Anm. 1, angeführten Stellen.

[3]) Die Rechtseinheit, S. 120. Vgl. ebenda, S. 121, wo er feststellt, daß die als positiver Rechtssatz aufgefaßte lex posterior es ist, die „das positive Recht trotz formeller Unnachgiebigkeit materiell wandelbar, trotz gedanklicher Ewigkeit doch tatsächlich zeitlich, trotz theoretischer Utopienhaftigkeit praktisch brauchbar macht". Aber auch Kelsen spricht davon, daß die Rechtsordnung „mit dem Anspruch" auftritt, „ewig zu gelten" (Allgemeine Staatslehre, S. 148).

[4]) Die Lehre von der Rechtskraft, S. 239. — Die im Text angeführte Auffassung Merkls von allen in nuce bereits in der Abänderbarkeitsklausel enthaltenen etwaigen Änderungen erinnert übrigens lebhaft an die Hegelsche „Selbstbewegung des Begriffs".

für prinzipiell unveränderlich und unwandelbar, zeitlos und ewig halten muß. Unveränderlichkeit und Unwandelbarkeit, Zeitlosigkeit und Ewigkeit sind aber charakteristische Merkmale des Naturrechtes.

3. Normen können ihrem Begriffe nach nicht „durch menschliche Tat gesetzt werden". Die Zeitlosigkeit der Norm bedeutet nämlich, daß sie keinen zeitlichen Anfang haben kann; die scharfe Scheidung der Welt des Seins und der Welt des Sollens, die angeblich ohne Berührung nebeneinander bestehen, macht es außerdem zu einem Ding der Unmöglichkeit, daß eine Norm, also ein Sollen, gerade aus einem Seinsfaktum, aus einem empirischen Setzungsakt, ihren Ursprung nehme. Der streng normativen Auffassung kann demnach nur die Behauptung entsprechen, daß der zeitlose Sinn der Norm durch die menschliche Vernunft bloß erkannt werden kann. Diejenige rechtliche Norm, die nicht durch menschliche Tat gesetzt, sondern durch die Vernunft erkannt, aus der Vernunft deduziert wird, ist aber Naturrecht oder Vernunftrecht.

Die Stellungnahme der Reinen Rechtslehre gegenüber diesem schwierigen Problem der Rechtssetzung oder Rechtserzeugung ist eine ihrer interessantesten Problemlösungen. Daß das positive Recht gesetztes Recht, und zwar „durch menschliche Tat gesetztes Recht" sei, wird von Kelsen ausdrücklich anerkannt[1]). Ja, er betrachtet es geradezu als die Eigenart der Rechtsordnung, daß ihre Einheit die Einheit eines Erzeugungszusammenhanges ist[2]). Nun ist aber die Rechtserzeugung auch nach Kelsen eine menschliche Tat, die Einheit des Erzeugungszusammenhanges bedeutet daher die Einheit der psycho-physischen Realität zusammenhängender menschlicher Handlungen. Kann aber die Einheit eines Normensystems im Zusammenhange gewisser psycho-physischer Akte, also in der soziologischen Realität, zum Ausdruck kommen? Kann solches in einer von allen soziologischen Betrachtungen Reinen Rechtslehre behauptet werden? Einem so scharfsinnigen Denker wie Kelsen kann dieser Widerspruch nicht verborgen bleiben und er versucht ihn mit der Anwendung des schon bekannten Kunstgriffes zu lösen, indem er den realen Vorgang der Rechtserzeugung zunächst als Norminhalt auffaßt. Wie vom rechtstheoretischen Standpunkt Kelsens nicht der Mensch als solcher in das Recht eingeht, sondern nur einzelne menschliche Handlungen, und zwar nur als Inhalte von Rechtssätzen, als Tatbestände, in das Recht Eingang finden[3]), so kommt, von diesem Standpunkte aus betrachtet, auch die Rechtserzeugung nur als „der durch das Recht geregelte, somit den Inhalt einer Rechtsnorm bildende Tatbestand der Rechtserzeugung" in Betracht[4]). Der „Erzeugungszusammenhang"

[1]) Vgl. Kelsen: Die Idee des Naturrechtes, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. VII, 1928, S. 236.

[2]) Allgemeine Staatslehre, S. 98/99, 234.

[3]) Allgemeine Staatslehre, S. 62ff.

[4]) Allgemeine Staatslehre, S. 265. Vgl. ebenda: „...tatsächlich ist es ja auch, wenn man die staatliche Ordnung gleichsam von außen sieht,

des Rechtes ist demnach nicht als der Zusammenhang psycho-physischer Akte, sondern als der normative Zusammenhang von Rechtsinhalten aufzufassen. Die rechtserzeugenden menschlichen Akte werden nämlich, nach Kelsens Ansicht, indem sie in das System des Rechtes eingehen, „gleichsam denaturiert", „sie kommen nicht eigentlich mehr als menschliche Akte in Betracht"[1]).

Es ist wohl ein Höhepunkt normativer Spekulation, die Erzeugung der Rechtsordnung als Inhalt ebendieser Rechtsordnung selbst zu deuten. Der Rechtswesensbegriff der Rechtserzeugung wird solcherart zu einem Rechtsinhaltsbegriff umgedeutet[2]). Diese Auffassung kann jedoch unseres Erachtens nicht als eine befriedigende Lösung des Problems der Rechtserzeugung betrachtet werden. So wie die Geltung einer Norm oder einer Rechtsordnung nicht von ihrem Inhalte abhängen kann, so kann auch die Erzeugung dieser Norm oder dieser Rechtsordnung nicht von ihrem Inhalte bestimmt sein.

Es ist zweifellos, daß das positive Recht die Frage, wie neues Recht erzeugt werden soll, also die Frage der Fortbildung der Ordnung, einer positiv-rechtlichen Regelung unterwerfen kann. Es ist aber ebenso unzweifelhaft, daß die Regelung der Fortbildung des Rechtes noch bei weitem nicht diese Fortbildung selbst bedeutet. Dazu bedarf es nicht

---

der Mensch, der diese Ordnung durch seine Akte erzeugt. Allein vom immanenten Standpunkt der staatlichen Ordnung selbst ist die Erzeugung der Ordnung (die von diesem Standpunkt aus nur eine Fortbildung der Ordnung sein kann) ein für die verschiedenen Stufen verschieden geregelter Tatbestand, dessen integrierenden Inhalt allerdings ein menschliches Verhalten bildet." S. 74: „Die Frage: Wer stellt die Rechtsordnung erstmalig auf? im Sinne einer Frage nach der Urzeugung des Rechtes, ist als Scheinproblem der generatio aequivoca sinnlos." — In diesem Sinne ist die Behauptung Kelsens: „Es ist eine Eigentümlichkeit der Rechtsordnung, daß sie ihre eigene Erzeugung reguliert, d. h. daß sie Normen enthält, die die Satzung von Normen betreffen" (S. 98), zu verstehen.

[1]) Allgemeine Staatslehre, S. 266/67.

[2]) Der Widerspruch, einen Rechtswesensbegriff auf Grund des Rechtsinhaltes bestimmen zu wollen, meldet sich z. B. in der folgenden Definition: „Als der primäre, der Grundbegriff des Staatsorgans muß aber der Rechtswesensbegriff der dynamischen Betrachtung angesehen werden: Die staatliche Ordnung wird in allen ihren Stufen durch Menschen erzeugt, deren normsetzende Funktion durch die Ordnung selbst bestimmt wird, indem die Norm höherer Stufe die Bedingungen festsetzt, unter denen die Norm niederer Stufe geschöpft wird." (Allgemeine Staatslehre, S. 262. Die Sperrung ist von mir.) — Durch die Behauptung, daß die Erzeugung der Norm durch eine Norm höherer Stufe normiert wird, ist zwar der Widersinn vermieden, der in der Auffassung liegt, daß die Erzeugung einer Norm durch diese Norm selbst geregelt werden könnte, es wird aber dadurch die Erzeugung der höchsten Norm zum Problem, was die Reine Rechtslehre zur Annahme der hypothetischen Grundnorm als Erzeugungsregel der höchsten positiv-rechtlichen Norm führt und solcherart das Problem der Rechtserzeugung auch für sie nicht mehr als die Frage des positiven Rechtsinhaltes erscheinen läßt. Vgl. oben S. 62, Anm. 1, und unten S. 66/67.

nur solcher Norminhalte, die das rechtserzeugende Verhalten bestimmter Menschen vorschreiben — das menschliche Verhalten als bloßer Norminhalt, als Tatbestand des Rechtes, kann das neue Recht nicht erzeugen —, sondern es bedarf auch realer menschlicher Handlungen, die die Verwirklichung des im Norminhalt vorgeschriebenen menschlichen Verhaltens bedeuten: die Fortbildung des Rechtes — sowie überhaupt jede Rechtserzeugung, auch die erstmalige „Urzeugung" des Rechtes — bedarf der psycho-physischen Realität der „menschlichen Tat". Die die Rechtserzeugung regulierenden positiv-rechtlichen Norminhalte geben uns bloß den Maßstab an die Hand, mit dessen Hilfe die Bewertung bzw. Beurteilung des tatsächlichen Rechtserzeugungsprozesses als einer den Rechtsvorschriften entsprechenden (legitimen) oder nicht entsprechenden (illegitimen) Rechtssetzung erfolgen kann; sie erklären jedoch nicht einmal die legitime Rechtserzeugung selbst, geschweige denn die illegitime und die originäre.

Es ist außerdem noch zu beachten, daß diejenige Auffassung, die die Rechtserzeugung als eine Frage des positiv-rechtlichen Norminhaltes betrachtet, die Rechtserzeugung für eine nicht notwendige Erscheinung im rechtlichen Weltbilde halten muß. Jeder Rechtsinhalt ist, wie gesagt, zufällig und auch die Frage der Rechtserzeugung kann, muß aber nicht notwendig durch das positive Recht geregelt sein. Unserer Ansicht nach ist es eben deshalb nicht richtig, wenn Kelsen in diesem zufälligen Rechtsinhalte, obgleich diese „die Satzung von Normen betreffenden Normen" auch gänzlich fehlen können, eine „Eigentümlichkeit" oder sogar „die Eigenart" des Rechtes selbst aufzufinden glaubt[1]). Die Behauptung, daß jedes Recht unter allen Umständen notwendig Normen enthalten müsse, deren Inhalt die Rechtserzeugung reguliert, bedeutet andererseits die Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes, ist also reines Naturrecht.

Besteht demnach die Möglichkeit, daß das positive Recht keine die Fortbildung des Rechtes regulierenden Normen enthält, so ist auch die Möglichkeit hiefür anzunehmen, daß die Reine Rechtslehre nicht nur auf die Frage der erstmaligen Rechtserzeugung[2]), sondern auch auf die Frage nach der Fortbildung des Rechtes keine Antwort erteilen kann. Dies bedeutet aber nichts weniger, als daß eine streng normative Betrachtung nur den fertigen Rechtsinhalt, nicht aber das Problem der Rechtserzeugung zum Gegenstande haben kann. Für eine normative Betrachtung ist das Problem der Rechtserzeugung ebensowenig vorhanden wie für die naturrechtliche Betrachtung.

Die Auffassung Kelsens, die Rechtserzeugung als eine Frage des positiv-rechtlichen Norminhaltes zu betrachten, ist mit seiner Theorie vom Stufenbau des Rechtes innig verschmolzen. Er behauptet nämlich, daß die Erzeugung der Rechtsnorm immer durch eine Rechtsnorm höherer Stufe normiert werde. Dadurch wird aber die Erzeugung der

[1]) Allgemeine Staatslehre, S. 98, 234.

[2]) Vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 74 (zitiert oben S. 64/65, Anm. 4).

höchsten Norm zum Problem, welches Kelsen durch die Annahme der hypothetischen Grundnorm als Erzeugungsregel der höchsten positiv-rechtlichen Stüfe, der Verfassung, zu lösen versucht. Die Annahme der Grundnorm als höchster Erzeugungsregel bedeutet aber, daß die Frage der Rechtserzeugung aus einer Frage des positiven Rechtsinhaltes zu einer Frage der Normlogik geworden ist[1]).

Die Grundnorm als logische Voraussetzung der Rechtswissenschaft hat die Funktion, dem Faktum der historisch ersten Verfassungserzeugung die normative Bedeutung eines Grundgesetzes zu geben[2]), mit anderen Worten: ein Faktum als eine Norm zu deuten. Besteht aber die Behauptung Kelsens, daß aus einem Sein niemals ein Sollen folgen könne, zu Recht, so bedeutet die Annahme der Grundnorm nichts anderes, als daß eine logische Unmöglichkeit zur logischen Voraussetzung der Rechtswissenschaft gemacht wurde. Ist es wirklich eine logische Unmöglichkeit, wie dies die Reine Rechtslehre mit Nachdruck behauptet, aus einem Faktum eine Norm abzuleiten, dann ist es auch logisch unmöglich, daß ein „historisches Faktum den Sinn einer Verfassung habe, daß dieser Beschluß einer Versammlung von Menschen oder dieser Befehl eines Usurpators die normative Bedeutung eines Grundgesetzes habe", dann ist es unmöglich, die Tatsache der Macht als Recht, nicht als bloßes Faktum, sondern als Norm zu deuten[3]).

So wie die Grundnorm hat auch jede positiv-rechtliche Erzeugungsregel die Funktion, ein Sein in ein Sollen zu verwandeln. Durch die Erzeugungsregel der höheren Norm wird aus einem gewissen menschlichen Akt eine Norm niederer Stufe. Weil der „Tatbestand" der Gesetzgebung der Verfassungsnorm entspricht, darum wird das „Gesetz", „das für eine voraussetzungslose Betrachtung zunächst auch nichts anderes als ein Faktum, nichts anderes als die Tatsache ist, daß mehrere Menschen den Willen ausgesprochen haben, daß sich andere Menschen in bestimmter Weise verhalten mögen" zu einer Norm[4]). Die rechtserzeugenden menschlichen Akte werden in diesem Sinne, wie oben bereits bemerkt wurde, „gleichsam denaturiert". — Wenn bei der Grundnorm vielleicht leichter einzusehen ist, daß eine logische Unmöglichkeit nicht als die logische Voraussetzung der Rechtswissenschaft bestehen könne, so ist andererseits auch bei jeder positiv-rechtlichen Erzeugungsregel zu bezweifeln, daß sie die logische Unmöglichkeit, ein bloßes Faktum in eine Norm umzuwandeln, möglich machen könnte.

Es ist also unserer Ansicht nach der Reinen Rechtslehre nicht gelungen, eine einwandfreie, streng normative Betrachtung der Rechtserzeugung zu liefern. Der soziologische Prozeß der Rechtserzeugung kann weder durch eine positiv-rechtliche Regelung noch durch die Annahme der Grundnorm in die normative Ebene übergeführt werden.

[1]) Vgl. oben S. 62, Anm. 1, und S. 65, Anm. 2.
[2]) Kelsen: Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, 1928, S. 24.
[3]) Ebenda, S. 24.
[4]) Ebenda, S. 23.

Die Theorie vom Stufenbau des Rechtes ist unseres Erachtens in einem evidenten Widerspruch mit der rein normativen Betrachtung des Rechtes. Im Stufenbau erscheinen faktische und normative Momente in einer innigen Verbindung miteinander. Was von der höheren Stufe aus gesehen als tatsächliche Verwirklichung des von dieser höheren Norm gesetzten Tatbestandes erscheint, ist von der niederen Stufe aus gesehen selbst wieder Norm. Es handelt sich im Stufenbau des Rechtes immer darum, einen in Zeit und Raum sich abspielenden, sinnlich wahrnehmbaren Vorgang, eine menschliche Handlung, als Rechtsakt zu deuten, diesem Akt Normcharakter zuzubilligen und ihn „nicht als bloßes Seinsfaktum" anzusehen[1]). Ein Akt, der nicht bloßes Seinsfaktum ist, sondern welchem auch Normcharakter zukommt, bedeutet eine Verbindung von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert. Wenn man den Stufenbau „gleichsam von außen sieht", findet man darin die Realität menschlicher Akte; wenn man ihn „vom immanenten Standpunkt" der Rechtsordnung sieht, findet man darin die Idealität der Norminhalte[2]).

Nachdem wir die wichtigsten Ansichten der Reinen Rechtslehre in der Frage der Rechtserzeugung überblickt haben, müssen wir feststellen, daß sie in dieser Frage nur deshalb nicht zum Standpunkte des Naturrechtes gelangte, weil sie die streng normative Betrachtung nicht beibehalten konnte. In der Theorie der Rechtserzeugung, besonders aber in der Lehre vom Stufenbau des Rechtes, muß die Reine Rechtslehre die rechtserzeugenden menschlichen Akte, also soziologische Momente und andere Seinsfakta, in einem Maße berücksichtigen, wie es sich mit einer rein normativen Betrachtung schon nicht mehr verträgt. Eine rein normative Betrachtung müßte das Problem der Rechtserzeugung gänzlich ignorieren und behaupten, daß das Recht nicht erzeugt, sondern bloß erkannt werden könne. Dies wäre aber der Standpunkt des Naturrechtes.

4. Dem Standpunkt, daß das Recht nicht erzeugt, sondern bloß erkannt werden könne, kommt die Auffassung Kelsens, die besonders in seinen früheren Schriften energisch betont wurde, daß das Recht als logisches System von Rechtssätzen von der Rechtswissenschaft „erzeugt" werde, besonders nahe. Denn die Erzeugung eines Gegenstandes durch die Wissenschaft bedeutet nichts anderes als das Erkennen dieses Gegenstandes. Die „Erzeugung" des Rechtes durch die Rechtswissenschaft und die Erzeugung des Rechtes durch rechtssetzende „menschliche Handlungen", durch „menschliche Tat", bedeutet zweifellos nicht dasselbe. Der Ausdruck „Erzeugung des Rechtes" bedeutet im ersten Falle das Erkennen des Rechtes, im zweiten Falle die Rechtssetzung. Würde die Reine Rechtslehre das Problem der Rechtserzeugung bloß in der „Erzeugung der Rechtssätze durch die Rechtswissenschaft" erblicken, so könnte sie die „Erzeugung des Rechtes

[1]) Ebenda, S. 23.

[2]) Vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 265.

durch menschliche Tat" gar nicht behandeln und sie müßte solcherart gerade das Moment, welches das positive Recht als durch menschliche Tat erzeugtes, gesetztes Recht vom Naturrecht unterscheidet, außer acht lassen.

Natürlich meint Kelsen diese „logische Erzeugung des Rechtes"[1]) durch die Rechtswissenschaft nicht in dem Sinne, daß die Rechtssätze niederer Ordnung „auf dem Wege formal-logischer Deduktion" aus den Rechtssätzen höherer Ordnung und die Rechtssätze der höchsten Stufe endlich „auf dem Wege eben solcher formal-logischer Operation" aus der von der Rechtswissenschaft hypothetisch vorausgesetzten Grundnorm „herausgezaubert" werden, ohne daß sich die Rechtserkenntnis dabei auf das bestimmende Material der Gesetzesbeschlüsse, der richterlichen Urteile, Verwaltungsakte usw. zu beziehen brauchte, denn „das wäre freilich", setzt er hinzu, „ein Naturrecht"[2]). Nach seiner Meinung sind die Rechtssätze, wenn sie auch durch die Rechtswissenschaft „erzeugt" werden, durch das der Rechtswissenschaft gegebene Material (durch die „Fakten der Gesetzesbeschlüsse, der richterlichen Urteilsakte" usw.) determiniert[3]).

Was bedeutet aber, daß die rein normative Rechtswissenschaft durch das empirische Material, durch die „Faktizität des Materials", determiniert ist? Kann eine rein normative Wissenschaft Seinsfakta überhaupt berücksichtigen oder gar von ihnen „determiniert" sein? Und was bedeutet es, daß das Recht als logisches System von Rechtssätzen von den „parallelen Fakten" dieses Materials determiniert ist? Kann eine reine Norm überhaupt in irgendeiner Beziehung von Seinsfakten abhängig sein, von ihnen „determiniert" sein? Kelsen möchte diese Beziehung der rechtlichen Normen zu den „parallelen" Seinsfakten folgendermaßen klarstellen: „Ich (bin) mir bewußt, daß die Verfassung ihre rechtlich relevante Geltung zwar aus der vorausgesetzten Ursprungsnorm, ihren Inhalt aber aus dem empirischen Willensakt der konstituierenden Autorität holt, ganz ebenso wie das

[1]) Vgl. Das Problem der Souveränität, S. VI.

[2]) Kelsen: Rechtswissenschaft und Recht, Zeitschr. f. öffentl. Recht, III. Bd., 1922, S. 199.

[3]) Ebenda, S. 181, 215. — Die „Erzeugung" des Rechtes durch die Rechtswissenschaft versteht er in dem Sinne, in dem die Kantsche Philosophie von der „Erzeugung" der Natur durch die Naturwissenschaft spricht: „Die synthetischen Urteile der Naturwissenschaft sind, sosehr sie von der Wissenschaft selbst ‚erzeugt' werden, ebenso durch das in ihnen zur Einheit zu bringende ‚Material' determiniert..., wie die synthetischen Urteile der Rechtswissenschaft, die Rechtssätze, in denen das der Rechtswissenschaft gegebene Material: die Gesetze, Verordnungen, richterliche Urteile, Verwaltungsakte usw., ebenso verarbeitet, zu Rechtssätzen verarbeitet wird wie das Empfindungsmaterial in den synthetischen Urteilen der Naturwissenschaft; und diese synthetischen Urteile der Rechtswissenschaft, die Rechtssätze, sind durch dieses ihnen gegebene oder aufgegebene Material ganz ebenso determiniert wie die Urteile der Naturwissenschaft" (ebenda, S. 181).

Gesetz seine Geltung aus der Verfassung, seinen Inhalt aber aus dem Faktum des Gesetzesbeschlusses, das Urteil seine Geltung aus dem Gesetz und seinen Inhalt aus dem Faktum des richterlichen Willensaktes hernimmt. Die logische ‚Erzeugung' des Rechtes aus der Ursprungsnorm vollzieht sich stufenweise in stetem Bezug auf ein paralleles Faktum, das aber doch nur... die conditio sine qua non, nicht aber die conditio per quam des Rechtes auf seinen verschiedenen Stufen, in seinem für den Juristen entscheidenden Geltungsaspekte ist[1])." Kann aber ein Sein die conditio sine qua non eines Sollens, einer Norm sein, wenn man Sein und Sollen, Fakta und Normen streng und reinlich voneinander scheidet? Ja, es soll sogar die Grundnorm (Ursprungsnorm), aus der letzen Endes die ganze Sollgeltung des Rechtes abgeleitet wird, selbst nach diesem faktischen „Material" „bestimmt" werden[2]). Bedeutet dies aber nicht eher die Konstatierung eines unlösbaren Zusammenhanges zwischen rechtlichem Sein (Material) und rechtlichem Sollen als ihre reinliche Scheidung?

Es soll hier nicht näher ausgeführt werden, daß wir die Annahme der hypothetischen Grundnorm, die wir bloß als eine partielle Frage im Gedankenschatze der Reinen Rechtslehre betrachten, für überflüssig halten[3]). Die Annahme der Grundnorm bedeutet nämlich unserer Ansicht nach genau dasselbe, was Kelsen viel glücklicher in der Behauptung ausgedrückt hat, daß die Rechtswissenschaft durch das ihr gegebene oder aufgegebene Material (Gesetze, Verordnungen usw.) bestimmt ist. Die Behauptung, daß der Rechtswissenschaft dieses Material gegeben oder aufgegeben ist, besagt nun ihrerseits wieder nichts anderes, als daß die Rechtswissenschaft dieses Material einfach hinzuzunehmen hat, ohne es weiter begründen oder ableiten zu wollen oder zu können. Das

[1]) Das Problem der Souveränität, S. V/VI.

[2]) Allgemeine Staatslehre, S. 104: „Es ist die Grund- oder Ursprungsnorm, die als Hypothese von der Rechtserkenntnis eingeführt werden muß, um das als Recht zu begreifende Material, um die als Rechtsakte zu deutenden Tatbestände überhaupt als Elemente eines und desselben Systems ‚Recht' zu erfassen. Dabei wird diese Hypothesis ebenso nach dem von ihr zu erfassenden Material, wie das Material nach der Hypothesis bestimmt." Vgl. auch: Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, S. 25: „... (die Grundnorm richtet) sich in ihrem Inhalt restlos und ausschließlich nach dem Material.., das als geltendes positives Recht begriffen werden soll."

[3]) Kelsen selbst macht gelegentlich folgende Bemerkung: „Gegen meine Theorie könnte man... höchstens einwenden, daß die Annahme einer Grundnorm überflüssig sei, weil sich dasjenige, was sie leisten will, den Geltungscharakter des positiven Rechtes zu begründen, auf andere Weise erzielen ließe" (Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, S. 26)." — Hinsichtlich des im angeführten Gedanken enthaltenen Zirkels vgl. unten S. 77, Anm. 1. — Verdroß nennt den Begriff der Grundnorm „die Krone des Kelsenschen Rechtssystems". (Die Rechtstheorie Hans Kelsens, Sonderabdruck aus Nr. 20 der Juristischen Blätter, 59. Jhg., 1930, S. 5.) Unserer Ansicht nach ist die Bedeutung der Annahme der hypothetischen Grundnorm für die Rechtslehre Kelsens viel geringer.

Gegebensein des Materials bedeutet die Grenze der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis. Die hypothetische Grundnorm besagt nun — und man lasse sich hierüber durch die Verknüpfung der Grundnorm mit der Stufentheorie nicht hinwegtäuschen — wesentlich dasselbe. Durch die Einreihung der Grundnorm als der hypothetischen obersten Stufe in den Stufenbau des Rechtes wird diese Sachlage natürlich gewissermaßen verdunkelt; es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die Lehre von der einstufigen oder mehrstufigen Gliederung des Rechtes die Frage von der Notwendigkeit der „Ursprungshypothese" nicht berührt. Ist die Annahme der Grundnorm bei einem mehrstufigen positiven Rechte notwendig, so ist sie auch bei einem einstufigen Rechte unerläßlich. Die Grundnorm bedeutet nämlich nichts anderes, als daß der Geltungsgrund des positiven Rechtes für den Rechtspositivismus nur im positiven Rechte selbst gelegen sein kann oder richtiger daß die positive Rechtswissenschaft die Geltung des positiven Rechtes einfach hinzunehmen hat, daß sie die Geltung des Rechtes weder zu begründen braucht noch mit den Mitteln der positiven Rechtserkenntnis — also positiv-rechtlich — begründen kann. Die Grundnorm bedeutet die Grenze der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis. In Verbindung mit der Lehre vom Stufenbau des Rechtes hat die Hypothesis der Grundnorm dieselbe Bedeutung. Ist die Verfassung im positiv-rechtlichen Sinne die oberste positiv-rechtliche Norm, so kann ihre Geltung nicht aus einer noch höheren positiven Norm abgeleitet werden; und da die Ableitung der Rechtsgeltung aus außerrechtlichen Quellen für den Rechtspositivismus unmöglich ist, so bedeutet dies nichts anderes, als daß die Rechtsgeltung der obersten positiv-rechtlichen Norm überhaupt nicht zu begründen ist, sie muß einfach angenommen, vorausgesetzt werden, die Annahme der Grundnorm ist einfach die Konstatierung der Grenze der positivistischen Rechtserkenntnis[1]).

[1]) Vgl. Kelsen: Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, S. 24: „Daß dieses erste historische Faktum den Sinn einer Verfassung habe, daß dieser Beschluß einer Versammlung von Menschen oder dieser Befehl eines Usurpators die normative Bedeutung eines Grundgesetzes habe, das wird von dem positiven Juristen, der über diese Grundtatsache nicht hinausgehen kann, vorausgesetzt." (Die Sperrungen sind von mir.) Dies bedeutet unseres Erachtens nichts anderes, als daß der positive Jurist die Geltung der Verfassung nicht begründen kann und einfach anzunehmen hat. Daß er die Voraussetzung machen müsse, daß ein Faktum eine Norm ist, daß das gegebene historische Faktum „nicht als Tatsache der Macht, sondern als Recht, nicht als bloßes Faktum, sondern als Norm" zu verstehen sei (ebenda, S. 24), daß er durch die Annahme der Grundnorm eine „Transformation der Macht zu Recht" (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65) bewerkstelligen könnte, scheint uns natürlich unmöglich. Unserer Meinung nach ist mit dem Faktum der Verfassung ein normativer Sinn verbunden, bereits dem dem Juristen gegebenen, und zwar durch gewisse historische Fakta abgegrenzten Material ist ein Geltungsanspruch innewohnend, und der positive Jurist hat diesen Geltungsanspruch ohne Prüfung seines Geltungsgrundes hinzunehmen.

Begnügt man sich nicht damit, in der Grundnorm bloß die Grenze der juristischen Begründung zu erblicken, und versucht man aus ihr mehr herauszuholen, so kommt man der naturrechtlichen Auffassung gefährlich nahe. Wenn man auch den Inhalt der positiven Rechtssätze aus der hypothetischen Grundnorm „herauszaubern" wollte, so wäre dies auch nach der Ansicht Kelsens reines Naturrecht[1]); denn die Bestrebung, inhaltlich bestimmte Rechtssätze aus einer wissenschaftlichen Hypothese, also bloß durch die erkennende Tätigkeit des Verstandes, zu gewinnen, heißt ja nichts anderes, als das Recht aus der Vernunft zu deduzieren. Aber auch die Auffassung Kelsens, daß nämlich der Inhalt der Rechtssätze von soziologischen Fakten herstamme, ihre rechtliche, objektive Geltung dagegen von der Grundnorm[2]), bedeutet eigentlich eine überpositive Grundlegung des positiven Rechtes[3]). Wenn die rechtliche Geltung nicht schon in dem der Rechtswissenschaft „gegebenen oder aufgegebenen Material" enthalten ist und die objektive Sollgeltung des Rechtes aus der Sphäre der Wissenschaft durch die Grundnorm an das empirische Material herangebracht werden muß, so bedeutet dies nichts anderes, als daß die Rechtsqualität gewisser Inhalte durch die Vernunft zu begründen ist. Glaubt man aber, durch die Vernunft begründen zu können, daß gewisse inhaltliche Vorschriften als objektiv gültige Rechtsinhalte anzuerkennen sind, so treibt man Naturrecht. Es ist zweifellos, daß sich auch der Inhalt

Ein Faktum kann keine Norm sein, aber ein Faktum kann mit einer Norm, einem normativen Sinn, verbunden sein. Das der Rechtswissenschaft gegebene oder aufgegebene Material enthält nicht bloße Fakta, sondern historische Fakta, d. h. sinnvolle Fakta, menschliche Handlungen, die nicht bloß einen psychologischen Ablauf, sondern auch einen von diesem psychologischen Vorgang getragenen logischen Sinn, und zwar einen normativen Sinn haben. In diesem Material ist nicht nur der „allerdings in der Zeit und im Raum sich abspielende seelisch-körperliche Akt des Beschließens und Äußerns des Gesetzes, das psycho-physische Vehikel", sondern auch der durch dieses Vehikel getragene „spezifische Sinngehalt" gegeben (vgl. Kelsen: Rechtswissenschaft und Recht, a. a. O., S. 170/71). Ein Irrtum Kelsens ist es, daß er diesen „spezifischen Sinngehalt" durch die Rechtswissenschaft erzeugen läßt. Das der Rechtswissenschaft gegebene Material betrachtet er als etwas völlig Alogisches. Die Widerlegung dieser Ansicht haben wir bereits in der Abhandlung: Das Logische im Recht, a. a. O., S. 183 bis 186, versucht und können deshalb nun von weiteren Erörterungen absehen.

[1]) Vgl. oben, S. 69.

[2]) Vgl. oben, S. 69/70.

[3]) Vgl. Verdroß: Die Rechtstheorie Hans Kelsens, a. a. O., S. 5. — Verdroß unternimmt es, mit großem Scharfsinn zu beweisen, daß die von Kelsen behauptete „politische Indifferenz" der Grundnorm ein bloßer Schein und daß die Grundnorm eigentlich „die normative Formulierung... (eines) Wertes" sei; die Grundnorm, die „alle widerspruchslos erfaßbaren positiven Rechtsakte als objektivgültige Normen zu erfassen" verlangt, sei der Ausdruck derjenigen Werteinstellung, „für die der Wert der Rechtssicherheit, also der Friedenswert, den höchsten Wert bildet" (a. a. O., S. 6/7).

des Naturrechtes auf die empirische soziale Wirklichkeit bezieht; auch durch die Normen des Naturrechtes soll das sich in Zeit und Raum abspielende empirische gesellschaftliche Zusammenwirken geregelt werden; die große Schwierigkeit der naturrechtlichen Auffassung liegt ja gerade darin, daß sie Normen, deren Inhalt sich auf empirische menschliche Verhältnisse bezieht, eine ewige und absolute Geltung zuerkennt. Wenn Kelsen gewissen sozialen Inhalten durch die wissenschaftliche Hypothese der Grundnorm eine objektiv-logische Sollgeltung verschaffen will, so sieht dies der naturrechtlichen Bestrebung, durch logische Deduktion den absoluten Wert gewisser sozialer Inhalte zu beweisen, sehr ähnlich[1]). Ja, wenn unter der objektiven Sollgeltung des Rechtes eine absolute Geltung, ein absoluter Wert, verstanden werden soll, so ist man bei dem Gedanken des absoluten Rechtes, das auch inhaltlich nur absolut wertvoll sein kann[2]), angelangt; ein absolutes Recht ist aber: Naturrecht. — Verdroß scheint diese Konsequenz nicht zu scheuen, er will „das Recht aus seiner Isolierung befreien, um es wiederum als Glied im Kosmos der Werte zu begreifen“[3]). Will man aber das Recht als eine Teilordnung in den Kosmos der Werte hineinstellen, will man seine Sollgeltung aus der objektiven Sinnsphäre der Werte und letzten Endes infolge der Einheit des normativen Weltbildes aus den höchsten absoluten Werten ableiten, dann erhält das Recht selbst den Glanz dieses absoluten Wertes, dann können nur solche Inhalte als rechtliche Inhalte gelten, die durch den absoluten Wert gerechtfertigt werden können[4]). Die

[1]) Die Auffassung Kelsens, der Rechtssatz hole seinen Inhalt aus gewissen sozialen Fakten, seine Geltung aber aus der Grundnorm, ist unseres Erachtens nicht richtig. Aus bloßen Fakten kann kein Inhalt herausgeholt werden; die sozialen Fakta, von denen bei Kelsen die Rede ist, tragen bereits als „psycho-physische Vehikel“ einen „spezifischen Sinngehalt“, und zwar einen Inhalt, der einen normativen Sinn, einen normativen Geltungsanspruch, hat. Der Rechtssatz holt nun seinen Inhalt aus diesem „spezifischen Sinngehalt“. Die rechtliche Geltung dieses Inhaltes beruht andererseits darauf, daß sein normativer Geltungsanspruch nicht weiter zu verifizieren ist, falls der normative Sinngehalt durch das „psycho-physische Vehikel“ der sozialen Macht getragen wird.

[2]) Im Begriffe eines inhaltlich absolut wertvollen Rechtes ist das Moment der materialen Gerechtigkeit enthalten. Vgl. Kelsen: Die Idee des Naturrechtes, a. a. O., S. 230: „Nur in der als Naturrecht auftretenden Norm führt das Sollen jenen Sinn des Absoluten mit sich, den man mit der Vorstellung des ‚Gerechten‘ schlechthin zu verbinden pflegt.“

[3]) a. a. O., S. 8. Nach der Auffassung von Verdroß drängt die Einheit des rechtlichen Weltbildes „notwendig über sich hinaus zur Einheit des normativen Weltbildes, ja zur Einheit des Weltbilds überhaupt“ (ebenda).

[4]) Vgl. Verdroß: a. a. O., S. 7: „Doch ist es klar, daß eine solche objektive Begründung (der subjektiven Geltungsansprüche der Rechtsakte), wenn überhaupt, nur durch den Nachweis erfolgen kann, daß die positive Zwangsordnung ganz oder teilweise auf eine objektive Sinnsphäre, in die sie eingebettet ist, hinausweist, demnach eine bestimmte Teilordnung im

Ableitung des Rechtes aus dem absoluten Werte bedeutet aber den Standpunkt des Naturrechtes[1]).

Was die Auffassung Kelsens anbetrifft, kann man nicht behaupten, daß er unter der objektiven Sollgeltung des Rechtes eine absolute Geltung versteht. Es ließen sich zwar zahlreiche Äußerungen Kelsens anführen, nach denen er die objektive Sollgeltung des Rechtes als eine logische Geltung auffaßt[2]); seine Lehre, daß der Rechtssatz ein logisches (hypothetisches) Urteil sei, daß das Recht von der Rechtswissenschaft „erzeugt" werde, führt ebenfalls zu der Konsequenz, daß die objektive Geltung des Rechtes eine logische Geltung ist. Die logische Geltung ist aber eine absolute Geltung, der logische Wert ist ein absoluter Wert. Andererseits ist es aber zweifellos, daß Kelsen mit dem größten

Kosmos der Werte bildet, was natürlich zur Folge hätte, daß jene Rechtsakte, die in dieser Weise nicht gerechtfertigt werden können, aus dem System der objektiv-gültigen Normen als unheilbar nichtige Akte auszuscheiden wären." Mißt man aber derart dem absoluten Wert nicht nur eine regulative, sondern auch eine konstitutive Funktion dem Rechte gegenüber zu, so ist man bei der naturrechtlichen Auffassung angelangt.

[1]) Auch die von Verdroß erwähnte Ansicht, daß der Rechtssatz als eine Klugheitsregel zu betrachten wäre, „deren Formulierung etwa zu lauten hätte: Wer (wahrscheinlichen) Zwang, Strafe oder Exekution vermeiden will, muß in bestimmter Weise handeln" (a. a. O., S. 6), bedeutet bereits das Aufgeben des positiv-rechtlichen Standpunktes und eine Bewertung des Rechtes. Die Frage, ob und warum man dem Rechte gehorchen soll, ist schon eine ethische Frage, die Frage des richtigen Handelns bzw. die Frage der Richtigkeit des Rechtes. (Verdroß hätte in der angeführten Stelle statt „muß" genauer „soll" schreiben sollen.) Es sei uns erlaubt, in diesem Zusammenhange in aller Kürze darauf hinzuweisen, daß durch die Frage des richtigen Rechtes, indem man darunter bloß die wertende Beurteilung des positiven Rechts versteht, eine Verbindung des Rechtes mit dem „Kosmos der Werte" hergestellt werden kann, ohne mit dem Standpunkte des Rechtspositivismus in Konflikt zu geraten. Natürlich ist die Frage nach der ethischen Richtigkeit des Rechtes schon keine juristische (positiv-rechtliche), sondern eine ethische Frage.

[2]) Vgl. z. B. die Vorrede zur 2. Auflage der Hauptprobleme: „Worauf es den ‚Hauptproblemen' offenbar ankommt, ist: die Objektivität der Geltung zu gewinnen, mit der allein wie Gesetzlichkeit überhaupt so auch Rechtsgesetzlichkeit auftreten kann" (S. VII). „(Es erscheint)... das Recht der Rechtswissenschaft als ein System von Rechtssätzen, als ein Urteilszusammenhang..." (S. VI); „... der Rechtssatz (verknüpft) in der logischen Form der Bedingung und Folge zwei Tatbestände miteinander..." (S. X). „So tritt schon in den ‚Hauptproblemen' der Gegensatz zwischen der reinen Rechtstheorie und der psychologisch-soziologischen Spekulation in Parallele zu dem allgemeinen Gegensatz zwischen Logismus und Psychologismus, so wie er in Husserls ‚Logischen Untersuchungen' klassisch dargestellt wurde" (S. IX). (Die Sperrungen sind von mir.) Die Parallele des Rechtes mit der Naturwissenschaft beweist übrigens ebenfalls, daß die Geltung der Rechtssätze der Geltung wissenschaftlicher Urteile, also einer logischen Geltung, gleichkommen soll. Der oft gebrauchte Ausdruck „Normlogik" weist ebenfalls darauf hin.

Nachdruck die bloß hypothetisch-relative Geltung des positiven Rechtes betont: „So wie der Idee des Naturrechtes die absolute, so entspricht der Idee des positiven Rechtes die bloß hypothetisch-relative Geltung seiner Normen, d. h. daß seine Normen nur unter einer Voraussetzung, unter der Annahme einer die oberste Rechtsautorität einsetzenden Grundnorm gelten, deren Geltung selbst innerhalb der Sphäre des positiven Rechtes unbegründet und unbegründbar bleibt[1])." Soll die hypothetische Geltung der Grundnorm und der positiven Rechtsnormen nicht bloß ihre Unbegründbarkeit bedeuten[2]), so ist unter dieser Relativität der Geltung schwer etwas anderes zu verstehen als die Abhängigkeit der normativen Geltung von einem Sein, ihre Beschränkung und Bedingtheit durch ein Sein[3]). Es könnte daher den Gegenstand einer besonderen Untersuchung bilden, inwiefern der Begriff eines bedingten Sollens, einer hypothetisch-relativen Geltung, mit der rein normativen Betrachtung überhaupt vereinbar ist[4]). Was aber die Auffassung Kelsens von der relativen Geltung

[1]) Die Idee des Naturrechtes, S. 230; vgl. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 12.

[2]) Diese Unbegründbarkeit kann wiederum entweder das Problematische der Geltung dieser Normen bedeuten, was zur Begründung der Rechtswissenschaft offenbar nicht genügt, oder gerade die Absolutheit, die Weiter-nicht-Ableitbarkeit der Geltung, ihr Beruhen auf einer absoluten Evidenz zum Ausdruck bringen.

[3]) Die Auffassung, daß das relative Sollen durch ein anderes Sollen bedingt sei, ist keine Lösung des Problems, sondern bloß eine Hinausschiebung der Lösung. Denn wenn dieses bedingende Sollen selbst ein absolutes Sollen ist, so erhält das von ihm abgeleitete Sollen ebenfalls die Eigenschaft der Absolutheit; ist aber das bedingende Sollen — in unserem Falle die Grundnorm — selbst nur hypothetisch-relativ, so fragt es sich, wodurch es bedingt ist.

[4]) Unserer Ansicht nach kann man sich nicht auf die Autorität Kants berufen, um die Vereinbarkeit des Begriffs des bedingten Sollens mit einer rein normativen Auffassung zu beweisen. Kant betont zwar, daß „es höchst verwerflich (sei), die Gesetze über das, was ich tun soll, von demjenigen herzunehmen oder dadurch einschränken zu wollen, was getan wird" (Kritik der reinen Vernunft, Akad. Ausg., Bd. IV, S. 203), aber abgesehen davon, daß er von „Ideen" als „wirkenden Ursachen" spricht (ebenda, S. 202), hält er das sogenannte „bedingte Sollen" für kein echtes normatives „Gebot oder Gesetz". Vgl. Grundl. zur Metaphysik der Sitten, Akad. Ausg., Bd. IV, S. 416: „...dagegen der kategorische Imperativ durch keine Bedingung eingeschränkt wird und als absolut-, obgleich praktisch-notwendig ganz eigentlich ein Gebot heißen kann." Den hypothetischen Imperativ bestimmt er durch das kausale Moment der Verbindung von Mittel und Zweck: „Jene (die hypothetischen Imperative) stellen die praktische Notwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu etwas anderem, was man will (oder doch möglich ist, daß man es wolle), zu gelangen, vor" (ebenda, S. 414). Ferner: „Nun drückt jedes Sollen eine Notwendigkeit der Handlung aus und ist einer zweifachen Bedeutung fähig. Ich soll nämlich entweder etwas tun (als ein Mittel), wenn ich etwas

des positiven Rechtes anbelangt, so ist es zweifellos, daß er, im Grunde genommen, unter der Relativität der Sollgeltung ihre Bedingtheit durch ein Sein versteht, wie dies z. B. aus folgender Stelle hervorgeht: „Die Normen des positiven Rechtes" — behauptet er — „‚gelten' oder, was dasselbe ist, sie ‚sollen'..., weil sie auf eine bestimmte Weise erzeugt, von einem bestimmten Menschen gesetzt sind[1])." Dieser Sachlage entspricht es, daß Kelsen es gelegentlich der Entfaltung seiner Auffassung von der relativen Geltung des positiven Rechtes für nötig hält, zunächst auf die Relativität des Gegensatzes von Sein und Sollen hinzuweisen: „Als relativ", so führt er aus, „muß zunächst der Gegensatz von Sein und Sollen erkannt werden. Denn das positive Recht erscheint im Verhältnis zum Naturrecht als etwas Künstliches, d. h. als etwas durch einen empirischen, im Reiche des Seins, in der Sphäre des tatsächlichen Geschehens verlaufenden menschlichen Willensakt ‚Gesetztes', als ein Sein also, als Wirklichkeit, dem das Naturrecht als ein Wert gegenübersteht; woraus sich ja die Möglichkeit eines wertvollen oder wertwidrigen positiven Rechtes ergibt. Andererseits ist das positive Recht als Norm von seinem eigenen, immanenten Standpunkt aus ein Sollen, ein Wert also, und tritt als solcher der Wirklichkeit des tatsächlichen Verhaltens der Menschen, dieses als rechtmäßig oder rechtswidrig wertend, gegenüber. Das Problem der Positivität des Rechtes besteht gerade darin, daß dieses zugleich als Sollen und Sein erscheint, obgleich sich diese beiden Kategorien logisch ausschließen[2])."

anderes (als einen Zweck) will, oder ich soll unmittelbar etwas anderes (als einen Zweck) tun und wirklich machen. Das erstere könnte man die Notwendigkeit der Mittel (necessitatem problematicam), das zweite die Notwendigkeit der Zwecke (necessitatem legalem) nennen. Die erstere Art der Notwendigkeit zeigt gar keine Verbindlichkeit an, sondern nur die Vorschrift als die Auflösung in einem Problem, welche Mittel diejenige sind, deren ich mich bedienen müsse, wie ich einen gewissen Zweck erreichen will. ....Da nun der Gebrauch der Mittel keine andere Notwendigkeit hat als diejenige, so dem Zwecke zukommt, so sind so lange alle Handlungen, die die Moral unter der Bedingung gewisser Zwecke vorschreibt, zufällig und können keine Verbindlichkeiten heißen, solange sie nicht einem an sich notwendigen Zwecke untergeordnet werden" (Kant: Untersuchung über die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie und der Moral, Akad. Ausg., Bd. II, S. 298).

[1]) Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 11: „Über den Wert dieser Erzeugungsmethode, dieses als positive Rechtsautorität fungierenden Menschen" — fährt er fort — „ist damit nichts kategorisch ausgesagt, dieser Wert wird hypothetisch vorausgesetzt." Das bedeutet aber nichts anderes, als daß das Vorhandensein gewisser Seinsfakta, gewisser menschlicher Setzungsakte die Bedingung für die Voraussetzung eines Wertes, einer hypothetischen Geltung, ist.

[2]) Ebenda, S. 10. Vgl. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes, S. 97 bis 99, besonders S. 97, Anm. 1: „Nur so scheint mir das Problem lösbar, daß das Sollen des Rechtes und das Sein der historisch-sozialen Wirklichkeit sich zwar logisch ausschließen, dennoch aber in einer nicht zu leugnenden inhaltlichen Beziehung stehen." Die Behauptung,

Der Sachlage, daß die Relativität der positiv-rechtlichen Sollgeltung die Bedingtheit dieses rechtlichen Sollens durch Seinsfakta bedeutet, entspricht es auch, daß die hypothetische Grundnorm nach der Auffassung Kelsens durchaus von „empirisch gegebenen Akten", von der Tatsache der „Macht" abhängig ist. Seiner Ansicht nach kann nämlich „durch die Grundnorm als rechtserzeugende Autorität nur eine solche eingesetzt werden..., deren Normen im großen und ganzen Gehorsam finden", so daß „die Grundnorm in einem gewissen Sinne die Transformation der Macht zu Recht" bedeutet[1]).

daß sich Sein und Sollen logisch ausschließen, geht zu weit. Die Verschiedenheit des Sollens vom Sein bedeutet noch keineswegs einen logischen Gegensatz zwischen beiden, und zwar um so weniger, als beide in einer „nicht zu leugnenden" Beziehung zueinander stehen. Ich halte es für einen Irrtum, wenn gegen meine Auffassung, wonach das Recht aus Wirklichkeitselementen und aus Wertelementen bestehen soll, geltend gemacht wird, daß eine Erscheinung nicht aus einander ausschließenden Elementen (!) bestehen könne, und gefragt wird, „wie ein einziges Subjekt einander gegenseitig ausschließende Prädikate haben" könne (Horváth: Die ungarische Rechtsphilosophie, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil., Bd. 24, 1930, S. 75). Mit demselben Rechte könnte Horváth fragen, wie eine einzige Rose duftig und rot sein könne. Eine Auffassung, die man als „kulturphilosophisch" bezeichnet, kann eine Wesensverschiedenheit, aber keinen logischen Gegensatz zwischen Wert und Wirklichkeit behaupten wollen. Logisch ausschließen können sich übrigens nur Prädikate, die nicht wesensfremd, sondern wesensgleich (kommensurabel) sind.

[1]) Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65. Vgl. ebenda: „Der Inhalt der Grundnorm, d. i. das besondere, historisch gegebene Faktum, das durch die Grundnorm als erster rechterzeugender Tatbestand qualifiziert wird, richtet sich durchaus nach dem Material, das als positives Recht begriffen werden soll, nach der Fülle von empirisch gegebenen Akten, die mit dem subjektiven Anspruche auftreten, Rechtsakte zu sein, und die objektiv als solche nur gelten können, sofern sie auf einen Grundakt bezogen werden, der, d. i. die Funktion der Grundnorm, als erster rechterzeugender Tatbestand vorausgesetzt wird." Dieses Zitat enthält einen Zirkel: Es muß nämlich schon vor der Annahme der Grundnorm objektiv festzustellen sein, welches Material „als positives Recht begriffen werden soll", die Grundnorm richtet sich eben „durchaus nach diesem Material"; dieses Material braucht also nicht erst durch die Grundnorm objektiv als Rechtsmaterial qualifiziert zu werden; wenn aber dieses Material erst durch die Grundnorm objektiv als Rechtsmaterial bestimmt wird, so kann sich nicht die Grundnorm nach diesem vor der Annahme der Grundnorm objektiv nicht bestimmbaren Material richten. Diese Überlegung zeigt wiederum, daß die Annahme der Grundnorm überflüssig ist. Die Grundnorm bedeutet bloß die logisch unmögliche Forderung, ein Faktum als Norm zu begreifen, oder richtiger: die Konstatierung, daß man an der Grenze der normativen Betrachtung angelangt sei, daß die Unterscheidung und Auswahl der positiv-rechtlichen Normen von den anderen möglichen Arten von Normen auf Grund von Seinstatsachen und nicht auf Grund einer rein normativen Betrachtung erfolge. Die Frage der Positivität der Rechtsnormen ist keine normative Frage.

Das Ergebnis unserer letzten Untersuchungen zusammenfassend, können wir feststellen, daß eine rein normative Auffassung die absolute Geltung und demnach auch den absoluten Wert des Rechtes behaupten müßte. Ein absolut wertvolles Recht ist aber Naturrecht. Die Reine Rechtslehre behauptet die bloß hypothetisch-relative Geltung des positiven Rechtes, d. h. die Bedingtheit des rechtlichen Sollens durch ein Sein, gelangt aber dadurch zur Relativierung des Gegensatzes von Sollen und Sein und letzten Endes zur Gleichsetzung der Positivität des Rechtes mit seiner Wirksamkeit[1]). Damit verläßt aber die Reine Rechtslehre schon das Gebiet der rein normativen Betrachtung und tritt in die Sphäre der mit kausal-explikativer Methode zu erfassenden psychologischen und historisch-soziologischen Wirklichkeit.

5. Es kann ähnlicherweise bewiesen werden, daß auf Grund einer rein normativen Auffassung nur eine statische Rechtsbetrachtung möglich ist. Ein Normsystem „an sich" hat bloß eine ideelle, gedankliche Existenz, es ist nichts anderes als ein System von Gedanken, ein Inbegriff von gedanklichen Vorschriften. Zwischen den einzelnen Vorschriften eines Normsystems, die sich nach ihrem Inhalt in ein sinnvolles System zusammenfügen, kann kein anderer Unterschied gemacht werden als der, der aus der Verschiedenheit ihres Inhaltes hervorgeht. Die einzelnen Normen gliedern sich nach ihrem zeitlosen Sinne, nach der Verschiedenheit oder Zusammengehörigkeit ihres Inhaltes in ein bewegungsloses System, aus dem jedes dynamische Moment des Werdens, der Veränderung und der Zeitlichkeit fehlen muß. Normen sind, wie oben gezeigt wurde, ihrem Sinne nach raumlos, zeitlos, unveränderlich und ewig. Die Norminhalte, als logische Sinngehalte, können zwar nach dem logischen Gesichtspunkte des Allgemeinen und des Besonderen in eine logische Stufenreihe geordnet werden, diese logische Abhängigkeit (Funktion) bringt aber keine Bewegung in das System, denn das Besondere fügt sich als Ergänzung unbeweglich in den Rahmen des Allgemeinen ein. Würde die Abhängigkeit des Besonderen vom Allgemeinen schon ein dynamisches Moment bedeuten, so müßte man jedes System als ein dynamisches erkennen und der Begriff des statischen Systems enthielte einen argen Widerspruch.

Wollte man zwischen den einzelnen Normen eines und desselben Normsystems nicht nur nach ihrem Inhalte, sondern auch nach ihrer Geltung einen Unterschied machen und die Normen nach dem verschiedenen Grade ihrer Geltung in eine Stufenreihe ordnen, so müßte man einen Maßstab haben, mit dessen Hilfe man die Gradunterschiede der Geltung bestimmen könnte. Wird nun die verschiedene Wirksamkeit der einzelnen Normen als ein solcher Maßstab angewendet, so verläßt man damit schon das Gebiet der rein normativen Betrachtung; da man aber die positiv-rechtliche Geltung mit der Wirksamkeit des

[1]) Vgl. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 67/68; ferner unten S. 87ff.

Rechtes in Verbindung zu bringen pflegt[1]), so ist meistens doch dieses metanormative Moment der Wirksamkeit, nach welchem der Geltungsgrad der einzelnen Rechtsnormen gemessen wird. Will man dagegen in der Sphäre der normativen Wertbetrachtung verbleiben und verwendet man zur Bestimmung der Gradunterschiede der Rechtsgeltung einen außerrechtlichen Wert, so verläßt man das Feld der juristischen Betrachtung und gelangt zu einer wertenden (ethisch-politischen) Beurteilung des Rechtes, ja zur Ableitung der rechtlichen Geltung aus der ethischen Geltung, also zum Naturrechte[2]). Wenn man nun weder das Gebiet der normativen noch das der juristischen Betrachtung verlassen will, so kann man nichts anderes tun, als auf Grund des Inhaltes irgendeiner rechtlichen Norm den Geltungsgrad der einzelnen rechtlichen Normen bestimmen. Die Behauptung, daß jedes Rechtssystem notwendig Normen solchen Inhaltes enthalten müsse, auf Grund deren der Geltungsgrad der anderen Rechtsnormen sich bestimmen lasse, bedeutet natürlich die Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes und ist also Naturrecht[3]). Da aber die meisten Rechtssysteme tatsächlich Normen solchen Inhaltes enthalten (Normen nämlich, die eine sekundäre Rechtsquelle einsetzen und demnach die Unterscheidung von delegierenden und delegierten Normen ermöglichen), so scheint die Bestrebung, von einem immanenten Standpunkte aus Gradunterschiede der rechtlichen Geltung festzustellen, nicht ganz aussichtslos zu sein. Nun fragt sich aber, was uns dazu berechtigt, aus dem Normsystem eine Norm von bestimmtem Inhalte herauszugreifen und ihren Inhalt bestimmend für den Geltungsgrad der anderen Normen anzusehen? Bedeutet dies nicht schon die Zuerkennung des höchsten Geltungsgrades an diese zur obersten Rechtsstufe erhobenen Norm? Und kann man aus dem Inhalt irgendeiner Norm auf den Geltungsgrad ebendieser Norm einen Schluß ziehen, kann überhaupt die Geltung einer Norm von ihrem Inhalt abhängen? Kann eine Norm sich anmaßen, den Geltungsgrad der übrigen Normen zu bestimmen, kann sie auf diese Weise sich selbst zur höchsten Norm erheben? Gewiß nicht[4]). Außerdem muß

[1]) Wie oben bereits erwähnt, sieht Kelsen selbst eine notwendige Verbindung zwischen der Positivität des Rechtes und seiner Wirksamkeit. Vgl. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65, 67/68.

[2]) Es sei erlaubt, kurz zu bemerken, daß unserer Ansicht nach die reine Wertbetrachtung ebenfalls nur statisch (einstufig) sein kann: Der Wert „an sich" gilt und diese „Geltung" läßt keine Abstufungen zu, die Wertunterschiede ergeben sich erst bei der Verwirklichung des Wertes in der empirischen Wirklichkeit.

[3]) Vgl. oben S. 66ff. Es ließe sich wohl eine kleine (primitive) Rechtsgemeinschaft denken, in der es bloß eine einzige Rechtsautorität (Rechtsquelle) und demnach nur eine einzige Art der Rechtsnormen gäbe.

[4]) Als Befreiung aus der Sackgasse, in die die Theorie geraten ist, kann natürlich auch in diesem Falle die „Annahme einer hypothetischen Grundnorm" erscheinen, durch die der „obersten" Rechtsnorm der höchste Geltungsgrad verliehen werden sollte. Unserer Ansicht nach bedeutet aber die Grundnorm bloß die Grenze der juristischen Einsicht und ihre „Annahme", die

man noch bedenken, daß in einem „Delegationszusammenhang" die delegierte Norm von der delegierenden Norm nicht nur den Grad ihrer Geltung erhält, sondern die Geltung überhaupt. Durch die Delegation wird ein Nichtrecht in Recht verwandelt, erst durch die Delegation wird ein gewisser Sinngehalt in das Normsystem des Rechtes aufgenommen. Diese Frage der Aufnahme in das Normsystem, die Frage des Werdens des Rechtes, interessiert uns aber nicht mehr, sobald ein gewisser Inhalt die rechtliche Geltung erhalten hatte und zum Gliede des Normsystems erhoben wurde: Der metarechtliche Ursprung der Rechtsnorm fällt außerhalb des Rahmens einer rein normativen Betrachtung. Jede Norm eines und desselben Normsystems muß gleicherweise als gültig begriffen werden; in der normativen Geltung kann es auf Grund eines Delegationszusammenhanges also keine Gradunterschiede geben. Und da es, wie oben gezeigt wurde, nicht angeht, eine bestimmte Norm auf Grund ihres Inhaltes als oberste Norm herauszuheben und nach ihrem Inhalte die Gradunterschiede der übrigen Normen zu bestimmen, so kann ganz allgemein die Möglichkeit der sich ergebenden Gradunterschiede in der Geltung der zu einem Normsystem gehörigen einzelnen Normen bestritten werden. Zwischen den Gliedern eines Systems muß Harmonie herrschen, zu einer Kollision zwischen ihnen und demnach zur Feststellung des höheren Geltungsgrades kann es gar nicht kommen.

Daß eine normative Betrachtung nur statisch sein kann, ersieht man am deutlichsten daraus, daß selbst das veränderungsfähige positive Recht, wenn es normativ betrachtet wird, als ein fertiges System von Rechtssätzen erscheint. Die dogmatische Rechtswissenschaft abstrahiert gänzlich von dem kausalen Moment der zeitlichen Veränderung: Sie betrachtet das positive Recht gleichsam als in einem gegebenen historischen Augenblick erstarrt, sub specie puncti temporis, also statisch.

Demgegenüber fordert die Reine Rechtslehre eine dynamische Betrachtung des Rechtes. Und es ist merkwürdig, daß gerade Adolf Merkl, der die rein normative Auffassung viel einseitiger als Kelsen vertritt, zuerst energisch diese Forderung der Rechtsdynamik gestellt hat, die der normativen Betrachtung geradezu widerspricht[1]). Von

übrigens ganz überflüssig ist, ist nur insoweit unschädlich, als man theoretisch nicht bewiesene und auch nicht begründbare Behauptungen aus ihr nicht herauseskamotieren will. Auf Grund einer nach Bedarf und nach Belieben, also willkürlich, angenommenen Grundnorm, könnte man ganz beliebigen Befehlen die „objektive Sollgeltung" des Rechtes zuerkennen. Wenn sich aber die Annahme der Grundnorm nach der Tatsache der Macht richten muß, so bedeutet dies, daß die oberste Rechtsstufe und durch sie alle Gradunterschiede der rechtlichen Geltung durch die Macht bestimmt werden, was mit der Verwendung des metanormativen Momentes der Wirksamkeit zur Bestimmung des Geltungsgrades der Normen gleichkommt.

[1]) Fritz Sander erkennt ganz richtig, daß die normative Rechtsbetrachtung statisch sein muß (vgl. Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechts-

ihm hat aber auch Kelsen die dynamische Rechtsbetrachtung und die damit zusammenhängende Lehre vom Stufenbau des Rechtes übernommen und dadurch eine „bedeutsame Änderung" des Systems der Reinen Rechtslehre „gegenüber seiner ersten Konzeption" durchgeführt[1]). Unserer Ansicht nach war diese Änderung noch bedeutender, als Kelsen selbst annimmt, denn die Lehre vom Stufenbau bedeutet das Aufgeben der rein normativen Betrachtung, die Inbetrachtnahme der Rechtserzeugungsprozesse und der Rechtsanwendungsprozesse (der Rechtsverwirklichung) bei der Systematisierung der Rechtsnormen. Die Rechtserzeugung erfolgt durch menschliche Tat, durch psycho-physische menschliche Akte; die Rechtsanwendung ist andererseits gleichbedeutend mit dem soziologischen Faktum der Wirksamkeit des Rechtes. Nach der Lehre vom Stufenbau des Rechtes bestimmen also soziologische Momente die Gliederung des rechtlichen Normsystems[2]). Die Stufentheorie bedeutet eigentlich die Verwebung der normativen mit der soziologischen Betrachtung: Auf allen Stufen erscheint die Norm in engster Verbindung mit rechtserzeugenden oder rechtsanwendenden menschlichen Handlungen[3]).

---

erfahrung?, 1921, S. 66: „... die normative und die dadurch bedingte statische Rechtsbetrachtung..."; ferner S. 14, 25, 55). Um die Lehre vom Stufenbau des Rechtes und die dynamische Rechtsbetrachtung annehmen zu können, läßt Sander daher die normative Auffassung des Rechtes gänzlich fallen, erblickt im Recht kein Sollen, sondern ein Sein, keine Norm, sondern eine Wirklichkeit.

[1]) Vorrede zur 2. Auflage der Hauptprobleme, S. XIIff.; die in Betracht kommenden Arbeiten Merkls sind auf S. XV dieser Vorrede angeführt.

[2]) Nach Merkl hat die unterste Stufe im Stufenbau des Rechtes schon keine „Rechtsnormqualität"; sie wird von den „üblicherweise sogenannten rein tatsächlichen Akten (z. B. Vollstreckungshandlung des Exekutivorgans, aber auch Erfüllungshandlung des durch Privatrechtsgeschäft Verpflichteten)" gebildet, die „Rechtserscheinungen" sind, ohne Rechtsnormen zu sein (Die Lehre von der Rechtskraft, S. 218/19). Gehört also etwas in den Stufenbau des Rechtes, in die Rechtswelt, was nicht Norm, sondern bloß eine normanwendende menschliche Handlung, also ein Faktum, ist?

[3]) Vgl. Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, S. 217/18: „(es wird) ...die durchgängige Parallelität der sogenannten Rechtserzeugung und Rechtsanwendung oder -vollziehung im ganzen stufenförmigen Ablauf der Rechtserscheinungen einleuchtend... Nur das Anfangs- und Endglied dieses doppeldeutigen Prozesses stellt sich naturgemäß als bloße Rechtserzeugung bzw. als bloße Rechtsanwendung dar." — Es ist einleuchtend, daß der Stufenbau des Rechtes nach dieser Auffassung aus ganz heterogenen Elementen aufgebaut ist: 1. Die unterste Stufe „ermangelt der Rechtsnormqualität" (a. a. O., S. 219), ist also bloß ein rechtlich relevantes Faktum; 2. die oberste Stufe ist dagegen bloß eine Hypothese, die hypothetische Ursprungsnorm, selbst nicht positives Recht, sondern die logische Geltungsvoraussetzung des positiven Rechtes (zuweilen bedeutet diese hypothetische Grundnorm nur die Legitimierung der „revolutionär inthronisierten" Macht, vgl. a. a. O., S. 209, Anm. 1); 3. die Zwischenstufen endlich ermangeln der Normqualität nicht und haben auch nicht nur eine

Was den Zusammenhang der Stufentheorie mit der Frage der Rechtserzeugung anbetrifft, können wir auf das oben (unter P. 3) Gesagte verweisen, die Frage der Rechtsanwendung wird uns unten (unter P. 6) beschäftigen; oben haben wir versucht zu zeigen, daß die Frage der Rechtserzeugung notwendig aus dem Rahmen der rein normativen Betrachtung herausfallen muß; unten werden wir näher auszuführen haben, daß man von der Rechtsanwendung dasselbe behaupten kann. Neben dem hier ins Auge gefaßten soziologischen Problem der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung gibt es natürlich auch ein juristisches und in diesem Sinne rein normatives Problem der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, falls das positive Recht selbst diese soziologischen Vorgänge einer normativen Regelung unterzieht. Die Frage der Rechtserzeugung und auch die der Rechtsanwendung gehören zweifellos in die Reihe jener Doppelprobleme, die eine rechtsphilosophische (soziologische) und eine positivrechtliche Fragestellung enthalten und demnach eine zweifache Lösung erheischen. Der Rechtswesensbegriff der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung ist aber von dem Rechtsinhaltsbegriff derselben scharf zu trennen. Der größte Mangel der Stufentheorie ist der, daß sie diese beiden verschiedenartigen Bedeutungen der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung nicht deutlich auseinanderhält.

Der normative Charakter der Stufentheorie wäre nur dadurch zu retten, daß man bloß den Rechtsinhaltsbegriff der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung in Betracht zöge und unter Rechtserzeugung und Rechtsanwendung bloß die diese Vorgänge regelnden positiv-rechtlichen Normen verstünde[1]). Diese Auffassung würde auch der bereits

hypothetische, sondern eine positiv-rechtliche Geltung und dabei enthalten sie auch das dynamische Moment sowohl der Rechtserzeugung als auch der Rechtsanwendung.

[1]) Diese Betrachtung könnte noch durch die Heranziehung der hypothetischen Grundnorm ergänzt werden; doch halten wir die Annahme der Grundnorm für überflüssig, und außerdem droht die Grundnorm selbst, da sie eine „Transformation der Macht in Recht" bewerkstelligen soll, die normative Auffassung zu sprengen. Die Lösung des Problems der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung ausschließlich auf Grund des positiven Rechtsinhaltes gehört natürlich schon in die besondere Rechtslehre; die allgemeine Rechtslehre muß sich mit der Feststellung begnügen, daß es, obgleich nicht notwendig, so doch immerhin möglich ist, daß das Recht selbst diese Fragen durch seine Vorschriften normiert; das weitere hängt von dem Inhalte dieser Vorschriften ab. Die einzelnen Stufen im Stufenbau des Rechtes (Verfassung, Gesetz, Verordnung, richterliches Urteil, Verwaltungsakt, privatrechtliches Rechtsgeschäft usw.) sind offensichtlich bloß solche besondere positiv-rechtliche Unterschiede, die gänzlich fehlen können. Merkl behauptet ja selbst: „Dieses vom Rechtsbegriff her vorgezeichnete Schema... setzt sich aus einer Ursprungsnorm und aus einer Vielzahl von dieser Ursprungsnorm abgeleiteter Normen, die untereinander alle einförmig sein können, zusammen" (a. a. O., S. 209). Dies bedeutet aber nichts anderes, als daß, von der Hypothese der Ursprungs-

beobachteten Tendenz der Reinen Rechtslehre, soziologische oder psychophysische Fakta als Norminhalte umzudeuten, entsprechen[1]). Mit dieser Auffassung brauchen wir uns aber hier nicht ausführlicher zu beschäftigen, da wir oben schon festgestellt haben, daß aus dem Inhalt einer Norm die Geltung ebendieser Norm nicht abgeleitet werden kann und die Geltung anderer Normen nur dann, wenn ihr im voraus schon

norm abgesehen, der ganze Stufenbau des Rechtes aus einer einzigen Stufe bestehen kann. (Denn die abgeleiteten Normen können „untereinander alle gleichförmig sein".) Dadurch verschwindet aber der Gegensatz zwischen der Lehre vom einstufigen Rechte und der Lehre vom Stufenbau fast gänzlich, denn wenn die Annahme der Grundnorm zur Begründung der positiv-rechtlichen Geltung überhaupt notwendig ist, so kann bei der Auffassung vom einstufigen Rechte diese Hypothese ebenfalls nicht entbehrt werden. Die Lehre vom mehrstufigen Rechte würde demnach bloß auf die Betrachtung der Besonderheiten des Rechtsinhaltes „bei fortgeschrittener Rechtskultur" (a. a. O., S. 211) aufgebaut sein. Kelsen hält es als „einen theoretischen Grenzfall" möglich, daß „die einzige generelle Norm die hypothetisch vorausgesetzte Grundnorm" sei; der Stufenbau des Rechtes bestünde in diesem Fall aus der Grundnorm, als der höheren Stufe, und aus „individuellen Rechtsakten", als der niederen Stufe (Allgemeine Staatslehre, S. 232/33). Der ganze Stufenbau bestünde demnach aus den „beiden Grenzfällen der reinen Norm... und des reinen Tatbestandes" (S. 250): die höhere Stufe wäre keine positiv-rechtliche Norm, sondern die bloß vorausgesetzte Grundnorm, die niedere Stufe wäre überhaupt keine Norm („nach unten nicht mehr Norm", ebenda, S. 250).

[1]) Es ist zu bemerken, daß Kelsen selbst die Abhängigkeit des rechtlichen Stufenbaues von psycho-physischen Akten klar erkannt hat: „Die Abfolge der Rechtserzeugungsstufen von der Grundnorm über die Verfassung im positiv-rechtlichen Sinne, die Gesetze, Verordnungen und individuellen Rechtsakte" — so führt er aus — „charakterisiert sich durch einen eigentümlichen Parallelismus von Seinstatbestand und Norm. Die Norm jeder höheren Stufe umschreibt als Bestandteil ihres Inhalts einen Tatbestand, der als Rechtserzeugung der niederen Stufe zu gelten hat. Damit der Rechtsprozeß fortschreite, muß der von der Norm höherer Stufe bestimmte Tatbestand tatsächlich gesetzt werden. Es muß ein Parlamentsbeschluß faktisch gefaßt, eine Willensäußerung des Monarchen, ein Urteilsspruch des Richters usw. effektiv erfolgen, kurz ein physisch-psychischer Akt gesetzt werden, der die Norm niederer Stufe trägt.... Unter Beachtung des wichtigen Unterschieds zwischen normsetzendem Akt und von diesem Akt gesetzter Norm kann man sagen: Was gegenüber der höheren Stufe Tatbestand ist, erscheint gegenüber der niederen als Norm... Es stellt sich solcher dynamischen Betrachtung gegenüber die Positivität des Rechtes als eine stufenweise Konkretisierung dar... Nur daß damit freilich die im Begriffe der Positivität gelegene Beziehung der Norm auf das Faktum, des Sollens auf das Sein, keineswegs beseitigt ist. Es wäre Selbsttäuschung zu glauben, daß damit die Positivität als ein dem Rechtssystem restlos immanentes Problem aufgelöst sei. Vielmehr wiederholt sich das Problem der Beziehung zwischen dem System des Rechtes als Norm und dem System der der Norm entsprechenden Wirklichkeit der Natur auf jeder Stufe der Rechtsordnung immer wieder von neuem" (Allgemeine Staatslehre, S. 249/50; die Sperrungen sind teilweise von mir).

eine höhere Geltung als den anderen Normen zuerkannt wird oder ihr die Eigenschaft, Nicht-Norm in Norm zu verwandeln, beigelegt wird, was eine petitio principii bedeutet. Nach all dem, was wir oben über den „Delegationszusammenhang" gesagt haben, müssen wir also die Möglichkeit einer nach „immanenten Gesichtspunkten" sich ergebenden Gliederung des Rechtssystems in dem Sinne bestreiten, wonach aus dem Rechtsinhalte nicht nur Unterschiede des Rechtsinhaltes, sondern auch Geltungsunterschiede abgeleitet werden sollen.

Es ist der Reinen Rechtslehre zweifellos die Tendenz innewohnend, das soziologische Gerüst der rechtserzeugenden menschlichen Akte, mit dessen Hilfe in stufenweisem Vorwärtsschreiten der Bau des Rechtes ausgeführt wurde, in den Hintergrund treten zu lassen und bloß das fertige Rechtssystem zu beobachten. Betrachtet man aber das Normsystem vom Faktum seiner Erzeugung getrennt, als fertiges Ergebnis der Rechtserzeugung, so kann man den schon ausgeführten Bau nicht nach den Stufen des Gerüstes gliedern. Wenn die genetische Frage der Entstehung eines Rechtssatzes von der systematischen und normativen Frage nach seinem Sinngehalte verschieden ist, so darf die Systematisierung der rechtlichen Sinngehalte nicht nach genetischen Gesichtspunkten erfolgen. Das fertige Normsystem ist ein einheitlicher Sinnzusammenhang, der sich nach der Zusammengehörigkeit oder Verschiedenheit des rechtlichen Inhaltes gliedert; finden sich zwischen den rechtlichen Inhalten solche, die den Vorgang der Rechtserzeugung selbst regeln, so gehören diese Inhalte als „sachliche Belange"[1]) zusammen, ganz ohne Rücksicht darauf, welcher Rechtsquelle sie entstammen. Es ist z. B. überhaupt nicht einzusehen, warum der Prozeß der Gesetzgebung nur durch die Verfassung geregelt werden könne: Außer der Verfassung kann er durch die parlamentarische Hausordnung, durch Verordnungen der Regierung usw. geregelt werden; ja, wenn man die Bestellung (man ist versucht zu sagen die „Einsetzung") des gesetzgebenden Organs (parlamentarische Wahlen usw.) selbst als zum Vorgange der Erzeugung des Gesetzes gehörig betrachtet, dann würde man sicherlich nicht fehlgehen, wenn man behaupten wollte, daß dieser Vorgang durch alle möglichen Rechtsquellen (Rechtsstufen) geregelt werden könnte. Die Rangordnung einer rechtlichen Norm im Stufenbau des Rechtes kann also nicht davon abhängen, welchen Rang diejenige Norm hatte, durch die ihre Erzeugung normiert worden ist.

Will man nun nicht die schon fertigen Normen, sondern gerade das Werden der Normen betrachten, so stellt man sich nicht mehr die systematische und normative Frage nach dem Sinne der Norm, sondern die genetische nach ihrem Entstehen. Man bleibt damit zwar in der dynamischen Betrachtung, aber schon nicht mehr in der normativ-juristischen. Fragt man dagegen nach dem Sinne der schon fertigen Norm und gliedert man diese Normen nach ihrem logischen Sinngehalte

[1]) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 166: „...sachliche Belange, d. h. Normen, die bestimmte Gegenstände regeln...".

in ein System, so verläßt man den Boden der dynamischen Rechtsbetrachtung und gelangt in die notwendig statische normativ-juristische Betrachtung.

Es soll nicht geleugnet werden, daß die Stufentheorie auch in diesem statischen Sinne verstanden und verfochten werden kann. In diesem Sinne würde der Stufenbau des Rechtes nicht die Gliederung der Rechtsnormen nach dem faktischen Momente ihrer Erzeugung, sondern nach der Allgemeinheit oder Besonderheit ihres logischen Gehaltes bedeuten. In der Reinen Rechtslehre findet man gewissermaßen tatsächlich die Bestrebung, den genetischen Vorgang der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung zu logifizieren, den Unterschied des erzeugenden und erzeugten, des delegierenden und delegierten, des bedingenden und bedingten Rechtes in den logischen Unterschied der generellen (abstrakten) und der individuellen (konkreten) Norm umzudeuten[1]). „Der ganze Rechtserzeugungsprozeß", sagt Kelsen, „erscheint als eine Abfolge stufenweise zunehmender Individualisierung und Konkretisierung des Rechtes"[2]). Die Unterordnung der niederen unter die höhere Stufe im Stufenbau des Rechtes bedeutet nach ihm nichts anderes, als daß „die Norm der höheren, d. i. die generelle, abstrakte Norm, die Norm der niederen Stufe, die individuellere, konkretere Norm, mehr oder weniger inhaltlich bestimmt"[3]).

[1]) Vgl. Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 231 ff., 248 ff. Kelsen spricht von der „logischen Unterordnung, die zwischen Gesetzgebung als der generellen und Verwaltung als einer wie die Rechtsprechung individuellen Funktion" besteht (S. 231); er vergißt aber nicht darauf, wie oben bereits hervorgehoben wurde (vgl. seine oben S. 83, Anm. 1, angeführte Stelle), auf den „eigentümlichen Parallelismus von Seinstatbestand und Norm", der die Abfolge der Rechtserzeugungsstufen charakterisiert, hinzuweisen (a. a. O., S. 249). — Es kann noch bemerkt werden, daß bei Kelsen der Stufenbau des Rechtes nicht nur als das Produkt der rechtserzeugenden menschlichen Akte, sondern auch als das Ergebnis der logisch ordnenden Tätigkeit der Rechtswissenschaft erscheint (vgl. z. B. Rechtswissenschaft und Recht, S. 161/62: „... die Sache einer Erkenntnis ist es allein auch, ... diese Urteile stufenweise zu ordnen...". Ferner ebenda, S. 215). — Bei Merkl finden wir den Versuch, neben dem kausalen einen rein normativen Begriff der „Veränderung" aufzustellen; er meint, daß dem Zeitbegriff gegenüber den kausalen und normativen Erkenntnisbereichen „neutraler Charakter eigen ist" (Die Lehre von der Rechtskraft, Anm. 1 auf S. 178/79). — Das völlige Identifizieren des kausalen Vorganges der Rechtserzeugung mit der logischen Konkretisierung des Rechtsinhaltes würde die Übertragung des Hegelschen Panlogismus in die Rechtstheorie bedeuten; die „spezifische Selbstbewegung des Rechtes" (Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 248) und die „Selbstbewegung des Begriffes" wären dasselbe. Vgl. S. 63, Anm. 4.

[2]) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 234.

[3]) Allgemeine Staatslehre, S. 234. — Bei der Begriffsbestimmung des Gesetzes hält es Kelsen für genügend festzustellen, daß das Gesetz die generelle (abstrakte) Norm sei (ebenda, S. 231). Allerdings unterscheidet er daneben auch das Gesetz in formellem Sinne (S. 235).

Es ist ganz zweifellos, daß die Anwendung einer bestimmten Norm ihre Konkretisierung bedeutet. Der Akt der Rechtsanwendung muß der angewendeten Norm entsprechen, also alle in dieser Norm angegebenen generellen Merkmale aufweisen und außerdem noch die besonderen Merkmale des konkreten Falles. Was aber für die einzelne Norm zutrifft, trifft für die einzelnen Rechtsstufen im allgemeinen nicht zu. Eine und dieselbe Rechtsstufe, z. B. die der Gesetzgebung, kann Normen von sehr verschiedener Allgemeinheit enthalten; und eine niedere Rechtsstufe, z. B. die der Verordnung, kann Normen generelleren Inhaltes enthalten als gewisse Normen der höheren Stufe[1]). Manche Normen der niederen Rechtsstufe können demnach einen allgemeineren, abstrakteren Inhalt haben als manche Normen der höheren Stufe. Es ist außerdem zweifellos, daß es unzählige Abstufungen des Allgemeinen und des Besonderen gibt, Rechtsstufen dagegen nur von einer begrenzten Zahl, außer dem theoretisch notwendigen Minimum von zweien nämlich nur noch so viele, als das positive Recht tatsächlich eingeführt hat. Und da der Stufenbau des Rechtes diesen positiv-rechtlich ausgebildeten Reichtum an verschiedenen Rechtsformen bedeutet, kann man mit gutem Rechte feststellen, daß seine Stufen nicht nach der Allgemeinheit oder der Besonderheit des Rechtsinhaltes sich differenzieren. Eine höhere Norm ist nicht immer die generellere und abstraktere.

Bedeutet der Unterschied zwischen der höheren und niederen Rechtsstufe nicht den logischen Unterschied des Allgemeinen und des Besonderen auf Grund des Rechtsinhaltes, so fragt es sich, was man denn darunter zu verstehen hat. Es könnte den Anschein haben, die Unterscheidung zwischen höherer und niederer Norm bedeute den Wertunterschied in der Geltung der einzelnen Rechtsnormen. Da aber einer jeden rechtlichen Norm dieselbe positiv-rechtliche Geltung zukommt, ist zur Statuierung von Wertunterschieden zwischen der Geltung einzelner Rechtsnormen kein Grund vorhanden. Die Unterscheidung von wertvolleren und weniger wertvollen Rechtsnormen würde einen außerrechtlichen Maßstab der Beurteilung voraussetzen und zur ethisch-politischen Frage des richtigen Rechtes führen.

Unserer Ansicht nach äußert sich der Unterschied zwischen höheren und niederen Rechtsnormen bloß darin, daß die niedere durch die höhere Norm außer Kraft gesetzt werden kann, die höhere Norm aber durch

[1]) Nehmen wir z. B. den Fall an, daß ein Strafgesetzbuch nur den besonderen Teil des Strafrechtes enthält, zur Erzeugung der allgemeinen strafrechtlichen Normen aber die Regierung delegiert; in diesem Falle ist es ganz evident, daß manche Normen des Verordnungsrechtes, also der niederen Stufe, allgemeiner sein werden als manche Normen des Gesetzesrechtes, also der höheren Stufe. — Ein Gesetz kann eventuell einen ganz konkreten Inhalt haben, eine Verordnung dagegen einen ganz abstrakten. Die Unterscheidung von Gesetz im materiellen und im formellen Sinne zeigt die Not der Theorie gegenüber der Tatsache, daß das zur Gesetzgebung qualifizierte Organ nicht nur generelle Normen, sondern auch individuelle Akte setzen kann (vgl. Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 235f.).

eine ihr widersprechende Norm einer niedrigeren Rechtsquelle nicht; ja, diese Norm der niedrigeren Instanz kann im Falle der Kollision mit der Norm der höheren Rechtsquelle gar keinen Eingang in das Rechtssystem finden. Bei der normativen Betrachtung des Rechtssystems hat also die Unterscheidung von höheren und niederen Rechtsstufen keine Bedeutung. Diese Unterscheidung weist bloß auf das Zustandekommen, auf die soziologische Erzeugung der Rechtsnormen zurück und enthält die Feststellung, daß die schwächeren rechtserzeugenden Faktoren mit der stärkeren rechtserzeugenden Macht nicht in Kollision kommen können. Die Hierarchie der Rechtsquellen enthält eine ähnliche Wahrheit wie die Regel der „lex posterior derogat priori“[1]). So wie diese das zeitliche Moment des tatsächlichen Geschehens hervorhebt, lenkt die Lehre von der Hierarchie der Rechtsquellen (die Stufentheorie) die Aufmerksamkeit auf die im Laufe des tatsächlichen Geschehens ausgebildeten faktischen Machtverhältnisse. Beide beziehen sich auf den faktischen Vorgang der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung und mithin auf die — mit der Positivität des Rechtes engstens verbundene — Wirksamkeit des Rechtes. Die Stufentheorie sowie die „lex posterior“ erfassen also das dynamische Moment des Werdens des Rechtes, diese genetische Betrachtung hat aber mit der normativen Betrachtung gar nichts zu tun.

6. Was die Frage der Wirksamkeit des Rechtes anbetrifft, so ist gerade von der Reinen Rechtslehre mit genügender Klarheit hervorgehoben worden, daß für eine rein normative Betrachtung die tatsächliche Anwendung des Rechtes, seine faktische Befolgung, seine Wirksamkeit, belanglos sein muß. Die rein normative Betrachtung führt also wiederum zum Standpunkte des Naturrechtes, „das, weil es in keiner Weise als Menschenwerk gelten will, seine Existenz unabhängig davon behaupten kann, ob Menschen es in ihr Wissen und Wollen aufnehmen oder nicht“, und zum Standpunkte der Naturrechtstheorie, „die demgemäß das Problem der Anwendung, d. i. der Realisierung, des Naturrechtes überhaupt ignoriert“[2]).

Aber die Reine Rechtslehre stellt sich auch in diesem Falle nicht auf den rein normativen Standpunkt. Mit einer lobenswerten Offenheit stellt Kelsen fest, daß nur solche Normen als positiv-rechtliche Normen angesehen werden können, die bis zu einem gewissen Grade tatsächlich wirksam sind[3]). Um den Standpunkt des Rechtsposi-

[1]) Ich habe in meiner Schrift: Macht, Recht, Moral, S. 30, Anm., 1922, an Sander die Frage gestellt, „wie er, ohne einen außerhalb der Rechtssätze stehenden Maßstab zu haben, zwischen Rechtssätzen höherer Stufe und niederer Stufe unterscheidet“. Es ist natürlich ein arges Mißverständnis, wenn mir Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, S. 224, Anm., im Hinblick auf diese Frage zumutet, ich stelle mir „unter der rechtlichen Stufenfolge eine Art moralischer Rangordnung der Rechtssätze vor“.

[2]) Kelsen: Die Idee des Naturrechtes, S. 249.

[3]) Allgemeine Staatslehre, S. 18: „Unbeschadet der grundsätzlichen und uneingeschränkten Disparität der beiden Systeme (nämlich des Systems

tivismus zu retten, muß er also das Programm der rein normativen Betrachtung aufgeben: Das Problem der Positivität erscheint ihm gerade als das Problem der Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der Wirklichkeit[1]).

Nun ist aber die Feststellung dieser Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der Wirklichkeit bereits in der Lehre von der Grundnorm und vom Stufenbau des Rechtes enthalten. Der Inhalt der Grundnorm bezieht sich auf diesen Zusammenhang der Sollordnung und der Seinsordnung: „Durch die Grundnorm (kann) als rechterzeugende Autorität nur eine solche eingesetzt werden.., deren Normen im großen und ganzen Gehorsam finden[2])." Und die eine dynamische Rechtsbetrachtung zum Ausdruck bringende Stufentheorie enthält den Gedanken, daß „der von der Norm höherer Stufe bestimmte Tatbestand tatsächlich gesetzt werden muß", „damit der Rechtsprozeß fortschreite"[3]); der rechtliche Stufenbau besteht, von den Besonderheiten des Rechtsinhaltes abgesehen, theoretisch aus zwei Stufen: aus der Stufe der „reinen Norm" und des „reinen Tatbestandes"[4]), diese beiden „theoretischen Grenzfälle" besagen aber nichts anderes, als daß die Rechtsnorm befolgt werden müsse[5]).

---

Recht als eines Systems gültiger Normen und des Systems der Natur) wird man ohne weiteres die Tatsache zugestehen müssen, daß der Inhalt der Normen und speziell der Rechtsnormen, die man als gültig voraussetzt, dem Inhalt des tatsächlichen Verhaltens bis zu einem gewissen Grade entspricht, daß tatsächlich nur Rechtsnormen als gültig vorausgesetzt werden, deren Vorstellungen wirksam sind." Vgl. S. 30 und 249/50 (zitiert oben in Anm. 1 auf S. 83); ferner: Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65: „...jede Rechtsordnung (muß), um positiv zu sein, mit dem tatsächlichen Verhalten der Menschen, auf das sie sich bezieht, bis zu einem gewissen Grade übereinstimmen...".

[1]) Allgemeine Staatslehre, S. 18/19: „Diese durch ein Maximum und ein Minimum bestimmte Beziehung zwischen dem Inhalt des als Sollordnung geltenden Rechtes oder Staates und dem Inhalt der korrespondierenden Seinsordnung tatsächlichen Geschehens (als eines Stückes der Natur) ist es, die sich im Begriff der Positivität ausdrückt. Das Problem der Positivität erscheint demnach als das ... Problem der inhaltlichen Beziehungen zwischen einem System des Wertes und dem ihm korrespondierenden System der Wirklichkeit, d. h. als das Problem der sogenannten Wertverwirklichung. Die außerordentliche Schwierigkeit, die es birgt, besteht in der, wie es scheint, unvermeidlichen Antinomie eines notwendigerweise vorauszusetzenden Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, und der nicht abzuweisenden Anerkennung einer inhaltlichen Beziehung zwischen den beiden als beziehungslos vorausgesetzten Systemen." Vgl. S. 250: „...die im Begriffe der Positivität gelegene Beziehung der Norm auf das Faktum, des Sollens auf das Sein...".

[2]) Kelsen: Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65.

[3]) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 249.

[4]) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 232/33.

[5]) Die Lehren von der Grundnorm und vom Stufenbau des Rechtes können deshalb unserer Ansicht nach als Versuche aufgefaßt werden, das

Nach dem oben (P. 4) Gesagten ist es unnötig, weitläufiger zu begründen, daß wir auch in der Behauptung Kelsens, die Rechtswissenschaft sei durch das ihr gegebene oder aufgegebene Material (durch die empirischen Fakta der Gesetzesbeschlüsse, der richterlichen Willensakte usw.) bestimmt, schon die Feststellung der notwendigen Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der empirischen Wirklichkeit erblicken. Aus dem Bereiche der Normen sind diejenigen der Rechtswissenschaft „gegeben" oder „aufgegeben", die sich durch ihre eigenartige Beziehung zur Wirklichkeit als positiv-rechtliche Normen qualifizieren. An der Schwelle der normativen Rechtswissenschaft steht ebenso das soziologische Faktum, wie die kausale Geschichtswissenschaft mit einer wertenden Selektion beginnt. Die Jurisprudenz als Rechtsinhaltswissenschaft ist unserer Ansicht nach eine rein normative Wissenschaft, den Ausgangspunkt dieser normativen Wissenschaft bildet aber dennoch ein kausales Faktum, denn sie hat nur den Inhalt derjenigen Normen zu entwickeln, die sich zu einer bestimmten Zeit und in einem bestimmten Raume durch ihre Wirksamkeit als lebendes, positives Recht erweisen. Und andererseits ist die Geschichtswissenschaft zweifellos eine kausale Wissenschaft, die sich mit der Schilderung der historischen Vorgänge,

---

von der Positivität des Rechtes untrennbare Moment der Faktizität in die normative Ebene zu überführen. — Als ein Versuch, das faktische — soziologische — Problem der Rechtsanwendung als ein normatives Problem zu fassen, kann auch die geistreiche Lehre Merkls vom Fehlerkalkül aufgefaßt werden (vgl. Die Lehre von der Rechtskraft, S. 277ff). Nach dieser Lehre vom Fehlerkalkül rechnet „das Recht nicht bloß mit seiner teilweisen Nichtbefolgung, sondern auch mit seiner teilweisen Nichtanwendung..., die in Willensmängeln oder Denkfehlern der sonst als Organe fungierenden Menschen ihren Grund hat" (S. 295), und „den in gewissem Umfang immer unvermeidlichen Organfehlern trägt das Recht am zweckmäßigsten derart Rechnung, daß es seine strengen Anforderungen in gewissem Umfang herabmindert, dem Organ eine gewisse Latitüde zwischen dem idealen und einem immerhin noch möglichen Handeln einräumt" (S. 296). Durch die positiv-rechtlichen Bestimmungen des Fehlerkalküls werden derart die im strengen Sinne „rechtswidrigen" Akte des Organs zu „rechtmäßigen" gestempelt. Das Richtige an dieser Theorie Merkls ist, daß die Frage der Rechtsanwendung — ähnlich wie die Frage der Rechtserzeugung — zu einer positiv-rechtlichen Frage werden kann, wenn und soweit das positive Recht diese Frage zum Gegenstand seiner Regelung macht. Es wäre aber verfehlt, die Frage der Rechtsanwendung bloß als ein Rechtsinhaltsproblem zu betrachten. Die Rechtsanwendung ist in erster Linie kein Rechtsinhaltsbegriff, sondern ein Rechtswesensbegriff. Auch die die Frage der Rechtsanwendung regulierenden Normen und demgemäß auch die „positivrechtlichen Bestimmungen des Fehlerkalküls" müssen wiederum angewendet werden. Die Frage der Rechtsanwendung ist in erster Linie und in ultima analysi die Frage der Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der kausalen Wirklichkeit, berührt also das Problem der Positivität des Rechtes. Die Frage der Beziehung zwischen der Rechtsnorm und der tatsächlichen Organhandlung ist keine rein normative Frage, die durch positivrechtliche Bestimmungen des Fehlerkalküls erschöpfend zu lösen wäre.

also mit der Wirklichkeit, befaßt; aus der Unmenge der Ereignisse, aus dem Chaos des Tatsächlich-Geschehenen erfaßt aber die Geschichte nur dasjenige, was vom Standpunkte der menschlichen Kultur aus irgendwie von Belang, was also „historisch wichtig" ist; der Ausgangspunkt der kausalen historischen Betrachtung ist also ein Werten, dieses Werten ist aber bloß ein Ausgangspunkt, ein Rahmen, innerhalb dessen auf eine „objektive, wertfreie" Betrachtung der Wirklichkeit hingestrebt werden muß. Die Jurisprudenz muß sagen: Am Anfang war die Tat, die Historie aber: Am Anfang war das Wort, die Bedeutung, der Wert. Es ist überhaupt zu bedenken, daß der „Ausgangspunkt", der oberste Begriff einer Fachwissenschaft, für diese Wissenschaft ein Substanzbegriff bleiben muß und nicht in die Funktionsbegriffe dieser Wissenschaft selbst aufgelöst werden kann. Der oberste Begriff einer normativen Wissenschaft braucht also selbst nicht notwendig ein normativer Begriff zu sein und so ist auch in der Behauptung, daß die normative Rechtswissenschaft durch die „Faktizität des Materials" determiniert sei, keine unüberwindliche theoretische Schwierigkeit verborgen.

Nach alldem müssen wir es als das größte Verdienst Kelsens anerkennen, daß er trotz seines „rein normativen" Ausgangspunktes den wissenschaftlichen Mut hatte, bei der Frage der Rechtspositivität auf die notwendige Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der Wirklichkeit hinzuweisen und daß er sich derart von der Einseitigkeit eines extremen Standpunktes fernzuhalten wußte.

Was wir seinen das Problem der Rechtspositivität und die Frage der Wirksamkeit des Rechtes betreffenden Ausführungen in diesem Zusammenhange beifügen möchten, ist bloß das eine, daß uns nach diesen seinen Ausführungen die Behandlung der Probleme der Grundnorm und des Stufenbaues im Sinne von Rechtswesensproblemen als Verdoppelung des Problems der Rechtspositivität und demnach als überflüssig erscheint. Durch die Annahme der Grundnorm soll die Beziehung des rechtlichen Sollens zum Sein, die bei der Lösung des Problems der Rechtspositivität ausdrücklich anerkannt wurde, gewissermaßen wieder aus der Welt geschafft werden, die Faktizität des Rechtes als Inhalt der Grundnorm, seine Wirksamkeit als Norminhalt gedeutet werden. In der Lehre vom Stufenbau des Rechtes erscheint das Rechtswesensproblem der Rechtspositivität (der Wirksamkeit des Rechtes, der Rechtsanwendung), wird aber zugleich durch die Vermengung mit dem Rechtsinhaltsproblem der „bei fortgeschrittener Rechtskultur"[1]) positiv-rechtlich gegebenen Rechtsstufen wieder verdunkelt; und die Lehre vom Fehlerkalkül unternimmt es geradezu, das bei jeder Rechtsstufe auftauchende Rechtswesensproblem der Rechtsanwendung in ein Rechtsinhaltsproblem umzuwandeln.

7. Die eigenartige Beziehung der rechtlichen Normen zur empirischen Wirklichkeit erschöpft sich aber nicht darin, daß diese Normen wirksam sind, daß sie „im großen und ganzen Gehorsam finden". Das Merkmal

[1]) Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, S. 211.

des tatsächlichen Befolgtwerdens würde die rechtlichen Normen von anderen tatsächlich befolgten sozialen Normen nicht unterscheiden; das Unterscheidende ist, daß das Recht eine Zwangsordnung ist. Die rechtlichen Normen stehen also in einer notwendigen Beziehung zu jener Art der empirischen Wirklichkeit, die physischer Zwang heißt.

Kelsen erkennt ganz richtig, daß die Rechtsordnung als eine Zwangsordnung aufzufassen ist. Der Zwang als „unentbehrlicher Bestandteil des positiven Rechtes" bedeutet aber nach ihm keine Wirklichkeit, kein Faktum, sondern einen Norminhalt. Daß die Rechtsnorm eine Zwangsnorm ist, will nur sagen, daß sie eine Zwang anordnende Norm sei. Kelsen versucht also, das soziologische Moment des faktischen physischen Zwanges in die normative Ebene zu transponieren[1]).

Unserer Ansicht nach ist es nicht richtig, die Rechtsnormen als Zwang anordnende Normen und den rechtlichen Zwang als Rechtsinhalt aufzufassen und auf diese Weise den Begriff des Rechtes durch den Rechtsinhalt bestimmen zu wollen. Es ist zweifellos, daß — ebenso wie der Prozeß der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung — auch die Zwangsanwendung Gegenstand einer rechtlichen Regelung werden kann, zwischen den Rechtsnormen kann es zweifellos solche geben, die Zwang anordnen und die Durchführung des angeordneten Zwanges näher regulieren. Der Rechtsinhalt ist aber immer zufällig. Wir möchten die naturrechtliche Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes auch in dem Sinne nicht wagen, daß das Recht notwendig Zwang anordnende Normen enthalten müsse. Es ist nur wichtig, daß sich die Rechtsnormen, wenn notwendig, auch durch tatsächliche Zwangsanwendung durchsetzen können; daß diese Zwangsanwendung im Inhalte der Normen ausdrücklich angeordnet sein müsse, ist unseres Erachtens nicht notwendig. Die allerdings mögliche Behauptung, daß der Zwang auch facto concludente „angeordnet" werden könne, hat hier nichts zu sagen, denn diese Zwangsanordnung „facto concludente" ist nichts anderes als gerade die tatsächliche Zwangsanwendung; aus der tatsächlichen Zwangsanwendung auf eine Zwangsanordnung zu schließen und dann diese tatsächliche Zwangsanwendung als die Verwirklichung der Zwang anordnenden Norm aufzufassen, bedeutet aber einen Zirkel.

Wenn man nun bedenkt, daß nach Kelsens eigener Auffassung die Rechtsnormen bis zu einem gewissen Grade wirksam sein, daß sie „im großen und ganzen" Gehorsam finden müssen (vgl. P. 6), dann wird man sich schwer der Einsicht verschließen können, daß die Auffassung des Rechtes als einer bloß Zwang anordnenden Ordnung auch vom Standpunkte der normativen Betrachtung aus wenig Bedeutung hat und insbesondere nicht die Wahrung des rein normativen Standpunktes bedeuten kann. Die Zwang anordnende Norm muß nämlich ebenfalls wirksam sein, es muß also tatsächlich Zwang angewendet werden, damit die Zwang anordnende Norm als eine rechtliche betrachtet

[1]) Vgl. Die Idee des Naturrechtes, S. 225.

werden könne. Die Rechtsnorm erscheint demnach nicht nur als eine Zwang anordnende Norm, sondern als eine solche, die mit dem Faktum des physischen Zwanges, mit der tatsächlich Zwang anwendenden Wirklichkeit in engster Beziehung steht. Der einen „unentbehrlichen Bestandteil des positiven Rechtes" bildende Zwang kann also nicht aus einem Faktum in einen bloßen Norminhalt umgewandelt werden. Der Versuch einer rein normativen Auffassung des rechtlichen Zwanges bedeutet nur die Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes und so die Annahme des naturrechtlichen Standpunktes, wie denn überhaupt — dies war das Leitmotiv unserer bisherigen Ausführungen — die rein normative Auffassung notwendig zum Naturrechte führen muß.

Es ist Kelsen vollauf beizupflichten, wenn er feststellt, daß „alle Tendenzen, dem Rechte das Zwangsmoment als unwesentlich abzusprechen, ..letzten Endes darauf hinaus(laufen), den Unterschied zwischen positivem Recht und Naturrecht zu verwischen"[1]). Es muß aber beigefügt werden, daß die Auffassung des positiven Rechtes als einer Zwang anordnenden Ordnung, also das Zwangsmoment als Norminhalt aufgefaßt, noch gar nicht geeignet ist, das positive Recht vom Naturrechte zu unterscheiden. Es ist nicht einzusehen, warum das Naturrecht keine Zwang anordnende Normen enthalten sollte. Die tatsächliche Durchführung dieser Anordnung, das faktische Befolgtwerden, ist ja eine andere — und für das Naturrecht unwesentliche — Frage[2]). Die normative Auffassung des Zwangsmomentes verwischt also ebenfalls den Unterschied zwischen dem positiven und dem Naturrechte[3]).

[1]) Die Idee des Naturrechtes, S. 225. — Die Begründung der im Texte angeführten Behauptung ist ebenfalls sehr richtig: die in Frage stehenden Tendenzen entspringen nämlich „Bestrebungen, die vornehmlich aus politischen Motiven dem positiven Recht eine seinem Wesen fremde Rechtfertigung zuteil werden lassen wollen" (S. 225). Es sei erlaubt zu bemerken, daß die Herleitung der „Geltung" des Rechtes aus der Grundnorm, da unter einer „Wertgeltung" (normativen Geltung) eine „Rechtfertigung" verstanden werden muß, unserer Ansicht nach dem hier gerügten Fehler ebenfalls sehr nahekommt (vgl. oben P. 4).

[2]) In der Rechtslehre Kants finden wir viele Bestimmungen, die ihre Geltung aus dem materialen Geltungprinzip der Gerechtigkeit herleiten, also auch nach Kelsens Ansicht naturrechtlichen Charakter haben und von der menschlichen Gesellschaft die Anwendung physischen Zwanges fordern, also als Zwang anordnende Normen zu betrachten sind. So z. B.: „Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete..., müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat: weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann" (Die Metaphysik der Sitten, I. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Akad. Ausg., Bd. VI, S. 333).

[3]) Vgl. Kelsen: Die Idee des Naturrechtes, S. 225: „Es muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Menschen anders handeln, als es die

## III

Als Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen kann festgestellt werden, daß die beiden hauptsächlichsten Tendenzen der Reinen Rechtslehre: einerseits das Streben nach Reinheit von allen kausalwissenschaftlichen — soziologischen und psychologischen — Feststellungen und andererseits das Streben nach Reinheit von allen naturrechtlichen — ethisch-politischen — Gedanken, gewissermaßen in einem logischen Widerspruch miteinander stehen. Die von jeder kausalwissenschaftlichen Feststellung freie rein normative Betrachtung des Rechtes muß nämlich, wie oben (II) bewiesen werden sollte, notwendig zur naturrechtlichen Auffassung führen. Das Trachten nach Reinheit von soziologischen Elementen macht also die Bestrebung nach Reinheit von der naturrechtlichen Auffassung illusorisch. Die Abgrenzung des positiven Rechtes vom Naturrechte macht andererseits die Berücksichtigung von soziologischen Fakten notwendig, hiedurch geht aber die Reinheit der normativen Betrachtung verloren. Incidis in Scyllam, cupiens vitare Charybdin. In dieser Sachlage liegt der Grund der außerordentlichen Schwierigkeit verborgen, mit der die Lösung des Problems der Rechtspositivität für eine normative Rechtslehre verbunden ist.

Unserer Auffassung nach ist die Beziehung zur Wirklichkeit und insbesondere zur Wirklichkeit des physischen Zwanges das unterscheidende Kennzeichen des positiven Rechtes. Wir glauben oben (II, P. 6, 7) bewiesen zu haben, daß Kelsens Auffassung, die Frage der Rechtspositivität betreffend, im großen und ganzen mit unserer diesbezüglichen Ansicht übereinstimmt: Auch er erblickt in der Wirksamkeit der Normen und im Zwangsmomente das Merkmal des positiven Rechtes. Allerdings glaubt Kelsen den rechtlichen Zwang als Norminhalt auffassen zu müssen, wogegen wir das Faktum des Zwanges als das unterscheidende Kennzeichen des Rechtes bezeichnet haben, da unseres Erachtens das Moment der bloßen Zwangsanordnung nicht geeignet ist, das positive Recht vom Naturrechte zu unterscheiden. Wir glauben überhaupt feststellen zu können, daß alle jene Unterscheidungsmerkmale, die Kelsen zur Abgrenzung des positiven Rechtes vom Naturrechte benützt, entweder auf die enge Beziehung zwischen dem positiven Rechte und der Wirklichkeit hinweisen oder zur Unterscheidung des positiven Rechtes vom Naturrecht nicht genügen. Die Betonung des Unterschiedes zwischen dem „materialen Geltungsprinzip" des Naturrechtes und dem „formalen Geltungsprinzip" des positiven Rechtes, daß nämlich das Naturrecht ein gerechtes, das positive ein künstliches, durch menschliche Tat

---

Normen des positiven Rechtes vorschreiben. Gerade dieses Moment ist es, das den Zwang zu einem unentbehrlichen Bestandteil des positiven Rechtes macht." Durch die bloße Zwangsanordnung ist aber gegen das Andershandeln der Menschen gar nichts ausgerichtet worden. Das angeführte Zitat zeigt, daß auch Kelsen bei der Betrachtung des das positive Recht vom Naturrechte unterscheidenden Merkmales, des Zwangsmomentes, das tatsächliche Befolgtwerden der Rechtsnormen und das Faktum des Zwanges im Auge hat.

gesetztes Recht sei, bedeutet das Hervorheben des soziologischen Momentes der Erzeugung durch menschliche Tat; das materiale Geltungsprinzip der Gerechtigkeit ist aber insoweit nicht scharf unterscheidend, als das gesetzte Recht auch gerecht sein kann: Gerechtes Recht und gesetztes Recht bedeuten also keine ausschließenden Gegensätze[1]). Die Benützung der Lehren von der Grundnorm und vom Stufenbau des Rechtes zur Begründung der Positivität des Rechtes bedeutet ebenfalls nichts anderes als die Berücksichtigung des Momentes der Faktizität; die Grundnorm bedeutet ja „die Transformation der Macht zu Recht" und im Stufenbau ist auch der soziologische Prozeß der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung mit inbegriffen; sollte aber die „Konkretisierung" der positiv-rechtlichen Normen im Stufenbau bloß einen logischen Prozeß vom Allgemeinen zum Besonderen bedeuten, so ist diese Art der „Konkretisierung" zur Unterscheidung des positiven Rechtes vom Naturrecht nicht geeignet, da das Naturrecht zweifelsohne nicht nur Normen allgemeinen, sondern auch solche besonderen Inhaltes haben kann[2]).

Erst durch die Berücksichtigung von Seinstatsachen, von soziologischen Fakten, also kann es gelingen und ist es auch Kelsen gelungen, das positive Recht vom Naturrechte zu unterscheiden. Daß er trotz seines rein normativen Ausgangspunktes die notwendige Beziehung, die zwischen dem Inhalt einer gültigen Rechtsordnung und dem Inhalt des ihr korrespondierenden sozialen Seins besteht, die Beziehung von Sollen und Sein im Rechtsbegriff, nicht aus dem Auge ließ, daß er als Folge der ihm sich eröffnenden wissenschaftlichen Einsicht den Mut hatte, den eigenen Ausgangspunkt, den Standpunkt der rein normativen Betrachtung, in der Frage der Positivität des Rechtes zu verlassen, daß er auf diese Weise den Standpunkt des Rechtspositivismus zu wahren wußte, glauben wir mit Fug als eines der größten Verdienste Kelsens bezeichnet zu haben.

Es ist aus der eingangs (unter I) geschilderten geistesgeschichtlichen Lage zu erklären, daß in den Werken Kelsens zuerst und mit allergrößtem Nachdruck „die Wendung gegen die kausalwissenschaftliche Soziologie" und erst später in stets wachsender Bedeutung „die Wendung gegen das Naturrecht" zum Ausdruck kam. Von diesen beiden „Wendungen", der rein normativen und der positivistischen Tendenz, wurde aber die letztere konsequenter vertreten; wo sie sich nicht vertragen,

[1]) Daß der Unterschied kein scharfer ist, wird auch von Kelsen anerkannt; vgl. Die Idee des Naturrechtes, S. 223: „Das aus der Natur des Menschen abzuleitende Naturrecht nähert sich schon stark dem aus dem Willen des Menschen fließenden positiven Rechte."

[2]) Soll „die Positivität des Rechtes gerade in der Individualisierung der generellen Norm zur Geltung kommen" (Die Idee des Naturrechtes, S. 239), so ist nicht einzusehen, warum das Naturrecht dem „Prozeß der Individualisierung... ebenso unterworfen" sein soll „wie das positive" (S. 236/37). Bedeutet die Individualisierung eine Realisierung des Rechtes, so ist das Naturrecht diesem Prozeß seinem Begriffe nach nicht unterworfen (vgl. S. 249).

muß die rein normative Betrachtung vor der positivistischen Auffassung weichen. Die Kelsensche Lösung des Problems der Rechtspositivität bedeutet das Aufgeben der rein normativen Betrachtung.

Es muß bemerkt werden, daß trotz der Aufgabe des rein normativen Standpunktes in der Frage der Rechtspositivität die Reine Rechtslehre des öfteren die rein normative Betrachtung solcher Fragen durchzuführen bestrebt ist, deren Lösung ebenfalls das Verlassen der normativen Betrachtungsweise erheischt. Durch die Anerkennung der engen Beziehung der Rechtsnormen zur empirischen Wirklichkeit, durch die Feststellung, daß die Positivität des Rechtes in der Wirksamkeit seiner Normen gelegen ist, werden gewisse Seinsfakta, gewisse Teile der soziologischen und psychologischen Wirklichkeit, als notwendige Bestandteile des positiven Rechtes bezeichnet. Durch die Anerkennung des kausalwissenschaftlichen Momentes der auf die Realisierung der Norm gerichteten menschlichen Handlungen als zum Begriffe des positiven Rechtes notwendigen Elementes werden eine Reihe anderer kausalwissenschaftlicher Momente, die mit dem psycho-physischen Vorgange der faktischen menschlichen Handlung mitgegeben sind, ebenfalls als zum Begriffe des positiven Rechtes gehörig anerkannt; so z. B. das Moment der Räumlichkeit, der Zeitlichkeit, der Veränderlichkeit, der psychologisch reale menschliche Wille usw. Es ist also nicht richtig, diese durch die Positivität des Rechtes gegebenen Seinsfakta als Norminhalte aufzufassen und auf diese Weise Faktisches in Normatives umdeuten zu wollen. Oben (II) haben wir mehrere Beispiele dieser Überspannung der normativen Betrachtung angeführt; wir haben gesehen, wie die Reine Rechtslehre den Raum (das Staatsgebiet, II, P. 1), die Zeit (die Geltungsdauer der Normen, II, P. 2), die Erzeugung des Rechtes (II, P. 3), die Hierarchie der Rechtsquellen, der rechtserzeugenden Machtverhältnisse, die Tatsache der lex posterior (II, P. 5), selbst die Rechtsanwendung (II, P. 6) und den physischen Zwang (II, P. 7) als bloße Norminhalte zu deuten, ja sogar die bereits als Beziehung der Norm zur Wirklichkeit anerkannte Wirksamkeit des Rechtes dennoch rein normativ, als Inhalt der Grundnorm, aufzufassen (II, P. 4) bestrebt ist.

Jene soziologischen Fakta, die in ihrer Realität vorhanden sein müssen, um die Positivität des Rechtes zu begründen, können natürlich wie alle anderen sozialen Fakta der rechtlichen Regelung unterworfen werden und auf diese Weise zu Norminhalten werden. Es entstehen somit rechtliche Doppelprobleme: Neben der für den Rechtsbegriff unentbehrlichen soziologischen Frage, dem Rechtswesensproblem, erscheint die Frage nach der rechtlichen Regelung dieser sozialen Tatsachen, das Rechtsinhaltsproblem, das sich zu einer rein normativen Behandlung eignet (vgl. oben S. 82). Das Rechtsinhaltsproblem und das Rechtswesensproblem müssen aber auseinandergehalten werden und es wäre ein Irrtum, Rechtswesensprobleme soziologischen Charakters[1]) vom

[1]) Es soll hier nicht untersucht werden, ob alle Rechtswesensprobleme soziologischen Charakters sind oder nicht; im Text soll nur behauptet

rein normativen Standpunkt aus lösen zu wollen. Mit der Bestrebung, die zur Positivität des Rechtes unentbehrlichen sozialen Fakta als Norminhalte aufzufassen, ist außerdem die Gefahr verbunden, diese wesentlichen, bleibenden Elemente des Rechtes, auch als Norminhalte aufgefaßt, für bleibende Elemente zu halten und auf diese Weise zur naturrechtlichen Behauptung a priori feststehender Rechtsinhalte zu gelangen. Daß die Überspannung der normativen Betrachtung die Reine Rechtslehre tatsächlich des öfteren zu dieser naturrechtlichen Konsequenz geführt hat, davon war oben schon die Rede (II, P. 3, 7).

Die besonders vom ausgezeichneten ungarischen Rechtsphilosophen Felix Somló nachdrücklich betonte scharfe Unterscheidung der Rechtswesensbegriffe von den Rechtsinhaltsbegriffen[1]) ist aber für die Frage der normativen Betrachtungsweise auch deshalb von größter Wichtigkeit, weil man auf Grund dieser Unterscheidung das Gebiet bezeichnen kann, auf dem die Anwendung der ausschließlich normativen Betrachtung, der rein normativen Methode, ihre unbezweifelbare und volle Berechtigung hat. Schon die oben erwähnte Tatsache, daß die Reine Rechtslehre, um ihren normativen Standpunkt zu wahren, gewisse seinswissenschaftliche Elemente des positiven Rechtes als Rechtsinhalte aufzufassen bestrebt ist, deutet auf den Zusammenhang der normativen Methode mit dem Rechtsinhalt und der Wissenschaft vom Rechtsinhalt, der Jurisprudenz, hin[2]). Die Rechtsinhaltsprobleme sind ausschließlich mit der normativen Methode zu lösen; hinsichtlich der Jurisprudenz muß der von der Reinen Rechtslehre aufgestellten Forderung der Reinheit von kausalwissenschaftlichen Feststellungen und einer rein normativen Betrachtung vollauf zugestimmt werden. In diesem Sinn ist hier die Forderung der Methodenreinheit wohl am Platze. Es muß allerdings auch diesbezüglich bemerkt werden, wie dies bereits oben (II, P. 6) geschehen ist, daß das durch die Jurisprudenz zu bearbeitende Material von Rechtsnormen der Jurisprudenz bereits „gegeben" sein, d. h. durch soziologische Fakta bestimmt sein muß.

Wenn also einerseits vor der Überspannung der rein normativen Betrachtung gewarnt werden muß, soll andererseits die legitime Alleinherrschaft der normativen Methode im Reiche der Rechtsinhaltsbegriffe,

werden, daß diejenigen Rechtswesensprobleme, die soziologischen Charakter haben — und daß es solche auch nach der Auffassung Kelsens geben müsse, wird durch seine Lehre von der Positivität des Rechtes bewiesen —, nicht normativ behandelt werden dürfen.

[1]) Somló: Juristische Grundlehre, 1. Aufl. 1917, 2. Aufl. 1927. Somló nannte die Rechtswesensbegriffe „juristische Grundbegriffe".

[2]) Wir wollen hier nicht untersuchen, ob es außer der normativen Rechtsinhaltswissenschaft, der Jurisprudenz, auch noch andere, insbesondere kausale Wissenschaften vom Rechtsinhalte gibt oder geben kann, und beschränken uns auf die Betrachtung der dogmatischen Jurisprudenz, die eben durch die Betrachtung des Rechtsinhaltes sub specie puncti temporis alle nicht normativen, kausalen Elemente der Veränderung aus der Rechtsbetrachtung ausschaltet (vgl. oben II, P. 5).

in der Jurisprudenz, rückhaltlos anerkannt werden. Es genügt aber nicht, jede kausalwissenschaftliche Betrachtung aus der normativen Rechtsinhaltswissenschaft auszuschließen, die normative Betrachtung muß sich auch streng nur an die Betrachtung der positiv-rechtlichen Normen beschränken und sich von der Berücksichtigung von Normen anderer Art, von der Beeinflussung durch naturrechtliche oder ethisch-politische Forderungen, ebenfalls fernhalten. Dieser letzteren gegen das Naturrecht gerichteten Tendenz kann die Jurisprudenz nur in dem Falle genügen, wenn sie ihre normative Betrachtung streng auf das ihr „gegebene", und zwar durch die Beziehung zur Wirklichkeit als positives Recht bestimmte Normenmaterial beschränkt.

Es unterliegt unseres Erachtens keinem Zweifel, daß Kelsen an dieser anfangs vernachlässigten und erst später deutlicher hervortretenden, gegen das Naturrecht gerichteten Tendenz seiner Reinen Rechtslehre energisch und konsequent festgehalten hat. Wir glauben nicht zu irren, wenn wir behaupten, daß diese spätere, gegen das Naturrecht gerichtete Tendenz der Kelsenschen Lehre als eine Einschränkung der anfänglich dominierenden, gegen die kausalwissenschaftliche Soziologie gerichteten Tendenz seiner Werke aufgefaßt werden kann und daß sie um so stärker hervortritt, je deutlicher in der Auffassung Kelsens nach der Einführung der dynamischen Rechtsbetrachtung (Lehre vom Stufenbau) und der eingehenderen Beschäftigung mit dem Problem der Rechtspositivität die Bedeutung von Seinsfakta für das positive Recht zum Ausdruck kommt. Durch die Einschränkung der normativen Betrachtung, also dadurch, daß er sich von der Einseitigkeit einer rein normativen Auffassung freizuhalten bestrebt war, ist es Kelsen gelungen, der Klippe des Naturrechtes, zu der die rein normative Rechtsbetrachtung unbedingt führen muß, auszuweichen.

Und dennoch ist Kelsen der oft wiederholte Vorwurf, er treibe Naturrecht, nicht erspart geblieben. Fritz Sander bezichtigte ihn hauptsächlich des „logischen Naturrechtes"[1]). Barna Horváth vermeinte, „außer der reich gießenden Ader des logischen Naturrechtes" auch eine „soziologische", eine „politische" und eine „ethische" Ader „im Quellensystem des Kelsenschen Naturrechtes" unterscheiden zu können[2]). Unserer Ansicht nach sind diese und manche ähnlichen Vorwürfe des Naturrechtes gegen Kelsen nicht stichhältig.

Was das „logische Naturrecht" anbetrifft, kann unseres Erachtens daraus, daß die Prinzipien der Logik wie für alles Sinnvolle so auch für das Recht gelten[3]), und daraus, daß das Recht ebensowohl wie die Rechtswissenschaft logische Voraussetzungen hat, nicht geschlossen

[1]) Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung. Kritische Studie zur Rechtslehre Kelsens, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. II, 1921, S. 511ff.

[2]) Die Idee der Gerechtigkeit, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. VII, 1928, S. 508ff.

[3]) Horváth scheint auch zu bezweifeln, daß das Recht etwas Sinnvolles sei, er bezeichnet schon diese Ansicht als „logisches Naturrecht" (a. a. O., S. 531); er meint zwar, daß diese Voraussetzung eines logischen

werden, daß diese logischen Voraussetzungen und im allgemeinen die Logik dem Rechte als Metajurisprudenz gegenüberstehen und daß deshalb die Berücksichtigung der Logik in der Rechtswissenschaft und im Rechte als naturrechtliche Auffassung, ja die Logik selbst als Naturrecht zu bezeichnen wäre. Noch weniger geht es natürlich an, jede Behauptung über das Recht als logisches Naturrecht aufzufassen[1]).

Naturrechtes, wonach das Recht ein sinnvolles Ganzes ist, absolut unvermeidlich sei, „falls das Recht überhaupt erfaßt, erkannt werden soll". Unserer Ansicht nach hat es wenig Sinn, die allgemeine erkenntniskritische Frage der radikalen Skepsis, die mit Rücksicht auf alle möglichen Gegenstände der Erkenntnis allgemein gelöst werden muß, mit Bezug auf einen besonderen Erkenntnisgegenstand, das Recht, zu wiederholen. Die Zurückweisung der radikalen Skepsis als allgemeiner erkenntnistheoretischer Standpunkt hat unseres Erachtens mit der naturrechtlichen Auffassung noch gar nichts zu tun.

[1]) Horváth: a. a. O., S. 527 „... jede Behauptung über das Recht, weil sie eben eine Behauptung, eine Geltung über das Recht, ein unabhängig vom Recht und doch für das Recht Geltendes, ein das Recht, sei es im Sinne der Richtigkeit, sei es im Sinne der Möglichkeit, Beschränkendes ist, (ist) notwendig Naturrecht..." Ebenda, S. 531/32: „Dadurch, daß man Behauptungen über das Recht aufstellt,... ist endgültig entschieden, daß man sich auf den Erkenntnisstandpunkt gestellt hat und somit alle Gesetze der Logik, darunter das Identitätsprinzip, den Grundsatz der Widerspruchslosigkeit, des ausgeschlossenen Dritten, der Systemeinheit usw., voraussetzt. Das logische Naturrecht bringt so alles Naturrecht gleichsam auf einen gemeinsamen Nenner..." Aus diesen Zitaten geht deutlich hervor, daß nach dem eigentümlichen Sprachgebrauch B. Horváths, man könnte auch sagen, nach der ganz willkürlichen Verwendung der Bezeichnung „Naturrecht", aus der erkenntnistheoretischen Zurückweisung der radikalen Skepsis notwendig die naturrechtliche Auffassung folgen muß. Was bedeutet aber bei dieser Sachlage der Vorwurf des logischen Naturrechtes, der Vorwurf der „reich gießenden Ader des logischen Naturrechtes", anderes als den seltsamen Vorwurf, daß die Rechtstheorie Kelsens eben eine „Rechtstheorie" sei. Bei dieser Sachlage ist es auch leicht verständlich, daß Horváth, um die naturrechtliche Auffassung Kelsens zu beweisen, dessen „ganzes Buch" zitieren zu können glaubt (S. 517). Schwerer aber ist zu begreifen, was bei dieser Auffassung der Rechtspositivismus als rechtswissenschaftlicher Standpunkt im Gegensatze zum naturrechtlichen Standpunkt bedeuten soll. Horváth meint ganz konsequent — eine andere Meinung ist bei dieser Grundauffassung wohl kaum möglich —, daß „der Positivismus nur eine Art des Naturrechtes" sei. Die die Rechtstheorie allein interessierende Frage wäre nun zu erfahren, was den Rechtspositivismus von den anderen Arten des Naturrechtes, also vom Naturrecht im eigentlichen, engeren Sinne des Wortes, unterscheidet. Einen gewissen Widerspruch muß man endlich darin erblicken, daß Horváth das Recht als etwas völlig Alogisches auffaßt — nach seiner Meinung hat „man den rechtsimmanenten Standpunkt schon lange verlassen..., wenn man das Recht als widerspruchsfrei, einheitlich, sinnvoll, als ein System, deutet" (a. a. O., S. 531) — und andererseits jede logische Behauptung über das Recht als Recht, wenn auch nur als Naturrecht, bezeichnet. Kann der „rechtsimmanente Standpunkt", der kaum etwas anderes als ein Erkenntnisstandpunkt sein kann, überhaupt einen verständlichen Sinn haben?

Dies würde die Verwischung des Unterschiedes zwischen der theoretischen und der praktischen Sphäre, zwischen Wahrheitserkenntnis und werterzeugender Norm, zwischen Erkennen und Wollen, zwischen der Sphäre der Wissenschaft und der Sphäre des Rechtes bedeuten[1]). Denn wenn das Naturrecht auch kein geltendes, positives Recht ist, wenn es auch kein faktisch wirksames, sich durch Zwang durchsetzendes System von Normen ist, will es doch ein System von Normen sein, ja, es verlangt, als Recht betrachtet zu werden; es ist zweifellos kein Inbegriff von wissenschaftlichen Erkenntnissen, sondern ein Inbegriff von Handlungsnormen, die das menschliche Verhalten regulieren; es gehört nicht in die theoretisch-logische, sondern in die praktisch-ethische Sphäre[2]). Gewiß, es sind im Rechte — und diesbezüglich besteht kein Unterschied zwischen Naturrecht und positivem Recht —, im positiven also ebenso wie im sogenannten natürlichen Rechte wie übrigens auch in der Moral, logische Elemente vorhanden; hieraus folgt aber noch keineswegs, daß die Rechtswissenschaft Naturrecht sei und daß das Recht — soll auch nur vom Naturrechte die Rede sein — den Charakter der Wissenschaft habe[3]).

Noch weniger berechtigt als der Vorwurf des logischen ist unseres Erachtens der des „soziologischen Naturrechtes". Es ist verfehlt, gerade eine „empiristische", „soziologisch orientierte" Rechtstheorie und insbesondere die wissenschaftliche Behauptung, die die enge Beziehung der positiv-rechtlichen Normen zur empirischen Wirklichkeit konstatiert, als Naturrecht zu bezeichnen. In diesem widerspruchsvollen

[1]) Horváth ist tatsächlich bestrebt, durch eine Logifizierung des Gerechtigkeitsideals den Unterschied zwischen dem Ethischen und dem Logischen aufzuheben (vgl. a. a. O., S. 537ff.).

[2]) Gegen die Identifizierung des „Naturrechtes" mit der „Lehre" vom Naturrecht hat sich schon Kelsen ausgesprochen; vgl. Naturrecht und positives Recht, Internat. Zeitschr. f. Theorie des Rechtes, II. Bd., 1928, S. 88.

[3]) Gegen die Verwischung der Grenze zwischen der theoretischen Erkenntnis und dem Rechte kann auch die Ansicht Marcks, daß „die Geistes- oder Kulturwissenschaften", also auch die Rechtswissenschaft, „ihren Gegenstand schon in der Geformtheit durch eine außertheoretische Sphäre übernehmen", angeführt werden (Marck: Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, 1925, S. 5). — Daran, daß die im Text bekämpfte Verwechslung der Sphäre des Rechts mit der der Rechtswissenschaft zustande kommen konnte, ist sicherlich auch die oben (II, P. 4) bereits erwähnte Lehre Kelsens von der „Erzeugung" des Rechtes durch die Rechtswissenschaft schuld gewesen. Die Frage des Verhältnisses von Recht und Rechtswissenschaft sowie die Frage, welche Rolle das Logische im Rechte spiele, brauchen wir hier nicht näher erörtern, da wir uns mit diesen Fragen in unserem Aufsatze: Das Logische im Recht, Internat. Zeitschr. f. Theorie des Rechtes, Bd. II, 1928, S. 157ff., wo auch die diesbezüglichen Ansichten Kelsens behandelt wurden (a. a. O., S. 183ff.), ausführlich beschäftigt haben und jetzt einfach darauf verweisen können. — Daraus, daß das Logische auch in dem positiven Recht eine bedeutende Rolle spielt, daß logische Elemente dem Rechte immanent sind, folgt natürlich auch, daß das Logische nicht einfach als „Metarecht" bezeichnet werden kann.

Gedanken des „soziologischen Naturrechtes" wiederholt sich die Verwechslung der theoretischen Erkenntnis mit dem Rechte. Aber auch ganz abgesehen von dieser Verwechslung, ist es schwer verständlich, warum gerade diejenige rechtswissenschaftliche Auffassung als eine naturrechtliche betrachtet werden müßte, die nur tatsächlich wirksame, sich in der lebendigen Realität des sozialen Seins, wenn es sein muß, auch mit Zwang durchsetzende Normen als Recht anerkennen will. Das positive Recht wird vom Naturrecht gerade durch das ihm anhaftende Moment der Faktizität, der lebendigen Wirksamkeit, durch seine eigenartige Beziehung zur sozialen Wirklichkeit, unterschieden. Und soll man dennoch gerade in diesem Momente der Faktizität ein Merkmal des Naturrechtes finden? Wenn das tatsächlich wirksame, lebendige Recht Naturrecht ist, wenn diejenige Auffassung, die es als zum Wesen des Rechtes gehörig betrachtet, daß es in der empirischen sozialen Wirklichkeit erzeugt und angewendet werde, eine naturrechtliche Auffassung ist, so muß man ernstlich fragen, was unter dem positiven Recht und unter der positivistischen Rechtsauffassung zu verstehen sei und ob überhaupt noch von positivem Recht und Rechtspositivismus gesprochen werden könne[1] [2].

[1]) Vgl. Horváth: a. a. O., S. 519, 520, 525. Horváth betrachtet die Bestimmung des Rechtsbegriffes mit Hilfe von soziologischen Merkmalen als Naturrecht. In dieser seiner Ansicht sind eigentlich zwei Behauptungen enthalten. Die eine, daß jede Begriffsbestimmung des Rechtes Naturrecht sei, da „jede Behauptung über das Recht notwendig Naturrecht ist"; mit diesem Gedanken brauchen wir uns nach dem über den Vorwurf des logischen Naturrechtes Gesagten nicht mehr zu beschäftigen. Die andere Behauptung ist die, daß gerade die Bestimmung des Rechtsbegriffes durch soziologische Elemente ein soziologisches Naturrecht sei, da diese soziologischen Elemente „metarechtliche" Elemente seien, Metarecht aber Naturrecht. Diesen Gedanken müssen wir deshalb für verfehlt halten, weil unseres Erachtens diejenigen Elemente, die nach einer Begriffsbestimmung zum Wesen des Rechtes gehören, nicht als „metarechtliche" bezeichnet werden können. Wenn das positive Recht tatsächlich soziologische Merkmale hat, so sind diese Merkmale des Rechtes nicht Metarecht. Man kann nicht alles, was nicht Rechtsinhalt ist, als Metarecht bezeichnen und es wäre sicherlich verfehlt, das Wesen des Rechtes durch Rechtsinhaltsbegriffe bestimmen, das Recht durch das Recht selbst definieren zu wollen. Horváth ist ferner der Ansicht (a. a. O., S. 520), daß sich aus der Feststellung der engen Beziehung zwischen dem Recht und der Tatsache der Macht die Konsequenz ergebe, daß man der Macht nicht widerstehen, daß man sich „vor dem Triumphwagen des Siegers, eines jeden Siegers" niederlegen solle; diese angebliche Konsequenz der Kelsenschen Begriffsbestimmung vom Rechte bezeichnet er natürlich auch als „Naturrecht". Dem gegenüber muß betont werden, daß die Frage: Was ist das Recht? und die: Soll man dem Rechte gehorchen? zwei verschiedene Fragen sind. Die wissenschaftliche Bestimmung des Rechtsbegriffes hat mit der wertenden Stellungnahme zum Rechte noch gar nichts zu tun; ein „soziologisch orientierter" Rechtsbegriff ist mit der ethischen Auffassung des Anarchismus und der Revolution ebenso vereinbar wie mit der ethischen Lehre des „Sich-Niederlegens vor dem

Was endlich die Vorwürfe des politischen und ethischen Naturrechtes anbetrifft, halten wir diese Vorwürfe gegen Kelsen zum allergrößten Teile für völlig unbegründet[1]). Gelänge es aber auch, hinsichtlich irgendeiner Lehre Kelsens zu beweisen, daß ein Rest der naturrechtlichen

Triumphwagen des Siegers". Es braucht endlich nach dem Erscheinen von Stammlers Werken nicht ausführlich bewiesen zu werden, daß die ethische Beurteilung des Rechtes noch kein Naturrecht und keine naturrechtliche Auffassung bedeutet.

[2]) Es ist nicht zu leugnen, daß man bei Kelsen die im Text bekämpfte Auffassung vom soziologischen Naturrecht ebenfalls vorfinden kann und daß demzufolge teilweise seine eigenen Ausführungen schuld daran sind, wenn man ihm den Vorwurf des „soziologischen Naturrechtes" machen konnte. Er spricht von einer „naturalistischen Richtung der Naturrechtslehre", die „die im Naturrecht gesuchte natürliche Ordnung... in der naturgesetzlichen, d. h. kausal determinierten Wirklichkeit des tatsächlichen Geschehens erkennt". Das Resultat dieser Auffassung ist — so meint er — „die Lehre vom Recht des Stärkeren, die nur eine Darstellung der Seinswirklichkeit in normativer Terminologie ist". Ja, er findet sogar, daß „die Forderung nach einer soziologischen Rechtstheorie" in der neueren Jurisprudenz „im wesentlichen die gleiche Wendung" bedeute und daß „der letzte Impuls, auf den die naturalistisch-soziologische Richtung der Rechtstheorie zurückgeführt werden muß..., das Bestreben ist, das positive als das wirkliche Recht, als die notwendig, nämlich naturnotwendig gegebene Ordnung und sohin als die natürliche Ordnung zu rechtfertigen, das positive Recht als das Naturrecht darzustellen und so zu legitimieren" (Die Idee des Naturrechtes, S. 229). Unserer Ansicht nach ist es nicht richtig, eine Lehre, die das positive als das wirkliche Recht auffaßt, die die Seinswirklichkeit des tatsächlichen Geschehens darstellt, als eine naturrechtliche zu bezeichnen. Findet sich bei den alten Naturrechtslehrern diese Auffassung, so muß sie als eine bei den Naturrechtslehrern sich geltend machende positivistische Lehre betrachtet werden. Kelsen selbst muß ja feststellen, daß es sich hier um die Tendenz handelt, „die Grenze zwischen Naturrecht und positivem Rechte aufzuheben" (ebenda). Die Ansicht Kelsens, daß eine Darstellung der Seinswirklichkeit methodisch jede Möglichkeit einer Beziehung zum positiven Recht" verloren habe (a. a. O., S. 229), steht mit seiner eigenen Auffassung vom Problem der Rechtspositivität als einem Problem der Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der Wirklichkeit im Widerspruch (vgl. a. a. O., S. 229, ferner seine oben auf S. 88, Anm. 1, zitierten Stellen).

[1]) So halten wir auch die Argumente, mit welchen Horváth die politische und ethische „Determiniertheit des Kelsenismus" bewiesen haben will, für nicht stichhältig. Horváth argumentiert selbst meistens nur damit, daß es „den Anschein hat", daß man sich „vom Eindruck nicht befreien kann" daß Kelsen durch die demokratische Ideologie beeinflußt sei (a. a. O., S. 521, 523). Daraus, daß Kelsen gelegentlich feststellt, daß zwischen den politischen Auffassungen und den Weltanschauungen ein gewisser Zusammenhang besteht (a. a. O., S. 524), was übrigens ganz zweifellos ist, ferner daraus, daß er hie und da ganz bewußt seine eigene politische oder Weltanschauung durchblicken läßt, folgt noch nicht, daß er seine rechtstheoretischen Feststellungen auf Grund dieser politischen und ethischen Anschauungen oder seiner Weltanschauung gewonnen habe oder dadurch habe beeinflussen

Auffassung darinnen stecke[1]), so würde dies nur eine Teilfrage in seinem System berühren und man könnte diese Einzelheit aus seiner Lehre ausscheiden, ohne damit die Fundamente dieses Gedankengebäudes zu erschüttern. Der Grundton der Kelsenschen Lehre ist so entschieden gegen das Naturrecht gerichtet, daß man auf Grund dieser Lehre selbst die darin eventuell auffindbaren naturrechtlichen Reste als mit dem Ganzen in Disharmonie stehende Teile nicht nur beseitigen könnte, sondern beseitigen müßte. Für die ganze Kelsensche Konzeption, für die Grundauffassung der Reinen Rechtslehre drohte die Gefahr des Naturrechtes aus der rein normativen Auffassung. Dieser Klippe des Naturrechtes verstand jedoch Kelsen durch die Aufgabe der einseitig normativen Auffassung zu entgehen.

Zum Schlusse sei es uns erlaubt, eine Frage, die wir als das Problem des negativen Naturrechtes bezeichnen könnten, zu berühren.

Die Idee des Naturrechtes enthält unserer Ansicht nach den Gedanken eines Rechtes, das einen allgemeingültigen, ewigen, unwandelbaren und zugleich absolut richtigen Inhalt hat. Der Gedanke des unwandelbaren und ewigen Rechtsinhaltes ist das wesentlichste Merkmal des Naturrechtes. Darum müssen wir der Auffassung Stammlers zustimmen, der die Unmöglichkeit des Naturrechtes durch den Beweis der „Unhaltbarkeit eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes" darlegen will[2]). Im Gegen-

lassen. Unseres Erachtens kann man auch daraus, daß Kelsen das Naturrecht der konstitutionellen Monarchie unnachgiebig verfolgt, also aus der „unnachgiebigen Verfolgung des Naturrechtes" (a. a. O., S. 523), nicht den Vorwurf des Naturrechtes herauswinden und ebenso daraus nicht, daß bei Kelsen „die Theorie jede Politik freispricht", also politisch nicht gefärbt ist („politischer Nihilismus", a. a. O., S. 526).

[1]) Oben hatten wir Gelegenheit, auf den naturrechtlichen Charakter der Auffassung, daß eine jede Rechtsordnung notwendig Normen enthalten müsse, deren Inhalt die Erzeugung des Rechtes (II, P. 3) oder die Zwangsanwendung (II, P. 7) reguliert, aufmerksam zu machen. Hiebei verstanden wir unter naturrechtlicher Auffassung die Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes. Begnügt man sich hiemit nicht und betrachtet man auch die absolute ethische Richtigkeit des apriori feststehenden Rechtsinhaltes als zum Begriffe des Naturrechtes gehörig, so ist der naturrechtliche Charakter der in Frage stehenden Behauptungen schon nicht evident.

[2]) Wirtschaft und Recht, 1896, S. 176 bis 184. Stammler meint andererseits, es sei „wohl möglich, in der Negative Rechtssätze aufzuweisen, welche apriori als unberechtigt bestimmt werden müssen" (z. B. Menschenfresserei und Sklaventum als Rechtseinrichtungen, S. 654, Anm. 92). Diese unbedingt unrichtigen positiven Rechtssätze Stammlers bedeuten offenbar etwas ganz anderes, als was wir im Text als negatives Naturrecht bezeichnen. Stammler spricht von gewissen „Schranken, innerhalb deren überhaupt nur von objektiv berechtigten" Rechtssätzen geredet werden kann, außerhalb dieser Schranken kann zwar von einem Rechte, aber bloß von einem absolut unrichtigen Rechte geredet werden (ebenda). Wir dagegen wollen solche Grenzen bezeichnen, innerhalb deren überhaupt nur von positiven Rechtsinhalten geredet werden kann; außerhalb dieser Grenzen kann von einem Rechte überhaupt nicht ge-

satze zum Naturrecht ist der Inhalt des positiven Rechtes stets durch die empirischen Verhältnisse bedingt, veränderlich und wandelbar[1]).

Es läßt sich nun die Frage aufwerfen, ob diese Veränderlichkeit, diese „Zufälligkeit" des positiven Rechtsinhaltes nicht ihre Grenzen habe.

Ganz abgesehen davon, daß das Zustandekommen des „zufälligen" Rechtsinhaltes stets durch die historischen Verhältnisse bedingt, also in diesem Sinne kausal „notwendig" ist, muß unserer Ansicht nach festgestellt werden, daß der wandelbare Rechtsinhalt seine unwandelbaren logischen, physischen, soziologischen und ethischen Grenzen hat. Was logisch unmöglich ist, kann auch nicht Inhalt von Rechtsnormen werden; es können nur solche Inhalte zum Rechte werden, die sich logisch vertragen, die sich z. B. nicht widersprechen; auch der Gesetzgeber kann nicht zugleich und am selben Orte etwas und den Gegensatz davon zum Gesetze machen[2]). Was physisch unmöglich ist, kann ebenfalls nicht zum Inhalte von Rechtsnormen werden; der Ukas des russischen Zaren, der den kranken Matrosen befahl, unverzüglich gesund zu werden, hat wohl kaum einen verständlichen juristischen Sinn. Es ist zweifellos, daß der positive Rechtsinhalt auch soziologische Grenzen besitzt; dies folgt schon daraus, daß im Begriffe des Rechtes auch soziologische Elemente enthalten sind, daß zum Wesen des positiven Rechtes auch soziologische Fakta gehören; die Rechtsinhaltsbegriffe dürfen mit den Rechtswesensbegriffen nicht in Kollision geraten; sind gewisse menschliche Handlungen als faktische soziale Vorgänge zur Positivität des Rechtes notwendig, so können diese Handlungen durch den besonderen Rechtsinhalt nicht verboten werden; gehört es zum Wesen des positiven Rechtes, daß es veränderlich sei, so kann durch den Inhalt der Rechtsnormen die Veränderung des Rechtes, jede neue Rechtserzeugung, nicht untersagt werden; leges in perpetuum valiturae sind keine ernst zu nehmenden Erscheinungen der Rechtswelt und ebenso wäre es ein ganz vergebliches Unterfangen, den Satz „lex posterior derogat priori" durch einen Beschluß der gesetzgebenden Organe außer Kraft setzen zu wollen. Die schwierigste Frage ist sicherlich die, ob der mögliche Rechtsinhalt auch ethische Grenzen habe. Wir wollen nicht bezweifeln, daß das positive Recht die Grenzen des Ethischen überschreiten kann, daß es ein unrichtiges, ungerechtes, unmoralisches

sprochen werden. Die Richtigkeit der jetzt in Frage stehenden Ansicht Stammlers, die in der Literatur bestritten worden ist, können wir in diesem Zusammenhange natürlich nicht untersuchen.

[1]) Vgl. auch Kelsen: Die Idee des Naturrechtes, S. 225: „Die Normen des positiven Rechtes stammen aus der Willkür einer menschlichen Autorität ... Sie regeln ein Lebensverhältnis nicht in der Weise..., daß es durch Normen des positiven Rechtes nicht auch anders geregelt werden könnte...".

[2]) Mit der Frage der logischen Grenzen der positiven Rechtserzeugung haben wir uns in unserem Aufsatz: Das Logische im Recht, a.a.O., S. 162ff., befaßt.

Recht geben kann[1]); es fragt sich aber, ob sich das Recht von der Moral gänzlich loslösen könne, ob auch das moralisch Ungeheuerlichste zum Inhalt des positiven Rechtes werden könne[2]). Wir sind der Ansicht, daß der Satz „sunt certi denique fines" auch hier angewendet werden kann und daß der Rechtserzeugung auch gewisse — jedenfalls sehr weite und äußerst schwer festzustellende — moralische Grenzen vorgezeichnet sind[3]). Wie man sich aber auch zu dieser letzten Frage stellen mag, es ist jedenfalls unzweifelhaft, daß sich der mögliche Rechtsinhalt innerhalb bestimmter logischer und physischer und auch soziologischer Schranken halten muß.

Sind wir aber mit der Konstatierung der unwandelbaren Grenzen des wandelbaren Rechtsinhaltes nicht bei der naturrechtlichen Auffassung angelangt? Kelsen selbst bezeichnet seine Theorie der Grundnorm als transzendentallogisches Naturrecht[4]). Und die verschiedenartigen Vorwürfe des logischen Naturrechtes, die gegen ihn erhoben wurden, enthalten ebenfalls den Gedanken, daß eine Auffassung, derzufolge das positive Recht logische „Voraussetzungen" hat, von „überpositiven" logischen Elementen durchsetzt ist, als naturrechtlich bezeichnet werden müsse[5]).

Unserer Ansicht nach ist die Anwendung des terminus technicus „Naturrecht" auf den in Frage stehenden Sachverhalt nicht glücklich. Beim Naturrechte handelt es sich um einen a priori feststehenden Rechtsinhalt, bei dem uns jetzt beschäftigenden Problem handelt es

[1]) Cathrein ist der entgegengesetzten Ansicht und meint, der Begriff des ungerechten Rechtes schließe einen Widerspruch in sich: „Ungerechte Gesetze werden in demselben Sinne Gesetze oder Rechtsnormen genannt, wie man von falschem Gold, von dem falschen Demetrius oder von einem falschen Freunde spricht" (Recht, Naturrecht und positives Recht, 1901, S. 182). Vgl. Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 128.

[2]) Es ist zweifellos, daß z. B. das Recht ungerechte Hinrichtungen anordnen kann; ist aber eine Rechtsordnung möglich, die die Bestimmung enthält, daß alle Neugeborenen hingerichtet werden sollen? Es ist zweifellos, daß das Recht für die Tat des einen Menschen einen anderen Menschen verantwortlich machen kann; ist aber eine Rechtsordnung denkbar, die bestimmt, daß für die menschlichen Handlungen immer und ausnahmslos andere als die Handelnden verantwortlich gemacht werden sollen? Die Frage, ob durch diese beispielsweise erwähnten ungeheuerlichen Verletzungen der Moral nicht geradezu das soziale Leben unmöglich gemacht wäre, ob also auch hier von der soziologischen Unmöglichkeit des in Frage stehenden Rechtsinhaltes zu sprechen wäre, wollen wir hier nicht untersuchen. Der Beweis hiefür, daß das gesellschaftliche Leben ohne ein Minimum des Moralischen nicht möglich ist, bedeutet keine Widerlegung der Ansicht, daß das positive Recht ein Minimum an Moralischem unbedingt beobachten müsse.

[3]) Vgl. meine Schrift: Zum ewigen Frieden. Grundriß einer Philosophie des Pazifismus und des Anarchismus, 1930, S. 65.

[4]) Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 66.

[5]) Vgl. Horváth: a. a. O., S. 531/32.

sich dagegen bloß um die Grenzen des möglichen positiven Rechtsinhaltes; dieser selbst bleibt aber noch völlig unbestimmt, oder genauer, es wird bloß negativ festgestellt, was er nicht sein könne. Aus den Grenzen des positiven Rechtes folgt noch keine einzige inhaltliche Rechtsvorschrift. Will man das Nichtüberschreiten der in Frage stehenden Grenzen als Voraussetzung des positiven Rechtes auffassen, so kann man doch nicht diese Voraussetzung, die jeden positiven Rechtsinhalt erst möglich macht, als Naturrecht dem positiven Rechte gegenüberstellen.

Wollte man aber dennoch die in Frage stehenden Grenzen des positiven Rechtsinhaltes negatives Naturrecht nennen, so würde dies, um einen Vergleich Kelsens zu gebrauchen, um nichts mehr bedeuten, als wollte man die Feststellung der Grenzen der Erfahrung als Metaphysik bezeichnen[1]).

Obige Ausführungen wollen zu Ehren des großen Rechtsphilosophen, mit dessen Lehren sie sich beschäftigen, verfaßt sein. In wichtigen und grundlegenden Auffassungen mit Kelsen gleicher Meinung sein zu können, ist jedoch vornehmlich für den Verfasser dieser Zeilen ehrend. Daß er auch einige kritische Bemerkungen vorzubringen hatte, ist um so natürlicher, als er nicht aus der Wiener rechtsphilosophischen Schule hervorgegangen, sondern aus einer grundsätzlich anderen Richtung gekommen ist. Gerade diese kritischen Bemerkungen, die sich als Rankwerk um den gewaltigen Stamm der Reinen Rechtslehre klammern, möchte er als bescheidene literarische Gabe dem kritischen Forschergeiste des illustren Fünfzigjährigen vorlegen. Wer schon in den Jahren des schönsten Mannesalters das Bewußtsein haben kann, in dem unendlichen Erkenntnisprozesse Bleibendes, die Flut der ephemeren Lehrmeinungen hoch Überragendes geleistet zu haben, der wird auch aus dem durch die Kraft seines Geistes bewegten polemischen Strome des zeitgenössischen Denkens, aus dem Wellenschlage der abweichenden Meinungen, die Melodie des non omnis moriar heraushören müssen.

[1]) Vgl. Kelsen: a. a. O., S. 66.

*SONDERABDRUCK*
AUS
DIE ENTSTEHUNG EINER INTERNATIONALEN WISSENSCHAFTSPOLITIK
DIE GRUNDLAGEN DER UNGARISCHEN WISSENSCHAFTSPOLITIK
HERAUSGEGEBEN
Von DR. ZOLTÁN MAGYARY
FELIX MEINER VERLAG. LEIPZIG 1932.

# GESCHICHTE DER RECHTSWISSENSCHAFTEN IN UNGARN.

Von JULIUS MOÓR.

Die Rechtswissenschaften nahmen im geistigen Leben Ungarns von jeher einen vornehmen Platz ein. Nach einer allgemein verbreiteten Anschauung — die wir noch im staatsrechtlichen Hauptwerke eines Michael BENCSIK *(Novissima Diaeta* etc. Tyrnau, 1722) wiederholt vorgetragen finden — wurden als Berufe, die eines Edelmannes würdig sind, nur das Kriegshandwerk und die Beschäftigung mit der Rechtswissenschaft angesehn. Jahrhunderte hindurch war das Leitmotiv des ungarischen nationalen Lebens die Verteidigung der althergebrachten Verfassung; das Recht erschien mit dem Leben der Nation aufs innigste verbunden; dieser Umstand verlieh auch der Rechtswissenschaft besonderen nationalen Wert und Charakter.

Der juristische Geist, womit das Denken der Nation durchtränkt war, schuf schon im Mittelalter *die Lehre von der heiligen Krone,* eine der bedeutendsten staats- und rechtstheoretischen Auffassungen, die heute noch zum Teil einen Grundpfeiler des ungarischen Staatsrechts bildet. Nach der Lehre von der heiligen Krone ist der apostolische König das Haupt und sind die politisch Berechtigten (die Adligen) die Glieder der heiligen Krone; sie selbst ist die Quelle aller öffentlichen und privaten Rechte, so vornehmlich auch die Quelle jedes Landbesitzes. In einer Epoche, wo im übrigen Europa das Feudalsystem die Entwicklung des Staatsgedankens hemmte, war diese *organische* Auffassung des Staates, die wir aus der Lehre von der heiligen Krone herauslesen können, zweifelsohne eine bemerkenswerte Erscheinung. Die Auffassung von dem öffentlichrechtlichen Ursprunge der Privatrechte — oder, wie wir uns heute ausdrücken würden, von dem Primate des öffentlichen Rechts — mutet ebenfalls wie eine ganz moderne rechtstheoretische Ansicht an.

Der grosse Jurist, der die rechtlichen Anschauungen seiner Nation in einer zu seiner Zeit mustergültigen Art zusammenfasste, war Stefan WERBŐCZY (1460—1541). Ihm fiel die Aufgabe zu, das gesamte geltende Recht seines Vaterlandes zu kodifizieren; die bei der Lösung dieser Aufgabe befolgte wissenschaftliche Methode sowie die im Werke Werbőczys enthal-

tenen wissenschaftlichen Erörterungen verliehen seinem Werke indes nicht nur den Charakter eines gesetzgebenden sondern auch den eines wissenschaftlichen Werkes. Das Rechtsbuch Werbőczys — das den Titel *Tripartitum opus juris consuetudinarii inclyti regni Hungariae* (I. Ausgabe: Wien, 1517) trug — konnte aus formalen Gründen keine Gesetzeskraft erlangen, besass aber durch gewohnheitsrechtliche Anwendung volle Rechtsverbindlichkeit. Mehr als dreihundert Jahre hindurch richtete sich das ungarische Leben nach ihm und die ältere ungarische Rechtswissenschaft betrachtete es als ihre Bibel. Eines der grössten Verdienste Werbőczys war es, dass er seine hohe Rechtsgelehrsamkeit mit dem Kultus der nationalen Rechtsanschauungen vereinen konnte. Vom Einfluss des zu seiner Zeit in der ganzen Welt zum höchsten Ansehen gelangten römischen Rechts konnte auch er sich nicht gänzlich freimachen, folgte ihm indes nur in allgemeinen Betrachtungen über das Wesen des Rechts und in seinen Erörterungen der Grundbegriffe und der allgemeinen Lehren des Rechts. Sonst war er ein treuer Dolmetsch der ungarischen Rechtsanschauungen. Dadurch, dass er das überlieferte Rechtsmaterial des heimischen Rechts sammelte, in eine systematische Einheit brachte und so einen ungarischen Kodex schuf, liess sich die Rezeption des römischen Rechts in Ungarn leicht vermeiden.[1] Diese Zusammenstellung eines einheitlichen ungarischen Rechtskodex hatte ausserdem noch die hohe geschichtliche Bedeutung, die Einheit des Rechts — besonders die des Privatrechts — auch in der bald nach dem Erscheinen des Tripartitums einsetzenden traurigen Zeit der politischen Zerstückelung des Landes zu gewährleisten.

Die politische Dreiteilung des Landes und die fürchterlichen Türkenkriege haben die Entwicklung der Rechtswissenschaften nicht begünstigt. Die Gründung der Universität in Nagyszombat (Tyrnau) durch Kardinal Pázmány (1635) (s. Universitäten), besonders nachdem zu ihrer Theologischen und Philosophischen Fakultät im Jahre 1667 eine Juristische Fakultät hinzugetreten, war dagegen von förderndem Einfluss auf die Rechtswissenschaften. Im 17. Jahrhundert können wir die Anfänge einer beginnenden rechtswissenschaftlichen Literatur beobachten. Nach dem 1593 erschienenen Werke des DECIUS BAROVIUS[2] erschien das lange Zeit hindurch allge-

[1] Der österreichische Gelehrte *Tomaschek* behauptet in seiner Abhandlung: *Über eine in Österreich in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts geschriebene Summa Legum incerti auctoris und ihr Quellenverhältnis zu dem Stadtrechte von Wiener-Neustadt und dem Werbőczischen Tripartitum* (Wien 1883. Sitzungsberichte der phil.-hist. Klasse der Kais. Akademie der Wissenschaften CV. Bd. II. H.), dass Werbőczy die Grundbegriffe und die allgemeinen Lehren des Rechts unmittelbar dieser Summa entlehnt habe. Die ungarische Fachkritik hat seither bewiesen, dass diese Behauptung des österreichischen Gelehrten sehr übertrieben ist; denn wenn es auch nicht ausgeschlossen ist, dass Werbőczy die genannte Summa benützte, so kann man doch in vielen Fällen beweisen, dass er bei der Formulierung seiner allgemeinen Lehren unmittelbar aus den römischen Institutiones und Digesta schöpfte. Bei der im Texte skizzierten Stellung Werbőczys zum römischen Recht ist übrigens diese Kontroverse von geringerer Bedeutung.

[2] Syntagma institutionum iuris Imperialis ac Ungarici. Kolozsvár (Klausenburg) 1593.

mein benutzte Werk von KITONICH DE KOSZTAVICZA: *Directio Methodica Processus Judicarii.*[3] [4] Aber nicht nur die Anfänge der sich allmählich entfaltenden zivilistischen Literatur sondern auch die der Staatsrechtswissenschaft lassen sich in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts beobachten. Aus der Reihe dieser publizistischen Veröffentlichungen sind die Werke von ARTNER, SCHÖDEL, BERNEGGER, LOCHNER und PANKRATZ anzuführen.[5]

Einen grösseren Aufschwung konnten die Rechtswissenschaften jedoch erst erleben, als Ende des 17. und zu Anfang des 18. Jahrhunderts die Türken aus dem Lande vertrieben wurden, der wissenschaftliche Unterricht durch die Reformen der Königin Maria Theresia neugeordnet und die Universität von Nagyszombat (Tyrnau) i. J. 1777 in die 1686 zurückeroberte Hauptstadt Buda (bzw. 1784 in deren Schwesterstadt Pest) verlegt wurde.

Aus der rechtswissenschaftlichen Produktion des 18. Jahrhunderts müssen wir neben den staatsrechtlichen Werken von BENCSIK, JONY und ÜRMÉNYI[6] und den zivilistischen Werken eines Johann SZEGEDY[7] und des Siebenbürgischen Rechtsgelehrten Andreas HUSZTI[8] besonders das ausgezeichnete Werk von Stefan HUSZTI: *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum* (Buda, 1745) hervorheben, das nicht nur als eine sich vom Systeme Werbőczys selbständigmachende originelle Bearbeitung des Privatrechts und der zivilistischen Rechtsgebiete betrachtet werden kann, sondern dessen 3. Buch gleichzeitig den Anfang der verhältnismässig spät beginnenden ungarischen *strafrechtswissenschaftlichen* Literatur bedeutet.[9] Im 18. Jahrhundert begann mit den Werken von BOSSÁNYI, KÖLESÉRY, LAKITS, FILO, ROSOS, DIENES und BREZANÓCZY auch die ungarische *naturrechtliche* Literatur;[10] man kann aber sogleich darauf hinweisen, dass infolge des starkausgebildeten geschichtlichen Sinnes der ungarischen Nation die naturrechtli-

[3] Nagyszombat (Tyrnau) 1619.

[4] Aus der Literatur des 17. Jahrhunderts müssen noch die Werke von Franz *Otrokocsi-Foris* hervorgehoben werden: Breve specimen introductionis in Iurisprudentiam methodicam und Experimentum reductionis Iuris Hungarici ad suos fontes. Nagyszombat (Tyrnau) 1699.

[5] *Artner:* De regno Hungariae, Tübingen 1624; *Schödel:* Disquisitio hist. polit. de regno Hungariae 1629; *Bernegger:* Discursio hist.-politica (1629); *Lochner:* Facies juris publici Hungariae, Tübingen 1666; *Pancratz:* Tractatus polit.-hist. juridicus juris publici Regni Hungariae, Kassa 1668.

[6] *Lencsik:* Novissima dieta etc. sive propositiones academicae, Nagyszombat (Tyrnau), 1722; *Jony:* Tractatus Juris Publ. R. Hungariae, Jena, 1756; Josef *Ürményi:* Ius publicum Regni Hungariae, 1791.

[7] Tripartitum Iuris Ungarici Tyrocinium, Nagyszombat (Tyrnau) 1734.

[8] Jurisprudentia Hungarico-Transsylvanica, Nagyszeben (Hermannstadt) 1742.

[9] Aus der Anfangszeit der ungarischen Strafrechtswissenschaft kann ausserdem noch das Werk von *Goschetz:* Praxis criminalis Inclyti Regni Hungariae (Buda 1746); und *Bcdó:* Jurisprudentia Criminalis etc. secundum praxis et Constitutiones Hungaricas (Pozsony 1851) genannt werden.

[10] Wolfgang *Bossányi:* Tripartitum iuris philosophici actibus logicis principia tradens, Nagyszombat (Tyrnaviae 1706); Samuel *Köleséry:* Axiomata juris naturae de cfficiis justi, honesti et decori cum introductione paraenetica (Cibinii 1723); Georg *Lakits:* Institutio elementorum juris naturalis (Buda, 1778); Johann *Filó:* Ius naturae I—II. (Tyrnaviae, 1781); Paul *Rosos:* Dissertatio iuris publici uni-

chen Auffassungen niemals bedeutenderen Einfluss auf die ungarische Rechtswissenschaft gewonnen haben. — Ende des 18. Jahrhunderts entwickelte sich auch ein aus mehreren Hundert meist kleineren Schriften bestehendes Schrifttum *politischen* Inhalts, darin sich zumeist die politischen Auffassungen der Aufklärung und die der französischen Revolution widerspiegeln;[11] diese Literatur übte aber einen äusserst geringen Einfluss auf die Zeitgenossen aus und war eigentlich schon ganz in Vergessenheit geraten, als in den 30-er und 40-er Jahren des 19. Jahrhunderts das ungarische geistige Leben von dem Wunsche nach Reformen bewegt wurde, die in dieser politischen Literatur um das Jahr 1790 fast ausnahmslos bereits ihren Vertreter gefunden hatten. — Ebenfalls Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts begannen meistens schon auf Grund archivalischer Forschungen äusserst wertvolle *rechtshistorische* Veröffentlichungen, aus deren Reihe besonders die eines Adam KOLLÁR (1718—1783), eines Martin Georg KOVACHICH (1744—1821) und eines Josef Nikolaus KOVACHICH[12] (1798—1878) erwähnt werden können.

Die schon im 18. Jahrhundert durch bedeutende Werke bereicherte ungarische Rechtswissenschaft kam in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu noch grösserer Entfaltung. Auf dem zivilistischen Rechtsgebiete erschienen die bedeutenden Werke eines Alexander KÖVY, Emmerich KELEMEN und Paul SZLEMENICS[13] und nach solchen Vorgängern trat einer der grössten ungarischen Juristen, Ignaz FRANK, mit seinem klassischen Werke: *Principia iuris civilis Hungarici* (2 Bde, Pest, 1829) auf. Dieses Werk gehört — besonders in seiner gänzlich umgearbeiteten, in ungarischer Sprache verfassten Form: *Közigazság törvénye Magyarhonban* (Buda, 1845) — zu den bleibenden Werten der ungarischen Rechtswissenschaft. — Aber auch die bisher vernachlässigte *Strafrechtswissenschaft* erhielt nennenswerte Vertreter, aus deren Reihe besonders Matthias VUCHETICH hervorzuheben ist.[14] Ausser-

versalis de interna rerumpublicarum securitate, (Pestini, 1777); *Dienes:* Erklärung der Behauptungen über die natürlichen Gesetze (ung.), 1792; Adam *Brezanóczy:* Explanatio juris naturae politici, (Posonii 1796).

[11] Die bedeutendsten darunter sind: Graf Alois *Batthyány:* Ad amicam aurem, 1790—91; Ignatz *Martinovics:* Oratio ad proceres, 1791; Oratio pro Leopoldo ab Hungaris proceribus accusato, 1792; Status regni Hungariae 1792; Josef *Hajnóczy:* Dissertatio politica-publica de Regiae potestatis in Hungaria limitibus, 1791; De comitiis Regni Hungariae deque organisatione eorundem dissert. jur. publici Hungarici, 1791.

[12] A. *Kollár:* De originalibus et usu perpetuo potestatis legislatoriae, Vindobonae, 1764; Historiae iurisque publici regni Ungariae amoenitates, Vindobonae, 1783. — M. G. *Kovachich:* Vestigia comitiorum apud Hungaros... celebratorum, Budae, 1790. — J .N. *Kovachich:* Sylloge decretorum comitialium, Pesthini, 1818.

[13] A. *Kövy:* Elementa Jurisprudentiae Hungaricae. Kassa, 1880; Summarium Elementorum Jurisprudentiae Hungaricae. Sárospatak, 1822; Magyar polgári törvény, Sárospatak 1822; — E. *Kelemen:* Institutiones juris privati Hungarici. Pest, 1814; — P. *Szlemenics:* Elementa iuris civilis Hungarici, Pozsony 1823; Közönséges törvényszéki polgári magyar törvény, Posony 1823. — [Weniger bedeutend sind: *Fleischhacker:* Institutiones iuris Hungarici (Pozsony 1795); *Gcörch:* Honny törvény (Pest 1804).]

[14] *Vuchetich:* Institutiones Juris Criminalis Hungarici, Buda 1819. [Ausserdem kann noch genannt werden der in der Reihe der Zivilisten bereits erwähnte Paul

dem entfaltete sich in den 30-er und 40-er Jahren des 19. Jahrhunderts eine starke und gesunde Bewegung zur Reform des Strafrechts. Aus dieser Bewegung, die literarisch zahlreiche äussert wertvolle strafrechtliche Monographien hervorbrachte,[15] ging *der Gesetzentwurf vom Jahre 1843* hervor. Dieser Gesetzentwurf, der sowohl das materielle Strafrecht als auch das Strafprozessrecht und das Gefängniswesen umfasste, ist zum grössten Teil das Werk des grossen Juristen und Staatsmannes Franz DEÁK. Der Entwurf, der bei der Behandlung mancher Fragen mit den modernsten heutigen Strafgesetzbüchern übereinstimmt und der in gewisser Hinsicht als weit höherstehend betrachtet werden muss als das gegenwärtig in Geltung stehende ungarische Strafgesetzbuch (Ges. Art. V. 1878), konnte leider keine Gesetzeskraft erlangen. Wäre dies geschehn, so hätte Ungarn seinerzeit das beste Strafgesetzbuch Europas besessen.[16] Der hohe Wert und die originelle wissenschaftliche Auffassung des Entwurfes von 1843 ist übrigens auch in der deutschen Fachliteratur durch Mittermaier lobend anerkannt worden.[17]

Verhältnismässig langsamer als die der Privatrechtswissenschaft ging die Entwicklung der *Staatsrechtswissenschaft* vor sich. Im Jahre 1851 erschien endlich das grosse Werk des Grafen Anton CZIRÁKY: *Conspectus juris publici Regni Hungariae,* das mit dem 1854 erschienenen Werke des Naturrechtlehrers Anton VIROZSIL: *Ius publicum Regni Hungariae*[18] einen würdigen Abschluss der sich mit der ständischen Staatsverfassung befassenden rechtswissenschaftlichen Literatur bildete.[19] Beide behandelten ihren Gegenstand mehr vom historischen als vom dogmatischen Standpunkte aus; der Umstand, dass die ungarische Verfassung von jeher eine geschichtliche war, lässt übrigens die Anlehnung der Staatsrechtswissenschaft an die Geschichte als gewissermassen berechtigt erscheinen. Staatsrechtswissenschaft und Rechtsgeschichte waren zur Zeit von Cziraky überaus innig verbunden und

*Szlemenics* mit seinem Werke: Elementa Juris Criminalis Hungarici (Posonii 1817), das unter dem Titel Fenyítő törvényszéki magyar törvény (Buda 1836) auch in ungarischer Sprache erschien.]

[15] Aus dieser Literatur sind besonders die Monographien von Ladislaus *Szalay* (Codificatio 1840. Vom Strafverfahren mit besonderer Berücksichtigung der Schwurgerichte. Ung. 1841), ferner die Schriften von B. *Szemere*, Baron J. *Eötvös*, *Lukács* und *Csacskó* hervorzuheben.

[16] Der Gesetzentwurf ist in der Übersetzung von *Pulszky* und *Szalay* auch in deutscher Sprache erschienen: Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Ungarn und die damit verbundenen Teile. Durch eine Reichstags-Deputation in den Jahren 1841—43 ausgearbeitet. Aus dem ungarischen Originaltexte übertragen. (Leipzig. Adolf Frohberger. 1843.)

[17] *Mittermaier:* Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Ungarn. (Im Archiv für Kriminalrecht 1843, sowie im Sammelwerk: Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung. Bd. II. S. 217 ff. 1843.)

[18] Dieses Werk ist in umgearbeiteter Form unter dem Titel: Staatsrecht des Königreiches Ungarn, vom Standpunkte der Geschichte und der vom Beginn des Reiches bis zum Jahre 1848 bestandenen Landesverfassung (Pest 1865—66. 3 Bde) auch in deutscher Sprache erschienen.

[19] Aus der früheren Literatur kann das nicht ganz einwandfreie Werk *Gustermanns:* Ungarisches Staatsrecht (1818) und das in ungarischer Sprache verfasste Werk *Beöthys:* Ungarisches öffentliches Recht (1846) angeführt werden.

Graf CZIRÁKY selbst finden wir mit seinem Zeitgenossen Georg BARTAI auch in der Reihe der ersten grossen ungarischen Rechtshistoriker.[20]

Die freie Entwicklung der *philosophischen Rechts- und Staatslehre* wurde in Ungarn eine zeitlang dadurch gehemmt, dass die Reformen der Königin Maria Theresia, die dem Naturrechte auf der Peter Pázmány-Universität und den 5 königlichen Rechtsakademien Lehrstühle verschafften, zugleich die Lehrbücher der Wiener Professoren MARTINI[21] und SONNENFELS[22] als Leitfäden der Vorlesungen aus dem Naturrechte und aus den politico-cameralistischen Wissenschaften vorschrieben. (1777.) Diese Vorschrift bestand formell bis 1848 und diesem Umstande ist es zuzuschreiben, dass die ersten naturrechtlichen Werke in Ungarn bis Ende der 1830-er Jahre meistens in dem Geiste MARTINIS — und da Martini ein Anhänger Chr. WOLFFS war — in dessen Geist verfasst wurden. Nur auf den Lehrstühlen der protestantischen Rechtsakademien finden wir bereits Anfang des 19. Jahrhunderts Anhänger der Kantischen Philosophie und der im Geiste dieser Philosophie verfassten naturrechtlichen Systeme.[23] In den 30-er Jahren erschienen die grossen naturrechtlichen Werke von *Anton Virozsil,* die auf Kantischer Grundlage ein mit grosser Gelehrsamkeit und edler philosophischer Auffassung begründetes, auf der Höhe der zeitgenössischen europäischen Wissenschaft stehendes System des Naturrechts boten.[24]

Die erwähnten naturrechtlichen Richtungen haben aber, da sie sich fern vom tatsächlichen Leben hielten, sehr wenig zur Umgestaltung des im beginnenden 19. Jahrhundert bereits allzusehr veralteten ungarischen Rechtssystems beigetragen. Unter der Führung des *grössten Ungarn,* des Grafen Stefan SZÉCHENYI entstand aber in den 20-er, 30-er und 40-er Jahren des 19. Jahrhunderts eine gewaltige literarische und politische Bewegung, die sich die Umformung und Modernisierung des ganzen ungarischen wirtschaftlichen und politischen Lebens wie des Rechtssystems zum Ziele setzte. Die bereits erwähnten Bestrebungen zur Reform des Strafrechts waren nur ein

[20] *Czirâky:* Ordo Historiae Juris Civilis Hungarici 1794; Disquisitio historica de modo consequendi summum imperium in Hungaria (Budae 1820). — *Bartal:* Commentariorum ad Historiam status jurisque publici Hungariae aevi medii libri XV. (Posonii 1847.)

[21] Carolus Antonius *Martini:* Positiones de jure civitatis. Viennae 1768.

[22] Josef *Sonnenfels:* Grundsätze der Polizei-, Handlungs- und Finanzwissenschaft. Wien 1765—76.

[23] So: Samuel *Fuchs:* Elementa iuris naturae (Leutsoviae 1803) und *Sz. Szilágyi* János: Természeti Törvénytudomány (Szigethen 1813). Dieses Werk war das erste in ungarischer Sprache verfasste systematische Lehrbuch des Naturrechts. — Als Vertreter des Naturrechts aus dieser Zeit können noch genannt werden: *Szibenliszt:* (Institutiones iuris naturalis, 1820—28), *Albélyi* (Praecognita philos. iuris, 1831), *Bánó* (Elementa jurisprudentiae naturalis, 1836), *Csacskó* (Einführung in das Naturrecht, ung., 1839), *Ujfalussy* (Die drei natürlichen Gesetze, ung., 1852), *Gerlóczy* (Angewandte Vernunftrechtslehre, ung., 1862).

[24] Ius naturae privatum. methodo critica deductum (Pestini, 1833, 3 Bde); Epitomae iuris naturae seu universae doctrinae juris philosophicae (Pesthini 1839); Encyclopädie u. Methodologie des juridisch-politischen Studiums, oder der gesammten Rechts- und Staatswissenschaften (Ofen 1852. Vgl. über dieses Werk

Zweig dieser grossen Reformbewegung. Graf Széchenyi war kein Jurist von Beruf; dennoch war er der erste, der in ungarischer Sprache ein das ganze ungarische Rechtssystem berücksichtigendes rechtspolitisches Werk verfasste, darin er mit dem Scharfblick eines Propheten die notwendigen Reformen bezeichnete. Dieses Werk war das *Stadium* (1833) und die Reformen, die in den darin entwickelten *XII Tafelgesetzen* befürwortet wurden, sind heute Gemeingut des ungarischen Rechts. Aus der Reihe der Vorkämpfer dieser mächtigen Reformbewegung, die grosse und geniale Männer in einer Fülle hervorbrachte wie keine andere Epoche der ungarischen Geschichte, sollen nur Baron Josef EÖTVÖS, Franz DEÁK und als Publizist Ludwig KOSSUTH genannt werden.

Wenn wir die oben skizzierte rechtswissenschaftliche Literatur der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts überblicken, kann uns nicht entgehen, dass die rechtswissenschaftlichen Werke, von wenigen Ausnahmen abgesehen, zu dieser Zeit noch immer in lateinischer Sprache verfasst waren. Das kann indes nicht verwundern, wenn man bedenkt, dass die Sprache der Gesetze, der legislatorischen Körperschaften, der oberen Gerichte und Regierungsbehörden bis in die 30-er Jahre ebenfalls lateinisch war. Das Verdienst der oben erwähnten grossen Reformbewegung war es, dass sie der ungarischen Sprache auf diesen Gebieten zu ihrem Recht verholfen hat. An dem Umstand, dass die Sprache der Rechtswissenschaft ebenfalls ungarisch geworden ist, hat andererseits — wie in der Ausbildung der ungarischen wissenschaftlichen Sprache überhaupt — die *Ungarische Akademie der Wissenschaften* den grössten Anteil.[25]

Das Jahr 1848 bedeutete einen gewaltigen Einschnitt in der Geschichte der ungarischen Rechtswissenschaft. Die oben erwähnte grosse Reformbewegung führte durch die Gesetze des Jahres 1848 zur gänzlichen Umänderung des staatlichen Lebens und des Rechtssystems. Die Rechtswissenschaft steht aber mit dem staatlichen Leben in innigster Verbindung. In der Rechtswissenschaft *vor 1848* spiegelte sich der ständische Staat mit seinem Recht und diese Rechtswissenschaft erschien in dem Gewande der fremden lateinischen Sprache. *Nach 1848* oder richtiger — den Zeitraum der absoluten Zwischen-Herrschaft abgerechnet — *nach 1867* finden wir den modernen ungarischen Staat mit seiner in ihrem äusseren Gewande vollständig ungarisch gewordenen Rechtswissenschaft.

Die grosse Umwandlung des Staatslebens konnte nicht ungehindert auf friedlichem Wege vor sich gehen. Der Freiheitskampf von 1848/49

*Ahrens:* Jurist. Encyclopädie, Wien 1855. S. 5.) — Die *staatsrechtlichen* Werke *Virozsils* haben wir oben bereits erwähnt. — Virozsil übte auch als Universitätsprofessor von 1832 bis 1862 auf der Pester, von 1863 bis 1865 auf der Wiener Universität einen bedeutenden Einfluss auf seine Hörer aus.

[25] Über die Förderung der Rechtswissenschaften durch die Ungarische Akademie der Wissenschaften vgl. die gelegentlich der Säkularfeier der Akademie verfasste vortreffliche Abhandlung von Géza *Magyary: Die Ungarische Akademie der Wissenschaften und die ungarische Rechtswissenschaft* im Sammelwerk *A Magyar Tudományos Akadémia első évszázada*, Budapest, 1926.

und der darauf folgende Absolutismus waren den Rechtswissenschaften nicht förderlich. Erst der Ausgleich von 1867 sicherte die freie Entfaltung des politischen und geistigen Lebens. Der nach 1867 erfolgte gewaltige Ausbau des modernen ungarischen Staates und seiner Einrichtungen, die auf verschiedenen Rechtsgebieten begonnenen oder gar zum erfolgreichen Abschluss gebrachten Kodifikationen beanspruchten in hohem Masse die Arbeit der Rechtswissenschaft und lieferten ihr andererseit reichlich Gegenstand zur dogmatischen Bearbeitung. Die bis zum Ausbruch des Weltkriegs verflossenen mehr als vier Jahrzente bedeuten die Blütezeit der ungarischen Rechtswissenschaft. Es war das eine Zeit wissenschaftlicher Vertiefung und weitgehender Spezialisierung. Der Weltkrieg und die ihm folgende Zerstückelung des ungarischen Staates mit den daraus erwachsenden politischen, finanziellen, sozialen und wirtschaftlichen Nöten hinderten dagegen die juristische Arbeit beträchtlich. Die blühende ungarische Rechtswissenschaft erstarrte in diesen fürchterlichen und traurigen Jahren. Die durch ungewöhnlich rasch wechselnde Verhältnisse erforderte Rechtsgestaltung mit ihrem provisorischen, ephemeren und sofort veraltenden Rechte bot keinen festen Untergrund für den Bau der Rechtswissenschaften. Erst in jüngster Zeit machen sich die Zeichen einer neubeginnenden verheissungsvollen Entwicklung bemerkbar als Folgeerscheinungen der zunehmenden Konsolidierung des Staates und der unerhörten opfervollen Anstrengungen des armen, durch die Friedensverträge arg misshandelten Landes auf kulturellem Gebiete.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen ist — der erwähnten zunehmenden Spezialisierung der Rechtswissenschaften entsprechend — ein flüchtiger Blick auf die Produktion der verschiedenen Rechtsgebiete in den letzten 60—70 Jahren unerlässlich.

1. Auf dem Gebiete des *Staatsrechts* müssen wir als den unsterblichen Repräsentanten der ungarischen staatsrechtlichen Auffassung, den Schöpfer des Ausgleichs von 1867, Franz DEÁK und sein klassisches Werk: *Adalék a magyar közjoghoz* (Pest, 1865, im gleichen Jahre deutsch: Ein Beitrag zum ungarischen Staatsrecht) erwähnen. Dem leitenden Gesichtspunkte Deáks, dem Gedanken der Rechtskontinuität, entsprechend war der Ausgleich vom Jahre 1867 eine organische Fortbildung der Gesetze des Jahres 1848. Diese wiederum verwarfen nicht die althergebrachte Verfassung, sondern bildeten sie abändernd fort. Bei dem grossen Unterschiede zwischen dem ständischen und dem modernen ungarischen Staate ist die Verfassung des letzteren eine historische Verfassung. Aufgrund dieser Auffassung herrschte die Behandlung des Staatsrechts nach geschichtlichen Gesichtspunkten lange Zeit auch nach dem Ausgleiche vor, so in den systematischen Werken von RÉCSI (1861), KORBULY (1871), BONCZ (1877) und KISS (1886). Anhänger der historischen Methode ist noch in neuerer Zeit Gejza FERDINÁNDY (1902). Die streng dogmatische Behandlung des Staatsrechts findet dagegen in Ernst NAGY (1887; 7. Aufl. 1914), Karl KMETY (1900; 6. Aufl. 1926), und in jüngster Zeit in Moritz TOMCSÁNYI (1926) ausge-

zeichnete Vertreter.[26] Ausser diesen systematischen Bearbeitungen des Staatsrechts, — in deren Reihe noch die jüngst erschienenen Werke von Koloman MOLNÁR (1926) und Franz FALUHELYI (1926) genannt werden können — entsteht eine überaus reiche und wertvolle Literatur der monographischen Werke. Aus der Reihe der Verfasser bedeutender Monographien sollen Edmund POLNER, Michael RÉZ, Béla GRÜNWALD, Graf Albert APPONYI, Ladislaus BUZA, Julius JOÓ, Stefan CSEKEY und Oliver EÖTTEVÉNYI-NAGY erwähnt werden.

2. Als bedeutendste Vertreter der sich von der Verfassungsrechtswissenschaft abtrennenden *Verwaltungsrechtswissenschaft* sind die Verfasser systematischer Handbücher Karl KMETY (1898), Viktor JÁSZI (1907), Alexius BOÉR (1912), Moritz TOMCSÁNYI (1926) und die Verfasser ausgezeichneter Monographien Stefan EREKY, Zoltán MAGYARY und Stefan EGYED zu nennen.[27]

3. Was die ungarische *Völkerrechtswissenschaft* anlangt, so muss festgestellt werden, dass sie sich nicht in dem Masse entwickelt hat wie die anderen Zweige der ungarischen Rechtswissenschaft. Der Grund hiefür ist vermutlich in dem Umstande zu finden, dass Ungarn nach den Bestimmungen des Ausgleichs mit Österreich die völkerrechtliche Selbstständigkeit fehlte und dass infolgedessen die äussere Politik und die Fragen des internationalen Rechts zum grossen Teile aus dem Interessenkreise des ungarischen öffentlichen Lebens herausfielen. Aus der einschlägigen spärlichen Literatur können wir die systematischen Werke von Stefan APÁTHY (1888), Johann CSARADA (1901), Gustav GRATZ (1899), Albert IRK (1929), Julius THEGZE (1930) und die Monographien von Arpád FERENCZY, Baron Wilhelm LERS, Ernst WITTMANN, Olivér EÖTTEVÉNYI-NAGY, Ladislaus BUZA, Franz FALUHELYI, Paul AUER und die unten noch zu nennenden Arbeiten Géza MAGYARYS erwähnen.

4. Auf dem Gebiete des *Strafrechts* und des *Strafprozessrechts* sind als Verfasser systematischer Werke Theodor PAULER (1864), Aladár SCHNIERER (1871), Ladislaus FAYER (1895) und aus der neueren Literatur Karl EDVI-ILLÉS, Eugen BALOGH, Franz VARGHA, Franz FINKEY, Paul ANGYAL und Rusztem VÁMBÉRY zu nennen. Als Schöpfer des Strafgesetzbuchs vom Jahre 1878 muss Karl CSEMEGI und als Verfasser besonders wertvoller Monographien Baron Julius WLASSICS und Eugen BALOGH, ferner Alfred DOLESCHALL, Adolf LUKÁTS und Nikolaus DEGRÉ hervorgehoben werden. In neuerer Zeit scheint die kriminologische Richtung die dogmatische Behandlung strafrechtlicher Fragen etwas zurückgedrängt zu haben. Aus

[26] Das in deutscher Sprache verfasste Ungarische Verfassungsrecht von Heinrich *Marczali*, das in dem von *Huber, Jellinek, Laband* und *Piloty* herausgegebenen Sammelwerk: *Das öffentliche Recht der Gegenwart* im Jahre 1911 erschienen ist, ist leider eine unverlässliche Dilettantenarbeit. Vgl. diesbezüglich die Kritik von Edmund *Pelner:* Ein ungarisches Staatsrecht (Ungarische Rundschau. Jg. I. 1912. S. 483—525) und die von Oliver *Eöttevényi-Nagy:* Kritik über Heinrich Marczalis Ungarisches Verfassungsrecht. (Zeitschrift für Politik. Bd. VI. S. 691—701.)

[27] Aus der Reihe der älteren Autoren kann noch Georg *Fésüs* (1887) u. Koloman *Csiky* (1889) erwähnt werden.

der jüngsten Literatur können Albert IRK, Erwin HACKER, Andreas KOVÁCS, Erich HELLER und Elemér BALÁS erwähnt werden.

5. Auf dem Gebiete des *Zivilprozessrechts* müssen wir vor allem einen der grössten ungarischen Juristen, Alexander PLÓSZ, erwähnen. Seine scharfsinnigen und originellen Arbeiten eröffneten der wissenschaftlichen Bearbeitung der Theorie des Prozessrechts neue Richtungen. Seine ausgezeichnete Schrift: *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* (1880) ist auch in der deutschen Literatur wohl bekannt und gewürdigt.[28] Ihm, als dem Schöpfer der ungarischen Zivilprozessordnung vom Jahre 1911, ist es zuzuschreiben, dass Ungarn heute eine vom wissenschaftlichen Standpunkte mustergültige Zivilprozessordnung besitzt.

Nicht nur ausgezeichnete Monographien sondern auch eine überaus wertvolle systematische Bearbeitung des ungarischen Zivilprozessrechts haben wir Géza MAGYARY zu verdanken. (2. Aufl. 1924.) Durch die Beschäftigung mit prozessrechtlichen Fragen der internationalen Gerichtsbarkeit wandte sich sein Interesse auch dem internationalen Recht zu und er hat auch auf diesem Gebiete, wo das Recht so oft mit der Politik vermischt wird, durch die streng juristische Behandlung seines Gegenstandes Wertvolles geleistet.[29]

Verdienstvolle Werke auf dem Gebiete des Zivilprozessrechts wurden ausserdem noch von Karl TÓTH, Georg JANCSÓ, Johann VINKLER, Artur MESZLÉNYI, Desider FALCSIK und Eugen BACSÓ veröffentlicht.

6. Auf dem Gebiete des *Privatrechts* hat sich das wissenschaftliche Interesse in hohem Masse den seit den 60-er Jahren fortgesetzten Vorarbeiten zur Abfassung eines Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches zugewendet. Auf dem Gebiete der dogmatischen Literatur sind die tiefschürfenden Werke Beni GROSSCHMIDS — wahre Schatzgruben des juristischen Denkens — theoretisch am wertvollsten.[30] Von hohem theoretischen Werte sind auch die Schriften von Gustav SZÁSZY-SCHWARZ.[31] — Aus der Reihe der systematischen Werke sind das verbreitete Handbuch von ZLINSZKY (1880; 8. Auflage 1902, in der vorzüglichen Umarbeitung von Joh. REINER), das den historischen Gesichtspunkt besonders berücksichtigende Werk von

[28] Aus der Reihe seiner zahlreichen Schriften sollen nur die in deutscher Sprache verfassten Abhandlungen: Die Natur der Vermutung (Festschrift f. Wach, 1913) und die Zwei Vorträge aus dem ungarischen Zivilprozessrecht (Berlin 1917) genannt werden.

[29] In deutscher Sprache veröffentlichte er das Werk: Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Völkerbunde (Berlin 1922), in französischer Sprache erschien sein: Projet revisé d'un règlement de procédure relative à la protection des minorités (Budapest, 1923) und La juridiction de la Cour permanente de justice internationale, préface de Charles *Dupuis* (Paris 1931).

[30] Seine Hauptwerke sind: Kapitel aus unserem Obligationsrechte. I—II. Budapest 1898/99, (ung.); Privatrechtliche Studien, I—II. Budapest, 1901 (ung.); Privatrechtliche Vorlesungen, Budapest 1905 (ung.).

[31] Vgl. seine deutsch verfasste Arbeit: Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen (Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 32, H. 1. S. 11—139.)

KOLOSVÁRY (1904, 1930), der klare Grundriss von Karl SZLADITS (1909) und das in deutscher Sprache verfasste Werk von Anton ALMÁSY[32] hervorzuheben. Als Verfasser verdienstvoller Monographien sollen neben den als Verfasser von systematischen Werken schon Genannten Albert KISS, Ludwig TÓTH und Kaspar MENYHÁRT genannt werden.

7. Auf dem Gebiete des *Handelsrechts* sind aus der Reihe der systematischen Erscheinungen besonders das Werk von Stefan APÁTHY (1876), das klare Handbuch von Franz NAGY (1884; 8. Aufl. 1913), das Handbuch von Anton KLUPATHY (4. Aufl. 1906) und das Lehrbuch von Edmund KUNCZ (1922) hervorzuheben. Ausgezeichnete und scharfsinnige *Handbücher des Wechselrechts* besitzen wir aus der Feder von Alexander PLÓSZ (3. Aufl. 1895) und Franz NAGY (6. Aufl. 1910). — Als literarische Vertreter dieses Rechtsgebiets sind ausserdem noch zu nennen: Alexander K. TÚRY, Bernhard SICHERMANN, Ferdinand BAUMGARTEN, Marzell MÁRTONFFY, Géza BOZÓKY und Julius BUDAY.

8. Auf dem Gebiete des *Kirchenrechts* haben Alexander KONEK, Julius K. KOVÁTS, Johann REINER, Anton NOTTER, Franz HANUY, Stefan SIPOS, Ignátz KOSUTÁNY und Justin BARANYAY Vorzügliches geleistet. — Es können ausserdem die grossen Verdienste, die sich der jetzige Kardinal-Fürstprimas von Ungarn, Justinian SERÉDI bei den Kodifikationsarbeiten des neuen *Codex Juris Canonici* und durch Verfassung des grossen Werkes *Fontes Juris Canonici* erworben hat, keinesfalls unerwähnt bleiben.

9. Als wissenschaftliche Bearbeiter des *römischen Rechts* — das in Ungarn bei weitem nicht die Bedeutung hatte wie in Deutschland — sind Paul HOFFMANN, Emil RÉCSI, Thomas VÉCSEY, Martin SZENTMIKLÓSI, Moritz KISS und aus der jüngeren Generation Géza MARTON und Koloman SZEMÉLYI hervorzuheben. — Mit tiefem historischem Verständnis und origineller Auffassung wurde die *römische Rechtsgeschichte* durch Ludwig FARKAS bearbeitet.[33]

10. Die ungarische *rechtshistorische* Forschung hat in Emmerich HAJNIK einen wahrhaft grossen Vertreter gefunden. Seine Werke — besonders *Die ungarische Gerichtsverfassung und das ungarische Prozessrecht zur Zeit der Könige aus dem Árpádenhause und aus verschiedenen Häusern* (ung.), das die Geschichte des ungarischen Prozessrechts bis 1526 behandelt — sind Musterwerke von bleibendem Werte. Aus der Reihe der Rechtshistoriker müssen ausserdem Alexius DÓSA *(Siebenbürgische Rechtswissenschaft* [ung.] I—III. Kolozsvár, 1861), Gustav WENZEL, Klemens

[32] Anton *Almási:* Ungarisches Privatrecht, I—II. 1922—1923. (Ungarische Bibliothek II. Reihe 1—3. Heft, Berlin.)

[33] Dr. Ludwig *Farkas:* Die Geschichte des römischen Rechts (ung.), Kolozsvár (Klausenburg), I. Bd. 1892, (4. Aufl. 1906.), II. Bd. 1895. (3. Aufl. 1905.) — Die Publikationen seines Schülers Valamir *Meltzl* erfolgten zum grössten Teil in deutscher Sprache (Abhandlungen zur römischen Rechtsgeschichte I—XI. 1907—1911. Kolozsvár).

ÓVÁRY, Alexander KOLOSVÁRY, Ákos TIMON,[34] Johann KIRÁLY, Josef ILLÉS, Felix SCHILLER, Stefan EREKY, Zoltán KÉRÉSZY, Stefan ZSINDELY, Béla IVÁNYI, Johann VINKLER, Josef HOLUB, Franz ECKHART und Béla BARANYAY rühmend hervorgehoben werden.

11. Auf dem Gebiete der *Rechts- und Staatsphilosophie* müssen wir vor allem das hervorragende Werk des Barons Josef EÖTVÖS, von ihm selbst ins Deutsche übersetzt: *Der Einfluss der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat.* (2 Teile. Leipzig, 1851—54. F. A. Brockhaus) erwähnen. In diesem klassischen Werke der ungarischen Wissenschaft behandelte der Verfasser den Freiheits-, Gleichheits- und Nationalitätsgedanken als die führenden Ideen des Jahrhunderts; er fand nach einer scharfsinnigen Analyse, dass alle drei Ideen, wie sie gewöhnlich verstanden werden, einander wechselseitig widersprechen und dass ihre Verwirklichung ohne Zerstörung der bisherigen Staatsformen unmöglich ist. Mit grosser Ursprünglichkeit unternahm er sodann die Lösung des Problems, in welchem Sinne und inwieweit die genannten Ideen im modernen Staate verwirklicht werden können und trachtete, indem er die Ideen der Gleichheit und der Nationalität der Idee der individuellen Freiheit unterordnete, das richtige Verhältnis der Staatsgewalt zur individuellen Freiheit zu bestimmen.[35]

Auf den Pfaden des Naturrechts wandelte ein bedeutender Zeitgenosse von Eötvös der Rechtsphilosoph Theodor PAULER, der Nachfolger Anton VIROZSILS auf dem Lehrstuhle des Vernunftrechts an der Budapester Universität. Er hatte mit seinem Vorgänger auch die Kantianische Auffassung gemeinsam. Seine mit grösster Gelehrsamkeit und umfassender Kenntnis der in- und ausländischen Literatur verfassten Werke erschienen in ungarischer Sprache.[36] Pauler war der letzte grosse Vertreter der naturrechtlichen Auffassung auf ungarischem Boden. Nach ihm haben sich positivistische und soziologische Auffassungen des ungarischen rechtsphilo-

[34] Deutsch: Ákos *Timon:* Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte. Nach der zweiten vermehrten Auflage übersetzt von Dr. Felix Schiller. (Berlin 1904.)

[35] Das Werk von *Eötvös* wurde auch durch die ausländische Fachkritik vorteilhaft besprochen. Der Münchener Universitätsprofessor *Fallmerayer* stellte es neben — ja in gewisser Hinsicht über — *Montesquieus* Esprit des Lois und fasste seine Meinung darüber in der folgenden Äusserung zusammen: „Wird aber die Welt in staatlicher Sache jemals klug, was freilich noch nicht entschieden ist, so wird sie es allerdings nur auf dem Wege, den uns Herr von Eötvös zeigt". *(Fallmerayer:* Gesammelte Werke 1861. II. S. 195—222.) Vgl. ferner J. C. *Bluntschli:* Geschichte des Allgemeinen Staatsrechts und der Politik (München 1864) S. 619—622; Edouard *Laboulaye* L'état et ses limites (Revue nationale et étrangère 1860. nov.); *Cherbuliez* (Bibl. univ. de Genève 1853. Febr. S. 173. 1855. Okt. S. 180) etc. — (Neben dem grossen Werke von *Eötvös* kann man noch das ebenfalls das Problem der Freiheit behandelnde Werk Johann *Bonczurs:* A szabadság és társadalmi rend elméletei [Theorien der Freiheit und der sozialen Ordnung, Pest 1848] erwähnen.)

[36] Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften (ung.). Pest 1851; Einführung in die Vernunftrechtslehre (ung.), Pest 1852; Grundlehren der Vernunftrechtslehre (ung.), Pest 1854; Propädeutik der Vernunftrechtslehre (ung.), (eine Zusammenfassung der beiden letztgenannten Werke), Pest 1864; Beiträge zur Geschichte der vaterländischen Rechtswissenschaft (ung.), Budapest 1878.

sophischen Denkens bemächtigt. Dabei hat aber auch das Naturrecht bis in die neueren Zeiten vereinzelt seine Anhänger gefunden.[37]

Der Gelehrte, der den Einfluss der französischen positiven und der englischen evolutionistischen Philosophie sowie der soziologischen Richtung auf die ungarische Rechtsphilosophie vermittelte, war August PULSZKY. Sein grosses Werk: *Grundlehren der Rechts- und Staatsphilosophie* (ung.) Budapest 1885, das auch in englischer Übersetzung erschien,[38] verstand es jedoch die gewichtige Rolle der sozialen Ideale im gesellschaftlichen Leben gebührend zu würdigen und sich so von den verbreiteten naturalistischen Einseitigkeiten der soziologischen Auffassungen fernzuhalten.[39]

Vertreter einer einseitigen naturalistischen soziologischen Auffassung war hingegen Julius PIKLER, der die Rechtsphilosophie als die Naturwissenschaft des Rechts begründen wollte.[40] Die Anhänger der utilitaristisch-evolutionistischen Auffassung Piklers sowie die sich um die Zeitschrift *Huszadik Század* (Zwanzigstes Jahrhundert, Jahrgang 1900—1919) scharenden Soziologen — aus deren Reihe Oskar JÁSZI, Felix SOMLÓ, Erwin SZABÓ und Rusztem VÁMBÉRY genannt werden können, — verknüpften übrigens ihren naturwissenschaftlich-soziologischen Standpunkt mit den politischen Anschauungen des Radikalismus. In mancher Hinsicht berührten sie sich mit der materialistischen Geschichtsauffassung und besonders durch Erwin SZABÓ, einen theoretisch gebildeten Verfechter der modernen syndikalistischen Theorie, mit der Arbeiterbewegung.

Zu diesem Kreise gehörte in der ersten Phase seiner wissenschaftlichen Entwicklung der heute im Auslande vielleicht am meisten bekannte ungarische Rechtsphilosoph Felix SOMLÓ (1873—1920). Nachdem er aber seine philosophische Grundanschauung geändert und sich vom Standpunkte der Philosophie Spencers auf die Grundlage der Kantischen Philosophie umgestellt hatte, wechselte er auch seine rechtsphilosophischen Ansichten und verfasste als Neukantianer sein grosses Werk, die *Juristische Grundlehre*.[41] Der nachhaltige Eindruck, den dieses in deutscher Sprache ver-

[37] So z. B. Dr. Rudolf *Werner:* Geschichte der philosophischen Rechtswissenschaft (ung.), Budapest 1875 und Dr. Alexander *Esterházy:* Handbuch der philosophischen Rechtswissenschaft (ung.), Kassa 1897.

[38] The Theorie of Law and Civil Society (London, 1888). Besprechungen von Sidgwick (English Historical Review, 1888, S. 761—767; The Law Quarterly, 1888, S. 454; Westminster Review, March 1888, S. 381).

[39] Neben *Pulszky* kann als einer der ersten Vertreter der soziologischen Richtung in Ungarn Leo *Beöthy* (1839—1886) mit seinem Werke: Anfänge der sozialen Entwicklung (ung.) Budapest 1882, genannt werden.

[40] Vgl. J. *Pikler:* Einführung in die Rechtsphilosophie (ung.), Budapest 1892; ferner Von der Entstehung und Entwicklung des Rechts (ung.), Budapest 1897. — Später hat sich Pikler dem Studium der physiologischen Psychologie gewidmet, so in seinen deutsch verfassten Werken: Das Grundgesetz alles neuropsychischen Lebens (Leipzig 1900), Physik des Seelenlebens (Leipzig 1901), Sinnesphysiologische Untersuchungen (Leipzig 1917), Hypothesenfreie Theorie der Gegenfarben (Leipzig 1919).

[41] Leipzig, 1917; 2. Auflage, Leipzig, 1927. Verlag Felix Meiner.

fasste Werk auf die deutsche und ausserdeutsche rechtstheoretische Literatur ausgeübt hat, bildet ein starkes Band zwischen dem heutigen ungarischen und ausländischen rechtsphilosophischen Denken, um das sich das Werk Somlós durch die scharfe Scheidung der mit dem Begriffe des Rechts bereits gegebenen Rechtswesensbegriffe (der sog. *juristischen Grundbegriffe*) von den sich nach dem jeweiligen Inhalt der rechtlichen Regelung richtenden *Rechtsinhaltsbegriffen* ein bleibendes Verdienst erwarb.[42]

Ebenfalls auf Neukantianischer Grundlage und des Näheren von dem Gedanken ausgehend, dass die Rechtsphilosophie die Präsuppositionen der Rechtswissenschaften zu entwickeln habe, versuchte Julius Moór ein System der Rechtsphilosophie zu entwerfen.[43] Julius THEGZE haben wir eine verdienstvolle monographische Behandlung der organischen Gesellschaftstheorien zu verdanken.[44] Ausserdem haben Eugen KUNZ, Elias POLLAK, Dionys DARVAI, Josef RUBER und Barna HORVÁTH grössere oder kleinere monographische Schriften auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie veröffentlicht; es hat sich ferner Stefan DÉKÁNY durch die Bereicherung der ungarischen soziologischen Literatur Verdienste erworben.[45]

Auf dem Gebiete der *politischen Wissenschaft* hat sich um die Begründung der Politik als selbständiger Disziplin August KARVASY sehr verdient gemacht.[46] Als Vertreter der organischen Staatsauffassung müssen wir Julius KAUTZ und sein mit grosser Gelehrsamkeit und ausserordentlichen literarischen Kenntnissen verfasstes Werk: *Politik oder Regierungslehre* (ung.), (Pest, 1862)[47] hervorheben. Vertreter der organischen Staatstheorie sind noch Johann Nep. KOGLER[48] und Moritz PISZTÓRY.[49] Vertreter einer ethischen Staatsauffassung ist dagegen Ignaz KUNCZ mit seinem Werke: *Lehr-*

[42] Vgl. die Schilderung der wissenschaftlichen Tätigkeit *Somlós* in dem Vorworte von Julius Moór zu dem posthumen: Gedanken zu einer Ersten Philosophie (Berlin 1926).

[43] Einführung in die Rechtsphilosophie (ung.), Budapest 1923; Macht, Recht, Moral (Szeged 1922); Das Logische im Recht (Zeitschrift f. Theorie des Rechts, 1928); Zum ewigen Frieden. Grundriss einer Philosophie des Pazifismus und des Anarchismus, Leipzig 1930; Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus (in der Kelsen-Festschrift: Gesellschaft, Staat u. Recht, Wien 1931); Theorie der juristischen Personen (ung.), Budapest 1931.

[44] Organische Theorien der Gesellschaftslehre und die Theorie von der Persönlichkeit des Staates (ung.), Budapest 1900. — Ferner: Theorie der Gesellschaft, des Staates und des Rechts (ung.), Debrecen 1924.

[45] Gesellschaftsbildende Kräfte (ung.), (Budapest, 1920); Einführung in die Psychologie der Gesellschaft (ung.), (Pécs, 1923). — Über die ungarische Rechtsphilosophie vgl. auch die Abhandlung Barna *Horváths* im Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 24, H. 1, 1930, S. 37—85.

[46] Systematische Darstellung der politischen Wissenschaften, I—III. (ung.), (Győr, 1843—44); Verfassungs- und Justizpolitik (ung.), (Pest, 1862); Die Polizeiwissenschaft (ung.), (Pest, 1862); Die Polizeiwissenschaft und die Kulturpolitik (ung). (Pest, 1870).

[47] Die 2. und 3. Auflage dieses Werkes (Budapest 1876—1877) führt den Titel: Handbuch der politischen Wissenschaft.

[48] Allgemeine oder theoretische Staatslehre (ung.), Pest, 1868.

[49] Die Lehre vom Wesen des Staates und Verfassungspolitik (ung.), Pest, 1872.

*buch des Nationalstaates* (ung., Pozsony, 1888; 3. Aufl. Kolozsvár, 1902). Ein origineller Denker und scharfer Kritiker — besonders auch der aristotelischen Auffassungen vom Staate — ist Julius SCHWARCZ mit seinen zahlreichen zum Teil in deutscher Sprache veröffentlichten Werken.[50]

Einen ausserordentlich grossen Einfluss auf die Entwicklung der ungarischen politischen Wissenschaft hat Viktor CONCHA ausgeübt. Und dies nicht nur durch sein auf dem Boden der Hegelschen Philosophie aufgebautes und den Gedanken der ethischen Staatspersönlichkeit hervorhebendes imposantes System[51] sondern auch durch seine 56-jährige unermüdliche Tätigkeit als Universitätsprofessor und die Gründung einer eigenen Schule. In seinem Geiste arbeitete Wilhelm HAENDEL,[52] Josef BARABÁSI-KUN,[53] Béla TUKA,[54] Alexander KRISZTICS;[55] aus seiner Schule ist auch Arthur BALOGH[56] hervorgegangen. Nicht zur Schule von Concha gehörende vorzügliche Vertreter der politischen Wissenschaft in der neueren ungarischen Literatur sind Michael RÉZ[57] und Paul SZANDTNER.[58]

* * *

Diese flüchtige Übersicht über die Geschichte der Rechtswissenschaften in Ungarn zeigt, dass ihre Entwicklung eng mit dem Leben der Nation verbunden war und dass ihnen schon darum natürlicherweise ein hervorragend nationaler Charakter eigen sein musste. Bei ihrem gesunden praktischen und

[50] Elemente der Politik, Versuch einer Staatslehre auf Grundlage der vergleichenden Staatsrechtswissenschaft und Kulturgeschichte, 1895; Die Demokratie von Athen (Leipzig 1877—1882); Die römische Massenherrschaft (Leipzig, 1883); Die Staatsformen des Aristoteles und die moderne Staatswissenschaft (1884); Kritik der Staatsformen des Aristoteles (Eisenach, 1890); Montesquieu und die Verantwortlichkeit der Räte des Monarchen in England, Aragonien, Ungarn, Siebenbürgen und Schweden. 1189—1748. (Leipzig, 1892); Versuch einer Zusammensetzung des parlament. Staatsrats (Budapest—Leipzig, 1879).

[51] Dieses System hat er in seinem grossen Werke: Politik, Bd. I. Verfassungslehre (ung.), Budapest, 1894, Bd. II. Verwaltungslehre (ung.), Budapest, 1905, ausgearbeitet. Aus der Reihe seiner zahlreichen Schriften seien noch: Verfassungen der Neuzeit (ung.), Bd. I—II., (1884—1888) und Die Reformideen der 90-er Jahren und ihre Vorgeschichte (ung.) (1885) angeführt.

[52] *Haendel:* A parlamentarizmus. (Budapest, 1900.)

[53] J. *Kun:* Volk, Nation, Nationalität (ung.), 1908. — Einführung in die Politik (ung.), Budapest, 1916.

[54] B. *Tuka:* Die Freiheit (ung.), Budapest, 1910.

[55] A. *Krisztics:* Nation und Staat (ung.), Budapest, 1914.

[56] A. *Balogh:* Die Legislative (ung.), (1899); Die Auffassung des Staates nach der Lehre von der ungarischen Heiligen Krone (ung.), (1903); Die Wissenschaft vom Staate (ung.), (1909); Politika (1911).

[57] M. *Réz:* Studien (ung.), Budapest, 1909 und sein nachgelassenes Werk: System des geschichtlichen Realismus (ung.), Budapest, 1924.

[58] *Szandtner:* Das Problem des Untertanengehorsams (ung.), Nagyvárad, 1914., Vgl. über dieses Werk die Kritik in der Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht, II. Jg. Wien, 1917. S. 738—757. In der genannten Zeitschrift finden sich übrigens auch Besprechungen von einigen anderen neueren ungarischen Werken staatsrechtlichen oder politischen Inhalts.

stark ausgebildeten historischen Sinne liess sich die ungarische Rechtswissenschaft übrigens sehr wenig von allgemeinen Theorien leiten. Wir konnten uns andererseits aber auch davon überzeugen, dass die europäischen Geistesströmungen in der ungarischen Rechts- und Staatswissenschaft stets lebendigen Widerhall gefunden haben. Dabei sind freilich die Worte des vorzüglichen ungarischen Rechtshistorikers Gustav Wenzel nicht zu vergessen, dass nämlich „in unserem geistigen Leben die wissenschaftlichen Gegensätze niemals mit der scharfen Einseitigkeit und Ausschliesslichkeit wie in der deutschen Literatur ausgeprägt waren und es auch niemals sein werden". In fortwährender Fühlung mit dem Strome der europäischen Geistesrichtungen war die ungarische Rechtswissenschaft ihrerseits stets bestrebt, nicht nur vom nationalen sondern auch vom allgemein menschlichen Standpunkte aus Wertvolles zu leisten. Leider waren oft eben ihre hervorragendsten Werke dem Auslande infolge seiner Unkenntnis der ungarischen Sprache unzugänglich: indem sie sich aber bemühte manches auch in fremder, und zwar zumeist in deutscher Sprache darzubieten, hat die ungarische Rechtswissenschaft doch das Ihre — als Tribut für die reichlich empfangenen Einwirkungen — der ausländischen Rechtswissenschaft zurückgegeben.

# LES DIVERSES SOURCES DU DROIT, LEUR EQUILIBRE ET LEUR HIERARCHIE DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE HONGROIS.

par JULES MOÓR,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Budapest.

## I.

La littérature juridique hongroise fait une distinction entre les sources de droit *internes* et *externes*. Tandis que la source de droit *interne* consiste dans le facteur, notamment dans l'autorité qui crée la règle juridique, on appelle source de droit *externe*, la forme sous laquelle la règle juridique se présente et sous laquelle elle peut être discernée. Conformément à l'une ou à l'autre forme, forme expresse ou forme des faits concluents, sous lesquelles chacun des facteurs créateurs du droit peut instituer la règle juridique, il existe deux catégories de source de droit externe: *droit écrit et coutume*. On connaît encore d'autres catégories de la source de droit externe, mais celles-ci se divisent d'une manière différente, selon le genre du facteur créateur du droit, c'est à dire de la source de droit interne. Abstraction faite de la différence susindiquée, selon laquelle la source de droit interne est identique au facteur créateur du droit, et la source de droit externe est synonyme du résultat du fonctionnement de ce même facteur, on peut donc conclure que les différentes sortes de sources de droit *externes*, tout en impliquant la classification en droit écrit et coutume, se distinguent selon les diverses sortes de sources de droit *internes*.

La division susindiquée en sources de droit interne et externe correspond à peu près aux notions des sources de droit

2

*sociologiques et juridiques-logiques,* notions adoptées par la récente littérature juridique des pays étrangers, notamment de l'Allemagne. Selon cette doctrine, la source de droit *sociologique* comprend la totalité des forces sociales, des activités humaines qui conduisent à l'institution et à l'évolution du droit. L'examen de ces facteurs sociaux, créateurs du droit, conduit bien à la révélation de divers et complexes phénomènes sociaux qui constituent des causes directes ou indirectes de l'évolution juridique, mais auxquels, à notre avis, le terme technique „sources de droit" ne peut être purement et simplement appliqué. La notion de la source de droit, même dans ce sens sociologique, ne peut signifier que la cause *directe* du droit, c'est-à-dire le facteur (pouvoir) qui, ne se contentant pas d'influer sur l'évolution du droit, le produit et l'engendre d'une manière directe. Or, ce facteur ne peut être déterminé sans que nous soyons renseignés sur ce que nous entendons par droit. L'on voit donc que le sens *sociologique* de la source de droit n'est rien d'autre qu'une conséquence de la notion du droit, c'est-à-dire d'une conception *juridique-logique* de la source de droit, il signifie la source de nos connaissances du droit, c'est-à-dire la base de notre constatation qu'une norme est une règle juridique. Considérant qu'on ne peut reconnaître une norme comme règle juridique que si elle est conforme à la notion du droit, il appert que le sens *juridique-logique* de la source de droit se ramène également à la notion du droit, qui présentant un phénomène de la vie sociale, contient forcément des éléments *sociologiques.*

## II.

Suivant ses prémisses, nous n'entendons pas de nous prononcer ni pour ni contre dans cette discussion où il s'agit de savoir si la source de droit constitue la cause directe du droit (causa, principium fiendi) ou bien le moyen de sa connaissance (principium cognoscendi). Par contre, il y a un grand intérêt à souligner que le problème de la source de droit n'est pas exclusivement une question de droit positif, c'est-à-dire du contenu du droit. Bien que tout système juridique puisse contenir, et contienne, en effet, des prescriptions positives concernant l'origine du nouveau droit, c'est-à-dire une règlemen-

tation des sources de droit: le contenu du droit même ne peut être exclusivement décisif dans la question de l'origine du droit. Étant donné que l'origine du droit n'est qu'un phénomène de la vie sociale, la vie du droit a, en premier lieu, des conformités sociologiques. Sans doute, le droit est à même de pouvoir aussi réglementer le procédé sociologique de l'évolution juridique, comme du reste il peut réglementer tout procédé sociologique. De cette façon, le problème de l'origine du droit pourra revêtir un *double aspect:* signifiant, d'une part, la question des conformités sociologiques de l'origine du droit découlant de la notion même du droit, et, d'autre part, le problème de la réglementation positive à l'origine du droit.

Il est hors de doute que la question de la formation *originaire* du droit et celle de sa création *illégale* (le droit révolutionnaire et la coutume formée en contradiction avec les prescriptions du système juridique) ne sont pas des questions de droit *positif.*

Cependant, le problème le da formation *légale* du droit a bien le caractère de droit *positif.* Étant entendu que le droit légal est un droit qui s'est formé sur la base d'un droit déjà existant, ce problème ne peut se rapporter qu'à la question de l'origine du droit *dérivé, secondaire.*

Toutefois, on ne pourrait prétendre que même le problème de l'origine légale du droit soit composé exclusivement d'éléments de droit positif. Car, pour que le droit légal puisse se former, il ne suffit pas que la nouvelle règle soit édictée conformément aux prescriptions du droit en vigueur, il est encore nécessaire qu'elle entre en vigueur en réalité. L'origine et l'application du droit légal, de même que celles de chaque branche du droit, sont liées à des lois sociologiques, dont la réglementation positive (en ce qui concerne les questions de l'origine du droit) doit aussi tenir compte et qui restreignent en même temps cette réglementation positive, dans certaines limites. C'est ainsi par exemple que le droit écrit interdirait en vain la formation de la coutume ou énoncerait en vain l'abolition du principe de la *lex posterior derogat priori.*

De ces limites de la réglementation positive relative à l'origine du droit, limites qui sont en rapport avec le sens unique de la notion du droit et avec les lois sociologiques de la vie du droit, découle cette thèse intéressant particulièrement *la*

4

*science du droit comparé,* selon laquelle la réglementation positive de la matière des sources de droit révèle certaines ressemblances entre les différents systèmes juridiques.

Cette ressemblance des réglementations respectives des divers systèmes juridiques, consiste, en général, dans la désignation d'un organe supérieur constitutif de lois auquel sont subordonnés les autres organes analogues. Cette réglementation est nécessitée pour assurer l'unité du droit, et dérive de l'uniformité de la notion même du droit. En outre la coutume, est reconnue en général, comme source de droit, ce qui découle du caractère sociologique du droit et de la nécessité, au point de vue de la notion du droit, de la mise en vigueur effective des règles juridiques.

Une divergence qui pourrait se présenter lors de la réglementation du problème des sources de droit dans les divers systèmes juridiques devra se borner aux limites tracées par les lois sociologiques de l'origine du droit à la réglementation positive.

## III.

Lorsqu'on tient compte de l'historique et de l'état actuel du droit hongrois, on peut fixer les *traits caractéristiques* suivants de la *réglementation positive hongroise* relative aux sources de droit:

1. Comme dans le passé, *la coutume* joue encore un rôle éminent parmi les sources du droit hongrois. Son rôle prépondérant en *droit public* est en rapport étroit avec l'évolution historique des lois constitutionelles du pays qui, sans tenir compte de la coutume, ne peuvent même être comprises; il arrive encore que de nombreuses institutions politiques qui ne sont pas réglementées par des lois sont à la base de la coutume ancestrale. En ce qui concerne le rôle de la coutume en *droit privé,* son importance est caractérisée par le fait que le droit civil hongrois n'est pas même codifié de nos jours. Jusqu'en 1848, c'est le *Tripartitum* d'Étienne Werbőczy (1514) renfermant le droit coutumier du pays qui contenait le droit civil hongrois. Ce Code, par suite d'un vice de forme, n'étant pas entrée en vigueur, c'est la coutume qui en a assuré l'application pendant de longs siècles. La coutume encore était à la base

des *Règles Judiciaires Provisoires* établies en 1861. Et, enfin, de nos jours, les tribunaux hongrois, dès l'élaboration du *Projet du Code Civil,* s'en inspirent de plus en plus, ce qui aura pour résultat qu'il sera élevé au rang des sources de droit avant qu'il ne soit promulgée par la législation. On peut donc prétendre avec juste raison que, abstraction faite de l'Angleterre; il n'y a pas un seul pays en Europe où la coutume joue un rôle plus important qu'en Hongrie.

C'est de la manière suivante que la coutume est caractérisée dans le Tripartitum de Werbőczy (Prologus, Titulus 11): „Consuetudo autem triplicem habet virtutem. Scilicet interpretativam: est enim legum interpres optima . . . (§ 3); habet virtutem imitativam, quia imitatur legem, ubi definit lex (§ 5); habet virtutem obrogatoriam, quia derogat legi, quando est contra legem (§ 4)". Pour l'explication de la *virtus abrogatoria* et concernant l'équilibre de la coutume et de la loi, il établit encore les deux règles suivantes: „Pono igitur duas regulas. Prima est; quando praecedit consuetudo, et sequitur lex generalis contraria, tollit consuetudinem praecedentem. Secunda regula: quando lex praecedit, deinde sequitur consuetudo contraria legi, tollit legem praecedentem". (Pro Tit. § 2.) C'est encore la définition suivante de la coutume qui justifie l'entière équivalence de la coutume avec la loi: „Consuetudo . . . est jus quoddam, moribus illis introductum, qui autoritate publica legem condere potest". (Prol. Tit. 10. § 1.) C'est la nation (populus) qui détient ce suprême pouvoir législatif. (Prol. Tit. 13 § 2.) Il va sans dire que c'est le sens constitutionnel dans lequel la loi doit être conçue, question dont nous parlerons plus loin.

La conception susindiquée, que Werbőczy professe à l'égard de l'équivalence de la loi avec la coutume, constitue de nos jours encore la base fondamentale du droit hongrois. C'est ainsi que l'art. 19 de la loi fondamentale relative au pouvoir judiciaire (loi IV de l'année 1869) comporte que: „les juges devront procéder et prononcer conformément à la loi et à la *coutume légale*".

2. Tandis que la conception juridique hongroise a, par la voie de la coutume, admis dans une grande mesure l'effet législatif des faits, elle n'a jamais reconnu le *droit révolutionnaire.* Cette conception est peut-être liée à l'action salutaire de la coutume qui vérifie postérieurement les règles établies anté-

rieurement en l'absence des conditions formelles des lois ou même en violation des règles positives en vigueur, c'est-à-dire les règles originairement illégales. En effet l'histoire du droit hongrois, jusqu'à l'époque récente (1918—1919) ne témoigne pas d'une législation révolutionnaire. Le système juridique hongrois de la présente époque, qui s'est établi après les ébranlements révolutionnaires et contre-révolutionnaires sur l'ordre politique actuel provisoire, est toujours inspiré par la tendance à rétablir autant que possible l'état constitutionnel qui existait avant les révolutions: là, où la contrainte résultant de la situation changée met des obstacles à ce retour, c'est la coutume qui a succédé au nouvel ordre qui est appelée à assurer la continuité juridique.

C'est également la conception condamnant la législation révolutionnaire qui apparaît dans la négation par le droit hongrois du *décret-loi* (Notverordnung). Et, lorsqu'un danger menaçant la vie de l'État rend nécessaire et motive, par des considérations politiques, que le Gouvernement édicte des décrets qui signifient la suspension des lois et comprennent des dispositions appartenant à la compétence du corps législatif, ces décrets seront toujours considérés comme violations manifestes de la constitution et leur homologation postérieure par la législation sera toujours nécessaire. C'est de la même manière qu'a procédé dernièrement le Parlement lorsque, par la loi XXVI de l'année 1931, il a approuvé le décret d'urgence du mois de juillet du Gouvernement ordonnant la clôture des banques, et a autorisé le Gouvernement à disposer par des décrets en ces matières, appartenant à la compétence de la législation, tant que la sauvegarde de la vie économique et du crédit public le rendrait nécessaire. Le Gouvernement ne peut, en des matières appartenant à la compétence de la législation, disposer que sur la base de l'autorisation spéciale et expresse du Parlement, et, seulement et uniquement dans des cas déterminés. C'est dans ce sens-là que le Gouvernement fut autorisé par la loi LXIII de l'année 1912 pour le cas de guerre. (Décrets émis sur la base du pouvoir exceptionnel.)

3. En dehors de la coutume, c'est la *loi* qui constitue la source de droit principale du droit hongrois. Ces deux sources de droit, coordonnée l'une à l'autre, ont, en principe, la même force obligatoire. Cependant, en ce qui concerne leur portée

pratique, c'est la loi que la récente évolution juridique met de plus en plus au premier plan.

Ce qui caractérise le système juridique hongrois, c'est que la notion des *lois constitutionnelles ou des chartes,* dont la force obligatoire dépasserait celle des lois ordinaires, lui est étrangère. Les dénominations „lois constitutionnelles" ou „lois fondamentales" ne servent que pour déterminer le contenu de certaines lois, et désignent les lois qui réglementent des questions d'une importance fondamentale pour la vie de l'État; cependant, les conditions sous lesquelles ces lois pourraient être modifiées ne diffèrent pas de celles de la modification des lois ordinaires, et c'est exclusivement l'attachement de la nation aux institutions ancestrales qui garantit la durée prolongée des lois fondamentales de la constitution.

La distinction entre lois *formelles et matérielles,* distinction bien connue dans les législations d'autres États, n'est pas non plus connue dans le droit hongrois.

Ce qui caractérise encore la loi hongroise, c'est qu'elle ne fut jamais pareille à la conception de la loi de l'État absolu. Et, si à l'époque de la constitution seigneuriale, on retrouve dans la conception juridique hongroise la thèse considérant la loi comme un contrat intervenu entre le Roi et les états, ce n'est que la terminologie ancienne que l'on applique aujourd' hui à la pensée contemporaine du système parlementaire, pensée selon laquelle la loi est l'expression de la volonté de l'État réalisée conformément à des formalités rigoureusement établies en raison de la collaboration du chef de l'État et du Parlement. Cette *conception constitutionnelle* de la loi, ainsi que nous l'avons déjà signalée, est traditionnelle dans le système juridique hongrois. (Werbőczy, Trip. II. Tit. 3.)

A l'époque de la constitution seigneuriale, le pouvoir législatif indépendant du chef de l'État s'exerçait par une catégorie importante des sources de droit, les *privilèges royaux.* Ces privilèges ne pouvaient cependant contrevenir ni aux lois et coutumes, ni aux droits acquis d'autrui (salvo jure alieno). Leur rôle parmi les sources de droit d'aujourd'hui est fort insignifiant. En droit contemporain, les attributions législatives du chef de l'État se manifestent par l'émission — (dans les limites des lois et coutumes, et avec le contre-seing du ministre responsable) — d'un genre supérieur de décrets gouvernemen-

taux: les *décrets royaux* (du régent). C'est sous la forme de ces décrets que le pouvoir exécutif réglemente des questions particulièrement importantes.

4. Finalement, le système hongrois des sources de droit est caractérisé par les attributions étendues des *corps autonomes* en matière législative. Jusqu'en 1848, abstraction faite du rôle du Parlement et des autorités gouvernementales centrales, la vie publique, la législation, l'administration et la juridiction se déroulèrent au sein des corps autonomes (comitats, villes, territoires privilégiés), et, de cette façon, c'est le droit statutaire particulier qui, en grande partie, était chargé de la tâche du développement du droit. Et, comme c'était la loi et la coutume légale qui étaient directement à la base de l'autonomie des corps autonomes, leurs attributions d'établir des statuts s'exerçaient également indépendamment des autorités gouvernementales centrales, pour ainsi dire, dans un rapport de coordination avec celles-ci. Le rôle que jouaient les corps autonomes dans la vie publique, diminua considérablement à la suite de l'établissement de l'organisation moderne de l'État hongrois, lors de la seconde moitié du XIX$^{e}$ siècle et du développement des autorités royales de degrés moyen et inférieur soumises au gouvernement central; néanmoins, les statuts des corps autonomes locaux (comitat, cité et commune) continuent à jouer un rôle remarquable parmi les sources du droit contemporain.

## IV.

Tenant compte de ce que nous venons de dire, on peut établir *l'équilibre et la hiérarchie des diverses sources de droit* dans le système juridique hongrois de la façon suivante:

### A) *L'ordre des sources de droit écrites:*

1. *Loi,*

2. *Décret gouvernemental.* Celui-ci ne peut contrevenir ni à la loi ni à la coutume légale, et le juge est tenu d'examiner la légalité du décret avant de procéder à son application (art. 19 de la loi IV de l'année 1869). En ce qui concerne la force obligatoire des décrets gouvernementaux, ceux-ci peuvent être rangés en trois catégories:

a) *Décrets royaux (du régent)* ne pouvant être abrogés par les décrets ministériels;

b) *Décrets du conseil des ministres,* émis par le président du conseil des ministres au nom du Gouvernement sur la base de l'autorisation de ce dernier, et ne pouvant être abrogés par les décrets des ministres;

c) *Décrets des ministres.*

3. *Les statuts des corps autonomes.* Parmi ceux-ci, ce sont les statuts des corps autonomes de l'État qui sont les plus importants. En ce qui concerne leur force obligatoire, ils sont au nombre de deux:

a) *Statuts des municipes* (des comitats et des cités). Ceux-ci ne peuvent contrevenir aux lois et aux décrets du gouvernement et doivent être homologués par le ministre. Cependant, le gouvernement ne peut refuser l'homologation aux statuts établis par les corps autonomes dans leurs attributions, que si les statuts contreviennent aux lois ou aux décrets gouvernementaux. En cas de décision du ministre refusant l'homologation, il y a lieu de porter l'affaire devant le Haute Cour de Justice Administrative. Les statuts, dont l'établissement a été imposé aux municipes par une loi, peuvent aussi être modifiés au fond par le Gouvernement.

b) *Les statuts des communes.* Ceux-ci ne pouvent contrevenir ni à la loi, ni aux décrets gouvernementaux, ni aux statuts de leur propre municipe. Ils doivent être homologués par le municipe. Certaines catégories de statuts des communes doivent être homologuées par le ministre (art. 27, 28 de la loi XXII de l'année 1886).

C'est à propos des attributions législatives des corps autonomes qu'il faut rappeler les *attributions législatives des confessions autonomes* destinées à réglementer leurs affaires ecclésiastiques et scolaires dans les limites des lois et sous la surveillance du Gouvernement.

C'est encore ici qu'il faut faire mention des *Réglements intérieurs du Parlement.* Les deux Chambres du Parlement établissent à elles seules l'ordre de leur vie interne, et leurs réglements intérieurs succèdent immédiatement au rang de la loi. Car, tandis que d'autres genres de législation autonome sont soumis à la surveillance du Gouvernement, les réglements intérieurs du Parlement y sont soustraits.

10

En ce qui concerne la législation des corps autonomes en général, on peut dire qu'elle ne peut contrevenir aux décrets du Gouvernement, et qu'elle est soumise à la surveillance de celui-ci. C'est ainsi que le droit statutaire est, dans un certain sens, subordonné aux décrets gouvernementaux. Cette subordination est entière dans les affaires dont la réglementation fut imposée aux municipes par la loi. Toutefois, nous estimons que le droit statutaire réglementant en matière autonome proprement dite, tout en étant soumis à la surveillance du Gouvernement, se trouve en face du décret du Gouvernement en état de *coordination,* sans y être subordonné. Cette indépendance de la législation statutaire vis-à-vis des décrets gouvernementaux est basée sur son caractère de source de droit établi *directement par la loi et la coutume légale,* à l'égal des décrets gouvernementaux. On peut donc conclure que de même qu'il y a interdépendance du statut autonome avec le décret gouvernemental, celui-ci ne peut contrevenir non plus aux statuts établis dans les limites autonomes. Car, les décrets gouvernementaux, en violant les attributions autonomes, violeraient en même temps la loi. Les attributions autonomes se trouvent sous la sauvegarde judiciaire de la Haute Cour de Justice Administrative.

L'on voit donc que l'équilibre et l'harmonie des trois catégories des sources de droit mentionnées (loi, décret gouvernemental, statut) sont garantis.

4. Finalement, les *arrêts* des Hautes Cours font également partie des sources de droit écrites. Cependant, il faut remarquer que par cette opinion, nous nous trouvons en contradiction avec la conception générale de la science juridique hongroise qui estime que les arrêts indiqués, tout en contribuant au développement de la coutume, ne méritent pas le rang de sources de droit indépendantes. Ce n'est que dans une mesure fort restreinte que la Cour Suprême fut revêtue par la législation d'attributions créatrices de droit. Notamment, elle ne fut autorisée à remplacer les règles juridiques peu précises par des règles juridiques bien définies, que pour sauvegarder l'unité juridique menacée par une jurisprudence divergente. Même les arrêts ainsi rendus ne sont obligatoires que dans un cercle limité, c'est-à-dire pour les Chambres de la Haute Cour et les instances inférieures (art. 79 de la loi LIV de l'année 1912).

La situation est analogue à l'égard des arrêts de la Cour des Compétences (articles 7 à 10 de la loi XLIII de l'année 1928). En ce qui concerne les arrêts de la Haute Cour de Justice Administrative, la juridiction administrative n'étant organisée qu'en dernier degré, il en résulte une divergence insignifiante (art. 21 de la loi XXVI de l'année 1896). L'opinion que nous venons d'exprimer est en rapport avec notre conception à l'égard du rôle législatif de la jurisdiction dont nous parlerons plus bas. (B. 4.)

B) *L'ordre des divers degrés de la coutume.*

A chacun des degrés du droit écrit correspond une coutume née au même degré et ayant la même force obligatoire. On distingue donc:

1. *La coutume légale.* Celle-ci émane souvent des actes de la législation: c'est ainsi que, par exemple, le *Tripartitum* de Werbőczy et les *Règles Judiciaires-Provisoires* de 1861 furent approuvés, d'une manière expresse, par le Parlement et le chef d'État, mais étant donné que les formalités strictes de la législation re furent pas observées, les deux ouvrages indiqués ne furent obligatoires que grâce à la coutume. En outre, la coutume judiciaire peut encore avoir force de lois. (Cf. plus loin B. 4.).

2. *La coutume provenant de la pratique des autorités gouvernementales.* Celle-ci possède la force obligatoire des décrets gouvernementaux.

3. *La coutume provenant de la pratique des corps autonomes.* Cette source de droit était d'une grande importance, spécialement à l'époque du particularisme.

4. *Coutume judiciaire.* Cette source de droit est d'une importance particulière, parce qu'elle révèle le problème fondamental *du droit naissant de l'application du droit.* La distance qui sépare la règle générale du cas concret, qui doit être jugé, amène le juge à rendre cette règle concrète et à la développer. C'est ainsi que les juridictions, en appliquant les lois, les décrets gouvernementaux, les statuts autonomes, et même les actes juridiques valablement intervenus par suite de l'autonomie de la volonté des parties contractantes, développent en même temps dans une grande mesure les diverses règles juri-

diques indiquées. Et elles garantissent l'unité du système juridique lorsqu'elles vérifient, au point de vue de la légalité, les règles juridiques qui sont de rang inférieur à la loi et leur refusent éventuellement l'application. Les *arrêts* des Hautes Cours dont nous avons déjà parlé, sont destinés à assurer l'évolution d'une coutume judiciaire uniforme.

L'application du droit remplit encore un autre rôle dans le domaine de l'origine du droit. La distance qui sépare la lettre de la loi, la règle abstraite du droit vivant, la norme du fait de sa réalisation, ne peut être comblée que par l'opplication du droit. Ce sont ceux qui appliquent la loi, en premier lieu les juges, qui font réssusciter la lettre morte de la loi et la transforment en droit vivant. C'est la même conception qui fut exprimée par Werbőczy lorsqu'il parle de la „per consuetudinem approbatem inducta lex" (II. Tit. 73, § 2, cf. II. Tit. 6. § 9). On peut dire que l'équilibre et l'harmonie du système juridique vivant ne peuvent être assurés que si les sources de droit inférieures s'adaptent aux sources de droit supérieures et font ainsi travail d'application de la loi. Si, entre temps, la pratique des instances inférieures s'éloigne des règles du degré supérieur, celles-ci, par voie contumière, tombent en désuétude. Voilà la conception juridique hongroise en matière de force dérogatoire de la coutume. La coutume, lorsqu'elle élimine, de cette façon, le conflit des sources de droit de divers degrés et harmonise la pratique contraire des instances inférieures avec la loi supérieure, par la voie de la *desuetudo,* garantit en même temps l'équilibre des sources de droit.

## Kurze Inhaltsübersicht.

*Soziologie und Rechtsphilosophie.*

Von Prof. JULIUS MOÓR.

I. Verf. verweist auf die älteren Bestrebungen, die Rechtsphilosophie als naturwiss. Rechtssoziologie aufzufassen, sowie auf die neuere Tendenz, Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft scharf zu unterscheiden (Stammler, Kelsen). Er wirft die Frage auf, ob mit Rücksicht darauf, dass inzwischen eine *geisteswissenschaftliche* Soziologie entstanden ist, die Bestrebung, die Rechtswissenschaft u. die Rechtsphilosophie von soziol. Elementen zu bereinigen, berechtigt sei oder nicht?

II. Zur Beantwortung dieser Frage sind vorerst einige *Vorfragen* zu entscheiden: 1. die Frage des erkenntnistheoretischen Realismus oder Idealismus; 2. der Unterschied zwischen philosophischer und fachwissenschaftlicher Betrachtung; 3. das Wesen der Gesellschaft und des Rechts; 4. die Frage des Verhältnisses zwischen Wirklichkeit und Wert, die ausführlich behandelt wird; 4. die Frage der Methoden-Reinheit; 5 der Unterschied zwischen wertbezogener Wirklichkeitsbetrachtung und normativer Betrachtung und zwischen generalisierender und individualisierenden Methode.

III. Auf Grund der Beantwortung der genannten Vorfragen stellt Verf. sodann die enge Beziehung zwischen *Sozial-* und *Rechtsphilosophie*, zwischen *Soziologie* und *Rechtssoziologie*, zwischen *systematischen Geisteswissenschaften* und der *dogmatischen Jurisprudenz* fest.

IV. Zum Schluss wird *B. Horváth's „Rechtssoziologie"* (Berlin-Grunewald, 1934) einer ablehnenden Kritik unterworfen: diese *„synoptische"* Rechtssoziologie will eine Wissenschaft sein, die weder einen „Gegenstand", noch eine „Methode" hat.

# CREAZIONE E APPLICAZIONE DEL DIRITTO

I. La teoria dei gradi delle norme giuridiche. — II. Creazione e applicazione del diritto come formazione positiva di esso. — III. Trattamento sociologico dell'impero e dell'obbedienza. — IV. Il contenuto della norma giuridica in sè come diritto positivo. — V. Esame sociologico, giuridico e filosofico del diritto. — VI. Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione come problema d'essenza del diritto. — VII. Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione come problema di contenuto del diritto.

## I. - La teoria dei gradi delle norme giuridiche.

Il fatto che nuove tendenze giuridiche cerchino di superare o addirittura di negare la tradizionale distinzione tra *creazione* e *applicazione* del diritto, ci conduce a trattare il problema delle relazioni tra creazione e applicazione, e la questione sulla uguaglianza o differenza di questi due importanti momenti della vita del diritto positivo.

L'affermazione dell'uguaglianza tra creazione e applicazione può discendere da due punti di vista. *In primo grado*, considerando che la creazione del diritto sia essa stessa un processo giuridicamente regolato, e che quindi il problema della nascita legittima del diritto, così essenziale per il giurista, rappresenti anch'esso un momento di applicazione, o, quanto meno, racchiuda in sè elementi propri di questa fase. *In secondo grado*, considerando che gli atti di applicazione del diritto, primo fra tutti la sentenza, siano un progresso creatore del diritto stesso, o, quanto meno, contengano oltre alla mera applicazione anche elementi creativi.

La letteratura giuridica in materia, seguendo quest'ultima corrente, è pervenuta al consolidamento della tesi di uguaglianza tra creazione e applicazione. Da quando Oscar Bülow espose la sua « teoria della creazione del diritto giudiziario » e la sua tesi sulla « affinità tra

legge e sentenza », secondo i cui principî il legislatore non può andar oltre un abbozzo dell'ordinamento giuridico, mentre vero creatore è solamente il giudice (1), spettò propriamente alla *scuola del diritto libero*, fiorente sullo scorcio del secolo passato, il compito di proclamare la funzione creatrice della sentenza. Ernesto Rodolfo Bierling, dal suo canto, ha trattato il semplice ossequio al diritto da parte dei titolari, ad esempio i negozi giuridici di diritto privato, come « posizione di norme giuridiche subordinate », pur definendo per altra via la legge come una specie saliente di negozi giuridici nel campo del diritto pubblico (2).

Seguendo questi e altri precursori, svolse Adolfo Merkl la sua « teoria dei gradi delle norme giuridiche », affermando l'identità di tutti i fenomeni del mondo giuridico, e giungendo a un sistema di gerarchia, nella quale si presentano come gradi subordinati la costituzione statutaria, la semplice legge, il decreto, la sentenza, i negozi di diritto privato, e perfino il più semplice atto di applicazione del diritto. All'apice di questa gerarchia dominerebbe l'ipotetica « *norma fondamentale* » o « *norma originaria* », destinata a far derivare da un'ipotesi di giurisprudenza la validità giuridica del grado superiore del diritto positivo, cioè della costituzione statutaria positivamente non più giustificabile.

La dottrina del Merkl, che noi supponiamo cognita ai lettori (3), fu ripresa dal Kelsen, fondatore della *teoria del puro diritto*, così che la teoria dei gradi di diritto rimane anche a segnare la via di questa moderna importante corrente giuridica.

Questa teoria dei gradi si è sforzata di raccogliere i propri argomenti dalle due correnti sopracitate: esso si richiama tanto al carattere applicativo della creazione, quanto al carattere creativo dell'applicazione. Sebbene essa, seguendo il primo indirizzo, ed assumendo a presupposto la norma fondamentale ipotetica, si spinga tanto oltre da concepire le norme stesse dei più alti gradi giuridici

---

(1) O. VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885.

(2) E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 2. Bd., Freiburg i. B., 1898.

(3) Cfr. specialmente A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, 1923. Nella letteratura giuridica italiana, a mio avviso, segue specialmente la teoria dei gradi PAOLO SILVIO MIGLIORI; cfr. il suo notevole libro: *Il concetto di funzione giurisdizionale*, Palermo, 1932, e il suo articolo: *Tendenze verso il diritto libero nella letteratura giuridica odierna*, in « Rivista int. di Filosofia del Diritto », A. XII, 1932, fasc. I, pag. 95 ss.

positivi come esercizio di una funzione delegata, tuttavia il centro di gravità, anche qui nella dottrina del Merkl e del Kelsen, si rinviene nella concezione del carattere creativo dell'applicazione del diritto, principio che si manifesta anche nella denominazione del sistema giuridico come una « dipendenza di atti creativi ». Anche a tralasciare il fatto che la dottrina dei gradi di diritto spiega una colorazione *sociologica* entro il concetto *normativo* della dottrina del *puro* diritto (1), ritiene quest'ultima di aver consolidato il suo principio *normativo* mediante l'affermazione che gli essenziali atti di impiego del diritto non sono più fatti, sibbene norme giuridiche delegate di ordine inferiore.

Su questo fondamento, la teoria dei gradi perviene a proclamare il *corrente parallelismo della creazione e dell'applicazione del diritto attraverso tutto il sistema graduato* (2).

Tuttavia essa è costretta ad ammettere una grave eccezione. Come scrive il Merkl, « il principio e il termine di questo doppio processo necessariamente si presentano l'uno come pura creazione, l'altro come pura applicazione del diritto » (3).

Il pensiero centrale della dottrina dei gradi si rinviene precisamente in questa corrente equazione tra creazione e impiego, piuttosto che là dove gli stessi autori della dottrina credono rinvenire il maggior merito di essa, che è quanto dire l'avere sostituito un sistema *uniforme* fondato solamente sulla legge, con un sistema *moltiforme* appoggiato in serie gradate, scambiando un quadro *statico* con uno *dinamico*.

La concezione di un sistema di diritto uniforme poteva solo scaturire dall'esame di uno Stato assolutistico, esempio fra i tanti il diritto giustinianeo. In Stati a base costituzionale il concetto dei gradi di diritto apparve ben presto: così, p. es., una vecchia dottrina radicata nel seno del diritto ungherese, per cui debbono essere subordinati alla legge tanto il diritto statutario dei corpi amministrativi autonomi, quanto i decreti di governo. E neppure l'impiego di diritto inteso come conseguenza di momenti vari subordinati è novità, come dimostra, ad esempio, la subordinazione dell'esecuzione

(1) Cfr. su ciò il mio articolo: *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, nel volume in onore di Kelsen, «Gesellschaft, Staat und Recht», Wien, 1931, pag. 81.

(2) A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, cit., pag. 217-218.

(3) *Op. cit.*, pag. 218.

penale al penale giudizio. Anche nelle teorie di filosofia del diritto è facile rinvenire precedenti alla dottrina dei gradi di diritto proclamata dal Merkl. Così, ad esempio, già il Somló distingueva fonti di diritto *primarie* e *secondarie*, sottolineando « coordinazione » e « complicata gerarchia » nelle norme secondarie stesse, sulla base del contenuto di diritto positivo (1). E questa dottrina del Somló si presenta superiore, almeno in teoria, a quella del Merkl, giacchè in essa è rimossa ogni confusione tra il concetto d'essenza del diritto (fonte di primo grado) e il concetto di contenuto del diritto (fonte di secondo grado) (2). Anzi è proprio lo stesso Merkl che così si esprime: « Se si ammette che in questo processo (la discendenza gradata delle forme di diritto) sempre va rampollando diritto da altre forme di diritto, viene con ciò a presentarsi insostenibile il frazionamento di quel processo in una fase creativa (unitaria o in catena di *molteplici* stadi) e in una susseguente fase di applicazione, sia pur questa unitaria o in catene di *molteplici* stadi » (3); che è quanto dire che egli stesso considera la « insostenibile rappresentazione predominante » come una possibile concezione *molteplice* della creazione e dell'impiego del diritto.

Per quanto poi concerne la sostituzione di un concetto di diritto *statico* con uno *dinamico*, già in precedenza ho avuto occasione di dimostrare come questa formula dia luogo a gravi equivoci (4). La scienza *dommatica* del diritto, la giurisprudenza, può operare, secondo il mio modo di vedere, solo entro una sfera di concezioni *statiche* del diritto, essa deve trattare *sub specie puncti temporis* il contenuto di diritto positivo, come irrigidito nell'attimo: ciò giustifica nella giurisprudenza stessa l'impiego di metodi *normativi*. L'esame giuridico-filosofico della nascita sociologica storica delle norme di diritto,

---

(1) FELIX SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, I. ediz., Leipzig, 1917, pag. 330-333.

(2) Sulle lacune della teoria di MERKL dei gradi di diritto riguardo a questo punto cfr. il mio articolo: *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 82. A riprova che il SOMLÓ abbia preannunziato la teoria dei gradi, cfr. la sua frase: « Anche il comando del preposto alla cancelleria verso il suo sottoposto costituisce una norma di diritto » (*op. cit.*, pag. 332). Egualmente la corrispondenza delle fonti secondarie di diritto cogli organi di applicazione si trova chiaramente in quello scrittore: cfr. *op. cit.*, pag. 422-423. Fa difetto tuttavia il corrente parallelismo di creazione e applicazione di diritto.

(3) *Op. cit.*, pag. 217. La sottolineatura è mia.

(4) *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 78 e segg., 89-90 e 96.

della loro efficacia e della loro decadenza è per contro necessariamente *dinamico*. Se quindi la dottrina dei gradi intenda offrire un trattamento dinamico del diritto, con ciò essa svela di avere in realtà sott'occhio il processo sociologico storico della creazione e dell'applicazione: chè se di ciò essa non fosse convinta e ritenesse tuttora di fornire un'esposizione normativa dei precetti di diritto positivo concernente la gerarchia di determinate fonti di diritto, le sarebbe pur giuocoforza riconoscere che questa esposizione non può non essere anch'essa un quadro *statico* del vigente contenuto statico di diritto, da cui in luogo di una costruzione dinamica può scaturire solamente il problema se una data norma debba essere riconosciuta come giuridica sulla base delle prescrizioni vigenti e, in un caso possibile di collisione di norme, quale fra queste debba essere riconosciuta come giuridica. Ma questi sono problemi che riguardano la scienza dommatica, non la filosofia.

La netta distinzione tra problemi dell'essenza di diritto e problemi del suo contenuto, ha appunto la sua maggiore importanza nell'argomento metodico della trattazione statica (normativa) o dinamica (sociologica).

Attraverso questa breve valutazione della dottrina dei gradi proclamata dal Merkl e dal Kelsen, ci sembra che il nocciolo della questione risieda in questo problema: se sia giusto mantenere anche in seguito la tradizionale distinzione tra creazione e applicazione del diritto, o invece se tale distinzione, a seguito del corrente parallelismo di queste due forme, oramai abbia perduto importanza, tanto da non essere più capace di impiego in una moderna teoria di diritto. La risposta alla questione la troveremo nelle pagine che seguono.

## II. - Creazione e applicazione del diritto come formazione positiva di esso.

Occorre fissare, sulla soglia delle nostre ricerche, il concetto di diritto *positivo*. La travagliata questione se si abbia altro diritto oltre il positivo, la quale non solo ebbe in passato strenui sostenitori in senso affermativo, ma anche oggi è propugnata dal maggior rappresentante della scuola moderna del diritto, Giorgio Del Vecchio (1), viene qui da noi lasciata da parte.

(1) Cfr. G. DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del diritto*, II. ed., Città di Castello, 1932, pag. 218.

Egualmente non ci occuperemo, per quanto concerne il nostro studio, della vecchia controversia sulla natura coattiva del diritto.

È generalmente riconosciuto spettare al concetto del vivo diritto positivo una realtà *attuata* e *applicata*. Lo stesso Kelsen, la cui concezione puramente normativa racchiude l'audace pensiero di rappresentare uno stretto positivismo con abbandono della solita caratteristica di positività: l'idea della reale attuazione ha in questi ultimi tempi assunto l'essenza di positività nelle effettive efficacie delle norme di diritto (1). Che però non solo l'*applicazione*, ma anche il *processo creativo*, sia pure più raramente raccolto ad esame, appartenga all'essenzialità del diritto positivo, è cosa di agevole comprensione. In contrapposto al diritto naturale, il quale è in sè evidente e attende di essere desunto dalla natura e dalla ragione, è tipico nel diritto positivo che questo venga a raccogliersi lungo un processo sociologico storico, che insomma esso non possa formarsi senza l'empirismo degli atti, senza l'atto *creativo*.

L'interdipendenza del concetto di *produzione* e di quello di *applicazione* nel seno delle *positività* del diritto, che ambedue li va intrecciando, trova un'efficace rilievo nell'opera del gran giurista svizzero Eugen Huber, nella quale appunto il capitolo sulla realizzazione del diritto tratta i due punti della *formazione del diritto* (legislazione in senso lato) e *dell'applicazione del diritto*. Huber intende perciò la creazione come preliminare all'*attuazione*, sulla quale egli sembra porre il centro di gravità della positività del diritto. « La legislazione in senso lato, scrive egli, presta il suo più efficace contributo all'attuazione del diritto mediante la fissazione dei principi: sicchè si può ben dire che questa astratta realizzazione costituisce un necessario presupposto per quella concreta » (2).

Se Huber considera la creazione del diritto dal punto di vista dell'applicazione, per contro l'illustre maestro italiano Del Vecchio colloca il centro di gravità del diritto positivo entro il problema delle fonti, che è quanto dire nel seno della *creazione*. Nelle sue belle « Lezioni di Filosofia del diritto », infatti, il problema del diritto positivo viene

---

(1) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, pag. 18-19. Cfr. su ciò il mio articolo: *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 87 e segg.

(2) EUGEN HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, II. ediz., Basel, 1925, pag. 347.

inserito, ciò che è sintomatico, nel capitolo: fonti del diritto (1). Secondo il suo punto di vista, alla formazione positiva del diritto necessita il sorgere di una volontà superindividuale e collettiva, la quale pone il diritto, cioè a dire, lo va rendendo positivo: secondo il suo sistema, l'applicazione del diritto appare come la conseguenza della creazione. « La volontà superindividuale o comune, scrive egli, che sostiene l'ordinamento giuridico rendendolo positivo, ha per prima funzione il *mantenimento* delle regole di diritto, onde l'ordinamento risulta » (2).

Se noi ora ammettiamo come appartenenti alla positività del diritto la sua creazione e la sua applicazione, diminuisce di importanza il problema se porre il centro di gravità sulla prima o sulla seconda. La prima concezione, secondo cui è compito del fattore creativo del diritto di far pervenire le sue norme a pratica attuazione, attraverso l'impiego autoritario del diritto, corrisponde a una concezione del diritto conservativa e autoritaria, mentre la seconda, secondo cui il centro di gravità va collocato nella base di applicazione, e specialmente nel volontario ossequio da parte degli associati (3), esprime un sistema liberale democratico.

E in fondo queste due teorie finiscono per toccarsi, allo stesso modo che, nel campo della realtà, creazione e applicazione del diritto fluiscono mescolate fra loro. Infatti: chi ha il potere e l'autorità di creare il diritto positivo in un processo storico sociale? Certamente non uno qualunque, ma solo chi può contare sull'esecuzione dei propri ordini. Potenza, autorità significano influsso sociologico-motivante, capacità di provocare l'ossequio, l'obbedienza alla norma, l'applicazione del diritto: *oboedientia facit imperantem* (4).

---

(1) G. DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del diritto*, cit., pag. 219.

(2) G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, in « Rivista internaz. di Filosofia del diritto », anno IX, 1929, fasc. I, pag. 10.

(3) Cfr. HUBER, *op. cit.*, pag. 347: « Werden Tausende von Fällen der rechtlichen Ordnung auf der Grundlage des gesetzten Rechts mit Hilfe der Gemeinschaftsgewalt zur Ordnung gebracht, so zählen die Fälle, wo ohne ein solches Eingreifen das Recht verwirklicht wird, in die Millionen und Abermillionen ».

(4) Questa frase di SPINOZA corrisponde all'altra di SCHILLER: « Den Gebietenden macht nur der Gehorchende gross ». Cfr. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, pag. 104; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, III ediz., Leipzig, 1932, pag. 79, nota 2; HERMANN HELLER, *Die Souveränität*, Berlin, 1927, pag. 35.

Se è dunque sugli osservanti del diritto che si appoggia la potenza del creatore di esso, è l'impiego di diritto che consacra il suo creatore e pertanto, in ultima analisi, produce il diritto stesso. Al contrario, se l'applicazione del diritto non è altro che la realizzazione del sistema giuridico, e se la potenza creatrice del diritto rappresenta la capacità a sprigionare tale realizzazione, è dunque in ultima analisi precisamente il creatore di diritto che produce la sua applicazione. Altrimenti ci si potrebbe anche domandare se sia ragionevole prima dell'attuazione del diritto parlare già di una creazione di esso perfetta e dell'applicazione susseguente, se rientri nel concetto del diritto positivo che esso venga praticamente realizzato e applicato. Prima dell'applicazione anzi il diritto positivo come tale non è ancora pieno, la sua attuazione si appartiene ancora al suo processo creativo e prima che tale processo si concluda non è possibile discorrere di un diritto in atto, che è già creato, ma aspetta ancora la sua applicazione.

Sotto questo profilo è del tutto erroneo contrapporre applicazione a creazione, giacchè appunto la prima non è che una parte del processo della seconda.

Da ciò che si è detto finora si dimostra come le funzioni creative e applicative del diritto confluiscano in un identico processo: nel *processo formativo della positività* del diritto. Le nostre precedenti considerazioni sembrerebbero fornire una conferma della teoria dei gradi, la quale assume un « corrente parallelismo » tra queste due funzioni. In realtà, fra la nostra e quella teoria corre il divario per cui, mentre la teoria dei gradi vuol essere una concezione di diritto « *puramente normativa* », per contro il nostro sistema definisce come fenomeni *sociologici* tanto il potere creativo del diritto, quanto l'attuazione delle norme attraverso l'impiego di diritto.

Nelle pagine che seguono cercheremo di dimostrare come, nonostante l'assunta somiglianza tra creazione e applicazione del diritto, *siano sempre da mantenere distinte tra loro queste due funzioni.* La nostra ricerca parte dalla distinzione sociologica dell'impero e dell'obbedienza. Verrà anche dimostrato come un'indagine *sociologica* della società non possa effettuarsi senza la distinzione tra potere sociale e obbedienza volontaria o coattiva. E dimostrato sarà ancora come perfino il punto di vista sociologico non sia puramente causale, sibbene *spirituale* (rispettivamente *valutante* o *normativo*).

Anche la distinzione sociologica tra creazione e applicazione è

CREAZIONE E APPLICAZIONE DEL DIRITTO 11

dunque possibile solo se appoggiata a un contenuto normativo del sistema di diritto, mediante l'impiego di questo, « *come criterio di valutazione dell'operare* » (Del Vecchio).

### III. - Trattamento sociologico dell'impero e dell'obbedienza.

È necessario in questo esame sociologico assumere la vita sociale come un'unità superindividuale, essenzialmente *spirituale.* La società non ha nessun corpo autonomo come realtà fisica e nessuna anima indipendente come realtà psichica, che è quanto dire la sua unità non è realtà empirica, psico-fisica. Certo, la società si compone di elementi reali psico-fisici, e pertanto sarebbe errato supporre che la vita sociale sia identica colla pura spiritualità, con un complesso ideologico. Ma quelle realtà psico-fisiche, delle quali si compone l'entità sociale, rappresentano azioni umane. Queste azioni non formano una serie continua psico-fisica, esse si intrecciano e influiscono fra loro reciprocamente, pur mantenendo la loro fisica e psichica diversità, anche dopo che il fascio spirituale le ha raccolte in un complesso unitario di vita sociale. È qui anche da intendere come l'uomo non entri a far parte della società nella pienezza della sua entità biologico-psicologica. Anche là dove la vita sociale trae in sè la migliore e più ricca parte dell'attività umana, rimane pur sempre un residuo di azioni umane, il quale non può essere ridotto a vita sociale, rispecchiando anzi in sè la pura vita individuale dell'uomo.

Su questa ineluttabilità giace la fonte dell'eterno conflitto fra le concezioni sociologico-statali, *universalistiche e individualistiche,* allo stesso modo che la giustificazione di esse. L'universalismo è sempre l'espressione di una *forma mentis* di scienza dello spirito, allo stesso modo che l'individualismo tende a essere la conseguenza di un trattamento della società in senso eminentemente naturalistico. Ma una indagine esclusivamente naturalistico-causale dei fenomeni sociali non può non condurre fatalmente alla totale obliterazione dell'ente società, giacchè i legami, che raccolgono le innumerevoli distinte azioni umane entro un complesso unitario sociale, sono appunto di natura spirituale, e pertanto sottratte a un nesso causale. Sotto il profilo naturalistico causale la vita sociale si dissolve in un acervo di azioni umane l'una dall'altra influenzate, nel cieco intreccio delle realtà psico-fisiche di queste azioni, per entro le quali indarno si andrebbe in traccia di un qualche senso o di una

qualche sensata distinzione, allo stesso modo che, secondo le nostre precedenti parole, indarno si andrebbe in traccia di una sensata distinzione tra creazione e applicazione del diritto. La sociologia, la quale è sorta come « scienza naturale della società » (1), non può essere compresa entro una cerchia puramente naturalistico-causale.

Anche la *forza sociale* rappresenta prima di tutto qualcosa di spirituale, appartenente alla sfera ideologica. Certo essa ha i suoi elementi reali, fisici, psicologici: la realtà psico-fisica delle attività umane che compongono la potenza sociale. La forza materiale degli uomini che sostengono questa potenza è quindi in essa contenuta, così come il sustrato psichico delle manifestazioni fisiche, ad esempio istinti naturali, interessi individuali, sensazioni e altri aspetti dell'anima. Ciò che però racchiude queste forme individuali, fisiche o psichiche, in una forma di forze sociali, può esser solo qualcosa di superindividuale, che è quanto dire spirituale. Anche secondo quella concezione statale che si richiama al *principio del Führer* e scorge il più vigoroso vincolo unitario nella personalità di lui, non è precisamente la persona psico-fisica del conduttore che esercita tale funzione, sibbene l'idea superindividuale da lui rappresentata, la sua personalità etico-politica. E se anche la forza brutale delle baionette si appartiene alla potenza sociale, è tuttavia ben certo che solo una forza spirituale conduce queste migliaia di baionette a una fisica manifestazione di forza.

Dal fin qui detto si rileva che anche gli uomini appartenenti *alla cerchia dei dominatori* divengono partecipi del dominio attraverso la coordinazione delle loro forze e delle loro azioni in quei sistema di manifestazioni umane che si chiama potenza sociale, che è quanto dire per mezzo di un adattamento agli altri, cioè per mezzo di una specie di soggezione, di obbedienza. Ciò vale anche per i governanti, la cui volontà è decisiva per la determinazione di quei compiti, per la elezione di quelle idee che raccolgono la potenza come vincolo ideale: anche il governante deve fare i conti con gli altri e con le circostanze. Non appena la forza sociale si è in tal guisa costituita, essa è tosto in condizione di attuare la propria volontà mediante coazioni psichiche o fisiche, anche fuori della cerchia

(1) Cfr. SAINT-SIMON, « physicopolitique », e la frase di COMTE « physique sociale » da lui adoperata prima della creazione della parola « sociologie ».

degli investiti di potenza, nell'ambito cioè degli *assoggettati alla potenza stessa.* I sudditi regolano la loro attività e i loro atti sulla volontà e l'attività degli imperanti, prestano a questi obbedienza, e mediante tale aderenza viene ad ampliarsi quel sistema di umane attività che suole indicarsi come potenza sociale: con l'obbedienza dei soggetti si aumenta la potenza dell'imperatore. Se ci si restringe *all'esame puramente causale della cooperazione sociale* senza tener conto della sostanza spirituale, la quale viene sostenuta dalla realtà psico-fisica delle azioni umane reciprocamente influenti e coordinantisi, *riesce affatto impossibile concepire una chiara distinzione tra imperanti e sudditi, tra impero e obbedienza.* Se la potenza sociale viene concepita come conseguenza dell'obbedienza e l'obbedienza come effetto dell'impero, questa definizione puramente causale sta a significare da un lato che l'obbedienza è causa dell'impero, e dall'altro che la potenza è causa dell'obbedienza, che è quanto dire la constatazione della corrente interferenza delle azioni umane. Una formula strettamente causale della potenza sociale non sfugge al cerchio di questa verità.

E tuttavia anche una definizione *sociologica* della potenza non può sottrarsi alla distinzione tra imperante e sudditi. Essa deve perciò rappresentare a fianco di quella causale anche la sociologia *intelligente* che risale al *contenuto spirituale* portato dalla realtà psicofisica della vita sociale, allo scopo di poter intendere e spiegare i fenomeni sociali. Il *contenuto spirituale* sostenuto dai fatti della vita sociale, la cui decisiva importanza per lo studio sociologico è qui nostro compito dimostrare, *deve essere utilizzato come criterio di valutazione* per poter commisurare i fatti della vita sociale e, secondo le risultanze di ciò, procedere al reparto di essi a questa o quella formazione sociale.

Quando si tratta di relazioni sociali semplici, questo procedimento scientifico è agevole. Prendiamo p. es. il caso di *un* imperante e di *un* suddito — un Robinson e il suo servo — e sciogliamo il contenuto di volontà del comando dall'atto psicologico del volere: misurato su questo contenuto di volontà, l'atto del suddito appare come la realizzazione di esso, come l'attuazione del comando, mentre l'attività dell'imperante offre l'estrinsecazione e la dichiarazione del contenuto di volontà, ma non la sua realizzazione. E poichè già in un caso così semplice del comando ci si richiama non all'atto psicologico di volontà, sibbene al suo senso ideale, al pen-

siero intrinseco, al *contenuto* volitivo, non riteniamo di peso il dubbio che è stato avanzato contro la teoria *imperativa* del diritto, specialmente dal punto di vista della tesi normativa, e che tenta combattere la formula del diritto, come un insieme di comandi, mediante un richiamo a uno psicologismo fuor di posto. Se si definisce la norma giuridica come un imperativo, ciò non significa affatto che essa debba identificarsi col lato psichico della volontà. Il comando giuridico può anche significare, giusta la teoria dell'imperativo, solo il contenuto di volontà del creatore di diritto.

Assai più difficile è la distinzione tra impero e obbedienza nel caso di società più vaste e complicate. In realtà, il tracciare il confine tra la parte dominante e la parte soggetta della società riesce non solo difficile, ma addirittura impossibile, se si vogliono schierare per entro le due divisioni non solo le azioni umane, ma gli uomini stessi come membri della società. Gli uomini, e lo abbiamo già dimostrato, non entrano nella società con la loro piena figura biologico-psicologica, sibbene è la vita sociale che si va costituendo appoggiata solo a determinate azioni umane, sicchè diversi atti di uno stesso uomo possono appartenere a distinti fenomeni sociali. Pertanto uno stesso uomo può, a causa di certe funzioni, partecipare all'esercizio del comando sociale, e, per altre, fornire a quello obbedienza. Se noi teniamo conto di queste circostanze, una distinzione *concettuale* delle funzioni sociali di impero e di obbedienza sarà sempre possibile. E una simile distinzione è tanto più necessaria, quanto meno è soggetto a dubbio il fatto che la vita sociale viene consciamente diretta con intensità sempre maggiore da diverse potenze e autorità, in ispecial modo per mezzo dell'ordinamento giuridico, nonchè per mezzo di altre norme e direttive sociali.

Tuttavia riuscirebbe senza senso parlare di una guida, di una direttiva, di un regolamento, senza la distinzione tra chi regge e chi è retto, tra chi guida e chi è guidato, tra chi dispone e chi obbedisce, tra imperante e sudditi, tra detentore di potenza e prestatore d'ossequio. E sempre secondo il *contenuto* dei comandi e disposizioni emananti dalla potenza sociale, sarà possibile decidere quali azioni umane si appartengono al gruppo delle manifestazioni di potenza e quali a quella dell'obbedienza. Ci sia permesso spiegare il già detto per mezzo di qualche esempio. La potenza non organizzata e amorfa che risiede dietro i costumi (convenzioni sociali) rende particolarmente difficile distinguere qui la cerchia dell'impero

dalla cerchia dell'ossequio. Ma se assumiamo come unità di misura una determinata regola di convenzione, tosto si intende con chiarezza per mezzo di quali azioni i singoli membri della società col proprio operare vadano operando la realizzazione di questa norma convenzionale come appartenenti al gruppo dell'ossequio, e per mezzo di quali azioni per contro essi come appartenenti al gruppo dell'impero tendano al far obbedire gli altri. Nel campo del dominio della *potenza giuridica* è relativamente facile tracciare il confine, di cui andiamo parlando, se la società è divisa in strati dominanti e in strati sottoposti: in riferimento a quelle norme, per mezzo di cui la classe dominante regola la condotta della classe subordinata, si pone la prima come potenza normativa, come creatrice di diritto, la seconda come gruppo di attuazione, come esecutore di norma. La subordinazione della seconda classe consiste in ciò che il regolamento dei suoi rapporti sociali spetta a un'altra classe. Se nella cerchia dei subordinati sorge necessità di stroncare una resistenza e di costringere all'obbedienza, l'attività di quegli organi, che perseguono l'attuazione del diritto, appartiene alla potenza giuridica, alla creazione del diritto. Se si hanno norme giuridiche determinate che impongono a questi organi l'attuazione del diritto, in tal caso la loro attività in riferimento a queste norme appare aderenza al diritto, che è quanto dire sua applicazione in senso stretto. Tuttavia, riguardo a quelle norme che essi debbono far realizzare, essi sono sempre organi di creazione.

Dei tribunali si potrebbe dire nello stesso senso che essi in riferimento al diritto processuale esercitano la funzione della semplice applicazione, mentre in riferimento al diritto materiale da applicare essi sono organi creatori. Certo è consueto trattare questa attività realizzatrice del diritto, l'esecuzione e la coazione del diritto, come applicazione del diritto κατ'ἔξοχεν, ma la dicotomia di creazione e di applicazione, come contrapposizione di impero e obbedienza, rende necessario intendere come impiego di diritto in prima linea la semplice applicazione di esso per mezzo di propri fatti, e al contrario la realizzazione per mezzo di altri, l'esecuzione e l'attuazione dell'ordinamento giuridico contro il riluttante come appartenente alla creazione del diritto in senso lato.

In una società unitaria dove la cerchia di chi domina e di chi è subordinato non è esternamente distinguibile, in cui i membri della comunità soggetti al diritto sono anche partecipi della sua creazione,

è naturalmente più difficile separare la sfera della potenza da quella dell'obbedienza. In simile società i singoli membri appartengono a certi dati campi di potenza, come allo stesso modo vanno ascritti a determinati gruppi di subordinazione. Se noi per contro, *a proposito del regolamento giuridico in questione*, invece dei singoli uomini prendiamo in considerazione *le singole azioni umane*, agevolmente si potranno distinguere i seguenti gruppi: 1) azioni, nelle quali il volere giuridico si manifesta espressamente o tacitamente (creazione pura); 2) azioni, le quali rappresentano la realizzazione del contenuto delle norme giuridiche mediante fatti propri dell'individuo agente (applicazione pura del diritto); 3) azioni, le quali nel quadro del diritto vigente creano a loro volta diritto, quali fonti secondarie, sulla base di un comando giuridico: queste appaiono come attuazione di diritto in riferimento al comando giuridico già vigente, mentre in riferimento al diritto nuovamente creato si profilano come creazioni; 4) azioni, le quali intendono all'affermazione e all'attuazione del diritto prodotto da altri, alla realizzazione del diritto per mezzo di altri e non per mezzo di propri fatti (creazione del diritto in senso lato); ove sussista un comando giuridico, il quale obblighi l'agente per tale attuazione di diritto, ivi la sua azione in riferimento a questo comando si afferma come applicazione pura di diritto.

Come risultato delle nostre osservazioni si può affermare che è sempre possibile determinare concettualmente se una data azione appartenga alla base sociale creativa del diritto, oppure a quella d'applicazione, *purchè si assuma come sussistente un contenuto giuridico normativo, sul cui criterio poter misurare le azioni in questione.* Se si parla di creazione o di applicazione di diritto, ciò sta a significare già una valutazione di certi atti sociali colla misura di un contenuto giuridico.

Nel concetto di creazione e applicazione è già racchiuso il pensiero di una *rilevanza giuridica*, la quale rappresenta la comparazione, la misura degli atti in questione a un dato contenuto giuridico, e pertanto il risultato di questa misurazione rappresenta la qualificazione dell'azione come *atto creativo* o *d'applicazione* o come *frazione* del diritto. Quest'utima per ora non è in questione.

Senza riferimento al *contenuto* di una certa norma giuridica non è possibile, a nostro modo di vedere, parlare di creazione e impiego di diritto. E poichè il contenuto giuridico ha un senso normativo, la nostra formula riesce a sottolineare la necessità che venga assunto

in considerazione il carattere *normativo* del diritto: l'applicazione del diritto come criterio di valutazione dell'operare.

Si tratta ora di sapere sulla base di quali caratteristiche un contenuto di diritto può essere assunto, come *sussistente* e *vigente*, ai fini della detta misurazione. Al che evidentemente si risponde: sulla base del processo di positività, la quale comprende in sè a un tempo gli atti creativi e quelli applicativi.

Questa formula sembra minacciare un circolo vizioso: il contenuto di diritto positivo viene assunto come *vigente* sul criterio di quelle azioni che stanno a significare creazione applicazione del diritto, così come queste azioni vengono a loro volta qualificate come creative o applicative sul criterio di questo contenuto di diritto già presupposto come positivo. Tuttavia non crediamo che questo sia veramente un circolo vizioso. La positività del diritto viene appoggiata agli atti creativi e applicativi *senza praticare distinzione tra essi.*

Questi *facta* servono quasi come *principio di scelta* (1) allo scopo di separare dai molti possibili contenuti il contenuto di diritto positivo. Per contro, il contenuto di diritto assunto come già vigente serve da sua parte precisamente a praticare la *separazione* tra atti creativi e atti applicativi.

### IV. - Il contenuto della norma giuridica in sè come diritto positivo.

Il risultato della nostra ricerca è che lo studio sociologico della vita sociale non può fare a meno della distinzione tra potenza e ossequio, tra comando e obbedienza. Questa distinzione però è possibile solo sul fondamento di un contenuto ideale (contenuto di comando giuridico).

Su questo fondamento l'esame sociologico non può mai essere uno studio puramente causale delle realtà psicofisiche, ma anzi deve contenere un riferimento al significato e al contenuto portati da queste realtà psicofisiche, e laddove questo contenuto esprime un senso normativo o un valore, deve necessariamente affermarsi come *disciplina normativa* o *assiologica.*

È impossibile nell'indagine sociologica trattare per sè queste parti costitutive psicofisiche della vita sociale, giacchè esse vengono

(1) Cfr. HANS MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts*, Wien, 1932, pag. 144.

raccolte a forma sociale soprattutto per mezzo del contenuto ideale da loro portato.

*La sociologia pertanto non è mai una scienza puramente causale, sibbene anzi sempre spirituale, normativa e assiologica.*

Per contro, il contenuto portato dalle realtà psicofisiche della vita sociale può essere separato e considerato per sè. Su questa circostanza giace la posizione d'indipendenza delle scienze dello spirito limitantisi a questo contenuto ideale e più specialmente quella della *giurisprudenza* dommatica di fronte alla *sociologia.*

Questa dottrina viene a contatto con quella dello Stammler, secondo le cui concezioni non è possibile trattare *per sè indipendentemente* la *materia* della vita sociale (economia sociale) senza riferimento alla *forma* che la condiziona (il diritto come regolamento esterno), mentre ciò può farsi per la forma della vita sociale (il diritto come regolamento esterno), «la specie condizionante logica del contenuto di coscienza» (1). Stammler deduce questo principio dal rapporto logico tra la *forma* condizionante e la *materia* condizionata, trattando il diritto come la prima, e l'economia come la seconda nel campo della vita sociale.

Se non che, secondo il nostro punto di vista, il contrapposto tra *forma* e *materia* costituisce un'antitesi impiegata in troppo vari e oscillanti significati, mentre d'altro canto è dubbio se il rapporto strettamente logico tra forma logicamente condizionante e materia logicamente condizionata possa trasportarsi in altri argomenti oltrechè a contenuti logici, e più specialmente se proprio tra diritto e economia o, se più piace, tra realtà psicofisiche della vita sociale e il contenuto spirituale da esse portato, possa essere assunto questo rapporto puramente logico della condizione e della conseguenza. Il rapporto tra i componenti della vita sociale che qui c'interessano, cioè a dire le realtà psicofisiche delle azioni umane e il contenuto spirituale che appunto lega in fascio nelle forme sociali queste realtà da cui è portato, a nostro modo di vedere, non è il rapporto logico di condizione e conseguenza, sibbene il rapporto dell'ideale e

(1) Gran parte della più bella opera di R. STAMMLER, il fondamentale libro *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* è dedicata alla deduzione e al consolidamento di questo pensiero. Il suo atteggiamento circa questo punto è riassunto nel suo *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* III ediz., 1928, § 56, 6, pagg. 117-118.

del reale, dell'idealità e della realtà, il quale si svolge come problema nei fenomeni della realizzazione di norme o di valori. Precisamente per ciò ci eravamo sforzati di trarre non da categorie logiche, sibbene dal semplice fatto che la società non possiede nessun corpo indipendente come realtà fisica e nessuna anima collettiva autonoma come realtà psichica, la conseguenza che se le parti psicofisiche dell'esistenza sociale non possono mai essere trattate senza riferimento al contenuto da esse portato, per contro quest'ultimo lo può anche indipendentemente. Questa conseguenza fonda l'indipendenza della giurisprudenza di fronte alla sociologia del diritto, come la dottrina dello Stammler afferma l'indipendenza di essa di fronte all'economia.

Questa circostanza che il *contenuto* di diritto può essere considerato e trattato senza riferimento al processo di positività del diritto da cui esso è portato come contenuto spirituale, costituisce la causa di un *doppio senso della parola diritto*, che ha già creato molti equivoci nella teoria giuridica. Col nome di *diritto positivo* viene cioè indicato non solo *l'intiero fenomeno sociale* della norma di diritto portata dalle realtà psicofisiche, ma anche *il contenuto di norma in sè*, sebbene *questo contenuto di norma possa essere considerato come contenuto di diritto positivo, solo perchè viene portato dalla realtà psicofisica a esso collegata.*

Questa realtà appartiene dunque alle caratteristiche essenziali del diritto positivo, ciò che non è preso in considerazione dall'uso del termine sovra accennato. Il nome di « diritto positivo », dato già al mero *contenuto di norma*, ci lascia intendere che si può parlare di applicazione del diritto, sebbene la relativa norma prima del suo impiego non sia ancora diritto positivo vigente. Se si dovesse indicare solamente l'intero fenomeno sociale « diritto positivo » con questo nome, in tal caso non si potrebbe mai parlare della creazione e dell'applicazione di questo fenomeno sociale, il quale comprende già in sè gli atti creativi e quelli applicativi. Tanto la creazione quanto l'applicazione rappresentano processi parziali puramente interni nel totale processo di vita del diritto. Per poter isolare queste fasi del processo bisognerebbe distaccare una parte costitutiva del fenomeno giuridico, e cioè il suo contenuto normativo, dagli atti psicofisici che lo portano, e impiegarlo come unità di misura per il giudizio di questi atti.

## V. - Esame sociologico, giuridico e filosofico del diritto.

La circostanza che le norme di diritto possano essere assunte in esame anche per sè stanti, oltrechè in unione con la realtà psicofisica che le porta, rende possibile un'indagine normativa del contenuto giuridico accanto a quella sociologica del diritto. Questi due campi di osservazione acquistano poi un interesse *giuridico-filosofico*, se essi non si limitino a una data concreta attuazione di diritto o norma giuridica, sibbene si estendano *al diritto in generale*. Se la filosofia costituisce un « trattamento *universale* del mondo », il cui obietto è dato dalla totalità delle cose come tale (1), sarà possibile definire come *filosofico-giuridico* solo quello studio di diritto che si dirige come obietto al complesso del οσμος giuridico, tenta scoprire gli elementi fissi e immutevoli nelle alterne regole giuridiche e assume il diritto come complesso *sub specie totalitatis*. Se vogliamo chiamare forma i tratti essenziali immutevoli di una cosa, è chiaro che in questo senso l'esame giuridico-filosofico si presenta come nettamente *formale*.

*Il trattamento del contenuto giuridico*, che trova il suo campo appropriato d'applicazione nella giurisprudenza dommatica, entra nei limiti della filosofia del diritto solo quando esso si liberi da tutti i particolari contenuti giuridici e da tutti i concetti di contenuto giuridico, limitandosi alla constatazione che il mutevole contenuto giuridico ha sempre un senso normativo.

E poichè, secondo Stammler, « non si hanno disposizioni giuridiche che siano fissate *a priori* secondo il loro contenuto positivo » (2), l'esame giuridico filosofico del contenuto di diritto all'infuori dei tratti essenziali formali e normativi del contenuto giuridico può proporsi a compito solo il tracciamento di quei *confini* entro i quali è dato di muoversi al mutevole contenuto giuridico; pertanto l'impossibile fisico-sociologico e logico non può formare contenuto del diritto positivo: il contenuto giuridico deve arrestarsi entro i limiti del possibile secondo il senso di cui sopra (3). Inoltre appartiene certo alla filosofia del diritto anche tutto ciò che si può dire in *generale* quanto

---

(1) Cfr. HEINRICH RICKERT, *System der Philosophie*, I parte, Tübingen, 1921, pagg. 9 e ss.

(2) R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, I ediz., Leipzig, 1896, pag. 184.

(3) Cfr. il pensiero del « diritto di natura negativo » nella mia monografia: *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 102.

al valore del contenuto di diritto, ma questo problema mostra già oltre alla cerchia del diritto e necessita un'unità di misura morale (la giustizia) per la valutazione del contenuto di diritto.

*L'esame sociologico del diritto*, che trova il suo campo d'applicazione appropriato nella sociologia e nella storia del diritto, affronta il campo della filosofia del diritto se esso, facendo astrazione dalle specialità del contenuto del diritto concreto, si limita a trattare i permanenti elementi sociologici del diritto. Questi ultimi si raccolgono nel *processo di positività* del diritto, che è quanto dire nel processo di *creazione* e *applicazione del diritto*.

Il problema della positività del diritto può anche essere chiamato problema della potenza di diritto. Inoltre appartiene certo alla filosofia del diritto tutto ciò che si può dire *in generale* quanto ai fattori e agli effetti della potenza di diritto, alle cause della creazione giuridica e agli effetti di applicazione; ma già questo esame esce fuori dal campo del diritto e addita la scoperta della dipendenza causale del diritto con gli altri fenomeni sociali.

Poichè noi non intendiamo sciogliere il nostro problema sulla base di un ordinamento giuridico concreto, si pone tosto, dopo il già detto, la domanda su quanto di *filosofico-giuridico*, cioè a dire di *validità generale*, si abbia in riferimento alla creazione, all'applicazione di diritto e alla loro distinzione.

## VI. - Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione come problema di essenza del diritto.

Dopo quanto è stato scritto fin qui (II e III) poco abbiamo da aggiungere su ciò che concerne i permanenti elementi *sociologici* del diritto. Gli elementi sociologici del diritto si raccolgono nel processo di creazione e applicazione.

Creazione e applicazione confluiscono l'una nell'altra, costituendo insieme il processo di positività del diritto (cfr. II). Tale processo significa il contatto delle norme giuridiche con le realtà empiriche.

*Creazione e applicazione del diritto sono le due porte, attraverso le quali nell'edificio del diritto vengono in comunicazione il mondo della realtà e dell'essere e quello dei valori e delle norme.* Attraverso la porta della creazione sboccano le forze vive dell'essere sociale, le necessità sociali e i rapporti di autorità nel campo delle norme e si trasformano in contenuto di norme giuridiche: attraverso la porta

dell'applicazione penetrano le norme giuridiche entro la viva esistenza sociale, e si trasformano in realtà sociale.

Abbiamo così la *differenza* che nel processo *creativo* il contenuto delle norme si regola a seconda dei fatti, nel processo *applicativo* i fatti seguono il contenuto di norme. Concettualmente la distinzione sussiste chiara: se astraiamo dalle specialità del diritto concreto e trattiamo come sistema unitario tutto il contenuto dell'ordinamento giuridico positivo, tosto il processo di positività del diritto secondo il criterio di questo sistema normativo unitario si frange nel sistema applicativo e in quello creativo. Il sistema normativo unitario rampolla dalla forza creativa del diritto disteso sopra di esso e viene continuato dall'atto d'impiego a esso sottoposto (cfr. III). La teoria *dei gradi* del diritto riconosce anch'essa la profonda differenza tra creazione e applicazione con riferimento ai gradi estremi della catena: il punto più alto, il quale « non è condizionato da nessun fenomeno giuridico », e « per natura non è capace di esecuzione », « si presenta chiaramente come pura creazione di diritto », il punto più basso, « il quale non è condizione per nessun altro fenomeno di diritto », e « invero esegue ma non produce diritto », « si presenta come pura applicazione giuridica », per usare le parole del Merkl (1). E invero in questi due estremi della serie noi abbiamo dinanzi agli occhi pura creazione e pura applicazione, constatazione che già di per sè è sufficiente a imporre il mantenimento della distinzione tra questi due processi. Qui basti rilevare come in questo senso il più alto grado della serie venga costituito solamente dal diritto originario e rivoluzionario, mentre dal diritto legittimo supremo (la legge) solo quando a esso spetti la modificazione di quelle norme giuridiche che regolano appunto il suo sorgere. In quest'ultimo caso tuttavia la creazione di questo diritto legittimo primario è già in un certo senso l'applicazione, mediante la più alta autorità giuridica, delle norme regolanti il processo creativo, sebbene questa stessa autorità non sia tanto legata giuridicamente a queste norme da non poterla essa stessa modificare. Il Merkl ha anche con sufficiente chiarezza sottolineato come possano rientrare nel più basso grado della serie solo gli atti così detti di pura realtà, ma non le disposizioni giudiziarie ed amministrative (2).

(1) *Die Lehre von der Rechtskraft*, pag. 218. Cfr. sopra I, pag. 655, nota 3.
(2) *Op. cit.*, pag. 219.

Solo in riferimento al *corpo intermedio* della serie di diritto afferma la teoria dei gradi il corrente parallelismo tra creazioni e applicazioni, cioè a dire che un grado intermedio è a un tempo applicazione di uno più alto e creazione di uno più basso. Se non che questo problema dei gradi intermedi non è in realtà un puro problema di essenza di diritto, sibbene in gran parte un *problema di contenuto di diritto*. Cioè a dire non è necessario che si abbiano gradi intermedi, mentre sarebbe possibile immaginare l'esistenza di un'unica forma di diritto, con riferimento alla quale gli atti positivi potrebbero qualificarsi come aspetti creativi o come aspetti di applicazione.

Ma poichè tanto la creazione che l'impiego sono processi sociali, si ravvisa la possibilità che essi al pari di tutti gli altri fenomeni sociali divengano oggetto di un regolamento giuridico.

Se il processo sociale di creazione diventa oggetto di regolamento positivo giuridico, ciò significa o che viene regolata la creazione del diritto primario stesso o che alla primaria fonte di diritto vengono inserite e subordinate delle fonti secondarie, le quali tra loro si schierano nei rapporti della coordinazione o subordinazione. In questo modo si può a piacere allungare una serie di gradi di creazione. Se oltre a ciò anche il processo sociale di impiego venga assoggettato a un regolamento positivo giuridico, avremo anche qui a piacere molti gradi d'applicazione. E i gradi creativi e d'applicazione tanto più prossimi si faranno, quanto maggiormente in questo regolamento si esprimeranno i *vincoli* del creatore e la *libertà* di chi applica.

È certo che *ogni regolamento della creazione di diritto trasforma questa parzialmente in un'applicazione*: le norme poste dalle fonti giuridiche primarie debbono essere seguite, che è quanto dire impiegate, dalle fonti secondarie: pertanto il creatore del diritto secondario è sempre anche un applicatore del primario. D'altro lato, anche il *regolamento dell'applicazione*, in quanto elargisce a chi applica la libera disposizione di determinazione e di decisione, *traduce la funzione applicativa parzialmente in una funzione creativa*. L'attività creativa del giudice e della prassi amministrativa in caso di *ius aequum*, e la simiglianza del diritto soggettivo con la creazione di diritto ne sono esempi. Anche il Somló sottolinea che i concetti di impiego e posizione (rinvenimento e creazione) di diritto non stanno affatto in contrapposto, mentre solo occorre, secondo il suo pensiero, non dimenticare la distinzione del diritto primario e secondario. L'esecuzione

o applicazione del diritto da parte dell'obbligato alla norma — scrive egli — può consistere precisamente in una posizione di norma, mediante cui l'obbligato si trasforma in un organo (1), cioè a dire in una fonte secondaria di diritto, dato che organi di diritto e fonti secondarie sono equivalenti per il Somló (2). Sebbene l'assunzione dei *gradi intermedi* nella serie giuridica sia opera di un regolamento positivo giuridico, non può trarsene d'altro canto la conseguenza che questo problema dei gradi intermedi costituisca *esclusivamente* un problema di *contenuto* di diritto. Il regolamento giuridico dei gradi intermedi di creazione e di applicazione non significa creazione e applicazione realizzati in questi gradi. Tanto quelle norme giuridiche che regolano la creazione, quanto quelle che attendono di essere prodotte sulla base di queste norme, debbono essere create in un processo storico sociale. Il problema dell'essenza di diritto, dei rapporti fra creatore di diritto e norma di diritto creata, tra realtà e norma, tra essere e dover essere, si presenta perciò di nuovo in tutti i gradi intermedi. Lo stesso può essere affermato anche nei riguardi dell'applicazione: anche le norme che regolano quest'ultima debbono essere attuate mediante un'azione umana. Il problema di essenza del diritto, delle relazioni fra attuatore di norma e norma giuridica attuata, il problema della realizzazione delle norme o realizzazione di valore, si presenta ancora in tutti i gradi.

Lo stesso Kelsen ha riconosciuto chiaramente tale punto. « La « catena dei gradi della creazione di diritto, scrive egli testualmente, « è caratterizzata da un parallelismo tra fattispecie attuale e norma. « La norma di ciascun grado più alto racchiude come parte del suo « contenuto la circoscrizione di un fatto, il quale funziona come « creazione del grado inferiore. Perchè il processo giuridico si svolga, « il dato di fatto determinato dalla norma di grado superiore deve « *essere realmente posto.* Una deliberazione di parlamento deve essere « *realmente assunta,* la volontà di un monarca, la pronunzia di sentenza « del giudice debbono *effettivamente manifestarsi,* insomma *deve essere* « *posto un atto psico-fisico* il quale porta la norma di grado infe- « riore.... Osservando l'importante distinzione fra l'*atto* che pone « la norma e la *norma* posta da questo atto, si può affermare: « ciò che è *dato di fatto* in riferimento al grado superiore appare

(1) *Juristische Grundlehre,* pag. 422-423.
(2) *Op. cit.,* pag. 331.

« come *norma* nei confronti di quello inferiore..... In questo tratta-
« mento dinamico la *positività* del diritto si manifesta come una
« concretizzazione gradata..... Solo che non venga mai rimossa
« dal concetto di positività la relazione tra norma e fatto, fra dover
« essere e essere. Sarebbe puramente illusorio credere che con
« ciò venga risoluta la positività come un problema del tutto *im-*
« *manente* al sistema di diritto. Molto più anzi si riproduce sempre
« di nuovo in ogni grado dell'ordinamento giuridico il problema della
« relazione fra il sistema di diritto come norma e il sistema della
« realtà di natura corrispondente alla norma » (1).

A queste acute osservazioni del Kelsen si potrebbe tuttavia contrapporre che il problema della positività del diritto non solo non è interamente un problema di contenuto giuridico, ma anzi che esso non è affatto un problema di contenuto giuridico. Anche nei riguardi dei gradi intermedi della serie giuridica gli atti di processo di positività, di creazione e di applicazione si pongono come azioni umane effettivamente attuate: il contenuto giuridico normativo serve solo come unità di misura per il giudizio di questi fatti storico-sociali, come creazione o applicazione.

Questo giudizio dei gradi intermedi del processo di positività viene reso più complesso, ove il processo creativo e applicativo sia regolato positivamente, giacchè in tal caso abbiamo propriamente due contenuti giuridici normativi come misure di questo giudizio.

Come creazione o impiego di diritto questi due processi si presentano non alla stregua delle norme che li regolano, sibbene in riferimento a quelle norme che attendono di essere create o impiegate sulla base del regolamento in questione. La creazione di diritto giuridicamente regolata è applicazione di diritto considerata dal punto di vista della norma superiore che la regola, in quanto basti il vincolo creato da questa norma, mentre è creazione di diritto considerata dal punto di vista della norma inferiore da essa prodotta in quanto questa sia il risultato di una libera attività creativa. L'applicazione giuridicamente regolata tanto dal punto di vista delle norme che la regolano quanto da quello delle norme da applicare in senso stretto, le quali possono appartenere a distinti gradi di diritto, è applicazione di diritto, e solo in quanto il regolamento dell'applicazione giuridica significa una modificazione generale delle

(1) *Allgemeine Staatslehre*, pagg. 249-250 ; le sottolineature in parte sono mie

norme da applicare in senso stretto e rispettivamente l'autorizzazione dell'applicatore di diritto a procedere a questa modificazione, solo in tanto tale applicazione di diritto, a cui è concessa la considerazione delle specialità di caso concreto trascurate dal creatore di diritto, si presenta essa per questa parte come fonte secondaria di creazione. I *gradi intermedi* del processo di positività si svolgono quindi come una *fusione* tra creazione e impiego: ne consegue — come già è stato detto — una certa relatività di separazione tra queste due funzioni, non appena un regolamento positivo sorga a disciplinarle. Non le norme, sibbene i fatti storico-sociali dei gradi intermedi mostrano tale mescolanza di creazione e impiego, ma questo significa semplicemente che tali fatti vengono giudicati con due contenuti di norma, e pertanto qualificati *in parte* come creazione, *in parte* come impiego.

Questi fatti che si presentano come un complesso di azioni umane contengono dunque in loro due elementi, in differenti proporzioni: laddove l'elemento della libera attività prenda il sopravvento, là l'intero complesso piega verso la creazione, mentre va piuttosto ascritto a impiego, nel caso che preponderi l'elemento del vincolo. *Concettualmente* è sempre possibile, anche nel processo di positività di diritto *dei gradi intermedi*, separare l'elemento creativo da quello applicativo.

La teoria stessa dei gradi parla solo di un *parallelismo* tra creazione e impiego in riferimento ai gradi intermedi. Certamente afferma il Merkl che ciascun grado intermedio a *un tempo* rappresenta l'applicazione di una norma superiore e la creazione di una inferiore.

Per contro, possiamo affermare che il processo di positività di ogni grado intermedio comprende funzioni *tanto* creative *quanto* applicative, che il grado intermedio in questo senso si presenta in parte come creazione, in parte come applicazione. Noi crediamo tuttavia che questa interpretazione possa conciliarsi col concetto fondamentale della teoria dei gradi. Possono certo rinvenirsi molte esatte osservazioni nella dottrina dei gradi di diritto, ma certo non possiamo trarne la conclusione che sia stata rimossa per sempre la distinzione tradizionale tra creazione e impiego. I nostri rilievi fin qui tendono a dimostrare *che la distinzione concettuale di creazione e impiego può essere mantenuta in ogni grado di diritto.*

## VII. - Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione, come problema di contenuto del diritto.

Uno dei più grandi meriti della teoria dei gradi è quello di aver approfondito la somiglianza tra creazione e applicazione. A conclusione desidereremmo ancora gettare un fugace sguardo al problema di contenuto di creazione e d'impiego per mostrare le affinità anche nel regolamento positivo giuridico di questi processi.

La distinzione tra creazione e impiego giace senza dubbio non nella sfera di contenuto della norma, ma nel rapporto tra realtà e norma: se è il contenuto di norma che si configura secondo la realtà, abbiamo creazione, se per contro è la realtà che si adagia sul contenuto di norma, abbiamo l'applicazione. Ma se il contenuto giuridico positivo disciplina questi contrapposti processi nel senso sopra osservato, anche la loro differenza si rifletterà nel contenuto del regolamento corrispondente. La differenza sociale fra il potere e l'ossequio, fra il comando e l'obbedienza, fra la libera attività formativa del creatore di diritto e il vincolo di chi esegue, verrà a ritrovarsi anche nel contenuto di quelle norme giuridiche, le quali fanno oggetto del loro regolamento la creazione o l'applicazione. La limitazione della libertà del creatore di diritto, e la dissoluzione dei vincoli di chi attua, formano il problema di questo corrispondente regolamento positivo giuridico. Quest'ultimo caso si presenta limpido nel movimento del diritto libero.

I diritti positivi sogliono, in corrispondenza alla differenza di cui sopra, sottolineare profondamente la distinzione tra creatore e applicatore di diritto. Ne sono esempi la netta separazione dell'organo di Stato dal semplice suddito, il principio della separazione di poteri, la distinzione fra legislazione, amministrazione e giustizia.

Ma poichè i processi storico-sociali della creazione e dell'applicazione mostrano caratteristiche affini, poichè ambedue sono complessi di azioni umane giuridicamente rilevanti e insieme costituenti il processo di positività giuridica, tale somiglianza di essenza deve rispecchiarsi necessariamente nel corrispondente regolamento giuridico. Ci sia concesso di approfondire alquanto questo punto.

Nel trattamento di un problema di contenuto giuridico è di interesse *giuridico-filosofico* il problema di *confini* del possibile regola-

mento giuridico. Il regolamento giuridico della *creazione* può avere contenuto svariato, ma non può superare due limiti.

*Da un canto*, la mutazione del diritto si può rendere più difficile, ma non nettamente proibire, giacchè questo significherebbe eleggere a contenuto del diritto una sociologica impossibilità; non esiste nessuna legge *in perpetuum valitura*; il divieto di modificazione urta contro la legge sociologica dello svolgimento di diritto. *D'altro lato*, il diritto non può consentire la rivoluzionaria modificazione del diritto stesso, giacchè ciò costituirebbe una logica impossibilità. Tra questi due estremi il regolamento positivo giuridico può rendere le modificazioni più difficili o più facili, con che sorgono due tipi di questi corrispondenti regolamenti: uno, il quale, per quanto è possibile, rende *fisso* il diritto attuale e difficile il suo adattamento allo sviluppo sociale, l'altro che, per quanto è possibile, rende il diritto *flessibile* e agevole il suo adattamento alla mutevolezza della vita sociale. Il regolamento giuridico dell'*applicazione* deve egualmente mantenersi entro due estremi: *da un canto* non può proibire l'interpretazione a chi applica il diritto, giacchè questo rappresenta un'impossibilità, non essendo concepibile l'applicazione del diritto priva dell'intelligenza e dell'interpretazione di esso; *d'altro canto* il diritto può consentire a chi lo applichi la facoltà *eccezionale* di discostarsi dal diritto, che è quanto dire non applicarlo, ma non può in *linea generale* riconoscere tale facoltà, giacchè questo significherebbe distruggere la forza coattiva del diritto, che è quanto dire il diritto stesso. Fra questi due estremi il regolamento positivo giuridico può assicurare a chi applichi il diritto una posizione relativamente dipendente o indipendente, limitando l'esecutore a sussunzioni logiche o autorizzandolo a disposizioni di volontà libere e a valutazioni etiche: dal che sorgono due tipi di corrispondenti regolamenti: il tipo dell'*jus strictum*, il quale rende difficile l'adattamento del diritto alle esigenze della vita mutevole, e quello dell'*jus aequum*, il quale agevola tale adattamento agli alterni casi concreti. Non è difficile controllare la profonda affinità del regolamento positivo giuridico di creazione o applicazione in riferimento ai limiti del possibile regolamento e ai tipi principali di questo.

Noi potremmo condurre oltre l'esame di queste somiglianze alla stregua di regolamenti concreti, non soltanto limitando la nostra ricerca all'esame dell'applicazione giuridica in generale e della creazione, ma anzi allargandola alla comparazione fra creazione di diritto,

applicazione per mezzo di organi di Stato e applicazione per mezzo dei cittadini soggetti. Noi intendiamo tuttavia limitarci ai due esempi seguenti. È stato accennato come il diritto possa autorizzare chi lo applica a discostarsi, *in via d'eccezione*, dall'applicazione del diritto stesso. Nella sfera di applicazione del diritto per mezzo di organi di Stato la legge può dare facoltà al giudice di non osservare la legge stessa in quei casi in cui la sua applicazione condurrebbe a aspra ingiustizia o insostenibile inopportunità. Nella sfera dell'applicazione del diritto per mezzo dei cittadini sottoposti troviamo l'analogo nello *stato di necessità* civile e penale, allo stesso modo che l'*ordinanza di necessità* nella sfera delle fonti secondarie di diritto. Altro esempio: nella sfera dell'applicazione è ben noto il sistema del cosiddetto *référé législatif*; cui corrisponde nella sfera della creazione di diritto il *referendum* e nella sfera dell'applicazione di diritto per mezzo di sudditi il caso in cui sia necessaria l'approvazione di un organo di Stato per la validità di un negozio giuridico privato (1).

Ma non solo le determinazioni di contenuto giuridico per creazione e applicazione di diritto mostrano una profonda affinità, sibbene sono anche in fondo somiglianti i motivi *giuridico-politici*, in forza dei quali il diritto positivo ritiene necessario disciplinare il processo di creazione e di applicazione. Il diritto positivo regola il processo di creazione per assicurare un flusso di modificazione scorrevole e privo di attrito, per rendere possibile l'adattamento del diritto ai cangiamenti del complesso sociale, alle mutevoli esigenze di vita. E il diritto positivo regola il processo di applicazione per rendere possibile a chi lo applichi la considerazione delle individuali peculiarità del caso concreto, l'adattamento del diritto alle esigenze della vita multiforme. Ciascun regolamento giuridico racchiude in sè un frammento del passato: perchè esso non riesca a un soffocamento del vitale presente e dell'incombente avvenire, perchè esso sia sostegno e non vincolo dello sviluppo sociale, gli è necessario mantenersi sufficientemente elastico. Il regolamento della creazione di diritto ha lo scopo di assicurare *nelle grandi linee* questa elasticità e flessibilità del diritto, il regolamento dell'applicazione di diritto ha il compito di assicurare ciò *nei dettagli*. Lo scopo è dunque

(1) Sulle citate determinazioni di contenuto giuridico per l'impiego di diritto cfr. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, pag. 384 e ss.

identico per ambedue: *conciliare la rigidezza statica del sistema di norma col dinamismo della vita.*

Da questa formula risorge ancora l'eco del tema fondamentale della nostra trattazione: *il problema della creazione e dell'applicazione di diritto rappresenta il problema delle relazioni tra norma e realtà.*

Creazione e applicazione di diritto costituiscono le due correnti, per mezzo delle quali i fatti sociali affluiscono nel mondo delle norme e le norme nel dominio delle realtà sociali.

GIULIO MOÒR

PROFESSORE NELL'UNIVERSITÀ DI BUDAPEST

[*Trad. di Alfredo Zapponi*]

# Recht und Gewohnheitsrecht

## Eine Auseinandersetzung mit Hans Mokre und zugleich ein Beitrag zur Theorie des Rechts und des Gewohnheitsrechts

Von

**Julius Moór**, Budapest

Inhalt: 1. Einleitung. — 2. Gegenstandstheorie und Lehre vom möglichen Recht. — 3. Sollenselemente des Rechts als mögliches Recht. — 4. Argumente für die Annahme eines möglichen Rechts. — 5. Begriff des positiven Rechts. — 6. Die Sanktion des Rechts. — 7. Apodiktisches und problematisches Sollen. — 8. Die rechtliche Doppelnorm. — 9. Systemzusammenhang des Rechts. — 10. Extrasystematisches (illegitimes) Recht. — 11. Die Grundnorm. — 12. Das Gewohnheitsrecht.

1. „Die Rechtswissenschaft muß endlich das unsinnige Suchen nach einem Rechtsbegriffe aufgeben" — meinte Fritz Sander im Jahr 1922[1]). Trotzdem haben die Juristen das bereits von Kant erwähnte „Suchen einer Definition zu ihrem Begriffe von Recht"[2]) nicht eingestellt, ja es scheint immer mehr die richtige Ansicht durchzudringen, daß die Bestimmung des Rechtsbegriffs das Zentralproblem der Rechtstheorie und daß kein tiefergehendes rechtstheoretisches Problem ohne vorherige Stellungnahme zu diesem Zentralproblem zu lösen sei. Zwei in neuerer Zeit erschienene vorzügliche Werke, die sich mit Problemen der Rechtsquellenlehre beschäftigen, Alf Roß' „Theorie der Rechtsquellen" und Hans Mokres „Theorie des Gewohnheitsrechts", können als Beispiele dieser Auffassung angeführt werden: beide Werke zerfallen, abgesehen von ihren breiten literaturhistorischen Teilen, in zwei Abschnitte, von denen der erste der Bestimmung des Rechtsbegriffes, und nur der zweite der auf diesem Grunde versuchten Lösung ihres Spezialproblems gewidmet ist[3]). Von diesen beiden Versuchen zur

[1]) Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung. Wiener Staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, 1. Bd., 2. Halbband, S. 1214.

[2]) Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl., S. 731, Anm.

[3]) Roß: Theorie der Rechtsquellen. Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien, 13. Bd., 1929. (1. Buch: Historische Darstellung der Theorie der Rechtsquellen nach 1800, S. 3—192. 2. Buch, 1. Abschnitt: Das Positivitätsproblem des Rechtes, S. 195—289; 2. Abschnitt: Das Rechts-

Bestimmung des Rechtsbegriffes ist besonders die ausgereifte und wohldurchdachte Auffassung Mokres einer ernsten Beachtung wert und es soll daher im folgenden eine Auseinandersetzung mit dieser unternommen werden[1]).

2. Mokre stützt seine allgemeine Rechtstheorie auf die Meinongsche Gegenstandstheorie. Soll dies nicht das Heranbringen von gewissen der Rechtswelt fremden philosophischen Gesichtspunkten an den Gegenstand Recht, sondern die logische Analyse des Gegenstandes Recht selbst bedeuten, so ist es wärmstens zu begrüßen. Die Bestrebung Mokres, die Unabhängigkeit der Reinen Rechtslehre von ihrem idealistischen philosophischen Unterbau darzulegen[2]), scheint auch den richtigen Gedanken zu enthalten, daß es trotz der Abhängigkeit vieler rechtsphilosophischer Problemlösungen von der zugrundegelegten philosophischen Auffassung, doch auch rechtstheoretische Fragen gibt, deren Lösung ebensowenig von einer allgemeinen philosophischen Ansicht abhängt wie die Richtigkeit eines mathematischen Gleichnisses oder einer historischen Tatsachenforschung.

Nun zieht aber Mokre daraus, daß gegenstandstheoretische Betrachtung „daseinsfreie Betrachtung" ist, die Folgerung, daß gegenstandstheoretische Rechtsphilosophie eine Lehre vom möglichen Recht sei[3]). Ich habe selbst das Problem des möglichen Rechts als ein rechtsphilosophisches bezeichnet[4]), jedoch in einem anderen Sinn: Was logisch, physisch oder soziologisch unmöglich ist, ist meiner Ansicht nach auch als Inhalt des positiven Rechts unmöglich, das mögliche Recht bedeutet also die Möglichkeit des positiven Rechts innerhalb der unwandelbaren Grenzen, die dem wandelbaren Rechtsinhalt gezogen sind. Mokre spricht dagegen von einem möglichen Recht, das sowohl vom Naturrecht als auch vom positiven Recht verschieden ist[5]). Die Argumente, die er des näheren für die Annahme eines solchen nicht positiven Rechts angibt, werden wir

quellenproblem, S. 291—437.) — Mokre: Theorie des Gewohnheitsrechts, 1932. (Problementwicklung, S. 6—128. — System. 1. Allgemeine Rechtstheorie, S. 129—153; 2. Theorie des Gewohnheitsrechts, S. 154—194.)

[1]) Der systematische Teil des Mokreschen Buches ist unter dem Titel „Zur Theorie des Gewohnheitsrechts" in dieser Zeitschrift, 12. Bd., 1932, S. 386—451, erschienen. Wir werden uns beim Zitieren auf die Seitenzahlen dieses Artikels berufen (zitiert: Bd. XII). — Außerdem hat Mokre unter dem Titel: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, bereits im 9. Bd., 1930, S. 321—356, dieser Zeitschrift seinen Rechtsbegriff entwickelt (zitiert: Bd. IX).

[2]) Bd. IX, S. 321. [3]) Bd. XII, S. 389.

[4]) Die Theorie der juristischen Personen (ungarisch), 1931, S. 40, Anm. 52. — Vgl. auch meine Ausführungen über das „negative Naturrecht", das die Schranken angibt, innerhalb welcher das positive Recht möglich ist, in: Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Gesellschaft, Staat und Recht, Kelsen-Festschrift, 1931, S. 102—105.

[5]) Bd. XII, S. 394.

unten untersuchen; hier soll nur festgestellt werden, daß der Umstand, daß gegenstandstheoretische Betrachtung eine daseinsfreie Betrachtung ist, die Annahme eines nicht positiven Rechtes, wenn es so etwas sonst nicht gibt, keinesfalls motivieren kann. Zumal „auch die Wirklichkeit selbst" — wie wir bei Mokre lesen können — „ihrem Wesen nach gegenstandstheoretischer Betrachtung unterliegt"[1]), warum sollte da das positive Recht, selbst wenn es Wirklichkeitselemente enthielte, der gegenstandstheoretischen Untersuchung unzugänglich sein und warum sollte das Streben nach einer gegenstandstheoretischen Rechtsphilosophie die Annahme eines nicht positiven „möglichen" Rechts notwendig machen? Gewiß wird sich die gegenstandstheoretische Betrachtung des positiven Rechts nach dessen vom „Sein" unabhängigen „Sosein" interessieren, die Herausarbeitung des zeitlosen Wesens des zeitlich-räumlich bestimmten positiven Rechts wird aber dieses ebensowenig in ein nichtpositives verwandeln können, wie die gegenstandstheoretische Betrachtung des Wesens der Wirklichkeit diese nicht in Nicht-Wirklichkeit verwandelt.

3. Mokre selbst hat übrigens ein glänzendes Beispiel dafür geliefert, daß man das positive Recht gegenstandstheoretischer Betrachtung unterwerfen kann. Seine diesbezüglichen feinen Analysen führen zu dem Ergebnis, daß das positive Recht eine Beziehung zwischen Sollen und Sein, Norm und Wirklichkeit enthält[2]). Das positive Recht ist nämlich seiner Auffassung nach ein in der Form der Doppelnorm auftretendes Sollen, dem sich die Seinselemente der Positivität: Gegebenheit und tatsächliche Geltung, anschließen. Die schwere Frage nach der Beziehung zwischen Sollen und Sein im Begriff des positiven Rechts wird des näheren noch dadurch erklärt, daß diese Beziehung auf die Welt des Seins nur ein Auswahlprinzip sei, das gewisse der unendlich vielen Normen als positivrechtliche heraushebt, am Wesen der betreffenden Normen aber nichts ändert[3]). Dadurch wird natürlich auch die Anwendung der normativen Methode ganz richtig auf das Feld der Dogmatik be-

[1]) Bd. XII, S. 389.

[2]) Bd. XII, S. 397 ff. — Ähnlich, als Verbindung von Sollen und Sein, habe ich das Recht definiert, vgl. Macht, Recht, Moral, 1922, S. 5 ff., Einführung in die Rechtsphilosophie (ungarisch), 1923, S. 174 ff., Die Theorie der juristischen Personen (ungarisch), 1931, S. 292 ff.

[3]) Bd. XII, S. 401. — Ganz ähnlich versuchte ich auch die Beziehung zwischen Sollen und Sein im Begriff des positiven Rechts zu bestimmen; vgl.: Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, S. 89—90, ferner ebenda, S. 76, Anm. 2. Das Zusammentreffen von Seinselementen und Sollenselementen im Rechtsbegriff bedeutet um so weniger „einen eisernen Ring aus Holz", da nicht die Sollensnatur des davon wesensverschiedenen Seins behauptet wird, sondern nur eine Beziehung zwischen den beiden wesensverschiedenen, aber eben deshalb sich logisch nicht ausschließenden Gegenständen: Sollen und Sein, von denen keiner allein zur Bestimmung des Begriffs „positives Recht" genügt.

schränkt und als ungeeignet zur Lösung des Positivitätsproblems oder anderer rechtsphilosophischer Probleme erklärt[1]).

Das für das Recht charakteristische Merkmal, die differentia specifica, die die rechtlichen von anderen sozialen Normen unterscheidet, findet Mokre im Sollenselement und nicht im Seinselement des positiven Rechts. Das Eigentümliche des Rechts besteht seiner Ansicht nach darin, daß das rechtliche Sollen in der Form einer Doppelnorm auftritt: „der Rechtssatz erscheint als eine Verbindung von Gebotsnorm und Sanktionsnorm"[2]). Deshalb nennt er auch eine jede Norm, die in dieser Form, als Verbindung einer Gebotsnorm und einer Sanktionsnorm erscheint, eine rechtliche, ganz ohne Rücksicht darauf, ob sie faktisch gilt oder nicht, und den Inbegriff jener Doppelnormen, denen keine Positivität zukommt, bezeichnet er als das „mögliche Recht" im Gegensatz zum positiven.

Ob Mokre das spezifische Charakteristikum des Rechts zutreffend angegeben hat oder nicht, wird unten noch zu untersuchen sein; hier soll nur darauf aufmerksam gemacht werden, daß es nicht angeht, auf Grund der differentia specifica allein, bei Weglassen der anderen nicht-spezifischen, aber doch notwendigen Eigenschaften, den Begriff eines Gegenstandes zu bilden. Angenommen also, daß das Eigentümliche des Rechts wahrlich in seinem Erscheinen in der Form der Doppelnorm gelegen sei, kann doch aus diesem Grund noch nicht eine jede Doppelnorm als Recht bezeichnet werden. Zumal da der normale Sprachgebrauch, in dessen Nähe Mokre ganz richtig bleiben will[3]), die „von irgendeinem Hilfsbeamten formulierten" Doppelnormen oder den „Ruf des Räubers: Geld oder Leben"[4]) schwerlich als Recht bezeichnen möchte. Die Annahme eines möglichen Rechts im Sinn Mokres wäre demnach auch in dem Fall nicht gerechtfertigt, wenn das Wesen des Rechts wahrlich in der Doppelnormqualität des Rechtssatzes, also in der Qualität des Sollens, in dem Sollen als einem idealen Gegenstand gefunden werden könnte.

4. Die Argumente, die Mokre des näheren für die Annahme eines „möglichen Rechts" anführt, sind nicht stichhältig.

Er befürchtet von der Identifizierung des Rechts überhaupt mit positivem Recht die Gefahr, daß dadurch der Sollenscharakter des Rechts verkannt und das Recht als eine Art statistisches Durch-

---

[1]) Bd. XII, S. 401, 404. — Ganz ähnlich habe ich als das Anwendungsgebiet der normativen Methode die Jurisprudenz bezeichnet; a. a. O., S. 96. Mokre hat auch ein richtiges Verständnis für die von mir sogenannten Doppelprobleme; vgl. ebenda, S. 95.

[2]) Bd. XII, S. 395.

[3]) Bd. IX, S. 325; Bd. XII, S. 417; „... es wird sich empfehlen, wissenschaftliche Begriffe nicht gleichsam ins Blaue hinein zu konstruieren, sondern auf eine gewisse Verwandtschaft mit dem natürlichen Sprachgebrauch zu achten..."

[4]) Bd. XII, S. 396.

schnittsgesetz aufgefaßt wird[1]). Dieses Argument hat nichts zu sagen; denn nicht die Identifizierung des Rechts überhaupt mit positivem Recht, sondern nur eine unrichtige Definition des positiven Rechts kann den Sollenscharakter des Rechts verkennen.

Andererseits befürchtet Mokre, daß man — wenn man nur solche Normen als Recht bezeichnet, die positiviert erscheinen — „nicht in der Lage sei, gewisse Fälle eines unpositiven Rechts zu fassen, die doch nicht Naturrecht sind". Als Beispiel führt er den Fall eines Gesetzentwurfes an[2]). Nun ist aber ein Gesetzentwurf noch nicht Recht, ebenso wie irgendein Recht der Vergangenheit schon nicht mehr Recht ist. In beiden Fällen hat man sicherlich mit einem Gegenstand zu tun, der nicht fremd der Welt des Rechts gegenübersteht, sondern enge Beziehungen zu ihr hat. Den Schein des Rechtlichen erhält aber sowohl der Gesetzentwurf als auch das Recht der Vergangenheit als Reflex vom positiven Recht: der Gesetzentwurf davon, daß er positives Recht werden will, das Recht der Vergangenheit davon, daß es tatsächlich positives Recht gewesen ist, nicht aber davon, daß sie in der Form von Doppelnormen auftreten. Der Sprachgebrauch, der geneigt ist, sowohl Gesetzentwürfen als auch gewesenen Rechten den Titel des Rechts zu gewähren, verfährt ähnlich wie der praktische Arzt, der den jungen Stud. med. als „Kollegen" anredet, oder die Sitte, die gewissen Würdenträgern ihre Titel läßt, auch nachdem sie schon nicht mehr aktiv sind[3]).

Wenn also die besprochenen Fälle des Gesetzentwurfes und des Rechts der Vergangenheit die Annahme eines möglichen Rechts nicht begründen, so sollten andererseits die sonderbaren Konsequenzen dieser Rechtsauffassung vor dieser Annahme zurückschrecken: nach dem Mokreschen Rechtsbegriff könnte ja jedermann, der zur Formulierung von Doppelnormen fähig ist, Recht erzeugen und nach seiner eigenen Feststellung müßte man sowohl die von einem Hilfsbeamten formulierten Sätze als auch den Ruf des Räubers „Geld oder Leben" als Rechtssätze betrachten[4]).

Mokre will uns angesichts dieser unangenehmen Konsequenzen mit dem Hinweis auf die Belanglosigkeit seines Rechtsbegriffes beruhigen: „Ein Jurist, der Richter oder Rechtsanwalt ist," — meint er — „braucht darum nicht zu befürchten, daß nun plötzlich die Welt mit einer Unzahl von Rechtsnormen bevölkert werden könnte, die er unmöglich überschauen und darum unmöglich anwenden

[1]) Bd. XII, S. 393—394.

[2]) Bd. XII, S. 394. — Bd. IX, S. 333, führt er auch das Vereinsstatut an, dieses ist jedoch delegiertes positives Recht.

[3]) In manchen, besonders bedeutungsvollen Fällen ist jedoch der Sprachgebrauch schon vorsichtiger und genauer: wenn man Präsident Poincaré sagt, meint man damit Herrn Poincaré während seiner Präsidentschaft. Ebenso bedeutet aber auch das römische Recht ein wirkliches positives Recht, nämlich das römische Recht während der Zeit seiner Herrschaft.

[4]) Bd. XII, S. 396.

könnte. Er braucht sie nicht überschauen und darf sie nicht anwenden, denn anzuwenden hat er nur positives Recht"[1]). Abgesehen davon, daß diese allzu utilitaristische Argumentation nicht zutrifft, denn der Mokresche Begriff des unübersehbaren unpositiven Rechts hat auch seine unliebsamen Konsequenzen für den Begriff vom positiven Recht, muß man fragen, welchem Zweck durch die Aufstellung dieses Rechtsbegriffes gedient wird, dessen einzige Entschuldigung seine Belanglosigkeit ist?

5. Wenden wir uns aber von dem nicht glücklichen Begriff des möglichen Rechts ab und der Mokreschen Begriffsbestimmung des positiven Rechts zu. Dieses ist seiner Auffassung nach eine Verbindung von Gebotsnorm und Sanktionsnorm, der Gegebenheit und Geltung zukommt. Unter Gegebenheit ist nichts anderes zu verstehen, als daß die Norm „von irgend jemand im Ernst gewollt und ausgedrückt ist"[2]). Die Geltung der Rechtsordnung bedeutet, daß sie tatsächlich befolgt, also verwirklicht wird, daß sie lebendig ist, sich durchsetzt. Es genügt dazu, daß ein Rechtssatz geltend sei, daß entweder die Gebotsnorm oder die Sanktionsnorm befolgt werde, und es ist natürlich nicht von einer ausnahmslosen, sondern bloß von einer überwiegenden Befolgung die Rede[3]).

Auf den ersten Blick erscheint es als eine Eigentümlichkeit dieser Auffassung vom positiven Recht, daß sie nicht ein einziges Positivitätskriterium, nämlich die Normbefolgung oder tatsächliche Durchsetzung des Rechts, sondern außerdem noch ein zweites, nämlich die „Gegebenheit" des Rechts angibt. In Wirklichkeit bedeutet dies aber keinen Unterschied zu den üblichen Befolgungstheorien, die bereits unter „Norm" „eine gewollte und ausgedrückte Norm, nicht das ideale Sollen allein" verstehen[4]); so versteht z. B. Somló unter „empirischen oder Willensnormen" dasselbe, was Mokre als „gegebene Norm" bezeichnet[5]). Außerdem liegt in der scharfen Gegenüberstellung der beiden Positivitätskriterien, der Gegebenheit und der Befolgung, der Machtgedanke verborgen: daß nämlich jemand gebietet (ernstlich will) und andere gehorchen (die Norm befolgen). Dieses Auseinanderhalten der „Gegebenheit" und der „Geltung" wird aber gerade beim Gewohnheitsrecht aufgegeben, da es heißt, daß es die „Besonderheit des Gewohnheitsrechts sei, daß bei ihm in einem gewissen Sinn Gegebenheit und Geltung zusammenfallen"[6]).

Trotz des oben erwähnten Durchschimmerns des Machtgedankens in dem Positivitätsbegriff Mokres wird die Rechtsmachttheorie von ihm abgelehnt, und zwar aus zwei wenig überzeugenden Gründen. Erstens meint er, daß die Rechtsmacht nichts Erfahrbares sei, son-

[1]) Bd. XII, S. 395.
[2]) Bd. XII, S. 401, 406, 408, 409.
[3]) Bd. XII, S. 400.
[4]) Bd. XII, S. 400.
[5]) Somló: Juristische Grundlehre, 2. Aufl., 1927, S. 58ff.
[6]) Bd. XII, S. 447/448.

dern nur „die Möglichkeit bedeute, den Inhalt von Rechtsnormen zu verwirklichen“[1]). Die feinen und zum großen Teil richtigen Ausführungen darüber, daß die Rechtsmacht kein realer, sondern ein idealer Gegenstand sei, hätten aber gerade eine gegenstandstheoretische Rechtsphilosophie nicht davor zurückschrecken sollen, diesen idealen Gegenstand bei ihren Untersuchungen zu verwerten. Vielleicht hätte eine diesbezügliche Untersuchung doch einen gewissen Unterschied zwischen der Normverwirklichung durch Macht und freiwilliger Normverwirklichung aufgedeckt. Der zweite Grund, warum Mokre die Rechtsmachttheorie ablehnt, ist die Ansicht, daß die Rechtsmacht oder die Furcht vor ihr nur in den wenigsten Fällen maßgebend für die Verwirklichung des Inhaltes der Rechtsnormen sei, die meistens aus anderen Motiven (Sitte, ethische oder religiöse Beweggründe, Zweckmäßigkeitserwägungen) befolgt werden[2]). „Bestünde“ — so folgert Mokre — „überhaupt keinerlei Machtorganisation, würden aber die Rechtsnormen freiwillig befolgt, so müßte man auch von geltendem Recht reden“[3]). Es ist zweifellos richtig, daß die Rechtsnormen meistens freiwillig und in vielen Fällen nicht aus Furcht vor der Macht und dem Zwang befolgt werden, aber die Möglichkeit des Zwanges, des Eingreifens der Rechtsmacht muß immer bestehen. Gewiß ist „das Motiv der Normbefolgung für den Geltungscharakter des Rechts gleichgültig“, um so wichtiger ist jedoch die Möglichkeit der Zwangsanwendung, des Eingreifens der Macht. Bestünde diese Möglichkeit nicht, so könnte man auch im Fall freiwilliger Befolgung nicht von geltendem Recht, ja überhaupt nicht von Recht reden[4]).

6. Da Mokre die Verwertung des Gedankens einer sozialen Macht bei Bestimmung des positiven Rechtsbegriffs ablehnt, da seine Positivitätskriterien (Gegebenheit und Geltung) für das Recht nicht charakteristisch sind und auch bei anderen, nicht-rechtlichen sozialen Normen, die ebenfalls ernst gewollt und überwiegend befolgt sein können, vorkommen, muß er — wovon oben schon die Rede war — die Rechtsqualität auch des positiven Rechts in dem idealen Gegenstand des Sollens finden: darin, daß auch der positive Rechtssatz als Doppelnorm, als eine Verbindung von Gebotsnorm und Sanktionsnorm erscheint (vgl. oben Punkt 3). An diesem Punkt erlangt sein Begriff des möglichen Rechts für die Bestimmung des Begriffs vom positiven Recht Bedeutung: das positive Recht ist ein positiviertes mögliches Recht. Der Gedanke des „möglichen Rechts“, der sich selbständig, als Begriff eines unpositiven Rechts, nicht

[1]) Bd. XII, S. 406, 407.
[2]) Bd. XII, S. 407—408.
[3]) Bd. XII, S. 408.
[4]) Daß sehr vielen sogenannten legibus imperfectis die Beziehung zur Macht nicht mangelt, könnte durch eine eingehendere Untersuchung erwiesen werden. Es ist also nicht richtig, wenn Mokre diese leges imperfectae ohne Unterschied als fromme Wünsche betrachtet (Bd. XII, S. 394—395).

bewährt hat, muß sich nun als Bestandteil des positiven Rechtsbegriffes als lebensfähig erweisen.

Hängt demnach die Rechtsqualität auch des positiven Rechts davon ab, daß es eine Verbindung von Gebotsnorm und Sanktionsnorm, kurz eine sanktionierte Norm sei, so erscheint die Sanktion als das Charakteristikum der rechtlichen Normen und es ist nicht unwesentlich zu wissen, was darunter zu verstehen sei. Durch das Merkmal der Sanktion eröffnet sich wiederum die Möglichkeit, den Machtgedanken in den Rechtsbegriff hineinzuführen. Und wenn Mokre an einer Stelle erwähnt, daß auf die Übertretung der Rechtsnorm „Strafe oder Zwangsvollstreckung, allgemeiner gesagt eine Sanktion" stehe[1]), oder anderswo von der „Furcht vor Strafe", von der „entsprechenden Ahndung der Übertretungen" redet und den Umstand, daß es „zu einer Sanktion kommen muß", dem „Eingreifen der Rechtsmacht" gleichsetzt[2]), scheint er selbst die rechtliche Sanktion im Sinn des Zwanges und der Machtbetätigung zu verstehen. Nun erklärt er aber ausdrücklich, daß unter Saktion ganz allgemein nur „ein menschliches Verhalten" als Rechtsfolge der Rechtsübertretung verstanden werden muß[3]), er meint, daß mit der Bezeichnung rechtliche Sanktion „noch gar nichts über die Art der Sanktion gesagt sei". F. Kaufmann weist nach Mokres Ansicht richtig darauf hin, „daß eine extrem philanthropische, auf dem Boden des Besserungsgedankens stehende Rechtsordnung ganz wohl auch auf den Verbrecher durch besonders liebevolle Behandlung zu wirken suchen könnte, so daß dann Böses mit Gutem vergolten wäre. Was bleibt, ist nur ein Verhalten gegenüber dem Verbrecher, ohne daß es möglich wäre, eine inhaltliche Charakteristik davon zu geben"[4]). Was bleibt, ist unserer Ansicht nach aber auch kein Recht mehr. Die Norm: „Tue nicht das Böse, denn es wird dir etwas Gutes widerfahren", kann man wohl als eine „sanktionierte Doppelnorm" betrachten, aber als eine rechtliche Norm keineswegs.

Der überaus weite Sinn, in dem der Begriff der Sanktion bei Mokre gefaßt wird, macht seinen Rechtsbegriff völlig unbrauchbar. Der richtige Gedanke, daß das Merkmal des Rechts in der Sanktion zu suchen sei, wird fallen gelassen, wenn die „Art der Sanktion" nicht berücksichtigt wird. Das Eigentümliche der rechtlichen Normen liegt nämlich nicht darin, daß sie eine Sanktion haben, denn andere soziale Normen haben auch ihre besonderen Sanktionen, sondern in der Art der rechtlichen Sanktion, die in einer Zwangsandrohung besteht und auf eine soziale Macht hinweist.

Gemäß der Rechtsauffassung Mokres müßte man die durch konkludente Androhung des Brüllens sanktionierte „Ernstbegehrung" des Säuglings nach der Mutterbrust, wenn sie durchdringt, als posi-

[1]) Bd. IX, S. 328. [2]) Bd. XII, S. 408—409.
[3]) Bd. XII, S. 395, 443. — Bd. IX, S. 329.
[4]) Bd. IX, S. 329.

tives Recht betrachten. Und auch der Ruf des Räubers „Geld oder Leben" müßte nicht nur als „mögliches", sondern auch als „positives" Recht bezeichnet werden, vorausgesetzt, daß dieser „sanktionierte Befehl" vom Räuber ernstlich gewollt und vom Überfallenen befolgt oder die Sanktion vom Räuber verwirklicht wird.

7. Mokre muß nun auch selbst zugeben, daß sein Rechtsbegriff zur Abgrenzung des Rechts von der Konvention, der Sitte, nicht genügt. Es gibt Fälle, sagt er, „wo die Übertretung einer gewöhnlich als Sitte betrachteten Norm zu irgendeiner Form des gesellschaftlichen Boykotts führt. Hier scheint alles erfüllt zu sein, was für den positiven Rechtsbegriff konstitutiv ist: Normcharakter, Verknüpfung von Gebots- und Sanktionsnorm, Gegebenheit und überwiegende Befolgung"[1]). Um in solchen Fällen rechtliche und konventionale Normen unterscheiden zu können, nimmt er einen sehr subtilen Unterschied in der Normativität selbst, im Sollen selbst dieser Normen an: beim Rechtssatz tritt seiner Meinung nach ein apodiktisches Sollen (d. h. ein Gebot oder ein Verbot) sowohl in der Gebots- als auch in der Sanktionsnorm auf, bei den Sätzen der Sitte ist dagegen nur in der Gebotsnorm ein apodiktisches Sollen, in der Sanktionsnorm dagegen bloß ein problematisches Sollen (d. h. ein Dürfen) enthalten[2]). Dieser subtile Unterschied besteht jedoch in der Wirklichkeit nicht: die Sanktionsnorm der Konventionalregel soll ihrem Sinn nach ebenso apodiktisch verwirklicht werden wie die der Rechtsnorm. Die Sanktionen der Sitte dürfen nicht nur, sondern sollen angewendet werden: die Kreise, innerhalb welcher eine Sitte gilt, achten meistens viel wachsamer darauf, daß die Sanktionen der verletzten Norm ins Leben treten, als die Rechtsgemeinschaften, wo der Richter in manchen Fällen von der Anwendung der Strafe überhaupt absehen darf. Die feinen Analysen Mokres treffen nur in dem Punkt zu, daß sie den Unterschied des Rechts und der Sitte in der Sanktionsnorm suchen. Aber nicht die Normativität selbst, das Sollen selbst dieser Sanktionsnorm ist verschieden, sondern der Inhalt dieser Norm: die Art der Sanktion, worüber Mokre eben nichts gesagt haben will. Die Sanktion des Rechts besteht in der Androhung von Zwangsanwendung durch eine soziale Macht, die der Sitte in der Androhung der Einbuße an der gesellschaftlichen Wertschätzung vom einfachen Lächerlichwerden bis zum gänzlichen Ehrverlust[3]).

Trotz der Mühe und Sorgfalt, die Mokre der Unterscheidung des apodiktischen vom problematischen Sollen widmet, muß er am Ende doch zu folgendem Ergebnis gelangen: „Daß es oft nicht klar

[1]) Bd. XII, S. 417.

[2]) Bd. XII, S. 417—419, Bd. IX, S. 334—336.

[3]) Soll sich unter den Sanktionen der Sitte auch die Androhung dessen finden, daß der Normübertreter „tätlich angegriffen wird", wie das in dem einen Beispiel Mokres vorkommt (Bd. IX, S. 334), so ist dies doch nie Zwangsanwendung durch eine soziale Macht, sondern eine Beschimpfung.

festzustellen sein wird," — sagt er resigniert — „ob im Sinn der betreffenden Norm die Sanktionsnorm apodiktisch oder nur problematisch gesollt ist, ob darum ein Satz des Rechts oder der Sitte vorliegt, darf uns nicht irremachen. Ja umgekehrt," — so setzt er mit einer kühnen Wendung fort — „diese Möglichkeit, daß nicht sicher erkennbare Grenzen vorliegen, entspricht allein dem tatsächlichen rechtshistorischen Befund. Eine Definition, die nicht nur prinzipiell, sondern auch für jeden vorgegebenen Fall eine messerscharfe Scheidung verspricht, könnte eben darum als unangemessen erkannt werden"[1]). Mit dieser Begründung, wonach das Merkmal der Angemessenheit einer Definition darin bestünde, daß sie unzutreffend ist, könnte man natürlich eine jede Begriffsbestimmung motivieren. Was aber den „rechtshistorischen Befund" anlangt, ist es zweifellos, daß es Zeiten und Völker gibt, wo die verschiedenen Normarten des Rechts und der Sitte, aber auch der Moral und der Religion nicht getrennt vorkommen. Dies bedeutet jedoch nichts anderes, als daß die in Frage stehenden Normen nicht nur mit den Sanktionen des Rechts, sondern auch mit denen der Sitte und möglicherweise auch mit denen der Moral und der Religion ausgestattet sind[2]). Die logische Voraussetzung dieses „rechtshistorischen Befundes" ist nun, daß Recht und Sitte, Moral und Religion verschiedene Arten der Sanktionen haben. Auf Grund der Mokreschen Auffassung, wonach beim Recht und bei der Sitte nicht die Art der Sanktion, nicht der Inhalt der Sanktionsnorm, sondern die Qualität des darin enthaltenen Sollens selbst verschieden sein müßte, käme man hinsichtlich der in Frage stehenden undifferenzierten Normen zu dem sonderbaren Ergebnis, daß ihr Sollen zugleich apodiktisch und problematisch sei. Der von Mokre angerufene „rechtshistorische Befund" spricht also eher gegen als für seine Auffassung.

8. Da nach Mokres Auffassung die Art der Sanktion für das Recht nicht charakteristisch ist, muß bloß in der Form der Doppelnorm das Merkmal der rechtlichen Normen gefunden werden. Unsere obigen Ausführungen waren bestrebt nachzuweisen, daß diese Begriffsbestimmung nicht zutrifft, da nicht nur die rechtlichen, sondern auch die meisten anderen sozialen Normen und auch Individualnormen in die Form einer Doppelnorm gekleidet werden können und daher, wenn sie tatsächlich befolgt werden, auf Grund dieser Begriffsbestimmung als positives Recht angesehen werden müßten. Es soll jetzt noch ganz kurz darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Mokresche Rechtsdefinition andererseits auch deshalb nicht zutrifft, weil das Recht selbst nicht unbedingt in der Form einer Doppelnorm zu erscheinen braucht.

Die rechtliche Doppelnorm bedeutet nach Mokre die Verbin-

[1]) Bd. XII, S. 418—419.

[2]) Vgl. z. B. die Ausführungen Somlós über die primitive Urnorm; Juristische Grundlehre, S. 87—90.

dung der Gebotsnorm und der Sanktionsnorm; die erste nennt er die primäre, die zweite die sekundäre Norm. Nun hat aber Kelsen nachgewiesen, daß die Gebotsnorm, die er die sekundäre nennt, angesichts der Sanktionsnorm, die er als die primäre ansieht, eigentlich überflüssig ist[1]). Die rechtliche Norm wäre demnach einfach als Sanktionsnorm — nach der Auffassung Kelsens: als zwanganordnende Norm — zu betrachten. Nachdem wir diesbezüglich auf die scharfsinnigen Ausführungen Kelsens verweisen können, erübrigt es sich, bei diesem Gegenstand länger zu verweilen[2]).

9. Einer näheren Betrachtung bedarf die Frage des systematischen Zusammenhanges der rechtlichen Normen, die Frage des Rechtssystems.

Mokre teilt weder die Auffassung Somlós, daß zur Rechtsqualität immer eine Mehrzahl von Normen erforderlich sei und daß es eine Rechtsnorm als isolierte Einheit nicht geben könne[3]), noch die Ansicht Kelsens, daß die Rechtsqualität von der Zugehörigkeit zu einem Rechtserzeugungs- oder Delegationssystem abhänge[4]). Mokres Rechtsbetrachtung ist auf die isoliert gedachte Einzelnorm eingestellt und er erklärt ausdrücklich, daß „der Rechtscharakter einer Norm überhaupt nicht von ihrer Systemzugehörigkeit abhängen darf"[5]). Ja, er scheint sogar die Ansicht zu vertreten, daß — eine Mehrzahl positiver Rechtsnormen vorausgesetzt — diese nicht nur nicht zu einem Delegationssystem zu gehören, sondern auch kein logisches System zu bilden brauchen[6]).

Diese Ansicht hängt offenbar mit der nicht glücklichen Annahme eines „möglichen Rechts" zusammen. Als mögliche Rechtssätze können die verschiedensten und gegensätzlichsten Doppelnormen formuliert werden, da diese miteinander in keinem Zusammenhang

[1]) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 52.

[2]) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 51 ff. — Auf die Ansicht Mokres von dem kettenweisen Zusammenhang der Rechtssätze, daß „die sekundäre Norm des vorhergehenden Rechtssatzes primäre des folgenden und deshalb selbst Rechtsnorm sei", daß aber „am Ende einer solchen Kette eine Norm stehen müsse, die nur sekundäre und darum nicht Rechtsnorm sei" (Bd. IX, S. 332), und auf den sonderbaren Umstand, daß im letzteren Fall der eine Teil der rechtlichen Doppelnorm, die Gebotsnorm, Recht, der andere Teil, die Sanktionsnorm, nicht Recht sei, wollen wir nicht näher eingehen.

[3]) Juristische Grundlehre, § 30: Die Rechtsnormen als begriffliches multum tantum, S. 97—98. — Vgl. Mokre besonders in Bd. IX, S. 345—346.

[4]) Besonders in: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, S. 93.

[5]) Bd. XII, S. 442.

[6]) Bd. XII, S. 405: „... positives Recht (muß) nicht notwendig ein logisch geschlossenes Gebäude bilden." Bd. IX, S. 341, Anm. 2, wird die Ansicht Kelsens, die „die Grundnorm und ihr System als sinnvoll postuliert", in Frage gestellt. Bd. IX, S. 343: „Willkürlich gegebene Normen müssen keinen inneren Systemzusammenhang haben."

zu stehen brauchen. Zu beachten ist allerdings, daß an sich auch jeder „mögliche Rechtssatz" einen logischen Sinn haben muß und daß auch mehrere möglichen Rechtssätze, sobald man einen Zusammenhang zwischen ihnen annimmt, ihrem Inhalt nach sich logisch vertragen und derart ein logisches System bilden müssen.

Daß die Normen des geltenden, positiven Rechts ein logisches System bilden, liegt auf der Hand. Die zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort geltenden positiven Rechtssätze müssen nämlich — auch nach Mokres Ansicht — verwirklicht werden; verwirklichen kann man aber nicht etwas und auch seinen Gegensatz zugleich und am selben Ort. Verwirklichen kann man nur das, was physisch und soziologisch, vor allem aber auch logisch möglich ist. Und da man den logischen Widerspruch nicht verwirklichen kann, muß sich der Inhalt sämtlicher geltenden Normen des positiven Rechts zu einer widerspruchslosen Einheit, in ein logisches System, zusammenfügen.

Beim positiven Recht ist aber nicht nur von einem logischen System die Rede, in dem sich die Inhalte der rechtlichen Normen fassen lassen müssen, sondern auch von einem durch den Befehls- und Zwangscharakter des Rechts gegebenen Systeme der Über- und Unterordnungen, also von einer Machtorganisation. Die Verwirklichung der Rechtssätze bedeutet eine Unmenge von menschlichen Handlungen, die als eine durch das Recht zusammengefaßte Einheit, als System erscheinen. Und diese Einheit wird durch den von Mokre nicht berücksichtigten Zwangs- und Machtcharakter des Rechts festgeschnürt.

Außer diesem aus dem Wesen des Rechts fließenden systematischen Zusammenhang der Über- und Unterordnung gibt es noch Zusammenhänge, die durch besondere positivrechtliche Vorschriften begründet sind, die also aus dem besonderen Rechtsinhalt fließen. Man könnte diese, um sie von den logischen und den rechtswesensgesetzlichen zu unterscheiden, willkürliche Zusammenhänge nennen.

Von den Zusammenhängen der Rechtssätze nennt Mokre die folgenden: 1. den Zusammenhang „nach dem Sachgebiet" („wenn man etwa von Staatsrecht, Privatrecht, Strafrecht usw. spricht"), d. h. nach der logischen Zusammengehörigkeit des Rechtsinhaltes; dieses systematische Einteilungsprinzip betrachtet er bezeichnenderweise als „ziemlich äußerlich" und „relativ wertlos"[1]); 2. den schon erwähnten „kettenweisen Zusammenhang", daß „die sekundäre Norm des vorhergehenden Rechtssatzes primäre des folgenden ist"; mit diesem — nennen wir ihn Sanktionszusammenhang — beschäftigt er sich auch nicht weiter[2]); 3. den Delegations- oder Erzeugungszusammenhang, der die Ermächtigung untergeordneter Normgebungsstellen zur Normgebung bedeutet und in die sogenannte

[1]) Bd. XII, S. 429; ebenda, S. 404.

[2]) Bd. IX, S. 332. — Vgl. oben S. 555, Anm. 2.

Grundnorm als oberste Spitze mündet. Sowohl der Sanktionszusammenhang als auch der Delegationszusammenhang zeigt die Verquickung von Rechtswesenselementen und Rechtsinhaltselementen.

Der Delegationszusammenhang ist es, den Mokre näher untersucht und den er eigentlich unter dem Systemzusammenhang des Rechts versteht. Auch bei der Behauptung, daß „der Rechtscharakter einer Norm nicht von ihrer Systemzugehörigkeit abhängt" und daß er infolgedessen von der Möglichkeit des extrasystematischen Rechts spricht, meint er immer das Delegationssystem. Von diesem Systemzusammenhang stellt er ganz richtig fest, daß er „kein logischer" sei[1]) und daß er auf „rein empirischen Momenten", „rein äußerlichen Normgebungsakten" beruhe[2]). — Durch die Delegation und letzten Endes durch die Grundnorm wird auch nicht aus einer höheren normativen Sphäre ein objektiver Wert, eine Sollgeltung den delegierten Normen und letzten Endes dem positiven Recht zugeführt, ja „auch der Charakter des Sollens kommt" — nach Mokres Ansicht — „der delegierten Norm schon an und für sich zu . . .; auch ihn braucht sie nicht von der delegierenden zu borgen und ebensowenig die Gegebenheit"[3]). Es liegt die Konsequenz nahe, daß durch die Delegation dem delegierten Rechtssatz die dem System als Ganzem zukommende „überwiegende Befolgung" zugute kommen und derart das ihm neben der Gegebenheit noch fehlende zweite Moment der Positivität, die tatsächliche Geltung geborgt werden soll. Mokre spricht tatsächlich in ganz ähnlichem Sinn von einem durch den Systemzusammenhang geborgten „Geltungsquantum"[4]). Zur klaren Erkenntnis dessen, daß durch die Delegation das Element der tatsächlichen Befolgung, also ein Machtelement vermittelt wird, daß darin der Gedanke der Über- und Unterordnung, also der Machtgedanke zum Ausdruck kommt, ist er aber nicht gelangt[5]).

Übrigens kann die Auffassung Mokres vom positiven Recht — trotz der Ablehnung der Rechtsmachttheorie seinerseits — als eine Abart der Machttheorie bezeichnet werden; denn das wichtigste Element der Rechtspositivität ist seiner Ansicht nach die tatsächliche Geltung, die überwiegende Befolgung, d. h. die Macht der faktischen Durchsetzung. Zwischen der Befolgungstheorie Austins oder Somlós und der Befolgungstheorie Mokres ist kein allzu großer Unterschied zu konstatieren. — Nun kommt aber auch in der Mokreschen Auffassung des Systemzusammenhanges der Machtgedanke, in der Ansicht von dem durch den Delegationszusam-

[1]) Bd. XII, S. 405; Bd. IX, S. 343: „... nicht ... rein logisch ..."
[2]) Bd. XII, S. 404, 430.
[3]) Bd. XII, S. 404—405.
[4]) Bd. XII, S. 409—410, 443.
[5]) Darüber, daß das Delegations- oder Erzeugungssystem, die Hierarchie der Rechtsquellen und der damit zusammenhängende Stufenbau des Rechts der Ausdruck der faktischen Machtverhältnisse sind, vgl. meinen Aufsatz: Reine Rechtslehre, Naturrecht und positives Recht, Kelsen-Festschrift, S. 86—87.

menhang geborgten Geltungsquantum und in der Ansicht, daß „die Fülle von Befolgungsakten", worauf die Geltung des Systems beruht, durch die Delegation auch der delegierten Norm zugute komme, der Gedanke der faktischen Durchsetzung zum Ausdruck. Und schließlich liegt auch in der Ansicht von der Möglichkeit extrasystematischen (rechtswidrigen) Rechts, das sich als Revolution oder als derogierendes Gewohnheitsrecht ohne Systemzugehörigkeit durch eigene Kraft tatsächliche Geltung verschafft, der Machtgedanke, der Gedanke von der Macht der faktischen Durchsetzung verborgen.

Diese Feststellungen sind deshalb von Interesse, weil sie zu der Folgerung führen, daß der von Mokre aufgestellte Gegensatz des systematischen und extrasystematischen Rechts eigentlich dasselbe, nämlich nichts anderes als geltendes positives Recht, bedeutet; nur hat das systematische Recht die Wahrscheinlichkeit dieser Geltung vom Systemzusammenhang geborgt, während das extrasystematische das Faktum dieser Geltung sich selbst erwarb. Die Möglichkeit der Entstehung extrasystematischen Rechts bedeutet demgemäß, daß die geborgte Geltungswahrscheinlichkeit vor dem Faktum der tatsächlichen Geltung weichen muß.

Nun bedeutet nach Mokre die Entstehung extrasystematischen Rechts die Änderung der Grundnorm und daher auch des Systems[1]). Das extrasystematische Recht ändert sich das System und findet auf diese Weise Eingang in dasselbe, ganz abgesehen davon, daß manches rechtswidrige Gewohnheitsrecht schon auf Grund der Rechtskraft auch des material rechtswidrigen Urteils, also auf Grund des „Fehlerkalküls" auch ohne Änderung des Systems sich Eingang in das System verschaffen kann[2]). In diesem Sinn bedeutet aber die Entstehung extrasystematischen Rechts die ständige Berichtigung

[1]) Bd. XII, S. 410: „Sie (die Grundnorm) kann... nur auf revolutionärem Weg geändert oder neu eingeführt werden und hat, weil sie nicht zugleich mit anderen delegiert ist, nicht mehr die Möglichkeit, sich Geltung sozusagen zu borgen, sondern ist ganz auf ihre eigene Bewährung angewiesen." Ebenda, S. 449: „... eine systemwidrige Gewohnheitsrechtsnorm... (ist) letzten Endes eine Änderung der Grundnorm des Gesamtsystems... Dann aber ist in der Tat die Durchsetzung derogatorischen Gewohnheitsrechts nicht mehr und nicht weniger als eine richtige kleine Revolution... Revolution und derogatorisches Gewohnheitsrecht sind beide auf ihre eigene Kraft zur Durchsetzung angewiesen." — Aus den angeführten Zitaten können folgende uns unten noch interessierende Behauptungen deduziert werden: 1. Extrasystematisches Recht bedeutet Änderung der Grundnorm und des Systems; 2. die Grundnorm selbst ist extrasystematisches Recht; 3. das derogatorische Gewohnheitsrecht ist eine kleine Revolution; 4. das Problem des extrasystematischen Rechts ist gleichbedeutend mit dem Problem der revolutionären Rechtsentstehung; 5. das Problem der Grundnorm, die nur durch Revolution eingeführt und abgeändert werden kann, fällt ebenfalls mit dem Problem der revolutionären Rechtsentstehung zusammen.

[2]) Bd. XII, S. 450.

des Systems, das immer der wahre Ausdruck der „Fülle von Befolgungsakten" sein muß[1]).

Ist dem aber so, dann hat die starke Betonung Mokres, daß „Systemzugehörigkeit und Rechtsqualität nichts miteinander zu tun haben", nur wenig Bedeutung und als nicht zutreffend muß die Behauptung betrachtet werden, daß eine Sozialnorm Rechtsqualität haben kann, „ob sie von einem System aufgenommen wird oder nicht"[2]). Die Rechtsqualität hängt zwar nicht von der Systemzugehörigkeit ab, aber mit der Rechtsqualität ist die Zugehörigkeit zu einem System des geltenden Rechts gegeben. Vorübergehend, besonders in Zeiten der Rechtsunsicherheit und der Revolution, kann sich extrasystematisches Recht bilden, aber dieses extrasystematische Recht muß sich ebenfalls — entweder durch Änderung des Systems oder auf dem Schleichweg des Fehlerkalküls — Eingang in das System verschaffen[3]).

10. Das Problem des extrasystematischen Rechts bedeutet eigentlich die Frage der illegitimen Rechtsentstehung[4]). Und da die beiden Erscheinungsformen illegitimer Rechtsentstehung: Revolution und derogatorisches Gewohnheitsrecht wesensgleich sind, weil das derogatorische Gewohnheitsrecht als eine „richtige kleine Revolution" betrachtet werden kann[5]), fällt das Problem des extrasystematischen Rechts mit der Frage der revolutionären Rechtsentstehung zusammen. Von einer revolutionären oder illegitimen

[1]) Bd. XII, S. 410. — Mokre beanstandet, daß „in der Theorie von Roß... (die) Variierung der Grundnorm und damit des Systems und des Rechtsbegriffs in Permanenz erklärt (ist)" (Bd. XII, S. 441). Darin, daß der Rechtsbegriff nicht variieren darf, hat er vollkommen recht; die Grundnorm und das System variiert aber auch nach seiner Auffassung ständig. — In diesem Zusammenhang sei es uns auch erlaubt, auf die Bedeutung der Auffassung Roß' von der „größten Korrelation" und davon, daß „das System die letzte Rechtsquelle sei" (Theorie der Rechtsquellen, S. 281 f., 309), hinzuweisen.

[2]) Bd. XII, S. 444.

[3]) Die Ansicht Mokres, daß es nur „in vielen Fällen" gelingen kann, das positive Recht auf eine Grundnorm zurückzuführen und als Einheit zu begreifen (Bd. XII, S. 405), ist demnach nicht zutreffend. Jedes positive Recht muß als Einheit, als System begriffen werden. Auf Grund der Möglichkeit extrasystematischen Rechts kann diese Systemeinheit nicht geleugnet werden. Die Frage des Zusammenhanges der verschiedenen Rechtssysteme und des Völkerrechtes wollen wir hier nicht berühren.

[4]) Als Beispiele extrasystematischen Rechts behandelt Mokre die beiden Erscheinungsformen illegitimer Rechtsentstehung: derogatorisches Gewohnheitsrecht und Revolution, außerdem nimmt er extrasystematisches Recht und „rechtswidriges Recht", d. h. illegitim entstandenes Recht für gleichbedeutend; vgl. Bd. XII, S. 442—443.

[5]) Bd. XII, S. 449, zitiert oben S. 558, Anm. 1. — Über die Wesensgleichheit von Revolution und derogatorischem Gewohnheitsrecht vgl. meine Ausführungen: Macht, Recht, Moral, 1922, S. 18, 36.

Rechtsentstehung kann aber erst dann gesprochen werden, wenn die Frage der Rechtsentstehung positivrechtlich geregelt ist und wenn die Erzeugung des neuen Rechts unter Verletzung dieser positivrechtlicher Vorschriften, also im Wege eines Rechtsbruchs, rechtswidrig erfolgt[1]). Das extrasystematische (illegitime) Recht ist also nicht ein Recht, das außerhalb des Rechtssystems stünde, sondern ein Recht, das nicht auf dem vorgeschriebenen Weg in das Rechtsystem hineingekommen ist.

Da das extrasystematische Recht ein auf illegitimem Weg entstandenes Recht bedeutet, das durch Verletzung positivrechtlicher Vorschriften erzeugt worden ist, muß man, wenn man der Ansicht ist, daß das extrasystematische Recht eine Verletzung und Veränderung der Grundnorm bedeute, entweder die Grundnorm mit dem positiven Recht identifizieren oder annehmen, daß der Inhalt der Grundnorm nur eine legitime Rechtsgebung gestatte. Der ersten Annahme widerspricht, daß Mokre, beeinflußt durch die Wiener Schule, die Grundnorm für eine bloße „Konstruktion" hält[2]). Nimmt man aber dennoch an, daß die Grundnorm positives Recht sei — und dem entspricht, daß sie von Mokre dem extrasystematischen Rechte gleichgesetzt wird[3]) —, so muß man das extrasystematische Recht und die Grundnorm selbst als primäres[4]) Recht dem systematischen, d. h. delegierten, also sekundären Recht gegenüberstellen. In diesem Fall bedeutet die Möglichkeit des extrasystematischen Rechts und die Möglichkeit der revolutionären Rechtsentstehung nichts anderes, als daß sich das unmittelbar auf die Macht gestützte neue primäre Recht gegen sekundäres und auch gegen altes primäres Recht durchsetzt. Damit sind wir zum Satz lex posterior derogat priori gelangt, den wir auf der „obersten Stufe der Normgebung" für eine soziologische Wesensgesetzlichkeit des Rechts betrachten[5]). — Die oben erwähnte zweite Annahme, daß die Grundnorm nicht positives Recht sei, aber dennoch nur eine legitime Rechtserzeugung gestatte, stößt auf folgende Schwierigkeiten. Ist die Grundnorm nicht positives Recht, so kann sie nur entweder eine Rechtswesensgesetzlichkeit oder eine wissenschaftliche Konstruktion, eine Hypothese, sein. Beruht aber andererseits auch die Entstehung originären und revolutionären Rechts auf einer Wesensgesetzlichkeit des Rechts, so kann

---

[1]) Vgl. meine: Einführung in die Rechtsphilosophie (ungarisch), 1923, S. 228. — Auch Mokre stellt aber fest, daß von rechtswidrigem, also extrasystematischem Recht, „erst wenn Normen über Normgebung vorliegen", gesprochen werden kann (Bd. XII, S. 443).

[2]) Bd. XII, S. 405.

[3]) Vgl. S. 558, Anm. 1.

[4]) Wir gebrauchen die Ausdrücke „primäres" und „sekundäres" Recht im Sinn Somlós (Juristische Grundlehre, S. 331). Diese Bezeichnung hat also mit der „primären" und „sekundären" Norm (vgl. oben, Punkt 8) nichts zu tun.

[5]) Vgl. Bd. XII, S. 406.

diese Art der Rechtsentstehung weder von der Grundnorm als einer Rechtswesensgesetzlichkeit noch von der Grundnorm als einer wissenschaftlichen Konstruktion ausgeschlossen werden. Ist aber auch die Möglichkeit illegitimer Rechtsentstehung in der Grundnorm schon vorausgesehen und ist die Grundnorm der systembildende Faktor, so ist die Möglichkeit des extrasystematischen Rechts ausgeschlossen.

11. Den Gedanken der Grundnorm hat Mokre aus der Rechtstheorie Hans Kelsens übernommen und mit dem Gedanken der Grundnorm übernahm er auch die Auffassung, daß diese Grundnorm „nur eine Konstruktion und selbst nicht gegebenes Recht" sei[1]), obgleich diese Auffassung seiner eigenen rechtstheoretischen Grundauffassung widerspricht. Wenn wir also die Annahme einer hypothetischen Grundnorm in der Reinen Rechtslehre Kelsens schon für überflüssig hielten[2]), müssen wir die Auffassung der Grundnorm als einer bloßen wissenschaftlichen „Konstruktion" in der Rechtstheorie Mokres geradezu als störend empfinden. Und es läßt sich auch fragen, ob diese Auffassung der Grundnorm von Mokre konsequent beibehalten werden konnte.

Man kann den Gedanken der Grundnorm in drei verschiedenen Bedeutungen verwenden. 1. In der bekannten Bedeutung einer Hypothese, einer wissenschaftlichen Konstruktion, die ihr in der Lehre Kelsens zukommt. 2. Im Sinn einer Rechtswesensgesetzlichkeit, also eines juristischen Grundbegriffs nach der Terminologie Somlós oder im Sinn des oben erwähnten „Auswahlprinzips" Mokres[3]). In diesem Sinn wäre die Grundnorm eine einheitliche Formel für den soziologischen Prozeß der Rechtsentstehung, die in normativer Fassung die Forderungen zusammenfaßt, die an eine Norm, die auf Rechtsqualität Anspruch erhebt, gestellt werden müssen und die demnach auch die Grenzen angibt, innerhalb welcher positives Recht möglich ist. 3. Endlich kann die Grundnorm als positives Recht, und zwar als primäres Recht, insbesondere als primäres Gewohnheitsrecht aufgefaßt werden.

Mokres Auffassung schwankt zwischen diesen drei Bedeutungen der Grundnorm. 1. Er bezeichnet sie ausdrücklich als bloße „Konstruktion". Die Konsequenzen dieser Auffassung sind jedoch in seinen Ausführungen nirgends bemerkbar. 2. Seiner oben im Punkt 9 dargelegten Ansicht, daß durch die Delegation das Element der tatsächlichen Befolgung aus der Grundnorm der delegierten Norm zugeführt wird[4]), würde die Auffassung der Grundnorm als einer Rechtswesensgesetzlichkeit entsprechen. Die Verknüpfung der

[1]) Bd. XII, S. 405.

[2]) Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, Kelsen-Festschrift, S. 70.

[3]) Vgl. oben, Punkt 3, S. 547/8.

[4]) Vgl. oben, S. 557. Diese Auffassung entspricht am meisten der theoretischen Grundauffassung Mokres.

Grundnorm mit der Revolution, die Ansicht, daß die Grundnorm nur auf revolutionärem Weg eingeführt und auch geändert werden könne[1]), entspricht — da die Revolution keine juristische Frage, kein Rechtsinhalts-, sondern ein Rechtswesensproblem ist — diesem Sinn der Grundnorm. 3. Der Auffassung, daß die Grundnorm primäres positives Recht sei, entspricht endlich die Äußerung Mokres, daß die Grundnorm „auf ihre eigene Bewährung angewiesen" sei und nicht die Möglichkeit habe, „sich Geltung sozusagen zu borgen" wie die delegierten Rechtsnormen, ferner die Behauptung, daß die Revolution eine Änderung der Grundnorm bewirke, da die Revolution doch positives Recht schafft[2]). Mokre betrachtet, wie davon unten noch zu reden sein wird, das Gewohnheitsrecht für konkludent gegebenes positives Recht. Nach der Schilderung, die er von der Grundnorm gibt, muß diese aber als konkludent gegebenes Recht erkannt werden: in vielen Fällen, meint er, kann man „nicht eine übergeordnete empirische Norm aufzeigen, die auf die letzten noch empirischen Normgebungen verweist. Es liegt nämlich häufig im immanenten Sinn der letzteren, daß sie zusammen gelten sollen"[3]). Dieser Sinn, der als konkludente Norm aus den erwähnten empirischen Gegebenheiten erschlossen werden kann, soll nach Mokre als der Inhalt der Grundnorm betrachtet werden. Warum sollte sie dann aber keine Gewohnheitsrechtsnorm bilden?

Daraus, daß die Grundnorm als Gewohnheitsrecht betrachtet wird, darf man übrigens an sich noch nicht die Folgerung ziehen, daß sie positives Recht sei, denn das Gewohnheitsrecht selbst kann sehr verschiedene Bedeutungen haben. Ebenso wie unter der Grundnorm kann man auch unter dem Gewohnheitsrecht: 1. eine Voraussetzung des positiven Rechts[4]), 2. das Rechtswesensgesetz, daß das positive Recht verwirklicht, überwiegend befolgt werden muß, und 3. eine Erscheinungsform des positiven Rechts selbst verstehen. Mokre versteht jedoch unter Gewohnheitsrecht zweifelsohne positives Recht.

12. Aus der Ähnlichkeit der drei verschiedenen Bedeutungen der Grundnorm und der hier erwähnten drei verschiedenen Bedeutungen des Gewohnheitsrechts kann man allerdings die Folgerung ziehen, daß es sich beim Gewohnheitsrecht um ein ähnliches grundlegendes Problem der Rechtstheorie handelt wie bei der Grundnorm[5]). Aus dem

[1]) Bd. XII, S. 410 (zitiert oben, S. 558, Anm. 1).

[2]) Bd. XII, S. 410 (zitiert oben, S. 558, Anm. 1).

[3]) Bd. XII, S. 405.

[4]) Vgl. Roß: Theorie der Rechtsquellen, S. 426: „Die oberste Stufe, die bloß vorausgesetzte Grundnorm, wird begriffsnotwendig vom Gewohnheitsrecht ausgemacht."

[5]) Mokre behauptet ganz richtig, daß es sich beim Gewohnheitsrecht um ein „rechtliches Urphänomen" handelt, daß das Gewohnheitsrecht „ein so komplexes Gebilde" bedeutet, daß „seine verschiedenen Seiten fast in alle Gebiete der allgemeinen Rechtstheorie eingreifen" (Bd. XII, S. 411). Seine

Zusammenhang der Grundnorm und des Gewohnheitsrechts kann aber die Mokresche Gewohnheitsrechtstheorie keine fruchtbaren Konsequenzen ziehen, erstens, weil der Sinn der Grundnorm bei Mokre überaus schwankend ist, und zweitens, weil der gewohnheitsrechtliche Charakter der Grundnorm bei ihm durch die Auffassung, daß die Grundnorm nicht positives Recht, sondern eine „Konstruktion", das Gewohnheitsrecht dagegen notwendig positives Recht sei, verdunkelt wird.

Der Zusammenhang zwischen der Grundnorm und dem „auffälligsten Fall des Gewohnheitsrechts", dem derogatorischen Gewohnheitsrecht tritt aber auch aus den Ausführungen Mokres über das System und das extrasystematische Recht mit genügender Klarheit hervor. Und dieser Zusammenhang wird noch verstärkt durch die Folgerung, daß die Grundnorm selbst als extrasystematisches Recht betrachtet werden kann, das durch Revolution eingeführt und abgeändert wird[1]); ist das derogatorische Gewohnheitsrecht eine „richtige kleine Revolution", so kann man auch von der Revolution sagen, daß sie „derogatorisches Gewohnheitsrecht im Großen" sei; beruht also die Grundnorm auf Revolution, so kann man auch sagen, daß sie auf Gewohnheitsrecht beruhe, was besonders nach der Konsolidierung der neu eingeführten Grundnorm zutrifft[2]).

Nun geht aber Mokre doch nicht von dieser Beziehung des Gewohnheitsrechts zur Grundnorm aus, als er zur Begriffsbestimmung des Gewohnheitsrechts schreitet, sondern von dem Unterschied „des ausdrücklichen und stillschweigenden Vertragsabschlusses" und von der Lehre der „Implikation"[3]). Auf diese Weise kommt er zum Ergebnis, daß das Gewohnheitsrecht im Gegensatz zum gesatzten, d. h. ausdrücklich gegebenen Recht, ein durch Rechtsübung und Rechtsanwendung indirekt, konkludent, stillschweigend, durch Mitmeinen gegebenes Recht sei, das auf allen Stufen des Rechts vorkommen kann[4]). Setzt man in dieser Begriffsbestimmung an die Stelle der „Rechtsübung und Rechtsanwendung" einfach „überwiegende Befolgung", so sieht man, daß beim Gewohnheitsrecht das eine Element des Mokreschen Positivitätsbegriffes, die Gegebenheit, fehlt, oder anders ausgedrückt: mit dem zweiten Element der Positivität, der tatsächlichen Geltung zusammenfällt[5]). Mokre findet dementspre-

---

Begriffsbestimmung des Gewohnheitsrechts, daß es als konkludent gegebenes Recht zu betrachten sei, wird aber seinen zitierten Behauptungen nicht gerecht.

[1]) Vgl. oben, S. 558, Anm. 1.

[2]) Mokre erwähnt England, „wo eine gewohnheitsrechtliche Verfassung den Weg der Gesetzgebung festlegt" (Bd. XII, S. 445); man könnte fragen, ob das nicht überall so sei, ob nicht auch eine Verfassungsurkunde durch die Macht der Gewohnheit eingeführt werden müsse, ob nicht hinter der geschriebenen immer eine ungeschriebene Verfassung stehe.

[3]) Bd. XII, S. 421, 422.

[4]) Bd. XII, S. 427.

[5]) Vgl. oben, S. 550.

chend „die Besonderheit des Gewohnheitsrechts" darin, „daß bei ihm in einem gewissen Sinn Gegebenheit und Geltung zusammenfallen". Wird Recht in Übung konkludent gegeben, so bedeutet dies seiner Ansicht nach die Verwirklichung einer stillschweigend vorausgesetzten Norm[1]). Auf dieser Grundlage untersucht er dann die Fälle des extrasystematischen und des delegierten Gewohnheitsrechts.

Gegen diese Mokresche Begriffsbestimmung des Gewohnheitsrechts, die im wesentlichen mit der Somlós übereinstimmt[2]), könnte man einwenden, daß sie zu einfach ist. Unserer Ansicht nach werden mit dem Terminus Gewohnheitsrecht so ungemein verschiedenartige Erscheinungen in der Welt des Rechts bezeichnet[3]), daß die Begriffsbestimmung nicht mit dem Suchen nach den gemeinsamen Merkmalen, sondern mit der Absonderung der verschiedenen Bedeutungen dieses Terminus zu beginnen hat.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben und im Zusammenhang mit dem oben (Punkt 11) schon Gesagten[4]) soll zum Schluß auf diese verschiedenen Bedeutungen des Gewohnheitsrechts hingewiesen werden.

a) Als Gewohnheitsrecht wird die Erscheinung bezeichnet, die man richtiger als Rechtspositivität bezeichnen könnte, nämlich die „überwiegende Befolgung" der Rechtsnormen. In diesem Sinn ist die Gewohnheit Bestandteil eines jeden positiven Rechts und fällt mit dem „Auswahlprinzip" Mokres zusammen, das gewisse der unendlich vielen Normen als positiv-rechtliche heraushebt und das Seinselement im Gefüge des Rechts repräsentiert[5]). Besonders auffallend ist diese Bedeutung des Gewohnheitsrechts in der negativen Verwendung des Terminus als derogatorisches Gewohnheitsrecht (consuetudo — desuetudo). Dieses bedeutet nichts mehr und nichts weniger, als daß das Positivitätskriterium der tatsächlichen Befolgung dem Recht abhanden gekommen ist. In diesem Sinn beruht natürlich auch die Positivität des gesatzten Rechts auf Gewohnheitsrecht: ein jedes Recht muß sich in der Praxis, also auf gewohnheitsrechtlicher Basis bewähren. Der große ungarische Rechtsgelehrte des angehenden 16. Jahrhunderts, Stefan Werböczy, hat diesem Gedanken Ausdruck verliehen, als er von der „per con-

[1]) Bd. XII, S. 447—448.

[2]) Vgl. Somló: Juristische Grundlehre, S. 334f., 350f.

[3]) Vgl. auch Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 9; ferner Somló: Das Gewohnheitsrecht (ungarisch), Farkas-Festschrift, 1914, S. 369.

[4]) Von den dort erwähnten drei verschiedenen Bedeutungen des Gewohnheitsrechts kommt für uns die erste, wonach es eine Hypothese, eine Voraussetzung des positiven Rechts sein soll, nicht in Betracht. Die Rechtsvoraussetzungen verstehen wir im Sinn der Rechtswesensgesetze. Endlich als Erscheinungsform des positiven Rechts selbst kann das Gewohnheitsrecht wieder verschiedene Gestalten annehmen.

[5]) Vgl. oben, S. 547, 561.

suetudinem approbatam inducta lex" redet[1]). Und derselbe Gedanke kehrt auch in den modernen Auffassungen wieder, daß jede Staatsverfassung letzten Endes auf Gewohnheitsrecht beruhe. In diesem Sinn bedeutet aber die Gewohnheit keine besondere Rechtsquelle, sondern ist ein Begriffsmerkmal eines jeden Rechts.

b) Wenn man an der Auffassung festhält, daß das Recht aus Sollenselementen und aus Seinselementen zusammengesetzt sei und aus tatsächlich befolgten Normen bestehe, so muß man zur Rechtsqualität das Vorhandensein beider Elemente erfordern. Man darf die genannten beiden Elemente des Rechtsbegriffes nicht vereinzelt betrachten und sogar einander gegenüberstellen. „Ebenso wie es berechtigt ist zu sagen," — behauptet Roß — „daß Praxis Recht ist, weil sie auf dem Gesetz beruht, kann man auch sagen, daß das Gesetz Recht ist, weil es in der Praxis angewendet wird"[2]). In dieser tiefsinnigen Behauptung ist bloß die Gegenüberstellung von Gesetz und Praxis nicht richtig. Weder das Gesetz noch die Praxis sind Recht für sich und darum ist es ebenso verfehlt, die Rechtsqualität der Praxis aus dem Gesetz, als die Rechtsqualität des Gesetzes aus ihrer Anwendung zu deduzieren. Zur Rechtsqualität ist beides zugleich erforderlich: Recht ist tatsächlich angewendete Norm. Es ist zwar möglich, daß das eine oder das andere der beiden in Frage stehenden Elemente bei irgendeiner Erscheinungsform des Rechts in den Hintergrund und das andere in den Vordergrund tritt, aber vorhanden sein müssen beide Elemente, damit man überhaupt von Recht reden könne. So tritt z. B. bei dem delegierten gesatzten Recht, das vom ganzen System mitgetragen wird und an dessen „Geltungsquantum" seinen Anteil hat, das Moment der tatsächlichen Geltung in den Hintergrund, das Hauptgewicht fällt hier auf die normative Formulierung des Rechtswillens, die faktische Geltung erscheint als selbstverständlich. In solchen Fällen spricht man hauptsächlich von jus scriptum, gesatztem Recht. Es ist interessant, daß originärer oder revolutionärer Rechtsentstehung, wo die faktische Durchsetzung nicht selbstverständlich, sondern fraglich und für die Rechtsqualität entscheidend ist, auch wenn sie keine konkludente Rechtsgebung ist, doch der Charakter des Gewohnheitsrechts zugemutet wird. Die Betonung der Ähnlichkeit zwischen Revolution und derogatorischem Gewohnheitsrecht ist ein Symptom dieser Auffassung. — Nach dieser Auffassung wäre nicht im allgemeinen die „überwiegende Befolgung" einer Rechtsnorm als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen, sondern nur jene Erscheinungsform des Rechts, wo das Seinselement der tatsächlichen Befolgung im Vordergrund steht[3]).

[1]) Opus Tripartitum, Pars II. Tit. 73, § 2; vgl. ebenda, Tit. 6, § 9.

[2]) Theorie der Rechtsquellen, S. 331.

[3]) Als Beispiel dieser Art des Gewohnheitsrechts kann auch der Fall angeführt werden, daß ein ausdrücklich formuliertes Rechtsbuch durch die tatsächliche Anwendung, also auf dem Wege des Gewohnheitsrechts die ihm ursprünglich fehlende Rechtsqualität erlangt. Besonders lehrreich in dieser

c) Dem zuvor behandelten Fall nah verwandt ist der Fall, in dem das Seinselement der tatsächlichen Befolgung des Rechts nicht nur im Vordergrund steht, sondern derart überwiegt, daß auf den normativen Inhalt des Rechts eigentlich nur aus den Fakten des Rechtslebens gefolgert werden muß. Eine formulierte Norm fehlt in diesem Fall ganz und der normative Rechtsinhalt muß eigentlich erschlossen werden. Dies ist der Fall des konkludent gegebenen Rechts, das auf allen Rechtsstufen vorkommen und demgemäß in sehr verschiedenen Rechtsformen erscheinen kann. Dies ist der Fall, den Mokre hauptsächlich vor Augen hat und den er das durch Mitmeinen stillschweigend gegebene Recht nennt. Auf diesen Fall paßt die Behauptung, daß „jeder, der ernstlich will, daß ein Sachverhalt verwirklicht werden solle, damit implicite auch seine notwendigen Bedingungen seins- und sollensmäßiger Art mitwill"[1]).

d) Als ein spezieller Fall des Gewohnheitsrechts kann endlich auch die eigentümliche Form der Erzeugung von neuem Recht angeführt werden, der sich bei der Anwendung des Rechts ergibt. Eine jede Rechtsanwendung ist mehr als bloße Anwendung der abstrakten Rechtsnorm, sie ist gleichzeitig Konkretisierung und Weiterbildung der angewendeten Norm. Und die hier gemeinte Bedeutung des Gewohnheitsrechts erfaßt nicht das in der tatsächlichen Verwirklichung gelegene Element der Positivierung, sondern die eigentümliche Weiterbildung des Rechts, die dort anfängt, wo die im strengen Sinn genommene Rechtsverwirklichung aufhört, und die sowohl die ausdrückliche Formulierung der konkreten Rechtsnorm als auch deren Verwirklichung bedeutet. Im Vordergrund steht hier eben die Formulierung der konkreten Norm. Daß diese konkrete Norm dann verwirklicht wird — meistens durch andere als die das Recht in diesem Sinn weiterbildende Organe —, wird als selbstverständlich angenommen und steht im Hintergrund. Das Prototyp dieser Gestalt des Gewohnheitsrechts ist das sogenannte Richterrecht.

---

Hinsicht ist das Opus Tripartitum Werböczys. Dieses große kodifikatorische Werk wurde durch den ungarischen Reichstag vom Jahr 1514 angenommen und durch den König sanktioniert, da es aber mit dem königlichen Siegel nicht versehen und nicht ordnungsgemäß publiziert wurde, konnte es keine Gesetzeskraft erlangen, wurde aber durch die tatsächliche Anwendung als Gewohnheitsrecht rezipiert und bildete lange Jahrhunderte hindurch (bis 1848) die Grundlage des ungarischen Rechtslebens. Man kann von diesem Werböczyschen Kodex nicht sagen, daß er nicht ausdrücklich gegeben wurde, besonders, wenn man die Gegebenheit im Sinn Mokres („von irgend jemand im Ernst gewollt und ausgedrückt") versteht. Der bei seiner Entstehung begangene Formfehler hinderte jedoch sein Eintreten als Gesetz in den Delegationszusammenhang des ungarischen Rechtssystems. Dieser fehlende Delegationszusammenhang mußte durch die tatsächliche Befolgung ersetzt werden. Infolgedessen steht das Seinselement der Befolgung im Vordergrund bei diesem Recht, das man demgemäß auch als Gewohnheitsrecht bezeichnet.

[1]) Bd. XII, S. 423.

Es mag sein, daß die beispielsweise angeführten verschiedenen Formen des Gewohnheitsrechts manche gemeinsame Züge aufweisen. Das Element der tatsächlichen Befolgung spielt bei jeder — am wenigsten vielleicht bei der letztgenannten — Form eine große Rolle. Aber es scheint uns dennoch eine allzu große Vereinfachung der Sachlage zu sein, wenn man das Wesen des Gewohnheitsrechts bloß in einer Form der Willensäußerungsmöglichkeiten, in der stillschweigenden Art dieser Äußerung finden will. Wäre dem so, mit welchem Rechte könnte man behaupten, daß das Gewohnheitsrecht ein „rechtliches Urphänomen" sei?

# Das Problem des Naturrechts[1]).

Von

Professor Dr. Julius Moór, Budapest.

**Inhalt des Gesamtaufsatzes.**

I. Die Bedeutung des Problems. § 1. Die philosophische Bedeutung der naturrechtlichen Auffassung. — § 2. Die geschichtliche Bedeutung der naturrechtlichen Auffassung. — § 3. Die aktuelle Bedeutung der naturrechtlichen Auffassung. — II. Der Gegensatz der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. § 4. Das Wesen des Rechtspositivismus. — § 5. Das Wesen des Naturrechts. — § 6. Die Vergleichung der beiden Auffassungen. — III. Das negative Naturrecht. § 7. Die Möglichkeit unrichtigen Rechtes und die Schranken der rechtserzeugenden Macht. — § 8. Die logischen Schranken. — § 9. Die naturgesetzlichen Schranken. — § 10. Die soziologischen Schranken. — § 11. Die ethischen Schranken. — § 12. Die Verständigungsmöglichkeit zwischen der scholastischen Naturrechtslehre und dem Rechtspositivismus.

## I.

## Die Bedeutung des Problems.

§ 1. Trotz der Unvollkommenheit, Vergänglichkeit und Relativität aller menschlichen Dinge brennt ein unlöschbares Verlangen in des Menschen Brust nach dem Vollkommenen, Ewigen und Absoluten.

Der Gedanke des Naturrechts ist seiner tiefsten Bedeutung nach nichts anderes als die Offenbarung dieses metaphysischen Verlangens auf dem Gebiete des Rechts und der Rechtswissenschaft. Wie die philosophische Forschung aus der Betrachtung des Empirischen zur Annahme überempirischer Prinzipien gelangen muß, wie der Glaube aus dem irdischen Jammertal in das jenseitige Reich Gottes hinüberführt, gerade so erwuchs aus der Betrachtung des vergänglichen, unvollkommenen und oft ungerechten positiven Rechts der Gedanke einer über dem menschlichen Rechte stehenden, höheren, ewigen und vollkommenen Rechtsordnung: des Naturrechts.

Noch bevor sich die Rechtswissenschaft entwickelt hatte, brachte bereits die griechische Philosophie die Idee des φύσει δίκαιον, dieses höheren, natürlichen Rechts, zur Welt. Der Gedanke des Naturrechts vermittelt übrigens eine sehr enge Verbindung der

[1]) Vortrag gehalten in der Sitzung der Ungarischen Akademie der Wissenschaften am 15. Oktober 1934. Die deutsche Übersetzung stammt vom Verfasser selbst.

Rechtswissenschaft mit der Philosophie, wie denn auch tatsächlich die Rechtswissenschaft niemals in höherem Maße von philosophischen Gesichtspunkten beherrscht war als zur Blütezeit der naturrechtlichen Auffassung.

§ 2. Der Zeitraum, der im Zeichen des Naturrechts steht, umspannt mit Ausnahme der letzten hundert Jahre sozusagen die ganze Geschichte unserer Kultur. Von den griechischen Sophisten bis zur Stoa und über diese bis zu den klassischen römischen Juristen ist es der Gedanke des Naturrechts, der das rechtsphilosophische Denken des Altertums lenkt. Die mittelalterliche Theologie konnte ihrerseits um so eher die ihr als geistige Erbschaft des Altertums zugefallene naturrechtliche Auffassung übernehmen, als das darin sich äußernde metaphysische Verlangen harmonisch mit ihren eigenen überirdischen Bestrebungen zusammentraf. Der führende Geist der mittelalterlichen Wissenschaft, Thomas von Aquin, unternimmt es nun, auf aristotelischer Grundlage der christlichen Naturrechtslehre eine endgültige Fassung zu geben, die nicht nur seine eigene Gesellschafts-, Staats- und Rechtsauffassung zu tragen vermochte, sondern auch heute noch die rechtliche Auffassung der Römischen Kirche bestimmt. Zu Beginn der Neuzeit, als die geistigen Grundlagen des Mittelalters ins Wanken kamen, gelang es der naturrechtlichen Auffassung, den großen Umsturz unversehrt zu überleben. Es schien sogar, als ob ihre wahre Blütezeit erst jetzt anbrechen sollte. Das an Stelle des christlichen Naturrechts gerückte profane Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts herrschte in der Gestalt der klassischen naturrechtlichen Schule mit ungeschwächter Autorität auf dem Gebiete der sich aus der philosophischen und theologischen Abhängigkeit zur Selbständigkeit entwickelnden Rechtstheorie. Und während die ältere aristotelisch-tomistische Naturrechtslehre sich mit weiser Selbstbeschränkung damit begnügte, nur in wenigen ganz allgemein gehaltenen Prinzipien die Forderungen des Naturrechts zu formulieren, versuchte diese klassische Naturrechtsschule mit dem Übermute der Aufklärung aus der zur höchsten Autorität erhobenen Vernunft ausführliche naturrechtliche Gesetzbücher zu deduzieren. Ihre Herrschaft dauerte bis zum Anfange des 19. Jahrhunderts, wo sie durch den Angriff der mit geschichtlichen und organischen Gesichtspunkten kämpfenden rechtshistorischen Schule zurückgedrängt wurde und den in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zur Herrschaft gelangenden soziologischen Richtungen und dem Rechtspositivismus die Bahn freigeben mußte.

Die naturrechtliche Auffassung bestimmte somit mehr als zweitausend Jahre lang das rechts- und staatsphilosophische Denken der Menschen und deren grundlegende Stellungnahme zum Recht und zum Staate. Die große geschichtliche Bedeutung dieser der Ewigkeit zugewendeten ungeschichtlichen Lehre muß daher jedem einleuchten. Wer die sozialen Auffassungen und Bewegungen sowie das rechtliche und staatliche Leben dieses Zeitalters verstehen will, darf nicht verständnislos an der Naturrechtslehre vorübergehen. Und wenn es wirklich zuträfe, daß diese Lehre in allen ihren Abarten verfehlt, daß sie eine große trügerische Illusion der Menschheit wäre — wie man es tatsächlich für ihren größten Fehler hält, daß sie die geschichtliche Realität nicht beachtete — auch in diesem Falle wäre sie in ihren Auswirkungen die gewaltigste geschichtliche Realität gewesen. Hätte die christliche Naturrechtslehre den Staat als poena et remedium peccati nicht gerechtfertigt und seine große sittliche Bedeutung nicht erfaßt, so wäre es z. B. nicht möglich gewesen, daß das ursprünglich gegen die irdische Macht gleichgültige Christentum sich mit dieser verbindet und aus diesem Bunde die mittelalterliche Kultur hervorgeht[2]). Oder um ein anderes bekannteres Beispiel zu nennen: Ohne die klassische Naturrechtsschule kann die Entstehung des modernen Staates weder in der Form des aufgeklärten Absolutismus, noch in seiner der französischen Revolution entsprungenen demokratisch-republikanischen Gestalt verstanden werden.

§ 3. Mit der oben erwähnten philosophischen und geschichtlichen Bedeutsamkeit des Naturrechts ist die Bedeutung dieser mächtigen geistigen Strömung noch bei weitem nicht erschöpft.

Die überwältigende Kraft des naturrechtlichen Gedankens hat sich am mächtigsten vielleicht gar nicht darin geoffenbart, daß er das rechts- und staatsphilosophische Denken zweier Jahrtausende in seinem Banne hielt, sondern darin, daß selbst die seine Herrschaft stürzenden feindlichen Gedankenrichtungen unter seine Einflüsterung gerieten und sich in hohem Maße mit naturrechtlichem Inhalt durchtränkten. Hinsichtlich der historischen Rechtsschule hat Bergbohm, dieser eifrigste Verfolger des Naturrechts, dargetan, daß sie von naturrechtlichen Gedanken voll sei und daß selbst der „Volksgeist", dem die

[2]) Vgl. E. Troeltsch: Das stoisch-christliche Naturrecht und das moderne profane Naturrecht. (Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages, 1. Serie, Bd. I, 1911, S. 175, oder Gesammelte Schriften, Bd. IV, 1925, S. 174.)

historische Schule das Recht entspringen läßt, sich als Geisteskind einer naturrechtlichen Auffassung enthülle[3]). Dasselbe läßt sich auch hinsichtlich der an Stelle des Naturrechts getretenen soziologischen Systeme des 19. Jahrhunderts, z. B. hinsichtlich der Auffassungen von Comte, Spencer oder Marx beweisen: hinter den angeblich objektiven Tatsachenbeschreibungen dieser Schriftsteller guckt überall das naturrechtliche Bild des zukünftigen Idealzustandes hervor, der durch die naturnotwendige Entwicklung herbeigeführt werden soll. Der Grundsatz der naturnotwendigen Entwicklung, der zur Widerlegung der Naturrechtslehre benutzt wurde, wird somit selbst zur Rechtfertigung der verschiedensten — individualistischen und sozialistischen, liberalen und konservativen — politischen und ethischen Forderungen, d. h. verschiedener naturrechtlicher Postulate herangezogen[4]). Endlich sind auch die Werke des in den Spuren der historischen Schule in der Rechtswissenschaft zur Herrschaft gelangten Rechtspositivismus mit mehr oder minder verkappten naturrechtlichen Gedankengängen reichlich durchsät[5]).

Der Geist des Naturrechts, das man endgültig begraben zu haben glaubte, spukte also lebendig in der Soziologie und in dem Rechtspositivismus des vergangenen Jahrhunderts.

In unseren Tagen erleben wir nun die Auferstehung der naturrechtlichen Auffassung. Es äußert sich vielleicht das gesteigerte metaphysische Bedürfnis der im Weltkrieg schwergeprüften Menschheit auch darin, daß das Naturrecht in den letzten anderthalb Jahrzehnten mit frischer Kraft wiedererwacht.

Dieses Wiederaufleben des Naturrechts nahm seinen Ausgang aus der sog. freirechtlichen Bewegung, also aus einer die praktischen Fragen des Rechtslebens und insbesondere der richterlichen Rechtsanwendung behandelnden Richtung. Diese um die Jahrhundertwende entstandene praktische Bestrebung betrachtete das Recht als „lückenhaft" und vertrat die Auffassung, daß der Richter überall, wo „Lücken im Recht" bestehen, ungesatzte Rechtsprinzipien: die Forderungen der Gerechtigkeit, der Billigkeit und des gesellschaft-

[3]) Vgl. Karl Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, S. 480 ff.

[4]) Vgl. Adolf Menzel: Naturrecht und Soziologie, 1912, S. 52, 56, Moór: Einführung in die Rechtsphilosophie (ungarisch), 1923, S. 54/55, 126.

[5]) Es war besonders Bergbohm bestrebt, diese naturrechtlichen Elemente in der herrschenden positivistischen Literatur nachzuweisen: vgl. a. a. O., S. 43, 116, 117, 344, 345, 347, 350, 352, 353. — Neuerdings bemühen sich besonders Kelsen und seine Schule um die Aufdeckung naturrechtlicher Gedanken in der rechtswissenschaftlichen Literatur.

lichen Interesses anzuwenden habe. Die freirechtliche „Rechtslücken-Theorie" führte demnach logischerweise zur Annahme der Gültigkeit solch ungesatzter, d. h. naturrechtlicher Prinzipien, die beim Schweigen des gesatzten Rechts zur Anwendung kommen. Es ist daher kein Zufall, daß der hervorragendste Vertreter der freirechtlichen Bewegung, der Franzose Geny, zugleich auch Anhänger der Naturrechtslehre ist[6]).

Auf dem Gebiete der abstrakten rechtsphilosophischen Forschung war es der Neukantianismus, der dem Aufleben des Naturrechts vorarbeitete. Der rechtsphilosophische Neukantianismus, dem der gewaltige Aufschwung der neueren, insbesondere der deutschen Rechtsphilosophie zu verdanken ist, entstand ebenfalls um die Jahrhundertwende[7]). Und obgleich er neben dem geschichtlich gegebenen positiven Recht kein höheres natürliches Recht anerkannte, verpflanzte der Neukantianismus durch Annahme einer zur Beurteilung der Richtigkeit des Rechts dienenden ewigen und allgemeingültigen Rechtsidee den Samen, dem ein neues Naturrecht entsprießen konnte, in den Boden der modernen Rechtsphilosophie[8]). Die neukantische

[6]) Vgl. François Geny: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1. Ausgabe 1889, 2. Ausgabe 1919. In Betracht zu ziehen sind besonders seine Ausführungen über „la libre recherche scientifique". — Die rücksichtslosen Freirechtler betrachten die genannten unpositiven Rechtsprinzipien nicht nur als — beim Schweigen des positiven Rechts zur Anwendung gelangende — sekundäre Rechtsquellen, sondern als — das positive Recht nötigenfalls aufhebende — primäre Rechtsquellen.

[7]) Die hervorragendsten Vertreter der neueren Rechtsphilosophie, Stammler, Lask, Somló, Kelsen usw., sind Neukantianer. Julius Binder und Wilhelm Sauer waren Neukantianer (vgl. Sauer: Neukantianismus und Rechtswissenschaft in Herbststimmung, Logos Bd. X, 1922, S. 162—194). Der italienische Maestro Giorgio Del Vecchio steht dem Neukantianismus ebenso nahe wie der Naturrechtslehre. — Der Hegelianer Larenz äußert sich in folgenden verständnisvollen Worten über die rechtsphilosophische Bedeutung des Neukantianismus: „Was bis zum Kriege und noch geraume Zeit darüber hinaus in Deutschland an wissenschaftlicher Rechtsphilosophie geleistet wurde, das stand zum größten Teile mit dem Neukantianismus in engstem Zusammenhang. So sehr war der Neukantianismus während wenigstens zweier Jahrzehnte die herrschende Richtung der Rechtsphilosophie, daß auch jetzt noch jede ernste rechtsphilosophische Arbeit auf die Auseinandersetzung mit dieser Richtung angewiesen ist und von ihr Anregungen empfangen wird." (Karl Larenz: Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931, S. 38.)

[8]) Bahnbrechend ist in dieser Hinsicht Stammlers „Lehre von dem richtigen Rechte". (Vgl. seine Werke: Wirtschaft und Recht, 1896, und Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, dazu

Rechtsphilosophie führte nämlich ebenso zur neuhegelianischen wie dereinst Kant zu Hegel, und wie es auch in der allgemeinen Philosophie nur durch den Neukantianismus ermöglicht wurde, daß die hundertste Jahreswende von Hegels Tode seinem wiedererwachten lebendigen Geist begegnen durfte[9]); der in der rechtsphilosophischen Literatur unserer Tage immer mehr hervortretende Neuhegelianismus bringt nun einen sehr günstigen geistigen Luftkreis für das Gedeihen des naturrechtlichen Gedankens hervor. Er verwandelt die rein formale Rechtsidee des Neukantianismus in eine inhaltliche und mißt ihr nicht nur eine regulative, die Richtigkeit des Rechts beurteilende, sondern auch eine konstitutive, das Wesen des Rechts bestimmende Bedeutung zu. Es wird hierdurch eine ausgesprochen metaphysische Auffassung des Rechts eingeführt, und durch diese Hochflut der Metaphysik begünstigt, kehrt auch die Naturrechtslehre des heiligen Thomas auf dem Schiff der gewaltig vorrückenden neoscholastischen Philosophie in die Gewässer der Rechtsphilosophie zurück.

Bezeichnend für die naturrechtliche Stimmung der Zeit ist es, daß sich die junge nationalsozialistische Rechtsphilosophie — deren weitere Entwicklung noch abzuwarten ist — ebenfalls auf der Grundlage einer mit der „Volksgeist-Lehre" der historischen Rechtsschule verknüpften naturrechtlichen Auffassung erhebt[10]).

---

meine Stammler-Kritik in den Abhandlungen des Ung. Juristen-Vereins, 1911, ung.) — Während im Texte davon die Rede ist, daß der Neukantianismus die Rückkehr des Naturrechts anbahnte, hebt andererseits W. Sauer treffend hervor, daß „dem Naturrecht das Verdienst gebühre", den modernen Richtungen der Rechts- und Sozialphilosophie „vorbereitende Arbeit geleistet zu haben" (Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, 1929, S. 24).

[9]) Daß sich der heutige rechtsphilosophische Hegelianismus nicht aus dem sog. Neuhegelianismus Kohlers (Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909), sondern aus dem Neukantianismus entwickelte, wird von Larenz (a. a. O., S. 59/60) treffend hervorgehoben. Charakteristisch hierfür ist die bereits erwähnte Tatsache, daß der bedeutendste Vertreter des deutschen rechtsphilosophischen Hegelianismus, Julius Binder (Philosophie des Rechts, 1925, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935), ursprünglich der neukantianischen Richtung angehört hat (Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915).

[10]) Vgl. Dr. Helmut Nicolai: Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1933, S. 11: „...das Recht (ist) eine ewige sittliche Größe, die über der Staatsgewalt steht . . ." Auch die Zurückweisung des Gedankens des unrichtigen Rechts (a. a. O., S. 36) ist echt naturrechtlich.

Es kann mithin festgestellt werden, daß der Gedanke des Naturrechts eine lebendige aktuelle Bedeutung für die heutige Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft besitzt. Es tobt der Kampf auf breiter Front zwischen dem Rechtspositivismus und der mit großer Wucht zum Angriff übergehenden Naturrechtslehre. Die Rechtsphilosophie hat infolgedessen keine dringendere Aufgabe als die der Stellungnahme im Streite dieser beiden gegensätzlichen Geistesrichtungen. Einen gangbaren Pfad zu dieser Stellungnahme zu finden, dies ist der Zweck der folgenden anspruchslosen Untersuchungen.

## II.

## Der Gegensatz der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.

§ 4. Unsere Aufgabe wird dadurch erschwert, daß der Ausdruck „Naturrecht" in sehr verschiedenen abweichenden Bedeutungen gebraucht wird. Der Ausdruck „Rechtspositivismus" hat demgegenüber einen hinlänglich klaren und eindeutigen Sinn.

Unter Rechtspositivismus versteht man die Auffassung, die kein anderes als das positive Recht kennt und dieses als Menschenwerk, als das Ergebnis geschichtlicher und gesellschaftlicher Vorgänge, in äußeren Tatsachen sich offenbarender historischer Kräfte, als den Willen der sozialen Macht begreift. Es ist üblich, das Wesen des Rechtspositivismus in der Auffassung zu erblicken, daß das Recht Wille des Staates sei. Da es jedoch auch ein außerstaatliches positives Recht gibt (z. B. das Recht der primitiven Stämme oder das der Völkerrechtsgemeinschaft), was der Rechtspositivismus nicht zu leugnen braucht, und da andererseits das Recht schon Voraussetzung des Staates als einer rechtlich geordneten Macht ist, begnügen wir uns damit, den Rechtspositivismus als die Auffassung zu bestimmen, nach der jedes Recht in einem geschichtlichen Prozeß durch die soziale Macht erzeugt wird. Nach dieser Auffassung ist nur das als Recht zu betrachten, was die Macht angeordnet hat, und andererseits ist all das, was sie befiehlt, schon infolgedessen Recht. Die Rechtsqualität des Rechts, seine rechtliche Geltung, seine verpflichtende Kraft stammt nach dieser Ansicht aus dem Befehle der Macht[11]).

[11]) Die Behauptung, daß die normative Geltung des Rechts aus dem Befehl der Macht abgeleitet werden könne, hat der Rechtstheorie viele Schwierigkeiten bereitet. Bedenkt man jedoch, daß die soziale Macht

Diese Auffassung des Rechtspositivismus verbietet es nicht, zur wertenden Beurteilung des positiven Rechts höhere, doch nicht rechtliche, sondern moralische Normen anzunehmen.

Der Rechtspositivismus verlangt ferner nicht, daß man sich der Einsicht verschließe, daß diese, zur Beurteilung des Rechts dienenden höheren moralischen Gesichtspunkte von der rechtserzeugenden Macht selbst befolgt werden können und meistens auch befolgt werden. Die Behauptung, daß das positive Recht sehr oft einen moralisch wertvollen Inhalt hat, so wie er oft auch ungerecht und unmoralisch sein kann, bedeutet noch nicht die Anerkennung der naturrechtlichen Auffassung.

Der Rechtspositivismus steht endlich auch damit nicht im Widerspruch, daß man feststellt, daß der Richter — so oft ihm diese Befugnis von Rechts wegen eingeräumt ist, also in allen Fällen der sog. „Rechtslücken" — die in Frage stehenden moralischen Prinzipien unmittelbar anwenden kann. Der Richter tritt in solchen Fällen auf Grund gesetzlicher Ermächtigung („Delegation") eigentlich als Rechtserzeuger niederer Stufe (als „sekundäre Rechtsquelle") auf: er verwandelt den in sein Urteil aufgenommenen moralischen Inhalt zur Rechtsnorm des konkreten Falles, also zu positivem Rechte[12]). Die „Lücken-Theorie" der freirechtlichen Bewegung braucht also ebenfalls nicht zur Annahme eines überpositiven, natürlichen Rechts zu führen.

Gleichwohl soll nicht verkannt werden, daß sowohl das moralische Problem des richtigen Rechts als auch die Frage der Moralität des Rechtsinhaltes und der in der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung zur Geltung gelangenden moralischen

---

kein nacktes Faktum ist, sondern daß sie in erster Linie eine geistige Einheit voll normativen Inhalts bedeutet (vgl. meinen Aufsatz „Creazione e applicazione del diritto", Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1934, S. 662), daß der Befehlsakt selbst einen normativen Inhalt trägt, so vermindern sich diese Schwierigkeiten ganz erheblich. — Kelsen selbst, der den Normcharakter des Rechts äußerst scharf erfaßt, der aber gegen den in anderen sozialen Erscheinungen vorhandenen geistigen und normativen Gehalt nicht selten unempfindlich ist, stellt — Radbruch kritisierend — folgendes fest: „Der als wirkend gedachte reale Imperativ — im Gegensatz zur geltenden Norm — trägt in Wahrheit auch die untrüglichen Zeichen einer Geltung, das Stigma des Sollens auf der Stirn." (Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, Schmollers Jahrbuch, 40. Jg., 1916, S. 149.) — Vgl. ferner unten Anm. 57.

[12]) Hinsichtlich der rechtserzeugenden Tätigkeit der rechtsanwendenden Organe vgl. meine Abhandlung „Creazione e applicazione del diritto" (Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1934, S. 653 ff.).

Prinzipien schon eine Annäherung an das Problem des Naturrechts bedeuten. Es gibt in der Tat Auffassungen, die sich deshalb als naturrechtliche bezeichnen, weil sie die engen Beziehungen des Rechts zur Moral hervorheben und weil sie jenen Teil der Moralgebote, der als Vorbild oder als Wertmesser des Rechts mit diesem besonders eng verknüpft zu sein scheint, bereits als Recht, und zwar als Naturrecht betrachten. Zwischen dieser angeblichen Naturrechtslehre und dem Rechtspositivismus besteht jedoch bloß ein terminologischer Unterschied[13]).

Der Gegensatz der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus fällt mit dem Gegensatz von Moral und Macht nicht zusammen. Die moralische Auffassung kann nicht für die Naturrechtslehre beschlagnahmt werden, da sich der Rechtspositivismus vor der Würdigung der hohen rechtlichen Bedeutung der vom Recht zu unterscheidenden Moral gar nicht zu verschließen braucht. Und andererseits kann auch der Machtgedanke nicht als Makel bloß des Rechtspositivismus betrachtet werden, da die Naturrechtslehre die Notwendigkeit der sozialen Macht überhaupt nicht übersehen muß; mit Ausnahme des anarchistischen Naturrechts wird die Notwendigkeit der Staatsgewalt von sämtlichen naturrechtlichen Richtungen und somit auch vom christlichen Naturrecht anerkannt. Es ist jedoch zweifellos, daß der Rechtspositivismus die Macht, die Naturrechtslehre dagegen die Moral in den Vordergrund der rechtlichen Betrachtung rücken läßt.

§ 5. Schwerer ist es nunmehr, das Wesen der Naturrechtslehre zu bestimmen. Das gemeinsame Kennzeichen aller naturrechtlichen Auffassungen ist, daß sie das Bestehen und Gelten eines Naturrechts behaupten. Und wenn man auch die Naturrechtslehre kurz als Naturrecht zu bezeichnen pflegt, muß man dennoch diese Lehre von der normativen natürlichen Rechtsordnung, die sie behandelt, scharf unterscheiden. Das Naturrecht ist selbst nach Ansicht ihrer Vertreter von der Naturrechtslehre vollkommen unabhängig: es besteht und gilt auch, wenn die Literatur keine Kenntnis von ihm nehmen wollte[14]).

---

[13]) Vgl. G. v. Hertling: Kleine Schriften zur Zeitgeschichte und Politik, 1897, S. 179, 279; J. Haring: Der Rechts- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik und modernen Jurisprudenz, 1899, S. 103, 108, 111.

[14]) Die Vermengung der Naturrechtslehre und des Naturrechts, die in der Literatur manche Unklarheiten und manche falschen Folgerungen hervorgebracht hat, bedeutet die Verwischung des Unterschiedes zwischen der theoretischen und der praktischen Sphäre, zwischen Wahrheitserkenntnis und werterzeugender Norm, zwischen der Sphäre der

Wenn auch sämtliche Abarten der Naturrechtslehre darin übereinstimmen, daß sie das Bestehen eines Naturrechts behaupten und dieses als eine das soziale Verhalten der Menschen regelnde normative Ordnung betrachten, weichen sie dennoch in den Auffassungen, die sie von diesem Naturrechte hegen, sehr beträchtlich voneinander ab. Gemeinsam ist ihnen allen eigentlich nur die Überzeugung, daß das Naturrecht kein Menschenwerk sei, daß der Grund seines Bestehens und seiner Geltung nicht in irgendeiner menschlichen Satzung und insbesondere nicht in der Anordnung der sozialen Macht zu finden sei. Die Normen des Naturrechts gelten als rechtliche Normen nicht darum, weil sie von irgendeiner äußeren Autorität gesetzt oder anbefohlen wurden, sondern deshalb, weil ihr Inhalt an sich vernünftig, richtig, sittlich, der Natur entsprechend ist. Das Naturrecht ist intrinsece bonum. Allein schon hinsichtlich dieser letzten Auffassung herrscht keine volle Einstimmigkeit. Es gibt Spielarten der Naturrechtslehre, die die Geltung des Naturrechts nicht von seiner inhaltlichen Güte, vom moralischen Werte seines Inhalts, ableiten, sondern auf die logische oder naturgesetzliche Notwendigkeit gründen. Und es gibt auch eine nominalistische Auffassung, die das Naturrecht vom Willen Gottes herleitet. Dieses göttliche positive Recht (ius divinum positivum) pflegt man jedoch von dem im strengen Sinne genommenen Naturrecht, — obgleich beide einander zum Verwechseln ähnlich sind, — säuberlich zu unterscheiden.

Um einen Überblick über die verschiedenen Schattierungen der Naturrechtslehre zu gewinnen, sei es uns erlaubt, von der klassischen Naturrechtsschule auszugehen, da es sich nicht um eine geschichtliche Darstellung dieser Lehren, sondern um eine systematische Analyse ihres Ideengehaltes handelt.

Die klassische Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts begreift das Naturrecht als eine über dem positiven Recht stehende, höhere Rechtsordnung, die immer und über-

Wissenschaft und der Sphäre des Rechts. Die Gleichsetzung des Naturrechts mit der Naturrechtslehre, als Gleichsetzung des Gegenstandes der Erkenntnis mit der von diesem Gegenstande handelnden Erkenntnis, ist die Frucht eines übertriebenen erkenntnis-theoretischen Idealismus. Als Beispiel kann die Auffassung von Barna Horváth angeführt werden (Die Idee der Gerechtigkeit, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1928, S. 508 ff.; vgl. hierzu meine Abhandlung Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus in der Kelsen-Festschrift: Gesellschaft, Staat und Recht, 1931, S. 97 ff.). Rudolf Goldscheid bemerkt den Unterschied zwischen Naturrecht und Naturrechtslehre ebenfalls nicht (Naturrecht, Verhandlungen des Fünften Deutschen Soziologentages, 1927, S. 148).

all, für alle Zeiten und alle Völker gilt, somit allgemeingültig, unwandelbar und ewig und außerdem absolut wertvoll, d. h. unbedingt richtig ist. Der höhere Rang dieser Naturrechtsordnung äußert sich darin, daß ihre Normen nicht nur die dem positiven Rechte zukommende, sondern eine noch stärkere rechtliche Geltung haben und somit das ihnen zuwiderlaufende positive Recht aufheben. Ansonsten ist das Naturrecht, ebenso wie das positive Recht, eine inhaltlich ausführlich bestimmte Rechtsordnung, deren Normen, ohne einer menschlichen Satzung oder der Anerkennung durch die soziale Macht zu bedürfen, der menschlichen Natur oder der Vernunft entspringen.

Diese Begriffsbestimmung erfaßt die Naturrechtslehre in ihrer maximalen Sättigung, in ihrer vollen Blüte, oder besser gesagt: in ihrer gefährlichen Übertriebenheit und enthält außer der bereits früher erwähnten naturrechtlichen Grundidee noch die vier wichtigen Gedanken, daß das Naturrecht 1. allgemeingültig, unwandelbar und ewig, 2. absolut wertvoll, 3. höheren Ranges als das positive Recht und 4. inhaltlich ausführlich bestimmt sei.

Diese vier Gedanken sind jedoch nur bei den Vertretern der klassischen Naturrechtsschule und auch bei diesen nicht ausnahmslos oder in gleicher Ausprägung und in gleicher Zusammengehörigkeit vorzufinden. Die anderen Abarten der Naturrechtslehre lassen den einen oder den anderen dieser Gedanken entweder gänzlich fallen oder wenigstens stark verblassen und können gerade auf dieser Grundlage systematisch voneinander unterschieden werden.

Die aristotelisch-scholastische Naturrechtslehre läßt vor allem den Gedanken fallen, daß das Naturrecht eine inhaltlich ausführlich bestimmte Rechtsordnung sei, und begnügt sich, wie bereits erwähnt wurde, mit weiser Selbstbeschränkung damit, in wenigen ganz allgemein gehaltenen Prinzipien die Forderungen des Naturrechts zusammenzufassen. Sie hält zwar an dem Gedanken der inhaltlichen Bestimmtheit des Naturrechts fest, faßt aber diesen Inhalt in derart allgemein gehaltenen Formulierungen, daß diese eigentlich einen formalen Charakter haben. Es wird im allgemeinen die Forderung der Gerechtigkeit, das Prinzip des „suum cuique" als Inhalt des Naturrechts angegeben, und es wird nicht näher ausgeführt, was gerecht sei oder was als das „suum" sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen gebühre[15]). Die Konkretisierung des Inhaltes, als

[15]) Thomas von Aquin: Summa theologica, I, qu. 94, a. 2: „Hoc est ergo primum praeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum: et super hoc fundantur omnia alia

nähere Ausführung („determinatio") der naturrechtlichen Prinzipien, wird dem positiven Recht überlassen. Somit erscheint die konservative Forderung, daß dem positiven Rechte Achtung erwiesen werde, als eine der wichtigsten naturrechtlichen Forderungen.

Aber nicht nur der Gedanke von der inhaltlichen Bestimmtheit des Naturrechts wird in der scholastischen Naturrechtslehre auf die genannte Weise abgeschwächt, auch die Lehre von seinem höheren Rang und die sich daraus ergebende revolutionäre Folgerung, daß das dem Naturrecht widerstreitende positive Recht ungültig sei und daß man ihm auf Grund eines naturrechtlichen ius resistendi widerstehen könne, wird von der Scholastik nur mit bedeutenden Einschränkungen gutgeheißen. Die Möglichkeit eines dem Naturrecht zuwiderlaufenden positiven Rechts ist übrigens auf Grund der scholastischen Lehre nicht leicht einzusehen, da doch diese Lehre das positive Recht selbst entweder per modum conclusionis oder per modum determinationis von dem Naturrecht ableitet. Cathrein lehrt ganz folgerichtig, daß das ungerechte Recht ebensowenig Recht sei, wie das falsche Geld Geld darstelle[16]). Die scholastische Naturrechtslehre rechnet trotzdem mit der Möglichkeit des ungerechten positiven Rechts (leges iniustae) und stellt sich auf den Standpunkt, daß man diesem nur dann den Gehorsam verweigern dürfe, wenn sein Inhalt schreiend unmoralisch sei; die übrigen bloß ungerechten Gesetze wären dagegen zu be-

praecepta legis naturae, quae ratio practica naturaliter apprehendit esse bona humana." Die „alia praecepta secundaria", die aus dem „primum praeceptum" abgeleitet werden können, sind jedoch schon nicht mehr an sich evident und unwandelbar (vgl. Summa th., I, qu. 91, a. 3; qu. 94, a. 3, 5). — Vgl. Viktor Cathrein S. J.: Recht, Naturrecht und positives Recht, 2. Aufl., 1909, S. 222: „Im engeren und eigentlichen Sinne bedeutet Naturrecht die Gesamtheit der natürlichen Sittengesetze, welche sich auf das gesellschaftliche Leben der Menschen beziehen und ihnen vorschreiben, allen anderen das Ihrige zu geben . . . Das Naturrecht in diesem Sinne läßt sich zusammenfassen in die beiden Rechtsgebote: ‚Du sollst jedem das Seinige geben, und: ‚Du sollst niemand unrecht tun'." (Vgl. 1. Aufl., 1901, S. 133.) — Vgl. ferner Johann Sauter: Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts, 1932, S. 70 u. ff.; nach Sauter ist der Glaube des 17. und 18. Jahrhunderts „an ein material-universales und konstantes Naturrecht, welches für alle konkreten Lebensverhältnisse fertige Vorschriften enthalte . . ., eine Ansicht, welche der ganzen früheren Naturrechtslehre fern lag" (a. a. O., S. 97), und die „obersten Prinzipien" stellen „nur lauter formale Sätze über das Naturrecht" dar (a. a. O., S. 223).

[16]) A. a. O., 1. Aufl., S. 182.

folgen. Letztere verpflichten moralisch zwar nicht per se, also infolge der Richtigkeit ihres Inhalts, aber doch per accidens, propter vitandum scandalum vel turbationem[17]). Ganz im Sinne dieser Lehre betrachtet die neoscholastische Rechtsphilosophie Petraschecks die Forderung der Rechtssicherheit als eine den Forderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit ebenbürtige naturrechtliche Forderung[18]).

Die revolutionäre Lehre von dem höheren Range des Naturrechts, das die ihm widerstreitenden positiv-rechtlichen Befehle aufheben soll, will somit eigentlich nur soviel besagen, daß diese Befehle das Gewissen innerlich nicht verpflichten. Und dies kann auch vom Standpunkte des Rechtspositivismus zugegeben werden.

In der Behauptung, daß das natürliche Recht höher stehe als das positive, liegt außerdem noch die moralische Forderung verborgen, daß das positive Recht dem Naturrecht, d. h. der Gerechtigkeit entsprechen soll. Dieser Forderung braucht jedoch der Rechtspositivismus ebenfalls nicht entgegenzutreten. Will nun die Naturrechtslehre nur dasjenige positive Recht als solches anerkennen, das dieser moralischen Forderung tatsächlich entspricht, so nimmt sie nicht mehr den Standpunkt ein, daß das Naturrecht höher stehe als das positive, sondern behauptet, daß das positive Recht selbst moralisch hochstehe. Hierdurch wird jedoch das Naturrecht nicht über das positive Recht erhoben, sondern als das innerste Wesen des positiven Rechts selbst begriffen. Nach dieser Ansicht ist das Naturrecht nichts anderes als das moralische Element des positiven Rechts, als das Absolute in den veränderlichen menschlichen Gesetzen.

Sowohl der Gedanke des ausführlichen naturrechtlichen Gesetzbuches als auch die Auffassung des Naturrechts als eines über dem positiven stehenden höheren Rechts wird also von der scholastischen Lehre eigentlich fallen gelassen. Demgegenüber hält sie an der Auffassung des Naturrechts als eines allgemein-

---

[17]) Vgl. Haring, a. a. O., S. 44—46; Thomas v. Aquin, Summa theologica, I, II, qu. 96, a. 4., ad 3.; II, II, qu. 104, ad 5. — Den „per accidens" moralisch verpflichtenden Befehlen der sozialen Macht den Namen positives Recht abzusprechen, würde zu bloßem Wortstreit führen und auch die Terminologie verwirren. Der Rechtspositivismus behauptet die positivrechtliche Geltung dieser Befehle im Sinne einer bloß äußeren juristischen Geltung, behauptet also weniger als die scholastische Lehre, die ihnen eine per accidens moralisch verpflichtende Kraft beilegt.

[18]) Karl Petraschek: System der Rechtsphilosophie, 1932, S. 132—133.

gültigen, unwandelbaren, ewigen, sowie unbedingt richtigen Rechtes fest. Aber selbst diese Auffassung erleidet eine gewisse Abschwächung durch die Unterscheidung, die in der christlichen Naturrechtslehre zwischen dem Naturrecht des vollkommenen Idealzustandes und dem Naturrecht des Zustandes nach dem Sündenfall gemacht wird. Dieses letztere ist schon „ein Kompromiß mit den Erfordernissen des tatsächlichen Lebens" (Troeltsch), das die Unvollkommenheit der menschlichen Natur mit in den Kauf nimmt, den Staat, die Zwangsgewalt, die Todesstrafe, den Krieg und dergleichen mehr, als poena et remedium peccati würdigt und somit Dinge, die vom idealen Standpunkte aus weder notwendig noch richtig wären, als notwendig und moralisch berechtigt betrachtet[19]).

Die oben untersuchten beiden Typen des klassischen und des aristotelisch-scholastischen Naturrechts sind die beiden Hauptformen, in deren Gestalt die Naturrechtslehre geschichtlich erscheint[20]).

In der rechtsphilosophischen Literatur pflegt man außer den geschichtlich gegebenen großen Naturrechtslehren auch jene rechtswissenschaftlichen Auffassungen und Gedankengänge als naturrechtliche zu bezeichnen, die eine gewisse Ähnlichkeit mit den bereits behandelten Ansichten der aristotelisch-scholastischen oder der profanen klassischen Naturrechtslehre aufweisen.

Diese Ähnlichkeit muß vor allem darin bestehen, daß die als naturrechtlich bezeichnete Auffassung den eigentlich bloß negativen Grundgedanken sämtlicher Naturrechtslehren von dem Bestehen eines nicht-positiven Rechts teilt, das seinen Ursprung nicht geschichtlich-sozialen Tatsachen, einem Setzungs-

[19]) Vgl. Troeltsch, a. a. O., S. 178—181, Gesammelte Schriften. IV, S. 725. — Hinsichtlich der Beurteilung der Sklaverei durch den heiligen Thomas, vgl. Sauter, a. a. O., S. 77, ferner Johann Haessle: Das Arbeitsethos der Kirche nach Thomas von Aquin und Leo XIII., 1923, S. 3.

[20]) Schilling betrachtet diese beiden Spielarten der Naturrechtslehre als so grundverschieden, daß er von „zwei total verschiedenen Theorien des Naturrechts, die lediglich den Namen gemeinsam haben" sprechen zu müssen glaubt (Otto Schilling: Christliche Sozial- und Rechtsphilosophie, 1933, S. 62). Dieser Meinung könnten wir nicht rückhaltlos beipflichten, da neben dem großen Unterschiede der beiden Richtungen ihre Übereinstimmung in manchen wesentlichen Punkten festgestellt werden kann. Von den vier wichtigen Gedanken, die sich unserer Ansicht nach in dem Ideengehalte der klassischen Naturrechtslehre finden lassen, sind zwei auch in der scholastischen Naturrechtslehre beinahe unverändert aufzufinden, und von den beiden anderen Gedanken findet man in ihr die mehr oder weniger verblaßten Spuren.

akte der geschichtlich-sozialen Macht verdankt. Von den anderen vier wichtigen Gedanken, die wir im Ideengehalte der klassischen Naturrechtslehre vorgefunden haben, können einige fallen gelassen oder wenigstens beträchtlich abgeschwächt werden, wie das ja schon in der scholastischen Lehre geschehen ist. An dem Gedanken der inhaltlichen Bestimmtheit des nicht-positiven Rechts oder wenigstens einiger solcher Rechtsprinzipien wird meistens festgehalten. Der Gedanke von dem höheren Range des Naturrechts kann gänzlich fallengelassen, beziehungsweise zur Behauptung der Unabhängigkeit des nicht-positiven Rechts von der Anordnung durch die soziale Macht abgeschwächt werden; es ist somit auch eine gänzliche Umkehrung der ursprünglichen Rangordnung möglich, und das positive Recht kann als das höherstehende, das Naturrecht dagegen als bloß sekundäres Recht, das im Falle der positiv-rechtlichen „Lücken" zur Anwendung gelangt, betrachtet werden. Diese „Umwertung der Werte" hat sich die scholastische Naturrechtslehre niemals erlaubt. Wenn es feststeht, daß gegenüber den Übertreibungen der klassischen Naturrechtsschule die scholastische Lehre bereits als ein gemäßigtes nüchternes Naturrecht erscheint, so ist es also auch zweifellos, daß die vom modernen Sprachgebrauch als naturrechtlich bezeichneten Auffassungen eine noch weitergehende Milderung und Abschwächung der Naturrechtsidee bedeuten können. Zumal da in der neueren Literatur auch solche Auffassungen für naturrechtlich gelten, die auch den einen oder anderen jener beiden Gedanken, an denen selbst die Scholastik unentwegt festhält, also entweder den Gedanken der allgemeingültigen Unwandelbarkeit des nicht-positiven Rechts oder den seiner inhaltlichen Richtigkeit aufgeben. Der eine oder andere dieser Gedanken muß jedoch vorhanden sein, damit man von Naturrecht reden könne, da es sonst beinahe unmöglich wäre, ein nicht-positives Recht, das weder unwandelbar noch richtig zu sein braucht, von dem positiven Recht zu unterscheiden.

Der Gedanke der allgemeingültigen Unwandelbarkeit als Merkmal der naturrechtlichen Auffassung wird von Stammler hervorgehoben, indem er das Wesen dieser Auffassung in der Behauptung „eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes" erblickt[21]). — Es gibt in der Tat Spielarten der klassischen Natur-

[21]) Wirtschaft und Recht, § 32. — Anderswo bestimmt Stammler das Naturrecht als „ein Recht, das in seinem Inhalte der Natur entspricht" (Die Lehre von dem richtigen Rechte, 2. Aufl., 1926, S. 82) oder als „den Gedanken von einem innerlich begründeten Rechte, das den bloß positiven Rechten gegenübertritt"

rechtslehre, die — vielleicht unter der Einwirkung der more geometrico verfahrenden Philosophie des 17. Jahrhunderts — das Naturrecht als eine der mathematischen ähnliche moralisch wertfreie logische Gesetzlichkeit betrachten, und es gibt welche, die — unter dem Einflusse des naturwissenschaftlichen Empirismus ihrer Zeit — die Naturrechtsprinzipien als wertfreie kausale Naturgesetze begreifen [22]).

Der Gedanke der inhaltlichen Richtigkeit tritt andererseits in den Vordergrund bei der Ansicht, die alle jene rechtswissenschaftlichen Gedankengänge als naturrechtlich bezeichnet, welche ethische und politische Forderungen, auch ohne einen positivrechtlichen Setzungsakt, bereits als rechtsgültig betrachten. Diese Auffassung vom Wesen des Naturrechts wird besonders von der „Reinen Rechtslehre" Kelsens und seiner Schule vertreten [23]). — In Wahrheit sind die verschiedenen, einander

---

(Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit. 1917, S. 12). Aus dieser letzteren Begriffsbestimmung ist ersichtlich, daß Stammler selbst nicht nur den Gedanken der allgemeingültigen Unwandelbarkeit, der Apriorität, sondern auch den der inhaltlichen Richtigkeit als zum Wesen des Naturrechts gehörend betrachtet; das Schwergewicht liegt bei ihm jedoch auf dem ersten Gedanken. — Wenn man unter der Form — wie es in der Philosophie üblich ist — die bleibenden und unwandelbaren Elemente eines Dinges, unter dem Inhalt aber seine veränderlichen Elemente versteht, ist es leicht, die Unmöglichkeit eines unwandelbaren Inhalts zu beweisen; auch „die Unhaltbarkeit eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes" folgt in diesem Falle ohne weitere Beweisführung ex definitione.

[22]) Nach Gothein hat „für das Naturrecht die naturwissenschaftlich mathematische Gesinnung des 17. Jahrhunderts außerordentlich stark mitgewirkt" (Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages, 1911, S. 203). — Vgl. auch Grotius, De iure belli ac pacis, I, 1, § 10, 5: „Sicut ergo ut bis duo non sint quatuor ne a deo quidem potest effici, ita ne hoc quidem, ut quod intrinseca ratione malum est, malum non sit." Ferner ist bekannt, daß das Naturrecht Spinozas dem Begriffe des kausalen Naturgesetzes nahesteht.

[23]) Nach Kelsen ist „das Naturrecht ein System von Normen, . . . die gelten . . . weil sie ihrem inneren Gehalte nach gut, richtig oder gerecht sind" (Naturrecht und positives Recht, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 1928, S. 71; vgl. auch seine Abhandlungen Die Idee des Naturrechts, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1928, S. 222—223, und die Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 8—9). — In seinen anderen Werken kämpft Kelsen, so wie seine Schule, gegen das latente Naturrecht der heutigen Rechtswissenschaft und versteht darunter die in die juristischen Gedankengänge eingeschmuggelten ethisch-politischen Forderungen. — Kelsen nennt seine eigene rechtstheoretische Auffassung in einem ganz anderen Sinne „transzendentallogisches Naturrecht":

oft widersprechenden Systeme der klassischen Naturrechtsschule zum großen Teil tatsächlich nichts anderes als ethisch-politische Forderungen, veränderliche politische Reformbestrebungen des betreffenden Zeitalters, die man in der Form von unwandelbaren Naturrechtssätzen formuliert hat. Es finden sich darunter konservative und revolutionäre, absolutistische und demokratische, sozialistische und individualistische, ja sogar anarchistische Auffassungen.

Das bunte Durcheinander dieser einander diametral entgegengesetzten Richtungen, die alle mit dem Geltungsanspruch des unwandelbaren und unbedingt richtigen Rechts auftreten, liefert an sich schon eine scharfe Widerlegung der klassischen Naturrechtslehre. Mit dieser Spielart der Naturrechtslehre wollen wir uns auch nicht länger beschäftigen. Das Urteil über diese

„Will man in der hier als die notwendige Voraussetzung jeder positivistischen Rechtserkenntnis aufgezeigten Grundnorm, trotz ihres Verzichtes auf jedes Moment materialer Gerechtigkeit, Naturrecht erblicken, (so wird man) die Theorie der Grundnorm am besten als transzendentallogisches Naturrecht charakterisieren" (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 66). — Diese „hypothetische Grundnorm" Kelsens hat unserer Meinung nach mit dem Naturrecht nichts zu tun und ist eigentlich nur der Ausdruck der extrem-idealistischen erkenntnistheoretischen Auffassung Kelsens. Gestützt auf den „methodischen Idealismus' Cohens lehrt Kelsen, daß das Recht durch die Rechtswissenschaft „erzeugt" werde (Rechtswissenschaft und Recht, Zeitschrift für öffentliches Recht, III. Bd., 1922, S. 103—235). Genau dasselbe ist auch in der Lehre von der Grundnorm enthalten, nach der die Erzeugung des Rechts letzten Endes auf der durch die Rechtswissenschaft vorausgesetzten hypothetischen Grundnorm, also wiederum auf der Rechtswissenschaft beruhen soll. Wir halten daher die Lehre von der Grundnorm für eine Verdoppelung der erkenntnistheoretischen Auffassung Kelsens. Nach der Aufnahme der Stufentheorie in das System der reinen Rechtslehre spricht Kelsen von der „Erzeugung" des Rechts auch im Sinne eines geschichtlichen Prozesses, und in seinem neuesten Werk (Reine Rechtslehre, 1934, S. 6) betont er bereits ausdrücklich, daß „wenn von Erzeugung einer Norm gesprochen wird, damit immer Seinsvorgänge gemeint seien". Die Frage der „Erzeugung" des Rechts im erkenntnistheoretischen Sinn wird dadurch in den Hintergrund gestellt und die These von der „Erzeugung des Rechts durch de Rechtswissenschaft" zieht sich in den Schlupfwinkel der hypothetischen Grundnorm zurück. (Ausführlicher handelt davon mein Aufsatz: „Die Verfassung" in der Polner-Festschrift, 1935, ungarisch.) — Daß die Annahme der hypothetischen Grundnorm auch vom Standpunkt der Kelsenschen Rechtstheorie aus gesehen überflüssig sei, habe ich in meinem bereits erwähnten Aufsatz „Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, S. 70 ff. zu beweisen versucht. — Hinsichtlich der „Grundnorm" vgl. auch unten Anm. 57.

Richtung ist durch die Wissenschaft endgültig gefällt worden. In der großen Schlacht mit der geschichtlichen und positivistischen Rechtsauffassung ist das klassische Naturrecht niedergerannt worden, das „latente Naturrecht" der heutigen Rechtswissenschaft wagt sich nicht auf das Schlachtfeld, und so ist es zur Zeit nur noch die scholastische Naturrechtslehre, die den Kampf mit frischer, ja sogar immer lebendiger werdender Kraft weiterführt. Wir werden deshalb bei unseren weiteren Ausführungen die scholastische Naturrechtslehre im Auge behalten.

6. Ebenso wie eine von den Schwächen der blinden Machttheorie freie und die hohe Bedeutung der Moral für das Recht gebührend würdigende gemäßigte Auffassung als Verfechterin des Rechtspositivismus hingestellt wurde, so soll die am meisten kampffähige scholastische Lehre als Vertreterin des Naturrechts in die Schranken gerufen werden, wenn wir nunmehr, zur Entscheidung ihres Streites, die Gegenüberstellung der beiden grundlegenden Rechtsanschauungen vornehmen.

Sind unsere vorbereitenden Analysen, die das Wesen des Rechtspositivismus und der Naturrechtslehre klarstellen wollten, richtig, so kann jetzt die Lösung des Problems auf glattem und geradem Wege erreicht werden.

Das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen ist, daß der Gegensatz zwischen dem gemäßigten Rechtspositivismus und der scholastischen Naturrechtslehre nicht so bedeutend ist, wie man anzunehmen pflegt. Ihr Unterschied besteht eigentlich in zwei Punkten: in der Auffassung von der Rolle der Moral und in der Auffassung vom Wesen des positiven Rechtes selbst.

Was den ersten Punkt betrifft, so ist es zweifellos, daß auch der Rechtspositivismus die Moral als den höchsten Maßstab der Richtigkeit des Rechts anerkennen und demzufolge die Ansicht teilen muß, daß die rechtserzeugende Macht nur in dem Falle moralisch richtig verfahre, wenn sie das Recht mit der Moral in vollen Einklang bringt. Wollte der Rechtspositivismus die Geltung der Moral und ihre die Richtigkeit menschlicher Handlungen beurteilende Rolle in Frage stellen, so würde er, als eine bloß juristische Theorie, bereits seine Zuständigkeit übertreten und sich zur Moralphilosophie verwandeln. In diesem Punkte besteht zwischen dem Rechtspositivismus und der Naturrechtslehre bloß der Unterschied, daß die letztere die als Maßstab und richtunggebendes Ziel der positiven Gesetzgebung aufgefaßte Moral selbst schon als Recht betrachtet und mit

dem Namen des Naturrechtes belegt. Die Naturrechtslehre begreift aber dabei das Naturrecht zugleich auch als Moral, die naturrechtlichen Normen zugleich als sittliche Gesetze. Es ist nämlich eine grundlegende Ansicht der Naturrechtslehre, daß das Naturrecht nur ein Teil der sittlichen Ordnung sei, der sich von den übrigen sittlichen Normen bloß durch seinen Gegenstand absondert: bloß dadurch, daß er sich auf das gesellschaftliche Zusammenleben der Menschen bezieht[24]). Da aber dieses gesellschaftliche Zusammenleben nicht nur durch das Naturrecht, sondern auch durch viele der übrigen sittlichen Gesetze, — so z. B. durch die Forderungen der Nächstenliebe, — normiert wird, ist die Abgrenzung des Naturrechts von den übrigen moralischen Forderungen eine überaus schwierige Aufgabe, deren Lösung in einer der scholastischen Auffassung vielleicht am ehesten entsprechenden Weise erfolgt, wenn man unter Naturrecht die auf die Ausübung der sozialen Macht bezüglichen sittlichen Normen versteht. Diese konservative Auffassung ist jedoch bereits gleichbedeutend mit der sittlichen Würdigung der Macht und somit einer erheblichen Annäherung an den Standpunkt des Rechtspositivismus.

Die Kunstsprache, die das als Inbegriff von sittlichen Normen aufgefaßte Naturrecht dennoch als Recht bezeichnet, ist vielleicht nicht glücklich. In dieser abweichenden Terminologie könnten wir aber doch keinen wesentlichen Unterschied zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre erblicken. Namhafte Vertreter der neoscholastischen Rechtsphilosophie, Hertling und Haring, sind tatsächlich der Meinung, daß es sich in dem Streit zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre um einen Wortstreit handle[25]).

Unserer Ansicht nach würde man dennoch etwas zu weit gehen, wenn man den Unterschied der in Frage stehenden großen

---

[24]) Vgl. Schilling, a. a. O., S. 56—57: „Das unterscheidende Merkmal der naturrechtlichen Normen und der naturgesetzlichen sittlichen Forderungen . . . bildet ihr Gegenstand; die Vorschriften des gesamten natürlichen Sittengesetzes ordnen das Verhältnis des einzelnen zu Gott, zum Nächsten und zur eigenen Person, die rechtlichen speziell die Beziehungen zu anderen, und zwar in dem Sinn, daß ihnen das Ihrige gegeben werden muß." Haring, a. a. O., S. 39: „. . . die natürliche Rechtsordnung (ist) nur ein Teil der natürlichen Sittenordnung . . ."

[25]) Haring, a. a. O., S. 103: „Überblickt man derart den Streit zwischen Naturrechtslehrern und Rechtspositiven, so findet man, zumal wenn auf beiden Seiten überzeugungstreue Katholiken stehen, daß es sich . . . um einen Wortstreit handelt. Was die einen Naturrecht nennen, bezeichnen die andern als ethische Forderung, Natur der Sache u. dgl." — Vgl. oben Anm. 13.

Rechtsanschauungen als bloßen Wortstreit hinstellen wollte. Hinter der abweichenden Terminologie steckt ein tieferer Gedanke verborgen. Die Benennung „Naturrecht" will ein Recht höherer Ordnung bezeichnen und durch die Betonung der rechtlichen Qualität des Naturrechts dem Gedanken Ausdruck verleihen, daß das Naturrecht das ihm widerstreitende positive Recht aufhebe. Ein dem Naturrecht zuwiderlaufendes positives Recht soll weder moralisch verbindlich, noch rechtsgültig und somit überhaupt kein Recht sein.

Was die moralisch verpflichtende Kraft des positiven Rechtes anlangt, kann die Lehre, daß das unsittliche Recht innerlich das Gewissen nicht verpflichte, auch vom Rechtspositivismus angenommen werden. Ja, dieser muß sie sogar annehmen, wenn er seine Zuständigkeit als eine juristische Theorie nicht überschreiten will; denn darüber, was moralisch geboten und verpflichtend sei, hat die Moral zu entscheiden. Und es ist auch Sache der Moral, die vollkommen logische, aber in ihren praktischen Konsequenzen revolutionäre These, daß das unsittliche und ungerechte positive Recht moralisch nicht verpflichte, diese scharfe Waffe gegen irdische Tyrannenmacht, mit den Forderungen der gesellschaftlichen Ordnung in Einklang zu bringen. Daß die scholastische Lehre dies in ihren diesbezüglichen äußerst vorsichtigen Behauptungen versucht hat, davon war oben schon die Rede.

Was die Rechtsungültigkeit des dem Naturrecht zuwiderlaufenden positiven Rechts anlangt, ist es klar, daß diese Lehre schon das Wesen des positiven Rechts berührt: nicht was das Naturrecht sei, sondern was positives Recht sein könne, soll damit bestimmt werden. Wenn wir oben noch gesagt haben, daß der Unterschied zwischen dem gemäßigten Rechtspositivismus und der scholastischen Naturrechtslehre in zwei Punkten bestehe: in der Auffassung von der Rolle der Moral und in der Auffassung vom Wesen des positiven Rechtes selbst, so kann nunmehr dieser Unterschied auf einen einzigen Punkt: auf die abweichende Begriffsbestimmung des positiven Rechtes, eingeschränkt werden. Die scholastische Lehre von der rechtaufhebenden Rolle der Moral führt auf die scholastische Auffassung vom Wesen des positiven Rechts, daß nur das moralisch richtige Recht überhaupt positives Recht sein könne, zurück. Durch diese Auffassung wird nicht nur das Naturrecht, sondern auch das positive Recht in die Sphäre der Moral erhoben: die moralische Richtigkeit des Norminhaltes erscheint hierdurch als wesent-

liches Element des Begriffes „positives Recht“ [26]). Und da demgegenüber der Rechtspositivismus an der Auffassung festhält, daß auch das moralisch unrichtige positive Recht Recht sei, glauben wir behaupten zu können, daß der einzige erhebliche Unterschied zwischen dem Rechtspositivismus und der scholastischen Naturrechtslehre in diesem Punkte: d. h. in der abweichenden Auffassung vom Wesen des positiven Rechts, von seinen wesentlichen Eigenschaften, von seinen Begriffsmerkmalen, besteht.

Diese abweichende Auffassung ist daher festzuhalten:

Der Rechtspositivismus geht bei der Bestimmung des positiven Rechtsbegriffes von dem Gedanken der sozialen Macht aus. Nach seiner Auffassung ist das Recht der Wille der sozialen Macht; Recht ist nur das, was diese Macht verordnet, und alles, was sie befiehlt, ist Recht: Quidquid principi placuit legis habet vigorem. Das Merkmal der inhaltlichen Richtigkeit gehört — mit Rücksicht auf die Möglichkeit unrichtigen Rechts — nach dieser Auffassung nicht zum Begriff des Rechts, sondern nur zu dem des richtigen positiven Rechts.

Die scholastische Naturrechtslehre vergißt bei der Begriffsbestimmung des positiven Rechts die soziale Macht nicht, ja, sie betrachtet sogar den Zwang als wesentliches Merkmal des Rechts und erteilt dem Zwang als poena et remedium peccati auch eine gewisse ethische Weihe [27]). Doch ist nach dieser Auffassung mit diesem Machtmoment das Wesen des positiven Rechts noch nicht erschöpft, und es gehört auch noch das Moment der inhaltlichen Richtigkeit, der Gerechtigkeit, der Ableitbarkeit aus dem natürlichen Recht, als wesentliches Begriffsmerkmal dazu. Die Macht kann somit nicht alles, was sie

---

[26]) Vgl. Haring, a. a. O., S. 103: „Wenn nun auch die Scholastische Philosophie eine Trennung des Rechts von der Ethik nie zugibt, so läßt sie doch eine Scheidung oder besser gesagt Unterscheidung zu.“ Ferner ebenda, S. 104 ff.

[27]) Der hl. Thomas sagt von der lex humana ausdrücklich: „. . . lex de sui ratione duo habet; primo quidem ut est regula humanorum actuum; secundo quod habet vim coactivam.“ (Summa theologica, I II, qu. 96, a. 5. Vgl. ebenda, qu. 95, a. 1, wo davon die Rede ist, daß „. . . quia inveniuntur quidam protervi et ad vitia proni... necessarium fuit, quod per vim vel metum cohiberentur a malo...“) — Vgl. hierzu Brands: Die Bedeutung der Scholastik für die Rechtsphilosophie der Gegenwart mit besonderer Beziehung auf Thomas von Aquin. (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 8, 1914/15, S. 82 ff.).

will, als Recht vorschreiben: sie hat im Naturrechte ihre unumstößlichen ethischen Grenzen.

Die Gegenüberstellung dieser beiden abweichenden Auffassungen vom Wesen des positiven Rechts läßt aber auch schon die Möglichkeit ihrer Versöhnung voraussehen. Die scholastische Lehre muß, wie sie es tatsächlich tut, die Möglichkeit des ungerechten positiven Rechts innerhalb gewisser Grenzen zugeben, und der Rechtspositivismus muß den Gedanken der Schrankenlosigkeit der rechtserzeugenden Macht aufgeben, damit auch dieser letzte und tiefste Unterschied zwischen den beiden großen Rechtsanschauungen verschwinde.

*

Fassen wir die Ergebnisse dieses Kapitels zusammen. Aus den obigen Untersuchungen ergab sich als erste wichtige Folgerung die gewissermaßen überraschende Einsicht, daß der Unterschied zwischen dem Rechtspositivismus und der scholastischen Naturrechtslehre in ihren abweichenden Auffassungen vom Wesen des positiven Rechts zu finden ist. Der Streit berührt den Gedanken des Naturrechts selbst eigentlich nicht, denn unter dem Namen der Moral kann das Naturrecht und als moralische Prinzipien können die naturrechtlichen Prinzipien auch vom Rechtspositivismus vollauf gewürdigt werden.

Aus dieser ersten Folgerung ergibt sich streng genommen auch eine zweite, nämlich die Einsicht, daß die scholastische Naturrechtslehre den Gedanken eines neben oder über dem positiven Rechte stehenden höheren Rechts fallenlassen müsse. Denn: entweder widerspricht die positive Vorschrift dem Naturrecht — dann ist sie gemäß der scholastischen Auffassung vom Wesen des positiven Rechts: kein Recht, — oder sie entspricht dem Naturrecht — dann ist sie nichts anderes als die ausführlichere Konkretisierung des Naturrechts per modum conclusionis vel per modum determinationis und das Naturrecht selbst nichts anderes als das innerste Wesen des positiven Rechts. Der Ansicht, daß es kein dem Naturrecht zuwiderlaufendes positives Recht geben könne, kann nur die Auffassung des Naturrechts entsprechen, die das Naturrecht als den Inbegriff der im positiven Recht selbst enthaltenen allgemeingültigen und unwandelbaren, vom menschlichen Willen unabhängigen Prinzipien, als die Schranke der rechtserzeugenden sozialen

Macht betrachtet[28]). Die Verdoppelung des Rechts, die Unterscheidung eines für sich bestehenden positiven Rechts und eines für sich bestehenden Naturrechts, hat nur dann einen Sinn, wenn die beiden Ordnungen voneinander abweichen können, d. h. wenn man auch die gegen das Naturrecht verstoßenden Befehle der Macht als Recht begreift und somit die Möglichkeit eines unrichtigen positiven Rechts anerkennt.

Aus der Betrachtung der abweichenden Auffassungen vom Wesen des positiven Rechts, wodurch sich Rechtspositivismus und scholastische Naturrechtslehre voneinander unterscheiden, ergibt sich endlich die dritte, wichtigste Folgerung, daß ihr Streitpunkt genau genommen die Frage der Möglichkeit unrichtigen Rechtes, beziehungsweise die Frage der Schrankenlosigkeit der rechtserzeugenden Macht ist. An diesem Punkte muß auch die Lösung des Jahrtausende alten Naturrechtsproblems gesucht werden. (Schluß folgt.)

[28]) Diese Auffassung des Naturrechts steht u. E. mit der richtig aufgefaßten scholastischen Lehre nicht in Widerspruch. Nach der Lehre des Albertus Magnus z. B. hat das Naturrecht „die höchsten und allgemeinsten Prinzipien des menschlichen, des positiven Rechts zum Inhalt, ja es fällt mit diesen Prinzipien in eins zusammen". (Martin Grabmann, Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 16, 1922/23, S. 44). — Vgl. ferner oben S. 337.

# Das Problem des Naturrechts[1]).

**(Schluß)**

Von

(Wir wiederholen das Gesamtinhaltsverzeichnis. Schriftleitung.)

I. Die Bedeutung des Problems. § 1. Die philosophische Bedeutung der naturrechtlichen Auffassung. — § 2. Die geschichtliche Bedeutung der naturrechtlichen Auffassung. — § 3. Die aktuelle Bedeutung der naturrechtlichen Auffassung. — II. Der Gegensatz der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. § 4. Das Wesen des Rechtspositivismus. — § 5. Das Wesen des Naturrechts. — § 6. Die Vergleichung der beiden Auffassungen. — III. Das negative Naturrecht. § 7. Die Möglichkeit unrichtigen Rechtes und die Schranken der rechtserzeugenden Macht. — § 8. Die logischen Schranken. — § 9. Die naturgesetzlichen Schranken. — § 10. Die soziologischen Schranken. — § 11. Die ethischen Schranken. — § 12. Die Verständigungsmöglichkeit zwischen der scholastischen Naturrechtslehre und dem Rechtspositivismus.

## III.

### Das negative Naturrecht.

§ 7. Durch die Frage der Möglichkeit unrichtigen Rechts, die rechtsphilosophisch tiefer, schwerer und interessanter ist als die Frage des richtigen Rechts[29]), wird die scholastische Lehre vor das Dilemma gestellt: entweder die Möglichkeit des unrichtigen Rechts zu leugnen, wodurch sie mit den Tatsachen des wirklichen Rechtslebens in Widerspruch geriete, oder auch das unrichtige Recht als positives Recht anzuerkennen, wodurch sie ihrer eigenen Ansicht widerspräche, nach welcher das unrichtige, unsittliche und ungerechte Recht ebensowenig Recht sein solle, wie das falsche Geld kein Geld ist. Mit dem Fallenlassen dieser Ansicht wäre auch die Auffassung erschüttert, daß das Naturrecht überhaupt Recht sei, da

*) Abschnitt I und II des Aufsatzes finden sich im Bd. XXVIII, Heft 3, S. 325—347 dieser Zeitschrift.

[29]) In der Frage der Geltung des unrichtigen Rechts tritt das schwierigste Problem der Rechtsphilosophie, die Frage nach der letzten Quelle der spezifisch-rechtlichen Geltung mit besonderer Deutlichkeit hervor. Das Problem des unrichtigen Rechts birgt ein der Theodizee ähnliches Problem in sich, da es die Einsicht darstellt, daß keine praestabilita harmonia zwischen der in der tatsächlichen Befolgung liegenden Macht des Rechts und seiner Güte, seiner inhaltlichen Richtigkeit, besteht.

gleichzeitig nicht zwei einander widersprechende Ordnungen rechtlich gültig sein können.

Ihr gesunder Wirklichkeitssinn bewahrte die scholastische Philosophie davor, die Tatsachen des sozialen Lebens zu übersehen. Die Wirklichkeit aber lehrt, daß das von Menschen gesetzte positive Recht, — wie alles Menschliche, — in hohem Maße unvollkommen und sehr oft auch ungerecht sei. Nach pessimistischer Ansicht soll es nicht den Strahlenkranz der Gerechtigkeit, sondern das Stigma der Ungerechtigkeit auf der Stirn tragen: jedes Recht müsse bis zu einem gewissen Grade ungerecht sein[30]). Die Naturrechtslehre denkt optimistisch, sie offenbart die gläubige Sehnsucht des unvollkommenen Menschen nach der Vollkommenheit; für sie ist das positive Recht: die irdische Verwirklichung der Gerechtigkeit. Aber selbst diese optimistische Auffassung muß das Bestehen unrichtigen Rechts bemerken. Ja, die scholastische Naturrechtslehre legt diesem ungerechten Rechte, wie bereits erwähnt wurde, sogar eine „per accidens" moralisch verpflichtende Kraft bei, geht also weiter als der Rechtspositivismus, der bloß von einer äußeren (juristischen) Geltung auch des unrichtigen Rechtes spricht.

Es scheint somit, als ob die Naturrechtslehre ihre grundlegende Auffassung, daß der Gedanke der moralischen Richtigkeit zum Begriffe des positiven Rechts gehöre, tatsächlich fallengelassen hätte. Die Lehre, daß das Naturrecht das ihm widerstreitende positive Recht aufhebe, müßte demnach in der Weise gedeutet werden, daß ein solches positives Recht moralisch ungültig sei, insbesondere daß es „per se" moralisch nicht verpflichte. Was keine moralische Geltung hat, kann immerhin eine rechtliche Geltung besitzen. Der Rechtspositivismus könnte daher dieser Deutung der naturrechtlichen Auffassung ruhig beipflichten, so daß der Gegensatz der beiden Richtungen auch in diesem Punkte in eine terminologische Abweichung, in einen Wortstreit zu münden scheint[31]).

---

[30]) Nach der Auffassung des ethischen Anarchismus ist das Recht an sich schon unsittlich; der Marxismus betrachtet das Recht als eine Ausbeutungsmaschine.

[31]) Vgl. Haring: a. a. O., S. 107—108: „Praktisch kommen also Moralphilosophen und Rechtspositivisten, soweit sie auf dem Boden des katholischen Christentums stehen, zu dem Ziele: einem unsittlichen Gesetze darf nicht gehorcht werden. Nur wollen erstere solchen Normen den Namen Gesetz überhaupt verweigern und perhorreszieren besonders die von letzteren gelehrte äußere (juristische) Geltung dieser Gesetze bis zu deren formellen Aufhebung." — Vgl. oben Anm. 13 und 25.

Unserer Meinung nach wäre diese Deutung nicht zutreffend. Die scholastische Lehre unterscheidet nämlich zwischen schreiend unmoralischem und bloß ungerechtem Rechte. Und während sie die „per accidens" moralisch verpflichtende Kraft des letzteren behauptet, hält sie hinsichtlich des ersteren unentwegt an der Auffassung fest, daß die schreiend unmoralischen Anordnungen des Gesetzgebers nicht nur moralisch nicht verpflichten, sondern auch kein positives Recht seien. Diesen in der scholastischen Lehre enthaltenen wertvollen Gedanken, der in Wahrheit die Leugnung der Schrankenlosigkeit der rechtserzeugenden Macht bedeutet, gilt es unserer Ansicht nach für die Rechtstheorie zu retten und zu verwerten.

Die Unterscheidung des „schreiend Unmoralischen" von dem „bloß Ungerechten", die es der scholastischen Naturrechtslehre ermöglicht, beide Alternativen des oben genannten Dilemmas zu bejahen und zugleich auch beiden auszuweichen, ist natürlich nicht leicht und kann in einer den Tatsachen des Rechtslebens entsprechenden Weise unserer Auffassung nach nur dann gelingen, wenn man das ideale, normative Reich der Moral mit den realen Tatsachen der sozialen Wirklichkeit in Verbindung setzt. In der scholastischen Philosophie besteht hierfür die Neigung: gratia praesupponit ac perficit naturam ist ihr Losungswort, wobei natura keine normative Ordnung, sondern eine kausale Wirklichkeit bedeutet. Den Begriff der „schreienden Unsittlichkeit" muß man daher derart bestimmen, daß man darunter die Verletzung jener grundlegenden moralischen Prinzipien versteht, ohne deren Beachtung das Bestehen der menschlichen Gesellschaft auch vom Gesichtspunkte der kausalen Wirklichkeit aus gesehen unmöglich ist. Der namhafte Neoscholastiker Otto Schilling ist der Meinung, daß ohne die Gerechtigkeit die Gesellschaft überhaupt nicht bestehen könne[32]). Da aber die Gesellschaft ein ganz beträchtliches Maß Ungerechtigkeit ertragen kann, glauben wir, daß es den Tatsachen und auch dem Geiste der scholastischen Lehre eher entspricht, wenn wir nur den Begriff der „schreienden Un-

[32]) A. a. O., S. 57: „. . . die Tugend der Gerechtigkeit (muß) . . . jedem das Seine zuteilen oder lassen . . ., weil sonst die Gesellschaft nicht bestehen könnte."

sittlichkeit" mit dem Gedanken der kausalen Unmöglichkeit verbinden.

Der Gedanke der kausalen Unmöglichkeit führt uns außerdem zu einer vom Gesichtspunkte der Rechtstheorie aus äußerst nützlichen Erweiterung der naturrechtlichen Auffassung, wenn wir die Schranken der rechtserzeugenden Macht nicht nur in der schreienden Unsittlichkeit, die das gesellschaftliche Leben unmöglich macht, sondern in der kausalen Unmöglichkeit überhaupt erblicken: was physisch oder soziologisch unmöglich ist, kann ebenfalls nicht positives Recht werden. Und noch weitergehend muß man sagen, daß auch die logische Unmöglichkeit nicht zum positiven Rechtsinhalt gemacht und als solcher verwirklicht werden könne.

Auf diese Weise wären wir zu einer Auffassung gelangt, die das Vorhandensein von allgemeingültig, unwandelbar und unabänderlich feststehenden logischen, physischen, soziologischen und ethischen Schranken der rechtserzeugenden Macht behauptet und diese als die unüberschreitbaren Grenzen des positiven Rechtsinhalts begreift. Diese Auffassung möchten wir als die Lehre vom negativen oder limitativen Naturrechte bezeichnen, weil sie bestrebt ist, den tiefsten, wesentlichsten und wertvollsten Grundgedanken des Naturrechts und insbesondere der scholastischen Naturrechtslehre zu verwerten.

Gewiß, diese Auffassung leitet das Naturrecht aus der normativen zum Teil in die ontologische Sphäre hinüber. Sie kommt aber dadurch mit der überlieferten Naturrechtslehre nicht in Widerspruch. Die auf aristotelischer Grundlage stehende scholastische Moral wehrt sich überhaupt nicht dagegen, die reale Seinsordnung in die sittliche Weltordnung einzubeziehen[33]). Und

[33]) Ein Grundsatz der Morallehre des hl. Thomas ist folgender: „In rebus autem unumquodque tantum habet de bono, quantum habet de esse; bonum enim et ens convertuntur." (Summa, I, qu. 75, a. 2; 2, II, qu. 109, a. 2.) — Vgl. Haessle, a. a. O., S. VII: „Die Methode aller ethischen Wissenschaft besteht . . . darin, durch das Sein die Pforte zu öffnen zum Sollen"; ebenda, S. VIII: „So ist die Ethik immer die Wissenschaft von den den Wesen eingeborenen Haltungen. Das sind die ontologischen Quellen der Ethik"; S. 15: „Daher richtet sich nach dem qualitativen Seinsinhalt der Dinge die Welt der Werte; Wirklichkeit und Wert korrespondieren sich wie Korrelate." . . . „Keine Tugend (ethisches Sollen) steht im Widerspruch zur naturhaften Neigung (ontologisches Sein)." Summa th., 2, II, qu. 117, a. 1; Sauter, a. a. O., S. 223. — Den Gedanken, daß das Recht eine Verbindung von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert sei, habe ich in einer Reihe ungarischer Schriften ausführlich dargelegt; vgl. auch meine

die scholastische Naturrechtslehre will ihrerseits nichts anderes sein als das Bindeglied zwischen der idealen Welt der absoluten Moral und der realen Welt der durch den Sündenfall verursachten menschlichen Unvollkommenheit.

Und es liegt auch darin kein wesentlicher Unterschied zwischen unserer Auffassung und der scholastischen Naturrechtslehre, daß diese die naturrechtlichen Prinzipien als Rechtsnormen bestimmten Inhalts betrachtet, wogegen die von uns behaupteten logischen, physischen, soziologischen und ethischen Grenzen des positiven Rechtsinhaltes bloß den formalen Rahmen angeben, in den jeder beliebige Rechtsinhalt sich einfügen muß. Es war bereits oben davon die Rede, daß man das Naturrecht der Scholastik als den Inbegriff der im positiven Recht selbst enthaltenen allgemeingültigen, unwandelbaren, vom menschlichen Willen unabhängigen Prinzipien, als die Schranke der rechtserzeugenden sozialen Macht begreifen kann [34]). Wir sahen auch, daß sich die sog. inhaltliche Bestimmtheit des scholastischen Naturrechtes auf einige ganz allgemein formulierte Grundsätze formalen Charakters beschränkt und daß die Füllung dieses Rahmens mit konkretem Inhalt dem positiven Recht überlassen bleibt [35]).

Außerdem muß auch die Relativität der Unterscheidung Form — Inhalt in Betracht gezogen werden. Wird unter Form das unveränderliche und bleibende Wesen eines veränderlichen Dinges im Gegensatz zum veränderlichen und zufälligen Inhalt verstanden, so ist es klar, daß diese Unterscheidung ihren Sinn aus der Beziehung auf jenes Ding erhält, dessen Form und Inhalt in Frage steht. Die formalen Elemente eines untergeordneten Begriffs können somit als inhaltliche Momente des übergeordneten Begriffs erscheinen. Was für das positive Recht eine formale Bedeutung hat, kann vom Gesichts-

---

Abhandlungen „Macht, Recht, Moral" (deutsch), 1922, „Eine Rechtsphilosophie des ‚kritischen Relativismus'" (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. XVII, 1923/24, S. 95/96), „Creazione e applicazione del diritto", 1934.— Gehört das Moment der tatsächlichen Befolgung oder — wie der hl. Thomas lehrt (vgl. oben Anm. 27) — des Zwanges zum Begriffe des positiven Rechts, so sind dadurch schon seine physischen und soziologischen Grenzen, und da das logisch Unmögliche nicht verwirklicht werden und die Gesellschaft ohne ein Minimum von Moral nicht bestehen kann, zugleich auch seine logischen und ethischen Schranken gegeben.

[34]) Vgl. oben Anm. 28.

[35]) Vgl. oben Anm. 15.

punkte einer dem Recht übergeordnet gedachten Moral oder gar der Logik aus als „Inhalt" begriffen werden. Einen Inhalt im logischen Sinn müssen natürlich auch die in Frage stehenden „formalen" naturrechtlichen Prinzipien haben; dieser logische Inhalt ist aber noch kein positiv-rechtlicher Inhalt. Dieser konkrete positiv-rechtliche Inhalt wird durch die naturrechtlichen Prinzipien der Scholastik oder durch die von uns behaupteten Grenzen der rechtserzeugenden Macht nur negativ oder limitativ bestimmt. Von einem höheren Standpunkte aus, und insbesondere auf Grund der Weisheit „omnis definitio est negatio" kann jedoch diese negative Bestimmtheit eine inhaltliche Bestimmtheit bedeuten und die allgemeinen und bleibenden Wesenszüge des Rechts, die das Recht von anderen außer-positiv-rechtlichen Dingen unterscheidenden inhaltlichen Merkmale angeben. Obgleich also die Prinzipien, die die Grenzen der rechtserzeugenden Macht festlegen, eine ganz bestimmte Bedeutung, einen ganz bestimmten logischen Inhalt besitzen, können sie um so weniger einen positiv-rechtlichen Inhalt haben, als sie gerade besagen, was nicht positiv-rechtlicher Inhalt werden kann. Vom Gesichtspunkte des veränderlichen positiven Rechts aus bedeuten sie somit die unwandelbare Form, die die wandelbaren inhaltlichen Elemente aufnimmt, in der alle Veränderung vor sich geht. Wenn auch das formale Wesen des positiven Rechts als Inhalt des Naturrechts erscheinen kann, vom positiven Recht aus gesehen können die naturrechtlichen Prinzipien nicht zum veränderlichen Rechtsinhalt, sondern nur zum unwandelbaren und bleibenden „formalen" Wesen gehören. Das Naturrecht wurde von der scholastischen Lehre als das Unwandelbare und Bleibende im Recht begriffen; dies bedeutet genau so viel, daß es für den Juristen eine formale Bedeutung hat. Es steht damit nicht im Widerspruch, daß das Naturrecht im weiteren Bereiche der Moral, also für den Moraltheologen die Bedeutung bloß eines Inhalts hat. Es äußert sich hierdurch der Unterschied zwischen dem engeren Arbeitsgebiet des Juristen und dem weiteren Betrachtungsfeld des Moraltheologen, worin sicherlich eine verborgene Quelle des Gegensatzes zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre gefunden werden kann.

Das oben Gesagte begründet es, warum wir unseren rechtstheoretischen Standpunkt als eine negative oder limitative naturrechtliche Auffassung bezeichnen zu können

glauben[36]). Und es ist daraus auch ersichtlich, daß diese Auffassung mit der eines gemäßigten Rechtspositivismus in Einklang gebracht werden kann. Sobald der Rechtspositivismus den Gedanken der Schrankenlosigkeit der rechtserzeugenden Macht, — der nicht notwendig zu seinem Begriffe gehört, — fallen läßt, ist er schon beim negativen Naturrecht angelangt.

Wollte der Rechtspositivismus die Schrankenlosigkeit, die unbeschränkte Souveränität der rechtserzeugenden Macht behaupten, so wäre er natürlich im Unrecht. Die Auffassung des Rechtspositivismus ist nur insoweit zutreffend, als er behauptet, daß das positive Recht der sozialen Macht entstammen und im Zusammenhang mit ihr stehen müsse. Unzutreffend und durch die Erfahrung widerlegt ist aber die umgekehrte Behauptung, daß all das, was der sozialen Macht entstammt, alles, was sie verordnet, dadurch schon zum Recht erhoben werde. Die Macht hat schon manches verordnet, woraus kein tatsächlich geltendes positives Recht wurde. Der Leitsatz quid-quid principi placuit, legis habet vigorem ist falsch. Richtiger ist schon jene englische Formulierung des Rechtspositivismus, daß das Parlament alles zu tun vermöge,

[36]) Dieses negative Naturrecht, das die Grenzen des positiven Rechtsinhaltes bestimmt, ohne selbst positiver Rechtsinhalt zu sein, ist also etwas ganz anderes, als das, was Stammler im Sinne hat, wenn er behauptet, daß „es sehr wohl möglich (sei), in der Negative Rechtssätze aufzuweisen, welche a priori als unberechtigt bestimmt werden müssen", da z. B. „Menschenfresserei und Sklaventum niemals objektiv berechtigt sein" können (Wirtschaft und Recht, 1896, S. 654. Anm. 92). Stammler spricht von gewissen „Schranken, innerhalb deren überhaupt nur von objektiv berechtigten" Rechtssätzen geredet werden kann, außerhalb dieser Schranken kann zwar von einem Rechte, aber bloß von einem absolut unrichtigen Rechte geredet werden. Wir dagegen wollen solche Grenzen bezeichnen, außerhalb deren es überhaupt kein positives Recht geben kann. — Den Gedanken des negativen Naturrechts habe ich schon in meiner Abhandlung Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus (1931, S. 102—105) und in meinem Werke Die Theorie der juristischen Personen (1931, S. 40, Anm. 52; ungarisch) aufgeworfen. An letzter Stelle habe ich auch die Identität dieses negativen Naturrechts mit dem Problem des möglichen Rechts zu beweisen versucht. Zum Gedanken des negativen Naturrechts führt somit nicht nur die Naturrechtslehre hin, die das Naturrecht als das unwandelbare Wesen des positiven Rechts begreift, nicht nur der gemäßigte Rechtspositivismus, der von den Schranken der rechtserzeugenden Macht redet, sondern auch die Rechtsphilosophie, die das Problem des möglichen Rechts als die von ihr zu lösende Aufgabe betrachtet. Hinsichtlich dieser Aufgabe vgl. Max Salomon: Das Recht als Idee und als Satzung, 1929.

bloß daß es aus einem Weib keinen Mann und aus einem Mann kein Weib machen könne[37]); eine Formulierung, die bereits auf eine äußerst wichtige Schranke der rechtserzeugenden Macht hinweist, nämlich auf die natürlichen Gegebenheiten, deren Änderung einer physischen Unmöglichkeit gleichkommt. Die Souveränität der Rechtsmacht kann keinesfalls als eine Unabhängigkeit vom kausalen Naturgesetz begriffen werden.

Wenn aber der Rechtspositivismus selbst geneigt ist, das kausale Naturgesetz als Schranke der rechtserzeugenden Macht anzuerkennen, so kann er sich auch vor jener Erweiterung dieser Einsicht nicht verschließen, daß die kausale Notwendigkeit überhaupt eine unüberschreitbare Grenze des positiven Rechts darstellt[38]). Nicht nur die natürlichen Gegebenheiten, sondern auch soziale Gegebenheiten, die kausalen Gesetzmäßigkeiten des gesellschaftlichen Lebens und der Rechtsentwicklung und somit auch jene ethischen Gesetze, deren Nichtbeachtung das Bestehen der Gesellschaft kausal unmöglich macht, sind also als Schranken der Rechtsmacht anzuerkennen. — Und es kann endlich auch dem Rechtspositivismus nicht verborgen bleiben, daß auch die logischen Gesetze, die logischen Unmöglichkeiten, Schranken für den Rechtserzeuger darstellen. Jedes Recht, auch das primitivste und unvollkommenste, muß irgendeinen Sinn, einen geistigen Inhalt haben, einen logisch verstehbaren Gedanken ausdrücken, und schon dadurch wird es den logischen Gesetzen unterstellt. Das logisch Unmögliche ist übrigens auch kausal unmöglich.

Die kausalen Naturgesetze sind vielleicht die greifbarsten Schranken der rechtserzeugenden Macht. Aus dem instinktiven Herausfühlen dieses limitativen Zusammenhanges zwischen Natur und Recht erklärt sich wahrscheinlich auch die Benennung „natürliches Recht", „natürliches Gesetz", „naturalis ratio" und „lex naturalis" sowie die Tatsache, daß manche Naturrechtslehren das Naturrecht mit dem Naturgesetz verwechseln. Das Naturrecht kann zum Teil als eine dem normativen Charakter

---

[37]) Vgl. A. V. Dicey: Lectures introductory to the study of the law of the constitution, 2. Aufl., London, 1886, S. 39: „De Lolme has summed up the matter in a grotesque expression which has become almost proverbial. ‚It is a fundamental principle with English lawyers, that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman'."

[38]) Diese Einsicht findet sich in der Tat beim namhaftesten Vertreter des Rechtspositivismus, Karl Bergbohm (a. a. O., S. 428); vgl. unten Anm. 40 und Anm. 63.

des Rechts und der juristischen Betrachtung entsprechende normative Umdeutung des kausalen Naturgesetzes betrachtet werden.

Es ist merkwürdig, daß gerade die soziologischen Rechtsauffassungen in den schärfsten Gegensatz zur naturrechtlichen Auffassung gerieten, obgleich diese eigentlich instinktiv zum Gedanken des Naturgesetzes, als einer Schranke des positiven Rechtes, hinführt und obgleich andererseits die kausale Soziologie am meisten berufen gewesen wäre, die obengenannten kausalen Unmöglichkeiten als Schranken der sozialen Macht festzustellen. Die mit der Methode der kausalen Wirklichkeitswissenschaften arbeitende Soziologie wurde an der normativ-juristischen Fassung des Naturrechts irre; bis zur Schichte der übereinstimmenden, unter der abweichenden Ausdrucksweise liegenden Gedanken vermochte sie nicht mehr vorzudringen[39]). Der Rechtspositivismus, der vom Gedanken der sozialen Macht ausgeht und somit seinen geistigen Zusammenhang mit der soziologischen Auffassung nicht verleugnen kann, darf nun seinerseits bei der realen Tatsache der sozialen Macht nicht stehen bleiben und muß auch die gleichfalls reale Tatsache der kausalnotwendigen Schranken der Rechtsmacht bemerken[40]).

Durch die Anerkennung der von jeder positivrechtlichen Satzung unabhängigen unwandelbaren Grenzen des positiven Rechts führt aber der Rechtspositivismus — wenn er auch dessen nicht gewahr werden sollte — in das viele Jahrhunderte alte Geleise des Naturrechts hinein.

*

Wir gelangten somit sowohl auf dem Wege der Verwertung des in der Naturrechtslehre verborgenen Gedankenschatzes, als auch durch die folgerichtige Weiterführung des Rechtspositivismus zum Gedanken des negativen Naturrechts, das die

---

[39]) Zwischen Naturrechtslehre und Soziologie besteht in Wahrheit kein so durchgreifender Unterschied, als man auf den ersten Blick glauben würde. Beide behandeln denselben Gegenstand, das gesellschaftliche Dasein, jene von einem normativen, diese von einem kausalen Gesichtspunkte aus. Vgl. Menzel, a. a. O., S. 5ff.; Moór, Einführung in die Rechtsphilosophie (ungarisch), 1923, S. 54/55.

[40]) Bergbohm sieht diese Schranken: „Jedes positive Recht — sagt er — hat irgendwo seine letzte Schranke in anderen Mächten, die subjektiv höher stehen" (a. a. O., S. 451). Mit besonderem Nachdruck betont er, daß „das Recht sich doch immer nur mit Nichtnotwendigem befasse" (ebenda, S. 428), wodurch er eigentlich die kausale Notwendigkeit als absolute Grenze des positiven Rechtsinhaltes anerkennt. Unserer Ansicht nach deutet er jedoch die naturrechtliche Auffassung nicht richtig, wenn er den in dieser enthaltenen ähnlichen Gedanken übersieht. Vgl. oben Anm. 38 und unten Anm. 63.

unwandelbaren, von menschlicher Satzung unabhängigen Schranken der rechtserzeugenden Macht bestimmt. Sind unsere Untersuchungen stichhältig, so kann aus ihnen als letzte und wichtigste Folgerung der Schluß gezogen werden, daß selbst der Unterschied der beiden sich bekämpfenden Richtungen, den wir als den einzigen erheblichen hingestellt haben, eigentlich denselben Gedanken in zwei verschiedenen Sprachen, in normativer und in wirklichkeitswissenschaftlicher Fassung, zum Ausdruck bringt. Es ist also sehr wohl möglich, daß sie sich gegenseitig verstehen, nur muß jede der beiden Schulmeinungen die Sprache der anderen erlernen. Diese Forderung soll besonders dem Rechtspositivismus gegenüber gestellt werden, der sich in der glücklicheren Lage befindet, die Ausdrucksweise der modernen Wissenschaft gebrauchen zu können, während die scholastische Naturrechtslehre Ausdrucksweisen und Methoden längst verklungener Zeiten verwendet.

Ausgehend sowohl von der Naturrechtslehre als auch vom Rechtspositivismus, gelangten wir im Wege der Weiterführung des zum Ausgangspunkte gewählten Gedankens zu denselben Schranken der rechtserzeugenden Macht, die sich in folgende vier Gruppen teilen lassen: 1. in logische Unmöglichkeiten, 2. in physische Unmöglichkeiten oder natürliche Gegebenheiten, 3. in soziologische Unmöglichkeiten oder die Gegebenheiten des gesellschaftlichen Daseins und 4. in ethische Unmöglichkeiten. Dem naturrechtlichen Ausgangspunkte stehen die ethischen und logischen Grenzen der Rechtsmacht, dem Rechtspositivismus aber die soziologischen und physischen Grenzen besonders nahe.

Diese Grenzen der rechtserzeugenden Macht sind nun im Nachfolgenden einzeln ins Auge zu fassen.

§ 8. Zu den logischen Grenzen des positiven Rechts führt uns die Einsicht, daß ein jedes Rechtssystem, inhaltlich betrachtet, ein System von Gedanken darstellt. Jede Rechtsnorm drückt eine Vorschrift, eine Forderung aus, die als solche bloß gedanklich besteht und keine reale Wirklichkeit ist. Dies ist der Sinn der Behauptung, daß der normative Rechtsinhalt in das Reich der Idealität und nicht der Realität gehört. Ist aber das Recht ein System von bloß gedanklich bestehenden Vorschriften, kurz ein System von Gedanken, und muß ein jeder Rechtssatz irgendeinen logisch verständlichen Sinn haben, so ist damit auch festgestellt, daß das Recht zur Welt des Geistes gehört und den logischen Gesetzen untersteht. Caesar steht nicht nur nicht über den Grammatikern, sondern auch nicht über den logischen Gesetzen.

Die Naturrechtslehre drückte diesen Gedanken in der Weise aus, daß sie behauptete, das Recht müsse vernünftig sein. Diese Ausdrucksweise ist insofern irreführend, als sie die Verwechslung des Vernünftigen mit dem Zweckmäßigen nahelegt und überdies den Schein erweckt, als ob das Recht auch unvernünftig im Sinne von alogisch sein könnte. Der richtige Sinn der genannten naturrechtlichen Forderung kann nur der sein, daß das Recht notwendig vernünftig sein müsse in dem Sinne, daß es eine logisch begreifbare Bedeutung haben müsse; eine weitergehende Vernünftigkeit im Sinne der Zweckmäßigkeit oder der Richtigkeit ist jedoch kein Begriffsmerkmal des Rechtes mehr.

Jedes Recht arbeitet mit Begriffen, also mit logischen Mitteln und bildet ein zusammenhängendes, einheitliches System von Begriffen[41]). Die Einheit des Rechtssystems, dieser vom modernen Rechtspositivismus äußerst stark betonte Gedanke, ist somit in erster Linie eine logische Einheit und die Folge solcher logischer Gesetze, die vom positiven Gesetzgeber nicht außer Kraft gesetzt werden können. Es wird vom Prinzip der logischen Einheit des Rechtssystems, also von logischen Prinzipien, vor allem vom Satz des Widerspruchs bestimmt, was der Rechtserzeuger als positives Recht anordnen kann und nicht umgekehrt. Der Gesetzgeber erläßt sehr oft logisch sinnlose und sich selbst widersprechende Vorschriften, deren Inhalt aber niemals zum lebenden positiven Recht wird oder werden kann. Gaius stellt von einem ähnlichen sinnlosen Beschluß des römischen Senats zutreffend fest, daß „nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit“[42]), in welchem Ausspruch die naturrechtliche naturalis ratio bereits die ganz klare Bedeutung einer logischen Schranke der Gesetzgebung besitzt. Derselbe Gedanke wird von der modernen Rechtstheorie in dem Satz formuliert, daß es „Widersprüche nur im Rechtstext, nicht aber in der Rechtsordnung geben“ könne[43]). Dieser Satz enthält auch den Gedanken, daß der Rechtsinhalt etwas rein Geistiges ist und nicht in den grammatischen oder anderen äußeren Ausdrucksformen, sondern in dem darin zum Ausdruck

---

[41]) Vgl. Emil Lask: Rechtsphilosophie (Sonderdruck aus der Festschrift für K. Fischer, 1905) S. 35: „Es gibt — wenn man von der Wissenschaft selbst absieht — keine Kulturerscheinung, die sich als begriffsbildender Faktor auch nur annähernd mit dem Recht vergleichen ließe.“

[42]) Vgl. Fridolin Eisele: Unverbindlicher Gesetzesinhalt (Programm der Albert-Ludwigs-Universität, 1885) S. 63.

[43]) Vgl. Somló: Juristische Grundlehre, 1917, S. 382.

gelangenden logischen Gehalt besteht. Zusammenhanglosen Worten, selbst wenn diese vom Gesetzgeber gesprochen wurden, kann niemals neues Recht entspringen.

Die Forderung der Vernünftigkeit des positiven Rechts soll durch drei Beispiele, die dem Privat-, dem Staats- und dem Völkerrecht entnommen sind, beleuchtet werden. Der Gesetzgeber kann nicht verordnen, daß ein und dieselbe Sache mehreren Personen als ausschließliches und volles Eigentum gehöre[44]), denn was ausschließlich einem gehört, kann nicht das Eigentum mehrerer sein; würde er dies dennoch anordnen, so könnte man seinen Befehl nicht vollziehen. Ein anderes Beispiel aus dem Staatsrecht: der Gesetzgeber kann die Revolution nicht regeln, er kann sie weder erlauben noch verbieten, denn die Revolution ist ihrem Begriffe nach ein Rechtsbruch, und die Vorstellung eines rechtlich geregelten Rechtsbruchs enthält einen logischen Widerspruch; die Zulassung der Revolution würde deren revolutionären Charakter aufheben, das Verbot der Revolution enthielte seinerseits die sinnlose Tautologie, daß der Rechtsbruch rechtswidrig sei[45]). Endlich ein durch den Kellogg-Vertrag zeitgemäß gewordenes Beispiel aus dem Völkerrecht: ein den Krieg ausnahmslos verbietender völkerrechtlicher Vertrag kann keine militärischen Sanktionen enthalten, d. h. keine kriegerischen Maßnahmen gegen den vertragbrechenden Staat in Aussicht stellen, denn dies würde nichts anderes bedeuten, als das ausnahmslose Verbot des Krieges bei gleichzeitiger ausnahmsweiser Verpflichtung zum Kriegführen[46]).

Aber nicht nur die Betrachtung des Rechtsinhaltes und seiner logischen Bedeutung, sondern auch das faktische Moment der Rechtspositivität, die tatsächliche Befolgung der Rechtsnormen muß zur Einsicht führen, daß dem Willen des Rechtserzeugers unwandelbare logische Schranken gesetzt sind. Durch seine tatsächliche Geltung steigt das positive Recht aus der rein gedanklichen Sphäre der Normen in das Reich der erfahrbaren Wirklichkeit, in das geschichtliche gesellschaftliche Leben herunter. Die erfahrbare Wirklichkeit ist aber ebenfalls logischen Gesetzen unterstellt: was logisch unmöglich ist, ist auch empirisch unmöglich, der logische Widerspruch kann nicht verwirklicht werden.

---

[44]) Duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest. Vgl. Eisele, a. a. O., S. 62.

[45]) Vgl. meinen Aufsatz Creazione e applicazione del diritto (a. a. O.) § 7.

[46]) Vgl. meine Schrift Zum ewigen Frieden (Leipzig, 1930) S. 12.

Mit diesem Gedanken sind wir aber bereits bei den naturgesetzlichen Schranken der rechtserzeugenden Macht angelangt[47]).

§ 9. Bei den naturgesetzlichen Grenzen des positiven Rechtsinhaltes handelt es sich nicht nur um die physikalischen Gesetze der leblosen Natur, sondern auch um die biologischen Gesetze der lebenden Organismen. In erster Linie kommen gerade diese biologischen Gesetze in Betracht, denn das gesellschaftliche Dasein erhebt sich auf der Unterschichte des organischen Lebens, dessen Gesetzlichkeiten tief in das Gebiet der gesellschaftlichen Erscheinungen und des Rechtslebens hineingreifen. Diesbezüglich wollen wir bloß auf die nicht nur geistige, sondern auch leibliche Beschaffenheit des Menschen, als des Grundelementes der Gesellschaft, sowie auf die Rolle der Blutsverwandtschaft auf dem Gebiete des rechtlichen und staatlichen Lebens hinweisen. Wird also kurz von den physischen Unmöglichkeiten als Schranken der Rechtsmacht gesprochen, so sind darunter im allgemeinen immer die natürlichen Gegebenheiten, die kausalen Naturgesetze überhaupt zu verstehen.

Daß die rechtserzeugende Macht an den Naturgesetzen nichts ändern kann, halten wir für so selbstverständlich, daß wir bei dieser Frage nicht weiter verweilen wollen und uns bloß auf das Anführen einiger Beispiele beschränken. Vergebens würde der Gesetzgeber versuchen, die Macht Jupiters mit der Caesars zu teilen, um dem Worte Vergils „Nocte pluet tota, redeunt spectacula mane, divisum imperium Caesar cum Jove habet" juristische Kraft zu verleihen, der Grundsatz „quidquid principi placuit legis habet vigorem" würde sich auch in diesem Falle als eine falsche Lehre erweisen. Selbst das englische Parlament könnte aus einem Weib keinen Mann und aus einem Mann kein Weib machen, obgleich die ärztliche Wissenschaft gerade auf diesem Punkte daran ist, die Schranken der natürlichen Gegebenheiten ein wenig zu erweitern. Erfolglos müßte auch der Befehl des Gesetzgebers bleiben, der anordnen wollte, daß von nun an auch die Männer zu gebären haben, so sehr auch die seit vielen Jahrtausenden bestehende ungleiche Belastung vom Gesichtspunkte der Gerechtigkeit aus unbillig erscheinen sollte. Das Recht kann den Versuch des Selbstmordes bestrafen, den Selbstmord selbst jedoch mit keiner Strafe belegen[48]). Ganz ohne jede rechtliche Bedeutung ist auch der Ukas

[47]) Die Frage der logischen Grenzen des positiven Rechts wird ausführlicher in meiner Abhandlung Das Logische im Recht (Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 1928) behandelt.

[48]) Vgl. Bergbohm, a. a. O., S. 420, Anm. 9.

des Zaren Paul geblieben, der den kranken Matrosen befahl, unverzüglich gesund zu werden.

Der Gedanke der Unwandelbarkeit ist nirgends so augenfällig, wie in der ehernen Notwendigkeit des kausalen Naturgesetzes. Wenn die scholastische Naturrechtslehre von Naturrecht und Naturgesetz spricht, tut sie dies nicht ohne jede mehr oder minder bewußte Bezugnahme auf das kausale Naturgesetz. Bezeichnend ist in dieser Hinsicht, daß von den Scholastikern nicht so sehr die Benennung Naturrecht als vielmehr das Wort Naturgesetz (lex naturae, lex naturalis) gebraucht wird. Allerdings begreift jene Zeit das kausale Naturgesetz selbst als die Anordnung Gottes, und so verliert dieses jene wertfreie Bedeutung, die es im modernen Sprachgebrauch hat, und erhält eine werterfüllte normative Färbung.

Wenn man das kausale Naturgesetz als unüberschreitbare Schranke — und somit als negative Bestimmung — des normativen Rechtsinhaltes begreift, so erhält es in der Tat eine normative Bedeutung, oder es zeugt zum mindesten von der Verknüpfung kausaler und normativer Elemente im Begriffe des positiven Rechts. Die Möglichkeit einer solchen Verbindung zwischen dem kausalen „Sein" und dem normativen „Sollen", zwischen Wirklichkeit und Wert, wird von einigen übertriebenen Richtungen der modernen neukantischen Rechtsphilosophie, die nicht einmal eine limitative, einander begrenzende Berührung der beiden vollkommen getrennt gedachten Sphären zugeben wollen, bestritten. Unserer Ansicht nach kann jedoch das Problem des Naturrechts auf Grund einer rein normativen Auffassung ebenso wenig gelöst werden, wie auf Grund einer rein kausalen. Das Problem des Naturrechts, das — unserer oben dargelegten Auffassung nach — auf die Frage nach dem Wesen des positiven Rechts zurückführt, birgt, gleichwie diese, den Gedanken der Berührung von Wert und Wirklichkeit in sich[49]).

[49]) Daß das Problem der Rechtspositivität nicht ohne die Annahme einer Beziehung zwischen den — als beziehungslos vorausgesetzten — Sphären des Wertes und der Wirklichkeit gelöst werden kann, wird bei offenem Einbekenntnis dieses Widerspruchs auch von Kelsen, dem Begründer der normativen reinen Rechtslehre, zugegeben (Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 19. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 10). — Daß der Unterschied von Wert und Wirklichkeit keinen logischen Gegensatz darstellt, und daß somit ihrer Verbindung keine logischen Gründe im Wege stehen, habe ich in meiner Schrift Soziologie und Rechtsphilosophie (1934, ungarisch) ausführlich zu beweisen versucht. — Eine Berührung der Sphäre der ideellen Geltung und der realen Wirk-

§ 10. Die Frage der Verknüpfung von Wirklichkeit und Wert führt uns bereits aus dem Reiche der kausalen Natur in die Sphäre der menschlichen Kultur, des gesellschaftlichen Lebens und somit auch zu den soziologischen Schranken der rechtserzeugenden Macht hinüber.

Nicht nur das Recht, sondern auch sämtliche Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens stellen nämlich eine Verbindung von Wirklichkeit und Wert, von Realität und Idealität dar: sie bestehen aus der psycho-physischen Realität menschlicher Handlungen, die kein körperlich-seelisches Kontinuum bilden, sondern bloß durch geistige Bande, durch den von den seelischen Akten mehrerer Menschen getragenen gemeinsamen geistigen Inhalt (Willensinhalte, Ziele, Wertgedanken, Norminhalte) zur Einheit der sozialen Erscheinung zusammengefaßt werden.

Die Möglichkeit der Verbindung von Wirklichkeit und Wert in den gesellschaftlichen Erscheinungen beruht somit letzten Endes darauf, daß der Mensch als creatura corporalis und als creatura spiritualis sowohl dem Reiche der Natur als auch dem des Geistes angehört. Er steht drinnen in der empirischen Wirklichkeit, reicht aber durch seinen vernünftigen Willen bis an die zeit- und raumlose Welt der absoluten Werte heran. Der Mensch ist das Band zwischen den beiden Reichen und hierdurch zugleich der Schöpfer eines „dritten Reiches": er ist bestrebt, die idealen Forderungen der Werte in der realen Welt zu verwirklichen und bringt dabei die Kultur, die Geschichte und die Gesellschaft hervor[50]).

Das gesellschaftliche Leben ist der Treffpunkt der naturgesetzlichen und der ethischen Weltordnung. Sowohl die organische Soziologie, die es als einen Teil der Natur, als lebenden Organismus betrachtet, als auch die Hegelsche Lehre, die es mit

lichkeit ist übrigens schon darin zu erblicken, daß das empirisch-reale Sein logischen Gesetzen untersteht; vgl. oben § 8. — Eine der hier vertretenen ähnliche Auffassung findet sich in dem schönen Werke von Nicolai Hartmann: Das Problem des geistigen Seins (1933, S. 15/16), wo mit anderen Worten eigentlich ebenfalls die Ansicht geäußert wird, daß sich verschiedenartige Gesetzmäßigkeiten gegenseitig begrenzen können.

[50]) Vgl. Nicolai Hartmann, a. a. O., S. 138: „Das lebende, geistig-personale Menschenwesen ist der Punkt in der realen Welt, an dem diese sich der idealen Forderung öffnet, die von den Werten ausgeht . . . Das bloße Seinsollen bewegt den Gang der Dinge nicht. Realisation der Werte bleibt abhängig davon, ob sich in der realen Welt selbst ein Wesen findet, das empfänglich ist für ihre ideale Forderung und sich mit seiner Realenergie für sie einsetzt. Der Mensch allein, als personal-geistiges Wesen, ist solchen Einsatzes fähig . . . Der Mensch ist Bürger zweier Welten zugleich . . ."

dem objektiven Geist gleichsetzt, sind einseitige Auffassungen. Die Gesellschaft ist ein Teil der Natur, auf deren organische Grundlagen sie aufgebaut ist. Hiermit sind auch jene naturgesetzlichen Grenzen des positiven Rechtsinhalts gegeben, wovon soeben die Rede war. Die Gesellschaft ist aber auch ein Teil der geistigen Welt, da sie zum großen Teil das Werk des von Wertgesichtspunkten geleiteten vernünftigen menschlichen Willens ist. Hieraus folgt nun, daß jene Schranken der Rechtsmacht, die durch gesellschaftliche Gegebenheiten gebildet werden, bei weitem nicht so unverrückbar sind, wie die naturgesetzlichen Gegebenheiten. Alle gesellschaftlichen Erscheinungen sind zum Teil die Schöpfungen desselben menschlichen Willens, dem auch die rechtserzeugende Macht entstammt.

Der menschliche Wille, der den logischen Gesetzen und den naturgesetzlichen Notwendigkeiten gegenüber machtlos ist, erlangt im gesellschaftlichen Leben eine gestaltende, schöpferische und umbildende Kraft. Auch die rechtserzeugende Macht kann somit jene anderen gesellschaftlichen Gegebenheiten, die ihr augenblicklich als Hindernisse entgegentreten, beeinflussen und umgestalten; so daß manches, was heute noch als unüberschreitbare Schranke erscheint, morgen schon beseitigt ist. Der verhältnismäßig stärkste Widerstand gegen die rechtserzeugende Macht wird von denjenigen gesellschaftlichen Erscheinungen geleistet, die — wie z. B. die wirtschaftlichen — mit den naturgesetzlichen Grundlagen des sozialen Lebens in engster Berührung stehen. Die Grenze der erfolgreichen rechtlichen Eingriffe ist aber auch hier noch äußerst schwankend und elastisch.

Es dürfte sogar scheinen, als ob die souveräne Rechtsmacht im Kreise der gesellschaftlichen Erscheinungen überhaupt keine unüberschreitbaren Schranken finden würde: der menschliche Wille kann ja das gesellschaftliche Leben — theoretisch wenigstens — gänzlich aufheben. „Die Tragödie des Menschen", dieses erhabene dramatische Werk des ungarischen Dichterphilosophen Madách, stellt diese riesenhafte Möglichkeit des Selbstmordes der Gesellschaft in einem großartigen Bilde vor unsere Augen.

Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die Vernichtung des gesellschaftlichen Lebens zugleich die Vernichtung sowohl der rechtserzeugenden Macht als auch des positiven Rechts bedeuten würde. Die zum Bestehen der Gesellschaft unumgänglich notwendigen sozialen Bedingungen müssen also als unabänderliche und unüberschreitbare Schranken der rechtserzeugenden Macht anerkannt werden.

Und man kann noch einen Schritt weitergehen. Das Bestehen der Gesellschaft kann auch ohne positive Rechtsordnung vorgestellt werden. Die Utopie des Anarchismus könnte eines Tages unter vollkommenen Menschen zur Wirklichkeit werden. In dieser idealen anarchistischen Gesellschaft würde es aber keine rechtserzeugende Macht geben. Unüberschreitbare Grenzen des positiven Rechtsinhaltes sind demnach jene sozialen Gegebenheiten, die zum Wesen des positiven Rechts selbst gehören, die aus dem Begriffe des positiven Rechts, als einer in der empirischen Wirklichkeit des gesellschaftlichen Lebens sich durchsetzenden Zwangsordnung, folgen[51]). Der Inhalt des positiven Rechts kann somit nichts anordnen, was mit dem Begriff des Rechts, mit den grundlegenden Gesetzmäßigkeiten des Rechtslebens, mit dem Gedanken der Rechtsentwicklung oder der tatsächlichen Geltung des Rechts in Widerspruch steht.

Einige Beispiele beleuchten das Gesagte näher. Es gehört zum Begriffe des positiven Rechts als einer tatsächlich befolgten geschichtlich-gesellschaftlichen Ordnung, daß es historisch bestimmt sei, zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Gebiete gelte, d. h. daß es sich zeitlich und örtlich ändern könne. Ganz vergebens würde also der Gesetzgeber anordnen — wie dies in einigen Fällen einst auch von dem ungarischen Reichstage ohne Erfolg versucht wurde —, daß gewisse Gesetze ewig gelten sollen. Auf dem Gebiete des positiven Rechts gibt es keine leges in perpetuum valiturae. Es folgt weiter ebenfalls aus der Geschichtlichkeit des Rechts, aus dem soziologischen Gesetze der Rechtsentwicklung, daß die rechtserzeugende Macht ihren älteren Befehl widerrufen und durch einen neuen ersetzen kann: der Satz lex posterior derogat priori ist somit keine positiv-rechtliche Regel, sondern eine unüberschreitbare Schranke der positiv-rechtlichen Regelung, die selbst von dem mächtigsten Gesetzgeber nicht aufgehoben werden kann. Es gehört ferner zum Begriffe des positiven Rechts, daß es tatsächlich befolgt werde. Der Gesetzgeber kann zwar erlauben, daß der Richter ausnahmsweise von der Anwendung des Gesetzes abzusehen befugt sei (z. B. § 125 des ungarischen Ges.-Art. 34

[51]) Hauptsächlich diese Schranken sind in der angeführten Abhandlung von Eisele behandelt; vgl. S. 6: „In dem Wesen des objectiven Rechts sind gewisse Grundbestimmungen gegeben . . . Auch der Gesetzgeber steht nicht über diesen Grundbestimmungen, sondern sie stehen vielmehr über ihm . . . Es handelt sich also hier um Grenzen der gesetzgeberischen Macht, und zwar um Grenzen, welche, weil in dem Wesen des objectiven Rechts beruhend, zu allen Zeiten und bei allen Völkern dieselben sein müssen."

v. J. 1930); die übertriebene Freirechtslehre ist aber dennoch im Unrecht, wenn sie meint, es könne dem Richter die allgemeine Befugnis erteilt werden, vom Gesetz abzuweichen, wann er es für gut befinde. Eine solche positiv-rechtliche Anordnung würde die Verbindlichkeit des Rechts und somit das Recht selbst vernichten. Damit der Richter das Recht anwenden könne, muß er es verstehen, also den Gesetzestext, in dem die rechtliche Norm erscheint, vernünftig auslegen. Kein Gesetzgeber kann daher dem Richter verbieten, daß er das Gesetz auslege, obgleich dies Kaiser Justinian in der constitutio Tanta § 15 versucht hatte[52]). Es ist ferner nicht zu leugnen, daß aus der Tätigkeit der Rechtsanwender im Wege eines langsamen, fast unmerkbaren Prozesses neues Recht entsteht: das Gewohnheitsrecht. Das Gesetz wird daher die Entstehung des Gewohnheitsrechts vergebens verbieten; § 10 des Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmte zwar, daß die Gewohnheit nur in dem Falle beachtet werden könne, wenn ein Gesetz darauf Bezug nimmt, aber es ist auf dem Geltungsgebiete dieses Gesetzbuchs trotzdem auch ohne gesetzliche Erlaubnis, ja sogar im Widerspruch zu geltenden Gesetzen Gewohnheitsrecht entstanden. Es gehört endlich zum Begriff des Rechts, daß es ein irgendwie geäußerter, für die Rechtsanwender erkennbarer Wille des Rechtserzeugers sei, und deswegen kann kein Gesetzgeber verordnen, daß seine Gesetze schon vor ihrer Publikation angewendet werden bzw. verbindliche Kraft haben sollen[53]).

Unsere obigen Ausführungen waren bestrebt, nachzuweisen, daß es trotz der gestaltenden und umbildenden Kraft, die auf dem Gebiete der gesellschaftlichen Erscheinungen dem menschlichen Willen und somit auch dem positiven Recht zukommt, dennoch auch gewisse gesellschaftliche Gegebenheiten gibt, die sich als unverrückbare Schranken des rechtserzeugenden Willens erweisen, und über die sich kein positiver Rechtsinhalt hinwegsetzen kann, ohne juristisch belanglos zu werden. Als solche unabänderliche soziologische Schranken der Rechtsmacht haben wir einerseits die unentbehrlichen Existenzbedingungen des gesellschaftlichen Daseins und anderseits die zum Begriffe des positiven Rechts selbst gehörenden sozialen Gegebenheiten erkannt.

---

[52]) Vgl. Somló, a. a. O., S. 383.

[53]) Vgl. Eisele, a. a. O., S. 9—11. — Unrichtig ist dagegen die Ansicht Eiseles (S. 7), daß die Gesetze keine rückwirkende Kraft haben können.

Es wäre verfehlt, diese soziologischen Grenzen aller möglichen Rechtsinhalte mit sozialen Hindernissen zu verwechseln, die der konkreten Verwirklichung irgendeiner Rechtsnorm im Wege stehen. Die Vorschriften des Gesetzgebers können aus verschiedensten Gründen im gesellschaftlichen Leben wirkungslos bleiben, keine genügende tatsächliche Befolgung finden und solcherart außerhalb der Grenzen des jeweiligen positiven Rechts verbleiben. Solche totgeborene Rechtsnormen finden sich in jedem Rechtssystem. Der Grund ihrer Wirkungslosigkeit liegt jedoch meistens nicht darin, daß sie gegen die unverrückbaren Schranken der Rechtsmacht verstoßen, sondern bloß darin, daß die in der betreffenden Gesellschaft wirkenden geschichtlich-sozialen Kräfte und ihr augenblickliches Verhältnis vom Gesetzgeber unrichtig beurteilt wurden. Das augenblickliche Kräfteverhältnis zwischen der rechtserzeugenden Macht und den anderen sozialen Triebkräften (z. B. Wirtschaft, Konvention, Sitte, moralische Überzeugungen, religiöse oder wissenschaftliche Vorstellungen usw.) kann es vielleicht verhindern, daß der Gesetzgeber seinen Willen als positives Recht durchsetze. Dies bedeutet aber noch lange nicht, daß derselbe Willensinhalt anderswo oder ein anderes Mal, zu einem günstigeren Zeitpunkte, nicht als positives Recht verwirklicht werden könnte, daß er außerhalb der für jeden möglichen Rechtsinhalt gezogenen Grenzen liegen würde. Der Mißerfolg des amerikanischen Alkoholverbotes bedeutet z. B. noch gar nicht, daß die Frage der Prohibition für eine positiv-rechtliche Regelung ganz und gar ungeeignet wäre; und der Umstand, daß das Recht heute ganz vergebens die Verbrennung von Hexen anordnen würde, da sich keine Richter fänden, die auch das unangenehmste alte Weib für eine Hexe im juristischen Sinne erklären könnten, beweist noch gar nicht, daß eine ähnliche Verordnung in früheren Zeiten wirkungslos gewesen wäre[54]). — Diese Fragen sowie die Fälle, wo die Wirkungslosigkeit irgendeiner rechtlichen Vorschrift auf die Unzulänglichkeit der gesetzgeberischen Technik zurückgeführt werden kann, gehören nicht mehr in den Bereich des uns jetzt beschäftigenden Problems.

§ 11. War es nichts Leichtes, im Kreise der gesellschaftlichen Gegebenheiten unverrückbare Schranken der rechtserzeugenden Macht aufzuweisen, so ist es noch schwerer, solche in der Sphäre der ethischen Normen zu finden. Die strenge Gebundenheit des Gesetzgebers gegenüber den logischen Ge-

[54]) Vgl. Bergbohm, a. a. O., S. 446, Anm. 28.

setzen und den Naturnotwendigkeiten lockert sich bereits auf dem Gebiete des sozialen Lebens und scheint sich auf dem Gebiete der Moral, dem Reiche der Freiheit, in eine vollkommene Freiheit aufzulösen.

Die ethische Norm ist von der relativen Welt der empirischen Wirklichkeit grundsätzlich unabhängig: darin besteht gerade ihre Unbedingtheit. Es ist für ihre normative Geltung vollständig gleichgültig, ob sie verwirklicht und insbesondere von der rechtserzeugenden Macht befolgt wird. Andererseits ist auch die empirische Wirklichkeit von den ethischen Normen in hohem Maße unabhängig, und es ist insbesondere zweifellos, daß auch die rechtserzeugende Macht sich sehr oft über die Forderungen der Moral hinwegsetzt. Die politische Macht wird von sittlichen Überlegungen selten in Verlegenheit gesetzt. Die Möglichkeit eines unmoralischen und ungerechten Rechtes kann nicht geleugnet werden.

Wenn das Recht eine nackte und sinnlose Wirklichkeit wäre, so wäre es unmöglich, von seinen ethischen Schranken zu reden. Nun ist aber das Recht eine Erscheinung des gesellschaftlichen Lebens, und jede gesellschaftliche Erscheinung ist — infolge der Doppelnatur des Menschen selbst — bereits eine Verbindung von Wirklichkeit und Wert. Das gesellschaftliche Dasein ist von Werten und somit auch vom ethischen Wert berührt, und auf diese Weise ist auch die soziale Macht und das ihr entstammende Recht dem ethischen Werte zugänglich.

Als einen wertvollen Teil der scholastischen Naturrechtslehre haben wir den Gedanken erkannt, daß gewisse „schreiende Unsittlichkeiten" das Bestehen der Gesellschaft auch vom kausalen Gesichtspunkte aus gesehen unmöglich machen und somit als unüberschreitbare ethische Schranken des positiven Rechts erscheinen[55]). Die Gesellschaft kann ohne ein Mindestmaß an Sittlichkeit nicht bestehen. Es ist also nicht nur die Moral auf die Macht angewiesen, wenn sie sich verwirklichen, in der empirischen Wirklichkeit des gesellschaftlichen Lebens zur tatsächlichen Geltung kommen will, sondern auch die Macht muß sich auf die Moral stützen, wenn sie als reale soziale Macht bestehen will.

Diese machtverleihende und machterhaltende Rolle der Moral stellt wiederum eine Berührung zwischen der Welt der Wirklich-

[55]) Strenggenommen ist die Verletzung dieser minimalen ethischen Forderungen möglich, sie würde jedoch den oben (§ 10) erwähnten Selbstmord der Gesellschaft darstellen.

keit und der Welt der Werte dar: die Moral tritt dabei aus der rein normativen Ebene ebenso in das Feld der kausalen Wirklichkeit hinüber, wie andererseits die oben behandelten naturgesetzlichen Schranken des normativen Rechtsinhaltes das Hineinragen kausaler Notwendigkeiten in das Reich der Norminhalte darstellen. Es besteht jedoch in beiden Fällen eine bloß limitative Berührung zwischen der Welt der Wirklichkeit und der Welt der Werte: jede der beiden Welten findet in der anderen ihre Begrenzung, ihre Schranken. Diese Auffassung verträgt sich m. E. recht wohl mit der scholastischen Naturrechtslehre, die sich als eine großartige Vermittlung zwischen der Moral und dem positiven Recht, zwischen den unbedingten ethischen Forderungen und der empirischen Wirklichkeit darstellt[56]).

Auf die Frage nun, warum das reale Bestehen der Gesellschaft ohne ein Mindestmaß an Sittlichkeit, ohne die Beachtung gewisser grundlegender ethischer Forderungen, unmöglich sei, möchten wir die Antwort geben, daß diese gesellschafterhaltende Rolle der Moral darauf beruhe, daß der Inhalt dieser moralischen Forderungen gerade die unentbehrlichen Existenzbedingungen jedes sozialen Seins dem Solipsismus des Individuums gegenüberstellt[57]).

---

[56]) Vgl. Petraschek, a. a. O., S. 132: „. . . das natürliche Recht (nimmt) den Platz des unentbehrlichen logischen Mittelglieds zwischen Moral und positivem Recht ein."

[57]) Die Feststellung, daß der Inhalt der in Frage stehenden minimalen ethischen Forderungen die unentbehrlichen Existenzbedingungen jedes sozialen Seins zusammenfaßt, bedeutet zugleich, daß die Moral auf diese Weise das soziale Sein selbst zum moralischen Werte erhebe. Diese Folgerung, nach der ein jedes gesellschaftliche Leben, auch die ruchlose Gesellschaft eines Sodom und Gomorra, oder das „magnum latrocinium" des hl. Augustins als ethisch wertvoll betrachtet werden müßten, ist jedoch gewissermaßen bedenklich und bedarf einer näheren Klarstellung. Es muß vor allem gefragt werden, ob solche Gesellschaften in der empirischen Wirklichkeit überhaupt bestehen können und ob sie nicht vielmehr den zuvor in Anm. 55 erwähnten Selbstmord der Gesellschaft darstellen? Sollten sie aber dennoch in der kausalen Wirklichkeit bestehen, so ist schon hieraus zu ersehen, daß jene zum Bestehen der Gesellschaft unentbehrlichen minimalen ethischen Forderungen auch in diesen Gesellschaften beobachtet wurden, und daß sie neben dem in ihnen enthaltenen Übermaße an Unsittlichkeit auch jenes Mindestmaß an Sittlichkeit enthalten, wovon im Text die Rede ist. Nun ist zu beachten, daß zwischen den sittlichen Werten, sowie zwischen den Tugenden, eine bestimmte Rangordnung besteht. Auf Grund dieser Rangordnung kann eine Gesellschaft, in der niedrigere moralische Werte verwirklicht, höhere aber verletzt werden,

Als die unüberschreitbaren ethischen Grenzen des positiven Rechtsinhaltes haben wir ganz allgemein diejenigen grundlegenden ethischen Forderungen bestimmt, deren Ver-

---

trotz des in ihr enthaltenen minimalen moralischen Gehaltes, im ganzen als moralisch wertlos, ja sogar als im höchsten Maße unsittlich bezeichnet werden. Das Vorhandensein der Banditenehre macht das „magnum latrocinium" noch lange nicht moralisch wertvoll. Wenn man also annimmt, daß bereits das bloße Bestehen der Gesellschaft, das nackte soziale Sein, einen minimalen moralischen Wert besitzt, denn ohne das soziale Sein sind auch die höheren moralischen Forderungen nicht zu verwirklichen, so darf man dennoch nicht übersehen, daß die Moral sich mit der Forderung des bloßen gesellschaftlichen Lebens nicht begnügt und außerdem noch viele höherstehende Forderungen stellt. — Kommt aber bereits dem bloßen sozialen Sein ein gewisser minimaler moralischer Wert zu, so kann die Rechtslehre hieraus die Folgerung ziehen, daß ein jedes positive Recht, das der Erhaltung des sozialen Seins dient, soweit es dies tut — und setzen wir nun hinzu: soweit es nicht gegen höhere moralische Forderungen verstößt — in Wahrheit moralisch wertvoll ist. Durch diese Feststellung wäre eine moralische Quelle der normativen Geltung des positiven Rechts aufgedeckt, die den letzten Ursprung der rechtlichen Geltung eher erklären könnte, als die hypothetische Ursprungsnorm oder Grundnorm Kelsens. Die Annahme der Grundnorm durch Kelsen ist unserer Ansicht nach eine Verlegenheitslösung der Frage der rechtlichen Geltung: da er diese normative rechtliche Geltung weder aus sozialen Fakten, noch aus der Wertquelle der Moral ableiten will, bleibt ihm nichts anderes übrig, als der kühne Versuch, die Geltung des positiven Rechts auf eine Hypothese der Rechtswissenschaft zurückzuführen. (Hinsichtlich der Grundnorm vgl. oben Anm. 23.) — Leitet man den minimalen ethischen Wert des positiven Rechts mit den soeben erwähnten Beschränkungen aus dem Inhalt der Moral ab, so setzt man natürlich an Stelle des „transzendentallogischen Naturrechts" Kelsens ein ethisch gefärbtes Naturrecht. Hiermit ist jedoch unserer Ansicht nach das Problem des Ursprungs der spezifisch rechtlichen Geltung noch nicht gelöst. Der Quelle der Moral kann nur eine moralische Geltung für das Recht entspringen. Es ist unleugbar, daß das positive Recht meistens nicht nur einen minimalen, sondern auch einen sehr hohen moralischen Wert besitzt, seine moralische Werthaftigkeit bedeutet aber noch lange nicht seine spezifisch-rechtliche Geltung. Unserer Ansicht nach hat diese spezifisch-rechtliche Geltung ihren Ursprung in Zweckmäßigkeitsüberlegungen, die im Schoße der Gesellschaft im Zusammenhang mit der rechtlichen Zwangsgewalt entstehen und aus denen die Forderung hervorgeht, daß man, wenn man den rechtlichen Zwang vermeiden will, die Normen des Rechts befolgen solle. In diesem Sinne kann man vom Recht behaupten, daß es ein hypothetisches „Sollen" sei. Dieses hypothetische Sollen des Rechts geht nun nicht aus dem Faktum des rechtlichen Zwanges hervor, sondern aus den erwähnten Zweckmäßigkeitsüberlegungen, die das Postulat des Zwangvermeidens enthalten. Ausführlicher handelt hierüber mein Aufsatz „Die Verfassung" (Polner-Festschrift, 1935, ungarisch). Vgl. ferner oben Anm. 11.

letzung das reale Bestehen der Gesellschaft unmöglich macht. Diese allgemeine Bestimmung soll nun durch einige Beispiele konkreter beleuchtet werden. Es ist zweifellos, daß das Recht ungerechte Hinrichtungen anordnen kann; die „schreiende Unsittlichkeit", daß alle Neugeborenen getötet werden sollen, kann aber vom Recht dennoch nicht dauernd befohlen werden, denn das würde letzten Endes die Gesellschaft selbst vernichten. Es ist auch zweifellos, daß das Recht für die Tat des einen Menschen einen anderen Menschen verantwortlich machen kann, obgleich die Moral auf dem Standpunkte der individuellen Verantwortung steht. Dieser moralische Grundsatz wurde durch die mittelalterliche Einrichtung des „Prügelknaben", den man statt des kleinen Prinzen bestrafte, sicherlich schwer verletzt und wird auch noch heute nicht selten vom Recht mit Füßen getreten. Man braucht nur an die völkerrechtlichen Einrichtungen der Retorsion und der Repressalie zu erinnern, die sich dem ethischen Grundsatz der individuellen Verantwortung gegenüber auf das ungerechte und unbarmherzige Prinzip der Solidarität berufen, auf Grund dessen z. B. unschuldige Geiseln wegen Rechtsverletzungen anderer hingerichtet werden können. Aber es wäre trotz all dieser Abweichungen vom ethischen Grundsatz der individuellen Verantwortung dennoch nicht möglich, daß das Recht diesen Grundsatz gänzlich aufgäbe, daß es für die menschlichen Handlungen immer und ausnahmslos andere als die Handelnden verantwortlich machen ließe, denn das würde die Möglichkeit des sozialen Zusammenwirkens gänzlich vernichten.

Als unüberschreitbare ethische Schranken der rechtserzeugenden Macht können somit nur jene ungeheuerlichen Verletzungen der Moral betrachtet werden, die geradezu das soziale Leben unmöglich machen. Durch diese allgemeine Feststellung werden jedoch eigentlich keine neuen, aus dem Wesen der Moral selbst hervortretenden Schranken der Rechtsmacht bezeichnet, sondern es wird nur auf seine soziologischen Schranken zurückgegriffen. Hier wie dort handelt es sich um die Existenzbedingungen des gesellschaftlichen Daseins (s. § 10). Und da in der Tat die moralischen Forderungen nur insoweit als Grenzen des positiven Rechts erscheinen, als ihre Verletzung die Existenz der Gesellschaft gefährdet, fallen die ethischen Grenzen wahrlich mit einem Teil der soziologischen Grenzen zusammen: die ethischen Unmöglichkeiten, die nicht zum positiven Rechtsinhalt gemacht werden können, sind eigentlich soziologische Un-

möglichkeiten[58]). Der aus diesem Gedankengange hervortretende Leitgedanke, daß das gesellschaftliche Leben ohne ein Minimum des Moralischen nicht möglich sei, verträgt sich jedoch mit der Behauptung, daß dieses Mindestmaß an Sittlichkeit die unüberschreitbare Schranke der rechtserzeugenden Macht bilde. Letztere Behauptung folgt gerade aus dem genannten Leitgedanken.

Jene moralischen Forderungen, die keine Existenzbedingungen des gesellschaftlichen Lebens darstellen, bilden auch keine unüberschreitbaren Schranken für den Rechtserzeuger und können von diesem unbeachtet gelassen oder verletzt werden. Jede positiv-rechtliche Verletzung der Moral erschüttert jedoch die Grundlagen der Gesellschaft, mindert das Ansehen des Gesetzgebers und gefährdet somit auch — durch die Fernsicht der Jahrhunderte betrachtet — das Bestehen der Gesellschaft selbst. Das positive Recht blickt jedoch nicht hinaus in die Fernsicht der Jahrhunderte — per saecula saeculorum —, sondern rechnet mit tagwichtigen, temporalen Möglichkeiten. Es gehört in den Bereich dieser Möglichkeiten, daß der weitaus größte Teil der moralischen Forderungen durch den Gesetzgeber verletzt werden kann, wie denn auch die Möglichkeit des unrichtigen und ungerechten Rechts keinem Zweifel unterliegt.

Innerhalb der unüberschreitbaren logischen, naturgesetzlichen, soziologischen und ethischen Schranken —, die oben nunmehr erschöpfend behandelt wurden, — wird der konkrete Inhalt des positiven Rechts durch den Willen der sozialen Macht bestimmt. Insofern hat der Rechtspositivismus Recht, wenn er „die Unhaltbarkeit eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes" behauptet[59]). Der Inhalt des positiven Rechts wird durch die Schranken der Rechtsmacht nur im negativen Sinne bestimmt: diese Schranken bezeugen nur, was nicht Inhalt des positiven Rechts werden kann, und umschreiben somit bloß die Grenzen für jeden nur möglichen positiven Rechtsinhalt, d. h. die Grenzen des möglichen Rechts, nicht aber die des jeweiligen positiven Rechts, d. h. die Ausdehnung der tatsächlich erfolgten rechtlichen Eingriffe in das gesellschaftliche Leben[60]).

---

[58]) Anstatt die ethischen Schranken in den Kreis der soziologischen Schranken einzureihen, könnte man auf Grund der Doppelnatur der gesellschaftlichen Erscheinungen — da sie eine Verknüpfung von Wirklichkeit und Wert bedeuten — die soziologischen Schranken selbst zwischen die beiden Gruppen der naturgesetzlichen und der ethischen Schranken aufzuteilen versuchen.

[59]) Vgl. oben Anm. 21.

[60]) Hinsichtlich des möglichen Rechts vgl. oben Anm. 36.

Der Rechtserzeuger bewegt sich frei innerhalb der ihn begrenzenden unverrückbaren Schranken. Von diesem Gesichtspunkt aus ist sein Wille frei: er kann wählen zwischen dem moralisch Guten und dem moralisch Bösen. Die Benennung „positives Recht" will gerade besagen, daß dieses Recht das Ergebnis menschlicher Satzung, das Werk des freien menschlichen Willens sei. Die Freiheit des rechtserzeugenden Willens soll natürlich nicht seine Grundlosigkeit und Ursachlosigkeit und somit die Leugnung des Kausalgesetzes besagen, sondern gerade umgekehrt die Wirksamkeit, das erfolgreiche Durchdringen des rechtserzeugenden Willens, der gestaltend in die empirische Wirklichkeit des gesellschaftlichen Lebens hineingreift. Die Freiheit des Willens bedeutet übrigens auch im ethischen Sinne nicht den für uns unfaßbaren Gedanken des „liberum arbitrium indifferentiae", sondern die Wahrheit, daß der vernünftige menschliche Wille sich als kraftvoll wirkende Ursache in dem Gefüge des menschlichen und gesellschaftlichen Lebens erweist[61]).

Die Tatsache, daß der weitaus größte Teil der moralischen Forderungen durch den Rechtserzeuger verletzt werden kann, bedeutet kein Herabsetzen der hohen Autorität der Moral, denn die Möglichkeit ihrer Verletzung folgt gerade aus ihrem sich nur mit freiwilligem Gehorsam begnügenden Grundton selbst. „Das moralische Gesetz, — sagt Anton Schütz, — macht seine Kraft nicht durch physischen oder biologischen Zwang geltend, sondern in einer idealen Forderung: es fordert den Geist zu seiner Würdigung und auf Grund dieser Würdigung zur freien Stellungnahme auf[62])."

Wir erblicken gerade in dieser Freiheit der rechtserzeugenden Macht, daß sie sich für das moralisch Gute oder das moralisch Böse frei entscheiden kann, daß der Kreis der rechtlichen Möglichkeiten mit dem Bereich der ethischen Möglichkeiten zusammenfällt, die engste Verbindung zwischen dem positiven Recht und der Moral.

Einer der hervorragendsten Wortführer des Rechtspositivismus, Karl Bergbohm, will den Bereich der rechtlichen Erscheinungen auf das Feld dieser Freiheit einschränken: „Das Recht, — meint er, — befaßt sich doch immer nur mit Nicht-

---

[61]) Vgl. die oben in Anm. 50 angeführte Stelle Nicolai Hartmanns. Ferner Nicolai Hartmann: Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 2. Aufl., 1925, S. 208—210; Anton Schütz: Elemente der Philosophie auf Grund des hl. Thomas (ungarisch), 1927, S. 161.

[62]) A. a. O., S. 162.

notwendigem", nach seiner Ansicht ist es unmöglich, „Notwendigkeit und Recht, zwei Vorstellungen, die einander durchaus im Wege stehen, gleichzeitig zu denken[63])." Bergbohm glaubt hierdurch die Naturrechtslehre zu widerlegen, er anerkennt jedoch gerade dadurch, daß er auf diese Art bereits den Begriff des positiven Rechts mit dem ethischen Gedanken der Freiheit verbindet, den in der Naturrechtslehre enthaltenen ethischen Leitgedanken. Mit der Behauptung, daß das Recht ganz außerhalb des Bereiches der Notwendigkeit falle, vermag er das Aufsuchen der notwendigen Schranken der Rechtsmacht nicht auszuschließen, sondern stellt eigentlich das Bestehen dieser notwendigen Schranken unnachgiebiger und entschiedener fest als die anderen Lehrmeinungen. Und so gelangt der Rechtspositivismus, mit dieser Auffassung seines hervorragendsten Vorkämpfers, ebenso zum Verzicht auf die Lehre von der Schrankenlosigkeit der sozialen Macht und zur Anerkennung des naturrechtlichen Gedankens von den notwendigen Schranken des positiven Rechts, wie andererseits die scholastische Naturrechtslehre von ihrem normativ ethischen Ausgangspunkte aus zur Würdigung der ontologischen Ordnung, der empirischen sozialen Wirklichkeit und der gesellschaftlichen und staatlichen Macht gelangt ist.

§ 12. Das Problem der ethischen Grenzen des positiven Rechts eröffnet somit eine weite und klare Aussicht auf den Unterschied der beiden sich bekämpfenden Rechtsauffassungen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.

Der Rechtspositivismus geht vom Gedanken der Macht aus, um dann in dieser selbst die ethischen Grundlagen der Macht aufzudecken oder die Tätigkeit der Macht auf den Bereich der moralischen Freiheit einzuschränken.

Die scholastische Naturrechtslehre geht von den idealen Forderungen der Moral aus, um dann die ontologische Ordnung und somit auch das Faktum der sozialen Macht in die sittliche Weltordnung harmonisch einzufügen.

Der Unterschied der beiden Welten, denen wir zugleich angehören, ist es, der in den Ausgangspunkten und Leitgedanken der beiden Lehren, in der Verschiedenheit der Gesichtspunkte des Juristen und des Moraltheologen, zum Ausdruck kommt. Jeder dieser Leitgedanken wird jedoch auch von der gegensätzlichen Lehrmeinung bewußt oder un-

[63]) Bergbohm, a. a. O., S. 428; vgl. oben Anm. 40.

bewußt anerkannt und zumindest als ergänzender Gedanke ihrem Gedankenschatz einverleibt.

Somit ist es der Riß zwischen der creatura corporalis und der creatura spiritualis, der sich in dem Gegensatze des Rechtspositivismus und der Naturrechtslehre auftut und der sich auch im Schoße der beiden Lehren selbst bemerkbar macht. Innerhalb jeder dieser Lehren mußte der Gegensatz zwischen der Welt der Wirklichkeit und der Welt der Werte überbrückt werden. Damit ist aber auch die Möglichkeit einer Verständigung zwischen dem Rechtspositivismus und der scholastischen Naturrechtslehre gegeben. Und so ist es unserer Ansicht nach sehr wohl möglich, daß sich der Mißton ihres Streites, der aus der Berührung zwischen den heterogenen Sphären der Wirklichkeit und des Wertes entstandene Kampfeslärm auflösen läßt in die Harmonie dieser Sphären.

# Reine Rechtslehre

## Randbemerkungen zum neuesten Werk Kelsens

Von

**Julius Moór**, Budapest

Inhalt: § 1. Das neue Werk als Weiterentwicklung der Lehre Kelsens. — § 2. Keine volle Identität von Staat und Recht. — § 3. Der Dualismus von öffentlichem und privatem und von objektivem und subjektivem Recht. — § 4. Die Verknüpfung von Norm und Wirklichkeit. — § 5. Grundnorm und Gewohnheitsrecht. — § 6. Grundnorm und Erkenntnistheorie. — § 7. Die Reinheit von Erkenntnistheorie. — § 8. Annäherung an die traditionelle Rechtsbetrachtung.

§ 1. Das unlängst erschienene Werk Kelsens[1]) soll das Ergebnis seiner „bisherigen Arbeit am Problem des Rechts zusammenfassen"[2]). Es unternimmt somit die Lösung der schwierigsten schriftstellerischen Aufgabe: der knappen und bündigen Darstellung eines ausgedehnten Reichtums an Gedanken. Die gelungene Lösung dieser Aufgabe läßt die Grundgedanken der Kelsenschen Lehre mit einer solchen Klarheit und Deutlichkeit hervortreten, daß hierdurch das ganze Gedankengebäude gewissermaßen in einem neuen Licht erscheint. Wir möchten demnach in diesem Werk Kelsens nicht sosehr eine Zusammenfassung bereits bekannter Gedanken, als vielmehr einen neuen Schritt auf dem Entwicklungsweg der Reinen Rechtslehre erblicken. Die nachfolgenden Untersuchungen wollen die hiermit berührte Frage aufwerfen und beantworten, inwieweit das neue Werk eine Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre darstellt.

§ 2. Kelsen hat seine Lehre in der „Allgemeinen Staatslehre" das erste Mal in geschlossener Form vorgetragen[3]). In der jetzt erschienenen „Reinen Rechtslehre" unternimmt er das erste Mal, seine Lehre als eine, durch die Gesichtspunkte der Staatslehre nicht beengte, wahrhaftig allgemeine Rechtstheorie zu entwickeln. Die von

---

[1]) Hans Kelsen: Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. XV und 236 Seiten. Leipzig und Wien: F. Deuticke. 1934.

[2]) Vorwort, S. VIII.

[3]) Berlin: J. Springer. 1925; vgl. Vorrede, S. IX.

Kelsen behauptete Einheit von Staat und Recht müßte zwar zur Gleichsetzung von Staatslehre und Rechtslehre führen, aber gerade aus dem neuen Werk Kelsens ist klar ersichtlich, daß er nur die Identität des Staates mit dem Recht, nicht aber die Identität des Rechts mit dem Staat behaupten will, genauer ausgedrückt: daß er den Staat als eine Teilrechtsordnung begreift, aber nicht eine jede Rechtsordnung als Staatsordnung erfaßt.

Was die Auffassung des Verhältnisses von Staat und Recht anlangt, ist es von Wichtigkeit, daß Kelsen in seinem neuen Werk die Bedeutung des Völkerrechts entschiedener als bisher hervorhebt. Die Völkerrechtsordnung, die nunmehr als die Grundlage des „universalen Rechtssystems" erscheint, ist keine Staatsordnung, da Kelsen das Völkerrecht als nichtstaatliches Recht betrachtet und auch den Gedanken des Weltstaates abweist (S. 135). Während er früher „die theoretische Gleichberechtigung des Primates der Völkerrechtsordnung mit dem Primate der einzelstaatlichen Rechtsordnung" annahm[1]), scheint er sich nunmehr endgültig auf den Standpunkt des von Verdroß verfochtenen Primates der Völkerrechtsordnung gestellt zu haben (vgl. S. 147 ff.). Er behauptet zwar, daß die vom Völkerrecht her gewonnene Einheit des universalen Rechtssystems „eine nur erkenntnismäßige, keine organisatorische Einheit" sei (S. 153, 134/5). Diese Behauptung, die bloß als eine störende Auswirkung des erkenntnistheoretischen Idealismus Kelsens zu betrachten ist, kann jedoch nicht aufrechterhalten werden, wenn man zwischen dem Völkerrecht und dem einzelstaatlichen Recht einen Delegationszusammenhang annimmt (S. 152/3). Das Fehlen der organisatorischen Einheit des Weltstaates (S. 134/5) bedeutet noch nicht das Fehlen eines jeden organisatorischen Zusammenhanges und es kann auch auf Grund eines Rechts, das den zum Staat erforderlichen „Grad von Zentralisation" (S. 118) nicht erreicht hat, das Vorhandensein einer nicht bloß erkenntnismäßigen, sondern einer durch das positive Recht hergestellten rechtlichen Einheit behauptet werden. Ansonsten müßte auch die primitive, vorstaatliche Rechtsgemeinschaft als eine bloß erkenntnismäßige Einheit angesehen werden.

Die Betonung der Möglichkeit einer „primitiven, vorstaatlichen Rechtsgemeinschaft" (S. 118) bildet ein weiteres wichtiges Moment in der Auffassung Kelsens vom Verhältnis des Staates zum Recht. „Der Staat ist" — lehrt Kelsen — „eine Rechtsordnung. Aber nicht jede Rechtsordnung wird schon als Staat bezeichnet... Staat heißt die Rechtsordnung, wenn sie einen gewissen Grad von Zentralisation erreicht hat" (S. 117/8). Hiermit ist wiederum die Möglichkeit eines staatslosen Rechts, das nicht als Staatsrecht angesehen werden kann, und auch die Grundlage zu einer Unterscheidung zwi-

[1]) Vgl. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Auflage, 1923, Vorrede zur zweiten Auflage, S. XXIII.

schen Staatsrecht und den anderen Bereichen des Rechts gegeben. Es wäre sicherlich nicht angebracht, das ganze vorstaatliche Recht, das nicht als Staatsrecht betrachtet werden kann, als Privatrecht aufzufassen, die Absonderung des Staatsrechts von den anderen Bereichen des öffentlichen und des privaten Rechts eröffnet jedoch die Möglichkeit einer weitergehenden Differenzierung von öffentlichem und privatem Recht, insbesondere wenn zu diesem Zweck die von Kelsen gemachte Unterscheidung zwischen dem Staatsorgan und dem Untertan „als dem Privaten" (S. 122/3) verwertet wird. Es kann demnach insofern eine Wandlung in der Auffassung Kelsens festgestellt werden, als er nunmehr den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht mehr zu leugnen scheint, sondern bloß „die Verabsolutierung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht" bekämpft (S. 113).

Das steigende Interesse Kelsens am Privatrecht äußert sich vielleicht auch darin, daß er in seinem neuen Werk dem Problem der Interpretation ein ganzes Kapitel widmet (S. 90—106). Dieses Problem wurde bisher hauptsächlich durch die zivilrechtliche Literatur behandelt, obgleich es, richtig verstanden, eine allgemeine Bedeutung für alle Rechtsgebiete besitzt[1]).

Die Identität von Staat und Recht erhält somit im neuen Werk Kelsens eine ganz beträchtliche Einschränkung. Von oben gesehen, von der Völkerrechtsordnung her bestimmt, ist der Staat nichts anderes als „eine völkerrechtsunmittelbare, relativ zentralisierte Teilrechtsordnung mit völkerrechtlich begrenztem territorialen und temporalen Geltungsbereich und einem hinsichtlich des materialen Geltungsbereiches nur durch den Vorbehalt des Völkerrechts eingeschränkten Totalitätsanspruch" (S. 150). Von unten gesehen, vom Gesichtspunkt des vorstaatlichen Rechts und der nichtzentralisierten, nichtstaatlichen Rechtsakte aus, erscheint der Staat als der Inbegriff der durch gewisse arbeitsteilig funktionierende (beamtete) Organe gesetzten, zentralisierten Rechtsakte, als eine „mehr oder weniger willkürlich aus dem Ganzen der staatlichen Rechtsordnung herausgehobene Teil-Rechtsordnung" (S. 124). Kelsen bezeichnet zwar diesen letzteren Begriff als den „engeren Begriff des Staates" (S. 123). Hält man jedoch an seiner Unterscheidung des staatlichen und des vorstaatlichen Rechts (S. 117/8) fest, so darf man auch auf der Entwicklungsstufe des „staatlichen Rechts" nur die zentralisierten Rechtsakte als Staatsakte begreifen und man muß somit auf dieser Entwicklungsstufe den nichtstaatlichen Teil der Rechtsordnung von ihrem staatlichen Teil unterscheiden. Hiermit erscheint der Staat, vom Völkerrecht ganz abgesehen, immer bloß als eine Teil-Rechts-

[1]) Die Theorie der Interpretation fehlt auch in der „Allgemeinen Staatslehre" Kelsens. Er beschäftigt sich mit dieser Frage zum erstenmal in seinem Artikel: Zur Theorie der Interpretation, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 8. Bd., 1934, S. 9—17. Dieser Artikel stimmt mit den diesbezüglichen Ausführungen der „Reinen Rechtslehre" überein.

ordnung und der „engere Staatsbegriff" Kelsens erweist sich als der eigentliche Staatsbegriff. Die Heraushebung des Staates in diesem Sinn aus dem Ganzen der sogenannten „staatlichen Rechtsordnung" ist aber um nichts willkürlicher, als die Unterscheidung des staatlichen Rechts von der primitiven, vorstaatlichen Rechtsordnung oder des Weltstaates von der Völkerrechtsordnung.

§ 3. Besteht aber keine volle Identität zwischen Staat und Recht, so ist hiermit auch die Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht gegeben. In der Tat scheint die Aufhebung des Dualismus von öffentlichem und privatem Recht nach dem neuen Werk Kelsens — wie bereits erwähnt wurde — bloß eine Verwahrung gegen die Verabsolutierung dieses Gegensatzes zu bedeuten.

Die Aufhebung des Dualismus von objektivem und subjektivem Recht erscheint nunmehr ebenfalls bloß als eine Verwahrung gegen die Auffassung, die die Erscheinungsformen des subjektiven Rechts (Berechtigung, Rechtspflicht, Rechtssubjekt) als vom objektiven Recht unabhängige Wesenheiten begreift (S. 42, 60). Mit besonderem Nachdruck hebt Kelsen hervor, daß nur der Einzelmensch, als natürliche Realität, rechtlich verpflichtet und berechtigt werden könne (S. 53, 54). Es soll demgegenüber bemerkt werden, daß niemals eine nackte natürliche Realität, sondern immer nur der vernünftige menschliche Wille, also der Mensch als nicht nur körperlich-seelisches, sondern auch vernünftig-geistiges Wesen, rechtlich verpflichtet und berechtigt werden kann. Ansonsten vermag die angeführte Behauptung Kelsens nichts anderes besagen, als daß die „mittelbaren" Verpflichtungen und Berechtigungen der sogenannten juristischen Personen in die wahren, „unmittelbaren" Verpflichtungen und Berechtigungen von Einzelmenschen aufgelöst werden müssen (S. 55). Die Richtigkeit der aus der Literatur wohlbekannten Ansicht, daß hinter der juristischen Person, als dem „Aftersubjekt", Einzelmenschen, als „wahre Rechtssubjekte", stecken sollen[1]), wollen wir hier nicht untersuchen und möchten nur feststellen, daß das subjektive Recht nach der angeführten Auffassung Kelsens als die rechtliche Verpflichtung und Berechtigung von Einzelmenschen durch die objektive Rechtsnorm begriffen werden muß. In dem Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Recht tritt somit die Beziehung des rechtlichen Normsystems zur Wirklichkeit der Einzelmenschen bzw. zu den „realen" menschlichen Verhalten (S. 55) zutage. Die Bezugnahme auf die nichtnormative, außerrechtliche Realität der Einzelmenschen erschafft somit die Grundlage für die Unterscheidung der objektiven Rechtsnormen von

[1]) Vgl. Ihering: Geist des römischen Rechts, 6. und 7. Auflage, 1924, 3. Teil, 1. Abt., S. 357. Mit der Frage der juristischen Personen habe ich mich in meinem ungarischen Werk: Die Theorie der juristischen Personen, 1931, eingehend befaßt.

den durch sie bestimmten, unter ihnen stehenden Rechtssubjekten und subjektiven Rechten und rechtfertigt hierdurch in einem gewissen Grad auch den Dualismus von objektivem und subjektivem Recht.

Wenn „an dem menschlichen Verhalten, das den Inhalt der Rechtsnorm und sohin der Rechtspflicht wie der Berechtigung bildet, ein persönliches (subjektives) und ein sachliches (objektives) Element unterschieden werden kann: das Subjekt der Handlung oder Unterlassung und die Handlung oder Unterlassung selbst, ‚Wer' etwas tut oder unterläßt und ‚Was' getan oder unterlassen wird" (S. 55/6), so ist auch der Dualismus von subjektivem und objektivem Recht zumindest insoweit gerechtfertigt, als er den Gegensatz der beiden rechtlichen Betrachtungsweisen darstellt, von denen die eine das persönliche Element, die andere das sachliche Element in den Vordergrund der Betrachtung rückt.

Unserer Ansicht nach reicht jedoch die Bedeutung des Dualismus von objektivem und subjektivem Recht noch weiter. Die These Kelsens, daß der Mensch, als natürliche Realität, durch die Rechtsnorm verpflichtet und berechtigt werden kann (S. 54), stellt bereits eine Verknüpfung von Norm und Wirklichkeit her. Unserer Auffassung nach ist bereits das objektive Recht eine Verknüpfung von Norm und Wirklichkeit: ein tatsächlich befolgtes Normsystem. Der Dualismus von objektivem und subjektivem Recht entspricht auf Grund dieser Auffassung dem Gegensatz der beiden Blickrichtungen, von denen die eine von der Norm, die andere von der Wirklichkeit ausgeht: die eine Betrachtungsweise stellt die Normen in den Vordergrund, die sich auf Grund ihrer tatsächlichen Wirksamkeit, d. h. der menschlichen Verhalten, als objektives positives Recht qualifizieren, die andere geht von den tatsächlichen menschlichen Verhalten aus, die auf Grund der Normen als subjektives Recht (Rechtspflicht oder Berechtigung) oder als Unrecht erscheinen[1]).

Entspringt das subjektive Recht der Beziehung rechtlicher Normen auf die Wirklichkeit, so kann die Unterscheidung des objektiven vom subjektiven Recht um so eher in die Rechtslehre Kelsens Eingang finden, als er die rein normative Betrachtung verlassend die hohe Bedeutung der kausalwissenschaftlichen Wirklichkeit für das Recht zu würdigen geneigt ist. Wie die Einschränkung der Identität von Staat und Recht die Möglichkeit zur Anerkennung des Unterschiedes zwischen öffentlichem und privatem Recht eröffnet, so führt die Einschränkung der rein normativen Rechtsbetrachtung und die Berücksichtigung der Rechtswirklichkeit zur Möglichkeit der Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht.

Daß Kelsen trotz seines rein normativen Ausgangspunktes die Beziehung von Sollen und Sein im Rechtsbegriff nicht aus dem Auge

[1]) Vgl. meine: Theorie der juristischen Personen, S. 331.

ließ, daß er den wissenschaftlichen Mut hatte, den Standpunkt der rein normativen Betrachtung in der Frage der Positivität des Rechtes zu verlassen, habe ich bereits an einer anderen Stelle zu beweisen versucht[1]). In seinem neuen Werk findet die für das positive Recht bedeutsame Wirklichkeit eine erhöhte Beachtung und so ist es auch ganz folgerichtig, daß der Dualismus von objektivem und subjektivem Recht nunmehr bloß in der Form von ihm bekämpft zu werden scheint, in der das objektive und das subjektive Recht als zwei voneinander unabhängige Wesenheiten auftreten.

§ 4. Daß die rein normative Rechtsbetrachtung, und somit die Reinheit der Rechtslehre von soziologischen Elementen, im neuen Werk Kelsens eine weitgehende Beschränkung findet, geht aus folgendem hervor.

Im Gegensatz zu der rein normativen Auffassung, daß das Recht bloß ein Normsystem sei, hebt er ausdrücklich hervor, daß man im Recht „zwei Elemente unterscheiden könne: das eine ist ein in Zeit und Raum vor sich gehender, sinnlich wahrnehmbarer Akt, ein äußerer Vorgang, zumeist menschlichen Verhaltens; das andere ein diesem Akt oder Vorgang gleichsam innewohnender oder anhaftender Sinn, eine spezifische Bedeutung" (S. 2). Das Recht „als geistiger Sachgehalt" ist seiner Ansicht nach „Ordnung und sohin Gegenstand normativ-juristischer Erkenntnis, als motivierter und andere motivierender, seelisch-körperlicher Akt (ist es) Macht, das ist Rechtsmacht, und als solche Objekt der Sozialpsychologie oder Soziologie" (S. 127). Der normative Charakter der Reinen Rechtslehre besteht nunmehr darin, daß sie „auf die Kategorie des Sollens überhaupt und damit auf eine normative Theorie des Rechts (nicht) verzichten (will)", und diese normative Theorie des Rechts ist die „erkenntnismäßige Durchdringung und systematische Bearbeitung der geistigen Gehalte, die von natürlichen Akten getragen, solchen allererst den Sinn des Rechts geben" (S. 36/7). Gegen den Gedanken einer solchen normativen Wissenschaft vom Recht — als welche wir die dogmatische Jurisprudenz ansehen[2]) — ist wohl nichts einzuwenden, da der geistige Gehalt des Rechts von der sie tragenden Rechtswirklichkeit abgelöst und für sich betrachtet werden kann[3]). Ernstem Bedenken begegnet dagegen Kelsens Auffassung von der Rechtssoziologie, für die „das Recht nur als Seinstatsache, als Faktum im Bewußtsein der die Rechtsnormen setzenden oder sie befolgenden und verletzenden Menschen" in Frage kommen sollte (S. 10); denn diejenigen seelisch-körperlichen Akte, die die rechtliche Norm

[1]) Vgl. meinen Artikel: Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, Kelsen-Festschrift (Gesellschaft, Staat und Recht), 1931, S. 94.

[2]) Vgl. Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, a. a. O., S. 96.

[3]) Vgl. meinen Artikel: Creazione e applicazione del diritto, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 14. Bd., 1934, S. 668.

als eine ihnen anhaftende „Bedeutung" tragen, verlieren, wenn man diese Norm von ihnen ablöst, ihren rechtlichen und sozialen Charakter[1]). Das „Wollen oder Vorstellen der Rechtsnormen" ist ohne Bezugnahme auf den Sinngehalt dieser Normen ein nackter psychologischer Vorgang und keine Rechtswirklichkeit. Wie dem auch sei, ist es zweifellos, daß die Einsicht, daß das Recht aus zwei Elementen bestehe, konsequenterweise die Forderung entstehen läßt, daß eine wahrhaftig „allgemeine" Theorie des Rechts beide Elemente, also sowohl den normativen Sinngehalt des Rechts als auch die sogenannte Rechtswirklichkeit berücksichtigen müsse. Begnügt sich die Reine Rechtslehre damit, bloß eine Theorie der dogmatischen Jurisprudenz zu liefern, so kann sie rein normativ verfahren; will sie aber eine allgemeine Rechtstheorie darstellen, so muß sie auch den soziologischen Fakten der Rechtswirklichkeit die gebührende Beachtung schenken. Daß Kelsen dies tut, ist schon aus dem bereits Gesagten ersichtlich.

Wie die Verknüpfung von normativen und faktischen Elementen im Recht möglich sei und wie die Beachtung beider Elemente mit der „Methodenreinheit" der Reinen Rechtslehre in Einklang gebracht werden könne, ist eine andere Frage; unleugbar ist aber, daß im Rechtsbegriff Kelsens diese Verknüpfung von normativen und faktischen Elementen tatsächlich durchgeführt ist. Sein neues Werk äußert sich in dieser Hinsicht entschiedener als seine früheren Arbeiten.

Es war oben schon davon die Rede, daß die Behauptung Kelsens, daß der Mensch, als natürliche Realität, durch die Rechtsnorm verpflichtet und berechtigt werden könne, bereits eine Verknüpfung von Norm und Wirklichkeit darstellt. Das Gegenstück zu dieser Behauptung ist die Ansicht, daß ein Zwangsakt eine Verpflichtung hervorbringen könne (S. 107): „Die wesentliche Funktion der Rechtsnorm (ist)" — sagt Kelsen —, „daß sie den Menschen zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet (indem sie das entgegengesetzte Verhalten mit einem Zwangsakt, der sogenannten Unrechtsfolge verknüpft)."

Er behauptet ferner, daß die normative Geltung der Rechtsordnung von ihrer faktischen Wirksamkeit abhänge (S. 72, 69).

Die erhöhte Bedeutung, die dem Momente der Faktizität in der Rechtsbetrachtung Kelsens zukommt, äußert sich auch darin, daß er in seinem neuen Werk dem von ihm bisher wenig beachteten Gewohnheitsrecht eine hervorragende Rolle zuteilt. Das allgemeine Gewohnheitsvölkerrecht bildet die höchste positivrechtliche Stufe in dem auf Grund des Primates des Völkerrechts aufgestellten Stufenbau des Rechts (S. 130). Und „in der primitiven, der vorstaatlichen Rechtsgemeinschaft erfolgt die Erzeugung der generellen

[1]) Vgl. Creazione e applicazione del diritto, a. a. O., S. 667 ff.

Rechtsnormen im Wege der Gewohnheit, das heißt durch die Übung der einzelnen Rechtsgenossen" (S. 118). In dem Gewohnheitsrecht pflegt man nun die Äußerung der rechterzeugenden Kraft des Faktischen zu sehen. Diese Ansicht ist insofern nicht richtig, als aus bloßen Fakten niemals Rechtsnormen entstehen können. Aus nackten Naturtatsachen kann man auf keine Weise — und auch nicht vermittels der Annahme einer hypothetischen Grundnorm — eine rechtliche Norm hervorzaubern. Auch das Gewohnheitsrecht kann nur faktischen menschlichen Handlungen entspringen, „durch die Übung der Rechtsgenossen" erzeugt werden. Diese menschlichen Handlungen sind aber keine nackten Fakta, sondern haben einen „ihnen innewohnenden oder anhaftenden Sinn", eine spezifische normative Bedeutung, die aus ihnen, als „konkludenten Fakten" herausgefolgert werden kann. Andererseits ist es aber zweifellos, daß im Gewohnheitsrecht das Element der Faktizität, die tatsächliche „Übung der Rechtsgenossen" (S. 118, 131) oder die „Nichtanwendung" der Norm (S. 73) im Vordergrund der Betrachtung steht. Die dem Gewohnheitsrecht zugeteilte hervorragende Rolle ist somit auch ein Beweis dafür, daß die Reine Rechtslehre Kelsens das faktische Element des Rechts vollauf zu würdigen weiß.

Die „konkludenten Fakta" des Gewohnheitsrechts, die menschlichen Handlungen, deren körperlich-seelische Wirklichkeit eine immanente normative Bedeutung trägt, sind auch aus dem Grund beachtenswert, als sie darauf hinweisen, daß die Möglichkeit einer Verbindung von Norm und Faktizität, von Wert und Wirklichkeit in der Beschaffenheit des Menschenwesens zu finden ist. Es sei uns erlaubt, folgende Worte aus einem unlängst erschienenen Werke Nicolai Hartmanns anzuführen: „Das lebende, geistig-personale Menschenwesen ist der Punkt in der realen Welt, an dem diese sich der idealen Forderung öffnet, die von den Werten ausgeht... Das bloße Seinsollen bewegt den Gang der Dinge nicht. Realisation der Werte bleibt abhängig davon, ob sich in der realen Welt selbst ein Wesen findet, das empfänglich ist für ihre ideale Forderung und sich mit seiner Realenergie für sie einsetzt. Der Mensch allein, als personal-geistiges Wesen, ist solchen Einsatzes fähig... Der Mensch ist Bürger zweier Welten zugleich..."[1]). Infolge dieser Beschaffenheit des Menschen stellt auch der gesamte Bereich des Sozialen eine Verbindung von Wert und Wirklichkeit dar. Die sozialen Fakta sind keine nackten Naturtatsachen, sondern mit normativem Sinn erfüllte Akte. Wird also das Recht durch soziale Fakta, durch empirische soziale Willensakte erzeugt, so ist auch der Ursprung des normativen Sinnes der Rechtsordnung damit zu erklären, daß die rechterzeugenden „Seinsvorgänge" einen normativen „Sinngehalt" tragen (S. 6). Die Erklärung der normativ-rechtlichen Geltung bedarf also keinesfalls der Annahme einer hypothetischen Grundnorm,

[1]) Das Problem des geistigen Seins, 1933, S. 138.

der die Unmöglichkeit zugemutet werden soll, Fakta in Normen zu verwandeln.

Dieser Weg zur Erklärung des Ursprungs der rechtlichen Geltung scheint Kelsen offen zu stehen, da er das Recht als „ein gesellschaftliches Phänomen, die Gesellschaft aber als einen von der Natur völlig verschiedenen Gegenstand" begreift (S. 2, 35) und außerdem ausdrücklich feststellt, daß, „wenn von ‚Erzeugung' einer Norm gesprochen wird, damit immer Seinsvorgänge gemeint (seien), die die Norm als Sinngehalt tragen" (S. 6). Trotzdem betrachtet er die sozialen Akte des öfteren als bloße „natürliche Vorgänge" (S. 9) und hält zur Erklärung des Ursprungs der rechtlichen Geltung an seiner Theorie von der Grundnorm fest.

§ 5. Die Auffassung Kelsens von der Grundnorm, vermittels deren die Berücksichtigung der Rechtswirklichkeit mit der rein normativen Betrachtung versöhnt werden soll, erfährt aber in seinem neuen Werk ebenfalls eine gewisse Umbildung.

Der Gedanke, daß die rechtliche Geltung der gesamten Rechtsordnung auf einer Hypothese der Rechtswissenschaft beruhe, wird nicht mehr betont und mit einer fast unmerklichen Abweichung von diesem Gedanken ist nunmehr davon die Rede, daß die Grundnorm die „hypothetische Grundlage" sei, mit der die Reine Rechtslehre operiert (S. 66, 74).

Infolge des Primats des Völkerrechts gilt der positive völkerrechtliche Grundsatz der Effektivität als die relative Grundnorm der einzelstaatlichen Rechtsordnung (S. 72). Die relative Grundnorm ist somit keine Hypothese mehr, sondern positives Recht. Nur die Grundnorm des Völkerrechts erscheint als eine hypothetische Grundregel. Da aber Kelsen das Völkerrecht in die höhere Stufe des „allgemeinen Gewohnheitsvölkerrechts" und in die niedrigere Stufe des „partikulären Vertragsvölkerrechts" teilt (S. 129/30) und somit das allgemeine Gewohnheitsvölkerrecht als die allerhöchste positivrechtliche Schicht betrachtet, „muß als die Grundnorm des Völkerrechts und damit auch der vom Völkerrecht delegierten einzelstaatlichen Rechtsordnungen eine Norm gelten, die die durch das gegenseitige Verhalten der Staaten konstituierte Gewohnheit als rechterzeugenden Tatbestand einsetzt" (S. 130). Nun ist es zu beachten, daß nach der Ansicht Kelsens der Inhalt der Grundnorm eigentlich nichts anderes als die Forderung enthält, als geltende diejenige Ordnung zu betrachten, die tatsächlich wirksam ist, „der das tatsächliche Verhalten der Menschen (bzw. das gegenseitige Verhalten der Staaten) bis zu einem gewissen Grad entspricht" (S. 68). Und da das Gewohnheitsrecht diesen wesentlichen Inhalt der Grundnorm seinem Begriff nach schon enthält, ist die Annahme einer Grundnorm zur Begründung der Geltung des Gewohnheitsvölkerrechts überflüssig. Es hat wenig Sinn, als „geltend" nur die „wirksame" Gewohnheit anzunehmen, da es eine unwirksame Gewohnheit nicht gibt. So wie die „relative Grundnorm" den Grund-

satz der Effektivität enthält, enthält in der Formulierung Kelsens auch die hypothetische Grundnorm nichts anderes als die Forderung der Wirksamkeit, der tatsächlichen Befolgung des Normsystems[1]). Der Begriff des Gewohnheitsrechts enthält aber nach Kelsen ebenfalls den Gedanken der tatsächlichen Befolgung, der „Übung durch die Rechtsgenossen", des tatsächlichen Verhaltens „der Glieder der Rechtsgemeinschaft" (S. 131). Der Inhalt der Grundnorm und der Begriff des Gewohnheitsrechts besagen somit dasselbe.

In einem anderen Zusammenhang habe ich ausgeführt, daß die Grundnorm auch als die letzte gewohnheitsrechtliche Grundlage des Rechtssystems aufgefaßt werden könne[2]). Die Grundnorm Kelsens steht dieser Auffassung nunmehr ganz nahe.

Man kann zwar die Frage aufwerfen, ob denn das Gewohnheitsrecht überhaupt als Recht anzusehen sei und ob seine rechtliche Geltung nicht auf einer weiter nicht begründbaren Annahme der Rechtswissenschaft beruhe. Diese letztere Frage muß verneint werden: wenn die „konkludenten Fakta" des Gewohnheitsrechts keinen ihnen innewohnenden normativen Sinn enthalten, so kann ihnen dieser Sinn der normativen Geltung, wie hiervon oben (§ 4) bereits die Rede war, durch eine rechtswissenschaftliche Annahme nicht verliehen werden. Die Rechtswissenschaft, als erkennende Tätigkeit, kann bloß das Vorhandensein des — den konkludenten Fakten innewohnenden — normativen Sinnes feststellen. In einer früheren Abhandlung äußert sich Kelsen in einer unserer Auffassung nahekommender Weise folgendermaßen: „Der Inhalt der Grundnorm ... richtet sich ... nach der Fülle von empirisch gegebenen Akten, die mit dem subjektiven Anspruche auftreten, Rechtsakte zu sein, und die objektiv als solche nur gelten können, sofern sie auf einen Grundakt bezogen werden, der — d. i. die Funktion der Grundnorm — als erster rechtserzeugender Tatbestand vorausgesetzt wird"[3]). Nach dieser Auffassung handelt es sich jedoch bei der Grundnorm nicht darum, nackten Naturtatsachen einen normativen Sinn zuzuführen, sondern darum, den bereits vorhandenen Anspruch auf normative Geltung als eine positivrechtliche Geltung zu verifizieren, und dies geschieht durch die Feststellung der tatsächlichen Wirksamkeit der bereits vorhandenen normativen Forderungen. Die Kelsensche Formulierung des Inhalts der Grundnorm läßt keinen Zweifel darüber bestehen, daß der „subjektive Anspruch" eines Sinngehaltes, Rechtsnorm zu sein, sich durch die Feststellung seiner

[1]) Ich habe in meinem Artikel: Recht und Gewohnheitsrecht, Zeitschrift für öffentliches Recht, 14. Bd., 1934, S. 557, 561, zu beweisen versucht, daß durch die Delegation das Element der tatsächlichen Befolgung aus der Grundnorm der delegierten Norm zugeführt wird.

[2]) Vgl. meinen in der vorigen Anmerkung angeführten Aufsatz, S. 561.

[3]) Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 65.

tatsächlichen Wirksamkeit als objektivrechtliche Geltung erweist. Wird auf diese Weise vermittels der Grundnorm das Element der tatsächlichen Befolgung dem Rechtsnormsystem zugeführt[1]), so beschränkt sich die Funktion der Rechtswissenschaft bei der sogenannten „Annahme der Grundnorm" einfach darauf, die Tatsache der Wirksamkeit des in Frage stehenden Normsystems festzustellen.

Die Rolle der Rechtswissenschaft besteht somit in der erkenntnismäßigen Feststellung bereits vorhandener normativer Forderungen und ebenfalls schon vorhandener realer Tatsachen und es kann keine Rede davon sein, daß durch die Funktion der Rechtswissenschaft, durch die Annahme der hypothetischen Grundnorm im Weg einer geheimnisvollen juristischen Alchimie, die rechtliche Geltung des positiven Rechts erzeugt werde.

§ 6. Wenn man der Wissenschaft eine erkenntnismäßige (theoretische) Funktion zuteilt, so kann man auch in der Rechtswissenschaft nichts anderes als die Quelle von Erkenntnissen, nicht aber die Quelle der von der theoretischen Geltung verschiedenen, praktischen, positivrechtlichen Geltung erblicken.

Die entgegengesetzte Ansicht Kelsens, daß die Rechtswissenschaft, infolge der Annahme der hypothetischen Grundnorm, die Quelle der positivrechtlichen Geltung des gesamten Rechtssystems sei, hängt mit seiner erkenntnistheoretischen Auffassung zusammen.

Nach dem Erscheinen der „Hauptprobleme" übte der „methodische Idealismus" Cohens einen bedeutenden Einfluß auf die Auffassung Kelsens[2]). Diese extrem-idealistische Richtung des Neukantianismus verficht die These, daß der Gegenstand der Erkenntnis durch die Methode der Erkenntnis „erzeugt" werde. In diesem Sinn lehrt auch Kelsen, daß das Recht, als Gegenstand der Rechtswissenschaft, von der Rechtswissenschaft „erzeugt" werde[3]). Genau derselbe Gedanke ist aber auch in der Lehre von der Grundnorm enthalten: so wie nach der genannten erkenntnistheoretischen Auffassung die Rechtswissenschaft aus dem alogischen Material geschichtlich-sozialer Willensakte die Rechtsnormen „erzeugt", soll die Grundnorm geschichtlich-soziale Willensakte in Rechtsnormen verwandeln: die normativrechtliche Geltung sämtlicher Rechtsstufen des geschichtlich-sozialen Rechtserzeugungsprozesses soll aus der Grundnorm hergeleitet werden. Da aber die Annahme der Grundnorm eine Funktion der Rechtswissenschaft ist, bedeutet diese Auffassung nichts anderes, als daß das Recht, als positivrechtlich geltende Ordnung, von der Rechtswissenschaft „erzeugt" wird. Die Rechtswissenschaft leistet mit der Annahme der Grundnorm auf der

[1]) Vgl. oben, S. 339, Anm. 1.

[2]) Vgl. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Auflage, 1923, Vorwort zur zweiten Auflage, S. XVII.

[3]) Am ausführlichsten ist diese Ansicht in seinem Aufsatz: Rechtswissenschaft und Recht, Zeitschrift für öffentliches Recht, 3. Bd., 1922, S. 103—235, entwickelt.

höchsten Stufe des rechtlichen Stufenbaues dieselbe Funktion, die sie bereits bei jeder Rechtsnorm geleistet hat, als sie diese aus dem Material der geschichtlich-sozialen Willensakte „erzeugte". Hält man also an der These von der erkenntnistheoretischen Erzeugung des Rechts durch die Rechtswissenschaft fest, so ist die Annahme der Grundnorm, die nichts anderes als eine Verdoppelung dieser erkenntnistheoretischen These ist, überflüssig. Läßt man jedoch diese These fallen, so muß auch die den gleichen Gedanken enthaltende Lehre von der Grundnorm fallengelassen werden.

Daß die Lehre von der Grundnorm mit dem erkenntnistheoretischen Idealismus Kelsens zusammenhängt, tritt auch darin zutage, daß Kelsen „die Theorie der Grundnorm als transzendentallogisches Naturrecht charakterisiert"[1]).

Infolge der Aufnahme der Stufentheorie in das System der Reinen Rechtslehre spricht Kelsen von der „Erzeugung" des Rechts auch im Sinn eines geschichtlich-sozialen Prozesses und in seinem neuesten Werk betont er bereits ausdrücklich, daß, „wenn von ‚Erzeugung' einer Norm gesprochen wird, damit immer Seinsvorgänge gemeint seien" (S. 6), also keine „Erzeugung" im erkenntnistheoretischen Sinn. Trotzdem läßt er aber als höchste Stufe im Erzeugungszusammenhang des Rechts die hypothetische Grundnorm gelten, die keinesfalls als ein Seinsvorgang betrachtet werden kann. Die Reihenfolge der Rechtsstufen, auf denen das Recht ohne Mitwirkung der Rechtswissenschaft im geschichtlich-sozialen Sinn „erzeugt" wird, ist durch die Grundnorm der Rechtswissenschaft abgeschlossen, die den Gedanken ausdrückt, daß die rechtliche Geltung letzten Endes aus der logischen Sphäre hergeleitet wird, im transzendentallogischen Sinn „erzeugt" wird. Die These von der „Erzeugung des Rechts durch die Rechtswissenschaft" zieht sich somit in den Schlupfwinkel der hypothetischen Grundnorm zurück.

Im neuen Werk Kelsens ist nirgends von der Erzeugung des Rechts durch die Rechtswissenschaft die Rede. Diese Reinheit der Rechtslehre von der Erkenntnistheorie ist wärmstens zu begrüßen. Soll jedoch die störende Einwirkung der erkenntnistheoretischen Stellungnahme gänzlich ausgeschaltet werden, so wäre auch der Gedanke der hypothetischen Grundnorm aufzugeben oder die Grundnorm als positives Gewohnheitsrecht aufzufassen.

§ 7. Es soll nicht behauptet werden, daß die theoretische Rechtswissenschaft eine philosophische Begründung gänzlich entbehren

[1]) Vgl. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 66: „Will man in der hier als die notwendige Voraussetzung jeder positivistischen Rechtserkenntnis aufgezeigten Grundnorm, trotz ihres Verzichtes auf jedes Moment materialer Gerechtigkeit, Naturrecht erblicken... (so wird man) die Theorie der Grundnorm am besten als transzendentallogisches Naturrecht charakterisieren." Unseres Erachtens hat jedoch die hypothetische Grundnorm mit der naturrechtlichen Auffassung nichts zu tun.

könne. Die letzten Voraussetzungen der Rechtswissenschaft führen ebenso in die Philosophie wie die Voraussetzungen sämtlicher anderer Wissenschaften. Trotzdem ist der Gedanke einer von Metaphysik und Erkenntnistheorie „reinen" Rechtswissenschaft ebenso berechtigt wie der einer „standpunktfreien" Mathematik, Naturwissenschaft oder Geschichtswissenschaft. Rechtliche Problemlösungen können nicht von einem idealistischen oder realistischen „Standpunkt" abhängen. Der Streit philosophischer Standpunkte kann nicht auf dem Boden der Rechtstheorie ausgefochten werden. Durch die Vermengung erkenntnistheoretischer und juristischer Erwägungen wird die „Reinheit" der Rechtslehre zumindest in demselben Maß beeinträchtigt als durch eine ungebührende Beachtung ethisch-politischer oder soziologischer Gesichtspunkte[1]). Kants Worte: „Es ist nicht Vermehrung, sondern Verunstaltung der Wissenschaften, wenn man ihre Grenzen ineinanderlaufen läßt" treffen auch auf das Verhältnis von Erkenntnistheorie und Rechtslehre zu[2]).

Im neuen Werk Kelsens ist die Reinheit von philosophischen Erörterungen, die recht eigentlich nicht in die Rechtslehre gehören, in hohem Maß vorzufinden. Er selbst fordert eine „von aller Metaphysik und Mystik befreite Erkenntnis" des Staates und des Rechts (S. 117). Eine jede Erkenntnistheorie führt aber letzten Endes in die Metaphysik[3]).

Nur an zwei Punkten kann der störende Einfluß der Erkenntnistheorie in der Rechtslehre Kelsens festgestellt werden. An der Behauptung, daß die Einheit des universalen Rechtssystems „eine nur erkenntnismäßige, keine organisatorische Einheit" sei (vgl. oben § 2), und an der Lehre von der hypothetischen Grundnorm (vgl. oben § 6). Diese beiden Auffassungen führen eigentlich auf einen einzigen Gedanken zurück, da die Einheit des Rechtssystems durch die Grundnorm hergestellt werden soll.

Die Entwicklung der Gedanken Kelsens, die seine gewaltige wissenschaftliche „Arbeit am Problem des Rechts" leiten, ist wohl noch nicht abgeschlossen. Wenn die Zeichen nicht trügen, wird die

[1]) Diesen Gedanken habe ich bereits in meinem Aufsatz: Recht und Gewohnheitsrecht, a. a. O., S. 546, betont; vgl. auch Mokre: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, diese Zeitschrift, 9. Bd., 1930, S. 321.

[2]) Auf welche Irrwege die Rechtstheorie durch eine erkenntnistheoretische Spekulation geführt werden kann, wird durch das Beispiel von Barna Horváths „Rechtssoziologie", 1934, vor Augen geführt. Diese „Rechtssoziologie" will eine Wissenschaft sein, die keinen Gegenstand und keine Methode haben soll. Ihr „Gegenstand" ist nämlich das Recht, das nach der Ansicht Horváths weder Natur noch Norm ist und somit aus erkenntnistheoretischen Gründen kein Gegenstand ist (a. a. O., S. 52); und ihre „Methode" ist die Synopsis, die wiederum aus erkenntnistheoretischen Gründen — da eine Methode einen Gegenstand „erzeugen" müßte — keine Methode, sondern bloß eine Technik sein soll (ebenda, S. 68).

[3]) Vgl. Nicolai Hartmann: Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 2. Auflage, 1925.

nächste Phase dieser Entwicklung zur Umwandlung der hypothetischen in eine gewohnheitsrechtliche Grundnorm führen.

§ 8. Wir waren bestrebt nachzuweisen, daß das neue Werk Kelsens eine wahre Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre darstellt. Die Grundrichtung dieser Weiterentwicklung weist auf eine beträchtliche Annäherung an die traditionelle Rechtsauffassung hin. Alle Punkte, die wir oben untersucht haben: die Abschwächung der Identität von Staat und Recht, die Anerkennung eines relativen Unterschiedes zwischen öffentlichem und privatem und zwischen objektivem und subjektivem Recht, die Verknüpfung von Norm und Wirklichkeit im Rechtsbegriff, die Annäherung der Grundnorm an das Gewohnheitsrecht, die Reinheit der Rechtslehre von Erkenntnistheorie — sie alle bringen die Reine Rechtslehre der althergebrachten Rechtsbetrachtung näher. Kelsen selbst betont es in diesem neuen Werk öfters und mit besonderem Nachdruck, daß seine Rechtstheorie als die konsequente „Fortentwicklung von Ansätzen verstanden werden (kann), die sich schon in der positivistischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ankündigen" (S. IV, 38, 47, 127).

Auch der Verfasser dieser Zeilen, der Kelsen zwar vieles verdankt, sich aber doch nicht zu seinen Jüngern zählen kann, begrüßt deshalb das Erscheinen der „Reinen Rechtslehre" mit großer und aufrichtiger Freude. Diese hochbedeutsame Rechtstheorie wird vermutlich auch an Wirksamkeit viel dadurch gewinnen, daß sie durch Annäherung an die traditionelle Lehre in den großen Strom der jurisprudentia perennis einmündet.

# „DAS WESEN DER PHILOSOPHIE" NACH PAULER

Inhalt: 1. Die Philosophie als reduktive Forschung. — 2. Die Philosophie als Wissenschaft der autonomen Sätze. — 3. Die Philosophie als Untersuchung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften. — 4. Die Philosophie als Wissenschaft der universalsten Klassen. — 5. Die philosophischen „Grundwissenschaften." — 6. Die „angewandten" Philosophien. — 7. Die Rechtsphilosophie.

Wir hätten den folgenden Erörterungen auch den Titel: „Das Verhältnis der Philosophie und der Fachwissenschaften im Systeme Paulers" geben können, da die Philosophie auch nach Pauler eine Wissenschaft ist, d. h. in die theoretische Sphäre fällt und demgemäß die Bestimmung ihres Wesens in ihrer Abgrenzung von den Fachwissenschaften besteht.

Es ist ein kennzeichnender Zug des Unterschiedes von Philosophie und Fachwissenschaften, daß, während die Fachwissenschaften die methodische Bestimmung ihres eigenen Forschungsgebietes aus einer im logischen Sinne über ihnen stehenden allgemeineren Wissenschaft und letzten Endes aus der Philosophie, der Wissenschaft der angewandten Logik, erhalten, die Philosophie die Entscheidung einer von ihr angestrengten actio finium regundorum nicht vom Richterstuhle irgendeiner allgemeineren Wissenschaft erwarten kann. Die Philosophie selbst muß auch das Gebiet der eigenen Forschung bestimmen und begrenzen, und wenn sie dies tut, erhebt sie sich gleichsam über sich selbst. Eben darum ist das vornehmste und zugleich grundlegendste Problem der Philosophie: die Bestimmung des Wesens der Philosophie. Und da sie dieses durch eine Abgrenzung von den Fachwissenschaften feststellt, erhebt sie sich über die Fachwissenschaften hinaus und damit gleichsam über sich selbst: sie findet sich selbst und ihr eigenes Zentralproblem. Schon auf

Grund des Gesagten wird das Wesen der Philosophie, als der allgemeinsten Wissenschaft klar: ihre Universalität und ihr über die Fachwissenschaften hinausweisender erkenntnistheoretischer Charakter.[1]

Je stärker im Philosophen die systembildende Kraft, umsomehr bedarf sein System des das Wesen der Philosophie feststellenden archimedischen Punktes. Darüber aber, daß es für das ungarische philosophische Denken bisher keinen mächtigeren systembildenden Geist als Ákos von Pauler gegeben hat, dürfte kaum ein Zweifel bestehen.

Auch vom Gesichtpunkte der sogen. Fachphilosophien aus ist die Bestimmung des Wesens der Philosophie grundlegend wichtig, wenn es überhaupt angeht, mit diesem paradoxen Ausdrucke jene philosophischen Disziplinen zu bezeichnen, deren Allgemeinheit durch die Bestimmheit ihrer Gegenstände beschränkt ist, wie z. B. die Natur-, Geschichts-, Sozial-, Rechts-, Staats-, Kultur-, Kunst-, Moral- und Religionsphilosophie. Wenn es im Bereiche der mit dem Pleonasmus „allgemein" bezeichneten Philosophie eine Frage gibt, die diese Teilphilosophien gleichförmig und dennoch in allererster Linie betrifft, dann ist dies zweifellos die Frage des Wesens der Philosophie. Von ihrer Entscheidung in diesem oder jenem Sinne hängt es ab, ob es bei einer Beschränkung der Forschung auf ein Segment des Kosmos, d. h. bei ihrer nur relativen Universalität, möglich ist, noch von Philosophie zu sprechen und ob die erwähnten Fachphilosophien als Hofdamen der „Königin der Wissenschaften" in der hohen Region der Philosophie Platz nehmen dürfen. Von der Auffassung vom Wesen der Philosophie hängt es ab, ob in der Gliederung der Wissenschaften ein Übergang zwischen der Philosophie und der Fachwissenschaft denkbar ist. Und wenn ja, dann muß erst recht die Vorstellung vom Wesen der Philosophie jenem als Leitstern dienen, der vom Gebiete der Fachwissenschaften her in das Reich der Philosophie zu gelangen trachtet. Wenn es überhaupt richtig ist, von Fachphilosophien zu sprechen ,dann müssen diese von der Philosophie ihre leitenden Gesichtspunkte beziehen, müssen in

[1] Diese Universalität der Philosophie hebt ganz besonders scharf hervor: Rickert: System der Philosophie, I., Tübingen, 1921; in der ungarischen Literatur Bartók: A filozófia lényege (Das Wesen der Philosophie), Szeged, 1924.

Harmonie sein mit der Auffassung vom Wesen der Philosophie: „Sie müssen zur angewandten Philosophie werden."[2]

Das Gesagte begründet es, daß ich, wenn es in meiner Absicht liegt, als bescheidener Vertreter einer sogen. Fachphilosophie mit anspruchslosen Zeilen dem Andenken des großen systembildenen ungarischen Philosophen zu huldigen, seine Auffassung vom Wesen der Philosophie zum Gegenstande meiner Untersuchung machen muß. Wie ich ein Jahrzehnt vorher der mächtigen Feuersäule seines klaren, reinen Geistes gefolgt bin, indem ich auf Grund seiner Auffassung vom Wesen der Philosophie die Rechtsphilosophie als die Untersuchung der gemeinsamen Präsuppositionen aller Rechtswissenschaften aufzufassen versuchte,[3] ebenso sei es mir nun gestattet, aus dieser Auffassung den Funken zu holen, mit dem ich das glimmende Licht der pietätsvollen Erinnerung auf seinem frischen Grabe entzünden möchte.

## 1. Die Philosophie als reduktive Forschung.

Wenn wir den innersten Kern jener Vorstellung vom Wesen der Philosophie, die Pauler vertreten hat, suchen, dann können wir ihm in der Lehre begegnen, daß die Philosophie die Präsuppositionen der Fachwissenschaften klarzulegen trachte. Nach dieser Auffassung wäre die Philosophie „der logische Abschluß" der Fachwissenschaften, der jene Sätze erforscht, die die Fachwissenschaften nicht bewiesen, doch deren Gültigkeit sie dennoch präsupponiert haben, da ohne deren Gültigkeit ihre Lehren nicht bestehen könnten. Auf solche nicht bewiesene Präsuppositionen aber hat jede Fachwissenschaft sich umsomehr zu stützen, als jeder Beweis darin besteht, daß ein zu beweisender Satz mit Hilfe anderer bewiesen wird, und weil die Reihe jener heteronomen Sätze, die ihre Gültigkeit aus anderen vorhergehenden Sätzen schöpfen, zuletzt zu den sogenannten autonomen Sätzen hinführt, deren Gültigkeit allein in sich selbst

[2] Pauler: Einführung in die Philosophie (ung.), III. Ausgabe (1933), S 9.

[3] Moór: Einführung in die Rechtsphilosophie (ung.), Budapest, 1923, S. 25.

beruht, die also schon nicht mehr bewiesen werden können, deren Beweis aber gar nicht nötig ist, da sie evident und die sichersten unter den verstandesmäßig erfassbaren Sätzen sind. Wenn jedoch die Philosophie die Erforschung der Präsuppositionen, d. h. der logischen Bedingungen der Fachwissenschaften ist, dann würde sie in der Tat mit der „reduktiven Forschung" zusammenfallen, da nach Pauler die Methode der Reduktion eine Schlußfolgerung von den logischen Konsequenzen auf die logischen Antezedentien ist. Darnach würde die Methode der Philosophie die Wissenschaft der Philosophie bestimmen und gegen die Fachwissenschaften abgrenzen, was sehr viel Aehnlichkeit mit dem Kantischen Gedanken zeigt, daß die Methode der Erkenntnis den Gegenstand der Erkenntnis bestimme.[4]

Die Identifizierung der Philosophie mit der reduktiven Forschung würde dem entsprechen, was Pauler von der Reduktion als „dem der philosophischen Forschung eigentümlichen Verfahren" sagt. Eine der bedeutsamsten geistigen Schöpfungen unseres Philosophen ist es, daß er „die Reduktion als selbständige, der Induktion und Deduktion ebenbürtige Methode" entdeckt hat.[5] Und da die „Erforschung der Präsuppositionen" gleichbedeutend ist mit der „regressiven Spekulation", der „reduktiven Forschung", so ist es klar, daß auch die Auffassung von der Philosophie als Untersuchung der Präsuppositionen der Fachwissenschaften — obgleich wir dieser Auffassung auch vor Pauler schon begegnen — erst nach Paulers Ausführungen über die Methode der Reduktion tieferen Sinn erhält. Es würde demnach nicht überraschen, wenn der vorzügliche Theoretiker der Reduktion gerade in der Methode der Reduktion das Kriterium der philosophischen Forschung fände.

Dennoch aber wäre es unstichhältig, Pauler die einfache Gleichsetzung von Philosophie und Reduktion zuschreiben zu wollen. Unser Philosoph stellt nämlich einerseits mit Bestimmtheit fest ,daß die reduktive Methode in der Philoso-

[4] S. z. B. Cohens „methodischen Idealismus."

[5] Pauler: Logik, Berlin u. Leipzig, 1929, 270 S. — An dieser Stelle sei bloß auf die Änlichkeit der Reduktion mit der Frage der Kantischen transzendentalen Methode: „Wie ist Wissenschaft überhaupt möglich?" aufmerksam gemacht.

phie nicht die einzige, sondern bloß die „Hauptmethode" sei, für die die beiden anderen Grundmethoden (Induktion und Deduktion) „gelegentliche Hilfsmittel" werden können,[6] anderseits aber hebt er deutlich hervor, daß auch die Fachwissenschaften die Methode der Reduktion anwenden können: So ist er der Ansicht, daß Euklides aller Wahrscheinlichkeit nach durch reduktive Methode zur Erkenntnis der Axiome der Geometrie gelangt sei,[7] und spricht allgemein außer der „philosophischen Reduktion" auch von einer „ontologischen" und „mathematischen" Reduktion, obzwar es das Ziel dieser beiden letzterwähnten Reduktionen ist, bis zur Schichte der autonomen Sätze — die schwerlich nicht als Region der Philosophie betrachtet werden kann -- vorzudringen. Die ontologische Reduktion führt nämlich zu autonomen ontologischen Sätzen, zu „Wahrheiten, die Urtatsachen ausdrücken", die mathematische Reduktion jedoch zu autonomen Sätzen, die sich auf Relationen beziehen, zu mathematischen „Axiomen".[8]

## 2. Die Philosophie als Wissenschaft der autonomen Sätze.

Wenn wir auch vollkommen außer acht lassen, daß die Philosophie außer der Methode der Reduktion auch andere Methoden als „gelegentliche Hilfsmittel" verwenden kann, so müssen wir doch auf Grund des Gesagten den Kreis der philosophischen Forschung enger ziehen als den der reduktiven. Es ist ein naheliegender Gedanke, bloß diejenigen Reduktionen, die autonome Sätze erschließen, als philosophische Forschung zu betrachten. Pauler nennt die Philosophie in der Tat wiederholt die Wissenschaft der letzten Präsuppositionen. Es bedeuten jedoch diese und die autonomen Sätze dasselbe. Diese Auffassung würde einen Großteil der vom Gebiete der Fachwissenschaften ausgehenden und die lange Reihe der heteronomen Sätze durchschreitenden Reduktionen der sogen. fachphilosophischen Forschung überlassen und

[6] Logik, S. 274.
[7] Logik, S. 273.
[8] Logik, S. 271—274.

bloß die Untersuchung der zu unmittelbar-autonomen Sätzen führenden Reduktionen und der letzten Präsuppositionen selbst für die Philosophie behalten. Dies würde natürlich einem Übergang von der Philosophie zur Fachwissenschaft eine weite, dehnbare Möglichkeit erschließen. Nach dieser Auffassung wäre die Philosophie die Wissenschaft der autonomen Sätze und folglich könnte sie als die Wissenschaft der absoluten Sätze, der absoluten Gültigkeit, kurz gesagt des Absolutums, oder als die Untersuchung der Grenzen des Wissens bezeichnet werden.

Immerhin gibt es Momente, die gegen diese Deutung der Paulerschen Auffassung sprechen. So z. B. gleich der Umstand, daß unser Philosoph die Feststellung des Systems der autonomen Sätze als „Grenze der reduktiven Forschung, d. h. der philosophischen Erkenntnis" betrachtet.[9] Er bezeichnet also die Untersuchung der Grenzen der Erkenntnis nicht als den eigentlichen Gegenstand und die eigentliche Aufgabe der Philosophie, sondern auch die philosophische Untersuchung ist nach ihm an ihre Grenze gelangt, sobald sie zu den autonomen Sätzen gekommen ist. Gegen die in Rede stehende Interpretation spricht auch der Umstand, daß Pauler die Untersuchung der mathematischen Axiome nicht für die Aufgabe der Philosophie hält, obwohl diese Axiome unzweifelhaft autonome Sätze, die „elementaren Ausgangpunkte" der mathematischen Erkenntnis sind.

### 3. Die Philosophie als Untersuchung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften.

Allein am meisten spricht gegen obige Interpretation der Umstand, daß sich Pauler nicht damit begnügt, die Philosophie als die Wissenschaft der letzten Präsuppositionen zu bezeichnen, sondern daß er sie mit einer weitergehenden Beschränkung als die „methodische Untersuchung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften" charakterisiert.[11] Es ist wahr, dass diese Charakterisierung in

[9] Einführung in die Philosophie, S. 15.
[10] Logik, S. 273.
[11] Einführung, S. 9.

gewissem Maße zweideutig ist, da sie ja nicht nur die Untersuchung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften, sondern auch die der besonderen letzten Präsuppositionen jeder einzelnen Wissenschaft bedeuten kann. Die Wissenschaften können nämlich nicht nur solche gemeinsame letzte Präsuppositionen haben, die sich aus ihrem Wissenschaftscharakter ergeben, sondern auch solche besondere letzte Präsuppositionen, die sich aus der Besonderheit ihres Gegenstandes ergeben. Solche besondere letzte Präsuppositionen der Wirklichkeitswissenschaften sind z. B. jene, die sich auf die allgemeine Natur der Wirklichkeit beziehen, und innerhalb des Kreises der Wirklichkeitswissenschaften baut die Wissenschaft der räumlichen Wirklichkeit wieder auf anderen letzten Präsuppositionen als die Disziplin, die sich mit der psychischen Wirklichkeit befaßt. Diese Doppelsinnigkeit kann unserer Ansicht nach jedoch die Feststellung, die die Philosophie als die Untersuchung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen „aller Wissenschaften" definiert, deshalb nicht zweideutig machen, weil diese Definition zweifellos bloß auf die gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften verweisen kann und infolgedessen die Untersuchung der besonderen letzten Präsuppositionen der einzelnen Wissenschaften aus dem Bereiche der Philosophie ausschließt. Wenn Pauler diese Einschränkung nicht gewollt hätte, dann hätte es vollkommen genügt zu sagen, daß die Philosophie die Untersuchung der letzten Präsuppositionen der Wissenschaften sei, und es wäre vollkommen überflüssig gewesen, mit solcher Betonung hervorzuheben, daß diese Untersuchung auf die gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften abziele. — Als er in den ersten sieben Paragraphen seines Werkes: „Einleitung in die Philosophie" die fünf philosophischen Grundwissenschaften vorführt, stellt er sowohl die Logik als auch die Ethik, die Ästhetik und die Ideologie als die Untersuchung der gemeinsamen Präsuppositionen jeder wissenschaftlichen Forschung dar. Bloß bei der Darlegung der Metaphysik geht er nicht von der Wissenschaft im allgemeinen, sondern von den empirischen Wirklichkeitswissenschaften aus. Der Grund hiefür ist unserer Ansicht nach jedoch der, daß Pauler in der Tat nahe daran ist, die Fachwissenschaften mit den Wirklich-

keitswissenschaften zu identifizieren, da er außer der Philosophie und der Wirklichkeitswissenschaft keine andere Wissenschaft mehr anerkennt als die Mathematik, und auch von dieser lehrt, daß sie die Voraussetzung dieser Wirklichkeitswissenschaft, die Untersuchung der Präsuppositionen der den Zahlengesetzen unterworfenen Wirklichkeit und deshalb — wenn es erlaubt ist, diesen Ausdruck zu gebrauchen — gleichsam die Philosophie der Wirklichkeitswissenschaft sei.[12] Umso auffälliger ist es, daß unser Philosoph, obzwar er mit dieser Auffassung die ganze Mathematik in den Bereich der Philosophie gezogen hat, die Untersuchung der letzten Präsuppositionen der Mathematik nicht in die Philosophie aufnimmt.

Wenn wir auf Grund des Gesagten die Paulersche Auffassung vom Wesen der Philosophie derart deuten, daß die Philosophie die Untersuchung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften, demnach der universalen Präsuppositionen unseres gesamten Wissens sei, dann sind wir damit zu einer die Universalität der Philosophie stark betonenden Definition gelangt. Diese Auffassung sichert zugleich den Fachphilosophien von bloß relativer Allgemeinheit einen sehr guten wissenschaftstheoretischen Platz: die Untersuchung der besonderen letzten Präsuppositionen der einzelnen Fachwissenschafts-Kreise. In die Augen springend ist außerdem der erkenntnistheoretische Charakter dieser Auffassung. Wenn wir nämlich den gemeinsamen Präsuppositionen aller Wissenschaften nachforschen, dann müssen wir den Unterschied, der sich aus der Verschiedenheit des Gegenstandes der einzelnen Wissenschaften ergibt, außeracht lassen und uns bloß auf die Erforschung des allen gemeinsamen Wissenschaftscharakters, d. h. jener Präsuppositionen beschränken, die durch das Wesen der theoretischen Erkenntnis gegeben sind. Die Erforschung der Präsuppositionen, die sich aus der Besonderheit des den einzelnen Wissenschaften eigenen Gegenstandes ergeben, müßten wir daher den durch die Bestimmtheit ihres Gegenstandes charakterisierten Fachphilosophien überlassen. Es ist natürlich, daß die Philosophie auch getrennt die einzelnen Fachwissenschaften untersuchen

[12] Einführung, S. 11. — Vgl. hiezu: Logik, S. 225.

wird, aber nur zu dem Zwecke, um die Präsuppositionen, die sie mit allen übrigen Fachwissenschaften gemeinsam haben, aufzudecken. So weist z. B. Pauler aus der Untersuchung der einzelnen Zweige der Wirklichkeitswissenschaft nach, wie wichtig in jedem einzelnen — und nicht nur in der Geschichtswissenschaft — das Verfahren der Selektion ist.[13]

### 4. Die Philosophie als Wissenschaft der universalsten Klassen.

In der oben besprochenen Definition glauben wir den Kern jener Auffassung vom Wesen der Philosophie, die Pauler vertreten hat, gefunden zu haben. Diese Definition trägt der auf die Totalität des Wissens gerichteten Allgemeingültigkeit und dem auf eine absolute Gültigkeit abzielenden, also formalen Charakter der Philosophie am ehesten Rechnung. Diese Definition ist auch vom Gesichtspunkte der sogen. Fachphilosophien aus die fruchtbarste und sichert den glattesten Übergang aus der Region der Philosophie in das Gebiet des Fachwissenschaften.

Eine andere Frage ist es, ob Pauler selbst in allem an seiner vorliegenden Auffassung von der Philosophie festgehalten hat, und ganz besonders, ob er diese Auffassung dann, als er den Kreis der „philosophischen Grundwissenschaften" bestimmte, mit aller Strenge geltend machte.

In dieser Hinsicht kann vor allem nicht bezweifelt werden, daß er es für nötig hielt, den stark erkenntnistheoretischen, also formalen und methodologischen Charakter seiner erwähnten Auffassung durch die Feststellung abzuschwächen, daß „wir nicht bei jener Definition haltmachen können", die in der Philosophie eine Untersuchung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften sieht, „da sie bloß den Weg, nicht aber den speziellen Gegenstand der philosophischen Forschung bezeichnet."[14] In Anbetracht des Umstandes, daß „jede philosophische Wissenschaft die Merkmale gewisser Klassen der Dinge erforscht," definiert er die Philosophie als die Untersuchung der die Präsup-

[13] Logik, S. 223 ff.

[14] Einführung, S. 9.

positionen der Fachwissenschaften bildenden Klassen, d. h. „als die Wissenschaft von den universalsten Klassen."[15]

Abgesehen davon, daß der Gegenstand der philosophischen Forschung nicht irgendeine Klasse der Dinge, sondern die Totalität[16] der Dinge ist, kann diese Ergänzung der Auffassung vom Wesen der Philosophie durch die Berücksichtigung des Gegenstandes nicht viel bedeuten, wenn wir jene universalsten Klassen der Dinge, „deren Bestand die Präsupposition der Fachwissenschaften ist," als Gegenstand der Philosophie bezeichnen. Diese Klassen gehören demnach zu den „letzten Präsuppositionen" der Fachwissenschaften, und auf diese Weise sind wir auch bei Berücksichtigung des Gegenstandes nicht über die Definition hinausgekommen, die in der Philosophie „die Untersuchung der letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften" sieht. Die Berücksichtigung der universalsten Klassen der Dinge bedeutet höchstens ein Abrücken zu jener Auffassung, die nicht nur die Erforschung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften, sondern auch der besonderen letzten Präsuppositionen der einzelnen Fachwissenschaften in den Wirkungskreis der Philosophie verweist, indem sich gemäß den universalsten Klassen der Dinge die universalsten Gliederungen der Fachwissenschaften voneinander separieren.

An der stark erkenntnistheoretischen Färbung der Auffassung vom Wesen der Philosophie kann sich also nicht viel ändern, wenn wir die universalsten Klassen der als Gegenstand der Erkenntnis dienenden Dinge als Gegenstand der

[15] Einführung, S. 10.

[16] Vgl. Anton Schütz: Die Elemente der Philosophie im Geiste des hl. Thomas. Budapest, 1927. S. 1: „Die Philosophie unterscheidet sich hinsichtlich des Gegenstandes darin von den Fachwissenschaften, daß ihr Gegenstand nicht jeweils ein Segment der Wirklichkeit, sondern der ganze Kreis der erkennbaren Wirklichkeit ist; aber nicht in enzyklopädischer oder polyhistorischer Verarbeitung, sondern beim Lichte der höchsten Gesichtspunkte, der Prinzipien oder Ursachen geschen." — Wir irren vielleicht nicht, wenn wir in dieser Feststellung unter dem „ganzen Kreis der erkennbaren Wirklichkeit" den ganzen Kreis der erkennbaren Dinge verstehen, da doch zweifellos außer der empirischen Wirklichkeit auch die Dinge von bloß ideeller Subsistenz (Gültigkeiten, Werte, Ideen) zum Gegenstande der philosophischen Erkenntnis gehören, so auch jene höchsten Gesichtspunkte selbst, bei deren Lichte die Philosophie die Totalität der erkennbaren Dinge prüft.

Philosophie bezeichnen. Es ist zweifellos, daß sich jede Erkenntnis auf etwas, auf irgendein Ding als Gegenstand richtet und daß das Problem „des Erkenntnisgegenstandes" eine erkenntnistheoretische Frage ersten Ranges ist.[17] Und es ist weiters zweifellos, daß in der Philosophie auch der Weg der wissenschaftlichen Forschung zum „speziellen Gegenstande" der Untersuchung wird. Wenn wir die Philosophie als „die Wissenschaft von den universalsten Klassen betrachten, dann bedeutet dies doch nur, daß wir von den „philosophischen Grundwissenschaften" außer der Logik auch die Ideologie in den Kreis der Philosophie einbezogen haben, was die Rahmen der Erkenntnistheorie noch lange nicht gesprengt hat, die nach Paulers Auffassung die spezielle Verbindung logischer und metaphysischer Fragen ist, während die Ideologie die letzten Präsuppositionen der Metaphysik enthält.[18] Es ist übrigens auffallend, daß unser Philosoph, der die Philosophie als die „Wissenschaft von den universalsten Klassen" definiert, zur gleichen Zeit auch von der Ideologie behauptet, daß sie „die allgemeine Theorie des Dings bestimme," indem sie untersucht, „in welche allgemeinste Klassen die Dinge einzureihen sind;" darnach ist die Ideologie — ebenso wie die Philosophie — die Wissenschaft der allgemeinsten, universalsten Klassen, d. h. die Philosophie ist gleichbedeutend mit Ideologie.[19]

### 5. Die philosophischen „Grundwissenschaften."

Wenn wir die Philosophie nach Pauler als reduktive Forschung, als die Wissenschaft der autonomen Sätze oder der gemeinsamen letzten Präsuppositionen oder der universalsten Klassen definieren, geben wir eigentlich demselben, das Wesen der Philosophie erfassenden Zentralgedanken Ausdruck. Die reduktive Forschung führt letzten Endes zu auto-

[17] Siehe z. B. Rickert: Der Gegenstand der Erkenntnis (1. Aufl., 1892, VI. Aufl. 1928).

[18] Einführung, S. 9. (§§ 6 und 7).

[19] Einführung, S. 8, S. 9—10. — Diese „Ideologie" genannte philosophische Grundwissenschaft Paulers entspricht der „Gegenstandstheorie" Meinongs oder der „Ontologie" in Sinne Nicolai Hartmanns.

nomen Sätzen, zu letzten Präsuppositionen, zu universalsten Klassen, und diese drei abweichenden Bezeichnungen decken in ihrem Wesen ein-und denselben Gedanken; die Abweichung ergibt sich hauptsächlich aus der Anwendung und abweichenden Deutung der Attribute „letzt" und „universalst."

Mehr Schwierigkeiten bietet jedoch demgegenüber das Bemühen, diese im großen und ganzen einheitliche Auffassung vom Wesen der Philosophie mit den Feststellungen Paulers, welche sich auf die philosophischen Grundwissenschaften beziehen, in Einklang zu bringen, obzwar unser Philosoph das Wesen der Philosophie in erster Linie gerade bei der Übersicht über die einzelnen philosophischen Grundwissenschaften bestimmt.

Wenn wir uns nämlich damit zufrieden geben, daß die Philosophie eine reduktive Forschung ist, dann können wir durch Anwendung der Methode der Reduktion auf irgendeinen Gegenstand von ganz partieller Bedeutung die Grenzen der Philosophie bis zu einer beliebigen Tiefe hinausschieben, auch bis zum Bereiche der kleinsten Detailprobleme der Fachwissenschaften. Und demgemäß könnten wir neben der Sozialphilosophie von einer Philosophie der Wirtschaft, des Kapitalismus, der Arbeitslosigkeit, der Arbeitslosigkeit auf dem Gebiete der Textilindustrie u. s. w. sprechen. Es wäre also die Beschränkung der Philosophie auf die fünf philosophischen Grundwissenschaften Paulers: Logik, Ethik, Ästhetik, Metaphysik und Ideologie nicht gerechtfertigt.

Wenn wir hingegen in der Philosophie bloß die Wissenschaft der autonomen Sätze sehen, dann würde, abgesehen davon, daß auch die Untersuchung der mathematischen Axiome in den Bereich der Philosophie gezogen werden müßte, bloß die Untersuchung der sogen. „logischen Grundprinzipien," der „ethischen und ästhetischen Grundwerte" und der „metaphysischen Urtatsachen" sowie der „elementaren ideologischen Gegebenheiten" hineingehören,[20] nicht aber z. B. die Entwicklung der „logischen Gesetze" oder solche Lehren irgendeiner philosophischen Grundwissenschaft, die sich über die „Elementarmomente" hinaus verbreiten.

[20] Einführung, S. 16—17.

Wenn wir die Philosophie als die Untersuchung der gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften bezeichnen, dann wird sie, wie wir gesehen haben, zur Erkenntnistheorie; und wenn wir sie schließlich als die Wissenschaft von den universalsten Klassen definieren, wird sie zur Ideologie. Wir könnten also auf Grund der beiden letzten Definitionen bloß die Logik und die Ideologie als philosophische Grundwissenschaften betrachten.

Tatsächlich erhebt sich die Logik infolge der universalen Rolle, die die „Wahrheit" auf dem ganzen Gebiete des Wissens spielt, die Ideologie jedoch zufolge ihrer, sämtliche Klassen der erkennbaren Gegenstände umfassenden Totalität aus dem Kreise der fünf philosophischen Grundwissenschaften Paulers. Das formale Moment der Wahrheitsgeltung einerseits, und das Gehaltsmoment des erkennbaren „Etwas" anderseits, ist in jeder Erkenntnis oder jedem Wissen und somit in jeder Wissenschaft vorhanden. Die Logik stellt das erste, die Ideologie das zweite Moment in den Vordergrund, doch ist darum die Scheidung dieser beiden Grundwissenschaften nicht ganz begründet. Auch die „Wahrheit" der Logik ist ein „Etwas" und füllt als eine der Unterklassen des allgemeinen Begriffes „Ding" nur einen Teil der Ideologie aus und umgekehrt sind alle Dinge der Ideologie „erkennbare" Etwas und bilden so als von der Wahrheitsgeltung erfaßte „Inhalte" nur ein Moment, nur eine veränderliche Materie der Erkenntnis, der Wahrheit, und sind mit ihren gesamten Klassen und Unterklassen der Herrschaft der logischen Prinzipien unterworfen. Die Ideologie behandelt die „Wahrheiten," in deren Untersuchung sich die Logik erschöpft, bloß als eine Klasse der Dinge: Von diesem Gesichtspunkte aus ordnet sich die Logik der Ideologie unter. Anderseits aber strebt auch die Ideologie nach wahren Feststellungen, und somit kann sie gar keinen Ausgang nehmen, ohne Erstreckung der Gültigkeit der logischen Prinzipien auf ihr ganzes Gebiet; schon der allgemeinste Begriff des „Dinges" setzt z. B. die Gültigkeit des logischen Grundprinzips der Identität voraus: Von diesem Gesichtspunkte aus ordnet sich die Ideologie der Logik unter.

Unser Philosoph hebt die alle anderen philosophischen Grundwissenschaften, ja sogar die Logik überragende Bedeu-

tung der Ideologie scharf hervor: „Das Ding — sagt er — ist das allgemeinste Moment: Seine Unterklassen sind auch jene Dinge, mit denen sich die Logik, Ethik, Ästhetik und Metaphysik befaßt." Ohne Ideologie sind nach ihm auch Logik, Ethik, Ästhetik und Metaphysik in ihrer tiefsten Wurzel, in ihren letzten Präsuppositionen nicht fundiert." „Die Ideologie ist — daher — schon eine Voraussetzung der übrigen philosophischen Wissenschaften."[21] Würde jedoch daraus nicht folgen, daß nur die Ideologie in Wahrheit als Untersuchung der von diesem Standpunkt aus gesehenen letzten Präsuppositionen, der wirklich letzten Grundlage aller Wissenschaften, d. h. als Philosophie betrachtet werden könne?

Die die übrigen philosophischen Wissenschaften und sogar die Ideologie noch überragende Bedeutung der Logik hebt unser Philosoph nicht so entschieden hervor. Doch kann auch diese seine Auffassung aus verstreuten Feststellungen in seinem Werke herausgelesen werden. Wenn er sagt, daß „auch das Gute und Schöne dadurch wertvoll ist, daß die ihren Wert zum Ausdruck bringenden Thesen wahr sind," dann ordnet er eigentlich die Ethik und die Ästhetik der Logik unter; wenn er feststellt, daß „wirklich sein" soviel bedeutet, wie „nach dem Wahren, Schönen und Guten streben," dann unterstellt er die Methaphysik der Ethik und Ästhetik und letzten Endes der Logik.[22]

Und sogar die Ideologie unterstellt er der Logik. indem er lehrt, daß „die logischen Grundprinzipien die universalsten Bestimmungen jedes möglichen Gegenstandes umfassen

[21] Einführung, S. 8, 9, 13.

[22] Einführung, S. 248 u. 249. — In der II. Auflage kommt die Überordnung der Logik über die Ethik, Ästhetik und Metaphysik noch deutlicher zum Ausdruck: „.... die Wahrheit — sagt er hier in § 253 (S. 299) — ist die Voraussetzung des Schönen und Guten: denn dadurch nämlich ist etwas schön und gut, daß der die Güte und Schönheit zum Ausdruck bringende Satz wahr ist, und dadurch besteht auch das Seiende, daß der Satz, der dessen Existenz verkündet, wahr ist." — A. a. O. § 255 (S. 301): „Alles, was ist, ist der Wertidee unterworfen; denn eben dadurch ist es. Vom Gesichtspunkte der Wahrheit aus bedeutet dies, daß das Sein dadurch besteht, daß der das Sein zum Ausdruck bringende Satz wahr ist."

und so zugleich auch die Ideologie fundieren."[23] Aus all dem würde jedoch folgen, daß nur jene allgemeinste Logik, die sich mit der Erörterung der drei logischen Grundprinzipien befaßt, als Philosophie im wahrsten Sinne betrachtet werden kann, daß alle übrigen philosophischen Grundwissenschaften, darunter auch die übrigen Teile der Logik und die Ideologie, bloß angewandte Teilphilosophien dieser in der Tat letzten Philosophie sind: Alle Provinzen der Philosophie sind nur dazu da, damit die absolute Herrschaft der logischen Grundprinzipien in ihnen zur Geltung komme. Und in der Tat, wenn wir die Paulersche Philosophie in ihrer Gänze betrachten, müssen wir sagen, daß diese Philosophie die Wissenschaft der logischen Grundprinzipien ist.[24]

Auch wenn wir aus Paulers System bezüglich des Wesens der Philosophie diese extreme Auffassung nicht ableiten wollten, ist es auf Grund des Gesagten noch immer zweifellos, daß die Logik, Ethik, Ästhetik, Metaphysik und Ideologie für unseren Philosophen keine ebenbürtigen grundwissenschaften der Philosophie sein können. Aus Paulers Auffassung würde die Annahme einer letzten Philosophie (prima philosophia) folgen, die höchstens die Logik und die Ideologie als eine mit engen Banden zusammengefügte Doppelmonarchie in sich begreift. Die Ethik, Ästhetik und Metaphysik aber wären bloß Lehensprovinzen dieser Doppelmonarchie, die als Fach- oder Teilphilosophien von sehr allgemeinem Charakter betrachtet werden könnten und die auch unterein-

[23] Einführung, S. 23. — Vgl. S. 65: „.... die drei logischen Grundprinzipien .... drücken nicht nur grundlegende Gesetze unseres Denkens aus, sondern zugleich auch die allgemeinsten objektiven Merkmale jedes Dinges, da sie doch von absoluter Gültigkeit sind. Und eben darum, weil jedes Ding den logischen Grundprinzipien unterworfen ist, ist ihnen auch unser Denken unterworfen, das ebenfalls unter die „Dinge" gehört." — A. a. O. S. 246: „Jede Struktur im Universum wurzelt schließlich in den drei logischen Grundprinzipen (§. 32), da doch diese auch den universalsten formalen Merkmalen jedes Dinges Ausdruck geben." Weiters a. a. O., S. 32.

[24] In ähnlichem Sinne versteht auch Julius Kornis, der scharfsinnigste Kritiker Paulers, die Paulersche Philosophie. Vgl. seine tiefschürfende Abhandlung: „Uj magyar filozófiai rendszer. Pauler Ákos filozófiája. — Ein neues ungarisches philosophisches System. Die Philosophie Akos Paulers". (Minerva, I. Jg. Nr. 1—3, 1922, S. 29—89; siehe vor allem S 37, 41—42, 52, 55, 65—66, 79, 84, 85—87.)

ander weiter in einem Lehensverhältnis stünden, indem sich nach unseren Philosophen die Ästhetik der Ethik, die Metaphysik aber der Ethik und Ästhetik unterordnet.[25] Nach diesen primären Fachphilosophien würden sodann die von ihnen abhängigen spezielleren oder sekundären Fachphilosophien (Natur-, Geschichts-, Sozial-, Rechtsphilosophie u. s. w.) folgen, von denen weiter unten sofort eingehender die Rede sein wird.

Diese dreifache Schichtung der philosophischen Wissenschaften und die Heraushebung von Logik und Ideologie als oberste Schichte ist eine Folge jener Paulerschen Feststellung, daß nur diese beiden Grundwissenschaften die Präsuppositionen sowohl aller übrigen philosophischen Grundwissenschaften als auch sämtlicher Fachwissenschaften seien, daß nur die Logik und die Ideologie die gemeinsamen letzten Präsuppositionen sämtlicher Wissenschaften und jede der beiden außerdem die Präsuppositionen der anderen untersuche. Von der Ethik sind aus dem Kreise der philosophischen Grundwissenschaften nur die Ästhetik und Metaphysik, von der Ästhetik nur die Metaphysik abhängig. Sowohl die Ethik wie auch die Ästhetik wäre außerdem gemeinsame Präsupposition aller Fachwissenschaften.[26] Von der Metaphysik schließlich sagt unser Philosoph nicht einmal, daß sie die Präsupposition aller Fachwissenschaften sei, sondern sieht in ihr bloß die Präsupposition der die Erfahrungswirklichkeit untersuchenden Fachwissenschaft.[27]

[25] Hinsichtlich des Verhältnisses von Ästhetik und Ethik s. Einführung, S. 248, bezüglich des Verhältnisses der übrigen zueinander vgl. das Obengesagte. — Zwischen Ethik, Ästhetik und Metaphysik als primären Fachphilosophien müßte ein Platz auch für die aus dem Kreise der Fachwissenschaften hinausstrebende Mathematik gefunden werden, die nach Pauler, wie schon gesagt, ebenso die Präsuppositionen der Wirklichkeitswissenschaft untersucht wie die Metaphysik; die aber, da sie die vom Sein unabhängigen „zahlenmäßigen" Präsuppositionen der Wirklichkeit untersucht, vor der die ontologischen Präsuppositionen untersuchenden Metaphysik, neben der gleichfalls reine „Gültigkeiten" behandelnden Ethik und Ästhetik, gesetzt werden könnte. Das Problem der Mathematik ist nämlich unserer Meinung nach im Geiste der Paulerschen Auffassung mit den Erörterungen der Ideologie über den Relationskalkül überhaupt noch nicht erschöpft.

[26] Einführung, S. 6.

[27] Einführung, S. 7. — Der Umstand, daß die Metaphysik einen untergeordneten Platz im Systeme einnimmt, steht gewissermaßen im Ge-

Jene Argumentation, mit der unser Philosoph die Ethik als Untersuchung der letzten Präsuppositionen jeder wissenschaftlichen Forschung hinstellt, weil jedes wissenschaftliche Forschen auch ein menschliches Handeln sei, und mit der er von der Ästhetik dasselbe behauptet, weil jede Wissenschaft auch eine schöpferische Leistung sei, ist nicht überzeugend, worauf bereits Kornis hingewiesen hat.[28] Auf der Grundlage, daß das wissenschaftliche Forschen ein Handeln sei, könnte die ganze empirische Psychologie in den Bereich der Philosophie gezogen werden, obwohl Pauler die Psychologie für eine Fachwissenschaft und nicht für eine philosophische Wissenschaft hält.[29] Die auf besagter Grundlage erfolgte Einreihung der Ethik in den Kreis der philosophischen Grundwissenschaften ist eigentlich eine Art von nichterlaubtem Psychologismus: Die Wissenschaft als System wahrer Sätze oder als System „beweisbarer Erkenntnisresultate"[30] ist mit der wissenschaftlichen Forschung als mit einer zu irgendeiner Zeit sich abwickelnden empirischen Handlung nicht zu verwechseln; wenn wir die Präsuppositionen der Wissenschaften untersuchen, dann suchen wir die logischen Antezedentien für den Bestand systematischer Erkenntnisse, wollen aber nicht den Wert oder Unwert irgendeiner empirischen Handlung beurteilen. Doch wenn wir dies alles auch nicht in Betracht zögen, so könnten wir dennoch auf besagter Grundlage bloß jene eine ethische Norm, „daß du die Wahrheit suchen sollst", in den Bereich der Philosophie ziehen, nicht aber den ganzen Kreis der ethischen Normen, der als Gegenstand der Wissenschaft, nicht aber als deren logische Präsupposition in Rechnung kommen kann. Dasselbe gilt natürlich, und zwar in erhöhtem Maße, auch hinsichtlich der Ästhetik.

Wenn weder die Ethik noch die Ästhetik als eine den ge-

---

gensatz zu jener Bedeutung, die unser Philosoph sonst, besonders am Ende seines Lebens, dieser Wissenschaft zugeschrieben hat.

[28] Vgl. sein zitiertes Werk, S. 42: „Sollten sich die Ethik und Ästhetik in der Tat bloß damit befassen, gewissen Wertvoraussetzungen der fachwissenschaftlichen Forschung nachzugehen?"

[29] Einführung, S. 9. — Die „Fachwissenschaft" der empirischen Psychologie kann des ungeachtet nach Pauler als propädeutische, d. h. einleitende Wissenschaft der Philosophie betrachtet werden.

[30] Logik, S. 222.

meinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften nachforschende Disziplin betrachtet werden kann, so bedeutet ihre Aufnahme unter die philosophischen Grundwissenschaften eigentlich nichts anderes, als daß Pauler die geschichtlich entwickelten philosophischen Disziplinen unter die schlanke Kuppel seiner eigenen Philosophe fassen wollte, obgleich drei von den fünf philosophischen Grundwissenschaften: Ethik, Ästhetik und Metaphysik, dort nicht Platz finden können — vorausgesetzt, daß wir seine Auffassung vom Wesen der Philosophie genau nehmen.

Logik und Ideologie heben sich auf Grund des Gesagten noch bestimmter aus dem Kreise der „philosophischen Grundwissenschaften" heraus: als die oberste Schichte in der dreifachen Schichtung der philosophischen Wissenschaften.

### 6. Die „angewandten" Philosophien.

Auf der untersten Stufe dieser Gliederung — nach der Ethik, Ästhetik und Metaphysik, die jetzt nur mehr als primäre Fachphilosophien zu betrachten sind — könnten Platz finden: die Natur- Geschichts-, Sozial-, Rechts-, Staats-, Kultur-, Kunst-, Moral- und Religionsphilosophie, die als sekundäre Fachphilosophien bezeichnet werden könnten, die unmittelbar von den primären abhängig sind und welche Pauler als angewandte philosophische Disziplinen betrachtet.

Auf diese angewandten Philosophien schweift unser Philosoph eigentlich nicht eingehender ab und faßt sie in sehr charakteristischer Weise weder bei der Behandlung des Wesens der Philosophie noch in der Logik ins Auge. Mit Ausnahme der einen Rechtsphilosophie, die er in der Ethik gerade nur berührt,[31] behandelt er die übrigen in dem Kapitel „Angewandte Metaphysik" des Abschnittes über „Die Probleme der Metaphysik."[32]

Im allgemeinen ist seine Auffassung von der angewandten Philosophie die, daß sie die Anwendung gewisser Lehren der philosophischen Grundwissenschaften auf irgendeine

[31] Einführung, S. 108—109.

[32] Einführung, S. 168—176. Die Naturphilosophie berührt er ganz kurz auch schon vorher: vgl. Einf., S. 9.

Klasse der Dinge sei, und daß sie außerdem die Ergebnisse der sich mit den betreffenden Dingen befassenden Fachwissenschaften verwerte. So ist z. B. die Naturphilosophie nichts anderes als die Anwendung der Lehren der allgemeinen Metaphysik auf die räumliche Wirklichkeit mit Benützung der Ergebnisse der Naturwissenschaft".[33] Diese Auffassung ist nicht ganz genau, da ja die „Fachphilosophie" nicht die Resultate der Fachwissenschaft verwertet, sondern die Präsuppositionen dieser Resultate erforscht; d. h. die irgendeiner Fachwissenschaft eigenen speziellen letzten Präsuppositionen enthüllt und sie mit den gemeinsamen letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften (der Philosophie) in Verbindung bringt. Streng genommen ist also hier von einer Anwendung der Lehren der allgemeinen Philosophie nicht die Rede, da wir ja nicht von der Philosophie unseren Ausgang nehmen und in die Fachwissenschaft gelangen, sondern von der Fachwissenschaft ausgehen und uns die speziellen Präsuppositionen der betreffenden Fachwissenschaft zu den letzten Präsuppositionen in die Philosophie geleiten. Mit der Paulerschen Auffassung vom Wesen der Philosophie steht diese letzte präzisere Formulierung in Einklang.

Und in der Tat geht unser Philosoph, da er die Problematik der Naturphilosophie entwickelt, von den drei die räumliche Wirklichkeit untersuchenden Fachwissenschaften, der Chemie, Physik und Biologie, aus und gelangt, indem er den Präsuppositionen dieser Fachwissenschaften nachforscht, zu den in die allgemeine Metaphysik greifenden Problemen der Naturphilosophie.[34]

Bei Behandlung der Probleme der Geistesphilosophie geht er jedoch gerade auf dem entgegengesetzten Wege vor. Er geht von der Philosophie aus, zwingt deren Gesichtspunkte, hauptsächlich die drei logischen Grundprinzipien, den Fachwissenschaften, die sich mit der psychischen Wirklichkeit befassen, auf und gelangt nach unserer Anschauung nicht zu brauchbaren Ergebnissen. Ohne, daß wir seine diesbezüglichen sehr verwickelten, in vieler Hinsicht gekünstelten und mit der communis opinio über das Wesen der frag-

[33] Einführung, S. 9.

[34] Einführung, S. 168—173.

lichen Fachphilosophien wenig rechnenden Ansichten genauer besprechen möchten, sei es uns gestattet, uns bloß auf die Feststellung zu beschränken, daß Pauler in allen Zweigen der Geistesphilosophie nur die auf die psychische Wirklichkeit angewandte Metaphysik sieht. Diese Zweige der Geistesphilosophie, in der Reihenfolge, die sich aus der Anwendung der logischen Grundprinzipien ergibt, sind folgende:

1. die Philosophie der individuellen Psychologie, 2. die Philosophie der kollektiven Psychologie, 3. die Sozialphilosophie oder Soziologie, 4. die Geschichtsphilosophie, 5. die Religionsphilosophie, 6. die Kulturphilosophie und 7. die Kunstphilosophie. Über die Kulturphilosophie bemerkt er wohl, daß sie „ihre volle Perspektive natürlich nur auf Grund der Ethik erhalte," und über die Kunstphilosophie, daß sie auf der Ästhetik „beruhe," sonst jedoch ist er der Ansicht, daß sämtliche Zweige der Geistesphilosophie „die fachwissenschaftliche Untersuchung des Seelenlebens mit den Sätzen der Metaphysik verbinden."

Das Wort Geist bedeutet also in der gegebenen Zusammensetzung ausschließlich eine „psychische Wirklichkeit" und keinen Bedeutungsinhalt (z. B. Werte), was wir jedoch gewöhnlich mit dem Worte Geist oder Idee zu bezeichnen pflegen, indem wir den geistigen Inhalt der psychischen oder körperlichen Wirklichkeit gegenüberstellen. Ob die sich aus dieser Auffassung ergebende Zurückstellung der ideellen Inhalte in der Sozial-, Geschichts-, Religions-, Kultur- und Kunstphilosophie der speziellen Natur jenes Gegenstandes entspricht, den diese Fachphilosophien untersuchen und dessen nicht so sehr psychophysische Realität als vielmehr der von dieser Realität getragene Inhalt die Philosophie interessieren kann, mit einer Untersuchung dessen wollen wir uns nicht befassen. Wir wollen auch jene Frage bloß berühren, ob die Verweisung der körperlichen Wirklichkeit in die Naturphilosophie, die der psychischen in die Geistesphilosophie und die der geistigen Inhalte in die Ideologie[35] — ganz abgesehen davon, daß sie die einzelnen Zweige der Geistesphilosophie ihres eigentümlichen Gegenstandes beraubt — die Naturphilosophie, Geistesphilosophie und Ideologie dadurch

[35] Einführung, S. 173—174.

nicht in ein Verhältnis der Koordination bringe, d. h. ob sie nicht diese letztere als die höchste philosophische Grundwissenschaft mit den sekundären Fachphilosophien auf ein Niveau stelle. Wie schwer es ist, die von uns „primäre Fachphilosophien" genannten „philosophischen Grundwissenschaften" Paulers (Ethik, Ästhetik und Metaphysik) gegen die sekundären Fachphilosophien abzugrenzen, diesbezüglich können wir nicht nur darauf hinweisen, daß letztere im Rahmen der Metaphysik Paulers Platz finden,[36] sondern auch auf die Schwierigkeit, die die Unterscheidung der Ethik von der Moralphilosophie und die der Ästhetik von der Kunstphilosophie bedeutet und die eine Abgrenzung einer denkbaren Wissenschaftsphilosophie von der Logik bedeuten würde.

Die Differenzierung dieser sekundären Fachphilosophien ist sosehr nicht nach logischen Grundprinzipien vor sich gegangen, daß schon die logische Gruppierung dieser Fachphilosophien — besonders der der Naturphilosophie gegenüberstehenden von sozialem, geschichtlichem und kulturellem Charakter — nicht ohne alle Schwierigkeit ist. Unserer Ansicht nach untersucht sowohl die Sozialphilosophie als auch die Geschichtsphilosophie und die Kulturphilosophie ein-und denselben Gegenstand: die menschlichen Gesellschaften. Die Sozialphilosophie betrachtet sowohl den ontologischen Gesichtspunkt der Entwicklung wie den axiologischen des Wertes, die Geschichtsphilosophie den Gesichtspunkt der geschichtlichen Entwicklung, die Kulturphilosophie den des Wertes als Leitprinzip bei der Untersuchung des gesellschaftlichen Lebens der Menschheit. Die Rechts- und die Staatsphilosophie sind eigentlich Teile der Sozialphilosophie, deren Verselbständigung durch die hervorragende Rolle motiviert ist, die das Recht und der Staat im Leben der Menschheit spielen. Das Recht und der Staat sind nämlich die Mittel, mit denen man das Leben der menschlichen Gesellschaften am wirksamsten beeinflußen kann und deren unermeßlich hohe praktische Bedeutung die gewaltigen Zweige der Rechts- und Staatswissenschaften zur Entwicklung brachte. Kunst-, Moral- und Religionsphilosophie sind

[36] Abgesehen von der Rechtsphilosophie, wovon schon weiter oben die Rede war.

ihrerseits Teile der Kulturphilosophie, die das Leben der Menschheit vom leitenden Gesichtspunkte des Wertes aus erfaßt. Ihre Entfaltung zu selbständigen Wissenschaften ist begründet durch die große gesellschaftliche Bedeutung der durch sie untersuchten Werte, ferner durch die dem Leben der Menschheit sinnverleihende Bedeutung der Kunst, Moral und Religion und die relativ hohe Entwicklung der sich mit ihnen befassenden Wissenschaften der Kunst, Moral und Religion.

Wir sehen also, daß sich in Wirklichkeit die in Rede stehenden Fachphilosophien nicht nach den logischen Grundprinzipien voneinander trennen und nicht darnach getrennt werden können. Die tiefste Ursache, die zur Ausbildung einer Fachphilosophie zu führen pflegt, ist der inhaltliche Reichtum eines bestimmten Kreises der Natur- und Gesellschaftserscheinungen, die besondere Wichtigkeit einzelner Erscheinungsgruppen vom Standpunkte des Menschen aus gesehen und eben infolgedessen der Entwicklungsgrad der auf sie bezüglichen fachwissenschaftlichen Forschung. Das Bedürfnis einzelner, besonders entwickelter Zweige der Fachwissenschaften nach philosophischer Begründung und der Entwicklungsgrad der auf die Befriedigung dieses Bedürfnisses gerichteten philosophischen Forschung aber begründet auch in hinreichendem Maße die Anerkennung und Pflege irgendeines Zweiges der Fachphilosophie als selbständiger Disziplin.

In der Fachphilosophie geht die Universalität der Philosophie verloren, da ihr Gegenstand nicht alles, nicht die Totalität, sondern bloß ein Segment des Alls ist, da in ihr die Allgemeinheit „der" Philosophie durch Beziehung auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt wird. Insoferne trägt die Fachphilosophie den Charakter einer Fachwissenschaft. Es betrachtet jedoch die Fachphilosophie jenes Segment des Kosmos, das ihr bestimmter Gegenstand ist, als Ganzes und umfaßt es so, als ob es eine Totalität wäre: sub specie totalitatis d. h. eigentlich sub specie aeternitatis. Insofern hat jede Fachphilosophie einen Philosophie-Charakter: sie ist formal, als wir unter der Form ein auch im Veränderlichen unveränderliches konstantes Wesen verstehen.[37] Sowie sich

[37] Einführung, S. 151.

die Philosophie im allgemeinen an die Fachwissenschaften knüpft, so bindet sich die Fachphilosophie an eine bestimmte Fachwissenschaft und vermittelt so den Zusammenhang der Philosophie mit den einzelnen Fachwissenschaften. Sie untersucht die letzten Präsuppositionen irgendeiner Fachwissenschaft als Ganzes und kommt im Wege der besonderen letzten Präsuppositionen der Fachwissenschaft auch zu jenen letzten gemeinsamen Präsuppositionen aller Fachwissenschaften, die die Philosophie untersucht. Die Fachphilosophie gelangt durch die philosophische Methode der Reduktion aus der Fachwissenschaft zur allgemeinen Philosophie und vertritt den Übergang und die befruchtende Berührung zwischen diesen beiden: Sie trägt einerseits philosophische Gesichtspunkte und Kenntnisse in die Fachwissenschaft hinein und ergänzt anderseits die einheitliche Weltbetrachtung, der allgemeinen Philosophie.

### 7. Die Rechtsphilosophie.

Meines Erachtens entspricht diese Auffassung vom „Wesen der Fachphilosophie" jener vom „Wesen der Philosophie", die Akos v. Pauler vertritt, trotzdem sie nicht in allem mit jenen fragmentarischen Feststellungen übereinstimmt, die er selbst bezüglich der einzelnen Fachphilosophien formuliert hat. Und darum glaube ich mich als Vertreter einer Fachphilosophie, vielleicht nicht ganz ohne jeden Rechtstitel als Schüler des verewigten Meisters bekennen zu dürfen, obzwar ich bei der Grundlegung meines rechtsphilosophischen Systems nicht der Anleitung jenes Satzes gefolgt bin, in welchem er selbst die „Aufgabe" der Rechtsphilosophie bestimmt, indem er sagt, diese sei nichts anderes, als: „die Theorie über die ethische Grundlage des Rechts mit der positiven Rechtslehre zu verbinden, was natürlich bloß durch Vermittlung der allgemeinen Rechtslehre möglich sei."[38] Das, was wir Juristen unter „allgemeiner Rechtslehre" verstehen, ist eine positive Rechtswissenschaft von vergleichendem Charakter und steht der Ethik um nichts näher als irgendeine andere „positive Rechtslehre" von weniger allgemeinem

[38] Einführung, S. 108—109.

Charakter. Die ethische Basis des Rechtes kann anderseits sehr häufig zweifelhaft sein; denn, obzwar es zweifellos ist, daß das Recht auch zu der Welt der Werte gehört, ebenso zweifellos ist es auch, daß es mit der Moral in schwere Konflikte geraten kann. Dies ist das harte Problem des unrichtigen Rechtes, dessen Entscheidung im negativen Sinne — d. i. Leugnung seiner Möglichkeit und Identifizierung des Rechtes mit der Moral[39] — eine ebenso schwere Frage in sich birgt, wie das Problem der Theodizee. Bei der Lösung dieser Frage müßte man nämlich entweder das lebende positive Recht als Nichtrecht qualifizieren, falls es unrichtig ist, oder nachweisen, daß auch das unrichtigste Recht mit der Moral in Einklang stehe. D. h. wir müßten entweder das Recht als Nichtrecht bezeichnen oder das Unmoralische als moralisch erweisen. Die Macht des Rechtes, die in seiner tatsächlichen Geltung besteht, und seine Güte, die in seiner moralischen Richtigkeit beruht, ist nicht in jedem Falle in einer praestabilita harmonia.

Eben darum habe ich versucht, die Problematik der Rechtsphilosophie nicht auf Grund der Paulerschen Auffassung von der Rechtsphilosophie, sondern auf Grund seiner Auffassung vom Wesen der Philosophie abzuleiten. Wenn die Philosophie die Untersuchung der letzten Präsuppositionen aller Wissenschaften ist, dann ist die Rechtsphilosophie die Untersuchung der den Rechtswissenschaften eigenen letzten Präsuppositionen. Ihr Unabhängigwerden von der Sozial-, Geschichts- und Kulturphilosophie ist begründet durch die vielverzweigte Entwicklung und die hohe Bedeutung der Rechtswissenschaften. Dem doppelten Gesichtspunkte der Logik und Ideologie entsprechend, können auch die gemeinsamen Präsuppositionen der Rechtswissenschaften in zwei Gruppen geteilt werden: 1. In die Gruppe jener Präsuppositionen, die sich aus dem Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaften ergeben und gerade die spezielle Natur und Methode der rechtswissenschaftlichen Forschung betreffen

[39] Pauler neigt zu dieser Auffassung insofern, als er die Idee des Rechts aus der Moral ableitet; entfernt sich aber davon insofern, als er nur die Idee des Rechts und nicht das Recht selbst aus der Moral ableitet. Vgl. Einführung, S. 108.

und schließlich zu jenen allgemeinen Präsuppositionen der wissenschaftlichen Forschung hinführen, die die philosophische Grundwissenschaft der Logik untersucht; 2. in die zweite Gruppe von Präsuppositionen der Rechtswissenschaften gehören jene, die sich aus dem Wesen und der Natur des Rechtes, des speziellen Gegenstandes dieser Wissenschaften, ergeben und unter denen die Frage vom Wesen des Rechtes, d. h. vom Rechtsbegriff zentrale Bedeutung hat; diese Frage, führt mit der Entscheidung darüber, ob das Recht eine psychophysische Realität oder eine bloße Idealität bedeute oder aber ob es gleicherweise in diese beiden großen Klassen der Dinge gehöre, letzten Endes in die Paulersche philosophische Grundwissenschaft der Ideologie. Mit der ersten Gruppe der Präsuppositionen befaßt sich der wissenschaftstheoretische Teil der Rechtsphilosophie: die Methodenlehre der Rechtswissenschaften; mit der zweiten ihr rechtstheoretischer Teil: die Rechtsphilosophie im engeren Sinne des Wortes.

Entsprechend den drei mächtigen Zweigen der Rechtswissenschaften, der Gruppe der positiven Rechtswissenschaften, der der historischen Rechtswissenchaften (Rechtsgeschichte) und der der wertenden Rechtswissenschaften (Rechtspolitik) gliedert sich sowohl der rechtstheoretische, wie der wissenschaftstheoretische Teil der Rechtsphilosophie in drei Kapitel. Die Methodenlehre muß die spezielle Methode, d. h. auch die methodischen Unterschiede jeder einzelnen dieser drei Rechtswissenschaften in Betracht ziehen. Die Rechtstheorie muß außer dem Problem des Rechtsbegriffes — das mit der positiven Rechtswissenschaft in engstem Zusammenhange steht, indem es untersucht, welches neben jenen veränderlichen Inhalten, mit deren dogmatischer Entfaltung sich die positive Rechtswissenschaft befaßt, jene unveränderliche Form ist, in der dieser Inhalt erscheint — auch das Problem der Rechtsveränderung (der Rechtsentwicklung) aufwerfen, welches die grundlegende Voraussetzung der Rechtsgeschichte ist, sowie das Problem des Rechtswertes, des richtigen Rechtes, das die grundlegende Präsupposition der Rechtspolitik ist. Diese unsere letzten Feststellungen stehen in keinem Gegensatz zu der früheren, daß die Rechtsphilosophie den gemeinsamen Präsuppositionen aller Rechtswissenschaften nachforscht. Denn einerseits richtet sich die

Untersuchung der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre darauf, was für Konsequenzen sich hinsichtlich der Methode der wissenschaftlichen Forschung aus dem Umstand ergeben, daß diese Forschung einen rechtswissenschaftlichen Charakter hat, und so ist eigentlich die Frage der Methode der historischen und wertenden Rechtswissenschaft nichts anderes als die Frage, was für ein modifizierender Einfluß hinsichtlich der geschichtlichen und wertenden Methode dadurch gegeben ist, daß sich die Forschung auf die Geschichte des Rechtes, bezw. den Wert des Rechtes bezieht. Anderseits sind auch die drei erwähnten Probleme der Rechtstheorie oder Rechtsphilosophie im engeren Sinne: die Frage des Wesens, der kausalen Entwicklung und der Richtigkeit des Rechts, Präsuppositionen einer jeden Rechtswissenschaft, obzwar jede dieser drei Präsuppositionen im Rahmen einer bestimmten Art der genannten drei Arten der Rechtswissenschaften eine besondere Bedeutung hat. Denn schon der Begriff des positiven Rechtes selbst als eines an einem bestimmten Orte und zu einer bestimmten Zeit gültigen Rechtes präsupponiert die Idee der Rechtsveränderung und schon der Begriff des Rechtes als eines Befehls, der eine zu verwirklichende Forderung, Norm, Regel zum Ausdruck bringt, enthält in sich den Gedanken des Zieles, des Sollens, des Wertes. Auf diese Weise also stößt die reduktive Forschung der Rechtsphilosophie, von welchem Gebiete der Rechtswissenschaft sie auch ausgehen mag, auf das ideologische Problem des Wesens des Rechtes, auf das ontologische der kausalen Entwicklung des Rechtes und auf das axiologische des Rechtswertes.

Paulers Auffassung, die die Rechtsphilosophie bloß im Rahmen der Ethik unterbringen möchte, kann schon darum nicht befriedigen, da sie nicht mit dem Umstand rechnet, daß auch die Rechtsentwicklung ein Teil des „Weltgeschehens" ist; wenn sich mit letzterem als Ganzem die allgemeine Metaphysik beschäftigt, so muß sich mit ersterer als Teil die Metaphysik des Rechtes befassen.[40]

[40] Die im Texte enthaltene Äußerung steht nicht im Gegensatze zu meinem in der Zeitschrift „Athenaeum" (Jg. 1929, Heft 5—6, S. 193—210) unter dem Titel „Metaphysik und Rechtsphilosophie" (ung.) erschienenen Aufsatze. Ich benützte nämlich im Texte das Wort Metaphysik in dem von Pauler benützten Sinne, wonach „die Metaphysik die Untersu-

Aus dem Gesagten entfaltet sich die ganze Problematik der Rechtsphilosophie und ergeben sich jene vier grundlegenden Fragen, mit deren Lösung diese Wissenschaft sich beschäftigt. Diese sind: 1. die Frage der Methode, die der wissenschaftstheoretische Teil der Rechtsphilosophie zu lösen trachtet; 2. die Frage des Rechtsbegriffes, 3. die Frage der kausalen Zusammenhänge des Rechtes und 4. die Frage der Richtigkeit des Rechtes, welche die juristische Grundlehre, die Rechtssoziologie und Rechtswertlehre, als Teile der im engeren Sinne genommenen Rechtsphilosophie zu lösen versuchen. Diese vier Zweige der Rechtsphilosophie, könnten wir mit der Terminologie Paulers 1. Logik des Rechtes, 2. Ideologie des Rechtes, 3. Metaphysik des Rechtes und 4. Ethik des Rechtes nennen.

---

chung der universalsten Eigentümlichkeiten der existierenden Dinge ist." (Pauler: Logika és metafizika, Athenaeum, 1929, S. 126) oder die Wissenschaft von den universalsten Präsuppositionen, die sich auf die Natur der Wirklichkeit beziehen" Einführung, S. 148). Wenn ich also das Recht als einen Teil der empirischen Wirklichkeit, die Rechtsentwicklung als einen Teil des Weltgeschehens auffasse, dann ist die Metaphysik des Rechtes die Untersuchung der Existenz des Rechtes. Wenn aber „existieren" soviel ist wie wirken (Einführung, S. 149—150), wenn „in der Wirklichkeit alles seine Ursache und seine Wirkung hat" (a. a. O., S 156), dann wird die die kausalen Wirkungen des Rechtes untersuchende Rechtssoziologie zur Metaphysik des Rechtes. Diese Rechtssoziologie ist natürlich großenteils die Untersuchung der Daten der empirischen Realität, führt aber letzten Endes zu solchen über der Erfahrung stehenden Prinzipien, die aus der Erfahrung als deren Voraussetzungen reduzierbar sind, wie eben das Prinzip der Kausalität. Diese nüchterne Metaphysik aber würde ich — zur Unterscheidung von der im anderen Sinne genommenen Metaphysik — gar nicht Metaphysik nennen. (Vgl. Moór: Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, Kelsen-Festschrift, Wien, 1931, S. 109.) Als ich in meinem Aufsatze „Metaphysik und Rechtsphilosophie" gegen die in der Rechtsphilosophie neuerdings um sich greifende metaphysische Richtung Stellung nahm, wollte ich diese unwissenschaftlichen metaphysischen Bestrebungen, die nicht einmal „Poesie des Verstandes" (Kornis) genannt werden können, so wenig verstandesgemäß sind sie, von der Rechtsphilosophie fernhalten. — Eine andere Frage, deren Untersuchung nicht meine Aufgabe bildet, ist es, ob wohl Akos v. Pauler selbst die sich aus seiner Auffassung vom Wesen der Philosophie ergebenden Grenzen eingehalten und sich wirklich immer nur darauf beschränkt hat, was man im Wege strenger logischer Reduktion mit unzweifelhafter Sicherheit aus den Daten der Erfahrung folgern kann.

106

Wie der Glanz der Glühlampe ein mattes Glas durchleuchtet, so schimmert der Grundgedanke und die Grundstruktur des mächtigen philosophischen Systems Ákos v. Paulers durch mein bescheidenes rechtsphilosophisches System. Es ist wahr, daß er selbst einen anderen Plan für die Rechtsphilosophie skizzierte und daß es eine von diesem Plane abweichende Variation des Grundthemas seines harmonischen Systems ist, was ich auf den Registern der Rechtsphilosophie abzuspielen versuchte. Aber es ist das Kennzeichen des wirklich schönen, musikalischen Themas, eben so des wirklich großen Gedankens, daß sie als Quelle eines unendlichen Reichtums von Variationen dienen können.

Ein weithin leuchtender Pharus großer Gedanken war Ákos von Pauler und das wird er immer bleiben. Es gereiche uns zum Troste, daß sein Dahinscheiden nicht das Erlöschen seines Lichtes bedeutet.

---

DUNÁNTÚL PÉCSI
EGYETEMI KÖNYVKIADÓ
ÉS NYOMDA RT. PÉCS.

# Öffentliches und privates Recht.

Von Julius Moór, Budapest.

Inhalt: 1. Die Bedeutung der Unterscheidung. 2. Die Auffassung der Reinen Rechtslehre und des Nationalsozialismus. 3. Die Schwierigkeiten der Unterscheidung. 4. Die „reflektive" rechtliche Regelung. 5. Primat des öffentlichen Rechts? 6. Staatliche Tätigkeit und Privatautonomie. 7. Abgrenzung der staatlichen Tätigkeit. 8. Abweichung von der üblichen Systematik. 9. Staat und Individuum.

1. Die uralte Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht scheint in unseren Tagen immer mehr ins Wanken zu geraten. Nachdem die bedeutendste rechtstheoretische Richtung der modernen Rechtswissenschaft, die Reine Rechtslehre Kelsens, die Möglichkeit dieser Unterscheidung geleugnet hatte, nahm die bedeutendste zeitgenössische Bewegung zur praktischen Neugestaltung des Rechts, der Nationalsozialismus, ebenfalls den Standpunkt ein, daß die genannte Unterscheidung, weil auf lebensfremder Abstraktion beruhend, unbedingt zu verwerfen sei.

Die Bedeutung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht ist darin zu erblicken, daß „dieser Gegensatz das Rückgrat der ganzen rechtstheoretischen Systematik bildet"[1]). Bereits die römische Jurisprudenz teilte den gesamten Rechtsstoff in die zwei großen Rechtsgebiete des jus publicum und des jus privatum ein. Die heutzutage übliche Systematik unterscheidet ebenfalls in allererster Linie zwischen öffentlichem und privatem Recht, um dann das öffentliche Recht in Verfassungsrecht, Verwaltungs- und Finanzrecht, Strafrecht, Strafprozeßrecht, Zivilprozeßrecht, Völkerrecht und Kirchenrecht zu gliedern und das private Recht in Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht und Vermögensrecht, letzteres wiederum in Sachenrecht, Schuldrecht, Handelsrecht und immaterielles Güterrecht einzuteilen. Hinsichtlich des mittelalterlichen germanischen Rechts hat man die Behauptung aufgestellt, daß dieses Recht die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht gekannt und besonders das öffentliche Recht mit dem Privatrecht verschmolzen hätte. Diese Behauptung muß jedoch mit der größten Vorsicht überprüft werden. Der Umstand, daß unsere modernen staatsrechtlichen Einrichtungen, durch Vermittlung der englischen Verfassung, auf das mittelalterliche germanische Recht zurückführen[2]), macht es unwahrscheinlich, daß dem Mittelalter der Sinn für das öffentliche Recht gefehlt hätte. Es möchte im Gegenteil scheinen, daß im Mittelalter gerade das Privatrecht weniger entwickelt war und besonders die Höhe der römischen Privatrechtsentwicklung bei weitem nicht erreichte. Daß der feudale Staat auf der Grundlage des Grundbesitzes aufgebaut war, hat wenig zu sagen, denn

[1]) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 80.

[2]) Vgl. Erich Jung: Über die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht und über die Gliederung des gesamten Rechtsstoffs, Zeitschrift für Rechtsphilosophie, 2. Bd., 1919, S. 294.

dies ist nur ein Reflex der mittelalterlichen Naturalwirtschaft. Auch der moderne Staat hat seine privatrechtlichen Grundlagen. Bei der modernen Geldwirtschaft werden jedoch die öffentlichen Funktionen durch Geld, im Mittelalter wurden sie durch Grundbesitz entlohnt. Und daß die feudalen Lasten die Privatautonomie mehr beeinträchtigt hätten als die enormen modernen Steuern, kann ebenfalls fraglich erscheinen. Zweifellos ist es, daß es auch im Mittelalter sowohl eine öffentliche Gewalt als auch eine Privatautonomie gab. Die Grundlage zur Unterscheidung von öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Lebensverhältnissen war damit gegeben und eine entwickeltere Rechtssystematik kann die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht unseres Erachtens auch bei der Bearbeitung des mittelalterlichen Rechts nicht entbehren. — Interessant ist es, daß auch die neueste Rechtsentwicklung manche Tendenzen zeigt, die als Verwischung des Unterschiedes zwischen öffentlichem und privatem Recht gedeutet werden können. Abgesehen davon, daß der italienische korporative Staat und der österreichische Ständestaat die Neubelebung gewisser mittelalterlicher Auffassungen versuchen und daß der Nationalsozialismus die Rückkehr zum alten germanischen Recht anstrebt, wird das moderne Privatrecht vieler Staaten durch öffentlichrechtliche Elemente durchtränkt. Als Beispiele mögen das moderne Arbeitsrecht, das eine Veröffentlichrechtlichung des Obligationenrechts ist, und die modernen Bodenreformen, die ein Hinübergleiten des Bodenrechts auf das Gebiet des Verwaltungsrechts bedeuten, angeführt werden. Diese modernen Rechtserscheinungen brauchen aber nicht als Zeichen der Denaturierung des Privatrechts gedeutet, sondern können als Zusammenschrumpfen des privatrechtlichen Rechtsgebietes, was durch die steigende Intensität des sozialen Lebens bedingt ist, aufgefaßt werden.

2. Will man aber die traditionelle Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht dennoch fallen lassen, so muß für ein anderes leitendes Prinzip der Rechtssystematik gesorgt werden. Nun ist zu beachten, daß weder die Reine Rechtslehre Kelsens noch der Nationalsozialismus imstande waren, ein neues principium divisionis zu liefern, das der rechtstheoretischen Systematik als „Rückgrat" dienen könnte.

Die Reine Rechtslehre Kelsens, die nicht nur den Unterschied von öffentlichem und privatem Recht, sondern auch den Gegensatz zwischen objektivem und subjektivem Recht, zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, sowie zwischen Recht und Staat fallen läßt, vermag nur einen einzigen rechtserheblichen Unterschied zwischen den Rechtserscheinungen anzuerkennen: den Unterschied der verschiedenen Rechtsstufen. Die Lehre vom Stufenbau des Rechts gliedert den gesamten Rechtsstoff auf Grund der Hierarchie der Rechtsquellen in die einander über- und untergeordneten Stufen der Verfassung, des Gesetzes, der Verordnung, des Verwaltungsaktes, des richterlichen Urteils und des privatrechtlichen Rechtsgeschäftes. Dies wäre also das neue System, das an die Stelle der traditionellen Gliederung des Rechts zu treten hätte. Es soll gegen diese, der Stufenlehre entspringende rechtstheoretische Systematik nicht geltend gemacht werden, daß durch diesen Stufenbau — besonders durch die Stufen der Verfassung, der Verwaltung,

der Justiz und des privatrechtlichen Rechtsgeschäftes — die traditionelle systematische Gliederung des Rechtsstoffs hindurchschimmert, denn man könnte hierauf erwidern, daß es bloß die alten Benennungen sind, worunter man jedoch ausschließlich den verschiedenen Stärkegrad der Rechtsquellen zu verstehen habe, und daß die Hierarchie der Rechtsquellen ebenfalls keine dem Geist der Reinen Rechtslehre widersprechende Graduntersdiede der sozialen Kraft, sondern verschiedene Grade der reinen rechtlichen Geltung bedeute. Was gegen die Systematik der Stufenlehre ernstlich eingewendet werden muß, ist die Feststellung, daß durch solche — vom Gesichtspunkt des Rechtsinhalts aus gesehen äußerliche — Einteilungsgründe der gesamte Rechtsinhalt niemals in ein logisches System gegliedert werden kann. Es besteht aber kein Zweifel darüber, daß das Rechtssystem die in den Rechtssätzen enthaltenen Gedanken, also die verschiedenen Rechtsinhalte, in einem festen logischen Zusammenhang darstellen soll. Die systematische Einteilung muß daher den Rechtsinhalt und nicht die Graduntersdiede der formalen rechtlichen Geltung erfassen. Es ist bezeichnend, daß die Stufenlehre für die Gliederung derjenigen Rechtsnormen, die derselben Rechtsstufe angehören, überhaupt keine Anweisung gibt.

Die Rechtsauffassung des Nationalsozialismus ist ebenfalls nicht imstande, der rechtswissenschaftlichen Systematik geeignete Richtlinien zu geben. Sie verwirft nicht nur die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, sondern auch die Unterscheidung von dinglichem und obligatorischem Recht und die Einteilung des Rechtsstoffs in allgemeine und besondere Teile. Der Nationalsozialismus möchte das volkstümliche Recht überhaupt von allen lebensfremden abstrakten Allgemeinbegriffen befreien, es mit lebensfrischem Inhalt erfüllen, an Stelle des abstrakten juristischen Denkens ein konkretes Ordnungsdenken, die unmittelbare Erfassung der lebendigen konkreten Wirklichkeit, setzen. Die nationalsozialistische rechtswissenschaftliche Systematik würde sich nach den Gebilden der konkreten Wirklichkeit richten: der gesamte Rechtsstoff sollte nach den verschiedenen Berufen oder Lebensverhältnissen gegliedert werden. An die Stelle der traditionellen Rechtsgebiete würde somit das Recht des Bauers, des Arbeiters, des Kaufmanns, des Bodens, der Ware usw. treten, ohne jede Rücksicht auf die öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Natur der einzelnen Rechtsnormen[1]).

Die geschilderte nationalsozialistische Rechtsauffassung befindet sich insoweit zweifelsohne auf dem richtigen Weg, daß sie im Interesse eines volkstümlichen Rechts die Anpassung des Rechts an die konkreten Lebensbedürfnisse und Lebensverhältnisse verlangt. Seit den kulturphilosophischen Untersuchungen Windelbands und Rickerts kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß der Gegenstand der rechtlichen Regelung, das geschichtliche und soziale Leben, einen ausgeprägt

[1]) Vgl. K. A. Eckhardt: Das Studium der Rechtswissenschaft, 1935, S. 23—24; E. R. Huber: Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, 1935, S. 7, 8, 13, 14; K. Larenz: Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, 1935, S. 6, 7, 20; C. Schmitt: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 52, 62; von Schwerin: Studienreform und Rechtsreform, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 4. Bd., 1937, S. 455—458.

individuellen Charakter hat. Es muß aber auch darauf hingewiesen werden, daß in dem bunten Gewebe des geschichtlichen und sozialen Lebens nicht nur individuelle Züge, sondern auch allgemeine Elemente enthalten sind. Auch das lebensfrische „volle Menschenleben" ist ein Gemisch von bleibenden und wechselnden, allgemeinen und besonderen Momenten. Es ist auch unleugbar, daß jede Rechtsnorm eine ganze Reihe von konkreten Lebensverhältnissen erfaßt; indem sie dies tut, muß sie aber unausweichlich generalisieren. Das Recht mag sich noch so sehr an die konkreten Lebensverhältnisse anschmiegen, in einem gewissen Maße muß es dennoch Verallgemeinerungen vornehmen. Die Berufe und Lebensverhältnisse des Bauers, des Arbeiters usw., nach denen der Nationalsozialismus die Gliederung des Rechtsstoffes vornehmen möchte, sind selbst schon sehr weitgehende Verallgemeinerungen. Außerdem darf man auch den lebendigen Zusammenhang der verschiedenen Lebensverhältnisse nicht außer acht lassen. Dieser Zusammenhang bedeutet aber nichts weniger, als daß zwischen den verschiedenen Lebensverhältnissen Berührungspunkte bestehen, daß sie neben abweichenden, individuellen Zügen auch gemeinsame, generelle Züge aufweisen. Die auf verschiedene Berufe und Lebensverhältnisse bezügliche rechtliche Regelung wird daher ebenfalls gewisse Ähnlichkeiten, d. h. allgemeine Züge, zeigen. Die systematische Zusammenfassung des Rechtsstoffes kann somit bei den einzelnen Berufen und Lebensverhältnissen nicht Halt machen, sondern muß die bei der Regelung verschiedener Berufe und Lebensverhältnisse auffindbaren Übereinstimmungen ergreifen und zu Allgemeinbegriffen verarbeiten. Bei diesem Verfahren ist es unvermeidlich, daß die auf einen Beruf oder auf ein Lebensverhältnis bezüglichen Rechtsvorschriften voneinander getrennt werden: der mit der Regelung anderer Berufe oder Lebensverhältnisse übereinstimmende Teil muß nämlich von den besonderen Vorschriften, die bloß für den einen Beruf oder das eine Lebensverhältnis Geltung haben, abgesondert werden. Im Weg der zur logischen Einheit des Systems hinaufführenden, immer höheren Verallgemeinerungen ist es daher sehr wohl möglich, daß zum Schluß als höchste Glieder des Systems ein öffentlichrechtliches Rechtsgebiet einem privatrechtlichen gegenübergestellt werde. Der nationalsozialistischen rechtswissenschaftlichen Systematik gegenüber muß also festgestellt werden, daß die Gliederung des gesamten Rechtsstoffes nach den verschiedenen Berufen und Lebensverhältnissen bloß den Ausgangspunkt der rechtlichen Systembildung bedeuten kann. Über die höheren Glieder des Systems gibt uns aber die nationalsozialistische Rechtsauffassung keinen Aufschluß und kann auch infolge ihrer Abneigung gegen die abstrakten Allgemeinbegriffe keinen geben. Will man die abstrakten Allgemeinbegriffe nicht gelten lassen und verwirft man die Unterscheidung vom Allgemeinen und Besonderen, so ist eine Systembildung unmöglich. Denn ein jedes logische System bedeutet das Fortschreiten vom Besonderen zum Allgemeinen, zum Allgemeineren und endlich zu dem die Einheit des Systems begründenden Allgemeinsten.

3. Die Bedeutung, die der traditionellen Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, mangels eines besseren systematischen Einteilungsprinzips, zukommt, läßt es besonders bedauernswert er-

scheinen, daß es der Theorie bis heute nicht gelungen ist, den genauen Sinn dieser Unterscheidung zu bestimmen.

Es ist überflüssig, die verschiedenen Theorien, die den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht zu bestimmen versuchen, aufzuzählen und ihre Unzulänglichkeit darzutun. Wir möchten in einigen ganz allgemeinen Bemerkungen bloß auf die besonderen Schwierigkeiten hinweisen, mit denen die Auffindung des Merkmals, das das öffentliche Recht von dem Privatrecht unterscheidet, verbunden ist.

Die übliche Gliederung des Rechtsstoffes kann nicht als unbedingt zuverläßliche Grundlage angenommen werden. Denn die Durchführung einer systematischen Einteilung geschieht nicht immer folgerichtig und richtet sich nicht immer nach einheitlichen und eindeutigen Gesichtspunkten. Die konkrete Verteilung des Rechtsstoffes durch die übliche Systematik auf die in Frage stehenden beiden Rechtsgebiete kann ebenso fehlerhaft sein wie die theoretische Bestimmung des Einteilungskriteriums. Es kann somit einer Theorie gegenüber, die den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht eindeutig zu bestimmen trachtet, nicht immer mit Recht geltend gemacht werden, daß ihr die Praxis der üblichen Systematisierungen widerspricht.

Wohl zu beachten ist andererseits, daß die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht die Richtlinie zur logischen Gliederung des gesamten Rechtsinhaltes abgeben soll. Das Unterscheidungsmerkmal kann daher nicht gänzlich unabhängig vom Rechtsinhalt sein, sondern es muß die Rechtsinhalte selbst erfassen, um die Absonderung gewisser Rechtsinhalte von anderen Rechtsinhalten möglich zu machen. Ansichten, die das gesuchte Unterscheidungsmerkmal ganz formal fassen wollten und den Unterschied von öffentlichem und privatem Recht, ohne Bezugnahme auf den Rechtsinhalt, z. B. bloß im Unterschied der Rechtsquellen oder in dem des zwingenden und nichtzwingenden Rechts finden möchten, wären schon aus diesem Grund verfehlt. Damit haben wir die größte Schwierigkeit der in Frage stehenden Theorie berührt. Der Inhalt des Rechts ist veränderlich: der Kreis der rechtlich geregelten Lebensverhältnisse ist bei verschiedenen Nationen und zu verschiedenen Zeiten ebenso verschieden, wie auch die Art der Regelung verschieden ist. Muß das leitende Prinzip der Rechtssystematik auf den veränderlichen Rechtsinhalt Bezug nehmen, so taucht die Frage auf, ob und inwieweit dieses Prinzip selbst noch auf Allgemeingültigkeit und Beständigkeit Anspruch erheben könne.

Trotz dieser Schwierigkeit muß man daran festhalten, daß das Unterscheidungskriterium vom öffentlichen und privaten Recht ein rechtsinhaltliches Prinzip sein muß. Es müssen deshalb die möglichen Gegenstände der rechtlichen Regelung, die den Inhalt des Rechts bestimmen, daraufhin untersucht werden, ob nicht zwischen ihnen ein grundlegender Unterschied auffindbar ist, der als genügend feste und beständige Grundlage für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht dienen könnte. Die folgenden Ausführungen unternehmen es zu beweisen, daß die möglichen Gegenstände der rechtlichen Regelung bereits durch die einfache Tatsache, daß das Recht besteht, in zwei große Gruppen geteilt werden und daß diese durch Zuhilfenahme des Rechtsbegriffs ermittelte Zweiteilung — trotz allen Wechselns der Rechts-

inhalte — ein genügend allgemeines und beständiges principium divisionis für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht bietet.

4. Die möglichen Gegenstände der rechtlichen Regelung sind die menschlichen Handlungen. Das positive Recht selbst ist aber auch Menschenwerk: die Erzeugung, die Anwendung und die Erzwingung des Rechts geschieht durch menschliche Handlungen. Die soziale Macht, die Zwangsgewalt, die notwendig hinter dem positiven Recht, als Zwangsregel, stehen muß, fügt sich ebenfalls aus menschlichen Verhaltungsweisen zusammen. Sobald das Recht im sozialen Leben erscheint, kann man die sozialen Erscheinungen in rechtliche und nichtrechtliche einteilen und zwischen den menschlichen Handlungen, aus denen sich die sozialen Erscheinungen zusammensetzen, diejenigen, die der Erzeugung und Durchsetzung des Rechts dienen, von denen, die andere Zwecke verfolgen, unterscheiden. Und da das Recht prinzipiell jede soziale Erscheinung und jede menschliche Handlung durch seine Regelung ergreifen kann, vermag sowohl das rechtliche Leben selbst als auch das außerrechtliche soziale Leben zum Gegenstand der rechtlichen Regelung zu werden. Die der rechtlichen Regelung offenstehenden menschlichen Handlungen lassen sich somit auf zwei große Gruppen aufteilen: auf Handlungen, die der Erzeugung, Durchsetzung und Erzwingung des Rechts dienen, und auf Handlungen, die nicht diesen Zwecken dienen.

Der Unterschied dieser beiden Gruppen von Handlungen ist, wie gesagt, schon mit der Tatsache des Bestehens einer rechtlichen Regelung gegeben, ebenso wie der Unterschied von regelndem und geregeltem Verhalten schon durch den Begriff der Regelung gegeben ist. Da das regelnde Verhalten selbst geregelt werden kann, entsteht zwischen den möglichen Gegenständen der Regelung ein Unterschied, der dem erkenntnistheoretischen Unterschied zwischen der Reflexion und der Erkenntnis ähnlich ist. Die Aufgabe des Rechts ist in erster Linie, die außerhalb seines Eigenlebens sich abspielenden menschlichen Handlungen zu regeln; und wenn es in zweiter Linie sein Eigenleben selbst, d. h. die sozialen Vorgänge der Rechtserzeugung und Rechtserzwingung, zum Gegenstand einer rechtlichen Regelung macht, so biegt es sich, dem Wortsinn der Reflexion gemäß, auf sich selbst zurück[1]).

Zwischen den beiden genannten großen Gruppen von menschlichen Handlungen, als möglichen Gegenständen der rechtlichen Regelung, besteht ein wesentlicher Unterschied: daß das Recht menschliches Handeln regeln muß, folgt schon aus dem Begriff des Rechts; daß es sein Eigenleben, die Vorgänge der Rechtserzeugung und Rechtserzwingung selbst, regle, ist schon nicht begriffsnotwendig. Die soziale Macht, die hinter

[1]) Mit dieser „reflektiven" rechtlichen Regelung hängt auch die Frage der sogenannten rechtlichen „Doppelprobleme" zusammen, die ich bereits in meiner Abhandlung: Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, in Kelsen-Festschrift, 1931, S. 95, berührte: „Jene soziologischen Fakta, die in ihrer Realität vorhanden sein müssen, um die Positivität des Rechtes zu begründen, können natürlich, wie alle anderen sozialen Fakta, der rechtlichen Regelung unterworfen werden. Es entstehen somit rechtliche Doppelprobleme: Neben der für den Rechtsbegriff unentbehrlichen soziologischen Frage, dem Rechtswesensproblem, erscheint die Frage nach der rechtlichen Regelung dieser sozialen Tatsachen, das Rechtsinhaltsproblem ..."

dem positiven Recht steht, braucht nicht notwendig rechtlich organisiert zu sein; sie kann durch außerrechtliche Bande zusammengehalten werden und das Recht im Weg eines rechtlich nicht geregelten Verfahrens erzeugen und erzwingen. Nichts hindert aber andererseits, daß das Recht, sich gleichsam zurückbeugend, die hinter ihm stehende soziale Macht rechtlich organisiere und die auf Rechtserzeugung und Rechtserzwingung gerichteten menschlichen Handlungen ebenfalls einer Regelung unterziehe. Geschieht dies, so können die rechtlich geregelten menschlichen Handlungen — und somit auch die Inhalte der rechtlichen Regelung — in zwei Gruppen geteilt werden: in die Gruppe solcher rechtlich geregelter Handlungen, die auf die Erzeugung und Erzwingung des Rechtes selbst gerichtet sind, und in die Gruppe solcher, die auf andere, vom Bestehen der Rechtsordnung unabhängige Zwecke — z. B. auf die Selbsterhaltung oder die Fortpflanzung der Menschen — gerichtet sind. In dem Unterschied der sich auf diese beiden Gruppen menschlicher Handlungen verteilenden rechtlichen Normen kann man die letzte Wurzel der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht auffinden[1]).

5. Bevor wir die Entwicklung des Unterschiedes zwischen öffentlichem und privatem Recht weiterverfolgen, sei es erlaubt, aus dem bereits gewonnenen Ergebnis gewisse Folgerungen auf das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete zu ziehen.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß den Normen öffentlichrechtlichen Charakters, die die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung selbst bezwecken, der logische Vorrang vor dem Privatrecht gebührt, das die Existenz der vom öffentlichen Recht geregelten rechtserzeugenden und rechtserzwingenden Macht schon voraussetzt. In diesem, aber nur in diesem Sinn kann man vom Primat des öffentlichen Rechts reden.

Denn aus dem Gesagten ist auch ersichtlich, daß das Privatrecht sonst, seinem rechtlichen Charakter nach, das stärkere Recht ist. Es steht hinter ihm das ganze öffentliche Recht, dessen Aufgabe es ist, die Geltung des übrigen Rechtsgebietes zu sichern. Hinter dem öffentlichen Recht steht jedoch kein anderes Rechtsgebiet, das die Geltung des öffentlichen Rechts zu sichern hätte. Es gilt hier die alte Frage: „Quis custodiet custodes?" Sie kann mit der Frage: Wer soll die Zwingenden zwingen? übersetzt werden. Die Erzwingbarkeit vieler öffentlichrechtlicher Normen kann oft zweifelhaft sein; öffentlichrechtliche Fragen können allzuleicht ihre rechtliche Qualität verlieren, sich in die Region der nationalen Moral erheben oder durch die brutale politische Macht gedeutet werden. Es ist zweifellos, daß das öffentliche Recht, als Ganzes, weniger erzwingbar ist als das Privatrecht[2]). Die höchsten Spitzen des

[1]) Diese Auffassung stimmt im wesentlichen mit der Auffassung Stammlers überein; vgl. Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1928, S. 282: „Das öffentliche Recht betrifft die Rechtseinrichtungen, die auf die Ermöglichung und die Aufrechterhaltung dieser Rechtsordnung abzielen — das bürgerliche Recht umfaßt die Regelung der dieser Ordnung unterstellten Rechtsverhältnisse."

[2]) Vgl. W. Burckhardt: Methode und System des Rechts, 1936, S. 187: „... die Sätze der staatlichen Organisation begründen nicht eigentlich eine Rechtspflicht... Deshalb kann man die Normen des Verfassungsrechts, insbesondere die Pflichten der obersten Staatsorgane, nicht als Beweis dafür anführen, daß Rechtsnormen auch ohne Sanktion, als nicht erzwingbare bestehen können. Solche Normen sind notwendig leges imperfectae. Daß sie, die grundlegenden, (freiwillig) befolgt werden, begründet erst die Möglichkeit einer Rechtsordnung, d. h. eine Ordnung erzwingbarer Normen."

Privatrechts ragen in das öffentliche Recht hinein, die höchsten Spitzen des öffentlichen Rechts berühren sich unmittelbar mit den politischen Strömungen und mit dem Faktum der Macht. Hieraus erklärt es sich, daß privatrechtliche Einrichtungen meist die öffentlichrechtlichen Veränderungen überdauern. Der Umsturz des öffentlichen Rechts braucht das Privatrecht nicht umzuwerfen; die Zertrümmerung des Privatrechts kann dagegen nur nach dem Zusammenbruch des öffentlichen Rechts erfolgen.

Auch was die Ableitbarkeit aus dem Rechtsbegriff und was das historische Auftreten anbetrifft, gebührt die Priorität dem Privatrecht. Es wurde oben festgestellt, daß es schon aus dem Begriff des Rechts folgt, daß das Recht außerrechtliches menschliches Handeln ergreift; daß es aber auch sein Eigenleben, die Vorgänge der Rechtserzeugung und der Rechtserzwingung regle, ist nicht begriffsnotwendig. Hinter primitiven und unentwickelten Rechtsordnungen steht meist keine rechtlich organisierte öffentliche Gewalt: die Rechtserzeugung geschieht in der unorganisierten Form des Gewohnheitsrechts, die Rechtserzwingung zeigt die ebenfalls unorganisierte Form einer spontanen gesellschaftlichen Reaktion[1]). Aber auch das Völkerrecht, dieses heute noch äußerst primitive Recht, kann als Beispiel dafür angeführt werden, daß hinter dem Recht nicht unbedingt eine feste und organisierte öffentliche Gewalt stehen muß. Es ist zweifellos schon manches Recht vorhanden, bevor die rechtserzeugende und rechtserzwingende soziale Macht selbst ihre öffentlichrechtliche Organisation erhält. Der Ansicht Somlós, daß das Recht ohne öffentlichrechtliche Normen nicht existieren, ohne Privatrecht jedoch sehr wohl bestehen könne, kann nicht beigepflichtet werden[2]).

6. Wir glaubten oben feststellen zu können, daß die Anfänge der öffentlichrechtlichen Regelung in jenen „reflektiven" Rechtsnormen zu suchen seien, die sich auf das „Eigenleben des Rechts selbst" beziehen und somit den sozialen Prozeß der Rechtserzeugung und der Rechtserzwingung zum Gegenstand ihrer Regelung haben.

Um gewissen Mißverständnissen vorzubeugen, die aus der abweichenden Deutung der Begriffe Rechtserzeugung und Rechtsanwendung sich ergeben könnten, muß besonders die Rechtserzwingung, also das Zwangsmoment im Recht, hervorgehoben werden. Es ist das Begriffsmerkmal des Rechts, daß es eine Zwangsregelung ist[3]). Das Bestehen des Rechts setzt das Bestehen einer sozialen Zwangsgewalt voraus, ohne die von einem positiven Recht nicht gesprochen werden könnte und die deshalb als Erzeugerin und Beschirmerin des Rechts zu betrachten ist. Öffentlichrechtliche Normen wären somit jene, durch die

[1]) Vgl. J. Makarewicz: Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 1906, S. 216: „Jedes Vergehen, auf einem kabylischen Markte begangen, wird sofort von der empörten Menge mit Steinigung bestraft."

[2]) F. Somló: Juristische Grundlehre, 1917, S. 487: „Daß der Begriff des öffentlichen Rechts bereits mit dem Begriffe einer Rechtsnorm einhergeht, während es ein Privatrecht nicht unbedingt geben muß, damit es Recht geben könne — daß also mit anderen Worten der Begriff des Privatrechts kein juristischer Grundbegriff, sondern nur ein Allgemeinbegriff sein kann, braucht wohl nicht besonders ausgeführt zu werden."

[3]) Nach der Auffassung des heiligen Thomas von Aquin: „lex de sui ratione duo habet: primo quidem quod est regula humanorum actuum, secundo quod habet vim coactivam" (Summa Theologica, prima secundae, questio 96, art. 5).

das Recht, gleichsam sich zurückbeugend, die hinter ihm stehende rechtserzeugende und rechtserzwingende Zwangsgewalt einer rechtlichen Regelung unterwirft.

Wenn nun die rechtliche Organisation dieser sozialen Macht — kurz: das öffentliche Recht — einen gewissen, verhältnismäßig hohen Grad erreicht hat, dann pflegt man von einer organisierten Staatsgewalt und vom Staat zu reden[1]). Ohne das Problem des Staatsbegriffs aufzurollen, können wir uns mit der einfachen Feststellung begnügen, daß der Staat seinem innersten Wesen nach Tätigkeit ist: der Inbegriff sämtlicher Staatsfunktionen. Die Staatsfunktionen sind wiederum jene unzähligen menschlichen Handlungen, die auf Grund des positiven Rechts — nach den rechtlichen Zurechnungs-, Kompetenz- oder Organisationsregeln — als staatliche Handlungen gelten. Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen ist der Staat das Geschöpf der Rechtsordnung und wird gerade durch jene Rechtsnormen begründet, durch die das Recht — gleichsam sich zurückbeugend — die hinter ihm stehende soziale Macht organisiert. Diesen Teil der Rechtsordnung nannten wir das öffentliche Recht und es ist daher nur folgerichtig, daß wir nun in solchen entwickelten Rechtsordnungen, die schon eine organisierte Staatsgewalt zeigen, den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht mit dem Gegensatz gleichsetzen, der zwischen der Regelung, die sich auf den Staat und das staatliche Handeln bezieht, und derjenigen besteht, die das Gebiet der sonstigen, nicht als staatlich geltenden menschlichen Handlungen normiert.

Hat die Entwicklung die Höhe der staatlichen Organisation erreicht, so gibt es zweifellos überhaupt nichts, was eine größere Bedeutung für das Recht hätte als der Staat. Es ist daher ganz natürlich, daß bei der Gliederung des Rechtssystems als höchstes principium divisionis gerade der Begriff des Staates verwendet wird. Die Verknüpfung des öffentlichen Rechts und des Staatsbegriffes entspricht teilweise auch der alten Definition Ulpians: „Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat..."[2]).

7. Indem wir den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht in dem Unterschied des Gegenstandes der Regelung fanden, der entweder die staatliche Tätigkeit oder die Privattätigkeit sein kann, gaben wir ein rechtsinhaltliches, aber dennoch genügend allgemeines und beständiges Einteilungsprinzip für die Rechtssystematik an.

Man könnte jedoch gegen die hier vertretene Auffassung den Einwand erheben, daß es nicht angebracht sei, den ungeklärten Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht mit dem ebenfalls nicht ge-

[1]) Kelsen, der früher Staat und Recht gleichgesetzt hat, äußert sich in seiner „Reinen Rechtslehre", 1934, folgendermaßen: „Der Staat ist eine Rechtsordnung. Aber nicht jede Rechtsordnung wird schon als Staat bezeichnet... Staat heißt die Rechtsordnung, wenn sie einen gewissen Grad von Zentralisation erreicht hat" (S. 117/118).

[2]) D. 1. 1. 1. 2. Die fehlerhafte Bezugnahme auf das allgemeine oder private Interesse muß natürlich fallen gelassen werden. — Aber auch jene Theorie, die im öffentlichen Recht das Verhältnis der Überordnung erblickt, ist insoweit auf dem richtigen Weg, als das öffentliche Recht, nicht in seinen Einzelheiten, sondern als Ganzes, die der Gesellschaft übergeordnete „staatliche Tätigkeit" organisiert.

klärten Unterschied von staatlicher Tätigkeit und Privatautonomie zu erklären. Hierauf ist zu erwidern, daß zwar nicht mit absoluter Allgemeingültigkeit festgestellt werden kann, welche Handlungen private und welche staatliche seien, daß es aber auf Grund einer gegebenen Rechtsordnung dennoch immer möglich ist, mit voller Bestimmtheit zu entscheiden, ob eine menschliche Handlung im Sinn der rechtlichen Zurechnungsregeln als staatliches Handeln gilt oder nicht. Da ein menschliches Handeln immer nur auf Grund einer rechtlichen Zurechnungsnorm als Staatsfunktion gelten kann, ist es auf der Grundlage eines positiven Rechts niemals zweifelhaft, wo die Grenze zwischen der Sphäre des Staates und der Privatautonomie verläuft. Hierüber können keine prinzipiellen Unklarheiten, sondern nur Unklarheiten der Rechtsauslegung bestehen[1]).

Die Abgrenzung der Staatstätigkeit von der Sphäre der Privatautonomie wird dadurch erheblich erschwert, daß dieser Gegensatz nicht mit der Absonderung von zwei Menschengruppen zusammenfällt. Beim Staatsorgan haben wir immer mit der Zweiteilung eines und desselben Menschen zu tun: der eine Teil seiner Handlungen muß als Staatstätigkeit, der andere als Privattätigkeit betrachtet werden. Diese Erscheinung ist dem psychischen Phänomen der Zweispaltung des Ichs ähnlich: die Seele des Organträgers spaltet sich tatsächlich entzwei. Mit dem einen Teil seines Wollens, seines Wissens und seiner Gefühle dient er dem Staat und hierdurch wird in seinen Handlungen der Staat selbst lebendig; mit dem anderen Teil seines Wollens, seines Wissens und seiner Gefühle aber lebt er, über den Kreis der Organhandlungen hinaus, sein eigenes Privatleben, das sich ganz deutlich von seiner amtlichen Kompetenz abhebt[2]). Staatstätigkeit wird immer nur auf Grund einer rechtlichen Ermächtigung ausgeübt. Die behandelte Schwierigkeit kann somit die Abgrenzung der Staatstätigkeit von der Privatautonomie nicht vereiteln.

Daraus, daß immer der Inhalt des positiven Rechts die Frage entscheidet, welche menschlichen Handlungen als staatliches Handeln zu

---

[1]) Der Gedanke, daß der „Staatswille" das Produkt der rechtlichen Zurechnung sei, ist besonders von Kelsen betont worden. In seiner „Allgemeinen Staatslehre" faßt er jedoch den Staat noch als „Endpunkt" der Zurechnung auf, worauf schließlich alle vom Recht geregelten menschlichen Handlungen bezogen werden, und gelangt somit zur Gleichsetzung des Staatswillens mit der Gesamtrechtsordnung, zur Identifizierung von Staat und Recht; vgl. S. 71. Diese Auffassung läßt für die Privatautonomie und für das Privatrecht keinen Platz im Recht übrig. Im Einklang hiermit hebt Kelsen auch in seiner „Reinen Rechtslehre" den publizistischen Charakter der sogenannten privaten Rechte hervor: „... die privaten Rechte sind in demselben Sinn politische Rechte ..., wie diejenigen, die man allein so zu bezeichnen pflegt, weil beide, wenn auch auf verschiedene Weise, Anteil an der staatlichen Willensbildung, das ist aber an der politischen Herrschaft gewähren ..."; S. 113—114. Trotzdem unterscheidet Kelsen in der „Reinen Rechtslehre" schon zwischen dem Staatsorgan und dem Untertan „als dem Privaten"; S. 122—123. Bleibt man aber dieser letzteren Auffassung treu, so darf man auch die durch Private — z. B. im Weg der Rechtsgeschäfte — erfolgte Rechtserzeugung, falls man solch eine annimmt, nicht als staatliche Willensbildung bezeichnen. Wird die Ausstattung der Rechtsnorm mit dem rechtlichen Zwang als nicht zum Prozeß der Rechtserzeugung gehörend betrachtet, so kann trotz des staatlichen Zwangsmonopols neben der staatlichen auch von einer nichtstaatlichen Rechtserzeugung gesprochen werden.

[2]) Vgl. Moór: Die Theorie der juristischen Personen (ungarisch), 1931, S. 362 ff.

gelten haben, folgt aber auch, daß das Gebiet des öffentlichen Rechts von dem des Privatrechts je nach dem geltenden Recht verschieden abzugrenzen ist. Ein Lebensverhältnis, das durch die eine Rechtsordnung der Privatautonomie überlassen wird, kann durch eine andere Rechtsordnung in den Kreis der Staatstätigkeit gezogen werden. Das Recht kann besonders außer der Rechtserzeugung und der Rechtserzwingung auch andere wichtige soziale Aufgaben als Staatsfunktionen organisieren und an Stelle des Rechtsstaates einen sogenannten Wohlfahrtsstaat oder Kulturstaat begründen. Wohl zu beachten ist es daher, daß die Rechtsgebiete des öffentlichen und des privaten Rechts nicht durch feste, ein für allemal passende Scheidewände abgegrenzt werden können: die Grenzen dieser beiden großen Rechtsgebiete sind in fortwährender Bewegung begriffen. Sie werden, geschichtlich wechselnd, durch den Inhalt des jeweils in Geltung stehenden positiven Rechts bestimmt und in diesem Sinn ist der Gegensatz kein absoluter, sondern ein relativer: eine geschichtliche und positivrechtliche Kategorie.

8. An Hand des gewonnenen Einteilungskriteriums müßten wir nun die — in der üblichen Systematik als öffentlichrechtliche oder privatrechtliche bezeichneten — einzelnen Rechtsgebiete untersuchen, um unsere theoretische Auffassung mit der Praxis der üblichen Gliederung des Rechtsstoffes zu vergleichen. Diese Untersuchung, die einem besonderen Aufsatz vorbehalten werden muß[1]), wird manche Abweichungen zwischen der üblichen Gliederung des Rechtsstoffs und der Gliederung festzustellen haben, die sich aus der folgerichtigen Anwendung unseres Einteilungsprinzips ergibt. Es deckt sich insbesondere das traditionelle Gebiet des Privatrechts nicht mit dem Kreis derjenigen rechtlichen Regelung, die sich nicht auf das staatliche Handeln, sondern auf private Handlungen bezieht und die außer dem traditionellen Privatrechtsgebiet auch das materielle Strafrecht und manche Gebiete des Prozeßrechts in sich begreift. Es wäre daher vielleicht besser, dem öffentlichen Recht nicht das Privatrecht entgegenzustellen und dann zwischen Privatrecht im engeren und Privatrecht im weiteren Sinn zu unterscheiden, sondern zwischen dem Recht des Staates oder dem öffentlichen Recht und dem Recht der Privaten oder dem bürgerlichen Recht die Unterscheidung zu treffen. Hiermit würde man zur alten deutschen Terminologie zurückkehren, die im Begriff des „bürgerlichen Rechts" Privatrecht, Strafrecht und Prozeßrecht zusammenfaßte[2]). Aus der Tatsache der Abweichung von der heutzutage üblichen systematischen Gliederung des Rechtsstoffs kann man aber um so weniger einen ernsten Einwand gegen unser theoretisches Einteilungsprinzip herausholen, als die — von Lehrbuch zu Lehrbuch sich fortpflanzende — übliche Systematik nicht durch einheitliche und eindeutige Prinzipien, oft sogar nicht durch prinzipielle Gründe, sondern durch bloße Zweckmäßigkeitsrücksichten bestimmt wird.

9. Würde man auf Grund des Gegensatzes von Staatsfunktion und Privathandlung die Unterscheidung zwischen dem Recht des Staates und dem Recht der Privaten folgerichtig durchführen, so wäre aus

[1]) Dieser Aufsatz wird unter dem Titel „Das Rechtssystem" in einem der nächsten Hefte dieser Zeitschrift erscheinen.

[2]) Vgl. Stier-Somló und Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1. Bd., 1926, S. 840.

diesen beiden Rechtsgebieten die Rolle klar ersichtlich, die in der rechtlichen Welt einerseits dem Staat und andererseits dem Individuum zukommt. Der in diesem Sinn aufgefaßte Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht könnte somit an die zwei Leitmotive der Sozialphilosophie anknüpfen, die aus den Gegensatzpaaren: Gemeinschaft — Individuum, Staatsgewalt — Freiheit herausklingen.

In dem weltanschaulichen Kampf, der unserer Tage unter der Standarte des Universalismus oder Etatismus einerseits, mit der Devise des Individualismus oder Liberalismus andererseits ausgefochten wird, kommt der Gegensatz der genannten sozialphilosophischen Leitmotive, des staatlichen Machtgedankens und des individuellen Freiheitsprinzips, besonders scharf zum Ausdruck. Die Rechtsphilosophie, als die Lehre vom möglichen Recht, kann ihre Stellungnahme zu diesem Kampf darauf beschränken, daß sie die Schranken bezeichnet, die der Verwirklichung beider Prinzipien gesetzt sind.

Die schrankenlose Verwirklichung der individuellen Freiheit ist in der Gesellschaft deshalb unmöglich, weil die individuelle Freiheit selbst eines gesellschaftlichen, staatlichen Schutzes bedarf. Will man die Gesellschaft auf das Prinzip der Privatautonomie aufbauen, so muß man die Privatautonomie nicht bloß anerkennen, sondern auch durch öffentliche Gewalt sichern und verteidigen. Die anarchistische Gesellschaft, die den Zwang im Interesse der individuellen Freiheit aus dem sozialen Leben verbannen wollte, müßte es auch durch Zwanganwendung verhindern, daß Zwang angewendet werde. Dies ist aber ein offenbarer logischer Widerspruch und somit ein Ding der Unmöglichkeit[1]).

Die schrankenlose Ausbreitung der staatlichen Tätigkeit ist aber ebenfalls unmöglich. Wenn man die Privatautonomie gänzlich vernichten, wenn man jede Handlung jedes Menschen „verstaatlichen" wollte, so müßte man für eine so ausführliche, jede kleinste Einzelheit des Menschenlebens, jede Handlung jedes Menschen ergreifende rechtliche Regelung Sorge tragen, deren Möglichkeit nicht einmal in der Phantasie gegeben ist. Sollte jede menschliche Handlung als Staatstätigkeit gelten, so könnte nur durch die erwähnte ausführliche rechtliche Regelung der Widerstreit der staatlichen Tätigkeiten verhütet und die Einheit des Staates gewährleistet werden. Es bestünde aber auch in diesem Fall noch die Möglichkeit der rechtswidrigen Handlung, die ihrem Begriff nach nicht als staatliche Tätigkeit gelten könnte; das Delikt wäre somit das letzte Refugium der individuellen Freiheit. Wollen wir aber von dieser düsteren Möglichkeit absehen und trotz alledem annehmen, daß die Verstaatlichung der menschlichen Handlungen restlos durchzuführen ist, die Fernsicht, die sich auf Grund dieser Annahme eröffnet, ist nicht minder trostlos. Nach Durchführung dieser „totalen" Verstaatlichung würde das menschliche Leben in einem Mechanismus erstarren, dessen Lauf durch das Räderwerk einer sich auf Alles erstreckenden rechtlichen Regelung zwangsweise vorgeschrieben wäre. Ein in diesem Sinn aufgefaßter „totaler" Staat würde mit der Vernichtung des Individualismus zugleich auch die Möglichkeit des Fortschrittes vernichten. Denn jeder wahre Fortschritt der Menschheit ent-

[1]) Vgl. Moór: Zum ewigen Frieden. Grundriß einer Philosophie des Pazifismus und des Anarchismus, 1930, S. 81 ff.

springt in letzter Linie nicht der staatlichen Tätigkeit, sondern den höchsten Offenbarungen der individuellen Persönlichkeit.

Es dürfen somit weder das Prinzip der individuellen Freiheit noch das Prinzip der staatlichen Macht ausschließliche Geltung im sozialen Leben beanspruchen. Man soll nicht die Verdrängung des einen Prinzips durch das andere, sondern ihre gegenseitige Ergänzung und Versöhnung anstreben. Bei diesem Streben wird sowohl die öffentlich-rechtliche als auch die privatrechtliche Regelung ihre bleibende Bedeutung bewahren.

Die obigen theoretischen Feststellungen werden vielleicht von mehr als rein theoretischem Interesse sein, wenn es sich um die wertende Beurteilung solcher Richtungen handelt, die jeden Individualismus schonungslos, bis zum äußersten bekämpfen.

Auf die vom Individualismus erfaßten Werte kann die Menschheit niemals verzichten. Der Staat selbst baut sich aus individuellen Kräften der Gesellschaft, aus menschlichen Handlungen auf, die aus der privaten in die öffentliche Sphäre hinübergeführt wurden. Der Staat kann auch die große individuelle Persönlichkeit nicht entbehren, und zwar um so weniger, je mehr sich die Staatsgewalt in einer Person konzentriert. Und die völlige Vernichtung des Individualismus kann um so weniger das soziale Endziel bedeuten, je höher sich das Menschengeschlecht entwickelt. Den geheimnisvollen Tiefen der individuellen Persönlichkeit entspringen jene wundervollen Kräfte, die den Kulturfortschritt bewegen, jene Entdeckungen, Gedanken und Ideale, die das schwere Los erleichtern, das dem Menschen am leidvollen Weg seiner Bestimmung aufgebürdet ist.

# Das Rechtssystem

Von **Julius Moór**, Budapest.

*Inhalt:* 1. Das systematische Einteilungsprinzip. 2. Das Privatrecht im engeren Sinn. 3. Das materielle Strafrecht. 4. Das Zivilprozessrecht. 5. Das Strafprozessrecht. 6. Das Verwaltungsrecht. 7. Das Verfassungsrecht. 8. Das Kirchenrecht und das Völkerrecht. 9. Rechtssystematik und Rechtspolitik.

1. Man pflegt den gesamten Rechtsstoff vor allem in die beiden grossen Rechtsgebiete des öffentlichen und des privaten Rechts einzuteilen, um dann beide weiterzugliedern. Der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht ist somit das leitende Prinzip der Rechtssystematik. Den Sinn dieses Gegensatzes habe ich in meiner Abhandlung „ Öffentliches und privates Recht "[1] zu bestimmen versucht und in dem Unterschied zwischen der sich einerseits auf die *staatliche Tätigkeit* und andererseits auf die *Privattätigkeit* beziehenden rechtlichen Regelung gefunden. Der Zweck der folgenden Ausführungen ist es nun, durch die Untersuchung der einzelnen Rechtsgebiete die praktische Brauchbarkeit des genannten Unterscheidungsmerkmals zu überprüfen.

2. In den Kreis der Privattätigkeit gehört vor allem die Sorge für die *Selbsterhaltung* des Individuums. Der sogenannte Wohlfahrtsstaat kann helfend in den Kampf ums Dasein der Individuen eingreifen, doch hat es bisher jedes Recht in erster Linie als die Aufgabe der Privaten betrachtet, dass sie für ihre Selbsterhaltung und ihren Lebensunterhalt sorgen. Man kann sich immerhin auch einen gänzlich sozialisierten Staat vorstellen, in dem die wirtschaftliche Produktion und die Verteilung der Güter ganz und gar als staatliche Aufgaben gelten. Aber auch in diesem Staat müsste zumindest die unmittelbare Verwendung der Güter zum Lebensunterhalt in den Kreis der Privatautonomie fallen.

Die Frage der *Fortpflanzung* und der *Arterhaltung* verlangt ebenfalls danach, als Privattätigkeit geregelt zu werden. Die rechtliche Regelung der diesbezüglichen Privattätigkeit kann weitgehend durch das staatliche Interesse bestimmt sein, doch hat sich das Recht bisher davon zurückgehalten, geschlechtliche Beziehungen als Staatsfunktionen aufzufassen. Wenn nun ein gänzlich sozialisierter Staat auch diese Beziehungen in den Bereich der Staatstätigkeit ziehen wollte, wäre es doch nicht zu vermeiden, wenigstens gewisse Einzelheiten der zum Ideenkreis der Fortpflanzung gehörenden Tätigkeiten der Privatautonomie zu überlassen. Es ist übrigens zu beachten, dass gerade das sowjetrussische Recht, das sonst auf dem Standpunkt der Sozialisierung steht, in familienrechtlichen Beziehungen einen breiteren Spielraum für die ungehemmte Privatautonomie frei lässt als alle übrigen Rechtsordnungen.

[1] Erschienen in dieser Zeitschrift, 12. Bd., 1938, S. 9-21.

Der Rechtspositivismus beruft sich zur Widerlegung der naturrechtlichen Auffassung gern darauf, dass sich die Lebensverhältnisse ständig verändern und dass somit auch der Inhalt der sie ergreifenden rechtlichen Regelung einer fortwährenden Veränderung unterworfen ist. Es scheint jedoch, dass gerade die biologischen Grundlagen des sozialen Lebens — die Fragen der Selbsterhaltung und der Fortpflanzung der Menschen — eine relativ grosse Gleichmässigkeit und Beständigkeit zeigen und dass diese Fragen von sämtlichen positiven Rechten grundsätzlich als zur Privatautonomie gehörend betrachtet zu werden pflegen. Auf diesem Umstand beruht die traditionelle Gliederung der spezifisch privatrechtlichen Sphäre in die Rechtsgebiete des *Vermögensrechts*, des *Erbrechts* und des *Familienrechts*.

In die Sphäre des Privatrechts gehört aber auch jede rechtlich geregelte menschliche Vereinigung — vom einfachen Vertrag bis zu den gewaltigsten Verbänden —, sofern sie nicht als öffentlichrechtliche Korporation dem staatlichen Organismus eingegliedert und zur Ausübung von Staatsfunktionen ermächtigt wurde. Das sogenannte „*Sozialrecht*" der germanistischen Rechtstheorie, das angeblich als ein Zwischenglied zwischen öffentlichem und privatem Recht aufzufassen wäre, kann ohne grosse Schwierigkeiten auf das Recht der privatrechtlichen Vereine und das der öffentlichrechtlichen Korporationen aufgeteilt werden.

Man pflegt neuerdings den öffentlichrechtlichen Charakter der privatrechtlichen *Rechts- und Handlungsfähigkeit* zu betonen. Dieser Ansicht möchten wir nicht beipflichten. Es trifft zwar zu, dass die Rechts- und Handlungsfähigkeit durch *organisatorische* Normen geregelt wird, die einen Wirkungskreis, eine Kompetenz bestimmen. In diesem Fall handelt es sich aber gerade um die Kompetenz der Privatperson. Die Rechtsnormen, die keine staatliche Tätigkeit, sondern den Kreis der Privatautonomie regeln, können somit auf Grund unseres Einteilungskriteriums nicht als öffentlichrechtliche betrachtet werden.

Eine enge Verwandtschaft mit der privatrechtlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit zeigt auch die angeblich verfassungsrechtliche Frage der „*Grund- oder Freiheitsrechte*". Im Gegensatz zu den sogenannten „politischen Rechten", die eine Teilnahme an den Staatsfunktionen möglich machen, wird durch die „Freiheitsrechte" die Privatautonomie ausgebaut und gesichert. Bei ihrer Verletzung kann meist auch eine Klage auf privatrechtlichen Schadenersatz statthaben (so z. B. bei Verletzung des Rechts auf das Leben, auf die körperliche Unversehrtheit, auf die persönliche Freiheit, auf die Ehre, auf das Eigentum usw.). Die Freiheitsrechte können zwar als Schranken der Staatsgewalt aufgefasst werden, aber auch bei dieser Betrachtung erscheinen sie als ein von der Staatstätigkeit freies Gebiet : als Schranken, die sich der Staatstätigkeit gegenüberstellen und somit einer anderen Sphäre, der Sphäre der Privatautonomie, angehören. Ganz abgesehen davon, dass die Freiheitsrechte bloss als Schranken der staatlichen *Verwaltung* und nicht als die der *Verfassung* gelten können. Dass trotzdem die Regelung der Freiheitsrechte meist in den Verfassungsurkunden zu finden ist, hängt nicht mit systematischen, sondern

mit Zweckmässigkeitserwägungen zusammen: man will hierdurch die ausserordentliche Wichtigkeit dieser Belange betonen.

Ja, selbst die Ausübung der *politischen Rechte* kann zum Teil als eine Tätigkeit des Privaten und nicht als die Funktion des Staates betrachtet werden, ebenso wie die Erfüllung der „*öffentlichen*" *Pflichten*. Die Erfüllung der Steuerpflicht, der Wehrpflicht usw. ist nicht Sache des Staates, sondern des Privaten, und wegen der Versäumung dieser Pflichten wird folgerichtigerweise nicht der Staat, sondern der Private bestraft. Selbst ein Teil des *Beamtenrechts* bezieht sich auf die Privatautonomie. Ob der Private die Bekleidung mit der Staatsorganschaft annimmt oder vielleicht annehmen muss, ist nicht Frage der Staatstätigkeit, sondern der Privatautonomie. Und durch den Gehalt wird der Private dafür entlohnt, dass er seine Organhandlungen dem Staat überliess. Es verwandelt sich nicht ein öffentlichrechtlicher Gehalt in der Tasche des Beamten zu blossem Privateigentum, sondern der Beamte ist bei der Behebung seines Gehaltes bereits als Privater tätig. Die Tätigkeit desjenigen Organs, das den Gehalt auszahlt, ist Staatstätigkeit, desjenigen Organträgers, der den Gehalt behebt, ist jedoch Privattätigkeit. Gewiss, die Ausübung der politischen Rechte sowie die Erfüllung der „öffentlichen" Pflichten sind Privattätigkeiten, die in innigstem Zusammenhang mit dem Staatsleben stehen: sie alle haben den Zweck, das Funktionieren des Staatsapparates möglich zu machen. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass die in Frage stehenden Handlungen selbst noch Privattätigkeiten sind. Dass sich der mittelalterliche, feudale Staat auf privatrechtlichen Grundlagen aufbaute, wird allzuoft betont; dass sich aber auch der moderne Staat auf dem Grund von Privattätigkeiten, privaten Pflichten und privaten Rechten, erhebt, wird weniger beachtet.

Zweifellos ist, dass das traditionelle Gebiet des Privatrechts nicht mit der Regelung der Privattätigkeiten zusammenfällt. Wir schlugen deshalb vor, dem öffentlichen Recht als dem Recht des Staates nicht das Privatrecht, sondern das *bürgerliche Recht* als das Recht der Privaten gegenüberzustellen[1]. Hierdurch würde man eine alte Terminologie erneuern und die Möglichkeit haben, diejenige rechtliche Regelung, die sich zweifelsohne auf Privattätigkeiten bezieht, nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen, ohne sie jedoch mit dem Privatrecht im engeren Sinn gleichsetzen su müssen. Diese Erwägung kann auch durch die Betrachtung des materiellen Strafrechts unterstützt werden.

3. Das *materielle Strafrecht* wird durch die heutzutage übliche Systematik in das Gebiet des öffentlichen Rechts verwiesen; entweder mit der Begründung, dass die strafbare Handlung die Verletzung der Rechtsordnung sei, oder weil die Strafe aus öffentlichem Interesse verhängt werde oder aber weil das Recht des Strafens dem Staat zukomme und die Delikte von Amts wegen verfolgt würden. Nun steht aber fest, dass die privatrechtliche Rechtswidrigkeit ebenfalls die Verletzung der Rechtsordnung ist, dass der privatrechtliche Rechtsschutz ebenfalls aus öffentlichem Interesse besteht und dass das Recht der Zwangsanwendung zum Schutz des Privatrechts ebenfalls

[1] Vgl. meinen oben angeführten Aufsatz, in dieser Zeitschrift, S. 19.

dem Staat zukommt. Die Frage der Anwendung der Strafe und die der Verfolgung der Delikte von Amts wegen gehören übrigens schon nicht mehr zu den Fragen des materiellen Strafrechts, sondern zu denen des Strafprozessrechts.

Es ist unleugbar, dass verblüffende Ähnlichkeiten zwischen bestimmten Strafen und bestimmten verwaltungsrechtlichen Massnahmen bestehen. Von den „sichernden Massnahmen" der modernen Strafrechte abgesehen, ist zwischen den äusseren Tatbeständen einer Todesstrafe und einer zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung abgefeuerten tödlichen Salve, der Verurteilung zu Zwangsarbeit und der öffentlichen Arbeitspflicht, der Freiheitsstrafen und der Unterbringung Geisteskranker in Irrenhäusern, der Geldstrafe und der Steuerlast, usw. viele Ähnlichkeit zu finden, wenn sich auch diese Einrichtungen ihrem Zwecke nach deutlich unterscheiden. Dieselbe äussere Ähnlichkeit lässt sich jedoch auch zwischen einem privatrechtlichen Schadenersatz und einer Geldstrafe oder zwischen einer privatrechtlichen Exekution und einer Steuerexekution usw. feststellen. Die angeführten Beispiele sind nämlich alle aus dem Kreis des staatlichen Rechtsschutzes und nicht aus dem Gebiet des materiellen Rechts gewählt. Und da der durch Zwangsanwendung erfolgende Rechtsschutz heute schon auf allen Gebieten des Rechts die Aufgabe des Staates ist, dürfen uns die erwähnten Ähnlichkeiten nicht wundernehmen : die angeführten Beispiele gehören alle in die Kategorie der staatlichen Tätigkeit und somit in das Gebiet des öffentlichen Rechts.

Unleugbar ist aber, dass die Tatbestände des materiellen Strafrechts keine staatliche Tätigkeit, sondern die unerlaubten Handlungen Privater zum Gegenstand ihrer Regelung haben. Selbst die sogenannten Amtsdelikte bilden keine Staatstätigkeit, sondern sind als solche Privathandlungen des Staatsorganträgers aufzufassen, die er ausserhalb seiner amtlichen Kompetenz vornimmt ; denn zur Verübung eines Deliktes kann dem Staatsorgan keine Kompetenz zustehen. Sämtliche Tatbestände des materiellen Strafrechts sind Unrechtstatbestände und es ist somit begrifflich unmöglich, dass es sich dabei um staatliche Tätigkeit und um eine öffentlichrechtliche Regelung handeln könnte.

Gewiss, es ist ein wesentliches Merkmal des materiellen Strafrechts, dass es bereits den Schatten der zu erwartenden staatlichen Strafen an der Stirne trägt. Aber auch das Privatrecht im traditionellen Sinn ist mit dem Gedanken des zu erwartenden staatlichen Zwanges, mit dem Gedanken der Klagbarkeit und der Exequierbarkeit verbunden. Die staatliche Tätigkeit beginnt jedoch, hier wie dort, erst auf dem Gebiet des Prozessrechts. Nun besteht zwischen dem Zivilprozess und dem Strafprozess allerdings der bedeutende Unterschied, dass sich ersterer grösstenteils aus Privattätigkeiten zusammensetzt, wogegen im Strafprozess von Anfang an die staatliche Tätigkeit im Vordergrund steht. In dem angeblichen öffentlichrechtlichen Charakter des materiellen Strafrechts möchten wir daher nichts anderes als einen *Reflex des Strafprozessrechts erblicken*[1].

[1] Der Umstand, dass bis jetzt der öffentlichrechtliche Charakter des traditionellen Privatrechts nicht ernstlich behauptet wurde, ist somit bereits ein Zeichen der privatrechtlichen Natur des Zivilprozessrechts.

Wollen wir an dem Prinzip festhalten, dass der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht durch den Gegensatz von staatlicher und privater Tätigkeit gegeben ist, so können wir das materielle Strafrecht nicht als öffentliches Recht, sondern müssen es als zum Recht der Privaten gehörig betrachten. Es soll damit der Unterschied vom Privatrecht im traditionellen Sinn und dem materiellen Strafrecht nicht geleugnet werden. Ihre Unterscheidung kann aber nicht auf die Weise durchgeführt werden, dass man das materielle Strafrecht kurzerhand als öffentliches Recht bezeichnet. Die Abgrenzung, derzufolge das Privatrecht die *erlaubten* Privathandlungen, das materielle Strafrecht aber die *unerlaubten* Handlungen der Privaten regeln soll, ist auch nur im grossen und ganzen richtig, denn bekanntlich gibt es auch den Begriff des privatrechtlichen Delikts. Die Grenze der beiden Rechtsgebiete ist somit in der Richtung des Unterschiedes zwischen privatrechtlicher Rechtswidrigkeit und strafbarer Handlung, zwischen Schadenersatz und Strafe, zu suchen. Diese letztere Unterscheidung ist jedoch unseres Erachtens ohne Bezugnahme auf gewisse ethische Begriffe nicht möglich. Denn während das Privatrecht im Fall der Rechtswidrigkeit nur auf die Herstellung des verletzten Rechtszustandes gerichtet ist, ist mit dem Strafrecht der Gedanke der Vergeltung unlösbar verbunden. Moderne Richtungen, die den Gedanken der Schuld und der Vergeltung aus dem Strafrecht entfernen möchten, würden hierdurch das Strafrecht denaturieren, was jedoch an sich noch kein Beweis der sachlichen Unrichtigkeit dieser Richtungen ist.

Trotz des erwähnten Unterschiedes fügt sich das materielle Strafrecht enger an das Privatrecht im engeren Sinn an als an das öffentliche Recht. Interessant ist auch, dass im römischen Recht das Strafrecht zum Teil als Privatrecht behandelt wurde, dass das älteste Gesetzbuch der Welt, der Codex Hammurabi, überwiegend aus privatrechtlichen und strafrechtlichen Regeln besteht und dass die deutsche Rechtswissenschaft lange Zeit hindurch unter dem Begriff des „bürgerlichen Rechts" Privatrecht, Strafrecht und Prozessrecht zusammenfasste.

4. Das *Zivilprozessrecht*, dessen öffentlichrechtliche Natur neuerdings ebenfalls behauptet wird, muss auch grösstenteils zum Recht der Privaten gezählt werden. Dies war auch der Standpunkt der römischen Jurisprudenz und ihrer berühmten Einteilung des Privatrechts in „personae, res, actiones".

Der Zivilprozess wird in erster Linie durch die Privatparteien bewegt, er setzt sich grösstenteils aus den Handlungen der Parteien zusammen, die keine Staatstätigkeit ausüben, sondern auch vor dem Zivilrichter ihre Privatautonomie betätigen. Im Zivilprozess herrscht das Verfügungsprinzip, das heisst : die Privatautonomie. Selbst im Fall des rechtskräftigen Urteils hängt es vom obsiegenden Kläger ab, ob er das Urteil vollstrecken lässt oder nicht. Das Urteil bedeutet somit im Zivilprozess noch keinen feststehenden Staatswillen, sondern eher nur eine in Aussicht gestellte Hilfe für die Privatautonomie : eine Anweisung auf Inanspruchnahme des staatlichen Zwanges.

Durch die Tätigkeit des Richters wird jedoch unleugbar eine staatliche Tätigkeit und somit ein öffentlichrechtliches Element in

den Zivilprozess hineingetragen. Diese staatliche Tätigkeit steht jedoch im Hintergrund und kann sogar durch die Bestellung eines Schiedsgerichts überflüssig werden.

Das Zivilprozessrecht muss daher als *eine Mischung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Normen* betrachtet werden, in welcher der — die Parteihandlungen normierende — privatrechtliche Teil die Bedeutung des — die staatliche Tätigkeit des Richters regelnden — öffentlichrechtlichen Teils überwiegt. Das *Gerichtsverfassungsrecht* — das meistens dem Zivilprozessrecht angegliedert wird — ist natürlich eine rein öffentlichrechtliche Materie.

5. Auf dem Gebiet des *Strafprozessrechts* steht die Sache anders als im Zivilprozess. Hier ist nicht nur das Recht der Strafgerichtsverfassung, sondern grösstenteils auch das Verfahrensrecht als öffentliches Recht zu betrachten. Jede entwickeltere Rechtsordnung erblickt im Kampf gegen das Delikt eine staatliche Aufgabe und infolgedessen gestaltet sie den Strafprozess nicht zum Kampfplatz von Privatparteien aus, sondern zu einem Betätigungsfeld der öffentlichen Gewalt, wo in der Regel der Streit des Staatsanwalts mit der angeklagten Privatperson stattfindet. Im Strafprozess sind somit nicht nur die Gerichtshandlungen, sondern in der Regel auch die Handlungen der einen Partei, des Anklägers, staatliche Tätigkeiten. Die Handlungen der anderen Partei — des Angeklagten — sind jedoch auch hier Privattätigkeiten. Man beruft sich oft auf die hohe verfassungsrechtliche Bedeutung des Strafprozessrechts, d. h. auf seine Bedeutung vom Gesichtspunkt der bürgerlichen Freiheitsrechte. Es war aber oben schon davon die Rede, dass die Freiheitsrechte in die Sphäre der Privatautonomie und somit zum privatrechtlichen Rechtsgebiet gehören. Die „verfassungsrechtliche Bedeutung" des Strafprozesses macht gerade auf die wichtige Rolle aufmerksam, die der Privatautonomie im Strafprozess zukommt.

Das Strafprozessrecht kann also — gleich dem Zivilprozessrecht— als eine *Mischung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Normen* betrachtet werden. Nur ist hier das Verhältnis der Mischung ein anderes : es zeigt nicht das Übergewicht des privatrechtlichen, sondern das des öffentlichrechtlichen Teils.

6. Das Strafprozessrecht wird durch seinen überwiegend öffentlichrechtlichen Charakter an das *Verwaltungsrecht* angenähert, das — wie man zu sagen pflegt — die konkreten Tätigkeiten des Staates regelt.

Die Grenzen dieser beiden Rechtsgebiete greifen vielfach ineinander. Die Anwendung der sogenannten *„sichernden Massnahmen"*, die eine ausgesprochen verwaltungsrechtliche Natur haben, gehört z. B. meist in die Kompetenz der Strafgerichte, was allerdings die Bedeutung hat, dass hierdurch dem Privaten gegen die oft sehr schweren Rechtsfolgen der sichernden Massnahme all die Garantien zur Verfügung gestellt werden, die im Strafprozess die Privatautonomie sichern. Andererseits fällt die *Polizeigerichtsbarkeit*, meist auch die Aburteilung von *Gefällsübertretungen* und die *Disziplinargerichtsbarkeit*, in die Kompetenz von Verwaltungsorganen. In allen diesen Fällen handelt es sich weniger um eine strafrichterliche Vergeltung

als um die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder um die Wahrung von finanziellen Interessen oder um die Sicherung der amtlichen Disziplin und einer entsprechenden amtlichen Arbeitsleistung.

Nicht nur die von Verwaltungsorganen ausgeübte richterliche Tätigkeit, sondern auch eigentliche Verwaltungsfunktionen zeigen viele Ähnlichkeiten mit der Tätigkeit des Staates im Strafprozess. Die eine grosse Gruppe der Verwaltungsfunktionen, die *Polizei*, steht in engem Zusammenhang mit dem Kampf des Staates gegen das Delikt, mit der Tätigkeit des Staatsanwalts, die keine richterliche Funktion, sondern eine in den Strafprozess hineinragende staatliche Verwaltungsfunktion ist. Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei ergänzen sich gegenseitig. — Die andere grosse Gruppe der Verwaltungsfunktionen, die *Verwaltungspflege* (soziale und kulturelle Verwaltung), zeigt wiederum manche Ähnlichkeiten mit derjenigen staatlichen Tätigkeit, die auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts und des Exekutionsrechts entfaltet wird und die nichts anderes als die Unterstützung schutzbedürftiger Privater ist.

Den Unterschied zwischen dem Verwaltungsrecht und den Prozessrechten könnte man derart bestimmen, dass im Prozessrecht — auch im Strafprozess — die Privattätigkeit noch eine Hauptrolle spielt, im Verwaltungsrecht dagegen die Tätigkeit des Staates den Ausschlag gibt. Diese Unterscheidung trifft natürlich nur im grossen und ganzen zu und darf keinesfalls so aufgefasst werden, als ob die Verwaltung mit der Tätigkeit der Privaten gar nicht in Berührung käme. Im Gegenteil, die Verwaltung berührt sich auf ihrer ganzen Front mit der Privattätigkeit der Menschen. Die Privatautonomie bedeutet jedoch für die Verwaltung eigentlich nur eine äusserliche Berührungsfläche : die Schranke des staatlichen Eingriffs, wie dies bereits hinsichtlich der bürgerlichen Freiheitsrechte festgestellt wurde. Es steht den Privaten im Verwaltungsrecht kein so breiter Raum für eine organisierte Aktivität offen wie in den Prozessrechten.

Dies kann besonders von dem Teil der Verwaltung behauptet werden, der die Privatautonomie durch Aufstellung von Verboten, negativ, berührt, nämlich von der *Polizei*. Regelt das Polizeirecht die Tatbestände der polizeilich verbotenen Handlungen ausführlich, so schliesst sich diese Regelung dem materiellen Strafrecht an ; ihre Durchführung geschieht jedoch nicht im kontradiktorischen Verfahren des Prozesses, sondern im Weg einseitiger staatlicher Verwaltungsakte. Es fehlt aber meist eine solche ausführliche Regelung ; somit besteht für den Privaten bloss die allgemeine Pflicht, sich den polizeilichen Anordnungen zu fügen. Diese Gehorsamspflicht des Privaten bildet ebenso die Grenze der Privatautonomie, wie die Freiheitsrechte die Schranken der Verwaltung bedeuten. Ein parteimässiges Eingreifen der Privattätigkeit in den Gang der staatlichen Verwaltung findet meist nicht statt. Besteht hiezu — z. B. infolge der den Privaten gewährten Rechtsmittel — dennoch die Möglickeit, so bedeutet dies bereits, dass prozessrechtliche Prinzipien Eingang in das Verwaltungsverfahren gefunden haben.

Derjenige Teil der Verwaltung, der das Leben der Privaten nicht

durch Verbote, sondern durch positive staatliche Hilfe berührt, nämlich die *Verwaltungspflege* (soziale und kulturelle Verwaltung), ist mit der Privattätigkeit enger als die Polizei verbunden. Die Aufgabe dieser Verwaltung ist es, sich der Privattätigkeit beizugesellen und diese durch Staatstätigkeit zu unterstützen. In diesem Zweig der Verwaltung stellt sich der Staat zwischen die Privaten in den Kampf ums Dasein, um jene Aufgaben zu bewältigen, die durch die Kraft der Einzelnen oder durch freie Vereinigung nicht gelöst werden können. Dieser Umstand erklärt es, dass der Staat seine Tätigkeit auf diesem Gebiet sehr oft in privatrechtlichen Formen, im Weg von Rechtsgeschäften, ausübt und sich selbst in diesen Belangen den Regeln des Privatrechts unterstellt (z. B. Fiskus). Obgleich die Berührung zwischen der staatlichen Tätigkeit und der Privattätigkeit auf dem Gebiet der Verwaltungspflege sehr eng ist, bleibt hier das Privatleben dennoch eigentlich nur das passive Objekt der staatlichen Unterstützung und die Privattätigkeiten erlangen der Staatstätigkeit gegenüber auch hier nicht jene aktive und selbständige Bedeutung, die ihnen auf dem Gebiet des Prozessrechts zukommt.

Die Verwaltungspflege berührt sich aber nicht nur von der Seite ihres Objektes mit der Privatautonomie, sondern auch dadurch, dass nicht nur Organhandlungen, sondern auch Privattätigkeiten in den Dienst der staatlichen Verwaltung gestellt werden können. Ob eine der Verwirklichung staatlicher Zwecke dienende menschliche Handlung als blosse Privathandlung oder aber als Organhandlung und somit als Staatsfunktion zu gelten hat, hängt natürlich von den positivrechtlichen Zurechnungsregeln ab. Es wurde soeben darauf hingewiesen, dass gerade im Kreis der Verwaltungspflege der Staat sehr oft seine Tätigkeit unter privatrechtlichen Formen ausübt. Es ist daher sehr wohl möglich, dass er gewisse Tätigkeiten nicht durch seine Organe, sondern durch Privatangestellte vornehmen lässt. In der Verwaltungspflege können sehr oft Arbeiten technischer Natur notwendig sein, die auch *prinzipiell* nicht als Staatstätigkeit gelten können. Ist der Staat Herrschaft über Menschen, so muss jede staatliche Tätigkeit, somit auch die Verwaltungspflege, die Ausübung des *Imperiums* sein. Die unmittelbare Durchführung einer ärztlichen Operation oder die technische Ausführung eines Brückenbaus kann somit nicht als Staatsfunktion betrachtet werden. Der Staat kann wohl den Bau einer Brücke, einer Eisenbahn oder eines Gebäudes anordnen; die Brücke, die Eisenbahn oder das Gebäude werden unmittelbar dennoch nicht vom Staat, sondern vom Unternehmer oder von den Arbeitern selbst erbaut, deren Tätigkeit, obgleich sie staatlichen Zwecken zur Verwirklichung verhilft, dennoch nicht als staatliche, sondern als private Tätigkeit gilt. Und sollte eine solche dem Staat dienende technische Tätigkeit von einem Beamten, pflichtmässig, ausgeführt werden, sie wird dennoch nicht als die Tätigkeit des Staates gelten : Wird z. B. vom Direktor einer staatlichen Heilanstalt eine Operation vollführt, so gilt diese auch dann nicht als Staatstätigkeit, wenn der Arzt zu ihrer Durchführung auf Grund seines Dienstverhältnisses verpflichtet war und wenn seine administrative Tätigkeit, als Direktor der Anstalt, ohne weiteres als Staatstätigkeit

betrachtet wird. Die Tätigkeit des Staates ist auch in der Verwaltungspflege ihrem Wesen nach die Ausübung des Imperiums; sie besteht somit hauptsächlich in der Organisation, in der Zurverfügungstellung der nötigen Arbeitskräfte und der materiellen Mittel. Mittels der Privattätigkeiten, die solcherart in den Dienst des Staates gestellt werden, ohne dass sie als Staatstätigkeiten gelten könnten, berührt sich die Verwaltungspflege abermals mit der Privatautonomie. Die Berührung ist aber wiederum oberflächlich : diese Privattätigkeiten sind gehorsame Mittel der Verwaltung und haben keine selbständige — gleichsam „parteimässige" — Bedeutung.

Eine grössere Bedeutung kommt der Privattätigkeit auf dem Gebiet des entwickeltesten Teils des Verwaltungsrechts, im *Finanzrecht*, zu. Die Regelung der Steuerpflicht und der anderen öffentlichen Abgaben schliesst sich übrigens eng an die Regelung der sonstigen „öffentlichen" Pflichten (Wehrpflicht, Arbeitspflicht usw.) an. Von diesen Pflichten war oben bereits die Rede. Wir sahen, dass es sich dabei um Privattätigkeiten und um eine in diesem Sinn privatrechtliche Regelung handelt. Somit gehört auch der Teil des Finanzrechts, der die Pflichten der Steuerzahler regelt, zum Recht der Privaten. Die Einzahlung der Steuer ist zweifellos keine staatliche Tätigkeit. Die Steuerbemessung, die Steuereintreibung und die Steuerbehebung seitens der Finanzverwaltung sind jedoch staatliche Funktionen[1]. Die Durchführung der Finanzvorschriften geschieht meist durch die einseitige staatliche Tätigkeit der Finanzbehörden und insoweit zeigt auch die Finanzverwaltung bloss eine oberflächliche Berührung mit der Privatautonomie. Wird jedoch der Privatautonomie — z. B. durch die Eröffnung des Instanzenweges — eine selbständige und aktive Rolle im Verwaltungsverfahren zugeteilt, so ist dies bereits eine Annäherung des letzteren an das Zivil- und Strafprozessrecht.

Zusammenfassend kann man also sagen, dass auch im Verwaltungsrecht manche nicht öffentlichrechtliche Normenkomplexe zu finden sind. Die Regelung der polizeilich verbotenen Privathandlungen, der Ansprüche auf öffentliche Leistungen und der Pflicht zum Tragen der öffentlichen Lasten, gehört in den Kreis des Rechts der Privaten. Die Scheidung eines materiellrechtlichen und eines verfahrensrechtlichen Teils ging innerhalb des Verwaltungsrechts noch nicht vor sich; die materiellrechtliche Regelung, die die gegenüber der Verwaltung bestehenden Rechte und Pflichten von Privaten enthält, ist nicht genügend entwickelt. Meist besteht auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts nur die ganz allgemeine Pflicht der Privaten, den behördlichen Verfügungen Folge zu leisten und die öffentlichen Lasten zu tragen, sowie das allgemeine Recht, die öffentlichen Leistungen in Anspruch zu nehmen. Würde sich jedoch dieser materiellrechtliche Teil des Verwaltungsrechts, der die verbotenen, erlaubten und pflichtmässigen Handlungen von Privaten ausführlich regeln sollte,

[1] Es wurde oben ausgeführt, dass die Tätigkeit des Staatsorgans, das die Beamtengehälter auszahlt, Staatstätigkeit, die des Organträgers, der den Gehalt behebt, Privattätigkeit sei. Nun ist bei der Steuerzahlung das umgekehrte Verhältnis zu beobachten : die Steuerzahlung ist Privattätigkeit, die Behebung der Steuern staatliche Funktion.

in der Zukunft entwickeln, so wäre diese Regelung nicht dem öffentlichen Recht zuzuteilen, sondern den bereits hochentwickelten materiellrechtlichen Rechtsgebieten des Privatrechts und des Strafrechts an die Seite zu stellen. Die Durchführung der materiellrechtlichen Bestimmungen geschieht in der Verwaltung meist nicht in der Form des Prozesses, sondern in Form von einseitigen staatlichen Verwaltungsakten, die zwar die Privatautonomie sehr empfindlich berühren, der Privattätigkeit jedoch keine selbständige und aktive — der prozessrechtlichen Parteirolle ähnliche — Mitwirkung im Verwaltungsverfahren gewähren. Insofern enthält das Verwaltungsrecht grösstenteils die Regelung einer einseitigen Staatstätigkeit und ist somit in seinem überwiegenden Teil als öffentlichrechtliches Rechtsgebiet zu betrachten. In manchen Teilen des Verwaltungsverfahrens ist jedoch bereits die selbständige und aktive Mitwirkung der Privatautonomie gesichert. Die Eröffnung des Instanzenweges und besonders die Organisierung der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* bezeichnen diese Annäherung des Verwaltungsrechts an das Prozessrecht.

Diese Annäherung sowie die anderen Ähnlichkeiten zwischen Verwaltungsrecht und Prozessrecht machen darauf aufmerksam, dass der Unterschied zwischen der Staatstätigkeit, die in der Verwaltung, und der, die auf dem Gebiet des Prozessrechts entfaltet wird, bei weitem nicht so bedeutend ist wie der Gegensatz, der zwischen Staatstätigkeit überhaupt und Privattätigkeit besteht. Die Aufteilung der Staatsfunktionen auf *Justiz* und *Verwaltung* ist keine notwendige Gliederung, sondern nur eine der Theorie der Gewaltenteilung entspringende Forderung, die in der Wirklichkeit nirgends restlos erfüllt ist und die durch die neuere Rechtsentwicklung immer mehr aufgegeben zu werden scheint. Die Unterscheidung von Staatsfunktion und Privattätigkeit ist dagegen notwendig und unentbehrlich, sobald der Staat auf der Bühne der Weltgeschichte erschienen ist[1]. Die Unterscheidung zwischen dem Recht, das die Staatstätigkeit, und dem, das die Privattätigkeit regelt, liefert somit ein geeigneteres Leitprinzip für die Rechtssystematik. Auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, des Strafprozessrechts und des Zivilprozessrechts ist die Unterscheidung der — die Staatstätigkeit normierenden — öffentlichrechtlichen und der — sich auf die Privathandlungen beziehenden — bürgerlichrechtlichen Regelung nicht mit der nötigen Folgerichtigkeit durchgeführt. Sie wird aber um so notwendiger sein, je mehr der Gegensatz zwischen Verwaltung und Justiz verschwindet, der bis jetzt die Gliederung dieser Rechtsgebiete bestimmte.

7. Im *Verfassungsrecht* haben wir das verhältnismässig reinste öffentlichrechtliche Gebiet vor uns. Es enthält jene Zurechnungs-, Kompetenz- oder Organisationsregeln, die die Grundlage der Zurechnung zum Staat bilden und somit die Möglichkeit sowohl der staatlichen Tätigkeit als auch der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht begründen. In das Verfassungsrecht gehört somit die ganze staatliche Organisation, die das höchste Staatsorgan ebenso in sich begreift wie den bescheidensten Beamten. Das Gerichts-

[1] Vgl. meinen oben angeführten Aufsatz, in dieser Zeitschrift, S. 17, 21.

verfassungsrecht würde natürlich ebenso hierher gehören wie die ganze Verwaltungsorganisation. Aus Zweckmässigkeitsrücksichten pflegt man jedoch diese Normenkomplexe den Prozessrechten oder dem Verwaltungsrecht anzugliedern. So bleibt eigentlich als Verfassungsrecht nur die sich auf die Organisation und Funktion der staatlichen *Hauptorgane* beziehende Regelung übrig. Als Hauptorgane des Staates werden wiederum jene bezeichnet, die den souveränen Staatswillen erzeugen. Nach dieser Auffassung, die ebenfalls von der Theorie der Gewaltenteilung beeinflusst ist, wäre das Verfassungsrecht nichts anderes als der Inbegriff jener Rechtsnormen, die sich auf die Organe und auf den Prozess der *staatlichen Rechtserzeugung* beziehen. Hierbei wäre das Verfassungsrecht als eine rein öffentlichrechtliche Regelung aufzufassen, da die Rechtserzeugung durch die höchsten Staatsorgane zweifellos eine staatliche Tätigkeit ist, und zwar eine solche, die den Kreis der konkreten Privattätigkeit noch nicht berührt : erst die Anwendung der erzeugten Rechtsregel wird mit dem Leben der Privaten in Berührung kommen.

Dass das Verfassungsrecht die *staatliche* Rechtserzeugung regelt, musste deshalb betont werden, weil es auch eine *nichtstaatliche* Rechtserzeugung gibt. Der Staat hat das Recht der Zwangsanwendung für sich in Beschlag genommen ; das Recht der Rechtserzeugung hat er bis jetzt noch nicht für ein staatliches Monopol erklärt, obgleich die nichtstaatlich erzeugte Norm nur durch die Erlangung der Sanktion des staatlichen Zwanges wirksames, positives Recht wird. Als nichtstaatliche Rechtserzeugung kann das *privatrechtliche Rechtsgeschäft* (lex-contractus) aufgefasst werden, das seine Sanktion durch das Zivilprozessrecht und das Exekutionsrecht erhält[1]. Nichtstaatlicher Rechtserzeugung entspringt auch das *Kirchenrecht* und das *Völkerrecht.*

8. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass das *Kirchenrecht* kein staatliches Recht ist und dass es den zu seiner Wirksamkeit nötigen Zwang dem Staat entleiht. Die Tätigkeit der Kirche kann sich zwar auch auf das Staatsleben erstrecken und kirchliche Funktionen können sich mit Staatsfunktionen vermischen ; aus der uralten Symbiose des Staates und der Kirche ergeben sich verschiedene Formen ihres Verhältnisses untereinander, wonach sich auch das Verhältnis des Kirchenrechts zum staatlichen Recht bestimmt. Hiervon abgesehen, erfasst die Kirche das Privatleben der Gläubigen und von diesem Gesichtspunkt aus muss auch das Kirchenrecht, das sich somit nicht auf staatliche Funktionen bezieht, dem Recht der Privaten zugeteilt werden. Streng genommen liegt aber das Kirchenrecht ebenso jenseits des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht wie das Völkerrecht. Nach der Analogie des staatlichen Rechts können immerhin auch innerhalb des Kirchenrechts zwei Rechtsgebiete unterschieden werden : ein quasi-öffentlichrechtliches, das die Organisation und die Funktionen der Kirchengewalt regelt, und ein quasi-privatrechtliches, das die Privatautonomie der Gläubigen normiert.

[1] Vgl. Kelsen : Reine Rechtslehre, 1934, S. 64, 82, 83, 110, 111, 123; W. Burckhardt : Methode und System des Rechts, 1936, S. 155.

Das *Völkerrecht* ist ebenfalls kein staatliches Recht. Es ist ein überstaatliches Recht, das von einer der festen Organisation des Weltstaates noch entbehrenden, unorganisierten überstaatlichen Macht herrührt. Der Begriff des Staates ist somit nicht nur dazu geeignet, als Unterscheidungsprinzip zwischen öffentlichem und privatem Recht innerhalb der staatlichen Rechtsordnung zu dienen, sondern auch dazu, das überstaatliche Recht von dem staatlichen zu scheiden. Rechtssubjekte des Völkerrechts sind nach geltendem Recht grösstenteils Staaten ; und da es sich somit im Völkerrecht um die Regelung von Staatstätigkeiten handelt kann es von diesem Gesichtspunkt aus als ein öffentlichrechtliches Rechtsgebiet bezeichnet werden. Streng genommen liegt es aber jenseits des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht, der ein Gegensatz innerhalb *einer* staatlichen Rechtsordnung ist. Nach der Analogie des staatlichen Rechts können jedoch auch innerhalb des Völkerrechts zwei Rechtsgebiete unterschieden werden : ein quasi-öffentlichrechtliches, das die Organisation und die Funktionen der überstaatlichen Macht selbst regelt, und ein quasi-privatrechtliches, das die „Privatautonomie" der einzelnen Staaten normiert. Die heutzutage noch sehr lockere Organisation der überstaatlichen Macht pflegt man „die völkerrechtliche Verfassung" zu nennen. Die „Privatautonomie" der Staaten äussert sich in ihrem friedlichen und kriegerischen Verhalten gegeneinander, das durch die nicht zur „völkerrechtlichen Verfassung" gehörenden Normen des Völkerrechts geregelt wird. Die Souveränität ist eigentlich nichts anderes als diese sehr weite „Privatautonomie" der Staaten, was auch die Ähnlichkeiten erklärt, die zwischen dem Völkerrecht und dem Privatrecht bestehen[1].

9. Die obigen Ausführungen waren bestrebt, das Unterscheidungsprinzip, das wir zwischen dem öffentlichen Recht als der Regelung von Staatsfunktionen und dem privaten oder bürgerlichen Recht als der Regelung von Privattätigkeiten aufgestellt haben, auf die einzelnen Rechtszweige anzuwenden. Untersucht man die einzelnen Rechtszweige von diesem Gesichtspunkt aus, so ergeben sich manche Abweichungen von der üblichen Gliederung des Rechtssystems. Meiner Ansicht nach erstreckt sich das Gebiet des öffentlichen Rechts, nicht so weit, wie es die übliche Systematik behauptet. Ich war bemüht, privatrechtliche oder den privatrechtlichen ähnliche Elemente auch auf solchen Gebieten aufzuzeigen, die nach der herrschenden Auffassung als unumstrittenes Feld des öffentlichen Rechts gelten. Die Rechtswissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts hat den entgegengesetzten Weg verfolgt und den öffentlichrechtlichen Charakter solcher Rechtszweige zu beweisen versucht, die früher immer als privatrechtliche oder zumindest als nichtöffentlichrechtliche galten. Die Möglichkeit, dass diese Richtung in manchen Punkten zu weit gegangen ist, gibt die Berechtigung dazu, einen Versuch in der entgegengesetzten Richtung zu unternehmen.

---

[1] Vgl. Burckhardt : a. a. O., S. 201 : „ Das Völkerrecht ist formal gesprochen ein eminent privatrechtliches System.".

Ich weiss, dass die Frage der Staatstätigkeit und der Privatautonomie nicht nur in der Rechtssystematik von Bedeutung ist. Die heftigsten politischen Kämpfe unserer Tage gehen um die Erweiterung der Staatstätigkeit oder um die Verteidigung der Privatautonomie. Von diesem politischen Streite haben sich jedoch meine Ausführungen fern gehalten : Ohne zu der *rechtspolitischen* Frage der Ausbreitung der Staatstätigkeit oder der Ausbreitung der Privatautonomie Stellung zu nehmen, haben sie bloss die *rechtssystematisch* wichtige Auseinanderhaltung von Staatstätigkeit und Privattätigkeit, *auf der Grundlage des geltenden Rechts* verlangt.

# Der Wissenschafts-Charakter der Jurisprudenz

Von

**Julius Moór**, Budapest

Inhalt: 1. Sein und Sollen, Natur und Geist. 2. Naturwissenschaften und Geisteswissenschaften. 3. Rechtswissenschaften und Jurisprudenz. 4. Die Methode der Jurisprudenz. 5. Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz.

## 1. Sein und Sollen, Natur und Geist

Eine tiefgreifende Strömung der zeitgenössischen Rechtswissenschaft ist bestrebt, auf Grundlage des Marburger Neukantianismus den Unterschied von Sein und Sollen, von Tatsache und Norm, von Wirklichkeit und Wert, von Natur und Geist in der Rechtsbetrachtung scharf und folgerichtig zur Geltung zu bringen.

Wie hoch aber auch die Vorteile dieser scharfen und klaren Unterscheidung auf gewissen Teilgebieten der Forschung, so insbesondere in der Jurisprudenz, anzuschlagen seien, verlangt eine auf das „Ganze" gerichtete philosophische Betrachtung nach der Zusammenfassung dieser unterschiedlichen Momente des „Ganzen", soll die Welt nicht in zwei beziehungslose, sich logisch ausschließende, gegensätzliche Hälften zerfallen.

Die Beziehungen zwischen Sein und Sollen, Natur und Geist, sind auch vom Standpunkt des Marburger Neukantianismus aus einleuchtend. Der „methodische Idealismus" dieser philosophischen Richtung begreift ja die Natur als den Inbegriff der Urteile der Naturwissenschaft und somit als das Erzeugnis des Geistes, als ein Teilgebiet der, die Naturwissenschaften mitumfassenden, menschlichen Kultur.

Einer der bedeutendsten Kantianer unserer Tage, Bruno Bauch, vertritt die Auffassung, daß der Wert — der Wahrheitswert — die Grundlage alles Wirklichen ist und „darum allein vermag die Wahrheit, Wirkliches zu Werten zu führen"[1]). Nach seiner Meinung ist der Geist Voraussetzung für die Natur; weil die Gesetze des Geistes zugleich auch die Gesetze der Natur sind, ist die Natur überhaupt begreiflich für uns[2]).

[1]) B. Bauch: Wahrheit, Wert und Wirklichkeit, Leipzig, 1923, S. 489.

[2]) B. Bauch: Natur und Geist, Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie, Bd. 4, 1938, S. 283, 284.

Daß die südwestdeutsche Richtung des Neukantianismus — sich hierin schon dem Hegelianismus annähernd — einen engen Zusammenhang zwischen Wirklichkeit und Wert annimmt, ist wohlbekannt. Zwischen die sinnlich erfahrbare Welt der „wertfrei" gedachten Natur und zwischen die „intelligible" Welt der unsinnlichen Gebilde und reinen Werte schiebt sich, nach der Lehre Rickerts, als drittes Reich die „wertbezogene", sinn- und werterfüllte Kulturwirklichkeit hinein[1]).

Die Struktur dieser werterfüllten Kulturwirklichkeit — die aus einem sinnlich realen, teils körperlichen, teils seelischen Stoff und einem daran „haftenden" irrealen Sinn und Wert zusammengesetzt ist[2]) — wurde von dem Hegel nahestehenden Philosophen Nicolai Hartmann ausführlich untersucht[3]). Ein wichtiges Ergebnis seiner Untersuchungen ist die Feststellung, daß es keinen „schwebenden", sondern nur einen „aufruhenden" Geist gibt: in der mehrschichtigen Kulturwirklichkeit erscheint der Geist immer an das seelische Sein, sowie letzteres an das körperliche Sein gebunden, wird von diesen niederen Schichten, auf denen er aufruht, „getragen". Der Geist bedarf somit des menschlichen Bewußtseins als Trägers: der Mensch, als lebendig-körperliches und geistig-personales Wesen, vermittelt die Verbindung der beiden Welten, deren Bürger er zugleich ist, der Natur und der geistigen Welt[4]).

Die obige Auslese von Ansichten der heutzutags richtunggebenden Philosophen möchte beweisen, daß Sein und Sollen, Tatsache und Norm, Wirklichkeit und Wert, Natur und Geist nicht als beziehungslose, sich logisch ausschließende, unüberbrückbare Gegensätze aufgefaßt werden dürfen.

### 2. Naturwissenschaften und Geisteswissenschaften

Im Sinne einer philosophischen Auffassung, die die Natur als sinnlich erfahrbare, wertfreie, körperlich-seelische Wirklichkeit von der werterfüllten Kulturwirklichkeit untercheidet, sind die Naturwissenschaften: die sich mit der Erforschung des zeitlichen und raumzeitlichen Seins beschäftigenden Fachwissenschaften, deren leitendes Prinzip — da es sich um zeitliche Vor-

[1]) Vgl. H. Rickert: Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 6. u. 7. Aufl., Tübingen, 1926, Die Probleme der Geschichtsphilosophie, 3. Aufl., Heidelberg, S. 19, 24/25, Die Erkenntnis der intelligiblen Welt und das Problem der Metaphysik, Logos, Bd. 16, 1927, S. 162 ff.

[2]) Vgl. Rickert: Probleme der Geschichtsphilosophie, S. 24—25.

[3]) Nicolai Hartmann: Das Problem des geistigen Seins. Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, Berlin-Leipzig, 1933.

[4]) Vgl. a. a. O., S. 15 ff., 50—55, 59—61, 138. — Auch B. Bauch weist in seinem bereits angeführten Aufsatz „Natur und Geist" nach, daß nicht nur der Geist Voraussetzung der Natur, sondern auch die Natur Voraussetzung des Geistes ist; a. a. O., S. 270—278.

gänge handelt — der Gesichtspunkt der Kausalität sein muß. Es darf allerdings nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Wahrheitswert die Grundlage auch der Naturwirklichkeit ist und daß somit die „Wertfreiheit" der Natur bloß die Abwesenheit anderer Werte bedeutet. Infolgedessen ist die Kausalität nicht das einzige Ordnungsprinzip der Naturwissenschaften. Am deutlichsten zeugen die sogenannten beschreibenden Naturwissenschaften mit ihren Gattungen und Arten davon, daß logische Prinzipien in den systematischen natürlichen Gruppenbildungen zur Geltung kommen. Was logisch unmöglich ist, ist auch empirisch unmöglich. Zweifellos ist auch die Mathematik auf die Natur anwendbar. Ja, die Naturgesetze selber sind logische Begriffe[1]).

Weniger einfach ist die Charakteristik der sich mit der werterfüllten Kulturwirklichkeit befassenden Wissenschaften. Die Kulturwirklichkeit steht nicht nur mit dem Wahrheitswert, sondern auch mit anderen (religiösen, ethischen, ästhetischen, juristischen, ökonomischen, hedonistischen usw.) Werten in Beziehung. Während der Wahrheitswert von menschlichem Wollen und Fühlen unabhängig ist[2]), stehen jene „anderen" Werte alle in bestimmten Beziehungen zum menschlichen Willen oder zu menschlichen Gefühlen, die das menschliche Leben, die Tätigkeit des Menschen, bestimmen. Die Kulturwirklichkeit ist das Reich der bewußten menschlichen Handlungen, in der Sprache des deutschen Idealismus: die Welt der „Freiheit". Die Kultur ist somit die Schöpfung des menschlichen Geistes, der jedoch die von ihm erfaßten Werte nur durch die Mittel der Natur, und vor allem durch die natürlichen Kräfte des Menschen, verwirklichen kann. Die Tatsache, daß in der sinnvollen Tätigkeit des Menschen unsinnliche geistige Inhalte durch seelische Akte erfaßt, durch diese „getragen" werden, an diesen „haften" können, beweist die Möglichkeit der Kulturerscheinungen, in denen unsinnliche Werte und sinnlich erfahrbare Wirklichkeit zur Einheit verbunden sind. Diese Einheit der Kulturerscheinungen gliedert sich in mehrere Schichten: in die Schicht der bloßen Natur, der psychophysischen Realität und in die geistige Schicht der sinn- und wertvollen Bedeutungen. Die Beziehungen der beiden Schichten sind wechselseitig: die geistige wird durch die natürliche „getragen", durch letztere ermöglicht, es gibt keinen „schwebenden" Geist; anderseits aber werden die zur natürlichen Schicht gehörenden Stücke der Natur durch den, ihnen Sinn verleihenden, geistigen Inhalt zusammengehalten und zur Einheit der betreffenden Kulturerscheinung zusammengefaßt[3]). Wird die geistige

[1]) Vgl. B. Bauch: Natur und Geist, a. a. O., S. 278 ff.

[2]) Es ist wohl „Wille zur Wahrheit" nötig, damit Wissenschaft, als Teilgebiet der Kultur, entstehe; die Wahrheit selbst ist jedoch ganz unabhängig davon, ob man sie will oder nicht.

[3]) Vgl. N. Hartmann: a. a. O., S. 51: „... das Bewußtsein trennt die Menschen, der Geist verbindet sie..."

Schicht einer Kulturerscheinung von der sie tragenden psychophysischen Realität abgelöst, so verliert letztere ihre kulturelle, geschichtliche oder gesellschaftliche Bedeutung und fällt in bloße Stücke der Natur auseinander. Die der Kulturerscheinung sinnverleihende geistige Schicht kann dagegen — und dies ist sehr wichtig für die Einteilung der Geisteswissenschaften — auch ohne die sie tragende psychophysische Realität, für sich, betrachtet werden. In dieser isolierenden Abstraktion kann auch die Eigengesetzlichkeit dieser geistigen Inhalte erforscht werden, wenn es auch feststehen mag, daß sie nie ohne psychophysische Träger auftreten können[1]).

Aus letzterer Feststellung kann die Folgerung gezogen werden, daß sich die Geisteswissenschaften, die die werterfüllte Kulturwirklichkeit zu ihrem Gegenstande haben, in zwei Gruppen teilen lassen. In die Gruppe der Kulturwissenschaften im engeren Sinn, die die Kulturwirklichkeit in ihrer Einheit, als Verknüpfung der psychophysischen und der geistigen Schicht, erforschen. Die Hauptvertreter dieser Gruppe sind die Geschichtswissenschaften, sowie die Gesellschaftswissenschaften. Anderseits in die Gruppe der systematischen Geisteswissenschaften, die den von der Kulturwirklichkeit in Gedanken abgelösten geistigen Inhalt für sich isolierend betrachten. Die sogenannten „normativen Wissenschaften" sind solche systematische Geisteswissenschaften.

Die Kulturwissenschaften im engeren Sinn, insbesondere die Geschichts- und Gesellschaftswissenschaften, bieten der methodologischen Betrachtung nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Das Prinzip der Methodenreinheit darf bei diesen Wissenschaften nicht in dem falschen Sinn verstanden werden, als ob sie sich nach einem einzigen Gesichtspunkt zu richten hätten. Der Gegenstand dieser Wissenschaften ist die verwickelte, aus mehreren ineinander greifenden Schichten bestehende Kulturwirklichkeit, wo verschiedene Arten von Gesetzlichkeiten die einzelnen Schichten beherrschen und solcherart die Geltung der einen Gesetzlichkeit durch die andere begrenzt, bzw. die eine Gesetzlichkeit durch die andere ergänzt wird. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die psychophysische Schicht der Kulturwirklichkeit den natürlichen Gesetzen des raumzeitlichen Seins, so insbesondere dem Kausalitätsgesetz, unterliegt. Die Geltung dieser Kausalgesetze wird jedoch im geschichtlichen und gesellschaftlichen Sein durch die Geltung jener eigenartigen Sinnzusammenhänge ergänzt, die den unsinnlichen

[1]) Der Gedanke dieser „Ablösbarkeit" der geistigen Inhalte ist auch in der bekannten Behauptung R. Stammlers enthalten, daß das Recht, als die Form des sozialen Lebens, auch für sich betrachtet werden könne, wogegen die Wirtschaft, als der Stoff des sozialen Lebens, vom Recht abstrahiert, keinen möglichen Gegenstand der Untersuchung darböte. Vgl. Stammler: Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 242—243, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1928, § 56, P. 6, S. 117—118.

geistigen Gehalt der Kulturwirklichkeit beherrschen. Unzweifelhaft ist es auch, daß gerade dieser geistige Gehalt und diese geistigen Gesetze die Eigenart der Kultur, der Geschichte und der Gesellschaft ausmachen. Es darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß die Geltung dieser geistigen Gesetze in der Kulturwirklichkeit durch die natürlichen Kausalgesetze begrenzt wird und sich nur in dem Rahmen der empirischen Möglichkeit bewegt. Die Geschichtswissenschaft ist zweifelsohne eine kausale Wissenschaft, die geschichtlichen Ursachen und geschichtlichen Wirkungen nachforscht. Wollte jedoch diese Wissenschaft den Wertgesichtspunkt völlig fallen lassen und sich bloß nach dem Prinzip der natürlichen Kausalität richten, so würde sich die Geschichte in eine Massenerscheinung von sinnlosen Körperbewegungen verwandeln. Der kausale Verlauf der Geschichte ist ohne ihren nichtkausalen, geistigen Gehalt nicht zu verstehen. Ideelle Sinngehalte, menschliche Ideale und Zwecksetzungen sind das eigentliche Element der Geschichte. Die Mittel-Zweck-Relation — die darin vorherrscht — ist nicht „nur ein besonderer Fall der Kausalbeziehung"[1]: Zweck ist wertvolle Wirkung, Mittel eine vom Gesichtspunkt des Zweckes aus bewertete Ursache. Die Gesellschaftswissenschaften sind ebenfalls kausale Wissenschaften, die die allgemeinen kausalen Zusammenhänge der verschiedenen sozialen Erscheinungen erforschen, und doch wäre eine Soziologie, die sich bloß mit nackten „Seinstatbeständen" als Ursachen und Wirkungen befassen würde, ein Ding der Unmöglichkeit. Gewiß hat man versucht, die Soziologie als Naturwissenschaft der Gesellschaft zu begründen, doch nichts ist unmöglicher, als eine solche. Die Soziologie ist Geistes-, nicht Naturwissenschaft[2]). Daraus aber, daß in Geschichte und Gesellschaft nicht nur kausale Gesetzlichkeiten, sondern auch geistige Sinnzusammenhänge zur Geltung kommen, darf nicht geschlossen werden, daß dieses Gebiet der menschlichen Kultur das Kausalgesetz nicht kennt und ein Reich der „Freiheit" im Sinn des „liberum arbitrium indifferentiae" darstellt.

Einfacher, als die der Kulturwissenschaften im engeren Sinn, ist die Methode der systematischen Geisteswissenschaften. Indem diese die von der psychophysischen Schicht abgelöste geistige Schicht der Kulturwirklichkeit isoliert betrachten, haben sie sich

[1]) Kelsen: Reine Rechtslehre, S. 33.

[2]) Vgl. Kelsen: Reine Rechtslehre, S. 35. „Denn es spricht vieles dafür, daß der Bereich des Sozialen ganz wesentlich ideologischen Charakter hat, daß sich Gesellschaft von Natur überhaupt nur als Ideologie von einer Realität abhebt." Nur ist Gesellschaft auch Realität, im geschichtlichen und sozialen „Sein" sind auch kausale Zusammenhänge zu finden. — Wie die Möglichkeit einer bloß „ideologischen", so ist auch die einer bloß kausalen Soziologie — die von Kelsen erwähnt wird (Reine Rechtslehre, S. 9—10) — abzuweisen.

um die Gesetze der realen Wirklichkeit nicht zu kümmern und können sich bloß mit der Aufdeckung der geistigen Sinnzusammenhänge befassen. Der Zusammenhang der von ihnen behandelten geistigen Schicht mit der psychophysischen Schicht, von der sie abgelöst wurde, muß natürlich auch von den systematischen Geisteswissenschaften insofern in Betracht gezogen werden, als sie sich dessen bewußt sind, daß sie eine „lebende", eine „positive" Ideologie entfalten und somit die Bedeutung dieser Ideologie in der gesamten Kulturwirklichkeit nicht übersehen dürfen. In den systematischen Geisteswissenschaften dient also die Bezugnahme auf die psychophysische Realität als Selektionsprinzip der geistigen Inhalte. Ein gutes Beispiel hierfür bietet die am meisten entwickelte systematische Geisteswissenschaft, die Jurisprudenz, die bei Darstellung des „positiven" Rechts die tatsächliche Wirksamkeit der Rechtsnormen, also ein kausales Moment, zum Ausgangspunkt wählen muß.

Neben den Kulturwissenschaften im engeren Sinn und den systematischen Geisteswissenschaften, erscheint als dritte Gruppe die der wertenden oder politischen Geisteswissenschaften. Die sinn- und werterfüllten geistigen Inhalte können nämlich nicht nur für sich betrachtet werden, sondern auch zur Bewertung anderer Sinngebilde verwendet, bzw. der Bewertung durch höhere Werte unterworfen werden, da die Werte, die in der Kulturwirklichkeit vorzufinden sind, im Verhältnis der Unter- und Überordnung zueinander stehen. Von diesem Gesichtspunkt aus kann auch das vom Hegelianismus aufgerollte Problem gelöst werden, das die konstitutive oder regulative Funktion der Werte (der „Idee") in der Kulturwirklichkeit betrifft. Irgendein „Sinn", irgendein Wert muß in jeder Kulturwirklichkeit vorhanden sein und so hat für sie der Wert oder die Idee, in diesem weiten Sinn, zweifellos konstitutive Bedeutung. Dies besagt jedoch nicht, daß in jeder Kulturwirklichkeit „höhere" Werte zum Ausdruck kommen und daß die Idee, im Sinn eines höheren Wertes, jeder Kulturwirklichkeit „immanent" sei. Der beliebige Sinn und Wert, der in jeder Kulturerscheinung zu finden ist, kann — an dem Maßstabe eines höheren Wertes gemessen — als Unwert erscheinen und dieser höhere Wert wird somit für die betreffende Kulturerscheinung bloß die Bedeutung einer „regulativen Idee" haben können.

In obigen Ausführungen war nur von den Naturwissenschaften und den Geisteswissenschaften, als den beiden großen Bereichen der Fachwissenschaften die Rede. Das Problem der Philosophie wurde nicht aufgerollt und soll auch weiterhin nicht aufgerollt werden[1]). Es genügt die kurze Bemerkung, daß die allgemeine

[1]) Mit dem Problem der Philosophie habe ich mich in meinem Aufsatz: Das Wesen der Philosophie nach Pauler (Pauler-Gedenkschrift, Budapest, ung. 1933, deutsch 1936) beschäftigt.

Philosophie das Universum als „Ganzes" erfaßt und daß man insofern auch von Fachphilosophien reden kann, als diese Teile des Universums als „Ganze" betrachten. In diesem Sinne kann man auch von Naturphilosophie und von Kultur-, Geschichts- und Gesellschaftsphilosophie reden.

### 3. Rechtswissenschaften und Jurisprudenz

Da das Recht eine Teilerscheinung der Kultur, ein geschichtliches und gesellschaftliches Phänomen ist, kann in der obigen Charakteristik der Geisteswissenschaften zugleich die Charakteristik der Rechtswissenschaften gefunden werden. Die Gliederung der Rechtswissenschaften entspricht auch genau jenen Gruppen, in die sich die Geisteswissenschaften teilen lassen. Der Kultur-, Geschichts- und Gesellschaftsphilosophie entspricht die Rechtsphilosophie, den Kulturwissenschaften im engeren Sinn (Geschichts- und Gesellschaftswissenschaften) entsprechen die kausalen Rechtswissenschaften (Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie), den wertenden Geisteswissenschaften entspricht die Rechtspolitik und den systematischen Geisteswissenschaften die Jurisprudenz.

Was die Rechtsphilosophie anbetrifft, wollen wir uns auf die kurze Bemerkung beschränken, daß sie das Recht als „Ganzes", ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des veränderlichen Rechtsinhaltes, betrachtet. Sie hat zur Aufgabe: 1. den Begriff des Rechts zu bestimmen, 2. die kausalen Zusammenhänge aufzudecken, die das Recht überhaupt, ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, mit anderen sozialen oder natürlichen Erscheinungen verknüpfen, 3. den allgemeingültigen Maßstab anzugeben, an dem die Richtigkeit des Rechts überhaupt, ohne Rücksicht auf seinen besonderen Inhalt, gemessen werden kann und endlich 4. eine Methodenlehre der Rechtswissenschaften zu liefern. Alle diese Aufgaben können und müssen ohne Rücksicht auf den besonderen Rechtsinhalt gelöst werden und ihre Lösung bedeutet die Abgrenzung des Rechtsgebietes, sowie seine Eingliederung in die umfassenderen Bereiche der Wirklichkeit, der Werte und des Wissens. Die Rechtsphilosophie kann somit als eine Rechtswesenswissenschaft, als eine Wissenschaft von der „Form" des Rechts bezeichnet werden, wogegen alle anderen Rechtswissenschaften als Rechtsinhaltswissenschaften erscheinen, die sich mit dem veränderlichen Rechtsinhalt befassen.

Daß die kausalen Rechtswissenschaften Rechtsinhaltswissenschaften sind, liegt auf der Hand: sie befassen sich gerade mit den Veränderungen des veränderlichen Rechtsinhalts. Die Rechtsgeschichte zeigt manche verwandte Züge mit einem Zweige der Jurisprudenz, der vergleichenden Rechtswissenschaft: sie vergleicht gleichsam die Rechtsnormen verschiedener Zeiten. Sie geht aber einen Schritt noch weiter und begreift die verglichenen Rechtsinhalte als Glieder einer geschichtlichen Entwicklung, als eine Reihe von Ursachen und Wirkungen. Die Rechtssoziologie

ihrerseits ist bestrebt — durch Verallgemeinerung der rechtsgeschichtlichen Erfahrung — allgemeine Kausalzusammenhänge zwischen bestimmten Rechtseinrichtungen und anderen sozialen oder natürlichen Erscheinungen festzustellen. Es handelt sich dabei um die Auswirkung gewisser Veränderungen des Rechtsinhaltes auf die Veränderung der sozialen Verhältnisse, sowie um die Auswirkung gewisser sozialer oder natürlicher Zustände auf die Gestaltung des Rechtsinhaltes. Ohne juristische Kenntnis der Rechtsnormen ist also Rechtssoziologie ebensowenig möglich, wie die andere „kausale" Rechtswissenschaft, die Rechtsgeschichte. Sowohl die Rechtsgeschichte als auch die Rechtssoziologie haben somit nicht nur kausale Zusammenhänge, sondern auch normative Rechtsinhalte zu berücksichtigen. Ihre methodologische Schwierigkeit besteht gerade darin, daß sie die Geltung zweier verschiedener — jedoch einander nicht ausschließender, sondern ergänzender — Gesetzmäßigkeiten voraussetzen müssen. Dieser Schwierigkeit kann man nicht dadurch ausweichen, daß man annimmt, daß diese kausalen Rechtswissenschaften nicht mit Rechtsnormen, sondern bloß mit den Vorstellungen von Rechtsnormen zu tun hätten; denn die Vorstellung von einer Rechtsnorm ist, ohne die Berücksichtigung des normativen Inhaltes dieser vorgestellten Rechtsnorm, überhaupt keine Rechtsvorstellung, sondern ein nackter psychischer Akt unbestimmten Inhaltes. Aus dem Gesagten kann die Folgerung gezogen werden, daß auch die „kausalen" Rechtswissenschaften zum Teil „normative" Wissenschaften, d. h. Rechtsinhaltswissenschaften sind, daß sowohl die Rechtsgeschichte als auch die Rechtssoziologie die Kenntnis von Rechtsnormen und somit die Jurisprudenz zur Voraussetzung haben.

Genau dasselbe kann auch von der wertenden Rechtsinhaltswissenschaft, der Rechtspolitik, behauptet werden. Sie ist jene Rechtsinhaltswissenschaft, die die Richtigkeit bestimmter Rechtseinrichtungen beurteilt und somit die Kenntnis von Rechtsnormen und die Jurisprudenz voraussetzt. Zur Bewertung der Rechtsinhalte verwendet die Rechtspolitik höhere, ethisch-politische Werte und hat solcherart ebenfalls zwei verschiedene Gesetzmäßigkeiten zu berücksichtigen: die juristische der Rechtsinhalte und die ethisch-politische der verwendeten Wertmaßstäbe. Allerdings ist diese methodologische Zweispurigkeit der Rechtspolitik einfacher als die der kausalen Rechtswissenschaften, da die für sie in Betracht kommenden beiden Gesetzmäßigkeiten in gleicher Weise der geistigen Schicht angehören.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Jurisprudenz eigentlich die Grundlage aller übrigen Rechtsinhaltswissenschaften ist. Ihre wissenschaftliche Bedeutung ist bereits aus dieser Tatsache ersichtlich.

Die Jurisprudenz ist die Rechtswissenschaft kat' exochen. Sie entfaltet den Norminhalt einer einzigen Rechtsordnung oder

vergleicht den mehrerer Rechtsordnungen (vergleichende Rechtswissenschaft, allgemeine Rechtslehre). Ihre Methodologie ist verhältnismäßig einfach: sie braucht sich nur um den normativen Rechtsinhalt und um seine Sinnzusammenhänge zu kümmern, bewegt sich also in den Bahnen ein und derselben Gesetzmäßigkeit und kann somit auch der Forderung der Methodenreinheit im strengsten Sinn entsprechen. Der bekannte Kampf um die Methodenreinheit „der" Rechtswissenschaft gilt eigentlich der Jurisprudenz und sein wertvollster Erfolg ist, den Bereich der Jurisprudenz von dem der Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie, sowie von dem der Rechtspolitik klar und scharf abgegrenzt zu haben. Trotz dieser scharfen Abgrenzung und trotz der „einspurigen", rein juristischen Methode der Jurisprudenz, kann diese die Berührung mit den Nachbargebieten jener Rechtsinhaltswissenschaften dennoch nicht vermeiden. Es war oben, bei der Charakteristik der systematischen Geisteswissenschaften, bereits davon die Rede, daß diese Wissenschaften jene psychophysische Realität, von der die geistigen Inhalte, die sie behandeln, abgelöst wurden, nicht gänzlich außer acht lassen können und zum Selektionsprinzip der geistigen Inhalte benützen müssen, sowie daß insbesondere die Jurisprudenz bei Darstellung des „positiven" Rechts die tatsächliche Wirksamkeit der Rechtsnormen, also ein rechtssoziologisches Moment, zum Ausgangspunkt wählen muß. Es kann außerdem behauptet werden, daß die Jurisprudenz bei der „vernünftigen" Auslegung der Rechtsnorminhalte sehr oft auch den Zweck, dem die betreffende Rechtseinrichtung „vernünftigerweise" dienen soll, also ein rechtspolitisches Moment, berücksichtigen muß; jede Rechtsauslegung ist bereits ein wissenschaftlicher Wegweiser zur Weiterführung der Rechtserzeugung, zur Konkretisierung der Rechtsnormen und kann somit den rechtspolitischen Gesichtspunkten der Rechtsschöpfung gegenüber nicht gänzlich gleichgültig bleiben. Es ist ferner zu beachten, daß die Jurisprudenz nicht nur einen rein theoretischen, sondern auch einen eminent praktischen Zweck hat: die Erleichterung der Rechtsanwendung; ja, die Interpretation und die Systematisierung des Rechts erleichtert nicht nur, sondern macht überhaupt die Rechtsanwendung erst möglich; die Rechtsanwendung hat aber schon die Bejahung des Rechts und die Abweisung des revolutionären und des anarchistischen Standpunktes, und somit eine außerrechtliche wertende Stellungnahme zum Recht, zur Voraussetzung.

### 4. Die Methode der Jurisprudenz

Außer den beiden zuletzt erwähnten Berührungen der Jurisprudenz mit dem rechtssoziologischen und rechtspolitischen Gebiet, das als kausale Grundlage oder als wertende Stütze erscheint, verläuft ihre methodische Arbeit streng innerhalb des Rahmens der Rechtsnorminhalte. Der Umstand, daß die geistigen Inhalte von

ihrem psychophysischen Träger ablösbar sind, daß der Rechtsnorminhalt von der Rechtswirklichkeit abgelöst, nach seinem abstrakten Sinngehalt, für sich betrachtet werden kann — wenn auch die „Positivität" des Rechts immer die Beziehung der abstrakten Normen zur lebendigen Realität andeutet —, verbürgt die Selbsändigkeit der Jurisprudenz gegenüber der Rechtssoziologie. Der Umstand anderseits, daß die durch den Rechtsschöpfungsakt zur Rechtspositivität gelangenden ethisch-politischen Inhalte hierdurch selektiert und von den nicht zum Rechtsinhalt gewordenen anderen ethisch-politischen Inhalten abgesondert werden, sichert die Selbständigkeit der Jurisprudenz gegenüber der Rechtspolitik, wenn auch der enge Zusammenhang der juristischen Zwecke mit den menschlichen Zwecksetzungen überhaupt, bei der Deutung der — aus dem weiten Gebiet des Ethisch-Politischen herausgerissenen — Rechtsnorminhalte, des öfteren ein Zurückgreifen auf ethisch-politische Wertungen notwendig machen sollte.

Auf dem ihr, als selbständiger Wissenschaft, zufallenden Gebiet hat nun die Jurisprudenz die ausschließliche Aufgabe, den gedanklichen Inhalt der Rechtsnormen darzustellen, auszulegen und in ein einheitliches System zusammenzufassen.

Da der Inhalt der Rechtsnormen Gebote und Verbote, also normative Vorschriften, enthält, die nicht ein „Sein", sondern ein „Sollen" ausdrücken, hat sich die Jurisprudenz bei der Darstellung der Rechtsnorminhalte um das „Sein", die Wirklichkeit, den soziologischen, geschichtlichen, psychologischen oder natürlichen Tatsachen nicht zu kümmern; sie ist somit keine Tatsachenwissenschaft, sondern eine normative. Gleichwohl ist es einseitig, wie es die „Reine Rechtslehre" versucht, das Recht überhaupt nur als Norm zu begreifen und somit den ausschließlich normativen Charakter „der" Rechtswissenschaften zu behaupten. Demgegenüber betrachten wir das Recht als eine aus mehreren Schichten zusammengesetzte Kulturerscheinung, als ein dynamisches, sich fortwährend entwickelndes Stück des geschichtlichen und gesellschaftlichen Lebens und nur in dem gedanklichen Inhalt des Rechts erblicken wir bloße Normen. Daher sind wir auch der Meinung, daß von den Rechtswissenschaften nur die Jurisprudenz als eine rein normative Disziplin betrachtet werden kann, nicht aber die Rechtsgeschichte, die Rechtssoziologie, und am allerwenigsten die Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie. Die Eigenartigkeit der Jurisprudenz besteht gerade darin, daß sie von der dynamischen Rechtswirklichkeit statische Momentaufnahmen verfertigt, indem sie, das Moment der geschichtlichen Entwicklung ausschaltend, den zeitlich wechselnden Rechtsinhalt in der Unveränderlichkeit eines zeitlosen Augenblicks erfaßt.

Die rechtlichen Norminhalte, mit denen sie sich zu beschäftigen hat, sind für die Jurisprudenz „gegeben". Es hängt nicht von ihr

ab, welche gedanklichen Inhalte sie entwickelt, aus welchen Vorschriften und Zweckgedanken sie ihr System erbaut. Sie hat nicht eigene Ansichten, selbständige Stellungnahmen zu entfalten: die freie ethisch-politische Wertung gehört nicht zum Geschäft der Jurisprudenz. Die als Methodenlehre der Jurisprudenz aufgefaßte „Reine Rechtslehre" hat insofern recht, als sie diese Rechtswissenschaft von naturrechtlichen Elementen säubern möchte. Die Tätigkeit der Jurisprudenz ist im wesentlichen reproduktiv: sie ist an jene gedanklichen Inhalte „gebunden", die der Rechtserzeuger als Recht festgesetzt, „positiviert" hat, und so „wiederholt" sie eigentlich die Gedanken des Rechtserzeugers. An diese, durch den Rechtserzeuger als Recht festgesetzten und zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Orte durch die Rechtsanwender als Recht angewandten Normen, kurz: an die durch die kausale Rechtswirklichkeit selektierten Normen, ist die Jurisprudenz ebenso streng gebunden, wie die Theologie an die Glaubensdogmen. Die Jurisprudenz wird deshalb ganz richtig als Rechtsdogmatik oder dogmatische Rechtswissenschaft bezeichnet. Es wäre jedoch ein Fehler, wenn die Rechtsdogmatik ihre — auf Grund des historischen Rechtsmaterials aufgestellten — Begriffe als echte, unwandelbare Dogmen auffassen würde, denen sich auch der Rechtserzeuger gehorsam fügen müßte. Diese, als Inversionsmethode bekannte, fehlerhafte Auffassung „invertiert" das Verhältnis der Jurisprudenz und des Rechtserzeugers, und ist gerade mit dem „dogmatischen" Charakter der Jurisprudenz in ärgstem Widerspruch. Die in Frage stehende Gebundenheit der Jurisprudenz an die Rechtsinhalte bedeutet ferner bloß eine Gebundenheit an den normativen Sinngehalt, an den Willensinhalt des Rechtserzeugers, nicht aber eine Gebundenheit an seine logische oder grammatische Ausdrucksweise oder an sein System. Bei der logischen Bearbeitung des Materials der ihr „gegebenen" Rechtsinhalte, gebührt der Jurisprudenz volle Freiheit.

Diese logische Bearbeitung des Rechtsmaterials beginnt mit der Auslegung der Rechtsinhalte: die Tätigkeit der Jurisprudenz ist zum großen Teil interpretativ. Die juristische Interpretation hat nicht nur den Zweck, der grammatisch-logischen Ausdrucksweise des Rechtserzeugers den richtigen logischen Sinn der normativen Vorschrift zu entnehmen, sondern auch — wie bereits oben erwähnt — die Aufgabe, den „vernünftigen" Sinn der betreffenden Rechtseinrichtung, durch Berücksichtigung des Zusammenhanges, der zwischen den juristischen und den allgemeinen menschlichen Zwecksetzungen besteht, festzustellen. Und noch mehr: Die Interpretation hat die Kluft, die zwischen der abstrakten Rechtsnorm und dem konkreten Fall der sozialen Wirklichkeit besteht, zu überbrücken, den Weg zur Konkretisierung der Norm zu weisen und somit die praktische Tätigkeit des Rechtsanwenders vorzubereiten und zu unterstützen. Diese Funktion der wissenschaftlichen Interpretation

hat — was ebenfalls schon erwähnt wurde — eine bejahende wertende Stellungnahme zum Recht zur Voraussetzung und erfordert außerdem die Kenntnis der sozialen Wirklichkeit, damit die möglichen „konkreten" Fälle, die der Norm auf dem Wege ihrer Anwendung voraussichtlich begegnen werden, vorgestellt werden können. Die blasse abstrakte Norm und der konkrete Fall des bunten sozialen Lebens stimmen nie vollkommen überein und man kann folglich entweder die Übereinstimmung oder die Abweichung betonen. Jede Rechtsnorm kann somit entweder in einem erweiternden oder in einem einschränkenden Sinn ausgelegt werden: die beiden Möglichkeiten der interpretatio extensiva (sowie der analogia legis et juris) einerseits und der interpretatio restrictiva (sowie des argumentum a contrario) anderseits, stehen der Rechtsauslegung immer gleichmäßig zur Verfügung, wofern der Rechtserzeuger selbst den Rechtsausleger nicht auf die eine oder die andere Möglichkeit beschränkt hat (z. B. gesetzliches Verbot der Analogie usw.)[1]). Der Rechtsanwender, der nicht nur die wissenschaftliche Tätigkeit der Rechtsauslegung vollziehen, sondern auch den konkreten Fall entscheiden muß, hat nun mittels eines Willensaktes zwischen den genannten beiden Möglichkeiten zu wählen und die gewählte Möglichkeit als Recht zu verwirklichen. Durch diesen Willensakt, durch diese Wahl, konkretisiert der Rechtsanwender den Willensinhalt des Rechtserzeugers, wird zum Weiterführer des Rechtserzeugungsprozesses, wird selbst zum Rechtsschöpfer. Die Jurisprudenz, die mit der Macht der Rechtsschöpfung nicht ausgestattet ist, darf jedoch das Feld der rechtsgestaltenden Willensentschlüsse nicht betreten und muß in der theoretischen Sphäre verbleiben. Sie wird sich daher damit begnügen müssen, die beiden gegensätzlichen Auslegungsmöglichkeiten zu entfalten, ohne unter ihnen eine Wahl zu treffen. Es ist ein charakteristisches Verfahren der Jurisprudenz, die vorgestellten beiden Grenzfälle anzugeben, von denen der eine trotz der strikten Auslegung noch immer unter die Norm fällt, der andere aber auch bei weitester Interpretation schon nicht mehr unter die Norm subsumiert werden kann. Obgleich sich sowohl die Jurisprudenz, als auch der Rechtsanwender mit der wissenschaftlichen Funktion der Rechtsauslegung beschäftigen, besteht also der Unterschied ihres Verfahrens darin, daß die Jurisprudenz durch die Feststellung der beiden theoretischen Grenzfälle sämtliche Auslegungsmöglichkeiten der Norm angeben muß, ohne zwischen ihnen wählen zu müssen, wogegen der Rechtsanwender sich unbedingt für eine bestimmte Möglichkeit entscheiden muß und infolge der getroffenen Entscheidung die Entfaltung der anderen Möglichkeiten vernachlässigen kann.

[1]) Vgl. meinen Aufsatz: Das Logische im Recht, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 1928, S. 188 ff.

Auf die interpretative folgt die konstruktive Tätigkeit der Jurisprudenz[1]). Diese konstruktive, gestaltende Tätigkeit besteht darin, daß die Jurisprudenz die sich auf den gleichen Gegenstand beziehenden Rechtsnormen zu „Rechtseinrichtungen" zusammenfaßt, aus den gleichartigen Elementen mehrerer Rechtsnormen „juristische Begriffe" verfertigt und aus diesen Begriffen im Wege einer verallgemeinernden Abstraktion ein logisches System errichtet. Diese frei gestaltende, aufbauende, juristische Konstruktion ist wohl an das „gegebene" Rechtsmaterial gebunden; sie ist aber „frei" in der Gestaltung dieses Materials, in der Wahl der Gesichtspunkte, nach denen sie den vorgefundenen historischen Rechtsstoff bearbeitet. Sie wird in dieser Arbeit außer den praktischen Bedürfnissen der Rechtsanwendung bloß durch die geistigen Gesetze der Logik geleitet. Es gibt wohl keine Wissenschaft, in der die Logik eine größere Rolle spielen würde und somit die logisch-geistige Tätigkeit einen freieren Spielraum hätte, als in der Jurisprudenz. Das Material, mit dem die Jurisprudenz arbeitet, sind nicht wahrnehmbare, sinnlich erfahrbare Gegenstände, sondern Gedanken, die begriffen, vernünftig verstanden werden müssen: es gilt hier nicht äußere Unterschiede handgreiflich abzumessen, sondern die feinsten Abweichungen des Sinns festzustellen. Übereinstimmungen und Ähnlichkeiten zwischen den entferntesten Rechtsnormen, der sich auf die verschiedenste Gegenstände beziehenden und in den verschiedensten Formen ausgedrückten juristischen Gedanken wahrzunehmen und anderseits die haarfeinen Unterschiede zwischen ähnlichen und verwandten Norminhalten festzustellen: hierin besteht das Wesen der „juristischen Begriffsbildung", des „juristischen Denkens", der „juristischen Logik". Die Krone der juristischen Konstruktion ist das „System", das die unübersehbare Menge der Normen einer Rechtsordnung in ein leicht übersehbares, klares logisches Gefüge zusammenfaßt, wo jedes Glied seinen festen Platz im Ganzen findet.

Man hat mit Unrecht die interpretative Tätigkeit der Jurisprudenz als „Buchstabenjurisprudenz" und die konstruktive als „Begriffsjurisprudenz" verspottet. Gerade diese, als lebensfremdes, nutzloses logisches Spiel hingestellten Tätigkeiten haben nicht nur einen logischen Wert, sondern stehen im Dienste der praktischen Bedürfnisse des „pulsierenden" Lebens. Daß die rechtswissenschaftliche Interpretation dem praktischen Zweck der Rechtsanwendung dient, davon war oben schon die Rede. Die juristische Konstruktion und das rechtswissenschaftliche System haben aber ebenfalls eine unentbehrliche praktische Bedeutung für die Rechtsanwendung. Nur die juristische Konstruktion und das System verbürgen für den Rechtsanwender die Übersichtlichkeit, die leichte

[1]) Vgl. Ihering: Geist des römischen Rechts, 2. Ausg., II., 2. Abt., S. 342.

Auffindbarkeit und sichere Kenntnis der Rechtsnormen und machen auf solche Art die Rechtsanwendung erst möglich. Das auf der Grundlage der juristischen Konstruktion sich erhebende System ist der Kompaß für den Rechtsanwender auf dem unermeßlichen Meere der immer mehr anschwellenden rechtlichen Regelung. Da die Rechtsnormen gerade durch die Vermittlung der Rechtsanwendung das Leben der Menschheit lenken, kann somit die lebendige praktische Bedeutung der Jurisprudenz nicht geleugnet werden, sofern die Bedeutung des Rechts im Menschheitsleben anerkannt wird. Nicht nur scharfe juristische Logik, sondern auch lebensfrischer praktischer Sinn hat auch jederzeit die „Klassiker" der Rechtswissenschaft von den bloßen „Rechtstechnikern" unterschieden.

### 5. Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz

Nachdem wir den methodologischen Platz der Jurisprudenz im System der Wissenschaften bestimmt und uns mit ihrer eigenartigen Methode ausführlicher beschäftigt, ihren normativen und dogmatischen (reproduktiven) Charakter festgestellt, ihre interpretative, konstruktive und systematisierende Tätigkeiten näher betrachtet haben, ist es ein Leichtes, ein abschließendes Urteil über den Wissenschaftscharakter dieser Disziplin zu bilden.

Die Angriffe, die seit jeher gegen die Jurisprudenz gerichtet, ihren Platz zwischen den „ernsten" Wissenschaften strittig machen wollten, lassen sich in zwei Gruppen einteilen.

Die eine Gruppe der Angreifer, von denen soeben die Rede war, richtet sich gegen die interpretative und konstruktive Tätigkeit der Jurisprudenz, die sie als Buchstaben- und Begriffsjurisprudenz bezeichnet, und vertritt die Auffassung, daß das lebensfremde juristische Spiel mit Worten und abstrakten Begriffen den Rang einer ernsten Wissenschaft nicht verdiene. Es ist die sogenannte „freirechtliche Bewegung", die diesen Standpunkt einnimmt, die sogar von der „Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz" spricht[1]), an deren Stelle sie eine „soziologische Jurisprudenz" errichten möchte, die auf Grund der „lebensnahen" Betrachtung des „pulsierenden Lebens" den sozialen Bedürfnissen zu dienen hätte. Diese Auffassung behauptet somit die praktische Nutzlosigkeit der Jurisprudenz und betrachtet deshalb diese nicht als eine ernste Wissenschaft. Ohne auf das Problem des Pragmatismus einzugehen und die Frage aufzuwerfen, ob eine Wissenschaft unbedingt auch praktisch nützlich sein müsse, genügt es hier auf die große praktische Bedeutung der Jurisprudenz und ihrer interpretativen, konstruktiven und systematisierenden Tätigkeit hinzuweisen, die wir oben bereits festgestellt haben. Außer der Medizin und der Technik gibt es wohl keine Wissen-

[1]) Vgl. Ernst Fuchs: Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe, 1909.

schaft, die so unmittelbar im Dienste des Lebens stünde, wie die Jurisprudenz. Ist das Recht selbst unrichtig oder veraltet, und haftet es als eine „ewige Krankheit" auf der Gesellschaft, so kann dafür nur der Rechtserzeuger, nicht aber die Jurisprudenz, verantwortlich gemacht werden. Hat aber das Recht eine praktische Bedeutung für das Leben, so ist diese Bedeutung auch der Jurisprudenz nicht abzusprechen. Die oben dargestellte Auffassung der freirechtlichen Bewegung kann nur vom Standpunkt des Anarchismus aus gebilligt werden.

Die andere Gruppe der Angriffe, die gegen die Jurisprudenz gerichtet wurden, beanstandet ihren dogmatischen oder reproduktiven Charakter. Nach dieser Auffassung kann der Jurisprudenz, die keine selbständigen Gedanken, sondern nur die Gedanken des Rechtserzeugers entwickelt und die knechtisch an das historisch „gegebene" Rechtsmaterial „gebunden" ist, der Ehrentitel der Wissenschaft, als selbständiger Forschung, nicht gebühren. Den klassischen Ausdruck dieser Auffassung finden wir in der berühmten Äußerung Kirchmanns: „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur", die seinem im Jahre 1848 erschienenen Werke: „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" entstammend seither zum geflügelten Wort geworden ist[1]). Diese Auffassung bestreitet somit bloß den wissenschaftlichen Wert der Jurisprudenz, ihre praktische Nützlichkeit bezweifelt sie nicht und möchte sie als „Rechtstechnik" oder „Rechtskunde" auch weiterhin bestehen lassen. Wir werden aber sehen, daß auch diese Auffassung lezten Endes dennoch bloß auf die Behauptung der praktischen Nutzlosigkeit der Jurisprudenz hinausläuft.

Die Auffassung von der wissenschaftlichen Wertlosigkeit der Jurisprudenz stützt sich — wie dies aus dem Gesagten ersichtlich ist — eigentlich auf zwei Behauptungen: 1. daß sie, an die Gedanken des Rechtserzeugers gebunden, keine selbständig und frei forschende Wissenschaft sei, und 2. daß ihre Ergebnisse keine allgemeingültige Wahrheiten seien, sondern bloß eine, örtlich und zeitlich beschränkte, ephemere Geltung besäßen. Diese zweite Behauptung ist nur ein Folgesatz aus der ersten: die Gebundenheit der Jurisprudenz an den örtlich und zeitlich rasch wechselnden Willen des Rechtserzeugers bringt die Unstetigkeit ihrer Ergebnisse mit sich. Von den zwei Behauptungen ist somit die erste die

[1]) a. a. O., S. 17. — Ein ähnliche Auffassung finden wir auch bei Lorenz von Stein, der die Jurisprudenz nicht als Rechtswissenschaft, sondern als bloße Rechtskunde gelten lassen möchte (vgl. Julius Binder: Philosophie des Rechts, 1925, S. 845), und neuerdings bei Max Salomon (Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1. Aufl., 1920, 2. Aufl., 1925, Das Recht als Idee und als Satzung, 1929), und Julius Kraft (Die Unmöglichkeit der Geisteswissenschaft, 1934, S. 50—56).

wichtigere, der Kirchmannsche Ausspruch von den „drei berichtigenden Worten des Gesetzgebers" scheint jedoch das Hauptgewicht auf die zweite zu legen.

Was zunächst die Unselbständigkeit und Unfreiheit der dogmatischen Jurisprudenz anlangt, muß festgestellt werden, daß die Selbständigkeit und Freiheit der wissenschaftlichen Forschung nicht die freie Erdichtung ihres Gegenstandes, nicht die Unbeengtheit durch vorgefundenen Tatsachen oder anderen „Gegebenheiten" und auch nicht die souveräne Mißachtung der logischen Gesetze bedeutet. So wie die Jurisprudenz an den gedanklichen Inhalt der Rechtsnormen, ist jede Wissenschaft an ihren eigenen Gegenstand gebunden. Die Naturwissenschaft hat sich ebenso „knechtisch" den Naturerscheinungen anzupassen, wie die Jurisprudenz sich an den Willen des Rechtserzeugers zu halten hat. Wie die Naturwissenschaft die Naturerscheinungen beschreibt und ihre kausalen Zusammenhänge erforscht, so entfaltet die Jurisprudenz den Inhalt der Rechtsnormen und deckt ihre logischen Sinnzusammenhänge auf. Naturwissenschaft, wie Jurisprudenz, sind an das ihnen „gegebene" Material gebunden; bei der wissenschaftlichen Bearbeitung dieses „Materials" sind aber beide selbständig und frei. — Für den wissenschaftlichen Wert einer Disziplin ist nun nicht der Gegenstand der Forschung maßgebend, sondern die logische Arbeit, die in der Bearbeitung des Gegenstandes steckt. Es ist zweifellos, daß in dieser Hinsicht die Jurisprudenz keiner anderen Wissenschaft nachsteht; bei der Betrachtung ihrer konstruktiven Tätigkeit sahen wir, daß es wohl keine Wissenschaft gibt, in der die Logik eine größere Rolle spielen würde und somit die logisch-geistige Tätigkeit einen freieren Spielraum hätte, als in der Jurisprudenz. Gewiß, der Gegenstand der Jurisprudenz ist von dem der Naturwissenschaft verschieden: letztere arbeitet mit sinnlich erfahrbaren Gegenständen, letztere mit Gedankeninhalten. Eigentlich müßte man die Wissenschaft, die Gedankeninhalte erforscht, höher bewerten, denn diese muß die Hilfe, die der Naturwissenschaft durch die Sinne geleistet wird, durch logische Arbeit ersetzen; diese Höherschätzung würde aber ebenfalls nicht auf dem Unterschied des Gegenstandes, sondern auf dem der, zur Bearbeitung des Gegenstandes verwendeten, logischen Arbeit beruhen. Vom Gesichtspunkt des reinen Wissens aus sind alle Gegenstände gleichmäßig interessant. — Und doch ist der Grund der besprochenen Unterschätzung der Jurisprudenz in ihrem Gegenstand, dem Recht, zu finden. Bei der Naturwissenschaft hebt die Gebundenheit der Forschung an Tatsachen die Selbständigkeit der gedanklichen Arbeit um so mehr hervor, bei der Jurisprudenz hingegen läßt die Gebundenheit der Gedankenarbeit an fremden Gedankeninhalt den falschen Schein entstehen, als ob überhaupt keine selbständige Gedankenarbeit im Spiel gewesen wäre. Anderseits wird die Erforschung der Naturgesetze, die oft als die „Gedanken Gottes" be-

zeichnet werden, für wichtiger gehalten, als die Erforschung der menschlichen Gesetze; die unermeßlich große praktische Bedeutung, die der Kenntnis der unbeugsamen Naturgesetze zukommt, läßt die praktische Bedeutung des Wissens von den rasch wechselnden Rechtsnorminhalten zusammenschrumpfen und diesem Umstande, sowie einer unbewußt pragmatistischen Geistesrichtung ist es zum großen Teile zuzuschreiben, daß der wissenschaftliche Wert der Naturwissenschaft nicht bezweifelt, die „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" dagegen so oft behauptet wird. In diesem Gedankengange führt also die Behauptung der wissenschaftlichen Wertlosigkeit der Jurisprudenz auf die Ansicht von ihrer praktischen Minderwertigkeit zurück.

In der Behauptung, die die Auffassung von der wissenschaftlichen Wertlosigkeit der Jurisprudenz mit ihrer Unselbständigkeit begründet, wird somit eigentlich nicht die Tatsache der Gebundenheit der Jurisprudenz an ihren Gegenstand beanstandet, sondern der Umstand, daß diese Gebundenheit eine Gebundenheit an den positiven Rechtsinhalt ist. Nicht die von der Jurisprudenz geleistete logische Arbeit wird also geringschätzig beurteilt, sondern der Gegenstand der Forschung: das Recht. Genau derselbe Sinn liegt aber auch in der zweiten Behauptung, die die genannte Auffassung stützt, nämlich in der Behauptung der ephemeren Geltung der Ergebnisse der Jurisprudenz. Diese verlieren ihre Geltung nur deshalb, weil sich das Recht fortwährend ändert: die „drei berichtigenden Worte des Gesetzgebers" heben unmittelbar nur die Geltung des alten Rechts auf, und nur mittelbar hat dieser Umstand ihre Folgen auch für die Jurisprudenz. Diese zweite Behauptung, die wir nun näher betrachten wollen, hat also die Ansicht zur Voraussetzung, daß es für die Wissenschaft keinen Wert hat, sich mit unbeständigen und wandelbaren Gegenständen zu befassen. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht liegt jedoch auf der Hand. In der empirischen Welt gibt es ja lauter veränderliche Gegenstände und außerdem ist auch der „Stand" jeder Wissenschaft veränderlich: ihre Ergebnisse werden überholt. Selbst die Ergebnisse der Naturwissenschaft verlieren mit der Zeit ihre Geltung und aus der vor hundert Jahren erschienenen Literatur der Physik oder der Chemie würde der moderne Physiker oder Chemiker weniger lernen, als der Jurist von heute aus den Justinianischen Rechtsbüchern. Überaus unbeständig und rasch wechselnd sind insbesondere die Erscheinungen der Kultur und des geschichtlichen und gesellschaftlichen Lebens. Auf der Grundlage der in Frage stehenden Ansicht müßte man somit den wissenschaftlichen Wert sämtlicher Kultur-, Geschichts- und Gesellschaftswissenschaften bezweifeln. — Es trifft übrigens überhaupt nicht zu, daß nach den „drei berichtigenden Worten des Gesetzgebers" die veraltete Jurisprudenz ihren „wissenschaftlichen" Wert verlöre; sie verliert bloß ihre praktische Bedeutung für die Rechtsanwendung, behält jedoch

den logischen Wert des in ihr aufgespeicherten juristischen Denkens und außerdem auch ihre historische Bedeutung als Darstellung des Rechts einer bestimmten geschichtlichen Kultur. Ungenau könnte man sagen: aus der Jurisprudenz von gestern wird ein Kapitel der Rechtsgeschichte. Die besprochene Behauptung von der „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" beruht somit auf der pragmatistischen Verwechslung von praktischer Nützlichkeit und wissenschaftlichem Wert. Die Geringschätzung der ephemeren praktischen Bedeutung der Jurisprudenz ist ihrerseits auf die Geringschätzung der praktischen Bedeutung des Rechts für die Menschheit zurückzuführen und läuft letzten Endes auf den Standpunkt des Anarchismus hinaus.

Mit der Widerlegung des Anarchismus haben wir uns hier nicht zu beschäftigen[1]); gewiß die Jurisprudenz hat die Abweisung des anarchistischen Standpunktes, die bejahende Stellungnahme zum Recht, als außerrechtliche Wertung, zur Voraussetzung. Dies vorausgesetzt, brauchen wir über die praktische Nützlichkeit der Jurisprudenz weiter kein Wort zu verlieren: aus dem oben bereits Gesagten geht die hohe Bedeutung dieser Wissenschaft für die Rechtsanwendung, für die im Wege der Rechtsanwendung vor sich gehende Rechtsschöpfung und — da sich ein jeder Rechtserzeuger gewissermaßen auf die juristische Begriffsbildung der konstruktiven Jurisprudenz stützt — auch für die Rechtserzeugung überhaupt, hervor. Ob die Wissenschaft unbedingt praktisch nützlich sein müsse, ist natürlich eine andere Frage; der von der praktischen Bedeutung unabhängige wissenschaftliche Wert der Jurisprudenz wurde jedoch von ihren Angreifern, streng genommen, eigentlich nicht berührt, und kann auch ernstlich nicht bezweifelt werden, wenn man das methodische Verfahren dieser Disziplin, die durch sie entfaltete gewaltige logische Arbeit und ihre grundlegende Bedeutung für sämtliche Rechtsinhaltswissenschaften kennt. Auch die Jurisprudenz ist, wie jede freie Wissenschaft, durch den logischen Wert der Wahrheit, und nur durch die Wahrheit, geleitet, wenn sich auch ihre Wahrheiten auf rasch wechselnde, flüchtige Rechtsnormen beziehen, und — gerade durch ihre Wahrheit — gleichzeitig auch dem ethischen Wert der legalen Gerechtigkeit dienen.

[1]) Vgl. diesbezüglich meine Schrift: Zum ewigen Frieden. Grundriß einer Philosophie des Pazifismus und des Anarchismus, Leipzig, 1930.

Printed in Germany

# SULLA QUESTIONE DELLE LACUNE NEL DIRITTO

1. — Nell'applicare il diritto le regole giuridiche servono come misura di valore per giudicare le azioni umane. Siccome queste regole riguardano le azioni e i casi giuridici, in ultima analisi, non sono altro che azioni umane, è sempre possibile il confronto dell'azione compresa in un certo caso giuridico concreto con la regola giuridica fatta per l'azione e almeno teoricamente s'arriva sempre ad un risultato ben determinato. Perchè l'azione umana in questione o s'imbatte nel veto d'una delle regole giuridiche e allora è contro diritto; oppure soddisfa uno dei comandi giuridici, ed allora è conforme al diritto; oppure non si tratta nè del primo nè del secondo caso, cioè l'azione in questione non sta in relazione con nessuna regola giuridica — nè comandata, nè vietata — e allora è giuridicamente indifferente. Questa semplice affermazione non vuol dire altro che in base alle vigenti norme giuridiche si possono decidere tutti i casi giuridici concreti che s'incontrano nella realtà, perchè con la misura delle norme giuridiche si può determinare il valore di ciascuno di essi: si qualificano conformi, contrari al diritto, oppure indifferenti. Tale posizione è nota nella letteratura come la teoria della compiutezza logica del diritto e questa denominazione manifesta il pensiero secondo il quale, dal punto di vista dell'applicazione, nel diritto non vi sono lacune: le vigenti norme giuridiche sono sufficienti a decidere ogni caso giuridico.

Contraria al detto punto di vista, specialmente la teoria del diritto libero, sullo scorcio del secolo scorso, partiva dal presupposto che nel diritto ci fossero lacune, che nell'appli-

cazione del diritto potessero incontrarsi casi ai quali il legislatore non ha pensato, cosicchè, per mancanza del regolamento riferentesi ad essi, tali casi non si possono decidere in base alle sole norme vigenti. Questa opinione s'incontra anche prima che la scuola del diritto libero esordisca: così per esempio il 7° paragrafo del Codice Civile Austriaco ordinava già che i casi giuridici, i quali in base al diritto codificato non si possono giudicare, devono essere decisi secondo i princìpi del diritto naturale. Però la teoria delle lacune trovò la sua vera e compiuta formulazione soltanto nell'ambiente della scuola del diritto libero, e così noi dobbiamo considerare come vittoriosa conseguenza della concezione del diritto libero il famoso 1° paragrafo del Codice Civile Svizzero, che impone al giudice di decidere in caso di lacuna nel diritto secondo la regola che egli, come creatore della legge, troverebbe giusto formare per il caso in questione.

2. — La differenza sostanziale che passa — secondo quanto si è detto — tra la teoria della compiutezza logica del diritto e quella contraria delle lacune del diritto, si trova nel modo diverso di giudicare quelle azioni umane, le quali non sono nè comandate nè vietate dal diritto e le quali si qualificano proprio per questo giuridicamente indifferenti secondo la teoria della compiutezza logica del diritto. La teoria delle lacune nel diritto può affermare la mancanza del regolamento giuridico, cioè l'esistenza delle lacune nel diritto, soltanto per le azioni almeno immediatamente non toccate dalle norme giuridiche. Quindi la discussione tra le due teorie si decide col chiarimento della situazione giuridica delle azioni dette prima giuridicamente indifferenti.

Riguardo alle azioni giuridicamente indifferenti, sembra che anche i fedeli della compiutezza logica del diritto siano influenzati alquanto dalla teoria delle lacune, smentendo l'esistenza delle lacune con l'affermazione paradossale secondo la quale il diritto parla anche ove taccia, perchè ciò che non vieta nè comanda, è permesso. Tale affermazione implica — a mio parere — l'errore fondamentale della dottrina delle lacune secondo la quale il diritto vigente sarebbe senza lacune

— 5 —

soltanto se disponesse di ogni azione umana, se parlasse anche tacendo.

Invece la realtà, che si deduce dalla concezione filosofica del diritto, è questa. Tanto logicamente quanto storicamente la vita umana precede il diritto. Si può immaginare azione umana, anzi anche collaborazione sociale senza diritto (che è l'ideale della società anarchica), ma non diritto senza collaborazione umana. Il diritto, in fondo, nella vita umana si rivela come limitazione delle azioni umane, come intervento diretto a promuovere quella collaborazione sociale il cui ordine non sarebbe sicuro senza lo stesso diritto che limita e per questo dirige. Riguardo a ciò sarebbe più congruo parlare non tanto di comandi, quanto più di divieti del diritto. Tale indicazione esprimerebbe meglio la verità che il diritto non è generatore dell'attività sociale, ma di fronte a questa esercita una mera funzione di limitazione e di intervento.

Se è così, allora è evidente, che il diritto s'ingerisce nella collaborazione sociale soltanto secondo ragione. Assume nel suo regolamento unicamente quelle azioni umane delle quali il regolamento pare necessario. È vero che, appena il diritto si presenta nella vita del genere umano, teoricamente non vi può essere campo in cui il diritto non possa intervenire. La sovranità del diritto consiste appunto nella sua capacità di trarre nella sua sfera tutte le relazioni sociali. Ma questo è puramente una possibilità di politica del diritto considerata *de lege ferenda*, e dal fatto che il diritto può regolare qualunque cosa sarebbe assurdo dedurre la conseguenza che per non avere lacune debba regolare tutto. Ragionevolmente non si afferma che il diritto debba regolare esattamente ogni azione d'ogni uomo. Il diritto regola solo ciò che da qualche punto di vista pare degno di essere regolato, rimanendo indifferente a una grande varietà di azioni. *De lege lata* si può dire direttamente che anche oggi, in un tempo in cui le regole giuridiche sovrabbondano, è piuttosto un'eccezione che l'azione entri nella sfera del diritto, offenda i divieti del diritto o ne eseguisca i comandi: la maggioranza delle azioni umane non ha nessun effetto o significato giuridico. Nel trattare dei diritti cosiddetti fondamentali o appartenenti alla libertà, la

teoria rammenta non invano che l'enumerazione perfetta di questi è impossibile, che si può fare una lista di doveri, ma la serie delle nostre libertà è infinita. Se il diritto ammette non espressamente una cosa, ciò, di regola, ha una ragione storica, ma è senza significato giuridico, perchè ciò che non è nè vietato nè comandato, è senz'altro permesso, cioè giuridicamente indifferente.

Da quanto sopra appare manifesto che le lacune non sono da identificare con le azioni giuridicamente non regolate. Non vi è lacuna nel diritto perchè l'ordinamento giuridico non prescrive che, finito il lavoro all'università, io torni a casa per questa o per quell'altra strada, oppure che io non vada affatto verso la mia casa. Se, difatti, noi vedessimo lacune dappertutto, dove manca il regolamento giuridico, allora il diritto nella massima parte consisterebbe di immensi vuoti giuridici e non più di lacune.

Dall'aver fissato che il diritto tacendo non parla veramente, non segue affatto l'aver riconosciuto lacune giuridiche, come non segue che il giudice debba tacere, quando il diritto tace. Come non esiste campo di vita in cui il diritto non si possa ingerire, così non vi può essere neanche una relazione della vita che non possa formare oggetto di giudizio giuridico, prescindendo da ciò che tale relazione di vita è stata regolata dal diritto o no. Mentre il legislatore determina sovranamente quali relazioni della vita egli voglia sottomettere al regolamento, il giudice è tenuto a decidere ogni causa deferitagli, specie quando ciò è stato espressamente statuito come suo dovere (*Code Napoléon,* art. 4). E, mentre il legislatore valuta le relazioni della vita che sottopone a regolamento da un suo punto di vista politico-giuridico, il giudice nel valutare le cause deferitegli deve adoperare esclusivamente le regole giuridiche vigenti. È pura apparenza, che, quando il giudice debba decidere anche nel silenzio della norma, l'attività del giudice colmi una lacuna giuridica: se il diritto tace, perchè non volle disciplinare quella relazione di vita, allora la decisione giudiziaria, non rifiutabile neanche in tal caso, può dichiarare soltanto il rifiuto dell'ingerenza giuridica.

— 7 —

3. — La suddetta apparenza — a mio avviso — ha parte significativa nell'evoluzione della teoria delle lacune giuridiche, della sua popolarità e della sua divulgazione. Quel fatto, che il giudice si pronuncia anche quando il diritto tace, è molto adatto a suscitare la credenza che il giudice, in tali casi, va oltre il silenzio del diritto creando la disposizione, vale a dire riempendo una lacuna. Però questa credenza si basa su un grave errore, perchè non c'è dubbio, che, dove il diritto tace, anche il giudice, in pieno rispetto alla legge, può affermare che il diritto tace cioè il caso concreto in questione è giuridicamente indifferente. La decisione del giudice ligio al diritto non ripara neanche in tali casi alla mancanza delle disposizioni giuridiche, ma constata soltanto l'assenza della norma.

Nel giudicare relazioni di vita giuridicamente non regolate il giudice non può travalicare i limiti del diritto appunto come non lo può nel giudicare cause giuridicamente regolate. Suo compito in ambedue i casi è teoricamente il medesimo: commisurare azioni umane alle norme, valutare i casi concreti con la regola del diritto, qualificarli giuridicamente. Se l'azione umana giuridicamente valutata si qualifica conforme, contraria al diritto o giuridicamente indifferente, ciò non cambia affatto la funzione giudiziaria della valutazione giuridica. La funzione giudiziaria rimane la stessa in tutti e tre i casi: giudicare, valutare, qualificare la realtà concreta in base ad astratte norme giuridiche.

Senza dubbio, la qualificazione giudiziaria deve riempire una grande lacuna in ogni caso, quel vacuo che s'apre tra l'astratta regola giudiziaria e la concreta realtà. Quel vacuo è da riempire non soltanto quando la funzione giudiziaria constata che il caso concreto non è compreso dalle astratte regole giuridiche, ma anche quando il caso viene compreso nella corrispondente regola giuridica.

Il regolamento astratto e la realtà concreta sono sempre divisi da un abisso. Nel caso, quale ci è offerto dalla vita reale ci sono sempre elementi costitutivi che non si riscontrano nella regola astratta anche ove apparentemente sia adattissima. D'altra parte il caso concreto, che al primo sguardo sembra addirittura differente dal fatto tipizzato dalla re-

gola, si comprende nella regola, se fattone un esame accurato la differenza ci si presenta di poca importanza. Le indicazioni generiche, le rappresentazioni scolorite delle regole giuridiche si presentano ricche dei più vivaci sfarzosi colori della vita nella fattispecie, tra le cui cornici c'è sempre più contenuto che non tra quelle vuote della regola. Perciò il caso concreto, malgrado ogni somiglianza, differirà sempre dal fatto delimitato dalla regola astratta. Secondo che si rileva o si ritiene essenziale la somiglianza o la differenza, constateremo se la regola corrisponda al caso concreto o no.

Questo in altre parole vuol dire che tutte le regole giuridiche si possono spiegare in senso estensivo o ristrettivo. Quindi colui, che applica il diritto, in tutti i casi dispone ugualmente dell'espediente esplicativo dell'« interpretatio extensiva » (*analogia legis, analogia iuris*) e dell'« interpretatio restrictiva » (*argumentum a contrario*). Tra queste due possibilità logiche, delle quali si dispone ugualmente, si deve scegliere con un atto di volontà. Per quest'atto di volontà, chi applica il diritto, rende applicabile la regola astratta al caso concreto. Attraverso tale atto di volontà rende concreto il senso astratto della regola giuridica e necessariamente la sviluppa. Da questo punto di vista ogni applicazione del diritto è allo stesso tempo anche creazione di diritto, perchè, reso concreto per atto di volontà il senso astratto della regola giuridica, questa riceve ormai un senso più determinato.

Il lavoro dell'interprete, a nostro avviso, contribuisce a sviluppare il diritto, colma la lacuna tra la regola astratta e il caso concreto, come appunto, e lo si è detto, è proprio di ogni decisione giudiziaria. Ciò ha luogo non solo nel caso delle cosiddette lacune giuridiche, ma anche nell'applicazione del diritto considerato senza lacune; non solo quando nel diritto manca la disposizione congrua per un dato caso, ma anche quando quella c'è. Anzi di detto procedimento abbiamo bisogno appunto per rendere concreto il senso delle disposizioni giuridiche: la stessa affermazione negativa che il diritto non dispone a proposito di un dato rapporto può essere soltanto il risultato dell'esatta interpretazione delle disposizioni giuridiche. L'abisso tra la regola astratta e il caso concreto non può essere considerato in nessun modo come lacuna giu-

ridica nel senso della teoria accennata: per questo il problema sarebbe mal posto e genererebbe gravi equivoci confondere la perfezionatrice attività interpretativa del giudice col compito impostogli dalla teoria del diritto libero secondo la quale il giudice, nel silenzio della norma, dovrebbe egli riempire la lacuna.

4. — Abbiamo constatato prima che il giudice ligio alla legge non si può assumere questo compito, perchè in assenza della norma, egli non può constatare altro che l'indifferenza giuridica della fattispecie. Il giudice può disporre diversamente e sostituire la mancante disposizione del diritto con la propria disposizione, se è autorizzato dalla legge. In quei casi però il giudice ha funzione di fonte secondaria del diritto proprio in quanto autorizzato dalla legge e questa sua delegata attività legislativa è da distinguere esattamente dalla attività di applicazione del diritto con la quale egli attraverso l'interpretazione del diritto concreta la regola astratta e perfeziona in un processo che ha vero aspetto creativo lo stesso diritto. Senza dubbio, si può parlare di quest'attività delegata (secondaria) come di fonte di diritto soltanto quando l'interpretazione avesse già constatato in primo luogo l'assenza d'una diretta disposizione per il caso in questione, ma allo stesso tempo constatasse in secondo luogo anche che è proprio la legge ad affidare la determinazione della disposizione congrua al caso proprio a colui che il diritto è chiamato ad applicare. La questione dunque non riguarda più la interpretazione e l'applicazione in senso stretto, ma è la decentralizzazione nella creazione del diritto.

Senza dubbio inoltre non si può parlare di lacuna giuridica neppure nel caso in questione della creazione delegata (secondaria) del diritto, perchè si tratta esclusivamente di ciò, che la relazione di vita in questione non è regolata dalla stessa fonte primaria del diritto (la legge), bensì da una secondaria e delegata (l'opinione del giudice). Non possiamo dire neanche che la legge stessa non dispone del caso in questione: se quanto al contenuto non ne dispone direttamente, ne dispone formalmente nel senso che affida la disposizione, quanto al contenuto, ad una fonte di produzione subordinata.

— 10 —

Il fatto che le due attività teoricamente ben distinte, il concretare il diritto attraverso l'interpretazione, e la delegata, secondaria creazione del diritto, siano eseguite dallo stesso organo (dal giudice), rende difficile in pratica il distaccare le due diverse funzioni. È incontestabile, inoltre, che l' autorizzazione alla secondaria creazione del diritto non è sempre espressamente affidata a chi applica il diritto. Quest'autorizzazione è implicita e si trova spesso soltanto nell'uso di qualche espressione, lasciata ambigua o indeterminata apposta, secondo l'ispirazione delle più elastiche e duttili concezioni. In tali casi la creazione delegata del diritto e l'interpretazione giuridica s'intrecciano strettamente, così come la decisione giudiziaria, che implica la secondaria creazione del diritto, si basa sulla possibilità dell'interpretazione estensiva. Nella pratica può riuscire difficile dire se la mancanza della disposizione legale significa, nel silenzio della legge, che il diritto non vuole ingerenza giuridica nella relazione di vita in questione, oppure se il silenzio della legge significa soltanto che il legislatore affida la ricerca della disposizione conveniente all'interprete, essendo l'apparente silenzio non già silenzio in senso proprio, bensì concessa autorizzazione all'interprete di creare diritto. L'interpretazione constata spesso difficilmente se il silenzio della legge dà diritto ai sudditi di formare la relazione di vita in questione secondo la loro libera convinzione, oppure autorizza gli organi giudiziari e amministrativi a disporre giuridicamente secondo la loro migliore convinzione. La precedente ristrettiva interpretazione giuridica riesce utile in generale in sede giudiziaria, la posteriore interpretazione estensiva per gli organi governativi e amministrativi.

Benchè le sopra rammentate difficoltà siano praticamente grandi, non sono importanti dal punto di vista del nostro problema cioè della questione delle lacune giuridiche. Perchè in nessuna delle situazioni difficilmente separabili nella pratica, ma esattamente distinguibili nella teoria, si può parlare di lacuna giuridica nel senso della teoria delle lacune giuridiche — come abbiamo dimostrato analiticamente nel trattare delle diverse possibilità teoriche. Infatti, nel silenzio della legge, non v'è lacuna giuridica da riempire,

perchè il diritto non ammette alcuna ingerenza giuridica; se la legge affida la disposizione diretta al giudice, allora non v'è lacuna giuridica, perchè la legge dispone indirettamente, mentre la fonte delegata (secondaria) del diritto dispone direttamente; infine nell'attività del giudice, non come fonte delegata del diritto, bensì come concretante interpretazione giuridica, non v'è lacuna giuridica, perchè soltanto le esistenti e non mancanti disposizioni astratte nel diritto si possono interpretare e rendere concrete.

5. — Abbiamo sopra cercato di dimostrare che la mancanza del regolamento giuridico in sè non è identica affatto all'esistenza della lacuna giuridica e che nell'attività del giudice astretto alla legge manca ogni funzione che si possa dire di completamento di lacune giuridiche. Sorge la questione che cosa intenda la teoria del libero diritto parlando di lacune giuridiche.

Che gli stessi fedeli della teoria delle lacune giuridiche non intendono parlando di esse la sola mancanza del regolamento giuridico, appare da ciò che impiegano non poca fatica nel dimostrare l'esistenza delle lacune giuridiche. Il fatto che il diritto non regola larghe sfere delle relazioni della vita, appare tanto manifesto che sarebbe superfluo del tutto dimostrare l'esistenza di lacune giuridiche, se la mancanza del regolamento giuridico relativo a qualche questione fosse già lacuna giuridica. Senza presentare le esposizioni della letteratura relativa, le quali dimostrano l'esistenza delle lacune giuridiche e distinguono varie specie di lacune giuridiche — lacune reali e irreali, assolute e relative, valutative o volontarie e cognitive e lacune di altra specie — intendiamo constatare brevemente soltanto ciò, che, dappertutto dove questa letteratura parla di lacune giuridiche, non si tratta soltanto di assenza di regolamento giuridico, ma anche della necessità di un certo regolamento. Il fatto stesso che il diritto non dispone di una cosa, non significa lacuna giuridica nella maggioranza dei casi; di questa si tratta soltanto quando il diritto non dispone di una cosa, della quale avrebbe dovuto disporre, secondo la nostra concezione morale o la convinzione teleologica, insomma, secondo i punti di vista della politica giuridica.

Dunque si può constatare che il concetto di lacune giuridiche non è veramente altro che concetto di politica del diritto, che rileva non il punto di vista giuridico della *lex lata*, bensì il punto di vista morale e politico della *lex ferenda*. La lacuna giuridica è fondamentalmente la critica del diritto vigente e così non esprime veramente la mancanza del regolamento giuridico, bensì il fatto che l'assenza del regolamento giuridico, cioè l'assenza del diritto vigente, è criticabile. Questa verità può essere oscurata soltanto in parte dall'aspirazione dei sostenitori della teoria, i quali per dimostrare lacune giuridiche scelgono per esempio regole, le quali erano giuste originalmente, ma divennero erronee posteriormente, di fronte ai nuovi risultati non prevedibili dell'evoluzione. Si dice, per esempio, che il codice penale considera soltanto l'appropriazione indebita della cosa mobile altrui e punisce soltanto questa; mentre, il progresso tecnico mettendo al servizio dell'umanità la corrente elettrica, è da punire, come furto, altresì, l'appropriazione indebita della corrente elettrica altrui. Secondo la teoria del libero diritto abbiamo qui il caso della lacuna giuridica. La legge penale non poteva pensare alla corrente elettrica messa in uso soltanto posteriormente; la appropriazione della corrente dunque non è condannabile secondo la legge; e così il giudice deve sostituire la mancante regola giuridica, colmare una lacuna. Di fronte a ciò non è da dubitare che nessuna legge può prevedere ogni singolo caso, quale s'incontrerà nel futuro e che contravverrà, o non contravverrà il divieto della legge. Se la legge penale non pensava alla corrente elettrica, vuol dire, che l'uso indebito della corrente non riguarda il divieto del furto e che il giudice in base alle norme vigenti deve assolvere chi indebitamente si appropria della corrente, dall'accusa di furto incontrando egli solo il biasimo morale. Che il risultato dal punto di vista morale sia ingiusto e dal punto di vista economico inopportuno, è un'altra questione, perchè significa soltanto che il diritto vigente è ingiusto e deve essere cambiato dal legislatore dal punto di vista della politica giuridica. Per quanto ingiusta e inopportuna la legge, il giudice, tenuto a rispettare la legge, non può non riferirvisi.

— 13 —

Prendiamo un altro esempio. Sul ponte stradale di una città le vetture ad un cavallo devono pagare in virtù del decreto vigente cent. 50 per il passaggio, quelle a due cavalli L. 1. Intanto s'inventa l'automobile e se ne fa uso. L'apparire della prima macchina sul ponte pone alla guardia del ponte il seguente problema difficile dal punto di vista dell'interpretazione giuridica: 1) se debba far passare la macchina sul ponte o no; 2) se la debba far passare gratuitamente; 3) infine se debba pretendere il pagamento prescritto per le vetture ad un cavallo o quello prescritto per le vetture a due. Ove scelga una qualunque delle soluzioni ricordate secondo un'interpretazione estensiva o ristrettiva del decreto, è manifesto che la soluzione non corrisponderà nè alle esigenze della opportunità economica, nè a quelle della giustizia. Ma è manifesto anche ciò che non potrà scegliere l'unica giusta soluzione dal punto di vista della politica giuridica (il pretendere un pagamento più alto anche di quello prescritto per le vetture a due cavalli), perchè la guardia del ponte non può essere autorizzata affatto a fissare il pagamento per le macchine secondo la propria intima convinzione. L'essenziale dunque anche qui è che il diritto vigente (il decreto) è ingiusto e deve essere cambiato dall'autorità competente secondo le esigenze del tempo.

Il fatto, che nei due esempi precedenti la regola giuridica era originalmente idonea e giusta e divenne erronea e ingiusta soltanto a causa della posteriore evoluzione della tecnica, non cambia affatto ciò, che la lacuna giuridica significa la manchevolezza del diritto dal punto di vista della valutazione, cioè l'erroneità, perchè è evidente negli esempi addotti che le «lacune giuridiche» si presentarono, quando, a causa del progresso raggiunto, il diritto divenne ormai non idoneo vale a dire ingiusto. Non c'è però nessun impedimento che il legislatore crei diritto ingiusto, cioè lacunoso già originariamente, nel senso che esso non disponga di una cosa, della quale avrebbe dovuto invece disporre secondo un retto criterio di politica giuridica. Immaginiamo che il legislatore crei nell'età dell'elettricità e dell'automobile regole come quelle sopra ricordate, per superficialità o per altre ragioni.

— 14 —

Il concetto abituale della lacuna giuridica significa non la mancanza della regola giuridica, ma l'inidoneità o l'iniquità del diritto vigente, tanto che si suole parlare di lacune giuridiche non solo quando il diritto non regola qualche questione che avrebbe dovuto regolare secondo un retto criterio di politica giuridica, ma anche quando, sebbene regoli la questione, non la regola così come l'avrebbe dovuta regolare.

Oltre a questi si possono formulare casi, nei quali la lacuna è data proprio dall'esistenza del regolamento giuridico nel senso cioè che esistono certe regole erronee da cancellare. Sia permesso darne un solo esempio. Per certe ragioni economiche vengono disposte alcune limitazioni in ordine alle divise. Contro gli abusi in tali affari, una legge speciale costituisce un tribunale speciale. Migliorate le condizioni, una nuova legge sopprime soltanto le limitazioni sulle divise, ma non sopprime il tribunale speciale. Senza dubbio, questa legge sarà lacunosa, perchè non dispone la soppressione delle regole relative al tribunale; ha lacune perchè, invece di sopprimere certe regole giuridiche ormai superflue, le lascia in vigore; la lacuna giuridica sorge proprio dall'esistenza di tali regole giuridiche ormai sorpassate.

6. — Che la lacuna giuridica è veramente concetto di critica giuridica, di politica giuridica, è stato esposto in lavori accessibili anche alla letteratura mondiale da Felix Somló, gran filosofo ungherese del diritto (1).

Però Somló, oltre queste lacune di politica giuridica, distingue lacune giuridiche assolute, le cosidette lacune giuridiche senza autorità decisiva (2). Intende con questo le situazioni riguardo alle quali le vigenti regole giuridiche non rendono possibile in alcun modo la soluzione legittima della questione, nelle quali d'altra parte non si dispone d'un tribunale che possa colmare la lacuna giuridica.

A mio parere anche queste lacune assolute di Somló sono soltanto lacune di politica giuridica, cioè indicano non la mancanza del regolamento giuridico e per questo l'impossibilità

(1) SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, pp. 370 e ss.; *Die Anwendung des Rechts*, in « Grünhuts Zeitschrift », XXXVIII, 1911, pp. 55 e ss.

(2) *Juristische Grundlehre*, cit., pp. 414-415.

della qualificazione giuridica del caso, ma l'evidente inadeguatezza del diritto vigente. Consideriamo uno degli esempi citati da Somló. In una monarchia, in cui secondo l'ordine della successione al trono ha diritto di succedere al trono colui che è stato predestinato dal predecessore ancora vivo, muore il sovrano senza aver indicato il successore. Secondo Somló, qui vi è appunto un'assoluta lacuna giuridica e manca del tutto ogni soluzione: il successore ascende al trono soltanto per via illegittima. A mio parere la questione, che cosa succederà in quella monarchia, se la monarchia verrà soppressa oppure succederà al trono qualcuno per via illegittima, non è di carattere giuridico, ma di carattere storico. La questione giuridica è questa: chi è autorizzato in base al diritto vigente a succedere al trono? — e a questa domanda vi è una risposta esatta: secondo il diritto a ciò nessuno è autorizzato. Che il diritto non tace, che il caso in questione si può decidere in base al diritto vigente, ciò riconosce lo stesso Somló parlando di soluzione illegittima. Dove tutti i modi di successione al trono si qualificano illegittimi in base alle regole vigenti, la soluzione giuridica è evidentemente che il trono resti senza successore legittimo. Se per questo si generano grandi difficoltà e forse condizioni insostenibili, è altra questione che sta solo a significare l'evidente inadeguatezza della vigente legge di successione. Quindi la lacuna assoluta del Somló — la quale peraltro comprova come una legge possa avere lacune non soltanto a causa del progresso, ma anche in relazione alla sua origine — non significa la mancanza del regolamento giuridico, ma l'inadeguatezza del regolamento vigente.

Recentemente la teoria della compiutezza logica del diritto è stata contestata da Walther Burckhardt. Oltre alle lacune giuridiche improprie, le quali anche a suo parere non significano altro che la critica del diritto in vigore, ci sono nel diritto anche lacune vere. Le lacune improprie (*unechte Lücken*) sono di carattere etico, del riempimento delle quali naturalmente non si può parlare, perchè correggere le leggi non è il compito del giudice, ma del legislatore (1). Le lacune

(1) W. BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich, 1936, pp. 261-262.

vere invece (*echte Lücken*) sono di carattere logico e la loro sostanza consiste nel fatto che la legge non parla di questioni, rispetto alle quali, non essendovi alcuna disponibilità relativa, la stessa legge diventi ineseguibile. Secondo l'autore tali lacune devono essere riempite dal giudice, se non vuole commettere l'errore di denegare la giustizia, e dalla considerazione complessiva del sistema giuridico (cioè per via di *analogia juris*) si giunge per lo più a riempire tali lacune (1). A nostro parere non si tratta neanche qui di lacune giuridiche, bensì di diritto inadeguato. Il diritto può essere inadeguato non soltanto dal punto di vista etico, ma può essere formulato erroneamente e superficialmente anche dal punto di vista tecnico e logico (2). Se in tali casi dal confronto della regola giuridica mal espressa col complesso di tutto il sistema giuridico se ne ricava il senso giusto, allora evidentemente è sbagliato il testo della regola giuridica, ma nel diritto stesso non c'è lacuna. Se però dalla regola mal espressa nessun comprensibile significato giuridico si può trarre neanche per via di *analogia juris*, allora è manifesto che si tratta di un tentativo non riuscito di costruzione di diritto, ma non di una regola giuridica nel senso pieno della parola. Eliminati questi mal riusciti tentativi di regolamento giuridico, sparisce dal diritto quella situazione che il nostro autore chiama vera lacuna giuridica.

L'opinione di Burckhardt si chiarisce meglio con un suo esempio: a suo parere si ha una vera lacuna giuridica, quando il diritto dispone della grazia dei condannati, ma non dichiara chi è autorizzato a fare la grazia. Secondo il nostro avviso, o una disposizione relativa all'esercizio del diritto di grazia si rinviene nel complesso del sistema giuridico, e allora non v'è lacuna giuridica; oppure non si trova, e allora la dichiarazione della legge, che i condannati possono essere graziati, non può essere considerata come regola giuridica. Non ogni dichiarazione del legislatore infatti è regola giuri-

(1) Op. cit., pp. 259-260, 265.

(2) Naturalmente il diritto errato da tali punti di vista logici o tecnici è in fondo ingiusto anche dal punto di vista etico. L'errore logico o tecnico del diritto impedisce o rende difficile raggiungere lo scopo etico proposto da tal diritto, come regola d'azione.

dica (1): le disposizioni, delle quali la sanzione e l'esecuzione non sono previste dal legislatore, non sono disposizioni giuridiche, e come tali debbono considerarsi pii desideri, anche se provenienti da un'autorità che peraltro si occupi di legislazione.

7. — La critica delle idee sulla vera lacuna giuridica di Burckhardt e sulla assoluta lacuna giuridica di Somló ci porta a dire della *lex imperfecta* e del problema dei limiti della autorità legislativa (2). Se i risultati del legislatore contrastano con lo stesso concetto del diritto, se la sua disposizione è contraria alla sostanza del diritto, allora egli non crea diritto e quindi non c'è neanche lacuna giuridica, bensì svolge un attività giuridicamente irrilevante, tale che non ha nessuna importanza giuridica.

Se per esempio non avverte che soltanto regole sanzionate possono essere regole giuridiche e pone comandi non sanzionati, le cosidette *leges imperfectae*, allora non crea veramente regole di diritto, ma fa solo delle dichiarazioni prive di carattere giuridico.

Vi sono però certe situazioni che non possono essere regolate da disposizioni munite di sanzione come per esempio quella relativa all'organo supremo dello Stato. È impossibile predisporre per ciò che riguarda l'organo supremo dello Stato un altro ancora superiore che applichi di fronte ad esso le sanzioni giuridiche. Però con questo problema delle *leges imperfectae* di diritto pubblico prive di organiche sanzioni giuridiche siamo arrivati ai limiti del diritto. Ci si apre un terreno di situazioni che non sono adatte ad essere regolate giuridicamente.

Lo stesso ha luogo, quando il legislatore non vuol badare agli assoluti e invariabili limiti che seguono e condizionano necessariamente la sfera stessa legislativa: diciamo per esempio, quando vuol comandare impossibilità logiche o fisiche.

(1) Cfr. EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*. Freiburger Programm, 1885, in « Archiv. f. zivil. Praxis », LXIX.

(2) Si occupa di questo problema più ampiamente il mio scritto intitolato: *Das Problem des Naturrechts*. in « Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie », Bd. XXVIII, 1935.

Se, per esempio, ordina, come è stato pur detto dalla legge d'uno stato americano, che all'incontro di due treni su binari che s'incrociano, ambedue devono fermarsi e nessuno può continuare la corsa prima che l'altro non passi. Tale disposizione non è regola giuridica, e nemmeno costituisce una lacuna giuridica — benchè assomiglia molto alla « vera lacuna giuridica » di Burckhardt — ma è una assurdità logica.

Non si può parlare quindi di lacuna giuridica, quando il diritto non regola questioni, che non possono essere regolate, perchè sono fuori dai limiti stessi dell'autorità legislativa. Qui non si parla più di lacune giuridiche, ma dei limiti del diritto. Tanto meno si può parlare di lacuna giuridica, quando il legislatore tenta di passare oltre tali limiti e dà luogo, come risultati del suo sforzo inutile, a creazioni assurde, le quali non possono pretendere di essere considerate e rispettate sul terreno del diritto. Naturalmente neanche il giudice riesce a fare di tali creazioni, in quanto a lui incomba di colmare le lacune giuridiche, sane regole giuridiche.

8. — Il risultato della nostra esposizione si riassume nella constatazione che nel diritto non ci sono lacune e in base al diritto vigente si possono decidere tutti i concreti casi giuridici. Sotto l'apparenza della lacuna giuridica si trova l'insoddisfazione del diritto vigente e appare la critica del diritto positivo: la lacuna giuridica è soltanto concetto di politica giuridica.

E poichè questa critica del diritto, la quale dal punto di vista della legislazione è utilissima, non vuole rivelarsi sotto la bandiera della *lex ferenda*, combattendo in campo aperto per il cambiamento delle vigenti regole ritenute erronee, trova più facile fare valere le sue ragioni nella specie della legalità sotto l'ingannevole apparenza della *lex lata*. La teoria delle lacune giuridiche favorisce le non riflesse ambizioni del libero diritto e, in fin dei conti, è di carattere anarchico. L'idea della lacuna giuridica, secondo la quale il giudice non trascura invero il diritto vigente, ma colma solamente le lacune giuridiche, non è fondamentalmente altro che un cavallo di Troja, per mezzo del quale entrano velleità rivoluzionarie e anarchiche nel tempio della giustizia.

# Recht und Gesellschaft

Von

**Julius Moór**, Budapest

Inhalt: I. 1. Ist das Recht etwas rein Geistiges oder ein gesellschaftliches Faktum? — 2. Der Schichtenbau der Gesellschaft. — 3. Das Recht als Einheit von Geist und Wirklichkeit. — 4. Die Wissenschaft, die Moral, die Wirtschaft und die Macht als Einheit von Geist und Wirklichkeit. — 5. Jede soziale Erscheinung besteht aus geistigen und faktischen Elementen. — — II. 6. Die Abgrenzung des Rechts von anderen sozialen Erscheinungen. (Der Rechtsbegriff.) — 7. Der Zusammenhang des Rechts mit anderen sozialen Erscheinungen. (Rechtssoziologie.)

## I.

1. Bestrebungen vieler Jahrhunderte, das Wesen des Rechts zu ergründen, seinen „noch immer gesuchten Begriff" zu bestimmen, lassen sich in die kurze Frage zusammenfassen: Gehört es in die Sphäre des Geistes, der Vernunft oder in das Reich der gesellschaftlichen Tatsachen?

Die klassische und traditionelle Auffassung — die seit dem griechischen Altertum zu überwiegen scheint — begreift das Recht als ein Teilgebiet des Ethischen und das Ethische selbst als eine Sphäre der durch göttliche Gebote oder Vernunftprinzipien bestimmten reinen Geltung. Dieser Ansicht nach ist das Recht etwas rein Geistiges, der reinen Geltung des Mathematischen Ähnliches. Daß diese Auffassung folgerichtig zur Naturrechtslehre führt, liegt auf der Hand, und so findet sich auch ihre ausdrucksvollste Formulierung in den Worten, womit Grotius das Naturrecht charakterisiert: „Jus naturale est dictatum rectae rationis. ... Est autem jus naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat. ... Sicut ergo ut bis duo non sint quatuor ne a Deo quidem potest effici, ita ne hoc quidem, ut quod intrinseca ratione malum est, malum non sit"[1]).

Eine völlig verschiedene Rechtsauffassung — die ihre positivistischen Vorläufer bereits im Altertum und auch während der klassischen Naturrechtsperiode vorausgeschickt hatte — kam im naturwissenschaftlichen 19. Jahrhundert zur Geltung. Sie betrachtet das Recht als die Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren, als

[1]) De jure belli ac pacis, Liber I., caput I., § X., 1., 5.

Produkt der sozialen Machtverhältnisse, als den Reflex wirtschaftlicher Kräfte, mit einem Worte: als eine Erfahrungstatsache des gesellschaftlichen Lebens, als bloßes Faktum.

Diese beiden Rechtsauffassungen scheinen in unüberbrückbarem Widerspruch miteinander zu sein, und dennoch empfindet man, daß beide ein gutes Stück Wahrheit enthalten.

Es ist unleugbar, daß das Recht in die Sphäre der Vernunft gehört, daß es etwas Vernünftiges ist, wenn es auch nicht immer den Grad der Vernünftigkeit erreicht, den es erreichen sollte. Selbst die extremsten soziologischen oder Machttheorien werden schwer leugnen können, daß die Rechtsregeln etwas aussagen, also eine Bedeutung, einen Sinn haben; außerdem verzichten diese Theorien meistens nicht darauf, die Berechtigung des Rechts im sozialen Leben durch Vernunftgründe nachzuweisen. Auf diese Weise stellen sie am Rechte wenigstens den Schimmer des Ideellen und Geistigen fest.

Anderseits ist es aber ebenso unzweifelhaft, daß das Recht eine soziale Erscheinung und eine Erfahrungstatsache ist. Selbst der konsequenteste Vertreter der naturrechtlichen Auffassung, Thomas von Aquin — nach dessen Lehre die lex humana „per modum conclusionis vel per modum determinationis" aus der lex naturalis abgeleitet werden kann und somit ein bloßer Abglanz des ewigen Naturrechts ist[1]) —, muß die Möglichkeit ungerechter menschlicher Gesetze anerkennen[2]) und außerdem die Notwendigkeit des tatsächlichen rechtlichen Zwanges hervorheben[3]). Auf diese Weise hebt er aber das positive, menschliche Recht aus der Sphäre des rein Ethischen und rein Geistigen heraus und kehrt seine faktische Seite hervor.

Die beiden gegensätzlichen Rechtsauffassungen wären somit nicht in unüberbrückbarem Widerspruch miteinander, sondern ergänzten sich vielmehr gegenseitig. Trifft das aber zu, so müßte auch die oben erwähnte Frage vom Wesen des Rechts folgendermaßen lauten: „Gehört es sowohl in die Sphäre des Geistes, der Vernunft, als auch in das Reich der gesellschaftlichen Tatsachen?" Die Bejahung dieser Frage hat zur Voraussetzung, daß der scheinbare Gegensatz zwischen dem Geistigen und den Tatsachen des sozialen Daseins in Wirklichkeit nicht vorhanden sei, sondern daß vielmehr eine enge Verbindung zwischen dem Sozialen und dem Geistigen bestehe.

2. Es ist das Verdienst Hegels, diese enge Verbindung aufgedeckt zu haben. Seine Lehre vom „Begriff", als der verwirklichten Idee, ist gerade im Hinblick auf die Kulturwirklichkeit zutreffend. Die geschichtlich-soziale Kulturwirklichkeit wird von Hegel als „objektiver Geist" bezeichnet, und bereits durch diese Benennung wird der Gedanke der Vernünftigkeit und Geistig-

[1]) Vgl. Summa Theologica, Prima secundae, quaestio 95, art. 2.
[2]) Ebenda, quaestio 96, art. 4.
[3]) Ebenda, quaestio 96, art. 5, ferner quaestio 95, art. 1.

keit des geschichtlichen und gesellschaftlichen Daseins zum Ausdruck gebracht. Durch die Hegelsche Lehre vom objektiven Geist wird der Gegensatz der beiden erwähnten Rechtsauffassungen überbrückt: Auf dem Gebiete des Sozialen sind das Geistige und das Faktische keine Gegensätze, denn es gibt keine soziale Tatsache, die ein „bloßes" Faktum wäre und keinen Sinn. keinen geistigen Inhalt in sich schließen würde; anderseits gibt es hier auch keine „reine" Geltung, denn das Geistige, die Idee, erhält erst durch ihre Verwirklichung soziale Bedeutung.

Die Lehre vom „objektiven Geist" erfaßt das Wesen des Sozialen viel tiefer und richtiger, als die bekanntesten Gesellschaftstheorien — die Vertragstheorien vor Hegel und die organischen Theorien nach Hegel — es zu tun vermögen. Die Vertragstheorie hat insofern etwas Paradoxes an sich, als sie eine typisch individualistische Erklärung des Sozialen unternimmt. Sie gründet die Gesellschaft auf den Vertrag, d. h. auf die übereinstimmenden Willen der einzelnen. Der Wille des Einzelmenschen ist aber ein individual-psychologischer Vorgang; der Inhalt dieses Willens ist zwar etwas Geistiges, aber doch kein überindividuelles Prinzip, sondern bloß „subjektiver Geist". und so kann hieraus das spezifisch überindividuelle Wesen des Sozialen nicht abgeleitet werden. Die Lehre vom „objektiven Geist" hat demgegenüber den Vorzug, von überindividuellen Ideen auszugehen. Manche Ähnlichkeit mit der Vertragstheorie weist auch die aristotelisch-thomistische Auffassung der Gesellschaft, die Lehre von der „societas perfecta" und der „societas non perfecta", auf. Der Umstand, daß die Gesellschaft nicht auf den Einzelwillen, sondern auf den „sozialen Trieb" der einzelnen gestellt wird, nimmt dieser Auffassung nicht ihren individualistischen Charakter, sondern beraubt bloß die Gesellschaft von dem geistigen Gehalte, der in dem Gedanken des Vertrages enthalten ist. Von diesem Gesichtspunkt aus kann diese Lehre als der Übergang von der Vertragstheorie zur organischen Auffassung betrachtet werden. Gewiß, Aristoteles behauptet mit Nachdruck, daß „das Ganze früher sein muß als seine Teile", und er gibt auch dem tiefsinnigen Gedanken Ausdruck, daß „die Gesellschaft durch die Gemeinschaftlichkeit der Ideen von Gut und Böse, von Gerecht und Ungerecht und was dem ähnlich ist, begründet wird"[1]). Diese universalistische, auf objektive Ideen gegründete Ansicht steht jedoch mit der biologischen Auffassung vom sozialen Triebe nicht völlig im Einklang. Es liegt außerdem im Begriff der „societas" die Betonung so sehr auf den die Gesellschaft bildenden Mitgliedern, daß selbst der Staat, als „societas perfecta" aufgefaßt, den individualistischen Schein eines menschlichen Vereins erhält. Sowohl die Vertragstheorie als auch die aristotelisch-thomistische Auffassung denken insoweit individualistisch, als sie die Gesellschaft für eine menschliche Vereinigung halten und somit die spezifische Ein-

[1]) Politik, I. Buch, 2. Kap., 1253 a.

heit des Sozialen nicht genügend hervorheben. Der größte Vorzug der organischen Theorien besteht demgegenüber darin, daß sie die Einheit des sozialen Organismus, in dem die einzelnen als unselbständige Zellen verschwinden, geradezu augenscheinlich zum Ausdruck bringen. Der Vergleich mit dem leiblichen Organismus hat allerdings das Paradoxe an sich, daß der Gesellschaft gerade an der körperlichen Einheit ermangelt. Sie bildet keine körperliche, keine seelische, sondern eine geistige Einheit, ist „objektiver Geist" oder moderner ausgedrückt: Die geschichtlichen und sozialen Erscheinungen sind durch geistige Bande zur Einheit zusammengefaßte menschliche Handlungen. Diese spezifisch geistige Natur, dieses sinnvolle Wesen des Sozialen wird durch die organische Theorie, welche die Gesellschaft als einen Teil der kausalgesetzlichen Natur betrachtet, außer acht gelassen.

Die Hegelsche Lehre vom objektiven Geist, die die geistige Natur der Gesellschaft treffend hervorhebt, schließt aber ihrerseits manche spekulative, mystische und willkürliche Elemente in sich. Sie mußte hiervon — durch die Erfahrungen des naturwissenschaftlichen 19. Jahrhunderts — gereinigt und auf diese Weise modernisiert werden. Es ist bezeichnend, daß diese Modernisierung nicht vom Hegelianismus selbst, sondern vom Neukantianismus südwestdeutscher Richtung ausgegangen ist. Das Ergebnis dieser Synthese Hegelscher und Kantischer Gedanken ist, daß auf Grund der neukantischen Unterscheidung von Wirklichkeit und Wert der Hegelsche objektive Geist in zwei Teile zerlegt wird: in eine Schicht der erfahrbaren psychophysischen Realität und in eine daran haftende Sphäre der verstehbaren Sinngebilde, Bedeutungen oder Werte. Diese Lehre von der wertbezogenen, sinn- und werterfüllten Kulturwirklichkeit wird besonders in den grundlegenden kulturphilosophischen Werken Rickerts ausgeführt[1]) und jüngstens in den Werken des Hegel nahestehenden Philosophen Nicolai Hartmann zu einer großzügigen Theorie der mehrschichtigen Aufbau der Welt ausgebaut[2]).

3. Diese neue Auffassung vom Wesen des Sozialen — die bis jetzt weniger in soziologischen, als vielmehr in geschichts- und kulturphilosophischen Arbeiten vertreten ist — muß auch den Rechtsbegriff in neuem Lichte erscheinen lassen. Besteht nämlich das soziale Dasein aus einer Schicht der psycho-physischen Realität und aus einer daran haftenden Schicht der Sinngebilde, Bedeutungen oder

[1]) Vgl. besonders H. Rickert: Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 6. und 7. Aufl.; Tübingen, 1926, Die Probleme der Geschichtsphilosophie, 3. Aufl., Heidelberg, 1924, Die Erkenntnis der intelligiblen Welt und das Problem der Metaphysik, Logos, Bd. 16, 1927.

[2]) Vgl. besonders Nicolai Hartmann: Das Problem des geistigen Seins. Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, Berlin-Leipzig, 1933. Ferner: Zur Grundlegung der Ontologie, Berlin, 1935, Möglichkeit und Wirklichkeit, Berlin, 1938, Der Aufbau der realen Welt, Berlin, 1940.

Werte, und ist das Recht eine soziale Erscheinung, so liegt die Folgerung nahe, daß das Recht ebenfalls diese zweigliedrige Struktur zeigen müsse.

Es wäre eigentlich auch eine andere Folgerung möglich, nämlich die, daß das Recht an sich noch keine volle soziale Erscheinung sei, sondern bloß die eine oder die andere Schicht des Sozialen darstelle. Die Annahme, daß das Recht als die psycho-physische Schicht des Sozialen aufzufassen sei, kann kaum ernstlich verteidigt werden. Man könnte zwar das Recht als bloßes Faktum, als eine zur Sicherung der gesellschaftlichen Ordnung notwendige physische Macht begreifen, aber auch in diesem Falle müßte man nicht nur die physische Gewalt, sondern auch die durch diese gesicherte gesellschaftliche Ordnung selbst — gleichviel, ob sie als eine moralische oder als eine auf Nützlichkeitserwägungen beruhende politische Ordnung aufgefaßt sein mag — als zum Recht gehörig betrachten und somit auch eine geistige Schicht in seiner Struktur annehmen. Die Annahme dagegen, daß das Recht eine rein geistige Schicht im sozialen Dasein darstelle, muß ernstlich erwogen werden. Diese Annahme liegt sowohl der naturrechtlichen Auffassung als auch der reinen Rechtslehre sowie auch der Lehre Stammlers vom Recht als der Form und von der Wirtschaft als der Materie des gesellschaftlichen Lebens zugrunde. Ja, selbst die materialistische Geschichtsauffassung vertritt eine ähnlich Ansicht, indem sie das Recht als bloße Ideologie betrachtet. Abgesehen von den besonderen Schwierigkeiten, denen die erwähnten Auffassungen im einzelnen begegnen, ist jedoch die jetzt in Frage stehende Annahme im allgemeinen schon deswegen nicht aufrechtzuerhalten, weil sie nicht imstande ist, die Positivität des Rechts zu erklären.

Es muß somit die zuerst erwähnte Folgerung die richtige sein, daß nämlich auch das Recht die zweigliedrige Struktur der geschichtlichen und sozialen Erscheinungen aufweist und als eine Einheit von Geistigem und Tatsächlichem zu begreifen ist. Für diese Ansicht spricht auch der relative Wahrheitsgehalt, der in beiden der oben behandelten gegensätzlichen Rechtsauffassungen enthalten ist, nämlich die Tatsache, daß das Recht sowohl als etwas Geistiges als auch als etwas Tatsächliches aufgefaßt wurde und mit Fug aufgefaßt werden konnte.

4. Es könnte durch eine ausführliche Untersuchung bewiesen werden, daß nicht nur die geschichtlich-soziale Wirklichkeit in ihrer Totalität die genannte zweigliedrige Struktur zeigt, sondern daß dem Rechte gleich auch die übrigen sozialen Erscheinungen, die relativ selbständige Teilgebiete des sozialen Lebens bilden, dieselbe innere Gliederung aufweisen. Es ist nicht unsere Absicht, diese ausführliche Untersuchung durchzuführen. Wir können uns in diesem Zusammenhange mit der Anführung einiger Beispiele begnügen. Und so wollen wir einerseits darauf hinweisen, daß in der Sphäre der kulturellen Erscheinungen die Wissenschaft und die Moral in erster Linie

als geistige Gebilde erscheinen und dessenungeachtet des psycho-physischen Trägers bedürfen, und anderseits wollen wir darauf aufmerksam machen, daß sowohl die Wirtschaft als auch die soziale Macht, trotz ihres materiellen Charakters und ihrer engen Verbundenheit mit der psycho-physischen Realität, eines gewissen geistigen Gehaltes nicht entbehren können.

Was die Wissenschaft anlangt, ist es unzweifelhaft, daß sie nicht einfach als der Inbegriff von wahren Sätzen aufgefaßt werden kann. Diese wahren Sätze bilden nur den geistigen Inhalt der Wissenschaft, deren Begriff aber auch das wesentliche Moment in sich schließt, daß diese wahren Sätze durch die faktische seelische Arbeit — sei es einzelner einsamer Denker, sei es einer wissenschaftlich zusammenarbeitenden Gruppe — entdeckt wurden und nunmehr durch die communis opinio doctorum festgehalten werden. Der „Stand" einer Wissenschaft, als soziale Erscheinung, bedeutet gerade dieses „Getragenwerden" gewisser geistiger Inhalte durch seelische Funktionen bestimmter Menschen, was den noch nicht entdeckten Wahrheiten, die nicht zur Wissenschaft gehören, einstweilen abgeht. Der „Stand" der Wissenschaft bedeutet in der theoretischen Sphäre ungefähr dasselbe, was die „Positivität" auf dem Gebiet des Rechts. Die Tatsache, daß in die Wissenschaft nicht nur wahre Sätze, sondern auch Irrtümer hineingehören, d. h. Sätze, die, ohne wahr zu sein, für wahr gehalten werden, beweist zur Genüge, wie wichtig das Moment der seelischen Realität oder der Faktizität — man könnte auch sagen: der theoretischen „Positivität" — für den Begriff der Wissenschaft ist. Die soziale Bedeutung der Wissenschaft ist aber mit dieser theoretischen „Positivität" natürlich noch bei weitem nicht erschöpft. Das theoretische Wissen erlangt seine praktische und zugleich hohe soziale Bedeutung dadurch, daß sich die Menschen in ihrem praktischen und sozialen Verhalten durch ihre theoretischen Kenntnisse leiten lassen. Gleichartige Kenntnisse bilden ein festes einigendes Band zwischen Menschen und anderseits ist eine gewisse Gleichmäßigkeit des Wissens und der Bildung die notwendige Voraussetzung des sozialen Zusammenwirkens. „Wissen ist Macht" — durch diesen Spruch wird die soziale Bedeutung der Wissenschaft hell beleuchtet und treffend hervorgehoben, daß sie nicht bloß etwas rein Geistiges ist, sondern als bewegende Kraft tief in die psycho-physische Schicht des sozialen Daseins hineinreicht.

Hinsichtlich der inneren Struktur und der sozialen Bedeutung zeigt die Moral manche Ähnlichkeit mit der Wissenschaft. Die moralischen Forderungen scheinen ebenfalls, als rein geistige Gebilde, hoch über dem tatsächlichen sozialen Leben zu schweben, den Platonschen Ideen gleich, die niemals in den Staub dieser Erde heruntersteigen. Es ist auch richtig, daß es nicht zum Begriff der positiven Moral gehört, daß sie tatsächlich befolgt werde. Ja, die höchsten und edelsten moralischen Forderungen können überhaupt nicht „verwirk-

licht" werden, und dies tut ihrer „Geltung" nicht den geringsten Abbruch. Die „Positivität" einer Moral bedeutet somit etwas ganz anderes als die Positivität einer Rechtsordnung. Sie bedeutet bloß, daß die Richtigkeit der moralischen Normen von Menschen empfunden werden muß; es ist dagegen nicht notwendig, daß sich das tatsächliche Verhalten dieser Menschen nach den für richtig anerkannten Normen richte. Das tatsächliche Verhalten der Menschen wird nämlich nur teilweise von ihrem moralischen Empfinden, zum größeren Teil aber von ihren natürlichen Neigungen und von Nützlichkeitserwägungen bestimmt. Es ist daher unmöglich, daß die moralischen Auffassungen im sozialen Dasein eine restlose tatsächliche Verwirklichung finden; notwendig ist es aber, daß die geistigen Forderungen der Moral von der seelischen Realität der lebendigen moralischen Auffassungen getragen seien. Demgemäß hat also auch der geistige Inhalt der Moral seine Wirklichkeitsgrundlage: die psychische Schicht, durch die er getragen wird und die ihrerseits immer in Verbindung mit einem lebenden Organismus, als ihrem physischen Träger, auftritt. Die soziale Bedeutung der Moral ist aber mit der Aufweisung ihrer psycho-physischen Grundlage, mit ihrer „Positivität", natürlich noch nicht erschöpft. Es ist unzweifelhaft, daß das soziale Verhalten der Menschen wenigstens teilweise durch ihre moralischen Auffassungen bestimmt wird. Die Gleichheit der moralischen Auffassungen bildet das festeste und am meisten weitgreifende einigende Band zwischen den Menschen; ohne ein gewisses „ethisches Minimum" ist das soziale Zusammenwirken überhaupt nicht möglich. Die Auffassung des Aristoteles, daß die Gesellschaft durch die Gemeinschaftlichkeit der Ideen von Gut und Böse begründet wird, besteht zu gutem Teil zu Recht und sie hebt treffend die Tatsache hervor, daß die Moral nicht bloß etwas rein Geistiges ist, sondern daß sie als mächtige bewegende Kraft in die psycho-physische Schicht des sozialen Daseins hineinreicht.

Wenn die kulturellen Erscheinungen der Wissenschaft und der Moral einen vorwiegend geistigen Charakter haben, hat die soziale Erscheinung der Wirtschaft einen ausgesprochen materiellen Charakter und scheint nichts anderes als psycho-physische Realität oder sogar bloß ein Stück der kausalgesetzlichen Naturwirklichkeit zu sein. Die materialistische Geschichtsauffassung von Marx begreift in der Tat die soziale Wirtschaft — die Gesamtheit der „Produktivkräfte" — als eine vom menschlichen Willen unabhängige natürliche Gegebenheit, als eine von jedem geistigen Gehalte und von jeder Ideologie freie Realität. Und selbst Stammler, der die Widerlegung des Marxismus sich zum Ziel setzt, betrachtet die Wirtschaft als die „Materie" des sozialen Lebens, als die konkrete Durchführung einer Rechtsordnung, als Massenerscheinung von Rechtsverhältnissen und somit als die psycho-physische Schicht des sozialen Daseins, wenn er auch mit richtigem Instinkt betont, daß diese Materie des sozialen Lebens nicht von der sie logisch bedingenden Form, nämlich vom

Recht getrennt betrachtet werden könne[1]). Die Wirtschaft ist in der Tat diejenige Gruppe von sozialen Erscheinungen, deren enge Verbindung mit den naturgesetzlichen Grundlagen des Lebens augenscheinlich ist. Der Zweck der Wirtschaft ist, für die materiellen Lebensbedingungen zu sorgen, die Befriedigung der materiellen Bedürfnisse sicherzustellen; diese materiellen Bedürfnisse sind aber letzten Endes durch die biologische Beschaffenheit des menschlichen Organismus naturnotwendig gegeben. Die zur Befriedigung dieser Bedürfnisse geeigneten wirtschaftlichen Güter entspringen letzten Endes dem Reiche der Natur und lassen sich nach den Gesetzen der Natur oder nach den Anleitungen der angewandten Naturwissenschaft, der Technik, erzeugen. Ja, selbst der aktive Anteil des Menschen an dem wirtschaftlichen Erzeugungsprozeß, die Arbeit, läßt sich als seelische und körperliche Kraftanstrengung und somit scheinbar als bloße psycho-physische Realität begreifen. Es wäre jedoch einseitig und verfehlt, die Arbeit des wirtschaftenden Menschen lediglich als eine Summe von Körperbewegungen und von seelischen Vorgängen zu betrachten. Diese seelischen und körperlichen Kraftentfaltungen werden nämlich durch wissenschaftliche Kenntnisse und durch wirtschaftliche Ziele und Pläne — mit einem Worte: durch geistige Momente — geleitet. Von den einfachen Kenntnissen des primitiven Menschen bis zur hochentwickelten modernen Technik spielt der jeweilige Stand des Wissens eine entscheidende Rolle in der Wirtschaft. Das geistige Element des Wissens ist dabei nur ein Mittel im Dienste eines anderen geistigen Momentes, nämlich der planmäßigen wirtschaftlichen Zielsetzung. Gewiß wird die Wirtschaft durch die naturgesetzlichen und technischen Möglichkeiten bestimmt und eingeschränkt; das eigentliche Wirtschaften beginnt jedoch erst im Rahmen der durch die Naturgesetze begrenzten und durch die Technik eröffneten Möglichkeiten, und sein Wesen besteht in der Hauptsache in einer Wahl zwischen diesen Möglichkeiten. Die Auswahl der im Sinne der „lex minimi" vorteilhaftesten Möglichkeit bedeutet einen Willensentschluß, eine Wertung. Hierdurch wird das wirtschaftliche Ziel planmäßig festgelegt, damit die Natur und die Technik ebenfalls planmäßig zur Erreichung dieses Zieles verwendet werden können. Das Wirtschaften ist somit seinem Wesen nach eine wählende, wertende und planende freie menschliche Tätigkeit und sein innerster Kern besteht im geistigen Moment des wirtschaftlichen Planes. Der geistige Inhalt dieses Planes ist es, was durch sämtliche wirtschaftende Tätigkeiten verwirklicht werden soll, und wenn zu seiner Verwirklichung die Mitwirkung einer Gruppe von Menschen notwendig ist, so ist der wirtschaftliche Plan das geistige Band, das diese Gruppe zum sozialen Zusammenwirken vereinigt. In einer sozialen Wirtschaft, die eine Vielheit von kleineren wirtschaftenden Gruppen um-

[1]) Vgl. Rudolf Stammler: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Leipzig, 1896.

faßt, müssen sich die wirtschaftlichen Zielsetzungen der kleineren Gruppen gegenseitig ergänzen oder irgendwie in einen planmäßigen geistigen Zusammenhang bringen lassen, denn sonst ist die große Einheit der sozialen Wirtschaft nicht gesichert und nicht frei von Krisen und Reibungen. Die Einheit der sozialen Wirtschaft ist also eine geistige Einheit und nicht ein einfacher kausaler Zusammenhang. Es kann demgemäß festgestellt werden, daß die soziale Erscheinung der Wirtschaft ebenfalls die zweigliedrige Struktur des Sozialen aufweist: sie ist nichts anderes als eine durch geistige Bande zusammengefaßte Einheit psycho-physisch realer menschlicher Handlungen.

Zu einem ähnlichen Ergebnis führt auch die Betrachtung der sozialen Macht. Diese scheint — insbesondere wenn sie als physische Zwanganwendung und brutale Gewalt funktioniert — nichts anderes als etwas rein Faktisches, rein Physisches zu sein. Durch diese in der gewaltsamen Niederwerfung jedes Widerstandes bestehende, äußere Funktion der sozialen Macht wird die Aufmerksamkeit von ihrer inneren Zusammensetzung abgelenkt. Eine zur physischen Zwanganwendung fähige soziale Macht kann sich nämlich nur aus der physischen Kraft unzähliger Menschen zusammensetzen, gleichviel, ob diese ihre natürliche physische Kraft durch Gebrauch von Waffen oder anderer technischen Mittel vermehren oder nicht. Die Zusammenfassung unzähliger Menschen zur einheitlichen Kraftentfaltung kann aber bloß durch gemeinsame Ziele, Interessen, Ideale u. dgl. — mit einem Worte durch einigende geistige Bande — erfolgen. Menschen und menschliche Handlungen bleiben voneinander körperlich und seelisch getrennt, erst geistige Bande fassen sie zur Einheit zusammen[1]). Es kann z. B. eine zur äußersten physischen Gewaltanwendung eingesetzte kämpfende Armee nicht lediglich als die sinnlose Summe von Körperbewegungen und von seelischen Vorgängen begriffen werden. Sicherlich gehört auch das geistige Moment des Wissens, das den technischen und anderen militärischen Wissenschaften entnommen wurde, zu den Elementen der militärischen Macht. Das wichtigste Element dieser Macht sind jedoch gemeinsame Ziele und Ideale, moralische und politische Auffassungen und ähnliche normative Gedankeninhalte, die die wissenschaftlich gesteigerten und organisierten Kraftentfaltungen der einzelnen Kämpfer zur Einheit zusammenfassen und ihren Aktionen überhaupt einen Sinn verleihen. Unter den einigenden normativen Inhalten spielt die grundlegende Norm der Disziplin, daß dem Befehlshaber unbedingt gehorcht werden soll, eine hervorragende Rolle. Aus dem Gesagten geht hervor, daß auch die physische Macht ihre geistige Grundlage haben muß. Die Macht braucht sich aber gar nicht als Zwang- und Gewaltanwen-

[1]) Vgl. Nicolai Hartmann: „Das Bewußtsein trennt die Menschen, der Geist verbindet sie." (Das Problem des geistigen Seins, 1933, S. 61, 121, 123, 159, 180, 186, 261.)

dung zu äußern. Die Zwangsgewalt ist bloß eine besondere Art der sozialen Macht. Die soziale Macht bedeutet im allgemeinen nichts anderes als soziale Motivierungskraft, d. h. die Fähigkeit, das Verhalten einer kleineren oder größeren Gruppe von Menschen zu bestimmen. In diesem Sinne kann man ohne logischen Widerspruch von geistigen Mächten der Gesellschaft reden; so beispielsweise auch von der Macht der Moral, insofern ihre Normen im sozialen Leben Befolgung finden oder überhaupt motivierend wirken. Die Macht bedeutet in diesem Sinne nichts anderes als die psycho-physische Schicht der sozialen Erscheinungen, und so kann jede soziale Erscheinung als Macht bezeichnet werden. Anderseits ist es aber auch klar, daß jede soziale Macht als geistige Macht betrachtet werden muß, da die psycho-physische Schicht des Sozialen immer in Verbindung mit einer geistigen Schicht auftritt, durch die sie zur Einheit zusammengehalten wird oder deren Verwirklichung sie ist. Die soziale Motivierungskraft ist keineswegs ein bloß naturgesetzlich-kausaler Begriff; es handelt sich ja um die Motivierung von Menschen, was nur auf geistigem Wege, mittels einer Verständigung, einer Gedankenübertragung, zustande kommen kann. Der Mensch kann, abgesehen von seinen natürlichen Trieben und Neigungen, die als solche noch kein soziales Interesse haben, nur durch Ideen, Vorschriften und ähnliche geistige Inhalte bestimmt werden. Diese Tatsache zeigt augenscheinlich die enge Verbundenheit des Sozialen mit dem Geistigen, aber auch die hohe soziale Bedeutung der Sprache und anderer Verständigungsmittel. Jeder Gehorsam schließt das Wissen vom Willensinhalte des Gebieters, sowie die Wertung, daß das Befohlene durchgeführt werden solle, als geistige Elemente in sich. Besteht das Wesen der sozialen Macht, als einer Motivierungskraft, darin, daß sie Befolgung und Gehorsam findet, so muß ihr Kern ein geistiger Inhalt sein, der befolgt und verwirklicht werden kann. Das Wort Spinozas: „Oboedientia imperantem facit" ist, im obigen Sinn gedeutet, zweifellos richtig, kann aber nicht im Sinne einer bloßen kausalen Wechselwirkung zwischen dem Gebieter und den Gehorchenden aufgefaßt werden, denn in letzterem Sinne würde es den Zirkelschluß bedeuten, daß der Gebieter die Gehorchenden motivierend den Gehorsam verursacht, und daß anderseits die Gehorchenden die Macht des Gebieters verursachen. Betrachtet man bloß die psycho-physische Realität, die „nackten Tatsachen", ohne auf geistige Inhalte, Bedeutungen und Werte Rücksicht zu nehmen — verfährt man also nach der Methode der Naturwissenschaften —, so kann man zwischen dem Gebieter und den Gehorchenden überhaupt keinen Unterschied machen, und dann verliert auch die soziale Macht ihre verständliche Bedeutung. Es ist unzweifelhaft, daß der, der eine starke Macht besitzt, selbst überhaupt nicht stark sein muß: seine physische Kraft besteht in den physischen Kräften der ihm Gehorchenden, deren Kräfte auf Grund der zwischen ihnen bestehenden geistigen Verbindung, ihm „zugerechnet" werden. Die Kraft des Machthabers besteht mit einem Wort in seiner „Autorität"

und diese ist ein geistiges Gebilde: Sache des Wissens und der Wertung. Diese skizzenhafte Untersuchung der sozialen Macht kann mit der Feststellung abgeschlossen werden, daß dieses soziale Gebilde ebenfalls zweigliedrig aufgebaut ist: es besteht nicht nur aus psycho-physischen, sondern auch aus geistigen Elementen.

Die beispielsweise untersuchten sozialen Erscheinungen zeigen alle die gleiche innere Struktur und bekräftigen die Folgerung, daß auch das Recht als eine Einheit von Geistigem und Tatsächlichem aufgefaßt werden muß.

5. Daß es keine sozialen Erscheinungen geben kann, die bloß aus einer psycho-physischen Schicht oder bloß aus einer geistigen bestehen, sondern daß die zweigliedrige Struktur des sozialen Daseins durch alle sozialen Erscheinungen ohne Unterschied hindurchläuft, kann übrigens durch eine kurze Überlegung ganz allgemein dargetan werden. Trennt man nämlich die geistige Schicht des Sozialen von seiner psycho-physischen Schicht, so fällt letztere in bloße Stücke der Naturwirklichkeit, in sinnlose Körperbewegungen und leere seelische Akte, auseinander. Denn die geistigen Inhalte, die von den seelischen Akten getragen werden und die auch den auf die seelischen Akte folgenden Körperbewegungen ihren Sinn und ihre Bedeutung verleihen, müssen ja, nach Abtrennung der geistigen Schicht — also aller Bedeutungen und Sinngehalte, eines jeden Gedankens und Zieles, einer jeden Idee und eines jeden Wertes, Ideals usw. — unberücksichtigt bleiben. Um wieder das oben erwähnte Beispiel der kämpfenden Armee zu gebrauchen, stellen wir uns vor, was aus einem Feldzug übrigbliebe, wenn man daraus alle diese jetzt aufgezählten geistigen Inhalte entfernen würde? Wahrscheinlich nicht viel mehr, als eine riesige Anzahl von Menschen, die auf der Erdoberfläche ziellos hin und her marschieren oder in den Lüften herumfliegen und dabei ziemlich gleichförmige Körperbewegungen massenhaft ausführen. Körperbewegungen und seelische Akte sind an sich nichts anderes als natürliche Vorgänge, die kein kulturelles, kein geschichtliches und kein soziales Interesse besitzen. Die Natur wird erst durch das Hinzutreten des Geistes in das Reich der Kultur, der Geschichte und der Gesellschaft erhoben. Wird das Geistige entfernt, so fällt die Wirklichkeitsschicht der Kultur, der Geschichte und des Sozialen wieder in die Natur zurück. Diese Sachlage wird dadurch verdunkelt, daß der ungenaue Sprachgebrauch tatsächliche menschliche Handlungen als jene psycho-physische Schicht bezeichnet, durch die die geistige Schicht des geschichtlich-sozialen Daseins getragen wird. Der ideelle Gehalt von abstrakten Normen soll z. B. durch konkrete, tatsächliche menschliche Handlungen verwirklicht werden. Dabei vergißt man, daß die vernünftige menschliche Handlung nicht bloß eine psycho-physische Wirklichkeit ist, sondern auch ein geistiges Element in sich schließt, und zwar meistens gerade jenen geistigen Inhalt, der durch sie verwirklicht werden soll. Wird die geistige Schicht von der psycho-physischen Realität des geschichtlich-sozialen Daseins ab-

gelöst, so glaubt man durch diese Täuschung, daß immer noch etwas Sinnvolles, nämlich eine vernünftige menschliche Handlung, zurückbleibt. Das, was nach Ablösung alles Geistigen und Sinnvollen übrigbleibt, kann aber schon keine Handlung mehr sein, sondern ist bloß ein leerer seelischer Akt und eine sinnlose Körperbewegung.

Wenn nach Abtrennung der geistigen Schicht von der sie tragenden psycho-physischen Realität diese letztere in bloße Stücke der Natur auseinanderfällt, so wird dagegen die geistige Schicht durch diese Abtrennung in ihrem Bestande überhaupt nicht berührt. Die geistigen Inhalte können nämlich auch für sich — ganz abgesehen von ihren realen Trägern — betrachtet werden[1]). Hierauf beruht die Möglichkeit der sogenannten „systematischen Geisteswissenschaften", vor allem der dogmatischen Rechtswissenschaft, der Jurisprudenz. Man darf jedoch nicht vergessen, daß die Ablösung der geistigen Inhalte von der sie tragenden Realität nur durch eine isolierende Abstraktion möglich ist und daß solche abgelöste, „frei schwebende" geistige Inhalte in der Wirklichkeit niemals vorkommen[2]). Ein geistiger Inhalt für sich ist noch keine soziale Erscheinung, er erlangt soziale Bedeutung erst dadurch, daß er in der Wirklichkeit des sozialen Daseins seinen psycho-physischen Träger, seine Verwirklichung findet.

Es ist somit der Beweis dafür erbracht, daß es keine sozialen Erscheinungen gibt, die bloß aus einer psycho-physischen oder bloß aus einer geistigen Schicht bestehen, und daß die zweigliedrige Struktur des sozialen Daseins durch alle sozialen Erscheinungen hindurchläuft: Die innere Struktur des Sozialen ist von seiner äußeren Gliederung in verschiedene Gruppen oder Klassen der sozialen Erscheinungen grundverschieden.

## II.

6. Auf Grund obiger Untersuchungen kann nunmehr festgestellt werden, daß das Recht, als soziale Erscheinung, ebenfalls die genannte zweigliedrige innere Struktur zeigen und aus einer geistigen Schicht und einer psycho-physischen Schicht bestehen muß. Die geistige Schicht im sozialen Gebilde des Rechts besteht aus jenen rechtlichen Norminhalten, die von der Wirklichkeit des Rechtslebens abgelöst, auch für sich betrachtet und nach ihren normlogischen inneren Zusammenhängen untersucht werden können und die in diesem Sinn aufgefaßt den Gegenstand der Jurisprudenz bilden.

[1]) Vgl. Nicolai Hartmann: Das Problem des geistigen Seins, S. 153 bis 154: „Die Ablösbarkeit der geistigen Inhalte." Der Gedanke dieser „Ablösbarkeit" der geistigen Inhalte ist auch in der Behauptung Stammlers enthalten, daß das Recht, als die Form des sozialen Lebens, auch für sich betrachtet werden könne, wogegen die Wirtschaft, als der Stoff des sozialen Lebens, vom Recht abstrahiert, keinen möglichen Gegenstand der Untersuchung darböte.

[2]) Vgl. Nicolai Hartmann: Das Problem des geistigen Seins, S. 50 ff.

Gerade der Umstand, daß der geistige Inhalt des Rechts auch für sich betrachtet allgemein als „Recht" bezeichnet wird, hat eine Zweideutigkeit des Wortes „Recht" verursacht, die der Begriffsbestimmung ebensoviel Schwierigkeiten bereitet, wie jener andere Doppelsinn dieses Wortes, der von Somló erwähnt wird und nach dem das Recht einerseits das positiv-rechtlich Richtige, anderseits aber auch das moralisch Richtige bedeutet[1]). Die rechtlichen Norminhalte bilden jedoch nur den einen — den geistigen — Bestandteil des Rechts. Als positives, lebendes Recht können nämlich nicht beliebige Norminhalte, sondern nur solche betrachtet werden, die geschichtlich gesetzt und tatsächlich befolgt werden, d. h. die durch menschliche Rechtssetzungsakte bestimmt und durch rechtsanwendende menschliche Handlungen befolgt und auf diese Art „verwirklicht" werden. Auch die Jurisprudenz beschäftigt sich nicht mit ganz beliebigen Norminhalten, sondern bloß mit jenen, die zu einer bestimmten Zeit, an einem bestimmten Ort, in tatsächlicher Geltung stehen. Diese tatsächliche Geltung, oder die „Positivität" ist somit der andere Bestandteil des Rechts, nämlich jene psycho-physische Schicht, durch die die Norminhalte „getragen" werden. Die psycho-physische Wirklichkeit des Rechts besteht letzten Endes in einer Massenerscheinung faktisch realer menschlicher Handlungen, die durch die geistigen Bande der rechtlichen Norminhalte zu einer Einheit zusammengefaßt werden.

Diese Auffassung vom Wesen des Rechts, die als logische Konsequenz der neueren kulturphilosophischen Auffassungen erscheint, ist insofern von hoher Bedeutung, als sie die Unrichtigkeit sowohl der Ansicht, daß das Recht ein bloßes Faktum sei, als auch derjenigen, daß es etwas rein Geistiges, eine bloße Norm sei, an den Tag legt. Sie kann aber noch bei weitem nicht als eine zutreffende Begriffsbestimmung des Rechts betrachtet werden. Die Behauptung, daß das Recht aus einer geistigen und aus einer psycho-physischen Schicht zusammengesetzt sei, ist nämlich nicht geeignet, das Recht von anderen sozialen Erscheinungen, die ja alle dieselbe innere Struktur zeigen, zu unterscheiden. Die Abgrenzung des Rechts von anderen Gruppen sozialer Erscheinungen wird auch durch den Umstand erschwert, daß sehr heterogene Gesichtspunkte als Unterscheidungsmerkmale zur Bildung solcher Gruppen verwendet werden. So wird z. B. die Gruppe der wirtschaftlichen Erscheinungen durch ihren Zweck, materielle Bedürfnisse zu befriedigen, charakterisiert. Für das Recht ist dagegen der Zweck, den es verfolgt, überhaupt nicht charakteristisch: es kann die verschiedenartigsten Zwecke verfolgen, wirtschaftliche ebenso wie moralische oder religiöse.

Will man das zur Bestimmung des Rechtsbegriffs notwendige unterscheidende Merkmal ausfindig machen, so muß man sich vor allem die Frage stellen, ob es in der geistigen oder in der psychophysischen Schicht der rechtlichen Erscheinungen zu suchen sei. Da

[1]) Somló: Juristische Grundlehre, Leipzig, 1917, S. 121 ff.

die psycho-physische Schicht sich letzten Endes als eine Summe von seelischen Akten und Körperbewegungen darstellt, liegt es nahe, das Begriffsmerkmal des Rechts in der geistigen Sphäre zu suchen. Und in der Tat, seinem geistigen Gehalt nach ist das Recht ein Inbegriff von Normen, die das Verhalten von Menschen zueinander regeln. Bereits hierdurch unterscheidet sich das Recht von vielen anderen Gruppen sozialer Erscheinungen, die nicht die Bedeutung haben, eine soziale Regelung darzustellen. Nun gibt es aber außer dem Recht noch andere Arten der sozialen Regelung, so die Moral und die Sitte oder die Konvention. Die Frage ist also: Durch welches Merkmal (differentia specifica) unterscheiden sich diese drei Arten der sozialen Regelung voneinander? Es ist klar, daß der Unterschied nicht in dem besonderen Inhalt der Normen bestehen kann: rechtliche, konventionelle und moralische Vorschriften können nämlich dasselbe Verhalten fordern und außerdem kann es auch vorkommen, daß dieselbe Norm in verschiedenen Gesellschaften oder zu verschiedenen Zeiten hier als rechtliche und dort als konventionelle oder moralische Forderung auftritt. Es wäre auch verfehlt, im Sinne der Stammlerschen Rechtsauffassung das Unterscheidungsmerkmal des Rechts in seinem absoluten Geltungsanspruch zu suchen. Denn eine jede Norm beansprucht, unbedingt (d. h. ohne Rücksicht auf den Willen des Normadressaten) zu gelten; eine Norm, die nur mit Zustimmung des Adressaten befolgt zu werden wünschte, sonst aber nicht, wäre keine rechte Norm und man könnte ihr auch nicht zuwiderhandeln. Unserer Meinung nach besteht das Merkmal des Rechts in der Motivierung seines Geltungsanspruchs oder, mit anderen Worten ausgedrückt, in der Sanktion der Norm. Die Moral gründet ihren Geltungsanspruch auf das Gewissen: sie will befolgt sein, weil der Adressat selbst von der objektiven Richtigkeit ihrer Forderung überzeugt sein muß; sie will also Gehorsam aus Überzeugung, aus „Achtung" vor der Norm, da ihr keine anderen Motivierungsmittel zur Verfügung stehen, die ihre Befolgung auch gegen die Überzeugung des Adressaten sichern könnten. Dies ist eigentlich der Sinn der Kantschen und Stammlerschen Unterscheidung von Moralität und Legalität. Die Konvention bringt dagegen schon äußerliche Motivierungsgründe in Bewegung: sie will befolgt sein, denn sonst würde die soziale Wertschätzung des Adressaten eine Abminderung erleiden; dieser würde sich z. B. lächerlich machen oder er könnte sogar für ehrlos gelten. Das Recht gründet nun seinen Geltungsanspruch letzten Endes auf den physischen Zwang: es will befolgt sein, denn sonst braucht es Gewalt. Die Zwangandrohung des Rechts kann verschiedene Formen annehmen; die bekanntesten sind die Strafe und die Zwangsvollstreckung; ein Rechtssystem, das keine Form der Zwangandrohung enthielte, ist jedoch nicht denkbar.

Ist die oben skizzierte Auffassung zutreffend, so hätten wir eine Begriffsbestimmung des Rechts aufgestellt, die ausschließlich aus geistigen Elementen des Rechts aufgebaut ist, und die den beson-

deren Inhalt der rechtlichen Normen dennoch nicht berücksichtigt. In diesem Zusammenhang muß auf einen Umstand aufmerksam gemacht werden, der leicht zu Mißverständnissen führen könnte. Man ist gewohnt, die geistige Schicht einer sozialen Erscheinung ganz allgemein als von psycho-physischen Trägern getragene geistige „Inhalte" zu bezeichnen. „Inhalt" bedeutet hier den Inhalt eines seelischen Aktes, d. h. das von diesem getragene geistige Moment. Wenn wir nun von dem zeitlich und örtlich wechselnden „besonderen Inhalt" des Rechts und von seiner gleichbleibenden „rechtlichen Form" reden, so könnte man leicht glauben, es handelte sich bei dem „besonderen Inhalt" des Rechts um die „geistigen Inhalte", d. h. um das geistige Element im Recht, bei der gleichbleibenden „rechtlichen Form" dagegen um das psycho-physische Element. Dies würde jedoch bedeuten, daß das Begriffsmerkmal des Rechts, seine charakteristische „rechtliche Form", nicht in der geistigen Sphäre, sondern in seiner Positivität, in der Wirklichkeitsschicht der körperlichen und seelischen Akte zu suchen sei. Dies wäre ein durch die Mehrdeutigkeit der Bezeichnungen Inhalt und Form verursachtes arges Mißverständnis. Im philosophischen Sprachgebrauch bedeutet „Form" die bleibenden, und „Inhalt" die wechselnden Elemente einer Erscheinung. Der Sinn des Wortes „Inhalt" ist daher immer relativ und hängt davon ab, was als bleibende Form angenommen wird. Derselbe seelische Akt, z. B. ein Denkprozeß, kann die verschiedensten geistigen Belange ergreifen, in der „Form" des seelischen Aktes erscheinen somit wechselnde geistige „Inhalte". In der Sphäre des rein Geistigen kann man aber ebenfalls Form und Inhalt scheiden, indem man eine Anzahl geistiger Gebilde daraufhin untersucht, was in ihnen allen gleich und was ungleich, verschieden, wechselnd ist. In diesem Sinne kann man auch im geistigen Bestandteil des Rechts gleichbleibende Elemente von wechselnden unterscheiden. Die gleichbleibenden „geistigen Inhalte" des Rechts sind in diesem Sinne die geistige „Form", in der die wechselnden, besonderen „rechtlichen Inhalte" erscheinen. Daß das Recht etwas anordnet und daß es seinen Befehl mit einer Zwangsandrohung verbindet, gehört zweifellos zu seinem „geistigen Inhalt", aber nicht zu seinem wechselnden „rechtlichen Inhalt". Es kann somit auch im geistigen Element des Rechts etwas Gleichbleibendes geben, was man in diesem Zusammenhange nicht als geistigen „Inhalt", sondern als geistige „Form" bezeichnen müßte. Eines der größten Verdienste Rudolf Stammlers besteht meiner Meinung nach gerade darin, daß er in einer Zeit, wo man die Gesellschaft und das Recht nach naturwissenschaftlicher Methode behandeln wollte, das formale Begriffsmerkmal des Rechts in seinem, den Naturwissenschaften unzugänglichen, geistigen Gehalte suchte.

Die Begriffsbestimmung Stammlers begeht aber den Fehler, daß sie die psycho-physische Schicht der rechtlichen Erscheinungen, ihre Wirklichkeitsseite, überhaupt nicht berücksichtigt. Unsere obigen Ausführungen, die das Recht als jene Art der sozialen Normen

charakterisierten, die ihren Geltungsanspruch letzten Endes durch Androhung physischen Zwanges begründen, haben die Wirklichkeitsseite des Rechts ebenfalls noch nicht berücksichtigt und sind insofern noch unvollständig. Es könnte jedermann Normen mit diesem Geltungsanspruch und mit dieser Zwangsandrohung aufstellen, obgleich es unzweifelhaft ist, daß nicht jedermann imstande ist, rechtliche Normen zu erlassen. Um zu einer brauchbaren Begriffsbestimmung des Rechts zu gelangen, muß man daher auch seine psycho-physische Realität in Betracht ziehen. Es ist für das Recht wesentlich, daß seine Vorschriften, sein „besonderer Inhalt", in der sozialen Wirklichkeit, wenn auch nicht ausnahmslos, doch überwiegend und regelmäßig, Befolgung finden. Das Recht muß motivierende Kraft besitzen und erscheint somit als eine soziale Macht. Aber auch damit ist noch nicht genug gesagt. Das Recht ist nicht bloß eine beliebige soziale Macht, sondern es erscheint als eine physische Macht, als eine soziale Zwangsgewalt. Nicht nur die besonderen Vorschriften des Rechts, sondern auch sein „gleichbleibender geistiger Inhalt" und somit auch die in ihm enthaltene Zwangsandrohung müssen nämlich verwirklicht werden. Zur Verwirklichung der Zwangsandrohung muß aber faktisch Gewalt angewendet werden. Gewiß, das Recht wird meistens freiwillig befolgt und es kommt nur ausnahmsweise zur Anwendung der Sanktion, aber die Möglichkeit der Zwangsanwendung ist dem Recht dennoch wesentlich und charakteristisch, weil ihm die Zwangsandrohung charakteristisch ist und weil diese Drohung kein leeres Wort bleiben kann, sondern nötigenfalls in die Tat umgesetzt werden muß. Auch die „freiwillige" Befolgung des Rechts beruht meistens auf der Befürchtung, daß die Nichtbefolgung seine Verwirklichung durch Zwang zur Folge haben werde. Vom Recht gilt dasselbe, was die Römer vom Schicksal sagten: „Ducunt volentem fata, nolentem trahunt."

Wenn die Zwangsandrohung des Rechts erfolgreich durchgesetzt werden soll, so muß ihm eine physische Gewalt zur Verfügung stehen, die imstande ist, jeden Widerstand in der betreffenden Gesellschaft zu brechen und die somit die physisch stärkste soziale Macht dieser Gesellschaft sein muß. Eine solche physisch stärkste soziale Macht kann natürlich nur durch die Zusammenfassung menschlicher Kräfte entstehen, und diese Zusammenfassung wird durch einigende geistige Inhalte bewirkt. Ja, manche rechtliche Normen verfolgen ebenfalls den Zweck, diese Zusammenfassung der Kräfte zu bewirken: die hinter dem Recht stehende physische Macht zu organisieren. Die Normen des sogenannten öffentlichen Rechts stehen gerade im Dienste dieses Zwecks. Dieser Sachlage entspringt jedoch bei der Begriffsbestimmung des Rechts die Schwierigkeit, daß man das Recht mit Hilfe der hinter ihm stehenden sozialen Macht definiert, obgleich diese selbst teilweise durch das Recht organisiert ist und sich somit als eine rechtliche Macht erweist. Dies wäre natürlich ein Zirkel. Um ihn zu vermeiden, muß man daher außer acht lassen, daß die dem

Recht zur Verfügung stehende physische Zwangsgewalt teilweise durch das Recht selbst organisiert sein kann. Denn sie braucht es nicht unbedingt zu sein. Gewiß, in einem entwickelten Rechtssystem wird man auch eine rechtliche Regelung der zur Verwirklichung der rechtlichen Zwangsandrohung nötigen physischen Macht vorfinden Ganz abgesehen davon, daß diese Organisation der Macht, wenn sie eine rechtliche sein soll, wiederum durch eine letzten Endes nicht rechtlich organisierte Macht garantiert werden muß, kann jedoch ein primitives, originär entstandenes Recht nicht bereits durch eine rechtliche Macht gesichert sein. Und auch zur Zeit hochentwickelter Rechtszustände stützt sich die primäre und originäre Rechtsentstehung — so besonders das revolutionäre Recht — nicht auf eine rechtlich organisierte Gewalt. Gerade die Geschichte unserer Tage hat neuerlich den Beweis dafür geliefert, daß es auch ohne jede Mitwirkung des Rechts möglich ist, gewaltige Organisationen, vielleicht „illegale Organisationen", zu schaffen, die physisch stark genug sind die alte Rechtsordnung zu stürzen und eine neue hervorzubringen Eine gemeinsame Weltanschauung, die gleichen politischen, moralischen und religiösen Auffassungen, gemeinsame wirtschaftliche Interessen u. dgl., sind einigende geistige Bande, die die Zusammenfassung und Organisierung menschlicher Kräfte auch ohne das Recht bewerkstelligen können. Die höchsten Normen des öffentlichen Rechts sind in unmittelbarer Berührung mit den Gebieten der Moral, der Politik und der Gewalt, und dies beweist, daß sie letzten Endes nicht durch rechtliche, sondern durch ethisch-politische Mächte gestützt werden. Diese nicht rechtlichen geistigen Mächte könnten die zum Rechtsbegriff notwendige physische Macht — durch die Zusammenfassung menschlicher Kräfte — auch in dem Falle ins Leben rufen, wenn es überhaupt kein öffentliches Recht gäbe; es ist ein Rechtssystem auch ohne öffentliches Recht denkbar[1]). Jede ethisch-politische Ideologie strebt darnach, in der sozialen Wirklichkeit Verwirklichung zu finden; erlangt sie nun die Kraft, sich nötigenfalls auch mit Zwangsandrohung und Zwangsanwendung durchsetzen zu können, so hat sie sich in Recht umgewandelt. Bei der nicht originären, sondern sekundären und legitimen Rechtsentstehung ist diese Sachlage dadurch verdunkelt, daß das neue Recht aus dem alten hervorgeht, durch eine rechtliche Macht erzeugt wird; die sekundäre und legitime Rechtsentstehung bietet aber vom rechtsphilosophischen Standpunkt aus sehr wenig Interessantes. Die dem Recht zur Verfügung stehende physische Macht muß daher, im Sinne obiger Ausführungen, als eine letzten Endes durch nicht rechtliche Bande zusammengehaltene Zwangsgewalt vorgestellt werden, und es darf uns nicht irreführen, daß diese Zwangsgewalt meistens auch durch eine rechtliche Organisation verstärkt wird. Das Recht kann nämlich alle

[1]) Vgl. meinen Aufsatz: „Öffentliches und privates Recht" in der „Internationalen Zeitschrift für Theorie des Rechts", Bd. XII, 1938, S. 16.

Erscheinungen des sozialen Lebens und somit auch seinen eigenen Lebensvorgang regeln; durch diese Regelung kann aber das Wesen des Rechts nicht geändert werden.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen ist eine Begriffsbestimmung des Rechts, wonach dieses als jene Art der sozialen Normen erscheint, die ihren Geltungsanspruch letzten Endes durch Androhung physischen Zwanges begründen und die sich nötigenfalls tatsächlich durch Anwendung physischen Zwanges durchsetzen. Diese Begriffsbestimmung berücksichtigt sowohl die geistigen als auch die faktischen Bestandteile des Rechts. Sie ist auch geeignet, das Recht sowohl von jenen sozialen Erscheinungen, die keinen normativen Inhalt haben, als auch von den anderen Arten der sozialen Normen — die zwar alle zur Geltung gelangen wollen, ihren Geltungsanspruch jedoch nicht zwangsweise durchsetzen können — zu unterscheiden. Nach dieser Begriffsbestimmung ist dem Recht sein besonderer Inhalt nicht charakteristisch, da es beliebige geistige Inhalte — verschiedene ethisch-politische Ideologien, wirtschaftliche und soziale Auffassungen, Strömungen der öffentlichen Meinung — aneignen kann. Der Inhalt des Rechts ist von diesen sozialen Ideologien abhängig und nur insofern ethisch richtig, als die entlehnten ideologischen Gehalte selbst ethisch wertvoll sind. Charakteristisch für das Recht ist es dagegen, daß es eine Zwangsandrohung enthält und nötigenfalls tatsächlich physischen Zwang ausübt. Es ist die Aufgabe des Rechts, die von ihm angenommene Ideologie gegen gewaltsame Widerstände zu verteidigen und sie, wenn es sein muß, auch mit Gewalt durchzusetzen, und auf diese Art die Harmonie zwischen Ideologie und Wirklichkeit im sozialen Leben zu sichern. Diese überaus wichtige Funktion des Rechts im Dienst der Ideologie kann als Gegengewicht dessen betrachtet werden, daß das Recht, seinem Begriff nach, jeder bestimmten Ideologie gegenüber gleichgültig ist; die verschiedensten geistigen Strömungen können sich des Rechts bedienen, gelingt es aber einer Ideologie, seine Unterstützung zu gewinnen, so wird sie von ihm gegen die anderen durch dick und dünn mit der eisernen Faust verteidigt.

Die dem Recht zur Verfügung stehende physische Zwangsgewalt ist für die Gestaltung der sozialen Wirklichkeit ausschlaggebend und somit im Leben der Gesellschaft von allergrößter Wichtigkeit. Man pflegt zu sagen, daß das Recht die Zwangsanwendung in der Gesellschaft für sich monopolisiere und hierdurch den sozialen Zwang vermindere. Das Zwangsmonopol des Rechts besteht im strengen Sinne des Wortes natürlich nicht, denn einerseits kann ja das Recht selbst die private Gewaltanwendung erlauben (Notwehr, Notstand, Faustrecht usw.), und anderseits kann es die unrechtmäßige Zwangsanwendung durch Private nicht gänzlich ausschalten. Daß es aber, trotz des Riesenaufwandes von Gewalt, der in den rechtlich organisierten Kriegen vorkommt, dennoch eine beträchtliche Verminderung des Zwanges, der in rechtlich nicht geordneten Gesellschaf-

ten möglich wäre, herbeiführt, ist richtig. Das Zwangsmonopol des Rechts pflegt man auch als Zwangsmonopol des Staates zu bezeichnen, und dies ist auch insofern richtig, als die hinter dem Recht stehende Zwangsgewalt, sobald sie eine genügend entwickelte Organisation vom öffentlichen Recht erhalten hat, Staat genannt wird. Der enge Zusammenhang zwischen dem positiven Recht und dem Staat ist augenscheinlich. Der Staat ist ein Geschöpf des Rechts, er ist aber auch die stärkste Stütze des Rechts und wird in der Folge auch Schöpfer des sekundären Rechts, wobei man nicht vergessen darf, daß es auch ein nichtstaatliches Recht gibt.

Die Einwände, die gegen die oben skizzierte Rechtsauffassung geltend gemacht werden können, wollen wir hier nicht ausführlich untersuchen und widerlegen. Diesbezüglich müssen wir uns mit zwei kurzen Bemerkungen begnügen. Es soll erstens festgestellt werden, daß nicht ein jeder Befehl, der Zwang androht, deswegen schon als Recht bezeichnet werden kann, denn die Zwangsandrohung und Zwangsanwendung des Rechts muß von der physisch stärksten Macht einer Gesellschaft herrühren. Davon, daß trotz des sogenannten rechtlichen Zwangsmonopols die Möglichkeit privater Zwangsanwendung besteht, war soeben die Rede. Unsere zweite Bemerkung betrifft die sogenannten öffentlich-rechtlichen „leges imperfectae", denen es an einer rechtlich organisierten Sanktion fehlt. Daß die nötigenfalls zwangsweise Durchsetzung des Rechts nicht unbedingt durch rechtlich organisierte Zwangsgewalt gesichert werden müsse und daß das öffentliche Recht in unmittelbarer Berührung mit der Gewalt, der Politik und der Moral stehe, davon war oben ebenfalls schon die Rede. Sind die leges imperfectae wirklich rechtliche Normen, so verdanken sie ihre Kraft dem Umstande, daß die Gesellschaft unbedingt an ihnen festhält und sie nötigenfalls auch durch Anwendung einer rechtlich nicht organisierten revolutionären Gewalt verteidigt. Mit der Betrachtung der leges imperfectae sind wir übrigens schon an der Grenze des Rechtlichen sowie an der Schwelle der Politik, der Moral und der Gewalt angelangt.

7. Nach Bestimmung des Rechtsbegriffs, d.h. nach der Abgrenzung des Rechts von den anderen sozialen Erscheinungen, ist die komplementäre Frage zu stellen, die den Zusammenhang des Rechts mit den anderen sozialen Erscheinungen betrifft. Diese Frage wollen wir ebenfalls im Sinne der neuen kulturphilosophischen Auffassung von der zweigliedrigen Struktur des sozialen Daseins zu beantworten versuchen. Die herrschende Auffassung vom Verhältnis des Rechts zu den anderen sozialen Erscheinungen scheint auch heutzutage die von der Soziologie des vorigen Jahrhunderts vertretene Meinung zu sein, daß zwischen dem Recht und den anderen sozialen Erscheinungen ein kausaler Zusammenhang bestehe. Es fragt sich aber, ob man überhaupt von solchen kausalen Zusammenhängen des Rechts reden darf, wenn man sowohl das Recht als auch die übrigen sozialen Erscheinungen als von einer psycho-

physischen Wirklichkeitsschicht getragene geistige Gebilde auffaßt?

Es unterliegt keinem Zweifel, daß kausale Zusammenhänge nur in der Welt der Wirklichkeit, nicht aber zwischen geistigen Gebilden zu finden sind. Bestünden also die sozialen Erscheinungen aus bloßen geistigen Inhalten, so könnten sie niemals in die Verbindung von Ursache und Wirkung zueinander treten. Nun bestehen aber die sozialen und auch die rechtlichen Erscheinungen nicht nur aus einer geistigen, sondern auch aus einer realen Schicht: aus der erfahrbaren Wirklichkeit menschlicher Körperbewegungen und seelischer Akte, durch die die geistige Schicht getragen wird. Durch diese psychophysische Wirklichkeitsschicht hängt das Recht — sowie das soziale Leben überhaupt — mit der kausalgesetzlichen Natur zusammen. Ja, diese Wirklichkeitsschicht ist, von der geistigen Schicht getrennt betrachtet, selbst nichts anderes als ein Stück der Natur und gehört somit in den Bereich der naturgesetzlichen Kausalität.

Die Frage nach den kausalen Zusammenhängen des Rechts führt uns also zur Frage vom Verhältnis der Gesellschaft zur Natur. Diesbezüglich kann nun festgestellt werden, daß die Gesellschaft auf die Grundlage der Natur aufgebaut und selbst teilweise aus Stücken der Natur zusammengesetzt ist. Die Natur bleibt sowohl als Grundlage als auch als Bestandteil des sozialen Daseins den einheitlichen kausalen Naturgesetzen unterworfen, und so kann man auch mit Fug von direkten kausalen Zusammenhängen der äußeren Natur und der zum Bestandteil des sozialen Daseins gewordenen Natur und somit der Natur und der Gesellschaft reden. Eine nach Naturgesetzen verlaufende Volksseuche kann z. B. beträchtliche Veränderungen in der Gesellschaft verursachen oder es können sieben fette und sieben magere Jahre im Haushalt der Natur das soziale Dasein ebenfalls direkt kausal beeinflussen. Es steht auch fest, daß anderseits die Gesellschaft durch Anwendung menschlicher Kraftentfaltung sowohl die äußere Natur als auch die biologischen und psychologischen Bestandteile des Sozialen selbst direkten kausalen Veränderungen unterwerfen kann. Das gesellschaftliche Wirken des Menschen besteht zum Teile gerade in dieser kausalen Gestaltung der Natur. „Blut und Boden" sind nicht nur als gestaltende Kräfte des sozialen Lebens zu begreifen, sondern auch als Gegenstände sozialer Einwirkung.

Ist das Soziale durch enge kausale Bande mit der Natur verknüpft, so ist es das Recht auch. Die Natur ist die Grundlage auch des Rechts; die rechtlichen Zielsetzungen werden durch die Naturgesetze begrenzt, ihre Verwirklichung kann nur im Rahmen der kausalen Möglichkeiten und nur durch die Anwendung physischer und psychischer Kräfte von Menschen, sowie durch die Benützung von Mitteln, die von der äußeren Natur geliefert werden, erfolgen. Die biologischen Gesetze des menschlichen Lebens und seiner Fortpflanzung können vom Recht nicht außer acht gelassen werden. Die Eigentumsordnung, das Familienrecht und auch andere Zweige des Rechts

liefern zahllose Beispiele davon, inwieweit das Recht von natürlichen Tatsachen beeinflußt wird. Aber das Recht kann anderseits mit der ihm zur Verfügung stehenden Macht auch seinerseits große Veränderungen in der äußeren Natur hervorbringen und durch sanitäre und eugenetische Maßnahmen selbst die körperliche und seelische Natur des Menschen beeinflussen.

Bei der Betrachtung des Verhältnisses von Recht und Natur muß man zwei Fälle unterscheiden. In dem einen Falle handelt es sich darum, daß die — letzten Endes aus körperlichen Kräften von Menschen bestehende — Wirklichkeitsschicht des Rechts von der übrigen Naturwirklichkeit, mit der sie kausalgesetzlich eng verbunden ist, kausale Einwirkungen erhält und daß sie auf diese Naturwirklichkeit selbst kausale Wirkungen ausübt. Hier ist ein direkter naturgesetzlicher kausaler Zusammenhang vorhanden. In dem anderen Falle handelt es sich aber darum, daß rechtliche Zielsetzungen durch Naturgesetze begrenzt werden und daß anderseits die Naturwirklichkeit durch rechtliche Zielsetzungen verändert wird. Hier ist nicht von einem einfachen kausalen Zusammenhang die Rede, sondern davon, daß Zielsetzungen, also geistige Inhalte, die Naturwirklichkeit kausal beeinflussen und von ihr beeinflußt werden. Ein direkter kausaler Zusammenhang zwischen Geist und Natur ist jedoch unmöglich, und es kann nur davon die Rede sein, daß die rechtlichen Zielsetzungen die sie „tragende" Wirklichkeitsschicht des Rechts in Bewegung setzen und durch diese Schicht Wirkungen auf die Naturwirklichkeit ausüben oder Gegenwirkungen von ihr erleiden. Der direkte kausale Zusammenhang besteht also auch in diesem Falle nur zwischen verschiedenen Stücken der Wirklichkeit. Die geistigen Inhalte spielen in diesem ursächlichen Geschehen nur eine indirekte Rolle: sie bilden die Richtpunkte, nach denen sich die — direkte kausale Wirkungen ausübenden — menschlichen Kräfte richten.

Die Verbindung zwischen einem geistigen Inhalt und den sich nach ihm richtenden, ihn „tragenden", ihn zu „verwirklichen" strebenden seelischen und körperlichen Kräften ist kein kausaler Zusammenhang. Im Altertum sagte man: „Mens agitat molem"; die moderne Zeit spricht von einer Motivation durch Ideen, von „idées-forces"; aber obgleich diese Aussprüche durch den Gedanken der Kausalität beeinflußt sind, handelt es sich bei der Verbindung von Geist und Wirklichkeit dennoch nicht um ein ursächliches Verhältnis, denn dieses bedeutet das Verhältnis der Wechselwirkung: von einer Gegenwirkung der Wirklichkeit auf die geistigen Inhalte kann jedoch in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden. Die Frage des Zusammenhanges von Geist, Seele und Körper ist ein bis jetzt noch nicht aufgeklärtes metaphysisches Problem. Die Frage: wie geistige Inhalte Wirklichkeit werden können — das Problem der Wertverwirklichung —, ist ebenso rätselhaft wie die reziproke erkenntnistheoretische Frage: wie die äußere Wirklichkeit in das Bewußtsein eingehen und zum geistigen Inhalt von Erkenntnissen wer-

den könne. Jene neueren kulturphilosophischen Richtungen, die eingangs erwähnt wurden, begnügen sich auch damit, den mehrschichtigen Aufbau der Welt, des Menschen und des kulturellen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Daseins zu betonen, sowie die verschiedenen Schichten voneinander zu unterscheiden, die Reihenfolge und den Zusammenhang der einzelnen Schichten festzustellen, aber über die Art dieses Zusammenhanges wird kaum mehr gesagt, als daß die höhere Schicht von der niederen „getragen" wird, daß die höhere an der niederen „aufruht". Die Gesetzmäßigkeit der einzelnen Schichten — die der leblosen Natur, des organischen und des seelischen Lebens sowie der verschiedenen geistigen Gebiete — wurde bereits von den Fachwissenschaften eingehend untersucht und hinlänglich geklärt; die Gesetzmäßigkeit des Zusammenhanges der einzelnen Schichten ist fast gänzlich ungeklärt. So wissen wir auch von dem Zusammenhang der beiden Schichten, aus denen das soziale Dasein aufgebaut ist, der psycho-physischen und der geistigen Schicht, blutwenig. Es steht aber fest, daß zwischen ihnen ein sehr enger Zusammenhang besteht: die geistigen Inhalte können durch seelische Akte erfaßt werden und seelische Akte können sich, samt den sie begleitenden Körperbewegungen, nach den geistigen Inhalten richten. Es steht auch fest, daß dieser Zusammenhang nicht als ein einfaches ursächliches Verhältnis aufgefaßt werden kann, denn daß ein geistiger Inhalt verstanden oder nicht verstanden, bejaht oder verneint, verwirklicht oder nicht verwirklicht wird, kann nicht als Leistung der naturgesetzlichen Kausalität betrachtet werden. Es wäre hier eher angebracht, die Frage einer einseitigen Kausalität, einer „Kausalität aus Freiheit" und die der metaphysischen Freiheit überhaupt, aufzuwerfen.

Nach diesen Betrachtungen über das Verhältnis des Rechts zur Natur können wir das Problem des Zusammenhanges zwischen dem Recht und den anderen sozialen Erscheinungen näher ins Auge fassen. Wir haben soeben dargetan, daß ein kausaler Zusammenhang nur zwischen der Natur und der psycho-physischen Schicht der sozialen Erscheinungen angenommen werden und daß bloß diese Schicht des Sozialen unter der Herrschaft des Kausalgesetzes stehen könne. Es kann somit auch von einem kausalen Verhältnis sozialer Erscheinungen zueinander nur insoweit gesprochen werden, als sie sich durch ihre psycho-physischen Bestandteile berühren. Da sich nun diese realen Bestandteile nach den von ihnen erfaßten geistigen Inhalten richten, entscheidet das Verhältnis der geistigen Inhalte zueinander darüber, ob sich verschiedene soziale Erscheinungen überhaupt kausal beeinflussen und ob die zu ihrer Verfügung stehenden physischen Kräfte sich bekämpfen oder unterstützen. Der Zusammenhang verschiedener sozialer Erscheinungen bedeutet somit in erster Linie den Zusammenhang ihrer geistigen Inhalte, ihrer Ideologie. Die Soziologie, als die Wissenschaft von den sozialen Zusammenhängen, ist keine „Naturwissenschaft von der Gesellschaft", sie ist überhaupt

nur in zweiter Linie eine kausale Wissenschaft; in erster Linie ist sie eine Geisteswissenschaft: die Wissenschaft vom Verhältnis der sozialen Ideologien. Die geistige Schicht des sozialen Daseins ist einer naturwissenschaftlichen Betrachtung überhaupt nicht zugänglich und seine psycho-physische Schicht verliert, wenn die geistigen Inhalte nicht beachtet werden, ihren sozialen Charakter. Wir sprachen oben davon, daß sich bloß die psycho-physischen Bestandteile sozialer Erscheinungen kausal beeinflussen können, es muß aber betont werden, daß auch mit dieser Beeinflussung nicht reine kausale Zusammenhänge, sondern Wirkungen und Gegenwirkungen solcher Kräfte gemeint sind, die durch geistige Inhalte zusammengefaßt und geleitet werden. Die sozialen Erscheinungen erhalten ihren sozialen Charakter, ihren „Sinn", erst durch die ihnen innewohnenden geistigen Inhalte, die ihren wesentlichsten Bestandteil bilden. Es ist daher ganz natürlich, daß man bei der Untersuchung ihres Zusammenhanges den Schwerpunkt auf den Zusammenhang der Ideologien legen muß.

Geistige Inhalte können keine kausale Verbindungen miteinander eingehen, ihr Verhältnis ist geistiger Natur: eine logische oder ethisch-teleologische Beziehung. Ihr geistiger Zusammenhang besteht darin, daß ihr Sinn einander ähnlich oder unähnlich oder widersprechend ist, daß der eine Inhalt als Folge des anderen erscheint oder daß sie sich gegenseitig ausschließen, daß der eine in das Sinngefüge des anderen hineinpaßt, mit ihm harmonisiert, daß sie sich gegenseitig ergänzen oder daß sie sich gleichgültig oder sogar disharmonisch gegenüberstehen usw. Besonders wichtig ist es, daß die Ideologien einander gegenseitig durchdringen können, daß die eine zum ergänzenden Bestandteile der anderen werden kann. In diesem Falle wäre es besonders unangebracht, von einer kausalen Wechselwirkung zu reden, da die einander durchdringenden Ideologien keine getrennte Gegenstände darstellen, die Wirkungen aufeinander ausüben könnten.

Besonders für die sozialen Ideologien ist es bezeichnend, daß sie ineinander übergehen können. Darum ist es auch sehr schwer, die verschiedenen sozialen Erscheinungen voneinander scharf abzugrenzen. Wie könnte man z. B. die Grenze zwischen dem Recht und der Wirtschaft genau bestimmen, da doch das Recht eine Unzahl wirtschaftlicher Verfügungen enthält und die Wirtschaft zum großen Teil aus dem Abschluß von Rechtsgeschäften besteht und auch wirtschaftspolitische Rechtseinrichtungen in sich schließt? Man pflegt hier von einer kausalen Beeinflussung des Rechts durch die Wirtschaft und der Wirtschaft durch das Recht zu reden, aber in Wahrheit handelt es sich um ein geistiges Verhältnis: darum, daß sich die beiden Ideologien gegenseitig durchdringen. — Es ist für die sozialen Ideologien ebenfalls bezeichnend, daß sich in ihnen sowohl theoretische Inhalte (die etwas aussagen, Erkenntnisse) als auch praktische (die etwas fordern, Normen, Ziele, Werte) ineinandermischen. Die

verschiedenen Gruppen der sozialen Erscheinungen lassen sich daher auch nach dem Gesichtspunkte nicht scharf abgrenzen, daß die einen praktisch-teleologischen Wesens sind (z. B. Recht, Moral, Politik, Wirtschaft), die anderen aber einen theoretischen Charakter haben (z. B. Wissenschaft). Die sozialen geistigen Inhalte sind letzten Endes alle praktisch-teleologischen Charakters und somit Werte, denn sie richten sich auf menschliches Handeln. Auch die Wissenschaft bedeutet als soziale Erscheinung nichts anderes, als ein Zusammenwirken im Dienste wissenschaftlicher Zwecke. Trotz ihres praktisch-teleologischen, ihres werterfüllten Wesens sind aber die sozialen Ideologien von theoretischen Kenntnissen durchwegs durchdrungen. Wie viele technische Kenntnisse sind in den wirtschaftlichen Zielsetzungen und Plänen, und wieviel wirtschaftliches und kulturelles Wissen ist in einem Rechtssystem enthalten!

Aus dem Gesagten geht auch hervor, daß eine jede Gruppierung der sozialen Erscheinungen nur einen relativen Wert haben kann, da — infolge der gegenseitigen Durchdringung der Ideologien — die gebildeten Gruppen sich überschneiden und teilweise decken. Wenn wir z. B. die sozialen Erscheinungen — ohne erschöpfend sein zu wollen und insbesondere die Sprache und die Sitte (Konvention) außer acht lassend — in die Erscheinungen der Kultur im engeren Sinne — mit den Gruppen: Religion, Moral, Kunst, Wissenschaft —, in die Erscheinungen der materiellen Kultur — mit den Gruppen: Technik und Wirtschaft — und in die Erscheinungen der politischen Organisation — mit den Gruppen: Recht, Staat, Politik, Macht — einteilen, so ist es augenscheinlich, daß die Abgrenzung dieser Gruppen auf Grund des für sie charakteristischen Merkmals zwar möglich ist, daß aber die Grenzen einzelner Gruppen tief in das Gebiet der anderen hineinlaufen. Es handelt sich dabei natürlich nicht um eine kausale Einwirkung der einen Gruppe auf das Gebiet der anderen, sondern einfach darum, daß die meisten sozialen Erscheinungen die Merkmale mehrerer Gruppen aufweisen, da sich die betreffenden Ideologien gegenseitig ergänzen. Eine jede staatliche Erscheinung ist zugleich auch eine rechtliche, und manche staatlichen und rechtlichen Erscheinungen sind zugleich wirtschaftliche Maßnahmen. Aber auch Recht und Moral, Wirtschaft und Technik, Technik und Wissenschaft decken sich auf weiten Gebieten.

Der Umstand, daß zwei soziale Ideologien entweder sich überdecken oder sich widersprechen oder ohne geistige Berührung nebeneinander bestehen können, hat natürlich seine Folgen auch in der kausalen Welt, da sich, infolge der zweigliedrigen Struktur des sozialen Daseins, psycho-physische Kräfte nach diesen Ideologien richten.

Überdecken sich zwei Ideologien, so werden die beiden zur Verfügung stehenden kausalen Kräfte vereinigt. Es ist natürlich auch möglich, daß den beiden Ideologien dieselben Menschen als kausale Kräfte zur Verfügung stehen, so daß die Vereinigung ihrer Kräfte

keine Vermehrung ihrer psycho-physischen Kraft bedeutet. Dessenungeachtet kann festgestellt werden, daß jene gegenseitige Durchdringung der sozialen Ideologien, wovon soeben die Rede war, die beste Gewähr für die Stabilität des sozialen Daseins leistet. Überdecken sich z. B. Staat und Religion, wird die Kirche zu einer staatlichen Einrichtung, oder tritt der Staat in den Dienst der Kirche, oder gehören wenigstens sämtliche Staatsbürger derselben Kirche an, so muß dies zur Festigung der Gesellschaft beitragen.

Widersprechen sich dagegen zwei soziale Ideologien, so wird hierdurch die Gesellschaft gespalten und die den beiden Ideologien zur Verfügung stehenden psycho-physischen Kräfte werden sich nicht unterstützen, sondern gegenseitig bekämpfen. Besteht z. B. ein Gegensatz zwischen dem Recht und den moralischen Auffassungen einer Gesellschaft, so wird sich vorerst vielleicht nur ein passiver Widerstand gegen das Recht fühlbar machen und das Recht wird durch äußere Machtmittel mühsam aufrechterhalten werden können; aber es ist auch möglich, daß aktiver Widerstand geleistet und das Recht in revolutionärem Kampf gestürzt wird. Und es ist endlich nicht ausgeschlossen, daß die vom Recht im Gegensatz zu den herrschenden moralischen Auffassungen vertretene „neue Weltanschauung" durchdringt, daß das Recht obsiegt und daß eine moralische Erneuerung der Gesellschaft eintritt. Hierzu ist es aber notwendig, daß das mit der herrschenden Moral in Widerstreit geratene Recht ebenfalls eine moralische Anschauung zum Inhalt habe. Ja, ein Gegensatz zwischen Recht und Moral ist eigentlich nur dann möglich, wenn das Recht eine die herrschende Moral verneinende moralische Auffassung vertritt und wenn sich somit die Ideologie des Rechts mit dieser neuen moralischen Anschauung überdeckt. Auch in jenen Fällen also, wo zwei verschiedene soziale Ideologien sich zu widersprechen scheinen, handelt es sich meistens darum, daß sich zwei verschiedene Ideologien überdecken und daß der Streit nur auf dem Gebiete der einen besteht. Der Streit zwischen Recht und Moral ist eigentlich der geistige Kampf zweier moralischer Auffassungen. Dieser Kampf wird nicht durch kausale Kräfte, sondern durch geistige Waffen ausgefochten und der innere Wahrheitsgehalt und die Überzeugungskraft der Ideologie spielen dabei eine entscheidende Rolle. Sicherlich kann das Recht die von ihm vertretenen moralischen Anschauungen in diesem geistigen Kampf auch mit seinen äußeren Machtmitteln unterstützen. Das bolschewistische Rußland liefert uns ein Beispiel dafür, daß durch die physische Vernichtung der Vertreter der einen Weltanschauung der anderen zum Sieg verholfen werden könne. Da eine jede soziale Ideologie sich in der Wirklichkeit durchsetzen und in reale menschliche Handlungen umsetzen will, und da nur dem Recht die Fähigkeit innewohnt, sich, wenn nötig, auch zwangsweise durchsetzen und widerstrebendes Handeln zwangsweise unterdrücken zu können, ist es klar, daß über die tatsächliche soziale Geltung sämtlicher Ideologien letzten Endes das Recht entscheidet, voraus-

gesetzt, daß es noch seine volle Lebenskraft besitzt. Anderseits ist es aber ebenso klar, daß hinter der rechtlichen Zwangsgewalt eine Ideologie stehen muß, die durch andere Ideologien innerlich angegriffen und zersetzt werden kann. Diese innere Zersetzung einer Ideologie ist aber wieder kein naturgesetzlich-kausaler Vorgang.

Wir haben noch den Fall zu betrachten, daß zwei soziale Ideologien ohne geistige Berührung nebeneinander stehen. In diesem Fall werden die beiden zur Verfügung stehenden kausalen Kräfte vielleicht Wirkungen auf die Natur oder andere sozialen Erscheinungen haben, aber sich gegenseitig nicht beeinflussen. Es ist jedoch sehr schwer, sich so einen Fall der vollkommenen Gleichgültigkeit zweier sozialer Ideologien gegeneinander in einer Gesellschaft vorzustellen. Die sozialen Ideologien sind praktisch-teleologischer Natur, sie richten sich auf menschliches Handeln. Wird durch eine soziale Zielsetzung menschliche Kraft gebunden, so kann hierdurch die zur Verwirklichung eines anderen Zwecks notwendige Kraft vermindert werden, wenn auch die beiden Zwecke sich scheinbar gar nicht berühren. Da die geistigen Inhalte sozialer Erscheinungen ganz allgemein sich als Werte bezeichnen lassen und da sich alle Werte in die große Hierarchie und in den umfassenden Zusammenhang der Werte einordnen, ist es im höchsten Maße unwahrscheinlich, daß zwischen zwei sozialen Ideologien kein geistiger Zusammenhang bestünde. Die geistigen Inhalte einer zusammenhängenden Gruppe überdecken sich wenigstens teilweise mit geistigen Inhalten anderer Gruppen, hierdurch kommen aber mittelbar auch jene geistigen Inhalte, die sich nicht überdecken, in Beziehungen zueinander. — Es wurde oft darauf hingewiesen, daß manche Teile des Verwaltungsrechts — so die polizeiliche Regelung des Verkehrs, z. B. die Vorschrift: „Rechts fahren, links vorfahren" — in keine Beziehung zur Moral gesetzt werden könnten; dies ist jedoch nicht richtig, denn erstens kann der moralisch bedeutsame Teil einer Rechtsordnung die unversehrte Geltung derselben samt ihrem moralisch bedeutungslosen Teile motivieren, und zweitens kann aus der moralischen Forderung, daß keine Unfälle verursacht werden sollen, auch die Bejahung der Vorschrift: „Rechts fahren, links vorfahren", abgeleitet werden. — Man pflegt auch im Hinblick auf das Verhältnis von Wirtschaft und Recht eine rechtlich geregelte und eine rechtlich nicht geregelte Wirtschaft zu unterscheiden und das rechtlich nicht geregelte, der freien Privattätigkeit überlassene Gebiet als jenen Teil der Wirtschaft aufzufassen, der in keiner Berührung mit dem Recht steht. Dies ist ebenfalls falsch. Denn sobald das Recht einen einzigen Eingriff in das Wirtschaftsleben gemacht hat, sonst aber freien Raum für die Privattätigkeit ließ, wurde bereits das ganze Wirtschaftsleben rechtlich geregelt. Auch der anscheinend rechtlich nicht geregelte Teil der Wirtschaft steht unter rechtlicher Regelung, und es ist gerade das Recht, das hier die freie Privattätigkeit gewähren läßt (obgleich es sie beschränken könnte) und sie auch rechtlich beschützt, gegen fremde Eingriffe

verteidigt sowie zu rechtsgültigen freien Verfügungen ermächtigt. Die Rechtseinrichtungen des freien Privateigentums und der Vertragsfreiheit bedeuten eigentlich nichts anderes als eine Delegierung des Privatwillens zur rechtlichen Gestaltung des Wirtschaftslebens (Lex-contractus). Die rechtsphilosophische Auffassung von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung ist auch in diesem Zusammenhang richtig: Das Recht kann etwas auch in der Weise regeln, daß es sich vom rechtlichen Eingriff zurückhält. Die Proklamierung des Grundsatzes: „Laissez-faire, laissez-aller" ist auch eine Art der rechtlichen Regelung. Der Unterschied zwischen einem liberalen und einem kommunistischen Wirtschaftssystem besteht nicht darin, daß bei dem ersten die rechtliche Regelung fehlt, bei dem zweiten dagegen die freie Privattätigkeit durch eine ausführliche rechtliche Regelung ersetzt wird, denn die rechtliche Regelung der Wirtschaft ist hier wie dort vorhanden, nur die Art der Regelung ist verschieden. Im Sinne der Theorie von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung kann man das Recht auch dafür verantwortlich machen, daß es erforderliche rechtliche Maßnahmen unterlassen hat; die Weltgeschichte liefert allzu viele Beispiele dafür, daß Unterlassungssünden des Rechts schwerer wiegen können als Fehlgriffe der Gesetzgebung. Die Verursachung durch Unterlassung ist aber wieder kein naturgesetzlich-kausaler Begriff.

Die obigen Ausführungen haben jedoch nicht den Zweck, nachzuweisen, daß zwischen zwei sozialen Erscheinungen — und somit auch zwischen dem Recht und einer beliebigen anderen sozialen Erscheinung — überhaupt keine kausalen Beziehungen bestehen könnten. Als Ergebnis unserer Untersuchungen kann bloß die Behauptung aufgestellt werden, daß zwischen zwei sozialen Erscheinungen niemals ein direkter kausaler Zusammenhang bestehen kann. Der Zusammenhang der sozialen Erscheinungen ist unmittelbar immer ein geistiger Zusammenhang, wie denn auch das soziale Dasein, als Ganzes, durch geistige Bande zusammengehalten wird. Infolge des Schichtenzusammenhangs — daß nämlich geistige Inhalte mit psycho-physischen Trägern verbunden sind — hat nun jeder geistige Zusammenhang sozialer Inhalte seine Projektion im Raume der kausalen Tatsachen: Die geistigen Inhalte führen ihre kausalen Begleiterscheinungen mit sich, und diese kausalen Kräfte sind es, die in Abhängigkeit von jenen Inhalten die soziale Wirklichkeit gestalten.

Bei dieser Gestaltung der tatsächlichen sozialen Wirklichkeit spielt das Recht die größte Rolle. Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß im Kreise der sozialen Ideologien bloß dem Recht die Fähigkeit innewohnt, sich, wenn es sein muß, auch durch Zwangsanwendung erfolgreich durchsetzen zu können und daß somit letzten Endes das Recht über die tatsächliche soziale Geltung sämtlicher Ideologien entscheidet. Es kann zwar auch jede andere Ideologie den Versuch wagen, Gewalt anzuwenden, dies führt jedoch zu einer Revolution und, wenn sie erfolgreich ist, zum Sturz des alten und zur

Begründung eines neuen Rechts. Es ist ein Wesenszug des Rechts, daß sich in seinem geistigen Inhalt bereits die Androhung des Zwanges und meistens auch eine Organisation der Zwangsgewalt und des zwanganwendenden Prozesses vorfindet. Die Androhung des Zwanges ist ja — wie oben ausgeführt — jener allgemeine geistige Inhalt, der in einem jeden Recht enthalten sein muß. Die Organisation der Zwangsgewalt und des zwanganwendenden Prozesses, die sich in entwickelteren Rechtsordnungen findet, bedeutet ihrerseits jenen Teil der Rechtsordnung, der sich auf die Lebensvorgänge des Rechts selbst bezieht[1]). Im übrigen enthält das Recht Normen des Handelns, die das gegenseitige Verhalten von Menschen gegeneinander regeln; der besondere geistige Inhalt dieser Normen ist jedoch mit dem Rechtsbegriff noch nicht gegeben und für das Recht nicht charakteristisch: Das Recht kann seinen besonderen Inhalt aus beliebigen anderen sozialen Ideologien hernehmen. Oben war bereits auch davon die Rede, daß jede soziale Ideologie, sobald sie die Kraft erlangt, nötigenfalls mit Zwangsandrohung und Zwangsanwendung verwirklicht werden zu können, sich in Recht umwandelt. Sowohl bei der revolutionären als auch bei jeder originären Rechtsentstehung handelt es sich darum, daß gewisse religiöse, ethische, politische oder wirtschaftliche Ideologien diese Kraft erlangen: die „erste" Zwangsgewalt des Rechts wird nicht durch rechtliche Normen, sondern durch andere soziale Ideologien zusammengehalten.

Aus dem Gesagten können zwei Folgerungen gezogen werden. Die eine betrifft die soziale Leistung des rechtlichen Zwanges. Durch seine enge Verbundenheit mit dem Zwang spielt das Recht in der sozialen Wirklichkeit wahrhaftig eine entscheidende Rolle. „Eng beieinander wohnen die Gedanken, doch hart im Raume stoßen sich die Sachen." In der Welt der harten kausalen Wirklichkeit ist es das Recht, das einem sozialen Gedanken trotz physischer Widerstände zur tatsächlichen Geltung verhilft. Und in dem endlosen Streite der widersprechenden Meinungen, der gegensätzlichen Zielsetzungen, in dem Durcheinander der „eng beieinander wohnenden" Ideologien, ist es wieder das Recht, das sich für die eine Ideologie entscheidet und hierdurch die widerspruchslose Gestaltung des gesellschaftlichen Lebens und die Einheit des sozialen Daseins sichert.

Die andere Folgerung betrifft das Verhältnis des Rechts zu den sozialen Ideologien. Gewiß, es ist keine soziale Ideologie für das Recht charakteristisch: Das Recht kann seinen besonderen Inhalt aus beliebigen Ideologien, die soziale Zielsetzungen enthalten, hernehmen. Aber daß es überhaupt einen besonderen Inhalt habe, gleichviel aus welchem ethisch-politisch-wirtschaftlichen System es ihn hernimmt,

---

[1]) Vgl. meinen bereits zitierten Aufsatz: „Öffentliches und privates Recht", in der „Internationalen Zeitschrift für Theorie des Rechts", Bd. XII, 1938, S. 14 ff., sowie meinen Aufsatz: „Das Rechtssystem", in derselben Zeitschrift, Neue Folge, Bd. I, 1939, S. 1 ff.

ist für das Recht wesentlich. Ohne einen solchen ideologischen Gehalt wäre kein Recht möglich; bereits die „erste" Zwangsgewalt des Rechts wird durch nichtrechtliche geistige Inhalte zusammengehalten. Die naturrechtliche Auffassung der Scholastik war der Meinung, daß ein jedes positive Recht einen ethischen Inhalt haben müsse. Betrachtet man jede praktisch-teleologische Ideologie als eine ethische, so ist diese Auffassung richtig; gehört jedoch die objektive Richtigkeit zum Begriff des Ethischen, so ist sie nicht zutreffend. Unserer Meinung nach, aber auch nach der Ansicht der scholastischen Naturrechtslehre, gehört nun die objektive Richtigkeit in der Tat zum Wesen des Ethischen. Ja, selbst die sogenannte „positive Moral" muß wenigstens von der Überzeugung ihrer objektiven Richtigkeit getragen sein. Aber bereits hier ist schon der Irrtum möglich: Von zwei widersprechenden moralischen Überzeugungen können nicht beide objektiv richtig sein. In noch höherem Maße kann der geistige Inhalt des Rechts ethisch unrichtig und auch der positiven Moral widersprechend sein. Ist er moralisch richtig oder unrichtig, der geistige Inhalt des Rechts ist der moralischen Beurteilung unterworfen. Ja, er kann sich auch der geistigen Auseinandersetzung mit den übrigen sozialen Ideologien nicht entziehen. Diese Auseinandersetzung, die kein kausaler Prozeß ist, kann nun zu einer Lockerung des Schichtenzusammenhanges zwischen der rechtlichen Ideologie und ihrer kausalen Unterlage führen und somit den Sturz des alten und das Entstehen eines neuen Rechts zur Folge haben.

In einem ewigen Kreislauf werden somit soziale Ideologien vom Recht beschützt oder bekämpft und Rechtsordnungen von sozialen Ideologien begründet oder unterwühlt. Dieser Kreislauf wird durch geistige Kämpfe, durch den Schichtenzusammenhang zwischen Ideologie und Wirklichkeit und endlich durch das kausale Ringen der im Dienste der Ideologien stehenden psycho-physischen Kräfte bewegt. Er kann keinesfalls als ein einfacher kausaler Zusammenhang betrachtet werden.

Die Soziologie des 19. Jahrhunderts wollte eine rein kausale Wissenschaft von der Gesellschaft, eine Naturwissenschaft des Sozialen, begründen. Eine zeitgemäße geisteswissenschaftliche Gesellschaftslehre muß dagegen von dem Grundsatz ausgehen, daß der bezeichnende Wesenszug des sozialen Daseins in dem ihm innewohnenden geistigen Gehalt zu finden ist, der einer jeden naturwissenschaftlich-kausalen Untersuchung unzugänglich ist. Allgemeine Ausgangspunkte für eine solche geisteswissenschaftliche Rechtssoziologie zu liefern, war der Zweck obiger Ausführungen; die ausführliche Untersuchung des Zusammenhanges zwischen dem Recht und den verschiedenen anderen Gruppen sozialer Erscheinungen fällt bereits außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung.

# Tuka's Rechtsphilosophie

Von
**Julius Moór**, Budapest

Inhalt: Vorbemerkung. — 1. Jugendwerk und Alterswerk. — 2. Soziologische Typologie der Rechtssysteme. — 3. Allgemeine Rechtslehre. — 4. Staat, Recht und Völkerrecht.

Vorbemerkung: Die folgenden Ausführungen wollen nicht eine übliche Besprechung des neuen Buchs von Tuka sein, zumal eine solche in dieser Zeitschrift (Bd. XXII [1942], S. 564 ff.) bereits veröffentlicht wurde, sie wollen vielmehr eine rechtsphilosophische Erörterung einiger von ihm berührten Grundprobleme bieten. Hieraus ist auch der Umstand zu erklären, daß sich der größte Teil des Artikels mit den wenigen Seiten des I. und V. Hauptstückes befaßt. Es muß auch gesagt werden, daß ich bloß die Gliederung und die Leitgedanken des Werkes untersuchen und daher seinem wahren Werte vielleicht nicht vollauf gerecht werden konnte. Der größte Vorzug des Werkes besteht nämlich, meiner Beurteilung nach, gerade in der feinen Ausarbeitung der Einzelfragen, im Erblicken überraschender Zusammenhänge zwischen Einzelheiten, in der kunstvollen, oft Aphorismen ähnlichen Formulierung treffender Bemerkungen, mit einem Worte: in der Ausfüllung des Rahmens, der durch die Gliederung und die Leitgedanken des Werkes gebildet wird. Bei der Besprechung dieses „Rahmens" habe ich mir in der Kritik keine besondere Zurückhaltung auferlegt, schon deshalb nicht, weil der gelehrten Persönlichkeit Tukas und einer Gesinnung, womit er sich auf dem Titelblatt seines Buchs einfach und schlicht als „Professor der Rechte an der Universität Preßburg" bezeichnet, eine herbe Kritik besser angepaßt ist, als der Sirenengesang eines schmeichelnden Lobes.

1. Unter dem Titel „Die Rechtssysteme. Grundriß einer Rechtsphilosophie" ist im Jahre 1941 ein interessantes und wertvolles Buch erschienen: Tuka, Ministerpräsident des slowakischen Staates, veröffentlichte darin die Ergebnisse jener Gedanken und Forschungen, die ihn während seines achteinhalbjährigen Aufenthaltes im Zuchthaus beschäftigten[1]). Im Vorwort erklärt er, daß sein Buch,

1) Die Rechtssysteme. Grundriß einer Rechtsphilosophie. Von Dr. Vojtech Tuka, Professor der Rechte an der Universität Preßburg. Mit einem Geleitwort von Dr. Dr. C. A. Emge, Professor der Rechtsphilosophie an der Universität Berlin, Vizepräsident der Akademie für Deutsches Recht. — Beiheft 37 zum Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Slowakische

das in der einsamen Zelle geschrieben wurde, noch lange nicht fertig sei, er übergebe es aber dennoch der Öffentlichkeit, da er nicht wisse, ob es ihm noch einmal vergönnt sein werde, sich in die Ruhe der Gelehrtenstube zurückzuziehen, um es in allen Einzelheiten zu vollenden[1]).

Diese melancholische Herbststimmung des Vorwortes legt es nahe, das Buch mit dem in ungarischer Sprache verfaßten gewaltigen Jugendwerke Tukas über die Freiheit zu vergleichen[2]). Dieses Werk ist eine der besten Leistungen der ungarischen staatsphilosophischen Literatur. Mit gewissenhaftester Berücksichtigung eines überaus umfangreichen philosophischen und staatswissenschaftlichen Schrifttums wird darin eine idealistische Auffassung begründet, und es werden alle großen Probleme der Staatstheorie vom Gesichtspunkt der menschlichen und der politischen Freiheit aus beleuchtet. Die Freiheit selbst ist für den gelehrten Verfasser mit der moralischen Pflicht gleichbedeutend: sie ist, seiner Ansicht nach, „die Verwirklichung des Guten, die zur Wirklichkeit gewordene Moralität"[3]). Im Gegensatze zu diesem alten Werke des jungen Gelehrten zeichnet sich das jüngste Buch des alten Staatsmannes durch seine trockene Nüchternheit aus: es ist darin nichts von dem idealistischen Schwunge des Jugendwerkes zu verspüren. Ja, selbst die Philosophie — die „Poesie der Vernunft" — scheint in diesem „Grundriß einer Rechtsphilosophie" zu fehlen. „Vielleicht wird man finden" — lesen wir im Vorwort —, „daß der Inhalt dieses Werkes besser mit dem Wort Rechtssoziologie als mit dem Wort Rechtsphilosophie bezeichnet sei." Der Verfasser meint jedoch, die Soziologie in dem Sinne, wie er sie versteht, hätte „sich nie ganz aus dem Mutterschoß der Philosophie gelöst"[4]). Dieser Meinung können wir nicht beipflichten. Stellt man der Philosophie die Aufgabe, das Ganze des Universums in ein einheitliches Weltbild zusammenzufassen und die Grundlage einer einheitlichen Weltanschauung zu liefern, so wird man in der Rechtsphilosophie Tukas keine Berührungspunkte mit einer solchen Philosophie finden. Und erblickt man die Aufgabe der Rechtsphilosophie darin, daß sie das Recht in die Einheit des philosophischen Weltbildes, in unsere einheitliche Weltanschauung einzufügen habe, erwartet man von ihr die Aufdeckung der Fäden, die das Recht einerseits mit dem Reich der Wirklichkeit und anderseits mit dem Reich der Werte verbinden, so wird man ein Buch, dessen Ziel hauptsächlich darauf gerichtet ist, geschichtliche und ethnographische Tatsachen, sowie Er-

---

Rechtsphilosophie I. — Albert Limbach Verlag, Berlin-Wien. 1941. — XV, 273 S.

[1]) A. a. O., S. VIII.

[2]) A szabadság. Politikai tanulmány. Irta Tuka Béla jogakadémiai tanár. — Grill K. Budapest. 1910. — 528 S.

[3]) A. a. O., S. 99.

[4]) A. a. O., S. IX.

scheinungen des Rechtslebens nach verschiedenen Gesellschaftstypen zu gruppieren, kaum als ein „rechtsphilosophisches" bezeichnen können. So muß man das Buch Tukas über die Rechtssysteme — ohne damit seinen wissenschaftlichen Wert zu schmälern — in den Bereich der Rechtssoziologie und den der allgemeinen Rechtslehre verweisen.

2. Der Kern des neuen Werkes wird durch sein zweites „Hauptstück" gebildet, das fast die Hälfte seines Umfanges ausmacht (S. 31 bis 155) und bezeichnenderweise, so wie das Buch selbst, den Titel „Die Rechtssysteme" trägt. In diesem Hauptstück ist der Verfasser bestrebt, sechs „Gesellschafts- oder Ordnungstypen" zu unterscheiden und das umfangreiche geschichtliche Rechtsmaterial hiernach zu gruppieren.

Bei der Aufstellung von Gesellschaftstypen kann man, unserer Ansicht nach, zwei Wege verfolgen. Der eine — rein induktive — Weg führt vom Zusammentragen der geschichtlichen Tatsachen durch die unmittelbare Betrachtung ihrer Ähnlichkeiten und ihrer Unterschiede zur Unterscheidung der hauptsächlichsten Typen. Der andere — mehr deduktive — geht von dem Begriff der Gesellschaft aus, analysiert die einzelnen Elemente des gesellschaftlichen Daseins und versucht je nach dem möglichen Übergewicht der einzelnen Elemente die Gesellschaftstypen zu bilden. Nach diesem zweiten Verfahren könnte man z. B. Gesellschaften, die unter dem überwiegenden Einfluß der äußeren Natur stehen oder die durch die körperlich-seelische Natur ihrer Mitglieder bestimmt sind, von Gesellschaften, die das Gepräge des geistigen Lebens als Merkmal an sich tragen, unterscheiden. Da der Gedanke, der Geist — trotz aller Beschränkung durch unerbittliche Naturnotwendigkeiten —, dennoch die mächtigste gesellschaftbildende Kraft ist, ist es leicht einzusehen, daß dieses zweite Verfahren zu einer Typenbildung auf Grund der Verschiedenheit der sozialen Ideale, der Anschauungen vom richtigen sozialen Handeln, führen und daß hieraus eine moralisch fundierte Typologie hervorgehen muß.

Der idealistische Theoretiker der Freiheit scheint für eine solche Typenbildung besonders geeignet zu sein, er geht aber dennoch an der Möglichkeit eines solchen deduktiven Verfahrens, aber auch an der des induktiven vorbei und wählt zu seinem Ausgangspunkte — einen lateinischen Hexameter. „Für die Untersuchung des menschlichen Zusammenlebens — behauptet er — eignet sich besonders die Kategorientafel des altbekannten Hexameters: quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando"[1]). Den in diesem Hexameter zusammengefaßten Erkenntniskategorien entsprechend, hat — seiner Ansicht nach — ein jedes gesellschaftliche Dasein (quid) sechs „Dimensionen"; je nachdem, welche der Dimensionen das Übergewicht besitzt, ergeben sich sechs verschiedene Gesellschaftstypen:

[1]) A. a. O., S. 31.

1. Jede Gesellschaft besteht aus Menschen (quis); tritt dementsprechend die körperliche Beschaffenheit des Menschen in den Vordergrund des Zusammenlebens, so entsteht der karnine Typ. 2. Jede Gesellschaft braucht materielle Güter, „Sachen", zu ihrem Leben (quibus auxiliis); ist in ihr dementsprechend der Besitz von maßgebender Bedeutung, so entsteht der domine Typ. 3. Jede Gesellschaft verfolgt den Zweck, den Zustand eines „wirtschaftlich-kulturellen Höhengrades" zu erreichen (cur); herrscht in ihr dementsprechen das Streben nach Wohlstand und wird alles als Ware betrachtet, so entsteht der merzine Typ. 4. Jede Gesellschaft muß ihre Aufgaben auf eine geeignete „Art und Weise", mit den Hilfsmitteln einer bestimmten „Technik" lösen (quomodo); ist in ihr dementsprechend die Technik, die „lex artis", ausschlaggebend, so entsteht der artine Typ. 5. Jede Gesellschaft besteht aus zeitlichen Geschehnissen und Ereignissen (quando); ist in ihr die Zeit der „herrschende Planet", werden die „großen Zeiten" von stürmisch erregten Menschenmengen erlebt, so entsteht der tumultine Typ. 6. Jede Gesellschaft ist endlich ein Zusammenleben im Raume (ubi); sind in ihr dementsprechend die örtlichen Beziehungen der Nachbarschaft die Grundlage des Zusammenlebens, so entsteht der vizine Typ.

Diesen sechs Gesellschaftstypen entsprechen sechs Rechtssysteme mit eigenartigen Rechtseinrichtungen. Nach eingehender Schilderung des karninen, des dominen, des merzinen, des artinen, des tumultinen und des vizinen Rechtssystems glaubt nun Tuka die geschichtsphilosophische Ansicht aussprechen zu können, daß die Geschichte der Menschheit in dem unausweichlichen ewigen Wechsel der verschiedenen Gesellschafts- und Ordnungstypen besteht. Dieser Wechsel kann durch einen gewaltigen Umsturz oder auf dem Wege der Reform vor sich gehen, erstreckt sich aber nie gleichzeitig auf alle Gebiete des Zusammenlebens und auf alle Teile der Rechtsordnung. So können im gesellschaftlichen Dasein verschiedenen Typen zugehörige Ordnungen nebeneinander bestehen und seine Gesamtordnung kann „ein Komplex von mehreren Ordnungen" sein. „Im Staate entwickelter Kultur pflegen — nach des Verfassers Ansicht — alle sechs Gesellschaften sichtbar vorhanden zu sein"[1]). Nicht nur das Recht und die übrigen Arten der sozialen Regeln können verschiedenen Typen zugehören, sondern auch das positive Recht selbst kann „ein aus verschiedenen Gebilden zusammengewachsenes Ganzes" sein. Neben den Rechtseinrichtungen des zur Herrschaft gelangten Gesellschaftstyps leben sehr viele des alten Typs noch weiter, und es entwickeln sich bereits auch solche, die das Kommen einer neuen Zeit verkünden. So sind im positiven Recht „verschiedene veraltete, verderbte, verunstaltete Überbleibsel enthalten, wie auch ein buntes Gemenge selbstgewachsener und angenommener Elemente und embryonale Andeutungen der Anfangsakkorde einer Zukunftsmusik"[2]). Die Bedeutung der

[1]) A. a. O., S. 148.
[2]) A. a. O., S. 150.

Typologie besteht nun darin, daß sie „eine Spektralanalyse der positiven Rechtsordnungen ermöglicht". Da jede Rechtseinrichtung nach dem Geiste ihres Typs beurteilt werden muß, „hat die Erkenntnis des Ursprungs, des Charakters und der typischen Zugehörigkeit einer Institution praktische Bedeutung"[1]).

Zweifelsohne ist es ein tiefer und interessanter Gedanke, die Rechtssysteme nicht nach dem Systemzusammenhang des positiven Rechts gegeneinander abzugrenzen, sondern nach der geistigen Zugehörigkeit der Rechtseinrichtungen zu einem rechtsschöpferischen sozialen Prinzip. Daher verdienen auch die Ausführungen Tukas über die sechs verschiedenen Rechtssysteme ernsthaft beachtet zu werden. Aus der konsequenten Durchführung seines Gedankens würde aber eine eigentümliche Abart des Naturrechts hervorgehen. Wenn nämlich die geistige Zugehörigkeit zu einem leitenden Prinzip das einigende Band ist, das die einzelnen Rechtseinrichtungen zu einem System verknüpft, so hat ihre Zugehörigkeit zum positiven Recht nur nebensächliche Bedeutung. Und da man bei konsequenter Durchführung eines Gedankens alles Nebensächliche beiseite setzen kann und soll, wäre es nur folgerichtig, wenn man in der Typologie einen Schritt noch weitergehen und die verschiedenen „Rechtssysteme" ganz ohne Berücksichtigung des positiven Rechts in allen Einzelheiten ausbauen würde. Auf diese Weise würde man solche Entwürfe von ideellen Rechtssystemen als Idealtypen erhalten, die sich von den Naturrechtssystemen des 17. und 18. Jahrhunderts nur in dem Punkte wesentlich unterscheiden, daß sie nicht mit der Prätension, absolut richtiges Recht zu sein, auftreten. Diese Idealtypen müßten sich mit dem Anspruch, bloß mögliches Recht zu sein, begnügen, ohne jedoch die Probe der Möglichkeit ihrer Verwirklichung bestanden zu haben. Als Beiträge zur rechtsphilosophischen Lehre vom möglichen Recht und vielleicht auch als rechtspolitische Programme wären diese Gedankengebilde dennoch nicht ohne Bedeutung.

Der größte Fehler der Typologie Tukas liegt aber in der willkürlichen und gekünstelten Ableitung der sechs Gesellschaftstypen. Auf schulmeisterhafte alte Hexameter kann man keine Sozialphilosophie aufbauen. Vorausgesetzt, daß der zum Ausgangspunkt dienende Hexameter eine vollständige und richtige Tafel der Erkenntniskategorien enthält — was jedoch fraglich ist —, kann man zwischen Gesellschaftstypen und Erkenntniskategorien keinen Zusammenhang annehmen. Die Bemühungen Tukas, einen solchen Zusammenhang herzustellen, sind nicht überzeugend. Daraus, daß jede Gesellschaft aus zeitlichen Geschehnissen und Ereignissen besteht, kann man z. B. nicht auf „große Zeiten" mit stürmisch bewegten Menschenmengen folgern. Aus der Frage des „Warum" (cur), daraus, daß jedes Zusammenleben einen Zweck hat, läßt sich nicht darauf schließen, daß dieser Zweck der Wohlstand sei und daß vom Gesichtspunkt des Wohlstandes aus alles als Ware erscheine. Und so weiter.

[1]) A. a. O., S. 151.

Daß die Typologie Tukas, trotz des fehlerhaften Ausgangspunktes, bei der ausführlichen Schilderung der verschiedenen Typen viele interessante und wertvolle Ergebnisse hervorbringt, ist dem Umstande zuzuschreiben, daß er — vielleicht ganz unbewußt — den karninen Gesellschaftstyp mit der Gentilverfassung, den dominen Typ mit dem Feudalsystem und den merzinen Typ mit dem Kapitalismus gleichsetzt[1]) und sodann ein zutreffendes Bild dieser gesellschaftlichen Lebensformen entwirft, ohne dabei die Bedeutung der Fragen „quis", „quibus auxiliis" und „cur" besonders zu betonen. In ähnlicher Weise hat er bei der Schilderung des vizinen Typs die griechische Polis, bei der des artinen Typs eine berufsständische Gliederung und bei der des tumultinen Typs die Diktatur des Einzelnen oder der Masse vor Augen. Daß in all diesen verschiedenen sozialen Lebensformen die Verschiedenheit der einzelnen Erkenntniskategorien sich widerspiegeln würde, ist nicht zu glauben. Tuka selbst wird nur scheinbar vom Gesichtspunkte der Erkenntniskategorien geleitet; tatsächlich schweben ihm gewisse geschichtliche Epochen vor, die er in das Prokrustesbett der Erkenntniskategorien zu zwängen versucht. Der eigentliche Leitgedanke seines Systems, das wahre „principium divisionis" seiner Typen, bleibt allerdings in undurchdringliches Dunkel gehüllt; und es ist überhaupt schwer, für die Unterscheidung so heterogener Typen einen einheitlichen Leitgedanken zu finden.

„Was ich dem Leser zu bieten habe — sagt Tuka im Vorworte seines Werkes —, ist im Grunde nicht mehr als eine neue Methode... Nichts Neues will ich entdeckt haben, sondern das Alte denkökonomisch zusammenfassen, die wirren Fäden menschlichen Geschehens aufsuchen und in neuer Übersicht ordnen"[2]). Versteht er aber unter seiner neuen Methode das Auffangen des umfangreichen gesellschaftlichen und historischen Tatsachenmaterials mit dem Netze der sechs Gesellschaftstypen, so können wir ihm auf diesem Wege — trotz aller Anerkennung seiner gelehrten Leistungen — nicht folgen.

3. Im Gegensatz zu den soeben behandelten soziologischen Ausführungen haben die folgenden beiden Hauptstücke des Werkes einen juristischen Charakter. Ihre Trennung ist übrigens unbegründet, denn das dritte Hauptstück (S. 156—208) behandelt ja — unter dem Titel „Das Rechtsleben" — nichts anderes als die Probleme der Rechtsetzung (§§ 20, 21), der Rechtsanwendung (§ 17: Rechtseinhaltung, § 18: Rechtswahrung), sowie des Rechtsbruchs (§ 19) und das vierte Hauptstück (S. 209—249) beschäftigt sich — unter dem Titel „Der Kleinkrieg um das Recht" — ebenfalls mit den Fragen der Rechtsanwendung, und zwar insbesondere mit denen des Pro-

[1]) Seine Bemerkung auf S. 152, daß der merzine Typ „in der Mehrzahl der europäischen und amerikanischen Staaten während des 19. Jahrhunderts die Dominität in ihrer Führerrolle abzulösen begann", ist besonders aufschlußreich in dieser Hinsicht.

[2]) A. a. O., S. IX.

zesses, der Interpretation und der freirechtlichen Bewegung. Daß dieser „Kleinkrieg um das Recht" zum „Rechtsleben" gehört, ist selbstverständlich.

Was bei diesen Betrachtungen Tukas über das Rechtsleben zunächst auffällt, ist der Umstand, daß sie in einem nur sehr losen Zusammenhang mit seiner Lehre von den Gesellschaftstypen stehen. Man könnte meinen, daß er hier nur die allgemeinen Lebensphasen des Rechts — die Phase der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung und des Rechtsbruchs — untersuche, und da diese Phasen im Leben eines jeden Rechts — ohne Rücksicht auf seinen Inhalt und seinen Typ — vorkommen, so könnten diese Untersuchungen mit der Typologie der Rechtssysteme — die gerade auf den Eigentümlichkeiten des besonderen Rechtsinhaltes aufgebaut ist — naturgemäß keine Berührungspunkte haben. Die Meinung, es handle sich in diesen Hauptstücken des Werkes um die vom Wechsel der Rechtsinhalte und der Typen unberührten, bleibenden Elemente des Rechtslebens, um den allgemeinen formalen Rahmen also, innerhalb dessen die inhaltliche Mannigfaltigkeit der Typen sich entfalten kann, trifft jedoch nicht zu. Denn unser Verfasser befaßt sich hier so eingehend mit dem Rechtsinhalte, daß sich in diesen Teilen seines Buches eine kurzgefaßte Enzyklopädie sowohl des Privatrechts (§ 17), als auch des Staatsrechts (§§ 18, 20), sowie des Strafrechts (§ 19) und des Prozeßrechts (§ 22) finden läßt. Er begnügt sich des öfteren nicht damit, die wichtigsten Institutionen dieser Rechtsgebiete zu schildern, sondern behandelt manchmal auch kleine Einzelheiten, z. B. den Zahlungsbefehl und das Strafmandat[1]). Obgleich er es nicht hervortreten läßt, daß die von ihm behandelten Rechtseinrichtungen keine bleibenden Elemente des Rechtslebens sind, ist es unzweifelhaft, daß sowohl ihr Vorkommen überhaupt, als auch ihre inhaltliche Ausgestaltung von den Veränderungen des positiven Rechts abhängt. Die Veränderungen des positiven Rechts sind aber, im Sinne der Lehre Tukas, nur ein Abglanz des unausweichlichen ewigen Wechsels der sechs Gesellschaftstypen, worin die ganze Geschichte der Menschheit bestehen soll. Es wäre somit vom Gesichtspunkt der Folgerichtigkeit aus notwendig gewesen, die behandelten Rechtseinrichtungen in ein viel engeres Verhältnis zu den Gesellschaftstypen zu bringen, als in welches sie hier und da tatsächlich gebracht wurden.

Da die jetzt in Frage stehenden Teile des Buches sich hauptsächlich mit allgemein verbreiteten Rechtseinrichtungen befassen, kann man sie als eine kurzgefaßte allgemeine Rechtslehre charakterisieren.

4. Einen rechtsphilosophischen Charakter haben dagegen die beiden, noch nicht behandelten, Teile: das einleitende erste Hauptstück (S. 1—30) mit dem Titel „Die Rechtsordnung" und das abschließende fünfte Hauptstück (S. 250—273), betitelt „Die zwischen-

[1]) A. a. O., S. 211.

rechtliche Ordnung". Anfang und Ende gehören in diesem Werke inhaltlich eng zusammen. In dem ersten Hauptstück wird nämlich die Ansicht vertreten, daß „Recht und Staat der Ausdruck ein und derselben Wesenseinheit (seien), nur von verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet"; sie sollen auch „gemeinsam, uno ictu" entstehen[1]). Das fünfte Hauptstück ist nun bestrebt, diese Auffassung mit dem Bestehen eines Völkerrechts in Einklang zu bringen.

Es ist einleuchtend, daß eine Auffassung, die die Identität von Recht und Staat behauptet, folgerichtig zur Leugnung des Völkerrechts führen muß. Sind Recht und Staat identisch, so kann von einem überstaatlichen oder zwischenstaatlichen Recht nicht gesprochen werden. Ein Weltstaat, der diesem überstaatlichen Recht zur Grundlage dienen könnte, fehlt zur Zeit noch, und wäre er schon entstanden, so wäre sein Recht kein Völkerrecht, sondern das innere Staatsrecht des Weltstaates, der die früheren selbständigen Staaten als unselbständige Provinzen in sich schließen würde. Die Auffassung Tukas ist insofern tatsächlich folgerichtig, als er — seiner Ansicht von der Identität von Recht und Staat entsprechend — das sogenannte Völkerrecht nicht als Recht, sondern als eine Art der gesellschaftlichen Konvention betrachtet[2]). Sie ist aber insofern inkonsequent, als er in einem ganz bescheidenen Umfange dennoch das Bestreben eines Völkerrechts anerkennt: „In demselben Maße — lehrt er —, als ein Staat andere Staaten seinem Willen, seiner Souveränität und obrigkeitlichen Gewalt unterwirft, als er in diesem Überstaat seine Ordnung in den Beziehungen zu ihnen zur Geltung bringt, kann hier von Recht, und zwar von Völkerrecht, gesprochen werden"[3]). Daß dieser neue Begriff des Völkerrechts jenen Erscheinungen, die durch einen eindeutigen Sprachgebrauch mit dem Terminus Völkerrecht bezeichnet werden, nicht entspricht, liegt auf der Hand. Es ist auch zweifellos, daß das angebliche Völkerrecht Tukas nur als das innere Staatsrecht jenes Überstaates begriffen werden kann, der andere ehemalige Staaten — als Provinzen oder Gliedstaaten — „seiner Souveränität und obrigkeitlichen Gewalt unterwirft"; denn entweder ist der Über-

[1]) A. a. O., S. 27.

[2]) Vgl. a. a. O., S. 253: „... alle sogenannten internationalen Verträge sind bloß Pseudoverträge; denn sie entstehen nicht in einer Rechtsatmosphäre, d. h. unter dem Schutze einer obrigkeitlichen, über den vertragschließenden Parteien stehenden Macht." Ferner S. 254: „Während die Durchsetzung der Normen des Zusammenlebens im Inneren des Staates durch die Staatsgewalt gewährleistet ist, stützt sich ein großer Teil der Regelsammlung des sogenannten Völkerrechts lediglich auf Ehre, Höflichkeit, Vertrauen, Loyalität, Berechnung, Furcht vor Vergeltung, und bleibt daher häufig unbeachtet", und S. 256: „Die vom Staate festgelegte und erhaltene Ordnung besitzt im Lande ihrer Geltung die Würde des Rechtes, dagegen hat sie auf dem zwischenstaatlichen Kampfplatz bloß den Wert einer gesellschaftlichen Disziplin."

[3]) A. a. O., S. 256.

staat selbst ein Staat, dann können seine Glieder nicht Staaten im wahren Sinne des Wortes sein, oder ist er selbst kein Staat, dann kann aber seine Ordnung keine Rechtsordnung und somit auch kein Völkerrecht sein.

Die Ansicht von der Identität von Recht und Staat führt auch zu anderen Schwierigkeiten. Tuka unterscheidet nämlich bereits in seinen einleitenden Ausführungen drei „Gestaltungsformen" des Staates, die er „durch Vergleich mit Maschine, Leben und Seele als mechanoid, bioid und psychoid" bezeichnet[1]). Er vermeidet es zwar sorgfältig, von verschiedenen „Typen" zu reden und spricht bloß von „Gestaltungsformen" oder „Ausformungen" des Staates; doch ist es durchsichtig, daß hier von drei verschiedenen Staatstypen die Rede ist. Sind nun Recht und Staat „der Ausdruck ein und derselben Wesenseinheit", so entsteht die Frage, in welchem Verhältnis die drei Staatstypen — die auf einem Vergleich beruhen — und die sechs Typen von Rechtssystemen — die aus einem Hexameter hervorgehen — begriffen werden sollen? Unser Verfasser wirft diese Frage nicht auf, und wir finden in seinem Werke keine Antwort darauf.

In der Ansicht von der Identität von Recht und Staat ist außerdem bereits eine Art des Rechtspositivismus enthalten. Begreift man nun mit Tuka den Staat als einen Machtstaat und als einen Klassenstaat[4]), so muß man auch die Rechtsordnung als eine Zwangsordnung auffassen. Und Tuka verfährt insofern auch ganz folgerichtig, als er die „Zwangsnatur des Rechts" behauptet[3]). Er unterläßt es jedoch, seinen Rechtspositivismus mit den naturrechtlichen Konsequenzen seiner Typologie der „Rechtssysteme" in Einklang zu bringen. Er versäumt es, seine sechs „Rechtssysteme" vom Gesichtspunkt des Rechtsbegriffs aus einer Prüfung zu unterwerfen, so daß man versucht ist zu fragen, ob denn diese „Rechtssysteme" — die niemals in ihrer „ursprünglichen, typischen, ‚chemischen' Reinheit" im positiven Recht aufzufinden sind — überhaupt Rechtssysteme seien, oder bloß eine wissenschaftliche „Methode" zur „Spektralanalyse der positiven Rechtsordnungen" bedeuten sollen[4])?

Es ist zu bedauern, daß der Verfasser das Wesen des Rechts nicht eingehender und ausführlicher erörtert. Für die Rechtsphilosophie ist die Bestimmung des Rechtsbegriffs von grundlegender Bedeutung, denn durch die Begriffsbestimmung wird der Platz einer Erscheinung im Universum, seine Stelle im einheitlichen philosophi-

[1]) A. a. O., S. 19—23.

[2]) Vgl. a. a. O., S. 19: „Die gefestigte systematische Vorherrschaft einer Gesellschaft über andere nennen wir Staat."

[3]) A. a. O., S. 25. — Vgl. auch S. 26: „Die gesellschaftliche Disziplin wird wie die Tauschmittel der primitiven Wirtschaft freiwillig angenommen. Indem sie zum Recht wird, nimmt sie ‚Zwangskurs' an. Als Deckung dient ihr die Gewalt."

[4]) A. a. O., S. 149—150.

schen Weltbild, bestimmt. Gerade diejenigen Ausführungen Tukas, die sich mit den grundlegenden Begriffen von Recht, Staat und Gesellschaft befassen, sind aber bloß skizzenhaft, gleichsam im Telegrammstil geschrieben. Die beiden „Hauptstücke", die diese und andere rechtsphilosophisch wichtige Fragen behandeln, betragen insgesamt nicht mehr als 53 Seiten. Gegen ein umfangreiches Buch, das mit dem Anspruch auftritt, den Grundriß einer Rechtsphilosophie zu liefern, muß dies als Einwand erhoben werden.

Bei der Bestimmung des Rechtsbegriffes geht Tuka von den Begriffen der „Ordnung" (§ 1), der „Regel" (§ 4) und der „Disziplin" (§ 5) aus, ohne jedoch den feinen begrifflichen Unterschied dieser Begriffe genau festzustellen. Er hält es auch nicht notwendig anzugeben, ob er diese Begriffe im ontologischen oder deontologischen Sinne, im Sinne einer Seinsordnung oder im Sinne einer Sollensordnung gebraucht[1]). Er stellt sodann die Behauptung auf, daß der Mensch mit allen seinen Handlungen immer nur einer Ordnung gehorcht: es gibt keinen „ordnungsfreien" Raum. Auch derjenige, der die Ordnung bricht, „erfüllt mit seiner ‚ungehorsamen' Tat die Vorschriften einer anderen — bestehenden, gewesenen, zukünftigen — Ordnung des Zusammenlebens". Ja, dadurch, daß man einer Ordnung gehorcht, ist man schon ungehorsam gegen eine andere[2]). — Diese Auffassung läßt die Rolle der Individualität im Zusammenleben gänzlich verschwinden. Die Tätigkeit der großen Persönlichkeiten, des Reformators, des Initiators, des Pioniers, kann unmöglich so aufgefaßt werden, daß sie bei ihren Neuerungen nur einer „zukünftigen" Ordnung gehorchen. Auch der Verbrecher kann nicht als der gehorsame Vollstrecker einer „unterdrückten" Ordnung betrachtet werden[3]).

Menschen, die bestimmte gemeinsame Regeln befolgen, bilden nun — nach Tukas Ansicht — eine Gruppe; ein großer und beständiger „Block von Gruppen", die unter ähnlichen „Ordnungsregeln" leben, bildet seinerseits, durch eine „Disziplin eigener Art" zusammengehalten, eine Gesellschaft; die gesellschaftliche Disziplin tritt

---

[1]) Vgl. a. a. O., S. 12: „Entstehen Regeln aus Taten oder richten sich die Taten nach den Regeln? Entspringt eine Regel daraus, daß Taten sich schon einmal so gestaltet haben oder haben sich die Taten so entwickelt, weil dies ihre ‚unbewußte' Regel war? Vom Standpunkt der Ordnung sind diese Auseinandersetzungen, wie auch jene, ob Regeln ‚logischer' oder ‚psychischer' Herkunft seien, gegenstandslos." — Der ontologische Sinn scheint jedoch der vorherrschende zu sein: „Die Disziplin der Gesellschaft ist der Inbegriff bestimmter regelmäßig und massenhaft vorgenommener Handlungen" (S. 198).

[2]) Vgl. a. a. O., S. 7—8. — Dennoch bejaht aber der Verfasser die Möglichkeit eines rechtsfreien Raumes, des vacuum juris, der Lücken im Recht; vgl. S. 226—228.

[3]) Vgl. a. a. O., S. 221: „Eine rechtswidrige Tat ist stets eine Handlung gemäß einer der unterdrückten gesellschaftlichen Disziplinen."

in Erscheinung „als Brauch, Gewohnheit, Usance, Tradition, Observanz, konventioneller Anstand, juste milieu, Höflichkeit, cant, Takt, Kinderstube, guter Ton, Geschmack, Zeremonie, Lebensart" und wird freiwillig befolgt[1]). Unter „gesellschaftlicher Disziplin" versteht also Tuka ungefähr dasselbe, was Stammler als „Konvention" bezeichnet; und auch seine Auffassung von der Gruppe und von der Gesellschaft erinnert uns an die Ansicht Stammlers, daß das soziale Dasein äußerlich geregeltes Zusammenleben sei. Während aber nach Stammlers Ansicht der Begriff der äußeren Regelung außer der Konvention auch das Recht umfaßt und somit in der Gesellschaft auch das Recht mitinbegriffen ist, kann man nach der Auffassung Tukas das Recht in der staatslosen Gesellschaft noch nicht vorfinden, denn vom Recht kann erst im Staat gesprochen werden. Der Staat entsteht aber erst dann, wenn eine Gesellschaft sich eine andere unterwirft und ihre eigene gesellschaftliche Disziplin der unterworfenen Gesellschaft mit Gewalt aufzwingt. Diese aufgezwungene, hegemonische gesellschaftliche Disziplin ist das Recht. Innerhalb einer Gesellschaft kann keine Vorherrschaft, also auch kein Staat und kein Recht entstehen, denn Hegemonie hat nur im Zusammenleben von Gesellschaften verschiedener Art einen Sinn[2]). Da nun die Gesellschaft und ihre Ordnung ein und dieselbe Erscheinung darstellen, sind auch der Staat, als die hegemonische Gesellschaft, und das Recht, als die hegemonische gesellschaftliche Disziplin — wie bereits erwähnt —, nur der Ausdruck ein und derselben Wesenseinheit[3]).

Die Richtigkeit der geschilderten Auffassung Tukas vom Wesen des Rechts ließe sich in manchen Punkten bezweifeln. Was zunächst die Gleichsetzung von Gesellschaft und gesellschaftlicher Disziplin anlangt, ist es zweifellos, daß diese Auffassung nur die logische Folge der bereits besprochenen Ansicht ist, daß jedes menschliche Handeln bloß die Befolgung irgendeiner Ordnung sei; jene Auffassung ist ebenso einseitig wie diese, obgleich sie einen Kern der Wahrheit enthalten. Würde Tuka die neueren kulturphilosophischen Auffassungen eines Dilthey, Windelband, Rickert, Eduard Spranger und Nicolai Hartmann berücksichtigt haben — bei der hegelianischen Einstellung seines Jugendwerkes wäre dies naheliegend gewesen —, so hätte er vielleicht, anstatt einseitig von „Ordnung", „Regel" und „Disziplin" zu reden, von „Geist", „Wert" und „Sinn" gesprochen und das Wesen sowohl der menschlichen Handlung, als auch der Gesellschaft in geistigen Sinngehalten erblickt. Ist aber die Gesellschaft — nach der modernen Lesart des Hegelschen „objektiven

[1]) Vgl. a. a. O., S. 12, 13, 26.

[2]) Vgl. a. a. O., S. 19, 25, 26.

[3]) Vgl. a. a. O., S. 12: „Die Gruppe und ihre Ordnung, dieser gemeinschaftliche Nenner des Handelns ihrer Mitglieder, stellen ein und dieselbe Erscheinung, nur von zwei verschiedenen Seiten betrachtet, dar." Ferner S. 27.

Geistes" — durch geistige Sinngehalte zusammengehalten, so kann man auch die Inhalte rechtlicher Normen nicht aus dem Kreise dieser Sinngehalte ausschließen.

Damit kommen wir bereits zur Erörterung der Ansicht Tukas, daß eine rechtlose, anarchische Gesellschaft zwar möglich, das Bestehen des Rechts in einer staatslosen Gesellschaft aber nicht möglich sei. Wir wollen uns bei der Bezweiflung dieser Ansicht nicht auf die geschichtliche und ethnographische Erfahrung berufen, die eine solche „aurea aetas" des Anarchismus nicht kennt, die beweist, daß schon die primitivsten Stämme ihre primitiven Rechtsordnungen haben und daß der Staat erst auf einer sehr hohen Stufe der menschlichen Entwicklung auftritt. Wir wollen uns einfach die Feststellung Tukas vor Augen halten, daß die gesellschaftliche Disziplin freiwillig angenommen werde, das Recht aber eine Zwangsnatur habe. Es ist zweifellos, daß auch in einer völlig einheitlichen Gesellschaft der Einzelne gegen die Ordnung verstoßen kann und daß diese sich dann mit Gewalt gegen ihn durchsetzen muß. Das Bild der gewaltlosen harmonischen Urgesellschaft, die Rousseausche Vorstellung des „bon souvage", ist ein reines Phantasiegebilde. Es trifft auch nicht zu, daß Hegemonie nur im Zusammenleben von Gesellschaften verschiedener Art einen Sinn habe und daß innerhalb einer Gesellschaft keine Vorherrschaft, keine Zwangsordnung, kein Recht entstehen könnte. Will man übrigens mit Tuka unter dem Recht die gesellschaftliche Disziplin der herrschenden Gesellschaft verstehen, die der unterworfenen mit Gewalt aufgezwungen wird, so ist es auch einleuchtend, daß nur in der unterworfenen, nicht aber in der herrschenden Gesellschaft ein Recht bestehen kann. Dieses Bild beispielloser Klassenherrschaft enthält insofern auch ein Fünkchen Wahrheit, als sich in jedem Rechte — der Frage „quis custodiet custodes" entsprechend — sogenannte „leges imperfectae" finden, da die soziale Macht, worauf sich das Recht stützt, „in ultima analysi" nicht wieder durch rechtliche Bande zusammengehalten werden kann.

Muß somit die These von der Identität von Recht und Staat — die bereits dem Begreifen des Völkerrechts große Schwierigkeiten in den Weg legt — auch vom Gesichtspunkte der inneren Verhältnisse der Gesellschaft aus als unrichtig beurteilt werden, so ist doch die Auffassung Tukas von der Zwangsnatur des Rechts geeignet, das Recht von der Konvention — der „gesellschaftlichen Disziplin" — zu unterscheiden[1]). Der enge Zusammenhang dieser beiden Ordnungen

[1]) Tuka fügt zu seiner Zwangstheorie des Rechts allerdings die folgende Bemerkung hinzu: „Gewalt allein würde freilich zur Umwandlung der gesellschaftlichen Zucht in Recht nicht ausreichen. Der Ausdruck ‚das Recht des Stärkeren' ist eigentlich nicht mehr als ein plumper Scherz. Die Rechtsregel enthält nämlich sowohl die Durchsetzung der Stärke, als auch ihre Begrenzung, so daß dem angeblichen ‚Recht des Stärkeren' ein ‚Recht des Schwächeren', nämlich auf Gewährleistung seiner Sicherheit, entgegengestellt werden könnte" (a. a. O., S. 26). Da aber nach seiner Lehre zur

— das Hinüberströmen der geistigen Inhalte aus der einen Art der sozialen Regelung in die andere — wird von ihm sehr tiefblickend geschildert. Das Recht ist, seiner Ansicht nach, nichts anderes, als eine zwangsweise durchgesetzte gesellschaftliche Disziplin (Konvention), und es ist bloß „eine vorübergehende Funktion der gesellschaftlichen Disziplin, Recht zu sein". Der Rechtsschöpfer „vernichtet" keine Rechtsregel, er degradiert sie nur zu ausschließlich gesellschaftlicher Anwendung. Ebenso „schafft" er auch keine Regeln; denn diese findet er in den gesellschaftlichen Disziplinen vorgezeichnet. Er verschiebt nur die Grenzen zwischen den Disziplinen zugunsten dieser oder jener unterworfenen Schicht, erhebt in der Symphonie der Ordnung des Zusammenlebens gewisse Töne zum „Leitmotiv"[1]).

Weniger klar ist im Buche Tukas das Verhältnis des Rechts zur Moral skizziert, obgleich es zweifellos ist, daß die rechtlichen Normen ihren Inhalt ebensogut dem geistigen Sinngehalte der Moral entnehmen können, wie dem der Konvention. Es hat den Anschein, als ob im ganzen Buche überhaupt keine Rede von der Moral wäre. Wenigstens finden wir darin von Moral, Sittlichkeit, Ethik nichts erwähnt: die Moral führt hier den Namen der „Sitte". Diese Abweichung vom gewöhnlichen Sprachgebrauch, der unter "Sitte" die Konvention versteht, ist nicht zufällig, denn nach Tukas Ansicht soll die „Sitte" tatsächlich nichts anderes als Konvention, die „Sittengesetze" sollen nichts anderes als „Überreste einer vergangenen gesellschaftlichen Disziplin" sein[2]). Wie diese Ansicht mit jener — auf

---

Umwandlung der gesellschaftlichen Disziplin in Recht bloß die „Vorherrschaft" — d. h. die gewaltsame Unterwerfung einer Gesellschaft durch eine andere — notwendig ist, ist es nicht einzusehen, was außer der Gewalt — die hierzu nicht ausreichen soll — durch diese „Vorherrschaft" noch zur gesellschaftlichen Disziplin hinzugefügt werden sollte. — Daß das Recht den Stärkeren nicht nur berechtige, sondern ihn auch beschränke und zur Gewährleistung der Sicherheit des Schwächeren verpflichte, ist eine durch die Ausführungen Tukas nicht bewiesene Behauptung; denn da der Stärkere die herrschende Gesellschaft, der Schwächere die unterworfene ist, bestünde das „Recht des Schwächeren" daraus, daß der Stärkere ihn unterwirft und ihm seine Disziplin aufzwingt. — Außerdem ist nach Tukas Lehre das Recht mit dem Staat, also mit der vorherrschenden Macht, identisch und so würde die Begrenzung dieser Macht durch das Recht eigentlich die Selbstbeschränkung der Macht bedeuten. In seiner angeführten Bemerkung kehren also die Lehre Jellineks von der Selbstbegrenzung der Macht durch das Recht und von der Selbstbindung des Staates, sowie die Lehre Somlós von der Versprechensnorm und der Selbstverpflichtung der Rechtsmacht, wieder. Selbstbindung und Selbstverpflichtung sind natürlich unmögliche Gedanken. Über die Schranken der rechtsetzenden Macht handelt übrigens ausführlicher mein Aufsatz: „Das Problem des Naturrechts" im Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. XXVIII, H. 3 und 4 (1935), S. 325—347, 543—569.

[1]) A. a. O., S. 197. — Vgl. ferner S. 25.

[2]) A. a. O., S. 15.

derselben Seite des Buches vorgetragenen — Auffassung, daß die „gesellschaftliche Sitte" ein „überdurchschnittliches Verhalten" fordere und daß sie „in Formen der Hochherzigkeit, Treue, Loyalität, Rücksicht, des guten Willens, des Edelmutes, der Menschlichkeit, der Redlichkeit und des Dekorums" in Erscheinung trete, in Einklang zu bringen ist, bleibt uns ein Rätsel. Sollen denn alle diese Tugenden bloße Überreste einer verklungenen Epoche sein?

Tuka unterscheidet zwar neben der „gesellschaftlichen Sitte" auch eine „religiöse Sitte". Von dieser behauptet er nun, daß sie eine „metaphysische Grundlage" habe, begreift sie aber dennoch als „gesellschaftliche Disziplin" (Konvention): als „die zeitlose Vorbilddisziplin einer überwirklichen idealen Gesellschaft", und ist der Meinung, daß „in unserer unvollkommenen Welt diese ideale Disziplin nur die Funktion einer vergeistigten Sitte ausüben könne, deren spezifisches Gewicht noch geringer ist, als das der gesellschaftlichen Sitte"[1]). Daß der idealistische Verfasser des Jugendwerkes über die Freiheit, aufgefaßt als die „zur Wirklichkeit gewordene Moralität", eine so resignierte Ansicht über die praktische Wirkungslosigkeit der Moral ausspricht, zeigt, wie weit sich der alte Tuka vom jungen entfernt hat, wie sehr sein Blick von der Philosophie abgewendet und vom hell leuchtenden Reiche der Ideen losgelöst, nunmehr der grauen Wirklichkeit dieser „unvollkommenen Welt" zugekehrt ist.

[1]) A. a. O., S. 17. — Vgl. auch S. 18: „Der metaphysische Gesichtswinkel der religiösen Sittlichkeit gibt ihr den Anschein der Lebensfremdheit, ja geradezu der Unwahrhaftigkeit. Daher nimmt die religiöse Sittlichkeit in profanen Augen häufig häßliche Gestalt an, wie Feigheit, Pharisäertum, Dummheit, Schwäche oder Lächerlichkeit. Mitunter ist eine solche Auffassung angebracht, da die religiöse Sittlichkeit oft fast unerfüllbaren Heroismus verlangt und daher in der Wirklichkeit des Lebens nur selten zu finden ist."

# Was ist Rechtsphilosophie?

Von **Julius vitéz Moór**
o. ö. Professor der Rechtsphilosophie an der Universität Budapest

Inhalt:

**I. Die Frage der rechtsphilosophischen Probleme.**

**II. Die rechtsphilosophischen Probleme in der Geschichte der Rechtsphilosophie:** 1. Die naturrechtliche Periode; 2. Die fachwissenschaftliche Periode des 19. Jahrhunderts; 3. Die philosophische Periode des Neukantianismus und des Neuhegelianismus; 4. Geschichte der ungarischen Rechtsphilosophie.

**III. Die rechtsphilosophischen Probleme und die allgemeine Philosophie:** 1. Das Wesen der Philosophie; 2. Das Wesen und die Probleme der Rechtsphilosophie; 3. Abhängigkeit bzw. Unabhängigkeit der Rechtsphilosophie von der allgemeinen Philosophie.

**IV. Die rechtsphilosophischen Probleme und die Rechtswissenschaften:** 1. Fachwissenschaft und Rechtsphilosophie; 2. Jurisprudenz, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Rechtspolitik und Rechtsphilosophie.

## I.

### Die Frage der rechtsphilosophischen Probleme

Alexander Graf zu D o h n a hat in dieser Zeitschrift mit folgenden zutreffenden Worten das Problematische am Wesen der Rechtsphilosophie gekennzeichnet: „Während die sonstigen juristischen Disziplinen bei aller Vielgestaltigkeit doch wenigstens über einen fest abgegrenzten Gegenstand verfügen, in dessen wissenschaftlicher Bearbeitung

sie bestehen, so kann es demjenigen, der mehrfach Vorlesungen über Rechtsphilosophie besucht oder verschiedene Bücher liest, die diesen Titel tragen, leicht begegnen, daß er jedesmal mit einer ganz anderen Materie Bekanntschaft macht [1]."

Wie bedauerlich auch diese Unsicherheit ihres Gegenstandes und das Fehlen der ihr mit Bestimmtheit zufallenden genau festgelegten Probleme für die Rechtsphilosophie sein mag, sicher ist, daß gerade die Abgrenzung ihres Forschungsgebietes, die Bestimmung der aufzulösenden Probleme selbst, unzweifelhaft zu den Problemen der Rechtsphilosophie gehört. Somit hätten wir wenigstens ein Problem aufgezeigt, dessen Zugehörigkeit zur Rechtsphilosophie nicht bestritten werden kann. Das Problem der rechtsphilosophischen Probleme ist mit Sicherheit selbst ein rechtsphilosophisches Problem.

Ja, es ist vielleicht die vornehmste Aufgabe der Rechtsphilosophie, ihr eigenes Arbeitsgebiet autonom zu bestimmen. Es äußert sich hierin auch eine auffallende Verwandtschaft zwischen ihr und der allgemeinen Philosophie, denn die „Königin der Wissenschaften" hat ebenfalls souverän das Gebiet der eigenen Forschung zu bestimmen und zu begrenzen. Während die Fachwissenschaften die methodische Bestimmung ihres Forschungsgebiets aus einer im logischen Sinne über ihnen stehenden allgemeineren Wissenschaft und letzten Endes aus der Philosophie als Wissenschafts- oder Methodenlehre erhalten, kann nämlich die Philosophie die Entscheidung einer von ihr angestrengten „a c t i o f i n i u m r e g u n d o r u m" nicht vom Richterstuhle irgendeiner noch allgemeineren Wissenschaft erwarten. Ihr grundlegendes Problem ist daher gerade die Bestimmung des Wesens der Philosophie.

Bei der Bestimmung des eigenen Forschungsgebietes ist jedoch die erwähnte „Autonomie" der Rechtsphilosophie insofern beschränkter als die „Souveränität" der allgemeinen Philosophie, als sie sich — falls sie überhaupt eine philosophische Wissenschaft sein will — nach der philosophischen Auffassung vom Wesen der Philosophie richten muß. Gewiß kann sie aus der Reihe der verschiedenen allgemein-philosophischen Richtungen die ihr am meisten angemessen erscheinende auswählen und auf dieser philosophischen Grundlage ihr eigenes rechtsphilosophisches System aufbauen, aber irgendeine Auffassung vom Wesen der Philosophie muß sie sich jedenfalls zu eigen machen und diese allgemein-philosophische Auffassung ist dann für die Bestimmung der rechtsphilosophischen Probleme ausschlaggebend.

Die Bestimmung des rechtsphilosophischen Forschungsgebiets scheint somit die einfache Folge der zugrunde gelegten philosophischen Auf-

[1] A l e x a n d e r G r a f z u D o h n a : K e r n p r o b l e m e d e r R e c h t s p h i l o s o p h i e. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. XXXIII, 1940, S. 57.

fassung zu sein und das einzige Problem, das wir bis jetzt als ein zweifellos rechtsphilosophisches aufgezeigt haben, scheint auf diese Weise aus dem Gebiet der Rechtsphilosophie in das der allgemeinen Philosophie hinüberzugleiten. Und in der Tat ist es möglich, die Bestimmung der rechtsphilosophischen Probleme in die Zuständigkeit der Wissenschaftslehre, also der Philosophie, zu verweisen, aber man darf dabei nicht außer acht lassen, daß bei Lösung dieser Aufgabe die Wissenschaftslehre selbst auf die Rechtsphilosophie angewiesen ist. Sie muß nämlich, um die rechtsphilosophischen Probleme aufrollen zu können, zumindestens über das Wesen des Rechts orientiert sein und diesen Aufschluß über das Wesen des Rechtlichen kann sie nur von den Rechtswissenschaften, vor allem von der Rechtsphilosophie, erhalten. Man braucht daher gar nicht zu leugnen, daß bei der Bestimmung der rechtsphilosophischen Probleme die allgemeine Philosophie grundlegend in die Rechtsphilosophie hineinragt, daß die methodische Darlegung der Ziele und Wege für die rechtsphilosophische Forschung eine wissenschaftstheoretische Angelegenheit ist, und dennoch kann man mit gutem Rechte behaupten, daß die Abgrenzung des eigenen Arbeitsgebietes den Ausgangspunkt der Rechtsphilosophie und somit ihr wichtigstes Problem darstellt. Es handelt sich hier um ein gemeinsames Problem der beiden in Frage stehenden Wissenschaften, das nur durch die Zusammenwirkung von Philosophie und Rechtswissenschaft gelöst werden kann und daher vor allem ein rechtsphilosophisches Problem ist.

Dieses Problem soll im Nachfolgenden näher untersucht werden. Unsere Untersuchungen wollen wir dabei in drei Teile gliedern. Zunächst werfen wir einen flüchtigen Blick auf die Geschichte der Rechtsphilosophie, um ein Bild von den Problemen zu erhalten, die in der Entwicklung des rechtsphilosophischen Denkens als rechtsphilosophische Fragen betrachtet wurden. Hiernach wird es notwendig sein, das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur allgemeinen Philosophie zu behandeln; wir sahen, daß die philosophische Auffassung vom Wesen der Philosophie für die Bestimmung der rechtsphilosophischen Probleme ausschlaggebend ist, aber auch in anderen Beziehungen ist die Rechtsphilosophie abhängig von der allgemeinen Philosophie; angesichts dieser Abhängigkeit muß auch die Frage der Selbständigkeit der rechtsphilosophischen Forschung und die ihrer Unabhängigkeit von den verschiedenen philosophischen „Standpunkten" erörtert werden. Endlich muß auch das Verhältnis der Rechtsphilosophie zu den anderen Rechtswissenschaften untersucht werden; die Rechtsphilosophie gehört nämlich selbst zu den Rechtswissenschaften, ihr Gegenstand ist das Recht, das den Gegenstand auch der übrigen Rechtswissenschaften bildet; das

Forschungsgebiet der Rechtsphilosophie muß daher von dem Arbeitsgebiet jener Fachwissenschaften abgegrenzt werden, die sich ebenfalls mit dem Recht befassen.

## II.

## Die rechtsphilosophischen Probleme in der Geschichte der Rechtsphilosophie

1. Es ist beachtenswert, daß die philosophische Betrachtung des Staates, die Politik, bereits im griechischen Altertum als selbständige Wissenschaft erscheint, wogegen die Rechtsphilosophie als selbständige Wissenschaft erst durch die Naturrechtsschule im 17. Jahrhundert begründet wird. Gewiß hat es schon früher eine philosophische Betrachtung auch des Rechts gegeben: der Gedanke des natürlichen Rechts taucht ja schon bei den Sophisten auf und beherrscht sodann die Rechtsauffassung sowohl der griechischen als auch der mittelalterlichen scholastischen Philosophie. In diesen philosophischen Betrachtungen erscheint jedoch das Recht mit der Gerechtigkeit eng verbunden, sei es, daß dem unvollkomenen menschlichen Recht ein vollkommenes Recht der Natur gegenübergestellt, sei es, daß das irdische Recht direkt aus dem natürlichen und göttlichen abgeleitet wird. Das Recht wird somit als etwas rein Ethisches aufgefaßt und die rechtsphilosophischen Erörterungen bilden bloß einen Teil der Ethik. Während die wissenschaftliche Politik zum Teil schon durch den neuzeitlichen Gedanken der Staatsraison von der Moral getrennt wurde, ist die genannte Auffassung der Rechtsphilosophie als eines Teils der Ethik auch zur Zeit des klassischen Natur- und Vernunftrechts, ja auch in unseren Tagen noch verbreitet [2]).

Wird aber die Rechtsphilosophie als ein Teil der Ethik aufgefaßt, so ist ihr Zentralproblem die Frage nach dem Wesen der Gerechtigkeit, das mit dem Wesen des Rechts selbst zusammenfällt. Zweifellos hat das griechisch-scholastische Naturrecht das Problem eines absolut richtigen Rechts in den Vordergrund gestellt; dieses Problem enthielt jedoch sicherlich mehr als die Frage des richtigen Rechts: es sollte auch die Frage nach dem wahren Wesen des Rechts, also das Problem des Rechtsbegriffes mit umfassen. Dies läßt sich insbesondere von der scholastischen Naturrechtslehre behaupten, nach der die ethische Richtigkeit bereits zum Begriff des Rechts gehört, so daß das Problem des richtigen Rechts seinen Sinn verliert und ganz

[2]) Kants „Rechtslehre" ist z. B. der eine Teil und seine „Tugendlehre" der andere Teil seiner „Metaphysik der Sitten". — Heinrich Rickert betrachtet die Rechtsphilosophie ebenfalls als einen Teil der Ethik; allerdings gehört seiner Ansicht nach auch die Staatsphilosophie hierher; vgl. Allgemeine Grundlegung der Philosophie, Tübingen, 1921, S. 347.

im Problem des Rechtsbegriffes aufgeht [3]). Das unrichtige Recht ist nach dieser Lehre ebensowenig Recht, wie das falsche Geld kein Geld ist [4]). Bereits zu Beginn des rechtsphilosophischen Denkens — Jahrhunderte vor der Begründung einer selbständigen Rechtsphilosophie — finden wir also zwei miteinander eng verbundene rechtsphilosophische Probleme in scharfen Umrissen entworfen: die Frage nach dem des Rechts (das Problem des Rechtsbegriffs) und die nach seinem Verhältnis zu den ethischen Werten (das Problem des richtigen Rechts)[5]). Von den beiden könnte man das erstgenannte auch als das wichtigere betrachten.

Die Frage nach der empirischen Wirklichkeit des Rechts klingt in der griechischen Auffassung von der Möglichkeit tragischer Konflikte zwischen dem menschlichen und dem natürlichen Recht zwar ebenfalls schon an, wird aber weiter nicht ausgeführt. Die Wirklichkeitsseite des Rechts findet auch in den großen rechtsphilosophischen Systemen der Naturrechtsschule des 17. und 18. Jahrhunderts keine ernsthafte Beachtung. Und sollte man auch unter den Lehren dieser Schule manche soziologischen Charakters finden und in der mechanischen Auffassung eines Hobbes sogar die Keime des Rechtspositivismus entdecken können, sicher ist es, daß das klassische Naturrecht von Grotius bis zum Vernunftrecht Kants von dem Gedanken eines unwandelbaren, ewigen, absolut richtigen Rechts beherrscht und vom Streben beseelt war, den Inhalt dieses über der empirischen Wirklichkeit stehenden ideellen Rechtssystems aus der Natur des Menschen oder aus der Vernunft abzuleiten und in allen Einzelheiten festzustellen [6]).

Die Aufgabe, die im Sinne dieser Auffassung der Rechtsphilosophie gestellt wurde, ist aber — und hierüber besteht heute wohl kein Zweifel — unlösbar. Die als selbständige Wissenschaft auftretende Naturrechtslehre brachte also keine fruchtbaren neuen Probleme mit sich, womit das überlieferte Gedankengut hätte bereichert werden können; sie bewegte sich eigentlich im Bereiche der beiden Fragen, die wir als die Probleme des griechisch-scholastischen rechtsphilosophischen Denkens

[3]) Vgl. meinen Aufsatz: Das Problem des Naturrechts (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. XXVIII, 1935, S. 325 ff., 543 ff.), wo ich den Gedanken ausführte, daß der kennzeichnende Zug einer naturrechtlichen Auffassung nicht so sehr in der Annahme einer höheren Rechtsordnung, als vielmehr in der Behauptung der notwendigen ethischen Richtigkeit des irdischen Rechts selbst zu finden sei.

[4]) Vgl. Cathrein: Recht, Naturrecht, positives Recht, 1. Aufl., 1901, S. 182.

[5]) Diese beiden Probleme sind es, die auch A. Graf zu Dohna in seiner oben angeführten Abhandlung als die „Kernprobleme der Rechtsphilosophie" bezeichnet.

[6]) Vgl. Grotius: De jure belli ac pacis, Liber I., caput I., § X., 5.: „Est autem jus naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat..."

bezeichnet haben. Sie war ebenfalls bemüht, das Wesen des Rechts zu erforschen, und da sie selbst nicht mehr als bloßer Teil der Ethik, sondern als selbständige Wissenschaft auftrat, war es nur folgerichtig, daß sie seit Thomasius den Unterschied des Rechtlichen und des Ethischen erkannte und auf diese Weise die Rechtsphilosophie den positiven Rechtswissenschaften näher brachte. Und sie stellte ebenfalls das Problem des richtigen Rechts in den Vordergrund; der Weg, den sie zur Lösung dieses Problems einschlug, der Versuch, ein inhaltlich bestimmtes ideelles Rechtssystem zu entwerfen, war allerdings verfehlt und bedeutete einen gewaltigen Rückschritt gegenüber dem griechisch-scholastischen Naturrecht.

Man darf hieraus dennoch nicht folgern, die zweihundert Jahre lang dauernde gewaltige Gedankenarbeit der naturrechtlichen Schule im Gebiete des Rechts wäre vergeblich gewesen. Sie hat nämlich die menschlichen Rechtseinrichtungen vom Gesichtspunkte ihrer Vernünftigkeit aus kritisch durchleuchtet und auch eine inhaltliche Fülle von rechtspolitischen Reformgedanken hervorgebracht, deren weittragende praktische Folgen in den Gesetzbüchern des aufgeklärten Absolutismus und in den Umwälzungen der großen französischen Revolution zum Vorschein kamen. Gewiß ist eine solche kritische und reformatorische Arbeit nicht Sache der Rechtsphilosophie, sondern der Rechtspolitik; aber man darf dabei nicht außer acht lassen, daß sie auch vom rechtsphilosophischen Standpunkt aus insofern von größter Wichtigkeit ist, als sie einen großartigen Versuch darstellt, auf die rechtsphilosophische Frage des richtigen Rechts eine inhaltlich bestimmte Antwort zu geben. Und die Bedeutung der naturrechtlichen Schule besteht unserer Ansicht nachgerade darin, daß sie zum erstenmal in der Geschichte ernstlich den Versuch wagte, die wichtige Frage, ob man sich mit einer bloß formalen Rechtsphilosophie begnügen müsse, oder ob man eine inhaltsvolle Rechtsphilosophie aufbauen könne, zugunsten einer mit konkreten Rechtsinhalten erfüllten Disziplin zu entscheiden. Jene Vertreter der modernen Rechtsphilosophie, die das klassische Naturrecht geringschätzig behandeln, selbst aber mit lauter Stimme eine inhaltsvolle Rechtsphilosophie fordern, sollten bedenken, daß die Erfüllung ihrer Forderung, wenn man im Kreise der allgemeingültigen philosophischen Einsichten verbleiben will, notwendig selbst zum Standpunkt des klassischen Naturrechts führt, oder — wenn man sich auf die faktisch gegebenen, veränderlichen, geschichtlichen Rechtsinhalte beschränkt — in das fachwissenschaftliche Gebiet der allgemeinen Rechtslehre, der Rechtsgeschichte und der Rechtspolitik hinüberleitet, das kein geeignetes Material für allgemeingültige philosophische Einsichten liefert. Dies ist jedoch schon eine spätere Frage, die bei der Erörterung des Wesens der Philosophie behandelt werden

soll. Hier beschränken wir uns auf die Feststellung, daß die Naturrechtsschule, obgleich sie keine neuen rechtsphilosophischen Probleme aufrollte, in der Frage des richtigen Rechts eine Problemlösung brachte, die grundsätzliche Bedeutung für die Bestimmung des rechtsphilosophischen Arbeitsgebietes besitzt.

2. Der Dualismus eines inhaltlich bestimmten positiven Rechts und eines ebenfalls inhaltlich bestimmten natürlichen Rechts, sowie die Verweisung des ersteren in die Zuständigkeit der juristischen Fachwissenschaften, war an sich schon geeignet, die Aufmerksamkeit des klassischen Naturrechts von der Wirklichkeitsseite des Rechts abzulenken. Als aber zu Beginn des 19. Jahrhunderts der Glaube an ein ideelles Naturrechtssystem durch die rechtshistorische Schule zerstört wurde, blieb auch für das rechtsphilosophische Denken kein anderes Forschungsgebiet übrig, als das des geschichtlich gegebenen, positiven, menschlichen Rechtes. In enger Fühlung mit der Jurisprudenz und Rechtsgeschichte versuchte man nun das geschichtliche Wesen des Rechts zu ergründen (rechtshistorische Schule) und auf diese Grundlage eine Philosophie des positiven Rechts, die eher Rechtswissenschaft als Philosophie sein sollte, aufzubauen. Da das geschichtliche positive Recht nunmehr den gemeinsamen Gegenstand sowohl der Rechtsphilosophie als auch der übrigen Rechtswissenschaften bildete, wurde das neue rechtsphilosophische Denken zunächst vor die Aufgabe gestellt, sich von der Jurisprudenz abzugrenzen. Eine weitverbreitete Auffassung versuchte die Rechtsphilosophie als „allgemeine Rechtslehre" zu begreifen und als ihr eigentliches Problem die Erforschung nicht nur des Rechtsbegriffs, sondern auch anderer „allgemeiner Rechtsbegriffe", also die Darstellung von allgemein verbreiteten positiven Rechtseinrichtungen der Kulturvölker, zu betrachten (Austin, Bergbohm, Merkel, Bierling). Eine andere, dem Zeitgeiste mehr angemessene Richtung wollte sich nicht nach der Jurisprudenz, sondern nach der französischen und englischen positiven und evolutionistischen Philosophie und nach der hierauf gegründeten neuen Wissenschaft der Soziologie richten. Sie faßte die Rechtsphilosophie als Soziologie des Rechts oder als Naturwissenschaft des Rechts auf und wies ihr die Aufgabe zu, nicht nur das soziale Wesen des Rechts, sondern auch die kausalen Zusammenhänge des Rechts mit den anderen gesellschaftlichen Erscheinungen und mit der kausalgesetzlich aufgefaßten Natur zu erforschen. Diese soziologische Richtung der Rechtsphilosophie war so stark, daß sie zu Beginn des 20. Jahrhunderts sogar von der Jurisprudenz Besitz ergreifen und diese dogmatische Wissenschaft in eine „soziologische Jurisprudenz" umwandeln wollte (freirechtliche Bewegung).

Die Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts zeigt somit einen ausgesprochen fachwissenschaftlichen und unphilosophischen Charakter. Die bis dahin nicht beachtete Wirklichkeitsseite des Rechts ist endlich in den Mittelpunkt des Interesses gelangt; diese Wendung zum positiven Recht, als dem eigentlichen Gegenstand der Rechtsphilosophie, scheint jedoch teuer erkauft worden zu sein; der philosophische Charakter der Rechtsphilosophie drohte hierdurch verlorenzugehen. Und dennoch muß man diese Wendung zum geschichtlichen positiven Recht als das wichtigste Ereignis in der Geschichte der Rechtsphilosophie betrachten, wodurch das Problemgebiet dieser Wissenschaft ungemein erweitert und im fruchtbaren, lebensfrischen Boden der Erfahrung verankert wurde.

Gewiß ist das alte rechtsphilosophische Problem des richtigen Rechts einstweilen fallengelassen worden. Das andere alte Problem des Rechtsbegriffs hat sich dagegen auch weiterhin erhalten und wurde sogar von einer ganz neuen Seite her in Angriff genommen: man war bestrebt, das Wesen des Rechts, als einer geschichtlichen und sozialen Erscheinung, zu erforschen. An die Stelle des ethischen Rechtsbegriffes trat ein soziologischer; trotz der Verschiedenheit dieser beiden einseitigen Rechtsauffassungen ist jedoch das Problem dasselbe geblieben: es galt das Wesen des Rechts zu erfassen. Dies ist übrigens das einzige rechtsphilosophische Problem, das bis jetzt jeden Wechsel der Auffassungen überlebt hat. Die „allgemeine Rechtslehre" gipfelt ebenso im allgemeinsten rechtlichen Begriff, dem Begriff des Rechts, wie die Rechtssoziologie ihrerseits diesen Begriff zur Abgrenzung der rechtlichen von den übrigen sozialen Erscheinungen notwendig hat.

Beide Richtungen der fachwissenschaftlichen Rechtsphilosophie rollen aber auch ein weiteres Problem auf, das über die Frage des Rechtsbegriffs hinausführt: das Problem des „allgemeinen" Rechtsinhaltes, das nicht nur der „allgemeinen Rechtslehre", sondern auch der „Soziologie des Rechts" zugrunde liegt; denn bei der Erforschung der kausalen Zusammenhänge des Rechts handelt es sich einerseits um die Wirkungen, die nicht durch „das" Recht, sondern durch inhaltlich bestimmte rechtliche Einrichtungen auf andere soziale Erscheinungen ausgeübt werden, und andererseits um die Rückwirkungen der übrigen sozialen Erscheinungen auf das Recht, die sich wiederum im Hervorbringen inhaltlich bestimmter Rechtseinrichtungen äußern. Wir stehen somit vor demselben Problem, das wir bereits bei der Betrachtung des klassichen Naturrechts berührt haben: dem Problem einer mit konkreten Rechtsinhalten erfüllten Rechtsphilosophie. Gewiß war dort von allgemeingültigen, unwandelbaren, absolut richtigen Rechtsinhalten die Rede, wogegen hier wertindifferente, wandelbare, geschichtliche Rechtsinhalte in Frage stehen, woraus man gewisse

typische, in weiten Kulturkreisen verbreitete und längere Zeit hindurch unverändert bleibende Einrichtungen herauszuheben bestrebt ist. Das Problem ist jedoch hier und dort dasselbe und es besteht tatsächlich sowohl für die allgemeine Rechtslehre, als auch für die mit typischen Rechtsinhaltsbegriffen arbeitende Rechtssoziologie die Gefahr, diese Allgemeinbegriffe als unwandelbare rechtliche Wesenheiten aufzufassen und auf diese Weise zum Gedanken eines unwandelbaren Rechtsinhaltes, also zum Gedanken des Naturrechts zu gelangen. Der Gedanke des unwandelbaren Rechtsinhalts bedeutet natürlich einen Widerspruch, da alles Unwandelbare am Recht zu dessen Wesen gehört und somit das Problem des Rechtsbegriffs und nicht das des Rechtsinhaltes angeht. Mag der Rechtsinhalt auch tatsächlich kürzere oder längere Zeit hindurch unverändert bleiben, grundsätzlich muß er als wandelbar betrachtet werden und gehört somit nicht in das Gebiet der Rechtsphilosophie. Dies soll jedoch erst bei der Erörterung des Wesens der Philosophie näher ausgeführt werden; hier beschränken wir uns auf die Feststellung, daß durch die Frage des allgemeinen Rechtsinhaltes kein neues rechtsphilosophisches Problem aufgerollt wurde. Ebenso, wie das klassische Naturrecht entweder die unlösbare Aufgabe der Begründung eines unwandelbaren richtigen Rechtssystems auf sich nehmen und zur Utopie werden oder sich in Rechtspolitik verwandeln mußte, müssen auch die allgemeine Rechtslehre und die soziologische Typologie des Rechts [7]) entweder das Unmögliche versuchen, einen unwandelbaren Rechtsinhalt festzustellen, oder unter Verzicht auf den Anspruch, Rechtsphilosophie zu bieten, im Kreise der fachwissenschaftlichen Forschungen der Jurisprudenz, beziehungsweise der Rechtssoziologie verbleiben.

Die Soziologie des Rechts brachte dennoch auch ein neues, wahres rechtsphilosophisches Problem hervor: das Problem des Verhältnisses zwischen dem Recht und der empirischen Wirklichkeit. Die Rechtssoziologie, die nach den kausalen Zusammenhängen des Rechts fragt, hat nämlich zur Voraussetzung, daß ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Recht und der empirischen Wirklichkeit — und zwar sowohl der kausalgesetzlichen Natur, als auch den außerrechtlichen Erscheinungen des geschichtlichen und gesellschaftlichen Lebens — überhaupt möglich ist. Es ist somit nicht nur der Rechtsbegriff so zu gestalten, daß er auch das geschichtliche und soziale Wesen des Rechts umfaßt, sondern es ist nach der begrifflichen Abgrenzung des Rechts von den anderen sozialen Er-

[7]) Eine solche soziologische Typologie des Rechts hat neuerdings der slowakische Ministerpräsident Tuka in seinem Werke: Die Rechtssysteme. Grundriß einer Rechtsphilosophie (Berlin-Wien, 1941), das zugleich auch eine allgemeine Rechtslehre enthält, auszubauen versucht.

scheinungen auch die komplementäre Frage zu stellen, die den Zusammenhang des Rechts mit den anderen sozialen Erscheinungen, und der empirischen Wirklichkeit überhaupt, betrifft[8]). Diese Frage — die wir als das kausale Problem des Rechts bezeichnen wollen — ist natürlich ganz allgemein zu stellen und sie sollte durch eine rein formale Rechtssoziologie beantwortet werden, die ganz ohne Rücksicht auf den wandelbaren Rechtsinhalt die Möglichkeit und die Intensität des kausalen Zusammenhanges zwischen „dem" Recht und den außerrechtlichen Erscheinungen der empirischen Wirklichkeit zu untersuchen hätte und als ein Teil der Rechtsphilosophie betrachtet werden könnte. Ebenso, wie die allgemeine Rechtslehre durch den allgemeinsten Rechtsbegriff, den Begriff des Rechts selbst, in die Rechtsphilosophie einmündet, führt die fachwissenschaftliche Rechtssoziologie auf dem Wege der immer höhersteigenden Verallgemeinerung schließlich, d. h. wenn sie nicht mehr Ursachen und Wirkungen typisch-allgemeiner Rechtseinrichtungen, sondern des Rechts überhaupt im Auge hat, in die Rechtsphilosophie hinüber. Aehnliches gilt auch von der Rechtspolitik, die sich dann in die rechtsphilosophische Lehre vom richtigen Recht verwandelt, wenn sie nicht mehr die Richtigkeit einzelner Vorschriften oder Einrichtungen beurteilt, sondern die Frage aufwirft, was die Richtigkeit des Rechts überhaupt bedeutet. Diese Fragen betreffen jedoch schon das Verhältnis der Rechtsphilosophie zu den anderen Rechtswissenschaften und sind später zu behandeln. Hier sei nur festgestellt, daß durch das Hinzutreten des kausalen oder soziologischen Problems der Rechtsphilosophie zu den zwei alten rechtsphilosophischen Problemen bereits alle drei Hauptprobleme gegeben sind, mit denen sich das rechtsphilosophische Denken vorwiegend beschäftigt. Das kausale Problem bildet gewissermaßen das Gegenstück zum Problem des richtigen Rechts: Das Recht wird durch jenes ebenso in Verbindung mit der Welt der Wirklichkeit gebracht, wie durch dieses in den Zusammenhang des Wertreiches eingestellt. Die zentrale Frage nach dem Wesen des Rechts wird somit durch die beiden anderen Fragen sowohl nach seiner Wirklichkeitsseite, als auch nach seiner Wertseite hin weitergeführt und ergänzt. Die beiden Probleme erscheinen als Ausstrahlungen des Rechtsbegriffs, der die Abgrenzung des Rechts sowohl von der außerrechtlichen Wirklichkeit, als auch von den außerrechtlichen Werten durchführen und daher in nuce bereits das Verhältnis des Rechts zur Wirklichkeit und sein Verhältnis zu den Werten bestimmen muß. Das kausale Problem, das das Verhältnis des Rechts zur empirischen Wirklichkeit, und das Problem des richtigen

8) Vgl. hierzu meine Abhandlung „Recht und Gesellschaft" in der Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XXI, H. 5., 1942, S. 555.

Rechts, das sein Verhältnis zu den Werten betrifft, bedeuten also nichts anderes, als die Ausführung der im Rechtsbegriff bereits angedeuteten Beziehungen.

Die soziologische Richtung der Rechtsphilosophie hat aber auch das vierte große rechtsphilosophische Problem, das der Methodenlehre, bereits aufgerollt. Gewiß, schon das Problem einer mit konkreten Rechtsinhalten erfüllten Rechtsphilosophie, das sich im klassischen Naturrecht auftut, sowie das Problem des Unterschiedes von Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, das im Programm der allgemeinen Rechtslehre steckt, und vor allem die Frage nach den rechtsphilosophischen Problemen, die eine jede Rechtsphilosophie bereits durch ihr bloßes Bestehen aufwirft, sind zweifellos methodologische Probleme. Diese Fragen lagen jedoch unbewußt im Schoße der Rechtsphilosophie verborgen und wurden nicht mit Bewußtheit als rechtsphilosophische Probleme aufgefaßt und zum Gegenstande rechtsphilosophischer Untersuchung gemacht. Erst die soziologische Richtung stellte bewußt die Frage nach der juristischen Methode (Jhering) und es ist eigentlich die freirechtliche Bewegung, die mit ihrer Forderung einer „soziologischen Jurisprudenz" die Frage nach der richtigen Methode der Rechtswissenschaft in den Mittelpunkt des rechtsphilosophischen Interesses rückte. Sicherlich handelte es sich auch hier nur um die Methode der Jurisprudenz; eine Methodenlehre sämtlicher Rechtswissenschaften, die der Rechtsphilosophie selbst miteinbegriffen, wurde nicht als rechtsphilosophisches Problem aufgestellt. Dennoch sind die methodologischen Anregungen der soziologischen Richtung von größter Wichtigkeit; sie beeinflußten — insbesondere durch den Gegensatz der „soziologischen Jurisprudenz" zur Rechtsdogmatik — auch die späteren methodologischen Untersuchungen der neukantischen Rechtsphilosophie („Reine Rechtslehre").

Alles in allem: die fachwissenschaftlich orrientierte Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts hat trotz ihres unphilosophischen Charakters das rechtsphilosophische Denken mit fruchtbaren neuen Problemen bereichert. Allerdings hatte auch sie eine philosophische Grundlage, denn sie fußte ja auf einer empiristischen Philosophie, deren hauptsächlichste Vertreter in diesem Jahrhundert der philosophische Materialismus, die „positive Philosophie" Comtes und die evolutionistische Philosophie Herbert Spencers waren. Eine der bedeutendsten soziologischen Richtungen, die von Karl Marx begründete materialistische Geschichtsauffassung, trat geradezu mit dem Anspruch auf, eine totale philosophische Weltanschauung zu bieten; aber auch in den organischen und psychologischen Soziologien ist der Hauch des philosophischen Naturalismus und Psychologismus zu spüren. In jenen Ländern, wo die genannten philosophischen Richtungen allgemein verbreitet

waren, meldet sich die Rechtsphilosophie heute noch als Soziologie des Rechts oder als allgemeine Rechtslehre im Sinne der analytischen Rechtsschule Austins. Außerdem ist auch eine Rückkehr scholastischer naturrechtlicher Anschauungen zu verzeichnen: der Aufschwung der katholischen thomistischen Philosophie seit Leo XIII. brachte in allen Ländern katholischer Kultur eine beachtenswerte neoscholastische Rechtsphilosophie hervor, die aber ebenfalls keine grundsätzlich neuen rechtsphilosophischen Probleme aufrollte.

3. Die Mängel einer empiristischen Philosophie, sowie einer hierauf fußenden Rechtsphilosophie wurden besonders im deutschen Kulturkreise schmerzlich empfunden und riefen um die Jahrhundertwende das Bestreben hervor, die Rechtsphilosophie, die ihren philosophischen Charakter verloren zu haben schien, mit neuem philosophischem Geist zu beleben. Zu diesem Zwecke suchte man Anschluß nicht so sehr an den Thomismus — obgleich sich auch im deutschen Kulturkreis ausgezeichnete Vertreter der neoscholastischen Rechtsphilosophie finden (Cathrein, Petraschek) —, sondern vielmehr an die großen Systeme des deutschen Idealismus. Und so entwickelten sich die beiden Hauptrichtungen deutscher Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert: der Neukantianismus und der Neuhegelianismus. Der Geist Kants und Hegels strömte reichlich in die Rechtsphilosophie hinüber und es entstand eine äußerst enge Verbindung zwischen ihr und der allgemeinen Philosophie. Ja, diese Verbindung war oft allzu eng: die allgemeine Philosophie wurde nicht nur als Hilfsmittel zur Lösung der rechtsphilosophischen Probleme benutzt, sondern die Rechtsphilosophie schien selbst zum Tummelplatz allgemein-philosophischer Diskussionen zu werden. Wurde zuvor die Grenze zwischen der Rechtsphilosophie und den Fachwissenschaften verwischt, so schien jetzt die Grenze zwischen Rechtsphilosophie und Philosophie zu verblassen. Hatte man zuvor fachwissenschaftliche Probleme der Jurisprudenz und der Rechtssoziologie als rechtsphilosophische aufgefaßt, so rang die Rechtsphilosophie jetzt zum großen Teil mit allgemein-philosophischen Problemen. Es ist aber keine Bereicherung einer Wissenschaft, wenn man fremde Probleme in ihre Zuständigkeit verweist. Dies muß beiden genannten Richtungen gegenüber betont werden.

Der Neukantianismus hat zweifellos den größeren Einfluß auf das rechtsphilosophische Denken ausgeübt. Durch die scharfsinnigen, großen Werke Stammlers begründet und durch kritisch geschulte, scharfe Denker weitergeführt, ist er zur herrschenden Richtung der deutschen Rechtsphilosophie in den beiden ersten Jahrzehnten des Jahrhunderts geworden. Durch seinen kritischen Geist wurde das rechtsphilosophische Denken vertieft und gereinigt und die rechtsphilosophischen Probleme wurden scharf und genau umrissen. Das auf

sich selbst zurückschauende (reflektierende) kritische Denken veranlaßt die neukantische Rechtsphilosophie, sich vor allem auf ihre eigenen Probleme zu besinnen. Dem erkenntnistheoretischen Charakter der kantischen Philosophie entsprechend, hat sie daher vor allem einen methodologischen Charakter. Und ebenso wie die Transzendentalphilosophie sich nicht mit Erfahrungstatsachen, sondern mit reinen Verstandesbegriffen, die alle Erfahrung erst möglich machen, befaßt, soll sich die Rechtsphilosophie nach neukantischer Auffassung nicht mit dem empirisch gegebenen Rechtsstoff, sondern mit den von allen positiven Gegebenheiten und aller Erfahrung unabhängigen „reinen" Rechtsbegriffen befassen. Unseres Erachtens war es ein verhängnisvoller Irrtum der neukantischen Rechtsphilosophie, das Recht, das sicherlich keine Erkenntisform ist, als eine solche aufzufassen, und als ein „reines Ordnungsprinzip", als eine „reine Methode" zum Ordnen unserer Bewußtseinsinhalte, als eine „reine Denkform" zu betrachten. Andererseits ist es unzweifelhaft, daß durch diese Auffassung das Arbeitsgebiet der Rechtsphilosophie genau bestimmt und von dem der Jurisprudenz und der übrigen Rechtswissenschaften scharf abgegrenzt wird. Der Gedanke einer mit konkreten Rechtsinhalten erfüllten Rechtsphilosophie erscheint vom Gesichtspunkte dieser neukantischen Auffassung aus als widerspruchsvoll, denn eine allgemeingültige philosophische Erkenntnis muß formalen Charakter haben und somit ist auch die Rechtsphilosophie als eine reine formale Wissenschaft aufzufassen. Die Unwandelbarkeit und Ewigkeit, die das klassische Naturrecht für sein inhaltlich bestimmtes absolutes Rechtssystem beanspruchte, wird durch einen Neukantianismus für die „reinen Rechtsbegriffe", die als „bedingende Formen" dem empirischen Recht selbst innewohnen, in Anspruch genommen und das Absolute im menschlichen Recht selbst aufgefunden.

Es ist zweifellos ein großer und fruchtbarer Gedanke, das Unwandelbare im geschichtlich gegebenen Recht zu suchen. Man muß aber deswegen die unwandelbare Form nicht unbedingt als eine apriorische Verstandeskategorie, als reine Denkform betrachten, sondern kann sie auch als das bleibende Element einer Erscheinung im Gegensatz zu seinem wechselnden Inhalt auffassen. Zum „Ordnen der Bewußtseinsinhalte", zur Herstellung einer Einheit in der Mannigfaltigkeit der Welt, sind solche „Formen" im Sinne von empirischen Allgemeinbegriffen ebenfalls notwendig. Und die in diesem Sinne aufgefaßte „Rechtsform" ist zur scharfen Abgrenzung der Rechtsphilosophie von den übrigen Rechtsinhaltswissenschaften ebenso geeignet, wie die „reinen" Formen Stammlers.

Die Frage der Methode kritisch gestellt und untersucht zu haben, ist eines der größten Verdienste der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine

ausführliche Methodenlehre sämtlicher Rechtswissenschaften hat aber auch sie nicht geliefert. Insbesondere die Methodenlehre der Rechtsgeschichte und der Rechtssoziologie hat bei ihr keine ernste Beachtung gefunden. Die kantische Unterscheidung zwischen Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, sowie der Umstand, daß die neukantische Rechtsphilosophie das Recht in die Wertsphäre verlegen mußte, machte es ihr fast unmöglich, Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie, das heißt: kausale Wirklichkeitwissenschaften vom Recht, zu begreifen, zumal da der Unterschied von Wirklichkeit und Wert von manchen Neukantianern bis zum unüberbrückbaren Gegensatz gesteigert wurde. Die neukantische Rechtsphilosophie hatte somit Grund genug, diese heikle Frage nicht anzurühren. Außer den methodologischen Betrachtungen, die das Wesen und die Probleme der Rechtsphilosophie selbst behandeln, wurden eingehende Untersuchungen nur der Methodenlehre der Jurisprudenz gewidmet. Insbesondere ist es die von K e l s e n begründete „R e i n e R e c h t s l e h r e", die der „Soziologischen Jurisprudenz" eine „Normative Jurisprudenz" entgegenstellend eine auf das Prinzip der „Methodenreinheit" gestützte großangelegte Methodenlehre der dogmatischen Rechtswissenschaft auszubauen und die ganze Rechtsphilosophie bewußt in eine „Erkenntnistheorie des Rechts" umzuwandeln versuchte.

Allerdings konnte auch diese grundsätzlich als bloße Methodenlehre aufgefaßte Rechtsphilosophie nicht umhin, auch das Problem des R e c h t s b e g r i f f s zu behandeln. Trotz des neukantischen Grundsatzes, daß die Methode den Gegenstand der Erkenntnis „erzeuge", muß sich die Methode der Rechtswissenschaft nach der Eigenart ihres Gegenstandes richten; die methodologischen Untersuchungen Kelsens haben auch eine ganz bestimmte Auffassung vom Wesen des Rechts zu ihrer Voraussetzung, die Ansicht nämlich, daß das Recht bloße Norm sei, ein reines „Sollen" darstelle, das mit dem „Sein" der Wirklichkeit nichts gemein habe. Wenn Stammler bloß die von allem konkreten Rechtsinhalt losgelösten „reinen Rechtsbegriffe" in die Sphäre der unwandelbaren und zeitlosen Geltung verwies, so hebt Kelsen — indem er das reine rechtliche „Sollen" als inhaltlich bestimmte konkrete Rechtsnormen auffaßt — auch die geschichtlich gegebenen konkreten Rechtsinhalte aus dem Flusse des empirischen Geschehens heraus und stellt sie in die Sphäre der zeitlosen Geltung. Diese normative Rechtsauffassung ermöglichte es, die Jurisprudenz selbst als eine philosophische Wissenschaft von zeitlosen Sinngebilden aufzufassen und drohte die Grenzen zwischen Jurisprudenz und Rechtsphilosophie wieder einmal zu verwischen; diese Tendenz kam auch in den engen und ungeklärten Beziehungen der „Reinen Rechtslehre" zur allgemeinen Staatslehre zum Vorschein. Vollends unfähig war diese Rechts-

auffassung, die die Wirklichkeitsseite des Rechts, als mit dem Wesen des Rechts unvereinbar, bewußt außer acht ließ, die geschichtliche Wirklichkeit des Rechts, die geschichtlich-gesellschaftliche Bedingtheit der konkreten Rechtsinhalte und deren historischen Wechsel, sowie vor allem die Positivität des Rechts zu erklären. Diesem Mangel konnte auch durch die dem Grundgedanken normativer Rechtsauffassung bereits widersprechende Lehre vom „Stufenbau des Rechts" (Merkl) und durch die willkürliche Annahme einer „hypothetischen Grundnorm" nicht abgeholfen werden, und so war Kelsen schließlich gezwungen, die Wichtigkeit der faktischen Rechtsbefolgung, also der Wirklichkeitsseite des Rechts, anzuerkennen und zwischen der normativen und der tatsächlichen Geltung des Rechts, und somit zwischen den beiden — als beziehungslos vorausgesetzten — Systemen des „Sollens" und des „Seins" einen engen Zusammenhang anzunehmen [9]). Dies bedeutet jedoch nichts anderes, als die Bankerotterklärung der Auffassung, die bei der Bestimmung des Rechtsbegriffs die Wirklichkeitsseite des Rechts ignorieren zu können glaubt. [10]).

Stammler faßte im Gegensatz zu Kelsen die Bestimmung des Rechtsbegriffs als ein rechtsphilosophisches Problem auf. Er erkannte auch die Wichtigkeit der faktischen Rechtsgeltung, also der Wirklichkeitsseite des Rechts. Nun war er durch seine methodologische Auffassung vom Wesen der Rechtsphilosophie als einer Wissenschaft von reinen Verstandesbegriffen verhindert, das Problem der tatsächlichen Befolgung des Rechts als ein rechtsphilosophisches anzuerkennen, und wies es daher in die Zuständigkeit der Rechtspsychologie. Für den rechtsphilosophischen Gebrauch bestimmte er den Begriff des Rechts als einen reinen Verstandesbegriff, als „das unverletzbar, selbstherrlich verbindende Wollen", wobei die angeführten schillernden Beiworte des Wollens, sowie auch dieses selbst, nichts mit der Welt der Wirklichkeit zu tun haben, sondern „reine Ordnungsprinzipien", reine Denkformen bedeuten sollten. Es ist zweifellos das unvergängliche Verdienst Stammlers, das Wesen des Rechts in erster Linie in seinem zeitlosen „Sinn" gesucht zu haben. Hiermit nähert er sich sehr beachtenswert dem Neuhegelianismus. Seine Begriffsbestimmung ist jedoch einseitig und nicht vollständig, denn die Wirklichkeitsseite gehört notwendig

9) Vgl. Kelsen: Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925, S. 19.

10) Vgl. hierzu meine Abhandlungen: „Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50. Geburtstag. Wien, 1931, S. 58 bis 105, „Reine Rechtslehre, Randbemerkungen zum neuesten Werk Kelsens", Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XV, 1935, S. 330 bis 343, „Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz", ebenda, Bd. XX, 1940, S. 20 bis 37, sowie: „Das Logische im Recht", Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 1928, S. 183 ff.

auch zum Wesen des geschichtlichen, menschlichen, positiven Rechts, und von einem höheren Naturrecht will er auch nichts wissen. Ein „reiner" Rechtsbegriff, der nicht nur von jedem konkreten Inhalt, sondern auch von der empirischen Wirklichkeit gänzlich losgelöst ist, dem es „gleichgültig (ist) — um die Worte Graf zu Dohnas, des treuen Vertreters Stammlerscher Gedanken, anzuführen —, wann und wo und ob (das Recht) in der Welt der Erscheinungen jemals aufgetreten ist [11])", ist in der Rechtswissenschaft nicht zu gebrauchen.

Gewiß, die Rechtsphilosophie kann von den geschichtlich bedingten, konkreten Rechtsinhalten absehen und ihre wissenschaftliche Bearbeitung der Jurisprudenz überlassen. Sie kann jedoch nicht davon absehen, daß das Recht überhaupt irgendeinen geschichtlich wechselnden Inhalt haben muß, denn dies gehört zum bleibenden Wesen des Rechts. Sie darf daher die leere „reine Rechtsform" an sich nicht bereits als „das" Recht begreifen; die Erkenntnistheorie hütet sich auch davor, die reinen Formen der Erfahrung mit dem Begriff der Erfahrung gleichzusetzen. Gewiß, die Rechtsphilosophie kann auch von den einzelnen massenpsychologischen Vorgängen, die sich in der Sphäre der faktischen Rechtsbefolgung abspielen, absehen und ihre Beobachtung einer sogenannten Rechtspsychologie überlassen. Die Tatsache der faktischen Rechtsgeltung darf sie aber bei der Bestimmung des Rechtsbegriffs keinesfalls außer acht lassen, denn diese Wirklichkeitsseite gehört ebenfalls zum bleibenden Wesen des Rechts. Das Recht ist keine Erkenntnisform, keine „reine Denkform", sondern eine Erscheinung des geschichtlich-gesellschaftlichen Lebens. Sein Wesen bedeutet weder eine die Erfahrung transzendierende, noch eine transzendentale Wesenheit, weder eine metaphysiche Substanz, noch eine regulative oder konstitutive Idee, sondern einfach die Einheit seiner bleibenden und unwandelbaren Elemente, deren Unwandelbarkeit nicht auf die Ewigkeit, sondern auf die Spanne Zeit bemessen ist, in der es menschliche und rechtliche Einrichtungen überhaupt gibt. Die Allgemeingültigkeit des Rechtsbegriffs ist nicht die einer apriorischen Verstandeskategorie, sondern bedeutet nichts anderes, als daß er gilt — solange das Recht „in der Welt der Erscheinungen auftritt". Mit einer solchen Geltung und einer solchen Allgemeingültigkeit muß sich die Rechtsphilosophie begnügen; sie kann sich dabei wohl dessen besinnen, daß wir überhaupt keine Veranlassung hätten, Rechtsphilosophie zu treiben, wenn das Recht in der Welt der Erscheinungen nicht aufgetreten wäre.

Allerdings kann die Rechtsphilosophie auf diese Weise nicht als Erkenntnistheorie aufgefaßt werden, was sie tatsächlich nicht ist, und nur zum Teil kann sie als Methodenlehre der Rechtswissenschaften gelten.

11) a. a. O., S. 60.

Man darf sie aber auch nicht ohne weiteres als einen Teil der allgemeinen Philosophie betrachten. Der Umstand, daß sie auch die empirische Wirklichkeitsseite des Rechts zu beachten hat, würde dies allerdings noch nicht verhindern: das Problem der empirischen Wirklichkeit beschäftigt ja auch die allgemeine Philosophie. Der Umstand jedoch, daß die Rechtsphilosophie nur einen begrenzten Teil der Welt — die Welt des Rechts — im Auge hat und sich bewußt auf diese Rechtswelt beschränken muß, macht es notwendig, sie als Fach- oder Spezialphilosophie von der allgemeinen Philosophie abzugrenzen, sowie die Allgemeingültigkeit ihrer Aussagen auf das Gebiet des Rechtlichen zu beschränken. Dies soll aber erst bei Erörterung des Wesens der Philosophie näher ausgeführt werden.

Die methodologische Auffassung, die den Neukantianismus bei der Bestimmung des Rechtsbegriffs daran hinderte, die Wirklichkeitsseite des Rechts zu berücksichtigen, verbot ihm auch, das kausale oder soziologische Problem des Rechts als ein rechtsphilosophisches aufzufassen. Der reinen Rechtslehre Kelsens war es vor allem um eine Reinheit von soziologischen Feststellungen zu tun. Stammler seinerseits wußte zwar die wichtige Rolle des Rechts im gesellschaftlichen Leben vollauf zu würdigen, versuchte jedoch auch, dieses Problem als ein erkenntnistheoretisch-logisches zu begreifen: das Recht als die logisch bedingende Form, die Wirtschaft als die logisch bedingte Materie des sozialen Lebens und ihr gegenseitiges Verhältnis als das rein logische Bedingungsverhältnis von Form und Stoff zu betrachten. Nach alledem, was über die methodologische Grundauffassung des Neukantianismus bereits gesagt wurde, brauchen wir nicht länger bei dieser Frage zu verweilen.

Das Problem des r i c h t i g e n R e c h t e s endlich — diese altehrwürdige Frage des rechtsphilosophischen Denkens, die durch das klassische Naturrecht für lange Zeit in üblen Ruf gebracht wurde — ist durch den Neukantianismus in ihre alten Rechte wieder eingesetzt worden. Gewiß hat Kelsen auch dieses Problem nicht als ein rechtstheoretisches anerkannt, denn er betrachtete die Frage nach dem richtigen Recht als eine naturrechtliche oder eine politische Fragestellung. Stammler dagegen stellte der Frage nach dem Begriff des Rechts die nach der Idee des Rechts, das heißt die Frage nach dem Maßstab seiner Richtigkeit, als ebenbürtige Frage gegenüber. Die Bedeutung seiner Problemauffassung besteht gerade darin, daß sie geeignet war, das Problem des richtigen Rechts mit dem Prinzip der Entwicklung zu versöhnen. Für Stammler handelt es sich nämlich nicht darum, ein inhaltlich bestimmtes richtiges Recht abzuleiten, sondern bloß einen allgemeingültigen, unwandelbaren, formalen Maßstab für die Beurteilung der geschichtlich gegebenen, wandelbaren Rechtsinhalte zu ge-

winnen. Er will bloß die allgemeingültige Methode des Urteilens aufweisen, nach der die Richtigkeit eines positiven Rechtsinhaltes festzustellen ist. Das richtige Recht ist seiner Ansicht nach kein Naturrecht, sondern selbst positives Recht, ein „besonders geartetes gesetztes Recht": dasjenige geschichtlich gegebene Recht, das dem formalen Maßstab der Gerechtigkeit oder des „sozialen Ideals" entspricht. Allerdings bedeutet für ihn der Gedanke der Gerechtigkeit oder des „sozialen Ideals" keinen ethischen Wert, sondern nur eine formale Methode des wissenschaftlichen Ordnens, die es ermöglichen soll, die bedingten Rechtsinhalte in eine absolute Harmonie zu bringen. Stammler war schon dadurch, daß er die Zuständigkeit der Moral auf das Innenleben eingeschränkt und das gesellschaftliche Zusammenwirken in die Zuständigkeit des Rechts verwiesen hat, die Möglichkeit genommen, die Richtigkeit des Rechts im Sinne der moralischen Richtigkeit zu verstehen. Eine andere Schwierigkeit ergab sich für ihn dadurch, daß er seinen Maßstab der Richtigkeit nur auf die Rechtsinhalte, nicht aber auch auf die Rechtsform anwenden konnte. Die Frage des Anarchismus, ob das Bestehen des Rechts selbst — ganz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt — gerechtfertigt ist oder nicht, mußte er daher durch eine gesonderte Untersuchung entscheiden. Trotz der Mängel der von Stammler gelieferten Problemlösung besteht jedoch sein unsterbliches Verdienst darin, die Möglichkeit einer Lehre vom richtigen Recht, die keinen Rückfall in das Naturrecht bedeutet, methodologisch aufgewiesen zu haben.

Wir haben uns mit dem Neukantianismus ausführlicher beschäftigt, weil seine Auffassungen im Grunde genommen durchweg einen methodologischen Charakter haben und somit für unser Thema, das die methodologische Frage nach dem Wesen und den Problemen der Rechtsphilosophie betrifft, besonders lehrreich zu sein schienen.

Gerade der methodologische, rein formale Charakter der neukantischen Rechtsphilosophie rief jedoch wiederum den Wunsch nach einer mit konkreten Inhalten erfüllten Rechtsphilosophie hervor und eine solche glaubte man auf Grund der Philosophie H e g e l s begründen zu können. Die Philosophie Hegels, der mit seiner Lehre vom „objektiven Geist" das geschichtlich-gesellschaftliche Dasein in den Mittelpunkt des philosophischen Interesses rückte und dessen Rechtsphilosophie nicht am Rande, sondern im Brennpunkte seines philosophischen Systems steht, scheint in der Tat eine bessere Grundlegung zur Rechtsphilosophie zu bieten, als die kantische Erkenntniskritik, die zweifellos an den Naturwissenschaften und der Mathematik orientiert ist. Dem Vorteile, den die Philosophie Hegels dem philosophischen Begreifen der sinnerfüllten geschichtlichen Wirklichkeit bietet, steht jedoch als Nachteil ihre Belastung mit willkürlichen metaphysischen Speku-

lationen gegenüber; insbesondere die Hegelsche Annahme eines höheren „philosophischen" Denkens, vor dem die durch das gewöhnliche, verstandesmäßige Denken festgestellten Unterschiede und Widersprüche verschwinden sollten, war nicht geeignet, die Philosophie als „strenge Wissenschaft" zu fördern. Ein widerspruchloses Denken muß nämlich Voraussetzung nicht nur der Fachwissenschaften, sondern auch der Philosophie bleiben.

Um die Gedankenschätze Hegelscher Geistesphilosophie für die Rechtsphilosophie fruchtbar zu machen, war es daher notwendig, sie von der Last einer rein spekulativen Metaphysik zu befreien. Die ersten Vertreter des Neuhegelianismus in der deutschen Rechtsphilosophie zu Beginn des 20. Jahrhunderts (Kohler, Berolzheimer) scheinen in der Tat dieses Ziel zu verfolgen. Kohler lehnt die Hegelsche Dialektik entschieden ab; er ist nicht geneigt, die Weltgeschichte als einen rein logischen Prozeß zu begreifen und erkennt es an, daß der Gang der tatsächlichen Kulturentwicklung mit vieler Unlogik verbunden ist. Den Neuhegelianismus bezeichnet er als eine Wendung vom „geschichtslosen Naturrechtler Kant" zum „geschichtlichen Hegel" und damit bezeichnet er ganz zutreffend auch die übergeschichtliche Bedeutung Hegels, die darin besteht, die Erforschung des Wesens der Geschichte, der Gesellschaft und der Kultur als philosophisches Problem gestellt zu haben. Indem Kohler den Kantischen Dualismus von Wert und Wirklichkeit ablehnt und die Hegelsche „Selbstbewegung des Begriffs", die Entwicklung der Idee, als Kulturentwicklung begreift, erscheinen die Gedanken der Entwicklung und der Kultur als Grundpfeiler seiner Rechtsphilosophie [12]).

Dieser Auffassung hätte das rechtsphilosophische Problem des Rechtsbegriffs sowie das kausale oder soziologische Problem des Rechts entspringen sollen, und somit wäre das Wesen des Rechts als die Einheit von Geist und Wirklichkeit zu begreifen und der Zusammenhang des Rechts mit den anderen Erscheinungen der Kulturwirklichkeit aufzudecken gewesen; es hätte auch die Frage gestellt werden müssen, inwieweit die Rechtsentwicklung, die nicht restlos als ein logischer Prozeß betrachtet werden kann, als eine kausal notwendige Entwicklung aufgefaßt werden soll. Von allen diesen Fragen ist jedoch in der Rechtsphilosophie Kohlers nichts aufzufinden. Er berührt zwar die Tatsache, daß in der Wirklichkeit „ewige Kulturgüter" geschaffen werden, zieht aber hieraus keine weiteren Folgerungen. In der Ausführung erscheint seine Rechtsphilosophie als eine mit rechtspolitischen Betrachtungen ausgeschmückte allgemeine Rechtslehre: als eine eigen-

12) Vgl. Kohler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin, 1909, S. 13, 16.

tümliche Synthese der positivistischen Allgemeinen Rechtslehre und der klassischen Naturrechtslehre. Wir haben oben zu zeigen versucht, daß diese rechtsphilosophischen Richtungen eigentlich keine rechtsphilosophischen Probleme, sondern Fragen des wandelbaren konkreten Rechtsinhaltes behandeln und so darf es uns nicht wundernehmen, daß auch die mit konkreten Inhalten erfüllte Rechtsphilosophie Kohlers keine fruchtbaren rechtsphilosophischen Probleme aufrollen konnte.

Im Gegensatz zu Kohler ist die neuere Richtung des Neuhegelianismus, die sich in den zwanziger und dreißiger Jahren dieses Jahrhunderts ausgebildet hat (Binder, Dulckeit, Larenz), bestrebt, sich so eng als möglich an die Gedanken des ursprünglichen Hegel anzuschließen. Gerade die spekulative Metaphysik Hegels, sein absoluter Idealismus, seine Dialektik, seine Lehre von der „Selbstbewegung des Begriffs", die Auffassung, daß allein der Begriff Wirklichkeit habe, daß das Vernünftige das wahrhaft Wirkliche und das Wirkliche vernünftig sei, sind die Grundlagen, worauf Julius Binder seine Philosophie des Rechts aufzubauen versucht. Auf Grund dieser Auffassung betrachtet er es als die alleinige Aufgabe der Rechtsphilosophie, den Begriff des Rechts zu entwickeln. Und es ist kein höheres Naturrecht, sondern das empirische Recht selbst, als der geschichtlichen Wirklichkeit angehörend, „als in der uns gegebenen Welt bewirkt und wirkend" aufgefaßt, um dessen Begriff es sich bei ihm handelt [13]). Der Begriff des Rechts bedeutet jedoch für Binder etwas anderes als für den gewöhnlichen Menschenverstand, nämlich eine metaphysische Substanz: das Wesen, das im empirischen Recht in die Aeußerlichkeit seiner Erscheinung heraustritt [14]). Dieses Wesen des Rechts ist nun nichts anderes als die Vernunft, die hier gleichbedeutend ist mit Freiheit und Sittlichkeit. Das einzige rechtsphilosophische Problem besteht somit darin, die Vernünftigkeit des empirischen Rechts zu beweisen, das wirkliche, geschichtliche Recht als die Wirklichkeit der Freiheit, als die Sittlichkeit selbst, zu begreifen [15]).

Dieser Auffassung gemäß muß die Rechtsphilosophie als Darstellung und Apologie des empirischen Rechtsinhaltes, demnach als Jurisprudenz und Rechtspolitik erscheinen. Die Ausführung von Binders rechtsphilosophischem Programm in dessen „System der Rechts-

13) Vgl. Binder: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, Tübingen, 1935, S. 132.

14) Vgl. ebenda, S. 162: „Daß der Begriff aber gerade nur insofern als Idee aufgefaßt werden kann, als er sich dem denkenden Geiste als die in den empirischen Gegenständen wirkende Macht, als die sie bedingende, formende und belebende Substanz erschließt, das ist vor allem dem modernen Intellektualismus unbekannt geblieben." Ferner ebenda, S. 138: ... dieses Dasein (des Rechts) ist ... zu denken als das Heraustreten eines Wesens in der Aeußerlichkeit seiner Erscheinung ..."

15) a. a. O., S. 128, 157, 160.

philosophie" (1937) ist in der Tat nichts anderes als eine allgemeine Rechtslehre, die mit rechtspolitischen Betrachtungen durchwoben und mit dem poetischen Glanze Hegelscher Metaphysik umwoben ist [16]). Wir finden hier ebenso eine Synthese der positivistischen Allgemeinen Rechtslehre und des klassischen Naturrechts, wie in Kohlers Lehrbuch der Rechtsphilosophie.

Die einzige Frage, die Binder als ein rechtsphilosophisches Problem anerkannt hat, die Frage nach dem Rechtsbegriff, wird eigentlich auch nicht gelöst. Binder verschmäht es, die Unterscheidungsmerkmale des Rechtes zu suchen, er will auch von den bleibenden Elementen des Rechts nichts wissen. Durch die Abneigung, den Rechtsbegriff als einen empirischen Allgemeinbegriff zu fassen, wird Binder ebenso dazu verleitet, den Rechtsbegriff als eine metaphysische Substanz zu begreifen, wie Stammler dazu veranlaßt war, ihn als einen reinen Verstandesbegriff aufzufassen. Beide fühlen ganz richtig, daß das Recht nicht nur wahrnehmbare äußere Merkmale aufweist — und insofern besteht auch ihre Abneigung gegen einen empirischen Allgemeinbegriff im Sinne der Naturwissenschaft zurecht —, sondern daß es auch einen bloß verstehbaren „Sinn" enthält. Dieser „Sinn", dieser „Bedeutungsgehalt" des Rechts kommt in den Inhalten rechtlicher Normen zum Ausdruck und die wissenschaftliche Bearbeitung dieser verstehbaren Norminhalte ist gerade die Aufgabe der Jurisprudenz. Es mag sein, daß es Stammler gelungen ist, durch seine formale Methode gewisse bleibende Elemente dieser Rechtsinhalte — gleichsam eine Form des rechtlichen Bedeutungsgehaltes — in seinem Rechtsbegriff zu erfassen; Binder dagegen war durch sein Bestreben, den ganzen Sinngehalt des Rechts als vernünftig zu erweisen, gezwungen, den ganzen, geschichtlich wandelbaren, konkreten Inhalt des empirischen Rechts in seinem Rechtsbegriff aufzunehmen. Seine rechtsphilosophische „Entwicklung" des Rechtsbegriffs übernimmt somit die Aufgabe der dogmatischen Jurisprudenz: den vernünftigen Sinn rechtlicher Normen zu entfalten. Hierdurch wird aber gerade das nicht geleistet, was der Rechtsbegriff leisten sollte, nämlich die scharfe Absonderung des Bleibenden und Unwandelbaren im Recht von dessen geschichtlich wandelbaren Elementen. Den Glaubenssatz, daß sich im geschichtlich wechselnden empirischen Rechte eine unwandelbare, absolute Substanz offenbare, wird man nicht ohne weiteres annehmen können, wenn man von dem den gewöhnlichen Verstand überragenden „philosophischen" Denken, das das Relative zugleich als das Absolute begreift, keinen Gebrauch machen will. So wird man auch der Versicherung Binders, „das Recht

[16]) Vgl. meine Besprechung dieses Werkes in der Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XVIII, 1939, S. 285 ff.

sei relativ und absolut zugleich, weil es Wirklichwerdung des Absoluten sei [17])", ohne ein sacrificium intellectus nicht Glauben schenken können, und auf diese Weise müßte man auf Grund seiner Ansicht, daß die empirische Rechtswirklichkeit der einzige Gegenstand der Rechtsphilosophie sei, zum rechtsphilosophischen Relativismus gelangen. Die Erschütterung seiner spekulativen, metaphysischen Grundlagen läßt den Hegelianismus leicht in den Relativismus und Empirismus hinübergleiten [18]).

Das Verständnis, das Binder für die empirische Rechtswirklichkeit bekundet, hätte ihm nebst der Wirklichkeitsseite des Rechts auch das kausale oder soziologische Problem des Rechts erschließen müssen. Er will ja das Recht „als in der uns gegebenen Welt bewirkt und wirkend" begreifen. Die richtige Einsicht, daß das Recht kein bloßes Stück der Naturwirklichkeit ist, sondern der Wirklichkeit des Geistes, der Kultur und der Geschichte angehört, verleitet ihn aber zu der irrigen Annahme, daß die Gegenstände dieser geschichtlichen Kulturwirklichkeit „ausnahmslos Wertgebilde und Sinnzusammenhänge" seien [19]). Daß auch naturhafte, kausal bewirkte und kausal wirkende Kräfte in Geschichte und Kultur eine wichtige Rolle spielen, wird von ihm außer acht gelassen. Die wahre Wirklichkeit ist für ihn die logische Wirklichkeit des Begriffs, und so muß er geringschätzig auf den Naturalismus des 19. Jahrhunderts herabblicken, der „statt den Bedeutungsgehalt von Gesetzen der Freiheit zu ermitteln, Naturgesetze des Werdens von Rechtssätzen zu ermitteln' versuchte [20]). Und dennoch muß er selbst zugeben, daß „die Notwendigkeit, die in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts herrscht, mehr die Notwendigkeit des Zufalls, als die der Logik" sei, und vertröstet sich bloß damit, daß es „trotz allem Unverstand und Leidenschaft in der Geschichte

17) a. a. O., S. 158 Anm. 5.

18) So bekennt sich Max Ernst Mayer, Rechtsphilosophie, Berlin, 1922, zugleich zum Hegelianismus und einem „kritischen Relativismus"; es waren aber auch neukantische Gedanken von großem Einfluß auf ihn und infolge dessen ist auch sein „kritischer" Relativismus nicht als echter Relativismus zu betrachten; vgl. hierzu meinen Artikel: „Eine Rechtsphilosophie des kritischen Relativismus" im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. XVII, 1923/24, S. 91 bis 112. — Auch die Rechtsphilosophie Radbruchs (Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, 1922, Rechtsphilosophie, Leipzig, 1932 steht unter dem Einfluß Kantischer und Hegelscher Gedanken; sein Relativismus ist letzterem Gedankenkreise zuzurechnen. — In diesem Zusammenhang — als unter Kantischem und Hegelschem Einfluß stehend — kann auch Wilhelm Sauer erwähnt werden, der jedoch sein rechtsphilosophisches System in erster Linie auf die Monadologie Leibnizens gründen will.

19) a. a. O., S. 125.

20) a. a. O., S. 6.

schließlich doch eben vernünftig zugeht [21]). Da aber in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts dieses „bloß begriffslose Dasein, das der Welt des bloßen Scheins angehört", das „vorübergehendes Dasein und äußerliche Zufälligkeit" ist, dennoch eine so große Rolle spielt, daß darin die Notwendigkeit des Zufalls die der Logik übertrifft, wäre es eine unumgängliche Aufgabe der Rechtsphilosophie, die Rolle dieser vom logischen Standpunkt aus „zufälligen", bloß kausalen Notwendigkeit im Recht einer Untersuchung zu unterwerfen. Durch die Hegelsche Unterscheidung einer „wahren Wirklichkeit" von einer „faulen Wirklichkeit" wird also das kausale oder soziologische Problem des Rechts ebenso aufgerollt, wie das Problem seines Verhältnisses zum Wert.

Folgerichtig hätte zwar das Wertproblem, die Frage des richtigen Rechts, in der Rechtsphilosophie Binders ebenfalls keinen Platz. Da nach seiner Auffassung das Recht selbst die Sittlichkeit ist, und die Sittlichkeit nirgends anderswo als in der geschichtlichen Wirklichkeit des Gemeinschaftslebens anzutreffen ist, hätte es keinen Sinn, die Frage nach dem richtigen Rechte aufzuwerfen. Zur Beurteilung der Richtigkeit des Rechts kann es, seiner Meinung nach, überhaupt keinen außerrechtlichen Maßstab geben: „Das Recht ist unsittlich nur, wenn es gegen seinen eigenen Begriff verstößt", wenn es also kein Recht ist [22]). Da es aber in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts auch eine „faule Wirklichkeit", ein „begriffliches Dasein", d. h. unvernünftige und unsittliche Gesetze gibt, zieht hieraus Binder die Folgerung, daß solche unvernünftige Gesetze, auch dann, wenn sie in den verfassungsmäßigen Formen zustandegekommen sind, oder wenn sie auch in der Form des Verfassungsgesetzes auftreten, als Willkür und nicht als Recht betrachtet werden müssen, und er möchte die Staatsbürger und Richter, denen ein materielles Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen zustehen soll, ermächtigen, solchen Gesetzen den Gehorsam zu verweigern [23]). Mit dieser Stellungnahme widerspricht er zwar seiner Auffassung, daß als Recht das geschichtlich gegebene, empirische Recht, das „Recht der Juristen" zu betrachten sei, kann aber der Frage des richtigen Rechtes dennoch nicht ausweichen: das materielle Prüfungsrecht des Richters bedeutet ja nichts anderes, als die Beurteilung des Rechts nach seiner vernünftigen Richtigkeit, nach dem Maßstabe der Gerechtigkeit, der Sittlichkeit. Und der Maßstab, den er zur Beurteilung der Richtigkeit oder Rechtlichkeit der Gesetze angibt, ist ein

21) Binder: Mein „absoluter Idealismus" und Hegel. Eine Klarstellung gegenüber der Kritik meines Systems. (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 98, 1938, S. 427, 428.

22) Grundlegung zur Rechtsphilosophie, S. 156, 157, 160.

23) a. a. O., S. 151, 157, 161.

außerrechtlicher: das Recht soll „aus der Totalität der im dialektischen Prozeß seiner Geschichte erreichten Kulturhöhe eines bestimmten Volkes" beurteilt werden [24]). Allerdings ist die „erreichte Kulturhöhe eines Volkes" kein absoluter Wertmaßstab, sondern ein relativer, und so führt der Neuhegelianismus Binders — wie bereits oben angedeutet wurde — zum rechtsphilosophischen Wertrelativismus.

Obgleich Binder als das einzige Problem der Rechtsphilosophie die Entwicklung des Rechtsbegriffs erklärt hat, quellen also aus seinen eigenen Untersuchungen dennoch auch die genannten beiden anderen rechtsphilosophischen Probleme hervor. Und auch das Problem der Methodenlehre ist bei ihm vorzufinden. Er hat sogar nicht nur über das Wesen und die Aufgabe der Rechtsphilosophie methodologische Betrachtungen angestellt, sondern auch über die anderen Rechtswissenschaften und beabsichtigte, die der „Theorie nicht sowohl des Rechtes, als der Rechtswissenschaft gewidmeten Teile" seiner „Philosophie des Rechts" (1925) in eine „Wissenschaftslehre des Rechts" zusammenzufassen [25]). Der auf die konkrete Wirklichkeit eingestellte Hegelianismus ist ansonsten methodologischen Untersuchungen eigentlich abgeneigt, und es fehlt auch seiner alle Unterschiede und Gegensätze „aufhebenden" „philosophischen" Denkart an der nötigen methodischen Klarheit im Sinne des Neukantianismus. So spricht Binder von der „Einheit von Jurisprudenz und Rechtsphilosophie" und will, daß der Richter als Rechtsphilosoph über die relative Natur der Gesetze entscheide [26]). Dies bestätigt zwar, was wir über die Verwischung des Unterschiedes zwischen Rechtsphilosophie und allgemeiner Rechtslehre durch Binder gesagt haben, betrifft aber bloß die Art der Problemlösung und ändert nichts an der Tatsache, daß das Problem der Methodenlehre in einer jeden Rechtsphilosophie, und somit auch im Neuhegelianismus, schon durch das Bestehen der Rechtsphilosophie überhaupt aufgegeben ist. Für unser Thema war die ausführliche Untersuchung sowohl des Neukantianismus als auch des Neuhegelianismus deshalb besonders lehrreich, weil sich hierdurch zeigen ließ, daß sowohl die einseitig methodologische Richtung des ersteren, als auch die einseitig metaphysische Richtung des letzteren alle die rechtsphilosophischen Probleme aufrollen mußte, die bisher in der Geschichte der Rechtsphilosophie aufgetreten sind.

Während der rechtsphilosophische Neukantianismus, der hauptsächlich unter dem Einfluß des methodologischen Idealismus der Mar-

[24]) a. a. O., S. 158.

[25]) Vgl. Binder: System der Rechtsphilosophie, Berlin, 1937, S. VII.

[26]) Vgl. Binder: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, S. 151, Anm. 1.

burger Richtung stand, und der rechtsphilosophische Neuhegelianismus, der sich immer mehr auf die Grundlage der spekulativen Metaphysik des ursprünglichen Hegel stützte, unversöhnlich einander gegenüberstanden, bereitete sich auf dem Gebiete der allgemeinen Philosophie eine Versöhnung und eine Synthese des Kantischen und des Hegelschen Denkens vor. Deu Neukantianismus südwestdeutscher Richtung (Windelband, Rickert) begriff das geschichtliche, gesellschaftliche und kulturelle Leben als „wertvolle Wirklichkeit",also als „objektiven Geist" im Sinne Hegels; zerlegte aber diesen „objektiven Geist" der Kantischen Unterscheidung von Wirklichkeit und Wert entsprechend in eine Schicht der erfahrbaren psychologischen Realität und in eine daran haftende Sphäre der verstehbaren Sinngebilde, Bedeutungen und Werte. Die Hegel nahestehende Richtung eines Dilthey, Spranger und Nicolai Hartmann führte andererseits zu einer großzügigen Theorie vom mehrschichtigen Aufbau der Welt, die der metaphysischen Spekulation Hegels möglichst fernzubleiben bestrebt ist und, den Spuren der Kantischen Unterscheidung von Wirklichkeit und Wert folgend, den „objektiven Geist" ebenfalls als aus einer psychophysischen Wirklichkeitsschicht und einer geistigen Schicht bestehend begreift. Diese neue Auffassung vom Wesen der Kulturwirklichkeit ist jedoch bis jetzt mehr in allgemein-philosophischen als in rechtsphilosophischen Arbeiten vertreten. Aufgabe unserer Zeit wäre es, sie auch für die rechtsphilophische Forderung fruchtbar zu machen [27]). Diese Frage führt uns aber

---

27) Meine in ungarischer Sprache veröffentlichten Arbeiten waren bestrebt, eine Rechtsphilosophie auf der Grundlage dieser allgemein-philosophischen Auffassung aufzubauen; aus ihrer Reihe seien die „Einführung in die Rechtsphilosophie", ung.; Budapest, 1923, 356 S., und die „Theorie der juristischen Personen, ung.; Budapest, 1931, 379 S., angeführt. — Unter meinen fremdsprachigen Publikationen ist es die Abhandlung „Recht und Gesellschaft" (Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XXI, 1942, S. 537 bis 565), die diese Auffassung am ausführlichsten darlegt. — Da diese Zeilen in einem „Ungarn-Heft" des Archivs erscheinen, dürfte ich vielleicht von meinen fremdsprachigen Arbeiten, außer den in den Anmerkungen 3, 8, 10, 16, 18, 30, 32 und 34 angeführten, noch die folgenden nennen: Macht, Recht, Moral, Szeged, 1922, Das Wesen des Pazifismus und die darin enthaltenen ethischen, logischen und soziologischen Probleme, Studi Filosofico-Giuridici dedicati al Prof. G. Del Vecchio; Modena, 1931, Zum ewigen Frieden. Grundriß einer Philosophie des Pazifismus und des Anarchismus. Leipzig, 1930, Abänderung der Völkerbundssatzung und Probleme des Pazifismus, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XII, 1932, S. 666 bis 686, Recht und Gewohnheitsrecht, ebenda, Bd. XIV, 1934, S. 545 bis 567, Creazione e applicazione del diritto, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Bd. XIV, 1934, S. 653 bis 680, Sulla questione delle lacune nel diritto, ebenda, Bd. XXI, 1941, S. 312 bis 327.

bereits zu der folgenden Erörterung des Verhältnisses zwischen Philosophie und Rechtsphilosophie hinüber.

4. Bevor wir aber auf die Behandlung dieser Frage übergehen, wollen wir — gemäß dem Ziel, das sich dieses „Ungarn-Heft" unserer Zeitschrift gesetzt hat — einen Blick auf die Geschichte der ungarischen Rechtsphilosophie werfen.

Der größte ungarische Jurist, dem zu Beginn des 16. Jahrhunderts die Aufgabe zufiel, das gesamte geltende Recht seines Vaterlandes zu kodifizieren, Stefan Werböczy (1460 bis 1541), hat im Prolog seines großen „Tripartitum Opus" (1. Ausgabe: Wien 1517) auch allgemeine Betrachtungen über das Recht angestellt. Von besonderem methodologischem Interesse sind seine Ausführungen über den Unterschied zwischen der Gerechtigkeit, dem Recht und der Jurisprudenz (Prologus, Titulus 5.). Nach der von Werböczy festgestellten Rangordnung steht die Gerechtigkeit auf der obersten Rangstufe: iustitia inter virtutes summum bonum; das Recht hat keinen anderen Zweck, als ihr zu dienen, sie anzuwenden; und auf der untersten Stufe steht die Jurisprudenz, die sich nach der Gerechtigkeit und dem Recht zu richten hat. Durch die Lehre von der Heiligen Krone, diese organische Rechts- und Staatsauffassung, nach der die Nation die Quelle aller privaten und öffentlichen Rechte, einschließlich der Herrscherrechte, sein soll (Pars I. Tit. 3, § 6), sowie durch die Betonung der hervorragenden Bedeutung des Gewohnheitsrechts (Pars II. Tit. 6, § 9, Tit. 73, § 2: „per consuetudinem approbatam introducta lex") hat Werböczy Jahrhunderte hindurch großen Einfluß auf die ungarischen Juristen und die ganze ungarische Nation ausgeübt. Man darf dabei nicht vergessen, daß sein „Tripartitum" bis 1848 als positives Recht in Geltung stand, wodurch sich auch die Rezeption des römischen Rechts in Ungarn leicht vermeiden ließ. Sicherlich ist es zum Teil dem Geiste Werböczys zu verdanken, daß die naturrechtlichen Systeme niemals bedeutenderen Einfluß auf die ungarische Rechtwissenschaft gewonnen haben: man hielt mehr auf Werböczy, als auf abstrakte philosophische Spekulationen.

Erst im 18. Jahrhundert begann mit Werken von Bossányi (1706), Köleséry (1723), Lakits (1778), Filo (1781), Rosos (1777), Dienes (1792), Brezanóczy (1796) die ungarische naturrechtliche Literatur; ihre freie Entwicklung wurde aber eine Zeitlang dadurch gehemmt, daß die Reformen der Königin Maria Theresia (1777) den Hochschulen das Lehrbuch des Wiener Professors Martini als Leitfaden der Vorlesungen vorschrieben. Diese Vorschrift bestand formell bis 1848 und diesem Umstande ist es zuzuschreiben, daß die ersten naturrechtlichen Werke in Ungarn bis Ende der dreißiger Jahre des 19. Jahrhunderts meistens in dem Geiste Martinis — und da Mar-

tini ein Anhänger Chr. Wolffs war — in dessen Geist verfaßt wurden. Nur auf den Lehrstühlen der protestantischen Rechtsakademien finden wir bereits Anfang des 19. Jahrhunderts Anhänger der Kantischen Philosophie und der im Geiste dieser Philosophie verfaßten naturrechtlichen Systeme [28]). In den dreißiger Jahren erschienen die großen naturrechtlichen Werke von Anton Virozsil, die auf Kantischer Grundlage ein mit großer Gelehrsamkeit und edler philosophischer Auffassung begründetes, auf der Höhe der zeitgenössischen europäischen Wissenschaft stehendes System des Naturrechts boten [29]). Auf den Pfaden des Naturrechts wandelte auch der Nachfolger Virozsils auf dem Lehrstuhl des Vernunftsrechts an der Budapester Universität, Theodor Pauler, der auch die Kantianische Auffassung mit seinem Vorgänger gemeinsam hatte und sie in bedeutenden, mit größter Gelehrsamkeit verfaßten Werken (1851 bis 1878) vertrat.

Pauler war der letzte große Vertreter des Vernunftrechts auf ungarischem Boden. Nach ihm haben sich positivistische und soziologische Auffassungen des ungarischen rechtsphilosophischen Denkens bemächtigt. Der Gelehrte, der den Einfluß der französischen positiven und der englischen evolutionistischen Philosophie sowie der soziologischen Richtungen auf die ungarische Rechtsphilosophie vermittelte, war August Pulszky. Sein großes Werk: „Grundlehren der Rechts- und Staatsphilosophie [30])" verstand es jedoch, die gewichtige Rolle der sozialen Ideale im gesellschaftlichen Leben gebührend zu würdigen und sich so von den verbreiteten naturalistischen Einseitigkeiten der soziologischen Auffassungen fernzuhalten. Vertreter einer einseitigen naturalistischen aber zugleich auch utilitaristisch-rationalistischen Soziologie war hingegen Julius Pikler, der die Rechtsphilosophie als die Naturwissenschaft des Rechts begründen wollte. Seine Anhänger, die sich um die Zeitschrift „Huszadik Század" (20. Jahrhundert, Jahrgang 1900 bis 1919) scharten, standen größtenteils unter dem Einfluß der Philosophie Herbert Spencers, berührten sich aber auch in mancher

[28]) So die Werke von S. Fuchs (1803), Sz. Szilágyi (1818), das erste nicht in lateinischer, sondern in ungarischer Sprache verfaßte systematische Lehrbuch des Naturrechts, ferner die von Szibenliszt (1820/28), Albély (1831), Bánó (1836), Csacskó (1839).

[29]) Virozsil übte auch als Universitätsprofessor von 1832 bis 1862 auf der Pester, von 1863 bis 1865 auf der Wiener Universität einen bedeutenden Einfluß auf seine Hörer aus. Zu seinen Hörern gehörte auch Imré Madách, der Verfasser des unlängst auch in Deutschland aufgeführten großen geschichtlichsphilosophischen Dichtwerks „Die Tragödie des Menschen".

[30]) Budapest, 1885, ungarisch; in englischer Uebersetzung: The Theorie of Law and Civil Society, London, 1888. (Besprechungen von Sidgwick: English Historical Review, 1888, S. 761 bis 767, The Law Quarterly, 1888, S. 454, Westminster Review, March 1888, S. 381.

Hinsicht mit der materialistischen Geschichtsauffassung, und besonders durch Erwin Szabó, einen theoretisch gebildeten Verfechter der modernen syndikalistischen Theorie, mit der Arbeiterbewegung sowie durch Oskar Jászi mit dem politischen Radikalismus.

Zu diesem Kreise gehörte in der ersten Phase seiner wissenschaftlichen Entwicklung der heute im Auslande vielleicht am meisten bekannte ungarische Rechtsphilosoph Felix Somló[31]). Nachdem er aber seine philosophische Grundanschauung geändert und sich vom Standpunkte der Philosophie Spencers auf die Grundlage der Kantischen Philosophie umgestellt hatte, wechselte er auch seine frühere Ansicht, nach der er die Rechtsphilosophie als Soziologie des Rechts begreifen wollte, und verfaßte als Neukantianer sein großes Werk, die „Juristische Grundlehre[32])". Nach seiner neuen Ansicht hätte die Rechtsphilosophie zwei Probleme zu lösen: die Frage des Rechtsbegriffs und die des richtigen Rechtes. Der ersten Frage ist seine „Juristische Grundlehre" gewidmet, die zweite in Angriff zu nehmen, war ihm schon nicht mehr vergönnt.

Somló ist bis jetzt zweifellos der bedeutendste ungarische Rechtsphilosoph gewesen. An seinem Hauptwerk bewahrheiten sich vollauf die Worte des ungarischen Rechtshistorikers Wenzel, daß nämlich im ungarischen geistigen Leben „die wissenschaftlichen Gegensätze niemals mit der scharfen Einseitigkeit und Ausschließlichkeit wie in der deutschen Literatur ausgeprägt waren und es auch niemals sein werden". Somló war, was seine allgemein-philosophische Auffassung anbetrifft, gewiß Kantianer, doch spürt man dies, wenn man seine „Juristische Grundlehre" liest, eigentlich nur sehr wenig. Er gehörte nicht zu denen, die den Streit um erkenntnistheoretische oder metaphysische Probleme auf dem Felde der Rechtsphilosophie austragen wollen. Er war vor allem bestrebt, sich durch eine „standpunktfreie" Betrachtung des Gegenstandes, den er untersuchte — mit einem modernen Worte könnte man auch sagen: durch den „phänomenologischen Befund" — bestimmen zu lassen. Die soziologische Schule, aus der er kam, beeinflußte ihn auch späterhin insofern, als er nicht geneigt war, die geschichtlich-gesellschaftliche Wirklichkeit des Rechts aus den Augen zu verlieren und im Recht eine reine Verstandeskategorie zu erblicken. Auf allgemein-philosophische Auffassungen stützte er sich in der Rechtsphilosophie nur dort, wo es ihm unumgänglich notwendig schien. So vor allem bei Abgrenzung des rechtsphilosophischen Arbeitsgebietes: den Neukantianern Stammler und Graf zu Dohna ähnlich betrachtete

31) Geboren 1873, gestorben 1920. — Die Schilderung seiner ganzen wissenschaftlichen Tätigkeit findet sich in meinem Vorworte zu seinen posthumen „Gedanken zu einer Ersten Philosophie (Berlin-Leipzig, 1926).

32) Leipzig, 1917; 2. Auflage: Leipzig, 1927.

er nämlich, wie bereits erwähnt, die Frage des Rechtsbegriffs und die des richtigen Rechts als die rechtsphilosophischen Hauptprobleme.

Ansonsten war er hauptsächlich darauf bedacht, die Methode des philosophischen Denkens von Kant zu erlernen, um sie — mutatis mutandis — in der Rechtsbetrachtung auf den Gegenstand „Recht" anzuwenden. In dieser Hinsicht war die Kantische Unterscheidung von Apriori und Aposteriori, von Form und Inhalt für ihn von größter Bedeutung. Wie Kant die apriorischen, reinen Verstandesbegriffe, die alle Erfahrung erst möglich machen, von den empirischen Erfahrungsbegriffen schied, versuchte Somló das Apriori des Rechts, das alle rechtlichen Erscheinungen als rechtliche erst möglich macht, das einem jeden geschichtlich bedingten, wechselnden Rechtsinhalt innewohnen muß, damit dieser als Recht begriffen werden könne, von dem wandelbaren Inhalt des positiven Rechts scharf abzutrennen. Dabei vergaß er nicht, daß dieses Apriori des Rechts nicht ein Apriori der Erfahrung, sondern ein Apriori des Rechts ist und daß es daher zwar „rein" von jedem Rechtsinhalt, nicht aber unbedingt „rein" von jeder Erfahrung sein muß. Er stützte sich hierbei auch auf die Rechtsphilosophie des in Deutschland wenig beachteten Engländers Austin, der auch schon „notwendige Rechtsbegriffe", ohne die es überhaupt kein Recht gibt, von bloß „allgemeinen Rechtsbegriffen" unterschied, aber die Untersuchung beider in die Zuständigkeit der Rechtsphilosophie verwies. Nach Somlós Ansicht sollte sich dagegen die Rechtsphilosophie, als die Wissenschaft von der Rechtsform, nur auf die Untersuchung des Rechtsbegriffs und der damit bereits gegebenen Rechtswesensbegriffe — nach seinem Wortgebrauch: juristischen Grundbegriffe, nach dem Wortgebrauch Austins: notwendigen Rechtsbegriffe — beschränken und die bloß „allgemeinen" Rechtsbegriffe, da diese sich nach dem jeweiligen Inhalt der rechtlichen Regelung richten, folgerichtig der Jurisprudenz überlassen. In dieser scharfen Scheidung der juristischen Grundbegriffe von den Rechtsinhaltsbegriffen, in der festen Abgrenzung der Rechtsphilosophie von der allgemeinen Rechtslehre, ja von allen übrigen Rechtsinhaltswissenschaften, und vor allem darin, daß er diese Abgrenzung durchführen konnte, ohne das Recht in die Sphäre der reinen Verstandesbegriffe zu verweisen, besteht meines Erachtens das bleibende Verdienst, das sich Somló um das rechtsphilosophische Denken erwarb.

Der Blick, den wir auf die Geschichte der ungarischen Rechtsphilosophie geworfen haben, zeigt, das in dieser ebenso drei Perioden unterschieden werden können, wie in der Geschichte des europäischen rechtsphilosophischen Denkens überhaupt: die naturrechtliche, die fachwissenschaftliche und die eigentlich philosophische. Diese Perioden sind

aber nicht durch so scharfe Gegensätze getrennt wie anderswo. Das Natur- oder Vernunftrecht erlangte in Ungarn niemals eine überwiegende Bedeutung und wurde von der geschichtlichen, gewohnheitsrechtlichen, organischen Auffassung Werböczys paralysiert. Die fachwissenschaftliche, soziologische Richtung herrschte kaum dreißig Jahre und schuf durch ihren größten Vertreter, Pulszky, eine idealistische, nicht naturalistische Soziologie, die wir heute vielleicht als eine geisteswissenschaftliche Soziologie bezeichnen könnten. Die eigentlich philosophische oder rechtsphilosophische Periode endlich brachte den gemäßigten Neukantianismus Somlós hervor, der enge Beziehungen zu der Soziologie unterhielt. Und aus dem Strome des ungarischen rechtsphilosophischen Denkens tauchten dieselben Probleme auf, die auch das Meer der europäischen Rechtsphilosophie bewegten. Der herrschende Planet des Naturrechts ist die Frage des vernünftigen, des richtigen Rechtes. Die soziologische Periode ließ sich durch das kausale Problem des Rechts, die Frage nach der Entstehung und Entwicklung des Rechts, leiten. In der „Juristischen Grundlehre" Somlós wird endlich das zentrale rechtsphilosophische Problem des Rechtsbegriffs in den Vordergrund gestellt und gleichzeitig auch das methodologische Problem des Unterschiedes zwischen der formalen Rechtsphilosophie und den Rechtsinhaltswissenschaften einer Lösung zugeführt, der das Werk seine bleibende Bedeutung verdankt [33]).

Ob diese vier Fragen tatsächlich als rechtphilosophische begriffen, ob und in welchem Sinne sie als philosophische Probleme aufgefaßt werden können, läßt sich natürlich erst durch eine Betrachtung des Wesens der Philosophie entscheiden. Diese Frage wollen wir nunmehr in Angriff nehmen.

## III.

### Die rechtsphilosophischen Probleme und die allgemeine Philosophie

1. Bei den Betrachtungen, die wir der geschichtlichen Entwicklung des rechtsphilosophischen Problemkreises widmeten, sind wir bereits des öfteren auf die Frage des Verhältnisses zwischen der Rechtsphilosophie und der allgemeinen Philosophie gestoßen. Die fachwissenschaftlich gerichtete Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts fordert geradezu zur Frage auf, ob sie diese Bezeichnung als Philosophie verdiene, und diese Frage kann nur auf Grund einer ganz bestimmten

33) Die geschichtlichen Daten für die obige Schilderung der Entwicklung der Rechtsphilosophie in Ungarn sind größtenteils meiner Abhandlung: „Geschichte der Rechtswissenschaften in Ungarn" entnommen, die im Sammelwerk „Die Entstehung einer internationalen Wissenschaftspolitik", herausgegeben von Zoltán Magyary, Leipzig, 1932, erschienen ist.

Auffassung vom Wesen der Philosophie beantwortet werden. Angesichts des deutschen Neukantianismus und Neuhegelianismus ist es wiederum schwer, der Frage auszuweichen, ob es überhaupt eine Grenze zwischen Rechtsphilosophie und allgemeiner Philosophie gebe, und diese Frage verlangt ebenfalls nach einer Klarstellung des Wesens der Philosophie. Die Rechtsphilosophie ist somit an der Frage nach dem Wesen der Philosophie doppelt interessiert, da sie einerseits ihren Anspruch, Philosophie des Rechts zu sein, begründen, andererseits aber als eine Wissenschaft des Rechts sich von der allgemeinen Philosophie abgrenzen muß. Diese Doppelseitigkeit des Problems schließt eigentlich eine Antinomie in sich: Die Rechtsphilosophie ist einerseits als Philosophie und andererseits nicht als Philosophie zu begreifen. Die Lösung dieser Antinomie hat ebenfalls durch die Untersuchung des Wesens der Philosophie zu erfolgen.

Ueber das Wesen der Philosophie gibt es einen alten Streit. Man begegnet zuweilen auch der Anschauung, daß die Philosophie keine Wissenschaft, sondern eine auf Glauben, Eingebung oder Intuition beruhende überwissenschaftliche Weltanschauungslehre — somit ein Gemisch von Mystik und Poesie — darstelle. Die Auffassung des Hegelianismus von dem „höheren", „philosophischen" Denken, das nicht widerspruchslos zu sein braucht und von dem oben bereits die Rede war, gehört eigentlich auch hierher. Demgegenüber wollen wir daran festhalten, daß die Philosophie eine Wissenschaft ist, und so besteht unserer Ansicht nach die für die Bestimmung ihres Wesens entscheidende Frage darin, wie die Philosophie von den übrigen Wissenschaften, den sogenannten Fachwissenschaften, abzugrenzen sei.

Das Altertum kannte den Unterschied zwischen Philosophie und Fachwissenschaft noch nicht; die griechische Philosophie umfaßte das gesamte Wissen und barg somit in nuce alle Fachwissenschaften in sich. Aber auch Herbert Spencer begriff die Philosophie als die systematisch zusammengefaßte Einheit sämtlicher Fachwissenschaften [34]). Kein Wunder, daß die Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts ebenfalls keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen Fachwissenschaft und Philosophie sah.

Ist die Philosophie nichts anderes, als die Encyklopädie der Fachwissenschaften, so bleibt in der Tat für eine Philosophie als selbständige Wissenschaft kein eigenes Forschungsgebiet im Reiche der erkennbaren Dinge mehr übrig. Seit dem griechischen Altertum lösten sich infolge der riesenhaften Ausbreitung des menschlichen Wissens die einzelnen

34) Vgl. H. Spencer: A System of Synthetic Philosophy, Vol. I. First Principles, § 37: „Knowledge of the lowest kind is un-unified knowledge; Science is partially-unified knowledge; Philosophy is completely-unified knowledge."

Fachwissenschaften allmählich aus dem Mutterschoß der Philosophie und heute ist schon die ganze Welt, jedes Gebiet der erkennbaren Gegenstände, zwischen ihnen aufgeteilt. Die Königin der Wissenschaften scheint eine Königin ohne Land zu sein. Den emsigen Fachwissenschaften gegenüber scheint die Philosophie in einer ähnlichen Lage zu sein, wie in Schillers Gedicht: „Die Teilung der Erde" der Dichter, der in seine Träume versunken verspätet vor die Gottheit tritt:

„Was tun spricht Zeus — die Welt ist hingegeben,
Der Herbst, die Jagd, der Markt ist nicht mehr mein.
Willst du in meinem Himmel mit mir leben,
So oft du kommst, er soll dir offen sein."

Die Hegelsche Philosophie versuchte wirklich, sich von der Erde in die Sphäre metaphysischer Spekulationen zu erheben und, der wissenschaftlichen Betrachtung der Dinge eine „philosophische" entgegenstellend, sich ein eigenes Königreich zu schaffen.

Der Kantianismus verfolgte einen anderen Weg, um der Philosophie ein Plätzchen unter der Sonne zu sichern. Jede Fachwissenschaft baut ihre Erkenntnisse auf gewisse von ihr nicht geprüfte Voraussetzungen (Präsuppositionen) auf und die allgemeinste Voraussetzung sämtlicher Fachwissenschaften ist die Annahme, daß eine wahre Erkenntnis überhaupt möglich ist. Kants Philosophie setzte sich gerade diese Annahme von der Möglichkeit der Wissenschaft überhaupt zum Problem und fand darin den Archimedischen Punkt, das alte Weltbild aus den Angeln zu heben. Die Philosophie erscheint somit als Erkenntnistheorie und Methodenlehre und schafft sich in der Tat ein eigenes Forschungsgebiet, das noch keiner Fachwissenschaft zugeteilt ist; ja, keiner von ihnen zugeteilt werden kann, weil es sie alle gleichmäßig angeht.

Die Universalität der Philosophie im Gegensatz zur fachmännischen Partikularität der Fachwissenschaften kommt in der Kantischen Problemstellung treffend zum Ausdruck. Erkenntnistheorie, Logik und Methodenlehre werden auch immer als Teile der Philosophie aufzufassen sein; sie werden sich aus ihrem Mutterschoß niemals als selbständige Fachwissenschaften loslösen können. Aber auch sie sind eben nur Teile der Philosophie, denn außer dem Erkenntnisproblem gibt es auch noch andere Fragen von universaler Bedeutung. Bereits das Erkenntnisproblem rollt die Frage nach dem Gegenstand der Erkenntnis auf. Mag man den Gegenstand der Erkenntnis idealistisch als bewußtseinimmanent, oder realistisch als bewußtseintranszendent auffassen, mit dem Erkenntnisproblem ist auch das Seinsproblem, mit der Erkenntnistheorie auch die allgemeine Ontologie gegeben. Die Univer-

salität einer Ontologie, die das Sein nicht nach seinen Besonderheiten, sondern nach den allgemeinen Seinskategorien forschend untersucht, ist ebenso einleuchtend, wie die der Erkenntnistheorie.

Es ist jedoch nicht unsere Aufgabe, die Problematik der allgemeinen Philosophie zu entfalten. Es genügt hier festzustellen, daß wir die Philosophie als die universale Wissenschaft, als die Wissenschaft vom Universum betrachten. Während die Fachwissenschaften sich auf einzelne Segmente des Kosmos beschränken, ist die Philosophie die Lehre vom Ganzen der Welt. Sie ist universal nicht in dem Sinne, als ob sie alle Fragmente der Welt ausführlich untersuchen wollte; sie interessiert sich nicht für die Einzelheiten, die sie der fachwissenschaftlichen Forschung überläßt. Sie ist universal in dem Sinne, daß sie ein einheitliches Bild vom Weltganzen als einer Ganzheit, die mehr ist als die bloße Summe zusammenhangloser Teile, entwirft. Und gerade dieses „Mehr", was die Einheit der Weltteile zusammenhält, ist das eigene Forschungsgebiet der Philosophie, das niemals auf die Detailforschungen der Fachwissenschaften aufgeteilt werden kann. Das Denken der Philosophie ist immer auf das Ganze, das der Fachwissenschaften auf genaue Einzelheiten gerichtet; in diesem Sinne kann man auch den Hegelschen Gedanken vom Unterschied des „philosophischen" von dem fachwissenschaftlichen — nicht aber vom „wissenschaftlichen" — Denken gelten lassen. Sowohl die griechische, als auch die Spencersche Auffassung von der Philosophie als der Einheit des gesamten Wissens sind insofern zutreffend, als sie die Einstellung der philosophischen Forschung auf das „Ganze" betonen; sie sind jedoch unzutreffend insofern, als sie nicht bemerken, daß nicht alles in die Philosophie gehört: die Philosophie erfaßt das Universum als ein „Ganzes", interessiert sich für seine letzten Bestandteile, nicht aber für die Einzelheiten, nicht für die inhaltliche Fülle der einzelnen Teile der Welt. Da sie die inhaltliche Fülle der Einzelheiten vernachlässigen muß, kann man folgerichtig auch behaupten, daß sie einen formalen Charakter haben muß: Philosophie ist die Wissenschaft vom Weltganzen oder von der Form der Welt [35]).

---

35) Vgl. Rickert: System der Philosophie, Tübingen, 1921, S. 17: „Das Ganze ist nichts als der Name für die Form." — Rickert hebt die Universalität der Philosophie ganz besonders scharf hervor. Wir stimmen mit seiner Auffassung, daß die Philosophie die Lehre „vom Ganzen der Welt" sei, vollauf überein, ohne jedoch seine Meinung zu teilen, daß die Philosophie „in ihrer Gesamtheit als Philosophie der Werte" zu begreifen sei. — Dem Gedanken von der Universalität der Philosophie gab Goethe einen schönen Ausdruck in den Worten des Faust: „Daß ich erkenne, was die Welt im Innersten zusammenhält." — Zur Frage vom Problemkreis der Philosophie vgl. meine Abhandlung: Das Wesen der Philosophie nach Pauler, Gedenkschrift für Akos von Pauler, Pécs, 1936, deutsch.

2. Die oben skizzierte Auffassung vom Wesen der Philosophie hat ihre Folgen auch für die Rechtsphilosophie. Ist Philosophie die Wissenschaft vom Weltganzen, so ist die Rechtsphilosophie, die nicht das Universum, sondern das Recht als ihren Gegenstand erforschen soll, keine Philosophie im strengen Sinne des Wortes; indem sie ihre Untersuchungen auf das Recht, das heißt auf ein Segment des Kosmos einschränkt, hat sie eher den Charakter einer Fachwissenschaft. Die Rechtsphilosophie betrachtet jedoch dieses Segment des Kosmos, das ihr bestimmter Gegenstand ist: die rechtliche Welt, als ein Ganzes; sie interessiert sich nicht für den veränderlichen Rechtsinhalt oder andere rechtliche Einzelheiten, sondern ist bestrebt, das bleibende Wesen alles Rechtlichen und somit das Recht als „Ganzes" zu erfassen und in das allumfassende Ganze des Universums einzufügen. Insofern hat sie einen Philosophie-Charakter: sie richtet sich auf das Ganze der Rechtswelt und ist formal, da sie sich zugleich auf das auch im Veränderlichen unveränderliche konstante Wesen des Rechts, auf die Form des Rechts, richtet. Die Rechtsphilosophie kann somit weder als Philosophie noch als Fachwissenschaft betrachtet, sondern muß als ein Mittelding zwischen diesen beiden, als Fachphilosophie oder Spezialphilosophie begriffen werden. Durch diese Auffassung wird auch die oben erwähnte Antinomie gelöst: die Rechtsphilosophie ist nämlich nicht Philosophie im Sinne der allgemeinen Philosophie, und sie ist dennoch Philosophie im Sinne der Fachphilosophie.

In der Gliederung der Wissenschaften bilden die Fachphilosophien den Uebergang von den Fachwissenschaften zur Philosophie. In der Fachphilosophie geht die Universalität der Philososphie verloren, da ihr Gegenstand nicht das Weltall, sondern bloß ein Segment des Alls ist, da in ihr die Allgemeinheit „der" Philosophie durch Beziehung auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt wird. Auch die Fachphilosophie verfährt jedoch völlig philosophisch, indem sie den Weltteil, der seinen Gegenstand bildet, als rein relatives Ganzes versteht und dann als Glied eines allumfassenden Weltzusammenhanges zu denken weiß und in seiner Beziehung zum Weltall oder zum absoluten Ganzen untersucht [36]).

Und wenn die als Erkenntnistheorie aufgefaßte Philosophie die Möglichkeit der Wissenschaft überhaupt und somit die gemeinsamen letzten Voraussetzungen (Präsuppositionen) sämtlicher Fachwissenschaften erforscht, dann untersucht die Fachphilosophie, als Methodologie bestimmter Fachwissenschaften aufgefaßt, die Voraussetzungen jener Fachwissenschaften, die sich mit dem Segment des Kosmos fachwissenschaftlich befassen, das ihr fachphilosophisch zu erforschender

[36]) Vgl. Rickert, a. a. O., S. 18 bis 19.

Gegenstand ist. Unter den Voraussetzungen dieser Fachwissenschaften werden sich nicht nur die gemeinsamen letzten Präsuppositionen sämtlicher Fachwissenschaften vorfinden, sondern auch solche besondere Voraussetzungen, die durch die Eigenart des Gegenstandes gegeben sind. Denn es wird nicht der Gegenstand durch die Methode „erzeugt", sondern die Methode muß sich nach dem Gegenstande richten [37]). Bei der Erforschung dieser besonderen Voraussetzungen muß sich somit der methodologische Teil der Fachphilosophie auf jene ontologischen Untersuchungen stützen, womit sie ihren Gegenstand, als ein relatives Ganzes, erfaßt. Dadurch aber, daß die Fachphilosophie im Wege dieser methodologischen Untersuchung von den besonderen Voraussetzungen der in Frage stehenden Fachwissenschaften schließlich auch zu den gemeinsamen letzten Voraussetzungen aller Fachwissenschaften gelangt, die die „allgemeine" Philosophie untersucht, vermittelt sie wiederum den Uebergang von den Fachwissenschaften zur Philosophie.

Damit, daß wir die Rechtsphilosophie als eine Fachphilosophie bezeichnet haben, haben wir ihr Verhältnis zur „allgemeinen" Philosophie eindeutig bestimmt. Es gilt nun die Folgerungen zu ziehen, die sich aus dieser Auffassung für die Problematik der Rechtsphilosophie ergeben. Hat die Rechtsphilosophie, als Fachphilosophie, ihren Gegenstand, das Recht, als ein relatives Ganzes aufzufassen, so darf sie sich nicht mit rechtlichen Einzelheiten, nicht mit dem wechselnden Rechtsinhalt, sondern nur mit dem bei allem Wechsel der Rechtsinhalte unwandelbaren, bleibenden Wesen des Rechts befassen. Mit der Frage nach dem bleibenden Wesen des Rechts, nach den Charakterzügen, die allem Rechtlichen, und somit dem Ganzen der rechtlichen Welt, innewohnen, ist aber bereits das Problem des Rechtsbegriffs aufgerollt.

Jede richtige Begriffsbestimmung bedeutet nichts anderes, als die genaue Bestimmung des Ortes, der dem definierten Gegenstande im Universum zukommt. Omnis determinatio est negatio: durch die Begriffsbestimmung wird der definierte Gegenstand von alledem, was er nicht ist — also von allem außer ihm Seienden, von der ganzen übrigen Welt — abgegrenzt. Hierdurch wird sein Platz im einheitlichen Weltbild bestimmt. Der Aristotelische Grundsatz besagt auch, daß „definitio fiat per genus proximum et differentiam specificam"; es genügt also zur Begriffsbestimmung nicht, das den Gegenstand von den anderen Arten derselben Gattung unterscheidende Merkmal — die „differentia

37) Vgl. Nicolai Hartmann: Der Aufbau der realen Welt, Berlin, 1940, S. 576 ff.

specifica" — anzugeben, sondern man muß die Gattung, den nächsthöheren Klassenbegriff — das „genus proximum" — bereits als bekannt voraussetzen. Das „genus proximum" kann aber seinerseits wieder nur durch das Zurückgreifen auf immer höhere Klassenbegriffe bestimmt werden und so muß man endlich bis zum höchsten und allgemeinsten Begriff, dem des Universums, hinaufsteigen. Durch das „genus proximum" wird somit der definierte Gegenstand in den allumfassenden Weltzusammenhang hineingestellt.

Das Problem der Rechtsbegriffs ist also nicht nur deswegen ein rechtsphilosophisches Problem, weil es das Recht als „Ganzes" erfaßt, sondern auch darum, weil es das Recht in das allumfassende Ganze des Universums einfügt, in das einheitliche philosophische Weltbild hineinstellt. Hier ist der Punkt, wo sich die Rechtsphilosophie am innigsten mit der allgemeinen Philosophie berührt: Um den Rechtsbegriff bestimmen zu können, muß sie sich auf das von der Philosophie entworfene Weltbild stützen. Oben war von einer Synthese des Kantianismus und des Hegelianismus auf dem Gebiete der neuesten kulturphilosophischen Richtungen die Rede; das philosophische Weltbild; das auf der Grundlage der Lehre von der wertvollen Kulturwirklichkeit oder der Theorie vom mehrschichtigen Aufbau der Welt diese Synthese vollzieht, kann gerade bei der Bestimmung des Rechtsbegriffs am fruchtbarsten für die Rechtsphilosophie verwertet werden.

Mit dem Problem des Rechtsbegriffs sind jedoch die rechtsphilosophischen Probleme noch nicht erschöpft. Um das Recht in das Ganze des Universums einzufügen, genügt es nämlich nicht, das Wesen des Rechts zu bestimmen und auf diese Weise die rechtliche Welt von der übrigen Welt abzugrenzen. Außer der Abgrenzung soll auch eine Verbindung zwischen dem Recht und der außerrechtlichen Welt hergestellt werden. Aus dieser Aufgabe gehen diejenigen rechtsphilosophischen Probleme hervor, die die Beziehungen des Rechts zur außerrechtlichen Welt betreffen. Welche neuen Probleme hieraus erwachsen, das hängt wiederum von dem allgemein-philosophischen Weltbild ab, auf das sich die Rechtsphilosophie schon bei der Bestimmung des Rechtsbegriffs stützen mußte; denn mit allen Teilen des Universums, von denen das Recht abgegrenzt wurde, muß es auch in Beziehung gebracht werden. Auf Grund der allgemein-philosophischen Auffassung, wonach die Welt der Wirklichkeit und die Welt der Werte die beiden Hauptteile des Universums bilden und wonach das „dritte Reich" der werterfüllten Kulturwirklichkeit ebenfalls aus einer kausalen Wirklichkeitsschicht und einer geistigen Schicht von sinnvollen Wertgebilden besteht, müssen somit sowohl die Beziehungen des Rechts zur außerrechtlichen kausalen Wirklichkeit, als auch seine Beziehungen zu den außerrechtlichen Werten klargestellt werden; und zwar um so mehr, als auf Grund

dieser philosophischen Auffassung das Recht selbst als wert- und sinnerfüllte Kulturwirklichkeit zu begreifen ist und somit sein Zusammenhang mit der Welt der Wirklichkeit und der Welt der Werte auf der Hand liegt. Auf diese Weise wird sowohl das kausale Problem des Rechts, als auch das Wertproblem, die Frage nach dem richtigen Rechte, aufgerollt.

Die Betrachtung des Verhältnisses zwischen der allgemeinen Philosophie und der Rechtsphilosophie als Fachphilosophie führte uns also zu den drei großen rechtstheoretischen Problemen, die auch in der Geschichte der Rechtsphilosophie die Hauptrolle gespielt haben. Die Rechtsphilosophie muß das Recht als ein relatives Ganzes erfassen. Hieraus entspringt das Problem des Rechtsbegriffs. Sie muß das Recht aber auch in das absolute Ganze des Universums einfügen. Hieraus entspringt das Problem der Beziehungen des Rechts zum Weltall, genauer das kausale Problem des Rechts und das Problem des richtigen Rechtes.

Aber auch das methodologische Problem läßt sich aus der Auffassung, die die Rechtsphilosophie als eine Fachphilosophie im oben skizzierten Sinne betrachtet, ableiten. Wir sahen, daß die allgemeine Philosophie zum Teil auch als Erkenntnistheorie aufgefaßt werden kann; in dieser Hinsicht äußert sich ihre Universalität darin, daß sie das Ganze des Wissens erfaßt, die Möglichkeit der Wissenschaft überhaupt zum Problem macht und somit die gemeinsamen letzten Voraussetzungen sämtlicher Fachwissenschaften untersucht. Die Rechtsphilosophie kann ebenfalls als Erkenntnistheorie des rechtlichen Wissens, als eine auf die Rechtswissenschaften beschränkte Wissenschaftslehre aufgefaßt werden; dieser „beschränkten Universalität" gemäß wird sie bloß die gemeinsamen Voraussetzungen sämtlicher Rechtswissenschaften zu untersuchen und somit die Methodenlehre sämtlicher Rechtswissenschaften — die der Rechtsphilosophie mit einbegriffen — zu liefern haben. Hierdurch wird aber das methodologische Problem der Rechtsphilosophie in seinem ganzen Umfange aufgerollt.

Unter den Voraussetzungen der Rechtswissenschaften werden sich natürlich auch jene gemeinsamen letzten Präsuppositionen finden lassen, die jede Wissenschaft enthält und die durch die Erkenntnistheorie untersucht werden; außer diesen aber auch solche, die besondere Präsuppositonen gerade der Rechtswissenschaften sind. Die Rechtsphilosophie hat sich nun in erster Linie mit diesen speziellen Voraussetzungen der Rechtswissenschaften zu befassen, d. h. die eigenartige Struktur und Methode der Rechtswissenschaften zu erforschen. Da sich aber die Methode einer Wissenschaft nach der Eigenart ihres Gegenstandes richten muß, ist es klar, daß die methodologischen Unter-

suchungen der Rechtsphilosophie nur auf die Grundlage ihrer Auffassung vom Wesen des Rechts aufgebaut werden können. Es wurde oben bereits erwähnt, daß die methodologischen Untersuchungen der Fachphilosophien sich auf ihre ontologischen oder gegenstandstheoretischen Auffassungen stützen müssen, und so stützt sich auch der wissenschaftstheoretische Teil der Rechtsphilosophie auf die Ergebnisse ihres rechtstheoretischen Teiles.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist es besonders beachtenswert, daß die methodologische Untersuchung jener besonderen Präsuppostionen, die den Rechtswissenschaften eigentümlich sind, zu denselben drei Fragen hinführt, die wir als die drei großen rechtstheoretischen Probleme der Rechtsphilosophie bezeichnet haben. Jede Rechtswissenschaft will eine Wissenschaft vom Recht sein und setzt somit die Kenntnis dessen, was das Recht ist, also den Rechtsbegriff schon voraus. Jede Rechtswissenschaft setzt auch die Veränderlichkeit des Rechts und somit die Rechtsentwicklung als einen zeitlich-kausalen Prozeß voraus. Augenfällig ist dies bei der Rechtsgeschichte und der Rechtssoziologie. Aber auch die Jurisprudenz behandelt das an einem bestimmten Orte und zu einer bestimmten Zeit geltende, positive Recht, setzt also die Veränderlichkeit des Rechts voraus. Und gleiches kann man auch von der Rechtspolitik behaupten, da Kritik und Reform des Rechts keinen Sinn hätten, wenn das Recht unabänderlich wäre. Die Veränderungen des Rechts können aber nur aus den kausalen Beziehungen des Rechts zur außerrechtlichen Wirklichkeit erklärt werden. Endlich setzt jede Rechtswissenschaft auch die Beziehung des Rechts zum Wertreich voraus. Augenfällig ist dies bei der Rechtspolitik, die die Rechtseinrichtungen mit dem Maßstabe höherer Wertgesichtspunkte beurteilt. Aber auch die Jurisprudenz betrachtet das Recht als einen Inbegriff von Normen, die den Menschen bestimmte Handlungen als zu erreichende Ziele vorschreiben, und somit ein „Sollen" ausdrücken, d. h. Wertgesichtspunkte enthalten. Die Rechtsgeschichte behandelt ihrerseits die Geschichte von rechtlichen Zielsetzungen und die Rechtssoziologie will den Zusammenhang dieser rechtlichen Bestrebungen mit anderen gesellschaftlichen Bestrebungen erforschen. Man braucht sich gar nicht auf die Ansicht Jherings zu berufen, daß der Zweck der Schöpfer des Rechts sei, um behaupten zu können, daß der teleologische oder wertende Gesichtspunkt von jeder Rechtswissenschaft vorausgesetzt wird, da das Recht als Norm das „Sollen", und somit den Wert als einen seiner wichtigsten Bestandteile enthält.

Die Betrachtung der rechtlichen Fachwissenschaften führt uns also in der Tat zu denselben drei rechtstheoretischen Problemen die sich aus der Betrachtung des Verhältnisses der Rechtsphilosophie zur allgemeinen Philosophie, aus ihrer „relativen Universalität", ergaben. Ob

man von den einzelnen Rechtswissenschaften, oder ob man von der allgemeinen Philosophie ausgeht, muß man zu denselben rechtsphilosophischen Problemen gelangen.

Hierzu möchten wir nur noch eine ergänzende Bemerkung machen. Oben sagten wir, daß jede Rechtswissenschaft die Veränderlichkeit des Rechts voraussetzt. Bei der Naturrechtslehre läßt sich jedoch diese Voraussetzung nicht vorfinden; die Naturrechtslehre ist nämlich diejenige rechtsphilosophische Richtung, die im Gegensatz zu sämtlichen rechtlichen Fachwissenschaften ein unveränderliches Recht vor Augen hat. Sie begeht somit denselben Fehler, den jene allgemeinphilosophischen Richtungen begehen, die — anstatt die Welt, die in ihren Einzelheiten das Forschungsgebiet der Fachwissenschaften bildet, zu untersuchen — sich eine transzendente Welt als den Gegenstand ihrer Spekulationen konstruieren. Die Philosophie hat zweifelsohne dasselbe Universum zu ihrem Gegenstande, das in seinen einzelnen Teilen auch der Gegenstand der fachwissenschaftlichen Forschungen ist. Und die Philosophie darf auch mit den Ergebnissen der Fachwissenschaften nicht in Gegensatz geraten, sondern muß gleichsam auf diesen Ergebnissen aufgebaut werden. Es war der verhängnisvollste Irrtum der Naturrechtslehre, sich zum Zwecke der philosophischen Betrachtung ein anderes „Recht" konstruiert zu haben, als das wandelbare, menschliche Recht, das zweifellos den Gegenstand sämtlicher Fachwissenschaften vom Rechte bildet. Denn auch die Rechtsphilosophie hat dieselbe Rechtswelt, die in ihren einzelnen Teilen den Gegenstand der einzelnen Rechtswissenschaften bildet, zu ihrem Gegenstande. In dieser Hinsicht ist die Rechtsphilosophie äußerst enge mit den Rechtswissenschaften verknüpft. Auf das „Faktum der Rechtswissenschaften" und auf dasselbe Recht, das den Gegenstand sämtlicher Rechtswissenschaften bildet, muß auch die Rechtsphilosophie aufgebaut werden [38]). Diese Fragen betreffen jedoch schon das Verhältnis der Rechtsphilosophie zu den anderen Rechtswissenschaften und sind später zu behandeln.

---

38) Bei der Bestimmung ihres Gegenstandes hat die Rechtsphilosophie natürlich sämtliche rechtlichen Fachwissenschaften zu berücksichtigen. Zu welchen Irrtümern es führt, wenn rechtsphilosophische Betrachtungen bloß auf eine einzelne Rechtswissenschaft aufgebaut werden, ist insbesondere an der „Reinen Rechtslehre" Kelsens ersichtlich. Diese berücksichtigt bloß das „Recht der Jurisprudenz", die sich auf Grund eines isolierenden Verfahrens nur mit den von der Rechtswirklichkeit abgelösten rechtlichen Norminhalten beschäftigt. Die Tatsache, daß auch das „Recht der Jurisprudenz" ein an einem bestimmten Orte und zu einer bestimmten Zeit geltendes positives Recht ist, außer acht lassend, glaubt nun die Reine Rechtslehre das Wesen des Rechts in einem Inbegriff von bloßen Norminhalten auffinden zu können.

Aus der Betrachtung des Verhältnisses zwischen Philosophie und Rechtsphilosophie und der Auffassung der letzteren als einer Fachphilosophie geht aber nicht nur die Unzulänglichkeit der Naturrechtslehre hervor, sondern auch die Unrichtigkeit all jener Bestrebungen, die eine mit konkreten Inhalten erfüllte Rechtsphilosophie begründen wollten. Wir sahen, daß die Philosophie als universale Wissenschaft notwendig einen formalen Charakter haben muß. Auch die Rechtsphilosophie, als die Lehre vom Ganzen des Rechts, darf sich nicht mit rechtlichen Einzelheiten, nicht mit dem veränderlichen und wechselnden Rechtsinhalt befassen, sondern muß nach solchen allgemeingültigen Wahrheiten streben, die für jedes Recht, ganz ohne Rücksicht auf seinen wandelbaren Inhalt, Geltung haben. Die Rechtsphilosophie kann demnach im Sinne Somlós als die Wisenschaft von der rechtlichen Form aufgefaßt werden, im Gegensatz zu den rechtlichen Fachwissenschaften, die als Rechtsinhaltswissenschaften zu bezeichnen wären.

Die Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts, die als allgemeine Rechtslehre oder als Soziologie einzelner Rechtseinrichtungen erschien, beging den Fehler, fachwissenschaftliche Forschungen als philosophische auszugeben. Die allgemeine Rechtslehre ist ein Teil der vergleichenden Rechtswissenschaft, also der Jurisprudenz und die Soziologie einzelner Rechtseinrichtungen ist ebenfalls keine Rechtsphilosophie, d. h. keine Wissenschaft vom Ganzen des Rechts. Auch der Hegelianismus verblieb, indem er der Rechtsphilosophie die Aufgabe stellte, die Vernünftigkeit des geschichtlich gegebenen, wandelbaren Rechtsinhalts zu erweisen, eigentlich auf dem Boden der fachwissenschaftlichen Forschungen: auf dem Boden der Rechtspolitik. Diese Rechtspolitik ist insofern natürlich ganz eigenartig, als es keine Kritik des bestehenden Rechts zu liefern hat, sondern unter allen Umständen und mit den größten geistigen Anstrengungen die Vernünftigkeit des Bestehenden erweisen soll.

Die inhaltliche Fülle der Naturrechtslehre wurde wie bereits erwähnt, dadurch erkauft, daß man im Gegensatz zum „Recht der Rechtswissenschaften" zum Zwecke der philosophischen Betrachtung ein anderes, „höheres", unwandelbares und absolut richtiges Recht annahm. Soll diese Annahme dadurch gerechtfertigt werden, daß man dem positiven Recht — als Maßstab seiner Richtigkeit und als Ideal der Rechtsentwicklung — ein Idealrecht gegenüberstellen zu müssen glaubt, so gehört diese Frage zum Problemkreis des richtigen Rechtes. Soll dagegen — nach thomistischem Muster — die Verbindung zwischen dem angenommenen höheren Recht und dem Recht der Rechtswissenschaften dadurch hergestellt werden, daß man das Naturrecht als den Inbegriff der jedem positiven Rechte innewohnenden Prinzipien

begreift, so gehört die Frage zum Problemkreis des Rechtsbegriffes. Bei dieser letzteren Auffassung verliert jedoch das Naturrecht seine inhaltliche Fülle und wird auf einige wenige allgemeine Prinzipien eingeschränkt, von denen übrigens noch bewiesen werden muß, daß sie sich als bleibendes Element in jedem Rechte auffinden lassen. Bei der ersteren Auffassung, die das Naturrecht als Maßstab zur Beurteilung der Richtigkeit des Rechts begreift, berührt dagegen die natürlich ebenfalls noch zu beweisende inhaltliche Bestimmtheit dieses Maßstabes den formalen Charakter der Rechtsphilosophie nicht. Der formale Charakter der Rechtsphilosophie bedeutet nämlich nichts anderes, als daß sie das Recht als Ganzes erfaßt und von dem wandelbaren Rechtsinhalt absieht; der allgemeingültige Maßstab der Richtigkeit des Rechts muß sich natürlich auf das ganze Recht, ohne Rücksicht auf den Rechtsinhalt, anwenden lassen.

Die Bestrebungen zur Gründung einer inhaltlichen, nicht formalen Rechtsphilosophie brachten also keine neuen Probleme hervor, die auf Grund der skizzierten Auffassung von der Fachphilosophie als rechtsphilosophische Probleme anerkannt werden müßten. Alle Fragen des konkreten Rechtsinhaltes sind nach dieser Auffassung aus der Rechtsphilosophie auszuscheiden und in die Kompetenz der rechtlichen Fachwissenschaften zu verweisen. Dies berührt ebenfalls bereits die Frage des Verhältnisses zwischen der Rechtsphilosophie und den anderen Rechtswissenschaften, die wir noch zu untersuchen haben.

3. Hinsichtlich des Verhältnisses der Rechtsphilosophie zur allgemeinen Philosophie ist nur noch das eine zu betonen, daß die Rechtsphilosophie sich nicht nur bei der Aufstellung ihrer Probleme auf die allgemeine Philosophie stützt, sondern auch bei der Lösung dieser Probleme weitgehendst auf ihre Unterstützung angewiesen ist. Jedes rechtsphilosophische Problem führt uns nämlich auf Fragen zurück, die nur durch die allgemeine Philosophie gelöst werden können. Vom Problem des Rechtsbegriffs erwähnten wir bereits oben, daß es uns zu den philosophischen Fragen der Wirklichkeit und des Wertes, sowie der werterfüllten Kulturwirklichkeit hinleitet; auch die Frage nach den Beziehungen des Wertes zur Wirklichkeit muß bei der Begriffsbestimmung des Rechts geklärt werden und dies ist wiederum nur auf Grund einer allgemein-philosophischen Auffassung möglich. Das kausale Problem des Rechts führt uns andererseits zum philosophischen Problem der Kausalität und zur Frage nach der Geltung des Kausalgesetzes im Bereiche des menschlichen Willens und des gesellschaftlichen und geschichtlichen Geschehens. Das Problem des richtigen Rechts stellt uns wiederum vor die schwierigsten Fragen der Wertphilosophie und der Ethik. Mit dem methodologischen Problem endlich befinden wir uns inmitten der Wissenschaftslehre, d. h. inmitten der angewandten Logik.

Man braucht keine weiteren Beispiele anzuführen, um zu beweisen, in wie hohem Maße die Rechtsphilosophie von der allgemeinen Philosophie abhängig ist. Die Geschichte der Rechtsphilosophie erteilt uns ebenfalls die Belehrung, daß die Verschiedenheit der rechtsphilosophischen Richtungen zum größten Teil auf die Verschiedenheit der zugrunde gelegten philosophischen Standpunkte zurückzuführen ist.

Es wäre aber dennoch verfehlt, die Rechtsphilosophie als einen völlig unselbständigen Reflex der allgemeinen Philosophie zu betrachten. Die Rechtsphilosophie stützt sich nämlich nicht nur auf die Philosophie, sondern auch auf die Rechtswissenschaften. Sie ist selbst Rechtswissenschaft und ihre wichtigste Aufgabe ist die, das Wesen des Rechts zu bestimmen. Hierzu muß sie aber in erster Linie das Recht selbst, so wie es in der Kulturwirklichkeit gegeben ist und durch die rechtlichen Fachwissenschaften verarbeitet wird, ins Auge fassen. Allein aus allgemein-philosophischen Ansichten läßt sich das Wesen des Rechts sicherlich nicht ableiten. Wie die Philosophie überhaupt, so muß sich auch die Rechtsphilosophie vor allem durch die Gegebenheiten — mit einem modernen Worte ausgedrückt: durch den „phänomenologischen Befund" — leiten lassen. An diesem „phänomenologischen Befund", an den Gegebenheiten der rechtlichen Welt, an der Eigenart des Rechts, wie sie sich in der Kulturwirklichkeit und in sämtlichen Rechtswissenschaften auftut, darf sie nichts ändern wollen, sie hat die Gegebenheiten einfach zur Kenntnis zu nehmen. Erst nach Feststellung des „phänomenologischen Befundes" kann sie zur philosophischen Erklärung der Gegebenheiten und zu ihrer Einfügung in das philosophische Weltbild weiterschreiten. Zur Lösung der rechtsphilosophischen Probleme sind also nicht nur philosophische Kenntnisse, sondern vor allem eine genaue Kenntnis des Rechts selbst notwendig. Und da sich die Rechtsphilosophie in erster Linie durch die von aller Philosophie unabhängige Eigenart des Rechts bei der Lösung ihrer Probleme leiten lassen muß, werden sich unter ihren Lehrsätzen immer auch solche finden lassen, die von den verschiedenen philosophischen „Standpunkten" völlig unabhängig und in diesem Sinne „standpunktlich nicht bedingt" sind.

Es wäre somit irrtümlich zu glauben, die Rechtsphilosophie empfinge bloß einseitig Kenntnisse von der Philosophie um philosophische Gesichtspunkte in die Rechtswissenschaften hineinzutragen. Sie ist auch zu Gegenleistungen fähig, indem sie durch ihre genaue Kenntnis der rechtlichen Welt das philosophische Weltbild ergänzt. Die ausführliche und eingehende Kenntnis des Rechts wird aber der Rechtsphilosophie durch die Rechtswissenschaften vermittelts und so stoßen wir wieder auf die Frage des Verhältnisses zwischen der Rechtsphilosophie und den Rechtswissenschaften, die wir nunmehr in Angriff nehmen wollen.

## IV.

### Die rechtsphilosophischen Probleme und die Rechtswissenschaften

1. Damit, daß wir oben die Rechtsphilosophie als eine Fachphilosophie charakterisiert haben, wurde eigentlich ihr Verhältnis nicht nur zur allgemeinen Philosophie, sondern auch zu den rechtlichen Fachwissenschaften eindeutig bestimmt. Jede Fachphilosophie bildet den Uebergang zwischen der allgemeinen Philosophie und bestimmten Fachwissenschaften: Sie ist gleichsam die Brücke, die über die Kluft zwischen Philosophie und Spezialwissenschaft hinüberführt. Und so ist auch die Rechtsphilosophie, die nicht das Universum, sondern das Recht zu ihrem Gegenstande hat, keine Philosophie im strengen Sinne des Wortes, aber auch keine rechtliche Fachwissenschaft, denn diese erforscht das Recht in seinen Einzelheiten, sie aber erfaßt es als ein relatives Ganzes, interessiert sich nur für die unwandelbare rechtliche Form und nicht für die wandelbaren Rechtsinhalte. Dadurch, daß wir die Rechtsphilosophie als die Lehre von der rechtlichen Form, die anderen Rechtswissenschaften dagegen als Rechtsinhaltswissenschaften begriffen haben, haben wir somit die Rechtsphilosophie wenigstens im Prinzip scharf von den übrigen Rechtswissenschaften abgegrenzt.

Und auch der enge Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie und den übrigen Rechtswissenschaften wurde in den vorhergehenden Untersuchungen wenigstens im Prinzip bereits festgestellt. Es ist derselbe Gegenstand, das Recht, den sowohl die Rechtsphilosophie, als auch die übrigen Rechtswissenschaften zu untersuchen haben. Es war oben ausführlich davon die Rede, daß es nicht angeht, für die Rechtsphilosophie ein anderes Recht als Forschungsobjekt zu konstruieren, als das „Recht der Rechtswissenschaften". Die Gemeinsamkeit des Arbeitsgebietes bildet ein um so stärkeres Band zwischen den Rechtswissenschaften und der Rechtsphilosophie, als am Phänomen „Recht" die bleibenden und die wechselnden Bestandteile nicht getrennt erscheinen, sondern erst durch die rechtsphilosophische Analyse geschieden werden müssen. Die genaue Kenntnis des Rechts wird der Rechtsphilosophie durch die rechtlichen Fachwissenschaften vermittelt und es war bereits auch davon die Rede, daß die erstere sich auf die letzteren stützen muß, um das Weltbild der allgemeinen Philosophie durch ein zutreffendes Bild der rechtlichen Welt ergänzen zu können. Hierdurch erlangt die Rechtsphilosophie eine gewisse Selbständigkeit gegenüber der allgemeinen Philosophie, denn die Eigenart des Rechts darf durch ihre philosophische Erklärung ebensowenig verfälscht werden, wie die Ergebnisse der Naturwissenschaften durch die Naturphilosophie umgedeutet werden dürfen.

Endlich haben wir den Zusammenhang der Rechtsphilosophie mit den Rechtswissenschaften auch von der Seite her schon beleuchtet, daß die Rechtsphilosophie die gemeinsamen Voraussetzungen der Rechtswissenschaften untersucht. Die Rechtswissenschaften rollen eigentlich durch ihre Präsuppositionen die Probleme der Rechtsphilosophie auf, und diese errichtet durch die Lösung dieser Probleme die feste Grundlage, auf der die Rechtwissenschaften methodisch sicher weiterbauen können.

2. Nach den bereits durchgeführten prinzipiellen Untersuchungen bleibt uns nun noch übrig, das Verhältnis der Rechtsphilosophie zu den einzelnen Rechtswissenschaften einer kurzen Erörterung zu unterwerfen. Zu diesem Zwecke wollen wir die rechtlichen Fachwissenschaften in die drei großen Gruppen der Jurisprudenz, der kausalen und der wertenden Rechtswissenschaft teilen.

Die Jurisprudenz hat die Aufgabe, das geistige Element des Rechts, den Inhalt der rechtlichen Normen, systematisch darzustellen. Schon als die Wissenschaft von einem nationalen Rechtssystem betritt die Jurisprudenz den Weg, der sie zur Rechtsphilosophie führen muß. Denn indem sie die zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Rechtsnormen einer Nation in ein einheitliches Rechtssystem zusammenfaßt, schafft sie aus der Mannigfaltigkeit des Inhaltes eine Einheit, ein Ganzes. Als vergleichende Rechtswissenschaft erreicht sie eine noch höhere Stufe der Synthese, indem sie mehrere nationale Rechtssysteme zwecks Vergleichung ihres Sinngehaltes zusammenfaßt. Als allgemeine Rechtslehre sucht sie endlich die am meisten verbreiteten Rechtseinrichtungen, die allgemeinsten rechtlichen Begriffe auf und gelangt somit in die unmittelbare Nähe des höchsten und umfassendsten rechtlichen Begriffs, des formalen Begriffs vom Recht selbst. Gewiß ist die allgemeine Rechtslehre von der Rechtsphilosophie prinzipiell leicht zu scheiden: die letztere befaßt sich mit dem von allem positiven Inhalt abgelösten formalen Rechtsbegriff, wogegen die allgemeine Rechtslehre zwar sehr allgemeine, aber dennoch auf positiver Satzung beruhende Rechtseinrichtungen untersucht. Aber in einzelnen Fällen wird es praktisch oft sehr schwer sein, zu unterscheiden, ob man mit einem aus dem Wesen des Rechts folgenden rechtlichen „Grundbegriff" oder bloß mit einem sehr allgemeinen rechtlichen Begriff zu tun hat. Nur eine klare Definition des Rechts kann die Rechtswesensbegriffe von den allgemeinen Rechtsinhaltsbegriffen und somit die Rechtsphilosophie von der allgemeinen Rechtslehre abgrenzen. Unzweifelhaft ist es aber, daß allgemeine Rechtslehre und Rechtsphilosophie eng aneinander angrenzen und daß die Jurisprudenz im Wege der allgemeinen Rechtslehre in die Rechtsphilosophie einmündet.

Die kausalen Rechtswissenschaften — Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie — haben die geschichtliche und gesellschaftliche Wirklichkeit des Rechts zu erforschen. Die Rechtsgeschichte zeigt eine gewisse Aehnlichkeit mit der vergleichenden Rechtswissenschaft: ebenso, wie diese die Rechtssysteme verschiedener Nationen darstellt, stellt die Rechtsgeschichte das positive Recht verschiedener Epochen dar. Die vergleichende Darstellung der positiven Rechtsinhalte, die im nationalen Gemeinschaftsleben zu verschiedenen Zeiten in Geltung waren, bedeutet jedoch noch keine Rechtsgeschichte; hierzu gelangt man erst dann, wenn man die Rechtssysteme verschiedener Zeiten als Glieder einer einheitlichen Entwicklung, als verschiedene Entwicklungsphasen ein und desselben Rechtssystems begreift. Die Momentaufnahmen von dem Rechte verschiedener Zeiten müssen nicht nur miteinander verglichen, sondern auch miteinander zu einem zeitlich-kausalen Prozeß verknüpft, zum Film einer einheitlichen Rechtsentwicklung verbunden werden. Der Gedanke der zeitlich-kausalen Entwicklung ist das Moment, das die Rechtsgeschichte von der Jurisprudenz und somit auch von der vergleichenden Rechtswissenschaft unterscheidet. Durch den Entwicklungsgedanken wird nun wiederum eine Mannigfaltigkeit von Rechtsinhalten zu einer Einheit, zu einem Ganzen, zusammengefaßt und hierdurch der Weg bezeichnet, der endlich und schließlich in die Rechtsphilosophie führen muß. Eine höhere Stufe der Synthese wird durch die rechtsgeschichtliche Forschung dadurch erreicht, daß sie nicht bloß die Veränderungen des Rechtsinhaltes, sondern auch die Ursachen dieser Veränderungen darstellt. Die Ursachen rechtlicher Veränderungen liegen nun in den gesellschaftlichen Zuständen der Zeit, und so hat bereits die rechtsgeschichtliche Darstellung der Rechtsentwicklung einen soziologischen Charakter, da sie kausale Zusammenhänge zwischen dem Recht und der außerrechtlichen Wirklichkeit aufdeckt.

Die Rechtssoziologie ihrerseits scheint nichts anderes als eine vergleichende Rechtsgeschichte zu sein; denn indem sie die kausalen Zusammenhänge zwischen bestimmten Rechtseinrichtungen und bestimmten sozialen Erscheinungen feststellt, stützt sie sich auf die rechtshistorische Erfahrung und faßt gleichsam die Ergebnisse der Rechtsgeschichte in allgemeine Behauptungen zusammen. Die Rechtsgeschichte verfährt individualisierend: sie ist immer an gewisse konkrete geschichtliche Tatsachen gebunden. Die Rechtssoziologie interessiert sich demgegenüber nicht für die nach Zeit und Raum bestimmte konkrete Individualität des historischen Geschehens: sie verfährt generalisierend und ist bestrebt, nicht historische einmalige Zusammenhänge, sondern allgemeingültige kausale Beziehungen zwischen bestimmten Rechtseinrichtungen und bestimmten sozialen Erscheinungen aufzudecken.

Zu diesem Zwecke kann sie sich auch nicht an die historische Besonderheit der einzelnen positiven Rechtseinrichtungen halten, sondern muß nach dem Muster der allgemeinen Rechtslehre allgemeine Typen von Rechtseinrichtungen bilden, um allgemeine Betrachtungen über die gesellschaftliche Rolle solcher typischer Rechtseinrichtungen anstellen zu können. Hierdurch verliert die Rechtssoziologie natürlich den Charakter einer historischen Wissenschaft und nähert sich allmählich den Grenzen der Rechtsphilosophie. Wenn nun die Rechtssoziologie im Wege der immer höher steigenden Generalisierung, im Wege der Untersuchung der gesellschaftlichen Rolle ganz allgemeiner Rechtseinrichtungen, endlich die Frage nach den kausalen Zusammenhängen des Rechts überhaupt — ohne Rücksicht auf seinen Inhalt — mit anderen sozialen Erscheinungen aufwirft, wird auch die Grenze von Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie überschritten, und die Fachwissenschaft der rechtsinhaltlichen Rechtssoziologie verwandelt sich in die rechtsphilosophische Disziplin der formalen Rechtssoziologie. Die kausalen Rechtswissenschaften münden also ebenfalls in die Rechtsphilosophie ein.

Die wertende Rechtswissenschaft — die Rechtspolitik — hat einerseits die Kritik einzelner Rechtseinrichtungen und andererseits, als die Wissenschaft von der „lex ferenda", Reformvorschläge zur Verbesserung des Rechts zu liefern. Hierzu bedarf sie aber eines Wertmessers, um die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des bestehenden Rechts oder der vorgeschlagenen Reformen beurteilen zu können. Als Wertmesser des Rechts kann aber nur ein höherer Wert, als das Recht selbst, angewendet werden. Durch die Anwendung von Wertmaßstäben betritt somit die Rechtspolitik den Weg, der zum Problem der Einordnung des Rechts in das Wertreich, also zur Rechtsphilosophie führen muß. Gewiß beschäftigt sich die Rechtspolitik nur mit der wertenden Beurteilung einzelner Rechtseinrichtungen; aber sobald man einen Schritt weitergeht und danach fragt, was die Richtigkeit des Rechts überhaupt bedeute, so ist man schon auf dem Boden der Rechtsphilosophie. Der Unterschied zwischen Rechtspolitik und der rechtsphilosophischen Rechtswertlehre ist wiederum der zwischen einer Rechtsinhaltswissenschaft und einer formalen Rechtswissenschaft: die Rechtspolitik beurteilt die Richtigkeit des Rechtsinhaltes, die Rechtsphilosophie sucht nach einem unwandelbaren Maßstab für den wandelbaren Rechtsinhalt, um damit nicht nur die Richtigkeit jedes beliebigen Rechtsinhaltes, sondern auch die Berechtigung der rechtlichen Form selbst (Problem des Anarchismus), entscheiden zu können. Das rechtsphilosophische Problem des richtigen Rechts will ohne Rücksicht auf den Inhalt des Rechts rein formal gelöst werden, steht aber dennoch mit der Beurteilung der Rechtsinhalte durch die Rechtspolitik in engem

Zusammenhang: denn einerseits kann der Wertmaßstab der Rechtsphilosophie durch die Rechtspolitik angewendet werden, und andererseits muß die Rechtsphilosophie die von der Rechtspolitik verwendeten Wertmaßstäbe selbst einer kritischen Beurteilung unterwerfen.

Die Erörterung des Verhältnisses der Rechtsphilosophie zu den einzelnen Rechtswissenschaften führt uns somit zu dem Ergebnis, daß alle drei Gruppen der rechtlichen Fachwissenschaften — durch die Vermittlung je eines rechtsphilosophischen Problems — in die Rechtsphilosophie einmünden. Die rechtliche Begriffsbildung der Jurisprudenz verlangt zu ihrer Vollendung nach dem Begriff des Rechts. Die kausalen Untersuchungen der Rechtsgeschichte und der Rechtssoziologie streben nach dem Ziele, den kausalen Zusammenhang des Rechts mit der außerrechtlichen Wirklichkeit zu erhellen und somit Beiträge zur Lösung des kausalen Problems der Rechtsphilosophie zu liefern. Die wertenden Stellungnahmen der Rechtspolitik endlich gipfeln in der Frage, was denn die Richtigkeit des Rechts überhaupt bedeute, d. h. in dem rechtsphilosophischen Problem des richtigen Rechts.

Die Besinnung darauf, daß wir durch die Betrachtung der einzelnen Rechtswissenschaften auf diese drei rechtsphilosophischen Probleme gestoßen sind, führt uns auch zum methodologischen Problem; denn eine solche Untersuchung der einzelnen Rechtswissenschaften gehört schon selbst in die Methodologie der Rechtswissenschaften, und so stehen wir bereits durch die Tatsache dieser Untersuchung vor dem methodologischen Problem der Rechtsphilosophie.

*

Sowohl aus der Betrachtung der Geschichte des rechtsphilosophischen Denkens, als auch aus der Untersuchung des Verhältnisses der Rechtsphilosophie zur allgemeinen Philosophie sowie ihres Verhältnisses zu den einzelnen Rechtswissenschaften ergaben sich dieselben rechtsphilosophischen Probleme, die das Arbeitsgebiet der Rechtsphilosophie bestimmen. Dieses Ergebnis unserer Abhandlung ist die Antwort auf die als Titel gewählte Frage: „Was ist Rechtsphilosophie?“

## Rechtsquellenverzeichnis

*constitutio Tanta* 276
*Codex Juris Canonici (1918)* 166

**Österreich**
Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 75, 276

**Deutschland**
*lex Salica* (um 511) 81
Sachsenspiegel (um 1200) 23
Bürgerliches Gesetzbuch (1900) 25, 39, 40, 94, 95
Entwurf zu einem Strafgesetzbuch (1919) 39

**Ungarn**
*Tripartitum opus juris consuetidunarii* (1514) 37, 175, 176, 178, 182, 183, 233, 235, 456
Strafgesetzentwurf (1843) 159
*règles judiciaires provisoires* (1861) 176, 182
Ausgleichsgesetze (1867) 36
Ges.-Art. IV. (1869) 176, 179
Ges.-Art. VIII. (1877) 25
Ges.-Art. V. [Strafgesetzbuch] (1878) 93, 160, 164
Ges.-Art. XXII (1886) 180
Ges.-Art. XXVI (1896) 182
Ges.-Art. LXIII. (1912) 177
Ges.-Art. LXIV (1912) 181
Ges.-Art. I. (1920) 21
Ges.-Art. XLIII (1928) 182
Ges.-Art. 34 (1930) 275-276
Ges.-Art. XXVI (1931) 177
Friedensvertrag von Trianon (1920) 46-47

## Namenregister

Affolter 39
Ahrens, Heinrich 162
Albélyi 161, 457
Almásy, Anton [Antal] 166
Angyal, Paul [Pál] 164
Apáthy, Stefan [István] 164, 166
Apponyi, Albert (Graf) 164
Aquin, s. Thomas von
Aristoteles 14, 246, 390, 465
Artner 158
Auer, Paul [Pál] 164
Augustin, Hl. 32, 279
Austin, John 437, 459

Bacsó, Eugen [Jenő] 165
Balás, Elemér 165
Balogh, Arthur 170
Balogh, Eugen [Jenő] 164
Barabási-Kun, Josef [József] 170
Baranyay, Béla 167
Baranyay, Justin [Jusztin] 166
Barovius, Decius 157
Bartai, Georg [György] 161
Bartal 161
Bartolus 93
Bartók, György 301
Batthyány, Alois [Alajos] (Graf) 159
Bauch, B. 356, 357, 358
Baumgarten, Arthur A. 107
Baumgarten, Ferdinand [Ferdinánd] 166
Bánó 161, 457
Bencsik, Michael [Mihály] 156, 158
Beöthy, Leo [Leó] 160, 168
Bergbohm, Karl 75, 108, 238-239, 266, 267, 277, 283-284, 437

Bergson, Henri 84
Bernegger 158
Berolzheimer, Friedrich 39, 449
Berzeviczy, Albert xiii
Bibó, István xix
Bierling, Ernst Rudolf 64, 186, 437
Binder, Julius xx, 64, 88, 107, 240, 241, 368, 450, 451-452, 453, 454
Bismarck, Otto von 33
Bluntschli, J. C. 167
Bodin, Jean 28
Boér, Alexius [Elek] 164
Bodó 158
Boncz 163
Bonczurs, Johann [János] 167
Bossányi, Wolfgang 158, 456
Bozóky, Géza 166
Brands, B. 22, 256
Brezanóczy, Adam [Ádám] 158, 159, 456
Brockhaus 21, 34, 35, 41
Brütt 64
Buday, Julius [Gyula] 166
Bunge 5
Burckhardt, Walter xx, 334, 351, 352, 384-385, 386, 387
Buza, Ladislaus [László] xvi, 164
Bülow, Oscar von 185-186

Campagnolo, Umberto xx
Cathrein, Viktor 4, 22, 154, 247, 435, 442
Cherbuliez 167
Christus, Jesus 58, 238
Cohen 252, 296, 301
Comte, August 194, 239, 441
Concha, Viktor [Győző] 170
Csacskó 160, 161, 457
Csarada, Johann [János] 164
Csekey, Stefan [István] 164
Csemegi, Karl [Károly] 164
Csily, Koloman [Kálmán] 164
Cziráky, Anton [Antal] (Graf) 160, 161

Darvay, Dionys [Dénes] 169
Deák, Franz [Ferenc] 160, 161, 162
Degré, Nikolaus [Miklós] 164
Del Vecchio, Giorgio xx, 189, 190-191, 193, 240
Dékány, Stefan [István] xix, 169
Démy-Gerő, Mihály xi
Dicey, A. V. 266
Dienes 158, 159, 456
Dilthey, Wilhelm 427, 455
Dohna, Alexander Graf zu 431, 435, 446
Doleschall, Alfred [Alfréd] 164
Dósa, Alexius [Alex] 166
Duguit, Léon 5
Dulckeit 450

Eckhardt, K. A. 330
Eckhart, Franz [Ferenc] 167
Edvi-Illés, Karl [Károly] 164
Egyed, Stefan [István] 164
Ehrlich, Eugen 94, 232
Eisele, Fridolin 269, 270, 275, 276, 386
Elster 338
Eltzbacher, Paul 64
Emge, C. A. 4, 417
Eöttevényi-Nagy, Oliver [Olivér] 164
Eötvös, Josef [József] (Baron) 160, 161, 167
Ephrussi, Elisabeth 87, 98
Ereky, Stefan [István] 164, 167
Esterházy, Alexander [Sándor] 168
Euclid 66

Falcsik, Desider [Dezső] 165
Fallmerayer 167

Faluhelyi, Franz [Ferenc] 164
Farkas, Ludwig [Lajos] 166
Flavius, Gnaeus, s. Kantorowicz, Hermann
Fayer, Ladislaus [László] 164
Ferdinandy, Gejza [Géza] 163
Ferenczy, Áprád 164
Fésüs, Georg [György] 164
Filo 158, 456
Finkey, Franz [Ferenc] 164
Fleischhacker 159
Florentinus 3
Fouillée 6
Frank, Ignaz [Ignác] 159
Frantz, Konstantin 29
Fuchs, Ernst 102, 367
Fuchs, Samuel 161, 457
Fuchs, W. xx

Gaius 81, 269
Georch 159
Gerlóczy 161
Geulinx, Arnold 57
Geyl, Ernst-Günther xx
Gény, François 84, 86, 93, 94, 240
Gmür, Rudolf 75
Goethe, Johann Wolfgang 44
Goldscheid, Rudolf 245
Goschetz 158
Gothein 251
Gower, Robert (Sir) xiv
Grabmann, Martin 258
Gratz, Gustav 164
Grosschmid, Beni [Béni] 165
Grotius, Hugo 251, 388, 435
Grünwald, Béla 164
Gustermann 160
Gutherz, H. 75
Gutiérrez, Carlos Jose xi

Hacker, Erwin [Ervin] 165
Hadlich, Heinrich xx
Haendel, Wilhelm [Vilmos] 170
Haessle, Johann 249, 262
Hajnik, Emerich [Imre] 166
Hajnóczy, Josef [József] 159
Hanák, Tibor xxi
Hanuy, Franz [Ferenc] 166
Haring, J. 244, 248, 254, 256, 260
Hartmann, Nicolai x, 273, 283, 293, 298, 308, 361, 356, 391, 396, 399, 455, 465
Hedemann, Justus Wilhelm 44
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich x, xvi, 49, 50, 55, 62, 113, 135, 240, 241, 389-390, 391, 427-428, 442, 445, 448-449, 450-452, 454-455, 462, 466, 470
Heilinger 5
Heinrich 110
Heinrich, W. xxi
Heller, Erich [Erik] 165
Heller, Hermann 191
Hertling, G. v. 244, 254
Hippel, Ernst von xxi
Hobbes, Thomas 435
Hofacker, W. 60
Hoffmann, Paul [Pál] 166
Hold-Ferneck, Alexander xxi
Holub, Josef [József] 167
Horváth, Barna xi, xxi, xxii, 127, 147-148, 149, 150-152, 154, 169, 184, 245, 297
Huber 164
Huber, Eugen 190, 191
Hubert, E. R. 330
Huszti, Andreas [András] 158
Huszti, Stefan [István] 158

Ihering, s. Jhering
Illés, Josef [József] 167
Irk, Albert 164, 165
Iványi, Béla 167

Jancsó, Georg [György] 165

Jászi, Oskar [Oszkár] 168, 458
Jászi, Viktor 164
Jellinek, Georg 25 ,74, 164, 429
Jhering, Rudolf von 33, 35, 64, 289, 366, 441, 468
Jodl 41
Joerges, Rudolf 3
Jony 158
Joó, Julius [Gyula] 164
Jung, Erich 328
Justinian 370

Kant, Immanuel x, xii, xvi, 42, 50, 59, 90, 108, 119, 125-126, 142, 161, 167, 213, 240, 241, 297, 301, 355, 391, 401, 434-435, 441-444, 449, 452, 454-455, 457-458, 460, 462, 466
Kantorowicz, Hermann 93, 94
Karvasy, August [Ágoston] 169
Kaskel 48
Kaufmann, Erich 107
Kaufmann, Felix xix, 220
Kautz, Julius [Gyula] 169
Kelemen, Emerich [Imre] 159
Kellog, Frank Billings xiii, 273
Kelsen, Hans x, xiii, xv, xviii, xxi, 9, 29, 31, 61-62, 64, 68, 70-71, 76, 83, 86, 87, 88-89, 92, 104, 109, 110-135, 136, 137-139, 140, 141-144, 145, 146, 148, 149, 151-152, 153, 184, 186, 187, 189, 190, 206-207, 223-224, 229, 239, 240, 243, 251-252, 272, 280, 286-298, 328, 329, 336, 337, 351, 358, 441, 444-445, 447, 469
Kérészy, Zoltán 167
Király, Johann [János] 167
Kirchmann, Julius Hermann v. 33, 101-102, 368, 369
Kisch, Wilhelm xx
Kiss 163
Kiss, Albert 166
Kiss, Moritz [Móric] 166
K. Kováts, Julius [Gyula] 166
Klupathy, Anton [Antal] 166
Kmety, Karl [Károly] 163, 164
Kogler, Johann Nep. 169
Kohler, Josef 49, 93, 241, 449-451
Kohlrausch 48
Kollár, Adam [Ádám] 159
Kolosváry, Alexander [Sándor] 160, 167
Konek, Alexander [Sándor] 166
Korbuly 163
Kornfeld, Ignaz 5, 62
Kornis, Julius [Gyula] xix, 312, 314, 324
Kossuth, Ludwig [Lajos] 162
Kosutány, Ignatz [Ignác] 166
Kosztavicza, Kitonich de 158
Kovachich, Josef Nikolaus 159
Kovachich, Martin Georg 159
Kovács, Andreas [András] 165
Köleséry, Samuel [Sámuel] 158, 456
Kövy, Alexander [Sándor] 159
Kőrössy, János xi
Krabbe, H. 12, 29, 30
Kraft, Julius xix, 368
Krisztics, Alexander [Sándor] 170
Kunz, Edmund [Ernő] 166
Kunz, Eugen [Jenő] xviii, 169
Kunz, Ignaz [Ignác] 169-170

Laband, Paul 164
Laboulaye, Edouard 167
Lakits, Georg 158, 456
Laky, Dezső xviii, xix
Landsberg 28
Larenz, Karl 240, 241, 330, 450
Lask, Emil 6, 60, 78, 85, 87, 104, 240, 269
Laun, R. xix

Ledig, Gerhard 78, 85
Leibniz, Gottried Wilhelm 452
Leo XIII. (Papst) 442
Lers, Wilhelm [Vilmos] (Baron) 164
Litt, Theodor xxi
Lochner 158
Loening 39
Lukács 160
Lukáts, Adolf 164
Lundstedt, Wilhelm xix

Madách, Imre xii, 274, 457
Magyary, Géza xiii, 101, 162, 164, 165
Magyary, Zoltán 164
Makarewicz, J. 335
Mallieux, F. 95
Marchello, Guiseppe xx, xxi
Marck 149
Marczali, Heinrich [Henrik] 164
Maria Theresia [Mária Terézia] (Königin) 158, 161, 456
Martini, Carolus Antonius 161, 456-457
Martinovics, Ignatz [Ignác] 159
Marton, Géza 166
Marx, Karl xix, 4, 5, 108, 239, 260, 394, 441
Mayer, Max Ernst xviii, 48-59, 452
Mártonffy, Károly xix
Mártonffy, Marzell [Marcell] 166
Meltzl, Valamir 166
Menzel, Adolf 239, 267
Menyhárt, Kaspar [Gáspár] 166
Merkel 437
Merkl, Adolf xviii, 92, 99, 104, 105, 111, 112, 113, 131, 135, 137, 139, 140, 186, 187, 188, 189, 204, 445
Meszlényi, Artur [Arthúr] 165
Meynial, E. 80, 81, 86
Métall, Rudolf Aladár xxi
Migliori, Paolo Silvio 186
Migray, József xix
Mittermaier 160
Mokre, Hans xiv, xix, 199, 213-235, 297
Molnár, Koloman [Kálmán] 164
Montesquieu 167
Morus, Thomas xvii

Nagy, Ernst [Ernő] 163
Nagy, Franz [Ferenc] 166
Nicolai, Helmut 241
Notter 44
Notter, Anton [Antal] 166

Otrokicso-Foris, Franz 158
Ottlik, László xix
Óvári, Klemens [Kelemen] 166-167

Paczolay, Péter xxii
Pancratz 158
Pascal, Blaise 5
Paul [Zar] 272
Pauler, Ákos von xiv, 63, 299-325
Pauler, Theodor [Tivadar] 164, 167, 457
Pázmány, Péter 157
Petraschek, Karl 248, 279, 442
Pikler, Julius [Gyula] 168, 457
Piloty 164
Pisztóry, Moritz [Móric] 169
Plato xix, 5, 393
Plósz, Alexander [Sándor] 165, 166
Poincaré 217
Pokol, Béla xxii
Pollak, Elias [Illés] 169
Polner, Edmund [Ödön] 164
Puchta, Georg Friedrich 11
Pulszky, August [Ágost] 160, 168, 457, 460

Püski, Sándor xi

Radbruch, Gustav 191, 243, 452
Räber, Hans xx
Reiner, Joh. [János] 165, 166
Récsi, Emil 163, 166
Réz, Michael [Mihály] xviii, 36, 164, 170
Rickert, Heinrich x, 63, 78, 85, 202, 301, 310, 355, 391, 427, 434, 455, 463, 464
Riesz, Friedrich [Frigyes] 84
Rogge, H. xix
Rosos, Paul [Pál] 158-159, 456
Roß [Ross], Alf 213, 227, 230, 233
Rousseau, Jean-Jacques 428
Ruber, Josef [József] 107, 169
Rudas, László xvii
Rümelin, Gustav 64, 85, 86

Saint-Simon [Claude Henri de Rouvroy, comte de] 194
Salomon, Max 64, 65, 102, 265, 368
Samu, Mihály xxi
Sander, Fritz 29, 30-31, 86, 89-91, 130-131, 137, 147, 213
Santa-Pinter, Julio J. xi
Sauer, Wilhelm xx, 240, 241, 452
Sauter, Johann 247, 249, 262
Sándor, Pál xxi
Schein, Josef 10
Schiffer, Walter xx
Schiller, Johann Christoph Friedrich von 191, 454, 462
Schiller, Felix 167
Schilling, Otto 249, 254, 261
Schloßmann 87
Schmidt, Richard 69
Schmitt, Carl 330
Schniere, Aladár 164
Schödel 158
Schreier, Fritz 67-68, 72, 73, 100
Schuppe, Wilhelm xx
Schütz, Anton [Antal] xvi, 283, 309
Schwarz, Julius [Gyula] 170
Schwerin, von 330
Seneca 86
Serédi, Justinianus [Jusztiniánusz] 166
Sichermann, Bernhard 166
Sidgwick, Henry 457
Simmel, Georg 7
Sipos, Stefan [István] 166
Solt, Kornél xxii
Somló, Felix [Bódog] ix, x, xviii, 4, 5, 11, 14, 15-16, 23, 33, 40, 63, 64, 68, 72, 74, 82, 83, 105, 146, 168-169, 188, 191, 206, 211, 218, 222, 223-225, 225, 228, 232, 240, 269, 276, 335, 383-384, 386, 400, 429, 458-460, 470
Sonnenfels, Josef 161
Spencer, Herbert 239, 441, 458, 461
Spiethoff 48
Spinoza, Baruch 5, 191, 251, 397
Spranger, Eduard 427, 455
Stammler, Rudolf x, xii, xx, 3, 5, 16, 33, 34, 58, 63, 67, 82, 83, 108, 109, 152-153, 154, 184, 200, 201, 202, 240-241, 250-251, 265, 334, 357, 392, 394-395, 399, 401-402, 427, 442, 447-448
Stier-Somló 338
Stintzing, R. v. 23, 39, 44

Szabadfalvi, József xxii
Szabó, Erwin [Ervin] 168, 458
Szabó, Imre xxi
Szabó, József xxi, xxii

Szalay, Ladislaus [László] 160
Szandtner, Paul [Pál] 170
Szájer, József xxi
Szászy-Schwarz, Gustav [Gusztáv] 165
Szegedy, Johann [János] 158
Szemere, Bertalan 160
Személyi, Koloman [Kálmán] 166
Szentmiklósi, Martin [Márton] 166
Széchenyi, Stefan [István] (Graf) 161-162
Szibenliszt 161, 457
Szilágyi, Péter xxi
Szladits, Karl [Károly] 166
Sz. Szilágyi, János 161, 457
Szlemenics, Paul [Pál] 159, 160

Tarnói, László xviii
Techert, Margit [Frau Z. Magyary] xix
Tezner 12
Thegze, Julius [Gyula] 164, 169
Thomas von Aquin 22, 23, 237, 246-247, 248, 249, 256, 262, 263, 335, 389-390, 442, 470
Thomasius, Christian 436
Tigrinius 93
Timon, Ákos 167
Tomaschek 157
Tomcsányi, Moritz [Móric] 163-164
Tóth, Ádám xxi
Tóth, Ludwig [Lajos] 166
Tóth, Karl [Károly] xviii, 165
Trasymachos 5
Trendelenburg, Adolf 14, 39, 61, 78, 84
Troeltsch, Ernst 238, 249
Tuka, Vojtech [Béla] xvi, xxi, 170, 417-430, 439
Túry, Alexander K. [Sándor Kornél] 166

Ujfalussy 161
Ulpian 3, 336
Unger, Josef 75, 83

Ürményi, Josef [József] 158

Varga, Csaba xxi, xxii
Vargha, Franz [Ferenc] 164
Vámbéry, Rusztem 164, 168
Verdroß, Alfred xix, 120, 122-124, 287
Vécsey, Thomas [Tamás] 166
Vinkler, Johann [János] 165, 167
Virozsil, Anton [Antal] 160, 161, 162, 167, 457
von Stein, Lorenz 368
Vuchetich, Matthias [Mátyás] 159

Walder 94, 96, 101
Wenzel, Gustav [Gusztáv] 166, 171, 458
Werbőczy, Stefan [István] 37, 156-157, 158, 175, 176, 183, 231-232, 234, 456, 460
Werner, Rudolf 168
Windelband, Wilhelm x, 6, 427, 455
Wittmann, Ernst [Ernő] 164
Wlassics, Julius [Gyula] (Baron) 164
Wolff, Christian 161, 456
Wurzel, K. G. 75

Zapponi, Alfredo xiv, 211
Zitelmann, Ernst 11-12, 64
Zlinszky 165

Zsidai, Ágnes xxii
Zsindely, Stefan [István] 167

# JOGFILOZÓFIÁK

A TEMPUS „Összehasonlító Jogi Kultúrák" projektumának kiadványai

Szerkeszti
DR. VARGA CSABA
intézetvezető egyetemi tanár

Pázmány Péter Katolikus Egyetem
Jog- és Államtudományi Karának Jogbölcseleti Intézete
1088 Budapest, Szentkirályi utca 28-30. • 1428 Budapest 8., Pf.: 6.
Telefon: 429-7230, titkárság 429-7227 • Fax: 429-7226
E-mail: varga@jak.ppke.hu és (titkárság)vargamt@jak.ppke.hu

HANS KELSEN: *Tiszta jogtan* (1988, 2001) xxii+106 o.
CARL SCHMITT: *Politikai teológia* (1992) xxii+41 o.
GEORG JELLINEK: *Általános államtan* (1994) 124 o.
CS. KISS LAJOS-KARÁCSONY ANDRÁS (szerk.): *A társadalom és a jog autopoietikus felépítettsége* Válogatás a jogi konstruktivizmus irodalmából (1994) 124 o.
PACZOLAY PÉTER (szerk.): *Alkotmánybíráskodás - alkotmányértelmezés* (1995, 2000) 216 o.
TAKÁCS PÉTER (szerk.): *Joguralom és jogállam* (1995) 330 o.
H. L. A. HART: *A jog fogalma* (1995) 375 o. [Osiris könyvtár: Jog sorozatában]
VARGA CSABA (szerk.): *Jog és filozófia* Antológia a század első felének kontinentális jogi gondolkodása köréből (1998) xiii+238 o.; 3. bőv. kiadás: Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből (2001) xii+497 o.
VARGA CSABA: *A jog társadalomelmélete felé* (1999, 2001, 2002) xi+326 o.
SZABADFALVI JÓZSEF (szerk.): *Historical Jurisprudence / Történeti jogtudomány* (2000) 303 o.
SZABÓ MIKLÓS-VARGA CSABA (szerk.): *Jog és nyelv* (2000) vi+270 o.
H. SZILÁGYI ISTVÁN: *A jogi antropológia főbb irányai* (2005) 176 o.
VARGA CSABA: *A jog mint logika, rendszer és technika* (2000) 223 o.
VARGA CSABA (szerk.): *Összehasonlító jogi kultúrák* (2000) xi+397 o.
FRIVALDSZKY JÁNOS: *Természetjog* Szöveggyűjtemény (2004) 218 o.
VARGA CSABA: *Útkeresés* Kísérletek - kéziratban (2001) vi+167 o.
LOSONCZY ISTVÁN: *Jogfilozófiai előadások vázlata* (2002) x+284 o
HORKAY HÖRCHER FERENC (szerk.): *Hayek és a brit felvilágosodás* Tanulmányok a konstruktivista gondolkodás kritikájának eszmetörténeti forrásairól (2002) xviii+114 o.
VISEGRÁDY ANTAL (szerk.): *Scandinavian legal realism / Skandináv jogi realizmus* (2003); xxxviii+162 o.
TAKÁCS PÉTER (szerk.): *Államtan* Írások a XX. századi általános államtudomány köréből (2003) xviii+966 o.
PACZOLAY PÉTER: (szerk.): *Alkotmányelmélet és európai integráció* (2003) 180 o.
PACZOLAY PÉTER: *Az alkotmányelmélet fejlődése és az európai integráció* (2003) 153 o.
VARGA CSABA: *Jogfilozófia az ezredfordulón* Minták, kényszerek - múltban, jelenben (2004) 450 o.
H. SZILÁGYI ISTVÁN-PAKSY MÁTÉ (szerk.): *Ius unum, lex multiplex* Liber amicorum: Studia Z. Péteri dedicoda (Tanulmányok a jogösszehasonlítás, az államelmélet és a jogbölcselet köréből (2005) 585 o.
JEROME FRANK: *Bíráskodás az elme ítélőszéke előtt* Válogatott írások (2006) 164 o.

**TERJESZTI**

Szent István Társulat Iustinianus Egyetemi Könyvesboltja
1088 Budapest, Szentkirályi utca 30. Telefon: 327-0781
www.stephanus.hu

PHILOSOPHIAE IURIS
redigit
Csaba Varga

Csaba VARGA *Law and Philosophy* Selected Papers in Legal Theory (Budapest: ELTE "Comparative Legal Cultures" Project 1994) xv + 530

Csaba VARGA *Etudes en philosophie du droit / Estudios de filosofía del derecho* (Budapest: ELTE "Comparative Legal Cultures" Project 1994) xii + 332

Csaba VARGA *Rechtsphilosophische Aufsätze* (Budapest: ELTE "Comparative Legal Cultures" Project 1994) x + 292

Csaba VARGA *Pravo* Teoriia i filossofiia [Law: theory and philosophy] (Budapest: ELTE "Comparative Legal Cultures" Project 1994) xv + 281

Csaba VARGA *Transition to Rule of Law* On the Democratic Transformation in Hungary (Budapest: ELTE "Comparative Legal Cultures" Project 1995) 190

Csaba VARGA *Lectures on the Paradigms of Legal Thinking* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1999) vii + 279

Ferenc HÖRCHER *Prudentia iuris* Towards a Pragmatic Theory of Natural Law (Budapest: Akadémiai Kiadó 2000) 176

*Historical Jurisprudence / Történeti jogtudomány* ed. József Szabadfalvi (Budapest: [Osiris] 2000) 303

*Scandinavian Legal Realism / Skandináv jogi realizmus* ed. Antal Visegrády (Budapest: [Szent István Társulat] 2003) xxxviii + 159

EXCERPTA HISTORICA
PHILOSOPHIAE HUNGARICAE IURIS

*Aus dem Nachlass von Julius Moór Gyula hagyatékából* hrsg. Csaba Varga (Budapest: ELTE "Comparative Legal Cultures" Project 1995) xvi + 158

Felix SOMLÓ *Schriften zur Rechtsphilosophie* hrsg. Csaba Varga (Budapest: Akadémiai Kiadó 1999) xx + 114

István LOSONCZY *Abriß eines realitischen rechtsphilosophischen Systems* hrsg. Csaba Varga (Budapest: Szent István Társulat 2002) 144

*Die Schule von Szeged* Rechtsphilosophische Aufsätze von István BIBÓ, József SZABÓ und Tibor VAS, hrsg. Csaba Varga (Budapest: Szent István Társulat 2006) 246

Barna HORVÁTH *The Bases of Law / A jog alapjai* ed. Csaba Varga (Budapest: Szent István Társulat 2006) [in press]

Barna HORVÁTH *Schriften zur Rechtsphilosophie* I, 1926-1948: Prozessuelle Rechtslehre, hrsg. Csaba Varga (Budapest: [Szent István Társulat] 2006) [in preparation]

Barna HORVÁTH *Schriften zur Rechtsphilosophie* II, 1926-1948: Gerechtigkeitslehre, hrsg. Csaba Varga (Budapest: [Szent István Társulat] 2006) [in preparation]

Barna HORVÁTH *Schriften zur Rechtsphilosophie* III, 1949-1971: Papers in Emigration hrsg. Csaba Varga (Budapest: [Szent István Társulat] 2006) [in preparation]

DISTRIBUTION
www.stephanus.hu
szit@katolikus.hu