

System der  
Rechtsphilosophie  
in gekürzter  
Darstellung

VLADIMÍR KUBEŠ

**reminiscentia iuridica** #8

MASARYKOVA  
UNIVERZITA

**ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS IURIDICA**  
**EDITIO REMINISCENTIA IURIDICA**

**MUNI**  
**PRESS**

**MUNI**  
**LAW**



# System der Rechtsphilosophie in gekürzter Darstellung





# System der Rechtsphilosophie in gekürzter Darstellung

VLADIMÍR KUBEŠ

**reminiscentia iuridica #8**

Jaromír Tauchen [Hrsg.]

**MASARYK  
UNIVERSITY**

BRNO 2025

KATALOGIZACE V KNIZE - NÁRODNÍ KNIHOVNA ČR

Kubeš, Vladimír, 1908-1988

System der Rechtsphilosophie in gekürzter Darstellung / Vladimír Kubeš ; Jaromír Tauchen (Hrsg.). -- 1. elektronische Auflage. -- Brno : Masaryk University, 2025. -- 1 online zdroj. -- (Acta Universitatis Brunensis iuridica) (Reminiscentia iuridica ; #8)

Obsahuje bibliografie a bibliografické odkazy

ISBN 978-80-280-0706-5 (online ; pdf)

\* 340.12 \* (048.8) \* (0.034.2:08)

- právní filozofie
- teorie práva
- monografie
- elektronické knihy

34 - Právo [16]

Die Masaryk-Universität dankt MUDr. Eva Ungerová für ihre großzügige Unterstützung und ihr Interesse an der Herausgabe und Publikation der Werke ihres Vaters Prof. Vladimír Kubeš. Ohne ihre freundliche finanzielle Unterstützung wäre es nicht möglich gewesen, die Manuskripte in dieser repräsentativen Form für die Veröffentlichung vorzubereiten.

Fassung des Originalmanuskripts, redaktionell überarbeitet und ergänzt von doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Attribution 4.0 International (CC-BY-4.0) Lizenz.

© 2025 Masaryk-Universität

ISBN 978-80-280-0706-5 (online ; pdf)

# Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort des Herausgebers</i> .....	11
<i>Übersicht der rechtsphilosophischen Werke von Vladimír Kubeš in deutscher und englischer Sprache</i> .....	17
<i>Vorwort</i> .....	21

## **Erster Teil:**

<b>Begriff, Aufgaben und Methode der Rechtsphilosophie</b> .....	25
§ 1. Begriff und Aufgaben der Rechtsphilosophie.....	25
§ 2. Rechtsphilosophie und einzelne Rechtswissenschaften .....	27
§ 3. Rechtsphilosophie und Ethik.....	31
§ 4. Methode der Rechtsphilosophie.....	39
§ 5. Zur vorläufigen Orientierung über den Begriff des Rechts.....	41

## **Zweiter Teil:**

<b>Die grundlegenden Ausgangspunkte</b> .....	47
§ 6. Die optimistische Welteinstellung und die reale Idee der Willensfreiheit als Ausgangspunkt.....	47
§ 7. Der Dualismus der realen und der idealen Welt; zur kritischen Ontologie im Allgemeinen.....	57
§ 8. Der Dualismus von Sein und Sollen .....	68

## **Dritter Teil:**

<b>Recht ontology</b> .....	73
§ 9. Wohin gehört das Recht; sein Wesen.....	73
§ 10. Das Recht und die Macht; der organisierte Zwang.....	84
§ 11. Die Kategorien des Rechts.....	88
§ 12. Die rechtliche Geltung.....	99

§ 13. Das „ <i>Recht contra humanitatem</i> “ .....	101
§ 14. Recht und Revolution.....	109
§ 15. Recht, Staat, Gesellschaft und Gemeinschaft.....	122
§ 16. Recht und Wirtschaft.....	138
§ 17. Recht, Moral und Sitte .....	143
§ 18. Die sog. rechtlich-kognitive und die sog. rechtlich-volitve Sphäre; zur Rationalisierung der normerschöpfenden Tätigkeit.....	151

**Vierter Teil:**

<b>Theorie des Rechts</b> .....	163
§ 19. Die Logik im rechtlichen Gebiet .....	163
§ 20. Die Rechtsbegriffe.....	168
§ 21. Der Beginn der Analyse der begrifflichen Bestimmung des Rechts: Pflicht (Rechtspflicht) und Norm (Rechtsnorm) .....	170
§ 22. Die Stufenförmigkeit der Rechtsordnung und die Regel <i>lex posterior derogat priori</i> ; das Recht und die Rechtsordnung; die generellen und die individuellen Normen.....	180
§ 23. Das Verhältnis der niederen zur höheren Rechtsnorm; Gesetz und Richter .....	186
§ 24. Die Grundnorm .....	191
§ 25. Das Völkerrecht .....	193
§ 26. Die Verfassung.....	203
§ 27. Das Gesetz .....	206
§ 28. Die Rechtsgeschäfte .....	212
§ 29. Zur Theorie der Rechtsquellen.....	213
§ 30. Das Recht und die Funktionen des Staates .....	217
§ 31. Interpretation und Applikation des Rechts; die sog. Lücken.....	219
§ 32. Das Rechtsverfahren und die Rechtskraft; die Exekution.....	223

§ 33. Das positive Recht und das Naturrecht.....	225
§ 34. Geschriebenes Recht und Gewohnheitsrecht .....	229
§ 35. Privatrecht und öffentliches Recht.....	231
§ 36. Objektives und subjektives Recht; absolute und relative Rechte; Sachenrechte und Obligationsrechte .....	235
§ 37. Materielles und formelles Recht; zwingendes und dispositives Recht .....	239
<b>Fünfter Teil:</b>	
<b>Rechtsaxiologie</b> .....	241
§ 38. Zum Begriff der Rechtsaxiologie und zu ihren Aufgaben .....	241
§ 39. Die reale Idee des Rechts und die ideale Normidee des Rechts.	243
§ 40. Gerechtigkeit (und Billigkeit).....	248
§ 41. Freiheit des konkreten Menschen .....	261
§ 42. Rechtssicherheit .....	263
§ 43. Zweckmäßigkeit.....	265
§ 44. Die rechtliche Weltanschauung .....	266
§ 45. Die Ideen des Vertrages, des Eigentums und der Erbschaft.....	271
§ 46. Die Ideen der Schuld und der Sanktion; zur Todesstrafe.....	273
§ 47. Die Ideen der Ehe und Familie .....	277
§ 48. Die Ideen der Nation, des Staates und des Primats des Völkerrechts.....	279
§ 49. Die Ideen der vollen Demokratie und die Idee der politischen Parteien .....	281
§ 50. Sinn und Zweck des Rechts; das Recht und die Zukunft der Gesellschaft .....	283
<i>Literaturverzeichnis</i> .....	301



# Vorwort des Herausgebers

Vladimír Kubeš (\*1908–†1988), Professor an der Juristischen Fakultät der Masaryk-Universität in Brunn, ursprünglich Zivilrechtler, später Verfassungsrechtler und vor allem Rechtsphilosoph, konnte nach seiner Inhaftierung in kommunistischen Gefängnissen Anfang der 1950er Jahre in den Jahren 1968–1970 zur wissenschaftlichen Arbeit zurückkehren. Dies stand im Zusammenhang mit der Wiedererrichtung der 1950 aufgelösten Juristischen Fakultät in Brunn im Jahr 1968. Nach der Besetzung der Tschechoslowakei durch die Truppen des Warschauer Pakts und der Rückkehr zu den alten politischen Verhältnissen musste Kubeš jedoch die Fakultät erneut verlassen und durfte seine wissenschaftlichen Arbeiten in der Tschechoslowakei nicht veröffentlichen.<sup>1</sup>

In den 1970er- und 1980er-Jahren begann für Vladimír Kubeš eine Phase intensiver Zusammenarbeit mit wissenschaftlichen Einrichtungen im Ausland. Vom Wintersemester 1976/1977 bis zum Ende des Studienjahres 1980/1981 hielt er regelmäßig rechtsphilosophische Vorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. In dieser Zeit lernte er auch Alfred Verdross kennen, einen führenden Vertreter der Wiener Schule der Reinen Rechtslehre.

Im Jahr 1977 erschien sein erstes Buch in deutscher Sprache *Grundfragen der Philosophie des Rechts* in Wien, 1981 folgte *Die Rechtspflicht*, und 1987 veröffentlichte er *Theorie der Gesetzgebung: Materielle und formale*

<sup>1</sup> Zum ausführlichen Lebenslauf von Vladimír Kubeš auf Tschechisch siehe z. B. VOJÁČEK, L., SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Dějiny Právníké fakulty Masarykovy univerzity: 1919–2019. Svazek 2, 1989–2019* [Geschichte der Juristischen Fakultät der Masaryk-Universität: 1919–2019. Band 2, 1989–2019]. Brunn: Masarykova univerzita, 2019, S. 357–360; BOHÁČKOVÁ, R. *Život a dílo prof. JUDr. Vladimíra Kubeše* [Leben und Werk von Prof. JUDr. Vladimír Kubeš]. Brunn: Masarykova univerzita, 1993; VLČEK, E. Vladimír Kubeš. In: SKŘEJPKOVÁ, P. [Hg.] *Antologie československé právní vědy v letech 1918–1939* [Anthologie der tschechoslowakischen Rechtswissenschaft in den Jahren 1918–1939]. Prag: Linde, 2009, S. 266–272.

Die Lebensgeschichte von Vladimír Kubeš ist im Vorwort des Herausgebers zu Kubeš' Werk *Hans Kelsens und Franz Wehrs Leben und Werk (Einige Skizzen)*. Brunn: Masarykova univerzita, 2024, S. 9–17, zusammengefasst.

*Bestimmungsgründe der Gesetzgebung in Geschichte und Gegenwart*. Seine *Ontologie des Rechts* war mit einiger Verzögerung bereits bei Duncker & Humblot in Berlin erschienen. Darüber hinaus veröffentlichte Kubeš zahlreiche Beiträge in Tagungsbänden, Festschriften sowie in den Fachzeitschriften *Rechtstheorie* und *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*.

Einige seiner anderen Werke sind als Manuskripte erhalten geblieben. Ein Teil des umfangreichen schriftlichen Nachlasses wurde in der ersten Hälfte der 1990er Jahre an der Masaryk-Universität veröffentlicht. Dank der finanziellen Unterstützung von Dr. Eva Ungerová, der Tochter von Vladimír Kubeš, werden ab 2023 sechs weitere Manuskripte publiziert und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Unter diesen Manuskripten befinden sich die beiden für österreichische und deutsche Leser wichtigsten Werke in deutscher Sprache: *Hans Kelsens und Franz Weyrs Leben und Werk (Einige Skizzen)* und *System der Rechtsphilosophie in gekürzter Darstellung*.

\* \* \*

Nachdem Kubeš 1981 als Gastprofessor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Wien in den Ruhestand getreten war, setzte er seine Zusammenarbeit mit den Wiener Professoren Robert Walter (\*1931–†2010) und Günther Winkler (1929) fort.

In der Folge wurde Kubeš beauftragt, für das Hans Kelsen-Institut ein Buch über das Verhältnis zwischen Hans Kelsen und František Weyr zu verfassen, dessen Schüler Kubeš war, und der in der Nachkriegszeit unermüdlich das Erbe von Kelsens normativer Theorie im deutschsprachigen Raum weiterführte. Aus finanziellen Gründen konnte dieses Werk jedoch nicht in den 1980er Jahren in Österreich veröffentlicht werden.<sup>2</sup>

Nach der Fertigstellung des Manuskripts dieses Buches war sich Kubeš unsicher, ob er weiterhin nach Wien reisen und an anderen Projekten arbeiten könne. Sein Freund Günther Winkler, der damalige Hauptherausgeber der renommierten Springer-Verlagsreihe *Forschungen aus Staat*

---

<sup>2</sup> Veröffentlicht wurde es erst im Jahr 2024 aus dem handschriftlichen Nachlass, siehe KUBEŠ, V., TAUCHEN, J. (Hg.) *Hans Kelsens und Franz Weyrs Leben und Werk (Einige Skizzen)*. Brunn: Masarykova univerzita, 2024, 189 S.

und Recht, überreichte ihm eine offizielle Einladung, die vom damaligen Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien unterzeichnet war. Kubeš wurde beauftragt, ein Autorenteam zu leiten, das mit der dringenden Aufgabe betraut wurde, eine Arbeit über die Theorie der Gesetzgebung zu verfassen. Da es in Wien jedoch zu Etatkürzungen kam, reduzierte sich das Autorenkollektiv auf zwei Personen: Winkler und Kubeš. Da Winkler mit anderen dringenden Aufgaben völlig überlastet war, wurde Kubeš schließlich beauftragt, selbst ein Buch über die Theorie der Gesetzgebung zu schreiben. Nach einjähriger Arbeit legte er Winkler Ende 1983 ein Manuskript vor, das allerdings erst 1987 veröffentlicht wurde.<sup>3</sup>

In diesem Werk beschrieb Kubeš umfassend die Geschichte der Gesetzgebung und zeigte auf, dass sich alle Naturrechtslehren in erster Linie mit der Frage beschäftigten, wie das Recht richtig zu gestalten sei. Diese Lehren erwarben sich, laut Kubeš, große Verdienste um die Verbesserung der Gesetzgebungsarbeit und trugen deutlich mehr zur Idee des Rechts bei als alle Strömungen des Rechtspositivismus. In diesem Buch stellte Kubeš seine eigene Theorie der Gesetzgebung vor, in der er argumentierte, dass man nicht von einer Zäsur zwischen der rechtlich-kognitiven und der rechtlich-volitiven Sphäre sprechen könne. Auch die normative Tätigkeit sei rationalisierbar, das heißt, sie sei an die Regeln der Logik gebunden.

Wie Kubeš in seinen Memoiren anmerkt, widmete er sich in den Jahren 1983 und 1984 intensiv der Arbeit an weiteren Büchern, und die wissenschaftliche Forschung wurde in dieser Zeit zu seiner Leidenschaft.<sup>4</sup>

In dieser Zeit vollendete er sein „Meisterwerk“ *System der Rechtsphilosophie in gekürzter Darstellung*, das er auf Deutsch verfasste, da keine Aussicht bestand, dass es jemals in der sozialistischen Tschechoslowakei erscheinen würde.

<sup>3</sup> KUBEŠ, V. *Theorie der Gesetzgebung: Materiale und formale Bestimmungsgründe der Gesetzgebung in Geschichte und Gegenwart*. Wien: Springer-Verlag, 1987, 299 S.

<sup>4</sup> KUBEŠ, V., TAUCHEN, J. [Hg.] ... *a chtěl bych to všechno znovu. Filozofické vypořádání s pesimistickým světovým názorem* [...] und ich hätte gern alles von neuem. Philosophische Auseinandersetzung mit einer pessimistischen Welteinstellung. Zweite ergänzte Auflage. Brunn: Masarykova univerzita, 2022, S. 271–279.

Das Manuskript der vorliegenden Arbeit ist in fünf Teile gegliedert. Der erste Teil widmet sich der begrifflichen Bestimmung der Rechtsphilosophie sowie ihren Aufgaben und grenzt sie von den einzelnen Rechtswissenschaften ab. Im zweiten Teil erörtert Kubeš die grundlegenden Ausgangspunkte der Rechtsphilosophie. Der dritte Teil enthält die Ontologie des Rechts, während der vierte Teil der Theorie des Rechts gewidmet ist. Der abschließende fünfte Teil konzentriert sich schließlich auf die Axiologie des Rechts. Das Buch schließt mit einer Reflexion über den Sinn und Zweck des Rechts und zeigt, dass nur das Recht die Zukunft der menschlichen Gesellschaft sichern kann.

Als Schüler von František Weyr gibt Kubeš auch dem ausländischen Leser einen Einblick in das Werk dieses bedeutendsten tschechischen Rechtstheoretikers und Rechtsphilosophen der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts und führt ihn in die Grundlagen der sogenannten Normativen Theorie ein.

Nach der Fertigstellung dieses Buches, das der systematischen Behandlung der gesamten Rechtsphilosophie gewidmet ist, stellte sich die ernsthafte Frage, welcher Verlag bereit wäre, es zu veröffentlichen. Professor Hans R. Klecatsky, ehemaliger österreichischer Justizminister, informierte Kubeš darüber, dass ein philosophischer Verlag in Wien Interesse an seinem Manuskript bekundet habe, und riet ihm, es unverzüglich an diesen Verlag zu senden. Kubeš folgte diesem Rat, doch zu seinen Lebzeiten wurde das Manuskript nicht mehr veröffentlicht.

\* \* \*

Das Manuskript, welches als Grundlage für die Herausgabe dieser Monografie diente, umfasst 364 Seiten Maschinenschrift, inklusive handschriftlicher Eintragungen und Korrekturen. Wie bereits erwähnt, stammt das Manuskript aus den achtziger Jahren und ist dementsprechend sprachlich gestaltet. Seit der Abfassung des Manuskripts hat sich die deutsche Sprache jedoch erheblich weiterentwickelt. Das Manuskript

wurde in seiner ursprünglichen Form und in der ursprünglichen stilistischen Fassung belassen, einschließlich der damals üblichen Form von Anmerkungen und Zitaten aus der Sekundärliteratur.

\* \* \*

Abschließend möchte ich die außerordentliche Bedeutung dieser Monografie von Vladimír Kubeš hervorheben. Ursprünglich der Brünner Schule der normativen Theorie angehörend, gelang es ihm, sich teilweise von deren Rahmen zu lösen und eine eigene Konzeption der Rechtsphilosophie zu entwickeln. Sein Ansatz, der von Schopenhauer, Hegel und insbesondere von Nicolai Hartmanns Theorie der Schichten des Seins beeinflusst war, brachte eine neue Perspektive in die damalige Rechtsphilosophie ein. Obwohl sich die Rechtsphilosophie in den fast fünfzig Jahren seit der Abfassung dieser Monografie erheblich in andere Richtungen entwickelt hat, bleiben Kubeš' Ideen inspirierend und bieten wertvolle Anregungen für die heutigen Debatten über das Recht und seine Rolle in der Gesellschaft.

Als lebenslanger Optimist wendet sich Kubeš in seinem philosophischen Werk entschieden gegen jede pessimistische Weltanschauung und drückt seine Überzeugung aus, dass sich die Menschheit als Ganzes auf einem unendlichen Weg zur Vollkommenheit befindet – „zur Erreichung der Normideen von Wahrheit und Richtigkeit, Recht und Schönheit“. Diese Überzeugung bildete nicht nur die Grundlage seiner Rechtsphilosophie, sondern stellte auch „die grundlegendste Voraussetzung der gesamten Philosophie, der gesamten Wissenschaft und des menschlichen Lebens überhaupt“ dar.

Kubeš' Optimismus und sein Glaube an einen stetigen Fortschritt auf dem „endlosen Weg zur Vollkommenheit“ spiegeln sich in seinem Ansatz wider, die Rechtsphilosophie aufgrund ihres spezifischen Gegenstands als eigenständige, von der allgemeinen Philosophie unabhängige Wissenschaft zu betrachten.

Ich hoffe, dass dieses Buch nicht nur Spezialisten der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie anspricht, sondern auch Leser, die nach einem tieferen Verständnis der Rolle des Rechts in der Welt und im Verhältnis zur menschlichen Freiheit suchen.

Mit Hochachtung vor dem Verfasser und dem Wunsch, dass dieses Buch zur weiteren Erforschung des Rechts anregen möge

**Jaromír Tauchen**

*Herausgeber*

# Übersicht der rechtsphilosophischen Werke von Vladimír Kubeš in deutscher und englischer Sprache<sup>5</sup>

Die philosophischen Grundlagen der Brünner Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Schule; Bürgerliches Recht und Handelsrecht; Strafrecht und Strafverfahren; Das Völkerrecht. In: BORŮVKA, O. (Hg.) *Universitas Brunensis. 1919–1969*. Brünn: Universita J. E. Purkyně, 1969, S. 345–354, 364–367, 367–368 und 371–373.

Reine Rechtslehre und kritische Ontologie in der Tschechoslowakei. In: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. 1974, Jg. 25, S. 305–331.

Die heutige Sendung der Rechtsphilosophie. In: *Österreichische Juristen-Zeitung*. 1975, Jg. 30, S. 600–605.

Rechtsontologie und ihre Beziehungen zur Struktur des Rechts. In: MOKRE, J., WEINBERGER, O. (Hg.) *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung. Überlegungen zu den Grundlagen der modernen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung*. Wien, New York: Springer, 1976, S. 44–65.

Die Logik im rechtlichen Gebiet. In: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. 1976, Jg. 27, S. 271–286.

*Grundfragen der Philosophie des Rechts*. Wien: Springer-Verlag, 1977, 87 S.

---

<sup>5</sup> Einige dieser rechtsphilosophischen Werke von Kubeš in deutscher und englischer Sprache sind in der digitalen Bibliothek der Masaryk-Universität MUNISPACE zugänglich: <https://munispace.muni.cz/library/vyhledavaniAutori/authorPublications?authorId=8162>

Bemerkungen zu den Ideen der Gleichheit und Freiheit. In: DORSEY, G. (Hg.) *Equality and Freedom. International and Comparative Jurisprudence. Vol. II. Papers of the World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, St. Louis, 24–29 August 1975*. New York: Oceana Publishers, 1977, S. 627–634.

Grundstruktur des ABGB und des tschechoslowakischen Bürgerlichen Gesetzbuches an Hand praktischer Beispiele. In: *Österreichische Juristen-Zeitung*. 1977, Jg. 32, S. 147–152.

Diskussion. In: *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie. Symposium, abgehalten am 9. und 10. Mai 1975 im Kleinen Festsaal des Bundesministeriums für Justiz*. Wien: Manz, 1978, S. 36–37, 101–102 und 161–162.

Reine Rechtslehre in der Tschechoslowakei. In: *Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*. Wien: Manz, 1978, S. 137–149.

Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts von Heinrich Henkel. In: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1978, Jg. 29, S. 95–101.

Recht und Revolution. In: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1979, Jg. 30, S. 257–288.

Das Recht und die Zukunft der Gesellschaft. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1979, Beiheft Neue Folge 11, S. 1–25. /Law and the Future of Society. World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Sydney and Canberra, 1977/.

Jurisprudenz und Ethik. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1979, Beiheft Neue Folge 13, S. 165–180.

*Die Brünnener rechtstheoretische Schule: (normative Theorie)*. Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1980, 372 S. (Mitverfasser O. Weinberger)

Das moderne Naturrecht und der Versuch um die rationale Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre. In: *Juristische Blätter*. 1980, Jg. 102, S. 57–62.

Das neueste Werk Hans Kelsens über die allgemeine Theorie der Normen und die Zukunft der Reinen Rechtslehre. In: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1980, Jg. 31, S. 155–199.

Freiheit des Willens, Sollen und Sein im Rechtlichen. In: *Rechtstheorie*. 1980, Jg. 11, S. 201–207.

*Die Rechtspflicht*. Wien: Springer, 1981, 140 S.

Demokratie und Rechtssystem in philosophischer Sicht. In: KRAWIETZ, W., TOPITSCH, E., KOLLER, P. (Hg.) *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982, S. 159–183.

Rechtstheorie und Rechtsphilosophie. In: *Rechtstheorie*. 1982, Jg. 13, S. 207–225.

Die Rechtsordnung und die Wirtschaft; Rechtsphilosophie und Wirtschaftsphilosophie. In: CURIEL, J. L. (Hg.) *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Vol. VII*. Mexico: Universidad National Autonoma de Mexico, 1982, S. 91–110.

Die Rechtsnorm. In: KRAWIETZ, W., SCHELSKY, H., WINKLER, G., SCHRAMM, A. (Hg.) *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984, S. 407–420.

Schichtenontologie, Non-Kognitivismus und meine rechtsphilosophische Auffassung. In: *Rechtstheorie*. 1984, Jg. 15, S. 57–68.

*Ontologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986, 470 S.

Die Illusion der Gerechtigkeit. In: *Rechtstheorie*. 1986, Jg. 17, S. 147–170.

Theorie der Gesetzgebung oder Rechtsfindungswissenschaft? Zur Grundfrage der rationalen Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre. In: TAMMELO, I., MOCK, E. (Hg.) *Rechtstheorie und Gesetzgebung. Festschrift für Robert Weimar*. Frankfurt am Main: P. Lang, 1986, S. 133–145.

Das Rechtsbewusstsein des Volkes. In: KRAWIETZ, W., OTT, W. (Hg.) *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart. Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag.* Berlin: Duncker & Humblot, 1987, S. 121–133.

*Theorie der Gesetzgebung: Materiale und formale Bestimmungsgründe der Gesetzgebung in Geschichte und Gegenwart.* Wien: Springer-Verlag, 1987, 299 S.

Das Naturrecht und die Reine Rechtslehre in neuer Auffassung. In: WEINBERGER, O., KRAWIETZ, W. (Hg.). *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker.* Wien, New York: Springer, 1988, S. 279–298.

*Hans Kelsens und Franz Weyrs Leben und Werk (Einige Skizzen).* Brunn: Masarykova univerzita, 2024, 189 S. (herausgegeben von J. Tauchen)

# Vorwort

Vor mehreren Jahren habe ich mein System der Rechtsphilosophie beendet. Wegen seines großen Umfanges und der damit verbundenen Kosten fand es bis jetzt keine Möglichkeit der Veröffentlichung.

In der Zwischenzeit habe ich einige Bücher und eine größere Zahl von Abhandlungen, welche die rechtsphilosophischen Hauptproblemen behandeln, veröffentlicht. Von den Büchern erwähne ich nur *Grundfragen der Philosophie des Rechts* (1977), *Die Rechtspflicht* (1981), *Ontologie des Rechts* (1986) und *Theorie der Gesetzgebung* (1987). Meine rechtsphilosophische Lehre ist zwar gewissermaßen in diesen Publikationen enthalten, jedoch nicht im vollen Umfang, und noch dazu zerstreut.

Mein System der Rechtsphilosophie enthält auch eine gründliche Auseinandersetzung mit dem Schrifttum bei allen Teilproblemen; das ist der Hauptgrund der zu großen Seitenzahl der Arbeit. Deswegen kommt es jetzt zur Veröffentlichung des vorliegenden Buches, wo nicht mehr so viele Auseinandersetzungen mit der Literatur enthalten sind und vielmehr meine eigenen Stellungnahmen zu einzelnen Fragen der Rechtsphilosophie in aller Knappheit und hoffentlich auch Klarheit dargestellt sind. Meine eigene rechtsphilosophische Lehre in ihrer Ganzheit ist hier demonstriert.

Vielleicht ist es zweckmäßig etwas vorauszuschicken. Zuerst war ich durch die Philosophie des großen „Alleszermalmers“ Immanuel Kant beeinflusst und in den Zeiten der nazistischen Okkupation und der Schließung aller tschechischen Hochschulen habe ich ein bis jetzt nicht veröffentlichtes Werk über die transzendente Philosophie Immanuel Kants geschrieben. Schon das bedeutete eine Überschreitung der engen Grenzen der Reinen Rechtslehre, deren Anhänger ich war in den Zeiten meiner ersten Bücher *Příspěvek k nauce o žalobách z obohacení* [Ein Beitrag zur Lehre von den Bereicherungsklagen] 1931, *Smlouvy proti dobrým mravům* [Verträge gegen die guten Sitten], Habilitationsschrift 1933, und

*Nemožnost plnění a právní norma* [Die Unmöglichkeit der Leistung und die Rechtsnorm], Professorenarbeit 1937. Die Reine Rechtslehre hatte nämlich die transzendente Philosophie Kants nicht in ihrer ganzen Fülle und Einheit begriffen, sondern der eine Begründer der Reinen Rechtslehre, Hans Kelsen, sah diese Philosophie durch die Brille der engen Auffassung des Neokantianers der Marburger Richtung, Hermann Cohen, und der andere, František Weyr, unter der vereinfachten Interpretation seines liebsten Philosophen, Arthur Schopenhauer. In beiden Fällen ging es nicht um die richtige Auffassung der philosophischen Lehre Kants.

Im Jahre 1932 besuchte ich auf Anregung meines nächsten Lehrers, Jaromír Sedláček, an der Berliner Universität die Vorlesungen des großen Philosophen des 20. Jahrhunderts, Nicolai Hartmann, dessen Vorlesungen und später seine Werke auf mich entscheidenden Einfluss ausübten. Das kann man gewissermaßen schon an meinem Buch *Právní filosofie XX. století* [Die Rechtsphilosophie des XX. Jahrhunderts], 1947, beobachten.

Die Entwicklung ging allerdings weiter. Die wichtigsten Anregungen fand ich in der wahren transzendentalen Philosophie Kants einerseits und in der philosophischen Lehre Nicolai Hartmanns, besonders in seiner kritischen Ontologie andererseits. In mancher Hinsicht und in vielen wichtigen Punkten gelang ich aber zu anderen Ergebnissen und zuletzt zu einem eigenen System der Philosophie des Rechts durch. Beim Lesen dieses Buches wird es der Leser selbst erkennen.

Keine Wissenschaft, und daher und in erster Reihe auch nicht die Rechtsphilosophie, kann ohne den befruchtenden Einfluss der allgemeinen Philosophie existieren. Alle Plauderei von einem Bruch mit der Tradition des philosophischen Denkens ist Unsinn und letzten Endes eine Unmöglichkeit. Man muss von dem, was schon da ist, ausgehen und weiterbauen.

Alles Denken muss man in einer letzten Urgegebenheit und Urvooraussetzung verankern. Die einen finden eine solche grundlegendste Urgegebenheit in Gott. Die anderen in der Materie oder in den niederen Schichten der realen Welt überhaupt. Gegen die ersten hört man als einen entscheidenden Einwand die Behauptung, dass sie den Boden der strengen Wissenschaft verlassen. Gegen die zweite Gruppe von Denkern wiederum,

dass sie nicht fähig sind, das Sollen zu erfassen, da in einer Welt, wo ausnahmsweise nur das Naturgesetz herrscht, für Sollen, für Pflicht kein Platz existieren kann; und dazu noch, dass diese Lehre dem Menschen keine Hoffnung gibt.

In meiner Konzeption gehe ich von der grundlegenden Voraussetzung aus, die in der optimistischen Welteinstellung besteht und zeigen will, dass nur sie die sinnvolle und wesensnotwendige ist. Die pessimistische Welteinstellung stellt eine Verneinung nicht nur jeder Wissenschaft dar, sondern auch jeder Stellungnahme des konkreten Menschen; nichts hat einen Sinn – keine Wissenschaft, und auch das menschliche Leben ist sinnlos; sinnlos ist es zu leben, sinnlos ist auch der Selbstmord. Der einzige sinnvolle und grundlegendste Ausgangspunkt ist einzig und allein die optimistische Welteinstellung.

Aus dieser Urgegebenheit fließen einige grundlegende Erkenntnisse, vor allem der Dualismus der realen und der idealen Welt. Alles Reale, alles Positive tendiert, weil es tendieren muss, zur Vollkommenheit, zur idealen Welt, zu idealen Normideen der Wahrheit und der Richtigkeit, der Sittlichkeit, des Rechts und der Schönheit (dieser vier Bestandteile der Normidee des Guten, der konkreten Menschlichkeit).

Dadurch ist aber auch der Dualismus von Sein und Sollen und – wie wir sehen werden – auch die reale Freiheit des Willens begründet.

Die optimistische Welteinstellung und aus ihr fließende Dualismen der realen und der idealen Welt und von Sein und Sollen mit der realen Freiheit des Willens sind die wahren Fundamente meiner Philosophie des Rechts, meiner rechtsphilosophischen Lehre.

*Vladimír Kubeš*



# Erster Teil:

## Begriff, Aufgaben und Methode der Rechtsphilosophie

### § 1. Begriff und Aufgaben der Rechtsphilosophie

**I.** Rechtsphilosophie (Philosophie des Rechts) ist kein bloßer Teil oder Zweig der allgemeinen Philosophie, sondern sie ist Philosophie vom Recht. Sie löst – in sinnvoller Anwendung – alle Aufgaben, welche die allgemeine Philosophie zu lösen hat, mit Rücksicht auf das Recht als einen besonderen Gegenstand der Untersuchung. Während sich die Logik von der allgemeinen Philosophie mehr oder weniger abgesondert hat, bildet die juristische Logik einen Teil der Rechtsphilosophie.

Andererseits ist die Rechtsphilosophie eine Rechtswissenschaft neben anderen einzelnen Rechtswissenschaften, insbesondere der Rechtsdogmatik, der Rechtssoziologie, der Rechtspsychologie und der Rechtspolitik, bzw. der Rechtsfindungswissenschaft. Es wird sich zeigen, dass die Rechtsphilosophie Grundlage der einzelnen Arten der Rechtswissenschaften ist.

**II.** Die Rechtsphilosophie ist die Wissenschaft vom Wesen des Rechts und von der Rechtsidee, vom Erkennen des Rechts, vom Begriff des Rechts und von den einzelnen Rechtsbegriffen, ferner von der Einteilung der Rechtswissenschaften, vom Sinn und Zweck des Rechts sowie auch von der rechtlichen Weltanschauung.

Die Rechtsphilosophie hat also folgende Aufgaben:

- a) Die rechtsontologische Aufgabe: die Rechtsphilosophie untersucht das Wesen des Rechts, d. h. die Frage, wohin das Recht gehört, ob es in den stufenförmigen Aufbau der realen Welt gehört und – im bejahenden Fall – wo dort sein Platz ist, oder ob es in die Welt der Idealität gehört.
- b) Die rechtsnoetische Aufgabe: die Rechtsphilosophie befasst sich mit der Frage der Erkenntnis des Rechts.

- c) Die rechtslogische Aufgabe: die Rechtsphilosophie ergründet die Problematik der Logik in der rechtlichen Sphäre und der logischen Struktur der rechtlichen Grundbegriffe.
- d) Die rechtsmethodologische Aufgabe: die Rechtsphilosophie hat die Frage der Einteilung der Rechtswissenschaften und die Frage nach der Methode der Rechtsphilosophie und der einzelnen Rechtswissenschaften zu lösen.
- e) Die Aufgabe einer Analyse der Rechtsidee als der Quintessenz des rechtlichen Denkens überhaupt.
- f) Die Aufgabe, Sinn und Zweck des Rechtes festzustellen.
- g) Die Aufgabe, die wissenschaftliche rechtliche Weltanschauung darzulegen.

Kurz ausgedrückt: die Rechtsphilosophie ist zuerst Ontologie des Rechts (Rechtsontologie). Diese Wissenschaft ist die wahre Grundlage der Rechtsphilosophie selbst. Im Rahmen der Rechtsontologie und der rechtsontologischen Kategorien wird auch die Problematik der Rechtsnoetik mit ihren rechtsnoetischen Kategorien erörtert.

Zweitens ist die Rechtsphilosophie eine Theorie des Rechts (Rechtstheorie). Sie untersucht vor allem die Rechtswesensbegriffe, wie die Begriffe des Rechts selbst, der Rechtspflicht, der Rechtsnorm usw. Auch solche Rechtsbegriffe wie Pflichtsubjekt, Rechtssubjekt, Stufenförmigkeit der Rechtsordnung, das Verhältnis des Rechts und des Staates, der Gesellschaft und der Gemeinschaft, das Verhältnis des staatlichen Rechts und Völkerrechts, weiters die Begriffe der Hermeneutik, der Interpretation und der Applikation, die Frage des Verhältnisses der niederen zur höheren Rechtsnorm und manches andere sind Gegenstand ihrer Aufmerksamkeit. Hierher gehört auch die Lösung der rechtslogischen Aufgabe und der rechtsmethodologischen Aufgabe.

Die Rechtstheorie ist daher ein bloßer Teil der Rechtsphilosophie. Die Rechtsphilosophie selbst und daher auch die Rechtstheorie können allerdings nicht ohne Rechtsontologie als des wichtigsten Teils der Rechtsphilosophie existieren. Das sieht man klar an der so häufig behandelten Frage, ob die Rechtsnorm ein bloßer Willensausdruck oder ein normatives Urteil ist, und an der Frage, ob im Bereich des Rechts,

der Rechtsnormen, die Regeln der Logik anwendbar sind, und nicht minder auch an der Grundfrage der vermeintlichen absoluten Zäsur zwischen der sog. rechtlich-kognitiven und der sog. rechtlich-volitiven Sphäre.

Drittens ist die Rechtsphilosophie eine Axiologie des Rechts (Rechtsaxiologie). Sie untersucht die reale Idee des Rechts und die ideale Normidee des Rechts, dann den Sinn und Zweck des Rechts und ihr Bemühen gipfelt in der Darstellung der rechtlichen Weltanschauung. Allen diesen Untersuchungen müssen die rechtsontologischen Untersuchungen, besonders über die reale und die ideale Welt, vorangehen.

## **§ 2. Rechtsphilosophie und einzelne Rechtswissenschaften**

**I.** Bei der Rechtsphilosophie handelt es sich in gleicher Weise wie bei der allgemeinen Philosophie um eine wissenschaftliche Disziplin, um Wissenschaft *per eminentiam*.

Die Gründe dafür sind:

1. Die kritische Ontologie (die kritische Rechtsontologie) vermittelt die fundamentalsten Kenntnisse von der Welt (Rechtswelt) überhaupt. Im Besonderen bestimmt sie auch den Platz, der dem Recht zukommt. Die ontologischen (rechtsontologischen) Untersuchungen sind präjudiziell für alle übrigen Untersuchungen, besonders für die noetischen, logischen und axiologischen.
2. Die Philosophie (die Rechtsphilosophie) liefert die Bedingungen der Geltung für alle einzelnen Wissenschaften (Rechtswissenschaften).
3. Die Philosophie (die Rechtsphilosophie) fasst unter ihrer vereinheitlichenden Kraft die Ergebnisse aller einzelnen Wissenschaften (Rechtswissenschaften) zusammen. Sie baut in der Form der wissenschaftlichen Weltanschauung (rechtlichen Weltanschauung) einen systematischen, zur Idee der Wahrheit und Richtigkeit tendierenden, von der Idee der konkreten Menschlichkeit durchdrungenen Abschluss sämtlichen menschlichen Wissens (Rechtswissens).

**II.** Die dogmatische Rechtswissenschaft (die Rechtsdogmatik, die Rechtswissenschaft im engeren Sinn) ist eine Wissenschaft von

der systematischen Erkenntnis des Inhaltes, des objektiven Sinnes der Rechtsnormen. Sie befasst sich mit dem Inhalt der Rechtsordnung. Es geht ihr um die Interpretation der Rechtsnormen, um die Konstruktion und um die Systematisierung des erkannten Rechtsstoffes (Radbruch). Sie begreift das Recht als ein Reich der reinen Bedeutungen im Sinne Emil Lasks. Bei der Interpretation arbeitet man mit der normativen, aber auch mit der teleologischen Methode. Der Zweck der Rechtsnorm spielt dabei eine entscheidende Rolle. Die Rechtsphilosophie als Rechtsontologie ermöglicht die Konstituierung der Rechtsdogmatik als Wissenschaft und stellt mit Hilfe der Rechtssoziologie fest, ob die in Frage kommende Rechtsnorm, bzw. Rechtsordnung gelten. Als Rechtslogik gibt die Rechtsphilosophie der Rechtsdogmatik eine Menge von Begriffen zur besseren Bewältigung des positiv-rechtlichen Materials. Als Rechtsaxiologie leistet sie der Rechtsdogmatik große Hilfe, besonders für die Feststellung des objektiven Rechtsgeistes (des Rechtsbewusstseins des Volkes einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung), was mit Rücksicht auf die bekannte Heterogenie der Zwecke im Sinne Wilhelm Wundts sehr bedeutend ist.

**III.** Die Rechtssoziologie ist eine Wissenschaft, die untersucht, welche Ursachen, welche wirtschaftlichen, sozialen, politischen und kulturellen Strömungen die Entstehung neuer (und welcher) Rechtsnormen (und zwar sowohl der generellen, als auch der individuellen) hervorbringen, insbesondere, welchen Einfluss die wirtschaftliche Struktur der Gesellschaft auf das Recht ausübt. Die Rechtssoziologie untersucht ferner, welche Folgen die Rechtsnormen im wirtschaftlichen, sozialen, politischen und kulturellen Leben hervorrufen, also wie die Menschen in ihrem tatsächlichen Verhalten auf geltende Rechtsnormen reagieren. Sie prüft im Besonderen auch die ökonomische und die soziale Wirksamkeit der existierenden Rechtsnormen, unter der Voraussetzung, dass sie unverändert bleiben. Sie weist die Änderungen in der sozialen Funktion der Rechtsinstitute aus. Sie bestimmt, welche Rechtsordnung als Ganzes Faktizität aufweist. Sie untersucht die Probleme der Ideen der Gerechtigkeit, der Sicherheit, der Freiheit des konkreten Menschen und der Zweckmäßigkeit, und zwar mit Rücksicht auf die Frage, welche Phänomenalität im rechtlichen und

überhaupt im gesellschaftlichen Bewusstsein der Menschen der betreffenden Gemeinschaft, in der die Motivation – und Erziehungsaufgabe des Rechts wirksam werden, diese Ideen erreichen. Die Rechtssoziologie untersucht daher die verschiedensten Abhängigkeiten und Wechselwirkungen zwischen dem Rechtsfaktor auf der einen Seite und den metajuristischen Faktoren, d. h. verschiedenen Faktoren des gesellschaftlichen Lebens auf der anderen Seite. Sie arbeitet neben dem „typisch soziologischen“ Kategorien (z. B. der Kategorie der Zeit, der Kategorie des Raumes, der Kategorie der Kausalität und der Kategorie der Wechselwirkung) auch mit den „typisch juristischen“ Kategorien, wie der Kategorie der Normativität und der Kategorie der Teleologie.

Bei der Rechtssoziologie geht es besonders auch um die Untersuchung des gegenseitigen Verhältnisses von Wirtschaft und Recht.

Die Rechtssoziologie benötigt die Rechtsphilosophie zunächst in dem Sinne, dass sie von ihr erfährt, was das Recht überhaupt ist. Sie gibt auch darüber Auskunft, was Gerechtigkeit, Freiheit des konkreten Menschen, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit bedeutet.

Andererseits benötigt aber auch die Rechtsphilosophie die Rechtssoziologie. Die Untersuchung der wirtschaftlichen, der sozialen und anderer Ursachen, welche den Ursprung neuer Rechtsnormen hervorrufen, ist für die Rechtsphilosophie sehr bedeutend, da sich auf sie die Lösung der ontologischen Aufgabe der Rechtsphilosophie gründet. Für diese Aufgabe ist ferner auch die Untersuchung der Folgen von Bedeutung, die positive Rechtsnormen für das wirtschaftliche, für das soziale usw. Leben haben. Die Rechtssoziologie ist aber auch für die Feststellung entscheidend, ob das Recht im Durchschnitt Faktizität aufweist. Die durchschnittliche Faktizität ist ein wesentliches Merkmal des Rechts als eines Ganzen zum Unterschied von der einzelnen Rechtsnorm und ihrer Geltung. Die Rechtssoziologie gibt auch der Rechtsphilosophie Auskunft über die Vorstellungen des Volkes von den einzelnen Ideen der rechtlichen Weltanschauung.

**IV.** Die Rechtspsychologie fasst das Recht als eine seelische Erscheinung auf, und zwar einerseits in der individuellen Rechtspsychologie als Ausdruck der individuellen Psyche und andererseits in der kollektiven Rechtspsychologie als Ausdruck der „kollektiven Psyche“, d. h. als

Produkt, das aus Wechselbeziehungen vieler Einzelner entsteht (Tomsa). Sie befasst sich mit der Problematik des Rechtsbewusstseins und mit der psychologischen Struktur von Schuld und Strafe u. dgl. Die grundlegende Betrachtungsweise ist die kausale Methode. Kategorien, welche der Schicht des seelischen Seins adäquat wären, sind leider immer noch nicht klar erkannt. Da sich die Rechtspsychologie mit dem Phänomen des Rechts befasst, sind auch die Kategorien der Teleologie und der Normativität erheblich.

V. Die Aufgabe der Rechtspolitik oder der Rechtsfindungswissenschaft oder – von engerer Sicht aus – der Theorie der Gesetzgebung (Gesetzgebungswissenschaft) kann man einfach formulieren: Wie soll man das beste Recht machen, wie soll man die richtigen Rechtsnormen, und zwar nicht nur die gesetzlichen, sondern auch die im Stufenbau des Rechts niedrigeren Normen schaffen? Es wäre unrichtig anzunehmen, dass die Rechtspolitik die richtigen neuen Normen ohne Rücksicht auf die geltenden Rechtsnormen sucht oder schafft. Denn die geltende (staatliche und völkerrechtliche) Rechtsordnung stellt einen wichtigen Faktor dar, auf welchen die Rechtspolitik fortwährend Rücksicht nehmen muss. Der Rechtspolitik gibt die Rechtsphilosophie als Rechtsaxiologie Grundsteine für ihre Arbeit. Die rechtsphilosophische Erarbeitung der rechtlichen Weltanschauung als eines stufenförmigen Aufbaues einzelner Ideen mit der realen Idee des Rechts an der Spitze ist für die Rechtspolitik grundlegend.

Die Rechtspolitik oder die Rechtsfindungswissenschaft ist erstens eine Wissenschaft über die rationale Bewältigung der sog. rechtlich-volitiven Sphäre (eine Wissenschaft vom richtigen Recht) und erst an zweiter Stelle eine Gesetzes- bzw. eine Rechtstechnik. Streng genommen fällt die Gesetzestechnik bzw. die Rechtstechnik schon sowieso unter die Wissenschaft vom richtigen Recht. Diese Wissenschaft muss nämlich notwendigerweise auch die Frage, wie man von formaler Seite her richtig Gesetze und andere Rechtsnormen bilden darf und soll, behandeln.

### § 3. Rechtsphilosophie und Ethik

**I.** Im Gewirr der terminologischen und begrifflichen Konventionen, was man alles unter Jurisprudenz (ebenso wie unter Rechtsphilosophie) einerseits und Ethik andererseits versteht, ist es schwer, sich zu orientieren. Weder der Begriff der Jurisprudenz noch der Begriff der Ethik sind klar festgelegt. Es ist merkwürdig, dass gerade in der Philosophie und in den Rechtswissenschaften (einschließlich der Rechtsphilosophie) bis jetzt weder die (allgemeinen) Philosophen noch die Rechtsphilosophen imstande waren, zur einheitlichen Bestimmung einzelner philosophischer und rechtsphilosophischer Grundbegriffe zu gelangen.

Über den Begriff der Rechtsphilosophie sind wir schon informiert. Jetzt zur Jurisprudenz! Als relativ sicher kann man feststellen, dass Jurisprudenz so viel bedeutet wie Rechtswissenschaft. Der Umfang dieses Begriffes ist aber äußerst umstritten. Die einen sehen in der Jurisprudenz oder Jurisprudenz im engeren Sinne nur die Rechtsdogmatik. Die anderen subsumieren unter den Begriff der Jurisprudenz nicht nur die Rechtsdogmatik, sondern auch die Rechtssoziologie, oder auch die Rechtspsychologie, bzw. die Rechtspolitik, die Rechtsgeschichte, die Rechtstheorie, allerdings mit Ausnahme der Rechtsphilosophie in ihrer Auffassung. Schließlich seien auch jene, die unter den Begriff der Jurisprudenz nicht nur die sog. einzelnen Rechtswissenschaften, sondern auch die Rechtsphilosophie einreihen. In diesem (weitesten) Sinne wird hier der Begriff der Jurisprudenz (der Rechtswissenschaft) verstanden.

**II.** Vielleicht noch schlimmer ist die Situation im Bereich des Ethischen. Während man beim Rechtlichen zumindest grundsätzlich zwischen dem Recht als einem Inbegriff von Normen gewisser Qualität und diesbezüglichen Handlungen und der Rechtswissenschaft als der systematischen, logischen und teleologischen Bearbeitung des rechtlichen Materials unterscheidet, gebraucht man im Bereiche des Ethischen oft die Termini Ethik, Moral, Sittlichkeit als gleichbedeutend.

Gerade das finde ich nicht richtig. Man muss doch zwischen der Ethik einerseits und der Moral (und der Sittlichkeit) andererseits unterscheiden. So wie die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft, also eine systematische

Bearbeitung des Rechtlichen im weitesten Sinn des Wortes ist, ist die Ethik eine Wissenschaft vom Moralischen bzw. Sittlichen im weitesten Sinn des Wortes. Die Ethik hat zur Aufgabe, die Moral als einen Inbegriff gewisser Normen (Moralnormen) und Handlungen, sowie die reale Idee der Moral wissenschaftlich zu bearbeiten. Man kann auch sagen, dass die Ethik jener Teil der Philosophie ist, der das moralische Bewusstsein und Verhalten der Menschen zum Gegenstand hat (Klaus-Buhr). Aber noch mehr! Gegenstand ihres Interesses sind auch die im Unendlichen liegenden Normideen, insbesondere die Normidee der Sittlichkeit und die höchste Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit). Ethische Erkenntnis ist Erkenntnis von Normen und Handlungen moralischer Qualität, von der realen Idee der Moral und von der idealen Normidee der Sittlichkeit.

Normativ ist in erster Linie nicht die Ethik selbst, sondern das Prinzip, bzw. das Reich der Prinzipien, das sie aufzudecken hat, m.a.W.: ihr Gegenstand (Nicolai Hartmann). Erst mittelbar überträgt sich dieser Normencharakter der Prinzipien auf sie selbst. Die Einheit der Ethik ist die Grundforderung, die sich kategorisch über die Vielheit der Moralen erhebt, eine Forderung, die über allem Streit der Meinungen steht, die a priori unbedingt einleuchtet und keinen Zweifel zulässt. Im Gegensatz dazu hat jede Zeit und jedes Volk seine „geltende Moral“ – man kann auch in Analogie zum „positiven Recht“ sagen – seine „positive Moral“. Es gibt keine geltende Moral, die nicht die Tendenz hätte, absolute Moral zu sein. Dem Positiven ist die Beziehung zur Idee immer schon immanent (Nicolai Hartmann).

Wir betonen auch die ungemein wichtige Tatsache, dass es in der Ethik als einer Wissenschaft zwar notwendig ist, die einzelnen Seiten, Aspekte des Ethischen separat zu untersuchen und zu bearbeiten, dass es aber ebenso unbedingt nötig ist, die verschiedenen Aspekte in einer dialektischen Synthese zusammenzufassen und so ein einheitliches System der Ethik als strenger Wissenschaft zu erarbeiten. In die so aufgefasste Ethik fällt also nicht nur alles das, was wir unter der Bezeichnung der Wissenschaft von der Moral verstehen, sondern auch die sog. normative Ethik, ebenso wie auch die Analyse der ethischen Begriffe, die Analyse der „Sprache der Moral“.

Kurz ausgedrückt: So wie die Rechtswissenschaften, einschließlich der philosophischen Rechtswissenschaft (der Rechtsphilosophie), Wissenschaften vom Rechtlichen im weitesten Sinne des Wortes sind, so ist die Ethik die Wissenschaft vom Moralischen im weitesten Sinne des Wortes.

**III.** Zur begrifflichen Feststellung des Rechts kommt man im nächsten Kapitel. Was die Moral betrifft, kann man vorläufig kurz sagen, dass die Moral der Inbegriff der in der betreffenden Gemeinschaft geltenden Normen ist, mit deren Verletzung die Unruhe des Gewissens als Sanktion verknüpft ist. Der äußere Zwang ist dem Wesen der Moral vollkommen fremd. Sie gehört der Schicht des geistigen Seins an, obgleich sie sich in der psychologischen Gegebenheit (Wirklichkeit) des menschlichen Gewissens manifestiert und damit auch in die seelische Schicht hineinragt. Keinesfalls aber gehört die Moral in die Schicht des anorganischen Seins; sie kennt keinen äußeren Zwang. Die Moral tendiert zur realen Idee der Moral, die der realen Welt angehört, und letztlich zur Normidee der Sittlichkeit, die als ein Bestandteil des idealen Reichs der Normideen aufgefasst wird.

Die einzige wesenhafte Verbindung des Rechts mit der Moral besteht darin, dass die Normidee des Rechts und die Normidee der Sittlichkeit Bestandteile der höchsten Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit) sind. Es ist richtig, dass das Recht die Moral ermöglichen soll; es soll ihr jenes Maß an äußerlicher Freiheit garantieren, ohne welches die innere Freiheit der moralischen Entscheidung nicht existieren kann. Die Garantie der äußeren Freiheit bedeutet das Wesen und den Kern der Menschenrechte (Radbruch).

Die Normidee des Rechts und die Normidee der Sittlichkeit sind gleichgeordnet. Es ist unrichtig, die Normidee des Rechts der Normidee der Sittlichkeit unterzuordnen. Es ist ferner unrichtig, dass alles Recht ein Ausdruck moralischen Strebens ist. Alles Recht ist ein Ausdruck des rechtlichen Strebens, das zur realen Idee des Rechts und letztlich zur idealen Normidee des Rechts tendiert. Es ist nicht Aufgabe der Ethik, sondern der Rechtsphilosophie, Sinn und Zweck des Rechts, dessen Wert, aufzuweisen. Das Recht hat seinen spezifischen höchsten Zweck, und zwar die Idee und die Normidee des Rechts.

Diese Auffassung, dass neben der Normidee der Sittlichkeit noch die gleichgeordnete Normidee des Rechts in der idealen Welt gegeben ist, zu welchen Normideen die realen Ideen und die realen Gebilde (empirische Moral und empirisches Recht) tendieren, ist von grundlegender Bedeutung für eine genaue Unterscheidung zwischen Moral und Recht. Auf der anderen Seite besteht zwischen Moral und Recht keine absolute Kluft, sondern eine enge Verbindung. Die Normidee des Rechts und die Normidee der Sittlichkeit mit den Normideen des Schönes, der Wahrheit und Richtigkeit bilden eine Einheit der Normidee, die sich in der höchsten Normidee des Guten ausdrückt.

**IV.** Besteht überhaupt eine direkte Verbindung zwischen der Jurisprudenz und der Ethik? Diese Frage wird verschieden beantwortet werden, je nachdem wir unter Jurisprudenz die oben angeführten einzelnen Rechtswissenschaften ohne die Rechtsphilosophie oder einschließlich dieser verstehen. Im ersten Fall werden wir zur negativen Beantwortung dieser Frage kommen, im zweiten Fall zur positiven.

So z. B. leistet die Rechtsphilosophie als Rechtsaxiologie – und keinesfalls die Ethik – der Rechtsdogmatik große Hilfe, besonders für die Feststellung des objektiven Rechtsgeistes, einschließlich der geltenden rechtlichen Weltanschauung. In dieser (axiologischen) Hinsicht ist die Rechtsphilosophie, besonders auch dabei behilflich, den Inhalt verschiedener sog. Generalklauseln festzustellen. So z. B. wenn der Richter beurteilt, ob der Vertrag gegen die „guten Sitten“ verstößt (§ 879 ABGB), oder wenn er nach den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ in Sinne des § 7 ABGB oder nach der Regel entscheidet, die er als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 des schw. ZGB). Der nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen oder nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, entscheidende Richter muss zuerst seine Entscheidung aus dem objektiven Rechtsgeist, d. h. aus dem Rechtsbewusstsein des Volkes der jeweiligen Rechtsgemeinschaft einschließlich der rechtlichen Weltanschauung schöpfen. Nicolai Hartmann hat bewiesen, dass das geistige Sein (der personale, objektive und objektivierte Geist) ein reales Sein ist und im hierarchischen Stufenbau der realen Welt (die vierstufig ist und aus dem physisch-materiellen Sein, dem organischen Sein, dem seelischen Sein und dem geistigen Sein

besteht) die oberste Schicht darstellt. Es handelt sich um etwas Reales, um etwas, was mit rechtssoziologischen Methoden und Techniken feststellbar ist. Einen Bestandteil dieses objektiven Rechtsgeistes bildet die geltende wissenschaftliche rechtliche Weltanschauung, die ein offenes System einzelner realer Ideen mit der Rechtsidee an der Spitze ist. Erst wenn der Richter in diesen „Quellen“ keine Stütze für seine Entscheidung finden kann, wird sich die Normidee des Rechts, als dialektische Synthese der Ideen der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen, der Sicherheit und der Zweckmäßigkeit geltend machen. In allen diesen Punkten ist die Hilfe der Rechtsphilosophie, keinesfalls aber der Ethik, maßgebend.

Und ein weiteres Beispiel: Die Rechtsphilosophie, und nicht die Ethik, gibt der Rechtssoziologie besonders darüber Auskunft, was Gerechtigkeit, Freiheit des konkreten Menschen und Rechtssicherheit bedeuten. Aber auch der stufenförmige Aufbau der die rechtliche Weltanschauung bildenden Ideen interessiert die Rechtsphilosophie, da diese Ideen Gegenstand ihrer spezifischen Untersuchungen sind. Daraus ist ersichtlich, dass die Rechtssoziologie die Ergebnisse der Rechtsphilosophie, nicht aber jene der Ethik benötigt. Die Rechtssoziologie führt ihre speziellen Untersuchungen auf Grundlagen durch, die von der Rechtsphilosophie erstellt werden. Die Präzisierung und Aufhellung einzelner Rechtsbegriffe, Rechtsideen, Rechtsinstitutionen usw. dient der Rechtssoziologie als Ausgangspunkt für ihre spezifischen soziologischen Arbeiten.

**V.** Man kommt daher zu dem Ergebnis, dass das, was die einzelnen Rechtswissenschaften in manchen Punkten brauchen, ihnen die Rechtsphilosophie, nicht aber die Ethik zur Verfügung stellt.

Man darf aber nicht außer Acht lassen, dass die axiologische Problematik der Rechtsphilosophie sehr eng mit der axiologischen Problematik der Ethik verbunden ist. Die Abhängigkeit ist allerdings eine wechselseitige. Nicht nur die Ergebnisse der Ethik sind für die Rechtsphilosophie bedeutend, sondern auch diejenigen der Rechtsphilosophie für die Ethik. Man findet einige Ideen, Werte, Grundbegriffe, die man nicht nur in der Rechtsphilosophie, sondern auch in der Ethik findet, so z. B. was die Idee der Gerechtigkeit betrifft. Wir wissen, dass das Platonische System

der Tugenden in der Gerechtigkeit gipfelt. Das Wesenhafte an der Gerechtigkeit ist von vorneherein die Idee der Gleichheit: gleiches Recht und gleiche Pflicht mit anderen, sowohl dem einzelnen gegenüber als auch dem Ganzen der betreffenden Gemeinschaft gegenüber – aus dem Verständnis der gemeinsamen Situation heraus, dass Gleichheit die Grundbedingung gemeinsamen Lebens überhaupt ist (Nicolai Hartmann).

Die Gerechtigkeit stellt nicht ein Maximum, sondern offenkundig nur ein Minimum an sittlicher Anforderung dar. Sie schafft in Wirklichkeit nur einen Spielraum für die höheren Werte (Hartmann). Das differenziertere moralische Leben kann erst beginnen, wo die roheren Grundbedingungen erfüllt sind. Mit diesem Charakter des Minimums hängt es zusammen, dass sich der objektive Inhalt der Gerechtigkeit, das Recht, in feste Formeln prägen, sich kodifizieren lässt, ja dass er sich in gewissen Grenzen, auch wo er nicht freiwillig vom einzelnen erfüllt wird, durch eine öffentliche, über seine Erfüllung wachende Macht erzwingen lässt, wie Hartmann argumentiert. Solche Festlegung und solcher Zwang widerspricht aber dem Sinn der Sittlichkeit, deren Wesen in der Freiheit der Erfüllung und im schöpferischen Finden des Richtigen von Fall zu Fall besteht.

Die egologische Rechtslehre (Carlos Cossio) hat demonstriert, dass alle diejenigen Werte, die dem aristotelischen Gedanken entsprechen, Alteritätsstruktur besitzen, juristische Werte sind. Zu diesen gehören dann die Gerechtigkeit selbst, die Ordnung, die Sicherheit, die Herrschaft, der Friede, die Zusammenarbeit und die Solidarität. Die Gerechtigkeit verleiht all den anderen, mit ihr verwandten Werten Gleichgewicht und wechselseitige Proportion.

Wir wissen, dass der Begriff der Gerechtigkeit bei Platon und Aristoteles eine bedeutende Rolle spielte. Bei Platon sollte die Gerechtigkeit den anderen Tugenden (der Mäßigung, Tapferkeit und Weisheit) Einheit im Sinne von Ganzheit verleihen; sie war das wechselseitige und verhältnismäßige Gleichgewicht der eben angeführten Tugenden. Bei Aristoteles war die Gerechtigkeit eine spezifische Tugend des Rechts; sie hatte die Alterität im Auge. Aber auch bei Aristoteles war die Gerechtigkeit eine Moraltugend im Sinne der Ethik. Leibniz nahm die römische Formel „Ehrsam leben, jedem das Seine geben, und dem Dritten keinen Schaden

zufügen“ auf und setzte das „Jedem das Seine geben“ der Aristotelischen austeilenden, weiter das „dem Dritten nicht Schaden zufügen“ der Aristotelischen ausgleichenden Gerechtigkeit gleich; das „Ehrensam leben“ (die Gerechtigkeit überhaupt) hatte die Bedeutung der vereinheitlichenden Idee Platons.

Für die egologische Rechtslehre galt es, den Platonischen Gedanken der Ganzheit mit dem Aristotelischen Gedanken der Alterität zu verbinden. So kam es – wie Carlos Cossio weiter ausführt – dass bis ins 18. Jahrhundert die Gerechtigkeitswertung statt in juristischem ausnahmslos in ethischen Begriffen zum Ausdruck gebracht wurde. Wenn dann der positiv orientierte Jurist des 19. Jahrhunderts die ethischen Wertungen aus seinen juristischen Auffassungen ausschloss, verfiel er demzufolge in den Fehler, nun auch die Gerechtigkeitswertungen auszumerzen.

Die egologische Rechtslehre baute nicht die Aristotelische Konzeption in die Platonische ein, wie es das traditionelle Denken tut, sondern umgekehrt die Platonische in die Aristotelische, indem sie zeigte, dass die Gerechtigkeit innerhalb des juristischen Wertgefüges eben jene Funktion ausübt, die ihr Platon in Bezug auf die Moralwerte zuwies. So erscheint die Gerechtigkeit als einer der rechtsphilosophischen Hauptbegriffe überhaupt.

Auch die Grundidee der Freiheit ist ein Grundbegriff der Rechtsphilosophie und zugleich der Ethik. Die reale Idee der Freiheit des konkreten Menschen ist ein Bestandteil der realen Idee des Rechts. Die ideale Idee der Freiheit bildet einen Bestandteil der idealen Normidee des Rechts. Und wer wollte die dominante Rolle der Freiheit in der Moral (Sittlichkeit) und daher auch in der Ethik leugnen? An der Moralstruktur des Seinsollens ist vor allem der in ihr auftauchende Freiheitsbegriff bedeutsam (Nicolai Hartmann).

Es ist nicht richtig zu meinen, dass alles Recht auf ethischer Grundforderung, auf einem echten geschauten Wert beruht. Richtig wäre es zu sagen, dass alles Recht auf objektivem Rechtsgeist einschließlich der rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts an der Spitze und letztlich auf der idealen Normidee des Rechts beruht.

Richtig ist, dass schon das positive Recht seine Wertbezogenheit, seine Ideenbezogenheit bekundet. Richtig ist auch, dass alles positive Recht die Tendenz hat, ideales Recht zu sein. Besonders da, wo es um Betrachtungen *de lege ferenda* geht, stehen wir vor der Bestätigung des primären Ideenbewusstseins im Recht. Unter dieser Perspektive gewinnen sicher die Begriffe des Rechtslebens einen hohen Grad rechtsphilosophischer, aber schließlich auch ethischer Bedeutung.

Die letzte Begründung des Rechts enthält aber nicht die Ethik, wie Nicolai Hartmann meint, sondern die Rechtsphilosophie. Richtig finde ich aber eine weitere Feststellung Hartmanns, dass die Ethik in ihrer Werttafel den Ort für den Wert des Rechts überhaupt aufzeigen muss. Unrichtig ist aber seine weitere Feststellung, dass alles Rechtsleben in der sekundären Aufgabe der Mittel stecken bleibt und dass es nicht die Bestimmung seines obersten Zweckes enthält, in dem allein der bestimmende Wert erschaut werden könnte. Im Gegenteil! Die Normidee des Rechts steht im Reich der Normideen auf gleicher Höhe wie die Normidee der Sittlichkeit und wie die Normidee des Schönen und die Normidee der Wahrheit und der Richtigkeit; diese Normideen bilden den Inhalt der höchsten Normidee überhaupt, der Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit).

Es ist aber auch unrichtig zu sagen, dass die Rechtswissenschaft praktische Wissenschaft in jenem mittelbaren Sinn ist, wie Technik und Medizin, die ihre obersten Gesichtspunkte gar nicht mitbehandeln, sondern voraussetzen. Jedenfalls ist die philosophische Rechtswissenschaft (die Rechtsphilosophie) auch Wissenschaft „von den obersten praktischen Gesichtspunkten selbst“, ebenso wie die Ethik; die Aufgabe der Rechtsphilosophie ist es nämlich auch, die reale Idee des Rechts und die ideale Normidee des Rechts (diese dialektische Synthese von Gerechtigkeit, Freiheit des konkreten Menschen, Sicherheit und Zweckmäßigkeit) zu untersuchen, während die Ethik die reale Idee der Moral und die ideale Normidee der Sittlichkeit untersucht.

Zusammenfassend kann man daher feststellen:

1. Zwischen der Jurisprudenz (Rechtswissenschaft) im engeren Sinn und der Ethik besteht kein direkter Zusammenhang. Alle für die einzelnen Rechtswissenschaften nötigen und brauchbaren Erkenntnisse

der Ethik werden durch die Rechtsphilosophie erarbeitet und den einzelnen Rechtswissenschaften zur Verfügung gestellt.

2. Zwischen der Jurisprudenz im weitesten Sinn des Wortes (also einschließlich der Rechtsphilosophie), einfacher gesagt: zwischen der Rechtsphilosophie und der Ethik besteht eine lebendige, dauernde Verbindung, da die Rechtsphilosophie die Ergebnisse der Ethik fortwährend bearbeiten muss, ebenso wie auch die Ethik die Ergebnisse der Rechtsphilosophie zu bearbeiten und zu beachten verpflichtet ist.

## § 4. Methode der Rechtsphilosophie

**I.** Jede wissenschaftliche Methode wächst und entsteht erst bei der Bearbeitung des zu erkennenden „Gegenstandes“, erst durch unaufhörliches Antasten seiner „Flächen“ oder „Seiten“. Die Methode ist keinesfalls – auch nicht im genetischen Sinn – etwas, was *prius* wäre, und „der Gegenstand“, „das Objekt“, „das Material“, „der Stoff“ etwas *posterius*. Gerade das war ein grundlegender Irrtum der Marburger Schule des Neukantianismus, wo die Bedeutung der Noetik (der Gnoseologie oder der Erkenntnistheorie) und der Methodologie bis zum äußersten gesteigert wurde und die Begriffe „Gegenstand“ usw. zu verschwinden begonnen haben.

**II.** Erst im fortschreitenden 20. Jahrhundert beginnt man wieder zum Objekt zurückzukehren. Von neuem wird die Philosophie der antiken und der mittelalterlichen Tradition wiederbelebt (Windelband – Heimsoeth). Besonders dann die moderne kritische Ontologie (und dann die Ontologie des Rechts – die Rechtsontologie) geht, gestützt auf eine subtile und gründliche Untersuchung aller vier Schichten der realen Welt (des anorganischen, des organischen, des seelischen und des geistigen Seins), von der Gesamterfahrung aus, und zwar sowohl von der praktischen als auch von der wissenschaftlichen, einschließlich der philosophischen, und gelangt durch einen Rückschluss von der Wirklichkeit zu den Grundlagen (Hartmann).

**III.** Die ontologischen und noetischen Ausführungen stehen keinesfalls im Widerstreit. Es handelt sich um dieselbe Sache, nur von verschiedenen Seiten gesehen, wenn auch und gerade deshalb, weil die Noetik eine Wissenschaft von den materiellen Bedingungen der Erkenntnis ist, während

die Ontologie eine Wissenschaft vom Sein als solchem, seiner Struktur und seinen Kategorien darstellt. Es ist sinnlos – und das hat besonders klar Kant erkannt – an der Realität der Welt zu zweifeln. Die Welt muss allerdings erkannt werden. Die Ontologie und die Noetik haben dieses Ziel gemeinsam. Ein relativer Unterschied zwischen ihnen besteht nur in der Richtung ihres Interesses. Nur die Verbindung der Ontologie mit der Noetik führt zur besseren Erkenntnis des Seins und seiner Schichten, besonders des geistigen Seins, wohin vor allem das Recht gehört.

**IV.** Entscheidend ist also das „Gegenstandskriterium“ und in seinem Rahmen das „Zweckkriterium“. Es wird sich zeigen, dass das Recht ein komplexes Gebilde ist, welches alle Schichten der realen Welt berührt, obwohl es wesentlich zum geistigen Sein gehört. Das Recht tendiert, und zwar notwendigerweise, zur idealen Welt, konkret zur Normidee des Rechts. Das ist auch der Grund, warum die Rechtsphilosophie keinesfalls mit einem noetischen, methodologischen Monismus, mit einer einzigen noetischen oder ontologischen Kategorie ausreicht.

Für die Rechtsphilosophie – ebenso wie für die allgemeine Philosophie – ist eine harmonische Zusammenfassung, eine schöpferische Synthese einzelner noetischer und ontologischer Kategorien unbedingt notwendig. Die grundlegendste rechtsphilosophische (philosophische) Methode ist die komplex-dialektische Methode.

Keine andere Wissenschaft bedarf so dringend dieser komplex-dialektischen Methode wie die Philosophie und die Rechtsphilosophie, und zwar nicht nur aus dem eben angeführten Grunde, sondern auch deshalb, dass bei ihnen es sich um die eigentlichen Grundlagen der einzelnen Wissenschaften (Rechtswissenschaften) und um die dialektische Synthese ihrer Ergebnisse handelt.

Es ist also unerlässlich, von der ganzen Fülle der Phänomene (Rechtsphänomene) auszugehen, auf sie fortwährend Rücksicht zu nehmen und deren genaue Untersuchung mit Hilfe des Gedankens vom stufenförmigen Aufbau der realen Welt und ihrer Beziehung zur idealen Welt vorzunehmen. Alles das in eine ontologische, noetische und axiologische Synthese zusammenzufassen, ist die Hauptaufgabe der Philosophie und der Rechtsphilosophie. Dabei handelt es sich keineswegs

um einen noetischen bzw. methodologischen Synkretismus. Im Gegenteil die einzelnen (ontologischen und noetischen) Kategorien, wie besonders die Kategorien der Zeit, des Raumes, der Kausalität, des Zusammenwirkens, die Kategorien der Normativität und der Teleologie, sind sorgfältig herauszuarbeiten. Erst dann ist die dialektische Synthese durchzuführen. Das Zusammenfügen aller aus verschiedenen Erkenntnissystemen gewonnenen Erkenntnisse zu einer großen Einheit, das ist der dialektische Zutritt zur Sache. Nur wenn ein Widerspruch in den Phänomenen selbst liegt, dann kann und muss man mit der zweiten Funktion der Dialektik, d. h. der Lehre von den Widersprüchen (These oder Positio – Antithese oder Negatio – Synthese oder Negatio negationis usw.) arbeiten.

## **§ 5. Zur vorläufigen Orientation über den Begriff des Rechts**

I. Um klar zu begreifen, was die Rechtsphilosophie ist, muss man sich auch mit dem Begriff des Rechts befassen, da Rechtsphilosophie ein zusammengesetzter Termin ist, in dem das Grundwort (Philosophie) das Wesen und die Gattung, das Bestimmungswort („Recht“) die *differentia specifica* der bezüglichen Gattung bezeichnet. Das ist freilich eine Aufgabe, die den Inhalt des ganzen Systems der Rechtsphilosophie bildet. Hier wollen wir vorläufig nur kurz uns über die begriffliche Bestimmung des Rechts orientieren.

Zuerst scheint es zweckmäßig zu sagen, dass man zwischen dem Begriff des Rechts, dem Wesen des Rechts und der Rechtsidee (der realen Idee des Rechts und der idealen Normidee des Rechts) unterscheiden muss.

Das Wesen des Rechts ist der eigentliche Kern des Phänomens des Rechts; es ist das, „*was einem Gegenstand (sc. dem Phänomen des Rechts) notwendigerweise zukommen muss, wenn er ein Gegenstand dieser Art soll sein können*“ (Edmund Husserl); es handelt sich dabei in erster Linie um die Frage, ob das Phänomen des Rechts in die Welt der Realität oder in die Welt der Idealität gehört, um die Erkenntnis dieser beiden Welten und ihrer Beziehung, bei welcher der Mensch als Subjekt und Person der einzige Vermittler ist. Ferner handelt es sich dabei um die genaue Bestimmung

des Ortes innerhalb der realen Welt (für den Fall, dass das Recht in die reale Welt gehört), d. h. in welche Schicht oder Schichten des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt das Rechtliche gehört. Es ist auch notwendig, die für diese Schicht (Schichten) adäquaten Kategorien zu bestimmen. Endlich muss man die Beziehungen der realen Seinsschichten und deren Kategorien zur Welt der Idealität, insbesondere zur Normidee des Rechts klären.

Die ideale Normidee des Rechts ist die Quintessenz des rechtlichen Gedankens überhaupt; sie ist das reine Sollen (sc. rechtliches Sollen) an sich; sie beinhaltet das, wozu alle „positiven“ Rechtsordnungen letztlich tendieren und tendieren müssen, um überhaupt als Rechtsordnungen hervortreten zu können; sie ist das verbindende Element und Richtpunkt aller „positiven“ Rechtsordnungen aller Zeiten. Dieser eigentlichste und reinsten rechtliche Gedanke tritt als Normidee des Rechts hervor und steht in einer Reihe mit den Normideen der Sittlichkeit, des Schönen, der Wahrheit und der Richtigkeit. Die Normidee des Rechts ist nicht identisch mit der realen Idee des Rechts.

Die reale Idee des Rechts ist das, was der Normidee des Rechts, die ein Bestandteil der idealen Welt ist, in der realen Welt entspricht. Sie ist ein reales Gebilde, gehört in das geistige Sein, und zählt zur obersten Schicht der realen Welt.

**II.** Wenn man jetzt zum Begriff des Rechts kommt, ist es wieder nötig sich zu vergegenwärtigen, dass man bei der begrifflichen Bestimmung des Rechts von der deskriptiven Methode der Bestimmung der Ebene der Mitte der Phänomene zwischen dem naiven und dem wissenschaftlichen Begreifen und Erkennen des Rechts, besonders auch von der philosophischen Erfahrung des Rechts, also von der Gesamterfahrung ausgehen muss. Das ist ein grundlegender methodologischer Wegweiser, den besonders die moderne kritische Ontologie präzisiert hatte.

So kommt man zur folgenden begrifflichen Bestimmung des Rechts:

Das Recht ist ein Inbegriff und ein Stufenbau von Normen - und auch diesbezüglichen Handlungen - die von der Grundnorm abgeleitet sind, welche im objektiven Rechtsgeist (im Rechtsbewusstsein des Volkes der Gemeinschaft einschließlich der wissenschaftlichen Weltanschauung)

verankert ist und zur Gerechtigkeit, Freiheit des konkreten Menschen, Sicherheit und Zweckmäßigkeit hinzielt, von Normen, welche im Durchschnitt mit dem organisierten Zwang und der Faktizität ausgestattet sind und einen bedeutenden Teil der Verhältnisse in der Gemeinschaft in relativ dauernder Weise regeln.

**III. Das Recht ist also:**

1. Ein Inbegriff von Normen. Die Norm ist eine Bestimmung der Pflicht zu etwas und zugleich auch ein normatives Bewertungsurteil. Man darf nicht den Terminus „Norm“ nur auf die wichtigere Festlegung einer Pflicht zu etwas begrenzen; schon Wilhelm Wundt hat erkannt, dass auch untergeordnete Vorschriften den Charakter der Normen aufweisen. Es ist auch nicht richtig, im Recht einen Inbegriff von nur generellen Normen zu sehen, sondern in diesen Stufenbau der Rechtsnormen gehören auch die individuellen (oder konkreten) Normen. Während also die Norm eine Festsetzung der Pflicht zu etwas und zugleich ein Wertmaßstab ist, ist die Rechtsnorm diejenige Norm, die in den stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung einreihbar ist.
2. Das Recht (die Rechtsordnung) ist kein bloßes Konglomerat einzelner Normen ohne Zusammenhang, sondern das Recht als ein Ganzes ist ein Inbegriff, ein System, eine Einheit. Es geht daher um ein Ganzes von wechselseitig zusammenhängender Vielheit von Normen, von normativen Urteilen; in einer Rechtsordnung kann nicht gleichzeitig eine Norm „A soll sein“ und eine Norm „Non-A soll sein“ gelten. Das Problem der Einheit des Rechts wird mit Hilfe der Konstruktion vom stufenförmigen Aufbau des Rechts (der Rechtsordnung) gelöst. Jede niedere Rechtsnorm muss sich, um gültig zu sein, im Rahmen der diesbezüglichen höheren Rechtsnorm bewegen. Eines der Grundprinzipien, welches die Einheit der Rechtsordnung garantiert, ist der Grundsatz, dass die spätere Rechtsnorm alle Rechtsnormen derselben oder niederen rechtlichen Relevanz, die ihr widersprechen, derogiert (*lex posterior derogat priori*). Das ist keine bloß positiv rechtliche Bestimmung, sondern dieser Grundsatz drückt eine ontologische Notwendigkeit

aus, da die Rechtsordnung etwas Lebendiges ist und das Leben eines solchen Normenkomplexes zu negieren, würde bedeuten, sein eigenes Wesen zu negieren.

**III.** Die Funktion der Grundnorm soll die Einheit der Disziplin bestimmen und nach Meinung von Edmund Husserl in alle normativen Sätze derselben Disziplin den Gedanken der Normierung hineinbringen. Die Konstruktion der Grundnorm ist für den positiven Juristen zwar keinesfalls notwendig, aber doch zweckmäßig. Für den Rechtsphilosophen ist es unbedingt notwendig, diese Grundnorm irgendwo zu verankern. Diese Grundnorm, die weder eine Hypothese noch eine Fiktion, sondern ein bloßes Hilfsmittel darstellt, ragt in der Welt nicht isoliert als eine künstliche Spitze des hierarchischen Aufbaues der Rechtsordnung, sondern ist eine „Abkürzung“, die *in nucleo* den ganzen positiv-rechtlichen Aufbau der Rechtsnormen einschließlich aller Schichten des Völkerrechts und aller Rechtsordnungen einzelner Staaten enthält, die logische Einheit dieses ganzen Systems „garantiert“ und im objektiven Rechtsgeist verankert ist, der letztlich zur Normidee des Rechts tendiert, wo erst jene echte und letzte Quelle des Sollens, der reinen Normativität verborgen ist. Gerade in dieser Verankerung der Grundnorm im objektiven Rechtsgeist mit der realen Idee des Rechts und letztlich in der Normidee des Rechts löst sich die ganze scheinbar unlösbare Problematik der Positivität des Rechts als einer gewissen Realität oder Faktizität und des rechtlichen Sollens.

**IV.** Der organisierte Zwang ist ein essenzieller Bestandteil des Rechts als eines Ganzen und im Durchschnitt, nicht aber jeder einzelnen Rechtsnorm. Dasselbe gilt auch von der Faktizität des Rechts. Auch hier gehört die Faktizität des Rechts als eines Ganzen und im Durchschnitt zum Wesen des Rechts. Auch hier muss man zwischen der Faktizität des Rechts als eines Ganzen und der Faktizität der einzelnen Rechtsnorm streng unterscheiden.

**V.** Das Recht bedeutet nicht nur ein großes System der bestehenden Normen, sondern auch ein großes System der sich an diese Normen knüpfenden menschlichen Handlungen (Julius Moór). Auch in diesen Gedanken ist die dialektisch-komplexe Natur des Rechts ausgedrückt, nämlich die Tatsache, dass das Recht als Phänomen in alle Schichten des

stufenförmigen Aufbaues der realen Welt gehört. Zum Begriff des Rechts sind daher zwei Bestandteile nötig: das Normensystem und das sich daran schließende System der menschlichen Handlungen.

**VI.** In den Begriff des Rechts gehört auch die Tatsache, dass das Recht einen bedeutenden Teil der Verhältnisse in der Gemeinschaft in relativ dauernder Weise regeln muss.

**VII.** Schließlich gehört zum Begriff des Rechts auch, dass die Rechtsordnung im objektivem Rechtsgeist (im Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Gemeinschaft einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung) verankert ist, und so zur realen Idee des Rechts und zur idealen Normidee des Rechts tendiert und notwendig tendieren muss. Solche Tendenz zu den Gedanken der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen, der Sicherheit und der Zweckmäßigkeit gehört zum Wesen und daher auch zum Begriff des Rechts.



# Zweiter Teil:

## Die grundlegenden Ausgangspunkte

### § 6. Die optimistische Welteinstellung und die reale Idee der Willensfreiheit als Ausgangspunkt

I. Nur eine optimistische Welteinstellung ist die einzige sinnvolle Voraussetzung der philosophischen und jeder anderen Wissenschaft und des konkreten Lebens eines jeden Menschen. Ohne Optimismus ist jede und besonders wissenschaftliche Tätigkeit widersinnig. Die Tendenz des Menschen zur Vollkommenheit, sein Streben nach den Normideen, ist Voraussetzung der philosophischen und daher auch der rechtsphilosophischen Wissenschaft. Es gibt dem Denken des strebenden Menschen Grundtendenz und Triebkraft. Wissenschaft, Kunst und alle Tätigkeiten des Menschen sind in ihren Erscheinungsformen Beweise des Optimismus des Menschen, der erkennen und gestalten will. Die optimistische Welteinstellung besteht in der Überzeugung, dass nicht nur der einzelne Mensch regelmäßig zur Idealität strebt und sich auf dem unendlichen Weg zur Vollkommenheit, d. h. zur Erreichung der Normideen befindet, sondern, in geschichtlicher Sicht, überhaupt die ganze Menschheit.

Demgegenüber bedeutet der Pessimismus in geschichtlicher Sicht im Voraus die Proklamation, dass alles, was der Mensch tut, sinnlos sei. Das ist eine Grundhaltung, die in absolutem Gegensatz zur Wissenschaft steht.

Es ist irrelevant, dass es nicht möglich ist, durch ein Studium der Phänomene festzustellen, ob sich die Menschheit auf dem Wege zu den Normideen bewegt. Hier handelt es sich nicht um eine Frage des Studiums der Phänomene, sondern um die fundamentalste Voraussetzung jeder Wissenschaft und jeder menschlichen Tätigkeit.

Die immerwährende Tendenz zur Vollkommenheit finden wir nicht nur in der Platonischen Utopie, sondern auch in der, auf dem sehr nüchtern realistischen Boden gewachsenen Vertragstheorie von Epikur, sowie auch bei Aurelius Augustinus, in Herders Idee eines universalen Entfaltungsprozesses, in Kants Idee des moralischen Endzweckes und in den spekulativen Systemen des deutschen Idealismus des ersten Drittels des 19. Jahrhunderts (Fichte, Schelling, Hegel). Aber auch der materialistischen Geschichtsauffassung liegt der optimistische Zug der Tendenz zur Vollkommenheit zugrunde.

**II.** In dieser fundamentalsten und zugleich notwendigen Voraussetzung der immanenten Tendenz des Menschen, der Menschheit zur Vollkommenheit, zu den Normideen, ist auch die Freiheit des Willens verankert.

Ist der Wille des Menschen frei? Ist es wahr, dass die Fähigkeit zum Guten und Bösen nur ein Mensch mit freiem Willen haben kann? Ist es wahr, dass das Sollen, die Pflicht, die Norm, die Schuld, die Verantwortung und Zurechenbarkeit die Willensfreiheit unbedingt voraussetzen? Ist es wahr, dass erst die Willensfreiheit die Initiative des Menschen ermöglicht, sich über blindes Naturgeschehen zu erheben? Offensichtlich stehen wir vor der ersten Grundfrage: Ist es wirklich wahr, dass die Frage der Willensfreiheit präjudizielle Bedeutung überhaupt hat, da im verneinenden Fall der Sinn des Menschlichen Lebens negiert wäre? Diese Grundfrage beantworten die einen im bejahenden, die anderen im negativen Sinn; die dritten schließlich meinen, dass dem Begriff der Willensfreiheit in Wirklichkeit nichts entspricht, aber dass es für die Praxis um eine höchst notwendige Fiktion geht.

Die zweite Grundfrage, bzw. Aufgabe, besteht in der Notwendigkeit, den Inhalt des Begriffes der Willensfreiheit möglichst genau zu bestimmen. Was alles bedeutet die Willensfreiheit? Freiheit des Willens im Verhältnis zur Freiheit der Handlung, Freiheit des Willens zur „äußeren“ und „inneren“ Freiheit, Freiheit des Willens im Vergleich zur rechtlichen Freiheit und vor allem Freiheit des Willens in Beziehung zum Kausalgesetz, Freiheit des Willens in seiner Beziehung zur teleologischen Bestimmung alles Geschehens im Weltall, Freiheit des Willens im Verhältnis zur göttlichen Allwissenheit, Voraussehbarkeit und Allmacht und Freiheit des Willens

im Verhältnis zu Normideen (Ideen, Werten, Normen, Pflichten) – das alles steht im Vordergrund eines dringlichen Interesses.

Die dritte Grundfrage ist die Frage der Lösung des Verhältnisses der Willensfreiheit speziell zum Kausalgesetz, welches – wie es scheint – die ganze reale Welt beherrscht. Im modernen Zeitalter sieht man gerade in dieser Grundfrage den Kern der ganzen Problematik.

Die vierte Grundfrage ist die Frage der Lösung des Verhältnisses der Willensfreiheit zu den Normideen, Werten, zur Welt der Idealität, zur Welt des reinen Sollens.

**III.** Die erste Grundfrage, d. h. nach der grundlegenden, präjudiziellen Bedeutung der Willensfreiheit, habe ich in bejahender Weise beantwortet. Es genügt hier festzustellen, dass das Sollen, die Pflicht, die Norm, die Verantwortung, die Zurechenbarkeit und auch die Schuld in einer restlos durch die Kausalgesetzlichkeit beherrschten Welt unmöglich und daher undenkbar sind. Dem ist so nicht nur bei Pflichten, Normen, bei der Verantwortung und Schuld im moralischen, sondern auch im rechtlichen Sinn. Letzten Endes muss auch das Recht im personalen und objektiven Geist (Rechtsgeist) verankert sein, und damit – durch die Vermittlung des Menschen als Subjekt und Person – in den Normideen, besonders in der Normidee des Rechts und in der höchsten Normidee überhaupt, in der Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit).

**IV.** Die zweite Grundfrage, d. h. nach der Bestimmung des Inhaltes des Begriffs der Willensfreiheit ist folgendermaßen zu lösen (Nicolai Hartmann):

Negativ betrachtet, deckt sich die Willensfreiheit nicht mit der Handlungsfreiheit. Die Handlungsfreiheit betrifft nur die Durchführung des Willens, nicht die Richtungsangabe selbst, ist daher nicht Freiheit des Willens selbst, sondern nur Freiheit der Verwirklichung des Willens.

Ebenso deckt sich nicht die Willensfreiheit mit der „äußeren Freiheit“, wobei gemeint ist, frei vom Gang des äußeren Geschehens, von Umständen, Situationen und realen Möglichkeiten zu sein. Die Willensfreiheit kann sich nur im Rahmen des real Gegebenen und über dieser Grundlage befinden.

Die Willensfreiheit darf aber auch nicht mit der „inneren Freiheit“ identifiziert werden. Bei dieser „inneren Freiheit“ handelt es sich um eine Art der Abhängigkeit von Empfindungen, Motiven, Affekten und von seelischen Möglichkeiten jeder Art (der psychologische Begriff der Willensfreiheit). Das innere Geschehen ist auch auf seine Art determiniert und diese innere Situation ist in jedem Augenblick gegeben und jeder wirkliche Wille fließt aus ihr. Nur an ein Wollen in solcher inneren Situation und an das, was durch dieses Wollen bestimmt ist, denkt man und der Mensch muss mit solcher Situation rechnen. Aber er soll diese innere Situation, ebenso wie die äußere beherrschen, er soll in ihr Schöpfer sein. Seine Freiheit kann daher nur in der Tatsache bestehen, dass neben ihr der Mensch noch andere Determinanten hat, welche er aus sich selbst in die innere Situation, ebenso wie in die äußere hineinträgt, aus sich selbst auf die Schale der Alternative, in die er innerlich und äußerlich hineingestellt ist, hineinwirft.

Daraus fließt es und damit kommt man teilweise schon zur positiven Festlegung des Begriffs der Willensfreiheit – dass die Willensfreiheit in einem besonderen positiven Bestimmtheitsein in der Determination des eigenen Willens selbst, in der Autonomie des Willens besteht.

Die Willensfreiheit ist auch nicht Freiheit des Dürfens, und nicht rechtliche Freiheit, sondern des Könnens. Die Willensfreiheit beginnt erst mit der Fähigkeit, Grenzen des Erlaubten zu überschreiten.

In moderner Zeit versteht man unter der Willensfreiheit die Freiheit vom kausalen Gesetz, auch wenn in dieser Feststellung nur die Hälfte des Kerns der ganzen Problematik besteht.

Unter Willensfreiheit versteht man ferner – und das ist die zweite Hälfte der Problematik – die Freiheit den Werten, Ideen, Pflichten und letzten Endes den Normideen gegenüber. Die Schlüsselfrage sehen wir weder in der Willensfreiheit von dem teleologischen Bestimmtheitsein alles Geschehens im Weltall, noch in der Willensfreiheit der göttlichen Allwissenheit, Vorsehung und Allmacht gegenüber. Wir begrenzen uns nur auf die Problematik des Verhältnisses der Willensfreiheit zum kausalen Gesetz einerseits und zu den Ideen und Normideen andererseits.

**V.** Der kausale Determinismus lässt ohne Begrenzung die Kategorie der Kausalität nicht nur in der Seinsschicht der anorganischen Natur, sondern auch in der Seinsschicht der organischen Natur gelten, ja sogar die Kausalität kommt auch in den Seinsschichten des seelischen und des geistigen Seins in Betracht.

Gegen diese Auffassung des kausalen Determinismus ist es zwar möglich mit Hinweis auf einige Darsteller der Quantentheorie, wie z. B. W. Heisenberg, A. Eddington, A. Welzel, so zu argumentieren, dass es sich bei der Kausalität um keine vollkommene Determinierung (im Sinne: wenn A, so absolut notwendig B), sondern bloß um eine Wahrscheinlichkeit handelt, dass nach dem Tatbestand A der Tatbestand B folgen wird, und dass es möglich ist, dass in den elementaren Naturprozessen einige Plätze der Freiheit existieren, wo eben die Willensfreiheit sich geltend machen kann. Nach Ansicht von Max Planck z. B. hat das Kausalgesetz in seiner Anwendung auch auf die Welt der Atome definitiv versagt. Man kann auch mit Lichtenberg (1742-1799) sagen, dass wir mit weit mehrerer Deutlichkeit wissen, dass unser Wille frei ist, als dass alles, was geschieht, eine Ursache haben muss.

Aufgrund dieser Ausführungen könnten wir vielleicht die Meinung vertreten, dass das Hindernis, das im Kausalprinzip steckt, beseitigt ist. Das Kausalprinzip und der ganze Kausal determinismus könnten dann nicht bedeuten, dass hier eine Welt der Notwendigkeit, eine Welt des absoluten, exakten, unbedingten Zusammenhangs zwischen der Ursache und Folge besteht, dass der Satz „Wenn A, so ist (folgt) B“ keinesfalls bedeutet, dass notwendig B nach A folgen muss, sondern dass es sich bloß um ein Erkenntnisinstrument handelt, in der Kausalität aber man kein Prinzip erblicken kann, dass mit absoluter Notwendigkeit alles, was von dieser Welt ist, unbedingt nacheinander folgt und keine Ausnahme und daher auch nicht die Willensfreiheit zulässt.

Bei gründlicherer Untersuchung zeigt es sich aber, dass eine Leugnung der allgemeinen Geltung des Kausalprinzips auch für die anorganische und organische Natur im Gegenteil die Leugnung der Willensfreiheit selbst bedeuten würde. Die Willensfreiheit bedeutet nämlich auch, dass der Mensch für seinen festgesetzten Zweck die Kausalität auszunützen

imstande ist, und zwar so, dass er zuerst in seinen Gedanken das Endziel festlegt und von diesem Zweck aus die Mittel rückwärts determiniert; danach aber nimmt der Finalnexus kausale Form an; in der Realisation des Zweckes funktionieren die Mittel als Ursachen, der Zweck als Wirkung (Hartmann). Darin spiegelt sich deutlich das kategoriale Grundgesetz: der Finalnexus (der teleologische Nexus) ist vom Kausalnexus abhängig, er kann nur einsetzen, wo dieser schon besteht. *„Ein aktives Wollen und Handeln, dessen kategoriale Struktur eben eine finale ist, wird überhaupt erst möglich in einer Welt, welche durchgehend kausal determiniert ist.“* *„Die rückläufige Determination (das zweite Glied im Finalnexus) hat also die rechtläufige Kausaldetermination zur Voraussetzung; sie hat vorsehend diese schon im Auge. Die Selektion der Mittel in ihr ist schon von Hause aus eine Selektion der Ursachen – nämlich der Ursachen einer gewollten (bezweckten) Handlung.“* Ein freier Wille mit finaler Wirkungsweise ist überhaupt nur in einer kausal determinierten Welt möglich.

Und gerade Nicolai Hartmann hat auf Grundlage seiner kritischen Ontologie kennengelernt, dass der Kausalnexus gar nicht im antithetischen Verhältnis zum freien Willen steht. Der Kausalnexus ist kein Hindernis, sondern positive Vorbedingung. Er ist der niedere Determinationstypus, über dem allein sich der höhere erheben kann. In einer nicht durchgehend kausal determinierten Welt ist nicht nur die Teleologie des *„freien Willens, sondern überhaupt alle Teleologie – einerlei ob die einer göttlich absoluten, oder die einer menschlich beschränkten Vorsehung – eine Unmöglichkeit.“*

Der Kausalnexus ist zwar notwendige Bedingung für den Finalnexus, aber bloß materiale Bedingung. Der Kausalnexus steht der Zwecksetzung jederzeit offen und fügt sich ihr widerstandslos, soweit sie die in ihm gegebenen Ursachenkomplexe als Mittel zu „benutzen“ versteht (Hartmann).

Man sieht also, dass es doch nötig ist, von dem Begreifen der Kausalität als einer notwendigen, keine Ausnahmen zulassenden Verkettung von Ursachen und Folgen auszugehen. Das Problem der Willensfreiheit erscheint – ohne Beeinträchtigung seiner grundlegenden Bedeutung für den Sinn des menschlichen Lebens überhaupt – als ein Teilproblem der breiteren und zentralen Problematik des Verhältnisses der Dependenz und Autonomie, wie dieses Verhältnis immer von neuem auf jeder

Seinsschicht des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt auftaucht. Der zentrale Punkt ist der Gedanke und die Tatsache, dass wir nur mit der Selbständigkeit in der Abhängigkeit zu tun haben. Die höheren Kategorien, d. h. die in höheren Seinsschichten dominant sind, sind zwar durch die niederen Kategorien, entweder der Materie nach oder nur was ihr Fundament betrifft, bedingt und daher die schwächeren sind, aber sie sind in ihren höheren Schichten in ihrem Novum den niederen Kategorien gegenüber „frei“; sie sind autonom. Ihren Spielraum der Freiheit haben sie nicht in dem „Niedereren“, sondern „über“ ihm.

Es handelt sich um die kategoriale Freiheit des Höheren; es geht um die Independenz in der Dependenz; es geht darum, dass in dem stufenförmigen Aufbau der realen Schichten der Welt eine strukturelle Übermacht dessen existiert, was Höheres ist, aber dem, was Niederes und für sein Gebiet auch Stärkeres ist. Bei jeder Seinsschicht bleibt immer ein Raum der Freiheit für die höhere Formung „über“ der niederen Schicht. Dieser Raum der Freiheit ist ein freies Feld der kategorial möglichen Autonomie der höheren Seinsschicht. In diesem kategorialen Überrest, in diesem Novum des Höheren besteht das kategoriale Moment der Freiheit. Der Geist gewinnt in solcher Weise eine Macht über gewisse Naturkräfte seiner Umgebung dadurch, dass er lernt, ihre eigene Gesetzmäßigkeit zu begreifen, akkomodiert sich hier und nützt sie aus.

Die Willensfreiheit des Menschen ist nur dann möglich, wenn die Autonomie des höheren Gebildes, der höheren Seinsschicht, der Determination des niederen Gebildes, der niederen Seinsschicht gegenüber existiert. Die Willensfreiheit hängt vor allem von dem kategorialen Verhältnis der Dependenz und der Autonomie, wie es von einer Schicht zur anderen wiederkehrt. Wir haben mit der Schichtung von Determination-Typen zu tun. In jeder Seinsschicht gibt es eine entscheidende Determination, aber in jeder Seinsschicht eine andere. Die niedere Determination ist zwar die stärkere, aber nur als ein untergeordnetes Moment, das als Material durch einen höheren Nexus überformt ist, welches ein kategoriales Novum darstellt und als Novum der niederen Determination gegenüber „frei“ ist.

Die Unverbrüchlichkeit des Kausalnexus bedeutet keineswegs, dass das, was in ihn eingeht, schon vorausbestimmt ist und dass der Prozess

sich nicht lenken lässt. Sobald eine neue Komponente in den Zusammenhang des Kausalnexus eingeht, muss sich seine Gesamtwirkung ändern. Der Kausalnexus leistet keinen Widerstand, dass eine neue Komponente in ihn eingehe, und ist zu ihrem Ursprung gleichgültig.

Die Willensfreiheit als spezielles Beispiel der kategorialen Freiheit ist Autonomie in der Determination gewisser personaler Akte „über“ der Determination der seelischen Prozesse. Jede reale, vom Willen ausgehende Determination hat die Form des Finalnexus, des teleologischen Nexus. Dieser Nexus formt den Kausalnexus über. Die Willensfreiheit kann nicht ohne Zwecktätigkeit bestehen. Die Willensfreiheit bedeutet daher vor allem Autonomie den niederen Determinationen und daher auch der kausalen Determination gegenüber, insofern sie den Willen mitbestimmen. Die Form dieser ersten Autonomie ist die der positiven Freiheit.

**VI.** In der Willensfreiheit haben wir nicht nur mit dieser ersten Autonomie zu tun. Die Willensfreiheit stellt ein komplexes Verhältnis von insgesamt drei Autonomien dar. Jetzt wird es um die zweite Autonomie, d. h. um eine Autonomie dem Sollen gegenüber gehen, ohne Unterschied, ob es sich um ein primär abgeleitetes Sollen der realen Ideen oder um sekundär abgeleitetes Sollen der realen Ideen oder um sekundär abgeleitetes Sollen von Rechtsnormen bzw. Moralnormen, oder in letzter Instanz um ein reines Sollen der Normideen (besonders der Normidee des Rechts und der Normidee der Sittlichkeit) handelt.

Es geht um die vierte Grundfrage: um das Verhältnis des Willens zum Sollen, zum abgeleiteten und zum reinen Sollen.

Die Freiheit des Willens muss nicht nur Freiheit des Kausalnexus der Naturgesetzlichkeit gegenüber (die sog. positive Freiheit), sondern kann auch die Freiheit den Normideen, Ideen, Normen, reinen und abgeleiteten Pflichten gegenüber bedeuten (die sog. negative Freiheit). Der Wille muss einen Freiheitsraum gerade diesen Prinzipien gegenüber besitzen, durch welche er bestimmt sein soll, um moralischer und rechtlicher Wille zu sein.

Neben der kausalen Naturgesetzlichkeit existiert also noch eine weitere Gesetzlichkeit, eine weitere Determination – Gesetzlichkeit und Determination durch das Sollen der Normideen, Ideen und Normen

(zf. Hartmann). Diese Determination bestimmt den realen Willen, der sich dieser Determination nur unvollkommen unterwirft, da die Gesetzlichkeit des Sollens keine Unzerbrechlichkeit des Kausalen kennt; die Person ist fähig, sich gegen die Gesetzlichkeit des Sollens zu stellen, gegen das Sollen zu handeln. Diese Determination ist grundsätzlich eine andere als die kausale Determination; sie gilt nicht ausnahmslos, sie bestimmt nicht mit absoluter Notwendigkeit. Der Mensch kann, muss aber nicht nach dem kategorischen reinen Sollen der Normideen, ebenso wie nach deren Abglanz, nach dem abgeleiteten Sollen der Ideen und Normen, nach den verschiedensten Pflichten handeln.

Der Mensch als Subjekt und Person mit seinem „*organ du cœur*“ ist daher im Verhältnis zu diesen Pflichten frei. Das ist nur so möglich, dass der Mensch noch eine dritte Art von Determination in sich aufbewahrt, die er von sich aus auf die Waage der moralischen und auch der rechtlichen Wirklichkeit wirft. Es handelt sich um die personale Determinante, von welcher wesentlich die Willensfreiheit abhängt. Der Wille ist nur insofern überkausal determiniert, er steht unter dem Sollen, unter den Pflichten, wenn er neben diesem Sollen (Pflichten) auch durch eigene, personale Determinante bestimmt ist. Hier geht es um „Freiheit über dem Gesetz“.

Erst auf der Grundlage der personalen Willensentscheidung der realen Person (des Menschen) können die Normideen, Ideen, Normen, Pflichten Determinante der Person sein. Nur der Mensch mit seinem Gefühl für das Sollen und mit seiner Zwecktätigkeit ist ein Vermittler zwischen den Normideen und der realen Welt und ist Vollstrecker deren Sollens in der realen Welt.

**VII.** Die Phänomene der Verantwortung, der Zurechenbarkeit, des Bewusstseins der Schuld, des Gewissensvorwurfes, der Verzweiflung des gewissenhaft Suchenden zwischen Alternativen, wie zu entscheiden, wenn diese oder jene Entscheidung den Schmerz des anderen zur Folge haben würde, das alles ist ein empirischer und triftiger Grund, dass es die Willensfreiheit des Menschen als eine reale Macht gibt. Es existiert ein Urerlebnis des Sollens, ein Urerlebnis des kategorischen Imperativs (besser ausgedrückt der kategorischen Pflicht) und wie Untersuchungen

zeigen, die Immanuel Kant und nach ihm eine Reihe weiterer Denker durchführten, wie Hermann Ullrich oder Paul Deussen oder Rudolf Laun, und wie die phänomenologischen Untersuchungen beweisen, kann man nicht bestreiten, dass wir Erlebnisse einer Nötigung besitzen, in denen von Seite des eigenen Ich her der Charakter des Sollens erteilt wird, Erlebnisse, in denen wir uns als Menschen der Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung mit dem, was uns das betreffende Handeln durchzuführen oder es zu unterlassen, befiehlt, bewusst sind. Im Erlebnis der autonomen Nötigung fühlen wir uns als befreit von (äußeren und inneren) Einflüssen und unser Handeln erscheint uns als Erfüllung einer Pflicht. Das autonome Erlebnis des Sollens ist letzte Urgegebenheit, kardinaler Punkt, ist das, was dem menschlichen Leben Sinn und Fülle gibt. Dabei darf man nicht vergessen, dass diese Urerlebnisse ein empirischer Ausdruck der Normideen sind, die das reine Sollen enthalten. Das „typisch Menschliche“ ist das Urerlebnis der Pflicht, des Sollens. Dieses Urerlebnis hat nur der Mensch. Gerade das, als zweite Determinante, sowie auch seine Fähigkeit, das Sollen der Normideen zu befolgen oder nicht, als seine dritte Determinante, ist gerade das spezifisch Menschliche; es ist das, wodurch sich der Mensch von anderen Geschöpfen unterscheidet und über die biologische Sphäre erhebt.

Der Mensch lebt in der Gesellschaft, lebt mit einer Reihe von erlebten „Werten“, „Ideen“, Pflichten umgeben. Es handelt sich um reale „Werte“, „Ideen“, Pflichten, wie sie sich durch lange Entwicklung in der Gesellschaft, in welcher der Mensch lebt, gebildet hatten. Alle diese Pflichten, unter denen der handelnde Mensch steht, weisen den Menschen gegenüber gewisse Nötigung auf; der Mensch muss sich mit ihnen täglich irgendwie auseinandersetzen. Der Mensch lebt nicht nur im objektivierten Geist, bzw. Rechtsgeist (in der Rechtsordnung), sondern auch im objektiven Geist (Rechtsgeist) und dort findet er das abgeleitete Sollen, die abgeleiteten Pflichten, moralischer und rechtlicher Provenienz. Psychologisch gesehen handelt der Mensch immer nach dem Prinzip des Qualminimums. Für den Einen aber bedeutet dieses Prinzip, nach dem absoluten Sollen der Normideen oder nach dem abgeleiteten Sollen der realen Normen zu handeln und vielleicht sein eigenes Leben für die Rettung des Lebens des Anderen

einzusetzen, auch wenn die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs ihm minimal erscheint und auch ist. Das Handeln eines Menschen, der sein Leben opfert, um das Leben des Kindes zu retten, geht hinter die biologische Sphäre. Wenn der Mensch diese Pflichten erfüllt, handelt es sich um einen, im moralischen oder rechtlichen Sinn richtig handelnden Menschen.

Alles dieses primär oder sekundär abgeleitete Sollen stammt von den Normideen ab, wo das Sollen rein und absolut ist, keinesfalls bloß formal, sondern es hat einen Inhalt der in Frage kommenden Normideen.

Der ganze Prozess der Kultur ist nichts anderes als Erfüllung oder Verletzung von Pflichten. Immer geht es um Versuche, die von neuem unternommen werden, das im Unendlichen liegende Ziel, nämlich die Normideen zu erreichen und mit ihnen zusammenzufießen. Gerade dies von neuem unternommenen Versuche nähern die Menschheit – trotz mancher Rückschläge immer um einen Schritt höher und näher zu reinem Sollen der Normideen, wenn auch die Erreichung dieser im Unendlichen liegt. Diese immer sich wiederholenden Versuche, wie sie durch die Geschichte der Menschheit und ihrer Kulturen gehen, stellen jene dauernde Spannung vor, jenes Bemühen, jene ewige Tendenz, die der Menschheit den Fortschritt ermöglicht. Die Gegebenheit von Normideen und das Vermögen des Menschen, seine Fähigkeit, ihnen zu folgen, oder gegen sie zu handeln, das ist die Willensfreiheit des Menschen und zugleich der Sinn dessen, wodurch und warum wir leben.

## **§ 7. Der Dualismus der realen und der idealen Welt; zur kritischen Ontologie im Allgemeinen**

I. In der optimistischen Welteinstellung und in der realen Willensfreiheit ist der Dualismus der realen und der idealen Welt (des Reiches der Normideen) verankert.

Ich wiederhole: Allem Positiven ist die Beziehung auf die Idee und auf die Normidee und daher auf die ideale Welt immanent. Sie ist die innere Bedingung des Geltens selbst, d. h. des Positiv-Seins (Nicolai Hartmann). Jede geltende Moral, jedes positive Recht, jedes positive Wissen haben die immanent notwendige Tendenz, absolute Sittlichkeit, absolut richtiges

Recht, absolutes Wissen zu sein, oder – anders ausgedrückt – die absolute Höhe der Normidee der Sittlichkeit, der Normidee des Rechtes und der Normidee der Wahrheit und Richtigkeit zu erreichen.

Der Gedanke von der idealen Welt ist eine wesensnotwendige Voraussetzung, besonders aller Wissenschaften. Das Bewusstsein von der idealen Welt ist nur dem Menschen eigen. Aus dieser Vorstellung der idealen Welt ist nur dem Menschen eigen. Aus dieser Vorstellung der idealen Welt entspringt das Sollen, die Pflicht.

**II.** Den stufenförmigen Aufbau der realen Welt hat als erster systematisch und in ganzer Fülle Nicolai Hartmann demonstriert, und zwar aufgrund seiner kritischen Ontologie.

Die moderne kritische Ontologie ist die Wissenschaft vom Seienden im weitesten Sinne des Wortes; sie untersucht nicht nur das anorganische und organische Sein, sondern auch das seelische und geistige Sein. Der Ontologie geht es dabei um fundamentale Aussagen über das Sein als solches. Die Aussagen dieser Art sind nichts anderes als die Kategorien des Seins. In gewissem Maße decken sich die noetischen und ontologischen Kategorien. Die Kategorien haben den Charakter von konstitutiven Prinzipien, unter denen alle spezielleren Aussagen vom Sein stehen.

Die neue, kritische Ontologie geht von der Erfahrung aus, und zwar sowohl der Erfahrung des praktischen Lebens als auch von der wissenschaftlichen Erfahrung. Das Verfahren der neuen Ontologie setzt auch die philosophische (als wissenschaftliche) Erfahrung voraus, nämlich die, welche sich im geschichtlichen Verlauf der menschlichen Gedankenarbeit als eine lange Reihe von Versuchen, Irrtümern und Korrekturen darstellt. Die Summe dieser Gesamterfahrung bildet die Aussageebene des Gegebenen. Die Gesamterfahrung umfasst also nicht nur das naive Wissen von der Welt, das der einzige Ausgangspunkt der Phänomenologie war, sondern auch alle Errungenschaften der Wissenschaft, von denen wieder der Neokantismus ausging.

Nicht nur dieser antispekulative und antimetaphysische Charakter ist für die neue Ontologie maßgebend. Die alte Ontologie war im Wesentlichen nur auf das Sein der „Sachen“ orientiert und daneben an dem Sein der Organismen interessiert. Das geistige Sein wurde von der alten

Ontologie organologisch begriffen und in das Reich der Wesenheiten eingeordnet. Das war der Grund, warum die alte Ontologie das geistige Sein nicht in die reale Welt eingliedern konnte und der irrigen Meinung war, dass der Geist ein zeitloses Dasein führe, dass er ohne Änderung und ohne Individualität sei. Im Gegensatz dazu beweist die neue Ontologie Hartmanns, dass das geistige Sein ein reales Sein ist und dass die Realität keineswegs mit der Materialität identisch ist. Die neue Ontologie zeigt, dass die wirklichen Merkmale der Realität nicht an die Kategorien des Raumes und der Materie gebunden sind, sondern an die Kategorien der Zeit und der Individualität. Die neue Ontologie zeigt, dass der Raum und die Zeit ontologisch nicht gleichwertig sind, sondern dass die Zeit eine fundamentalere Kategorie als der Raum ist. Auch die seelischen und geistigen Prozesse sind in der Zeit. Nur ein Teil des Realen ist räumlich. Alles Reale unterliegt jedoch der Kategorie der Zeit.

Der Weg der neuen Ontologie ist die kategoriale Analyse, ein besonderes Erfahren, das sich weder in der Induktion noch in der Deduktion erschöpft, und bei dem es sich weder um rein aposteriorische noch um rein apriorische Erkenntnis handelt.

Die ontologische Analyse zeigt, dass unsere Welt, unsere reale Welt, nicht in einer einzigen kompakten Schicht des Seins besteht, sondern geschichtet ist.

Die reale Welt ist also ein Aufbau von Seinsschichten, und zwar von der niedrigsten, tragenden Schicht des anorganischen (physisch-materiellen) Seins über die Schicht des organischen Seins, auf welcher wieder die Schicht des seelischen Seins ruht, bis zu der höchsten Schicht der realen Welt, nämlich zur geistigen Schicht. Diese Schichten stehen keineswegs in einem Widerstreit, in einem Gegensatz, sondern sie bilden einen stufenförmigen Aufbau, in welchem die niedere Schicht (Stufe) des Seins das tragende Fundament für die höhere Schicht (Stufe) ist; die höhere Schicht (Stufe) beruht auf der niederen Schicht, ist von ihr abhängig und trotzdem hat sie auch ihre eigene Autonomie.

**III.** Jede Seinsschicht hat ihre eigenen Prinzipien, Gesetze, Kategorien, die nur ihr gehören und durch andere Kategorien nicht ersetzt werden können. Kategorien einer gewissen Seinsschicht können zwar weit in die Schicht

des strukturellen höheren Seins eingreifen, können aber dort nicht Kategorien der bestimmenden Bedeutung sein, welche dieser höheren Schicht adäquat wären. Solche Kategorien, auch wenn sie in die höhere Seinsschicht durchdringen, bilden nur untergeordnete Elemente in der höheren und reicheren Struktur der Seinsschicht. Zwischen einem gewissen „Concretum“ und dessen Kategorien existiert ein Verhältnis fester Zugehörigkeit, in welchem die Kategorien die Rolle einer Determination spielen.

Die höhere Seinsschicht, mit Ausnahme der niedrigsten Schicht des physisch-materiellen Seins, hat ein „aufruhendes Sein“. Es geht um eine durchgängige Abhängigkeit des Höheren von Niederen.

Dem entspricht die Richtung der Dependenz im Kategorienreich: niedrigere Kategorien kehren in den höheren als Elemente wieder, die höheren stehen also in Abhängigkeit von den niederen und können nur überformen oder überbauen. In diesem Sinne sind die niederen Kategorien die stärkeren. Dieses „Gesetz der Stärke“ ist das Grundgesetz der kategorialen Dependenz.

Die niedere Seinsschicht ist aber für die höhere nur ein tragender Boden und die höhere Schicht ist in ihrer besonderen Gestaltung autonom. Das Organische weist ein Novum im Verhältnis zum Anorganischen, ebenso wie das Seelische über dem Organischen, das Geistige über dem Seelischen auf. Dieses Novum, das mit jeder Schicht neu einsetzt, ist die Selbständigkeit oder Freiheit der höheren Kategorien über den niederen (Nicolai Hartmann). Die niederen Kategorien sind zwar stärker (das Gesetz der Stärke), aber die höheren Kategorien sind über ihnen „frei“ (das Gesetz der Freiheit). Es geht um eine besondere Gesetzlichkeit, um eine Synthese von Abhängigkeit und Autonomie.

Es zeigt sich, dass die Beziehung zwischen der Schicht des organischen Seins und der Schicht des physisch-materiellen Seins viel fester ist als die zwischen dem seelischen und dem organischen Sein, und jenem des geistigen und dem seelischen Sein. Beim Verhältnis des organischen Seins zum anorganischen Sein geht es um eine „Überformung“, während beim Verhältnis des seelischen Seins zum organischen Sein und beim Verhältnis des geistigen Seins zum seelischen Sein um das Verhältnis der „Überbauung“.

**IV.** Jede Schicht des realen Seins weist also besondere Formen der Determination, besondere Kategorien auf.

Neben der Kategorie der Zeit, die allen Schichten der realen Welt eigen ist, und der Kategorie des Raumes, die dem anorganischen und dem organischen Sein eigen ist, sind zugänglich der Kausalnexus im physischen und der teleologische Nexus (der Finalnexus) und auch der normative Nexus im geistigen Sein. Was den normativen Nexus betrifft, so tritt er in der realen Welt in seiner abgeleiteten Form, und zwar in einigen Sphären des geistigen Seins, besonders in den Sphären des Rechts, der Moral und der Sitte auf. In seiner reinen Form ist er nur in der idealen Welt, im Reich der Normideen, gegeben.

Die einfachste Form des Realnexus ist die Kausalität. Sie hat die Form der mit dem Zeitfluss fortlaufenden Abhängigkeit des Späteren vom Früheren, wobei jedes Stadium des Prozesses zugleich Wirkung früherer Ursachen und Ursache späterer Wirkungen ist. Die Kausalreihe kommt aus der Unendlichkeit, da von jeder Ursache weitere Ursachen liegen müssen, und geht ins Unendliche, denn über jede Wirkung hinaus müssen weitere Wirkungen folgen (Hartmann).

Auf derselben Schichtenhöhe des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt tritt neben der Kausalreihe als zweite Form der Determination die Wechselwirkung des Gleichzeitigen hinzu. Diese in der Lehre des dialektischen Materialismus stark betonte Determinationsform besagt, dass die Kausalkette nicht isoliert nebeneinander, sondern nur in durchgehender Querverbundenheit miteinander abläuft und sich gegenseitig beeinflusst.

In der Schicht des organischen Seins reichen die Kategorien der Kausalität und der Wechselwirkung nicht mehr aus. Die subtile Zweckmäßigkeit der Teilfunktionen füreinander, die Selbstregulation des Ganzen, sowie die Neubildung des Organismus von der Keimzelle aus zeigen den Typus eines noch anders gearteten Zusammenspiels, das vom Ganzen aus bestimmt ist. Diese Form der Determination sieht dem teleologischen Nexus sehr ähnlich, und man hat sie auch so interpretiert. Nach der Meinung von Hartmann darf man aber nicht diese Interpretation billigen, da das zwecksetzende Bewusstsein fehlt. Hartmann – wie es scheint – unterscheidet

nicht die Zwecktätigkeit und die bloße Zweckmäßigkeit. Nur bei der Zwecktätigkeit existiert und muss existieren das zwecksetzende Bewusstsein. Keineswegs aber bei bloßer Zweckmäßigkeit. Meiner Meinung nach besteht hier kein Hindernis, hier die Kategorie der bloßen Zweckmäßigkeit anzuwenden, und diese Kategorie als Hilfsmittel zu benutzen.

Dunkel und rätselhaft ist auch die Determination des seelischen Seins. Mit der psychischen Kausalität reicht man nicht aus. Schon in den einfachen seelischen Reaktionen sind andere Momente mitbestimmt.

V. Was das geistige Sein betrifft, sind wir schon in der Ebene der Objektivität und des personalen Geistes. Hier findet man grundsätzlich zwei typische Formen der Determination, nämlich den teleologischen Nexus (den Finalnexus) und den normativen Nexus.

Man kann nicht die Meinung derer vertreten, die lehren, dass die Teleologie (Finalität) nichts anderes ist als die umgekehrte Kausalität (Wilhelm Wundt, Hans Kelsen). Es geht hier um zwei verschiedene Beobachtungsweisen (Rudolf Stammler, Karel Engliš), bzw. um zwei verschiedene reale Kategorien (Nicolai Hartmann). Der teleologische Nexus ist seinem Bau nach viel komplizierter als der Kausalnexus. Der teleologische Nexus setzt sich aus drei Etappen zusammen:

In der ersten Etappe geht es um das Festsetzen des Zweckes durch das Subjekt, um das Überspringen des Zeitlaufs, um das nur dem Bewusstsein gegebene Vorseilen und Sichhineinwegsetzen über die Zeitordnung (vgl. Hartmann).

Die zweite Etappe besteht in der rückläufigen, finalen Bestimmung der Mittel durch den Zweck, begonnen vom letzten, dem Endzweck am nächsten stehenden Mittel, zurück bis zum ersten gegenwärtigen Mittel, an welchem das Subjekt ansetzt, wobei immer das vorhergehende (also im Rückgang nachfolgende) Glied das nachfolgende (im Rückgang hervorgehende) zum Zweck hat und von ihm bestimmt, bzw. ausgelesen wird.

In der dritten Etappe geht es um die Realisierung des Zweckes, um sein reales Bewirktwerden durch die Reihe der Mittel, wobei das in der vorhergehenden rückläufigen Bestimmung durchgehende Verhältnis von Mittel und Zweck sich in ein ebenso durchgehendes, rechtläufig-kontinuierliches Verhältnis von Ursache und Wirkung umsetzt.

Die ersten zwei Etappen spielen sich im Bewusstsein ab. Nur die dritte Etappe in diesem dreigliedrigen Verhältnis hat den Charakter eines realen Prozesses, der in der äußeren Welt durchläuft und volle kausale Struktur aufweist. Hier greift das Subjekt mit seiner Handlung in das kausale Weltgeschehen ein. Die kategoriale Form dieser dritten Etappe, aber nur dieser, hat also die Form der Kausalität. Die Abhängigkeit der teleologischen Reihe von der kausalen Reihe, die in dieser dritten Etappe sich geltend macht, ist für das Begreifen des Ganzen sehr wichtig; nur in solcher Weise ist die Koexistenz der beiden Typen der Determination in der realen Welt möglich. Der Eingriff eines der Zwecktätigkeit fähigen Wesens in die reale Welt, wo dieses Wesen steht, ist nur in einer kausal determinierten Welt möglich. Hier beobachtet man den tragischen Fehler des Indeterminismus. In einer von der Determination und Gesetzlichkeit „befreiten“ Welt, in einer Welt, wo alles ganz zufällig wäre, könnte überhaupt kein der Zwecktätigkeit mächtiges Wesen existieren, da es vollkommen unmöglich wäre, vorauszubestimmen, welche Ursachen als Mittel die als Zweck bedingte Folge hervorrufen.

Ist es also klar, dass weder die Finalität eine umgekehrte Kausalität ist, da der Aufbau des teleologischen Nexus viel komplizierter ist, wobei die erste und besonders die zweite Etappe gerade der Finalität eigen und der Kausalität ganz fremd sind, noch die Teleologie und die Kausalität sich gegenseitig ausschließen, weil die kausale Kette eine nicht wegzuwendende (dritte) Etappe des teleologischen Nexus ist. Die kausale Form der Determination als die niedere und einfachere Determinationsform ist in die höhere und komplexere Form der Teleologie (Finalität) einbezogen, ist ihr Bestandteil, wobei auch hier das allgemeine Gesetz der Schichtung sich geltend macht, nach welchem die niedere Kategorie eine Voraussetzung und ein kategoriales Moment der höheren Kategorie ist, und die niedere Kategorie ohne die höhere existieren kann, keinesfalls aber die höhere Kategorie ohne die niedere.

Die zweite Etappe des Finalnexus, die – im Unterschied von der ersten und dritten Etappe – gegen die Richtung des Zeitlaufes durchläuft, ist auch jene, die den Finalnexus fähig macht, die Form der Realisation des Zweckes und also auch des Sollens – der Zweck erscheint uns im normativen Blick

als Sollen – zu sein. Im Sollen ist nämlich der Zielpunkt, der festgesetzte Zweck gegeben; die reale Tendenz zu ihm ist freilich erst gefordert. Und gerade nur die finale Determination kann das Sollen in das Sein überführen – ohne Unterschied, ob es sich um reines Sollen der Normideen oder um abgeleitetes Sollen der realen Ideen (z. B. der realen Idee des Rechts oder der realen Idee der Moral) oder des geltenden Rechts (oder der lebendigen Moral) handelt.

**VI.** Der Finalnexus (der teleologische Nexus) ist aber nicht die einzige Form der Determination des geistigen Seins. Es gibt hier noch andere Formen der Determination, von denen die interessanteste die normative (normologische) Determination ist. Wenn wir bis zum Kern der ganzen Problematik gehen, wohin freilich z. B. die Schule der Reinen Rechtslehre nicht vorgezogen ist – sie war mit der formalen Konstatierung von zwei „Welten“, der Welt des Seins und der Welt des Sollens, und mit der nur formalen Auffassung des Sollens zufrieden – sehen wir, dass es sich hier um eine Determination durch die Normideen, oder – wie das Nicolai Hartmann ausdrückt – um eine Wertdetermination handelt. Normideen, deren Inbegriff – zusammen mit den rein formalen Beziehungen – die „Welt“ der Idealität bildet, sind keine realen Mächte; Normideen bedeuten Sollen, eine Aufforderung im Verhältnis zum Menschen. Die Normideen bestimmen daher den Willen nicht mit einer Notwendigkeit, sondern nur als eine Aufforderung. Der Wille muss nicht dieser Aufforderung der Normideen folgen, dennoch aber kann er sie nicht von der Welt wegschaffen. Der Mensch mit seinem Gefühl für die Normideen, der Mensch mit seinem „*organ du cœur*“ (im Sinne Pascals), ist im Verhältnis zu ihnen sehr empfindsam, kann sie hören, ist fähig, ihre kategorische Stimme wahrzunehmen. Da der Mensch gleichzeitig des Wollens mächtig ist und den Inhalt des Wollens zu verwirklichen fähig ist, kann er sich für sie einsetzen. Die Normideen determinieren in der realen Welt nur indirekt, nur in dem Fall, dass sich der reale Wille für sie entscheidet. Das setzt aber eine weitere Form der Determination voraus, und zwar eine solche, die in der Willensentscheidung für oder gegen diese Aufforderung der Normideen enthalten ist. Sie besteht in der Selbstbestimmung oder in der Autonomie des Willens, und zwar nicht nur mit Rücksicht auf die bestimmenden

Faktoren der realen Situation, aber auch mit Rücksicht auf die Normideen und ihre Aufforderung. Es geht um das bekannte Problem der Willensfreiheit. Darunter versteht man die Bedingung, unter welcher das menschliche Wesen die Zurechenbarkeit und Verantwortlichkeit besitzt. Man verbindet freilich damit eine Vorstellung der Unbestimmtheit; es erscheint so, dass die Freiheit eine offene Alternative bedeutet. Das genügt allerdings nicht für das ethische und das rechtliche Problem des Willens und Handelns. Der freie Wille ist nicht der unentschiedene, sondern gerade der „entscheidende“ (Hartmann). In der Freiheit des Willens ist also ein positiv determinierendes Moment enthalten, und gerade das entscheidende. Was sich ontologisch in der Willensfreiheit verbirgt, ist nichts Geringeres, als eine neue, spezielle und offenbar höhere Form der Determination, wie Nicolai Hartmann feststellt. Das größte Problem überhaupt, das Problem der Willensfreiheit, ein Urproblem, welches mit verschiedensten Lösungsversuchen belastet ist, besteht nicht in der Frage, ob der Wille einen offenen Raum der Freiheit, einen von jeder Determination befreiten Raum besitzt, sondern in einer ganz anderen Frage, und zwar, wie die eigene Determination in dem Willen mit den niedrigeren Typen der Determination koexistieren kann.

Wenn wir zu unserer Problematik der normativen Determination zurückkommen, erkennen wir, dass die Determination durch die Normideen ein vermittelndes Glied, welches der Mensch als Subjekt und Person in seinem „*organ du cœur*“ für die kategoriale Stimme der Normideen ist, voraussetzt. Dieser Mensch als Subjekt und Person schafft Jahrtausende hindurch besondere Sphären des objektiven und objektivierten Geistes. Diese Sphären weisen kraft dieser Vermittlung eine besondere, abgeleitete Aufforderung, ein abgeleitetes Sollen auf. Mit solchem abgeleiteten Sollen haben wir gerade in den Systemen der Rechtsnormen und der Moralnormen zu tun. Überall hier stehen wir vor dem Sollen des Rechts, vor dem Sollen der Moral und vor dem Sollen der Sitte, vor einem Sollen, welches im Verhältnis zum reinen Sollen der Normideen, die der Welt der Realität angehören, ein abgeleitetes Sollen darstellt. Dieses abgeleitete Sollen äußert sich in einigen Sphären des personalen, objektiven und objektivierten Geistes (Rechtsgeistes) und gehört der Welt der Realität an. Das

ist der echte Kern der Normativität des Rechts (und auch der Moral und der Sitte) und erlaubt uns die besondere Normativität dieser Normenkomplexe zu begreifen. Das reine Sollen ist nur der „Welt“ der Idealität (dem Reich der Normideen) eigen. Das abgeleitete Sollen, das durch lange vermittelnde Tätigkeit der Menschen als Subjekte und Personen mit ihrem Gefühl für die kategorische Stimme der Normideen und mit ihrer Fähigkeit sie zu realisieren, entsteht, gehört in die Welt der Realität; in diesem Sinne darf man von der „normativen Kraft des Faktischen“ (Georg Jellinek) sprechen.

**VII.** Hier interessiert uns ganz besonders die höchste Schicht des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt – die Schicht des geistigen Seins (der Geist). Man muss hier den personalen, den objektiven und den objektivierten Geist unterscheiden.

Den personalen Geist (Rechtsgeist) kennen wir nur in uns, in den menschlichen Individuen. Der persönliche Geist ist der Geist eines Einzelmenschen. Nur der persönliche Geist kann lieben und hassen, nur er hat ein Ethos, trägt Verantwortung, Zurechnung, Schuld und auch Verdienst. Nur der persönliche Geist hat Bewusstsein, Voraussicht, Willen, Selbstbewusstsein; nur er ist imstande vorauszubestimmen, nur er ist der Zwecktätigkeit (Teleologie) mächtig, nur er hat das Gefühl für Normideen, nur er hat „*organ du cœur*“ (im Sinne Pascals), nur er ist fähig die kategorische Pflicht der Normideen, obgleich nicht im vollen Maße, zu verwirklichen, in die reale Welt zu überführen. Und das alles im primären und eigentlichen, nicht übertragenden Sinne.

Der personale Geist (Rechtsgeist) ist ein lebendiger und teilt diese Lebendigkeit mit dem objektiven Geist mit, wenn auch es sich bei beiden um eine verschiedene Form und Seinsart dieser Lebendigkeit handelt. Der personale Geist ist ein lebendiger, realer Geist.

Der objektive Geist (Rechtsgeist) ist vom persönlichen Geist verschieden. Hier handelt es sich nicht um personalen Geist des Einzelnen. Es geht um ein Phänomen einer anderen Größenordnung. Der objektive Geist (Rechtsgeist) ist weder Subjekt oder Person, noch Akt, Bewusstsein, Selbstbewusstsein. Der objektive Geist ist etwas, was schon da real gebildet ist, etwas, in was der Mensch mit seinem persönlichen Geist hineinwächst,

was er als schon Vorgegebenes, aber trotzdem sich fortwährend änderndes vorfindet, etwas, was den geschichtlichen Änderungen und dem Geschehen unterliegt. Nur der objektive Geist ist Geschichtsträger im strengen und primären Sinne; nur er hat eigentlich „Geschichte“. Nur er ist überindividuell, gemeinsamer und doch zugleich realer Geist; zugleich ist er lebendig. Die Zeitlichkeit und Vergänglichkeit teilt er, wie mit allem Lebendigen und auch dem geistlosen, so auch mit dem lebendigen personalen Geist. Sein Leben bewegt sich nur im anderen Tempo.

**III.** Der einzige bekannte Vermittler dieser zwei Welten, der realen Welt und der idealen Welt, ist der Mensch als Subjekt und Person: der Mensch mit seinem „*organ du cœur*“ und mit seiner Fähigkeit, die kategorischen Pflichten der Normideen zu hören, mit seinem freien Willen, mit seiner Fähigkeit, die absoluten Pflichten, das absolute Sollen der Normideen in der realen Welt bis zu einem gewissen Grad zu verwirklichen, sowie mit seiner Zwecktätigkeit.

Der Relativismus ist die Abdankung der Philosophie und ihr Tod, und damit jeder anderen Wissenschaft und des Lebens selbst. Aus der drohenden Tragödie des Relativismus, die noch dadurch verstärkt wird, dass man sich mit der modernen Astronomie die relative Bedeutung der Erde und des ganzen Sonnensystems vergegenwärtigt, rettet uns die oben angeführte grundlegende Voraussetzung, welche auch durch das Sollen, dessen man sich im Erlebnis des Gewissens bewusst ist, bestätigt wird.

Wie schon angedeutet wurde, ist zwischen dem Menschen als solchem, der in der realen Welt lebt, denkt und tätig ist, und der idealen Welt, dem Reich der Normideen, dem Reich des reinen Sollens, eine dauernde Spannung, die sich eben in dem Urerlebnis des Sollen manifestiert. Es handelt sich nicht nur um eine Spannung zwischen dem Menschen, der sich um ein reales Weltbild im Sinne der Naturwissenschaften bemüht, wie es einst Max Planck genial zeigte, und der Normidee der Wahrheit und Richtigkeit, sondern auch um eine Spannung zwischen dem Menschen, der sich um eine bessere Rechtsordnung, um eine bessere Moralordnung bemüht, und der Normidee des Rechts oder der Normidee der Sittlichkeit.

## § 8. Der Dualismus von Sein und Sollen

I. Es gibt eine fast unübersehbare Menge von verschiedenen Auffassungen in der Rechtsphilosophie, die sich um die Lösung des Verhältnisses von Sein und Sollen, von Faktizität und Normativität bemühen.

Der eine Idealtypus ist durch Denker repräsentiert, die das Recht mit Hilfe von Kategorien erkennen wollen, welche den niederen Seinsschichten eigen sind, als der Seinsschicht, wohin vor allem das Recht, sein Wesen gehört. Die Vertreter dieses Idealtypus, wohin vor allem die Anhänger der Uppsala-Schule (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona und Alf Ross) gehören, versuchen das Wesen des Rechts mit Hilfe von Kategorien, die für das physisch-materielle Sein dominant sind, vor allem mit den Kategorien der Zeit und besonders mit den Kategorien der Kausalität und der Wechselwirkung zu erklären. Hierher gehört auch Theodor Geiger, der in der Wertfrage sich dem „theoretischen Wertnihilismus“ der Uppsala-Schule anschließt.

Auf der anderen Seite stehen diejenigen Lehren, die das Recht in die Welt der Idealität einreihen, wobei nicht uninteressant ist, dass hier auch solche Gegner in einer Reihe stehen, wie einige Vertreter der naturrechtlichen Doktrin (z. B. Rudolf Laun) und die Schule der Reinen Rechtslehre mit dem ursprünglichen Hans Kelsen und František Weyr an der Spitze.

Die Welt der Idealität wird freilich von beiden rechtsphilosophischen Richtungen unterschiedlich dargestellt, da die naturrechtliche Doktrin das Sollen inhaltlich auffasst, während die Reine Rechtslehre nur das formale „Sollen“ betrachtet. Für beide Richtungen ist aber das Recht ein Sollen und gehört in die ideale Welt. Für beide Richtungen besteht dasselbe unüberwindliche Hindernis, welches für alle „idealen“ Auffassungen des Wesens des Rechts fast typisch ist, nämlich, dass das, was in die ideale Welt gehört, zeitlos ist, während das Recht entsteht, lebt und vergeht.

II. Zwischen diesen beiden Idealtypen liegt eine große Zahl verschiedener Konstruktionen, die sich um eine Vermittlung der beiden gegensätzlichen Grundauffassungen bemühen. Es handelt sich dabei um eine Reihe von Mischtypen. Hierher gehört insbesondere die rechtsphilosophische Schule, die auf der südwestdeutschen neukantischen

Richtung aufgebaut ist und das Wesen des Rechts als eine Kulturercheinung sui generis begreift (Emil Lask, Gustav Radbruch, gewissermaßen auch Julius Binder in seiner zweiten, durch sein Werk „Philosophie des Rechts“ aus dem Jahre 1925 gekennzeichneten Entwicklungsetappe, Arthur Kaufmann u. a. m.).

Man muss hier auch einige Ansätze zur ontologischen Bewältigung dieser Grundfrage erwähnen, insbesondere die Konstruktionen von Ernst von Hippel, Erich Rechner, Helmut Coing, Luis Legaz y Lacambra, René Marcic, Hans Ryffel, Reinhold Zippelius und Heinrich Henkel.

Besonders Züge weist die marxistisch-leninistische Konzeption auf, nach welcher das Sein und das Sollen im dialektischen Verhältnis zueinanderstehen, wobei das Wesen dieses Verhältnisses in der Tatsache besteht, dass das Sollen durch das Sein bestimmt ist und eine besondere Abbildung des Seins ist (Vilmos Peschka, D. A. Kerimov, J. Vedbailo).

**II.** Interessant ist die Auffassung von Victor Kraft (Rationale Moralbegründung, 1963) nach welcher, wenn das Wollen eines Zieles allgemein ist, eine allgemein gültige Norm entsteht, da eine Handlungsanweisung, eine Norm „erst durch das Wollen des Zieles“ begründet wird. Daraus schließt Alfred Verdross (*Statisches und dynamisches Naturrecht*, 1971), dass es möglich ist, „aus einer bestimmten Tatsache ein Sollen abzuleiten“. Diese Tatsache ist das Wollen eines Zieles, da jeder, der ein Ziel bejaht, alles tun soll, was zur Erreichung dieses Zieles notwendig ist. Die Tatsache des Erstrebens eines Zieles soll also die einzige Ausnahme von der seit Hume feststehenden Erkenntnis bilden, dass aus Tatsachen keine Normen abgeleitet werden können. Hierher gehört auch Günther Winkler (Sein und Sollen, *Rechtstheorie*, 10. Bd., 1979; Sein und Sollen, *Rechtstheorie*, Beiheft 1980), der meint, dass es kein Sollen des positiven Rechtes ohne das Faktum des Erzeugungsaktes gibt, und dass daher aus dem Sein ein Sollen folgen kann, jedoch nicht umgekehrt.

Dazu kann man folgendes sagen: Vom formalrechtstheoretischen Standpunkt erscheint das Faktum des Erzeugungsaktes für das Sollen des gesetzten Rechtes als unerlässlich. Das Faktum des Erzeugungsaktes ist jedoch keineswegs der letzte Erklärungsgrund des Rechtes, sondern der Umstand, dass das alles, also auch das Faktum des Erzeugungsaktes,

im objektiven Rechtsgeist verankert ist, da der objektive Rechtsgeist mit seiner primär abgeleiteten Normativität die allgemeine Überzeugung des Volkes einer Rechtsgemeinschaft repräsentiert und das positive Recht selbst von der Autorität des objektiven Rechtsgeistes getragen ist. Es ist also nicht der Akt des Normschöpfers und auch nicht das Wollen eines Zieles, also ein bloßes „Sein“, das für das Entstehen einer Rechtswirkung letztlich entscheidend ist, sondern der Umstand, dass der objektive Rechtsgeist (das Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Rechtsgemeinschaft einschließlich der rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts, dieser dialektischen Synthese von Gerechtigkeit, Freiheit des konkreten Menschen, Sicherheit und Zweckmäßigkeit) mit seinem primär abgeleiteten Sollen diesem Sein des Aktes des Normschöpfers die Normativität verleiht. Man kann daher nicht behaupten, dass der Akt des Normschöpfers der letzte Entstehungsgrund für das Sollen des Rechtes ist. Letztlich schöpft allerdings der objektive Rechtsgeist, der real ist und die höchste Seinsschicht des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt bildet, seine Normativität, sein abgeleitetes Sollen aus der Normidee des Rechtes, die ein reines Sollen darstellt. Nur die Normideen stellen sich als reines Sollen dar. Nur hier ist das Sollen absolut; es ist nicht formell, sondern es hat denselben Inhalt wie die betreffenden Normideen.

Der Mensch als Subjekt und Person steht unter einer doppelten Determination des Sollens, unter einer zweifachen Kategorie der Normativität – der reinen Normativität der Normideen und der abgeleiteten Normativität bestimmter Bereiche des geistigen Seins und speziell des objektiven Rechtsgeistes und des objektivierten Rechtsgeistes. Die Grundfrage nach dem Ursprung und nach der Natur des Sollens (der Pflicht), die Frage nach dem Konflikt zwischen dem reinen Sollen, den nichtobjektivierten Normideen, deren Stimme der personale Geist mit unermesslicher Eindringlichkeit begreift, und dem primär abgeleiteten Sollen des objektiven Rechtsgeistes und dem sekundär abgeleiteten Sollen der kodifizierten, also objektivierten Rechtsordnung, sowie die weiteren Grundfragen, z. B. nach der Geltung des positiven Rechts, können auf der Grundlage der kritischen Ontologie richtig beantwortet werden.

Neben dem reinen Sollen der Normideen existiert also das primär abgeleitete Sollen des personalen und des objektiven Geistes (Rechtsgeistes), und das sekundär abgeleitete Sollen des objektivierten Rechtsgeistes.

**III.** Zusammenfassend lässt sich also folgendes feststellen:

Der Begriff des Sollens hat mehrere Bedeutungen:

1. Das Sollen im reinen Sinn ist nur den Normideen eigen.
2. Das Sollen im primär abgeleiteten Sinn ist der Schicht des geistigen Seins, und zwar dem personalen und objektiven Geist (Rechtsgeist, Moralgeist) eigen. Dieses primär abgeleitete Sollen findet man besonders in dem Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Rechtsgemeinschaft einschließlich der rechtlichen Weltanschauung. Hier liegt der unmittelbare Grund für die Normativität des Rechts.
3. Das Sollen im sekundär abgeleiteten Sinn ist dem objektivierten Rechtsgeist eigen. Dieses sekundär abgeleitete Sollen begegnet man in der Rechtsordnung.
4. Das Sollen als bloße formal-logische Kategorie. Nur dieses Sollen kennen z. B. Kelsen, Weyr und ihre Anhänger. Grundsätzlich handelt es sich um eine typische Form der Verbindung des bedingenden und des bedingten Tatbestandes in einer Norm. Es ist klar, dass dieses „formal-logische“ Sollen ohne Beziehung zum abgeleiteten und in letzter Instanz zum reinen Sollen keine bloße Wortklauberei darstellt.



# Dritter Teil:

## Rechtsontologie

### § 9. Wohin gehört das Recht; sein Wesen

**I.** Das Recht, die Idee des Rechts und die Normidee des Rechts sind, wie wir schon angedeutet haben, verschiedene Dinge. Es ist jedoch ebenso wichtig zwischen dem Recht und der Rechtsordnung zu unterscheiden. Das Recht stellt nämlich einen Inbegriff von Normen gewisser Qualität und einen Inbegriff von Handlungen gewisser Qualität dar. Die Rechtsordnung hingegen ist lediglich ein Inbegriff von Normen gewisser Qualität.

Das Recht, die Rechtsordnung und die Idee des Rechts sind reale Gebilde, sie gehören in den stufenförmigen Aufbau der realen Welt.

Das Recht (und auch, wie wir noch sehen werden, der Staat) gehört in alle Seinsschichten der realen Welt, obzwar das Recht vor allem in die höchste Schicht der realen Welt, in die geistige Schicht, zugeordnet wird.

Die Idee des Rechts als die höchste Idee des stufenförmigen Aufbaues der realen, wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung, dieser Abglanz der Normidee des Rechts, gehört in die Sphäre des objektiven Geistes (Rechtsgeistes) und bildet den progressivsten Bestandteil des objektiven Rechtsgeistes.

Die Normidee des Rechts, diese Quintessenz des Rechtsgedankens überhaupt, ist das, wozu der Rechtsgeist und auch das Recht (Gesetze, Verordnungen, Beschlüsse, Urteile, Rechtsgeschäfte usw.) tendieren. Das Recht tendiert in erster Reihe zum objektiven Rechtsgeist, zu seinem Bestandteil, d. i. zur realen Idee des Rechts, und letztlich zur Normidee des Rechts.

**II.** Das Recht ist ein Phänomen, und zwar ein lebendiges Phänomen. Das bedeutet, dass es mit allem Lebendigen gewisse Kategorien, vor allem die Kategorien der Zeit und des Prozesses teilt. Die materiellen und organischen Prozesse sind raum-zeitliche, die seelischen und geistigen Prozesse sind nur zeitliche. Das Recht als lebendiges Phänomen hat seinen

Ursprung, sein Leben mit allen Umwandlungen und findet auch seinen Tod. Mit allem Realen weist das Recht eine spezifische Eigenschaft, nämlich die des Widerstandes, auf. Nicht nur die körperlichen Dinge, wenn man sie durchdringen will, leisten einen Widerstand, den man durch eigene Tätigkeit überwinden muss, sondern auch die höchste Schicht der realen Welt, die geistige Schicht mit der Rechtsordnung diese Eigenschaft des Widerstandes innehat. Wir erleben diese Eigenschaft und sind uns ihrer bewusst, wenn wir gegen das Recht handeln.

Das Recht ist ein Teil der realen Welt und besonders des geistigen Seins, ist etwas Endliches, Empirisches, etwas, was seine Geschichte und sein Schicksal hat und infolgedessen nicht absolut und vollkommen ist. Wir haben ausschließlich mit dem Recht in den Grenzen unserer Erfahrung zu tun, mit dem „empirischen“ Recht, daher vor allem mit einem Teil des geistigen Seins.

Das Phänomen des Rechts, das alle Schichten der realen Welt durchdringt, bildet trotz seiner starken Komplexheit kein bloßes Compositum. Im Phänomen des Rechts findet man eine spezifisch geistige Komponente, die in keiner Weise in die Form des Seins nicht-geistigen Charakters überführt werden kann, und es ist ausgeschlossen, von diesen niedrigeren Formen aus das Recht zu begreifen und zu erklären. Das Recht kann man weder in seelische noch in organische noch in materielle Momente zerlegen, obgleich das Recht erstens – als Rechtsordnung – infolgedessen, dass es auf der niederen Seinsschicht „ruht“ – gewisse Bestimmungen des niedrigeren Seins, wie z. B. die Zeitlichkeit, Endlichkeit, Vernichtbarkeit, übernimmt, welche Eigenschaften allerdings allem realen Sein gemeinsam sind, und zweitens, weil die Macht (besonders der organisierte Zwang) ein essentieller Bestandteil des Rechts ist und es aus diesem Grund gewisse Kategorien der niederen Seinsschichten übernimmt. Wie schon gesagt, stellt aber das Recht kein bloßes Compositum „aus“ diesen Kategorien dar, sondern weist gewisse spezifische Elemente auf, Elemente der Sphäre, wohin das Recht überwiegend gehört, Elemente, die für das Recht typisch sind und die das kategoriale Novum, die spezifische ontische Autonomie, bilden. Die Abhängigkeit und die Autonomie gehen auch beim Recht Hand in Hand.

**III.** Trotz allem aber kann man an dem Recht überzeugend die enge Verbindung des geistigen Seins mit dem Reich der Normideen demonstrieren. Gerade im Phänomen des Rechts – und sicher auch im Phänomen der Moral – sieht man den typischen Charakter der Normativität, des Sollens, der Pflicht. Der wahre Ursprung der Normativität kann nicht von der realen Welt ausgehen. Hier bestätigt sich die Richtigkeit des Kant'schen Dictums, dass es ausgeschlossen ist, aus dem Sein das Sollen zu deduzieren. Gerade diese Normativität der rechtlichen Sphäre (die abgeleitete Normativität) ist ein überzeugender Beweis für die enge Beziehung dieses Bereiches der realen Welt zu der Welt der Idealität.

Wie bereits mehrmals angedeutet, ist der Vermittler zwischen diesen zwei Welten der Mensch mit seinem personalen Geist, der Mensch als körperlich-geistiges Wesen und Person in einem, als rechtliches und sittliches Wesen mit seinen fünf typischen Merkmalender Provenienz, der Prädestination, der Zwecktätigkeit, des Bewusstseins der Normideen und der positiv begriffenen Willensfreiheit.

Der personale Geist des konkreten Menschen zeichnet sich durch alle diese fünf Merkmale aus; er ist besonders fähig, mit seinem „*organ du cœur*“ die kategorische Pflicht der Normidee des Rechts zu hören. Der personale Rechtsgeist des Menschen ist in der Lage, das Sollen (die Pflicht) und den Inhalt der Normidee des Rechts – wenngleich auch nicht restlos – nicht nur zu hören, sondern auch in die reale Welt zu überführen und schrittweise einen breiten Bereich der primär abgeleiteten Normativität des objektiven Rechtsgeistes zu bilden, welcher wieder durch seine immanente Tendenz zu Objektivationen den Bereich der sekundär abgeleiteten Normativität des objektivierten Rechtsgeistes (sc. der Rechtsordnung) bildet.

Die Überführung der kategorischen Pflicht der Normidee des Rechts in die Welt der Realität kann nur der Mensch als Subjekt und Person verwirklichen, da nur er die Fähigkeit hat, die Stimme der Normideen wahrzunehmen, nur er die Willensfreiheit besitzt und die Gabe der Voraussehung, der Vorausbestimmung und der Zwecktätigkeit hat, d. h. jener dreistufigen, uns schon bekannten Aktion, welche besteht:

- a) aus der Vorausbestimmung des Zwecks, die der durch die Normidee des Rechts, bzw. der realen Idee des Rechts beeinflusste Mensch durchführt;

- b) aus der Wahl und der anticipatorisch erfolgten Bestimmung der Mittel zurück bis zum ersten Mittel;
- c) aus der Einschaltung dieses ersten Mittels in die Reihe der zum gesetzten Zweck führenden Mittel, in die Einreihung dieses ersten Mittels in die unendliche kausale Reihe von Ursachen und Folgen; das alles verwirklicht der Mensch mit seiner Initiative.

Man kann die zentrale Stellung des konkreten Menschen im rechtlichen Bereich klar beobachten. Der Mensch mit seinem personalen Geist tritt schon durch seine Geburt in den objektiven Rechtsgeist ein und lebt sich schrittweise ein, wächst in ihn hinein. Dieser objektive Rechtsgeist ist allerdings wieder durch die Menschen als Einzelpersonen, durch ihre Arbeit in den langen Perioden von tausenden von Jahren immer von neuem umgebildet, modifiziert. Der Mensch als moralische und rechtliche Person, der Mensch mit seinen fünf Attributen, wird in diesem Sinne zum „Schöpfer“ aller abgeleiteten Normativität, nicht nur der primär abgeleiteten Normativität (beim objektiven Geist), sondern auch der sekundär abgeleiteten Normativität (beim objektivierten Geist, konkret bei der Rechtsordnung).

**IV.** Auf der Grundlage der Auffassung von Nicolai Hartmann, diese streng kritischen, gegen jede und besonders gegen die Hegelsche metaphysische Spekulation orientierten Entdeckers des empirischen, realen geistigen Seins, scheint es, dass das Recht ausschließlich in die Schicht des geistigen Seins und innerhalb dieses Rahmens in die Sphäre des objektiven Geistes gehört.

Wir sind grundsätzlich in zwei Punkten anderer Meinung als Hartmann. Erstens liegt das Hauptwesen des Rechts im objektivierten Geist – die Rechtsordnung als solche ist der objektivierte Rechtsgeist – obzwar auch der objektive und der personale Geist hier eine bedeutende Rolle spielen. Zweitens, wie es sich zeigen wird – und das ist der weitere Unterschied zu Hartmanns Auffassung – sind das Recht – ähnlich wie der Staat – zusammengesetzte Gefüge. Beim Staat ist das ganz klar; die entgegengesetzte Auffassung von Kelsen oder Weyr ist unhaltbar. Beim Recht ist es immer noch problematisch. Allerdings führt uns die Erkenntnis, dass ein essentieller Bestandteil des Rechts die Macht und besonders der organisierte Zwang sind, zu der Behauptung von der komplexen Natur des Rechtsgefüges.

In keinem Fall kann man jedoch bezweifeln, dass das Recht, und zwar die Gesetze, Verordnungen, Entscheidungen, Rechtsgeschäfte und wie überhaupt in der konkreten juristischen Empirie die einzelnen „Rechtsquellen“ genannt werden, sowie auch das Gewohnheitsrecht, überwiegend in das geistige Sein gehören. Das Recht teilt mit dem geistigen Sein typische Merkmale, wie die Zeitlichkeit, Wandelbarkeit, Endlichkeit, Prozessualität, den empirischen Charakter, kurz gesagt die Realität. Allerdings auch in dieser Richtung stehen wir besonders beim Recht vor der schwierigen Frage, ob man beim objektivierten Geist überhaupt von Zeitlichkeit und Prozessualität, also von Realität sprechen kann.

V. Neben dem personalen Rechtsgeist gibt es – wie bereits bekannt – den objektiven Rechtsgeist. Schon bei Hegel ist ein überindividueller, geschichtlich lebendiger, objektiver Geist der eigentliche Schöpfer des Rechts, der Gemeinschaft und der Moral. Der objektive Geist hat allerdings keine Substanz, ist kein Wesen hinter den Individuen, hinter dem geistigen Leben einer gewissen menschlichen Gemeinschaft. Der objektive Geist (Rechtsgeist) besitzt weder Personalität noch Bewusstsein und kann deswegen ohne menschliche Individuen mit ihrem personalen Geist nicht existieren. Es handelt sich um ein wechselseitiges Tragen des objektiven und des personalen Geistes. Der objektive Rechtsgeist ist das Rechtsbewusstsein des Volkes, seine rechtliche Überzeugung, seine rechtliche Gesinnung und sein Rechtsempfinden.

Schon die historische Rechtsschule sah im Volksgeiste, nämlich im allgemeinen Rechtsbewusstsein, das Wesen des Rechts. In diesem Volksgeiste lebt nach Ansicht dieser Schule das Recht ebenso wie beispielweise die Moral und die Sprache. Wenn man in einer ganzen Reihe von Punkten mit der Lehre der historischen Rechtsschule keineswegs einverstanden sein kann (und zwar schon wegen ihrer metaphysischen und irrationalen Grundlage und wegen ihres Konservatismus), hat diese Lehre doch viele wertvolle Erkenntnisse geliefert. Besonders wichtig und wertvoll ist die Erkenntnis, dass im allgemeinen Rechtsbewusstsein des Volkes durch das Wachstum der Kultur eine Differenzierung eintritt und dass sich neben diesem allgemeinen Rechtsbewusstsein, bzw. gerade in ihm, ein besonderes Rechtsbewusstsein des Juristenstandes herausbildet. Dieses „juristische“

Rechtsbewusstsein ist dann Repräsentant des Rechtsbewusstseins des Volkes überhaupt, wird durch dieses getragen und trägt es selbst. Es handelt sich um ein weiteres, für das geistige Sein überhaupt typisches Verhältnis des wechselseitigen Tragens, Durchdringens, Unterstützens, um eine Erscheinung der vollkommenen Einheit. Dieses Rechtsbewusstsein, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um das allgemeine oder das juristische Rechtsbewusstsein handelt, wird selbstverständlich nicht durch den Einzelnen gebildet, sondern der Mensch findet dieses Rechtsbewusstsein schon als existierend vor und „übernimmt“ es.

Auch der objektive Rechtsgeist ist keine Substanz. Der objektive Rechtsgeist ist das, was in vielen Individuen lebt, tradiert und übernommen wird, und was jedermanns Eigentum wird und keineswegs auf konkrete Individuen beschränkt ist.

Der objektive Rechtsgeist, d. h. das Rechtsbewusstsein, sowohl das allgemeine als auch das des Juristenstandes (die wissenschaftliche rechtliche Weltaustragung) in seiner Ganzheit ist in keinem menschlichen Bewusstsein vollkommen enthalten, und dennoch ist er da und wird als existierend empfunden und respektiert. Die Einheit des objektiven Rechtsgeistes ist durch die Gemeinschaft von menschlichen Individuen mit ihrem personalen Rechtsgeist getragen.

Während der personale Rechtsgeist streng an das menschliche Individuum gebunden ist, ist der objektive Rechtsgeist der Geist einer Vielheit von Individuen, zwar keine kollektive Ganzheit, sondern eine besondere Gemeinschaft der Rechtsgeister, die von den Individuen konkret durchlebt wird. Auch der objektive Rechtsgeist hat im Rahmen des allgemeinen objektiven Geistes seine Individualität, die eine andere ist als die Individualität der personalen Rechtsgeister. Alles Reale ist individuell, und der objektive Geist (Rechtsgeist) gehört in die Welt der Realität. Der objektive Rechtsgeist hat sein eigenes Leben, das ebenso zeitlich, real und autonom ist wie das Leben der einzelnen Personen mit ihrem personalen Geist (Rechtsgeist) zeitlich, real und autonom ist.

Gewiss ist auch der objektive Rechtsgeist durch viele reale Faktoren bedingt, die neben ihm oder ontisch unter ihm liegen. Aber das alles ändert nichts an seiner Autonomie. Das Leben des objektiven Rechtsgeistes

beruht auf dem Leben der menschlichen Individuen mit ihrem personalen Rechtsgeist, und in dieser Hinsicht ist es von ihnen abhängig und stellt ein superexistierendes Wesen dar. Dabei handelt es sich jedoch um eine höhere autonome Form des Lebens und um ein geistiges Gebilde höherer Ordnung und besonderer Ganzheit, um ein Gebilde, welches sich nicht nur aus Individuen zusammensetzt, sondern einer anderen Gesetzmäßigkeit folgt als der personale Rechtsgeist. Der objektive Rechtsgeist ist ein besonders getragenes und superexistierendes Gebilde mit besonderer Autonomie und mit Rücksicht auf alle Elemente, welche ihn tragen, ist er eine überformende und beherrschende Macht. Hier ruhen seine Autonomie und seine besondere, ihm eigene Gesetzmäßigkeit.

**VI.** Der objektive Rechtsgeist hat eine unaufhörliche immanente Tendenz zur Objektivierung, nämlich dazu, das Rechtsbewusstsein zu objektivieren, es in gewisse feste Gebilde zu inkorporieren und sie als geschriebenes Recht oder zumindest als das Gewohnheitsrecht zu gestalten. Das geschriebene Recht und auch das Gewohnheitsrecht sind Objektivierungen des objektiven Rechtsgeistes (des Rechtsbewusstseins des Volkes einschließlich des Rechtsbewusstseins des Juristenstandes – oder anders ausgedrückt – einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung). Die Rechtsordnung selbst ist der objektivierter Rechtsgeist.

Der Rechtsgeist existiert also in allen drei Formen des geistigen Seins, die eine Einheit bilden: als personaler Rechtsgeist, als objektiver Rechtsgeist und als objektivierter Rechtsgeist.

Der personale Rechtsgeist und der objektive Rechtsgeist sind zweifellos lebendig und bilden zusammen den lebendigen geschichtlichen Rechtsgeist. Dieser lebendige Rechtsgeist schafft aus sich heraus Gebilde besonderer Art, in welchen er sich selber eine feststellbare, von sich selber unterschiedliche „Objektivität“ gibt; der lebendige geschichtliche Rechtsgeist „objektiviert sich“.

**VII.** Mit dem Prozess dieser Objektivierung geht ein Prozess des Selbständigwerdens Hand in Hand. Die Objektivierung löst sich von ihrem Schöpfer und lebt – bis zu einem gewissen Grad – ein selbständiges Leben.

Sind aber diese Objektivierungen wirklich lebendig? Ist ihnen das Attribut alles Realen, die Kategorie der Zeit, eigen? Wenn der objektivierter

Rechtsgeist (z. B. ein Rechtskodex) nicht der Kategorie der Zeit und des Geschehens unterliegen würde, wenn er nicht real wäre, dann würde das Recht selbstverständlich überhaupt nicht in die Welt der Realität gehören, dann wären die Behauptungen der Schule der Reinen Rechtslehre richtig, dass das Recht in das Reich der Idealität, in das Reich des reinen Sollens falle. Aber wie kann man dann die Frage des Ursprungs, der Veränderung und des Untergangs des Rechts erklären? Die Schwierigkeit der Lösung steigert sich noch, wenn wir gewisse Ausführungen Hartmanns lesen, welche anzudeuten scheinen, dass der objektivierte Geist (Rechtsgeist) kein lebendiger Geist ist, dass er nicht den Kategorien der Zeit und des Geschehens unterliegt.

Sicher ist, dass der lebendige Rechtsgeist (der personale und der objektive Rechtsgeist) dadurch, dass er gewisse Gebilde, wie z. B. Gesetze, aus sich selbst heraus geschaffen hatte, sie in der Wirklichkeit von sich selbst getrennt hat, und dass diese, jetzt schon objektivierten Gebilde, nicht mehr direkt mit ihrem Schöpfer verbunden sind, sondern außerhalb des Prozesses seiner Entwicklung stehen. Es ist auch wahr, dass dieser lebendige Rechtsgeist, welcher den objektivierten Rechtsgeist schuf und dann sich von ihm separierte, inhaltlich in diesen seinen Gebilden inkorporiert, fixiert und für den zukünftigen personalen und objektiven Geist bewahrt bleibt. Der objektivierte Rechtsgeist ist eine Schöpfung des lebendigen Rechtsgeistes, auf dem er beruht und dem er entspricht. Allmählich aber ändert sich der lebendige Rechtsgeist wie alles Lebendige, während der objektivierte Rechtsgeist mit Rücksicht darauf, dass er in einem geschriebenen Kodex inkorporiert ist, grundsätzlich derselbe bleibt. Ich sage ausdrücklich „grundsätzlich“, und zwar aus dem Grunde, weil auch dieser objektivierte Rechtsgeist auf den gleichzeitigen objektiven und personalen Rechtsgeist angewiesen ist und sich mit der Änderung der sozialen, wirtschaftlichen und anderen Verhältnisse, mit der Änderung des Rechtsbewusstseins, in welches der derzeitige Interpret eingewurzelt ist, ändert; dadurch wird das Gesetz allerdings von einem neuen Gesichtspunkt interpretiert (die sog. Heterogenität der Zwecke im Sinne Wilhelm Wundts). Das Rechtsbewusstsein ändert sich, während das Gesetz grundsätzlich dasselbe bleibt. In der rechtlichen Objektivierung überlebt zwar das Produkt

des lebendigen Rechtsgeistes seinen Schöpfer, aber es entsteht eine immer größere Diskrepanz zwischen ihnen. Im objektivierten Rechtsgeist konserviert sich der lebendige Rechtsgeist (der objektive und der personale Rechtsgeist) der Zeit, aus welcher die Objektivation her stammt.

**VIII.** Der objektivierte Rechtsgeist hat ein besonderes Sein. Ist das ein irreales oder ein reales Sein? Die Antwort lautet: Der objektivierte Rechtsgeist hat ein reales Sein, allerdings ein Sein *sui generis*.

Die Gründe für diese Behauptung sind folgende:

1. Die Objektivation (z. B. ein Rechtskodex) kann zerstört werden.

Der objektivierte Rechtsgeist ist ein Gesamtgebilde, welches zwei Schichten aufweist. Erstens eine sinnlich-reale Schicht (die Buchstaben auf dem Papiermaterial des Rechtskodexes), die sog. vordere Seite, die sinnlich wahrnehmbar, selbstständig und ontisch real ist; zweitens den geistigen Inhalt selbst, nämlich das, worum es sich in der Objektivation handelt, die sog. hintere Seite oder den Hintergrund im Sinne der Lehre von Nicolai Hartmann. Die hintere Seite ist immer an ein gewisses Gebilde gebunden, welches als solches nicht geistiger Natur, sondern sinnlich wahrnehmbar und dinglich ist. Daraus kann man den Schluss ziehen, dass die Objektivation geradezu wesentlich in dieser Gebundenheit des geistigen Inhalts an ein solches reales Gebilde beruht. Die vordere und die hintere Seite sind ein einheitliches Gesamtgebilde, und deswegen teilt auch die hintere Seite das Schicksal mit der vorderen Seite.

Wenn die vordere Seite (das Material) vernichtet ist, bedeutet das den Untergang der ganzen Objektivation. Wenn z. B. ein geschriebener Kodex verbrannt wird, sodass hier kein stabiles Material mehr ist, in welchem das rechtlich geistige Gebilde fixiert wäre, geht mit der vorderen Seite auch die hintere Seite unter. Das ist der Grund, warum der objektivierte Rechtsgeist nicht in die Sphäre der Überzeitlichkeit und Übergeschichtlichkeit erhoben wird. Da gerade die Erhaltung des objektivierten Rechtsgeistes und an das sinnlich reale Gebilde gebunden ist, dieses aber wie alles, was dinglich ist, der Vernichtung unterliegt, so ist auch der objektivierte Rechtsgeist vergänglich, unterliegt der Kategorie der Zeit, hat sein Schicksal, seine Geschichte.

2. Die hintere Seite (der Hintergrund) des objektivierten Rechtsgeistes, also dieser eigentliche, rechtlich-geistige Inhalt ist – für sich allein beobachtet – irreal. Diese hintere Seite hat nur eine bedingte Seinsart, d. h. sie hat „Sein-für-uns“, sie „existiert“ nur auf Grund der wechselseitigen Beziehungen zum derzeitigen lebendigen Geist. Die hintere Seite steht mit Bezug auf die vordere Seite im Verhältnis des „Erscheinens“ im Sinne von Hartmann. In dem sinnlich zugänglichen realen Gebilde (z. B. in der Schrift des Rechtskodexes) „erscheint“ der geistige Inhalt. Mit Rücksicht auf dieses Verhältnis „des Erscheinens“ kann diesbezüglicher rechtlich-geistiger Inhalt nur dann und nur dort in Funktion treten, wo ein Subjekt existiert, „dem“ dieser rechtlich-geistige Inhalt erscheint. Dieses Subjekt ist der gleichzeitige lebendige, personale und objektive Rechtsgeist. Der objektivierte Rechtsgeist ist daher nicht nur von dem Material (siehe sub 1. abhängig, sondern auch in der Richtung, dass er auf den gleichzeitig lebendigen Rechtsgeist angewiesen ist und deswegen mittelbar unter die Kategorie der Zeit und des Geschehens fällt. Die Gebundenheit des objektivierten Rechtsgeistes an den gleichzeitig anwesenden lebendigen Rechtsgeist ist zweifellos da und der objektivierte Rechtsgeist „bewegt sich“ in fortwährenden Änderungen des lebendigen, also realen Geistes. Dort, wo diese Gebundenheit verloren geht, verliert sich auch der objektivierte Rechtsgeist. Der Seinsmodus des objektivierten Rechtsgeistes ist außerdem – mit Rücksicht darauf, dass er durch sinnlich wahrnehmbares, reales Gebilde getragen ist, mit welchem er das Schicksal teilt – noch eine Art des Seins, das durch den lebendigen (personalen und objektiven) Rechtsgeist mitgetragen wird. Alle sog. Überzeitlichkeit des objektivierten Rechtsgeistes ist nur eine erscheinende Überzeitlichkeit des Hintergrundes, des rechtlich-geistigen Inhalts. Das komplexe Gebilde des objektivierten Rechtsgeistes ist zeitlich und geschichtlich stark bedingt.
3. Es gibt aber noch ein drittes Argument, warum der objektivierte Rechtsgeist in den stufenförmigen Aufbau der realen Welt gehört und nicht in die Welt der Idealität fällt. Der objektivierte Rechtsgeist

ist in seiner Isolation nicht selbstgenügsam. Die gegenseitige Fesselung und Bedingtheit des objektivierten, objektiven und personalen Geistes ist besonders in der rechtlichen Sphäre sehr markant. Der objektivierte Rechtsgeist (z. B. ein Rechtskodex) muss – um geltendes Recht zu sein – durch den objektiven und den personalen Rechtsgeist (durch das Rechtsbewusstsein des Volkes und einzelner Menschen im Durchschnitt) getragen werden, auch wenn er geltendes Recht bis zu dem Moment bleibt, in dem der objektive und personale Geist die Objektivation (den Rechtskodex) aufhebt. Ferner muss sich der objektivierte Rechtsgeist, um Recht zu sein, durch Exekutierbarkeit und Faktizität im Durchschnitt auszeichnen. Es muss eine reale Macht da sein. Auch aus diesem Grund teilt das Recht das Schicksal jeder Realität, d. h. es hat seinen Ursprung, sein Leben und seinen Untergang.

Das wechselseitige Verhältnis aller drei Sphären des rechtlich-geistigen Seins, d. i. des personalen, des objektiven und des objektivierten Rechtsgeistes ist ein typisch dialektisches, wie Hartmann zeigt. Der lebendige (personale und objektive) Rechtsgeist wird wesentlich zu rechtlichen Objektivationen (zur Schaffung von Gesetzen und anderen Rechtsnormen) getrieben. Sobald er sie bildet und aus sich heraus vertreibt, werden diese Objektivationen für ihn eine Fessel, weil der lebendige Rechtsgeist sich immer wandelt, während der objektivierte Rechtsgeist grundsätzlich derselbe bleibt und ein konservativer Faktor ist; nur der lebendige Geist enthält ein Moment des Fortschritts. In gegenseitiger Wirkung des objektivierten und des lebendigen Rechtsgeistes wird wieder dieser objektivierte Rechtsgeist, besonders in der Interpretationstätigkeit, verändert, und es tritt in einer gewissen Art eine Modifikation des objektivierten Rechtsgeistes ein. Wenn aber die Diskrepanz zwischen dem lebendigen Rechtsgeist und dem objektivierten Rechtsgeist zu groß ist, ist der lebendige Rechtsgeist gezwungen, sich seiner alten Objektivation zu entledigen; gleichzeitig aber gibt er sich notwendigerweise eine neue Objektivation. Die Notwendigkeit der fortwährenden Objektivationen ist besonders dadurch bedingt, dass der objektive Rechtsgeist kein adäquates Bewusstsein besitzt und nur ein Ersatzbewusstsein in den menschlichen

Individuen hat. Wenn der objektive Rechtsgeist sich seiner Fesseln entledigt und sich weiter entwickeln will – und als ein lebendiger Geist muss er sich entwickeln – so braucht er dazu das Bewusstsein dieser Fessel im Bewusstsein der Individuen, und das geschieht gerade durch die Objektivationen. In ihnen macht der objektive Rechtsgeist seine Formen für Individuen wahrnehmbar, und dadurch befreit er sich von den alten Fesseln; dabei legt er sich allerdings eine neue Fessel an.

Der objektivierte Rechtsgeist (Gesetze, Verordnungen usw.) ist auf der einen Seite ein geistiges Gut, an dem der lebendige Geist zehrt, und gleichzeitig ist der objektivierte Rechtsgeist für den objektiven Rechtsgeist in dieser Richtung von Nutzen. Auf der anderen Seite bedeutet der objektivierte Rechtsgeist eine Fessel für den lebendigen (objektiven und personalen) Rechtsgeist; der lebendige Rechtsgeist muss mit ihm kämpfen, um sich von ihm freizumachen und durch eine neue Objektivation neue Fesseln zu schaffen.

## **§ 10. Das Recht und die Macht; der organisierte Zwang**

I. Jetzt stehen wir vor der Frage des Verhältnisses des Rechts und der Macht, deren Lösung wir schon angedeutet haben in dem Sinne, dass die Macht ein immanenter und essentieller Bestandteil des Rechts ist, dass also das Recht ohne Macht Nonsens bedeutet und die Macht ohne Recht nur Gewalt ist. Bei der Lösung der Frage, in welche Schicht des Aufbaues der realen Welt das Recht gehört, stehen wir vor allen Folgen, welche aus dem Schluss hervorgehen, dass die Macht ein essentieller Bestandteil des Rechts ist.

Die Macht des Rechts ist nicht nur Wirksamkeit der Vorstellung im Denken der Menschen der betreffenden Rechtsgemeinschaft, wo schon die Schicht des seelischen Seins mit ihren Kategorien in Betracht kommt, sondern auch die faktische Durchsetzung des Rechts in der Wirklichkeit. Hier kommt der organisierte Zwang (Exekution und Strafe) in Betracht und damit auch die untersten Schichten des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt, d. h. die Schichten des organischen und anorganischen Seins mit ihren Kategorien.

Es ist freilich möglich, sich die ganze Lösung zu vereinfachen und mit Kelsen zu behaupten, dass das Recht ein Inbegriff von Normen ist, die den Zwang nur anordnen, in deren Inhalt also das Merkmal des organisierten Zwanges mitenthalten ist. Ist das aber wirklich so? Ist diese Lösung richtig? Dann wäre der Inbegriff von bloß zwangsanordnenden Normen, auch wenn sich diese Normen nicht durchsetzen, geltendes Recht. Und das ist offenbar nicht wahr. Kelsen selbst fordert, dass die Rechtsordnung im Durchschnitt Faktizität aufweisen muss.

Es ist also nicht richtig, mit Kelsen zu sagen, dass das Recht ein System von Normen ist, welche den Zwang nur anordnen. Es genügt nicht, das Merkmal des Zwanges nur in den Inhalt der Rechtsnormen einzureihen, um ein geltendes Recht zu erhalten. Dann wäre schließlich auch ein System von durch einen „naturrechtlichen“ Denker erdachten Normen geltendes Recht, wenn nur diese Normen im Denken ihres „Schöpfers“ mit organisiertem Zwang ausgestattet wären.

Es ist unbedingt notwendig, die durchschnittliche faktische Durchsetzung des Rechts in der Wirklichkeit als ein Hauptmerkmal des Rechts festzustellen. Es ist notwendig, dass zu jedem System von Normen mit abgeleiteter Normativität, welche den Zwang für den Fall der Nichterfüllung der Pflicht anordnen, noch ein organisierter Zwang in der Wirklichkeit hinzutrete. Das gehört zwar in die niederen Schichten des Seins, es gehört aber dennoch zum Wesen des Rechts.

**II.** Das Merkmal des Zwanges, des organisierten Zwanges, erscheint regelmäßig auf irgendwelche Art in der Definition des Rechts – schon mit Rücksicht darauf, dass man das Recht von der Moral und Sitte unterscheiden will: so z. B. Thomas von Aquino, Kont. Blackstone Jenks Léry – Ullmann, Géry, Burckhardt, Kelsen – im Unterschied zu Fries, Nelson, Weyr, Ehrenzweig.

Meiner Meinung nach ist dieser große Streit, ob der Zwang, bzw. der organisierte Zwang, ein essentielles Merkmal des Rechts ist oder nicht, in der Weise zu entscheiden, dass es hier – wie auch bei dem Merkmal der Faktizität und bei dem Problem der Geltung des Rechts – notwendig ist, zwischen der einzelnen Rechtsnorm und dem Recht als einem Ganzen zu unterscheiden. Das Merkmal des organisierten Zwanges

ist kein Essentiale der einzelnen Rechtsnorm, wie es z. B. Kelsen lehrt. Die einzelne Norm ist eine Rechtsnorm, wenn man sie in das Ganze der Rechtsordnung einreihen kann. Wenn es demgegenüber um das Recht, um die Rechtsordnung, als um ein Ganzes geht, dann ist das Merkmal des organisierten Zwanges ein Essentiale in dem Sinne, dass nur eine solche Ordnung die Rechtsordnung ist, welche sich im Durchschnitt ihrer Normen durch den organisierten Zwang ausweist, d. h. wo die Mehrzahl von Normen auf solche Art sanktioniert ist, d. h. auf deren Verletzung als Folge eine organisierte Sanktion festgesetzt ist und auch im Durchschnitt diese Sanktion realisiert wird; dadurch geht dieses Merkmal des organisierten Zwanges schon in ein weiteres Merkmal, nämlich in das Merkmal der Faktizität der Rechtsordnung im Durchschnitt über.

Beim Recht als einem Ganzen geht es um einen äußerlichen organisierten Zwang, um die Exekution und die Strafe. Manchmal legt man diese zwei typischen Arten von Sanktionen koordiniert nebeneinander, ein anderes Mal spricht man von der Strafe als von einer besonderen Art der Exekution, und zwar als von einer besonderen Art des indirekten Zwanges.

Keinesfalls genügt es jedoch, den organisierten Zwang als einen bloßen Bestandteil des Norminhalts zu begreifen, sondern es ist unbedingt notwendig, dass die wirkliche Realisation dieses Zwanges im Durchschnitt der Fälle hinzutrete. Das Recht ist ein komplexes Gebilde, das alle Schichten der realen Welt durchdringt und auch in die tragende und gleichzeitig niedrigste Schicht der realen Welt, in die Schicht des anorganischen Seins eingreift, und das gerade durch den organisierten Zwang im Durchschnitt und durch die Faktizität im Durchschnitt hineinwicht.

**III.** Das geschriebene Recht und auch das Gewohnheitsrecht sind komplexe Gebilde, welche alle Schichten des stufenförmigen Aufbaus der realen Welt durchdringen. Das Recht ist ein komplexes Gebilde, und zwar:

1. Es ist vor allem objektivierter Rechtsgeist, der auf dem objektiven Rechtsgeist (auf dem Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Gemeinschaft einschließlich der rechtlichen Weltanschauung) und dem personalen Rechtsgeist (auf dem Rechtsbewusstsein einzelner Menschen) beruht und durch den objektiven und den personalen Rechtsgeist getragen wird und sie gleichzeitig trägt.

2. Das Recht greift auch in das seelische Sein ein. Die Macht als ein essentieller Bestandteil des Rechts ist auch eine Macht im Denken einzelner Menschen. Hier kommen auch die immer noch nicht genug geklärten Kategorien des seelischen Seins in Betracht; es gelangt hier die psychologische Untersuchung zur Geltung. Viele wertvolle Ergebnisse findet man besonders in den rechtspsychologischen Untersuchungen Petrazyckis.
3. Das Recht greift in das organische Sein ein, weil das Recht untrennbar mit den organischen Trägern dieses Rechts, d. i. mit den Menschen verbunden ist.
4. Auch das physisch-materielle Sein mit seinen Kategorien kommt in Frage, weil der organisierte Zwang und die Faktizität im Durchschnitt ein Essential des Rechts ist.

Das Phänomen des Rechts hat also für sich alle Seinsschichten genauso wie der Aufbau der realen Welt sie für sich hat. Diese Erkenntnis kann man brachylogisch auch so ausdrücken, dass das Phänomen des Rechts alte Schichten des Aufbaues der realen Welt durchgeht und sie erfasst. Bei weitem allerdings liegt das größte Gewicht auf der Seinsschicht des geistigen Seins, wo die eigentlichste Domäne des Rechts ist. Die weiteren Seinsschichten, auch wenn sie im Phänomen des Rechts in bedeutender Weise hervortreten, treten doch im Verhältnis zum geistigen Sein in den Hintergrund.

In dieser Tatsache beruht eben der Unterschied zwischen dem Recht und dem Staat. Beim Staat – wenn man hier vorläufig von einem weiteren Unterschied absieht, nämlich dass für uns der Begriff des Rechts viel umfangreicher ist als der des Staates, da auch das Völkerrecht und das Kirchenrecht zum Recht gehören – kommen gleichwertig alle Schichten des realen Seins in Betracht und machen sich geltend. Das wurde schon von Alters her geahnt und hat, wenn auch nicht genügenden Ausdruck in der Lehre von den Elementen des Staates gefunden. Beim Staat spielen eine gleichbedeutende Rolle das Gebiet, welches in die Schicht des physisch-materiellen Seins gehört.

Es ist daher klar, dass nicht nur das Recht, sondern auch der Staat ein zusammengesetztes, komplexes Gebilde ist, das durch alle Schichten des

realen Seins hindurchgeht. Der Unterschied liegt in dieser Richtung nur in der Betonung einzelner Seinsschichten. Wenn wir vom Recht sprechen, steht die Schicht des geistigen Seins im Vordergrund. Wenn wir vom Staat sprechen, legen wir einen gleichmäßigen Nachdruck auf alle Schichten des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt.

**IV.** Bei der Rechtsordnung als solcher – nicht direkt beim Recht – geht es um eine doppelte Transzendenz. Bei der Rechtsordnung als dem objektivierten Rechtsgeist handelt es sich zuerst um die Transzendenz in der Richtung nach unten. Wenn uns die positive Rechtsordnung interessiert, so im Rahmen des Rechtes, das ein komplexes Gebilde darstellt und auch die niederen Schichten des Aufbaues der realen Welt durchdringt.

Zweitens handelt es sich bei der Rechtsordnung, und nur indirekt beim Recht, um eine Transzendenz in der Richtung nach oben, in der Richtung zur Welt der Idealität, zum Reich der Normideen, in unserem Fall zur Normidee des Rechts. Zuerst tendiert jede Rechtsordnung allerdings zum objektiven Rechtsgeist, daher zur realen Idee des Rechts. Diese Transzendenz nach oben kommt sowohl bei der Rechtsordnung als solcher wie auch beim Rechts in Betracht. Der Mensch mit seinen fünf Attributen ist der einzige Vermittler zwischen der Welt der Realität zuerst (dem objektiven Rechtsgeist mit der realen Idee des Rechts an der Spitze) und der Welt der Idealität, konkret der Normidee des Rechts. In diesem Sinne kann man also bildlich von der doppelten Transzendenz der Rechtsordnung, und zwar nach unten und nach oben, und von der Transzendenz des Rechts als solchem nach oben sprechen.

## **§ 11. Die Kategorien des Rechts**

**I.** Mit Rücksicht auf das komplexe dialektische Material des Rechts ist es klar, dass man mit einer einzigen Kategorie, mit einem einzigen noetischen Gesichtspunkt oder Beobachtungspunkt keinesfalls auskommen kann. Gerade das war der Fehler von Kelsen und Weyr, dass sie dachten, dass für das Recht der einzige noetische Beobachtungspunkt in Frage kommt, nämlich der normative Beobachtungspunkt. Dieser Fehler war bei ihnen eng mit einem anderen Grundfehler verbunden, nämlich dass sie beide das Recht in die Welt der Idealität einreichten.

Die rechtliche Untersuchung muss mit zwei Welten arbeiten, mit der Welt der Realität und mit der Welt der Idealität, und auch mit dem diese Welten verbindenden Glied, d. h. mit dem Menschen, mit seinem freien Willen und seinem „*organ du cœur*“ für die absoluten Pflichten der Normideen. In der Welt der Realität sind für das Recht in erster Linie die drei Sphären des geistigen Seins von Interesse und weiterhin auch – mit Rücksicht auf die Macht und besonders auf den organisierten Zwang – die niederen Schichten des stufenförmigen Aufbaus der realen Welt.

**II.** Das Material des Rechts ist durch eine große Komplexität gekennzeichnet, und deshalb weisen auch die Kategorien des Rechts einen komplexen dialektischen Charakter auf. Die dialektische Komplexität bedeutet und fordert aber eine schöpferische Synthese, eine Einheit in der Verschiedenheit. Sie bedeutet vor allem die Notwendigkeit, das durch die Erkenntnis zu bemächtigende Material sorgfältig zu berücksichtigen. Sie bedeutet weiter die Notwendigkeit, sich den Weg zur richtigen Methode durch das Material zeigen zu lassen, und nicht umgekehrt, die im Voraus gewählte Methode zu verteidigen, auch wenn die Phänomene gegen sie sprechen. Sie bedeutet in der methodologischen Einheit alle Erkenntnisse, die uns einzelne, in Frage kommende Wissenschaften geben, separat zu sammeln, und letztlich bedeutet sie das Allerwichtigste: das Zusammenfügen aller dieser aus verschiedenen Erkenntnissystemen gewonnenen Erkenntnisse in eine große Einheit, in eine komplexe Synthese, die am besten der Fülle des betreffenden Materials adäquat wäre.

Gerade das ist der dialektische Zugang zur Sache. Daraus folgt, dass man nicht einen Widerspruch um jeden Preis behaupten darf, sondern nur dann, wenn dieser Widerspruch (zwischen der Thesis und der Antithesis) in dem zu erkennenden Phänomen selbst liegt.

**III.** Das Verhältnis der ontologischen und der noetischen Kategorie des Rechts kann man bildlich und sehr brachylogisch – wenn man von der Tatsache abstrahiert, dass sie sich grundsätzlich decken – auch so ausdrücken, dass die noetischen Kategorien Versuche sind, die ontologischen Kategorien nach gründlicher Untersuchung des zu erkennenden Materials am adäquatesten zu erfassen und auszudrücken.

Vielleicht geht es in der Praxis um einen glücklichen Fall der Intuition, wie Gustav Radbruch festgestellt hat, wenn es uns gelingt, die adäquate Kategorie zu bestimmen. Es geht aber um eine allgemeine Erscheinung, dass jeder wissenschaftliche Arbeiter zuerst durch wiederholtes „Antasten“ des „Gegenstandes“ und seiner verschiedenen „Seiten“, „Flächen“ sich in diesen „Gegenstand“ in so einem Maße einlebt, dass es ihm schließlich gelingt, sich auf irgendeine Art sich dieses „Gegenstandes“ zu bemächtigen und dass grundsätzlich erst nachträglich ein klares methodologisches Bewusstsein der ganzen Lösung hinzutritt. Recht hat Hartmann, dass die Methode etwas Aposteriorisches ist. Das darf freilich keineswegs zur Unterschätzung der Methode und der Methodologie führen, ja im Gegenteil.

**IV.** Für das geistige Sein sind – wie wir schon wissen – die Kategorie der Teleologie (der Zwecktätigkeit) und die Kategorie der Normativität typisch, adäquat und dominant. Selbstverständlich kommt für das Recht auch die Kategorie der Zeit in Betracht, da die Kategorie der Zeit für alle Schichten des stufenförmigen Aufbaus der realen Welt maßgebend ist.

Jetzt entsteht die Frage nach der Determination des geistigen Seins, nach der Natur der Kategorien, welche das geistige Sein beherrschen, bzw. sein Wesen bilden.

Das sogenannte zweite Gesetz der Geltung, das Gesetz der Schichtengeltung, besagt, dass die Determination, die von den Kategorien ausgeht, innerhalb der Seinsschicht, der sie angehört, eine für jedes Konkretum unüberschreitbare Bindung bedeutet, dass keine Ausnahme von ihr existiert und keine außerhalb oder neben ihr existierende Macht sie negieren kann. Das ist gerade der Unterschied von den Normideen, die – obzwar ihnen der Charakter der Prinzipien eigen ist – keine Macht besitzen, das betreffende Sein absolut zu determinieren, und wenn sie die Striktheit der Forderung haben, vermissen sie doch die Garantie, dass ihre Forderung erfüllt wird.

Wie ist es nun mit den Kategorien, die der Sphäre des geistigen Seins eigen sind, besonders mit der Kategorie der Normativität, bestellt? Determiniert diese Kategorie die Schicht des geistigen Seins absolut verbindlich? Oder hat doch die Kategorie der Normativität des geistigen Seins, trotz

ihres Prinzipiencharakters nicht die Macht, das Sein absolut zu determinieren, und muss daher die betreffende Forderung (die entsprechende Pflicht) nicht notwendigerweise erfüllt werden?

Die Erklärung findet man, wenn man sich vergegenwärtigt, dass es sich hier um die Sphäre der abgeleiteten Normativität handelt. Die Kategorien des geistigen Seins sind etwas, was zwischen den Kategorien im strikten Sinne – den Kategorien des physisch-materiellen, des organischen und des seelischen Seins – und den Kategorien der Normidee liegt. Es handelt sich weder um reine Kategorien im strikten Sinn noch um die Kategorien der Normideen. Die Kategorien des geistigen Seins, sc. die Kategorie der Normativität und die Kategorie der Teleologie, determinieren zwar dieses Sein, aber nicht unbedingt, sondern nur im Durchschnitt. Man kann beobachten, dass dieses „Durchschnittsmerkmal“ in den Sphären des geistigen Seins eine bedeutende Rolle spielt. Das Recht als Ganzes – im Unterschied zur einzelnen Rechtsnorm – muss, um Recht zu sein, im Durchschnitt exekutierbar sein, muss im Durchschnitt eine Faktizität aufweisen und muss im Durchschnitt als richtig, als Pflicht empfunden werden. Die begriffliche Bestimmung des Rechts und seine Geltung sind gerade an dieses Phänomen des Durchschnitts geknüpft.

Die Kategorien des geistigen Seins sind daher keine reinen Kategorien im Sinne von z. B. der Kategorien des Raumes, der Zeit und der Kausalität, sondern sie bilden ein Zwischending, und zwar im vollen Einklang mit der besonderen Natur des geistigen Seins, seiner drei Sphären, die sich durch die abgeleitete Normativität auszeichnen.

**V.** Die erste Kategorie des geistigen Seins, besonders wenn man an den rechtlichen (und moralischen) Bereich denkt, ist die Kategorie der Normativität. Auf dieser Kategorie ist eine ganze Reihe von Grundbegriffen aufgebaut, die in den Rechtswissenschaften benutzt werden. Es sind insbesondere die Begriffe der Pflicht, der Norm, des Pflichtsubjekts, des Rechtssubjekts und des Rechts überhaupt, aber auch Begriffe von weiterer Tragweite wie die Begriffe der Richtigkeit und der Geltung.

Wir wissen bereits, dass der Mensch als Subjekt und Person unter doppelter Determination des Sollens, der Pflicht, unter zweifacher Kategorie der Normativität, und zwar der reinen Normativität der Normideen und

der abgeleiteten Normativität gewisser Bereiche des geistigen Seins und speziell des objektiven Rechtsgeistes und des objektivierten Rechtsgeistes steht. Diese Erkenntnis ist für das Begreifen und für die Lösung zentraler rechtswissenschaftlicher und rechtsphilosophischer Probleme von grundlegender Bedeutung. Die Grundfrage nach dem Ursprung und der Natur des Sollens (der Pflicht), die Frage des Konfliktes zwischen dem reinen Sollen der Normideen, deren Stimme der empfängliche personale Geist mit unermesslicher Dringlichkeit begreift, und dem abgeleiteten Sollen, z. B. der kodifizierten, also objektivierten Rechtsordnung oder der konkret geltenden Moral können auf dieser Grundlage richtig gelöst werden.

Die zweite Determination des geistigen Seins und speziell des Rechtsgeistes ist durch die Kategorie der Zwecktätigkeit, der Teleologie als der Zwecktätigkeit im Gegensatz zur bloßen Zweckmäßigkeit gegeben. Wir wissen schon, dass die teleologische Kategorie eine eigenständige Kategorie ist, die grundverschieden von der Kategorie der Kausalität ist. Der Bau des teleologischen Nexus ist weit komplizierter und weist drei Etappen auf und erst die dritte Etappe bedeutet die kausale Verwirklichung des Zwecks durch die Mittel. Die teleologische Determination stellt die kausale Determination in ihren Dienste und steht mit ihr vollkommen im Einklang. Gerade mit Hilfe der teleologischen Determination überführt der Mensch als Subjekt und Person das reine Sollen in die Welt der Realität.

Aber auch hier wird die Kategorie der Teleologie zweimal angesetzt. Einmal bei der Überführung der Pflicht der Normideen in die reale Welt und ein zweites Mal bei der Überführung des abgeleiteten Sollens gewisser Bereiche des geistigen Seins in die niedrigeren Schichten des Aufbaus der realen Welt. Die Teleologie ist also einerseits die Form, mittels derer das Sollen der Normideen in das real geistige Sein (besonders in den personalen, objektiven und objektivierten Rechtsgeist, also in das rechtliche Bewusstsein des Individuums, in das Rechtsbewusstsein des Volkes und in den „objektivierten“ Rechtskodex) überführt wird, bzw. diese geistigen Sphären bildet, andererseits die Form, mittels welcher man speziell die Normen der Rechtsordnung in die niedrigeren Schichten der realen Welt überführt, d. h. die Form, mittels welcher sich das abgeleitete Sollen der Rechtsnormen in unserer Welt realisiert.

Im rechtlichen Bereich arbeitet man jedoch auch mit der Kategorie der bloßen Zweckmäßigkeit. Es handelt sich um eine ontologische bzw. noetische Hilfskategorie, die besonders bei der Interpretation von Normen eine entscheidende Rolle spielt.

Der Teleologie – ohne Unterschied, ob es sich um die Zwecktätigkeit oder bloße Zweckmäßigkeit handelt – ist wieder ein ganzes System von Begriffen, wie des Wollens, des Mittels, des Zwecks, des Bedürfnisses, der Nützlichkeit, des Wertes, des Schadens, des Kostenaufwandes, des Ertrags usw., und der Regeln, z. B. des Gesetzes vom relativen Nutzen, des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit, eigen, wie Karel Engliš in seiner noch nicht veröffentlichten „Großen Logik“ zeigte.

**VI.** In der Schicht des geistigen Seins trifft man noch eine weitere typische Form der Determination, die in der Autonomie des Menschen als Subjekt und als Person, und zwar sowohl in der Beziehung zu den bestimmten Faktoren der realen Situation als auch im Bezug auf die Pflichten der Normen, Ideen und Normideen besteht. Es handelt sich um die Willensfreiheit, welche die grundlegende Voraussetzung für die Zurechenbarkeit und Verantwortlichkeit des Menschen ist. Vom ontologischen Standpunkt aus gesehen, enthält die Willensfreiheit eine neue, besondere Form der Determination.

Die Willensfreiheit erscheint hier zweimal. Erstens auf der höchsten Ebene, nämlich im Verhältnis der Menschen als Subjekt und Person zu den Normideen auf der einen Seite, und zu den realen Faktoren auf der anderen Seite. Zweitens auf der Ebene des Verhältnisses des Menschen zum objektiven und objektivierten Rechtsgeist. In der Willensfreiheit ist ein positiv determinierendes Moment enthalten.

Es ist angebracht, noch einmal die Tatsache zu betonen, dass die grundlegenden kategorialen Momente des personalen Geistes, wie der Wille, die Aktivität, die Freiheit, an das Bewusstsein gebunden sind und deshalb nicht im objektiven oder objektivierten Geist (Rechtsgeist) erscheinen, weil kein gemeinsames Bewusstsein als solches über dem Bewusstsein der Einzelnen existiert. Wenn man doch vom Rechtsbewusstsein des Volkes spricht, so handelt es sich nur um einen Hilfsbegriff, weil wir keinen besseren besitzen.

**VII.** Alle für die Schicht des geistigen Seins typischen Kategorien, in erster Reihe die Kategorie der Normativität und die Kategorie der Zwecktätigkeit, stellen keineswegs – wie auch schon angedeutet wurde – die einzigen Kategorien der geistigen Bereiche dar. Es gibt auch Kategorien, die in allen Seinsschichten wiederkehren, wie die Fundamentalkategorien, d. h. solche Prinzipien, welche ihr Konkretum in allen Seinsschichten haben. Es existieren Kategorien der niedrigeren Seinsschichten, die durch alle Seinsschichten gehen und auch für den personalen, objektiven und objektivierten Rechtsgeist, also für den ganzen rechtlichen Bereich maßgebend sind; das sind die Kategorien der Zeit und des Prozesses. Der ganze Bereich des Rechts – und auch der Moral – lebt unter der Kategorie der Zeit und hat einen Prozesscharakter. Deshalb bilden die Kategorien der Zeit und des Prozesses auch den weiten Bereich des Rechts, da das Recht in die reale Welt gehört und die Zeit und der Prozess (das Werden) allem Realen gemeinsam sind.

Anders ist es mit der Kategorie des Raumes (der Räumlichkeit), die mit der Schicht des organischen Seins endet. Wenn das Recht nur der Schicht des geistigen Seins angehören würde, dann wäre die Kategorie des Raumes eine für das Recht nicht in Betracht kommende Kategorie. Anders verhält es sich, wenn das Recht infolge des ihm immanenten Bestandteiles der Macht und des organisierten Zwangs, auch in die Schichten des organischen und des physisch materiellen Seins eingreift. Die Kategorie des Raumes stellt daher auch eine Kategorie des Rechtes dar.

In gleicher Weise ist es mit den Kategorien der Kausalität und der Wechselwirkung von dem, was gleichzeitig ist, bestellt. Diese Kategorien gehen allerdings in gewissem Maße nach dem Grundsatz des kategorialen Schichtenbaues ohnehin in das seelische und auch in das geistige Sein über.

**VIII.** Es entsteht die Frage, auf welche Weise diese verschiedenen Kategorien eine Einheit bilden können, und zwar eine Einheit, die das Wesen dessen, was den Namen „Recht“ trägt, bestimmt.

Im Sinne der Lehre der kritischen Ontologie ist es notwendig, sich in aller Kürze mit den Grundsätzen der kategorialen Gesetzlichkeit – und in ihrem Rahmen einige kategoriale Gesetze des Aufbaus der realen Welt – welche das Wesen der Kategorien betreffen, diese Prinzipien von

Prinzipien auseinanderzusetzen. Vor allem muss man sich klar werden, dass Kategorien das sind, was sie sind, nur als Prinzipien von etwas, als Prinzipien vom Konkretum, und dass es unmöglich ist, das Konkretum ohne Kategorien zu denken und auch nicht die Kategorien ohne das Konkretum, und dass die Determination, welche von den Kategorien ausgeht, innerhalb der Seinsschicht, welcher sie angehören, eine für das ganze Konkretum bindende Determination ist; weiter, dass eine feste Zugehörigkeit der Kategorien zu einzelnen Seinsschichten existiert, und dass das Konkretum der Schicht kategorial saturiert ist und keine weitere Bestimmung braucht. Es handelt sich um den Grundsatz der Geltung mit seinen kategorialen Gesetzen des Prinzips, der Schichtgeltung, der Schichtenzugehörigkeit und der Schichtdetermination.

Das alles gilt selbstverständlich auch für den rechtlichen Bereich. Wenn das Recht ausschließlich der Schicht des geistigen Seins angehören würde, dann wäre alles klar, und die vier kategorialen Gesetze, welche den Grundsatz der kategorialen Gesetzlichkeit näher ausführen, würden zweifellos gelten, und das Recht als Konkretum wäre nichts ohne seine Kategorien, ebenso wie diese Kategorien nichts ohne das Konkretum wären; das Konkretum wäre restlos durch die Kategorien determiniert und saturiert.

Eine kompliziertere Situation liegt allerdings vor, wenn man zu dem Schluss kommt, dass die Macht und besonders der organisierte Zwang ein immanenter und essentieller Bestandteil des Rechts ist und das Recht nicht ein ausschließliches Phänomen der geistigen Seinsschicht ist, sondern es auch die anderen, niedrigeren Schichten der realen Welt durchdringt; das Recht ist ein komplex zusammengesetztes Gefüge. Auch der Staat und der Mensch stellen ein solches komplex zusammengesetztes Gefüge dar. Deshalb kommen auch die Kategorien der anderen Schichten in Betracht, insbesondere die Kategorien der Kausalität und der Wechselwirkung und allerdings auch die allem Realen gemeinsamen Kategorien der Zeit und des Prozesses. Deswegen steht man vor der Frage, auf welche Weise es möglich ist, alle diese Kategorien in eine Einheit einzugliedern, welche die Einheitlichkeit des komplex zusammengesetzten Gefüges des Rechts gewährleistet.

Vor dem gleichen Problem steht man auch mit Rücksicht auf den weiteren Grundsatz der kategorialen Gesetzlichkeit, und zwar mit Rücksicht auf den Grundsatz der Kohärenz mit seinen vier kategorialen Gesetzen (der Gebundenheit, der Schichteneinheit, der Schichtenganzheit und der Implikation), welche ausdrücken, dass die Kategorien nicht einzeln für sich allein stehen, sondern nur im Bund mit anderen Kategorien der betreffenden Seinsschicht existieren, und dass sie durch diese Gemeinschaft verbunden und bestimmt sind, und gemeinsam eine Einheit der Determination bilden, dass keine isolierten Kategorien existieren, dass die Schichtenganzheit in wechselseitiger Bedingtheit ihrer einzelnen Glieder besteht, und dass jede einzelne Kategorie die anderen Kategorien derselben Schicht impliziert.

Aber wie verhält es sich, wenn es sich beim komplex zusammengesetzten Gefüge des Rechts (und auch des Staates) auch um die Kategorien der anderen, niedrigeren Seinsschichten handelt? Gelten auch hier der Grundsatz der kategorialen Kohärenz und besonders die Gesetze der Implikation? Es ist klar, dass Kategorien einer bestimmten Schicht des realen Seins nur einen Komplex determinieren und dass alle kategoriale Determination eine komplexe ist. Aber wie steht die Sache dann, wenn es sich um ein zusammengesetztes Gebilde handelt, bei dem auch die anderen Kategorien der realen Welt in Frage kommen?

Ein gewisses Anzeichen gibt uns der dritte Grundsatz der kategorialen Gesetzlichkeit, nämlich der Grundsatz des kategorialen Schichtenwesens mit seinen vier kategorialen Gesetzen (der Wiederkehr, der Umformung, des Novums und der Schichtendistanz), welcher ausdrückt, dass die Kategorien der einzelnen Schichten weitgehend, nicht aber absolut in den höheren enthalten sind, jedoch nicht umgekehrt, weiter dass die kategorialen Elemente sich bei der Wiederkehr in den höheren Schichten der realen Welt verschieden umformen, und dass auf der Grundlage dieser Wiederkehr jede höhere Seinsschicht aus verschiedenen niederen Elementen zusammengesetzt ist, aber immer etwas Neues, ein spezifisches Novum enthält und dass im einheitlichen Reich der Schichten jede Schicht im Verhältnis zur niederen ein gemeinsames Novum besitzt, eine modifizierte Kohärenz der niedrigeren Schichten enthält und sich selbst umformt und

mit ihrer Kohärenz auftaucht. Allerdings ist auch dieser Grundsatz des kategorialen Schichtenwesens nicht imstande, *cum ratione sufficiente* auf die im Grunde andere Frage Antwort zu geben, nämlich auf die Frage, wie die Situation wäre, wenn beim zusammengesetzten Gebilde (beim Recht und Staat) einige Kategorien nicht nur in der umgeformten Form in den höheren Schichten des realen Seins auftauchen, sondern das betreffende zusammengesetzte Gefüge geradezu mit seinem Wesen in diese einzelnen Schichten eingreift und dadurch unmittelbar die Kategorien dieser Schichten der realen Welt innehat? Dabei muss man noch in Betracht ziehen, dass die Wiederkehr der Kategorien dort nicht in Frage kommt, wo es sich nicht um das Verhältnis der Überformung (welche für die Beziehung zwischen der organischen und der anorganischen Schicht in Betracht kommt), sondern um das Verhältnis des Überbaues handelt.

Bei der Lösung dieser Problematik darf man den Grundsatz der kategorialen Dependenz nicht außer Acht lassen, mit seinen vier kategorialen Gesetzen – der Stärke, der Indifferenz, der Materie und des Novums – nach welchen die Abhängigkeit der höheren Kategorien von den niederen nur einseitig besteht, die Kategorien der niederen Schicht zwar die Materie oder das Fundament für die höhere Schicht bilden, aber im Verhältnis zu dieser Schicht „indifferent“ sind, da die niedere Seinsschicht ohne die höhere existieren kann, nicht aber umgekehrt; weiterhin geht es nur um eine partielle Abhängigkeit, und die Kategorien der höheren Schicht besitzen einen weiten Raum der Selbständigkeit, und die übergeordnete Struktur dessen, was höher ist, hat „über“ dem, was niedriger ist, einen weiten Spielraum der Freiheit. Die höheren Kategorien sind durch die niederen bedingt höchstens was die „Materie“ – allgemein nur was das Fundament anbelangt, und deshalb sind sie in ihrer Struktur im Verhältnis zu ihnen „frei“.

**IX.** Aber wiederum bleibt die Frage des synthetischen Zusammenlebens der Kategorien verschiedener Schichten des realen Seins im Rahmen und in der Einheit des zusammengesetzten Gefüges des Rechts und auch des Staates ungelöst.

Ist dann überhaupt eine Lösung möglich? Für die Möglichkeit einer Lösung sprechen überzeugend die Phänomene solcher zusammengesetzter

Strukturen und deren Einheit, welche zweifellos die Phänomene des Rechts und des Staates darstellen. Und wiederum erkennt man, dass uns hier den Ausgangspunkt die Dialektik darstellt, welche als einzige durch ihr Wesen selbst imstande ist, der zusammengesetzten, komplexen Struktur solcher Gebilde, wie der Mensch, der Staat und das Recht sind, gerecht zu werden. Nur in der dialektischen, komplexen Einheit der für das Recht in Betracht kommenden Kategorien kann man das Wesen dieser Gebilde begreifen und besonders den Platz aufzeigen, der ihnen mit Rücksicht auf die zusammengesetzte Struktur in dem stufenförmigen Aufbau der realen Welt gehört.

Die komplex-dialektische Einheit der Kategorien und der korrespondierende methodische Prozess sind weder ein Konglomerat von Erkenntnissen verschiedenster Provenienz noch eine Einleitung, die die Forderung eines methodisch reinen Zutritts zum Material, das man erkennen will, ignorieren würde, sondern bedeutet:

1. Die Treue gegenüber den Phänomenen, d. h. die Notwendigkeit, von Phänomenen auszugehen und mittels dieser Phänomene ihre Struktur zu untersuchen und verifizieren.
2. Keinesfalls in methodischer Hinsicht konfus zu arbeiten, sondern separat und in der Reinheit einzelne Problemausschnitte nach der in Betracht kommenden Kategorie (Kategorien) zu lösen und die gewonnenen und methodisch rein gruppierten Erkenntnisse vorzubereiten.
3. Eine komplexe Synthese dieser Erkenntnisse durchzuführen, wobei der dialektische Grundsatz von der wechselseitigen Bedingtheit des Allen mit Allem ein grundlegendes Instrument für die Erfüllung unserer Aufgabe darstellt, d. h. der Aufgabe, sich der komplex-dialektischen Einheit von Kategorien, welche das Wesen jener komplexen Gebilde des Rechts und des Staates bilden, am besten zu bemächtigen.

## § 12. Die rechtliche Geltung

**I.** Den Weg zur Lösung der rechtlichen Geltung sah schon Platon (*Menon* 86 ff., *Phaedon* 1010), der die Idee (Normidee) des Rechts im „unbedingten“ Sollen, in der Grundnorm (in seinem Sinne) fand: Wenn ich von einer Norm behaupte, dass sie eine Rechtsnorm ist, dann setze ich den Begriff des „Rechts“ fest. Wenn ich dann die Rechnung über die prädikative Bedeutung dieses „Recht-Seins“ geben will, so kann ich dies nicht analytisch aus dem Rechtssatz (*circulus vitiosus*) ableiten, sondern nur synthetisch durch Setzung einer übergeordneten Norm, dann durch Setzung einer vorpositiven Norm und schließlich durch Setzung der „Idee des Rechts“ durchführen. Hier sind *in nuce* nicht nur die Lösung der Frage der rechtlichen Geltung, sondern auch der stufenförmige Aufbau des Rechts angedeutet – allerdings mit einer Transzendierung der Positivität des Rechts und mit einem Rekurs zur Idee des Rechts.

Die Lösung der rechtlichen Geltung liegt wahrhaftig auf der Linie: die einzelne Rechtsnorm muss sich – um gültig zu sein – im Delegationsrahmen der diesbezüglichen höheren Rechtsnorm befindet usw., bis wir zur staatlichen Verfassung kommen. Dann muss die staatliche Verfassung im Rahmen der diesbezüglichen Schichten des Völkerrechts stehen. Dann – wenn man will – kann die Grundnorm konstruieren; dann muss man aber die ganze „positive“ Rechtsordnung, die ganze großartige Pyramide der Weltrechtsordnung als den objektivierten Rechtsgeist, im objektiven Rechtsgeist samt der realen Idee des Rechts verankern, um schließlich die letzte und höchste Stufe der Begründung des Rechts, d. h. die Normidee des Rechts, zu „erreichen“, besser ausgedrückt: zu ihr zu tendieren.

**II.** Und doch findet man bei der Frage nach der rechtlichen Geltung und der Verbindlichkeit eine unglaubliche Fülle unterschiedlichster Ansichten.

Der Begriff der Geltung wird sehr verschieden erfasst, einmal im naturrechtlichen Sinn, ein anderes Mal psychologisch, soziologisch, phänomenologisch, normativ, hegelianisch usw.

Wenn man zur eigenen Lösung der Frage nach der rechtlichen Geltung und der Verbindlichkeit kommt, steht man zunächst vor der Frage, ob zwischen der Geltung und der Verbindlichkeit des Rechtes oder

der einzelnen Rechtsnorm überhaupt ein Unterschied besteht. Ich bin derselben Meinung wie Alfred Verdross, dass zwischen diesen beiden Begriffen der Geltung und der Verbindlichkeit kein Unterschied besteht. Die Geltung einer Norm oder eines Inbegriffs von Normen bedeutet ihre Verbindlichkeit und umgekehrt.

Es ist unbedingt notwendig, streng zu unterscheiden zwischen der Geltung der Normidee des Rechts, der Geltung der realen Idee des Rechts, der Geltung der Rechtsordnung als eines Ganzen und des Rechts als eines Ganzen und der Geltung der einzelnen Rechtsnorm.

Nur die Geltung der Normidee des Rechts ist Geltung im reinen Sinn, d. h. sie ist absolut, apriorisch, d. h. von der Erfahrung unabhängig. Der Grund für diese Behauptung liegt in dem Umstand, dass die Normidee des Rechts eine der Normideen ist, die das Reich (die Welt) der Idealität bilden. Diese reine Geltung der Normidee des Rechts ist – zum Unterschied von der Geltung der realen Idee des Rechts, von der Geltung der Rechtsordnung bzw. des Rechts und von der Geltung jeder einzelnen Rechtsnorm – ewig.

Die Geltung der realen Idee des Rechts, mit ihrer Bezogenheit auf die Normidee des Rechts, ist Geltung im abgeleiteten Sinn. Die reale Idee des Rechts stellt die Spitze der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung dar. Die Geltung der realen Idee des Rechts ist keineswegs ewig oder absolut; sie ist real und daher zeitlich.

Den Kernpunkt der ganzen Problematik der rechtlichen Geltung im herrschenden Schrifttum stellt jedoch die Frage der Geltung der einzelnen Rechtsnorm und der Geltung des Rechts als eines Ganzen. Alle strittigen Fragen der realen rechtlichen Geltung, insbesondere die Frage, ob der Zwang ein essentielles Merkmal des Rechts ist, sind auf der Grundlage der strengen Unterscheidung zwischen der Geltung einer einzelnen Rechtsnorm und der Geltung des Rechts als eines Ganzen lösbar.

Die Geltung der einzelnen Rechtsnorm bedeutet nichts anderes als die Möglichkeit ihrer Einreihung in den hierarchischen Stufenbau des Rechts. Es ist nicht richtig, dass jede einzelne Rechtsnorm begriffsnotwendig eine Sanktion erfordert, wie dies z. B. Kelsen lehrt.

Zum Unterschied von der Geltung der einzelnen Rechtsnorm spielt bei der Geltung des Rechts als eines Ganzen die Sanktion (der organisierte

Zwang) eine ebenso entscheidende Rolle wie das Moment der Faktizität. Die Sanktion im Durchschnitt und die Faktizität im Durchschnitt sind essenzielle Merkmale des Rechts als eines Ganzen. Die Geltung des Rechts ist eine Geltung in der Zeit und im Raum. Sie ist eine Geltung, die ihr Ende findet, wenn das Fundament wegfällt. Das Recht als Rechtsordnung, als objektivierter Rechtsgeist, gilt solange, als es adäquat der Ausdruck des wirklichen Rechtsbewusstseins der in Frage kommenden Rechtsgemeinschaft, also des objektiven Rechtsgeistes ist. Wenn das Recht nur durch Gewalt wirksam bleibt und sich im Widerstreit zum objektiven Rechtsgeist befindet, entsteht die immer stärker auftretende Tendenz, das existierende Recht durch ein anderes Recht, das dem objektiven Rechtsgeist entsprechen würde, zu ersetzen, und zwar entweder auf legalem oder auf revolutionärem Wege. Nur das Recht, das mit dem objektiven Rechtsgeist im Einklang steht, hat gesicherte Geltung.

### § 13. Das „*Recht contra humanitatem*“

I. In diesem Zusammenhang ist es zweckmäßig, die Frage der Geltung des „Rechts“ *contra humanitatem* zu erörtern. Ohne Zweifel bildet diese Frage den Kernpunkt, in dem sich alle strittigen Fragen der rechtlichen Geltung manifestieren.

Einige Beispiele solcher „Rechtsnormen“ *contra humanitatem* werden uns die Problematik beleuchten:

- alle Neugeborenen sollen hingerichtet werden;
- für die Tat des einen Menschen soll immer ein anderer verantwortlich gemacht werden;
- alle Normen, die von einer Kollektivschuld ausgehen und eine Kollektivbestrafung anordnen;
- Normen, die den Betroffenen einer Behandlung unterwerfen, welche ihm jegliche Selbstbestimmung vorenthält oder entzieht, wie etwa die Aberkennung der Rechts- oder Geschäftsfähigkeit aus politischen, religiösen, weltanschaulichen, ideologischen Gründen, aus Rassengründen usw.;

- Normen, die Zwangsversuche an Menschen oder Anwendung der Folter mit dem Ziel der Selbstbelastung der Betroffenen anordnen;
- Normen, die eine Eröffnung reiner Willkür im Verfahren gegen Beschuldigte bedeuten.

Diese Problematik hat sich vor allem an den Erfahrungen mit dem Nationalismus entzündet, weshalb man sie „i. S. von Pars pro toto als das „Hitler-Argument“ gegen den Rechtspositivismus“ bezeichnet, wohl wissend, dass auch andere Beispiele als das Dritte Reich zu seiner Untermauerung dienen könnten (Ott).

**II.** Bei der Lösung dieser Grundfrage der Geltung der „Rechtsnormen“ *contra humanitatem* kann man zwei entgegengesetzte Stellungnahmen, zwei „Idealtypen“ von Lösungen feststellen.

Für die erste Gruppe gilt ausnahmslos die Regel *lex dura, sed lex, quod principi placuit, legis habet vigorem* (D. 1, 4, 1 pr), wie schon Ulpian feststellte. Hierher gehören z. B. John Austin, Karl Bergbohm, Hans Kelsen, František Weyr und gewissermaßen auch H. L. A. Hart.

Zu der entgegengesetzten Gruppe gehört z. B. Cathrein, Julius Moór mit seinen unwandelbaren logischen, physischen, soziologischen und ethischen Grenzen des wandelbaren Rechtsinhalts, Gustav Radbruch, Arthur Kaufmann, Heinrich Henkel, Hans Ryffel u.a.

**III.** Wenn wir jetzt zur Lösung dieser Frage der Geltung „Rechtsnormen *contra humanitatem* kommen, müssen wir uns folgendes Vergegenwärtigen: Im Kern der gesamten Auffassung, die durch die Worte *lex dura, sed lex* ausgedrückt und der Mehrheit der „positivistischen“ Lösungen dieser Frage eigen ist, liegt die grundfalsche Vorstellung von der absoluten Zäsur zwischen der rechtlich-kognitiven und der rechtlich-volitiven Sphäre zugrunde. Die Rechtswissenschaft, qua Wissenschaft soll nur erkennen (und daher auch in ein System einreihen), was die Laien als Gesetzgeber in Form von Gesetzen verlassen hatten. Ein Rechtswissenschaftler und mit ihm auch der Richter sind daher verurteilt, die Bastard-„Gesetze“, die in solchen Fällen von diesen juristischen Laien und wahrscheinlich zugleich auch bösen, das Mitleid mit anderen Menschen nicht im Mindesten fühlenden Gesetzgebern herausgegeben wurden, demütig zu akzeptieren,

deren Inhalt am treuesten zu interpretieren und anzuwenden. Die Verantwortlichkeit derer, die vielleicht mit bestem Willen, doch aber nur mit scheinwissenschaftlichen Gründen lehren, es bestehe eine absolute Zäsur zwischen der rechtlich-kognitiven und der rechtlich-volitiven Sphäre, und die Bildung von richtigen Rechtsnormen, in erster Reihe von Gesetzen, daher Sache derer ist, die alles Mögliche, nur nicht das Rechtliche kennen, Gesetze sollen die Ignoranten machen und die Fachjuristen diese „Gesetze“ nur erkennen, ist unermesslich.

Alle, die in solcher Weise argumentieren, wissen nicht, dass es sich hier überhaupt nicht um einen qualitativen, sondern höchstens nur um einen quantitativen Unterschied handelt – nur im Grade der Sicherheit der Feststellung des Inhaltes des Rechtlichen. Es ist nämlich leichter, den Inhalt eines Gesetzes oder einer Gesetzesbestimmung als eines Teiles des objektivierten Rechtsgeistes festzustellen, als den Inhalt eines diese Gebiete behandelnden Teiles des Rechtsbewusstseins der betreffenden Rechtsgemeinschaft einschließlich der rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts, also den Inhalt des objektiven Rechtsgeistes. Man kann aber mit rechtssoziologischen Methoden und Techniken diesen Inhalt des Rechtsbewusstseins feststellen und klarlegen. Der Kern dieses Grundfehlers liegt in der Unkenntnis des objektiven geistigen Seins, des objektiven Geistes und besonders des objektiven Rechtsgeistes, dieser Sphären, welche die abgeleitete Normativität aufweisen. Der objektive Geist (Rechtsgeist) mit seiner abgeleiteten Normativität ist ebenso real und, wenn vielleicht mit etwas größerer Schwierigkeit erkennbar, wie der objektivierter Geist (Rechtsgeist), oder wie die niedrigeren Schichten des stufenförmigen Aufbaus der realen Welt. In den Normen, in den Sollsätzen erkennen wir den objektiven Geist (Rechtsgeist) normativer Provenienz, ganz analog wie wir in den Seinsurteilen (in den Aussagen) die anderen niedrigeren Schichten der realen Welt erkennen. Es ist also nicht richtig, die Sollsätze, die Normen als Gebilde zu begreifen, bei denen man nach ihrer Wahrheit überhaupt nicht fragen darf und kann und bei welchen es sich um etwas wesentlich anderes handelt, als wenn man die Seinsurteile verifizieren will.

Erst die auf das Rechtliche angewandte und weiterentwickelte kritische Ontologie hat bewiesen, dass ein objektiver Geist (Rechtsgeist), welcher real und erkennbar ist, existiert und dass im Rahmen dieses objektiven Geistes die rechtliche und auch die moralische Sphäre mit abgeleiteter Normativität existieren. Es handelt sich also um die Erkenntnis des objektiven Rechtsgeistes. Die Antworten, die diesbezüglichen Normen (Sollsätze), in welchen wir zur Erkenntnis des Inhalts des objektiven Rechtsgeistes gelangen, sind verifizierbar; sie können als wahr oder unwahr charakterisiert werden.

Aber auch die wissenschaftliche rechtliche Weltanschauung, dieser Stufenbau der einzelnen für das Rechtliche entscheidenden Ideen mit der realen Rechtsidee an der Spitze gehört als Bestandteil des objektiven Geistes in die reale Welt; auch hier handelt es sich also um ein Erkennen, auch hier erkennt der Gesetzgeber, und auch hier sind seine Rechtssollsätze, seine Normen verifizierbar.

Es fällt also die ganze Argumentation der „Positivisten“ mit ihrem Diktum *lex dura, sed lex*, weil man nicht nur Gesetze, also nicht nur den objektivierten Rechtsgeist, sondern auch den objektiven Rechtsgeist erkennen kann.

Man kann diese Frage als die Frage der Geltung des Rechts im Sinne ihres Einfügens in den objektiven Rechtsgeist mit der realen Idee des Rechts und letztlich in die ideale Normidee des Rechts nicht vom immanent-rechtlichen Standpunkt adäquat und in letzter Instanz lösen. Aber auch wenn man noch im Rahmen des immanent-positiv-rechtlichen Standpunktes bleibt, wenn man die Frage löst, ob die betreffende Staatsrechtsordnung gültig ist, ist es unmöglich, diese Frage von der Basis dieser Rechtsordnung selbst zu lösen, sondern wir müssen uns über die betreffende Staatsrechtsordnungen übergeordneten Rechtsnormen des Völkerrechts lösen. Dasselbe gilt, wenn man die Frage der Geltung des Völkerrechts selbst oder einer völkerrechtlichen Norm lösen will. Auch in diesem Falle kann man die Frage der Geltung nicht vom immanent-völkerrechtliche Standpunkt lösen, sondern wir müssen noch höher aufsteigen und von dieser höheren Ebene über die Geltung des Völkerrechts, bzw. der einzelnen völkerrechtlichen Norm entscheiden. Keinesfalls genügt es mit einer „Grundnorm“

zu operieren. In diesem Fall würde ein solches Operieren mit der Grundnorm nichts anderes bedeuten als eine gewaltige Beendigung der ganzen Argumentation und keine Lösung.

**IV.** Es ist daher notwendig über das positive Recht einschließlich des Völkerrechts hinaufzusteigen, um ein Kriterium zu finden, welches dem Recht als dem Phänomen überhaupt übergeordnet wäre.

Das gesamte System des Rechts muss im objektiven Rechtsgeist (einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts an der Spitze) verankert werden. In letzter Instanz tendiert allerdings alles Positive zur idealen Welt, zum Reich der Normideen, und in unserem Fall zur Normidee des Rechts, die gemeinsam mit den anderen Normideen einen Bestandteil der höchsten Normidee überhaupt, der Normidee des Guten (der konkreten Sittlichkeit), bildet.

Man muss also den Inhalt der Idee und Normidee des Rechts, deren Bestandteile berücksichtigen, und zwar die Ideen der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen, der Rechtssicherheit und der Zweckmäßigkeit.

Der Idee der Rechtssicherheit würde vielleicht entsprechen, wenn die Geltung des Rechts überhaupt nicht von etwas so schwer Feststellbarem, wie letztlich jede Wertung einer Rechtsnorm durch den Wertmaßstab der Gerechtigkeit und Freiheit ist. Wenn den Inhalt der realen Idee des Rechts und der idealen Normidee des Rechts nur die Idee der Rechtssicherheit bildete, dann müsste man sich mit dem Diktum des früheren Gustav Radbruch zufrieden erklären: *„Wenn nicht festgestellt werden kann, was gerecht ist, so muss festgesetzt werden, was rechtens sein soll und zwar von einer Stelle, die, was sie festsetzt, auch durchzusetzen in der Lage ist.“* Es gibt jedoch zwei Argumente gegen dieses Diktum: Erstens: die Idee der Rechtssicherheit ist nicht die einzige Idee, nicht der einzige Bestandteil der realen Idee des Rechts und der idealen Normidee des Rechts. Zweitens: der objektive Rechtsgeist ist mit rechtssoziologischen Methoden und Techniken feststellbar und erkennbar.

Die reale Idee des Rechts und die ideale Normidee des Rechts haben noch andere Bestandteile als die Rechtssicherheit, und zwar vor allem die Gerechtigkeit sowie die Freiheit des konkreten Menschen. Beide diese

Ideen sind direkte Gesandte der höchsten realen Idee der Humanität und der idealen Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit), sowie autorisierte Vermittler zwischen der realen Idee des Rechts und der realen Idee der Moral, bzw. zwischen der Normidee des Rechts und der Normidee des Rechts, sind so mächtig, dass sie die Stimme der Idee der Rechtssicherheit übertönt, mindestens insoweit, dass ein krasser Widerspruch zu den Regeln der konkreten Menschlichkeit unvereinbar mit dem Recht ist. Das bedeutet, dass so ein solcher grober Widerstreit die Ungültigkeit der Rechtsnorm, bzw. der diesbezüglichen Staatsrechtsordnung zur Folge hätte. So z. B. ist eine Staatsrechtsordnung, die als ein Ganzes im Durchschnitt ihrer Bestimmungen gegen die Grundsätze der Menschlichkeit verstößt, ungültig, stellt keine Rechtsordnung dar, und zwar mit allen Folgen, die das Völkerrecht kennt. Hier ist es vielleicht möglich, gerade positiv-rechtlich zu argumentieren und sich auf die allgemein anerkannten Grundsätze und Normen des Völkerrechts zu berufen.

In diesem Sinne denkt man besonders an die Kataloge von Menschenrechten. Die Vereinten Nationen haben besonders nach dem Zweiten Weltkrieg Menschenrechtskataloge mit unterschiedlicher Wirkung ausgearbeitet. Ihre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 und dann die UN-Konventionen: *über die Verhütung und Bestrafung von Völkermord* (1948), *über die politischen Rechte der Frauen* (1954), *über die Beseitigung aller Formen von Rassendiskriminierung* (1969), *über die Nichtverjährung von Kriegs- und Menschlichkeitsverbrechen* (1970) und *über politische Bürgerrechte* (1966) und *über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (1966) sind besonders wichtig. Hier sind die einzelnen Grundrechte normiert, wir allem Recht auf Gesetzlichkeit, Recht auf Arbeit, Recht auf Gesundheitsschutz, auf Bildung, auf annehmbaren Lebensstandard, auf Meinungs-, Koalitions- und Vereinigungsfreiheit, auf Gleichberechtigung der Geschlechter und Recht auf direkte oder indirekte Mitwirkung an der politischen Leitung, die meiner Meinung nach nicht nur Pflichten und Rechte einzelner Völker, sondern auch einzelner Menschen darstellen. „Schließlich ist die *Persönlichkeitsentwicklung des einzelnen ein notwendiges Element der Vorwärtsbewegung der Gesellschaft; denn nur in dem Maß, in dem der einzelne in der Gemeinschaft mitregiert, gestaltet er die Bedingungen seiner eigenen Entwicklung*“.

Was den letzten Bestandteil der Idee bzw. der Normidee des Rechts betrifft, nämlich die Zweckmäßigkeit, steht diese Idee hier nicht im Vordergrund des Interesses und des Kampfes. Es würde sich jedoch bei einem genaueren Blick zeigen, dass auch diese Idee der Zweckmäßigkeit beiden Ideen der Gerechtigkeit und der Freiheit in ihrem Kampf gegen die Idee der Rechtssicherheit hilft. Letzten Endes würde jede Rechtsordnung höchst unzweckmäßig sein, wenn in ihr z. B. eine Bestimmung gälte, dass alle Neugeborenen, die rothaarig sind, hingerichtet werden sollen, oder eine Bestimmung, dass für die Straftaten nicht die Delinquenten selbst, sondern deren Eltern verantwortlich sind.

V. Viel schwieriger ist ein Entscheiden über die Geltung einer einzelnen Rechtsnorm, z. B. einer gewissen völkerrechtlichen Rechtsnorm oder eines Gesetzes eines Staates oder eines Gerichtsurteils, wenn eine solche Rechtsnorm einen Verstoß gegen die Menschlichkeit bedeutet, wenn sie *contra humanitatem* ist. Der Zusammenstoß der Idee der Gerechtigkeit und der Idee der Freiheit des konkreten Menschen auf der einen Seite und der Idee der Rechtssicherheit auf der anderen Seite ist hier viel schärfer, und die Waage, auf der die Argumente beider Gegenparteien liegen, mehr ausgeglichen.

Wenn man einen solchen Tatbestand beurteilt, muss man vom Grundgedanken ausgehen, welchen Umfang und welche Tragweite jene Rechtsnorm *contra humanitatem* hat. Man kann sich gewiss ein Gesetz im Rahmen der gesamten Staatsrechtsordnung vorstellen, welches so tief und weit eingreift, dass es unmenschlich für weitere Pflichtsubjekte ist und in solcher Weise die Staatsrechtsordnung als Ganzes infiziert. In einem solchen Falle ist es notwendig, ein solches Gesetz und auch eine andere einzelne Rechtsnorm *contra humanitatem* für ungültig, für null und nichtig zu erklären.

Eine andere Frage ist freilich, wer diese Ungültigkeit aussprechen soll. Sicher ist es, dass es sich hier um eine absolute Ungültigkeit, um Nichtigkeit, oder – besser ausgedrückt – um eine Non-Rechtsnorm handelt und dass eine solche „Rechtsnorm“ wegen eines groben Verstoßes gegen die Menschlichkeit niemals Bestandteil einer Staatsrechtsordnung oder des Völkerrechts sein kann.

Auf der anderen Seite steht man jedoch vor einem Faktum, dass tatsächlich, z. B. in der Praxis der Gerichte, eine solche Non-Rechtsnorm im betreffenden Staat als gültig vorausgesetzt, interpretiert und angewendet werden könnte. Wenn eine positiv-rechtliche Bestimmung der betreffenden Staatsrechtsordnung über die Nichtigkeitserklärung einer solchen Non-Rechtsnorm durch ein besonderes Organ, z. B. durch das Verfassungsgericht, existiert, ist eine solche Problematik positiv-staatsrechtlich gelöst. Wenn nicht, so kann und muss man noch weiter (und zwar noch positiv-rechtlich) argumentieren und mit dem Völkerrecht arbeiten und versuchen, ob hier eine Rechtsbestimmung existiert, welche angewendet werden kann und soll. Wenn aber diese ganze positiv-rechtliche Argumentation enttäuscht, so ergibt sich die Nichtigkeit einer solchen „Rechtsnorm *contra humanitatem*“ aus dem objektiven Rechtsgeist, besonders aus der rechtlichen Weltanschauung und aus der realen Idee des Rechts und letztlich aus der idealen Normidee des Rechts, und hier in erster Reihe aus der Argumentation, dass eine solche „Rechtsnorm“ *contra humanitatem* gegen die beiden ersten Bestandteile der Idee, bzw. der Normidee des Rechts verstößt, nämlich gegen die Gerechtigkeit und die Freiheit des konkreten Menschen.

Wahrscheinlich wird man eine immanente Gegenargumentation hören, und zwar mit Rücksicht darauf, dass man doch den objektivierten Rechtsgeist solange in Geltung lässt, bis diese Objektivation auf legalem Wege oder im Wege der Revolution nicht derogiert wird. Gegen diese Argumentation kann man folgendes geltend machen: Erstens, dass es doch um eine Objektivation des damaligen objektiven Rechtsgeistes geht, und dass man dabei von der grundlegenden Voraussetzung ausgeht, dass – schon begrifflicherweise – eine „Rechtsnorm“ *contra humanitatem* im objektiven Rechtsgeist der damaligen Zeit nicht enthalten sein konnte und daher zu keiner Objektivation solcher „Rechtsnorm“ kommen konnte. Zweitens kann man einwenden, dass gerade die von der Rechtsordnung berufenen Organe berechtigt und sogar verpflichtet sind, solche „Rechtsnormen *contra humanitatem*“ für null und nichtig zu erklären.

Wahrscheinlich liegt die Sache anders, wenn es sich um eine einzelne „Rechtsnorm“ eines kleinen Umfangs handelt. Hier muss man

die ganze Argumentation auf den immanent-positiv-rechtlichen Standpunkt begrenzen und den Inhalt der betreffenden Staatsrechtsordnung untersuchen. Es gibt eine Reihe solcher positiv-rechtlichen Hilfsbestimmungen in den Staatsrechtsordnungen, wie z. B. die Bestimmung über die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte *contra bonos mores*. Hierzu gehören grundsätzlich auch andere sog. Generalklauseln, d. h. elastische Bestimmungen, welche uns ermöglichen, die Regel der Humanität, der Billigkeit, im kleineren oder größeren Umfange in die positive Rechtsordnung eingliedern. Manchmal werden die ordentlichen und besonders die außerordentlichen Rechtsmittel eine Hilfe bieten.

Allerdings - wenn alles versagt - und wenn auch die Völkerrechtsordnung nicht hilft, kann in einer Staatsrechtsordnung eine einzelne „Rechtsnorm *contra humanitatem*“ bestehen bleiben. Was in einem solchen Falle? Ist auch eine solche „Rechtsnorm“ nichtig, handelt es sich um eine Non-Rechtsnorm? Kann man auch in einem solchen Falle zum objektiven Rechtsgeist, zur realen Idee des Rechts und letztlich zur idealen Normidee des Rechts rekurrieren? Wenn es sich um einen ganz kleinen Umfang einer solchen „Rechtsnorm *contra humanitatem*“ handelt, muss man sich für ihre Gültigkeit entscheiden. In einem solchen Fall überwiegt die Idee der Rechtssicherheit die Ideen der Gerechtigkeit und der Freiheit. Auf solche Fälle, aber nur auf diese Fälle, trifft das bekannte Diktum von Sokrates vor seinem Tod zu: *„Meinst du, dass ein Staat bestehen kann und nicht vielmehr vernichtet werde, in dem Urteile, die gefällt werden, keine Kraft haben, sondern durch einzelne Menschen ungültig gemacht und vereitelt werden?“* (Platon, *Kriton XI - 3*).

## § 14. Recht und Revolution

I. Der Begriff der Revolution umfasst Phänomene verschiedenster Art, Vorgänge, denen gemeinsam ist: die gewaltsame Erschütterung des Bestehenden, die Umkehrung dessen, was bisher Wirklichkeit und Geltung besessen hat. Die Revolution kann auf allen Gebieten der Realität vorkommen, also - wenn wir von dem stufenförmigen Aufbau der realen Welt ausgehen - sowohl des physisch-materiellen Seins wie auch des

organischen, des seelischen und des geistigen Seins. Revolutionen sind z. B. nicht nur die großen Katastrophen der Erdgeschichte, sondern auch jene in der Religion, Moral, Sitte und im Recht. Man spricht auch von der ethischen Revolution. Je nach den obwaltenden Umständen der illegitimen Änderung der Rechtsmacht sprechen wir von Eroberung, Annexion, Usurpation, Revolution oder Staatsstreich (Felix Somló). Gelingt es dieser Tätigkeit, so nennen wir sie Revolution (Umwälzung); gelingt es ihr nicht, so nennen wir sie Aufstand, Insurrektion. Im Erfolg der ersten liegt ein Verdammungsurteil über die Staatsgewalt; in der Erfolgslosigkeit der zweiten das über sie selbst (Rudolf von Jhering).

Der Revolutionsbegriff findet besonders in der marxistisch-leninistischen Philosophie Anwendung. Die soziale Revolution bedeutet eine grundlegende qualitative Umgestaltung der Gesellschaft als Ganzes oder einzelner gesellschaftlicher Erscheinungen. Es handelt sich im Sinne dieser Philosophie um eine der wichtigsten Phasen und Formen der gesellschaftlichen Erscheinungen. Es geht im Sinne dieser Philosophie um eine der wichtigsten Phasen der gesellschaftlichen Höherentwicklung. Die Revolutionen sind nach der bekannten Feststellung von Karl Marx „die Lokomotiven der Geschichte“. Besonders die Lehren von der Volkssouveränität, vom Gesellschaftsvertrag und vom Herrschaftsvertrag und die Lehre von der Unveräußerlichkeit der Menschenrechte liegen der revolutionären Auffassung zugrunde.

Auf der anderen Seite wird Immanuel Kant als absoluter Gegner jeder Revolution angeführt. Sicher ist, dass Kant in seiner Rechtslehre (*Immanuel Kants Werke VII*, Hrsg. Ernst Cassirer, S. 126 ff.) das Recht des Aufstandes und des Aufruhrs verneint und die Revolution als Hochverrat und den Revolutionär als einen bezeichnet, der „*sein Vaterland umzubringen versucht*“. Auch in seiner Arbeit *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (l. c. VI, S. 383) nennt Kant die „Rebellion“ „*das höchste und strafbarste Verbrechen im gemeinen Wesen*“. Trotzdem ist aber die Sache nicht so klar. In Kants Arbeit *Streit der Fakultäten* ist ein besonderer Abschnitt der Französischen Revolution gewidmet. Dort spricht Kant von der „*Denkungsart der Zuschauer, welche sich bei dem Spiele große Umwandlungen öffentlich verrät*“ und zugleich „*einen*

*moralischen Charakter (des Menschengeschlechtes) wenigstens in der Anlage beweiset, der das Fortschreiten zum Besseren nicht allein offen lässt, sondern selbst schon ein solches ist“.* Auch einige Stellen in Kants *Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* (Cassirer I. c. VI) und besonders der unbestreitbare Einfluss der Schriften Rousseaus auf die praktische Philosophie von Kant scheinen dafür zu sprechen, dass die Aburteilung der Revolution bei Kant letzten Endes im Verhältnis zum „rechtlichen“ Staat gilt, nicht aber im Verhältnis zur Despotie und zum Recht *contra humanitatem*.

Bekannt ist aber auch Herders Aburteilung der Revolution (*Werke* Bd. XVI, S. 115 ff.).

**II.** Die Mehrzahl der Unklarheiten und Fehlern im Schrifttum wird durch die Tatsache verursacht, dass entweder überhaupt nicht oder zumindest nicht mit genügender Folgerichtigkeit in methodologischer Hinsicht zwischen den einzelnen Ausgangspunkten unterschieden wird. Aber auch die Betonung der bloß immanent-positiv-rechtlichen Zutritts bedeutet eine unzureichende Lösung unserer Grundfrage.

Es ist klar, dass für einen treuen Rechtspositivisten, besonders für den Anhänger der Schule der Reinen Rechtslehre, die Sache ganz einfach ist. Der Rechtspositivist erkennt nur den rein oder immanent-positiv-rechtlichen Zugang zur Problematik. Vom Standpunkt des positiven Rechts erscheint ihm die Revolution als eine *negatio iuris* und jede revolutionäre Tat als ein Delikt. Ein solcher Beobachter kann den wahren Kern der Revolution rechtsphilosophisch überhaupt nicht sehen. Bestenfalls erscheint ihm die Revolution als ein nicht juristisches Problem. Das gilt allerdings mit einer Korrektur; das eben Gesagte gilt nämlich ausnahmslos nur, wenn wir vom Standpunkt der staatsrechtlichen Rechtsordnung die Sache beurteilen. Vom Standpunkt des Primat des Völkerrechts wird die Revolution in einem Staat als ein Tatbestand gesehen, den das Völkerrecht kennt und an den es Rechtsfolgen knüpft. Jedenfalls aber ist – beim Primat des Völkerrechts – die immanent-positiv-rechtliche Lösung nur um eine Stufe verschoben. Letztlich aber ist das Verhältnis des Rechts zur Revolution auch von diesem Standpunkt unerklärt.

**III.** Der immanent-positiv-rechtliche Zugang zu unserer Problematik darf jedoch keineswegs das letzte Wort der Rechtsphilosophie sein.

Es ist notwendig zu fragen, wo das Recht (mit der Macht, die sein immanenter und essentieller Bestandteil ist) und die Macht (als dieser immanente Bestandteil des Rechts) ihren eigentlichen Kern haben.

Jede bestehende Macht ist getragen von der Gemeinschaft, in der und über die sie herrscht. Der Machthaber steht nicht auf sich selbst, sondern auf der Gemeinschaft. Als Einzelner hat er überhaupt keine Macht. Macht hat er nur als Vertreter des „Willens“ der Gemeinschaft. Es ist geliehene Macht. Wenn er diese Verbindung verliert, hat er ausgespielt (Hartmann).

Auf der anderen Seite muss man fragen: Besteht das Rechtliche in nichts anderem als in einer Formel, in der Satzung, in den Gesetzen? Dort, wo solche Bestimmungen nicht dem „Willen“ der Gemeinschaft, dem Rechtsbewusstsein der betreffenden Gemeinschaft, präziser gesagt, dem objektiven Rechtsgeist entsprechen, wird sich eine solche Rechtsordnung, d. h. der betreffende objektivierte Rechtsgeist, nicht mehr lange Zeit in „Geltung und Wirksamkeit“ halten. Solange bestimmte Satzung wirklich „gilt“ in einer Menschengemeinschaft, da ist sie – wie Hartmann mit Recht feststellt – vom lebendigen „Rechtswillen“ getragen, ist nichts als sein Ausdruck. Das braucht nicht zu heißen, dass der einzelne Bestimmung bewusst will; wohl aber dass die Mitlebenden, im Ganzen genommen, das bestehende Recht im Ganzen gutheißen und als ihr Eigen anerkennen.

Die Macht, die ein immanenter und essentieller Bestandteil des geltenden Rechts ist, ist daher keine andere als diejenige, die im objektiven Rechtsgeist enthalten und lebendig ist. Hartmann (*Das Problem des geistigen Seins*, 1. Aufl., S. 274 ff.) drückt diesen Kerngedanken wie folgt aus: „*Sie (sc. die Macht) ist in der Wurzel identisch mit dem Inkraftsein des Rechts in den Menschen selbst, oder wenn man so will mit dem gemeinsamen Bewusstsein, dass die äußere Geltung und Handhabung der Satzung Ausdruck innerer Geltung ist. Das Recht ist so von der Zustimmung im Rechtswillen getragen, sofern dieser nicht Privatsache des Einzelnen, sondern ein gleichgeformter in den Einzelnen ist. Und eben dieser im Grunde gleichgeformte Wille ist die Quelle der Macht, mit der er sich durchsetzt.*“

Diese innere Gleichgeformtheit der Einzelnen ist dort, wo sie eine Menschengruppe, ein Volk, beherrscht, nichts anderes als der geschichtlich lebende objektive Geist und speziell objektiver Rechtsgeist als Teil

des allgemeinen objektiven Geistes. Es ist belanglos, ob wir diese Gleichförmigkeit als die des Rechtsbewusstseins oder der Rechtsüberzeugung oder des Rechtsempfindens, des Rechtsgeföhls oder des Rechtswillens bezeichnen. Alles das sind nur Hilfsbezeichnungen, die nur im bildlichen Sinn benutzt sind und die aus einer anderen Seinsicht oder zumindest aus einer anderen Seinssphäre „ausgeliehen“ und gewissermaßen schief sind. In der Schicht des objektiven Geistes kann es sich nämlich um kein eigentliches „Bewusstsein“, um „Empfinden“, „Geföh!“ , „Überzeugung“, noch um „Wollen“ handeln. Eher könnte man von einer gemeinsamen Tendenz sprechen. *„Worauf es ankommt, ist einzig, dass sich um den gemeinsamen, in vielen lebenden Geist handelt, der in ihnen als einer Menge eine Macht bildet; ferner dass der Einzelne um diese Macht keineswegs zu wissen braucht, dass er aber sie als unüberwindlich erföhrt, sobald er bei seinem Tun sie gegen sich hat.“*

Der objektive Geist (Rechtsgeist) ist es, der die Macht, als den immanenten und wesentlichen Bestandteil des Rechts, und das Recht, zu dessen Wesen die Macht gehört, vereinigt. Es ist notwendig, scharf zu betonen – und das im gewissen Widerspruch zur Formulierung dieser Frage von Nicolai Hartmann, der doch an einigen Stellen das Recht und die Macht nebeneinanderstellt – dass das Recht, ebenso wie die Idee und die Normidee des Rechts, schon immanent in ihrem innersten Wesen die Macht beinhaltet.

Das Recht und die Macht haben ein und dieselbe Quelle und dieselbe innere Gültigkeit, die der objektive Geist darstellt. Die innere Geltung des Rechts ist in diesem Sinne identisch mit der Macht, die das Recht über die Menschen ausübt.

Die Rechtsordnung eines Staates ist der objektivierte Rechtsgeist, also eine Objektivation des objektiven Rechtsgeistes (des Rechtsbewusstseins des Volkes der betreffenden Gemeinschaft). Dieser objektive Rechtsgeist ist wieder durch die personalen Rechtsgeister getragen, d. h. durch die Geföhle einzelner Menschen hinsichtlich Gerechtigkeit, Freiheit des konkreten Menschen, Sicherheit und Zweckmäßigkeit.

Die Geltung des Rechts ist so im geistigen Sein verankert, und zwar in allen seinen drei Formen, besonders allerdings im objektiven

Rechtsgeist. Dieser objektive Rechtsgeist einschließlich der herrschenden rechtlichen Weltanschauung als eines offenen Systems einzelner Ideen mit der realen Idee des Rechts an der Spitze, ist aber keineswegs die letzte Quelle und der letzte Grund der Geltung des Rechts. Diese Urgrundlage bildet erst die Normidee des Rechts, die durch die Vermittlung des Menschen als Subjekt und Person mit seinem „*organ du cœur*“ für die kategorische Stimme der Pflicht der Normidee, mit der Vorsehung, Vorausbestimmung, mit der Fähigkeit, sich einzusetzen, mit der Zwecktätigkeit und Freiheit des Willens, in die reale Welt, wenn auch nicht vollkommen, überführt wird. Schrittweise und auf diese Weise werden durch die Tätigkeit einer langen Reihe von Generationen besondere Gebiete des objektiven (und dann auch des objektivierten) Geistes mit abgeleiteter Normativität und konkret mit rechtlich abgeleiteter Normativität gebildet. Nicolai Hartmann bemerkt (l. c., S. 238 f.), dass – ebenso wie es nicht notwendig ist, etwas solches wie eine „*volonté générale*“, die etwas Besonderes neben oder hinter dem Willen der Einzelnen wäre, vorauszusetzen. Eine solche Vorstellung ist von Grund auf irrig. Man denkt, dass zuerst ein privater Wille da ist, welcher in jedem ein inhaltlich anderer ist und auch den Menschen in eine andere Richtung orientiert. Gerade das aber ist unrichtig. Der einzelne wächst schon immer voraus in gemeinsame Zustände, Bedürfnisse hinein und diese sind durchaus nicht die seinigen; im Maße seines Begreifens ist seine Willensrichtung unbedingt in die gemeinsame Richtung gepresst. Die Sache liegt vielmehr so: Es existiert überhaupt kein Wollen der einzelnen, das im Augenblick, wo es erscheint und bewusst wird, nicht gewisse, dem Inhalt und der Richtung nach gemeinsame Grundzüge aufweisen würde. Ebenso existiert kein Rechtsbewusstsein der einzelnen, das nicht schon bei seinem Entstehen eine gemeinsame Grundlage beinhaltet. Das, was auf dieser Grundlage und in dieser Richtung gemeinsam ist, ist gerade das Phänomen des objektiven Geistes. Im Falle, dass man unter dem Begriff „*volonté générale*“ gerade dieses Phänomen versteht, dann wäre es freilich möglich, mit diesem Terminus weiter zu operieren. Allerdings wäre das nicht gerade zweckmäßig, weil dieser Terminus „*volonté générale*“ schon geschichtlich sehr überlastet ist und eine andere Bedeutung aufweist.

Das, was an der Tendenz der Grundlage gemeinsam ist, ist – als solches – ein beweisbares Phänomen und darf nicht mit den Bedeutungen verwechselt werden, die regelmäßig mit dem Terminus „*volonté générale*“ verbunden werden. Die Macht der Tendenz liegt ganz einfach in der Gemeinschaft selbst, und keine andere primäre Macht als diese existiert in der Sphäre des Rechts und des Staates.

Der Einzelwille besitzt freilich im Verhältnis zu dieser Macht noch einen breiten Raum der Freiheit. Der Wille des Einzelnen kann auch ganz aus der gemeinsamen Tendenz herausfallen. Dann ist es ein isolierter Wille, und mit Rücksicht auf die Isoliertheit ist er auch ohnmächtig. Wir dürfen auch nicht die gemeinsame, gemeinschaftliche Tendenz etwa als den „Willen aller“ („*volonté de tous*“) interpretieren. Denn wenn man auch vom Willen des einzelnen absieht, existiert immer eine Divergenz der Gruppe. In dieser Divergenz aber existiert immer irgendwo im Hintergrund eine Tendenz zur Unifizierung und zum Ausgleich. Und im schwankenden Gleichgewicht dieser Möglichkeiten erscheint schließlich immer eine gewisse Resultante, welche die überwiegende Tendenz darstellt.

Dasselbe gilt für den Machtträger oder für eine Gruppe, welche die Macht besitzt. In einem gewissen Raum der Freiheit kann sich die in ihren Repräsentanten realisierte Macht von der gemeinschaftlichen Tendenz ablösen und sich auch gegen sie stellen. Aber der Machtträger kann nicht verhindern, dass sich die Tendenz gegen ihn stelle. Auf die Dauer kann niemand dieser gemeinschaftlichen Tendenz widerstehen. Die Macht des Machtträgers ist eine geliehene Macht. Derselbe objektive Geist, den ein solcher Machtträger vergewaltigt, ist doch die einzige Quelle der Macht dieses Machtträgers. Die von ihrer Quelle abgelöste und künstlich verselbständigte Macht ist historisch zum Untergang verurteilt.

Die verselbständigte Macht braucht nicht die des Machtträgers zu sein; es kann die formale Macht des überlebten Rechts, besonders der Verfassung sein (Hartmann). In einem solchen Fall hat die geltende Rechtsordnung mit ihrer Verfassung den objektiven Geist, die lebendige Quelle staatlicher Rechtsordnung, gegen sich. In dem Augenblick, da diese Tendenz des objektiven Geistes zu kämpfen und die verselbständigte Macht zu fürchten beginnt, haben wir es mit dem Phänomen der Revolution zu tun.

Der lebendige objektive Geist ist es, der versucht, sich eine neue Form, eine neue Objektivation zu geben, die ihm entsprechen würde, die im Einklang mit seiner ganzen Entwicklung wäre.

Jetzt stehen wir vor einer schwierigen Frage: Die geltende Rechtsordnung ist offenbar die, welche sich in der Gemeinschaft im Durchschnitt durchsetzt. Da geht man aber gegen eine solche Rechtsordnung. Der Sinn der Revolution besteht gerade in dem Versuch, die bestehende Rechtsordnung zu stürzen. Das entscheidende Problem lautet: Was bildet den Titel, den Rechtstitel zu solcher Tat? Was verleiht der Revolution die Legitimität? Es ist zu einfach, so zu argumentieren, dass die Revolution ein metajuristisches und metanormatives Phänomen darstellt und dass der Jurist nur mit der geltenden Rechtsordnung arbeitet und nur von ihr ausgehen soll und kann. Gewiss, der „immanent-positive“ Jurist, der nur die geltende Rechtsordnung interpretiert und anwendet, tut genau das. Doch der Umfang des wahrhaft rechtlichen Interesses geht viel weiter. In den Bereich seines Interesses fällt und muss auch die Problematik der Revolution fallen.

Was „legitimiert“ also die Revolution und verleiht der durch Revolution installierten Rechtsordnung den Rechtscharakter?

Offenbar kommen wir mit einem Rekurs zum bloß „idealen Recht“, zu einer Form eines Naturrechts, nicht aus. Das „ideale Recht“, das „Naturrecht“, ist nämlich ein „Recht“ ohne Macht und daher Non-Recht. Im Wesentlichen besteht die Revolution darin, dass hier Macht gegen Macht steht. Auf diese Weise kann man aber die Frage nicht mit Erfolg beantworten.

Die Problematik kann man daher weder negiert noch mit Hilfe einer Fiktion der naturrechtlichen Doktrin gelöst werden.

Eine wirkliche Lösung besteht auch nicht im eventuellen Rekurs auf das Völkerrecht und auf seinen zentralen Prinzip der Faktizität, nach dem nur die Staatsregierung als Regierung im rechtlichen Sinne und nur der Staat als Subjekt der völkerrechtlichen Gemeinschaft anerkannt wird, wenn die betroffene Macht ihre Befehle im Durchschnitt auf dem Staatsgebiet durchzusetzen imstande ist. Das wäre nämlich immer noch eine bloß formalistische und äußerliche Lösung, die zwar im Rahmen der immanent-rechtlichen Betrachtung und beim Primat des Völkerrechts richtig ist; aber es ist klar, dass es sich nicht um eine „innere“, wirklich

rechtsphilosophische, d. h. bis zum Kern der ganzen Problematik gehende Lösung, handelt. Und noch mehr: Auch gegen das geltende Völkerrecht kann man mit einer Revolution vorgehen.

Eine Lösung ist nur dann möglich, wenn wir uns folgerichtig vergegenwärtigen, dass das Recht und die Macht keine unterschiedlichen Mächte sind, sondern dass die Macht zum Wesen des Rechts gerade gehört.

Zudem muss man sich auch entschieden klarmachen, dass das Recht mit seinem immanenten und integrierenden Bestandteil, d. h. mit der Macht, eine gemeinsame Quelle im objektiven Rechtsgeist hat, nämlich in jener Grundtendenz des lebendigen objektiven Geistes.

Der objektive Geist ist durch sein ganzes Wesen zur Objektivierung getrieben. Konkret: Das Rechtsbewusstsein, das Rechtsgefühl des Volkes der betreffenden Gemeinschaft, mündet in den objektivierten Rechtsgeist ein, d. h. in Gesetze, Verordnungen, Urteile usw. Der objektive Geist lebt jedoch und entwickelt sich weiter. Das bedeutet, dass sich im Prozess der weiteren Entwicklung das Rechtsbewusstsein ändert. Der objektive Geist und auch der objektive Rechtsgeist verändern sich. Der objektivierte Rechtsgeist bleibt aber konserviert; durch seine Objektivierung entkommt er bis zu einem gewissen Maß der Zeit und daher der Änderung. Gesetze und Verordnungen, die bedeutendsten Bestandteile des objektivierten Rechtsgeistes, bleiben dieselben und werden gerade daher in Beziehung zum lebendigen objektiven Rechtsgeist veraltet und hören auf, ein Ausdruck des gleichzeitigen Rechtsbewusstseins zu sein. Wenn der objektive Rechtsgeist seine neue Objektivierung auf dem „legalen“, friedlichen Wege nicht verwirklicht, und zwar so, damit sich die objektivierten Gebilde, wie Gesetze, Verordnungen usw., im Einklang mit ihm befänden, dann entsteht notwendigerweise eine Diskrepanz zwischen dem objektiven Rechtsgeist, der veraltet ist, eine Diskrepanz zwischen dem Rechtsbewusstsein des Volkes und den geltenden Gesetzen. Die Spannung steigert sich immer mehr, bis man zum Phänomen der Revolution kommt. Durch die Revolution wird dann die Harmonie zwischen dem objektiven und dem objektivierten Rechtsgeist wiederhergestellt. Der objektive Rechtsgeist hebt seine Objektivierungen aus früheren Zeiten auf und gibt sich neue Objektivierungen, d. h. neue Gesetze und andere Rechtsnormen.

Die geltende Rechtsordnung hat den Grund ihrer Geltung zuerst im objektiven Rechtsgeist. Der objektive Geist ist aufgrund seiner Schaffung und sich Umbildens durch die Ideen und Normideen ein entscheidender Faktor. Auch die Revolution hat in ihm ihre innere Begründung, und er verleiht ihr die Legitimation.

Das ist der Grund, warum man mit vollem Recht von dem „Recht der Revolution“ sprechen darf. Die Revolution ist gerechtfertigt, wenn sie den objektiven Geist (Rechtsgeist) hinter sich hat.

Bei genauer Betrachtung erscheinen uns die Situationen in geradezu paradoxer Zuspitzung. Der Führer der Revolution geht gegen die bestehende Rechtsordnung und gegen die bestehende Macht an. Wenn er keinen Erfolg erreichen wird, so bleibt die existierende Rechtsordnung in Geltung und Wirksamkeit, und ein solcher Revolutionsführer erscheint als Hochverräter. Und umgekehrt: Setzt er sich durch, so wird die bis jetzt existierende Rechtsordnung fallen, mit neuer Macht kommt ein neues Recht – wobei es gleichgültig ist, ob es zu mehr oder weniger Änderungen kommt – und der Revolutionsführer wird – brachylogisch ausgedrückt – ein legitimer Gesetzgeber dieses neuen Rechts sein.

Nicolai Hartmann und mit ihm alle, welche dieses Problem in seiner Tiefe sehen, stellen hier folgende Frage auf: Was entscheidet hier? Ist das einzig eine Frage von Erfolg und Misserfolg, also letzten Endes eine Frage äußerer Umstände und Zufälligkeiten? Das würde heißen, dass das Recht und das Unrecht zu einer Frage des Zufalls werden.

Der Widerstreit und Widersinn, der hierin liegt, ist – wie Hartmann betont – unlösbar, solange man das Recht und die Macht voneinander trennt und als selbstständige Faktoren gegeneinander ausspielt. Nur wenn man weiß, dass hinter dem Recht und der Macht als ihr immanenter und integrierender Bestandteil der objektive Geist, der objektive Rechtsgeist steht, kann man diese Problematik mit Erfolg lösen. Es ist dabei selbstverständlich, dass in jedem politischen Umschwung der Zufall eine große Rolle spielt. *„Aber es ist doch nicht so, dass er allein entscheidet. Wo in einem Staatswesen die Zustände unhaltbar geworden sind, da ruht der Geist der Revolution nicht, bis das Neue sich durchsetzt, auch wenn der Anspruch wieder und wieder abgeschlagen wird. Wo aber der Zustand gesund ist und nur eine*

*Gruppe von Unzufriedenen den Umsturz anstrebt, da kann sich das Neue, auch wo es siegt, nicht halten; es muss der alten Ordnung wieder weichen. Blickt man auf geschichtliche Augenblicke hin, so lässt sich da freilich manches Gegenspiel anführen. Blickt man aber auf die Entwicklung im Großen hin, so wird man die Regel bestätigt finden“.*

Was entscheidet? Die Notwendigkeit, deutlich zu erkennen, welches die wirklich existierende Tendenz des lebendigen objektiven Geistes (Rechtsgeistes) ist und dann in dieser Richtung richtig zu entscheiden. Nur derjenige Revolutionsführer kann Erfolg haben, der zuerst auf wissenschaftlicher Grundlage erkennt und letzten Endes mit Hilfe einer genialen Intuition zum Schluss kommt, was die wirklich bestehende Tendenz des objektiven Geistes und speziell des Rechtsgeistes ist. Ob der Revolutionsführer Hochverräter oder Gesetzgeber mit legitimer Macht wird, darüber entscheidet die Richtung, in welcher der lebendige Geist und Rechtsgeist, der lebendige Sozial- und Rechtswille, zurzeit wirklich tendieren. Wenn der Revolutionsführer diesen lebendigen objektiven Geist und Rechtsgeist zu erkennen, zu erfassen und mit geeigneten Mitteln anzuwenden fähig ist, dann wird er siegen und wird legitimer Gesetzgeber sein. Im negativen Fall fällt er und wird nach der „alten“ Rechtsordnung verurteilt werden. Im ersten Fall ist die Revolution „im Recht“; im zweiten Fall bedeutet die Revolution ein Unrecht.

Besonders tritt dies dort auf, wo der Neuerer dem Zeitgeist neue Ideen verkündet. Nur dann, wenn mindestens im Keime das Neue im objektiven Geist der Zeit beinhaltet ist, hat der Neuerer Hoffnung auf Erfolg. Sonst – wenn er seine Zeit überholt – wird er vielleicht ein Märtyrer seiner Ideen, denen der objektive Geist noch nicht gewachsen ist, werden. *„Das Gesetz der Wahrheit, das er vielleicht für sich hat, hilft ihm nicht. Es ist nicht das Gesetz des geschichtlichen Geistes. Der Geist hat sein Eigengesetz, seinen eigenen Rhythmus des Handelns. ‚Seine‘ Wahrheit kann nur werden, wozu er reif und geöffnet ist. Und das Gewicht seiner Stellungnahme ist keine rein passive Macht, sondern eine solche mit eigener Bewegungstendenz“* (Hartmann, l. c., 3. Aufl., S. 279 f.).

Auf der Grundlage der bisherigen Ausführungen kann man zusammenfassend feststellen:

1. Die erfolgreiche Revolution, d. h. eine Revolution, deren Folge eine neue Rechtsordnung, ein neues Recht ist, das jenen Hauptmerkmalen des Rechts entspricht, d. h. vor allem die Faktizität (Effektivität) im Durchschnitt und den organisierten Rechtszwang im Durchschnitt aufweist, mit dem objektiven Rechtsgeist im Einklang steht und so zur realen Rechtsidee tendiert, hebt das bestehende Recht auf. Das ist keineswegs bloß eine Frage der „positiven Rechtswissenschaft“ und auch nicht bloß eine Frage der „positiven Rechtswissenschaft“ und auch nicht bloß eine Frage der Rechtspsychologie, sondern vor allem der Rechtsphilosophie (und in deren Rahmen zuerst der Rechtsontologie) und der Rechtssoziologie.
2. Die Revolution an sich bedeutet noch kein neues Recht. Sie bildet aber den Anstoß zur Schöpfung einer neuen Rechtsordnung, und in diesem Sinne, aber nur in diesem Sinne, darf man von der rechtserzeugenden Funktion der Revolution sprechen. Es ist aber nicht richtig, wenn behauptet wird, die Revolution gieße ganz unmittelbar in die bestehenden Gesetzestexte, deren bisherigen Inhalt sie vermittelt haben, einen der neuen Rechtschiebung entsprechenden Sinn hinein, soweit der Text diesen mitzudecken vermöge. Die eigentliche Rechtsquelle ist der objektive Rechtsgeist einschließlich der herrschenden rechtlichen Weltanschauung mit ihrer Tendenz zur realen Idee des Rechts und schließlich zur Normidee des Rechts.
3. Die weitere Frage, wann im Falle einer Revolution der neue Rechtszustand als solcher entstehe, wird wieder auf verschiedene Weise beantwortet. Es ist nicht nur eine Machtfrage, sondern eine Rechtsfrage einschließlich der Machtfrage. In der Rechtsfrage ist nämlich schon die Machtfrage eingeschlossen. Nur der Inbegriff solcher Normen gilt als Rechtsordnung, welcher eine Macht im Durchschnitt, eine Faktizität aufweist. Allerdings müssen alle Hauptmerkmale des Rechts erfüllt werden, d. h. auch seine enge Verbindung mit der abgeleiteten Normativität des objektiven Rechtsgeistes. Mit dieser Einschränkung ist die Behauptung von Belling richtig: Solange

um die Macht noch gerungen wird und ein Beharrungszustand zugunsten der revolutionären Partei noch nicht eingetreten ist, ist neues Recht noch nicht da. Es herrscht vielmehr so lange noch das alte Recht, es wäre denn, dass die alte Machtschichtung zer schlagen ist.

4. Unsere Frage wird auch – meiner Meinung nach – überflüssigerweise – mit einem anderen Problem verbunden, nämlich ob der durch die Revolution geschaffene Staat von dem alten Staat verschieden oder mit ihm identisch ist.

Im Hintergrund dieses Problems liegt ein anderes, besonders im ersten Drittel dieses Jahrhunderts viel diskutiertes Problem des Verhältnisses des Rechts und des Staates. Die Identifizierung beider Phänomene ist sicher nicht richtig; denn erstens darf man das Völkerrecht mit seinem Primat nicht negieren und zweitens stellen das Recht sowie der Staat zwar ein mehrschichtiges Gebilde dar, aber der Nachdruck wird beim Staat auf andere Seinsschichten gelegt.

Die Kontinuität des „alten“ und des „neuen“ Staates wird auch im Fall der erfolgreichen Revolution dadurch gerettet, dass es um einen vom Völkerrecht gesehenen juristischen Tatbestand geht, und die Identität wird durch die völkerrechtliche Anerkennung gewährleistet, wie dies schon Sander richtig feststellte.

5. Zum Schluss noch einmal zur Frage des Rechts der Revolution. Schon die Behauptung Binders, dass es zweifellos ist, dass ein positives Recht zur Revolution nicht begründet werden kann, ist nicht richtig. Man kann sich vorstellen, dass in der Verfassung des Staates das Recht der Revolution, z. B. für den Fall des sich wiederholenden groben Verstoßes der Regierung gegen die Menschenrechte, positiv-rechtlich verankert werden kann.

Auch die weitere Behauptung, dass die politische Revolution die Erhebung der ungeordneten Masse gegen den geordneten Rechtszustand, gegen die im Staate rechtlich gegliederte Nation ist, ist falsch. Nicht jede Revolution hat solchen Charakter und nicht in jedem Staat gilt ein geordneter

(und gerechter) Rechtszustand. Die Bedingung einer berechtigten Revolution ist gerade, dass kein gerechter, geordneter und menschenwürdiger Rechtszustand im Staate herrscht.

Wir müssen also wieder zu unserem Rechtsbegriff, zu allen seinen Hauptmerkmalen (nicht nur zur Faktizität und zum organisierten Zwang im Durchschnitt, sondern auch zur Tendenz zum objektiven Rechtsgeist und zur realen Idee des Rechts) rekurrieren. Dann darf man – für gewisse Fälle – das Recht der Revolution aufgrund moderner kritischer Ontologie und mit Hilfe von rechtssoziologischen Methoden und Techniken gerade in dem objektiven Rechtsgeist als verankert anerkennen.

## **§ 15. Recht, Staat, Gesellschaft und Gemeinschaft**

I. Bei der Lösung der Problematik des Wesens des Rechts stößt man immer von neuem auf die Problematik des Wesens des Staates und auf das wechselseitige Verhältnis von Recht und Staat. Auch hier begegnet man einer Fülle von verschiedensten Ansichten, die man in zwei große Gruppen und in einige Untergruppen einreihen kann.

Die erste Gruppe bilden diejenigen Denker, die einen Unterschied zwischen dem Recht und dem Staat feststellten (die sog. dualistischen Auffassungen von Recht und Staat). Schon Immanuel Kant unterschied zwischen dem Recht und dem Staat (Cassirer: *I. Kants Werke*, Bd. VII., S. 119): „*Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen.*“ Ein typischer Vertreter dieser ersten Gruppe ist auch Léon Duguit, der zwischen dem Recht und dem Staat unterscheidet und stellt fest, dass zuerst das Recht war und erst nachher der Staat entstand.

In die zweite Gruppe gehören diejenigen Denker, die das Recht mit dem Staat identifizieren (die sog. monistischen Auffassungen von Recht und Staat): Staat ist Recht und Recht ist Staat. Typische Repräsentanten dieser Auffassung sind Hans Kelsen und František Weyr.

Nach der Meinung von Julius Binder (*Philosophie des Rechts*, S. 483 ff.) steht der Staat, was er auch immer sei, in einer begrifflichen Beziehung zum Recht. Es besteht eine notwendiger Zusammenhang von Staat und Recht und der Staat ist zwar keine Kategorie des Rechts, aber doch

einer der Grundbegriffe des Rechts, der unmittelbar auf die Kategorie der Rechtsgemeinschaft zurückgeführt werden kann. Staat ist ein Volk, das durch sein Recht zur Einheit gebildet ist. Vom Staate kann es nur einen Begriff geben, der zwar das Recht des Staates nicht ausscheidet, aber auch die materielle Wirklichkeit des Staates nicht beiseitelässt, in dem also das sog. soziologische und das juristische Moment in gleicher Weise enthalten sind. Es ist daher unrichtig, jede „Zweiseiten-Theorie“, deren Vertreter etwa Kistiakowski und Georg Jellinek sind, uneingeschränkt anzuerkennen.

**II.** Die Unzulänglichkeit der bisherigen Auffassungen vom Verhältnis des Rechts und des Staates oder wenigstens einer großen Mehrzahl derselben wurzelt in der Einseitigkeit des methodologischen Zutritts und besonders in der Unkenntnis der modernen, kritischen Ontologie. So wie das Recht ist auch der Staat kein einfaches Gebilde, das zu erklären mit Hilfe eines einzigen noetischen Standpunktes oder einer einzigen noetischen oder ontologischen Kategorie, oder – im besten Fall – mit Hilfe eines Verbandes von Kategorien, die aber einer einzigen Schicht der realen Welt, bzw. der Welt der Idealität angehören, möglich wäre.

Erklärungen von unten nach oben oder von oben nach unten sind unrichtig, weil sie das Phänomen, das wir beobachten und erfassen wollen, vergewaltigen. Die Erklärung von der Mitte her, und zwar wieder mit Hilfe von Kategorien einer einzigen Schicht des realen Seins, ohne Unterschied, ob es sich um die organische Schicht handelt, wie sich darum verschiedene organische Theorien bemühten, oder um die seelische Schicht, wie es besonders verschiedene soziologische Theorien, vor allem Simmels Theorie der Wechselwirkung oder Smends Integrationstheorie tun, ist gleichfalls unrichtig, da auch sie das komplizierte Phänomen, wie es der Staat ist, vergewaltigen.

Der Staat ist ein komplexes Gebilde. Er bildet einen stufenförmigen Aufbau einzelner Seinsschichten, und dies wieder nicht unähnlich dem großartigen Aufbau der realen Welt. Alle jene Theorien, die versuchen den Staat von der Position einer einzigen Schicht des realen Seins oder des idealen Seins her zu erklären und sein Wesen zu erfassen, haben bestenfalls nur eine einzige Seite, nur einen einzigen Bestandteil des komplizierten

Phänomens des Staates, erfasst. Erst die dialektische Zusammenfassung aller dieser Seiten und Bestandteile ermöglicht uns, das Phänomen des Staates (sowie auch das des Rechtes) in seiner Fülle darzulegen, und nur in solcher Weise kann man sein Wesen erfassen.

Während man beim Recht in erster Linie an einen Inbegriff von Normen denkt, denkt man beim Staat vor allem an einen Inbegriff von Menschen und an das Gebiet. Ohne persönliches Element würde auch kein Staat existieren. Schon dadurch ist eine große Kompliziertheit des Phänomens des Staates gegeben, da der Staat durch Menschen gebildet ist und der Mensch selbst schon in sehr komplexes Gebilde ist, welches sich nicht nur aus der Schicht des organischen und des seelischen, sondern auch des geistigen Seins zusammensetzt, und „Einwohner“ nicht nur der Welt der Realität, sondern – dank seiner Vermittlungsfunktion – dank seinem „*organ du cœur*“ für die Normideen, dank seiner Voraussehbarkeit, Vorausbestimmbarkeit, seiner Zwecktätigkeit und Freiheit des Willens – auch der Welt der Idealität ist. Schon aus dem Grunde, dass der Staat sich aus Menschen als seinen Elementen zusammensetzt, übernimmt er in seiner Struktur die riesige Kompliziertheit der menschlichen Struktur, und es ist klar, dass schon mit Rücksicht darauf sich der Staat aus dem organischen Sein, aus dem seelischen Sein und aus dem geistigen Sein (besonders aus dem personalen Geistern einzelner Menschen als Subjekte und Personen) zusammensetzt.

Es wird weiter verlangt, dass es zwischen diesen Menschen zu einer gegenseitigen Zusammenwirkung ihrer „Seelen“ kommt und dass hier eine psychische Integration existiert. Offenbar wird sich auch aus diesem weiteren Grund die Schicht des seelischen Seins mit allen ihren Kategorien geltend machen.

Ein Bestandteil des Staates ist das Gebiet. Es handelt sich um ein weiteres Staatselement. Das Gebiet gehört größtenteils in die Schicht des physisch-materiellen und auch in die Schicht des organischen (Pflanzen, Tiere) Seins. Verbände von Kategorien dieser niedrigsten und tragenden Seinsschichten kommen also bei der Struktur des Phänomens des Staates stark in Betracht.

Wo das Volk ist, dort findet man letztlich eine Gemeinschaft. Daher erscheint hier die Schicht des geistigen Seins in ihren drei Grundformen als personaler Geist, als objektiver Geist und auch als objektivierter Geist. Alle Kategorien des geistigen Seins, vor allem die Kategorie der Zwecktätigkeit und der abgeleiteten Normativität kommen hier zu voller Geltung. Mit bestimmender Kraft tritt hier der rechtliche Bestandteil auf, möge es sich direkt um den objektivierten Rechtsgeist (*ius scriptum, ius non scriptum*) handeln oder um den objektiven Rechtsgeist (das Rechtsbewusstsein des Volkes der Rechtsgemeinschaft einschließlich der rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts an der Spitze) oder um den personalen Rechtsgeist (das Rechtsbewusstsein einzelner Menschen als Subjekte und Personen mit allen ihren Fähigkeiten). Der Staat ist ohne Rechtsordnung nicht denkbar.

Nur in der dialektischen Komplexheit aller dieser Bestandteile, die man allerdings vorher rein und präzise herauspräparieren muss, bekommen wir die Fülle des Phänomens des Staates und seines Wesens. Der Staat gehört in alle Schichten der realen Welt und hat über den personalen Geist auch eine Verbindung mit der Welt der Idealität, mit dem Reich der Normideen. Der Staat ist freilich nicht Recht als solches und das Recht ist nicht Staat als solcher, wie die Schule der Reinen Rechtslehre argumentiert. Nur eine Gemeinschaft, die durch das Recht überformt ist, kann Staat sein.

Der Staat ist also ein mehrschichtiges komplexes Gebilde. Allen Schichten des realen Seins, und daher auch allen Verbänden von Kategorien dieser Schichten begegnet man beim Phänomen des Staates. Im Unterschied zum Recht sind alle Schichten des realen Seins und Verbände diesbezüglicher Kategorien beim Staat grundsätzlich gleichmäßig betont, allerdings mit einer Akzentuierung des territorialen und menschlichen Merkmales.

Beim Recht überwiegt das geistige Sein, bzw. gerade dieses Sein ist stark akzentuiert. Eben das verleiht dem Recht seinen typischen Charakter. Die Kategorien des geistigen Seins, d. h. die Kategorien der Normativität und der Zwecktätigkeit sind beim Recht dominant und entscheidend. Anders ist es beim Staat. Hier handelt es sich offenbar um die grundsätzlich gleichmäßige Betonung aller Bestandteile aller Seinsschichten und ihre Kategorien. Das Gebiet freilich, also das physisch materielle Sein,

und auch das organische Sein mit ihren Kategorien sind beim Staat stark betont. Das Volk, also das organische, das seelische und das geistige Sein, spielt beim Staat eine besondere Rolle. Allerdings auch das Recht, genauer gesagt die Rechtsordnung als der objektivierte Rechtsgeist, ist gleichzeitig für den Staat wesentlich, wenn auch nicht so auf den ersten Blick bemerkbar. Es ist daher offensichtlich, dass alle Bestandteile des realen Seins in das Wesen des Staates (und auch des Rechts) gehören, und dass also das Wesen des Staates einen typisch komplexen dialektischen Charakter aufweist.

Beim Recht, insofern wir nur seinen dominanten Bestandteil im Auge haben, und zwar die Rechtsordnung als den objektivierten Rechtsgeist, begegnet man zweifacher „Transzendenz“: einer „Transzendenz nach unten“, weil das Recht infolge seines immanenten Bestandteiles, nämlich der Macht, auch in die niederen Schichten des realen Seins eingreift, und der „Transzendenz nach oben“, zur realen Idee des Rechts und zur Welt der Idealität, zur Normidee des Rechts.

Da das Recht die Rückseite des Staates bildet, begegnen wir schon aus diesem Grunde beim Staat gleicher „Transzendenz“ wie beim Recht. Die „Transzendenz nach unten“ tritt freilich ganz in den Hintergrund, da beim Staat das Territorium eine bedeutende Rolle spielt und grundlegend ist. Hingegen kommt beim Staat die „Transzendenz nach oben“ voll in Betracht. Auch beim Staat begegnet man der abgeleiteten rechtlichen Normativität. Auch hier kommt der Mensch als Subjekt und Person in den Vordergrund, ein Mensch als Vermittler zwischen der Welt der Realität und der Welt der Idealität, durch dessen Tätigkeit ein weites Gebiet der abgeleiteten Normativität des geistigen Seins, besonders des rechtlichen - und man kann jetzt auch sagen: des staatlichen Seins - gebildet wird. Daher begegnet man auch beim Staat der „Transzendenz nach oben“ bis zur Normidee des Rechts, und mit Rücksicht darauf, dass die Normidee des Rechts ein Bestandteil der höchsten Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit) ist, auch zu den anderen Bestandteilen dieser höchsten Normidee, d. h. zu den Normideen der Sittlichkeit, des Schönen, der Wahrheit und der Richtigkeit.

**III.** Der Staat ist eine Schöpfung des Rechts. Das Recht war vor dem Staat und wird auch dann existieren, wenn der Staat im heutigen Sinn eines Tages vielleicht abstirbt. Das Recht ist als solches „ewig“ und untrennbar mit dem Menschen und der Gesellschaft verbunden. Solange der Mensch als Mensch und nicht etwa als ein vollkommenes Wesen existieren wird, so lange wird das Recht existieren.

Wenn man das Recht und den Staat vergleicht, so existiert kein wesentlicher Unterschied zwischen dem staatlichen Recht und dem Staat. Beide sind komplexe, dialektische Gebilde, die alle Schichten der realen Welt durchdringen und durch dieselben Hauptmerkmale charakterisiert sind (objektivierter Rechtsgeist, Menschen, Territorien und die sog. Souveränität). Nur in der Betonung dieser Merkmale kann man einen Unterschied finden. Beim Recht betont man – wie schon gesagt wurde – den objektivierten Rechtsgeist, also die Rechtsordnung, beim Staat den menschlichen und den territorialen Bestandteil; bei beiden die sog. Souveränität.

Das Recht unterscheidet sich aber wesentlich vom Staat, wenn man nicht das staatliche Recht, sondern das Recht als Phänomen überhaupt mit dem Staat vergleicht. Das Recht bestand als Sippen- und Verbandsrecht schon vor dem Staat. Weiters hat man auch das Völkerrecht und das kanonische Recht. Schon aus diesen Gründen darf man von einer Identität des Rechtes und des Staates nicht sprechen. Zwar ist es richtig, dass das Bestehen des Staates nicht von dem einer Rechtsordnung getrennt werden kann, wie dies auch z. B. Luis Legaz y Lacambra richtig festgestellt. In diesem Sinn, aber nur in diesem Sinne, hat die Kelsensche und die Weyrsche Lehre von der Identität des Rechts und des Staates einen richtigen Kern.

Es ist angebracht, in diesem Zusammenhang die marxistisch-leninistische Auffassung des Staates hervorzuheben, nach welcher der Staat sowie das Recht in den Überbau gehören, trotzdem aber etwas anderes sind. Nach dieser Auffassung bildet der Staat das Recht und das Recht wird mit Hilfe des Staates definiert. Das ist freilich schon aus dem Grunde nicht richtig, weil der Staat ohne Recht undenkbar ist; und dann bewegt man sich mit so einer Definition offenbar im Kreise.

Der Staat ohne Recht ist Nonsens. Man darf auch nur einen einzigen Begriff des Staates herausarbeiten.

In diesem Zusammenhang muss man erneut die dualistische Auffassung des Verhältnisses des Staates und des Rechtes von Léon Duguit hervorheben. Besonders wertvoll ist hier die Feststellung, dass der Staat eine besondere Gruppierung von Menschen darstellt, die auf die Erreichung und Intensivierung sozialer Solidarität abzielt. Seine Unterscheidung zwischen Recht und Staat ist anregend, auch wenn man mit seiner Formulierungen nicht immer einverstanden sein kann. Auch Duguits Argumentation, wie er die Anwendung der Macht durch den Staat begründet, ist bemerkenswert. Der Staat hat die Verpflichtung, die soziale Solidarität in vollem Umfang zu verwirklichen und allen Bürgern die Voraussetzungen zu garantieren, die es ihnen ermöglichen, dieses Ideal durch ihre Tätigkeit bestmöglich zu erreichen. Der Staat ist nur ein Mittel, kein Endziel. Im Kern ist auch der, obzwar nicht gut ausgedrückte Gedanke von Duguit richtig, dass der Staat die existierenden, ihm übergeordneten „Rechtsregeln“ formuliert und dass er das Recht „findet“. Besser wäre es freilich zu sagen, dass der Staat durch seine Organe die Objektivationen des Rechtsbewusstseins durchführt und so die Gesetze und andere Rechtsnormen, also den objektivierten Rechtsgeist, bildet, und zwar im Sinne des Rechtsfindens.

**IV.** Im engen Zusammenhang mit dem Grundproblem des Verhältnisses des Rechts und des Staates treten zwei Fragen in den Vordergrund, an denen man den Kern dieses Problems demonstrieren kann:

1. Die Frage der Selbstbindung des Staates, nämlich die Frage, ob der Staat an seine Rechtsordnung gebunden ist.
2. Die Frage der Möglichkeit des Unrechts des Staates, nämlich die Frage, ob der Staat Unrecht begehen kann.

Die Lösung der Selbstbindung des Staates und des staatlichen Unrechts hat zwei Seiten: eine positiv-immanent-rechtliche und eine rechtsphilosophische.

Was die positiv-immanent-rechtliche Seite betrifft, geht es hier um die Frage der gegebenen Rechtsordnung, und zwar in welcher Weise die Bindung des Staates durch positive Rechtsnormen geregelt ist. Vom rechtsphilosophischen Standpunkt geht klar hervor, dass die Rechtsordnungen zwar die Freiheit besitzen, die Verantwortung des Staates auf

diese oder jene Weise im Sinne einer größeren oder weniger weitgehenden rechtlichen Bindung zu lösen, dass sie aber keine Freiheit besitzen, überhaupt jedwede rechtliche Verantwortung des Staates auszuschließen, da sie dadurch das Wesen des Staates als einer Rechtsgemeinschaft der Menschen auf einem bestimmten Gebiet negieren würden.

Die positiv-immanent-rechtliche Lösung erfasst freilich nicht den Kern unseres Problems. Erst die rechtsphilosophische Lösung ist adäquat und da sehen wir, dass es notwendig ist, aus der Sphäre des objektivierten Geistes, also aus der Sphäre der Rechtsordnung, herauszutreten und in die Sphäre des objektiven Geistes, Rechtsgeistes zu gelangen, wo wir den Inhalt des Rechtsbewusstseins des Volkes mit soziologischen Methoden untersuchen können und müssen. Eine große Rolle wird hier die rechtliche Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts, als einem Teil des objektiven Rechtsgeistes, spielen. Vielleicht wird auch diese Untersuchung nicht genügen und dann muss man zur Normidee des Rechts selbst gelangen, in welcher letztlich die rechtliche Verantwortung des Staates und die Kehrseite dieser Verantwortung, d. h. die Möglichkeit des staatlichen Unrechts, verankert ist.

Von diesen Ausführungen her ist es klar, dass die Frage nach der Selbstbindung des Staates durch seine Rechtsordnung und die damit zusammenhängende Frage des staatlichen Unrechts im bejahenden Sinn beantwortet werden muss. In diesem Sinne hat Radbruch Recht, dass das positive Gesetz der Gerechtigkeit zu weichen habe, wenn es in einem unerträglichen Widerspruch zu ihr stehe. Eine andere Frage ist, dass dieser Radbruchsche Grundsatz in manchen Rechtsordnungen nicht die Chance hat, sich als garantierte Norm durchzusetzen.

Man kann also feststellen, dass der Staat an seine Rechtsordnung gebunden ist und für begangenes Unrecht haftet, weil:

1. das dem heutigen Stand des objektiven Rechtsgeistes voll entspricht und das Gegenteil einen krassen Widerspruch zu ihm bedeuten würde;
2. aus diesem Grund setzt der objektivierte Rechtsgeist (*ius scriptum* oder *ius non scriptum* des betreffenden Staates als Objektivationen des objektiven Rechtsgeistes) ausdrücklich diese Verantwortung

und Haftung des Staates festsetzt; dem ist keineswegs hinderlich, dass Personsqualität im ontologischen Sinn nur der Mensch besitzt, nicht die juristische Person; vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit kann die Rechtsordnung als Pflichtsubjekt oder Rechtssubjekt auch die juristische Person und daher auch den Staat bestimmen;

3. von der Idee des Rechts als einer komplex-dialektischen Synthese der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen, der Sicherheit und der Zweckmäßigkeit aus ergibt sich mit Notwendigkeit, dass der Staat durch eventuelle Negierung seiner Gebundenheit seinen eigenen wesentlichen Bestandteil, nämlich das Recht, keinesfalls negieren kann.

In diesem Zusammenhang ist noch eine Frage von Bedeutung, und zwar ob das rechtsanwendende Organ, z. B. der Richter, das Recht oder geradezu die Pflicht hat, ein Recht *contra humanitatem* oder eine einzelne Rechtsbestimmung *contra humanitatem* überhaupt nicht anzuwenden. Jedenfalls muss man zu der Feststellung kommen, dass dieses rechtsanwendende Organ ein solches Recht hat. Die praktische Folge seiner Ablehnung solcher Rechtsbestimmung ist freilich eine andere Frage. Rechtsphilosophisch gesehen ist die weitere Frage, und zwar die Frage nach seiner eventuellen Pflicht zur Ablehnung solcher Rechtsbestimmung *contra humanitatem* viel schwieriger zu beantworten. Aus der ontologischen Grundauffassung des Verhältnisses des objektiven und des objektivierten Rechtsgeistes, aus der Erkenntnis, dass das Recht so lange gilt, als es nicht im legalen Weg oder im Weg der Revolution derogiert wird, geht hervor, dass von einer Pflicht des rechtsanwendenden Organs zur Ablehnung der Rechtsnorm *contra humanitatem* nicht die Rede sein kann.

V. Weder das Altertum noch das Mittelalter kannten die Gesellschaft in ihrer Unterschiedenheit, ja oft Gegensätzlichkeit zum Staat. Erst die Aufklärung und die Naturrechtdoktrin der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts und dann die wirtschaftliche bzw. gesellschaftliche Lehre der Physikaten und der durch diese Lehre beeinflussten englischen Denker haben die ersten Wurzeln zu einer Auffassung der Gesellschaft als eines „subkutanen“ Verbandes der Menschen im Staate gelegt. Ein solcher Verband ist immer da, wenn der Staat existiert; dieser Verband ist kein Staat

und er kann ja sogar den Staat vernichten. Diese Entwicklung, welche die Gesellschaft im Verhältnis zum Staat verselbständigt, geht dann weiter über Fichte, bei dem wir es schon mit einer Gesellschaft zu tun haben, die vollkommen vom Staat unabhängig und gegen ihn in einen bewussten Gegensatz gestellt ist, über Saint-Simon und Lorenz von Stein, bei denen die Gesellschaft immer und überall im Gegensatz zum Staat steht und der Kampf zwischen ihnen ein Lebensprinzip der Geschichte darstellt, bis zu Karl Marx und Friedrich Engels mit ihrer berühmten Lehre des historischen Materialismus. Gesellschaft ist für Marx und Engels eine Gesamtheit der Menschen und gesellschaftlichen Verhältnisse, die durch ein historisch konkretes, einem bestimmten Entwicklungsstand der Produktivkräfte entsprechendes System der materiellen Produktionsverhältnisse geprägt wird (Klaus-Buhr). Marx sagt (*Marx-Engels Werke VI*, S. 408): „Die Produktionsverhältnisse in ihrer Gesamtheit bilden das, was man die gesellschaftlichen Verhältnisse, die Gesellschaft, nennt, und zwar eine Gesellschaft auf bestimmter, geschichtlicher Entwicklungsstufe.“ Der Gesellschaftsbegriff in marxistischer Auffassung ist in seiner Hauptbedeutung identisch mit dem Begriff der ökonomischen Gesellschaftsformation.

Allerdings wird der Termin „Gesellschaft“ häufig als die Bezeichnung für die Tatsache des gesellschaftlichen Lebens der Menschen überhaupt, für die ganz abstrakt-allgemeinen Sachverhalte, die in allen geschichtlich vorliegenden gesellschaftlichen Formationen gegeben sind, verwendet. In diesem Sinne wird der Gesellschaftsbegriff gebraucht, wenn man sagt, dass sich das menschliche Leben immer in der Gesellschaft vollzieht. Der Termin „Gesellschaft“ wird auch als Bezeichnung für einen bestimmten charakteristischen Zustand jeweiliger gesellschaftlicher Verhältnisse verwendet. Der Begriff der Gesellschaft findet auch Verwendung im Zusammenhang mit der Hervorhebung von Merkmalen bestimmter gesellschaftlicher Zustände, die zwar unter gewissen Gesichtspunkten für diese charakteristisch sind, jedoch nicht das Wesen einer jeweiligen Gesellschaftsformation ausmachen und deren Analyse nicht ersetzen können. In diesem Sinne spricht man von patriarchalischer, agrarischer Gesellschaft, oder von einer Industriegesellschaft.

Etwas ganz anderes als Gesellschaft ist für den Marxismus der Staat, der eine bloße Übergangsstufe und eine Verkörperung vorübergehender Klassenherrschaft ist. Letztlich ist es nicht der Staat mit seiner Rechtsordnung, welcher das Leben der Bürger zusammenhalten würde, sondern im Gegenteil der bestimmende Faktor ist die wirtschaftliche Struktur der Gesellschaft.

Gegen diese Auffassung, die logischerweise letztlich in eine Unterschätzung des Staates und der Rechtsordnung münden muss, steht am anderen Ende der Reihe von einem Idealtypus her über unendlich viele Mischtypen eine konträre Auffassung, die besonders durch Rudolf Stammler und Hans Kelsen dargestellt ist, eine Lehre, die dem Recht und dem Staat die entscheidende Bedeutung zuspricht. Es ist das Recht, das den bestimmenden Faktor überhaupt darstellt.

Beide diese sog. Idealtypen im Sinne von Max Weber sind notwendigerweise einseitig. Die erste Auffassung kann man durch ihre politische Motivierung erklären. Das ist auch der Grund, warum ein wichtiger Bestandteil dieser Lehre die Auffassung vom „Absterben“ des Staates und des Rechtes ist. Jedenfalls aber spricht man in der heutigen Auffassung nicht so oft vom Absterben des Rechts, sondern vom Absterben des Staates. So z. B. W. A. Tumanow stellt fest (*Bürgerliche Rechtsideologie*, S. 88), dass auch in einer klassenlosen Gesellschaft eine Zwangsordnung, also offensichtlich eine Rechtsordnung existieren wird. Man kann doch nicht glauben, dass einmal aus dem konkreten Menschen ein Wesen ohne Sünde entstehen wird, welches den Schmerz des anderen als seinen eigenen empfinden wird.

Die gegenteilige Auffassung sieht wieder alles im Staat und in der Staatsrechtsordnung, im geschriebenen Recht mit dem nicht glücklichen Diktum des Positivismus *lex dura, sed lex*. Sie irrt sich vor allem darin, dass sie die Fülle des gesellschaftlichen Lebens, besonders die „subkutanen“ Strömungen unter der festen Oberflächenschicht des Rechts übersieht und nur die formale Seite der Rechtsordnung berücksichtigen will. Diese Auffassung sieht überhaupt nicht die Rolle des objektiven Geistes und des objektiven Rechtsgeistes.

Die Lösung ist auf der Grundlage der kritischen Ontologie möglich, besonders wenn wir uns die besondere Einheit des geistigen Seins mit seinen drei Formen (mit dem personalen, objektiven und objektivierten Geist) und vor allem das Verhältnis des objektiven und des objektivierten Geistes vergegenwärtigen. Hier, in diesem Verhältnis des objektiven und des objektivierten Geistes (Rechtsgeistes) wurzelt der Kern der Lösung des Verhältnisses der Gesellschaft und der gesellschaftlichen Ordnung auf einer Seite und des Staates und der Rechtsordnung auf der anderen Seite.

**VI.** In der modernen Soziologie unterscheidet man sehr oft die Gesellschaft und die Gemeinschaft. Diese Unterscheidung hat schon Ferdinand Tönnies durchgeführt (*Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1. Aufl. 1887). Nach dieser Auffassung ist die Gesellschaft eine Form der sozialen Vereinigung, welche auf mechanischen Bindungen beruht, auf dem „Kürwillen“ und dem Intellekt, welcher den Nutzen der Vereinigung berechnet. Im Gegensatz dazu gründet sich die Gemeinschaft auf organische und nicht utilitaristische Bindungen, sie bedeutet „innere seelische Verbundenheit“, „ein Gefühl der Zusammengehörigkeit“. In der Gemeinschaft herrscht der Sinn für die Unterordnung und Einordnung in ein höheres Ganzes vor, und der „Wesenswille“ herrscht über die Willkür und das rationelle Nützlichkeitsstreben. Seitdem ist es üblich, von einer Epoche der Gemeinschaft zu sprechen, die besonders der Zeit der vorkapitalistischen Gesellschaft entspricht und die als eine Idylle bezeichnet wird; diese Epoche zeigt eben die soziale Wirklichkeit insgesamt nach dem Schema der Gemeinschaft geordnet. Unter der Gemeinschaft wird etwas viel Näheres und Intimeres gedacht, eine Verbindung, wo eine neue Zentrale und regelnde Kraft entsteht.

Radbruch schlägt (*Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., 1973) im teilweisen Anschluss an Tönnies die Worte „Gesellschaft“ für das auf Grund des Individualismus gestaltete Zusammenleben, „Gesamtheit“ für das überindividualistisch aufgefasste Kollektivgebilde und „Gemeinschaft“ für die transpersonale Form menschlicher Beziehungen vor. Während Gesellschaft und Gesamtheit unmittelbar soziale Beziehungen und Gebilde sind, ist die Gemeinschaft ein Gebilde, dessen sozialer Zusammenhang durch eine gemeinsame Sache vermittelt wird.

Auch Stammler unterscheidet (*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl.) Gesellschaft und Gemeinschaft und versteht unter der Gesellschaft „das Verbinden von Menschen in seiner begrifflichen Möglichkeit“. „Es werden ihre Zwecke wechselseitig als Mittel füreinander gesetzt“. „Dagegen ist die Gemeinschaft die Eigenschaft einer besonders gearteten Gesellschaft, nämlich einer solchen, deren verbindendes Wollen von der Idee reinen Wollens geleitet ist.“

Von der marxistisch-leninistischen Auffassung aus (Klaus-Buhr) bedeutet Gemeinschaft eine soziale Qualität der gesellschaftlichen Vereinigung von Menschen. Die Mitglieder einer Gemeinschaft sind durch in den materiellen gesellschaftlichen Verhältnissen begründete, relativ stabile und dauerhafte politische, geistige und moralische Gemeinsamkeiten verbunden, die mit den Interessen des gesellschaftlichen Fortschritts übereinstimmen und seiner Durchsetzung dienen. Diesen Gemeinsamkeiten entsprechen bestimmte gemeinsame Ziele, Interessen und Anschauungen, die von den Mitgliedern der Gemeinschaft freiwillig vertreten und durchgesetzt werden. Durch die gemeinsame Realisierung dieser Ziele, Interessen und Anschauungen sowie den wechselseitigen Einfluss der Einzelnen formt die Gemeinschaft die Persönlichkeit ihrer Mitglieder.

Dass die Terminologie überhaupt nicht einheitlich ist, wird auch z. B. an der Auffassung von Max Scheler (*Der Formalismus in der Ethik*, S. 540 ff.) deutlich. Er unterscheidet vier Typen der sozialen Vereinigung, und zwar: die Masse, die durch Ansteckung und unbeabsichtigte Nachahmung entsteht, die Lebensgemeinschaft, die auf einem wechselseitigen Verständnis beruht, das aus dem Gefühl der Zusammengehörigkeit erwächst, und deswegen eine Solidarität in der Vertretung besteht (wie z. B. die Familie, der Stamm, die Gens, das Volk, der Stand), weiters die Gesellschaft, die sich als eine äußere Beziehung von Personen, welche sich ihrer Autonomie bewusst sind und sich durch Versprechen und Vertrag vereinen, erweist, und endlich die Gesamtperson, die sich auf die Liebe gründet, und wo jedes Mitglied eine Person ist, die sich selbst genügt und einen autonomen Wert darstellt. Eine Gesamtperson ist z. B. die Nation oder die Kirche. Dem Typus der Gesellschaft gehören die meisten Rechtsvereinigungen an.

**VII.** Es ist kaum möglich, eine verlässliche Grenzlinie zwischen der Gesellschaft und der Gemeinschaft zu ziehen. Der Unterschied ist fließend. Es wäre freilich möglich, sich auf einer Abgrenzung der Gemeinschaft von der Gesellschaft in dem Sinne zu einigen, dass die Gemeinschaft erst dann da wäre, wenn hier das Phänomen des besonderen objektiven Geistes der betreffenden Verbindung existierte. Wenn dem nicht so ist, dann würde es sich um eine Gesellschaft handeln.

Welches ist das Wesen der Gesellschaft? Offensichtlich geht es bei der Gesellschaft - ähnlich wie beim Staat, der eine staatliche Gesellschaft (oder Gemeinschaft) ist - um ein mehrschichtiges, komplexes Gebilde. Jede Gesellschaft besteht aus Menschen, was bedeutet, dass die Schicht des organischen Seins mit ihren Kategorien, die Schicht des seelischen Seins mit ihren Kategorien und mit Rücksicht auf gemeinsame Zwecke und Normen auch die Schicht des geistigen Seins mit ihren dominanten Kategorien der Zwecktätigkeit und der Normativität in Frage kommen. Das Gebiet, also die Schicht des physisch-materiellen Seins, kommt nur insofern in Frage, als es eine Voraussetzung für die Tätigkeit von Menschen ist, dass sich die diesbezügliche Tätigkeit auf einem gewissen Gebiet äußert. Aber erst bei der staatlichen Gesellschaft bildet das Gebiet direkt den konstitutiven Bestandteil, welcher ebenso bedeutend ist wie die anderen Staatselemente.

Das Problem des Verhältnisses der Gesellschaft, besonders der Klassengesellschaft im Sinne des Marxismus, zum Staat, kann man ohne Schwierigkeit erklären, wenn wir uns alle Folgen vergegenwärtigen, die aus dem Verhältnis des objektiven und des objektivierten Geistes (Rechtsgeistes) fließen.

Vor allem geht es um die grundlegende Stellungnahme: Sollen wir die uns interessierende Frage „von unten“, „soziologisch“ vom Ausgangspunkt jener „subkutanen“ Gesellschaft beobachten, oder von „oben“, „juristisch“, vom Standpunkt des Staates und der staatlichen Rechtsordnung. Eine solche Fragestellung selbst ist aber notwendigerweise einseitig, undialektisch. Der dialektische Zugang zur Frage bedeutet die Fülle und die wechselseitige Verknüpfung bei der Betrachtungsweisen. Er bedeutet die Notwendigkeit, sich den stufenförmigen und wechselseitig

verbundenen Aufbau von den einzelnen Schichten des Seins der realen Welt, das Verhältnis dieser Schichten, das im Aufruhen, in der „Freiheit in der Abhängigkeit“ besteht, und besonders die wechselseitige Bedingtheit einzelner Sphären des geistigen Seins zu begreifen. Dann wird es sich freilich auch zeigen, dass die Überformung bzw. die Überbauung durch den Rechtsgeist eine höhere Gestaltung der Gesellschaft mit Rücksicht auf die Gestaltung durch den bloßen sozialen Geist, der noch nicht ein sozial rechtlicher geworden ist, bildet. Die Richtigkeit und die Wahrheit einer solchen komplex-dialektischen Betrachtungsweise folgt im Besonderen auch aus der Beobachtung und Feststellung, dass jede „subkutane“ Gesellschaft mit ihrer „bloß“ sozialen Ordnung durch ihr ganzes Wesen danach strebt, die Führung im Staat zu übernehmen, sowie danach dass ihre „bloß“ soziale Ordnung eine Staatsrechtsordnung wird.

Eine jede solche „subkutane“ Gesellschaft mit ihrem Rechtsbewusstsein kämpft um die Gestaltung eines neuen Charakters zuerst des objektiven Geistes der betreffenden staatlichen Gesellschaft, besonders um eine neue Gestaltung des objektiven Rechtsgeistes. Wenn diese „subkutane“ Gesellschaft in der Sphäre dieses objektiven Geistes eine dominante Stellung gewinnt, dann ist es offensichtlich, dass sich der neue objektive Geist, einschließlich des objektiven Rechtsgeistes, in einer kompromisslosen Spannung zu dem bisherigen objektivierten Rechtsgeist (zu dem geschriebenen Recht oder Gewohnheitsrecht) befindet, welcher die Gesellschaft bisher regierte. Diese Spannung gipfelt schließlich entweder darin, dass die bisherige rechtliche Objektivation sich im „legalen“ Weg ändert, d. h. in einem Wege, der durch die bisherige Rechtsordnung vorgeschrieben ist, sich der Inhalt dieser Rechtsordnung so ändern wird, damit er im Einvernehmen und Einklang mit dem lebenden objektiven Rechtsgeist wäre, der dem Geist jener „subkutanen“ Gesellschaft entspricht. Oder es kommt zur revolutionären Vernichtung der bisherigen rechtlichen Objektivationen und es entstehen neue rechtliche Objektivationen, ein neuer objektivierter Rechtsgeist (neue Gesetze und andere Rechtsnormen). Damit wird die Problematik des Verhältnisses der Gesellschaft und des Staates dialektisch gelöst.

Aber auch die Gemeinschaft bildet ein spezifisches mehrschichtiges, komplexes Gebilde – genauso wie wir das bei der Gesellschaft festgestellt haben.

Wir stehen vor der Frage, ob es wirklich möglich ist, einen wesentlichen Unterschied zwischen der Gesellschaft und der Gemeinschaft festzustellen. Wir haben schon gesehen, dass alle Versuche, eine genaue Trennungslinie zwischen der Gesellschaft und der Gemeinschaft zu ziehen, mit Misserfolgen endeten. Auch wenn z. B. bei Binder der Staat als eine Gemeinschaft verstanden wird, findet man, dass Binder hier nicht mit dem Staat, wie er in der Realität ist, sondern mit einem Begriff des idealen Staates, wo der Einzelne sich voll als Glied des Ganzen fühlt, arbeitet. Die Erfahrung zeigt aber, dass es viele Staaten gibt, die als Staaten im Sinne des Völkerrechts figurieren, aber keine „idealen“ Staaten sind.

**VIII.** Alle vier Phänomene, d. h. das Recht, der Staat, die Gemeinschaft und die Gesellschaft sind komplexe mehrschichtige Gebilde, deren Struktur im Kleinen eine Analogie des stufenförmigen Aufbaus der realen Welt ist. Alle vier Grundschichten des realen Seins befinden sich auch in dem komplex-dialektisch geschichteten Aufbau dieser vier Phänomene.

Der Unterschied besteht letzten Endes einerseits in der verschiedenen Betonung einzelner Bestandteile, andererseits in der Tatsache, dass die verschiedenen Sphären des geistigen Seins sich hier verschieden geltend machen.

Beim Recht tritt scharf die Schicht des geistigen Seins und besonders des objektivierten Geistes hervor. Das Wesen des Rechtes beruht vorwiegend im objektivierten Rechtsgeist. Dieser objektivierte Rechtsgeist ist freilich durch den objektiven Rechtsgeist und durch die personalen Rechtsgeister getragen und gleichzeitig trägt er sie. Ohne diese Stütze und Quelle seiner Geltung würde der objektivierte Rechtsgeist schließlich notwendigerweise untergehen. Bei der Bildung der Sphären der abgeleiteten Normativität macht sich in einer entscheidenden Weise der personale Rechtsgeist geltend, und zwar mit seiner immerwährenden Tendenz zum absoluten Sollen der Normideen und seiner Fähigkeit, die Stimme und den Inhalt der Normidee des Rechts und anderer Normidee in die reale Welt zu überführen. Das Recht ist freilich auch Macht und deswegen kommen sekundär auch andere Schichten der realen Welt in Betracht.

Während es beim Recht vor allem der Inbegriff von Normen, also in erster Linie der objektivierte Rechtsgeist in Frage kommt, geht es beim Staat vor allem um einen Inbegriff von Menschen. Während beim Recht der geistige Bestandteil der bedeutendere ist, geht es beim Staat um ein gleichmäßiges und gleichwertiges Verhältnis aller Bestandteile, aus denen das komplexe Phänomen des Staates besteht. Es handelt sich um die Menschen, um das Gebiet und um die geistige Komponente im Verhältnis der Beiordnung. Alle diese Bestandteile sind gleichbedeutend. Der Staat ist ein vollkommenes Abbild im Kleinen dessen, was der stufenförmige Aufbau der realen Welt im Großen ist.

Die Gesellschaft ist auch ein komplex geschichtetes Gebilde, ähnlich wie der Staat. Nur dass hier der Bestandteil „Gebiet“ nicht direkt in Szene tritt und auch die geistige Komponente der Gesellschaft nicht durch den objektivierten Geist bestimmt ist. Das Verhältnis der Gesellschaft zum Staat im marxistischen Sinn kann man durch das Verhältnis des objektiven zum objektivierten Geist erklären, wo letztlich das, was wesensnotwendig lebend, fortschrittlich ist, gewinnt, und zwar gegen die Starrheit der Objektivationen. Man darf dabei nicht vergessen, dass jeder objektive Geist durch sein Wesen selbst zu Objektivationen getrieben wird und dass auch die marxistische Gesellschaft mit ihrer gesellschaftlichen Ordnung dazu tendiert, eine staatliche Gesellschaft mit staatlicher Rechtsordnung zu werden.

Von einer Gemeinschaft kann man – wenn man will – dann sprechen, wenn eine so starke gemeinsame „Atmosphäre“ sich gebildet hat, dass man daraus schließen kann, dass sich hier der zuständige objektive Geist gebildet hat. Der Staat kann, muss aber nicht, eine Gemeinschaft sein.

## **§ 16. Recht und Wirtschaft**

**I.** Welches ist das Verhältnis des Rechts und der Wirtschaft, besonders welche ist die Beziehung des Inbegriffs von Rechtsnormen zu Produktions- und Tauschverhältnissen?

Sind die wirtschaftlichen Verhältnisse ein entscheidender und diktierender Faktor, sodass die Aufgabe des Rechts in nichts anderem besteht,

als mit Hilfe seiner Bestimmungen den existierenden Stand zu erfassen, oder ist das Gegenteil der Fall? Ist etwa die Rechtsordnung letzten Endes der entscheidende Faktor und gestaltet als solcher die Produktions- und Tauschverhältnisse, d. h. die wirtschaftlichen Verhältnisse der diesbezüglichen Zeit?

Auch hier begegnet man zwei entgegengesetzten Lösungen dieser Problematik, zwei konträren Idealtypen.

**II.** Die Lösung ist die der kompromisslosen Auffassung des marxistischen historischen Materialismus. Die gegensätzliche Lösung ist am schärfsten von Rudolf Stammler in seinem Werk *Wirtschaft und Recht* zugespitzt worden.

Für den historischen Materialismus ist die reale Grundlage, d. h. die ökonomische Struktur der Gesellschaft, der letztlich bestimmende Faktor und das Recht, wie die anderen Bestandteile des ideologischen Überbaues, bloß ein Reflex der ökonomischen Struktur der Gesellschaft. Friedrich Engels hat später diese Grundauffassung revidiert, um eine blinde Konsequenz zu vermeiden. Auch das Recht als etwas Spezifisches, qualitativ anderes – in Beziehung zum Materiellen – wirkt auf die reale Grundlage, auf die ökonomische Struktur zurück und steht letztlich mit seiner ökonomischen Grundlage in Wechselwirkung. Freilich auch in dieser revidierten Konzeption bildet die Wirtschaft, die ökonomische Grundlage, in letzter Instanz das bestimmende Moment.

**III.** Gegen diese materialistische Auffassung des Verhältnisses der Wirtschaft und des Rechts hat Stammler dem Recht die entscheidende Rolle zuerkannt. Das Recht ist jene Form, die die Wirtschaft gestaltet, ihr eine feste Form gibt und sie letzten Endes auch bestimmt. Stammler hat den sozial-ökonomischen Begriff der Gesellschaft mit dem juristischen Begriff identifiziert. Der Fehler der Stammlerschen Konzeption besteht darin, dass er von dem Schema des isolierten Menschen ausgeht und die Gesellschaft als eine Verbindung von Einzelnen unter bestimmten äußerlich festgesetzten Regeln auffasst. Das soziale Leben ist für Stammler schon im Voraus als „äußerlich geregeltes Leben“ gegeben. Richtig bemerkt dazu Heinrich Cunow (*Die Marx'sche Geschichte-, Gesellschafts- und Staatstheorie I*), dass das soziale Leben jede Wirkung ist, die innerlich eine Beziehung

zu anderen hat. Schon mit der ersten bewussten Handlung, durch welche der Mensch bei seiner Befriedigung der Bedürfnisse in irgendeine Berührung mit dem anderen Menschen kommt, tritt er in eine sozial gegenseitige Beziehung. Für solche Beziehungen existiert aber nicht gleich von Anfang an eine Regelung. Diese Regelung setzt sich erst schrittweise durch, und zwar vor allem in sehr unsicheren, immer sich wiederholenden Leistungen der einzelnen Beziehungen. Es ist nicht so, dass z. B. erst das Recht auf Lohn geregelt würde, und nachher die Arbeit selbst eingeführt. Ebenso entsteht nicht zuerst die Regelung des Wechselverkehrs, und erst dann wird der Wechsel eingeführt. Erst wenn hier schon soziale Beziehungen existieren, können sie geregelt werden. Diese Regelung realisiert sich dann nicht sofort durch die Festsetzung einzelner Normen von außen her, sondern von innen her, ohne dass die Menschen sich dies zuerst vergegenwärtigen und diese Regelung vollkommen verstehen. Erst später werden diese Regeln von außen festgesetzt und als Regeln anerkannt. Aber auch dann regelt der Staat nicht das ganze Gebiet des sozialen Lebens, sondern nur soweit es sich für das staatliche Leben als bedeutend erweist; und insofern hier die sog. äußerlich formale Regelung existiert, deckt sie sich fast nie vollkommen mit dem ökonomischen Inhalt der sozialen Regelung im sozialen Wirtschaftsprozess. Wenn sich Stammler das alles vergegenwärtigt hätte, dann hätte er nicht zu seiner Überzeugung gelangen können, dass die staatliche Rechtsordnung als bedingende Form das ganze gesellschaftliche Leben bestimme. Stammler unterscheidet hier nicht zwischen der Gesellschaft und dem Staat, zwischen der Gesellschaftsordnung und der Staatsrechtsordnung und kennt auch nicht den Begriff der Gemeinschaft in seinem Verhältnis zur Gesellschaft; er identifiziert die innere Regelung, die sich im wirtschaftlichen Prozess durchsetzt, mit der späteren staatsrechtlichen Regelung. Deswegen bezeichnet er die soziale Wirtschaft als das unter äußeren Regeln stehende Zusammenwirken, welches auf Befriedigung menschlicher Bedürfnisse hingeht.

Mit Recht macht Cunow aufmerksam, dass man, wenn man weiß, dass in einer gewissen Gesellschaft gewisse Eigentums- oder Erbschaftsrechte gelten, nur von der formal-rechtlichen Seite der diesbezüglichen Ordnung Kenntnis hat. Das genügt aber nicht, damit wir den Gesamtcharakter

der sozialen Wirtschaft kennenlernen. Darüber entscheidet nicht nur die formale Natur der Rechtsregeln, sondern es ist wichtig zu wissen, in welchem Umfang diese Regeln in den Wirtschaftsprozess eingreifen. Auf verschiedenen Entwicklungsstufen können gleiche Rechtsregeln erscheinen, trotzdem aber kann das wirtschaftliche Leben ganz verschiedene Merkmale aufweisen. Es kommt nicht nur darauf an, dass gewisse Rechtsnormen existieren, sondern auch darauf, in welchem Umfang diese Normen den wirklichen wirtschaftlichen und sozialen Prozess gestalten. Wenn der Staat auf der einen Seite nicht alle sozialen Regeln übernimmt und sie in die Staatsrechtsordnung inkorporiert, legt er auf der anderen Seite den Staatsbürgern viele Gesetze auf, die nicht unmittelbar im gesellschaftlichen Leben verankert sind, sondern durch bestimmte Bedürfnisse des staatlichen Organismus selbst diktiert werden. Die Staatsrechtsordnung wirkt aber auch auf den sozialen Wirtschaftsprozess zurück. Der Staat kann zwar nicht nach seiner Willkür Gesetze und die Struktur der Wirtschaft ändern und z. B. einer kapitalistischen Gesellschaft dekretieren, dass der Überwert und Zinsen oder Gewinn abgeschafft werden sollen, er kann aber z. B. in Form von Zöllen, Subventionen und auf manche andere Art wesentlich auf seine wirtschaftliche Grundlage zurückwirken.

Diesen großen Streit zwischen der materialistischen Geschichtsauffassung, nach der die wirtschaftliche Struktur der Gesellschaft die reale Grundlage bildet und der Staat und die Rechtsordnung in den bloßen Überbau gehören, und der Auffassung Stammlers, der das ganze Gewicht auf die Seite der staatlichen Rechtsordnung legt, in welcher er die bedingende Form des ganzen wirtschaftlichen Lebens sieht, diesen großen Streit, in den jahrzehntelang hervorragende Denker wie Max Weber oder Heinrich Cunow eingegriffen haben, kann man mit Hilfe der Lehre von dem stufenförmigen Aufbau der realen Welt lösen, dessen höchste Schicht das geistige Sein bildet. Ich bin der Meinung, dass der Schlüssel zur ganzen Lösung darin wieder liegt, wenn wir richtig alle Folgen aus dem Verhältnis des objektiven und des objektivierten Geistes ziehen.

**IV.** Eine Andeutung der Lösung ist folgende: Man muss von der Existenz kleiner Gemeinschaften ausgehen, bei denen wir zu Beginn noch nicht dem Recht in heutiger Auffassung begegnen; dort existiert die „Rechtsordnung“

noch nicht als objektivierter Rechtsgeist. Die Regelung des wechselseitigen Verkehrs zwischen Gliedern der diesbezüglichen Gemeinschaft erfolgt vom Innern dieses Körpers spontan und ist noch sehr vage. Bald aber bildet sich ein gewisses Rechtsempfinden, ein gewisses Rechtsbewusstsein, der objektive Rechtsgeist. Dieser objektive Rechtsgeist, der real ist, und auf dem besonders der Einzelne „stößt“, der sich gegen ihn und dadurch gegen die Gemeinschaft stellt, wird sich in einem langen Prozess objektivieren. Aus dem objektiven Rechtsgeist bilden sich rechtliche Objektivationen. Der objektive Rechtsgeist ist zu diesen Objektivationen wesensnotwendig getrieben und schafft sich in ihnen auf der anderen Seite seine Fesseln, von welchen er sich wieder im weiteren Prozess seiner Entwicklung in dieser oder jener Form befreien muss. Solche erste rechtliche Objektivationen sind die Regeln des Gewohnheitsrechtes, und erst im weiteren Prozess der Entwicklung kommt es zu ausgeprägteren Objektivationen, d. h. zum Erlass verschiedener Gesetze und anderer Rechtsnormen in schriftlicher Form; es erscheint das geschriebene Recht. Man muss also nicht nur vom Standpunkt der Entwicklung, sondern auch vom Standpunkt heutiger Auffassung den objektiven Rechtsgeist und den objektivierten Rechtsgeist unterscheiden.

Wenn man sich das alles vergegenwärtigt, dann ist es klar, dass nicht vom immanent-rechtlichen Standpunkt (von welchem Stammler die ganze Problematik ausschließlich betrachtete und welcher Standpunkt für eine komplexe Meisterung der Problematik zu eng und daher unannehmbar ist), sondern vom komplex-dialektischen Standpunkt der objektivierter Rechtsgeist, ohne Unterschied, ob es sich um Gewohnheitsrecht oder um geschriebenes Recht handelt, überhaupt nichts Primäres, und zwar weder zeitlich noch logisch, ist, und gleichzeitig die ganze Problematik des sozialrechtlichen und wirtschaftlichen Lebens keineswegs zu lösen vermag. Die staatliche Rechtsordnung ist eine Objektivation dessen, was in gewissem Sinn unter ihm steht, nämlich des objektiven Rechtsgeistes, d. h. des Begreifens der sozialrechtlichen und wirtschaftlichen Problematik durch das Volk der diesbezüglichen Gemeinschaft. Die sozialwirtschaftliche Ordnung lebt unter der rechtlichen Schale ihrer Objektivationen nach ihren eigenen Gesetzen weiter, wenn auch die Rechtsordnung als objektivierter Rechtsgeist im Rückreflex mächtig auf sie wirkt.

Bei der Lösung dieser Problematik ist es von Vorteil, zweierlei Aspekte zu unterscheiden, und zwar den statischen Aspekt und den dynamischen Aspekt, der in den soziologischen Aspekt übergeht.

Wenn wir dem Staat, der gerade in diesem Augenblick da ist, beobachten, sehen wir eine Rechtsordnung, die in normativer Weise das Benehmen von Menschen, daher auch ihre Produktions- und Tauschverhältnisse, kurz ihre wirtschaftlichen Verhältnisse regelt und sich auch im Durchschnitt durchzusetzen weiß und daher eine gültige Rechtsordnung ist. Von der sozial-ökonomischen Seite sehen wir unter dem teleologischen Aspekt eine große Menge von Produktions- und Tauschverhältnissen, also von wirtschaftlichen Verhältnissen, die durch die Rechtsordnung geregelt sind. In diesem statischen Aspekt kann man die entscheidende Rolle der Rechtsordnung beobachten.

Unter dem dynamischen Aspekt, und zwar wenn wir das Ganze des Rechts in seiner langfristigen Entwicklung im Auge haben, ist es unbestritten, dass die Produktions- und Tauschverhältnisse, also die wirtschaftlichen Verhältnisse, einen sehr mächtigen, wenn auch keinen ausschließlichen Einfluss auf die Gestaltung der Rechtsordnung, auf den Inhalt ihrer Rechtsnormen haben. Unter diesem dynamisch-soziologischen Aspekt kann man die große Rolle beobachten, welche die wirtschaftliche Struktur der Gesellschaft in ihrem Verhältnis zum Recht spielt und oft die Auflösung der nicht mehr passenden gesetzlichen Norm oder anderen Rechtsnormen, oder wenigstens bei Beibehaltung der bisherigen Rechtsinstitution eine Veränderung ihrer sozialen Funktion zur Folge hat, ein Phänomen, auf das zu Beginn dieses Jahrhunderts Karl Renner so nachdrücklich aufmerksam gemacht hat.

## **§ 17. Recht, Moral und Sitte**

**I.** Geistiger Vater der Dreigliederung der gesellschaftlichen Normen auf die Normen des Rechts, der Moral und der Sitte ist Rudolf von Jhering (*Der Zweck im Recht*, 2 Bde.). Er zeigt, dass ursprünglich diese drei verschiedenen Normenkomplexe verbunden waren und erst später und schrittweise sich entwickelten. So umfasst bei den Griechen das Wort

*diké* das Recht, die Moral und die Sitte und ähnlich bei den Juden das Wort *Mischpat*, nur dass dieses Wort nicht den Willen des Volkes, sondern den des Gottes hinter sich hat. Genau dasselbe drückt bei den Indern das Wort *dharma* aus. In Rom trennt sich das Recht von Moral und Sitte, während die Moral und die Sitte noch untrennbar verbunden sind und durch das Wort *mos* bezeichnet werden. Die deutsche Sprache hat diese Gemeinschaft so unterschieden, dass sie neben dem Recht noch die Sittlichkeit oder Moral und die Sitte kennt.

## II. Zuerst zum Verhältnis des Rechts und der Moral!

Man begegnet einer außergewöhnlichen Vielzahl verschiedenster Auffassungen. Die erste Gruppe lehrt, dass das Recht in der Moral verankert ist. Das ist grundsätzlich, allerdings nicht ausnahmslos, die Meinung der naturrechtlichen Lehre. Rudolf Laun betont in seiner berühmten Inaugurationsrede *Recht und Sittlichkeit*: „Das Recht ist die Sittlichkeit, das Recht ist in den Herzen der Menschen.“ Eine vergleichbare Auffassung vertritt zu Ende seines Lebens auch Gustav Radbruch (*Vorschule der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl.). Auch nach der Meinung von Luis Legaz y Lacambra (*Rechtsphilosophie*, 1965) ist das Recht bis zu einem gewissen Grade der Moral untergeordnet, besonders mit Rücksicht darauf, dass der Mensch sich nicht in einen *homo iuridicus* und einen ihm entgegengesetzten *homo moralis* aufspalten kann und sein Verhalten in jeder Lage moralisch sein, also den Forderungen des Moralgesetzes entsprechen soll. Aber schon früher vertrat Nicolai Hartmann (*Ethik*, 2. Aufl., 1935) eine ähnliche Auffassung. Alles Recht ist nach Hartmann „Ausdruck eines ethischen Strebens“.

Eine weitere Gruppe von Denkern stellt den Gedanken der Koordinierung von Recht und Moral in den Vordergrund. Kant und früher schon Thomasius haben die Unterscheidung der Begriffe Recht und Moral vollzogen. Den wesentlichen Unterschied zwischen Recht und Moral sieht man darin, dass das Recht die Beziehungen zwischen den Menschen als Einzelwesen regelt. Deshalb sind Rechtspflichten immer Pflichten eines Rechtssubjektes gegen ein anderes Rechtssubjekt. Jeder Rechtspflicht steht ein subjektives Recht gegenüber. Die Rechtspflicht ist „Pflicht und Schuldigkeit“, die moralische Pflicht dagegen Pflicht schlechthin, ihr steht keine Berechtigung gegenüber.

Es gibt auch zahlreiche Auffassungen von der absoluten Zäsur zwischen Recht und Moral, und analog zwischen der Rechtswissenschaft und Moralphilosophie (John Austin, Holland, Kelsen, O. W. Holmes).

Wieder eine andere Auffassung betont Hermann Cohen, der Führer der Marburger Neukantischen Schule. In seinem Werk *Ethik des reinen Willens* versucht er, die transzendente Methode auch auf die Ethik am strengsten anzuwenden. Das Ergebnis ist interessant: ihm ist nicht das Recht der Sittlichkeit untergeordnet, sondern umgekehrt, die Sittlichkeit ist in das Recht eingereiht; die Moral ist durch das Recht konsumiert. Cohen sieht nicht, dass auch realiter eine „positive“ Moral („Sittlichkeit“) existiert und dass diese Moral zur Idee der Moral, bzw. zur Normidee der Sittlichkeit in einem ähnlichen Verhältnis steht, wie das empirische, positive Recht zur Idee bzw. Normidee des Rechts.

**III.** Schon die terminologische Seite, und zwar nicht nur mit Rücksicht auf das Recht, sondern auch mit Rücksicht auf die Moral, ist sehr unklar. Die einen, z. B. Karl Englisch, Arthur Kaufmann und Heinrich Henkel verwenden die Termini Moral, Sittlichkeit und Ethik als gleichbedeutend, als Synonymen.

Nach Meinung der marxistisch-leninistischen Philosophie (Klaus-Buhr, *Philosophisches Wörterbuch*, Bd. 2) ist demgegenüber eine Unterscheidung zwischen Moral und Sittlichkeit in dem Sinne möglich, dass unter Moral das mannigfaltige, widersprüchliche, sich ständig wandelnde, individuell und subjektiv bestimmte praktisch-sittliche Verhalten verstanden wird, während unter Sittlichkeit oder Ethik das eine unveränderliche, für alle Zeiten und Menschen gültige Sittengesetz. Die marxistisch-leninistische Ethik bestimmt die Moral oder Sittlichkeit als eine spezifische Form des gesellschaftlichen Bewusstseins, als eine dialektische Einheit von sittlicher Gesinnung und entsprechendem praktisch-sittlichem Verhalten, als ein kompliziertes System von geschichtlich gewordenen und gesellschaftlich bedingten sittlichen Grundsätzen, Werten und Normen, von denen sich die Menschen in ihrem Verhalten zueinander und zu den verschiedenen Einrichtungen und Formen ihres gesellschaftlichen Zusammenlebens, wie Klasse, Arbeit, Arbeitskollektiv, Familie, Staat, Nation usw. bestimmen und leiten müssen. Die Moral ist mit der Gesellschaft entstanden und hat sich mit dieser verändert und entwickelt. Außerhalb der Gesellschaft

gibt es keine Moral. Sie ist die Widerspiegelung gesellschaftlich bedingter Gemeinschaftsbeziehungen der Menschen und zugleich eine aktive, über das entsprechende Handeln der Menschen auf jene Beziehungen zurückwirkende, sie gestaltende Kraft.

Die anderen wieder, wie z. B. Nicolai Hartmann, machen einen Unterschied zwischen der Moral auf der einen Seite und der Sittlichkeit oder Ethik auf der anderen Seite. Nach der Meinung von Hartmann hat jede Zeit und jedes Volk seine „geltende Moral“. Von aller positiven Moral zu unterscheiden ist aber die Ethik als solche mit ihrer allgemeinen, idealen Forderung des Guten, wie sie in jeder speziellen Moral schon gemeint und vorausgesetzt ist. Die Ethik sucht das Kriterium des Guten, das jenen positiven Moral fehlt. Es gibt keine geltende Moral, die nicht die Tendenz hätte, absolute Moral zu sein. Überall ist die Beziehung auf die Idee dem Positiven schon immanent.

**IV.** Aber nicht nur in diesem Sinne besteht eine große Verschiedenheit von einzelnen Ansichten. Viel Unklarheit herrscht darüber, was man überhaupt unter dem Begriff „Moral“ nach der inhaltlichen Seite denken soll. So z. B. nach der Meinung von Heinrich Henkel muss man zunächst bei der Aufgliederung des Bereiches der Sittlichkeit vier Sphären unterscheiden: die autonome Sittlichkeit (Gewissensethik), die Hochethik der religiösen und weltanschaulichen Systeme, die Sozialmoral (Gruppenmoral) und die Humanmoral. Dazu ist zu sagen: Man kann sicher einzelne Seiten der Moral als solche zum Gegenstand einer besonderen Untersuchung machen. Aber fragwürdig ist die Henkelsche Zergliederung eines einheitlichen Begriffes der Moral in vier, wahrscheinlich ganz selbständige Sphären. Jedenfalls wäre es notwendig, die Begriffe dieser vier Moral im Wege der komplexen Dialektik in einen einzigen komplex-dialektischen Begriff der Moral zu bearbeiten.

**V.** Nach dieser ganz kurzen Übersicht einzelner Ansichten kann man zum Verhältnis des Rechts und der Moral folgendes sagen:

- a) Zullererst muss man zwischen dem Begriff des Rechts, dem Begriff der Idee des Rechts und dem Begriff der Normidee des Rechts auf der einen Seite, und dem Begriff der Moral, dem Begriff der Idee und dem Begriff der Normidee der Sittlichkeit auf der anderen Seite unterscheiden.

- b) Recht ist ein Inbegriff von Normen (und diesbezüglicher Handlungen), die einen hierarchischen Stufenbau aufweisen mit der Grundnorm an der Spitze, die im objektiven Rechtsgeist verankert ist und die zur realen Idee des Rechts und letztlich zur idealen Normidee des Rechts tendiert. Das Recht gehört mit seiner im Großen und Ganzen bestehenden Faktizität und mit dem organisierten Zwang (als Phänomen) nicht nur der Schicht des geistigen Seins, sondern auch den anderen, niedrigeren Schichten der realen Welt, besonders auch - angesichts seines äußeren, organisierten Zwangs - der Schicht des physisch-materiellen Seins an. Die Moral ist der Inbegriff der in der betreffenden Gemeinschaft geltenden Normen, mit deren Verletzung die Unruhe des Gewissens als Sanktion verknüpft ist. Der äußere Zwang ist dem Wesen der Moral vollkommen fremd. Sie gehört der Schicht des geistigen Seins an, obgleich sie sich in der psychologischen Gegebenheit (Wirklichkeit) des menschlichen Gewissens manifestiert und damit auch in die seelische Schicht hineinragt. Keinesfalls aber gehört die Moral in die Schicht des anorganischen Seins; sie kennt keinen äußeren Zwang. Die Moral tendiert zur Idee der Moral (zum kategorischen Imperativ - besser wäre es freilich zu sagen: zur kategorischen Pflicht - im Sinne Kants oder zum Mitleid mit allem Lebendigen im Sinne Schopenhauers), die der realen Welt angehört, und letztlich zur Normidee der Sittlichkeit, die als ein Bestandteil des idealen Reichs der Normideen aufgefasst wird.
- c) Das Recht regelt die Beziehungen zwischen den Menschen und setzt somit die Existenz einer menschlichen Gesellschaft voraus. Das Recht kennt die Rechtspflichten und ihnen korrespondierende subjektive Rechte. Die Moral hat in erster Linie den Menschen als ein Individuum zum Gegenstand, mag sie auch die Verhältnisse zwischen den Menschen nach dem Gesetz der Liebe ordnen. Die Moral kennt nur Pflichten.
- d) Das Recht ist durch seine grundsätzliche „Äußerlichkeit“, die Moral durch ihre grundsätzliche „Innerlichkeit“ charakterisiert, und zwar in dem Sinn, dass das Recht sich nicht auf das innere Verhalten als solches bezieht, sondern nur wegen der möglichen Folgen (Rücksicht auf *bona fides*, *dolus* oder *culpa*) Elemente des inneren

Verhaltens in Betracht zieht, während die Moral das äußere Verhalten nur als einen Ausdruck der inneren Gesinnung bewertet. Der Satz „*cogitationis poenam nemo patitur*“ spiegelt das Wesen des Rechts selbst wider, er folgt aus der Notwendigkeit der Rechtssicherheit. Die Rechtssicherheit ist ein Bestandteil der Rechtsidee.

- e) Die Unterscheidung zwischen der Legalität des Rechts und der Moralität der Moral ist nur insoweit richtig, wenn beim Recht nur einzelne Rechtsnormen in Betracht kommen. Beim Recht als einem Ganzen, bei der Rechtsordnung als einem Ganzen, ist es anders. Die Rechtsordnung als objektivierter Rechtsgeist, welcher nicht mit dem objektiven Rechtsgeist (mit dem Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Rechtsgemeinschaft einschließlich der rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts an der Spitze) im Einklang steht, wird nicht lange Zeit in Geltung sein.
- f) Das Kriterium der Heteronomie des Rechts und der Autonomie der Moral ist nur mit einer wesentlichen Einschränkung richtig. Wenn man unter Autonomie die Gegebenheit eines Norminhaltes im eigenen Gewissen versteht, dann ist es möglich, beim Recht als einem Ganzen – im Unterschied zur einzelnen Rechtsnorm – von einer Autonomie zu sprechen. Man muss wieder stark betonen, dass zur Geltung des Rechts als eines Ganzen grundsätzlich der Einklang mit dem objektiven Rechtsgeist erforderlich ist oder mindestens dessen Toleranz.

**VII.** Was die Sitte betrifft, hat Gustav Radbruch behauptet (*Rechtsphilosophie*, 5. Aufl.), dass zwischen Recht und Sitte eine „Inkommensurabilität“ besteht, und zwar deshalb, weil nur das Recht, nicht aber die Sitte an einer Wertidee ausgerichtet sei; die Sitte habe im System der Kulturwerte keinen Platz.

Sicher ist es richtig, dass die Sittenordnung in das geistige Sein gehört, und zwar in die Sphäre des objektiven Geistes. Andererseits ist es aber auch richtig, dass die Sitte nicht mit Recht oder Moral gleichgeordnet ist. In der idealen Welt existiert nämlich keine Normidee der Sitte, es existieren dort aber die Normideen des Rechts und der Sittlichkeit. Aber auch in der realen Welt existiert keine reale Idee der Sitte; dort existieren aber reale Ideen des Rechts und der Moral.

Man kann nicht mit der Behauptung einverstanden sein, dass die Sitte „ein in sich widersinniges Mischprodukt rechtlicher und moralischer Bewertung“ (Radbruch) darstellte. Was die weitere Behauptung Radbruchs betrifft, nämlich dass es die Bestimmung der Sitte ist, vom Rechte und von der Moral aufgezehrt zu werden, nachdem sie das Recht sowohl wie die Moral erst vorbereitet und ermöglicht hat, ist es richtig, dass in der Frühzeit der menschlichen Sozietäten die Sitte die historische Vorform nicht nur des Rechts, sondern auch der Moral darstellt, und richtig ist auch, dass zwischen Sitte und Recht ein ständiger Integrationsprozess besteht, eine unumgängliche und intensive Wechselwirkung (Henkel). Mit Recht weist aber Henkel die Behauptung zurück, dass es allgemein die Bestimmung der Sitte ist, im Recht aufzugehen. Nur ein Teil des Sittenbereiches kommt für die rechtliche Integration in Betracht. Von einer „Aufzehrung“ der Sitte kann keine Rede sein, da diese vielmehr ihre Gültigkeit als Sitte auch weiterhin behält und darin ihre selbständige Funktion neben dem Recht erfüllt.

Die Feststellung Jherings ist richtig, dass die Normen der Sitte im Verhältnis zu den Normen der Moral und des Rechts etwas darstellen, was nicht vollwertig ist. Man spricht von Normen der Sitte, wenn man z. B. an die verschiedenen Vorschriften des Grüßens denkt, des gesellschaftlichen Benehmens bei verschiedenen Gelegenheiten, an die Pflicht, eine bestimmte Tracht bei bestimmten Feierlichkeiten zu tragen.

Auch bei der Sitte kommt eine besondere Vermischung von heteronomen und autonomen Momenten in Betracht. Auch bei der Sitte kommt das Merkmal des äußeren Zwanges als Sanktion auf ein Zuwiderhandeln gegen die Normen der Sitte in Betracht. Beim Recht aber tritt die Sanktion als organisierter Zwang (Exekution, Strafe) hervor, während bei der Sitte eine solche organisierte Sanktion nicht in Frage kommt, sondern nur der nicht organisierte Zwang.

Auf der anderen Seite aber ist der Einzelne auch Mitträger jener Macht der Sozietät, die hinter dem Verbindlichkeitsanspruch der Sittenregeln steht. Letztlich also kommt hier auch das autonome Moment der Selbstbindung des Einzelnen an die Normen der Sitte in Betracht.

Beim Recht spielt die Hauptrolle der objektivierte Geist, bzw. Rechtsgeist. Bei der Sitte kann man vom objektivierten Geist nicht gut sprechen. Die Sittenordnung bildet – wenigstens grundsätzlich – einen Teil des objektiven Geistes. Die Geltung der Sittenordnung ist gerade hier in dem objektiven Geist verankert. Bei der Sitte begegnet man keinem weiteren Rekurs auf eine reale Idee, bzw. auf eine ideale Normidee. Die Sitte „endet“ mit dem objektiven Geist. Dort ist ihr Sitz und von dort entspringt die Heteronomie und zugleich die Autonomie der Sitte.

Aus der Feststellung, dass der Platz der Sitte im objektiven Geist ist, folgt auch die Unrichtigkeit der Behauptung von Rudolf Stammler, dass bei der Sitte von einer Heteronomie gar keine Rede sein könne und dass die Normen der Sitte vollkommen autonom seien, weil ihre Geltung auf der Einwilligung des Einzelnen beruhe, der ihr nur auf Grund seiner freiwilligen Unterwerfung verpflichtet sei. Offensichtlich vergegenwärtigt sich Stammler keinesfalls die abgeleitete, und zwar primär abgeleitete Normativität einzelner Sphären des objektiven Geistes, besonders der Sphäre des Rechtsgeistes, aber auch der Sphäre der Sitte, mit ihrem – auch – „heteronomen“ Charakter.

Man steht allerdings vor der nicht leichten Frage, woher diese abgeleitete Normativität der Sitte überhaupt kommt. Beim Recht und bei der Moral ist es klar: die abgeleitete Normativität der rechtlichen und moralischen Sphäre kommt über den einzigen Vermittler, den wir kennen, d. h. über den Menschen als Subjekt und Person von idealen Normideen des Rechts und der Moral. Woher aber kommt die abgeleitete Normativität der Sittenordnung, wenn wir auf der anderen Seite behaupten, dass keine Normidee der Sitte existiert. Die abgeleitete Normativität der Sittenordnung – eine reine Normativität existiert bei der Sitte überhaupt nicht – ist nur ein Abglanz der Normideen des Rechts und der Moral. Auch in dieser Richtung bestätigt sich die bloße Hilfsfunktion der Sitte im Verhältnis zum Recht und zur Moral.

Recht, Sitte und Moral unterscheiden sich vor allem in der Form der Sanktion. Beim Recht und bei der Sitte hat man es mit einer äußerlichen Sanktion zu tun, während bei der Moral mit einer innerlichen Sanktion. Die äußerliche Sanktion beim Recht besteht im organisierten Zwang (Exekution,

Strafe), während bei der Sitte im nicht organisierten Zwang (im verschiedenen, nicht organisierten Reaktionen des Gesellschaftskreises, zu dem das Pflichtsubjekt gehört, bis zu der äußerlichsten Reaktion – zur Ausschließung aus dem in Frage kommenden Gesellschaftskreis überhaupt).

## **§ 18. Die sog. rechtlich-kognitive und die sog. rechtlich-volitve Sphäre; zur Rationalisierung der normerschöpfenden Tätigkeit**

I. Bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts herrschte die naturrechtliche Grundauffassung verschiedenster Richtungen. Ihnen allen war gemeinsam, dass im Zentrum ihres Interesses nicht die Frage, wie ich das (positive) Recht erkenne, also die sog. rechtlich-kognitive Frage stand, sondern wie ich das Recht, das richtige Recht finden soll – die sog. rechtlich-„volitive“ Sphäre.

Die Rationalisierung der rechtlich-volitiven Sphäre, die logische Meisterung der „Bildung“ des richtigen Rechts, besser die Findung des „richtigen Rechts“, und daher die Ausarbeitung der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung – gerade das beschäftigte in erster Reihe alle Doktrinen des Naturrechtes – von Hesiod, Heraklit, Pythagoras, Solon, Sokrates, Platon, Aristoteles, von den Darstellern der stoischen Philosophie, über die römischen Juristen, über Aurelius Augustinus, Thomas von Aquino, Franz Suarez, über die bekannten Lehrer des typischen „alten“ Naturrechts des 17. und des 18. Jahrhunderts (Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolff), über den genialen Leibniz mit seinem *Dictum iuris et aequi elementa sind decreta aeternae veritatis* und mit seiner Behauptung, dass das positive Gesetz aus dem Naturrecht „fließe“ wie die „Konklusionen aus den Prinzipien“ oder als nähere „Determinationen“ der Prinzipien (*Corpus reformatorium XVI.*), über Jean Jaques Rousseau, bis zum Begründer der sog. modernen Doktrin des Naturrechts Immanuel Kant, der als Urrecht im Sinne Rousseaus die Freiheit nennt und für welchen das Recht *„der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“*

Es ist bemerkenswert, dass die hervorragendsten Kodexe der ganzen Rechtsgeschichte, nämlich das französische Code civil von 1804 und das österreichische ABGB von 1811 durchaus von der naturrechtlichen Grundlage ausgingen. Die ganze naturrechtliche Grundauffassung dieser großen Rechtskultur, wird durch die Lehre vom fundamentalen Wert der menschlichen Person, durch die Lehre von den eingeborenen absoluten Rechten, von der Freiheit des Individuums gegen die Vollmacht des Staates, durch die Lehre vom Gesellschaftsvertrag getragen. Dank dieser einheitlichen philosophischen Grundlage ist für die beiden Kodexe besonders folgendes charakteristisch: die Gesamtstruktur, die im harmonischen Dualismus des primären und des sekundären positiven Rechts verankert ist (Art. 4 Code civil, § 7 ABGB), inhaltliche Einheitlichkeit der ganzen Konzeption, starke Fortschrittlichkeit seiner Grundbestimmungen und klassische Klarheit und Schönheit der Sprache.

Die historische Rechtsschule Savignys und Puchtas stand zwar in einer Feindschaft zum Naturrecht, hat aber mit ihre Lehre vom Volksgeist viel Wertvolles zur Meisterung der sog. rechtlich-volitiven Sphäre beigetragen. Dasselbe kann man auch von der Philosophie Hegels, von seiner Entdeckung des objektiven Geistes feststellen.

Nach dem Tode Hegels ist es zu einem Zerfall der Idee der Philosophie gekommen. Das zweite Drittel des 19. Jahrhunderts stellt sich als eine nichtphilosophische Periode dar. Anstatt des Ideals des philosophischen Gesamtbegreifens der Welt trat in dieser Zeit das Ideal „der exakten Tatsachenwissenschaft“, der Wissenschaft der Laboratorien und Archive an (Aster). Schopenhauer erscheint als ein fremdes Element in dieser Gesamteinstellung des zweiten Drittels des 19. Jahrhunderts. Nur die Philosophie, die scharf positivistisch zugespitzt ist, kann in dieser Zeit Hoffnung und Erfolg haben. Deshalb ist das Werk von Auguste Comte das wichtigste Werk dieser Periode. Auch in England war der Positivismus die vorherrschende Richtung. Bentham war ein Ethiker des Positivismus, James Mill sein Psychologe und John Stuart Mill sein Logiker und Noetiker.

Der Positivismus reduzierte die Aufgaben der Philosophie auf das Einzige: die Welt der Erfahrung (im strengsten Sinne des Wortes) nach Naturgesetzen zu untersuchen. Das Kausalgesetz beherrschte

ausschließlich das Feld. Nur das, was positiv, wirklich, beweisbar ist, das positive Recht, die positive Moral, die positive Wissenschaft war das Ideal dieser Epoche.

Als Rechtspositivismus, genauer als Gesetzespositivismus drückt sich diese Richtung besonders dadurch aus, dass er sich ausschließlich auf dem schon gegebenen Stoff, d. h. auf gegebene Gesetze, Verordnungen, Entscheidungen usw. begrenzt. Anstelle der Philosophie des Rechts tritt allgemeine Rechtslehre; ihre Aufgabe ist es, die allgemeinsten Begriffe, die mehreren Rechtsdisziplinen gemeinsam sind, zu untersuchen, und zwar mit Hilfe einer vergleichenden Methode und Benutzung fremder Rechtsordnungen vorzugehen, durch die schrittweise Abstraktion auf der Grundlage der Empirie die allgemeinsten Rechtsbegriffe herauszupräparieren und eventuell auch die Beziehungen dieser höchsten Rechtsbegriffe zu anderen Kulturbereichen zu studieren.

Der Rechtspositivismus erweist sich aber nicht nur in dieser Tätigkeit, sondern – in anderen Richtungen – mündet er in einer soziologischen bzw. psychologischen Untersuchung gewisser rechtlich relevanter Erfahrungen und stellt sich daher als ein Rechtssoziologismus bzw. Rechtspsychologismus dar (Ott).

Es ist klar, dass für die Rechtspositivisten die Grundfrage nach der Rationalisierung der sog. rechtlich-volitiven Sphäre höchstens als eine Technik der Gesetzgebung, bzw. der Rechtsetzung erscheinen kann. Schon Benthams „Nomographie“ bedeutet nur soviel wie Gesetzestechnik: *„That part of the art of legislation which has relation to the form given, to the matter of which the body of the law and its several parts are compound.“*

Jetzt wird also überwiegend die Rechtssetzungswissenschaft oder die Rechtsfindungswissenschaft als bloße Gesetzestechnik aufgefasst. Es handelt sich um die wissenschaftliche Bearbeitung der Problematik, wie Rechtsnormen überhaupt (und Gesetze insbesondere) nach formaler Seite aussehen sollen. Hierher gehören solche Hinweise, dass Rechtsvorschriften knapp, einfach, möglichst in der Aktivform zu fassen sind, dass Fremdwörter grundsätzlich zu vermeiden sind, sowie kasuistische Regelungen usw.

Mit der Grundfrage, wie man das richtige Recht machen soll, darf sich keine Rechtswissenschaft, qua Wissenschaft, beschäftigen. Das Dictum Max Webers (*Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1922), dass Wissenschaft niemanden zu lehren vermag, was er soll, sondern nur was er kann und – unter Umständen – was er will, sowie das auf den ersten Blick scheinbar überzeugende, doch durchaus unrichtige Dictum Kelsens (*Reine Rechtslehre*, 2. Aufl.), dass Wissenschaft keine Wollenschaft ist, sind für die ganze rechtspositivistische Auffassung charakteristisch.

II. Es ist sicher richtig und wahr, dass nur das „positive“ Recht Recht ist; ferner: dass der Termin „positives Recht“ pleonastisch ist, da im Begriff des Rechts schon das Merkmal seiner Positivität mitenthalten ist; schließlich: dass der Termin „Naturrecht“ eine *contradictio in adiecto* darstellt, weil man mit der Bezeichnung „Natur“ schon den Inhalt des Begriffs des Rechts negiert.

Das alles aber beweist keinesfalls die Richtigkeit des Rechtspositivismus dieser oder jener Richtung. Gerade die auf der philosophischen Grundlage der modernen kritischen Ontologie aufgebauten und weitergeführten Untersuchungen haben das bewiesen.

Wie wir schon wissen, ist der objektive Rechtsgeist real. Der Unterschied zwischen dem Erkennen des objektiven Rechtsgeistes und des objektivierten Rechtsgeistes (der Gesetze, Verordnungen usw.) ist nur höchstens quantitativ, nicht qualitativ. Immer aber handelt es sich um ein Erkennen. Der Grundfehler der Rechtspositivisten liegt eben in der Unkenntnis des objektiven Geistes (Rechtsgeistes). Die ganze Entwicklung in dieser Richtung von Hegel bis Nicolai Hartmann ist unbekannt oder wird ignoriert. Sonst würde man wissen, dass der objektive Geist (Rechtsgeist) mit seiner abgeleiteten Normativität ebenso real und erkennbar ist. Der Unterschied zwischen der rechtlich-kognitiven und der rechtlich-volitiven Sphäre ist daher nur relativ und quantitativ, keinesfalls absolut und qualitativ.

Es ist daher klar, dass der Kern der Lösung der Möglichkeit der rationalen Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre und die Möglichkeit einer wahren Rechtsfindungswissenschaft gerade im objektiven Rechtsgeist (dem Rechtsbewusstsein des Volkes einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung) und dessen Erkennbarkeit mit verschiedenen Methoden und Techniken liegt.

**III.** Bei der Herausarbeitung der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung, dieses eminent wichtigen Bestandteiles des objektiven Rechtsgeistes, kann man mit Vorteil die besonders im 20. Jahrhundert durchgeführten Untersuchungen benützen. Einige davon werden hier ganz kurz angedeutet.

Zuerst möchte ich hier an das immer noch nicht genügend bewertete Werk von Rudolf Stammler aufmerksam machen. Seine berühmte Schrift *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902) in Verbindung mit seinen weiteren Arbeiten ist ein Versuch, die rechtlich-volitutive Sphäre wissenschaftlich zu bearbeiten. Schon sein Begriff der Richtigkeit des Rechtes, sein soziales Ideal, seine Grundsätze des richtigen Rechtes (die Grundsätze des Achtens und die Grundsätze des Teilnehmens) und das Vorbild des richtigen Rechtes werden sich trotz aller Kritik seiner Stellungnahme als nützlich und wertvoll erweisen.

Ungemein fesselnd geschrieben und nützlich sind auch die Arbeiten des Neofriesianers Leonard Nelson, sowie des großen tschechischen Rechtsphilosophen Jaroslav Kallab, der erkannt hat, dass das, was der Norm den Sinn einer Norm gibt, keineswegs die Form der Norm ist, sondern ihr Inhalt, nämlich dass die richtige Norm ein Ergebnis der Wahl zwischen möglichen Antworten auf die Frage, was sein soll, ist, und zwar einer Wahl, bei der es denen, die erkennen wollen, um die Bildung allgemein gültiger Erkenntnisse geht.

Für unseren Zweck finde ich als sehr verwendbar Fritz Schreiers Lehre vom möglichen Recht.

In diesem Zusammenhang möchte ich auf die Fechtstellung Radbruchs aufmerksam machen, die eine Gipfelung des rechtsphilosophischen Wirkens (*Vorschule der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., S. 11) darstellt: „So ist die Idee eines übergesetzlichen Rechts, an dem gemessen auch positive Gesetze als gesetzliches Unrecht sich darstellen können, nach einem Jahrhunderts des juristischen Positivismus wieder mächtig auferstanden.“

Für unseren Zweck sind auch die Ausführungen Victor Krafts (*Rationale Moralbegründung*, 1963; *Die Grundlagen der Erkenntnis und die Moral*, 1968) über die rationale Begründung der sozialen Moral und dann die Darlegungen über das primäre und sekundäre Naturrecht von Alfred Verdross interessant.

**IV.** Verdross bezeichnet als Naturrecht jene dem positiven Recht vorgegebenen Grundsätze des zwischenmenschlichen Verhaltens, die rational vermittelt werden können (*Statisches und dynamisches Naturrecht*, 1971). Diese Grundsätze müssen dem Wesen des Menschen entsprechen. *„Das es jedoch keinen Menschen an sich, sondern nur konkrete Menschen gibt, die in einer bestimmten Periode der Geschichte leben, besteht das Wesen des Menschen aus jenen gemeinsamen Merkmalen, die sich in den einzelnen konkreten Individuen geschichtlich ausprägen. Obgleich sich also nur geschichtliches ereignet, wird dieses doch auch von übergeschichtlichem mitgestaltet, das sich durch die Geschichte erhebt. Ohne ein Dauerndes im Wechsel gäbe es keine kontinuierliche menschliche Geschichte.“*

Verdross unterscheidet zwischen den primären, dem allgemeinen Wesen des Menschen angemessenen Grundsätzen des Naturrechtes und den sekundären, veränderlichen naturrechtlichen Normen, die den konkreten Verhältnissen einer bestimmten Periode entsprechen. *„Die Dauerelemente des Rechtes verbinden sich mit seiner Geschichtlichkeit in der Weise, dass jene diese durchdringen.“* *„Wenn der Inhalt des natürlichen Rechtsgesetzes aus der zielstrebigem Natur des Menschen abgeleitet wird, dann können nur jene naturrechtlichen Normen für alle Zeiten und Völker gültig sein, die dem allgemeinen Wesen des Menschen entsprechen, wie es bei allem geschichtlichen Wandel immer gleichgeblieben ist. Eine solche Wesenheit wird aber allgemein vorausgesetzt, wenn der Mensch als ein mit Vernunft und Willen begabtes, soziales Wesen bezeichnet wird, da in dieser Definition alle Merkmale zusammengefasst werden, die den Menschen aller Zeiten und Völker von den anderen Lebewesen unterscheiden“* (*Abendländische Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1963). *„Da nun aber jeder Mensch, obgleich er ein geschichtliches Wesen ist, eine individuelle und besondere Ausprägung der allgemeinen Menschennatur bildet, so muss es sowohl einen unveränderlichen als auch einen veränderlichen Teil des natürlichen Rechtsgesetzes geben.“* Die Konkretisierungen der sekundären, veränderlichen naturrechtlichen Normen können logische Ableitungen aus allgemeinen Prinzipien sein, durch welche sie auf einen neuen Sachverhalt angewendet werden.

*„In den meisten Fällen werden aber die sekundären Normen in der Weise gewonnen, dass nach einem Mittel gesucht wird, das in einer bestimmten Lage*

geeignet ist, der Erreichung eines vorausgesetzten Zieles zu dienen. So kann etwa der Schutz der Menschenrechte in verschiedenen Situationen in durchaus verschiedener Weise gesichert werden.“ „Solche Mittel-Normen können natürlich nicht mit mathematischer Genauigkeit gefunden werden, da der Exaktheitsanspruch nicht bei allen wissenschaftlichen Problemen in gleicher Weise erhoben werden kann. Eine Genauigkeit ist in jedem Falle nur so weit möglich, wie der gegebene Stoff es gestattet und bis an die Grenze hin die dem Gang der wissenschaftlichen Untersuchung gemäß ist.“ „Diese Einsicht darf uns nicht zu dem falschen Schluss verleiten, dass eine rationale Lösung solcher Probleme unmöglich sei.“ „Denn auch in diesen Fällen handelt es sich um eine rationale Entscheidung und nicht um willkürliche Dezsionen eines Machthabers“ (Verdross: *Statisches und dynamisches Naturrechts*, S. 93).

Ich lasse hier die meiner Meinung nach unrichtige Behauptung Victor Krafts beiseite, an die auch Alfred Verdross anknüpft, dass es möglich ist, aus einer bestimmten Tatsache ein Sollen abzuleiten. Wenn das Wollen eines Zieles allgemein ist, entstehe nach Krafts Auffassung eine allgemein gültige Norm, da eine Handlungsanweisung, eine Norm, „erst durch das Wollen des Zieles“ begründet wird. Es geht um einen Irrtum, wenn Kraft meint, dass es möglich ist, aus einer bestimmten Tatsache ein Sollen abzuleiten. Solche Feststellungen stehen schon dem tragischen Diktum Kelsens nahe: „keine Norm ohne Imperator.“ Die Lehre vom reinen Sollen der Normideen und vom abgeleiteten Sollen gewisser Sphären des (realen) geistigen Seins (des personalen Rechtsgeistes und auch Moralgeistes, des objektiven Rechtsgeistes und des objektivierten Rechtsgeistes) bringt eine Lösung dieser Frage.

Jedenfalls bildet – ontologisch gesehen – die Tatsache des Erstrebens eines Zieles keine Ausnahme von der seit Hume feststehenden Erkenntnis, dass aus bloßen Tatsachen keine Normen abgeleitet werden können. Keine Tatsache – und auch nicht die Tatsache des Aktes eines Normschöpfers – kann als solche ein Sollen begründen. Erst wenn eine solche Tatsache als Inhalt des objektiven Rechtsgeistes (Moralgeistes) erscheint, ist ein Sollen da.

Auf der anderen Seite muss man allerdings betonen, dass nur das sogenannte positive Recht Recht ist. Das Naturrecht ist kein Recht (also – vor allem – kein objektivierter Rechtsgeist), sondern der objektive Rechtsgeist.

Sicher ist die Feststellung von Günther Winkler richtig, dass es kein Sollen des positiven Rechts ohne das Faktum des Erzeugungsaktes gibt (*Sein und Sollen*, Rechtstheorie, 10. Bd., S. 257 ff., *ibid.* Beiheft 1, 1980, S. 177 ff.). Rein formal rechtstheoretisch gesehen ist es wirklich so, dass das Faktum des Erzeugungsaktes das Entscheidende ist. Wenn man aber weiter geht und die Frage rechtsontologisch untersucht, findet man, dass der Charakter des Sollens, und zwar des sekundär abgeleiteten Sollens des positiven Rechts, jedenfalls in dem primär abgeleiteten Sollen des objektiven Rechtsgeistes (des Rechtsbewusstseins des Volkes der betreffenden Rechtsgemeinschaft) und schließlich in dem absoluten Sollen der Normidee des Rechts (dieser dialektischen Synthese der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen, der Sicherheit und der Zweckmäßigkeit) wurzelt.

Für durchaus richtig halte ich die grundlegenden Feststellungen von Verdross, dass die Basis der rational begründeten Naturrechtslehre nur der Mensch sein darf, der zur Erhaltung seines Lebens und zur Entfaltung seines Wesens nicht nur der zwischen einzelnen Menschen geltenden Moral, sondern auch einer konkreten Gesellschaftsordnung bedarf, um ein menschenwürdiges Leben führen zu können, und dass die Würde des Menschen und das Gemeinwohl die beiden tragenden Pfeiler des Naturrechtes bilden. *„Ausgangspunkt bleibt immer die Würde des Menschen. Da jedoch diese nur in einer Gemeinschaft gewahrt werden kann, muss auch das Ziel dieser Verbindung bestimmt werden. Es kann kein anderes sein, als das Zusammenleben der Menschen so zu ordnen, dass die Gemeinschaftsglieder in geordneter Freiheit menschenwürdig leben können. Dieses Ziel kann die Gemeinschaftsordnung nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar erreichen, indem sie alle Voraussetzungen schafft, die notwendig sind, um die Gemeinschaftsglieder in die Lage zu versetzen, das angegebene Ziel durch Arbeit und Fleiß anzustreben. Um jene Aufgaben erfüllen zu können, muss sich aber vor allem die Gemeinschaft selbst in einer leistungsfähigen Verfassung befinden, weshalb auch diese Ordnung und ihr Schutz im Begriffe des Gemeinwohls eingeschlossen sind. Das Gemeinwohl besteht daher weder aus der Summe der individuellen Wohle noch ist es das Wohl eines Kollektivs, sondern ein selbständiger Wert, der eine solche Verfassung der Gemeinschaft fordert, die sie befähigt, allen ihren Gliedern schützend, helfend und fördernd zur Führung eines menschenwürdigen Lebens beizustehen.“*

So ergibt sich aus der Pflicht, „die körperliche und moralische Integrität zu achten, das subjektive Recht auf Leben, Unverletzlichkeit und Wahrung des guten Rufes, aus der Schutzpflicht der Gemeinschaftsorgane das subjektive Recht auf polizeilichen und gerichtlichen Schutz, und aus der Pflicht, den Menschen dabei behilflich zu sein, ein ihrer Würde entsprechendes Leben zu führen, das Recht auf Anerkennung der allgemeinen, in der Würde des Menschen begründeten Menschenrechte, wie z. B. das Recht auf Bildung, auf Religionsfreiheit und auf Teilnahme am öffentlichen Leben. Damit in Verbindung steht das passive und in extremen Fällen auch anerkannte aktive Widerstandsrecht gegen naturrechtswidrige Anordnungen der öffentlichen Gewalt.“ „Zu den gerade entwickelten statischen Grundsätzen tritt ein dynamischer Grundsatz hinzu, der gebietet, Vorsorge dafür zu treffen, dass jene Grundsätze in jeder Periode durch positive, dem sekundären Naturrecht dieser Zeit angemessene Rechtsnormen ausgeführt werden“ (*Statisches und dynamisches Naturrecht*, S. 102 f., 106 ff.).

Die Würde des Menschen ist dem positiven Recht vorgegeben. Ist aber die Würde der menschlichen Person jeder Gemeinschaftsordnung vorgegeben, dann ergeben sich daraus fünf allgemeine Forderungen:

1. Jede Gemeinschaftsordnung muss dem Menschen einen Bereich einräumen, in dem er als ein freies und selbstverantwortliches Wesen wirken kann.
2. Die Gemeinschaftsordnung muss diesen Bereich sichern und stützen.
3. Der Gemeinschaftsautorität müssen Grenzen gezogen sein.
4. Die Einhaltung dieser Grenzen muss kontrolliert werden können.
5. Die Gehorsamspflicht der Rechtsgenossen gegenüber der Gemeinschaft ist keine absolute. Sie findet an der Würde der menschlichen Person ihre Grenze (Verdross: *Abendländische Rechtsphilosophie*, S. 266).

Wichtig ist auch die weitere Feststellung von Verdross (*Statisches und dynamisches Naturrecht*), dass die Würde des Menschen zwar kein empirisches Datum ist, „doch kann sie nicht nur metaphysisch, sondern auch empirisch-rational begründet werden.“

Die Grundsätze des primären Naturrechts müssen notwendigerweise allgemein formuliert werden, da das Naturrecht kein geschlossenes,

sondern ein offenes Rechtsgefüge bildet, das eine dem Orte, der Zeit und dem Kulturstand entsprechende Konkretisierung fordert, die von der sekundären Naturrechtslehre vorbereitet und vom positiven Recht verwirklicht werden soll (Verdross).

Veränderlich sind also nur die Konkretisierungen des primären Naturrechts. Da diese aber durch sekundäre Normen erfolgen, deren Aufgabe es ist, jene Anordnungen zu formulieren, die dazu geeignet sind, unter der Voraussetzung bestimmter Umstände den obersten Zielen zu dienen, ist es unbestreitbar, dass die sekundären Normen des Naturrechts veränderlich sind, wenngleich in ihnen das unveränderliche Naturrecht zur Anwendung kommt. Daher sind die im Laufe der Geschichte ermittelten konkreten Naturrechtsnormen notwendigerweise dynamisch, obgleich ihre obersten Grundsätze konstant bleiben.

Treffend stellt Verdross fest (*Statisches und dynamisches Naturrecht*), dass die aus verschiedenen Lagern hervorgegangene Naturrechtslehren unseres Jahrhunderts übereinstimmend die Würde des Menschen als Grundlage der humanen Ziele des Naturrechts wieder stärker betont. In diesem Sinne heißt es auch in der Pastoralkonstitution *Die Kirche in der Welt, Gaudium et spes* vom 7. 12. 1965, es sei heute „fast einmütige Auffassung der Gläubigen und Ungläubigen, dass alles auf Erden auf den Menschen als Mittel- und Höhepunkt hinzuordnen ist.“ Denn immer klarer wird dem Menschen bewusst, dass die Erfüllung der naturrechtlichen Forderung, den allgemeinen menschlichen Zielen den Vorrang vor ihren Sonderinteressen einzuräumen, die Voraussetzung für die Herbeiführung einer friedlichen Weltordnung bildet. Das natürliche Rechtsgesetz kann daher nicht nur rational erkannt, sondern es muss auch aus seinen Früchten einsichtig gemacht werden.

Das statische (primäre) und das dynamische (sekundäre) Naturrecht im Sinne dieser Grundkonzeption von Alfred Verdross sind – wenn man von der Basis der modernen kritischen Ontologie im Sinne Nicolai Hartmanns ausgeht – der objektive Rechtsgeist (das Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Rechtsgemeinschaft, und besonders sein fortgeschrittenster Teil, nämlich die /wissenschaftliche/ rechtliche Weltanschauung).

Die rechtliche Weltanschauung ist ein offenes System rechtlich relevanter Ideen, mit der realen Idee des Rechts an der Spitze, wobei die Offenheit im Sinne Heinrich Rickerts verstanden werden muss. Dieses System stellt sich als ein stufenförmiger Aufbau einzelner Ideen, der Idee der Familie und der Ehe, der Idee der Schuld und Strafe, der Idee des Vertrages, der Idee der Demokratie, der Idee des Völkerrechts, der Idee der politischen Parteien usw. dar und ist ein Wegweiser zur weiteren Entwicklung des objektiven Rechtsgeistes. Es bedeutet daher nicht nur die Vollendung der wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechtes, sondern dient auch dem praktischen Bedürfnis, und zwar in erster Linie der Orientierung für jeden Rechtsnormenschöpfer.

Beim Aufbau der rechtlichen Weltanschauung spielt das Moment des schöpferischen Fortschrittes eine bedeutende Rolle. Die rechtliche Weltanschauung ist nicht das bloße Rechtsbewusstsein des Volkes; sie enthält viel Schöpferisches, viel Neues; viel, das zwar im Keim schon da ist, aber noch nicht Bestandteil des allgemeinen Rechtsbewusstseins geworden ist; viel, das die weitere Entwicklung des objektiven Rechtsgeistes bedingt. Das österreichische ABGB vom Jahr 1811 ging z. B. von der rechtlichen Weltanschauung der Autoren dieses Gesetzes – Martini und Zeiller – von einer rechtlichen Weltanschauung aus, die viel fortschrittlicher war als der damalige (allgemeine) objektive Rechtsgeist. Diese rechtliche Weltanschauung aus, die viel fortschrittlicher war als der damalige (allgemeine) objektive Rechtsgeist. Diese rechtliche Weltanschauung war von den Ideen der großen Französischen Revolution (Jean Jaques Rousseau) erfüllt. Sie wurde im Geiste Kants durch Zeiller in das ABGB übertragen. Nur aus dieser fortschrittlichen rechtsphilosophischen Grundlage ist es erklärbar, dass das Gesetzbuch so lange schon in Kraft steht.

Der Aufbau der rechtlichen Weltanschauung, dieses modernen Naturrechts, muss streng wissenschaftlich erfolgen. Die rechtliche Weltanschauung muss auf den Ergebnissen der kritischen Rechtsontologie und Rechtsaxiologie, wie auch auf den Resultaten einzelner Rechtswissenschaften, besonders der Rechtsdogmatik, der Rechtssoziologie, der Rechtspsychologie, der Rechtspolitik, und selbstverständlich auch auf den Ergebnissen aller anderen rechtsphilosophischen Fragestellungen

aufgebaut sein. Hier eröffnet sich eine geschichtliche Aufgabe für die Rechtsphilosophen. Die Ausarbeitung einer solchen rechtlichen Weltanschauung, als Bahnbrecher und Wegweiser für das allgemeine Rechtsbewusstsein des Volkes einer Gemeinschaft, hat eine grundlegende Bedeutung für die Zukunft der ganzen Gesellschaft. Es ist klar, dass die Ausarbeitung und andauernde Vervollkommnung dieser rechtlichen Weltanschauung Angelegenheit derjenigen sein muss, die durch das unermüdliche Studium des Rechtes ihrem Volk mit dem Recht zu dienen lernten.

Und gerade in dieser Richtung und in diesem Sinne muss man die große Arbeit aller Anhänger der Naturrechtslehre hoch einschätzen. Für die Grundidee des Rechtes haben sie unendlich mehr geleistet als alle Rechtspositivisten dieser oder jener Färbung zusammen.

Erst die auf das Rechtliche angewandte und weiterentwickelte kritische Ontologie hat gezeigt, dass ein objektiver Geist existiert, welcher real und erkennbar und feststellbar ist, und dass im Rahmen dieses objektiven Geistes Sphären, besonders die rechtliche und die moralische Sphäre, mit abgeleiteter Normativität existieren. Es handelt sich also um die Erkenntnis dieses objektiven Rechtsgeistes. Die Antwort in den Sollsätzen, in welchen man zur Erkenntnis des objektiven Rechtsgeistes kommt, ist verifizierbar; die Sollsätze können als wahr oder unwahr charakterisiert werden.

# Vierter Teil:

## Theorie des Rechts

### § 19. Die Logik im rechtlichen Gebiet

I. Die Logik als eine Wissenschaft von den formalen Bedingungen des menschlichen Denkens und Erkennens fragt, wie kann man richtig urteilen, und wie beweist man unsere Behauptungen, studiert die Form der Gedanken und setzt die Voraussetzungen fest, wie man unsere Gedanken bzw. Begriffe in ein System einreihen kann. Die Logik stellt das formale „Gerüst der Welt“ dar (Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, in: Schriften, 1960, 6., I, 6). Für Leibniz ist die Rechtslogik die Kombinationskunst der Juristen, Fälle zu definieren, zu sondern und zu bilden oder *petitiones principii* zu entlarven und Antinomien zu lösen. Die juristische Logik ist die Lehre von den im Rahmen der Rechtsfindung zur Anwendung gelangenden Regeln der formalen Logik; sie ist die Lehre von den Schlussformeln, *argumenta a simile, e contrario, a maiore ad minus, a minore ad maius, ad absurdum*, und von den sog. Interpretationsargumenten (Klug, *Juristische Logik*, 3. Aufl., S. 6 f.).

II. Auf den ersten Blick ist es klar, was für eine bedeutende Rolle die Logik in der rechtlichen Sphäre spielt. Das haben schon die römischen Juristen, die Denker des Mittelalters und besonders die Denker des 19. und des 20. Jahrhunderts (z. B. Trendelenburg, Lask oder Moór) erkannt und nachdrücklich befolgt. Klar hat es Lask ausgedrückt (*Rechtsphilosophie*, 1905, S. 35): „Wenn man von der Wissenschaft selbst absieht, gibt es keine Kulturscheinung, die sich als begriffsbildender Faktor auch nur annähernd mit dem Recht vergleichen ließe.“

Kelsens Behauptung, dass das Recht etwas Alogisches ist (*Rechtswissenschaft und Recht*, 1922; *Norm und Logik*, in: Forum, 1965; *Allgemeine Theorie der Normen*, 1980, S. 166 f.), ist durchaus unrichtig. Die Parallele zwischen dem Recht und der Rechtswissenschaft auf der einen Seite und der Natur und der Naturwissenschaft auf der anderen Seite ist falsch (Moór).

Zwischen dem Recht und der Natur ist ein fundamentaler Unterschied. Die Natur gehört in die niedrigsten Schichten des Stufenbaues der realen Welt (in die anorganische und organische Schicht), wo besonders die Kategorien der Kausalwirkung und der Wechselwirkung herrschen und die Kategorie der Teleologie im Sinne der Zwecktätigkeit und der Normativität vollkommen unbekannt sind. Das Recht – im Gegenteil – gehört in erster Linie in die oberste Schicht der realen Welt, in die Schicht des geistigen Seins mit den Kategorien der Teleologie und der Normativität. Das Recht ist ein Produkt der gesellschaftlichen und geschichtlichen Entwicklung und ist vor allem ein ungemein bedeutender Teil des geistigen Seins – ähnlich wie die Rechtswissenschaften und die Wissenschaft als solche.

Die Natur (im Unterschied zur Wissenschaft) ist ganz und gar allogisch. Das Recht ist als solches vor allem etwas Geistiges; das bedeutet, dass man schon im Recht selbst mächtige logische Spuren des Geistes findet. In einem Gesetz oder einem Urteil ist so viel logische Arbeit, dass man beim ersten Blick die Unrichtigkeit der Behauptung von der alogischen Natur des Rechts sehen kann.

**III.** Es ist nicht erst die Rechtswissenschaft, welche einen logischen Zusammenhang eines Rechtssystems schafft. Gerade die großen Kodexe haben ihr eigenes logisches System. Die dogmatische Rechtswissenschaft kann dieses Material von Normen beleuchten, nach eigenen Prinzipien auslegen und in ein anderes System einreihen.

Die Logik spielt eine Rolle schon im objektiven Rechtsgeist, also im Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Rechtsgemeinschaft, und ganz besonders in der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung. Gerade hier ist die Rolle des Logischen die größte.

Die Logik spielt weiter eine bedeutende Rolle: 1. in der Rechtsordnung als einem System von Rechtsnormen, 2. in der Rechtswissenschaft, wo die Sendung der Logik – wie überhaupt in jeder Wissenschaft – dominant ist, 3. in der Applikation des Rechts.

Jedes System, als das logisch zusammenhängende Ganze einer Vielheit von Urteilen, bildet einen der Hauptbegriffe der Logik. Das gilt auch für den Gesetzgeber. Der Standpunkt der logischen Einheit des Rechtssystems

entscheidet über die Frage, was der Gesetzgeber als ein Gesetz überhaupt feststellen kann. Die Macht des Gesetzgebers hat ihre strengen logischen Grenzen. Die Rechtsordnung ist ein hierarchischer Stufenbau von Normen besonderer Qualität. Die Rechtsordnung ist ein System, eine Einheit im logischen Sinne. Der Grundsatz *lex posterior derogat priori* z. B. ist kein positiv-rechtliches Prinzip, sondern ein Prinzip der Rechtsontologie und in zweiter Reihe der Rechtslogik. Die Negation dieses Prinzips würde die Negation der Lebendigkeit des Rechts und zweitens auch die Negation des Rechtssystems bedeuten. Nur die Norm ist eine gültige Rechtsnorm, welche sich im Delegationsrahmen der betreffenden höheren Rechtsnorm (Rechtsnormen) bewegt. Auch in dieser Richtung kann man sehen, dass es sich um eine logische Einheit des Rechtssystems handelt.

**IV.** Wenn man hier die Problematik des Logischen im Recht untersucht, so muss man die Aufmerksamkeit der Rechtsordnung selbst, also dem objektivierten Geist widmen. Die Rechtsordnung ist ein Inbegriff von Normen. In diesem Sinne erscheint die Norm als ein Gedanke und die Rechtsordnung als ein System von gewissen Gedanken. Wenn das Rechtssystem ein System von Gedanken ist, hat jede Rechtsnorm einen gedanklichen Inhalt, einen logischen Sinn. Schon hieraus erhellt sich die Bedeutung des Logischen im Recht.

Dieser logische Inhalt der Rechtsnorm hat seine logische Struktur, welche in der Regel, nicht aber ausnahmslos, wie Heinrich Rickert und Julius Moór meinen, die Form des hypothetischen Urteils aufweist. Die einzelne Rechtsnorm tritt also in der logischen Form des Urteils und die Gesamtheit der Rechtsnormen in der Einheit des logischen Systems in Erscheinung.

Der Inhalt der Rechtsnormen kommt im Wege der Abstraktion und der Generalisierung zustande. In den hypothetischen Urteilen der Rechtsnormen werden allgemeine Begriffe verbunden. Der allgemeine, abstrakte Begriff ist das Instrument, das die enorme Entfernung zwischen dem Gesetzgeber und dem einzelnen konkreten Fall überbrückt.

Mit Hilfe der strengen Rechtsbegriffe bemächtigt sich das Recht der Fülle des gesellschaftlichen Lebens und meistert dieses Leben. Die Rechtsordnung benützt die verschiedensten logischen Hilfsmittel und Formulierungen (z. B. die Konstruktion der juristischen Person,

die juristischen „Fiktionen“ usw.), um am zweckmäßigsten die mannigfache Fülle des Lebens zu meistern. *„Die klare und logische Ausdrucksweise des Norminhaltes, die feste Konsequenz im logischen Aufbau des Rechtssystems, scharfe und bestimmte Rechtsbegriffe sowie geglückte Konstruktionen können oft viel mehr zur Verwirklichung des Rechtssystems beitragen als die Macht der Bajonette.“*

Die Logik spielt besonders in den Rechtswissenschaften eine sehr wichtige Rolle. So z. B. stellt das wissenschaftliche Ziel der dogmatischen Rechtswissenschaft die Systematisierung dar, und die Mittel, mit denen diese Rechtswissenschaft dieses Ziel erreichen will, sind logische Mittel.

Das Logische spielt aber auch in der Rechtssoziologie, in der Rechtspsychologie und in der Rechtspolitik (oder in der Rechtsfindungswissenschaft) und auch besonders in der Rechtsphilosophie eine primäre Rolle, da es doch um Wissenschaften geht. Was die Rechtsphilosophie betrifft, geht aus den gegebenen und bewiesenen Prämissen, dass die Philosophie eine Wissenschaft katexochen und die Rechtsphilosophie eine Philosophie vom Recht sind, der klare Schluss von der entscheidenden Bedeutung der Logik in der Rechtsphilosophie hervor.

**VI.** Zur Bezeichnung für die Analyse logischer Strukturen normativer Systeme wird heute, und zwar zum ersten Mal von Ernst Mally im Jahre 1926, der Termin „Deontik“ gebraucht. Man spricht auch von der normativen Logik, Normenlogik oder Sollsatzlogik.

Die Grundfrage der Normenlogik lautet, ob es überhaupt möglich ist, die Regeln der Logik auf Normen, auf normative Sätze, auf Sollsätze anzuwenden, wobei es nicht darauf ankommt, ob wir zwischen dem Sollsatz als einem sprachlichen Ausdruck des Sollens und der Norm als der Bedeutung des Sollsatzes unterscheiden wollen oder nicht.

Aristoteles baute seine Logik ausschließlich für die Aussagen (Behauptungen) im Unterschied von Fragen und Sollsätzen. Der elementare Teil der Logik ist die Aussagenlogik. Sie ist die Theorie der aussagenlogischen Konstanten (der Negation, der Konjunktion, der Alternative, der Implikation, der Äquivalenz). Die logischen Operationen sind als Aussagenoperationen begriffen. Die Logik stellt sich als

eine Theorie der kognitiven Gebilde dar, wobei man die Grundbegriffe der Logik als Wahrheitsrelationen definiert; deshalb – meint man – sind sie nur auf Aussagen anwendbar.

Erst Bernard Bolzano, der das große Verdienst von Immanuel Kant in dieser Richtung hervorhob (*Wissenschaftslehre*, Bd. II), stellt fest: „Sätze, die aussagen, dass jemand etwas tun oder nicht tun ... soll, nenne ich Aussagen des Sollens. ... Ihre allgemeine Form ist: ‚A soll B‘ oder noch deutlicher: ‚A hat ein Sollen des B‘. Zur Wahrheit eines solchen Satzes wird gefordert, dass sich die Vorstellung A auf ein vernünftiges Wesen beziehe und B die Vorstellung einer gewissen Handlung, oder vielmehr eines gewissen Willensschlusses sei.“

Ákos Pauler behauptet richtig (*Logik*, 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.“ Nach Julius Moór wird das Wort Urteil im Sinne des logischen Urteils, des logischen Satzes gebraucht, wonach nicht nur die Aussagesätze, sondern auch die Sollenssätze als Urteile bezeichnet werden.

Es wird gelehrt, dass die Sollsätze sich wesentlich von den Aussagen unterscheiden und dass ihnen im Gegensatz zu Aussagen, weder Wahrheit noch Falschheit zukommt. Es wird behauptet, dass der Sollsatz nicht verifizierbar ist. Für die Sollsätze – so lautet die weitere Argumentation – gilt nicht *principium exclusi tertii*.

Heute existiert eine große deontologische Literatur und besonders die Frage der Bewältigung der Sollsatzlogik mit den Mitteln der Aussagenlogik steht im Mittelpunkt des Interesses. Alle mir bekannten Versuche, die manchmal im heftigen Widerstreit zueinanderstehen, sind bis jetzt ohne einen bedeutenden Erfolg geblieben. Es entsteht die Frage, ob es sich bei all diesen Versuchen nicht um einen gemeinsamen Grundfehler handelt.

Meiner Meinung nach besteht dieser gemeinsame Grundfehler in der Tatsache, dass man zur Untersuchung dieser logischen Problematik ohne vorhergehendes gründliches Studium der kritischen Ontologie, die unbedingt auch allen logischen Untersuchungen vorangehen muss, herantritt. Der Kern dieses Grundfehlers liegt in der Unkenntnis des objektiven Geistes, seiner Sphären, welche die abgeleitete Normativität aufweisen.

Die ganze Entwicklung in dieser Richtung ist unbekannt. Sonst würde man wissen, dass der objektive Geist mit seiner abgeleiteten Normativität ebenso real und erkennbar ist, wie die niedrigeren Schichten des stufenförmigen Baus der realen Welt (die anorganische, organische und seelische Schicht). In den Sollsätzen erkennen wir nämlich den objektiven Geist (Rechtsgeist) abgeleiteter normativer Provenienz, ganz analog wie wir in den Sinnesurteilen, in den Aussagen, das physisch materielle (anorganische) Sein, das organische Sein und das seelische Sein erkennen. Es ist also nicht richtig, die Sollsätze als Gebilde zu begreifen, bei denen man nach ihrer Wahrheit überhaupt nicht fragen darf und kann und bei welchen es sich um etwas wesentlich anderes handelt, als wenn man die Seinsurteile verifizieren will.

Von einer besonderen „juristischen“ Logik kann nicht gesprochen werden. Diese „juristische“ Logik ist nichts anderes als die Logik, die auf das Rechtliche angewendet ist.

## **§ 20. Die Rechtsbegriffe**

**I.** Rechtsbegriffe oder juristische Begriffe sind solche Begriffe, mit denen man bei der Bearbeitung der Rechtsnorm (der Rechtsnormen) arbeitet.

Man unterscheidet die Rechtswesensbegriffe (oder reine Rechtsbegriffe oder juristische Grundbegriffe) einerseits und die Rechtsinhaltsbegriffe andererseits.

Diese Rechtsinhaltsbegriffe unterscheidet man weiter auf die Rechtsbegriffe der Rechtsordnung selbst und auf die systematischen Rechtsbegriffe.

**II.** Die Rechtswesensbegriffe oder auch die reinen Rechtsbegriffe oder die juristischen Grundbegriffe sind solche, mit denen jede Rechtsordnung notwendigerweise arbeiten muss, auch wenn sie vielleicht einen anderen Termin benutzt. Diese Rechtswesensbegriffe sind apriorisch, d. h. sie sind unabhängig von der Erfahrung gegeben. Die Analyse jeder beliebigen Rechtsnorm ergibt eine solche Art von Begriffen.

Klassische Beispiele der Rechtswesensbegriffe sind: der Begriff des Rechts selbst, der Begriff der Rechtspflicht, der Begriff der Rechtsnorm, die Begriffe des Pflichtsubjektes und des Rechtssubjektes usw.

Wenn einige z. B. glauben, den zentralsten Begriff (Rechtswesensbegriff) überhaupt, d. h. den Begriff der Rechtspflicht eliminieren zu können, befinden sie sich in einem grundlegenden Irrtum. Was sie machen, kann nur eine fiktive „Juristerei“ sein. Daher ist es auch unrichtig, statt des Begriffes der Rechtspflicht von Geboten oder Verboten zu sprechen. Ohne den Begriff der Rechtspflicht kann man überhaupt rechtlich nicht denken. Wenn man ferner glaubt, dass man in der rechtlichen Sphäre nur von „Rechten“ sprechen kann, und dass man ohne den Begriff der Pflicht auskommt, so befindet man sich ebenfalls im ähnlichen Irrtum. Der Kern allen Rechtes (in diesem Falle des Rechtes im subjektiven Sinn) ist die Rechtspflicht. Der Berechtigte hat sein Recht nur deshalb, weil einem anderen eine korrespondierende Rechtspflicht obliegt.

**III.** Die Rechtsbegriffe der Rechtsordnung, also die erste Art der Rechtsinhaltsbegriffe, sind solche, die durch das Recht direkt definiert sind (z. B. die Begriffe des Eigentums, des Pfandes, der ungerechtfertigten Bereicherung usw.) oder von ihm konventionell ohne weiteres benutzt sind.

Die zweite Art von Rechtsinhaltsbegriffen sind systematische Rechtsbegriffe. Es geht um solche Rechtsbegriffe, die die Rechtswissenschaft selbst zum Zweck der Systematisierung und zur leichteren Bewältigung des gegebenen Materials einführt. Sehr oft werden als Beispiel solcher systematischen Rechtsbegriffe die Begriffe des Privatrechts und des öffentlichen Rechts angeführt (Sedláček), wobei man aber nicht außer Acht lassen darf, dass diese Rechtsbegriffe auch als Rechtsbegriffe der Rechtsordnung erscheinen können, und – weiters – dass sie noch heute von einigen Autoren sogar als Rechtswesensbegriffe betrachtet werden.

Die Rechtsinhaltsbegriffe beider Art sind *a posteriori* gegeben; sie stammen aus der Erfahrung, die bei den ersten im Akt des Normschöpfers, bei den zweiten im Akt der Rechtswissenschaft beruht.

Die systematischen Rechtsbegriffe bildet das Subjekt, das den Inhalt der Rechtsordnung erkennt; bei ihrer Bildung ist es zwar in seiner Wahl unabhängig und bildet sie daher frei, es ist aber doch neben selbstverständlichen Regeln des richtigen Denkens (der Logik) noch durch das regulative Prinzip der Zweckmäßigkeit gebunden, was bedeutet, dass

es diese systematischen Rechtsbegriffe so bilden muss, dass sie am besten dem gegebenen Material entsprechen, dass sie die vollkommensten wissenschaftlichen Hilfsmittel zur Erkenntnis dieses Materials wären. Die systematischen Rechtsbegriffe unterscheiden sich daher scharf von den Rechtswesensbegriffen einerseits, denn sie sind nicht *a priori* gegeben, man kann von ihnen nicht sagen, dass sie überhaupt nicht durch den Inhalt der Rechtsordnung determiniert sind und auch nicht, dass sie notwendig für jede Rechtsordnung gelten. Andererseits unterscheiden sie sich auch von den Rechtsinhaltsbegriffen der Rechtsordnung, denn diese sind durch die Rechtsordnung selbst gegeben, ohne Rücksicht darauf, ob sie von dieser Rechtsordnung ausdrücklich definiert sind oder ob sie undefiniert im üblichen (konventionellen) Sinn angewendet werden. Zwischen den Rechtsinhaltsbegriffen der Rechtsordnung und den systematischen Rechtsbegriffen ist ein nicht unbedeutender Unterschied. Es geht um die grundlegende Stellungnahme, die die Rechtswissenschaft zu beiden hat. Im ersten Fall ist die Rechtswissenschaft vollkommen gebunden, im zweiten Fall ist sie relativ frei.

## **§ 21. Der Beginn der Analyse der begrifflichen Bestimmung des Rechts: Pflicht (Rechtspflicht) und Norm (Rechtsnorm)**

**I.** Wenn wir von unserer Definition des Rechts, die schon im ersten Teil angeführt wurde, ausgehen, stößt man zuerst auf zwei Rechtswesensbegriffe: auf den Begriff der Pflicht (Rechtspflicht) und auf den Begriff der Norm (Rechtsnorm).

**II.** Der Begriff der Pflicht (Rechtspflicht) ist *a priori* gegeben, d. h. er ist von der Erfahrung (rechtlichen Erfahrung) unabhängig. Es handelt sich um den zentralsten, grundlegendsten Begriff überhaupt.

Die Pflicht (Rechtspflicht) hat dieselbe Bedeutung wie das Sollen (das rechtliche Sollen).

Pflicht und Befehl oder Imperativ sind verschiedene Begriffe. Der Begriff der Pflicht fällt unter die Kategorie der Normativität, der Begriff des Imperativs unter die Kategorie der Kausalität, brachylogisch ausgedrückt.

Versuche, die den Begriff der Pflicht negieren, sind verfehlt. Der wahre Grund solcher unrichtiger Auffassungen liegt in der Tatsache, dass sich die Vertreter dieser Richtung die Schichtenstruktur der realen Welt nicht vergegenwärtigen, dass sie nicht bedenken, dass jede Seinsschicht ihre besonderen Kategorien aufweist und dass jeder Versuch, mit den Kategorien, die für die niederen Seinsschichten, ja für die niedrigste Seinsschicht maßgebend sind, die höheren Seinsschichten, ja auch die höchste Seinsschicht bewältigen zu wollen, in einem Misserfolg enden muss. Solche Denkweisen bedeuten eine Vergewaltigung der höheren (höchsten) Schicht, die ihre Besonderheit und einen Raum der Freiheit aufweist. Man muss streng zwischen der Rechtspflicht und der moralischen Pflicht unterscheiden. Auffassungen, die nur die moralische (sittliche) Pflicht als die einzige Pflicht anerkennen, sind ebenfalls verfehlt. Sie übersehen, dass die ideale Normidee des Rechtes sowie die reale Idee des Rechtes eine ebenbürtige Schwester der idealen Normidee der Sittlichkeit, bzw. der realen Idee der Moral ist. Sie übersehen auch, dass die Normidee des Rechtes, die Normidee der Sittlichkeit (und die Normidee der Wahrheit und Richtigkeit und die Normidee des Schönen) gleichermaßen Bestandteile der höchsten Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit) bilden. Sie übersehen, dass neben einer moralischen Pflicht (der reinen Pflicht der Normidee der Sittlichkeit und der abgeleiteten Pflicht des objektiven Moralgeistes) auch eine selbständige rechtliche Pflicht – ein selbständiges Urerlebnis des rechtlichen Sollens – besteht, und zwar die reine Rechtspflicht (das reine rechtliche Sollen) der Normidee des Rechtes und die abgeleitete Rechtspflicht des objektiven und des objektivierten Rechtsgeistes.

Ebenso wie beim Sollen muss man auch bei der Pflicht zwischen den reinen Pflichten der Normideen (spezielle der Normidee des Rechts und der Normidee der Sittlichkeit) einerseits und den abgeleiteten Pflichten (Rechtspflichten und moralischen Pflichten) andererseits unterscheiden.

Die abgeleiteten (rechtlichen und moralischen) Pflichten gehören in die reale Welt, und zwar in ihre höchste Seinsschicht, d. h. in das geistige Sein.

Beim personalen und objektiven Geist findet man die abgeleiteten moralischen Pflichten und die primär abgeleiteten rechtlichen Pflichten.

Im objektivierten Geist gibt es keine moralischen Pflichten, sondern nur Rechtspflichten. Eine Objektivation ist mit der Moral unvereinbar.

Man muss zwischen der moralischen Pflicht und der Rechtspflicht ähnlich unterscheiden, wie zwischen der Moral und der Wissenschaft von der Moral (Ethik) einerseits, und dem Recht und den Rechtswissenschaften andererseits. Das Recht steht unter keiner Moralnorm, unter keiner realen Ideen der Moral, unter keiner Normidee der Sittlichkeit, sondern unter der realen Idee des Rechtes und letztlich unter der reinen Normidee des Rechtes.

Man muss auch zwischen der einzelnen Rechtspflicht und dem Inbegriff von Rechtspflichten als einem Ganzen unterscheiden. Die einzelne Rechtspflicht - im Gegensatz zur moralischen Pflicht - braucht nicht autonom „erlebt“ zu werden. Aber der Inbegriff von Pflichten als einem Ganzen muss im objektiven Rechtsgeist verankert gesehen werden; in solcher Form muss er als autonom „erlebt“ werden. Man kann daher nicht mit guten Gründen behaupten, dass die Autonomie nur der Moral eigen ist. Auch für das Recht als einem Ganzen und im Durchschnitt gilt das Prinzip der Autonomie. Keinesfalls aber für die einzelne Rechtsnorm. Deshalb muss man auch zwischen der Geltung des Rechtes als einem Ganzen und der Geltung einer einzelnen Rechtsnorm unterscheiden.

Der Begriff der Pflicht ermöglicht und garantiert die Einheit des normativen Wissens und Bewusstseins und ist das Bindeglied des Rechtes und der Moral. Der Moral (und der Wissenschaft über sie - der Ethik) und dem Recht (und auch den Rechtswissenschaften) ist der Begriff der Pflicht, nicht derjenige des subjektiven Rechtes gemeinsam. Die Moral kennt nur Pflichten; das Recht kennt Pflichten und Rechte.

Die Rückkehr zum Wesensbegriff der Pflicht (Rechtspflicht) ist notwendig. Die rechtsphilosophischen Untersuchungen führen dazu. Aber nicht nur von Seiten der „grauen Theorie“ ist es mehr als angebracht, zu diesem zentralsten Begriff des Denkens über das Rechtliche zurückzukehren. Die praktischen Folgen einer Eliminierung oder Negierung dieses Rechtswesensbegriffs sind katastrophal. Die tragischen Erscheinungen im inneren Leben mancher Staaten wie auch in den völkerrechtlichen Beziehungen, die Krisensituationen, in denen sich die ganze Welt befindet, sind - nicht

zuletzt – dadurch verursacht, dass man vergessen hat, was Pflicht überhaupt bedeutet. Anders ausgedrückt, dass man sich nicht vergegenwärtigt, dass die Pflicht (moralische Pflicht und Rechtspflicht) zum Wesen des Menschen gehört.

**III.** Die Norm ist die Bestimmung der Pflicht zu etwas. Der Kern jeder Norm ist die Pflicht.

Das Recht ist zuerst ein Inbegriff von Normen gewisser Qualität. Es handelt sich um den normativen Charakter des Rechts, und zwar um die abgeleitete Normativität. Die Normativität im reinen Sinn ist nur den Normideen eigen, während die abgeleitete Normativität in gewissen Sphären des personalen, objektiven und objektivierten Geistes, besonders in der rechtlichen Sphäre vorkommt.

Die Norm ist ein Ausdruck dessen, was sein soll („A soll sein“ oder „Wenn A, soll B sein“) im Unterschied zu einer Aussage, dass etwas ist („A ist“).

Die Norm kann man nicht als einen Ausdruck des Willens, als ein Wollen begreifen. Der Wille ist eine psychologische Eigenschaft des Menschen, und seinen Willen noch anders zu begreifen und mit Hilfe eines so begriffenen „Willens“ den Begriff der Norm erklären zu wollen, bedeutet *ignotum per ignotius* zu erklären. Die Norm kann man nicht mit dem Imperativ, mit dem Befehl (Gebot oder Verbot) eines übergeordneten Subjekts in seiner Beziehung zum untergeordneten Subjekt, identifizieren. Die Norm ist nämlich nicht nur eine Bestimmung der Pflicht zu etwas, sondern sie ist auch ein normatives Bewertungsurteil, das eine gewisse abgeleitete normative Feststellung enthält, dass „A soll sein“, und so einen Maßstab für die Beurteilung gewisser konkreter Tatbestände darstellt. Beide diese Funktionen der Norm (Rechtsnorm) sind so verknüpft, dass man bei ihnen nicht davon sprechen kann, welche die bedeutendere ist. Die Norm (Rechtsnorm) ist beides, und zwar wie die Festsetzung einer Pflicht zu etwas, so auch ein normativer Wertmaßstab. Hingegen ist der Imperativ kein solches normatives Urteil mit der Funktion eines Maßstabes.

Wenn man in der normativen Theorie manchmal hört, dass das Muster einer Norm das oft zitierte Beispiel „Es soll regnen“ oder „Rosen sollen blühen“ ist, so ist dies vollkommen unrichtig. In diesen Beispielen geht

es überhaupt um keine Norm, und zwar aus dem einfachen Grund, dass man von einer Festsetzung des Sollens, der Pflicht, und also auch der Norm, nur in der realen Schicht des geistigen Seins sprechen kann und darf, keineswegs aber in der Schicht des physisch-materiellen oder organischen Seins. Die Unkenntnis der modernen kritischen Ontologie, die Unkenntnis des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt und ihrer Kategorien hatte diesen Grundirrtum der normativen Theorie zur Folge.

Die Festsetzung eines Pflichtsubjektes gehört zum Begriff der Norm nur im allgemeinen Sinn, nämlich dass die Pflichten und die Normen nur für Menschen da sind. Es ist bekannt, dass gegenüber der ursprünglichen Auffassung der Reinen Rechtslehre, die übrigens konsequent bis zum Schluss Weyr vertreten hat, Kelsen in seiner späteren Entwicklung zu der Auffassung gekommen ist, dass nur der Mensch ein Pflichtsubjekt sein kann. Kelsen hat nämlich seinen ursprünglichen Standpunkt verlassen, nach dem es notwendig ist, streng die Begriffe des physischen Menschen und der Person zu unterscheiden, und dass in den normativen Betrachtungen nur die Personen in der Funktion eines Subjekts, welchem die Norm zugerechnet wird, auftreten können, und vertritt die Ansicht, dass das Handeln der Person nie Inhalt von Rechtsregeln sei, sondern nur das Handeln der Menschen und dass daher nur der Mensch als eine natürliche Realität durch die Rechtsnorm gebunden und auch berechtigt sein kann. Diese strittige Problematik ist folgendermaßen zu lösen: Es ist richtig, dass grundsätzlich, im Durchschnitt, die Rechtsordnung nur an die Menschen als psychophysische Einheiten anknüpfen kann; allerdings aus Gründen der Zweckmäßigkeit – und die Idee der Zweckmäßigkeit bildet einen der vier Bestandteile der Idee und der Normidee des Rechts – können auch anderen Subjekten zugerechnet werden, als der Mensch ist, also auch den juristischen Personen; mit Recht spricht man daher von der Rechtspflicht einer juristischen Person.

Diese Lösung ist vollkommen im Einklang mit der Auffassung der Rechtspflicht. Nur der Mensch kann grundsätzlich eine Rechtspflicht haben. Das, wozu der Mensch verpflichtet ist, muss nach den in der betreffenden Zeit der Leistung bekannten Naturgesetzen verwirklicht sein, d. h. es darf nicht um einen Fall der sog. theoretischen Unmöglichkeit

(Unverwirklichbarkeit nach Naturgesetzen) gehen. Das gilt aber nur als Grundsatz und nur im Durchschnitt für den Inbegriff der Normen als für ein Ganzes. Das gilt nicht ausnahmslos für jede einzelne Rechtsnorm. Auch jene einzelne Rechtsnorm ist gültig, welche Pflichten nicht der physischen (natürlichen) Person, sondern der juristischen Person auferlegt, und auch jene einzelne Rechtsnorm, die eine theoretisch unmögliche Leistung auferlegt, kann gültig sein.

Es ist notwendig - und das ist eine Erkenntnis von grundlegenden Bedeutung - immer zu unterscheiden (und zwar wie in der Frage der Möglichkeit, bzw. Unmöglichkeit der Leistung des Pflichtsubjektes, als auch, wenn es sich um das Erfordernis der Faktizität und Exequierbarkeit handelt) - zwischen einer einzelnen Rechtsnorm (und einer einzelnen Rechtspflicht) und der Rechtsordnung als einem Ganzen. Soweit es sich um eine einzelne Rechtsnorm handelt, ist jene Rechtsnorm eine geltende Rechtsnorm, die in den stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung, also in den delegierenden Rahmen der betreffenden höheren Rechtsnorm (Rechtsnormen) einreihbar ist. Das ist das einzige Kriterium der einzelnen Rechtsnorm.

Diese strikte Unterscheidung zwischen der Rechtsordnung als einem Ganzen und der einzelnen Rechtsnorm ermöglicht, die kritische Frage der rechtlichen Sanktion und auch die Problematik der Faktizität des Rechts zu lösen. Die einzelne Rechtsnorm braucht nicht mit einer Sanktion ausgestattet zu werden, um eine gültige Rechtsnorm zu sein, und braucht auch nicht Faktizität aufzuweisen - im Unterschied zur Rechtsordnung als einem Ganzen, die - um Rechtsordnung zu sein - im Durchschnitt eine Exequierbarkeit und eine Faktizität aufweisen muss.

Es ist angebracht, noch darauf aufmerksam zu machen, dass man nicht der Auffassung zustimmen kann, nach der man den Ausdruck der Norm nur auf die wichtige Festlegung einer Pflicht zu etwas begrenzen soll, und eine solche Festlegung einer Pflicht, die verhältnismäßig weniger bedeutend und mehr veränderbar ist, aus dem Begriff der Norm zu eliminieren. Schon Wilhelm Wundt hat dazu bemerkt, dass auch solche untergeordnete Vorschriften den Charakter der Normen aufweisen (*Logik II*, S. 626 f.).

Zusammenfassend kann man daher sagen: Die Norm ist eine Festsetzung der Pflicht zu etwas und ihre Funktion ist es, auf die menschliche Aktivität zu wirken, und zugleich ist sie ein Wertmaßstab. Die Rechtsnorm ist dann diejenige Norm, die in den stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung einreihbar ist.

**II.** Den bekannten Streit, ob die Norm ein Urteil im Sinne der Logik ist oder nicht, ist im bejahenden Sinn zu entscheiden. Einige Autoren vertreten zwar die entgegengesetzte Ansicht. So z. B. hat Karel Engliš in seinem grundlegenden Werk über die Logik, das vorläufig im Jahr 1947 in gekürzter Form erschienen ist, die Auffassung vertreten, dass während man mit jedem Urteil notwendig etwas ausdrückt, was demjenigen, der das Urteil trifft, als eine Erkenntnis erscheint, durch welche man den Umfang unseres Wissens erweitert, muss man die Norm als einen Ausdruck des Willens begreifen und schon aus diesem Grunde kann man sie nicht als Erkenntnis betrachten. Unter dem Einfluss von Engliš hat sich schließlich auch Weyr zu der Ansicht geneigt, dass die Norm kein Urteil darstellt. Jedes Urteil im logischen Sinn – argumentiert Weyr – bedeutet eine Erkenntnis. Jedes Urteil, und daher auch die Erkenntnis, entsteht und drückt sich aufgrund logischer und gleichzeitig grammatischer Operationen, also durch Sätze im grammatischen Sinn aus. Durch die Sätze im grammatischen Sinn drücken sich auch die Inhalte von Gegenständen des kausalen, teleologischen und normologischen Erkennens aus. Diese Erkenntnis als eine Hypothese bedeutet die Entstehung, d. h. die vorangehende Bildung derjenigen Gegenstände im metaphysischen, bzw. metateleologischen und metanormativen Sinn. Jedes Urteil, jede Erkenntnis, jeder Inhalt von Urteilen, Erkenntnissen, Normen oder Postulaten kann man zwar durch Sätze im grammatischen Sinn ausdrücken und denken, daraus folgt aber nicht, dass dieses Ausdrücken (Denken) gleichzeitig die Bildung der Gegenstände der Erkenntnis im metaphysischen, metanormativen oder metateleologischen Sinn bedeuten könnte und dass daher auch die Bildung durch Urteile oder Postulate vor sich gehen könnte, oder anders ausgedrückt, dass die Norm oder das Postulat selbst ein Urteil oder eine Erkenntnis sein könnten. Weder die Norm noch das Postulat sind nach Weyrs letzter Meinung Urteile.

Die Rechtsnorm als ein Urteil, und zwar als ein hypothetisches Urteil haben schon Jhering, Rümelin, Bierling, Zittelmann, Brütt, aber auch der ursprüngliche Kelsen, Somló und Moór, sowie Heinrich Rickert und Stammler begriffen. Entgegengesetzter Ansicht, nämlich dass die Rechtsnorm kein hypothetisches Urteil ist, sind neben den schon früher zitierten auch Binder und Salomon, die es ablehnen in der Rechtsnorm ein hypothetisches Urteil zu sehen aus dem Grund, weil ihrer Ansicht nach nur die Aussagesätze, nicht aber die Sollsätze als Urteile im logischen Sinn betrachtet werden können.

Wenn wir zu dieser strittigen Frage, ob die Norm ein Urteil ist oder nicht (und im Falle der bejahenden Antwort, was für ein Urteil) einen eigenen Standpunkt einnehmen sollen, müssen wir schrittweise einzelne Teilfragen, welche mit dieser Hauptfrage verbunden sind, erklären.

In formaler Hinsicht geht es vor allem um die terminologische Frage, ob wir nur die existentiellen Beziehungen im Sinne der Kausalität („Wenn A ist, ist oder folgt B“) oder auch die Beziehungen, welche das Sollen ausdrücken („A soll sein“, bzw. in einer hypothetischen Form „Wenn A ist, soll B sein“) mit dem Termin „Urteil“ bezeichnen wollen. Heutzutage überwiegt in der Logik die Ansicht, dass neben den existentiellen Urteilen auch normative Urteile existieren. Auch wir neigen zu dieser breiteren Auffassung des Termins „Urteil“.

Was das eigentliche Wesen des Problems, ob die Norm ein Urteil ist, betrifft, muss man an erster Stelle betonen, dass rein logische Untersuchungen keinesfalls zur Lösung dieser Frage führen können, und dass die Antwort nur auf der Grundlage der kritischen Ontologie möglich ist. Die Rechtsordnung, also der objektivierte Rechtsgeist, wird vom Normschöpfer nicht nach seinem freien Ermessen gebildet, sondern – damit es sich tatsächlich um Rechtsnormen handle – muss der Normschöpfer ihren Inhalt aus dem objektiven Rechtsgeist schöpfen. Dieses rechtliche Sein des objektiven Rechtsgeistes tritt gegen uns mit einem gewissen Fordern, mit einem Anspruch auf, also als ein Sollen, und zwar als primär abgeleitetes Sollen. Aber auch diese Sphäre des objektiven Rechtsgeistes ist ein Sein, freilich kein physisch-materielles, oder organisches, oder seelisches, sondern ein geistiges Sein. Das, was ist, also auch das Sein des

objektiven Rechtsgeistes, obzwar es im Wesen um ein abgeleitetes Sollen geht, kann ich nur in der Form eines Urteils denken und ausdrücken. Mit Rücksicht darauf, dass dieser objektive Rechtsgeist gegen uns als Sollen auftritt, kann ich es nur in der Form des normativen Urteils, in der Form der Norm denken und ausdrücken.

In der Form des Urteils – darauf hat in seiner Polemik mit Weyr schon Kallab aufmerksam gemacht – kann ich freilich auch einen Inhalt, der nicht aus der Erfahrung geschöpft ist, ausdrücken. Diese Gedankengebilde, insofern sie nicht in die Gruppe der exakten Wissenschaften gehören, unterscheiden wir von wissenschaftlichen Gedankengebilden und erklären sie vielleicht für religiöse Lehrmeinungen oder für dichterische Schöpfungen. In der Form eines Urteils kann ich aber auch – und hier sind wir bei einer der Wurzeln der ganzen Problematik – auch einen Gedankeninhalt, der sich als Irrtum erweist, ausdrücken. Genauso ist es, wenn es sich um normative Urteile handelt. Auch hier kann ich die Erkenntnis davon, was ist und gleichzeitig sein soll (vom Inhalt des objektiven Rechtsgeistes) nur in der Form des normativen Urteils (der Norm) denken und ausdrücken; jedoch nicht jedes normative Urteil, jede Norm ist eine Erkenntnis davon, dass das ist und gleichzeitig sein soll. Dies kann auch der Ausdruck der Willkür oder der Gewalt sein. Dann geht es um keine wahre Erkenntnis, um kein wahres Urteil über eine Sphäre des objektiven Rechtsgeistes. Richtig – wie wir schon wissen – stellt Kallab fest, dass das, was der Norm den Sinn einer Norm gibt, nicht die Form der Norm, sondern ihr Inhalt ist, nämlich, dass es sich hier um ein Ergebnis der Wahl zwischen möglichen Antworten auf die Frage, was sein soll, handelt, und zwar einer Wahl, bei der es dem Erkennenden um die Bildung einer allgemein geltenden Erkenntnis geht. Es geht allerdings in diesem Fall nicht um eine „freie“ Wahl, sondern um wirkliche Erkenntnis eines Bestandteiles des objektiven Geistes, der real ist und erkannt werden kann und muss, ganz ähnlich wie man andere Schichten des realen Seins erkennt. Dabei handelt es sich immer um Erkennen und das Erkennen findet im Wege des Urteils statt.

Die ganze Problematik und ihre Lösung können auch von anderer Seite beleuchtet werden. Wir vergegenwärtigen uns schrittweise einzelne Stufen, welche der rechtliche Prozess durchläuft. Als erste Stufe erscheint hier

der objektive Rechtsgeist. Er objektiviert sich, was bedeutet, dass die beruflichen Organe den Inhalt des objektiven Rechtsgeistes in der Form einer Rechtsnorm erkennen und objektivieren – ohne Unterschied, ob es sich um Gesetze, Verordnungen, Urteile usw. handelt. Das ist die zweite Stufe. Das Erkennen findet also durch das Urteil, hier durch das normative Urteil statt, weil der Stoff, welcher erkannt werden soll (d. h. der Inhalt des objektiven Rechtsgeistes) mit dem Anspruch eines Sollens hervortritt. Die Rechtsnormen sind daher Urteile.

Die „Norm“ kann allerdings auch gegen den objektiven Rechtsgeist erlassen werden, etwa durch einen Räuberhauptmann, der sich auf dem Staatsgebiet die vorläufige „souveräne“ Macht verschafft hat. Dann aber ist eine solche „Norm“ keine gültige Norm, ebenso wie auf dem Gebiet des physisch-materiellen Seins der Gedankeninhalt, welcher sich als Irrtum oder eine Lüge erweist, auch wenn er in der Form eines existentiellen Urteils ausgedrückt ist, kein wahres Urteil ist.

Die Gesetze und andere Rechtsnormen als gewisse Objektivationen des objektiven Rechtsgeistes werden von neuem erkannt, und zwar entweder von niederen Normschöpfern im Rahmen der Rechtsinterpretation und Applikation, oder anders, besonders von der Rechtswissenschaft. Das ist die dritte Stufe des gesamten „rechtlichen Prozesses“. Hier sind daher die existierenden Rechtsnormen, die normative Urteile sind, von neuem erkannt, d. h. in neue normative Urteile bearbeitet.

In allen diesen Fällen geht es um Erkennen. Das darf man freilich nicht so verstehen, dass z. B. der Richter nichts anderes täte, als durch syllogistische Urteile seine konkreten Entscheidungen aus der übergeordneten Rechtsnorm des Gesetzes deduzierte. Diese gesetzliche Norm als eine typische Objektivation lässt dem niederen Normschöpfer (dem Richter) einmal einen breiteren, einmal einen engeren Rahmen für eine relativ freie Tätigkeit, allerdings „frei“ nur gegenüber dieser gesetzlichen Norm und in ihrem Rahmen, keinesfalls aber frei überhaupt, keinesfalls frei gegenüber dem objektiven Rechtsgeist. Diesen relativ freien Rahmen erfüllt der Richter so, dass er aus dem objektiven Rechtsgeist schöpft und dabei auf die reale Idee des Rechts und letztlich auf die Normidee des Rechts Rücksicht nimmt.

Aus diesen Ausführungen geht klar hervor, dass wir durch die Normen (durch die normativen Urteile) die Beziehungen des objektiven und objektivierten Rechtsgeistes erkennen. Die Norm (das normative Urteil) will die gegebene Beziehung wahr und richtig ausdrücken; ihr Inhalt kann als wahr und richtig beurteilt werden. Es ist auch klar, dass der Inhalt einer Norm Gegenstand eines Beweises der Wahrheit und Richtigkeit derjenigen Beziehung sein kann. Aus demselben Grund kann die Norm auch negiert werden, so wie jedes Urteil negiert werden kann. Die Normen drücken die Wahrheit und Richtigkeit aus und können daher im negativen Fall falsifiziert werden. Auch die Norm (das normative Urteil) kann wie jedes andere Urteil durch neue Erkenntnisse über das geistige Sein verifiziert oder falsifiziert werden. Meiner Meinung nach ist daher die Norm ein normatives Urteil. Die Rechtsnorm ist in der Regel ein hypothetisches Urteil, nicht aber ausnahmslos, weil auch Rechtsnormen der einfachen Form „B soll sein“ unumstritten existieren.

## **§ 22. Die Stufenförmigkeit der Rechtsordnung und die Regel *lex posterior derogat priori*; das Recht und die Rechtsordnung; die generellen und die individuellen Normen**

I. Die Rechtsordnung ist kein bloßes Konglomerat einzelner Normen ohne Zusammenhang, sondern die Rechtsordnung ist ein Inbegriff von Normen, ein System, eine Einheit. Es geht um ein Ganzes von wechselseitig zusammenhängender Vielheit von Normen, von normativen Urteilen; in einer Rechtsordnung kann nicht gleichzeitig eine Norm „A soll sein“ und eine Norm „Non-A soll sein“ gelten. Bei der Rechtsordnung handelt es sich um eine logische Einheit ihres Inhaltes. Jede Rechtsnorm, jeder Rechtssatz gilt und verbindet nur in notwendiger Wechselwirkung mit einer unbegrenzten Zahl anderer Normen (Richard Schmidt). Es geht um ein System im logischen Sinn. Celsus hat diesen Gedanken so ausgedrückt: „*In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*“ (Fr. 24 de legib.).

**II.** Zur Einheit jedwedem Inbegriffes von Normen kann man auf zweierlei Art gelangen: Entweder auf der Grundlage des inhaltlich-syllogistischen Prinzips oder auf der Grundlage des Delegationsprinzips.

Das inhaltlich-syllogistische Prinzip bedeutet, dass eine Grundmaxime gegeben ist (z. B. in der Form der Grundnorm der christlichen Moral: „liebe deinen Nächsten wie dich selbst“) und alle konkreteren Normen aus dieser Maxime in der Form von syllogistischen Urteilen fließen.

Das Delegationsprinzip bedeutet, dass bei größerer oder kleinerer inhaltlicher Gebundenheit ein Organ bzw. eine Reihe von Organen bestimmt sind, die die Normen der diesbezüglichen Art „bilden“. Die tausendjährige Erfahrung hat gezeigt, dass man ein Rechtssystem nur auf diesem Prinzip aufbauen kann.

Das Problem der Einheit der Rechtsordnung wird mit Hilfe der Konstruktion vom stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung gelöst. Jede niedere Rechtsnorm muss sich, um gültig zu sein, im Rahmen der diesbezüglichen höheren Rechtsnorm bewegen. Die Rechtsordnung als ein Inbegriff von Normen muss immer logisch mindestens zwei Schichten von Rechtsnormen aufweisen, und zwar eine delegierende Norm und in deren Rahmen die Möglichkeit der Bildung von delegierten Normen. In der Möglichkeit der Applikation, bzw. direkt in der Applikation, beruht die charakteristische Eigenschaft der Rechtsordnung. Mögen wir uns die höhere Norm als inhaltlich arme Delegationsnorm oder anders vorstellen, ist es logisch und auch ontologisch unmöglich, die Rechtsordnung als eine einzige Schicht von Normen zu denken.

Die empirische Erkenntnis einzelner Rechtsordnungen zeigt uns, dass es sich um eine ganze Reihe von solchen Normenschichten handelt. Bei diesen empirischen Formen von Rechtsnormen kann man eine gewisse Besonderheit beobachten. Grundsätzlich ist nämlich jede von ihnen nicht nur eine Norm, sondern auch ein gewisser Tatbestand, sie hat ein Janusgesicht: sie schaut nach beiden Seiten. In der Richtung zur höheren Norm erscheint sie als ein besonderer Tatbestand, der, wenn er gegeben ist, den abstrakten Tatbestand der bedingenden, höheren Rechtsnorm erfüllt. In der Richtung zur niederen Norm erscheint sie in ihrem normativen Charakter. Allerdings ist die Behauptung nicht ganz richtig, dass die Norm ihren normativen

Charakter nur „von Gnaden“ der übergeordneten Norm bekommt, weil schon sie selbst als ein gewisser Bestandteil des geistigen Seins, und zwar der Sphäre der abgeleiteten Normativität, diesen normativen Charakter in sich trägt. Die Applikation des Rechts findet durch synthetische Urteile statt und der Richter ist im Rahmen der delegierenden Rechtsnorm in dem Sinne „frei“, dass er nur durch den objektiven Rechtsgeist mit der realen Idee des Rechts und letztlich durch die Normidee des Rechts gebunden ist.

Schon Bierling (*Juristische Prinzipienlehre I*, 1894, S. 109 ff., 112 ff.; *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1888, S. 105 ff.) und längst vor ihm Platon (*Menon*, 86 E ff.; *Phaidon*, 101 D; *Politheia*, VI 511 B) ist es gelungen, das Bild des rechtlichen Zusammenhangs als eines Delegationszusammenhangs klar herauszupräparieren. In diesem Zusammenhang kann man auch das Dictum von Melanchton anführen: *Norma superior referenda est inferiori* (vgl. Marcic, *Rechtsphilosophie*, S. 180).

Der Gedanke des stufenförmigen (hierarchischen) Aufbaues garantiert uns am besten die Einheit des betreffenden Materials.

Es ist interessant zu beobachten, wie die Stufenförmigkeit in der realen und auch in der idealen Welt herrscht. In der realen Welt begegnet man einem dreifachen stufenförmigen Aufbau. Erstens geht es um den stufenförmigen Aufbau der ganzen realen Welt mit ihren vier Grundschichten. Zweitens findet man den stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung. Die ganze Rechtsordnung stellt sich als eine großartige Pyramide einzelner Schichten des Völkerrechts und einer großen Anzahl einzelner Schichten der staatlichen Rechtsordnungen. Drittens begegnet man der Stufenförmigkeit beim Aufbau der Weltanschauung und speziell der rechtlichen Weltanschauung. Auch dieser rechtliche Aufbau weist eine Hierarchie auf. Auf seinem Gipfel steht die höchste reale Idee, die Idee des Rechts und unter ihr befinden sich einzelne Ideen niederer Ordnung, wie die Idee der vollen Demokratie, die Idee des Volkes, die Idee des Staates, die Idee des Völkerrechts, die Idee des Friedens usw. Aber auch in der Welt der Idealität findet man einen stufenförmigen Aufbau, und zwar von Normideen. An der Spitze steht die ideale Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit) und unter ihr befinden sich die Normidee der Wahrheit und Richtigkeit, der Sittlichkeit, des Rechts und des Schönen.

**III.** Eines der Grundprinzipien, welches die Einheit der Rechtsordnung garantiert, ist der Grundsatz, dass die neuere Rechtsnorm alle Rechtsnormen derselben oder niederen rechtlichen Relevanz, die ihr widersprechen, derogiert: *Lex posterior derogat priori*.

Die Einen, wie z. B. Merkl, Sedláček, Weyr und Kelsen meinen, dass es sich um eine positiv-rechtliche Bestimmung handelt und dass die Rechtsordnung auch den entgegengesetzten Grundsatz bestimmen kann, nämlich den Grundsatz *lex posterior non derogat priori*, oder gerade – wie Merkl meint – dass dieser letztere Grundsatz der Rechtsordnung immanent ist und dass, wenn die Rechtsordnung nichts anderes bestimmt, die ältere Rechtsnorm Vorrang vor der neueren hat und das Recht unabänderlich wird.

Die andere Gruppe von Denkern, wie z. B. Somló, Moór oder Neubauer sind entgegengesetzter Meinung und glauben, dass es hier um ein rechtslogisches Prinzip geht.

Wenn wir den dynamischen Inbegriff von Normen, dessen Prototypus die Rechtsordnung ist, im Auge haben, muss man zu der Auffassung kommen, dass der Grundsatz *lex posterior derogat priori* eine ontologische, bzw. rechtsontologische Notwendigkeit ausdrückt. Es handelt sich also weder um ein positiv-rechtliches noch um ein rechtslogisches Prinzip, sondern um ein rechtsontologisches Prinzip. Die Rechtsordnung ist etwas Lebendiges. Das Leben eines solchen Normenkomplexes zu negieren, würde bedeuten, sein eigenes Wesen zu negieren. Die Rechtsordnung gehört in die Sphäre des objektivierten Geistes, die Rechtsordnung ist der objektivierte Rechtsgeist, der durch den objektiven Rechtsgeist getragen und bedingt ist. In diesem Zusammenhang mit dem objektiven Rechtsgeist ist die Rechtsordnung etwas Reales. Sie ist ein lebendiges Gebilde, das entsteht, sich ändert und untergeht. Einzelne neue Rechtsnormen als Objektivationen des tragenden objektiven Rechtsgeistes modifizieren den objektivierten Rechtsgeist dadurch, dass sie die alten Normen, die mit ihnen in Widerspruch stehen, begrenzen oder überhaupt aufheben. Nicht nur die Rücksicht auf Phänomene, auf uralte Erfahrung, sondern das Wesen der Rechtsordnung als einer besonderen Verbindung des objektivierten Rechtsgeistes mit dem objektiven Rechtsgeist,

die Rechtsordnung selbst als ein lebendiges Gebilde, schließt durch ihr Wesen die Geltung des Grundsatzes *lex posterior non derogat priori* aus. Jede solche Bestimmung wird durch die ontologische Lebendigkeit der Rechtsordnung hinweggefegt.

**IV.** Man muss zwischen dem Recht und der Rechtsordnung unterscheiden. Das Recht ist etwas mehr als die bloße Rechtsordnung. Die Rechtsordnung ist nämlich ein Inbegriff von Normen gewisser Qualität. Das Recht ist dieser Inbegriff von Normen, aber dazu noch ein großes System der sich an diese Normen knüpfenden menschlichen Handlungen (Moór). Es handelt sich aber auch bei der Rechtsnorm um keine rein ideale Norm oder Regel, sondern um ein reales Gebilde.

Jedenfalls ist der Gedanke Moórs, dass das Recht auch das große System der sich an diese Rechtsnormen knüpfenden menschlichen Handlungen ist und dass beide Bestandteile (die Normen einerseits und die Handlungen andererseits) zum Begriff des lebendigen Rechts gleich unerlässlich sind, tief begründet. Auch in diesem Gedanken ist die ganze dialektisch komplexe Natur des Rechts ausgedrückt, nämlich die Tatsache, dass das Recht als Phänomen in alle Schichten des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt gehört. Es ist richtig, dass zum Begriff des lebendigen gesetzten Rechts zwei Bestandteile nötig sind: das Normensystem der Regeln und das sich daran schließende System der menschlichen Handlungen. Gerade das ist an der Feststellung von Arthur Kaufmann (*Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, 1976) richtig, dass man das Recht „*primär als ein reales Geschehen unter den Menschen*“ verstehen muss, „*das zwar an Normen orientiert werden muss, aber nicht mit ihnen identisch ist – wie ja auch ein Weg gewiss nicht als die Summe der ihn markierenden Wegweiser definiert werden kann.*“ Das war auch ein Gedanke von Thomas von Aquino (*Summa theologica* II. II, 57, 1), für welchen das Gesetz nicht dasselbe wie das Recht ist – *et ideo lex non est ipsum ius* – vielmehr ist das Recht zunächst und eigentlich die gerechte Sache selbst, wobei das *iustum* nicht als die diesem Prinzip entsprechende Tätigkeit. Denselben Gedanken drückt auch Friedrich Carl von Savigny aus, für welchen Recht „*lebendige Kraft und Tätigkeit des Volkes selbst*“ und „*das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen ist.*“

**V.** Wir wissen schon, dass der organisierte Zwang sowie die Faktizität des Rechts zum Wesen des Rechts als eines Ganzen und im Durchschnitt gehört. Das sind essentielle Merkmale des Rechts, nicht aber jeder einzelnen Rechtsnorm; die braucht nicht mit organisiertem Zwang ausgestattet zu werden und braucht nicht effektiv zu sein. Bei der einzelnen Rechtsnorm ist das einzige entscheidend, und zwar ihre Einreihbarkeit in den Rahmen der diesbezüglichen delegierenden Rechtsnorm (Rechtsnormen).

In den Begriff des Rechts gehört auch die Tatsache, dass das Recht einen bedeutenden Teil der Verhältnisse in der Gemeinschaft in relativ dauernder Weise regelt. Dieses Erfordernis sah in voller Klarheit schon Aristoteles (*Politik*, VI. Buch, 5. Kap., 1319 b), wenn er sagte, dass eine Verfassung, die nur ein paar Tage gilt, keine Verfassung bedeutet.

**VI.** In den stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung gehören nicht nur die generellen Normen, wie dies z. B. Radbruch, Henkel, aber auch die marxistisch-leninistische Theorie des Staates und Rechtes behaupten, sondern auch die individuellen (konkreten) Normen (z. B. Urteile, Rechtsgeschäfte usw.). Es gibt keinen triftigen Grund, die individuellen Rechtsnormen aus der Rechtsordnung auszuschließen. Diese Beschränkung auf generelle Normen entspricht zuerst keineswegs der Realität, da man sicher auch z. B. in einem Urteil eine Rechtsnorm sieht. Wir würden aber auch die Möglichkeit verlieren, die Rechtsordnung als einen grandiosen Aufbau von Rechtsnormen einschließlich der Entscheidungen und der Rechtsgeschäfte zu konstruieren. Das Erfordernis der Rechtssicherheit und der Gesetzlichkeit würde dadurch negativ beeinflusst sein. Gerade von dieser Seite aus ist es wichtig, dass z. B. ein Polizeiorgan, das eine Strafe für Verstoß gegen die Verkehrsordnung auferlegt wird, sich bewusst sei, dass es eine Rechtsnorm festsetzt, die um gültig zu sein, in den Rahmen der diesbezüglichen höheren Rechtsnorm einreihbar sein muss.

## **§ 23. Das Verhältnis der niederen zur höheren Rechtsnorm; Gesetz und Richter**

I. Wenn wir nun einzelne Stufen der Rechtsnormen betrachten, sehen wir, dass diese Rechtsnormen einerseits die materiellen, andererseits die formalen Bedingungen, welche die Entstehung der niederen Norm bestimmen, enthalten. Die niedere Norm entsteht aus der höheren nicht durch eine bloße Gedankenoperation, sondern es ist bei den Rechtsnormen ein Akt eines gewissen „Organs“ notwendig, damit eine niedere Norm entstehe. Die Tätigkeit dieses Organs, das z. B. der Richter bei der Bildung des Urteils, Private bei der Bildung von Verträgen sind, ist einerseits durch die formalen Bedingungen, nämlich durch jene, die den Vorgang, den jenes Organ einhalten soll, determiniert, andererseits durch die materiellen Bedingungen, die einmal strikter, ein andermal weniger strikt bestimmen, wie inhaltlich die niedere Norm aussehen soll. Diese materiellen Bedingungen bestimmen in der Regel nicht, und sind auch nicht imstande, den Inhalt der niederen Norm ganz genau zu bestimmen, nämlich so, dass jenes Organ durch einfache analytische Urteile den Inhalt der niederen Norm aus der höheren einfach deduzieren könnte, nichts „aus sich“ gebend. Die höhere Norm lässt im Gegenteil dem Organ einen gewissen, größeren oder kleineren Spielraum, in welchem das Organ sich relativ frei bewegen soll. Relativ deswegen, dass es – da es selbst nichts anderes ist, als ein immanenter Bestandteil der Rechtsordnung – immer so entscheiden soll, dass seine Entscheidung harmonisch in das Ganze der Rechtsordnung sich einreihet; hier spielt der Inhalt des objektiven Rechtsgeistes eine große Rolle.

Wenn dieser ganze „Bildungsakt“ zu Ende ist, erscheint eine neue, fertige Norm. Was beobachtet man an ihr? Man beobachtet, dass sie inhaltlich reicher ist als die unmittelbar übergeordnete Rechtsnorm. Man beobachtet, dass sie gewisse Elemente aufweist, die man keinesfalls mittels der analytischen Urteile aus der Delegationsnorm deduzieren kann. Es geht um einen Grundirrtum, zu meinen, dass es möglich ist, wie Beccaria und der Absolutismus und auch der Liberalismus des 17. und des 18. Jahrhunderts forderten und wie bis heute noch einige Theoretiker denken und

fordern, dass das Organ – der Richter, wenn er aufgrund der Delegationsnorm, des Gesetzes, entscheidet – seine Entscheidung durch analytische Urteile aus diesem Gesetz deduziere.

Die Bildung der delegierten Norm findet, wie wir schon angedeutet haben, nicht durch analytische Urteile, nämlich durch jene, bei welchen das Prädikat zum Subjekt gehört als etwas, was in diesem Begriff schon verborgen enthalten ist (Kant: *Kritik der reinen Vernunft*, in: Cassirer: I. K. Werke III, S. 40 ff.), wie die exegetische Schule annahm, deren Hauptmerkmal *le culte de la loi substitué au culte du Droit* (Bonnetcase: *Science du Droit et Romantisme*, S. 9) war und die das positive Recht mit dem Gesetz identifizierte und auch in Österreich besonders vom Jahre 1830 bis 1850 herrschte. Die Applikation des Rechts findet mittels der synthetischen Urteile statt, d. h. mittels solcher, bei denen das Prädikat außer dem Begriff des Subjekts liegt, obzwar es mit ihm in Verbindung steht, und der Richter ist im Rahmen der delegierenden Norm relativ frei.

**II.** Jetzt entsteht die Frage, ob die Wissenschaft der Praxis relativ feste Regeln geben kann, wie man jenen „freien Raum“, der durch die Delegationsnorm gegeben ist, ausfüllen und so die neue Rechtsnorm festsetzen kann. Ist es möglich, ein gewisses Kriterium des richtigen Rechts zu geben?

Die Schule der Reinen Rechtslehre eliminiert diese Frage überhaupt aus dem Rahmen ihrer Betrachtungen, da sie nur die Normen erkennen, keinesfalls aber sie „schaffen“ will, sich damit der Schopenhauerischen Lehre viel mehr als der Kantischen anschließend. Für Kant selbst lautete die Aufgabe nicht, wie man die Norm erkennen, sondern wie man sie richtig bilden soll.

Es ist klar, dass man jetzt in der Mitte der Frage steht, ob es möglich ist, die rechtlich-volitive Sphäre zu rationalisieren. Es ist ein tragischer Irrtum des Gesetzespositivismus, der besonders von Bergbohm und auch von der Schule der Reinen Rechtslehre vertreten wurde und das Rechtsdenken des 20. Jahrhunderts beeinflusste, schon *a priori* diese Grundfrage aus dem Bereich der wissenschaftlichen Erwägung auszuschließen. Vielmehr muss man die Meinung von Leonard Nelson vertreten, dass, solange es nicht gelingt, verlässlich zu beweisen, dass es unmöglich ist,

die rechtlich-volitiv Sphäre zu rationalisieren, jede Ausschließung dieser Grundfrage aus dem Bereich der Wissenschaft, selbst ganz und gar unwissenschaftlich ist.

Die Weiterführung der modernen kritischen Ontologie und ihre Anwendung auf die rechtliche Problematik hat gezeigt, dass die Rationalisierung der rechtlich-volitiven Sphäre möglich ist.

**III.** Das Verhältnis der höheren Rechtsnorm, z. B. des Gesetzes, zur niederen Rechtsnorm (z. B. des Urteils des Richters) kann man klar an dem Verhältnis des sog. sekundären positiven Rechts im Sinne des § 7 des ABGB zum primären positiven Recht zeigen.

Die grundlegendste Bestimmung des ganzen ABGB ist gerade in seinem § 7 enthalten: wenn man den Fall nicht nach dem Wortlaut des Gesetzes und auch nicht nach den Analogien *legis*, bzw. *iuris* entscheiden kann, muss er „mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen“ entschieden werden. Eine analoge Bestimmung enthält auch der italienische Codice civile, der auch die Reihenfolge kennt: der klare Wortlaut des Gesetzes, die Analogie *legis*, die Analogie *iuris* und schließlich die Pflicht nach den allgemeinen, also nicht mehr nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Eine etwas andere Reihenfolge hat Art. 1 des schweizerischen GB; in seinem Absatz 1 ist eine Bestimmung enthalten, dass das Gesetz auf alle Rechtsfragen, für die es nach seinem Wortlaut oder nach der Auslegung eine Bestimmung enthält, anwendbar ist. Sein Absatz 2 stellt dann fest: „kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach dem Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde“; „er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung“ (Abs. 3). Schließlich im Art. 4 des französischen CC vom Jahr 1804, der seit dem Jahr 1807 den Namen Code Napoléon trägt, war die Pflicht des Richters, in jedem Fall zu entscheiden, sanktioniert: „*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*“

Alle diese Bestimmungen sagen dasselbe aus und gerade in ihnen ist die Grundstruktur dieser Kodexe verankert.

Die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ im Sinne des § 7 ABGB bedeuten keinen Gegensatz zu den „ausdrücklichen“ Bestimmungen des ABGB. Den zweiten Satz des § 7 muss man als eine Norm begreifen, die den Richter delegiert und ihm die Pflicht auferlegt, auch in den Fällen, für die das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung enthält, zu entscheiden, und zwar materiell nach gewissen Grundsätzen. Diese Grundsätze sind gerade im objektiven Rechtsgeist verankert und sind infolge des Hinweises des § 7 Rechtsnormen grundsätzlich derselben Qualität, wie die ausdrücklichen Bestimmungen. Alle diese Rechtsnormen bilden den Inhalt des ABGB. Bei der Anwendung der natürlichen Rechtsgrundsätze ist der Richter verpflichtet, die kategorische Forderung zu berücksichtigen, seine Entscheidung harmonisch in das ganze des ABGB einzufügen.

Wenn der Richter keine ausdrückliche Bestimmung findet und ihn auch die *analogia legis* und *analogia iuris* im Stich lassen, ist er berechtigt und verpflichtet nach diesen natürlichen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden; sie bilden das „positive sekundäre Recht“. Hier ist dem Richter eine Pflicht zur materiellen Entscheidung nach dem objektiven Rechtsgeist auferlegt. In dieser Pflicht des materiellen Entscheidens ist die wichtigste Eigenschaft dieser Bestimmung enthalten.

Ohne Statuierung der Pflicht, materiell zu entscheiden, wäre der Richter zwar auch verpflichtet zu entscheiden, keineswegs aber in der Sache selbst. Da er rechtlich nur gebunden ist, wenn eine solche Pflicht im Gesetz ausgedrückt ist, müsste der Richter, wenn er aufgrund einer Klage des A gegen den B, dem A eine Summe aus bestimmten Grund zurückzugeben, entscheiden sollte, und wenn dieser Tatbestand *in abstracto* im Gesetz nicht geregelt, also keine diesbezügliche Pflicht im Gesetz festgesetzt wäre, zwar entscheiden, aber so, dass er die Klage abweisen würde. Ganz anders liegt die Sache, wenn eine solche Bestimmung, wie der zweite Satz des § 7, vorliegt. Der Richter muss untersuchen, ob eine solche Pflicht des Subjekts B im Sinne der „natürlichen Rechtsgrundsätze“ besteht. Die Grundstruktur des ABGB ist also der harmonische Dualismus des positiven primären und des positiven sekundären Rechtes. Der grundlegende normative Sinn des Hinweises des § 7 ABGB auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ besteht in der ausdrücklichen Normierung der Pflicht des Richters,

die Berechtigung des Anspruches des Klägers nach diesen „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ zu prüfen, und zwar gerade in den Fällen, in denen die korrespondierende Pflicht in ausdrücklichen Bestimmungen des primären positiven Rechts nicht statuiert ist.

Zwar hat schon Aristoteles (*Nikomachische Ethik*, E14) das Problem erkannt, als er in der Nikomachischen Ethik feststellte, der Richter müsse (sei verpflichtet) so entscheiden, wie der Gesetzgeber, wenn er den Fall sähe, entscheiden würde, aber weder bei Zeiller oder den ursprünglichen Kommentatoren des ABGB noch bei Pisko, Sedláček oder Swoboda wurde der normative Sinn dieser Bestimmung, die Notwendigkeit im Fall der Nichtexistenz dieser Bestimmung, die Klage abzuweisen, hinreichend oder überhaupt verwertet. Und doch ist die Normierung der Pflicht des Richters, auch in einem im primären positiven Recht nicht geregelten Fall in der Sache selbst materiell nach dem sekundären positiven Recht zu entscheiden, das allerwichtigste dieser gesetzlichen Bestimmung.

Die Grundstruktur des ABGB bildet der harmonische Dualismus des positiven primären und des positiven sekundären Rechtes.

Was soll man unter diesen „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ inhaltlich verstehen?

Hiermit ist zweifellos die „Quelle“ bezeichnet, aus der der Richter für seine relativ „schöpferische“ Tätigkeit inhaltliche Richtlinien bekommt.

Nach Meinung Swobodas sind – wie wir schon sahen – im Sinne der Lehren Kants und Zeillers unter diesen „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ im Geist der transzendentalen Philosophie die das Rechtsgesetz bildenden Grundgedanken der Gerechtigkeit, der durch die Zwecke der Gesellschaft eingeschränkten Freiheit und der Gleichheit vor dem Gesetz zu verstehen. Meiner Meinung nach ist aber der Rekurs zu diesem Grundgedanken nicht unmittelbar. Der nach den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ entscheidende Richter muss seine Entscheidung zuerst aus dem objektiven Rechtsgeist, d. h. aus dem Rechtsbewusstsein des Volkes der diesbezüglichen Rechtsgemeinschaft und der herrschenden wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung schöpfen. Erst wenn der Richter in dieser „Quelle“ keine Stütze für seine Entscheidung finden kann, wird sich die dialektische Synthese von Ideen der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen,

der Rechtssicherheit und der Zweckmäßigkeit, also der Inhalt der Rechtsidee selbst geltend machen. Dass diese Ideen dem Richter kein Arsenal von fertigen Regeln bieten, ist gewiss klar, aber schon dadurch wird die für das Leben jedes konkreten Menschen unermesslich wichtige Sendung des Richters klargelegt und bestätigt. „*Le juge est le législateur des cas particuliers*“, wie Ripert sagt (*La règle juridique et la morale*, 2. Aufl., S. 26). Eine solche Bestimmung, wie die des zweiten Satzes des § 7 über die „natürlichen Rechtsgrundsätze“, gehört in den Bereich der sog. Generalklauseln, wie z. B. auch die Bestimmungen über „Treu und Glauben“, „gute Sitten“ usw., sind. Es handelt sich um elastische Begriffe, mit denen jeder Gesetzgeber arbeiten muss, sonst würde sein Gesetz zu starr und nicht fähig sein, die unendliche Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle des Lebens zu meistern. Der Gesetzgeber muss aber andererseits mit diesen Generalklauseln vorsichtig arbeiten, sonst würde sein Gesetz vielleicht zu unsicher und für die Entscheidung der praktischen Fälle zu labil sein, wie auf diese Gefahr Justus Wilhelm Hedemann aufmerksam machte (*Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1937).

Im Grunde genommen bedeutet jede von diesen Generalklauseln – inhaltlich gesehen – einen Rekurs zum objektiven Rechtsgeist. Doch findet man bei einigen eine Begrenzung; so z. B. bedeutet die Bestimmung über die guten Sitten keinen unbegrenzten Rekurs zu diesem objektiven Rechtsgeist, sondern der Termin „gute Sitten“ muss man in etwas begrenzter Weise interpretieren.

## § 24. Die Grundnorm

I. Die Funktion der Grundnorm wurde bei Edmund Husserl klar formuliert (*Logische Untersuchungen I*, S. 48), wenn er betonte, dass die Grundnorm die Einheit der Disziplin bestimmt und in alle normativen Sätze derselben Disziplin den Gedanken der Normierung hineinträgt.

Mit Hilfe dieser Grundnorm wollte die Schule der Reinen Rechtslehre in Kelsens Auffassung das Problem der Normativität des Rechts, das Problem der Definition des Rechts sowie seiner rechtlichen Geltung lösen. Zuerst begriff Kelsen die Grundnorm als eine Hypothese. Zum Schluss hat

aber Kelsen selbst erkannt, dass es sich im Falle der Grundnorm um keine Hypothese handeln kann, und hat die Grundnorm für eine bloße Fiktion erklärt. Wenn aber die Grundnorm eine Fiktion ist und wenn die ganze positive Rechtsordnung von dieser Fiktion abhängt, so wäre diese positive Rechtsordnung auch eine bloße Fiktion. Das ist sicher eine unannehmbare Folge. Die geltende Rechtsordnung ist etwas Reales, sie ist der objektivierte Rechtsgeist und gehört in die höchste Schicht des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt, nämlich in das geistige Sein.

**II.** Man muss die Auffassung vertreten, dass die Grundnorm keine Krone und Gipfelung des ganzen Rechtssystems ist und dass sie nicht die wichtigste Entdeckung der Rechtstheorie oder der Rechtsphilosophie darstellt. Gegen die ganze Auffassung der Grundnorm als einer logischen Voraussetzung der Rechtswissenschaft, welche die Funktion haben soll, dem Faktum der historisch ersten Schaffung der Verfassung den normativen Sinn eines Grundgesetzes zu verleihen, polemisierte mit Recht schon Julius Moór (Moór im *Festschrift für Kelsen*, 1931), nach dessen Meinung – wenn die Kelsensche Behauptung richtig ist, dass aus dem Sein niemals das Sollen fließen kann – die Voraussetzung der Grundnorm nicht anderes bedeutet, als dass man aus der logischen Unmöglichkeit die logische Voraussetzung der Rechtswissenschaft schafft. Moór betrachtet die ganze Konstruktion der Grundnorm als überflüssig.

**III.** Nach meiner Meinung ist die Konstruktion der Grundnorm für den positiven Juristen keinesfalls notwendig, aber doch vielleicht zweckmäßig, da sie das positive Rechtsmaterial, also den objektivierten Rechtsgeist, von dem objektiven Rechtsgeist relativ abgrenzt. Die Grundnorm in diesem Sinn ist aber weder eine Hypothese noch eine Fiktion; sie ist ein bloßes Hilfsmittel. Man kann also die Grundnorm als eine vorläufige Beendigung des stufenförmigen Aufbaues der Rechtsordnung begreifen.

Keinesfalls bedeutet aber die Grundnorm das überhaupt letzte, was man in der Rechtsphilosophie vom Recht sagen kann. Es ist unbedingt notwendig, das ganze positive Recht, alle Staatsrechtsordnungen mit den einzelnen Stufen des Völkerrechts an der Spitze, diese großartige Pyramide der Rechtsordnung der Welt – vielleicht auch mit der Grundnorm

an der Spitze – noch in etwas anderem, tieferem zu verankern. Und zwar muss man die ganze positive Rechtsordnung im objektiven Rechtsgeist verankern und begründen.

## § 25. Das Völkerrecht

**I.** Das Völkerrecht (zwischenstaatliches Recht, *droit des gens*, *droit international*, *law of nations*, *international law*, *diritto delle genti*, *diritto internazionale*, *derecho internacional*) ist ein Inbegriff der Normen, die zwischen den Mächten, besonders den Staaten gelten (Zwischenmächterrecht – *ius inter potestates*), wobei aber auch Einzelmenschen unmittelbar durch völkerrechtliche Normen berechtigt werden können, und zwar in erster Reihe Personen, denen im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 bestimmte völkerrechtliche Individualrechte eingeräumt sind und zu deren Durchsetzung eine Individualbeschwerde geregelt ist.

Die Problematik des Völkerrechts zerfällt in zwei grundlegende Fragen:

1. Ist das Völkerrecht wirklich ein Recht und im bejahenden Fall, welches ist sein Wesen und welches sind seine Quellen? Hier begegnet man der Frage des Krieges als der rechtlichen Sanktion.
2. Wenn wir die Frage nach der rechtlichen Natur des Völkerrechts positiv beantworten, entsteht eine weitere grundlegende Frage, welches das Verhältnis des Völkerrechts zu den staatlichen Rechtsordnungen ist?

**II.** Einige (z. B. Puchta, Lasson oder Trendelenburg, aber auch Somló und Binder) sprechen dem Völkerrecht überhaupt den Charakter des Rechts ab und betrachten es als Normen der internationalen Moral oder Sitte oder als Selbsthilfe, weil ihm die wesentlichen Merkmale des Rechts fehlen.

Die anderen meinen, dass das Völkerrecht ein unvollkommenes Recht, ein Halbrecht, ein erst entstehendes Recht darstellt, wie z. B. Fricher (*Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* XXXIV, S. 404) oder Bekker (*Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, S. 144).

Die absolute Mehrheit von Autoren ist aber der Meinung, dass das Völkerrecht ein wirkliches Recht ist. So z. B. sind dieser Ansicht schon

die Schriftsteller des 16. Jahrhunderts, vor allem die Spanier Francesco de Vitoria, der Schöpfer des Terminus *iuris inter gentes* (im Unterschied vom *iuris gentium* der Römer) und Domenico Soto, die Schriftsteller des 17. Jahrhunderts Francesco Suarez, der Schöpfer des positiven Völkerrechts, Hugo Grotius, der als Vater des Völkerrechts bezeichnet wird, Thomas Hobbes und Leibniz und dann die Schriftsteller des 18. Jahrhunderts, wie Christian Wolff, E. de Vattel, C. van Bynkershock, den Anzilotti für den folgerichtigsten und scharfsinnigsten Juristen zwischen den Vätern des Völkerrechts betrachtet (*Lehrbuch des Völkerrechts*, Bd. 1, S. 10), die Schriftsteller des 19. Jahrhunderts, wie Pasquale, Stanislav Manzini, Terenzio Mamiani, J. M. Gérard de Rayneval und A. Sorel, E. R. N. Arnts, F. von Holtzendorf, H. B. Oppenheim, J. C. Bluntschli, B. Heilborn, Th. E. Holland, J. Lorimer, H. Sumner Maine, T. J. Lawrence, und eine ganze Reihe der großen Rechtsdenker des 20. Jahrhunderts, wie z. B. H. Triepel, D. Anzilotti, Hans Kelsen, František Weyr, Alfred Verdross, J. Kunz, Franz von Lizst, L. Oppenheim, Gustav Radbruch, Jaroslav Kallab, Louis LeFur, G. Scelle, Bohuš Tomsa, Giorgio del Vecchio, J. Spiropoulos, G. A. Walz und M. B. Jimmermann.

Die Fakten des ersten und des Zweiten Weltkriegs sind das beste Zeugnis von der Realität des Völkerrechts. Es war ein Verdienst des Präsidenten Wilson, dass alle jene Versuche erfolgreich waren, die zur Gründung des Genfer Völkerbundes (*League of Nations, Société des Nations*) und so zum ersten praktischen Versuch in der Geschichte führten, eine Weltorganisation zur Bewahrung des Friedens zu realisieren. Der ganze Prozess reifte nach dem Zweiten Weltkrieg. Die Organisation der Vereinen Nationen stellt ein mächtiges Instrument der internationalen Gemeinschaft dar – trotz aller, manchmal berechtigter Kritiken dieser Organisation.

**III.** Wenn man zur eigenen Lösung des ersten Teiles der Problematik des Völkerrechts, nämlich zur Lösung der ersten grundlegenden Frage herantreten soll, gibt es hier einige Teilfragen.

Bei der Frage, ob das Völkerrecht ein Recht ist, steht man vor dem Problem, ob man beim Völkerrecht allen Merkmalen des Rechts begegnet.

Einvernehmlich erkennt man, dass die Regeln des Völkerrechts Normen sind und dass es sich hier um einen Inbegriff der Normen, also um deren Einheit handelt. Man muss bei der niedrigsten Norm des Völkerrechts,

bei den Entscheidungen der kompetenten völkerrechtlichen Organe, wie z. B. des Ständigen Internationalen Gerichtshofes beginnen. Die höhere Stufe sind durch die völkerrechtliche Gewohnheitsrecht, wohin auch die Norm *pacta sunt servanda* gehört.

Strittiger ist die Frage, ob man beim Völkerrecht vom organisierten Zwang sprechen kann. Wir haben schon erkannt, dass es nicht richtig ist, dieses Merkmal des organisierten Zwanges für jede einzelne Norm zu vindizieren. Richtig ist es, im organisierten Zwang ein Merkmal des Rechts als eines Ganzen zu sehen. Wie sieht es also mit dem organisierten Zwang beim Völkerrecht aus? Es ist sicher, dass wir keinesfalls unsere verständliche Sehnsucht, im Völkerrecht ein wirkliches Recht zu sehen, mit der Realität, mit dem, was hier wirklich ist, verflechten dürfen. Aber auch bei nüchterner Betrachtung und bei sorgfältiger Rücksicht auf die Realität muss man mit jenen einverstanden sein, die behaupten, dass man heute schon von einer gewissen Organisation des Zwangs im Völkerrecht sprechen darf, dass es sich zwar nicht um eine so gründlich durchgeführte Organisiertheit handelt, wie dem in den staatlichen Rechtsordnungen ist, dass aber besonders gewisse Erscheinungen der jüngsten Vergangenheit, die mit der Sanktionstätigkeit des Sicherheitsrates und der Organisation der Vereinten Nationen überhaupt verbunden sind, ein bejahendes Urteil über den organisierten Zwang im Bereich des Völkerrechts begründen. Heutzutage geht es schon unbestritten um mehr als um eine Technik der Selbsthilfe (*self-help*); heute sind dafür schon völkerrechtliche Organe autorisiert und in den Repressalien (d. h. im begrenzten Eingriff in die Sphäre der Interessen des Staates) und im Krieg, d. h. im unbegrenzten Eingriff in die Sphäre der Interessen des Staates, wirkliche rechtliche Sanktionen sehen kann. Die Theorie des gerechten Krieges (*bellum iustum*) bildet die Grundlage einer ganzen Reihe höchst wichtiger Dokumente des positiven Völkerrechts, besonders des Versailler Vertrages, des Paktes des Völkerbundes, des Kelloggpaktes usw. Schon in der primitiven Gesellschaft war die Idee des gerechten Krieges lebendig. Dieser Idee begegnet man bei den alten Römern und diese Idee wurde mit den Regeln *iuris fetialis* eng verbunden. Auch Cicero stellt fest, dass nur solche Kriege als rechtliche Aktionen betrachtet werden können, die entweder aus Gründen

der Verteidigung oder der Strafe unternommen wurden. Aurelius Augustinus und Isidoro de Sevilla waren in ihrer Theorie des *bellum iustum* durch Cicero beeinflusst. Die Theorie des gerechten Krieges erscheint auch im *Decretum Gratiani* und auch im Werk von Thomas von Aquino *Summa Theologica*. Diese Theorie wurde von den naturrechtlichen Doktrinen des 16., 17. und 18. Jahrhunderts übernommen. Hugo Grotius betont besonders, dass nach dem Naturrecht jeder Krieg seine richtige *causa* haben muss und dass – in der letzten Analyse – diese *iusta causa* nur im erlittenen Unrecht bestehen kann. Diese Idee, die bis zum Ende des 18. Jahrhunderts dominant ist, verschwand fast völlig aus den Theorien des positiven Völkerrechtes im Laufe des 19. Jahrhunderts, obzwar sie immer die Grundlage der öffentlichen Meinung und der politischen Ideologien verschiedener Regierungen bildete. Nach der jetzigen Situation kann man *cum ratione sufficiente* argumentieren, dass so etwas wie der organisierte Zwang in der völkerrechtlichen Sphäre doch existiert.

Die Tätigkeit der Organe der völkerrechtlichen Gemeinschaft, aber schon der Zweite Weltkrieg selbst mit seinen Folgen beweisen, dass auch das weitere Merkmal, d. i. die Faktizität im Durchschnitt beim Völkerrecht, erfüllt ist.

Alle Stufen des Völkerrechtes sind durch ihr Wesen vorwiegend der völkerrechtliche objektivierte Rechtsgeist, der durch den völkerrechtlichen objektiven Rechtsgeist, nämlich durch das Rechtsbewusstsein des Volkes der ganzen völkerrechtlichen Gemeinschaft einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts, getragen ist. Es ist interessant, dass dieses Korrespondieren des objektivierten und des objektiven Rechtsgeistes beim Völkerrecht vollkommener ist, als dies bei staatlichen Rechtsordnungen der Fall ist; das ist sicher die Folge dessen, dass es in der völkerrechtlichen Gemeinschaft bei weitem nicht so einfach ist, vom Wesen dessen, was richtig ist, abzuleiten, wie dies leider in der staatlichen Gemeinschaft der Fall ist; Revolutionen, coup d'état, Okkupation durch den Eroberer sind „Prärogativen“ der Staaten und ihrer Ordnungen. Daher geht es hier gerade um das entgegengesetzte Verhältnis als beim „organisierten Rechtszwang“.

Aus den bisherigen Ausführungen geht daher hervor, dass das Völkerrecht Recht ist.

Wenn man die ganze Rechtsordnung der Welt mit ihrer gesamten rechtsphilosophischen Problematik veranschaulichen will und vom Standpunkt des Primats des Völkerrechts ausgeht, bekommt man folgendes Bild:

Ideale Welt	Normidee des Guten			
	Normidee der Wahrheit und Richtigkeit	Normidee der Sittlichkeit	Normidee des Schönen	Normidee des Rechts
Reale Welt				Objektiver Völkerrechtsgeist (Rechtsbewusstsein des Volkes der völkerrechtlichen Gemeinschaft einschließlich der rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts) <sup>6</sup>
		Schichten des objektivierten Völkerrechtsgeistes <sup>7</sup>		Generelles völkerrechtliches Gewohnheitsrecht
				Vertragliches Völkerrecht
				Entscheidungen der völkerrechtlichen Organe
				Objektiver Rechtsgeist einzelner staatlicher Rechtsgemeinschaften <sup>8</sup>
		Schichten des objektivierten Rechtsgeistes der einzelnen Staatsrechtsgemeinschaften		Verfassung
				Gesetze
				Regierungsverordnungen
				Verordnungen einzelner Ministerien usw.
				Individuelle Rechtsnormen (Entscheidungen, Rechtsgeschäfte usw.)

6 Vor der Pyramide der völkerrechtlichen Normen kann man die „völkerrechtliche“ Grundnorm als Hilfsmittel einreihen.

7 Auch das Völkerrecht greift allerdings in die mittleren Scinsschichten ein.

8 Vor der Pyramide der Normen des einzelnen Staates kann man „staatliche“ Grundnorm als Hilfsmittel einreihen.

**IV.** Mit Rücksicht darauf, dass wir bejahend auf die Frage, ob das Völkerrecht wirkliches Recht ist, antworteten, stehen wir jetzt vor der zweiten Frage: Wie verhält sich das Völkerrecht zu den staatlichen Rechtsordnungen?

Aus dem eben skizzierten Schema der Weltrechtsordnung folgt schon unser Standpunkt, nämlich dass wir einerseits gegen die dualistische, bzw. pluralistische Auffassung sind und andererseits, dass wir den Standpunkt des Primats des Völkerrechts vertreten. Jetzt wird es allerdings darum gehen, die Richtigkeit dieses antizipierenden Standpunktes zu begründen.

Zunächst muss geklärt werden, ob die dualistische bzw. pluralistische, oder die monistische Lösung des Verhältnisses des Völkerrechts und des staatlichen Rechts richtig ist.

Nach der dualistischen Auffassung, deren Darsteller z. B. Triepel, Liszt, Strup, Anzilotti, Knubben und ursprünglich Kelsen selbst (*Über Staatsunrecht*, 1913) sind, geht es im Falle des Völkerrechts und des staatlichen Rechts um zwei ganz verschiedene, voneinander unabhängige Gebiete; das Völkerrecht bildet keine Einheit mit dem staatlichen Recht, ist von ihm (und auch gegensätzlich) ganz unabhängig und die völkerrechtliche und die nationale Personalität des Staates sind verschieden.

Die dualistische Auffassung hat überzeugend der spätere Kelsen widerlegt (*Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Recueil des cours de l'Académie des droit international, IV, 1926, S. 278, 283). Kein einziges Argument der Dualisten ist überzeugend. Im Wesen geht es überhaupt nicht um verschiedene Rechtsquellen. Das staatliche Recht und auch das Völkerrecht haben ihre letzte Quelle im objektiven Rechtsgeist mit der realen Idee des Rechts und in der Normidee des Rechts. Auch der Gegenstand der rechtlichen Regelung beider Normenbegriffe ist derselbe: im Kern geht es um die Regelung der Verhältnisse zwischen Individuen. Auch wenn man aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Rechtssubjektivität der juristischen Personen anerkennt, verhält es sich grundsätzlich ähnlich im Völkerrecht wie im staatlichen Recht; in beiden Fällen handelt es sich um eine künstliche Konstruktion der Zurechnungspunkte in der Form verschiedener juristischer Personen. Ebenso sind

die Verhältnisse zwischen den Individuen und den Staaten letztlich Verhältnisse zwischen den Individuen, weil der Staat in den Grenzen durch die Rechtsordnung festgesetzten Wirksamkeit nur mittels physischer Personen handelt, die im Verhältnis zu anderen Individuen als Staatsorgane erscheinen. Es ist auch die Ansicht nicht richtig, als ob es im Völkerrecht nur um das Verhältnis zwischen den Staaten ginge. Auch hier existieren Verhältnisse zwischen Staaten und Individuen.

Entscheidend ist eine sorgfältige Rücksicht auf die Phänomene. Und hier kann man feststellen, dass im Verlauf der Jahrhunderte sich die Normen des Völkerrechts gebildet haben, die – auch wenn oft gegen sie verstoßen wird (letztlich ist es ähnlich auch bei den Normen des staatlichen Rechtes) – doch im Durchschnitt Faktizität aufweisen.

Der Mensch braucht die Einheit und besonders die Einheit des Rechts. Es ist einfach ein Ding der Unmöglichkeit, das Völkerrecht vom staatlichen Recht total zu isolieren. Eine solche Auffassung ist im krassen Widerspruch zu der ewigen Sehnsucht des Menschen nach einheitlichen Begreifen der Welt, und daher auch des Rechts.

Richtig ist daher die monistische Theorie. Hier entsteht allerdings die Frage, in welchem Verhältnis das Völkerrecht zu den einzelnen staatlichen Rechten steht.

**V.** Dieses Verhältnis ist in der Literatur verschiedentlich gelöst:

1. Das Völkerrecht ist den staatlichen Rechtsordnungen übergeordnet (die Lehre vom Primat des Völkerrechts).
2. Das staatliche Recht ist dem Völkerrecht übergeordnet (die Lehre vom Primat des staatlichen Rechts).
3. Über dem Völkerrecht und den staatlichen Rechtsordnungen wölbt sich eine übergeordnete Schicht anderer Rechtsnormen, die die Einheit der Rechtsordnung der Welt garantieren.
4. Schließlich existiert auch die Ansicht, dass es um eine freie Wahl des erkennenden Subjektes geht, ob es sich für den Primat des Völkerrechts oder für den Primat des staatlichen Rechts entscheiden will.

ad 1. Den Primat des Völkerrechts vertritt eine ganze Reihe von Rechts-theoretikern (z. B. Gustav Radbruch, Alfred Verdross u. a.). Schon bei

Spinoza begegnet man dem Primat des Völkerrechts; allerdings hat dieser Gedanke des Primats des Völkerrechts mit dem stoischen Ideal des Weltstaates bei Spinoza nicht jene typisch stoisch-metaphysische Begründung.

Im Wesen jeder Rechtsordnung liegt die Tendenz zur Universalität. Jede Rechtsordnung erhebt Anspruch Weltrecht zu sein und in jeder Rechtsordnung ist auch das Postulat der Einheit des normativen Systems enthalten. Das Souveränitätsdogma mit der Möglichkeit des gleichzeitigen Bestehens einer Mehrheit souveräner Staaten ist ein Ding der Unmöglichkeit. Der Staat, sofern er als souverän erklärt, d. h. verabsolutiert, als höchstes Rechtswesen vorausgesetzt wird, muss das einzige Rechtswesen sein, was bedeutet, dass die Souveränität des einen Staates die Souveränität jedes anderen Staates und damit jeden anderen Staat als souveränes Gemeinwesen ausschließt. Die Souveränität des einen Staates schließt unmittelbar die des anderen aus und vernichtet also als allgemeines Rechtsprinzip sich selbst. Das Bild, das das Souveränitätsdogma von dem nebeneinander der Staaten bietet, ist daher nicht das einer Rechtsgemeinschaft einander zu gegenseitiger Anerkennung verpflichteter Rechtssubjekte, sondern einer Arena voller Raubtiere, von denen jedes beansprucht, den Platz allein zu behaupten, und die, unfähig, einander zu vernichten oder vertreiben, einstweilen in widerwilliger Duldung fauchend und knurrend umeinander herumstreichen.

Vom Primat des Völkerrechts kann man die Souveränität eines Staates nur als die völkerrechtliche Eigenschaft, Rechtssubjekt zu sein, begreifen. Ein Staat ist nicht Völkerrechtssubjekt, weil er souverän ist, sondern er ist souverän, weil er Völkerrechtssubjekt ist.

ad 2. Aber auch der Gedanke des Primats des staatlichen Rechts wird von einer Reihe der Autoren vertreten. In dieser Auffassung ist das Völkerrecht ein integrierender Bestandteil des Staatsrechtes. Schon aus dem eben Gesagten ergibt sich klar, dass diese Auffassung unhaltbar ist.

ad 3. Zum Unterschied von Autoren, die die Auffassung von der universalen räumlichen Geltung des Völkerrechts vertreten, war der bekannte Völkerrechtslehrer Paul Guggenheim der Ansicht (*Revue internationale de la théorie du droit IX*, S. 90 ff.), dass die Völkerrechtsordnung und die Landesrechtsordnung Teilrechtsordnungen darstellen, welchen eine

Reihe von Normen übergeordnet ist, denen die Aufgabe zukommt, den sachlichen und räumlichen Geltungsbereich zwischen ihnen aufzuteilen. Was den räumlichen Geltungsbereich anbetrifft, so soll die Völkerrechtsordnung für den Gesamtbereich der Völkerrechtsgemeinschaft, während die Landesrechtsordnungen nur für Teilgebiete gelten. Die der Völkerrechtsordnung und den staatlichen Teilrechtsordnungen übergeordneten Normen sind aber – nach Meinung Guggenheims – nicht etwa Teile einer Weltrechtsordnung, in denen auch Gemeinschaften einbezogen würden, die sich nicht in dem räumlichen Bereich der Völkerrechtsgemeinschaft befinden, sondern lediglich Normen, die im räumlichen und sachlichen Bereich der Völkerrechtsgemeinschaft gelten. Guggenheim fügt hinzu, dass an sich allerdings eine derartige Weltrechtsordnung möglich wäre, sie ist aber in der Rechtserfahrung nicht nachgewiesen. Die Völkerrechtsordnung und die staatlichen Teilrechtsordnungen stehen somit nach dieser Konzeption nicht im Verhältnis von Überordnung und Unterordnung, sondern sind einander koordiniert. Dies hat allerdings die wichtige Folge, dass von einer Ableitung weder der Landesrechtsordnung aus der Völkerrechtsordnung noch der Völkerrechtsordnung aus der Landesrechtsordnung die Rede sein kann. Über beide Normgruppen wölbt sich nach Guggenheim die Gesamtverfassung, der, wenn sie in das politische Bewusstsein treten könnte, eine Rechtsgemeinschaft entspräche, welche sich aus den rechtsunmittelbaren souveränen Staaten und der Völkerrechtsgemeinschaft zusammensetzen würde.

Hier erscheint schon der erste Stein des Anstoßes, die erste Unfolgerichtigkeit der Lösung von Guggenheim. Dieser „Gesamtverfassung“, die sich wie über staatlichen Rechtsordnungen, so auch über der Völkerrechtsordnung wölben sollte, diesem objektivierten Rechtsgeist entspricht kein korrespondierender objektiver Rechtsgeist, da kein Rechtsbewusstsein des Volkes dieser Gemeinschaft existiert. Man kann gewiss vom Rechtsbewusstsein der Völkerrechtsgemeinschaft und daher vom völkerrechtlichen objektiven Rechtsgeist sprechen, es existiert aber kein Geist dieser „Gesamtverfassung“.

ad 4. Schließlich begegnet man der Ansicht, dass auf diese Frage auf dem Felde der Rechtswissenschaft keine eindeutige Antwort existieren

kann. „Eine Person, deren politische Einstellung eine Einstellung des Nationalismus und des Imperialismus ist, wird selbstverständlich die Hypothese vom Primat des nationalen Rechtes anzunehmen geneigt sein. Eine Person, deren Sympathien für den Internationalismus und den Pazifismus sind, wird die Hypothese vom Primat des Völkerrechtes anzunehmen geneigt sein“ (Kelsen: *General Theory of Law and State*, S. 388). Es ist klar, dass man nicht einverstanden mit der Meinung sein kann, dass es der persönlichen Veranlagung und Entscheidung jedes Wissenschaftlers überlassen wird, ob wir die Lehre vom Primat des staatlichen Rechts oder die Lehre vom Primat des staatlichen Rechts oder die Lehre vom Primat des Völkerrechtes vertreten wollen. Es entscheiden doch die Phänomene und von ihnen muss man ausgehen.

EsgibtvierGründefürdenPrimatdesVölkerrechtes:derpositiv-rechtliche Grund, der rechtlich-ontologische Grund, der rechtlich-logische Grund und der rechtlich-ontologische Grund, der rechtlich-logische Grund und der rechtlich-axiologische Grund.

Der positiv-rechtliche Grund besteht einerseits in existierenden Normen des positiven Völkerrechtes, besonders in jenen Bestimmungen, die die Struktur der Organisation der Vereinten Nationen mit der Generalversammlung und mit dem Sicherheitsrat regeln, andererseits im existierenden organisierten Zwang, durch den doch der Inbegriff der Normen des Völkerrechtes charakterisiert ist, wenn wir das Völkerrecht als ein Ganzes und im Durchschnitt beobachten.

Der rechtlich-ontologische Grund besteht vor allem in dem Umstand, dass sich das Rechtsbewusstsein der Völkergemeinschaft gebildet hat, dass hier etwas ist, was man Völkerrecht nennt und dass dieses Recht für die friedliche Koexistenz unbedingt notwendig ist. Das Völkerrecht hat tiefe Wurzeln im objektiven (völkerrechtlichen) Geist gefasst.

Der rechtlich-logische Grund ist in der Argumentation enthalten, dass es in der immanenten Tendenz jeder sogenannten souveränen Rechtsordnung, d. i. einer solchen, welche über sich keine andere übergeordnete Schicht der Rechtsnormen duldet, ist, restlos die ganze Sphäre des Rechts aller Staaten, wenn auch vielleicht nur negativ, zu normieren. Diese Tendenz ist eine begrifflich notwendige Tendenz jeder souveränen Rechtsordnung. Das bedeutet, dass jede Rechtsordnung, insoweit sie über

sich keine übergeordnete Schicht der Rechtsnormen hat, begrifflich notwendig dazu tendiert, die Rechtsordnung der Welt zu sein, d. i. durch ihr Wesen die einzige allumfassende Rechtsordnung zu sein. Dadurch kämen wir zur absoluten Anarchie, d. i. zur Negierung des Rechts selbst. Schon aus diesem Grunde bedeutet jede Negierung des Primats des Völkerrechts die Negation des Rechts und seiner Idee selbst. An dieser absurden Folge kann man die unbestrittene rechtlich-logische Notwendigkeit des Primats des Völkerrechts sehen.

Der rechtlich-axiologische Grund besteht in der Normidee des Rechts. Daraus muss man schließen, dass die Auffassung von der Souveränität der staatlichen Rechtsordnung das Sanktionieren der Willkür und schließlich in den praktischen Folgen den Kampf aller Staaten untereinander bedeutet. Gerade das wäre aber im absoluten Widerspruch zur Idee und Normidee des Rechts und selbstverständlich auch zur höchsten Normidee der konkreten Menschlichkeit.

## § 26. Die Verfassung

I. Die Verfassung mit anderen Verfassungsgesetzen bildet eine der Normstufen des hierarchischen Aufbaues der Rechtsordnung. Wenn man die Rechtsordnung der Welt als eine große Pyramide darstellt, an deren Spitze die Schichten des Völkerrechts stehen, kommt man zu einzelnen kleineren Pyramiden, die uns die Rechtsordnungen einzelner Staaten bilden. Wenn man diese einzelnen kleineren Pyramiden beobachtet, sieht man, dass auf der höchsten Stufe dieser Pyramide die Verfassung des jeweiligen Staates ist. Das bedeutet, dass nur jene Rechtsnormen der staatlichen Rechtsordnung gültig sind, die in den delegierenden Rahmen der Verfassung einreihbar sind.

Schon daraus ist ersichtlich, was für eine ungemein nichtige Bedeutung für das Leben der Menschen im Staate die Verfassung hat. Alle gewöhnlichen Gesetze, Regierungsverordnungen, Verordnungen einzelner Ministerien, Entscheidungen der Verwaltungsorgane und der Gerichte und auch Rechtsgeschäfte, besonders Verträge, schöpfen ihre Rechtsverbindlichkeit aus der Verfassung und anderen Verfassungsgesetzen.

Die Verfassung enthält in der Regel eine gewisse Einleitung, die sog. Präambel, eine feierliche Erklärung nämlich, von welchen Grundlagen die Verfassung ausgeht und was sie erreichen will. Die Verfassung enthält die allgemeinen Bestimmungen, ferner ein weiteres Kapitel über die Regierungs- und rechtsprechende Gewalt, und auch die Bestimmungen über die Grundrechte, Freiheiten und Pflichten der Bürger, über die sozialen und wirtschaftlichen Rechte und über die Garantien zum Schutz dieser Rechte.

**II.** Der Gedanke der Verfassung stand im Vordergrund des Interesses Platons. In seinem Werk *Politeia* hat Platon den Plan einer idealen Verfassung aufgezeichnet, nämlich einer solchen, in der sich die Idee der Gerechtigkeit vollkommen geltend macht. In seinem weiteren Werk *Gesetze* (739 d. e. 746) hat Platon eine konkrete Verfassung skizziert, nämlich eine solche, die zwar immer ihr Vorbild, d. i. die ideale Verfassung sieht, aber schon auf alle Mängel der Welt der Erscheinungen und vor allem des Menschen Rücksicht nimmt; in dieser Verfassung strebt Platon danach, eine solche Form des Staates zu finden, die unter gegebenen Verhältnissen sich am meisten der idealen Verfassung anpassen würde. „*Und wenn Gott zulässt*“, sagt Platon, „*werden wir uns noch um die dritte Verfassung versuchen.*“ Der Sinn dieser Worte ist jener, dass auch das Bild der Verfassung, wie es in „Gesetzen“ dargestellt ist, noch zu abstrakt ist und dass es notwendig wird, noch größere Zugeständnisse den wirklichen Verhältnissen zu machen. Zu dieser dritten Verfassung ist es aber nicht mehr gekommen.

Die Verfassung ist nach Platon fast die Seele des Staates und der Staat ist ein Vermittler zwischen der Welt der Ideen und dem Kosmos einerseits und dem Individuum andererseits. Die ideale Verfassung ist ganz vom Gedanken der vollkommenen Harmonie und des Gleichgewichts zwischen den drei Ständen im Staat durchgedrungen. Die Idee der Gerechtigkeit ist eine Norm und ein Postulat, aus dem Platon alle Schlüsse für alle Bereiche des staatlichen Lebens bis zu den geringsten Kleinigkeiten deduziert. Nur der Staat, in dem sich die Idee der Gerechtigkeit verwirklicht, hat die Bedingung der allseitigen Entwicklung zur idealen Vollkommenheit.

**III.** Die ideale Verfassung braucht nach Platon einen Vermittler, der in der Lage ist, die Idee der Gerechtigkeit im Staat zu erkennen und zu realisieren: dieser Vermittler ist der Herrscher-Philosoph. Es ist

ungemein lehrreich, wie Platon uns ihn schildert (*Politeia* 485, 486, 487): Der Geist des Herrschers-Philosophen ist von der ständigen Sehnsucht nach dem Wissen geleitet und dringt zum Wesen des Seins selbst vor, daher ist in seine Natur die Aufrichtigkeit, der Hass zur Lüge und die Liebe zur Wahrheit. Seine Natur wird gerecht und freundlich, sein Sinn empfänglich und von gutem Gedächtnis; sein Fühlen wird ästhetisch entwickelt sein, so dass er Sinn für Proportionalität und die schöne Form haben wird, was ihm den Weg zur Erkenntnis der idealen Vollkommenheit und ihrer Realisierung im irdischen Staat erleichtern wird. Nur so einen Menschen, mit Sorgfalt, Scharfsinn im Begreifen, höchst hervorragenden, lebenswürdigen, einen Freund und Liebhaber der Wahrheit, der Gerechtigkeit, der Tapferkeit und Maßhaltung, wird es möglich sein, an die Spitze des Staates zu stellen, der Anspruch auf das Prädikat der Gerechtigkeit erhebt. Wenn ein solcher Herrscher-Philosoph selbst die Regierung führt, spricht Platon von der königlichen Verfassung. Wenn mehrere solche Männer mit der Regierung betraut sind, von der aristokratischen Verfassung.

**IV.** Für Aristoteles (*Politik* 1289 a 15, 1292 a 31, 1307 b 30, 1289 a 7, 1301 a 25, 1283 b 40, 1283 a 16, 37, 1295 b 25, 1302 in princ., 1302 a 24; vgl. Tomsa: *Idea spravedlnosti a práva v řecké filozofii*, S. 82 ff., 91 ff., 142 ff.) ist die Verfassung der Punkt, in welchem der Staat und das Recht sich am engsten berühren, ja beinahe vereinigen. Er definiert die Verfassung als durch das Gesetz dem Staate gegebene Ordnung über die Form der Regierung, über ihre Zusammensetzung und über die Funktionen der Regierungsorgane. Daraus folgt, dass dort wo kein Gesetz existiert, keine Verfassung existiert; und wo die Gesetze übertreten werden, dort wird auch die Verfassung verletzt. Gesetze, die die Grundlage einer Verfassung bilden, sollen aber keine bloße Form sein, sondern sie sollen materiell gerecht sein, d. h. solche, deren Grundlage die vollkommene Gleichheit ist; das bedeutet, dass die Grundlage der Verfassung bildende Gesetze, gerecht sein sollen. Die Gleichheit, die die Grundlage der Verfassung ist, ist nach Aristoteles eine solche Gleichheit, welche auf den Vorteil des ganzen Staates und auf die gemeinsamen Interessen der Bürger Rücksicht nimmt; das ist eine Gleichheit in der Vornehmheit, im Reichtum, in der Freiheit und in der Tugend. Zwischen den Bürgern – sagt Aristoteles – gibt es allerdings

keine solche Freiheit und deswegen haben die Staaten immer die Neigung zu exzentrischen Verfassungen, in denen sich gegen das Prinzip der Gleichheit die Oberherrschaft einer Schicht des Bürgertums gegen die anderen geltend macht. Aristoteles ist zu fest in der Erde verankert, um nicht zu sehen, dass auch eine vollwertige und geltend gemachte Gleichheit an sich nicht den Bedürfnissen des Lebens entspricht. Deswegen hält es Aristoteles für notwendig, dass bei der Errichtung das Prinzip der verhältnismäßigen Gleichheit mit dem Prinzip der zahlenmäßigen Gleichheit kombiniert wird. Nur diese Lösung entspricht am meisten den konkreten Verhältnissen. Trotzdem aber macht Aristoteles die verhältnismäßige Gleichheit einerseits und die zahlenmäßige Gleichheit andererseits zur Grundlage der Unterscheidung der Verfassungen in richtige und unrichtige. Die Verfassung, deren Grundlage die verhältnismäßige Gleichheit ist, also das vollkommene Recht, ist richtige Verfassung, weil sie auf den allgemeinen Vorteil Rücksicht nimmt. Hingegen die Verfassung, die auf der zahlenmäßigen Gleichheit begründet ist, übergeht die Grundsätze der distributiven Gleichheit, die die Grundlage eines geordneten politischen Lebens ist, und teilt Rechte und Pflichten ohne Rücksicht auf die bürgerliche Würde der Einzelnen und zeichnet die einen unverdient aus und übergeht die anderen – gegen den Verdienst.

## § 27. Das Gesetz

I. Von den generellen Rechtsnormen interessiert uns hier das Gesetz.

Die Problematik des Gesetzes erregte schon das Interesse von Platon. Er geht von der Betrachtung aus, dass das Gesetz ein Ersatz für die Gerechtigkeit ist, da man im irdischen Staat die Gerechtigkeit nicht ausnahmslos realisieren kann, und es ist der Verstand, was das Gesetz der Gerechtigkeit verwandt macht und es in ihre Dienste stellt (*Gesetze*, 1713 in fine – 1714; siehe Tomsa: *Idea spravedlnosti a práva v řecké filozofii*, S. 83 f.).

Platon stellt Grundsätze fest, denen das Gesetz entsprechen soll. Die Sendung des Gesetzes beruht nämlich nach Platon nicht nur in der Realisation des moralischen Minimums im Staat, das zur Erhaltung der staatlichen Gemeinschaft notwendig ist, sondern geht viel weiter, weil

das Gesetz die volle innerliche Vollkommenheit zu verwirklichen hat. Der Staat ist eine Anstalt der Tugend und das Gesetz ein Mittel zu ihrer Realisierung (Gesetze 689 d, 964 b). Das Hauptziel der gesetzlichen Vorschriften ist die höchste aller Tugenden, nämlich die Gerechtigkeit zu verwirklichen. Damit darf aber das Gesetz nicht enden, sondern es muss sich auch um die Realisierung der anderen Tugenden bemühen, nämlich der Weisheit, der Tapferkeit und der Maßhaltung. Gesetze, deren Ziel es ist, im Staate nur die einzige Tugend zum Schaden der anderen geltend zu machen, sind von zweifelhaftem Wert. Platons Idealstaat ist für den Bürger ein Erziehungsinstitut, in dem er sein ganzes Leben verbringt und in dem die Ideen unsichtbare Erzieherinnen sind, deren Willen ihm der Herrscher-Philosoph verkündet. Platon begreift den Menschen nicht individualistisch, sondern als einen gewissen einzelnen Ton in der gesamten Staatsharmonie. Das Gesetz darf allerdings nicht die Menschen zu Sklaven machen, sondern im Gegenteil. Das Gesetz darf man nicht als ein Instrument bloßer Gewalt benutzen und es dem Menschen mit Gewalt aufzwingen. Die gesetzliche Vorschrift erreicht vielmehr ihr Ziel, wenn sie auf den Menschen mit Gründen, nicht mit der Drohung der Strafe wirken wird. Jedes vollkommene Gesetz setzt sich daher aus zwei Teilen zusammen: der erste Teil enthält die eigentliche Rechtsbestimmung und die sich daran knüpfende Sanktion, der zweite Teil enthält die Gründe, die den Gesetzgeber dazu führten, warum er das Gesetz erlassen hat, und die bei Bürgern die Überzeugung erwecken sollen, dass es notwendig ist, dem Gesetz zu gehorchen.

In dem Dialog eines unbekanntenen Schriftstellers *Minos*, für dessen Autor früher Platon selbst betrachtet wurde, wird die Frage gelöst, was das Wesen des Gesetzes ist. Der Autor von *Minos* lehnt den Gedanken ab, dass das Gesetz einfach das wäre, was befolgt wird, und polemisiert auch mit der Meinung, dass das Gesetz eine bloße Willensentscheidung des Staates wäre. Einige Entscheidungen sind doch richtig, andere unrichtig, während das Gesetz immer etwas Schönes und Gutes sein soll. Nach „*Minos*“ – und das ist ungemein wichtig – bildet das Wesen des Gesetzes eine gewisse Meinung, und zwar eine richtige Meinung. Und da die richtige Meinung ein Finden dessen, was ist, ist, wird auch das Gesetz selbst

als ein Finden der Wahrheit betrachtet. In diesem Dialog ist folgende Frage gestellt: Wenn das Gesetz wirklich ein Befund der Wahrheit ist, wie kann man die Verschiedenheit der Gesetze in verschiedenen Zeiten erklären. Diese Frage ist wenigstens indirekt in Platons *Politeia* und in Platons *Gesetzen* beantwortet, nach denen jene Gesetze richtig sind, die von einem weisen Gesetzgeber, d. h. einem solchen, der das Wissen hat, stammen. Ähnlich ist diese Frage auch vom Autor des Dialogs *Minos* beantwortet. In jedem Falle muss man die Bestimmung dessen, was richtig ist, den Sachverständigen überlassen, weil nur diesen zusteht, die Wahrheit zu erkennen. Als Gesetze müssen jene Vorschriften betrachtet werden, die aus ihren Händen hervorgehen. Das wurde schließlich auch in Platons *Politeia* gesagt, dass nämlich in einem Staate nur derjenige berechtigt ist, zu regieren, der das Wesen der Dinge kennt, nämlich der Philosoph, weil nur ihm die Erkenntnis der Gerechtigkeit und ihre Realisation in der Welt der Erscheinungen zugänglich sind.

**III.** Nach der Auffassung des Gesetzes und der Gerechtigkeit von der neopythagorischen Schule ist der Bürger verpflichtet, dem Gesetz unter allen Umständen zu gehorchen und er hat kein Recht zu erwägen, ob das Gesetz richtig oder unrichtig ist (Zalenkos: *Stab. Flor.* 44, 20–21; vgl. Tomsa: l. c., S. 179). Denn es ist weder richtig noch nützlich, wenn Leute die Rechtsordnung vergewaltigen; jene, die etwas solches tun, muss man mit Strafe verfolgen, weil die Missachtung der Gesetze für die Gemeinde die Quelle des höchsten Übels, nämlich der Anarchie ist. Jede Änderung des Gesetzes hat für den neopythagorischen Philosophen, ebenso für Aristoteles etwas Bedenkliches, denn man ist der Meinung, dass man auch nur durch einen bloßen Übergang zu einem neuen Gesetz die Achtung zur Rechtsordnung untergräbt. Deswegen, wenn es schon nötig ist, sich zur Änderung des Gesetzes zu entschließen, muss man das nur nach einer sorgfältigen Erwägung tun, ob die Änderung wirklich den vorausgesetzten Nutzen bringen wird. Wenn jemand ein Gesetz annullieren oder ein neues Gesetz herausgeben will – wird gesagt in einer Schrift, die Zalenkos angeblich geschrieben hat – man möge es dem Volke mit der Schlinge um den Hals verkünden. Wenn die Abstimmung des Volkes für die Änderung des Gesetzes ausfällt, wird der Antragsteller straflos bleiben. Wenn

aber das Volk entscheiden würde, dass das frühere Gesetz besser war oder dass das beantragte Gesetz ungerecht ist, dann möge der Antragsteller auf die Weise sterben, dass die Schlinge um seinen Hals zugezogen wird. Durch das geschriebene Gesetz wird die Macht der Regierenden legitim, das Amt ist richtig besetzt, durch das Gesetz ist die Freiheit der Bürger geschützt und die ganze staatliche Gesellschaft lebt glücklich. In einem dem Diogenes zugeschriebenen Bruchstück wird gesagt: „König ist der, welcher der Gerechteste ist; der Gerechteste ist aber der, der am meisten die Gesetze achtet. Denn ohne Gerechtigkeit gibt es kein Gesetz und ohne Gesetz keine Gerechtigkeit; die Gerechtigkeit ist im Gesetz, das Gesetz dann die Quelle der Gerechtigkeit und der König ist ein lebendiges Gesetz oder ein gesetzlicher Herrscher.“

IV. Das Verhältnis des natürlichen Gesetzes und des positiven Gesetzes hat Aurelius Augustinus sehr interessiert. Das positive Gesetz, wenn es gerecht ist, realisiert sich im Wege der „Ableitung“ aus dem natürlichen Gesetz (*De libero arbitrio* 1, 6, 15; vgl. Sauter: *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, S. 64 ff., 103 f.). Die „Gesetze“, die nicht *de iustitiae fonte* stammen (*De civitate Dei*, 19, 21), darf man nicht befolgen.

Augustinus beschäftigt sich auch mit der Frage, warum das positive Gesetz überhaupt notwendig ist, wenn alle Leute das Rechtliche *a priori* in sich tragen und mittels ihres „Verstandes“ (*ratio*) immer die zuständigen „Schlüsse“ ziehen können. Augustinus gibt folgende Antwort: Am Anfang existierte keine „*lex formata in literis, quia in natura ipsa quodam modo inserta est et Creatoris notitia ex traduce non latebat.*“ Erst wenn das natürliche Gesetz durch schlechte Gewohnheiten und Leidenschaften verdunkelt und abgeschwächt wurde, musste das positive Gesetz erlassen werden. Im Hinblick auf die Natur des Menschen erfordert das Naturrecht notwendigerweise zu seiner Aktualisierung das positive Gesetz.

Bei Leibniz muss nicht nur *ius naturale*, sondern auch *ius voluntarium, receptum moribus vel a superiore constitutum* durch die Idee der Gerechtigkeit beeinflusst werden, denn die Gewalt kann kein Gesetz begründen (*Nouveaux essais*, in: Gerhardt: *Die philosophischen Schriften von Leibniz* V, S. 90). Die Vielzahl der Rechtsordnungen erklärt Leibniz mit dem Hinweis darauf, dass das natürliche Gesetz nur als eine grundlegende Idee der menschlichen Vernunft gedacht wird.

**V.** Schon Platon hat klar die Problematik gesehen, dass das Gesetz keinesfalls die unendliche Verschiedenheit der konkreten Tatbestände erfassen kann, damit alle Fälle gerecht und zweckmäßig entschieden werden. Obwohl er die Wissenschaft der Gesetzgebung als eine königliche Wissenschaft betrachtet, ist er der Meinung, dass es das Allerbeste ist, dass nicht Gesetze herrschen, sondern ein weiser Herrscher, dessen Aufgabe es wäre, direkt den Gedanken der Gerechtigkeit im Staate zu verwirklichen, denn auch das beste und gerechteste Gesetz kann nicht das festsetzen, was für alle passen würde. Verschiedenheiten, die aus den Menschen selbst, aus ihren Handlungen und daraus, dass fast nichts in Ruhe bleibt, fließen, erlauben nicht, dass vielleicht die vollkommene Kunst über etwas Einfaches und für einige Zeit bestimmen würde (*Politikos*, 294 a, c). Das Gesetz hat eben ein solches Streben wie ein verknöchertes, unwissender Mensch, der niemandem erlaubt, etwas gegen die Vorschrift zu tun, oder jemanden zu fragen, wenn ihm etwas Neues und Besseres begegnen würde, als die Ordnung ist, die eingeführt wurde. Demgegenüber ist die Gerechtigkeit eine lebendige Idee, die fortwährend wirkt und daher ist auch in einem Staat, in dem das Gesetz herrscht, ein weiser Herrscher notwendig, damit ein gewisses Korrektiv einer unnachgiebigen Norm des Gesetzes da wäre; ein solcher Herrscher, wissend was gerecht und was ungerecht ist, ist fähig, in jedem Augenblick zu verwirklichen, was die Gerechtigkeit fordert (*Politikos*, 293 c, 295 c). In einem Staat soll vielmehr die Weisheit herrschen, welche besser weiß, was gerecht ist, als das Gesetz. Hier hat allerdings Platon unterschätzt, dass in den Gesetzen gerade das Prinzip der Rechtssicherheit betont wird, welches vielleicht gestört würde, wenn der empirische Herrscher ohne Gesetz über das, was rechtens ist, entscheiden würde.

**VI.** Nach Aristoteles ist die Allgemeinheit ein wesentliches Merkmal des Gesetzes; das Gesetz verhält sich zu den wirklichen Verhältnissen so wie das Allgemeine zum Besonderen. Dabei scheint es allerdings, dass es Aristoteles entgeht, dass, wenn es sich um ein Rechtsgesetz handelt, die Bildung der Rechtsnormen nicht im Wege der analytischen Urteile, sondern der synthetischen stattfindet. Recht hat allerdings Aristoteles, wenn er darauf aufmerksam macht, dass die Lebensverhältnisse, die den

Gesetzen unterliegen, vielgestaltig sind, das Gesetz aber, das sie regelt, ein einziges ist (*Die nikomachische Ethik*, 1135 a 6). Das Leben der menschlichen Gesellschaft ist nicht unveränderlich, sondern es beteiligt sich an dem allgemeinen Gesetz der Entwicklung, welches in der ganzen Natur herrscht (Politik). Das ist auch der Grund, warum auch nicht die Staatsgesetze für immer denselben Inhalt haben können, sondern sich den veränderten sozialen Verhältnissen anpassen müssen. Deswegen verwirft Aristoteles die konservative Ansicht des alten Griechen, der von der Vollkommenheit der vererbten Gewohnheiten und Gesetze überzeugt ist, und er lehrt im Gegenteil, dass das ungeschriebene Recht und auch die Gesetze sich von Zeit zu Zeit ändern sollen, allerdings nicht willkürlich, sondern nur mit größter Umsicht, wenn tatsächlich der Nutzen aus dem neuen Gesetz den Schaden daraus, dass sich die Staatsgesetze ändern und dadurch vielleicht die Obrigkeitsautorität gestört werden kann, überwiegt.

Aristoteles hat zwar im Gesetz einerseits das Mittel gesehen, wie man die Glückseligkeit erreichen und sie erhalten kann und in dieser Hinsicht hat er im Gesetz einen Appell an die menschliche Vernunft gesehen, andererseits hat er aber auch einen sehr gut entwickelten Sinn für die Realität, um nicht zu sehen, dass, wenn es sich zeigt, dass der Appell des Gesetzes an die Vernunft unwirksam wirkt, man den Zwang anwenden muss.

Die Frage, die schon Platon interessierte, nämlich ob eher das Gesetz als der Mensch (ein weiser Herrscher) herrschen soll, interessiert auch Aristoteles. Er sieht klar die Allgemeinheit, Abstraktheit und Starrheit des Gesetzes einerseits, und die unendliche Fülle der konkreten Fälle, die man praktisch nicht überschauen kann, andererseits. Soll man dem Gesetz oder dem weisen Schiedsrichter den Vorrang geben? Aristoteles, seiner grundlegenden Auffassung von der Gerechtigkeit treu, wählt auch hier den mittleren Weg: die Bedingung jeder richtigen Verfassung ist zwar für ihn, dass das Gesetz herrscht; da aber die Verfassung, in der man nur nach dem Wortlaut des Gesetzes regierte, mit Rücksicht auf die Starrheit jedes Gesetzes dem Leben in seiner unendlichen Komplexität und Buntheit nicht entsprechen könnte, ist nach ihm notwendig, dass neben dem Gesetz noch der Mensch regiere, der die Nachteile, die aus der Schematisierung und

Starrheit des Gesetzes fließen, abschwächte und dort entscheide, wohin das Gesetz nicht eindringen kann. Ob dies der Einzelne oder mehrere Personen sein sollen, das ist eine Frage der Zweckmäßigkeit.

Hier sieht Aristoteles das Problem, das immer sehr aktuell und so gelöst ist, dass man in das Gesetz elastische Bestimmungen, die sog. Generalklauseln einreicht, wie z. B. die Bestimmungen über die „guten Sitten“, „Treu und Glauben“, „natürliche Rechtsgrundsätze“ usw., wobei man allerdings sehr vorsichtig vorgehen muss und nicht das feste Gefüge des Gesetzes stören darf, weder durch ein Übermaß an solchen Generalklauseln noch durch ihre zu breite Interpretation und Applikation.

## § 28. Die Rechtsgeschäfte

**I.** Eine individuelle Norm stellt auch ein Rechtsgeschäft dar; es kann sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft (z. B. ein Testament) oder um ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft (Vertrag) handeln.

Gewöhnlich definiert man das Rechtsgeschäft, dass es sich um einen Tatbestand handelt, der einen Willensausdruck oder mehrere solcher Willensausdrücke enthält und von der Rechtsordnung als Grund anerkannt ist, dass die als gewollt bezeichnete Rechtswirkung antrete (Eneccerus – Nipperdey: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I*, S. 438). Armin Ehrenzweig definiert das Rechtsgeschäft in ähnlicher Weise (*System I*, S. 201): „*Rechtsgeschäfte sind Tatbestände, mit denen das Recht gewisse Wirkungen deshalb verbindet, weil diese Tatbestände eine oder mehrere diese Wirkungen bezweckende Willenserklärungen enthalten.*“

**II.** In diesen Definitionen steckt zwar ein richtiger Kern, jedoch ist nur die eine und nicht die andere Seite dieser ganzen Problematik betont. In ihnen ist richtig ausgedrückt, dass ein Rechtsgeschäft vor allem ein Tatbestand ist, dem die rechtliche Relevanz nur aufgrund der höheren Rechtsnorm, des Gesetzes zukommt. Es ist aber nicht genügend die andere Seite des Rechtsgeschäftes ausgedrückt, nämlich dass das Rechtsgeschäft eine oder mehrere Pflichten festsetzt; es ist nicht klar betont, dass das Rechtsgeschäft in der Funktion der Norm als einer Festsetzung der Pflicht und zugleich eines normativen Wertmaßstabes auftritt. Auch

das Rechtsgeschäft hat ein Janusgesicht; es schaut nach beiden Seiten. Von Seiten des Gesetzes erscheint es als ein bloßer Tatbestand, von Seiten der Vertragsparteien als eine Rechtsnorm.

**III.** Unter dem Begriff des Rechtsgeschäftes darf man nicht jedwede Rechtswirklichkeit verstehen, sondern nur eine solche, die dank der Delegationsnorm, deren bedingenden Tatbestand sie konkretisiert, eine Rechtsnorm darstellt. Rechtswidriges Handeln – Delikte – sind auch Rechtswirklichkeiten, d. i. Wirklichkeiten, die einen gewissen Tatbestand der übergeordneten Norm konkretisieren und daher Rechtswirkungen hervorrufen, die in der Konkretisierung der abstrakten, in der Delegationsnorm enthaltenen Sanktion erscheinen, sind aber keine Rechtsnormen. Der Begriff des Rechtsgeschäftes ist enger als der Begriff der Rechtswirklichkeit.

Man muss auch diesen Begriff des Rechtsgeschäftes nur auf jene Rechtsnormen begrenzen, deren „Schöpfer“ die Subjekte sind, die gewisse Wirkungen erreichen wollen. Die sogenannte automatisierte Normbildung, welche im Rahmen der Brünner rechtstheoretischen Schule von einigen Theoretikern (Adolf Procházka) vertreten wurde, und nach der z. B. auch ein Fallen eines Blumentopfes vom Fenster und die Bewirkung eines Schadens eine neue Rechtsnorm bedeutete, kann man nicht für richtig halten.

## § 29. Zur Theorie der Rechtsquellen

**I.** Die Rechtsquelle ist ein bildlicher Ausdruck. So z. B. wenn man fragt, was die Hauptquelle des Zivilrechtes ist, antwortet man, dass es das ABGB von 1811 ist.

Es gibt aber sehr viel Unklarheit über die begriffliche Bestimmung der Rechtsquelle. Es verflechten sich hier die verschiedensten rechtsphilosophischen bzw. rechtstheoretischen Standpunkte. Es entstand eine „Theorie der Rechtsquellen“ (Alf Ross). Regelmäßig wird der Begriff der Rechtsquelle verschiedentlich ausgelegt und definiert je nach der rechtsphilosophischen Auffassung des Autors. So definieren diesen Begriff die Anhänger der naturrechtlichen Doktrin ganz anders als jene der Theorie des positiven Rechts.

Für die historische Schule Savignys und Puchtas war z. B. „die rechte Quelle alles Rechts“ der Volksgeist (die Volksüberzeugung).

Für John Austin (*Lectures on Jurisprudence*, 4. Aufl., 1879, S. 525 ff., 530, 538 f., 547) bedeutet die Quelle einer Norm (bei ihm allerdings eines Befehls) dasselbe wie der Befehlsgeber selbst. Alle Rechtsregeln sind nämlich letzten Endes Befehle vom Souverän und dieser ist also die einzige Rechtsquelle. Nicht alle Rechtsregeln sind unmittelbar von dem Souverän als Befehle ausgegangen. Einige sind unmittelbar von anderen, wenngleich mittelbar vom Souverän ausgegangen. Je nachdem ob der unmittelbare Befehlsurteiler einer Rechtsregel der Souverän selbst oder ein anderer ist, kann man zwischen unmittelbarem und mittelbarem Recht bzw. unmittelbarer und mittelbarer Rechtsquelle unterscheiden.

Felix Somló, der in gewisser Richtung von Austin beeinflusst war, versteht unter einer Rechtsquelle hauptsächlich zweierlei (*Juristische Grundlehre*, 1917, S. 330 ff.). Erstens ist es der Faktor, von dem die Rechtsnormen ausgehen, und dann die Äußerungsform, in der sie erscheinen. Im ersten Sinne spricht man von inneren, im zweiten von äußeren Rechtsquellen. Unter dem Begriff der inneren Rechtsquelle versteht er die Quelle, aus der das Recht fließt, letzten Endes die Rechtsmacht des betreffenden Staatswesens selbst. Gerade sie ist die Urquelle alles Rechts. Alle übrigen inneren Rechtsquellen können nur von ihr herkommen. Der Begriff der primären Rechtsquelle ist für Somló derselbe Grundbegriff, denn er bereits einmal als Rechtsmacht und ein andermal als Verfassung im weiteren Sinn bezeichnete. Der Begriff einer sekundären Rechtsquelle umfasst seinen Begriff eines Staatsorganes. Durch die Kreuzung dieses Anteilungsprinzips mit dem Prinzip der Einteilung und Entstehung durch die Arten des geschriebenen Rechtes und des Gewohnheitsrecht gewinnt Somló schließlich die unvermeidlichen vier Grundkategorien jedes entwickelten Rechtsquellensystems: 1. primäres ausdrückliches, 2. primäres nicht-ausdrückliches, 3. sekundäres ausdrückliches, und 4. sekundäres nicht-ausdrückliches Recht.

**II.** François Géný geht von seinem Grundgedanken aus, dass vor dem Gesetz ein höheres Recht existiert, das direkt von der menschlichen Vernunft und der Natur der Verhältnisse stammt. Das Gesetz ist nur ein

unvollständiger Ausdruck für dieses höhere Recht. Gény stellt fest (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2. Aufl., Bd. II, S. 221, 404): „*Même sous sa forme positive, le droit nous apparaît comme un ensemble de règles issues de la nature de choses, et devant être dégagées, au moyen d'une interprétation, plus au moins libre des éléments sociaux, qu'il a pour objet d'ordonné en vue du bien commun. Directement inspiré par la justice et l'utilité générale, son essence le place donc fort au-dessus des sources formelles, qui n'en sont que les rélévations empiriques, destinées seulement à diriger les jugements humains de façon plus précise, mais, en soi, toujours incomplètes et imparfaites.*“ Für Gény ist es eine direkte Aufgabe der Wissenschaft, dieses überpositive Recht zu erforschen und zu bestimmen. Dieses von der Wissenschaft geschaffene Recht tritt subsidiär ein, wenn das Gesetz aufhört (*Science et Technique I*, S. 97). Die wichtigste subsidiäre Rechtsquelle ist daher für Gény „*le libre recherche scientifique*“. Diese Aufgabe präzisiert er folgendermaßen (*Methode II*, S. 92): „*D'une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice; d'autre part, s'adresser aux phénomènes sociaux, pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent.*“

Unter den einzelnen Rechtsquellen steht bei Gény an erster Stelle das Gesetz als autoritäre Rechtsquelle, die als der Wille der kompetenten Macht begriffen wird. An zweiter Stelle wird die Gewohnheit als Rechtsquelle angeführt. An dritter Stelle wird von ihm *autorité* und *tradition* als Rechtsquellen genannt. Damit meint er eine doktrinäre Auffassung und Rechtspraxis, die als Tradition bezeichnet wird, wenn sie älter als *autorité*, wenn sie jünger ist als der Code civil. Als vierte und letzte, aber als eine ungemein wichtige subsidiäre Rechtsquelle erscheint bei Gény „*le libre recherche scientifique*“, wie wir schon zugeführt haben.

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts, wenn man schon immer näher zum Positivismus kam, wurde das Dogma von dem Rechte als dem Willen des Staates und dem Staate als einer über- und vorrechtlichen handgreiflichen Realität herrschend. Für Bergbohm ist Recht einfach das, was von der kompetenten Behörde bestimmt wird.

**III.** Schon an diesen wenigen Beispielen sieht man klar, was für eine Verwirrung in der Problematik der Rechtsquellentheorie herrscht. Es verflechten sich hier die verschiedensten Standpunkte.

Wenn man kritisch zum Problemkreis dieser Fragen zusieht, kann man folgendes sagen:

Im positiv-rechtlichen Sinn ist die Rechtsquelle nichts anderes als die Rechtsnorm selbst. Beim stufenförmigen Aufbau der staatlichen Rechtsordnung sind also die Rechtsquellen: die Verfassung mit Verfassungsgesetzen, das gewöhnliche Gesetz, die Regierungsverordnung, die Verordnungen einzelner Ministerien, die Entscheidungen von Verwaltungsbehörden und von Gerichten, aber auch Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte. In einem engeren positiv-rechtlichen Sinn spricht man von Rechtsquellen nur in einer Beziehung zu Gesetzen und Verordnungen, soweit wir das geschriebene Recht im Sinne haben.

In diesem Zusammenhang begegnet man auch einem von beliebten juristischen Dualismen, nämlich dem Dualismus des geschriebenen Rechts und des Gewohnheitsrechts. Zur Existenz des Gewohnheitsrechts erfordert man gewöhnlich eine lange Verwendung (*usus longaevis*) und die Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit (*opinio necessitatis sive iuris*). Insbesondere das generelle Völkerrecht, diese oberste Schicht der Normen des Völkerrechtes, ist in seinem Wesen ein Gewohnheitsrecht.

Rechtsquelle im positiv-rechtlichen Sinn ist daher jede Norm des Inbegriffes von Normen, die den hierarchischen Aufbau der Rechtsordnung der Welt bilden.

**V.** Rechtsquelle im rechtsphilosophischen Sinn ist jene Fundgrube, aus der der höchste „Normschöpfer“ selbst schöpft und – insofern es die übergeordnete Rechtsnorm erlaubt – auch der im hierarchischen Stufenbau der Rechtsordnung niedriger gestellte „Normschöpfer“, wenn er das relativ freie Feld seiner Wirksamkeit ausfüllt. Es ist jene Fundgrube, die z. B. die Bestimmung des § 7 des ABGB aus dem Jahre 1811, mit den Worten „natürliche Rechtsgrundsätze“ oder Art. I des Schweizerischen Bürgerlichen Gesetzbuches mit den Worten, dass der Richter so entscheiden soll, wie der Gesetzgeber entscheiden würde, wenn er den gegebenen Fall im Sinne hätte, ausgedrückt haben.

Wir wissen schon, dass die gesamte Rechtsordnung der Welt in dem objektiven Rechtsgeist verankert ist. Dieser objektive Rechtsgeist ist daher die entscheidende Quelle des Rechts. Beide Bestandteile dieses objektiven Rechtsgeistes, das allgemeine Rechtsbewusstsein des Volkes der Gemeinschaft und die rechtliche Weltanschauung sind daher die eigentlichen Rechtsquellen. Wir wissen auch, dass an der Spitze der rechtlichen Weltanschauung die reale Idee des Rechts, diese dialektische Synthese von Gerechtigkeit, Freiheit des konkreten Menschen, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit steht. Auch sie ist daher die Urquelle des Rechts. Und da alles Reale zur Welt der Idealität notwendigerweise tendiert, tendiert auch die reale Idee des Rechts zu ihrem, im unendlichen liegenden Ideal, zur Normidee des Rechts, die daher in diesem Sinne die allerletzte Urquelle des Rechts darstellt.

## § 30. Das Recht und die Funktionen des Staates

I. Die traditionelle Rechtslehre stellt in der Regel – ob schon direkt oder verhüllt – den Staat als ein Wesen vor, dessen Tätigkeit sich in der äußeren Welt manifestiert und das diese Tätigkeit durch seine Organe, die funktionieren (Funktionen haben), durchführt (Weyr). Auf der einen Seite ist hier zwar eine unteilbare Staatsgewalt, wobei es sich um einen Inbegriff aller Staatsfunktionen handelt, auf der anderen Seite wird anerkannt, dass es mehrere Staatsfunktionen gibt, und es wird ihre Systematisierung angestrebt.

In diesem Zusammenhang unterscheidet z. B. John Locke (1632–1704) eine Reihe einzelner Staatsfunktionen und ordnet sie hierarchisch (*Two Treatises of Government*, 1690). Er unterscheidet die gesetzgebende Gewalt, die vollziehende Gewalt, die der gesetzgebenden Gewalt untergeordnet ist, und schließlich die Funktion des Herrschers (Souveräns), die sogar über der gesetzgebenden Gewalt steht. Das größte Verdienst um einen entscheidenden Schritt vorwärts, das in der Lehre von der Gewaltenteilung gemacht wurde, hat unumstritten Charles de Secondat Baron de la Brède et de Montesquieu (1689–1755) mit seiner Dreiteilung der Staatsgewalten in die gesetzgebende Gewalt, in die richterliche Gewalt und in die vollziehende

Gewalt (*De l'esprit des lois*, 1748). Dabei wird gefordert – und darin steckt der Kern des ganzen Problems – dass jede dieser Funktionen den selbständigen, voneinander unabhängigen Staatsorganen zugeteilt werde.

**II.** Diese Dreiteilung der Gewalten oder Funktionen des Staates, die von grundlegender Bedeutung für das Leben der Menschen in jedem Staate ist, wurde oft, und zwar von den verschiedensten Seiten angefochten. Auch z. B. Weyr führt an (*Teorie práva*, S. 239 ff.), dass das theoretische System der Staatsfunktionen nur dann möglich ist, wenn man diese einzelnen „Funktionen“ als etwas grundsätzlich gleichartiges, d. i. als normerschöpfende Tätigkeiten, begreift. Vor allem entsteht bei ihm ein Unterschied zwischen den primären Normen (den Gesetzen) und den sekundären Normen (den richterlichen Urteilen und Verwaltungsakten), bzw. ein Unterschied zwischen den zuständigen Funktionen, d. i. der gesetzgebenden Funktion einerseits, der richterlichen und vollziehenden Funktion andererseits. Weyr führt dann an, dass man nicht zweifeln kann, dass durch die fortschreitenden rechtliche Regelung des ganzen breiten Bereiches der sog. öffentlichen Verwaltung auch in der Praxis die Erkenntnis durchdringt, dass gerade in jener einzigen Richtung, in der man überhaupt die „vollziehende“ Funktion mit der richterlichen Funktion vergleichen kann, d. i. vom normerschöpfenden Standpunkt, kein grundlegender Unterschied zwischen ihnen existieren kann, weil beide Funktionen in der Bildung der Rechtsnormen derselben Kategorie, d. i. der sekundären und regelmäßig konkreten Rechtsnormen beruhen.

Hier hat Weyr nicht Recht, und zwar wie aus rechtstheoretischem, so auch rechtspraktischem Grund. Wenn der Richter nur durch das Gesetz gebunden ist, dann gibt es hier einen kardinalen Unterschied, und zwar direkt im rechtlichen Sinn, zwischen der Stellung des Richters und der Stellung des Normschöpfers im Bereiche der Verwaltung, der durch die ganze Rechtsordnung, also nicht nur durch die Gesetze, sondern auch durch die Normen der höheren Verwaltungsorgane, gebunden ist. Von der praktischen Seite hat dann die Lehre von der Gewaltenteilung eine geradezu entscheidende Bedeutung für die unerlässliche Kontrolle der Tätigkeit der Staatsorgane. Das hat sich weder Weyr noch z. B. Radbruch vergegenwärtigt. Radbruch stellt fest (*Rechtsphilosophie*, 8. Aufl.,

S. 157), dass aus der Verschiedenheit der Grundanschauungen ganz verschiedene politische Organisationsprinzipien sich ergeben, der lange verkannte Gegensatz zwischen Montesquieu und Rousseau: der Liberalismus huldigt der Gewaltenteilungslehre Montesquiens, deren Sinn es ist, die beiden Anwärter des Absolutismus, Monarch und Majorität, zugunsten der unversehrten Freiheitsrechte des Individuums gegeneinander auszuspielen; die Demokratie verwirft mit Rousseau die Gewaltenteilung, weil sie den dadurch bekämpften Mehrheitsabsolutismus ihrerseits gerade erstrebt. Ich glaube, dass ich in meinem Entwurf der neuen tschechoslowakischen Verfassung gezeigt und bewiesen habe, dass die Dreiteilung von Staatsgewalten im Sinne Montesquiens mit dem Grundgedanken der Demokratie vereinbar ist, ebenso wie der Grundgedanke des Liberalismus über die Menschenrechte. Der Grundgedanke der modernen Demokratie ist nicht nur das Prinzip der Majorität, sondern auch das Prinzip der Menschenrechte, und gerade in diesem Prinzip ist die Lehre von der Gewaltenteilung verankert, bzw. begründet.

## **§ 31. Interpretation und Applikation des Rechts; die sog. Lücken**

I. Man muss streng zwischen der Interpretation und der Applikation unterscheiden. Die genaue Unterscheidung dieser zwei juristischen Tätigkeiten hat in hervorragender Weise schon im Jahre 1907 Lorenz Brütt in seinem Buch *Die Kunst der Rechtsanwendung* durchgeführt. Von den Anhängern der Reinen Rechtslehre hat dies folgerichtig zum ersten Mal Jaromír Sedláček (in: *Festschrift für Engliš*, 1931). Außer Schreier und Merkl widmete die Reine Rechtslehre dem Problem der Interpretation nicht genügende Aufmerksamkeit. Die Reine Rechtslehre in ihren Anfängen wurde ganz von dem Bestreben beherrscht, die reine Form der Rechtsnorm zu finden. Außerdem waren die beiden Mitbegründer dieser Schule, Weyr und Kelsen, Darsteller des Verfassungsrechts, und hier spielt die Interpretation nicht eine so entscheidende Rolle wie z. B. im Zivilrecht. Diesen Mangel der Reinen Rechtslehre anerkennt übrigens Kelsen

selbst. Das Problem der Interpretation ist aber doch, wie richtig Schönfeld feststellt, das Problem des Rechts überhaupt besser gesagt das Problem der Rechtsdogmatik.

**II.** Die Interpretation ist die Feststellung des Inhaltes (des Sinnes) der Rechtsnorm. Es geht um die Feststellung der materiellen und formalen Bedingungen der Applikation, welche Bedingungen durch die Delegierungsnorm festgesetzt sind. Man kann nur teleologisch die Rechtsnorm interpretieren. Die Interpretation dient dazu, den objektiven Sinn der Rechtsnorm, bzw. des Inbegriffs von Rechtsnormen (der Rechtsordnung) festzustellen. Durch die Interpretation stellt man fest, wie man objektiv die rechtliche Bestimmung verstehen soll, nicht wie diese oder jene Bestimmung von ihren Autoren gedacht war. Die Interpretation ist also eine Tätigkeit, durch welche man den Inhalt der Rechtsnorm erkennt, die man zu diesem Zweck zuerst konstruieren muss. Die Auslegung einzelner Wörter rechtlicher Vorschrift nennt man manchmal Hermeneutik.

Die juristische Interpretation muss man von der philologischen Interpretation unterscheiden. Die philologische Interpretation hat August Boeckh als „die Erkenntnis des Erkannten“ bezeichnet. Die philologische Interpretation zielt zur Feststellung der Wirklichkeit des subjektiv gedachten Sinnes, der wirklich gedachten Gedankens wirklicher Menschen, die Urheber des zu interpretierenden Werkes sind. In der Literaturwissenschaft herrschte bis vor kurzem die philologische Auslegung, also die Erforschung der wirklichen Gedanken des Autors auf Grund aller seiner Äußerungen über sein Werk. Diese Methode aber rückte immer mehr in den Hintergrund und auch hier gilt es jetzt, den objektiv geltenden Sinn des Werkes festzustellen. So z. B. setzt sich Georg Simmel die Aufgabe, nicht den realen historischen Menschen Kant zu schildern, „sondern ein ideelles Gebilde, das nur in der Leistung selbst lebt als Ausdruck oder Symbol für den sachlichen, inneren Zusammenhang ihrer Teile.“

Umso mehr ist es notwendig die philologische Interpretation bei der Auslegung von Rechtsbestimmungen abzulehnen. Wenn es vielleicht doch wenigstens teilweise bei dem literarischen Werk, das ein einziger Autor geschrieben hatte, möglich ist, annähernd festzustellen, was er dachte, wenn er das Werk schuf, geht es um ein Ding der Unmöglichkeit, besonders

in der modernen Zeit, diese Absichten des Gesetzgebers klarzulegen. Auch wenn alle, die an der Bildung eines gewissen Gesetzes teilnahmen, wirklich dieselbe Absicht hätten, würde dadurch noch nicht der entscheidende Sinn des Gesetzes festgestellt werden. Der Wille des Gesetzgebers ist kein kollektiver Wille jener, die an der Gesetzgebung beteiligt sind.

**III.** Bei der Interpretation handelt es sich um ein Zusammentreffen des kausalen und des normologischen Aspektes. *„Warum ist ein Tatbestand teleologisch gegeben? Die Norm sagt: ‚Wenn A, soll B sein.‘ Wenn wir B nicht durch einen inneren Widerspruch im Inhalt der Norm ausschließen wollen, so muss A so beschaffen sein, dass B möglich ist“* (Sedláček: *Občanské právo československé. Všeobecné nauky*). *„Inhaltlich genommen meinen wir nicht, dass B nach A folgen wird – so wie wir dies im Naturgesetz denken; inhaltlich denken wir B bloß als möglich. Gerade durch diese Möglichkeit zeigt sich uns der Zustand A als Mittel zum Erreichen des Zustandes B.“* *„Neben dieser inneren Begründung haben wir noch eine andere, bei der jedoch große Vorsicht geboten ist. Wenn wir den Inhalt der Norm berücksichtigen, dann erscheint uns das Thema der Norm folgendermaßen: Wir haben den Zustand X; wenn die Norm N erfüllt wird (d. h. wenn nach den Zustand A der Zustand B eintritt), wird der Zustand Y als kausale Folge des Zustandes B eintreten. Die Norm ist für uns ein Mittel, um den Zustand Y zu erreichen, den wir mittels der durch die (autonomen oder heteronomen) Pflichten bestimmte menschliche Aktivität erreichen wollen. Aus diesem Grunde besteht zwischen dem Zustand X und dem Zustand Y eine normologische Verbindung. Dabei müssen wir genau darauf achten, nicht die Grenzen zwischen der Normologie und der Kausalität zu überschreiten. In der Gefahr dieser Überschreitung liegt die Schwierigkeit dieses Erfahrens. Wenn N ein Mittel zum Erreichen von Y ist, so muss der Inhalt von N mit Rücksicht auf die Möglichkeit von Y, also teleologisch, bestimmt werden.“* *„Die Teleologie bestimmt also den Inhalt der Normen zu bestimmen. In dieser Weise antworten wir auf die Frage der kritischen Philosophie: wie ist der Inhalt der Normen überhaupt möglich?“* Man muss daher bei den rechtlichen Betrachtungen den normologischen mit dem teleologischen Aspekt ergänzen. Die Einführung der Teleologie in die rechtsdogmatischen Betrachtungen bedeutet keineswegs eine Abkehr von der normativen Auffassung, sondern im Gegenteil deren konsequente Durchführung.

Die Interpretation ist – wie eben gezeigt wurde – eine teleologische Tätigkeit. Im Grunde genommen gelangte zu denselben Schlüssen auch die Schule der Interessenjurisprudenz (von Philipp Heck begründet). Derselben Ansicht sind aber auch die hervorragenden Zivilisten des 20. Jahrhunderts, besonders Armin Ehrenzweig, Eneccerus – Nipperdey u. a. Es ist interessant, eine Parallele zu ziehen, um zwar zwischen Sedláčeks Lösung des Problems der Interpretation der Rechtsnorm, wo er die Lösung der Frage des Zusammenstoßes der Kausalität und der Normativität in der Teleologie findet, und zwischen Kants grandioser Überbrückung der Welt des Seins, die von der ersten Kritik unter dem Standpunkt der Kausalität gesehen wurde, und der Welt des Sollens, die Kant in seiner zweiten Kritik aufbaute, dieser Welt, die unter dem Gesichtspunkt der Normativität erfassbar ist. Diese Kluft hat Kant mittels der Teleologie in seiner dritten Kritik (Kritik der Urteilkraft) überbrückt.

Die Interpretation ist also Feststellung des Inhalts (des Sinnes) jeder Rechtsnorm und diese Feststellung geschieht teleologisch.

Was die Interpretation der Norm des Gewohnheitsrechtes begrifflich, lässt sich die Frage, wie die Norm zu verstehen ist, nur schwer von der Frage, wie diese Norm lautet, trennen. Sonst aber gilt für die Interpretation des Gewohnheitsrechtes dasselbe wie für das geschriebene Recht.

Noch eine Frage muss kurz angedeutet werden (§ 6 und 7 des ABGB). Hier muss man streng zwischen der Regel der eigenen Interpretation von der Regel, die das sekundäre positive Recht festsetzt, unterscheiden. Die Bedeutung der Regel über das sekundäre positive Recht („natürliche Rechtsgrundsätze *in fine* des § 7 ABGB) ist grundlegender Natur. Etwas anderes gilt aber für den Wert der reinen Interpretationsvorschriften. Diese enthalten nämlich eine *petitio principii*, weil auch sie interpretiert werden müssen.

**IV.** Bei der Applikation muss man zwischen der Applikation im engeren Sinn und der Interpretation im weiteren Sinn unterscheiden. Die Applikation im engeren Sinn ist Anwendung der interpretierten Rechtsnorm auf den Tatbestand, bzw. – anders ausgedrückt – die Unterordnung des konkreten Tatbestandes unter den gefundenen und schon interpretierten Tatbestand der diesbezüglichen höheren Rechtsnorm. Im Weiteren

Sinn versteht man unter der Applikation noch die sog. normerschöpfende Tätigkeit des niederen Normschöpfers im Delegationsrahmen der diesbezüglichen höheren, übergeordneten Rechtsnorm. Wir haben schon erkannt, dass der Delegationsrahmen der übergeordneten Rechtsnorm in der Regel nicht ganz erfüllt ist, sondern dass er dem niederen Normschöpfer mal ein größeres, mal ein kleineres Feld für seine relativ freie Tätigkeit überlässt.

**V.** Im strengen Sinne des Wortes kann man von keiner Rechtslücke sprechen. Das Recht greift nur so weit in das Leben der Menschen in der Gesellschaft ein, wie es einzelne Rechtspflichten bestimmt.

Trotzdem aber spricht man von Rechtslücken; es wird behauptet, dass eine echte (oder eine logische) Lücke dadurch entsteht, dass der Gesetzgeber eine Norm aufstellt, die inhaltlich nicht genügend bestimmt ist, und daher die Möglichkeit verschiedener Entscheidungen offenlässt, ohne dass die Wahl zwischen diesen dem Ermessen des Richters überlassen wird (Reichel, Pisko). Von einer unechten Lücke spricht man, wenn eine erwünschte Entscheidungsnorm, also eine Vorschrift, die die Grundlage einer sachlich befriedigenden Entscheidung schaffen soll, fehlt.

Es scheint klar zu sein, dass man im Fall einer Vorschrift über das sekundäre positive Recht von einer Rechtslücke weder im echten noch im unechten oder verdeckten Sinn schwer sprechen kann.

## **§ 32. Das Rechtsverfahren und die Rechtskraft; die Exekution**

**I.** Der Begriff des Rechtsverfahrens ist ein Rechtswesensbegriff. Ohne Rechtsverfahren ist das Recht undenkbar. Für das Recht ist es wesentlich, dass man dem Volke der betreffenden Gemeinschaft mit ihm dient, und das kann man nur in einem gewissen Verfahren (Prozess) verwirklichen.

Das Verfahren ist positiv-rechtlich auf verschiedenen Stufen des hierarchischen Aufbaues der Rechtsordnung auf verschiedene Weise geregelt. Man unterscheidet verschiedene Arten des Verfahrens, und zwar des völkerrechtlichen Verfahrens, des Gesetzgebungsverfahrens, des Verfahrens bei der Herausgabe einer Regierungsverordnung, des Verwaltungs-

Gerichts- oder Vertragsverfahrens. Der Zivilprozess und der Strafprozess sind nur besondere Fälle des Rechtsverfahrens (Rechtsprozesses) überhaupt.

Das allgemeine logische Wesen des Rechtsverfahrens, ohne Rücksicht darauf, ob es um die Bildung der völkerrechtlichen Normen, der gesetzlichen Normen usw. geht, ist allerdings dasselbe (Weyr). Für das Rechtsverfahren ist grundsätzlich die „Bildung“ neuer Normen charakteristisch. Das ist das Rechtsverfahren im eigentlichen Sinn. Man kann von einem Rechtsverfahren in diesem Sinn nicht im Falle der sog. automatischen Normbildung sprechen, wo z. B. aus dem bloßen Delikt eine neue Norm entstehen soll. Unter den Begriff des Rechtsverfahrens im weiteren Sinn wird manchmal auch der eigentliche Vollzug der Entscheidung (die Exekution) subsummiert, wo man nicht mehr vom Rechtsverfahren im eigentlichen Sinn sprechen kann, sondern von einem bestimmten Vorgehen bei dem eigentlichen Vollzug der Rechtsnorm.

Für das Rechtsverfahren im Sinne der „Bildung“ von Normen ist es typisch, dass sich in der Regel von oben nach unten im stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung die „Freiheit“ des diesbezüglichen Normschöpfers verringert. Der Verfassungsgesetzgeber ist grundsätzlich nur durch das Völkerrecht gebunden, der gewöhnliche Gesetzgeber schon durch die Verfassung, die Regierung durch die Gesetze usw. Die Sprache selbst knüpft daran an; man spricht von der normerschöpfenden Gesetzgebungstätigkeit einerseits, aber vom Finden des Rechts, vom Entscheiden, vom Urteilen der niederen Normschöpfer andererseits. Im Wesen geht es aber nur um relative Unterschiede, nämlich in der Stufe des Maßes „der Freiheit“ des diesbezüglichen Organs.

**II.** Unter der Rechtskraft im weitesten Sinne versteht man, dass die diesbezügliche Rechtsnorm ein „definitiver“ Bestandteil der Rechtsordnung geworden ist, dass sie eine gültige Rechtsnorm, eine grundsätzlich unabänderliche Rechtsnorm geworden ist (Merkl).

Die Rechtskraft ist etwas, was sich auf Rechtsnormen aller Stufen bezieht, grundsätzlich geht es allerdings um die Frage der positiv-rechtlichen Regelung. Aus der Rechtsordnung selbst ist es notwendig herauszulesen, welche Bedingungen sie für die Rechtskraft der Rechtsnorm dieser oder jener Stufe des hierarchischen Aufbaues der Rechtsordnung festsetzt. Ich

habe ausdrücklich das Wort „grundsätzlich“ angewendet, weil es hier auch einige Ausnahmen gibt. So wenn z. B. die Verfassung die Unabänderlichkeit von sich selbst (ihre Rechtskraft auf „ewige Zeiten“) festsetzen würde, würde es sich um ein Ding der Unmöglichkeit handeln, da – ontologisch gesehen – das Recht ein lebendiges Gebilde darstellt und diese Lebendigkeit ausschließen zu wollen, würde bedeuten, das Wesen des Rechts selbst zu negieren.

Die herrschende Rechtslehre spricht allerdings von der Rechtskraft nur in Beziehung auf „sekundäre“ Normen, vor allem auf gerichtliche und verwaltungsrechtliche Entscheidungen. Man spricht von der Rechtskraft des Urteils, von dem, dass *res iudicata est*, wenn nicht rechtzeitig ein Rechtsmittel eingereicht wird. Die Institution der Rechtskraft ermöglicht, dass z. B. ein Urteil, das gewissen materiellen Bestimmungen des Gesetzes widerspricht, ein gültiger Bestandteil der Rechtsordnung wird.

**III.** Die Exekution im weitesten Sinn ist der Vollzug einer Rechtsnorm. In diesem Sinne fällt allerdings der Begriff der Exekution gewissermaßen mit dem Begriff der Solution zusammen (Weyr). Man muss daher den Begriff der Exekution so begrenzen, dass es sich um einen Zwangsvollzug einer Norm handelt. Die Exekution selbst ist keine Norm, sondern der Vollzug der Norm und ist nur als ein gewisser Tatbestand, der in der diesbezüglichen Rechtsnorm festgesetzt ist, sichtbar.

Die strittige Frage, ob es bei der Exekution um den Untergang der diesbezüglichen Rechtsnorm geht oder nicht, muss man so entscheiden, dass die Rechtsnorm, auch die konkrete Rechtsnorm, nicht mit der Exekution untergeht. Die Exekution ist daher keine Art des Untergangs der Norm – wenigstens nicht ohne ausdrückliche Bestimmung. Die Rechtsnorm „lebt“ weiter, auch wenn es nicht mehr zu einer nochmaligen „Realisation“ kommen kann; sie bleibt als rechtliches Dokument dessen, dass ihre frühere Realisation berechtigt war.

## § 33. Das positive Recht und das Naturrecht

**I.** Keiner der üblichen Dualismen, die im rechtlichen Schrifttum einheimisch geworden sind, ist so dauerhaft und berühmt wie der Dualismus des

Naturrechts und des positiven Rechts. Dieser Dualismus und überhaupt die ganze naturrechtliche Doktrin ist anschaulich von ihrem großen Gegner Bergbohm charakterisiert, und zwar so dass man mit „Doppelrecht“ arbeitet, *„als gebe dem positiven Recht beständig ein ihm übergeordnetes oder antagonistisches, mit ihm rivalisierendes anderes Recht parallel, in welchem das erstere bald die Quelle und das Fundament seiner eigenen Herrschaft, bald seinen Vorläufer oder Stellvertreter oder Korrektor, bald auch nur sein Vorbild oder Ideal usw. zu respektieren habe“* (Bergohm: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, S. 109, 502, Anm. 27).

Ein anderer großer Rechtsdenker, der jahrelang ein Gegner des Naturrechts war, um schließlich nach schrecklichen Erlebnissen der terroristischen Regime, die im Zweiten Weltkrieg gipfelten, ein Anhänger des Naturrechts zu werden, Gustav Radbruch lehrt (*Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., S. 102 ff.), dass das Naturrecht bald einer tieferen Befestigung des gesetzten Rechts, bald gerade umgekehrt dem Kampfe gegen das gesetzte Recht dient. *„Aber in allen seinen Formen ist es durch vier, zu verschiedenen Zeiten freilich verschieden betonten Wesenszüge gekennzeichnet: Es liefert inhaltlich bestimmte rechtliche Werturteile. Diese Werturteile sind entsprechend ihrer Quelle – Natur, Offenbarung, Vernunft – allgemein gültig und unwandelbar. Sie sind der Erkenntnis zugänglich. Sie gehen, einmal erkannt, widersprechendem gesetztem Rechte vor: Naturrecht bricht positives Recht.“*

**II.** Kurz ausgedrückt: Das Naturrecht ist ein Inbegriff von Normen, die aus der Natur (bzw. Natur der Sache), der göttlichen Offenbarung oder unserer Vernunft entspringen, die inhaltlich erkennbar sind, absolut und unabhängig von unserem Willen gelten, auch wenn das Axiom der Unabänderlichkeit und Ewigkeit die einen nur für einige höchste Rechtsgrundsätze vindizieren, andere wie z. B. Pufendorf oder Thomasius für das ganze System der Rechtsregel. Cicero (*De legibus II, De re publica III*) z. B. bezeichnete *ius naturae* als *„aeternum quiddam, quod universum mundum reget imperandi prohibendique sapientia“*, und von welchem er lehrt: *„Huic legi nec obrogari fas est neque derogari ex hoc aliquid licet neque tota obrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus ... sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit unaque erit communis quasi magister et imperator omnium deus.“*

**III.** Im Grunde genommen lebten alle juristischen Lehren bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts unter der Flagge des Naturrechts.

Einen scharfen Kampf gegen die naturrechtliche Doktrin hat die historische Rechtsschule einerseits und Hegel andererseits begonnen. Allerdings blieb auch die historische Rechtsschule nicht des Vorwurfs enthoben, dass sie in die typisch naturrechtliche Argumentation verfällt. Bergbohm will beweisen, dass die Auffassung des Rechtsbewusstseins durch die historische Rechtsschule typisch naturrechtlich ist, besonders die These, dass die Diktate des Rechtsbewusstseins als solche ein fertiges Recht darstellen.

Hegel kritisiert in seiner Abhandlung *Über die Behandlungsart des Naturrechtes* (1802/1803) das individualistische, rationelle und formale Naturrecht Kants und Fichtes, selbst eher er fällt in das Fangnetz des naturrechtlichen Denkens, weil bei ihm als höchstes rechtliches Prinzip das Dictum gilt: „*Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*“. Auch die Rechtslehre Hegels stellt sich daher als eine naturrechtliche Lehre im Sinne von Thomas von Aquino, Suarez oder Leibniz. Tragisch für seine ganze Lehre ist allerdings der führende Satz: „*Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig*“, wodurch allerdings der ganze Sinn des Naturrechts negiert wird.

Aber auch Bergbohm selbst bleibt nicht der Vorwurf erspart, dass auch er in die Gewässer der naturrechtlichen Betrachtungen fällt (Lundstedt: *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, S. 170).

**IV.** Zur ganzen Problematik des Naturrechts kann man folgendes sagen:

1. Es gibt nur ein einziges Recht, nämlich das „positive“ Recht. Das Naturrecht stellt eine *contradictio in adiecto* dar, da man durch das Wort „Natur“ den Begriff des Rechts, der schon immanent in sich das Merkmal der Positivität enthält, negiert. Die Bezeichnung „positives Recht“ ist ein Pleonasmus, weil man durch das Wort „positiv“ schon etwas wiederholt, was im Begriff des Rechts steckt.
2. Das bedeutet aber keineswegs, dass man die Richtigkeit der uralten Tendenzen der naturrechtlichen Doktrin negieren will. Ich bin der festen Überzeugung, dass die naturrechtlichen Erwägungen viel mehr für die menschliche Gesellschaft geleistet haben als alle positivistischen Strömungen zusammen. Beim Naturrecht

geht es um einen ungemein bedeutenden Rekurs vom objektivierten Rechtsgeist (von der positiven Rechtsordnung) zum objektiven Rechtsgeist (zum Rechtsbewusstsein des Volkes der diesbezüglichen Rechtsgemeinschaft einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des Rechts an der Spitze). Das Naturrecht stellt eine feste Barriere gegen das sog. recht *contra humanitatem* dar. Der Gesetzespositivismus mit seinem schrecklichen *Dictum lex dura, sed lex* ermöglicht die sog. Legitimität der terroristischen Regime einzelner diktatorischer Staaten.

Alle Doktrinen des Naturrechts haben richtig empfunden, dass das Recht nicht in einer Isoliertheit lebt, sie wussten, dass das positive Recht aus etwas entspringen muss, aus etwas, was hinter diesem Recht steht. Die naturrechtlichen Doktrinen erkannten jedoch nicht, dass hinter der positiven Rechtsordnung als hinter etwas, was in die höchste Schicht des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt gehört und als objektivierter Rechtsgeist sich darstellt, steht, und zwar das Rechtsbewusstsein des Volkes einschließlich der rechtlichen Weltanschauung. Damit wurde auch im Wege der realen Idee des Rechts eine Verbindung zu ewigen Grundgedanken der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen und der Rechtssicherheit angeknüpft.

3. Der Fehler der einigen naturrechtlichen Theorien war der, dass sie direkt zur Normidee des Rechts rekurriert haben und den objektiven Rechtsgeist nicht gesehen haben. In einer gewissen Unterschätzung der Meinung des Volkes, seines Rechtsbewusstseins, haben sie ihr eigenes Urteil überschätzt, ein Urteil, das sie in die Form der göttlichen Offenbarung oder der Vernunft einhüllten. Der Fehler einiger naturrechtlicher Doktrinen steckte in der Überzeugung, dass die subjektive Vernunft des Autors fähig ist, ein ganzes System von ewig geltenden, absoluten Regeln zu erarbeiten. Ein klassisches Beispiel bieten die großen Rechtssysteme von Pufendorf, Thomasius und Christian Wolf. Diesen Fehler vermied allerdings eine Reihe anderer naturrechtlicher Doktrinen, besonders die naturrechtliche Lehre Kants, welche das Axiom der Unabänderlichkeit und Absolutheit nur auf die höchsten Ideen des rechtlichen Denkens begrenzte.

4. Die naturrechtlichen Doktrinen haben allerdings nicht erkannt, dass das Naturrecht kein Recht ist und dass es zur Objektivation dieses Naturrechts erst kommen muss, damit wir das Recht (das „positive“ Recht) haben. Das Verhältnis des objektiven und des objektivierten Rechtsgeistes war ihnen unbekannt. Es existierten freilich auch konservative naturrechtliche Doktrinen, denen die evidente Tendenz innerwohnte, im geltenden (positiven) Recht das Naturrecht, also das Recht an sich zu sehen. Die revolutionären Richtungen der naturrechtlichen Provenienz haben allerdings in ihrer Negierung des ungerechten „positiven“ Rechtsordnung nur ihr Naturrecht als wirkliches Recht anerkannt.
5. Der unsterbliche Verdienst des Naturrechts und aller naturrechtlichen Lehren beruht in der Tatsache, dass sie alle keine absolute Kluft zwischen der sog. rechtlich-kognitiven und der sog. rechtlich-volitiven Sphäre sahen, und dass sie daher die Grundsteine zur Rationalisierung der „schöpferischen“ rechtlichen Tätigkeit gelegt haben. Sicher muss man besonders jene naturrechtlichen Richtungen mit Anerkennung akzeptieren, die nur für die Idee des Rechts die Unabänderlichkeit und Absolutheit anerkennen und nur im positiven Recht erblicken.
6. Letzten Endes ist das Naturrecht nichts anderes als der objektive Rechtsgeist in seinen beiden Bestandteilen, d. h. als das allgemeine Rechtsbewusstsein des Volkes und die wissenschaftliche rechtliche Weltanschauung als ein Querschnitt der Meinungen der besten Kenner des Rechtlichen.

## § 34. Geschriebenes Recht und Gewohnheitsrecht

I. Nach dem griechischen Muster haben schon die byzantinischen Juristen das Recht in das geschriebene Recht (*ius scriptum*) und in das ungeschriebene Recht (*ius non scriptum*) unterschieden. Im Grunde genommen verstand man darunter den Unterschied zwischen den kaiserlichen Gesetzen und dem Gewohnheitsrecht, den einzigen Quellen des justinianischen Rechtes (Otakar Sommer).

Aus dem Gewohnheitsrecht entstand schrittweise das Gesetz. So war das Zwölftafelgesetz im Wesentlichen eine Redaktion des älteren Gewohnheitsrechts.

Die Kommentatoren haben auf der Grundlage der römischen Quellen die Theorie des Gewohnheitsrechts geschaffen und die Hauptmerkmale festgesetzt, nämlich den *usus longaevus* (*longa consuetudo*) und die Überzeugung von der Verbindlichkeit der eingehaltenen Norm (*opinio necessitatis sive iuris*).

Die ganze Rezeption des römischen Rechts ist vom Standpunkt des Gewohnheitsrechts begreiflich und auch das gemeine Recht (*usus modernus Pandectarum*) ist aus der Gewohnheit gewachsen.

Die historische Rechtsschule und besonders ihr prominenter Darsteller Puchta haben im Gewohnheitsrecht die originelle und entscheidende Rechtsform gesehen.

**II.** Gegen das geschriebene Recht kann man nicht das ungeschriebene Recht stellen, sondern gegen das ausdrücklich festgesetzte Recht steht das nicht ausdrücklich festgesetzte Recht (Somló, Chytil, Weyr). Wenn man dann *a fortiori* dieses Recht als Gewohnheitsrecht nennen will, kann man nichts dagegen einwenden; es geht allerdings um einen Begriff des Gewohnheitsrechts im weiteren Sinn.

Manche kontinentalen Rechtsordnungen gehen vom Gesetzesrecht aus und weisen oft auf das Gewohnheitsrecht oder bloße Usancen hin. Es geht allerdings keinesfalls um das Gewohnheitsrecht, sondern um ein sekundäres Gesetzesrecht, das nur von der Gnade des Gesetzes selbst lebt.

In der Rechtstheorie ist vor allem die Frage strittig, ob das Gesetz als der objektivierte Rechtsgeist das Gewohnheitsrecht derogieren kann und umgekehrt. Die gesetzliche Objektivation ist sicher eine festere Objektivation und das neue Gesetz derogiert das ältere Gewohnheitsrecht, und zwar genau nach dem Grundsatz *lex posterior derogat priori*, und zwar unter der Voraussetzung, dass das Gesetz befolgt wird. Aber auch umgekehrt gilt es, dass - unter derselben Voraussetzung - das ältere Gesetz, durch das sich schrittweise bildende Gewohnheitsrecht derogiert werden kann.

## § 35. Privatrecht und öffentliches Recht

**I.** Der berühmte und alte Dualismus des öffentlichen Rechts und des Privatrechts weist auf die bekannte Definition Ulpianus hin: „*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*“ (D 1. 1. 1, 2 – L I § 2 D. de iustitia et iure 1, 1 Ulpianus). Schon die römische Rechtswissenschaft unterschied den Inhalt der ganzen Rechtsordnung in zwei große Gebiete, in das öffentliche Recht und in das Privatrecht, und zwar nach dem Kriterium des Zwecks, während heute man vielmehr nach der Struktur unterscheidet, wobei das Privatrecht als Recht zwischen auf gleicher Ebene stehenden Subjekten und das öffentliche Recht als Recht zwischen der übergeordneten Stelle und den untergeordneten Subjekten betrachtet wird.

Seit der Zeit der alten Römer zieht sich diese Unterscheidung durch die Jahrhunderte bis zur heutigen Zeit. Man behauptete nur, dass das mittelalterliche germanische Recht diese Unterscheidung nicht kannte, es lässt sich aber nicht bestreiten, dass auch im Mittelalter die öffentliche Gewalt einerseits und die private Autonomie andererseits existierten, dadurch wurde auch die Grundlage für die Teilung der Lebensverhältnisse in die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen gegeben, und auch die rechtliche Systematik bei der Bearbeitung des mittelalterlichen Rechts kann nicht diese Unterscheidung des Rechts in das Privatrecht und in das öffentliche Recht entbehren (Moór).

**II.** Dieser Dualismus wurde schrittweise zu einem völligen Gegensatz zugespitzt. Dabei hat dieser Gegensatz verschiedene politische bzw. philosophische Färbung bekommen.

Für den Liberalismus ist das Privatrecht die eigentliche Grundlage des Rechts; im Privatrecht sieht man das Recht selbst. Das öffentliche Recht tritt vollkommen in den Hintergrund zurück, es geht nur um einen unbedeutenden Rahmen, der das Recht selbst, d. i. das Privatrecht umspannt. Das liberalistische Privatrecht ist ein geschlossenes rechtliches Ganzes, das vom Einzelnen ausgeht und charakteristische Merkmale, besonders scharf betontes subjektives Recht mit strenger Haftung des Schuldners zugunsten des Gläubigers und mit unbegrenztem Eigentum des einzelnen

über die Sache aufweist. In der Lehre vom Gesellschaftsvertrag drückt sich diese Vorrangordnung des Privatrechtes klar aus. Es geht um eine Vereinbarung der Einzelnen, ursprünglich gleichwertigen Subjekte. Das öffentliche Recht zergeht mindestens fiktiv im Privatrecht. Der Gedanke des besonderen getrennten Privatrechts beruht daher auf dem Gedanken des Gesellschaftsvertrags, nach dem die Parteien, die diesen Vertrag geschlossen haben, ihre eigene „private Sphäre“, in die sonst der Gesetzgeber mit seinen Normen nicht eindringen darf, höchstens nur mit dispositiven und ergänzenden Vorschriften, der Gemeinschaft unterordnen.

Hingegen sieht die Rangordnung des Privatrechts und des öffentlichen Rechts umgekehrt aus, wenn man vom überindividualistischen Standpunkt ausgeht.

Wie man sieht, kämpften in der Frage der Rangordnung des traditionellen Dualismus des Privatrechts und des öffentlichen Rechts verschiedene ideologische Gedankenströmungen um die Vorherrschaft.

**III.** Manche Schriftsteller haben diesen Dualismus überschätzt und im Privatrecht und im öffentlichen Recht zwei getrennte und unterschiedliche Rechtsordnungen gesehen. Das war sogar die überwiegende Meinung der herrschenden Rechtslehre. Die anderen wie z. B. Weyr und Kelsen, haben das mit aller Schärfe bestritten. Im Zusammenhang damit erblicken die einen in den Begriffen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts Rechtswesensbegriffe (oder reine Begriffe), die *a priori*, d. i. von der Rechts- erfahrung unabhängig gegeben sind, während die anderen in ihnen nur Rechtsinhaltsbegriffe, und zwar entweder Rechtsinhaltsbegriffe der Rechtsordnung (Weyr, Kelsen) oder systematische Rechtsinhaltsbegriffe (Sedláček) sehen.

Nach Radbruch (*Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., S. 220 f.) sind diese Begriffe nicht positiv-rechtliche Begriffe, die einer einzelnen positiven Rechtsordnung ebenso gut fehlen könnten, sondern sie gehen logisch jeder Rechtserfahrung voran und verlangen für jede Rechtserfahrung von vornherein Geltung. Sie sind nach ihm apriorische Rechtsbegriffe, nicht aber in dem Sinn, dass der Unterschied des privaten und öffentlichen Rechts von jener erkannt worden wäre, Radbruch führt das Beispiel des alten deutschen Rechts an, und meint, dass erst die Rezeption des römischen

Rechts ihn gebracht hat. Diese Radbruchsche Apriorität der Rechtsbegriffe des privaten und öffentlichen Rechts darf man nach ihm auch nicht in dem Sinne nehmen, dass jede Rechtsordnung sowohl Gebiete des öffentlichen wie Gebiete des privaten Rechtes aufweisen müsste, da z. B. der Sozialismus fast völliges Aufgehen des privaten Rechts im öffentlichen Recht bedeuten würde, und umgekehrt der Anarchismus eine rein private Rechtsordnung verlangt. Dieser Unterschied darf nach Radbruch selbstverständlich auch nicht in dem Sinne genommen werden, dass die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Recht überall gleich verlaufen müsste. Ähnlich auch nicht in dem Sinne, dass jedes Rechtsgebiet eindeutig dem privaten oder dem öffentlichen Rechte müsste zugesprochen werden können – im Arbeitsrecht, im Wirtschaftsrecht liegen privates und öffentliches Recht in unauflöslicher Gemengelage, vielmehr sind diese Begriffe nach Radbruch nur in dem Sinne apriorisch, dass im Bezug auf jeden einzelnen Rechtssatz sinnvoll die Frage gestellt und die Antwort verlangt werden kann, ob er dem privaten oder dem öffentlichen Rechte angehöre. Nicht nur im Rechtsbegriff, sondern schon in der Rechtsidee ist nach Radbruch die Unterscheidung des privaten und des öffentlichen Rechts angelegt. Wenn die Gerechtigkeit entweder ausgleichende oder austeilende Gerechtigkeit (d. h. entweder Gerechtigkeit zwischen Gleichgeordneten oder Gerechtigkeit im Verhältnis der Über- und Unterordnung) ist, so weist die Gerechtigkeit selber bereits auf ihre beiden Substrate hin, auf das private und auf das öffentliche Recht. Die Begriffe „privates“ und „öffentliches“ Recht sind also apriorisch; das Wert- und Rangverhältnis des öffentlichen und des privaten Rechts ist aber der geschichtlichen Wandlung, der weltanschaulichen Wertung unterworfen.

**IV.** Was die grundlegende und strittige Frage betrifft, ob die Begriffe des Privatrechts und des öffentlichen Rechts apriorisch in dem Sinne sind, dass jede Rechtsordnung, wenn sie nicht widersinnig und daher eine Non-Ordnung darstellen will, mit dieser Unterscheidung rechnen muss, also die Frage, ob es sich um Rechtswesensbegriffe handelt, ist nach meiner Meinung so zu entscheiden, dass es wirklich um Rechtswesensbegriffe geht.

Die Gründe für diese Behauptung sind folgende: Man kann sich nicht eine Rechtsordnung vorstellen, die aus allen Lebensverhältnissen sinnvoll die Autonomie der Privaten ausschließen und alles der öffentlichen Regelung unterordnen könnte. Es ist ein Ding der Unmöglichkeit z. B. die sexuellen Beziehungen öffentlich-rechtlich zu normieren und sie als „Staatsfunktionen“ zu betrachten. Die Frage der Zeugung und der Erhaltung der Gattung fordert unbestritten, dass diese Frage der privatrechtlichen Initiative und Regelung überlassen werden muss. Wenigstens gewisse Einzelheiten der zum Ideenkreis der Zeugung gehörenden Tätigkeiten muss man der privaten Autonomie überlassen. Das ist auch die Meinung, von der die Rechtsordnungen der sozialistischen Staaten ausgehen. Auch wenn sich die Lebensverhältnisse fortwährend ändern und einige Fragen aus der privatrechtlichen Regelung in die öffentlich-rechtliche übergehen, ist es notwendig zu sehen, dass gerade die biologischen Grundlagen des sozialen Lebens, d. h. die Fragen der Selbsterhaltung und der Fortpflanzung große Beständigkeit aufweisen und gerade diese Fragen von allen Rechtsordnungen als privatrechtliche normiert sind. Den privatrechtlichen Charakter oder wenigstens privatrechtliche Elemente stellt z. B. Moór (*Das Rechtssystem*, *Revue internationale de la théorie du Droit* XIII, 1939, S. 2 ff.) fest, auch soweit es um jede rechtlich geregelte menschliche Verbindung vom einfachen Vertrag bis zu mächtigsten Verbänden geht, weiters wenn es sich um Rechtsfähigkeit handelt oder um die Menschenrechte. Nach Stammler (*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., S. 282) betrifft das öffentliche Recht die Rechtseinrichtungen, die auf die Ermöglichung und die Aufrechterhaltung dieser Rechtsordnung abzielen - das bürgerliche Recht umfasst die Regelung der dieser Ordnung unterstellten Rechtsverhältnisse. Den Unterschied zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht muss man daher im Unterschied des Gegenstandes der Regelung betrachten, der entweder die staatliche Funktion oder die private Funktion sein kann. In solcher Weise schließt sich der lange historische Kreis und man kehrt zur genialen Definition von Ulpian („*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat ...*“) zurück.

Der entscheidende Grund für die Behauptung von der Apriorität der Begriffe des privaten Rechts und des öffentlichen Rechts ist also

die Tatsache, dass jede Rechtsordnung der Welt gewisse Gebiete der privaten Autonomie und Initiative überlassen muss. Ein gewisses, wenn auch noch so kleines Gebiet muss daher jede Rechtsordnung immer als ein privatrechtliches Gebiet begreifen und regeln. Dass aus Gründen der Zweckmäßigkeit diese oder jene Rechtsordnung dieses Gebiet erweitern kann und dass daher verschiedene Rechtsordnungen verschiedener Zeiten verschiedene Grenzen zwischen dem privaten Recht und dem öffentlichen Recht (mit Ausnahme jener Gebiete, die begrifflich notwendig der privatrechtlichen Initiative überlassen werden müssen), ist kein Argument für die Entscheidung, die Moór vertritt und die im Widerspruch mit seiner ganzen Auffassung des privaten und des öffentlichen Rechts steht, nämlich dass es sich nicht um einen absoluten, sondern einen relativen Gegensatz handelt und daher um eine geschichtliche und positiv-rechtliche Kategorie.

Der Gegensatz des Privatrechts und des öffentlichen Rechts ist daher ein absoluter; es geht um Rechtswesensbegriffe, um reine Rechtsbegriffe. Die Apriorität dieser Begriffe wird auch dadurch bekräftigt, dass der erste Bestandteil der realen Idee und der idealen Normidee des Rechts, nämlich die Gerechtigkeit, sich in die austeilende und in die ausgleichende Gerechtigkeit unterteilt. Die austeilende Gerechtigkeit drückt das Prinzip des öffentlichen Rechts aus, während die ausgleichende jene des privaten Rechts.

## **§ 36. Objektives und subjektives Recht; absolute und relative Rechte; Sachenrechte und Obligationsrechte**

I. Bei dem weiteren Dualismus vom objektiven und subjektiven Recht muss man die rein theoretische Erklärung und Klarstellung von seinem rechtsaxiologischen Kern, der erst in dem vierten, der Rechtsaxiologie gewidmeten Teil, erklärt werden wird, unterscheiden.

Rein rechtstheoretisch kann man folgendes sagen: das sog. objektive Recht ist nichts anderes als Recht überhaupt, also ein Inbegriff von Normen gewisser Qualität und diesbezüglichen Handlungen.

Das subjektive Recht ist wieder nichts anderes als die Möglichkeit der rechtlichen Disposition mit der Rechtspflicht des anderen auf der Grundlage des (objektiven) Rechts.

**II.** Was den Dualismus des absoluten und des relativen Rechts betrifft, wird in der traditionellen Rechtslehre behauptet, dass es um eine weitere Teilung der subjektiven Privatrechte in die absoluten und die relativen geht. Man argumentiert, dass die relativen Rechte gegen eine gewisse zur Leistung verpflichtete Person sich richten (das Obligationenrecht), während die absoluten Rechte (das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht) in der Herrschaft über die Sache oder über die Person beruhen und jedermanns Wirkung auf die Sache oder auf die Person ausschließen und daher gegen jedermann sich richten. Die unterschiedliche Stellung des berechtigten Subjekts wird bei den relativen Rechten als die Stellung des Berechtigten nach dem Obligationenrecht, bei den absoluten Rechten als die Stellung sachlich Berechtigter angesehen. Es wird weiter angeführt, dass die Stellung des sachlich Berechtigten stärker ist, weil er sein Recht gegen den Eingriff jedweder Person verteidigen kann, während der Obligationsberechtigte ausschließlich auf die Person angewiesen ist, die im diesbezüglichen Rechtsverhältnis verpflichtet ist.

Dieser Gegensatz des absoluten Rechtes und des relativen Rechtes wird auch manchmal mit dem Gegensatz der angeborenen und der erworbenen Rechte einerseits und mit dem metaphysisch aufgefassten subjektiven Recht anderseits vermischt.

Unter den angeborenen Rechten verstehen die naturrechtlichen Doktrinen verschiedenster Schattierungen jene Rechte, die dem Menschen als Menschen im Voraus gegeben sind und ohne Rücksicht auf die positive Rechtsordnung existieren. Das Gegenteil dieser Rechte sind dann die sog. erworbenen Rechte.

Beim immanent-rechtlichen Ausgangspunkt hat man allerdings nur jene Rechte, die in der Rechtsordnung ausgedrückt sind. Trotzdem aber vom tieferen rechtsphilosophischen Standpunkt ist die Idee der angeborenen Rechte oder der Naturrechte, die auch in der Form der Menschenrechte erscheinen, ungemein wertvoll und bedeutend und soll jedem Gesetzgeber und jedem Normschöpfer überhaupt als verbindliche Richtlinie dienen.

Wenn man zur Problematik des absoluten und des relativen Rechtes zurückkommt, erkennt man leicht, dass dieser Unterschied vom immanent-rechtlichen Standpunkt genau ausgedrückt werden kann. Beim absoluten Recht erscheint als Pflichtsubjekt eine Reihe näher nicht bestimmter Personen, während bei dem relativen Rechte nur bestimmte Personen als Pflichtsubjekte erscheinen.

**III.** Ein weiterer Dualismus ist jener des Sachenrechts und des Obligationenrechts. Nach der herrschenden Lehre bedeutet das Sachenrecht die unmittelbare rechtliche Herrschaft zu einer bestimmten Sache. Die Macht, die der Berechtigte über diese Sache hat, ist eine unmittelbare in dem Sinne, dass er sie gegen jeden ohne einen besonderen Rechtsgrund, der speziell nur den Verpflichteten betreffen würde, innehat. Demgegenüber argumentiert man, dass das Obligationenrecht (das Recht der Schuldverhältnisse) die vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen den Personen regelt, und deswegen hat es zu seinem Gegenstand die Sachen nur mittelbar; das Obligationenrecht hat zu seinem Gegenstand nur eine Verbindlichkeit einer gewissen Person zur Leistung, die dem Berechtigten gebührt, und zwar besteht diese Verbindlichkeit in einem besonderen Rechtsgrund. Die Hauptvertreter der herrschenden Lehre waren Windscheid und Dernburg.

Es wird auch angeführt, dass den Sachenrechten auch das gemeinsam ist, dass sie zu den absoluten Rechten gehören, das ist solchen, wo der Kreis der Verpflichteten nicht genau abgegrenzt ist.

Diese Unterscheidung der herrschenden Doktrin zwischen den Sachenrechten und den Obligationenrechten wurde von Weyr scharf kritisiert, der den Gegensatz des „Obligationenrechts“ und eines anderen, also offenbar eines nicht „obligierenden“ (d. i. überhaupt nicht verbindenden) Rechts als widersinnig bezeichnet, weil gerade zum logischen Wesen des gesamten Rechts, d. i. aller Rechtsnormen gehört, dass sie obligieren (verbinden, verpflichten). Und weiters: wenn man das Obligationsverhältnis als ein Verhältnis zweier oder mehrerer Rechtssubjekte und das sachenrechtliche Verhältnis als ein Verhältnis eines gewissen Rechtssubjekts zu einem gewissen Objekt begreift, dann vergleicht man zwei Beziehungen, die durch ihr logisches Wesen ganz unvergleichbar sind.

Sicher ist es, dass die Begriffe der Sachenrechte und der Obligationenrechte keine Rechtswesensbegriffe sind, sondern insofern ihr Inhalt durch die (positive) Rechtsordnung geregelt ist, geht es um Rechtsinhaltsbegriffe der Rechtsordnung, sonst um die systematischen Rechtsinhaltsbegriffe, d. i. solche, die die Rechtswissenschaft zur leichteren Bewältigung ihres Materials bildet.

Es ist zwar richtig, dass die Systematik der Sachenrechte und der Obligationenrechte nicht vom einheitlichen Standpunkt aus gebildet ist, da dieser Standpunkt bei den Sachenrechten jener der Rechtswirklichkeit ist, während der Standpunkt, von welchem das Obligationenrecht als eine Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber dem berechtigten Subjekt definiert ist, ein rein normologischer Standpunkt ist (Sedláček). Die Rechtsordnung selbst geht klar von dieser Unterscheidung aus und daher ist sie infolge der positiv-rechtlichen Regelung für uns einfach aufgegeben und wir müssen von ihr ausgehen.

**IV.** Durch alle diese Dualismen bemüht man sich, die Besonderheit des sog. rechtsverhältnisses auszudrücken. Das war wahrscheinlich auch der Grund, warum man gerade von einer „Theorie vom Rechtsverhältnis“ spricht (Legaz y Lacambra: *Rechtsphilosophie*, S. 649 ff.).

Das Rechtsverhältnis ist eine Bindung zwischen Rechtssubjekten, die aus einer bestimmten Tatsache entsteht, die durch die Rechtsnormen als Bedingung für Entstehung von Pflichten und Rechten statuiert ist, deren Gegenstand gewisse, regelmäßig (aber nicht ausnahmslos) durch die Anwendung des organisierten Zwangs garantierte Leistungen sind (Legaz).

Das Rechtsverhältnis ist nur zwischen Personen als Rechtssubjekten möglich, nicht aber zwischen einer Person und einer „Sache“ oder einem „Gegenstand“, denn das Verhältnis verlangt Gleichheit, und diese kann es nur zwischen Wesen mit grundsätzlich derselben Menschenwürde geben, nicht aber zwischen einem Wesen, das die Würde der Person hat, und einem anderen Etwas, das nur einen Nutzen für die Person hat. Schon Stammler (*Rechtsphilosophie*, S. 243) stellt fest: *„Rechtsverhältnisse finden nur unter Menschen statt, die als Rechtssubjekte anerkannt sind. Dagegen*

nicht im Verhältnis von Menschen zu Sachen. Denn das Rechtsverhältnis ist ein bestimmter Teil eines Willensinhaltes, und als solcher kann letzten Endes nur einem Menschen zukommen.“

## § 37. Materielles und formelles Recht; zwingendes und dispositives Recht

**I.** In der herrschenden Lehre findet man auch den Dualismus des materiellen und des formellen (prozessualen) Rechts.

Gegen diesen Dualismus hat besonders die normative Theorie (Weyr) verschiedene Einwände vorgebracht. Sie hat diesem Dualismus vorgeworfen, dass der Begriff des materiellen Rechts vom teleologischen Standpunkt gegeben ist und dass man darunter das Interesse, das Gut oder die Macht, die als ein gewisses Mittel dient, versteht.

Die positiven Rechtsordnungen gehen aber von diesem Dualismus aus. Das materielle Recht ist einfach ein Inbegriff jener Rechtsnormen, die die inhaltlichen Bedingungen feststellen; als Muster eines solchen materiellen Rechts kann man besonders das ABGB anführen, obzwar es auch manche prozessualen Bestimmungen enthält. Das formelle (prozessuale) Recht ist ein Inbegriff der Normen, die den Vorgang (Prozess), durch welchen das subjektive Recht dieser oder jener Prägung geltend gemacht wird, festsetzen, z. B. die Zivilprozessordnung.

**II.** In der Rechtswissenschaft begegnet man auch dem Dualismus des kogenten (zwingenden) und des dispositiven Rechts, der manchmal in einen absoluten Gegensatz zugespitzt wird. Jene einzelnen Bestimmungen der Gesetze, die durch den Willen des niedriger stehenden „Normschöpfers“ nicht verändert werden können, sind als kogentes Recht (*ius cogens*) genannt, während die Bestimmungen, die durch den Willen des niedrigeren „Normschöpfers“ verändert werden können, als dispositives Recht (*ius dispositivum*) bezeichnet werden.

Gegen diese Terminologie kann man sicher keine Einwendungen vorbringen. Anders ist es aber mit dem Bestreben, diesen Gegensatz zu verabsolutieren, wie es oft die traditionelle Rechtslehre tut. In Wahrheit geht es um nichts anderes als um die Feststellung des Delegationsrahmens

der übergeordneten Norm, um eine Feststellung, dass dieser Rahmen nicht durch den Willen des niedrigeren Normschöpfers transzendiert werden kann.

# Fünfter Teil:

## Rechtsaxiologie

### § 38. Zum Begriff der Rechtsaxiologie und zu ihren Aufgaben

I. Unter dem Begriff und Terminus „philosophische Axiologie“ („allgemeine Wertlehre“), die im 20. Jahrhundert zu einer Hauptdisziplin der Philosophie geworden ist (Windelband – Heimsoeth), versteht man die Erforschung des Wertcharakters nach Seinscharakter, Schichtung, Sinngefüge und Inhaltsbestand. Im Hintergrund aller solcher Erwägungen steht immer das Verhältnis des Individuums (des konkreten Menschen) zur Gesellschaft und besonders zum Staat.

Solche Fragen standen im Zentrum des philosophischen und rechtsphilosophischen Interesses von alters her. Auch das achtzehnte und das neunzehnte Jahrhundert widmeten sich gründlich dieser Problematik, wie das wirken beweist z. B. von Jeremy Bentham (1748–1832), Ludwig Feuerbach (1804–1872), Karl Eugen Dühring (1833–1921), Eduard von Hartmann (1842–1906), aber auch von Max Stirner (1806–1856) mit seinem absoluten Solipsismus, Egoismus und Selbstsucht, und von dem großen Künstler und unendlich große Verantwortung tragenden Philosophen Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844–1900) mit seinem Willen zur Macht, mit seinem Dictum *Nichts ist wahr – Alles ist erlaubt*, mit seiner „Umwertung aller Werte“, mit seinem „Übermensch“, mit seiner „Herrenmoral“.

II. Als Begründer der Theorie der Werte gilt Rudolph Hermann Lotze (1817–1881) mit seiner Lehre, dass die Wirklichkeit des Wertes von allen gedanklichen Gesetzen und von allen faktischen Einrichtungen in der Welt unabhängig ist (*Grundzüge der Logik und Enzyklopädie der Philosophie*, S. 91).

Im 20. Jahrhundert spielte die Axiologie im echten philosophischen Denken die Hauptrolle – trotz naturalistischer und „streng wissenschaftlicher“

Tendenzen mancher Quasiphilosophen und Quasirechtsphilosophen. Die Neukantische Schule der heidelbergschen (südwestdeutschen) Richtung (Wilhelm Windelband, Paul Rickert, Emil Lask), die Phänomenologie (Edmund Husserls) und früher schon Wilhelm Dilthey (1833–1911), besonders aber Max Scheler (1874–1928) und Nicolai Hartmann (1882–1950), wenn man nur einige der bedeutendsten Namen nennt, widmeten sich diese den Versuchen der Lösung dieser Problematik.

**III.** Der Termin „Wert“ ist allerdings schwer überlastet – nicht nur wenn man an die Philosophie denkt, sondern auch von Seiten der Ökonomie. Meiner Ansicht nach ist es daher angebracht, zur gründlichen Reduktion dieses überlasteten Termins zu kommen.

Die Begriffe „Wert“ und „Werten“ sind typische teleologische Begriffe. Der Wert ist einfach das, was dem Zweck, dem Postulat entspricht; es geht auch um den Grad, um die Quantität dieses „Entsprechens“. Der Wert ist die Quantität der Qualität.

Dann aber bedeutet der Begriff des Wertes etwas anderes als das, worum es sich in der philosophischen Axiologie handelt. Im Bereich der Philosophie und Rechtsphilosophie und konkret im Bereich der Axiologie und Rechtsaxiologie werden wir daher nicht mit Werten arbeiten, sondern mit Ideen, bzw. Normideen. Den Termin „Rechtsaxiologie“ benutzen wir aber weiter, und zwar aus dem Grund, dass man keinen besseren Termin für diesen Teil der Rechtsphilosophie hat.

**IV.** Die Rechtsaxiologie ist jener Teil der Rechtsphilosophie, der folgende Aufgaben zu lösen hat:

1. Die Analyse der realen Idee des Rechts und der idealen Normidee des Rechts, dieser Quintessenz des rechtlichen Gedankens überhaupt, dieser dialektischen Synthese von Gerechtigkeit, Freiheit des konkreten Menschen, Sicherheit und Zweckmäßigkeit.
2. Die Untersuchung der Grundfrage des Sinnes und Zweckes des Rechts.
3. Die Darlegung und Begründung der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung.

## § 39. Die reale Idee des Rechts und die ideale Normidee des Rechts

**I.** Wir wissen schon, dass alles Positive zu seiner Idee tendiert, bzw. zu tendieren versucht, und zwar notwendigerweise, weil die Idee die unbedingte, nicht wegzudenkende, innere Bedingung alles Positiven ist. Die Voraussetzung des Positivwerdens ist das Tendieren zum relativ „Absoluten“, d. h. zur realen Idee, und letztlich zum Absoluten an sich, d. h. zur idealen Normidee.

Das (positive) Recht (einschließlich seines bedeutendsten Bestandteiles, nämlich der Rechtsordnung selbst) tendiert daher zu seiner Idee, und zwar zur realen Idee des Rechts, diesem nur relativ „Absoluten“, und letztlich zur idealen Normidee des Rechts, diesem Absoluten an sich.

**II.** Das ist der Grund dafür, dass wir zwischen der Idee des Rechts und der Normidee des Rechts unterscheiden müssen.

Die Idee des Rechts gehört in die reale Welt, und zwar in den objektiven Rechtsgeist, und bildet die Spitze der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung, dieses stufenförmigen, offenen Systems einzelner rechtlich relevanten Ideen (dieses zweiten Bestandteiles des objektiven Rechtsgeistes). Die Idee des Rechts stellt den ewig sich wiederholenden Versuch dar, dass im Unendlichen liegende Ziel, nämlich die Normidee des Rechts, zu erreichen, die schon in die ideale Welt gehört. Diese Normidee des Rechts ist ein Glied des Reiches der Normideen – zusammen mit der Idee der Sittlichkeit (zu welcher jede Moral und die reale Idee der Moral tendieren), mit den Normideen der Wahrheit und Richtigkeit (die für alle Wissenschaften bestimmend sind) und der Normidee des Schönen (zu welcher wieder alle Kunst tendiert).

Alle diese Normideen bilden in ihrer dialektischen Synthese die höchste Normidee überhaupt – die Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit).

Alle realen Ideen (besonders die Idee des Rechts und die Idee der Moral) sind daher die jetzt von uns gebildeten Vorstellungen von korrespondierenden Normideen, die das im Unendlichen liegende Ideal sind. Alle diese

Vorstellungen sind real und sind besonders durch die soziologischen, bzw. rechtssoziologischen Methoden und Techniken feststellbar, und daher erkennbar.

**III.** Die Normideen, also auch die Normidee des Rechts, als solche, können *a priori* „erschaut“, erkannt werden – allerdings niemals absolut – und zwar als etwas Primäres, als etwas, was hinter den Phänomenen, z. B. hinter dem geltenden Recht, hinter dem objektivierten, objektiven und personalen Rechtsgeist, hinter der realen Idee des Rechts steht. Dem ist nicht zum Hindernis, dass diese apriorische Erkenntnis *a posteriori* hervergerufen und verursacht ist (Hartmann).

Es ist gerade die Philosophie, und zwar die Ethik, was die Moral betrifft, und die Rechtsphilosophie, was das Recht und besonders den objektiven Rechtsgeist mit der realen Idee des Rechts an der Spitze betrifft, welche daran arbeiten, im Menschen das „*organ du cœur*“ für diese Normideen, besonders für die Normidee der Sittlichkeit und für die Normidee des Rechts zu erwecken.

Die Seinsart der Normideen ist eine solche Art des „Seins“, „wodurch“ alles, was an ihr teilnimmt (z. B. das geltende Recht und die reale Idee des Rechts), ein solches ist, wie es ist. Die Normideen sind durch ihre Art des „Seins“ die platonischen Ideen. Sie bilden – wenn man in der Parallele zur platonischen Lehre fortsetzen will – jenes andere Reich des „Seins“ (im weitesten Sinne), zuerst von Platon entdeckt, welches man zwar geistig „erschauen“ kann, aber man kann es weder sehen noch ergreifen. Die Normideen sind das, was die Phänomenologie „Wesenheiten“ nennt, allerdings in einer weiteren Reduktion auf jene kleine Zahl der Normideen, nämlich auf die Normidee der Wahrheit und Richtigkeit, auf die Normidee der Sittlichkeit, auf die Normidee des Rechts und auf die Normidee des Schönen, die als Bestandteile die höchste Normidee des Guten bilden.

Die Normideen stammen daher nicht von Dingen und auch nicht von realen Verhältnissen oder vom Subjekt ab. Die Normideen sind keine „formalen“ Gebilde, sondern sind Inhalte, „Materien“, Strukturen. Sie sind dem innerlichen „Schauen“ zugänglich und es ist gerade Platons Motiv des „Schauens“, welches hier gut zur Geltung kommt.

Der Mensch hat ein spezifisches Gefühl für Normideen und dieses Gefühl meldet dem Subjekt, dass die Normideen sind. Die Apriorität des Wissens des Menschen von den Normideen ist daher – wenigstens anfangs – keine intellektuelle, reflexive Apriorität, sondern eine emotionelle, intuitive (Hartmann). Erst durch die weitere Tätigkeit der Vernunft „intellektualisiert“ sie sich.

Die Normideen sind einfach Prinzipien von allem, was ist. Sie sind daher auch die Bedingung der Möglichkeit des moralischen und rechtlichen Gewissens. Das, was Gewissen genannt wird, ist im Grunde das primäre Bewusstsein von Normideen, ein Bewusstsein, welches der Mensch im Gefühl für sie besitzt (Hartmann). Die sogenannte „Stimme des Gewissens“ ist die Grundform des primären Bewusstseins von Normideen, ist die Art, wie sich das Gefühl für Normideen im Menschen geltend macht. Das Gewissen ist der Verkünder der Normidee der Sittlichkeit und der Normidee des Rechts im realen Bewusstsein, ist der Eingriff dieser Normideen in die Wirklichkeit des menschlichen Lebens. Das Gewissen ist die Grundform des Gefühls für die Normideen.

Die Normideen selbst haben „ein Ansichsein“; sie sind vom Bewusstsein unabhängig. Das Bewusstsein kann sie erfassen, allerdings niemals in ihrer Fülle und Absolutheit, kann sie aber nicht schaffen. Die Normideen sind „Gegenstände“ des möglichen Schauens.

Im Bereich des Rechts und der Moral haben „reales Ansichsein“ nur die rechtliche und die moralische Realität. Die Normideen selbst haben kein reales Sein. Als Sollen können sie allerdings die Realität mitbestimmen, sie können in verschiedener Abstufung „realisiert“ werden, ihre spezifische Seinsart bleibt aber trotzdem „nur“ ideal. Die eigene Art des Seins von Normideen ist eine Art des idealen Seins an sich. Es geht um ein Reich mit eigenen Strukturen, mit eigenen Gesetzen. Nur der apriorische noetische Modus ist der idealen Sphäre des Seins adäquat. Bei den Normideen handelt es sich um ein „ideales Ansichsein“. Die Normideen bedeuten im Verhältnis zur realen Welt nur das Sollen, sie bedeuten aber keinen realen Zwang. Die Normideen treten als Pflicht, als Sollen auf.

Man muss allerdings, und zwar gewissermaßen auch Nicolai Hartmann gegenüber, folgendes anführen: Es ist sicher angebracht, ja notwendig,

von dem primären Gefühl für die Normideen auszugehen. Das ist aber nur der erste Schritt. Erst danach beginnt die ungemein schwierige Arbeit der Vernunft, an deren Ende eine gewisse Annäherung an die Normideen erscheinen wird, wobei es allerdings – wenn das Leben des Menschen überhaupt einen Sinn haben soll – notwendig ist, die Normidee der konkreten Menschlichkeit mit ihren Bestandteilen (mit der Normidee der Wahrheit und Richtigkeit, mit der Normidee der Sittlichkeit, mit der Normidee des Rechts und mit der Normidee des Schönen) für absolut, apriorisch zu betrachten, auch wenn wir zu ihnen *a posteriori* kommen.

Jener, der nach dem Inhalt der Normidee des Rechts oder der Normidee der Sittlichkeit forscht, findet dabei noch ein weiteres sehr bedeutendes Faktum in der realen Welt. Es geht um einzelne Bereiche des geistigen Seins, und zwar um den objektiven Rechtsgeist, bzw. objektiven moralischen Geist. Dabei muss allerdings dieser Forscher sehr behutsam vorgehen, da nicht alles, was dem objektiven Geist entspricht, richtig ist. Man wird dieser Gefahr entgegentreten müssen, die im objektiven Geist schon immanent enthalten ist.

**IV.** Sicher nicht zur Freude der Rechtspositivisten und besonders der Gesetzespositivisten arbeiten wir also neben dem Begriff des Rechts, bzw. der Rechtsordnung, nicht nur mit der realen Idee des Rechts, sondern auch noch mit der idealen Normidee des Rechts, die der Welt der Idealität angehört.

Die bisherigen Versuche, die zwischen dem Recht und der Idee des Rechts unterscheiden, haben nicht oder wenigstens nicht mit genügender Klarheit zwischen der objektiv feststellbaren realen Idee des Rechts als einer Gesamtvorstellung im Durchschnitt von der idealen Normidee des Rechts, und dieser Normidee des Rechts selbst unterschieden.

Was den Inhalt der realen Idee des Rechts – und auch der nie für den Menschen absolut feststellbaren Inhalt der idealen Normidee des Rechts – betrifft, ist es interessant zu beobachten, in was allem der Inhalt dieser Idee (Normidee) des Rechts gesehen wurde.

Henkel stellt auch die Frage: Wie sind die Widersprüchlichkeiten zwischen den drei Tendenzen der Rechtsidee aufzufassen? Er glaubt, dass die Auffassung von Gustav Radbruch, dass diese drei Bestandteile

der Rechtsidee in einem wesensmäßigen und unaufhebbaren Gegensatz zueinanderstehen, korrigiert werden muss. Zusammenfassend stellt Henkel fest, dass, wenn wir das Verhältnis von Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit auf uns wirken lassen, so ergibt sich, dass die Vorstellung von Antinomien – jedenfalls im begrifflichen Sinne der unauf löslichen Widersprüche der sich ausschließenden, unaufhebbaren Gegensätze – auf die Art und Mannigfaltigkeit der zwischen den drei Prinzipien bestehenden Beziehungen nicht zutrifft. Er weiß auch, dass Radbruch im Verlauf seiner Bemühungen um das Problem den Gedanken eines antinomischen Verhältnisses weitgehend „entschärft“ hat, was auch Arthur Kaufmann ausdrücklich hervorhebt.

Henkel selbst ist der Meinung, dass diesen drei Bestandteilen der Rechtsidee die Kennzeichnung als Polarität der Rechtsidee durchaus gerecht wird. Die Rechtsidee tritt in mehrfachen Anforderungen und Wirkungen auseinander, welche Spannungen, Widersprüche und Gegensätze aufweisen, Spannungen sogar noch in den einzelnen Wirkungsrichtungen selbst, beispielsweise in den verschiedenen Tendenzen der Individualisierung und der Generalisierung bei der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit sowie in den unterschiedlichen Momenten des Rechtssicherheitsgedankens. Aber diese verschiedenen Wirkungsmomente lösen sich nicht voneinander, sondern suchen und fordern einander als Ergänzung und Ausgleich. Ihr Verhältnis ist nur an einigen Punkten ein den Ausschluss des anderen verlangendes, im ganzen aber selbst im Konfliktfall ein solches des Zugeständnisses an das gegensätzliche Prinzip sowie der gegenseitigen Begrenzung des Wirkungsbereiches. In ihrer Vielseitigkeit und möglichen Widersprüchlichkeit – stellt weiter Henkel fest – lassen sie also dennoch die umfassende Einheit der Rechtsidee unzerstört. Es handelt sich bei ihrem Zusammentreffen in einer rechtlichen Regelungsaufgabe in erster Linie darum, nach den Erfordernissen des jeweiligen Sachproblems die verschiedenen Regelungstendenzen gegeneinander abzugrenzen und abzuwägen, sie nach Möglichkeit zu harmonisieren und jedenfalls in das angemessene Verhältnis zueinander zu bringen. Diese richtige Gewichtsverteilung zu finden, gehört zur nicht mehr regelgebundenen und nicht regulierbaren Kunst der Gesetzgebung

und Rechtsanwendung. Die Akzente zwischen den verschiedenen Tendenzen werden nach richtiger Meinung von Henkel dabei weitgehend durch die sachlichen Bedingungen und Bedürfnisse der Regelungsmaterie und Regelungsmethode gesetzt, aber auch durch einen Zweck, welcher die in den Anforderungen der Rechtsidee beschlossenen Zwecksetzungen überschreitet und umfasst den Zweck der Wahrung des Gemeinwohls.

Unserer Meinung nach kann man in gewisser Anlehnung an Radbruch und Weiterführung seiner Gedanken durch Henkel die Auffassung vertreten, dass die Rechtsidee eine komplex dialektische Einheit nicht von drei, sondern geradezu von vier Grundgedanken darstellt, und zwar der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen, der Rechtssicherheit und der Zweckmäßigkeit und dass man mit Polarität der Rechtssätze zu tun hat. Diesen vier „Bestandteilen“ werden die folgenden vier Paragraphen gewidmet.

## **§ 40. Gerechtigkeit (und Billigkeit)**

I. Der Begriff der Gerechtigkeit wird immer irgendwie mit dem Begriff des Rechts verbunden. Über die Frage aber, was Gerechtigkeit ist, herrscht eine unglaubliche Meinungsverschiedenheit.

Von der Vogelperspektive aus kann man zuerst zwei große Gruppen von Meinungen unterscheiden:

1. Gerechtigkeit ist Gesetzmäßigkeit (Legalität, Rechtmäßigkeit) d. i. Übereinstimmung der niederen Rechtsnorm (z. B. des Urteils) mit der höheren Rechtsnorm (z. B. des Gesetzes).
2. Unter Gerechtigkeit versteht man etwas „Höheres“, als bloße Gesetzmäßigkeit, als bloße Übereinstimmung mit der höheren Rechtsnorm, welche selbst erst an diesem „Höheren“ gewertet werden soll. Ein fast unendlicher Streit begleitet aber die Bestimmung des Inhaltes dieses „Höheren“. Grundsätzlich kann man hier wieder unterscheiden:
  - a) Der Inhalt der Gerechtigkeit ist mit dem Sollen überhaupt identisch. Gerechtigkeit ist einfach das, was sein soll, oder anders ausgedrückt, was richtig ist. Dann gilt diese Gleichung: Gerechtigkeit = Sollen = Richtigkeit.

- b) Unter Gerechtigkeit versteht man zwar etwas, was sein soll, was richtig ist, wobei aber der Termin (und der Begriff) der Gerechtigkeit etwas Konkretes, etwas Begrenzteres, etwas näher Bestimmtes bedeutet. Die Idee der Gerechtigkeit ist also nicht mit der Idee des Sollens, mit der Idee des Richtigen überhaupt identisch. Die Gerechtigkeit ist zwar ein Sollen, aber kein Sollen überhaupt, kein Sollen an sich, kein allgemeines Sollen, sondern ein bestimmtes Sollen, eine Art von Sollen, Sollen eines bestimmten Inhaltes.

**II.** Die Auffassung, dass die Gerechtigkeit nichts anderes ist als die Gesetzmäßigkeit, vertreten alle folgerichtigen Rechtspositivisten.

Es handelt sich offenbar um eine bloße Relation. Gerechtigkeit ist eine positive Relation zu einer positiven oder vorausgesetzten Norm. Mit solchem relativen Begriff der Gerechtigkeit hat schon Hobbes gearbeitet, wenn er feststellte (*De cive*, c. 6, § 13, c. 14, § 10; *Leviathan*, c. 22): „*No law can be unjust.*“ John Austin sagte (*Jurisprudence I*, S. 276), dass „*just or unjust, justice or injustice, are terms of relative and varying import. Whenever it is uttered with a determinate meaning, it is uttered with relation to a determinate law which the speaker assumes as a standard of comparison ... By the epithet just, we mean that the given object, to which we apply the epithet, accords with a given law, to which we refer it as to attest ... By the epithet unjust, we mean that the given object conforms not to the given law ... And since such is the relative nature of justice or injustice, one and the same act may be just and unjust as tried by different measures.*“

Richtig hat schon William Ebenstein (*Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre*, S. 91) erkannt, dass diese Auflösung des absoluten Wertes der Gerechtigkeit in einen relativen Funktionsbegriff in allen wesentlichen Momenten auch in Lockes Lehre von den Beziehungen zu finden ist. Locke (*An Essay concerning Human Understanding*, 1690, Aufl. 1869, S. 280, 283, 286) unterscheidet *divine law, civil law and the law of opinion or reputation*. Mit diesen Ordnungen ist ein Vergleich möglich. „*The notion of relation is the same, whether the rule of any action is compared to,*

*be true or false ... For, if I measure anything by a yard, I know whether the thing I measure be longer or shorter than that supposed yard, though, perhaps, the yard I measure by be not exactly the standard; which indeed is another inquiry.“*

**III.** Es ist klar, dass auch die Vertreter der Schule der Reinen Rechtslehre, besonders ihre Begründer Hans Kelsen und František Weyr, das Problem der Gerechtigkeit auf der Grundlage ihrer relativistischen und positivistischen Auffassung in dem Sinne lösen, dass man unter der Gerechtigkeit nichts anderes versteht als die bloße Übereinstimmung mit einer höheren, vorausgesetzten Norm.

Kelsen selbst musste dieses Problem in einer ganzen Reihe seiner Arbeiten irgendwie in diesem Sinne lösen. Auch in seinem großen Werk *General Theory of Law and State* (S. XVI, 5–14) eliminiert er die Problematik der Gerechtigkeit an sich als eine unwissenschaftliche Problematik aus dem Rahmen der Betrachtungen der Reinen Rechtslehre. *„A pure theory of law – a science – cannot answer this question because this question cannot be answered scientifically at all.“*

Auf die Frage, was real bedeutet, wenn man sagt, dass eine soziale Ordnung gerecht ist, antwortet Kelsen, dass das bedeute, dass diese Ordnung das Verhalten der Menschen auf eine allen entsprechende Art regelt, d. i., dass alle Menschen in ihr Glück finden. *„The longing for justice is men’s eternal longing for happiness.“* Und er sagt weiter: *„It is happiness that man cannot find as an isolated individual and hence seeks in society.“* *„Justice is a social happiness.“*

Mit diesem Kokettieren Kelsens, dass die Gerechtigkeit letzten Endes das soziale Glück bedeutet, kann man nicht einverstanden sein. Kelsen hat überhaupt kein Verständnis dafür, was zwar in einer nicht gerade gesunden Einschärfung, trotzdem aber sehr klar und überzeugend Max Scheler ausgedrückt hat: *„Das neue Prinzip, das den Menschen zum Menschen macht, steht außerhalb alles dessen, was wir Leben im weitesten Sinne nennen können. Das, was den Menschen zum Menschen macht, ist ein allem Leben überhaupt entgegengesetztes Prinzip“* (*Die Stellung des Menschen im Kosmos*, 1928). Oder was anders August Messer ausdrückt, wenn er sagt (*Psychologie*, 5. Aufl.), dass der Mensch, *„der ewige Protestant gegen alle bloße Wirklichkeit ist, der Asket des Lebens, der Neinsagenkönner.“*

Die Gerechtigkeit ist – und das übersieht Kelsen – eben ein Ausdruck dessen, was im Menschen wirklich menschlich ist, was den Menschen erst zum Menschen macht.

Es ist allerdings richtig, wenn Kelsen sagt, dass, wenn wir die absolut gerechte Ordnung erkennen könnten, dann wäre das positive Recht überflüssig, ja sinnlos; er übersieht aber, dass weder in den Naturwissenschaften noch in den exakten Wissenschaften wir zur absoluten Erkenntnis gelangen können (wenn wir uns nicht in bloßen Tautologien bewegen – und das ist wieder keine Erkenntnis im wahren Sinne des Wortes). Er weiß auch nicht, dass es um keinen absoluten Unterschied zwischen seinen Gedankengebilden, seiner „kognitiven“ und jenen der „volitiven“ Sphäre geht.

Kelsen gelangt daher zu einer bequemen Feststellung, dass die Gerechtigkeit ein irrationales Ideal ist. Vom Standpunkt rationaler Erkenntnis soll es sich nur um Interessen und um ihre Konflikte handeln. Diese Konflikte können nur durch eine Ordnung gelöst werden, und zwar entweder ein Interesse wird zum Schaden des anderen Interesses befriedigt oder wir bemühen uns, einen Kompromiss zwischen den Interessen zu erreichen. Dass nur die eine Ordnung „gerecht“ wird, kann man nach Kelsen keinesfalls im Wege der rationalen Kognition erreichen. *„Such cognition can grasp only a positive order evidenced by objectively determinable acts.“* Solche Ordnung ist das positive Recht und nur dieses kann nach Kelsen Gegenstand der Wissenschaft sein.

Nur ein Urteil kann – stellt Kelsen fest – die Theorie bilden, und zwar auf der Grundlage der Erfahrung: nur die Rechtsordnung, welche nicht die Interessen des einen zum Schaden des anderen befriedigt, sondern welche ein Kompromiss zwischen den entgegengesetzten Interessen bringt *„as to minimize the possible frictions“* hat Hoffnung auf eine relativ dauernde Existenz. *„Only such an order will be in position to secure social peace to its subjects on a relatively permanent basis. And although the ideal of justice in its original sense as developed here is something quite different from the ideal of peace, there exists a definite tendency to identify the two ideals, or at least to substitute the ideal of peace for that of justice.“*

Diese „Änderung“ in der Auffassung des Begriffs der Gerechtigkeit geht Hand in Hand – wie Kelsen feststellt – mit der Tendenz das Problem der Gerechtigkeit aus dem unsicheren Reich des subjektiven Werturteils herauszuziehen und es auf den sicheren Boden der gegebenen sozialen Ordnung zu stellen. Die „Gerechtigkeit“ in diesem Sinne bedeutet dann die Gesetzlichkeit (*legality*). Die Gerechtigkeit bedeutet *„the maintenance of a positive order by conscientious application of it“*. Das ist Gerechtigkeit *„under the law“*. Nur in diesem Sinne der Legalität kann nach Kelsen der Begriff der Gerechtigkeit in die Rechtswissenschaft eintreten. *„Statements asserting values of law are objective, statements asserting values of justice are subjective judgements of value.“* Das bedeutet: Urteile, mit welchen wir feststellen, dass ein gewisses Benehmen der Norm der positiven Rechtsordnung entspricht oder nicht, sind objektive Werturteile; Urteile, mit welchen wir feststellen, z. B., ob eine gewisse gegebene Rechtsordnung gerecht ist, sind subjektive Werturteile; zwischen diesen zwei Arten der Urteile existiert nach Kelsen eine unüberbrückbare Kluft.

Und Kelsen setzt fort: *„It is impossible to determine the norm of justice in a unique way. It is ultimately an expression of the interest of the individual who pronounces the social institution to be just or unjust.“* *„The values of justice do not, it is true, consist in a relation to an interest but in a relation to a norm. This norm, however, is not, as the judging person believes, objective, but dependent upon a subjective interest of his. There are, therefore, not one standard of justice only, but many different and mutually inconsistent standards of this kind.“*

Kelsen schließt seine Untersuchung über die Gerechtigkeit in folgender Weise: *„Juristic value judgements are judgements that can be tested objectively by the help of facts. Therefore, they are admissible within a science of law. Judgements of justice cannot be tested objectively. Therefore, a science of law has no room for them.“*

Mit dem grundlegenden Ausgangspunkt von Kelsen und auch mit Kelsens Schlussfolgerungen kann man keinesfalls einverstanden sein. Im Hintergrund aller Betrachtungen bei Kelsen steht seine tragische Grundauffassung von der absoluten Zäsur zwischen der kognitiven und der volitiven Sphäre. Gerechtigkeit im eigentlichen Sinne fällt – nach

Kelsen – in die volitive Sphäre und deswegen hat sie mit der Wissenschaft nichts zu tun. Kelsen übersieht ganz, dass der Unterschied zwischen dem Gedankengebilden dieser beiden Sphären nur relativ ist. Denn nicht einmal bei Kelsens objektiven juristischen Werturteilen, wenn wir nur die Legalität feststellen, ist die Situation so einfach, wie Kelsen meint. Auch hier handelt es sich um keine bloße Subsumption, sondern auch hier, bei der Interpretation und Applikation gibt es für die „freie“ Bewertung des diesbezüglichen Organs regelmäßig ein ziemlich breites Feld der Tätigkeit, und daher würde es sich um etwas handeln, das man nach Kelsen nicht mehr objektiv bewältigen kann.

Bei der Untersuchung der Idee der Gerechtigkeit bemühen wir uns herauszufinden, was man unter diesem Begriff rationell verstehen kann, um zu zeigen, dass es sich um einen Bestandteil der Normidee des Rechts, einer Emanation der Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit) handelt. Die Normideen sind sicher keine Realitäten, keine Entitäten, keine Substanzen, sondern sie sind die absolut notwendigen Voraussetzungen für das Wertvollste, was die Menschheit und Menschlichkeit und den ganzen Sinn unser Existenz bildet.

Seinen „positivistischen“ Standpunkt zur Idee der Gerechtigkeit vertritt Kelsen auch später. So z. B. wenn er feststellt (*Was ist Gerechtigkeit*, 1953, S. 40; *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 355 ff.): „Das Urteil, mit dem etwas für gerecht erklärt wird“, kann niemals „mit dem Anspruch auftreten, die Möglichkeit eines gegenteiligen Werturteils auszuschließen“; es ist immer möglich „auch das gegenteilige Verhalten für gerecht zu halten“.

Denselben Standpunkt vertritt entschieden auch der Mitbegründer der Schule der Reinen Rechtslehre František Weyr, besonders in seinem berühmten Buch *Teorie práva (Theorie des Rechts)* und auch auf dem Dritten Kongress des *Institut de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, der im Jahre 1937 in Rom stattfand. Mit seiner sprichwörtlichen Klarheit hat er hier gesagt: „Le Congrès a somme toute disputé du problème du droit naturel, d'une justice absolue. Selon ma conviction, l'idée (la notion) d'une justice absolue est irrationnelle, c'est-à-dire qu'elle ne peut être l'Object d'une connaissance scientifique, mais seulement celui d'un jugement subjectif de valeur, c'est-à-dire d'une conviction religieuse, morale ou politique. Est juste, seulement

*ce qui correspond à une norme – une hypothèse – préconçue. Ceci peut être soit une action humaine, soit une norme même, jugé comme juste ou injuste du point de vue d'une autre norme présupposée, c'est-à-dire indémontrable. De même, on ne peut trouver ni démontrer un but absolu (absolument juste) du droit. On ne peut parler d'un but du droit (de la norme juridique) que du point de vue de celle-ci (du législateur). Il est clair que toute norme aura ou à un but de cet ordre“ („Annuaire de l'Institut du Droit et de Sociologie Juridique, Tome III, 1937-1938, Travaux de la troisième session, 1938, S. 164).*

Am häufigsten war es die Gerechtigkeit, mit der die Idee (Normidee) des Rechts identifiziert wurde. So sagte schon Accursius' Glosse 9 zu l. 1 pr. D 1, 1: „*Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius*“. Man kann z. B. auch auf Rudolf Stammler hinweisen.

Gustav Radbruch, obzwar er letzten Endes „eine antinomische Trias“ einander ergänzender und widersprechender Leitgedanken: „Gerechtigkeit“, „Rechtssicherheit“, „Zweckmäßigkeit“ als Rechtsidee erkannte (*Rechtsphilosophie*, S. 119) sagte, dass die Idee des Rechts nun keine andere sein kann als die Gerechtigkeit. Grundsätzlich derselben Meinung, nämlich dass es um eine zwar nicht antinomische, sondern in Polarität stehende Trias geht, ist auch Heinrich Henkel (*Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., S. 390 f.).

**III.** Den entgegengesetzten Standpunkt, nämlich dass neben der Gerechtigkeit im Sinne der Gesetzmäßigkeit auch eine „höhere“, „wahre“ Gerechtigkeit, eine Gerechtigkeit über dem Gesetz gegeben ist, vertreten manche Philosophen und Rechtsphilosophen. Jetzt interessieren uns diejenigen, die den Inhalt der Gerechtigkeit einfach mit dem Sollen, mit der Richtigkeit an sich, identifizieren.

Hierher gehört schon der bekannte Gesetzgeber Solon (Ende des 7. und Anfang des 6. Jahrhunderts v. Chr.) mit seinem grundlegenden Begriff „Eunomie“, in deren Gestalt sich der Gedanke der Gerechtigkeit ankündigt. Besonders aber Pythagoras (ungefähr 580–500 v. Chr.) gehört in diese Reihe mit seiner Lehre, dass das Bild der Welt auf dem Begriff der Zahl aufgebaut ist, wobei man die Zahlen ontisch auffasst, und die Harmonie als die Weltordnung selbst, als das Gute an sich, durch Zahlen ausgedrückt wird und die Weltharmonie nichts anderes ist als die Weltgerechtigkeit.

Die Gerechtigkeit ist Vergeltung, nach der Jeder so viel übel erleiden soll, wieviel er verursacht hat. Pythagoras lehrt, die „*Gerechtigkeit bestehe in dem gleichmal Gleichen oder in der Quadratzahl, weil sie Gleiches mit Gleichem vergilt.*“ Die Vier als die erste Quadratzahl oder die Neuen als erste, ungerade Quadratzahl wurden „Gerechtigkeit“ bezeichnet.

Bei Herakleitos aus Ephesos, der „der Dunkle“ genannt wurde (536–447 v. Chr.), fließt der Begriff der Gerechtigkeit mit der kosmischen Intelligenz, mit dem Logos zusammen. Dieser Logos ist nichts anderes als göttliche Vernunft selbst, ist ewig und alles geschieht nach ihm. Das Wesen des Logos ist der ewige Streit; auch das Wesen der Gerechtigkeit ist nichts anderes als dieser Streit, der bekannte dialektische Dreitakt – Thesis, Antithesis und Synthesis. Diesem Gesetz der Gerechtigkeit unterliegt der ganze Kosmos, alles Lebendige und alles Unlebendige. „*Was sich dieser Macht widersetzt, büßt dafür grausam (schwer). Weder die Sonne darf ihr gesteckte Bahn überschreiten, denn sie würde nicht den Zorn der Erinnyen entziehen, welche Wächter der Gerechtigkeit sind*“ (Heraklit: Fr. 1, 63, 64, 67, 80, zit. nach Diels – Kranz: *Die Fragmente der Vorsokratiker I*, 5. Aufl., 1934).

Sokrates begreift die Gerechtigkeit rein intellektualistisch; die Gerechtigkeit ist Weisheit und Wissen; nur der kann gerecht werden, wer die Gerechtigkeit kennt. Gerecht ist eine Handlung, die den geschriebenen oder nicht geschriebenen Gesetzen entspricht. Gerechtigkeit ist dann im ersten Fall positiv, im zweiten Fall natürlich (Xenophon: *Apomn. III*, 9, 5; *IV*, 2, 20; Platon: *Menon*, 88 a).

Die Idee der Gerechtigkeit ist bei Platon (427–347 v. Chr.) zwar aus der Idee des Guten abgeleitet, bildet aber die Rechtsidee selbst und deckt sich mit der universellen göttlichen Rechtsordnung (*Nomoi IV*, 715, 904 f.). Von allen Tugenden stellt Platon gerade die Gerechtigkeit an höchste Stelle, welche die Tugend an sich, Tugend katexochen darstellt. Die Idee der Gerechtigkeit ist ewig, unabänderlich; sie ist die Vollkommenheit selbst. Die Idee des Rechts, d. i. die Idee der Gerechtigkeit, findet Platon in seiner Schrift *Politeia* in dem bedingungslosen Sollen, in der Grundnorm. Wenn ich – sagt Platon – von einer Rechtsnorm feststelle, dass sie rechtliche Norm ist, dann stelle ich den Begriff des Rechts fest. Wenn ich dann Rechnung über die prädikative Bedeutung dieses rechtlichen Seins

ablegen soll, dann kann ich das nicht analytisch aus der Rechtsnorm durchführen (*circulus vitiosus*), sondern nur synthetisch durch die Feststellung der vorpositiven Norm und schließlich durch die Feststellung der Rechtsidee. Hier ist der stufenförmige Aufbau der Rechtsordnung *in nuce* schon enthalten, allerdings mit der „Transzendenz“ der Positivität und mit dem Rekurs zur Idee des Rechts. Platon identifiziert hier die Idee der Gerechtigkeit mit der Vollkommenheit an sich, mit dem Sollen an sich.

Aber auch Aristoteles, der doch als wichtigster Darsteller der engeren Auffassung der Gerechtigkeit betrachtet wird, kennt neben seinem engeren, dem „wahren“ Begriff der Gerechtigkeit einen weiteren Begriff der Gerechtigkeit, der gleichbedeutend mit der Sittlichkeit überhaupt ist (*Nikomachische Ethik*, 1130 b, 5).

Thomas von Aquino (*Summa Theologica* II 1, 95, 2) behauptet, dass das gerecht sei, was nach einer Regel der Vernunft richtig ist, wobei die erste Regel der Vernunft das natürliche Rechtsgesetz ist: „*In rebus ... humanis dicitur esse aliquod iustum ex eo, quod est rectum secundum regulam rationis: rationis autem prima regula est lex naturae.*“ Hier – sonst ist Thomas von Aquino der Darsteller des engeren Begriffs der Gerechtigkeit – identifiziert er also die Gerechtigkeit mit der Richtigkeit, mit dem Sollen an sich.

Dazu muss man noch eines hinzufügen: Bei jeder wissenschaftlichen Arbeit gilt als grundlegende methodologische Regel, dass man von der Gesamterfahrung ausgehen soll, d. h. aus der wissenschaftlichen Erfahrung einschließlich der philosophischen Erfahrung einerseits und aus der Erfahrung des praktischen Lebens andererseits. Wenn man jetzt untersucht, was das praktische Leben, was die „gewöhnlichen“ Menschen von der Gerechtigkeit durchschnittlich denken, so kommt man zu der interessanten Feststellung, dass die Mehrheit unter Gerechtigkeit die Richtigkeit, das Sollen überhaupt denkt. Auch das muss man daher in Erwägung ziehen.

Hierher gehört meiner Meinung nach auch John Rawls, der die Gerechtigkeit als *Fairness* begriff (Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979, S. 19 ff., 28 ff.).

**IV.** Unter Gerechtigkeit kann man schließlich etwas verstehen, was zwar richtig ist, was sein soll, wobei aber der Inhalt dieses Etwas näher, enger, begrenzter bestimmt ist. Gerechtigkeit ist Sollen eines bestimmten Inhalts.

Hierher gehört vor allem Aristoteles mit seinem engeren (und eigentlichen) Begriff der Gerechtigkeit. Wie allgemein bekannt ist, befasste er sich mit der Gerechtigkeit in seiner „Nikomachischen Ethik“ (Buch V, Kap. 7). Seine „wahre“ Gerechtigkeit besteht darin, dass jedem zuteilwerde, was ihm zukommt. Aristoteles unterscheidet hier die austeilende und die ausgleichende Gerechtigkeit. Bei der austeilenden Gerechtigkeit handelt es sich um verhältnismäßige Gleichheit in der Behandlung der Person. Die Austeilung soll nach Verdienst, Würde, Vermögen vor sich gehen; so z. B. die Besteuerung nach Tragfähigkeit, die Bestrafung nach Schuld. Sie sagt, dass das Gleiche gleich, das Ungleiche ungleich behandelt werden soll. Sie bezieht sich auf die Verhältnisse der Über- und Unterordnung; sie fordert mindestens drei Personen. Die eine übergeordnete Person als Repräsentant eines Ganzen, steht mindestens zweien einander gleichberechtigten Personen gegenüber, welchen sie Vorteile gewährt oder Lasten auferlegt. Die austeilende Gerechtigkeit betrifft die Austeilung von Vorteilen und Lasten, besonders in dem öffentlich-rechtlichen Verhältnissen. Man sagt, dass die austeilende Gerechtigkeit die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts ist. Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des Privatrechts; sie fordert mindestens zwei gleichgeordnete (gleichberechtigte) Personen, z. B. im Bereiche des Obligationenrechts beim Schadensausgleich, oder im Bereiche des Vertragsrechts beim Kaufvertrag, Darlehen, Depositum usw. Es handelt sich hier um die Erreichung der absoluten Gleichheit zwischen Schaden und Ersatz, Arbeit und Lohn usw.

Man kann die Auffassung der Gerechtigkeit von Aristoteles als die herrschende und die richtige bezeichnen. Sie erscheint in vielen Variationen auch in der stoischen Philosophie, bei Aurelius Augustinus, Thomas von Aquino, Hugo Grotius, Alexander Graf zu Dohna, Gustav Radbruch, Hans Ryffel, Heinrich Henkel und vielen anderen.

Das Wesenhafte an der Gerechtigkeit ist von vornherein die Idee der Gleichheit: gleiches Recht und gleiche Pflicht mit anderen, sowohl dem

einzelnen gegenüber als auch dem Ganzen der betreffenden Gemeinschaft gegenüber – aus dem Verständnis der gemeinsamen Situation heraus, dass Gleichheit die Grundbedingung gemeinsamen Lebens überhaupt ist (Hartmann: *Ethik*, 2. Aufl., S. 381 ff.).

Die egologische Rechtslehre hat gezeigt (*Panorama der egologischen Rechtslehre*, in: A. Kaufmann: Die ontologische Begründung des Rechts, 1965), dass die wahre Gerechtigkeit darin besteht, Gleichstellungen von Freiheit zu schaffen, die als jeweilige Ausgangssituation, fortlaufend erneut werden müssen. Der Grund der Existenz der Gerechtigkeit ist die Freiheit, denn in ihr liegt zutiefst das Dasein des Menschen.

Die logischen Elemente der Gerechtigkeit sind die Gleichheit, die Proportionalität und die Alterität, da das Recht immer Alterität, immer eine gewisse Proportionalität und eine gewisse Gleichheit ist (Legaz: *Rechtsphilosophie*, S. 323) sein muss.

Wie wir schon wissen, definiert Ulpian (Dig. I, 1, 10) und zwar im Anschluss an Cicero (*De finibus bonorum et malorum* V 23, 25–26), die Gerechtigkeit folgendermaßen: „*Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*“ Nur jene Schriftsteller, die die Vorgegebenheiten der Menschenwürde und der Menschenrechte für jede positive Rechtsordnung leugnen, bezeichnen das „*suum cuique tribuendi*“ als bloße Lehrformel. Sie übersehen dabei vollkommen, dass die Formel auf das natürliche Rechtsgesetz, auf die Menschenwürde und Menschenrechte verweist und so den notwendigen konkreten Inhalt erhält. Hier ist es interessant zu beobachten, dass die Gerechtigkeit – gerade aus diesem Grunde – letzten Endes doch einen Begriff der Relation darstellt. Keinesfalls aber handelt es sich um eine Relation zum positiven Recht.

**IV.** Was die Billigkeit (*aequitas* der Römer) betrifft, ist es wieder Aristoteles, der dieses Problem mit aller Gründlichkeit in seiner *Nikomachischen Ethik* behandelt (V 14, 1137 a 31, VI 11, 1143). Er geht von den notwendigen Unvollkommenheiten jedes positiven Rechts aus und in der Billigkeit sieht er die Macht, die diese Unvollkommenheiten zu überwinden und gegenüber dem formalen Recht die wirkliche, materielle, der Natur der Sache des konkreten Falles entsprechende Gerechtigkeit darstellt. Die Gerechtigkeit berichtigt gewissermaßen das Gesetz, wo es wegen seiner abstrakten Natur

versagt. Es ist die Aufgabe der Vernunft, das Oberste und das Unterste, die Norm in ihrer Allgemeinheit und den konkreten Fall in seiner Besonderheit in einer dialektischen Synthese zu sehen. So erscheint schon bei Aristoteles die Billigkeit als Gerechtigkeit des konkreten Falles.

Unter diesem Aristotelischen Gedanken stand Cicero und eine ganze Reihe der römischen Juristen. *Aequitas* steht einerseits im Gegensatz zum strikten formalen Recht, andererseits ist aber *aequitas* ein höheres Prinzip der Gerechtigkeit.

Kant selbst (*M. S. Rechtslehre*, Anhang I, S. 35 f.) hatte zwar von der Billigkeit in ihrer Beziehung zum Recht nicht gerade die beste Meinung. Kant betont, dass die Billigkeit sich nicht mit der Gerechtigkeit deckt und dass der Gedanke eines Gerichtshofes der Billigkeit einen inneren Widerspruch enthält. Schließlich, aber auch Kant fühlt den richtigen Kern des ganzen Verhältnisses der Gerechtigkeit und des Rechts, wenn er feststellt, dass der Gedanke der Gerechtigkeit eine feinere Struktur besitzt als das geschriebene Recht, denn bis zu einem gewissen Grad tritt in ihr der Gedanke der Billigkeit ein.

Einen streng negativen Standpunkt zur Billigkeit vertrat Hegel. Nach Hegel (*Rechtsphilosophie*, § 223) enthält die Billigkeit „*einen dem formalen Rechte aus moralischen oder anderen Rücksichten geschehenden Abbruch.*“ Ein Gerichtshof der Billigkeit soll nach Hegel die Bedeutung besitzen, „*dass er über den einzelnen Fall, ohne sich an die Formalitäten des Rechtsgangs und insbesondere an die objektiven Beweismittel, wie sie gesetzlich gefasst werden können, zu halten, so wie nach dem eigenen Interesse des einzelnen Falles als dieses, nicht im Interesse einer allgemein zu machenden gesetzlichen Disposition, entscheiden.*“

Lasson (*Rechtsphilosophie*, S. 238 ff.) ist sich zwar der Gefahr bewusst, die in der Billigkeit enthalten ist, sieht aber klar, dass „*ohne die Mäßigung des Rechts durch die Billigkeit nichts Menschliches gedeihen kann, und die Billigkeit selbst wieder die äußerste Gefahr in sich schließt.*“

Julius Binder (*Rechtsphilosophie*, S. 396 ff., 407 ff.) behandelt diese Frage sehr gründlich und stellt fest, dass der Gegensatz zwischen Gerechtigkeit und Billigkeit notwendig ist, keinesfalls aber kontradiktorisch, sondern dialektisch. Das eine schließt das andere schon in sich; es gibt kein Recht,

das nicht den Gedanken der Billigkeit in sich trage, es gibt keine Billigkeit, die nicht auf den des Rechts zurückweise. „*Man mag Recht und Billigkeit einander als Thesis und Antithesis gegenüberstellen: so ist die Geschichte des Rechts der dialektische Prozess, der die Gegensätze in einer höheren Einheit aufhebt, in der Idee des billigen Rechts. Dieses dialektisches Wesen des Rechts aber und das darin begründete Verhältnis von Gerechtigkeit und Billigkeit ist nur denkbar von unserer Auffassung vom Wesen der letzteren und des Rechts als der durch die Idee des Rechts bedingten empirischen Gegebenheiten.*“

Auch Radbruch ist durch die Auffassung von Aristoteles stark beeinflusst. Er stellt fest, dass schon Aristoteles die Lösung angedeutet hatte, dass Gerechtigkeit und Billigkeit nicht verschiedene Werte, sondern verschiedene Wege sind, zu dem einheitlichen Rechtswert zu gelangen. Die Gerechtigkeit sieht den Einzelfall unter dem Gesichtspunkte der allgemeinen Norm, die Billigkeit auch im Einzelfall sein eigenes Gesetz, das sich schließlich aber gleichfalls zu einem allgemeinen Gesetz erheben lassen muss – denn die Billigkeit ist gleichwie die Gerechtigkeit letzten Endes generalisierender Natur.

Bei der Lösung der Problematik der Billigkeit ist es angebracht, die spezifisch rechtsphilosophische Frage nach dem Wesen der Billigkeit und weiter nach dem Verhältnis der Billigkeit und der Gerechtigkeit, von der Frage, die schon mehr positiv-rechtlich eingefärbt ist, nämlich von der Frage des Verhältnisses des positiven Rechts zu der Billigkeit zu unterscheiden. Was die erste und eigentliche Frage betrifft, so muss man mit Aristoteles, E. Maggiore, Radbruch und weiteren einverstanden sein, dass man die Gerechtigkeit nicht in einen Gegensatz stellen kann, sondern dass die Billigkeit Gerechtigkeit des konkreten Einzelfalles ist. Die Gerechtigkeit ist einer der Bestandteile der realen Idee des Rechts sowie der idealen Normidee des Rechts. Die Normidee des Rechts ist wieder einer der Bestandteile der höchsten Normidee überhaupt, d. h. der Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit). Schon daraus geht also klar hervor, dass die Billigkeit in den Begriff der Gerechtigkeit selbst gehört, dass ein unbilliges Recht in seinem Wesen eine *contradictio in adiecto* ist.

Was schließlich das Verhältnis der Billigkeit und des positiven Rechts betrifft, so ist es möglich, dass das positive Recht selbst auf die Billigkeit

hinweist oder nicht. Wenn die positive Rechtsordnung auf die Billigkeit ausdrücklich verweist, dann sind alle Regeln der Billigkeit schon dadurch ein Inhalt des positiven Rechts selbst. Diese Rechtsordnung setzt sich dann nicht nur aus den ausdrücklichen positiven Rechtsregeln zusammen, sondern ihr Inhalt ist reicher: die Rechtsordnung enthält infolge dieses Verweises die Regeln der Billigkeit; in sich, die allerdings mit den ausdrücklichen positiven Rechtsbestimmungen in ein harmonisches Ganzes, in eine Einheit harmonisieren müssen.

Es ist daher klar, dass die Billigkeit keinen Gegensatz zum Recht bedeuten kann und noch weniger einen Gegensatz zur Gerechtigkeit und zur Idee bzw. Normidee des Rechts, weil es sonst in einem solchen Fall zu einer unheilbaren Disharmonie der Rechtsordnung kommen würde, die einfach undenkbar ist, da es sich um eine Ordnung handelt. Der Verweis auf die Billigkeit bedeutet einfach eine sorgfältige Rücksicht auf die Bedürfnisse des Einzelfalles, eine scharfe Betonung der Notwendigkeit, Rücksicht auf alle Besonderheiten des konkreten Falles zu nehmen.

Aber auch dann, wenn in der positiven Rechtsordnung kein ausdrücklicher Verweis auf die Billigkeit enthalten ist, gelangt die Billigkeit über die Idee der Gerechtigkeit als eines Bestandteiles der Idee und Normidee des Rechts zu ihrer vollen Geltung, und dies wie bei der Interpretation, bzw. der Applikation, so auch bei der „Normenschöpfung“.

## **§ 41. Freiheit des konkreten Menschen**

**I.** Die Idee der Freiheit des konkreten Menschen bildet den zweiten Bestandteil der realen Idee des Rechts, bzw. der idealen Normidee des Rechts.

Die Ideen der Freiheit und der Gleichheit, des Kerns der Gerechtigkeit, bilden immer ein Thema, welches nicht nur vom theoretischen Standpunkt sehr interessant ist und in der Geschichte des philosophischen, rechts- und moralphilosophischen Denkens immer aufs Neue diskutiert wird, sondern sie gerade heute, in einer Epoche, in der es um alles geht, eine entscheidende Bedeutung für jeden konkreten Menschen und daher für die ganze Gesellschaft hat. Wir wissen, dass die Idee der Freiheit

der grundlegendste Begriff in der transzendentalen Philosophie Kants ist. Neben den zwei Grundsteinen der ganzen Kantischen Philosophie, d. h. neben dem „Ding an sich“ und der „Spontaneität der Vernunft“ bildet die Idee der Freiheit den dritten Grundstein der kritischen Philosophie. Die Lehre vom Primat der praktischen Vernunft bedeutet, dass die Welt der theoretischen Vernunft, die Welt der Empirie, in welcher die kausale Notwendigkeit herrscht, folgerichtig als eine auf der Freiheit begründete und durch die Freiheit geforderte betrachtet werden muss. Durch den Gedanken der Freiheit, deren objektive Realität in dem moralischen Gesetz „gleichsam durch ein Faktum“ sich manifestiert, ist die Sphäre „an sich“ charakterisiert. Das Recht ist letzten Endes bei Kant in dem Gedanken der transzendentalen Freiheit verankert. Das Recht muss man nach Kant von der allgemeinen vernünftigen Bestimmung des Menschen, welche gerade diese Bestimmung zur Freiheit ist, begreifen. Das Recht hat die Aufgabe, die Bedingungen zu bestimmen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür der Anderen nach dem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann und durch die Erzwingung dieser Bedingungen die Freiheit der Persönlichkeit sichergestellt wird. Kant deduziert das Recht mit Hilfe des ethischen Imperativs aus dem Grundgesetz der Freiheit. Die Idee der Freiheit, der politischen und rechtlichen Freiheit spielt eine große Rolle auch bei Fichte, Schelling und Franz von Zeiller. Bei Zeiller erscheint das „Urrecht“ überhaupt als das Recht der gesetzlichen Freiheit und beides deduziert er aus dem Grundsatz der „gleichen Gerechtigkeit“.

Während bei Kant die Idee der Freiheit im Vordergrund steht, ist bei Fries die der Gleichheit entscheidend. Das Grundgesetz der Rechtslehre nach Fries (*System der Philosophie*, § 431) lautet: „Behandle die Menschen in keiner Person dem Gesetze der Gleichheit der persönlichen Würde zuwider.“ Das Gesetz der Gleichheit der Person kann im Gegensatz zur Wechselwirkung der Kräfte, die in der Natur gelten, nur für vernünftige Wechselwirkung durch die Freiheit appliziert werden. In dem Konflikt der freien Tätigkeit der vernünftigen Wesen ist jedermann verpflichtet, den anderen als ihm gleichen zu behandeln.

**II.** In der Bestimmung, was die Freiheit überhaupt ist, erscheinen zwei Auffassungen. Nach der einen bedeutet die Freiheit, von etwas losgemacht

zu sein, nach der anderen Meinung bedeutet die Freiheit, zur Erfüllung der Pflichten frei zu sein. Im Grunde genommen besteht allerdings zwischen diesen zwei Auffassungen kein kontradiktorischer Gegensatz, weil das erste Erfordernis, d. h. frei von etwas zu sein, die Grundbedingung für die zweite Auffassung, nämlich frei zu sein zur Pflicht, bedeutet.

Es ist nicht richtig, den Begriff der Freiheit – ebenso wie den Begriff der Gleichheit – auf einzelne selbständige Begriffe, z. B. auf die Begriffe der politischen, ökonomischen, moralischen, juristischen usw. Freiheit oder Gleichheit zu zerlegen, da man auf solche Weise keinesfalls zu dem vollen Begriff der Freiheit, bzw. der Gleichheit kommt. Im Gegenteil ist es notwendig, alle diese Einzelaspekte (den politischen, ökonomischen, juristischen, moralischen Begriff der Freiheit, bzw. der Gleichheit) komplex-dialektisch in einen einzigen, umfassenden Begriff der Freiheit, sowie in einen einzigen, umfassenden Begriff der Gleichheit einzuarbeiten. Erst dann, mit diesen komplex-dialektischen Begriffen der Freiheit und der Gleichheit kann man arbeiten und besonders auch diese beiden komplex-dialektischen Begriffe vergleichen.

**III.** Die Idee der Freiheit des konkreten Menschen bestimmt letztlich die Bedingungen, unter welchen die Willkür des Einen mit der Willkür des anderen nach dem allgemeinen Gesetz vereinbar ist. Der eine Mensch darf dem anderen niemals bloß ein Mittel, sondern muss immer ein Zweck sein. Hierbei tritt wieder der kantsche Gedanke in den Vordergrund, welcher in einer Formulierung des kategorischen Imperativs lautet: „*Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die Du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde*“ (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in: Cassirer (Hrsg.): I. Kants Werke III.). Gerade diese Idee der Freiheit des konkreten Menschen ist es, was die Idee des Rechts mit der Idee der Moral am stärksten verbindet.

## § 42. Rechtssicherheit

**I.** Der dritte Bestandteil der realen Idee des Rechts, bzw. der idealen Normidee des Rechts ist die Rechtssicherheit. Mit Recht führt Heinrich Henkel an, dass die Rechtssicherheit als allgemeine Grundlage einen

anthropologischen Aspekt hat, nämlich das Bedürfnis des konkreten Menschen nach Sicherheit, um sein Leben führen, planen und gestalten zu können (*Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., S. 436 ff.).

Den Kern der Idee der Rechtssicherheit bildet die zunehmend wahrzunehmende Tatsache und zugleich die Überzeugung der großen Mehrheit von Menschen in allen Ländern der Welt, dass das Recht jedem Menschen – wenn er sich in den Grenzen der Rechtsordnung bewegt – ein ruhiges und menschenwürdiges Leben garantieren kann und soll. Kurz gesagt: Wenn man ins Bett schlafen geht, soll man ruhig sein, dass man am Morgen wieder als freier Mensch erwache.

Auf dem Weltkongress für die Rechtsphilosophie und die Rechtssoziologie, der in Rom im Jahr 1937 stattfand, hat diesen Kern der Idee der Rechtssicherheit Joseph Delos (*Travaux de la troisième session*, 1938, S. 41) klar formuliert: *„En son sens le plus général, la sécurité est la garantie donnée à l'individu que sa personne, ses biens et ses droits ne seront pas l'objet d'attaques violentes ou que, si celles-ci viennent à se produire, protection et réparation lui seront assurées par la société.“* Im weiten Begriff der Rechtssicherheit sind enthalten (Henkel): die Ordnungssicherheit (Orientierungssicherheit, d. h. leichte Erkennbarkeit der betreffenden Rechtsvorschriften, mit der Voraussehbarkeit, wie vom berufenen Organ entschieden sein wird, Bestimmtheit des Rechts, d. h. Klarheit, Einfachheit, Übersichtlichkeit der Rechtsordnung, gemäßigte und weise Benützung von Generalklauseln), die gleiche und folgerichtige Realisierungssicherheit (Effektivität der Rechtsordnung), die Friedenssicherung innerhalb der Gesellschaft und die relative Stabilität des Rechts.

**II.** Die Idee der Rechtssicherheit ist ein Gedanke der Ordnung und des Friedens. Man kann zwar sagen, dass eine ungerechte Ordnung besser ist als das Chaos. Richtig ist aber diese Feststellung doch nicht. Denn erstens ist der Weg aus einer ungerechten und unfreien Ordnung zu einer gerechten und freien Ordnung praktisch und grundsätzlich nur über das Chaos möglich. Zweitens führt das bekannte Dictum von Zacharias von der bevorzugten Stellung der Idee der Sicherheit, deren innerste Begründung im *„ne conturbaretur ordo“* besteht, schließlich zu dauerndem Sklaventum, zur Petrifizierung einer ungerechten und unfreien Ordnung.

Trotzdem aber steckt im Gedanken der Ordnung und des Friedens ein gesunder Kern, weil das Recht die Ordnung und die Negation des Chaos ist. Das Recht tendiert also zur Gerechtigkeit und zur Freiheit, gleichzeitig aber muss ihm eine ordnende Funktion zukommen. Das ist der Grund, warum die Idee der Sicherheit Bestandteil der realen Idee des Rechts und der idealen Normidee des Rechts ist.

## § 43. Zweckmäßigkeit

**I.** Man muss zwischen der Zweckmäßigkeit und der Zwecktätigkeit unterscheiden. Die Zweckmäßigkeit ist noch keine Teleologie; die Zwecktätigkeit und die Teleologie sind Synonyma. Nur der Mensch kann zwecktätig sein; die Kategorie der Teleologie oder der Zwecktätigkeit gehört als eine der zwei bedeutendsten Kategorien der obersten Schicht des stufenförmigen Aufbaues der realen Welt dem gleichen Sein an, und zwar erfordert sie das Bewusstsein, das nur der konkrete Mensch innehat. Zweckmäßig kann aber eine Institution, ein Gebilde und auch eine Rechtsordnung sein. Die Rechtsordnung soll gerade zweckmäßig sein. Die Zweckmäßigkeit (nicht die Zwecktätigkeit als solche) ist einer von den vier Bestandteilen der Idee und der Normidee des Rechts.

**II.** Die Idee der Zweckmäßigkeit drückt aus, dass das Recht kein „Gehirnphänomen“, sondern ein reales Gebilde ist und die praktische, richtige und rasche Lösung der Fragen und Aufgaben ermöglichen soll, die aus dem Zusammenleben der Menschen in einer konkreten Gemeinschaft entstehen.

Diese Aufgaben sind real und praktisch; sie müssen daher zweckmäßig gelöst werden. Zweckmäßigkeit als Zweck-Gemäßheit des Rechts erfordert, dass das Recht den vorgegebenen und aufgegebenen Zwecken entspricht (Henkel).

Zweckmäßigkeit des Rechts erfordert die Herstellung eines angemessenen Zweck-Mittel-Verhältnisses durch das Recht und im Recht. Hier erscheint daher das Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Es mag in einem gegebenen Fall realiter gut sein, zur Erfüllung eines gesetzten Zweckes ein unverhältnismäßiges Mittel einzusetzen. Man muss aber daran denken,

dass das einzusetzende Mittel immer dem Erfordernis der Angemessenheit entsprechen muss, und daher nur verhältnismäßige Mittel zugelassen und deren Übermaß verboten sein müssen.

## § 44. Die rechtliche Weltanschauung

I. Die allgemeine Weltanschauung ist ein synthetischer Gesamtblick auf den Menschen und auf die Welt, sie ist ein System von Ideen, die mindestens im Keim lebendig sind und als Faktor unermesslicher Kraft das Leben aller beeinflussen und mitbestimmen. Die Weltanschauung als der zweite Bestandteil des objektiven Geistes ist auf den Ergebnissen der kritischen Ontologie sowie auf denen der einzelnen Wissenschaften aufgebaut und enthält die Lebensansicht, welche die Lösung der praktischen Aufgaben ermöglicht. Die Weltanschauung bedeutet einen Abschluss der wissenschaftlichen Erkenntnis und dient gleichzeitig dem praktischen Bedürfnis zum Zweck der Orientierung des Menschen und seiner Stellung in der Welt. Der große amerikanische Richter Benjamin Nathan Cardozo hat einmal geschrieben (*The Growth of the Law*, S. 133), dass „das Wichtigste an einem Menschen seine Weltanschauung ist.“ „Die Weltanschauung ist die eigentliche Anschauungsform, in der die Welt dem Bewusstsein erscheint“ (Hartmann).

Die Weltanschauung ist niemals ein Produkt des vereinzelt Denkens eines Einzelnen (Hartmann). Sie ist ein geschichtlich verwirklichtes gemeinsames Gut des Geistes. Wenn eine Epoche große Entdeckungen aufweist, welche in entscheidender Weise in die Produktion eingreifen, dann kommt es zu großen Wandlungen, die über die Technik in andere Gebiete eingreifen und auf die soziale Lebensform, auf einzelne Ansichten, Wertungen und auf die Weltanschauung selbst wirken. In der Weltanschauung ist etwas mehr enthalten als in dem allgemeinen Bewusstsein des Volkes der betreffenden Gemeinschaft, welches den ersten Bestandteil des objektiven Geistes bildet. In der Weltanschauung erscheint in scharfer Form die Tendenz zu den realen Ideen und schließlich zu den Normideen, die dem Reich der Idealität angehören. In dieser Richtung ist also die Weltanschauung fortschrittlicher als die herrschenden Ansichten, als das allgemeine Bewusstsein. Auch die Weltanschauung ist ein stufenförmiger Aufbau,

allerdings nicht einzelner Seinsschichten, sondern einzelner Ideen. Hier gelten nicht die Gesetze der Stärke und der Freiheit. Ideen sind Mächte des Geistes, der seine eigene Disziplin und Kritik, d. h. die Philosophie hat. Darum ist die Philosophie berufen, „*das Heutige und Aktuelle mitzuumfassen und mitzuarbeiten an dem, was nottut*“ (Hartmann).

An der Spitze der allgemeinen Weltanschauung steht die Idee der Humanität, der konkreten Menschlichkeit. Die Idee der konkreten Menschlichkeit bedeutet und bezeichnet den grundlegendsten Gedanken, dass das Höchste in dieser Welt der konkrete Mensch ist. Allerdings nicht nur Ich, sondern auch Du und Er. Darum ist die Antwort von Sir George Birdword auf die Frage des Sir George Knollys so unwahrscheinlich schlecht. Auf die Frage, was Sir Birdword tun würde, wenn er sich in einem brennenden Hause befände mit einem lebenden Kinde und der Dresdner Madonna Raffaels, antwortete Sir Birdword, dass er der Dresdner Madonna den Vorzug geben würde (Spranger, Radbruch).

Der Begriff des Menschen selbst war allerdings in der Geschichte der Philosophie immer sehr umstritten. Ein biologisches oder soziales oder sittliches oder rationales oder religiöses Wesen oder alles zusammen? Man muss hier der marxistischen Auffassung naheliegenden Meinung zustimmen, dass es nur der komplex-dialektische Zutritt richtig ist, der den Menschen in seiner Komplexheit als ein biologisches, soziales, rationales, sittliches, juristisches und letztlich auch religiöses (im positiven oder negativen Sinn) Wesen sieht. Wir teilen die Meinung, dass erst wenn der wirkliche individuelle Mensch den abstrakten Staatsbürger in sich zurücknimmt und als individueller Mensch in seinem empirischen Leben, in seiner individuellen Arbeit, in seinen individuellen Verhältnissen Gattungswesen geworden ist, erst dann ist – wie Marx betont – die menschliche Emanzipation vollbracht.

Alles menschliche Wissen, möge es sich um einzelne Wissenschaften von der realen Welt (anorganische, organische, seelische oder geistige Wissenschaften) oder um einzelne Wissenschaften von der idealen Welt, oder um die philosophische Wissenschaft, oder endlich um nicht systematisches (also nicht-wissenschaftliches) menschliches Wissen handeln, mündet letzten Endes in den Aufbau einer Weltanschauung ein.

Die einzelnen Wissenschaften liefern für den Aufbau der Weltanschauung einzelne Bausteine, aus denen die philosophische Wissenschaft (die Philosophie) *ex professo* die Weltanschauung aufbaut. Die Erfüllung aller philosophischen Aufgaben dient der höchsten und wichtigsten Aufgabe, und zwar dem Ausbau der Weltanschauung, worin alles philosophische Streben gipfelt. Der Aufbau der Weltanschauung ist eine wissenschaftliche Tätigkeit, die Philosophie ist Wissenschaft *per eminentiam*, wenn auch zu dieser Tätigkeit ein „*élan du cœur*“ unentbehrlich ist. Aber ohne diesen „*élan du cœur*“ ist überhaupt jede wissenschaftliche Tätigkeit undenkbar.

**II.** Wie die Rechtsphilosophie kein bloßer Bestandteil der Philosophie, sondern Philosophie vom Recht ist, so ist auch die rechtliche Weltanschauung kein bloßer Teil der allgemeinen Weltanschauung, sondern eine Weltanschauung über das Rechtliche.

Die rechtliche Weltanschauung ist sowohl auf den Ergebnissen der kritischen Rechtsontologie, als auch auf den Resultaten der einzelnen Rechtswissenschaften, besonders der dogmatischen Rechtswissenschaft, der soziologischen Rechtswissenschaft, der psychologischen Rechtswissenschaft, der politischen Rechtswissenschaft (der Theorie der Gesetzgebung oder der Theorie der Rechtssetzung oder der Rechtsfindungswissenschaft) und selbstverständlich auf den Ergebnissen der Lösung aller anderen rechtsphilosophischen Aufgaben aufgebaut.

Die rechtliche Weltanschauung bildet den zweiten Teil des objektiven Rechtsgeistes. Es ist allerdings auch notwendig, den ersten Bestandteil des objektiven Rechtsgeistes, nämlich das allgemeine Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Gemeinschaft, ebenso wie den objektivierten Rechtsgeist, d. h. die geltenden Rechtsordnungen, zu berücksichtigen.

Auch bei der rechtlichen Weltanschauung spielt das Moment der schöpferischen Fortschrittlichkeit eine bedeutende Rolle. Die rechtliche Weltanschauung ist nicht ein bloßes allgemeines Rechtsbewusstsein des Volkes. Die rechtliche Weltanschauung enthält viel Schöpferisches, viel Neues. Sie enthält vieles, was zwar im Keim schon da ist, aber noch nicht Bestandteil des allgemeinen Rechtsbewusstseins geworden ist; vieles, was die weitere Entwicklung des objektiven Rechtsgeistes bedingt. Das österreichische ABGB von 1811 ist z. B. aus der rechtlichen Weltanschauung

der wahren Schöpfer dieses Gesetzes (Martini und besonders Zeiller), aus einer rechtlichen Weltanschauung, die viel fortschrittlicher war als das damalige allgemeine Rechtsbewusstsein, hervorgegangen; diese rechtliche Weltanschauung war von den Ideen der Französischen Revolution (Jean Jaques Rousseau) beeinflusst und über Immanuel Kant und Franz von Zeiller ins ABGB übergegangen. Nur dank dieser fortschrittlichen rechtsphilosophischen Grundlage blieb das Gesetz so lange in voller Kraft. Eine gewisse Passivität des ersten Teiles des objektiven Rechtsgeistes, d. h. des allgemeinen Rechtsbewusstseins, wird im zweiten Teil, d. h. in der rechtlichen Weltanschauung durch die Realisierung der Tendenz zur Idee des Rechts überwunden. So ist die rechtliche Weltanschauung ein Wegweiser zur weiteren Entwicklung des objektiven Rechtsgeistes und bedeutet daher nicht nur die Vollendung der wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechtlichen, sondern dient auch den praktischen Bedürfnis, und zwar in erster Linie der Orientierung für jeden Rechtsnormenschöpfer. Die Verbindung der rechtlichen Weltanschauung mit der Idee des Rechts ist viel mächtiger als die Verbindung des allgemeinen Rechtsbewusstseins mit ihr. Die rechtliche Weltanschauung ist ihrem Wesen nach durch die personalen Rechtsgeister getragen, sie soll durch die unermüdliche Arbeit der besten Pfleger des Rechtlichen aufgebaut werden. Die rechtliche Weltanschauung beeinflusst wesentlich das Niveau des objektiven Rechtsgeistes und bringt ihn auf eine höhere Ebene. Hier manifestiert sich die wahrhaft große Bedeutung der wissenschaftlichen Arbeit der Rechtsphilosophen, die so geistige Führer ihres Volkes sein sollen.

**III.** Die rechtliche Weltanschauung erscheint als ein stufenförmiger Aufbau der einzelnen Ideen. Das Verhältnis zwischen ihnen ist ähnlich dem stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung und daher der Konzeption entgegengesetzt, der man beim stufenförmigen Aufbau der realen Welt begegnet. Ähnlich wie beim stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung, ist auch beim stufenförmigen Aufbau der Ideen, aus welchen die rechtliche Weltanschauung besteht, die niedrigere Idee keineswegs „stärker“ als die höhere (wie dies bei den Schichten der realen Welt der Fall ist, wo das Gesetz der Stärke gilt), sondern im Gegenteil: die niedrigere Idee kann nur dann gelten, soweit sie sich im Rahmen der höheren Idee bewegt. Und

ferner: die niedrigere Idee ist inhaltlich reicher, als die korrespondierende höhere Idee – ähnlich wie dies beim Verhältnis zwischen den Rechtsnormen im Aufbau der Rechtsordnung der Fall ist, und gerade umgekehrt als das Verhältnis der einzelnen Seinsschichten der realen Welt.

An der Spitze des stufenförmigen Aufbaues der rechtlichen Weltanschauung steht die Idee des Rechts. Hier handelt es sich nicht um die Normidee des Rechts, die der Welt der Idealität angehört und die in ihrer Reinheit und Absolutheit für den Menschen im Unendlichen liegt, sondern um eine reale Idee, die in die geistige Schicht der realen Welt gehört. Auch diese reale Idee des Rechts stellt – wie schon gezeigt wurde – eine dialektische Synthese der Gedanken der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen, der Rechtssicherheit und der Zweckmäßigkeit dar, wobei es sich um Polarität dieser Gedanken handelt. Im Wesen ist sie aber ein Ausdruck dessen, was heute der Mensch – ein Rechtsdenker, der in der realen Welt steht – über diese Bestandteile der realen Idee des Rechts, d. h. über die Gerechtigkeit usw. denkt, wie er sie begreift und präzisiert. In dieser realen Idee des Rechts drückt sich auch die Idee der Humanität aus. Die reale Idee der Humanität, die sich besonders im Schutz der Menschenrechte und in der Aburteilung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ausdrückt, bildet mit der realen Idee des Rechts eine Synthese. Die rechtliche Weltanschauung muss selbstverständlich die reale Idee des Rechts an die Spitze stellen. Mit Rücksicht darauf, dass die rechtliche Weltanschauung eine Weltanschauung vom Recht ist und dass an der Spitze der Weltanschauung (der allgemeinen Weltanschauung) die Idee der Humanität (der konkreten Menschlichkeit) steht, muss diese Idee der Humanität auch in der höchsten Idee der rechtlichen Weltanschauung, d. h. in der realen Idee des Rechts zum Ausdruck kommen.

Unter der realen Idee des Rechts befinden sich in hierarchischer Reihe weitere rechtlich relevante Ideen, besonders die Idee des Vertrages, die Idee der Schuld und Sanktion, die Idee der Ehe und Familie, die Idee der Nation, des Staates und besonders auch des Primats des Völkerrechts, die Idee der vollen Demokratie und die Idee der politischen Parteien. Eine gründliche Erörterung und Darlegung aller dieser rechtlich relevanten Ideen, die den stufenförmigen Aufbau der rechtlichen Weltanschauung

bilden, ist eine der Hauptaufgaben jeder Rechtsphilosophie. Jedes System, jeder Aufbau dieser rechtlich relevanten Ideen muss als ein nicht abgeschlossenes, offenes System konstruiert werden. Der Fortschritt geht immer weiter und es entstehen immer neue Ideen, die als rechtlich relevant erscheinen können, und es zeigt sich notwendig zu sein, sie jeweils in ein System der Ideen, die die rechtliche Weltanschauung bilden, einzureihen. Die rechtliche Weltanschauung ist ein offenes System einzelner rechtlich relevanter Ideen, wobei die Offenheit im Sinne Heinrich Rickerts verstanden werden muss. Die Offenheit bedeutet, dass eine Öffnung für solche Ideen belassen werden muss, welche zwar die geschichtliche Entwicklung noch nicht zeigt, die aber vielleicht in Zukunft bedeutsam werden. Das System ist formal gesehen zwar abgeschlossen, aber materiell enthält sie die Möglichkeit, neue Ideen in sich aufzunehmen.

## **§ 45. Die Ideen des Vertrages, des Eigentums und der Erbschaft**

I. Zuerst kann man die Idee des Vertrags anführen, und zwar sowohl die Idee des „juristischen Vertrags“ als auch die Idee des Gesellschaftsvertrages, den Sozialkontrakt (*contract social*). Wenn man von dem notwendigen Ausgangspunkt der vollen Würde jedes Individuums und von der Gleichheit der Menschen ausgeht, so erscheint der Vertrag als das bedeutendste überhaupt. Der Vertrag stellt sich als eine übereinstimmende Äußerung des Willens zweier oder mehrerer Parteien dar. Es ist heutzutage mehr als angebracht, von der Naturrechtslehre auszugehen, dass der Vertrag als wichtiger Bestandteil des objektiven Rechtsgeistes gewissermaßen die Grundlage aller Rechts ist. Schon der griechische Denker Epikur (etwa 341–270 v. Chr.) hat das Entstehen der Gesellschaft in einem Vertrag gesehen. Klar drückt sich Hobbes aus (*Leviathan VIII*): „Von einem institutionellen Staat spricht man, wenn viele Menschen beschließen und durch den Vertrag eines jeden mit allen bestimmen, dass irgendjemandem oder einer Gruppe von Menschen nach allgemeiner Abstimmung das Recht übertragen wäre, alle Vertragspartner zu vertreten (also ihre Repräsentanten zu sein).“

Man kann nicht mit der Meinung jener einverstanden sein, die behaupten, dass es um einen Fehler geht, wenn man argumentiert, dass alle Rechtsinstitutionen von der Familie bis zur Nation und zur Völkerrechtsgemeinschaft ausschließlich *sub specie societatis* und deswegen unter der Rechtsfigur des Vertrages zu sehen sind. Die Geschichte hat die überindividualistische Auffassung niemals verifiziert, sondern immer nur falsifiziert. Letzten Endes führt jeder Überindividualismus zur Entwertung des konkreten Menschen als Subjekt und Person, zur Unmenschlichkeit und im Bereich des Rechtlichen zur Rechtsordnung *contra humanitatem*.

**II.** Auch die Idee des Eigentums ist schließlich in der Idee des Vertrages verankert.

Die Idee des Eigentums, nicht des privaten, nicht des sozialistischen, sondern des Eigentums „an sich“ ist rechtsapriorischer Natur, da in einer Welt, in der der Vorrat der Lebensgüter begrenzt ist, die Beziehungen zwischen den Menschen mit Rücksicht auf die Sachen (bzw. andere Menschen, die die Güter besitzen) rechtlich geregelt werden müssen. Die sog. Eigentumstheorien, wie die Okkupations-, die Spezifikationstheorie und die Arbeitstheorie, bzw. die Besitzergreifungstheorie sind die philosophischen Antworten auf die Frage nach dem Grund des Erwerbs des Eigentums; sie beantworten aber nur die Frage: wer soll Privateigentümer sein, nicht aber die Frage: soll Privateigentum sein?

Die Frage nach dem gesellschaftlichen Eigentum oder nach dem Privateigentum kann man nicht in dem Sinne beantworten, dass nur das eine oder das andere richtig sei und dass das eine oder das andere apriorisch jeder Rechtsordnung vorgegeben ist. Sicher ist nur eines: Auch die am strengsten durchgeführte sozialistische Rechtsordnung überlässt dem Einzelnen das Eigentum an persönlichen Sachen, an einem Familienhaus und daran, was er durch seine Arbeit verdient. Man kann daher vielleicht behaupten, dass in einem solchen Ausmaß das Privateigentum eine rechtsapriorische Kategorie bildet.

**III.** Dasselbe gilt auch vom Erbrecht. Das Wesen der Sache drücken zwei Zitate aus, und zwar das eine von Andrew Carnegie und das zweite von Heinrich Heine, welche als Motto von Radbruch angeführt sind. Carnegie:

„Man muss sich schämen, als Millionär zu sterben.“ Heine: „Diesmal haben die armen Leute den Sieg erfochten ... Aber es hilft ihnen nichts, wenn sie nicht auch das Erbrecht besiegen.“

Mit Recht stellt Karl Renner fest, dass jede Gesellschaft einer „Sukzessionsordnung“ bedarf.

Hier kann man vollkommen mit der Stellungnahme von Radbruch einverstanden sein (*Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., S. 257): „So begegnen sich die im Gebiete des Erbrechts und die im Gebiete des Eigentums- und des Familienrechts aufgewiesenen Probleme, um sich zu voller Schärfe zuzuspitzen. Die ganze gegenwärtige Problematik kam in der Weim. Verf. Art. 154 zum Ausdruck: dem individualistischen Erbrecht wurde der Anteil des Staates am Erbgut, der Individual- die Sozialfunktion des Erbrechts gegenüber und das Erbrecht unter das Richtbeil des Gesetzes gestellt.“

## **§ 46. Die Ideen der Schuld und der Sanktion; zur Todesstrafe**

I. Es ist klar, dass im Wesen des Rechts ebenso wie der Moral, die Ideen der Schuld und der Sanktion, besonders der Strafe, eine dominante Rolle spielen.

Die ganze Problematik kann man an der Kritik der Unterscheidung von vier Schuldbegriffen, die Karl Jaspers vertritt (*Die Schuldfrage*, 2. Aufl., S. 10 ff.), beleuchten.

Jaspers unterscheidet:

1. Kriminelle Schuld: Verbrechen bestehen in objektiv nachweisbaren Handlungen, die gegen eindeutige Gesetze verstoßen.
2. Politische Schuld: Sie besteht in den Handlungen der Staatsmänner und in der Staatsbürgerschaft eines Staates, infolge derer ich die Folgen der Handlungen dieses Staates tragen muss, dessen Gewalt ich unterstellt bin, und durch dessen Ordnung ich mein Dasein habe. Es ist jedes Menschen Mitverantwortung, wie es regiert wird. Instanz ist die Gewalt und der Wille des Siegers. Der Erfolg entscheidet.

3. **Moralische Schuld:** Für Handlungen, die ich doch immer als dieser Einzelne begehe, habe ich die moralische Verantwortung, und zwar für alle meine Handlungen, auch für politische und militärische Handlungen, die ich vollziehe. Die Instanz ist das eigene Gewissen und die Kommunikation mit dem Freunde und dem Nächsten, dem Liebenden, an meiner Seele interessierten Mitmenschen.
4. **Metaphysische Schuld:** Es gibt eine Solidarität zwischen Menschen als Menschen, welche einen jeden mitverantwortlich macht für alles Unrecht und alle Ungerechtigkeiten der Welt, insbesondere für Verbrechen, die in seiner Gegenwart oder mit seinem Wissen geschehen sind. Wenn ich nicht tue, was ich kann, um sie zu verhindern, so bin ich mitschuldig. Wenn ich mein Leben nicht eingesetzt habe zur Verhinderung der Ermordung anderer, sondern dahingestanden bin, fühle ich mich auf eine Weise schuldig, die juristisch, politisch und moralisch nicht angemessen begreiflich ist. Dass ich noch lebe, wenn solches geschehen ist, legt sich als untilgbare Schuld auf mich. Wir kommen als Menschen, wenn nicht ein Glück uns diese Situation erspart, an die Grenze, wo wir wählen müssen: entweder ohne Zweck, weil ohne Erfolgsaussicht, bedingungslos das Leben einzusetzen, oder wegen Erfolgsumöglichkeit vorzuziehen, am Leben zu bleiben. Dass irgendwo zwischen Menschen das Unbedingte gilt, nur gemeinsam oder gar nicht leben zu können, falls dem einen oder anderen Verbrechen angetan werden, oder falls es sich um die Teilung physischer Lebensbedingungen handelt, das macht die Substanz ihres Wesens aus. Aber dass dies nicht in der Solidarität aller Menschen, nicht der Staatsbürger, nicht einmal kleinerer Gruppen liegt, sondern auf engste menschliche Verbindung beschränkt bleibt, das macht diese Schuld von uns allen. Instanz ist Gott allein.

**II.** Wenn man jetzt zur kritischen Stellungnahme dieser Jasperschen Auffassung übergeht, muss man zuerst bemerken, dass es besser wäre, nicht von der kriminellen Schuld, sondern von der rechtlichen oder juristischen Schuld zu sprechen.

Aber es geht hier um wichtigere Sachen. Schuldig kann nur der einzelne konkrete Mensch sein. Nur er hat Bewusstsein, nur er ist der einzige Vermittler zwischen der realen Welt und dem Reich der Normideen. Es existiert kein kollektives Bewusstsein, kein Überbewusstsein. Daher kann auch keine kollektive Schuld existieren. Das Operieren mit der kollektiven Schuld war und ist immer – wie die Praxis autoritärer Regime aller Färbung zeigt – das schrecklichste Übel. Die Schuld ist immer persönlich.

Politische Schuld ist entweder moralische Schuld oder rechtliche Schuld. Dasselbe gilt ausnahmslos auch von der metaphysischen Schuld. Das Argumentieren mit der politischen und metaphysischen Schuld ist sehr gefährlich. Sie kann zur kollektiven Schuld führen. Man hat daher nur die rechtliche Schuld und die moralische Schuld, welche immer die persönliche Schuld darstellt.

**III.** Was die Idee der Sanktion und besonders der Strafe betrifft, soll man an das Zitat von Goethe (aus der Ballade *Der Gott und die Bajadere*), welches auch Radbruch anführt (l. c., S. 258), sich erinnern: „*Soll er strafen, soll er schonen, muss er Menschen menschlich sehen*“.

Vom immanent-positivrechtlichen Standpunkt ist die Strafe der bedingte Tatbestand, eine spezifische Sanktion, die „unangenehm“ für den ist, dem man das strafbare Handeln und seine Folgen zurechnet. Die wahre Problematik der Strafe erscheint erst aus Sehwinkel des Rechtsphilosophen.

Das Recht der Gemeinschaft zu strafen fließt aus folgenden Erwägungen:

1. An den Wurzeln selbst ist das Wesen des Menschen als der Person, die verantwortlich, zurechnungsfähig, mit Freiheitswillen begabt ist. Nicht zu strafen würde bedeuten, das Wesen des Menschen als Menschen und Person zu leugnen, sowie seine Mündigkeit, seine Verantwortlichkeit, seine Fähigkeit, die Folgen dieser Verantwortung zu tragen, zu negieren. In diesem Sinne muss man das Hegelsche Dictum verstehen, dass die Strafe die Ehre des Schuldigen ist oder die Begründung von Nicolai Hartmann, dass es sich um den Anspruch des Schuldigen, bestraft zu werden, handelt. Deswegen soll auch die Gnade nur unter der Zustimmung (bzw. auf Gesuch) des Verurteilten erteilt werden.

2. Das Recht ist grundsätzlich eine Zwangsordnung. Der Zwang (Exekution, Strafe) bildet das Essentiale des Rechts als des Ganzen. Die Gesellschaft und das Leben jedes Menschen sind ohne eine solche Zwangsordnung undenkbar. Deswegen ist auch in solcher Weise die Strafe im Wesen des Menschentums selbst verankert.
3. Die Gerechtigkeit, und zwar schon die ausgleichende Gerechtigkeit ist der Grund für die Strafe; wie der Ware der Kreis entspricht, dem Schaden der Ersatz, so entspricht dem Verbrechen die Strafe als Entgeltung (Radbruch). Aus der Idee der austeilenden Gerechtigkeit fließt dann, dass die gleichen Schuldigen gleich bestraft werden, die ungleichen ungleich, und zwar im Verhältnis ihrer Schuld.
4. Aus der Idee der Zweckmäßigkeit fließt das Moment der Abschreckung (die Abschreckungstheorie – die generelle Prävention), allerdings – mit Rücksicht auf die Idee der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen und der Rechtssicherheit – keinesfalls in der Form grausamer öffentlicher Strafen oder des terroristischen „Strafrechts“ der nicht demokratischen Regime, sondern in der verfeinerten Theorie des sog. psychologischen Zwangs, deren Vertreter besonders schon Feuerbach war. Auch das Moment der Besserung des Täters (die Besserungstheorie als Theorie des sozialen Strafrechts – Theorie der Spezialprävention) spielt hier eine Rolle; sie respektiert voll die Person des Täters und in der Idee der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit findet sie die notwendige Korrektur.

**IV.** Leider ist immer noch die Frage der absoluten Strafe – der Todesstrafe – sehr strittig.

Meiner Meinung nach muss man mit voller Entschiedenheit den Standpunkt gegen die Todesstrafe vertreten, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Es hat sich gezeigt, dass die Abschaffung der Todesstrafe nicht zur Anwachsen der betreffenden Verbrechen führt.
2. Mit besonderer Vorliebe wird die Todesstrafe auf politische Delikte festgesetzt. Und das ist eben das Schreckliche. Sehr oft entscheidet ein ganz geringer Umstand, der weder rechtlich noch moralisch begründet ist, ob der Revolutionsführer Herrscher wird oder zur Todesstrafe verurteilt werden wird. Jedenfalls ist es angebracht,

zwischen der politischen und der kriminellen Straftaten zu unterscheiden. Für die politischen Delikte muss man die Todesstrafe mit aller Entschiedenheit verwerfen. Was die kriminellen Straftaten betrifft, so zeigt sich, dass die Drohung mit der Todesstrafe im Grunde genommen keine abschreckende Wirkung ausübt.

3. Der wichtigste Grund gegen die Todesstrafe ist die Möglichkeit des Justizirrtums. Wenn in der ganzen Geschichte nur ein einziger Fall eines solchen Justizirrtums existieren würde, so ist das für jeden Menschen als Menschen eine *ratio sufficiens* zur Abschaffung der Todesstrafe. Und solche Justizirrtümer waren in der Geschichte der Menschheit Millionen.

Das Verwerflichste überhaupt steht in der Lenkschrift zum faschistischen italienischen Strafgesetzbuch von 1930, wo die Todesstrafe geradezu als ein Triumph der faschistischen Staatsauffassung gefeiert wurde: *„Eine solche Reform (d. h. die Wiedereinführung der Todesstrafe) stellt ein weiteres glückliches Zeichen des veränderten Geistes der italienischen Nation, der wiedererworbenen Männlichkeit und Tatkraft unseres Volkes, der gänzlichen Befreiung unserer juristischen und politischen Kultur vom Einflusse fremder Ideologien dar, mit denen die Abschaffung der Todesstrafe unmittelbar verbunden ist.“* Die ganze Ironie und Tragödie dieser wahrhaft unmenschlichen und zugleich idiotischen Auffassung ist, dass Cesare Beccaria, der wahre Ruhm Italiens, absoluter Gegner der Todesstrafe war (*Die delitti e delle pene*, § 16).

## § 47. Die Ideen der Ehe und Familie

I. Der berühmte Soziologe des ersten Drittels dieses Jahrhunderts Georg Simmel (*Soziologie*, 1908), hat die problematische Sachlage der Ehe in solcher Weise dargelegt: *„Auch hier das tragische Grundphänomen, dass das Leben sich eine Form schafft, die ihm zwar unentbehrlich ist, aber schon durch die Tatsache, dass sie Form ist, gegen die Bewegtheit, wie gegen die Individualität des Lebens feindselig ist.“* Nirgends zeigt sich die Stoffbestimmtheit der Idee, die Abhängigkeit der „Ideen“ von den „Realien“ des Rechts im Sinne Eugen Hubers anschaulicher als im Eherecht.

Die beiden kontradiktorischen Auffassungen, die beiden „Idealtypen“ im Sinne Max Webers demonstrieren die ganze Problematik. Die überindividualistische Eheauffassung vertritt die Stellungnahme der Eheenzyklika *Casti conubii* 1930, sowie des kirchlichen Gesetzbuches (C J C. Canon 1013, § 1) *„Der Hauptzweck der Ehe ist die Zeugung und Erziehung des Kindes“*, *„Zwecke zweiter Ordnung: die wechselseitige Hilfe, die Bestätigung der ehelichen Liebe und die Regelung des natürlichen Verlangens, Zwecke, die anzustreben den Ehegatten keineswegs untersagt wird, vorausgesetzt dass die Natur des Aktes und damit seine Unterordnung unter das Hauptziel nicht angetastet wird.“* Die Freiheit der Ehegatten *„hat nur das Eine zum Gegenstand, ob die Eheschließenden wirklich eine Ehe eingehen und ob sie dieselbe mit dieser Person eingehen wollen. Dagegen ist das Wesen der Ehe der menschlichen Freiheit vollständig entzogen, so dass jeder, nachdem er einmal die Ehe eingegangen ist, unter ihren von Gott stammenden Gesetzen und wesentlichen Eigenschaften steht.“* Die Ehe ist nach dieser Auffassung unlösbar und die Familie steht höher als der Staat.

Im Gegensatz dazu begreift die individualistische Auffassung die Ehe als Liebesgemeinschaft. Im Vertrag findet sie ihre rechtliche Form. Jede Rechtsform ist aber mit der „Liebesgemeinschaft“, daher mit freier Liebe unvereinbar.

Die Sache ist aber nicht so eindeutig und einfach. *„Weist die Liebe in ihrer Vergänglichkeit die rechtliche Bindung ab, so will die Liebe in ihrem Ewigkeitsanspruch sich gerade binden und gebunden sein. Der Eros steht also zur Rechtehe in einem seltsam zweideutigen Verhältnis: indem er zugleich ihr Widerstand entgegengesetzt und in ihr erst seine letzte Erfüllung sucht“* (Radbruch: l. c., S. 248).

**II.** Beide konträre Idealtypen nehmen leider zu wenig Rücksicht auf die Realität, auf die faktischen Verhältnisse, auf konkrete Ehegatten – allerdings im Durchschnitt gesehen.

Man kann ruhig der Meinung zustimmen, dass die Ehe letzten Endes eine schreckliche Institution darstellt, allerdings mit einem wichtigen Zusatz: es geht doch um die am wenigsten schreckliche Institution zwischen allen möglich denkbaren Institutionen für das Zusammenleben von Weib und Mann.

Realiter gesehen muss man daher die Idee der Ehe in den stufenförmigen Aufbau der die heutige rechtliche Weltanschauung bildenden Ideen einreihen. Und das gilt umso mehr, dass mit der Ehe am engsten die Familie verbunden ist.

Die Geselligkeit ist ursprüngliche Tatsache, und das erste soziale Phänomen ist die Familie, wie z. B. Auguste Comte zeigte. Der Fehler von Plato, der die Einheit der Gesinnung der Bürger erreichen wollte und dachte, dass alle persönlichen Interessen schweigen müssen und die individuelle Freiheit der Vollbürger auf das Äußerste beschränkt werden muss und Staatserziehung, Familienlosigkeit, Lebens- und Gütergemeinschaft gelten müssen wurde durch die Praxis überzeugend falsifiziert. Sicher bildet die Familie eine Institution, und zwar auch im rechtlichen Sinne, die viel bedeutender und in den stufenförmigen Aufbau der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung höher stehende Idee bedeutet als die Nation oder der Staat. Die notwendige Korrektur solcher Auffassung liegt in der Tatsache, dass die Familie keinesfalls das Höchste ist, sondern unter der Idee des Rechts (wenn man an das Rechtliche denkt) und unter der höchsten Idee überhaupt, unter der Idee der Humanität steht und stehen muss.

## **§ 48. Die Ideen der Nation, des Staates und des Primats des Völkerrechts**

I. Eine Nation ist zugleich eine Kulturtatsache, eine Naturtatsache aber auch eine Rechtstatsache (Legaz). Die nationale Eigenart ist nur Geschenk und Gnade. Ein Volk wird zur Nation nicht, indem es nach nationaler Eigenart strebt, sondern indem es sich allgemein gültigen Aufgaben selbstvergessen hingibt (Radbruch). Es hilft überhaupt nicht, wenn man sich neue Worte um jeden Preis ausdenkt nur aus dem Grunde, damit Dialekt Sprache wird und man dadurch zu einer selbständigen Nation kommen wird. Denselben Gedanken hat Goethe klar ausgedrückt: *„Es gibt keine patriotische Kunst und keine patriotische Wissenschaft.“* *„Nation wie Persönlichkeit sind historische Kategorien, die die Geschichte nachträglich anwendet, nicht ideale für das kulturelle Handeln“* (Maximen und Reflexionen, Nr. 690, zit. bei Cassirer: *Goethe und die geschichtliche Welt*, 1932, S. 8; Radbruch: I. c., S. 149 f.).

Die Idee der Nation gehört allerdings in den stufenförmigen Aufbau der rechtlichen Weltanschauung. Nur darf man nicht vergessen, dass diese Idee der Nation keinesfalls die höchste Idee überhaupt darstellt. Niemals darf man vergessen, wovon die Geschichte der letzten Jahrhunderte uns belehrt hatte. Immer litten und starben die konkreten Menschen für irgendwelche geheimnisvolle Ideale, zuerst zwei oder drei Jahrhunderte für das Ideal der Religion, dann für das Ideal der Nation und gerade jetzt droht es, dass die Fortsetzung dieser Reihe mit einer neuen Begründung weitergehen wird, und zwar ob die Einen das Primat der Materie und die Anderen das Primat des Geistes anerkennen werden – allerdings nur sehr brachylogisch ausgedrückt.

**II.** Sicher auch die Idee des Staates gehört in die Hierarchie der Ideen der rechtlichen Weltanschauung. Es handelt sich um keine Identität des Staates und des Rechts, trotzdem aber bildet das Recht den eigentlichen Kern des Staates.

Man kann nicht mit der bekannten Lehre vom Absterben des Staates und des Rechtes einverstanden sein. Der Staat kann vielleicht einmal absterben, wobei wir den Begriff des Staates in heutiger Auffassung begreifen, niemals wird und niemals kann das Recht absterben. Die Zukunft der ganzen Gesellschaft und dadurch jedes Menschen beruht auf der gerechten Rechtsordnung sowie auf dem Umstand, dass diese Rechtsordnung von hochqualifizierten Juristen angewendet werden wird.

**III.** In das System der Ideen, die die wissenschaftliche rechtliche Weltanschauung bilden, gehört sicher auch die gerade heutzutage sehr bedeutende Idee des Primats des Völkerrechts. Wir haben schon gezeigt, dass die Souveränität nichts anderes ist als die Fähigkeit Rechtssubjekt des Völkerrechts zu sein. Der Primat des staatlichen Rechts führt letzten Endes zum grenzenlosen Egoismus einzelner Staaten und daher zur Katastrophe der ganzen Völkergemeinschaft.

## § 49. Die Ideen der vollen Demokratie und die Idee der politischen Parteien

I. Zum Wesen der Demokratie gehört die realisierte Idee, dass die Staatsgewalt vom Volke ausgeht, dass das Prinzip der Mehrheit gilt und dass der Wert jedes Individuums gleich ist. Schon das bedeutet auch die Garantie der Würde des einzelnen Menschen und daher auch die Garantie der Menschenrechte.

Ausführlicher kann man sagen:

- a) In der demokratischen Staatsform kann die Minderheit (auch wenn es sich um eine nationale Minderheit handelt) nicht die Mehrheit überstimmen, obgleich es solche Fälle in der Gegenwart gibt.
- b) Das Prinzip, dass die Staatsgewalt vom Volk ausgeht, bedeutet, dass alle staatlichen Funktionen mittelbar oder unmittelbar aus Volkswahlen hervorgehen.
- c) Volksherrschaft bedeutet in gewissem Sinne Parteienherrschaft. Weder Wahlen noch Volksabstimmung noch die notwendigen Vorarbeiten zur Schaffung neuer Gesetze sind möglich „ohne eine Vorgruppierung, die zur Kandidatenaufstellung und zur vorläufigen Klärung der sachlichen Gegensätze dient“ (Radbruch).
- d) Der Gedanke der Menschenrechte war ein essentieller Bestandteil des Liberalismus. Die Demokratie hat allerdings diesen Gedanken übernommen und fest in ihr Wesen integriert. Sicher sind die Menschenrechte, die in der Würde jedes Menschen begründet sind, ein essentieller Bestandteil der Demokratie. Jedenfalls ist die Bedeutung der Menschenwürde und Menschenrechte für die demokratische Auffassung maßgebend. Alexis de Tocqueville (*Die Demokratie in Amerika*) hat mit aller Schärfe die höchst unliberale Tyrannei der Majorität dargelegt. Auch John Stuart Mill hat prophetisch die Gefahr gesehen, in die die Freiheit durch „Selbstregierung“ der Volkes geraten kann (*Die Freiheit*, Kap. 1).
- e) Die wahre, die volle Demokratie kann nicht vorhanden sein, wenn die demokratischen Grundprinzipien nur für den politischen Bereich gelten. Die Demokratie muss sich auch im sozialen und wirtschaftlichen Bereich geltend machen. Mit Recht spricht man von drei Seiten der Demokratie – oder anders und nicht ganz präzise

ausgedrückt: von der politischen, der sozialen und der wirtschaftlichen Demokratie – die allerdings eine Einheit, einen einzigen komplex-dialektischen Begriff der Demokratie bilden. Dann ist aber auch der Sozialismus (nicht dieser oder jener Färbung, sicher aber ein Sozialismus, der die Menschenwürde mit den Menschenrechten voll respektiert), nichts anderes als die volle Demokratie, d. h. die politische Demokratie, welche auch im sozialen und im wirtschaftlichen Bereich etabliert und verwirklicht ist.

Die Idee dieser vollen Demokratie zusammen mit anderen Ideen, steht unter der höchsten realen Idee der Humanität (T. G. Masaryk). Die Idee der Humanität und die Idee des Rechts – eine Gesellschaft ohne Recht ist undenkbar – haben den Menschen als solchen im Sinne und daher den Menschen als den Einzelnen, sowie auch den Menschen als einen Bestandteil des Ganzen.

Man kann die Demokratie auch als Autonomie, als ein gewisses normbildendes Prinzip auffassen (Weyr). Für die Demokratie als Volksregierung ist eine Selbstregierung notwendig. Vom Standpunkt der normativen Theorie Weyrs kann man sie nur als eine Methode der Schaffung von Normen begreifen. Als demokratische Staatsform wird eine solche gelten, in der der normbildende Prozess ganz oder zum großen Teil nach dem Prinzip der Autonomie geregelt ist. Der Gedanke der Autonomie als Selbstbestimmung gehört zum Wesen der Demokratie (Ryffel).

Zwischen der realen Grundlage, welche die wirtschaftliche Struktur der Gesellschaft bildet, und dem Überbau, wozu auch die Politik und das Recht gehören, oder anders ausgedrückt, zwischen der wirtschaftlichen Funktion des Staates und der Rechtsordnung des Staates, besteht eine sehr enge Beziehung, ja Wechselwirkung. Wenn es zu einer Unangemessenheit zwischen der realen Grundlage und dem Überbau kommt, kann dieser Zustand nicht lange dauern und es muss notwendigerweise zum Ausgleich kommen.

**IV.** Die Existenz der politischen Parteien ist für die demokratische Staatsauffassung im heutigen Sinn eine essentielle Vorbedingung. Gerade hier bildet sich – inhaltlich gesehen – der maßgebende Wille, der dann seine Objektivation in den vom Parlament verfassten Gesetzen findet.

Sehr lange lebten die politischen Parteien im juristischen Schatten. Doch scheint es unentbehrlich zu sein, dass die politischen Parteien schon in der Verfassung ausdrücklich normiert werden und dass sich auch die Willensbildung innerhalb der Parteien nach demokratischen Prinzipien richtet.

## **§ 50. Sinn und Zweck des Rechts; das Recht und die Zukunft der Gesellschaft**

**I.** Hat das Recht überhaupt einen Sinn? Wenn man diese Frage bejaht, steht man vor der Frage nach dem typischen Zweck des Rechts.

Es gibt nachfolgende grundsätzliche Auffassungen vom Sinn des Rechts:

- a) Negative Auffassungen.
- b) Positive Auffassungen, die sich wiederum teilen in: relativ-positive Auffassungen, die im Recht ein derzeit wichtiges Instrument für die Lenkung der Gesellschaft sehen, keinesfalls aber dem Recht eine wesensnotwendige Bedeutung für die Gesellschaft beimessen.
- c) Absolut-positive Auffassungen, für welche das Recht die unentbehrliche Grundlage für das Leben und die ganze Zukunft der Gesellschaft darstellt.
- d) Die marxistische Stellung zum Staat und Recht.

**II.** Die negativen Auffassungen sind besonders durch die Lehre des Evangeliums, durch die Auffassungen von Tolstoi und Sohm dargestellt (Radbruch).

Die Bergpredigt erklärt, dass es wesenslos ist, dass jemand leidet, und gebietet dem Geschlagenen, die andere Wange hinzuhalten. Die Bergpredigt geht von vollkommener Ignorierung des rechtlichen Zwanges aus. Das Gebot: „*Tue dem Bösen keinen Widerstand*“, bezieht sich nicht nur auf das Unrecht, sondern auch auf den rechtlichen Zwang, und nicht nur auf den aktiven, sondern auch auf den passiven Widerstand. Der Standpunkt der Bergpredigt ist der Gehorsam im Verhältnis zur Obrigkeit, da ein Widerstand der ganzen, vom religiösen Standpunkt aus gleichgültigen Frage einen Sinn beilegen würde, den sie überhaupt nicht hat. Das Wesentliche in den Beziehungen zwischen den Menschen ist nur die Liebe. Die menschliche Gemeinschaft ist keine Rechtsgemeinschaft,

sondern reine anarchische Gemeinschaft der Liebe. Leo Tolstoi geht noch weiter. Das Recht ist für ihn nicht nur wesenslos, sondern geradezu gegenchristlich. Für Rudolf Sohm ist auch das Kirchenrecht gegenchristlich; es steht im Widerspruch mit dem Wesen der Kirche, da der Rechtszwang kein christliches Leben erzwingen kann, sowie der juristische Formalismus keineswegs von der ewigen Seligkeit zu entscheiden, imstande ist. Nur nebenbei sei bemerkt, dass der Katholizismus keinesfalls die negative Stellungnahme der Bergpredigt teilt.

**III.** Zwischen den Auffassungen vom relativen Sinn des Rechts kann man an erster Stelle die Auffassung von Martin Luther anführen. Luther ging von der grundsätzlichen Voraussetzung aus, dass jeder einzelne im unmittelbaren Verhältnis zu Gott stehen soll. Trotzdem aber gibt er dem Recht eine zeitweilige Geltung, Gesetzmäßigkeit und Autonomie, allerdings nur dubiöse zu. Im Kirchenrecht sieht er eine rein weltliche Angelegenheit. Der Mensch muss in der Welt des Rechts und des Staates in dem Bewusstsein ihrer Bedingtheit durch das unbedingte religiöse Erfordernis wie im Ausland leben. Recht und Staat haben nur zeitliche Bedeutung, letzten Endes sind sie wesenslos.

Hierher gehören auch die verschiedenen Machtauffassungen, nach denen das Recht nur ein Instrument in den Händen der Staatsgewalt, bzw. in den Händen der einzigen und allmächtigen politischen durch den Führer geführten Partei ist (faschistische und national-sozialistische Auffassung). Die Partei steht über dem Staat und über der Rechtsordnung. Das Recht hat den einzigen Sinn und Zweck: der Partei und letzten Endes dem Führer zu dienen. Die berühmten Worte: „Freiheit – Gleichheit – Brüderlichkeit“ der großen Französischen Revolution vom Jahre 1789 sind durch die Parole „Autorität – Ordnung – Gerechtigkeit“ ersetzt, wobei die Gerechtigkeit im Platons Sinne einer Standesordnung begriffen werden muss (Radbruch).

Im Vordergrund steht der Gedanke des altrömischen Dictums *Salus populi suprema est lex*, welcher die überindividualistische Idee der Zweckmäßigkeit ausdrückt, und die Ideen der Gerechtigkeit, Sicherheit und Freiheit des konkreten Menschen in den Hintergrund stellt.

**IV.** Was die absolut positiven Auffassungen betrifft, hat schon Heraklit aus Ephesus (536–470 v. Chr.) mit der Entdeckung des Logos nicht nur die intelligible Welt, sondern auch die Urnorm für das sittliche und rechtliche Verhalten entdeckt. Dieser Logos ist für alle verbindlich. Alle menschlichen Gesetze müssen sich von ihm „nähren“. Die positive Rechtsordnung ist für Heraklit eine Verwirklichung der Idee des Rechts und das Volk darf sich nicht gegen sie auflehnen, sondern muss für sie kämpfen. Jeder Mensch hat die Möglichkeit einer Einsicht in den Logos. Das Recht ist in das Weltbild eingereiht. Der Begriff der Gerechtigkeit fließt mit der kosmischen Intelligenz, mit dem Logos zusammen. Dem Gesetz der Gerechtigkeit unterliegt der ganze Kosmos, alles Lebendige und Unlebendige. *„Was sich ihrer Macht entgegenstellt, büßt dafür bitter. Auch die Sonne darf ihre Bahn nicht überschreiten, sonst würde sie dem Zorn von Erinnyen, welche Wächterinnen der Gerechtigkeit sind, nicht entgehen.“*

Die Werte sind unabänderlich, ewig, absolut. Unser Blick zu ihnen ändert sich fortwährend und nie ist er vollständig. Heraklit lehrt, dass die Vielheit der positiven Rechtsordnungen eine Notwendigkeit darstellt, da unser Bewusstsein unzureichend ist und nur einen engen Ausschnitt aus dem Reiche der Werte (Normideen) kennt. Das menschliche Recht ist durch die Grundnorm des Rechts bedingt. Ordnung und Frieden sind kein Friedhof, sondern ein Leben voll von Spannung.

Man sieht, dass nach Heraklit das Recht einen wesensnotwendigen Sinn und Zweck für das Leben der Gesellschaft hat.

Ebenso wie Heraklit wollte auch Pythagoras (ungefähr 582–500 v. Chr.), bzw. seine Schule den Menschen aus den kausalen Zusammenhängen herausnehmen und ihn in die intelligible Welt einordnen. Die positive Rechtsordnung ist nur ein Bild, eine Annäherung zu der Welt der Idealität. Die in der Noumenalwelt fundierte Normativität ist für ihn Richtmaß und Ziel aller menschlichen Sittlichkeit und Gesetzgebung. Die positive Gesetzgebung hat ihren materialen Ursprung nicht in Übereinkunft, sondern in der vorgegebenen Ordnung, die ein ewiges Gesetz ist. Die Weltharmonie ist nichts anderes als ein anderer Ausdruck des Gedankens der Weltgerechtigkeit. Auch die menschliche Gerechtigkeit ist ein harmonisches Verhältnis. Das Prinzip der Harmonie und das Prinzip

der Gleichheit erscheinen auch in der Funktion des Prinzips des Rechts. Der Sinn des Rechts ist „*alles, was gerecht ist, in eine Mat umzuwandeln*“ (Jamblichos XXX, 186).

Aber auch die sophistische Auffassung des Rechts und der Gerechtigkeit ist positiv. Die Sophistik hat mit großer Energie das Grundproblem alles moralischen und rechtlichen Denkens präzisiert und die Notwendigkeit bewiesen, zu unterscheiden, was nach der Natur gerecht ist, und was die soziale Tradition oder eine positive Bestimmung für gerecht erklärt. Zum ersten Mal wurde hier die Freiheit zu einem unveräußerlichen Recht jedes Menschen proklamiert. Die Idee der Humanität stand an der Spitze des hierarchischen Aufbaues der Ideen.

Eine durchaus positive Einstellung zum Recht hatte Sokrates. Es existieren Gesetze, welche der Staat proklamiert und die den Veränderungen unterliegen auf der einen Seite, aber auch ungeschriebene, ohne Rücksicht auf die Grenzen des Staates geltende Gesetze. Gerecht ist eine Handlung, die den geschriebenen oder ungeschriebenen Gesetzen entspricht. Im ersten Fall ist die Gerechtigkeit positiv, im zweiten Fall natürlich. Die natürliche Gerechtigkeit besteht in der kosmischen Vernunft. Aber auch in den Staatsgesetzen herrscht die Vernunft, allerdings eine endliche, begrenzte Vernunft.

Platons reines Sollen, seine Welt der Ideen, ist ein Heimatort des natürlichen Rechts, des Rechts an sich. Ganz im Sinne seines Höhlengleichnisses ist das positive Recht ein „Abbild“, eine „Nachahmung“ oder ein „Schatten“ des Rechts an sich. Aus diesem Grunde fordert Platon, der Gesetzgeber müsse immer zum Reich der Ideen aufblicken und nach ihnen das positive Recht gestalten. An höchster Stelle der Tugenden steht die Gerechtigkeit. Die Idee des Rechts findet Platon im „unbedingten“ Sollen, in der Grundnorm. Wenn ich – nach Platon – von einer Norm behaupte, dass sie eine Rechtsnorm ist, dann setze ich den Begriff des „Rechts“ voraus.

Nach Aristoteles existiert ein nach der Natur gerechtes Recht und ein gesetztes, positives Recht. Es existiert das Gerechte ohne weiteres als eine dauernde Norm und nicht vernichtbare Aufforderung, die in der vernünftigen Natur des Menschen auf der einen Seite und in den existierenden Bedingungen der äußerlichen Natur auf der anderen Seite begründet ist.

Das positive Recht aber ist gerecht nur in den konkreten Bedingungen, welche es als eine Anwendung jener allgemeinen Norm auf diese konkreten Bedingungen respektieren muss. Das Gerechte hängt unmittelbar mit den höchsten Gesetzen der Weltordnung zusammen.

Epikur begriff das Recht als eine Vereinbarung, durch die Vertragspartner darauf verzichten, sich gegenseitig zu schädigen, den Frieden und die Ruhe zu stören; das ist der Zweck der Vereinbarung und des ganzen Rechts (erste Formulation der Lehre von dem Gesellschaftsvertrage). Aus der Vertragsnatur des Rechts folgt, dass das Recht ein spezifischer, vom Menschen nicht abzudenkender Wert ist.

Das Naturrecht fließt aus der menschlichen Natürlichkeit, die nach dem strebt, was ihr nützt. Die Grundlage des Rechts, sein utilitaristischer Charakter, bleibt unverändert. Im positiven Recht findet man nur besondere Bedingungen, und zwar mit Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse des Landes, der Bevölkerung usw. (*Diogenes Laertius*, X, 151).

Das Recht hat eine zentrale Stellung in der Philosophie Ciceros. Cicero leitete das Recht aus der Natur des Menschen ab, aus der die Welt beherrschenden Vernunft und gleichzeitig aus der natürlichen Anlage der Menschen, die durch das Recht gegenseitig verbunden sind. In scharfer Polemik mit der epikureischen Auffassung des Rechts betont Cicero, dass das Recht aus dem tiefsten Wesen des Menschen stammt, dass ein originäres, von der Willkür der Menschen unabhängiges, unabänderliches und ewiges Recht existiert. Cicero sagt ausdrücklich, dass die Ungerechtigkeit die Lebensgemeinschaft, nach der der Mensch mit seinem ganzen Wesen strebt, unmöglich machen würde.

Die römischen Juristen, besonders Ulpian, waren von der tiefen Überzeugung beherrscht, welche den Kosmos als eine Rechtsgemeinschaft begreift.

Auch der bedeutendste Darsteller der Patristik Aurelius Augustinus, der Heilige Augustin, anerkennt, dass das Recht und auch der Staat, welcher die Aufgabe verfolgt, den Frieden zu erhalten, eine große Rolle spielen. Nach Augustin existiert im Menschen kein stärkeres Verlangen als im Frieden zu leben. Die Gerechtigkeit entspringt aus der Natur. In uns selbst finden wir die ewigen Prinzipien der ewigen Normen und die Idee

der Gerechtigkeit. Mit Rücksicht auf die Natur der Menschen erfordert das Naturrecht das positive Recht, und zwar zum Zweck seiner eigenen Aktualisierung.

Bei Thomas von Aquin ist *lex naturalis* ein Apriori der Vernunft. Die Notwendigkeit eines positiven Gesetzes wird dadurch begründet, dass die menschliche Natur durch die Erbsünde in Unordnung geraten ist, der Verstand hat sich verdunkelt und der Wille ist schwächer geworden, so dass die Menschen schon nicht mehr das Naturgesetz befolgen; aus diesem Grunde muss hier *vis coactiva*, ein Zwang sein, und zwar direkt zum Schutz des Naturrechts. Dieses positive Gesetz ist kein Gesetz der Willkür, das nur von dem Willen des Regierenden abhängig wäre, sondern steht im inneren und wesentlichen Delegationszusammenhang mit dem Naturrecht; es muss aus ihm „abgeleitet“ werden (*derivari*). Der Staat ist für Thomas ganz im Aristotelischen Sinn – ein Naturprodukt, er ist für die Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse unentbehrlich.

Aber auch für Thomas Hobbes (1588–1679) ist das Recht „*dictamen rectae rationis*“, wie er im ersten Buch seiner Schrift *De Cive* feststellt. Das gesellschaftliche und staatliche Leben soll aus der egoistischen menschlichen Natur begriffen werden.

Die Unterscheidung zwischen dem Guten und Bösen, zwischen der Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit ist nur vom sozialen Standpunkt aus möglich, wo statt des Interesses des einzelnen das gemeinsame Interesse den Maßstab bildet.

Ebenso für Baruch Spinoza ist eine wirkliche Sittlichkeit und wirkliche Freiheit nur im Staate möglich. G. W. Leibniz reiht das Recht in die „ewigen Wahrheiten“ (*vérités éternelles*) ein, welche nicht auf der Erfahrung, sondern auf der Vernunft beruhen. „Ebenso wie die Gesetze der Geometrie müssten wir auch die Gesetze des Rechts als notwendige bezeichnen, auch wenn wir den Gott verneinen würden.“ „*Juris et aequi elementa sunt decreta aeternae veritatis.*“

Was die klassische Epoche des Naturrechts (im 17. und 18. Jahrhundert) betrifft, stellt für Pufendorf das Naturrecht die Grundlage der existierenden Ordnung der Gemeinschaft sowie des sittlichen und kulturellen Lebens des Menschen dar. Pufendorf begreift das Recht als ein System

der Wahrheiten der Vernunft. Das Recht kann nur im gesellschaftlichen Leben existieren. Das Naturrecht ist ewig (*aeternum*), allerdings nur im Rahmen der *existentiae*, und zwar solange, wie die Menschheit existieren wird.

Die Idee des Rechts steht im Vordergrund aller Betrachtungen bei Christian Thomasius; auch für ihn ist die menschliche Sozietät das Fundament des Naturrechts. „*Extra societatem ius non est. In omni societate ius est.*“ Schon daraus sieht man die entscheidende Bedeutung des Rechts für die ganze Existenz der Gesellschaft.

Auch der große philosophische Denker Christian Wolff erblickt die Grundlage und den Maßstab des Rechts in vorausgegebenen ewigen Gebilden und anthropologisch – in der menschlichen Natur. Die angeborenen Rechte (*iura connata*) kann man nicht vom Menschen wegdenken; sie können nicht annulliert werden, weil der Mensch diese Rechte, um seine Pflichten zu erfüllen, besitzt.

In der Aufklärung werden das Recht und der Staat nicht nur aus der Vernunft deduziert, sondern sie gelten, als ob sie durch einen freiwilligen Konsens aller Mitglieder der Gesellschaft entstanden wären. Das war, wie Hegel sagte, eine weltgeschichtliche Tat. Der Zweck des Naturrechts war letzten Endes, ein direktes Zusammenleben zwischen den Menschen zu garantieren. Hier tritt die „Menschenwürde“ klar hervor.

Nach der Meinung des Führers der englischen Aufklärung John Locke gilt das Recht und die korrespondierende Pflicht (Jeder soll den anderen als eine vernünftige Person behandeln) schon vor der Begründung des Staates. Aber in damaligen Zeiten entbehrt man noch eine autoritäre Macht, welche die Streitigkeiten entscheiden könnte. Es ist notwendig durch einen freien Vertrag die bürgerliche Gesellschaft, auf die jedes Mitglied seine Freiheit und Macht übertragen würde, zu begründen. Durch diesen Vertrag werden die natürlichen Rechte geschützt. Gerade zum Schutz dieser natürlichen Rechte entsteht der Staat.

David Hume polemisiert mit der Ansicht von Hobbes und der ganzen Vertragstheorie und versucht den Beweis zu führen, dass nicht erst im Staat, sondern schon in der Gesellschaft das Recht existierte. Mit dem Staatsgesetz und der Obrigkeit wird die Verbindlichkeit zwar rigoroser, aber diese

war schon früher da. Ein rechtloser Zustand ist bloße Fiktion der Philosophen. Der Gedanke von Hobbes und Locke, auf dem utilitaristischen Prinzip eine streng demonstrativ ethische Erkenntnis zu begründen, fand in Jeremy Bentham seinen Höhepunkt. Das entscheidende ist das Prinzip des Nutzens, welches die Grundlage aller Zweige der Gesetzgebung ist. Für Bentham ist der wichtigste Zweck der Gesetzgebung, Sicherheit zu schaffen und sie zu garantieren. Gerade die Sicherheit ist ein entscheidendes Merkmal der Zivilisation. Sie erlaubt, Pläne zu schaffen und sich um die Kontinuität zu kümmern.

Für Giovanni Battista Vico (*De universi iuris uno principio et fine uno*, 1725) ist das Recht ewig, ewig gerecht, allgemein und natürlich, d. h. ursprünglich, und ist „auf gemeinsamer Sorge um das Menschengeschlecht“ begründet.

Für Montesquieu sind die Gesetze keineswegs willkürliche Anordnungen der erfinderischen Köpfe, sondern „notwendige Beziehungen, die aus der Natur der Sache entstammen“ (*les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*). Das Recht ist älter als der Staat, das Gesetz der Gerechtigkeit gab es schon im Naturzustande. Zur Sicherung des Friedens ist allerdings das positive Recht notwendig.

Für Jean Jacques Rousseau beruht das Recht und die ganze Ordnung der Gesellschaft in dem Gesellschaftsvertrag. Es handelt sich freilich um kein historisches Faktum, sondern um eine „Idee“. Die zentrale Frage für Rousseau lautet: „Es ist erforderlich, eine gesellschaftliche Form zu finden, die mit ganzer gemeinsamer Kraft die Person und das Eigentum jedes Mitgliedes schützt und verteidigt und in der jeder, obzwar er sich mit allen verbindet, doch nur sich selbst gehorcht und gleich frei bleibt wie früher.“ „Die Lösung besteht darin, dass jeder seine Person unter die höchste Führung des allgemeinen Willens (*‘volonté générale’*) stellt, an dessen Konstituierung selbst teilhaftig ist.“

Bei Immanuel Kant, auf dessen sog. praktische Philosophie einen entscheidenden Einfluss gerade Rousseau hatte, ist das Recht im Gedanken der transzendentalen Freiheit verankert. Das Recht ist ein Erfordernis der praktischen Vernunft und hat in ihr das Prinzip, welches *a priori* gilt; das Recht muss aus der allgemeinen vernünftigen Bestimmung des Menschen, welche die Bestimmung zur Freiheit ist, begriffen werden. Das Recht hat zu seiner Aufgabe, die Bedingungen festzusetzen, unter welchen

die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach dem allgemeinen Gesetz verbunden werden kann. Das Recht soll also zwischen der Freiheit des einen und der Freiheit des anderen vermitteln, wobei man von dem Erfordernis der grundsätzlichen Gleichheit dieser Freiheiten ausgeht. Kant setzt in dem Streben Solons und Aristoteles fort, dass das Recht etwas Mittleres ist, etwas, was zwischen der Freiheit und Sicherheit des einen und der Freiheit und Sicherheit des anderen vermittelt. Was für eine Stellung zur Idee der Gerechtigkeit Kant hatte, kann man aus seinen Worten feststellen: „Wenn die Gerechtigkeit untergehen sollte, so hat es keinen Wert mehr, dass Leute auf der Erde leben.“

Nach Fichte existiert eine allgemein gültige verbindliche Grundlage des Rechtsverhältnisses überhaupt und diese Grundlage besteht im Wesen der Sache, nämlich im Wesen der Gemeinschaft vernünftiger Individuen überhaupt. Auch bei Fichte ist der Ausgangspunkt für das Erkennen des Rechts die praktische Vernunft und die Freiheit. Das Recht ist apriorische Bedingung des Selbstbewusstseins. Der Staat ist ein natürlicher Zustand des Menschen und seine Gesetze wollen nichts anderes als das Naturrecht im Sinne des allgemeinen und vernünftigen Rechts zu realisieren. Der Zweck der Rechtsordnung und des Staates ist nicht die Gleichheit, sondern die Freiheit. In seiner Schrift *System der Rechtslehre* geht Fichte von der zentralen Erkenntnis aus, dass man das Recht als faktische Bedingung der Sittlichkeit begreifen muss. Der Staat selbst kann die Verwirklichung der Freiheit garantieren. Alle menschlichen Gemeinschaften brauchen notwendig die Rechtsform. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Idee des Rechts zum Prinzip seiner Gesetzgebung zu machen.

Für Georg Wilhelm Friedrich Hegel, den Entdecker des objektiven Geistes, ist das Recht ein wahrhaftes Recht nur dann, wenn es die Verwirklichung jener im Geiste des Volkes sich entwickelten Vernunft ist. Die „Substanz“ des Rechts beruht auf der Verwirklichung des freien Geistes.

Wie für Kant und Fichte, so auch für Hegel, gelten Recht und Staat als absolutes Erfordernis der praktischen Vernunft. Dieser Standpunkt ist gerade bei Hegel scharf begründet. Die Idee des Gesellschaftsvertrages ist bei Hegel durch die Idee des objektiven Geistes ersetzt.

In der historischen Rechtsschule (Savigny, Puchta usw.) haben Recht und Staat ihre Quelle im „Volksg Geist“, in dem „gemeinsamen Bewusstsein des Volkes“. Es geht um einen organischen Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes.

Für Julius Binder (*Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1935, S. 129 ff.) ist der Sinn des Rechts die Tatsache, dass allem Recht die Vernünftigkeit und Notwendigkeit immanent sind. *„Wir haben es als vernünftig, als sinnvoll und notwendig eingesehen, nicht wenn wir begriffen haben, dass es zu diesem oder jenem Zwecke gut oder tauglich ist, sondern wenn wir begriffen haben, dass es mit Notwendigkeit aus dem freien Willen, als der Freiheit des Menschen folgt, dass es das eigene Wesen des freien menschlichen Willens in diesem seinen irdischen Dasein ist. Der menschliche Wille und das menschliche Denken bejaht das Recht oder bringt es zur Geltung, indem er es ‚Recht‘ nennt, indem er es als die ‚richtige‘ Konsequenz seines eigenen freien Wesens anerkennt. Recht bedeutet ja gar nichts anderes als die richtige Norm.“*

Besonders nach dem Zweiten Weltkrieg wird die Idee des Naturrechts wieder lebendig. Gustav Radbruch, Alfred Verdross, Antonioli, Burghardt, Bloch, Drimmel, Ermacora, König, Marcic und viele andere sind Darsteller der Wiederbelebung des natürlichen Rechts im Gegensatz zu Darstellern des Rechtspositivismus (Kelsen, Weyr, Merkel, Popper, Topitsch, Leser, usw.). Gustav Radbruch argumentiert sehr scharf gegen den juristischen Positivismus, welcher in der Anerkennung des totalen Staates und seiner Gesetze mündet. Nach Radbruch demonstrieren uns drei alte Zitate die letzten Prinzipien des Rechts und gleichzeitig die zwischen ihnen herrschende Spannung: *„Salus populi suprema est lex“* (das allgemeine Wohl des Volkes, das man auch organisch – und gerade das ist nicht ohne Gefahr – begreifen kann, und zwar als Wohl des staatlichen oder nationalen Ganzen); *„Iustitia fundamentum regnorum“* (es handelt sich um eine überpositive Gerechtigkeit); *„Fiat iustitia pereat mundus“* (die strenge Gesetzesanwendung kann zur grobsten Ungerechtigkeit führen). Radbruch selbst sieht die Rechtsidee in den Ideen der Gerechtigkeit, der Zweckmäßigkeit und der Sicherheit.

Alfred Verdross mit einer Würdigung der Auffassung von Johannes Messner, Viktor Kraft, aber auch der Weihnachtsbotschaft des Papstes

Pius XII. vom Jahre 1942, der Enzykliken von Papst Johannes XXIII. *Mater et magistra* und *Pacem in ferris*, sowie der Deklaration der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, kommt zu dem Schluss, dass die Würde des Menschen vorausgegeben und dem positiven Recht aufgegeben ist, allerdings die Formulierung der konkreten Rechtsnormen ist die ewige Aufgabe für den Menschen. Nur die Grundlage des Naturrechts ist statisch, sein konkreter Inhalt dynamisch. Das soziale Bewusstsein ist stärker als die egoistischen und asozialen Triebe des Menschen, freilich nur dann, wenn die Gemeinschaft ihre Ansprüche nicht überspannt. Deswegen gehört das Recht mit gewissen notwendigen Inhalten zur Natur und zum Wesen des Menschen. Das ist gerade das Naturrecht, welches ein im Wesen des Menschen verankertes Kulturrecht ist.

Absoluten Wert hat das Recht für René Marcic (*Rechtsphilosophie*, S. 20): „Das Recht ist in die Grundmauern der Existenz des Menschen gemeißelt. Das Dasein des Menschen trägt die Norm des Rechts in sich, mit sich, wohin immer der Mensch sich begibt.“

**V.** Eine besondere Stellung zum Sinn und Zweck nimmt der Marxismus ein. Nach Untersuchungen von Werner Maihofer ist zwar vom Absterben des Staates oder gar des Rechts im Denken des originalen Marx überhaupt keine Rede – Marx spricht z. B. in seiner Kritik des Gothaer Programms nur vom Absterben der „bürgerlichen Gesellschaft“, aber die heutige Auffassung des Marxismus-Leninismus hält sich streng an die Lehre vom Absterben des Staates und des Rechts.

Marx selbst stellt sich in seiner *Kritik des Gothaer Programms* folgende Frage: „Welche Umwandlung wird das Staatswesen in einer kommunistischen Gesellschaft erleiden? Mit anderen Worten, welche gesellschaftlichen Funktionen bleiben dort übrig, die den jetzigen Staatsfunktionen analog sind?“ Hier – wie Maihofer betont – setzt Marx den Staat in der kommunistischen Gesellschaft vielmehr voraus. Auf diese Frage gibt Marx folgende Antwort: „Diese Frage ist nur wissenschaftlich zu beantworten und man kommt dem Problem durch tausendhafte Zusammensetzung des Wortes Volk mit dem Wort Staat auch nicht um einen Flohsprung näher.“ Folgerichtig spricht Marx vom „zukünftigen Staatswesen der kommunistischen Gesellschaft“; für ihn geht es um den zukünftigen Staat des endlich erreichten „Reiches der Freiheit“,

den menschlichen Staat und das menschlicher Recht einer zur vollen Menschlichkeit befreiten Gesellschaft, nicht mehr die Klassengesellschaft der Unfreiheit und Ungleichheit, sondern im Gegenteil um eine klassenlose Gesellschaft der Freiheit und Gleichheit.

Der Angriff des *Kommunistischen Manifests* richtet sich gegen das kapitalistische Recht und gegen den kapitalistischen Staat: „*Euer Recht (ist) nur zum Gesetz erhobener Wille eurer Klasse ..., ein Wille, dessen Inhalt gegeben ist in den materialen Lebensbedingungen eurer Klasse.*“

Meiner Ansicht nach bezieht sich die bekannte Engelsche These vom Absterben des Staates und des Rechtes („*an die Stelle der Regierung über Personen tritt die Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsprozessen. Der Staat wird nicht abgeschafft, er stirbt ab*“) vor allem nur auf den Staat, wenn auch im Marxismus das Recht nur ein Staatsrecht ist. Und weiter: diese „*Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsprozessen*“ wird doch auch eine wirksame Normenordnung brauchen. Und was für eine? Offensichtlich wieder eine rechtliche. Damit stehen im vollen Einklang diese Worte des *Kommunistischen Manifests*: „*Sind im Laufe der Entwicklung die Klassenunterschiede verschwunden und ist alle Produktion in den Händen der assoziierten Individuen konzentriert, so verliert die öffentliche Gewalt den politischen Charakter ... Anstelle der alten bürgerlichen Gesellschaft mit ihren Klassen und Klassengegensätzen tritt eine Assoziation, worin die freie Entwicklung eines die Bedingung für die freie Entwicklung aller ist.*“ Anstelle des Staates wird hier also eine „Assoziation“ betreten, welche aber wieder eine wirksame Ordnung brauchen wird, und wir wissen, dass das nur die Rechtsordnung sein kann. Wahrscheinlich geht es nur um eine terminologische Frage und es hat keinen Sinn anstelle des Terminus „Recht“ einen anderen für einen Begriff, dessen Inhalt derselbe sein wird, auszudenken.

Im Einklang mit diesem Standpunkt scheint auch die Meinung von W. A. Tumanow zu sein (*Bürgerliche Rechtsideologie*, 1975, S. 88): „*Das Absterben des Rechts bedeutet nicht, dass alle diejenigen gesellschaftlichen Regeln, die jetzt als Rechtsnormen auftreten, in der zukünftigen Gesellschaft nicht mehr bestehen werden. Selbstverständlich entfallen einige von ihnen, denn es verschwinden ja auch diejenigen sozialen Faktoren, die sie notwendig*

*machen. Andere jedoch, die die wesentlichsten allgemein menschlichen Regeln des sozialen Gemeinschaftslebens ausdrücken, werden erhalten bleiben.*“ Nach Tumanow bedeutet die Tatsache, dass der Marxismus im Verhältnis zur ökonomischen Basis das Recht als eine auf der Ökonomie entstehende soziale Erscheinung betrachtet, durchaus nicht seine Unterstützung, auch nicht dass es zu dem „zweitrangigen“ Faktoren des gesellschaftlichen Lebens gehört.

**VI.** Wenn man nun zum Versuch einer eigenen Lösung dieser Grundfrage nach dem Sinn und Zweck zutritt – was ein anderer Ausdruck für das Thema „Das Recht und die Zukunft der Gesellschaft“ ist – ist es zweckmäßig sich zuerst einige Ausgangspunkte zu vergegenwärtigen:

1. Unter Recht verstehen wir nur das „positive“ Recht, d. h. eine Objektivierung des objektiven Rechtsgeistes, nämlich eine Objektivierung in der Form des geschriebenen Rechts oder des Gewohnheitsrechts. Recht ist weder der objektive Rechtsgeist als solcher noch die Idee (Normidee) des Rechts. Auch das Naturrecht ist kein Recht.
2. Das Recht (die Rechtsordnung selbst ist der objektivierter Rechtsgeist) ist freilich in wesentlicher Weise im objektiven Rechtsgeist (im Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Gemeinschaft und in der derzeitigen wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung als dem progressivsten Teil des objektiven Rechtsgeistes) verankert. Besonders das Verhältnis des Rechts zu der Revolution kann man auf der Basis dieser gegenseitigen Verbundenheit des objektiven und objektivierten Rechtsgeistes begreifen und erklären. Der objektivierter Rechtsgeist, der sich definitiv von seiner Grundlage, die der objektive Rechtsgeist bildet, loslöst, ist letzten Endes nach einem kürzeren oder längeren Prozess zum Tode verurteilt, wenn er sich nicht entscheidet, aus eigener Initiative sich zu renovieren.
3. Man geht vom Primat des Völkerrechts aus; das bedeutet, dass im Stufenbau des Rechts die einzelnen Staatsrechtsordnungen unter den Schichten des Völkerrechts stehen.

4. Es ist zweckmäßig und auch notwendig für das Gebiet der staatlichen Rechtsordnungen, von dem Dictum *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* auszugehen. Es handelt sich um einen Grundsatz, in dem die Idee der Rechtssicherheit sich sehr deutlich manifestiert. Man muss sich allerdings vergegenwärtigen, dass die Idee des Rechts sich auch aus den Ideen der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen und der Zweckmäßigkeit zusammensetzt. Diese Ideen sind im – dem Menschen zugänglichen – Begreifen bis zu einem gewissen Maß antinomisch oder weisen eine Polarität auf. So erfordert die Idee der Rechtssicherheit unbedingt das Respektieren des Grundsatzes *nulla poena sine lege* auszugehen. Es handelt sich um einen Grundsatz, in dem die Idee der Rechtssicherheit sich sehr deutlich manifestiert. Man muss sich allerdings vergegenwärtigen, dass die Idee des Rechts sich auch aus den Ideen der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen und der Zweckmäßigkeit zusammensetzt. Diese Ideen sind im – dem Menschen zugänglichen – Begreifen bis zu einem gewissen Maß antinomisch oder weisen eine Polarität auf. So erfordert die Idee der Rechtssicherheit unbedingt das Respektieren des Grundsatzes *nulla poena sine lege*, aber die Idee der Gerechtigkeit erfordert wieder, und zwar um jeden Preis, die Bestrafung der Tat gegen die Menschlichkeit. Man muss einen Ausgleich finden. Welchen? Der Grundsatz *nulla poena sine lege* gilt nur für die Staatsrechtsordnungen, er gilt nicht für das Völkerrecht. Diese verschiedene Beurteilung des Völkerrechts und des staatlichen Rechts, wenn es sich um die Geltung dieses Grundsatzes handelt, ist äußerst begründet. Dieser Grundsatz hat – schon mit Rücksicht auf tausendjährige Erfahrungen – volle Berechtigung im Falle, wenn es sich um die Staatsrechtsordnungen handelt, und zwar geradezu vom Standpunkt des Gedankens der Humanität. Im Gegenteil aber würde seine Durchsetzung auch für das Gebiet des Völkerrechts eine bedeutende Schwächung der Idee der Humanität bedeuten. Für das Völkerrecht ist es sinnlos, diesen Grundsatz – ebenso wie den Grundsatz von der Nichtrückwirkung der Gesetze – anwenden

zu wollen. Das würde bedeuten, sich in konkreten Fällen der Möglichkeit zu entziehen, gerade über das Völkerrecht die Taten gegen die Menschlichkeit bestrafen zu können.

Was folgt daraus? Vom Standpunkt der staatlichen Rechtsordnung kann man in solchen Fällen nicht strafen – mit Ausnahme der Fälle von *excès de pouvoir* (die Täter handelten zwar nach dem Befehl ihres Vorgesetzten, aber gegen die damals geltenden Rechtsvorschriften – siehe die Gräueltaten in Konzentrationslagern). Vom Standpunkt des Völkerrechts kann und soll man strafen. Das Verbot der Rückwirkung der Gesetze und der Grundsatz *nulla poena sine lege* gelten hier nicht.

5. Für uns ist die höchste Normidee die Normidee der konkreten Menschlichkeit, die als reines Sollen der Welt der Idealität angehört und in der realen Welt als die Idee der Humanität erscheint.

Die Normidee der konkreten Menschlichkeit hat hier Bestandteile, die eine vollkommene dialektische Einheit bilden: die Normidee der Sittlichkeit, die Normidee des Rechts, die Normidee des Schönen und die Normidee der Wahrheit und Richtigkeit.

In der realen Welt entspricht der Normidee der Sittlichkeit die Idee der Moral und die Moral als ein Inbegriff der Normen.

Der idealen Normidee des Rechts entspricht die reale Idee des Rechts und die Rechtsordnung als objektivierter Rechtsgeist und das Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Gemeinschaft einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung als objektiver Rechtsgeist.

Der idealen Normidee des Schönen entspricht die reale Idee des Schönen mit der Kunst.

Der Normidee der Wahrheit und Richtigkeit entsprechen in der realen Welt die reale Idee der Wahrheit und die reale Idee der (logischen) Richtigkeit.

Während die Normideen absolut, ewig und unabänderlich sind und die Endziele alles unseren Strebens, welche im Unendlichen liegen, bilden, ändern sich die realen Ideen der Moral (und die Moral als Inbegriff von Normen), des Rechts (und die Rechtsordnungen sowie

das Rechtsbewusstsein des Volkes), des Schönen und es ändert sich auch – mit fortwährender Vertiefung neuer Erkenntnis – das, was für wahr und richtig betrachtet wird.

6. Mit Rücksicht auf das Wesen des Menschen und seiner „Neigung zur Sünde“ kann es nicht die Moral mit ihrer realen Idee allein sein, die das Leben der Menschen zu garantieren imstande ist. Die Sanktion auf Nichteinhaltung der moralischen Normen besteht in Gewissensbissen. Aber bei manchen Menschen wirkt diese Sanktion überhaupt nicht oder nicht in genügender Art und Weise. Die Moralordnung ist für die Sicherung des Lebens der Gesellschaft und jedes konkreten Menschen (der Mensch kann nur in der Gesellschaft leben) nicht genügend. Tägliche Erfahrung bestätigt es.

Aber auch die Ordnung der Sitte stellt keine genügende Garantie dar. Diese Ordnung will nur weniger wichtige „Güter“ schützen, wie schon Rudolf Jhering feststellte, und dann ist ihre Sanktion, die im nichtorganisierten Zwang besteht, keineswegs genügend.

Was ermöglicht uns also das Zusammenleben der Menschen, wenn weder die Moral noch die Sitte mit genügenden Sanktionsmitteln ausgestattet sind?

Auf diese Frage lautet die einzige Antwort: die Rechtsordnung, das Recht. Von den drei Hauptsystemen der gesellschaftlichen Normen (Moral, Sitte und Recht) ist es ausschließlich die Rechtsordnung, die diese Aufgabe zu erfüllen imstande ist.

Der Zweck und die Sendung des Rechts sind daher: das Leben der Menschen als Menschen auf dieser Erde sicherzustellen. Die Idee und die kategorische Pflicht, das Zusammenleben zu garantieren, sind in der Idee des Rechts und in der Idee der Humanität, die beide der realen Welt angehören, ausgedrückt. Es ist sicher, dass einer von den Zwecken des Rechts als eines Phänomens ist, diesen realen Ideen zu dienen. In diesem Sinn ist dieser erste Zweck des Rechts dem Recht als einem Phänomen transzendent.

Alle Ideen und Ordnungen von Normen, die der realen Welt angehören, also auch die Idee des Rechts und das Recht als eine Ordnung von Normen, das Recht als Phänomen, sind mit der abgeleiteten Normativität

ausgestattet – nur aus dem Grund, dass sie zu ihren, der Welt der Idealität gehörenden Normideen tendieren. Sonst wären sie bloße nichtnormative Realitäten. Daher sind auch die Idee des Rechts und das Recht selbst als Phänomen solche nur wegen ihrer Tendenz, wegen ihrer Beziehung zur Normidee des Rechts, welche Beziehung transzendent ist. Ebenso ist auch der zweite Zweck des Rechts (der Normidee des Rechts und dadurch der Normidee der konkreten Menschlichkeit zu dienen) transzendent.

Es entsteht die Frage: sind daher alle, die die Immanenz des Zwecks des Rechts behaupten, im Irrtum? Sie sind wirklich im Irrtum, aber nur in dem Sinne, wenn sie vom Recht als einem Phänomen sprechen.

Was aber die Idee, bzw. Normidee des Rechts betrifft, ist der Zweck des Rechts diesen Ideen immanent. Der Zweck des Rechts ist in der Normidee des Rechts enthalten.

Wir kommen also zum Ergebnis: Der Zweck des Rechts ist dem Recht als einem Phänomen transzendent, obzwar man auch hier eine Beschränkung begegnet: das Phänomen des Rechts muss notwendigerweise zu seiner Idee und Normidee tendieren; diesen Ideen ist es immanent. Ohne die absolute ideale Normidee könnte auch nicht die relative, reale Idee existieren. Die Relativität setzt die Absolutheit voraus. Überall ist die Beziehung auf die Normidee dem Relativen, Positiven, Realen schon immanent.

Hier überall eröffnet sich eine geschichtliche Aufgabe für die Rechtsphilosophen. Besonders hat die Ausarbeitung der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung, dieses Bahnbrechers und Wegweisers für das allgemeine Rechtsbewusstsein des Volkes der betreffenden Gemeinschaft, eine grundlegende Bedeutung für die Zukunft der ganzen Gesellschaft und daher jedes konkreten Menschen. Es ist selbstverständlich, dass die Ausarbeitung und nie aufgehörende Vervollkommnung dieser rechtlichen Weltanschauung Angelegenheit derjenigen sein muss, die durch das lange, unermüdliche Studium des Rechts ihrem Volk mit Gerechtigkeit, Freiheit des konkreten Menschen, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit zu dienen lernten. Ich möchte auf die Worte Savignys aufmerksam machen, dass der Geist und die Bildung des Juristenstandes wichtiger ist als alle Vorschriften sein können.



# Literaturverzeichnis

Aster: *Die Philosophie der Gegenwart* (1935).

Baratta: Natur der Sache und Naturrecht. In: Kaufmann (Hg.): *Die ontologische Begründung des Rechts* (1965).

Bauch: Das Rechtsproblem in der Kantschen Philosophie. *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*. Jg. III, 1920.

Bergbohm: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892).

Bierling: *Juristische Prinzipienlehre I* (1894).

Bierling: *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* (1887).

Binder: *Philosophie des Rechts* (1925).

Cassirer (Hg.): *Immanuel Kants Werke* (1913–1923).

Cohen: *Ethik des reinen Willens* (1904).

Cohen: *Kommentar zu Kants Kritik der praktischen Vernunft* (1907). 2. Aufl. (1917).

Cohen: *System der Philosophie, I. Teil. Logik der reinen Erkenntnis* (1902). 3. Aufl. (1922); *II. Teil. Ethik des reinen Gefühls, 2. Bd.* (1912).

Coing: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 3. Aufl. (1966).

Comte: *Cours de philosophie positive* (1840–1842).

Comte: *Système de politique positive* (1851–1854).

Cossio: *El Derecho judicial* (1945).

Ebenstein: *Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre* (1938).

- Ehrlich: *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913).
- Ermacora: Die Grundrechte in der Verfassung 1919/20. In: *Die österreichische Verfassung von 1918 bis 1938* (1980).
- Fechner: *Rechtsphilosophie* (1956).
- Fichte: *Die beiden Einleitungen in die Wissenschaftslehre* (1797).
- Hartmann: *Das Problem des geistigen Seins* (1932).
- Hartmann: *Der Aufbau der realen Welt* (1942).
- Hartmann: *Ethik* (1926).
- Hartmann: *Neue Wege der Ontologie* (1942).
- Hartmann: *Systematische Philosophie in eigener Darstellung* (1935).
- Hartmann: *Teleologisches Denken* (1952).
- Hartmann: *Zur Grundlegung der Ontologie* (1935).
- Henkel: *Einführung in die Rechtsphilosophie*. 2. Aufl. (1977).
- Höföding: *Dějiny novověké filosofie* [Geschichte der neuzeitlichen Philosophie] (1926).
- Hoppe: *Přirozené a duchovní základy světa* [Die natürlichen und die geistigen Grundlagen der Welt] (1925).
- Kallab: Právní věda a věda o právu [Die Rechtswissenschaft und die Wissenschaft vom Recht]. *Časopis pro právní a státní vědu*. Jg. XVIII (1935).
- Kallab: *Úvod ve studium metod právnických I* [Einführung in das Studium der juristischen Methode I] (1920).
- Kaufmann (Hg.): *Die ontologische Begründung des Rechts* (1965).

- Kelsen: *Allgemeine Staatslehre* (1925).
- Kelsen: *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).
- Kelsen: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922).
- Kelsen: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928).
- Kelsen: Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*. Jg. 40 (1916).
- Kelsen: *General Theory of Law and State* (1945).
- Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsätze* (1911).
- Kelsen: Recht und Logik. *Forum* (Wien). 12. Jg. (1965).
- Kelsen: *Reine Rechtslehre* (1934).
- Kelsen: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. Aufl. (1929).
- Klaus: Logik. In: Klaus-Buhr (Hg.): *Philosophisches Wörterbuch*. Bd. 2, 10. Aufl. (1974)
- Kubeš: Das Recht und die Zukunft der Gesellschaft. In: *ARSP, Beiheft, Neue Folge* Nr. 11 (A Selection of papers presented to the Extraordinary World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy held in Sydney and Canberra, Australia, on 14.–21. 8. 1977) (1979).
- Kubeš: Die Brünner Schule der Reinen Rechtslehre. In: Kubeš-Weinberger (Hg.): *Die Brünner rechtstheoretische Schule (Normative Theorie)* (1980).
- Kubeš: *Die Grundfragen der Philosophie des Rechts* (1977).
- Kubeš: Die Logik im rechtlichen Gebiet. *öZöR*. Jg. 27 (1976).

Kubeš: *Die Rechtspflicht* (1981).

Kubeš: *Nemožnost plnění a právní norma* [Die Unmöglichkeit der Leistung und die Rechtsnorm] (1938).

Kubeš: *Právní filozofie 20. století (kantismus, hegelianismus, fenomenologie a teorie myšlenkového řádu)* [Die Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts – Kantianismus, Hegelianismus, Phänomenologie und die Theorie der Gedankenordnung] (1947).

Kubeš-Weinberger (Hrsg.): *Die Brünnner rechtstheoretische Schule (Normative Theorie)* (1980).

Lask: *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre, Gesammelte Schriften.* Bd. 2 (1911).

Lask: *Rechtsphilosophie* (1905).

Laun: *Recht und Sittlichkeit.* 3. Aufl. (1924).

Legaz y Lacambra: *Rechtsphilosophie* (1965).

Maihofer: *Recht und Sein* (1954).

Maihofer: *Vom Sinn menschlicher Ordnung* (1956).

Marcic: *Rechtsphilosophie. Eine Einführung* (1969).

Merkel: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: Verdross (Hg.): *Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift für Kelsen* (1931).

Moór: Das Logische im Recht. *Revue internationale de la Théorie du Droit.* Jg. 11 (1927/1928).

Moór: Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus. In: Verdross (Hg.): *Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift für Kelsen* (1931).

Moór: Reine Rechtslehre. Randbemerkungen zum neuen Werk Kelsens, *Zeitschrift für öffentliches Recht.* Jg. XV (1935).

- Natorp: *Vorlesungen über praktische Philosophie* (1925).
- Nelson: *Die Rechtswissenschaft ohne Recht* (1917).
- Nelson: *Kritik der praktischen Vernunft* (1917).
- Nelson: *System der philosophischen Rechtslehre und Politik* (1924).
- Nelson: *Über das sogenannte Erkenntnisproblem* (1908).
- Olivecrona: *Der Imperativ der Gesetze* (1942).
- Peschka: *Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie* (1974).
- Radbruch: *Rechtsphilosophie*. 3. Aufl. (1932).
- Radbruch: *Vorschule der Rechtsphilosophie*. 2. Aufl. (1959).
- Rickert: *Grundprobleme der Philosophie* (1934).
- Rickert: *System der Philosophie I* (1921).
- Römer: *Von Grundnormen und Normgründen. Zwei Kelsen-Symposien in Österreich. Demokratie und Recht* (1982).
- Ryffel: *Rechts- und Staatsphilosophie, Philosophische Anthropologie des Politischen* (1969).
- Salmond: *Jurisprudence*. 8. Aufl. (1930).
- Schreier: *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts* (1924).
- Schreier: *Kriterien des Rechts* (1924).
- Schreier: *Logik und Rechtswissenschaft* (1922).
- Schreier: *Methodenproblem der Sozialwissenschaften* (1932).
- Schreier: *Theorie der Rechtserfahrung oder Reine Rechtslehre* (1923).

Simmel: *Einleitung in die Morawissenschaft* (1892).

Somló: *Juristische Grundlehre* (1917).

Stammler: *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902).

Stammler: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (1922).

Stammler: Rechtsphilosophie. In: Stammler (Hg.): *Das gesamte deutsche Recht*. Bd. 1 (1931).

Stammler: *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge* (1925).

Stammler: *Theorie der Rechtswissenschaft* (1911).

Stammler: *Wirtschaft und Recht* (1896).

Stock: *Rechtsphilosophie* (1931).

Thon: *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* (1878).

Tomsa: *Nauka o právních vědách. Základy právní metodologie* [Die Lehre von der Rechtswissenschaft. Grundlagen der juristischen Methodik ] (1945).

Ueberweg-Oesterreich: *Die deutsche Philosophie des XIX. Jahrhunderts und der Gegenwart*. 12. Aufl. (1923).

Vecchio Del: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. 2. Aufl. (1951).

Verdross: *Abendländische Rechtsphilosophie*. 2. Aufl. (1963).

Verdross: *Statisches und dynamisches Naturrecht* (1971).

Verdross: Two Arguments for an Empirical Foundation of Natural Law Norms: An Examination of Johannes Messner's and Victor Kraft's Approaches, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. Jg. 3 (1975).

Walter: Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre. *Rechtstheorie* (1970).

- Walter: Hans Kelsens Reine Rechtslehre. In: *Hans Kelsen zum Gedenken* (1974).
- Walter: Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich. *öZföR*. Jg. XVIII (1968).
- Weyr: *Teorie práva* [Theorie des Rechts] (1936).
- Weyr: *Základy filosofie právní* [Grundlagen der Rechtsphilosophie] (1920).
- Weyr: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, *Archiv des öffentlichen Rechts* (1908).
- Windelband-Heimsoeth: *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie* (1935).
- Winkler: *Sein und Sollen, Rechtstheorie* (1979).
- Winkler: *Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen* (1969).
- Wundt: *Ethik* (1903).
- Zippelius: *Das Wesen des Rechts*. 4. Aufl. (1969).
- Zippelius: *Rechtsphilosophie* (1982).

## **Wissenschaftliche Redaktion der Masaryk-Universität**

prof. PhDr. Jiří Hanuš, Ph.D. (Vorsitzender);  
doc. Ing. Pavel Bobál, CSc.; doc. Mgr. Pavel Caha, Ph.D.;  
Mgr. Michaela Hanousková; prof. PhDr. Vít Hloušek, Ph.D.;  
doc. RNDr. Petr Holub, Ph.D.; prof. MUDr. Lydie Izakovičová Hollá, Ph.D.;  
prof. PhDr. Tomáš Janík, Ph.D., M.Ed.; prof. PhDr. Tomáš Kubiček, Ph.D.;  
PhDr. Alena Mizerová; doc. Mgr. Markéta Munzarová, Dr. rer. nat.;  
doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.; Ing. Zuzana Sajdllová, Ph.D.;  
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.; prof. RNDr. Ondřej Slabý, Ph.D.;  
doc. Ing. Rostislav Staněk, Ph.D.; prof. PhDr. Jiří Trávníček, M.A.;  
doc. JUDr. PhDr. Robert Zbírál, Ph.D.

## **Editionsrat der Juristischen Fakultät der Masaryk-Universität**

doc. JUDr. PhDr. Robert Zbírál, Ph.D. (Vorsitzender);  
Mgr. Bc. Luboš Brim, Ph.D.; Mgr. David Čep, Ph.D.;  
JUDr. Mgr. Jakub Harašta, Ph.D.; doc. JUDr. Michal Janovec, Ph.D.;  
JUDr. Bc. Terezie Smejkalová, Ph.D.; doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.;  
JUDr. Dominik Židek, Ph.D.

# **SYSTEM DER RECHTSPHILOSOPHIE IN GEKÜRZTER DARSTELLUNG**

**Vladimír Kubeš**

Jaromír Tauchen [Hrsg.]

Fassung des Originalmanuskripts, redaktionell  
überarbeitet und ergänzt von  
doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.

Herausgegeben von der Masaryk-Universität  
Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno  
im Jahre 2025

Schriften der Juristischen Fakultät der Masaryk-Universität  
Schriftenreihe Reminiscentia iuridica, Band Nr. 8

1. elektronische Auflage, 2025

ISBN 978-80-280-0706-5 (online ; pdf)  
[www.law.muni.cz](http://www.law.muni.cz)

In den achtziger Jahren vollendete Vladimír Kubeš (\*1908–†1988), ursprünglich Zivilrechtler, später Verfassungsrechtler und vor allem Rechtsphilosoph, sein „Meisterwerk“ System der Rechtsphilosophie in gekürzter Darstellung, das er auf Deutsch verfasste, da keine Aussicht bestand, dass es jemals in der sozialistischen Tschechoslowakei erscheinen würde.

Der erste Teil dieses Werks widmet sich der begrifflichen Bestimmung der Rechtsphilosophie sowie ihren Aufgaben und grenzt sie von den einzelnen Rechtswissenschaften ab. Im zweiten Teil erörtert Kubeš die grundlegenden Ausgangspunkte der Rechtsphilosophie. Der dritte Teil enthält die Ontologie des Rechts, während der vierte Teil der Theorie des Rechts gewidmet ist. Der abschließende fünfte Teil konzentriert sich schließlich auf die Axiologie des Rechts. Das Buch schließt mit einer Reflexion über den Sinn und Zweck des Rechts und zeigt, dass nur das Recht die Zukunft der menschlichen Gesellschaft sichern kann.

Ursprünglich der Brünner Schule der normativen Theorie angehörend, gelang es Kubeš, sich teilweise von deren Rahmen zu lösen und eine eigene Konzeption der Rechtsphilosophie zu entwickeln. Sein Ansatz, der von Schopenhauer, Hegel und insbesondere von Nicolai Hartmanns Theorie der Schichten des Seins beeinflusst war, brachte eine neue Perspektive in die damalige Rechtsphilosophie ein. Obwohl sich die Rechtsphilosophie in den fast fünfzig Jahren seit der Abfassung dieser Monografie erheblich in andere Richtungen entwickelt hat, bleiben Kubeš' Ideen inspirierend und bieten wertvolle Anregungen für die heutigen Debatten über das Recht und seine Rolle in der Gesellschaft.

MUNI  
PRESS

MUNI  
LAW

