



Rudolf Hamann

FESTGABE
für
RUDOLF STAMMLER
ZUM 70. GEBURTSTAGE

am 19. Februar 1926

★

Herausgegeben von
Edgar Tatarin-Tarnheyden

Alles was die Menschen eint, ist das
Gute und Schöne, — alles was sie
trennt, das Böse und Häßliche.
(Leo Tolstoi an Romain Rolland,
d. 4. 10. 1887.)



Berlin und Leipzig 1926
Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung — Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.

RUDOLF STAMMLER,

dem tiefen wissenschaftlichen Denker und glänzenden Systematiker, dem Bahnbrecher für eine Überwindung des materialistischen Denkens und des nackten Rechtspositivismus, dem Aufzeiger der Rechtsidee als des Leitsterns für eine Bewertung und Fortbildung bestehenden Rechts, entbieten wir zu seinem 70. Geburtstage in Dankbarkeit für alles, was wir von ihm empfangen, verehrungsvolle Grüße. Es sind unter uns solche, die als Schüler in ehrfürchtiger Bewunderung dem großzügigen Lehrer gelauscht und aus diesen Stunden Werte für ihre Wissenschaft und für ihr Leben mitgenommen haben. Es sind unter uns solche, die für ihn durch seine Schriften und seine Vorträge Bewunderung gewonnen haben, und solche, die ihn als Kollegen lieben und schätzen gelernt haben. Es sind unter uns endlich solche, die vor allem Stammler, dem Menschen und dem Freunde ihre Huldigung darbringen wollen.

Dr. A. Affolter, Bundesrichter, Lausanne.

Dr. Paul Althaus, o. Professor der systemat. Theologie, Erlangen.

Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c. Gerhard Anschütz, Geh. Justizrat, o. Professor des Staats- und Verwaltungsrechts, Heidelberg.

Dr. Elemér Balogh, o. Professor der Rechte, Univ. Kaunas (Kowno, Litauen), Generalsekretär der Académie Internationale de droit comparé.

Dr. José Ramon Perez Bances, Publizist, Madrid.

Dr. Bruno Bauch, o. Professor der Philosophie, Jena.

Dr. Wilh. Eduard Biermann, o. Professor der Nationalökonomie, Greifswald.

- Dr. Wilhelm v. Blume, o. Professor der Rechte, Tübingen.
 Dr. Gabriel Bonilla Marin, o. Professor des Prozeßrechts, Univ. Granada.
 Dr. jur. et phil. Bovensiepen, Oberlandesgerichtsrat, Kiel.
 Dr. G. J. van Brakel, Amtsrichter, Rotterdam.
 Dr. Juan A. Bravo, Publizist, Madrid.
 Dr. Walther Burckhardt, o. Professor des Staats- und Völkerrechts, Bern.
 Dr. Karl Bürke, Professor, d. Z. Rektor der Handels-Hochschule, St. Gallen.
 Dr. Fritz van Calker, Geh. Justizrat, o. Professor des Strafrechts, München.
 Dr. Laureano Diez Canseco, o. Professor der Rechtsgeschichte, Madrid.
 Dr. José Castillejo Duarte, o. Professor des röm. Rechts, Madrid.
 Dr. José Alvarez Cienfoegos, o. Professor der polit. Ökonomie, Univ. La Laguna, Spanien.
 Dr. J. B. Cohen, o. Professor der Rechte, Groningen.
 Dr. Eugenio Di Carlo, o. Professor der Rechtsphilosophie, Univ. von Camerino, Palermo.
 Dr. Karl Diehl, Geh. Hofrat, o. Professor der Nationalökonomie, Freiburg i. Br.
 Dr. Alexander Graf zu Dohna, o. Professor der Rechte, Heidelberg.
 Dr. Joseph Horace Drake, Professor der Rechte, University of Michigan, Ann Arbor (Ver. Staaten v. Amerika).
 Dr. Alexander Elster, Verlagsdirektor, Walter de Gruyter & Co., Berlin.
 D. Dr. Ludwig Elster, Wirkl. Geh. Ober-Regierungsrat, o. Professor der Nationalökonomie, z. Zt. Jena.
 Dr. jur. et phil. Carl Aug. Emge, ao. Professor der Philosophie und Soziologie, Jena.
 Dr. Hans Fehr, o. Professor der Rechtsgeschichte und des Handelsrechts, Bern.
 Dr. Hans Erich Feine, o. Professor der Rechte, Rostock.

- Dr. August Finger, Geh. Justizrat, o. Professor der Rechte, Halle a. S.
- Dr. Fritz Fleiner, o. Professor der Rechte, Zürich.
- Dr. Antonio Flores de Lemus, o. Professor der Volkswirtschaftslehre, Madrid.
- Dr. Gabriel Franco Y Lopez, o. Professor der polit. Ökonomie, Univ. Murcia, Spanien.
- Dr. Heinrich Gerland, o. Professor der Rechte, d. Z. Rektor der Universität Jena.
- Dr. H. G. Haenel, Privatdozent der Nationalökonomie, Greifswald.
- Dr. Ernst Hafter, o. Professor an der rechts- und staatsw. Fakultät, Zürich.
- Dr. Franz Haymann, o. Professor des röm. und bürg. Rechts und der Rechtsphilosophie, Köln a. Rh.
- Dr. Albert Hensel, ao. ö. Professor der Rechte, Bonn a. Rh.
- Dr. jur. et phil. Albert Hesse, o. Professor der Nationalökonomie, Breslau.
- Dr. Ernst Heymann, Geh. Justizrat, o. Professor der Rechte, Berlin.
- D. Emanuel Hirsch, o. Professor der Kirchengeschichte, Göttingen.
- D. Dr. Karl Holl, Geh. Konsistorialrat, o. Professor der Kirchengeschichte, Berlin.
- Dr. jur. et phil. Rud. Joerges, Professor der Rechte, Halle a. S.
- Dr. Theodor Kipp, Geh. Justizrat, o. Professor der Rechte, Berlin.
- Dr. Fritz Klingmüller, o. Professor der Rechte, Greifswald.
- Burchard v. Klot, Bezirksrichter, Riga.
- Dr. jur. et rer. pol. Kracht, Landrat, Heide i. Holstein.
- Otto Lautz, Gerichtsassessor a. D., jur. Beirat der Loeser und Wolff G. m. b. H., Berlin.
- Dr. Arthur Liebert, Professor, Dozent der Philosophie, Kultur- und Kunstgeschichte an der Handels-Hochschule, stellv. Geschäftsführer der Kant-Gesellschaft, Berlin.

- Dr. jur. et phil. **Moritz Liepmann**, o. Professor der Rechte, Hamburg.
- Dr. **F. Litten**, o. Professor der Rechte, d. Z. Rektor der Universität Königsberg.
- D. Friedrich Mahling**, Geh. Konsistorialrat, o. Professor der praktischen Theologie, Berlin.
- Dr. **Alfred Manigk**, Geh. Justizrat, o. Professor der Rechte, d. Z. Rektor der Universität Breslau.
- Dr. **Fritz Freiherr Marschall von Bieberstein**, o. Professor der Rechte, Freiburg i. Br.
- Dr. **Enrique Martinez Paz**, Professor der Rechtsphilosophie und der vergleichenden Wissenschaft des Zivilrechts, Univ. Córdoba (Argentinien) und Mitglied des Tribunal Superio de la Provincia.
- Dr. **Fritz Medicus**, o. Professor der Philosophie an der Techn. Hochschule Zürich.
- Dr. **v. Oppen**, Oberregierungsrat, Düsseldorf.
- Dr. **Albert Pagel**, Berlin-Halensee.
- Dr. **H. F. Pfenniger**, Staatsanwalt und Privatdozent, Zürich.
- Dr. jur. et philos. h. c. **Leo Polak**, Professor der Rechtsphilosophie, Leiden.
- Dr. **Leo Raape**, o. Professor der Rechte, Hamburg.
- Dr. **Paul Rehme**, Geh. Justizrat, o. Professor der Rechte, Leipzig.
- Dr. jur. et phil. **Hans Reichel**, o. Professor der Rechte, Hamburg.
- Dr. **Max v. Rümelin**, Staatsrat, o. Professor der Rechte, Kanzler der Universität Tübingen.
- Dr. **W. Roces**, o. Professor des röm. Rechts, Univ. Salamanca.
- Dr. **Alberto J. Rodriguez**, o. Professor der Rechte, Univ. Buenos Aires.
- Dr. **Enrique Rodriguez Mata**, o. Professor der polit. Ökonomie, Univ. Salamanca.
- Dr. **J. M. J. Schepper**, Professor der Rechtsphilosophie und des Strafrechts an der Hochschule Batavia, Java.

- Mr. Gerbert Scholten, Richter in der Arrondissement-Rechtsbank, 's Gravenhage (Holland).
- Mr. Paul Scholten, o. Professor der Rechte, Amsterdam.
- Dr. P. A. Schulz-Wilmersdorf, Schriftsteller, Vorsitzender der Rechtsphilosophischen Gesellschaft, Berlin.
- D. Dr. Hermann Schwarz, Geh. Regierungsrat, o. Prof. der Philosophie, Greifswald.
- D. Dr. jur., med., phil. h. c. Reinhold Seeberg, Geh. Konsistorialrat, o. Professor der Theologie, Berlin.
- Dr. Allan Serlachius, o. Professor der Rechte, Helsingfors.
- Wladimir G. Simkhovitch, Professor der Nationalökonomie an der Columbia-Universität, New York.
- D. D. phil. h. c. Carl Stange, o. Professor der Dogmatik, Ethik, Religionsphilosophie, Göttingen.
- Dr. h. c. Stolzmann, Senatspräsident a. D., Berlin.
- D. Dr. jur., Dr. phil. h. c. Ulrich Stutz, Geh. Justizrat, o. Professor des Deutschen und des Kirchenrechts, Berlin.
- Dr. Edgar Tatarin-Tarnheyden, o. Professor des Staats-, Verwaltungs- und Völkerrechts, Rostock.
- Dr. Ramon Carande Tovar, o. Professor der polit. Ökonomie, Univ. Sevilla.
- Dr. jur. et scient. polit. Heinrich Triepel, Geh. Justizrat, o. Professor der Rechte, Berlin.
- Dr. Augustin Vinuales Pardo, o. Professor der polit. Ökonomie, Univ. Granada.
- Dr. W. van der Vlugt, ehem. Professor der Rechtsphilosophie an der Universität Leiden, Oegstgeest (Holl.)
- Dr. Arthur Wegner, Privatdozent des Strafrechts, Hamburg.
- Dr. John C. H. Wu, Professor an der Comparative Law School of China, Shanghai,

VORREDE

Es ist meist nicht üblich, Festschriften eine Vorrede vorauszuschicken. Wenn in diesem Falle von dem Üblichen abgewichen wird, so sind die Gründe hierfür in den besonderen Verhältnissen zu erblicken, unter denen diese Festschrift zustande gekommen ist.

Sie wäre nicht möglich gewesen ohne großherzige Opfer von dritter Seite. Abgesehen von der entgegenkommenden Bereitwilligkeit zu solchen vonseiten des Verlages Walter de Gruyter & Co., Berlin, haben die Notgemeinschaft der Deutschen Wissenschaft und ein dem Jubilar befreundeter Gönner, Kommerzienrat Hermann Stoltz in Hamburg für das Zustandekommen der Festschrift nennenswerte Mittel zur Verfügung gestellt. Es ist mir als Herausgeber eine angenehme Pflicht, allen dreien an dieser Stelle meinen wärmsten Dank auszusprechen.

Aber noch ein weiteres muß gesagt werden. Es hätte der Weltgeltung der Stammlerschen Lehre entsprochen, diese Festschrift über den Rahmen eines deutschen Mitarbeiterkreises hinaus zu erstrecken. Die Schwierigkeiten ihres Zustandekommens gestatteten mir aber erst verhältnismäßig spät mich mit dem Auslande in Verbindung zu setzen, und da war es nicht mehr möglich zur Lieferung von wissenschaftlichen Beiträgen aufzufordern, ganz abgesehen davon, daß auch mehrere Inländer, die, wie sich später ergab, gern an der Festschrift mitgewirkt hätten, infolge des beschränkten Raumes zu derselben nicht mehr herangezogen werden konnten. Aber wenigstens ist in der die Festschrift einleitenden Begrüßung einem verhältnismäßig großen Kreise von Stammlerschülern und -freunden des In- und Auslandes die Möglichkeit geboten worden, dem hochverehrten Jubilar auf

diese Weise ihr treues Gedenken zu bezeugen. Manche vielleicht werden ihren Namen auch an dieser Stelle schmerzlich vermissen. Aber leider ließ sich das nicht vermeiden — ist doch die Zahl der Schüler, Verehrer und Freunde Rudolf Stammers in allen Ländern und Erdteilen eine unübersehbare. Manche, an die ich mich gewandt habe, hätten wenigstens gern einen eigenen begrüßenden Text in der Festschrift gesehen. Auch das verbot sich durch den zur Verfügung stehenden Raum.

Es sei mir aber doch nicht versagt, aus dem Kreise der zahlreich an mich aus diesem Anlaß gerichteten Zuschriften zwei besonders hervorzuheben, die mir charakteristisch zu sein scheinen für die Saat, die mein hochverehrter Lehrer Rudolf Stammler weit über das Antlitz dieser Erde gestreut hat und deren reiches Aufgehen ihm nun noch in Frische zu erleben vergönnt ist. Es hat auf mich tiefen Eindruck gemacht, als mir der Professor an der Comparative Law School of China in Shanghai Dr. John C. H. Wu auf mein Schreiben, in dem ich Rudolf Stammler als „den berühmtesten unter den deutschen Rechtsphilosophen“ bezeichnet hatte, antwortete:

„Der berühmteste nicht nur unter den deutschen Rechtsphilosophen, sondern unter den Rechtsphilosophen der ganzen Welt. Ich habe öfters erklärt, daß Deutschland mein zweites Vaterland ist! Warum? Weil ich geistig deutsch gebildet bin. Ich kann nie meinen lieben Meister vergessen. Der König der Rechtsphilosophie soll hoch leben!“

Und nicht weniger bewegte es mich, als ich an der Spitze der Ausführungen, die der Generalsekretär der Académie internationale de droit comparé Professor Dr. Elemér Balogh seinem Lehrer gern als persönliche Huldigung im Rahmen der Festschrift dargebracht hätte, das schöne Zitat des Seneca las:

Aliquis vir bonus nobis eligendus est ac semper ante

oculos habendus, ut sic tanquam illo spectante vivamus
et omnia tanquam illo vidente faciamus.

Wer solche Anerkennung erntet, hat nicht umsonst
gelebt. Er hat der Welt gedient und damit — vor allem
auch — seinem deutschen Vaterlande.

Rostock i. M. im Januar 1926.

Der Herausgeber.

INHALT

	Seite
Die Idee des Naturrechts. Von Alfred Manigk, Geh. Justizrat, o. Professor in Breslau	I
Über die Idee (Das regulative Prinzip). Von C. A. Emge, ao. Professor in Jena	31
Das Problem der richtigen Politik. Von Fritz van Calker, Geh. Justizrat, o. Professor, München	71
Die Wert- und Preislehre in nationalökonomischer und juristischer Be- trachtungsweise. Von Karl Diehl, Geh. Hofrat, o. Professor in Frei- burg i. Br.	105
Gegenstand und Aufgabe der Nationalökonomie. Von Albert Hesse, o. Professor in Breslau	151
Recht und Wirtschaft in ihrer Bedeutung für die Ausbildung der Juristen, Nationalökonomien und Techniker. Von Ernst Heymann, Geh. Justiz- rat, o. Professor in Berlin	205
Gottesurteil und Folter. Von Hans Fehr, o. Professor in Bern	231
Der neueste Strafgesetzentwurf im Lichte des „richtigen Rechts“. Von Alexander Graf zu Dohna, o. Professor in Heidelberg	255
Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Von Hans Reichel, o. Professor in Hamburg	281
Zur Reform des Rechts der unehelichen Kinder. Von Theodor Kipp, Geh. Justizrat, o. Professor in Berlin	359
Die Mehrheitsentscheidung. Ihr Sinn und ihre Schranke. Von Franz Hay- mann, o. Professor in Köln	395
Staat und Recht in ihrem begrifflichen Verhältnis. Von Edgar Tatarin- Tarnheyden, o. Professor in Rostock	477

DIE IDEE DES NATURRECHTS.

Von

ALFRED MANIGK.

„Das Naturrecht, das die Aufgabe eines Richtmaßes und eines vorbildlichen Zieles übernimmt, kann allerdings neben dem geltenden Recht bestehen; es schmälert dessen formale Geltung gar nicht. Seine Geltung ist eine Geltung anderer Art, als diejenige des positiven Rechts, mit der sie keineswegs unverträglich ist.“

Stammler, Wirtschaft und Recht. II. Aufl. 1906. S. 170.

I.

Trotz aller darauf verwandten Bemühungen sind weder Rechtswissenschaft noch Rechtsphilosophie mit dem Problem des Naturrechts fertig geworden. Trotz Savignys Schulenkampf gegen das Naturrecht mußte Bergbohm es 1892 beklagen, daß das Naturrecht immer noch lebendig sei, und es ist trotz dessen radikalen Vernichtungsversuches und trotz der herrschenden Rechtsauffassung heute lebendiger denn je. Die gegenwärtige Naturrechtsstimmung wird einerseits durch den Freirechtsmodernismus genährt, andererseits durch eine seit dem Ende des Weltkrieges erwachsene gesetzesfeindliche Einstellung des Volkstums. Diese hatte sich schon während des Krieges infolge vielfacher Mißgriffe der dem Einzelnen zuviel zumutenden Wirtschaftsgesetzgebung eingestellt. Sie mußte ferner als Reaktion auf die Tatsache der Staatsumwälzung in weiten Kreisen des Volkes die Grundstimmung beherrschen. Die vielberufenen Ermächtigungsgesetze schienen die Idee des Rechtsstaates zu erschüttern. Jüngst vollends sprach James Goldschmidt¹⁾

¹⁾ Jur. Wochenschr. 1924. S. 245.

gar von „Gesetzesdämmerung“. Es war neuartig, daß die Richter des Reichsgerichts gegenüber dem von der Reichsregierung angekündigten gesetzlichen Verbote der Aufwertung ihre richterliche Opposition in Aussicht stellten, indem sie ein solches Gesetz als mit Treu und Glauben nicht vereinbar erklärten. Eine Reihe von gesetzlichen Maßnahmen, insbesondere die Abgeltungsverordnung vom 24. Oktober 1923, waren in den letzten Jahren in Entscheidungen höherer Gerichte für rechtsungültig erklärt worden. Die seit dem 16. Jahrhundert neu begründete, im griechischen Altertum wurzelnde Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes wird mobil gemacht. Das Richterkönigtum wird als Waffe gegen den Gesetzesabsolutismus aufgerufen. Wenn es solchem Kampfesruf gegenüber auch nicht an besonnenen Stimmen fehlt¹⁾, so kann nicht geleugnet werden, daß das Naturrechtsproblem zu einer höchst praktischen Frage der Rechtsmethodik geworden ist. Das Pandektenjahrhundert wird durch das Jahrhundert einer philosophischen Jurisprudenz abgelöst werden.

Nach den auf Rudolf Stammers Lehre aufbauenden Vorarbeiten kann es heute keinem Zweifel mehr unterliegen, daß die Frage des Verhältnisses des Naturrechts zum positiven Recht in dem Problem der Geltung wurzelt. In dem als Motto vorangestellten Satze stellt Stammler zwei Arten der Geltung gegenüber und spricht — ähnlich wie Aristoteles — von dem Bestehen des Naturrechts neben dem positiven Recht. Dieser Satz in Verbindung mit späteren in der „Lehre vom richtigen Recht“ auftretenden Gesichtspunkten²⁾ hat ihn dem Vorwurf ausgesetzt, daß er den Rationalismus restauriere. Indessen in diesem Vorwurf wirkten erhebliche Mißverständnisse. Stammler hat dagegen auch darauf hingewiesen, daß Plato sein Naturrecht des

¹⁾ Beachtenswert jüngst H. Stoll, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, in Iher. Jahrb. 76, 134 ff., insbes. 139 Anm. 1, S. 187 f., 202 mit weiterer Literatur. Gegen die Freirechtsbewegung auch Binder, Philosophie des Rechts (1925). S. 987 ff.

²⁾ Gegen Kantorowicz' Kritik der L. v. richt. R. jetzt treffend Binder, Philosophie des Rechts S. 777 ff.

Staates und Kant sein rationalistisches Rechtssystem in durchaus anderem Sinne und Geltungsanspruch verkündet hätten als dies bei den meisten Naturrechtlern des 18. Jahrhunderts geschehen sei¹⁾. Die empirische Methode der historisch-positiven Jurisprudenz hätte mit der Widerlegung des absolutistischen Naturrechts Rousseaus oder Grotius' dasjenige Platons und Kants nicht widerlegt²⁾. Haben diese nur ein Maßstabsrecht empfohlen, während jene, wie es das ganze Mittelalter getan, für ihre Systeme wirkliche, und zwar sogar absolute Rechtsgeltung heischten? Auch der „Vater des Naturrechts“, dessen Hauptwerk vor 300 Jahren erschien, nahm für sein *ius belli ac pacis* wirkliche Rechtsgeltung in Anspruch und zwar aus zwei verschiedenen Gründen, weil er das Völkerrecht teils als positives, geschichtlich erwachsenes, in den einzelnen Ländern verschieden ausgestaltetes Recht ansah, teils als natürliches und als solches überall gleiches³⁾. Indessen wird es mangels klarem Bewußtsein der Fragestellung bei den Naturrechtlern oft gar nicht deutlich, welchen Geltungsanspruch sie erheben. Wenn aber Kant, bevor er sein Rechtssystem ausbreitet, nochmals hervorhebt, daß das Naturrecht auf lauter Prinzipien *a priori* beruhe⁴⁾, so nimmt er damit die Allgemeingültigkeit des Naturrechts in Anspruch, und es unterliegt keinem Zweifel, daß er auch in seinem Rechtssystem im einzelnen diesen Anspruch erhebt⁵⁾.

¹⁾ Stammer, *Wirtschaft und Recht* § 31. L. v. richtigen Recht 1902). S. 97, 104. *Lehrb. d. Rechtsphilosophie*. §§ 9 ff.

²⁾ Franz Haymann, *Ztschr. f. Rsphil.* I, 251.

³⁾ Hugo Grotius, *de iure b. ac p.* (1625) Proleg. 30: „*ea quae ex constituto veniunt a naturalibus recte separentur, nam naturalia, cum semper eadem sint, facile possunt in artem colligi: illa autem, quae ex constituto veniunt, cum et mutantur saepe et alibi alia sint, extra artem posita sunt . . .*“ Vgl. auch c. 46 und I. § 10.

⁴⁾ Einleitung i. d. Rechtslehre B. I (Philos. Bibl. Meiner, Bd. 42, S. 43.)

⁵⁾ Vgl. etwa die Deduktion des Besitzbegriffes ebenda Rechtslehre I, I. § 6 (a. a. O. S. 57). Vgl. auch § 36 (S. 116). § 9 (S. 65): „*Naturrecht im Zustande einer bürgerlichen Verfassung (d. i. dasjenige, was für die letztere aus Principien a priori abgeleitet werden kann) kann durch die statutarischen Gesetze der letzteren nicht Abbruch leiden.*“

Mochte inhaltlich gefülltes Recht als *lex aeterna* aus göttlicher Offenbarung abgeleitet oder seine Allgemeingültigkeit auf seiner aprioristischen Natur aufgebaut werden, immer mußte sich die Forderung der Superiorität des Naturrechts über dem positiven ergeben. Seine Überlegenheit schien in seiner zeitlichen und räumlichen Indifferenz zu liegen. Wie sie sich gegenüber dem positiven Recht auswirkte, war eine Frage, deren Beantwortung graduelle Verschiedenheiten zuließ. Solche scheinen die naturrechtlichen Systeme in der Tat widerzuspiegeln. Je stärker die Überzeugung des Autors sich für die Richtigkeit seiner *ratio* einsetzte, desto mehr steigerte sich der Geltungsanspruch und andererseits die Negation entgegenstehenden positiven Rechts.

Es muß gerade dem Naturrechtszeitalter zugestanden werden, daß es mehr als andere nach der Gesetzgebung gerufen hat. Der damals geschichtlich auftretende Rationalismus sah, am Ende seines Werkes stehend, statt der in Anspruch genommenen *ratio* eine unübersehbare Vielheit von *rationes*. Statt eines absoluten und dadurch sich rechtfertigenden Rechtssystems war eine Bibliothek literarischen Rechts entstanden, und die bange Frage an der Wende des 18. und 19. Jahrhunderts war: Welches Recht ist das richtige?

Das 18. Jahrhundert hatte aus dem Nährboden des Naturrechts wertvollste schöpferische Rechtsgedanken zur Geltung gebracht; aber es rief schließlich doch nach der staatlichen Gesetzgebung, damit sie jene Frage entscheide. Darin lag trotz all seines Reichtums an Gedankenstoff doch die eigene Bankerotterklärung des Naturrechts als Rechtsquelle. Man begann historisch zu fühlen, daß es sich um zwei verschiedenartige Geltungsansprüche handele.

Alle Naturrechtler, gleich ob sie in der Antike, im Mittelalter oder in der Gegenwart wurzeln, stützen den Geltungsanspruch des Naturrechts auf dessen Absolutheit. Das *δικαίον φυσικόν* gilt nach Aristoteles als *νόμος κοινός* unabhängig von menschlicher Erkenntnis, Anerkennung oder Satzung. Das *ius naturale* ist selbst der römischen Reichsgesetz-

gebung nach J. 1, 2 pr und § 1 und D. 1, 1, 3 das aus der naturalis ratio fließende, allen Lebewesen gemeinsame Recht. Die Theologen und Juristen des Mittelalters stehen im großen Ganzen auf dem Standpunkt, daß in der menschlichen ratio Gottes Stimme vernehmbar werde und dieses aus göttlichem Willen entspringende Recht die allem positiven Recht übergeordnete lex aeterna sei. Das Corpus iuris canonici definierte in dist. 1 c. 7: *ius naturale est ius commune omnium nationum eo quod ubique instincta naturae, non constitutione aliqua habetur*, und es schließt dafür Beispiele an, die an Justinians Gesetzgebung erinnern. Der gegenwärtig geltende Codex iuris canonici schreibt in can. 6, 6 § 1 vor: *Si qua ex ceteris disciplinariis legibus, quae usque adhuc viguerunt, nec explicitè nec implicitè in Codice contineatur, ea vim omnem amisisse dicenda est, nisi in probatis liturgicis libris reperiatur, aut lex sit iuris divini sive positivi sive naturalis*. Und nach c. 27, 1068 § 1, 1509 Z. 1 u. a. bleibt das ius naturale neben dem positiven Recht in Geltung.

Cathrein¹⁾ definiert dementsprechend das Naturrecht als „Summe von solchen bindenden Normen, die für die ganze Menschheit durch die Natur selbst und nicht erst infolge positiver Satzung, sei es von seiten Gottes oder von seiten der Menschen, gelten.“ Er verteidigt die Geltung des Naturrechts, gegen Bergbohm, als eines nicht nur seinsollenden, sondern wirklichen, geltenden, seienden Rechts. Ihm ist das Naturrecht trotz alles dessen, was einerseits seit Savigny, anderseits seit Kant dagegen eingewendet worden ist, auch heute noch das universelle, notwendige Vernunftrecht, aus dem sich alle positiven Gesetze ableiteten²⁾.

Indessen liefert das Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts durch seine eigenen literarischen Ergebnisse zunächst selbst den Beweis des Mangels seiner Absolut-

¹⁾ Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht. 2. Aufl. (1909). S. 222 ff.

²⁾ a. a. O. S. 224 f. Vgl. ferner auch Jos. Mausbach, Naturrecht und Völkerrecht (1918), S. 65 ff., 81, 83, 85 („Naturrecht wirkliches Recht“).

heit. Die letztere wäre nur durch Kongruenz der von den verschiedenen literarischen Rechtssatzschöpfern aufgestellten Normen evident geworden. Von einander divergierende Vernunftrechtssätze enthielten in ihrer Gesamtheit einen Widerspruch zu dem vom Einzelnen erhobenen Anspruch der Absolutheit. Man stimmte weder in den Prinzipien überein, noch kam man, wo wenigstens Kongruenz der Prinzipien gegeben war, zu denselben angeblich notwendigen Schlüssen.

Den zweiten Gegenbeweis gegen die zeitliche und räumliche Absolutheit des Naturrechts lieferte die historische Rechtsschule, wenn auch die Beweiskräftigkeit von deren Werk vielfach bestritten wird. Weil Savigny an die Stelle der ratio als Rechtsquelle den Volksgeist setzte, wird seine Rechtsauffassung oft und nicht ohne den Ton der Geringschätzung als romantisch bezeichnet. War etwa der vor der Zeit von Savignys Programmschrift in den Naturwissenschaften lebendig gewordene Evolutionismus auch romantisch? Savigny stand viel weniger unter dem Einfluß der romantischen Dichterschule als unter dem zeitgeistigen Bann jener naturwissenschaftlichen Bewegung¹⁾. Im Einklang mit ihr nahm er das Gesetz der Entwicklung auch für die Erzeugnisse der menschlichen Kultur in Anspruch, die auch nicht rational gemacht sei, sondern unbewußt wachse, und zwar aus dem Geist des Volkes heraus. Das 20. Jahrhundert dürfte die Erheblichkeit irrationaler Elemente in der Entwicklung von Kultur und Gesellschaft noch weiter aufdecken, als es gegenwärtig schon der Fall ist. Überheblicher Rationalismus, die Berufskrankheit des Wissenschaftlers, pflegt bisweilen als mystisch abzutun, was tieferer Erkenntnis sich

¹⁾ Soeben betont *Staffel*, *Recht und Weltanschauung*, bei Gruchot, Bd. 68, S. 2, daß die Entwicklungslehre geisteswissenschaftlichen Ursprungs, und daß sie über Herders „Ideen“ von der historischen Rechtsschule übernommen sei. Auch diese Abhandlung eines anerkannten Praktikers des Reichsgerichts zeigt, daß unsere Kennzeichnung des 20. Jahrhunderts als das einer philosophischen Jurisprudenz nicht auf einem wirklichkeitsfremden Wunsch beruht. Vgl. ferner *Brodmann* (1921), *Recht und Gewalt*, insbes. S. 23, 71 und 80.

als das eigentlich Wirksame offenbart. Das Jahrhundert einer philosophisch-soziologischen Jurisprudenz dürfte, ganz entsprechend den Zusammenhängen von Savigny mit der damaligen naturwissenschaftlichen Entwicklungs- und Deszendenzlehre, auf der Grundlage biologischer Forschungsergebnisse vielleicht Veranlassung gewinnen, den „Volksgeist“ Savignys weiter als erhebliches Agens sozialen Geschehens anzusprechen und über sein Wirken neues Licht zu verbreiten. Absolutistischer Überheblichkeit des Rationalismus setzte Savigny die bescheidene, aber tiefbegründete Forderung entgegen, die Vernunft in der Geschichte zu erkennen, wo sie sich allein objektiviert und dadurch erst sozialen Wert gewinnt. Der Historismus befestigte den seit dem Römerrecht tatsächlich und geschichtlich geltenden Objektivismus der Rechtsquellenlehre, weil der rationale Subjektivismus methodisch bereits gescheitert war.

Der dritte Gegenbeweis erstand als erkenntnistheoretischer auf dem Boden der Kritik Kants, ohne daß ihn übrigens Kant selbst bewußt geführt hat, denn sonst hätte er in seiner Rechtslehre nicht wieder ein inhaltlich gefülltes, durchaus rationales Rechtssystem zu liefern unternommen und in das Naturrecht zurückfallen können. Allgemeingültige Urteile können nur a priori gewonnen werden. Hierher gehört z. B. der von Naturrechtlern bis heute immer wieder für die Absolutheit des Naturrechts ins Feld geführte Satz: „Jedem das Seine“, der geschichtlich gemäß D. 1,1,10,1 von Ulpian stammt. Der Satz besteht aber in einem analytischen, im Begriff des Rechts liegenden Urteil und ist eben deswegen nicht fähig, als Rechtssatz das Leben inhaltlich zu ordnen. Er enthält nur den Ordnungsgedanken selbst, kein inhaltliches Ordnungsprinzip. Wie ich an anderer Stelle darzulegen suche¹⁾, kann man zwar außer jenem Satze Ulpians „Suum cuique“ noch andere Sätze analytisch aus dem Rechtsbegriff gewinnen; aber es muß von vornherein mit einem dem inhaltlich reichen positiven Recht

¹⁾ Breslauer Rektoratsrede: „Wie stehen wir heute zum Naturrecht?“ Berlin 1926. — Gegen Cathrein auch Stammer, L. d. Rechtsphilosophie, S. 8, Anm. 5.

gegenübergestellten Naturrecht schlecht stehen, wenn dieses aus einigen allgemeinsten Sätzen bestünde, die außer dem im Rechtsbegriff gedanklich beschlossenen Inhalt keine Position enthalten: „Du sollst nicht Unrecht tun“, „Du sollst der Obrigkeit gehorchen“ u. a. Die Rechtsordnung muß mehr sein und mehr enthalten als die zwar ihre Überschrift bildende Idee des Rechts. Das wirkliche Leben verlangt von der Rechtsordnung, daß sie ein normierendes Werturteil darüber abgebe, was *cuique suum* sei, und wann einem jeden etwas zukäme. Diese Aufgabe der Rechtsordnung führt zur Einrichtung subjektiver Rechte dinglicher, schuldrechtlicher und sonstiger Art. Hier langt sie aber bereits an der Satzung von Rechtseinrichtungen und -normen an, die nur *a posteriori* möglich ist und tatsächlich auch immer nur auf Grund der gegebenen, zeitlich und räumlich sich stetig ändernden Lebensbedürfnisse und Weltanschauungen geschehen ist. Beginnt eine Rechtsordnung die Frage der Entstehung von Forderungsrechten oder die des Eigentumserwerbs zu normieren, so gerät sie mit kausaler Unentrinnbarkeit in alle zeitlichen und örtlichen Bedingungen, aus denen allein die geschichtliche Entwicklung jener Rechtseinrichtungen entspringt. Niemand behauptet heute auch, daß es unter den letzteren solche von Ewigkeitswert gebe; und das ist bezeichnend.

Es zeigte sich ferner *a. a. O.*, daß sich unter den von den Gegenwartsnaturrechtlern angeführten Naturrechtssätzen auch keine solchen finden, die sich als synthetische Urteile *a priori* darstellen. Jene angeblichen Rechtssätze („Du sollst nicht töten“, „Verträge müssen gehalten werden“) haben durchaus kein dauerndes Bestehen aufzuweisen, waren vielmehr als historisch veränderlich erwachsen, weil sie *a posteriori* aufgekommen sind. Das von Kant aufgestellte Prinzip der praktischen Vernunft hat andererseits zwar absoluten Wert, weil es *a priori* gewonnen ist; aber der kategorische Imperativ wirft auch in der sich auf die Rechtspflichten beziehenden Formulierung¹⁾ ebenfalls keine das

¹⁾ Kant, Rechtslehre. Einleitung C. (a. a. O. S. 35): „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür

Leben ordnenden konkreten Rechtssätze ab. Die Idee selbst bleibt unproduktiv.

Das unter dem absoluten Geltungsanspruch auftretende und aus seiner Absolutheit sowohl seine Superiorität als auch seinen Bestand überhaupt ableitende Naturrecht ist auf diesen drei Wegen zugleich überwunden worden. Fiel die These der Absolutheit, so fiel der damit verknüpfte Geltungsanspruch überhaupt. Darauf beruhte die sieghafte Wirksamkeit der historischen Rechtsschule; denn sie sah zwar das Recht als eine durchaus veränderliche Größe an, suchte ihm aber durch Aufdeckung der geschichtlich anerkannten Rechtsquellen die dauernde Ursprungsbasis zu gewinnen. Auch die Rechtsnorm der Rechtsnormen, das Recht über Recht läßt sich nicht rationalistisch erfinden, ist vielmehr wie der Rechtsinhalt soziologisch gewachsen. Wenn Justinians Gesetz vorschrieb: *Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos* und in J. 2, 3 ff. nun, nachdem die verschiedenen Arten des *ius scriptum*, voran die *lex* dargelegt sind, normiert wird: *ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*, und wenn die herrschende Rechtsquellenlehre auch heute noch im Kerne dieselbe ist, so muß methodisch klar sein, daß dies rechtsgeschichtliche Tatsachen sind, für die zwar schon die Römer, wie ersichtlich, nach einem rationalen Grund suchten, die ihre normative Kraft aber geschichtlich erhielten. War der geschichtlich aufgetretene Geltungsanspruch des Naturrechts abgewiesen, so mußte man sich nunmehr auf die Vernunft in der Geschichte der Rechtsquellen *lex* und *consuetudo* besinnen. Es mußte trotz Kritik und Ablehnung des so erwachsenen Rechtsstoffes, nach dem Bankerott der naturrechtlichen Methodik, doch eine tiefe Weisheit in der Tausende von Jahren bestehenden Rechtsquellennorm stecken. Die „normative Kraft des Tatsächlichen“ ist keine Fiktion. Heute dürfte jene geschichtliche *ratio* nicht mehr zweifelhaft sein. Sie lag und liegt

eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.“

in dem Streben nach einer die Rechtsrichtigkeit des Normeninhalts nach Möglichkeit garantierenden Objektivierung. Das Gesetz garantiert jene infolge der der Staatsorganisation selbst zu Grunde liegenden Überlegungen und Einrichtungen, und die Geschichte der menschlichen Staaten wie insbesondere ihrer Verfassungen zeigt, daß diese auch unter dem Gesichtswinkel ihrer legislativen Aufgabe und deren in der Rechtsrichtigkeit liegenden Ziels geschichtlich wuchsen. Die Gewohnheit andererseits mußte mangels solcher im Aufkommen des Inhaltes der Norm liegenden Garantien zur Rechtsquelle werden, weil die wiederholte Übung des Satzes gegenüber der steten Möglichkeit seiner Durchbrechung durch anderweite rationale Überlegungen die Wahrscheinlichkeit seiner Richtigkeit erzeugt hat.

Das Recht entspringt immer aus einem rationalen Keim, und die naturrechtlichen Modernisten sollten bei ihrem leidenschaftlichen Kampf gegen die alte Rechtsquellenlehre und ihrer Neigung, der ratio, die sie meinen, die Bahn frei zu machen, nicht übersehen, daß sie etwas bekämpfen, was sie selbst auf den Thron setzen wollen. Das Gesetz ist nicht anders als die Gewohnheit und deren beiderseitige heute zugelassenen Nebenquellen immer nur rationales, aus der menschlichen Überlegung und Erfahrung hervorgegangenes Erzeugnis; nur daß gemäß jenem geschichtlich bewährten Normenprinzip jene ratio nicht schon bei ihrem Aufkommen aus der Überlegung ihres Autors, sondern erst nach dem Durchlaufen verschiedener prüfender, bald billigender, bald abweisender, bald ändernder Etappen als Norm anerkannt wird, denn sie soll ja die Gesamtheit der Rechtsgenossen binden und grade die Forderung der die Bindung erst titulierenden Anerkennung muß im Entstehungsprozeß des Rechtssatzes befriedigt werden. Das fühlten die Rationalisten des 18. Jahrhunderts auch, indem sie schließlich doch die staatliche Satzung ihrer Rechtsforderungen wollten, denn sie sahen, daß diesen gerade dort, wo sie sich auf nichts als die ratio beriefen, wo sich der Rationalismus also grade zu bewähren hatte, die ihre Forderung in den höheren Aggregatzustand der geltenden Norm versetzende Aner-

kennung um so leichter ausblieb, als die ratio eines anderen Autors eine modifizierte oder entgegengesetzte Forderung aufgestellt hatte, deren Anerkennung ebenso ausstand. Nicht selten waren unter den unter rationalistischer Flagge aufkommenden Rechtsforderungen geschichtlich längst bewährte Rechtssätze. Es sei nur auf die Vorliebe von Hugo Grotius für historische Argumente hingewiesen, oder auf die Methoden von Leibnitz und Thomasius. Sie fühlten, daß die bloß formal logische Argumentation nicht ausreiche, um ihre Sätze als Rechtssätze durchzusetzen, daß sie vielmehr noch weitere Garantien für ihre Richtigkeit und soziale Brauchbarkeit erstreben mußten.

Daß die Bindung der Rechtsgenossen und ihre Unterwerfung unter die Rechtsnorm zwar erst dann entstehe, wenn geltendes Recht erwachsen sei, dann aber kein bloß rationaler Grund die Möglichkeit eines Entrinnens gebe, war eine schon die älteste Rechtsphilosophie der Griechen beherrschende Weisheit. In diesem Sinne läßt Sokrates die Gesetze, die jemand aus wesentlicher ratio heraus übertreten möchte, ihm zurufen: „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?“

Ergibt sich also, daß die wenigen analytischen Rechtssätze, die als allgemein gültige a priori aufgestellt werden, in der wirklichen Rechtsordnung ohne praktischen Wert sind, und daß sich im übrigen allgemeingültige Naturrechtssätze nicht aufstellen lassen, so ist das Naturrecht, wie es bis zum 18. Jahrhundert allgemein und heute noch von einigen Autoren als geltendes Recht in Anspruch genommen wird, damit zu einer bodenlosen Größe geworden. Es bleibt als Rest nur noch der rationale Anspruch. Diesem aber ist der in *lex* und *consuetudo* verkörperte rationale Anspruch überlegen, weil er sich in seinem Entstehungsprozeß zugleich die Anerkennung errungen hat und daraus die verbindliche Kraft ableitet.

Und doch lebt die Idee des Naturrechts, wie ge-

sagt, bis heute. Das historisch aufgetretene Naturrecht ist historisch überwunden. Seine Idee nicht. Sie kann als die kategorische Vernunftforderung des Unpositiven gegenüber dem Positiven erfaßt werden. Diese Idee des Naturrechts trat um die Wende unseres Jahrhunderts in der Freirechtswissenschaft aufs neue in die Erscheinung. Im Jahre 1906 wurde erklärt: „Die neue Auffassung vom Recht stellt sich dar als eine Auferstehung des Naturrechts in veränderter Gestalt“¹⁾. Die Freirechtsschule konnte nach dem Geschehenen den Geltungsanspruch des historischen Naturrechts nicht einfach unverändert wiederholen. Das tertium comparationis war nur noch die Forderung, daß der Richter unter Umständen contra legem entscheiden dürfe und müsse²⁾. Die Geschichte der Rechtswissenschaft zeigt, daß auch diese Forderung nicht neu war³⁾. Die Idee des Naturrechts ist zu allen Zeiten lebendig gewesen. Die Erscheinungen und Formeln, in der sie zur Wirkung gebracht werden sollte, sind verschieden gewesen. Das haben diejenigen Positivisten der Gegenwart verkannt, die das Naturrecht in einer Erscheinungsform überwinden wollten, wie besonders Bergbohm. Das haben aber auch Philosophen verkannt, wenn sie hinter mehr oder weniger mißlungenen Erscheinungsformen nicht nach der Idee des Naturrechts suchten. Mit der Widerlegung der Absolutheit und des Geltungsanspruches schlechthin ist seine Idee nicht widerlegt.

Was war das bis in die Antike zurückzuverfolgende Agens, das immer wieder zu den Waffen gegen die positive

¹⁾ Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft. 1906. S. 10.

²⁾ Das forderte Gnaeus Flavius in der Tat a. a. O. S. 41. Aber auch andere Freirechtler gehen soweit. Reichel, Gesetz und Richterspruch S. 142 gelangt zu folgender Formel: „Der Richter ist kraft seines Amtes verpflichtet, von einer gesetzlichen Vorschrift bewußt abzuweichen dann, wenn jene Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit dergestalt in Widerspruch steht, daß durch Einhaltung derselben die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet sein würde als durch deren Außerrachtsetzung.“

³⁾ Über Raimundus Lullus (13. u. 14. Jahrhundert) vgl. Rektoratsrede a. a. O.

Rechtsordnung rief? Das entweder nur einen idealen Traumstaat dem wirklichen Staat gegenüberstellte oder schon zu zersetzender Kritik des geltenden Rechts überging oder gar den übergeordneten Geltungsanspruch erhob, sich entweder mit göttlichen Kräften vermählend oder doch auf höhere Vernunft berufend, und hierdurch gestählt auch die Macht hinter sich sammelte, um den Bruch des positiven Rechts zu vollziehen?

II.

Die Beantwortung dieser Frage ist erschwert durch die trotz aller Bemühungen noch nicht gelungene glückliche Fahrt um das vielberufene „Cap Horn der Rechtswissenschaft“. So bezeichnet Jhering ja das unlösbar scheinende Problem des Verhältnisses des Rechts zur Sittlichkeit. Das 19. Jahrhundert der Pandektenwissenschaft hat das Festland kaum verlassen. Der „Zweck im Recht“ war jedenfalls kein brauchbarer Kompaß. Das Jahrhundert der philosophischen Jurisprudenz hat dagegen längst die Fahrt auf den Ozean angetreten. Es wird auf wohlgerüsteter Flotte, die heute ihren Kapitän grüßt, auch jenes Cap umsteuern und reiche Fracht heimbringen, auch viele neue Bausteine zur Schaffung brauchbarer Gesetzesprinzipien und zum Gewinn einer juristischen Methodenlehre.

Das in der naturrechtlichen Idee liegende Agens jener Forderungen ist die im Wesen des Rechts beschlossene Unselbständigkeit, das Streben vom Positiven zum Unpositiven. Das Recht als die Gesellschaft ordnendes Element wirkt nicht durch sich allein. Die organische Zusammengehörigkeit von Legalität und Moralität hat, trotz ihrer begrifflichen Unterschiede und methodischen Divergenzen, treffend schon Kant dargelegt. Er sagt in seiner Rechtslehre¹⁾: „Aber ebendarum, weil die ethische Gesetzgebung die innere Triebfeder der Handlung (die Idee der Pflicht) in ihr Gesetz mit einschließt, welche Bestimmung durchaus nicht in die äußere Gesetzgebung einfließen muß:

¹⁾ Rechtslehre, Einleit. III. a. a. O. S. 21.

so kann die ethische Gesetzgebung keine äußere (selbst nicht die eines göttlichen Willens) sein, ob sie zwar die Pflichten, die auf einer anderen, nämlich äußeren Gesetzgebung beruhen, als Pflichten in ihre Gesetzgebung zu Triebfedern aufnimmt. Hieraus ist zu ersehen, daß alle Pflichten bloß darum, weil sie Pflichten sind, mit zur Ethik gehören; aber ihre Gesetzgebung ist darum nicht allemal in der Ethik enthalten, sondern von vielen derselben außerhalb derselben . . .“ — Und Kant lehrt weiter, daß wir unsere eigene Freiheit, von der alle moralischen Gesetze ausgehen, nur durch den moralischen Imperativ kennen. Dieser sei pflichtgebietender Satz, aus welchem nachher das Vermögen, andere zu verpflichten, d. i. der Begriff des Rechts, entwickelt werden könne¹⁾. Kant teilt die Sittenlehre als Oberbegriff in die Rechtslehre und in die Tugendlehre ein²⁾. Wenn sich auch die Tugendpflicht von der Rechtspflicht darin wesentlich unterscheidet, daß zu dieser ein äußerer Zwang moralisch möglich ist, jene aber auf dem freien Selbstzwange allein beruhe³⁾, so wachsen Moral und Recht, Moralität und Legalität doch auf demselben Stamme. Dieser Anschauung werden wir, nach vielerlei Abirrungen, die nur oder doch hauptsächlich den heterogenen Charakter beider Normenarten betont haben, uns wieder entschieden nähern müssen⁴⁾. Es ist das große Verdienst Stammers, zumal in seiner Lehre vom richtigen Recht, die Beziehungen zu der Kantischen Lehre wieder aufgenommen und der heutigen Rechtslehre dadurch den richtigen Weg gewiesen zu haben⁵⁾. Stammler erkannte zunächst das Problem des richtigen Rechts: „Sobald man nun den Inhalt von menschlichem Wollen richtet, so wird als Maßstab und Ziel unvermeidlich ein solcher Willensinhalt gesetzt,

¹⁾ a. a. O. S. 45 I.

²⁾ a. a. O. S. 217 Einl. z. Tugendlehre.

³⁾ a. a. O. S. 222. Tugendlehre. Einleitung II.

⁴⁾ Auch Binder betont in Abweichung von seiner früheren Ansicht jetzt in Philos. d. Rechts S. 263 ff. die Zusammenhänge von Recht und Sittlichkeit. Siehe ferner Radbruch, Rechtsphilos. (1914), S. 51 ff., 60.

⁵⁾ L. v. richtigem Recht 1902, S. 52 ff.

der das Prädikat richtig verdient“¹⁾. Er beobachtete zutreffend, daß in allen sozialen Taten und menschlichen Satzungen sich Sinn und Sehnen nach dem Richtigen berge²⁾, und erfaßte das Recht als Zwangsversuch zum Richtigen³⁾, Indessen er kommt zu dem Ergebnis, daß der Inhalt von richtigem Recht nicht der sittlichen Lehre zu entnehmen sei⁴⁾. Aber er hat in der Kategorie des „richtigen Rechts“, über alle Irrtümer des früheren Naturrechts hinwegschreitend, dasjenige erfaßt, was im Recht absolut und unzeitlich ist, und was wir als die Idee des Naturrechts ansehen.

Es ist nicht zu leugnen, daß die Moral eine andere, höhere Aufgabe hat als das Recht, das schon als ein „ethisches Minimum“ bezeichnet worden ist. Die Moral will die innere Vollendung des Menschen. Sie will die gute Gesinnung bei der Tat. Sie will die Autonomie des Individuums. Aber es ist schon nicht zutreffend, wenn gemeinhin gesagt wird, daß das Recht nur das äußere Verhalten der Menschen regelt. Die Entwicklung und der Gehalt unseres geltenden Strafrechts beweist das Gegenteil. Nur die schuldhaftige Tat wird prinzipiell unter Strafe gestellt. Die Unterschiede der schwersten Delikte liegen nicht in ihrem Außenerfolg, sondern im Psychischen. Die Gesinnung ist auch rechtlich bedeutsam. Abzulehnen ist es, wenn der Grund dieser strafrechtlichen Erheblichkeit in der sozialen Gefährlichkeit der schlechten Gesinnung erblickt wird. Angesichts des vollendeten, in die Außenwelt seine Spuren grabenden Delikts kann die Gefährlichkeit, d. h. eine Möglichkeitsqualifikation der ihm zu Grunde liegenden Gesinnung, nicht der strafrechtserhebliche Faktor sein. Es kann jene juristische Bewertung auch nicht so sehr im sozialen Interesse wurzeln. Sie kann nur aus moralischer Quelle fließen. Die Zivilgesetzgebung ist gleichfalls nicht arm an Normen, in denen Gesinnungen, Vorstellungen und Absich-

1) S. 13.

2) S. 15.

3) S. 29.

4) S. 70 ff.

ten den Tatbestand qualifizieren. Es sei auf §§ 116 ff., 226, andererseits 530, 826, 1568, 1570 BGB. verwiesen.

Soweit wir die Weltgeschichte des Rechts überblicken, zeigt sie auf erster primitiver Stufe völliges Fehlen eines ausgeprägten Rechtsbewußtseins. Religion, Moral, Sitte, Recht, Konvention beherrschen das soziale Leben unterschiedlos. Sobald aber das Bewußtsein der Eigenart des Rechts im Gegensatz zu den anderen Normengruppen erwacht und zumal der Wert des *ius scriptum* erkannt ist, vollzieht sich bei den einzelnen Völkern eine verschieden verlaufende Sonderung jener Gebiete. Selbst das römische Recht, das noch auf entwickelterer Stufe vom religiös-sakralen Element durchsetzt wird, vollzieht jene Sonderung doch in der typischen Weise der Schaffung eines stark formalen, scharf umgrenzten „strengen“ Rechts. Die im eigentlichen Rechtsbewußtsein wurzelnden Vorstellungen der Gesellschaft reagieren gegenüber jener ersten Stufe naiv und übertrieben. Die auf dieser zweiten Stufe erwachsenden Rechtsgewohnheiten verlangen bei den als rechtlich gemeinten Geschäftsakten der Parteien regelmäßig Formerfüllung. Die Entstehung rechtlicher Bindung setzt im erkannten Gegensatz zu der bloß moralischen Bindung ein Rechtssymbol voraus, mindestens Schriftlichkeit, von der der ganze Rechtskreis des alten Orients lange beherrscht wurde, und die im Volksempfinden der Gegenwart als residuum soziologisch überwundener Entwicklungsstufen fortlebt. Der einfache Mann glaubt allenthalben noch heute, daß er die Gegenpartei rechtlich nur durch Rechtsformalismus binde. Aber die Entwicklung ist über die bezeichnete zweite Stufe längst hinausgekommen. Nicht daß ein Rückfall in die erste Stufe erfolgt wäre. Das hinderte die Tatsache des erwachten Bewußtseins der Menschen von der Eigenart des Rechts und der diesem Bewußtsein entspringenden Rechtsordnungen. Aber die unent rinnbar wirkenden soziologischen Beziehungen von Recht und Sittlichkeit wurden, bei wachsender Unterscheidung ihrer Mission immer mehr als wesentliche erkannt und betont. Mit den zunehmenden Schwierigkeiten und Verfeine-

rungen des Zusammenlebens der Menschen, der Komplikation ihres Verkehrs, ihrer Wirtschaft, mußte einerseits zwar die eigentlich praktische Zweckmäßigkeit des Rechts immer stärker verwirklicht werden, andererseits indessen gemäß dem immer bewußter sich einstellenden Humanitätsideal auch eine zu einer inneren Wertsteigerung führende Zielsetzung des Rechts zum Sittlichen hin eintreten. Man vergleiche die Kodifikationen und Rechtslehren der einzelnen uns geschichtlich zugänglichen Rechtsepochen miteinander, etwa das Zwölftafelrecht der Römer mit ihrer klassischen Jurisprudenz und der christlich eingestellten byzantinischen Kodifikation, oder die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters mit den späteren Kodifikationen und den gegenwärtig geltenden deutschen Gesetzbüchern. Man überschaue die Fortentwicklung der Prinzipien der staatlichen Strafgewalt¹⁾. Es seien hier ferner die Stellen nachgewiesen, wo das Bürgerliche Gesetzbuch die guten Sitten erheblich werden läßt oder sonst das Attribut des Sittlichen, freilich in verschiedenem und mit dem Moralischen sich nicht deckendem Sinne, in seine Tatbestände einbezieht: §§ 138, 817, 819 II, 826, 534, 814, 1446 II, 1611 I, 1641, 1804, 2113 II, 2205, 2330, 618 II, 847 II. Ferner die erhebliche Bestimmung des Einf.-Ges. Art. 30 und Art. 135.

Auch Stammler stellt trotz der vorher vollzogenen scharfen Sonderung der Gebiete des Rechts und der Sittlichkeit den Satz auf: „Das richtige Recht bedarf zu seiner vollkommenen Erfüllung der sittlichen Lehre“²⁾. Er bezeichnet weiterhin den Rechtsstaat als eine notwendige Bedingung zur Besserung der sozialen Schäden und Herbeiführung eines guten Zustands der Gesellschaft³⁾. Er lehrt aber auch treffend: „Die sittliche Lehre bedarf zu ihrer Verwirklichung des richtigen Rechts“⁴⁾. Aber warum?

Es ist immer wieder gelehrt worden, daß Recht und Sittlichkeit, schon wegen des dem ersteren eigenen,

1) Dazu auch Staff el a. a. O. S. 5 f.

2) L. v. richtigen Recht, S. 87.

3) S. 90.

4) S. 90.

auch von Kant deutlich betonten äußeren Zwanges, durchaus verschiedenartige Kreise von Kulturnormen seien, die zwar gewisse einzelne Beziehungen zueinander hätten, aber doch auf verschiedenen Ebenen lägen¹⁾). Gerade dieses Bild, das eine verbreitete Anschauung wiederzugeben scheint, muß als unzutreffend bezeichnet werden. Die Ebene jener Gebiete ist vielmehr dieselbe. Will man ihr Verhältnis anschaulich erfassen, so würde man sagen müssen: Recht und Sittlichkeit liegen auf einer Bahn, auf der sich die Kulturentwicklung der Menschheit überhaupt vollzieht. Diese Bahn ist aufwärts gerichtet. Der Leit- und Zielpunkt wird durch die Idee der Sittlichkeit bezeichnet. Aber diese transzendente Idee der Sittlichkeit fordert vom Menschen Vollkommenheit. Auf dem christlich-sozialen Grundgesetz der unbedingten Menschenliebe baut sich die allgemeinste sittliche Forderung auf: „Darum sollt ihr vollkommen sein, gleichwie euer Vater im Himmel vollkommen ist“²⁾). Würde diese höchste auch die Individualethik umfassende Forderung verwirklicht sein, so wäre jede rechtliche Ordnung des menschlichen Lebens entbehrlich. Eine Insel der Seligen braucht keine Verkehrs- und keine Rechtsordnung. Aber der ethische Seinszustand der Menschheit ist von jenem Ideal weit entfernt. Und doch will das soziale Leben der Menschheit, so wie es ist, jetzt geordnet sein. Der Kampf der Menschen ums Dasein muß jetzt geregelt werden, aber unter Rücksichtnahme auf alle menschlichen Schwächen und Gebrechen, unter Berücksichtigung aller biologischen Gegebenheiten, insbesondere derjenigen körperlich-physischer Natur. In der Psyche der Menschen lebt und wirkt zwar die Idee der Sittlichkeit, aber sie ist unsubstantiell, und eine kasuistische Morallehre ist aus ihr allein nicht zu extrahieren³⁾). Wo die Idee die Wirklichkeit beherrschen soll, muß sie in die substantielle Niederung

¹⁾ So M. E. Mayer, Rechtsphilosophie S. 61 bei 3. Siehe aber seine Theorie der Humanität S. 91 ff.

²⁾ Matth. 5, 48.

³⁾ Stammler, Lehrb. d. Rspilos., S. 191 (§ 90) legt dar, daß in der praktischen Morallehre alle Kasuistik versage.

herabsteigen und selbst Substanz annehmen. Sogar Christus mußte, wo er kasuistisch wurde und sich die Schwächen der Menschen vor Augen stellte, um praktisch zu wirken, zu Verheißungen seine Zuflucht nehmen und verließ damit die absolute Sphäre der Sittlichkeit. Und die kirchlich-ethische Normenkasuistik rüstet sich, indem sie mit Strafen aller Art droht, mit durchaus rechtlichen Mitteln aus. Reine Sittenlehre muß auch auf mittelbaren Zwang verzichten, sie kann und darf keiner Schwäche des Menschen entgegenkommen. Verheißung und Strafandrohung fließen nicht aus der Idee des Sittlichen, da sie den sittlich Handelnden nicht motivieren dürfen. Die geschichtlich insbesondere seitens der Kirchen aufgetretenen ethisch gemeinten Kodifikationen sind dagegen reich an durchaus rechtlichen Methoden der Normensetzung.

Hier dürfen nur die Ideen des Rechts und der Sittlichkeit entscheiden, nicht ihre sich beiderseits vermischenden historischen Erscheinungen. Die menschliche Gesellschaft will geordnet leben. Der Kampf ums Dasein muß sofort geregelt werden auch gegenüber dem sittlich Unreifen, sozial Widerstrebenden. Also ist eine Zwangsordnung nötig. Es kann mit der Ordnung nicht gewartet werden, bis der Zustand sittlicher Vollkommenheit erreicht ist. Durch abwartende Passivität würde bei den gegebenen Wirklichkeiten nicht nur die Gesellschaft zu Grunde gehen, sondern auch das sittliche Ziel verschüttet werden. So wird das Recht zum Vorhof der Sittlichkeit und zum wegebereitenden Apostel ihrer durch sich selbst nicht verwirklichungsfähigen Idee. Weil der Apostel in durchaus anderer Gestalt sichtbar wird und in anderen Worten redet, mit anderen Mitteln handelt, als der Verkündete, wird so leicht nur der Trennungsstrich zwischen beiden gezogen, vollends, wenn allein die entgegengesetzten Methoden beider Funktionen ins Auge gefaßt werden. Aber der Rechtszwang ist ebenso wie der Rechtsinhalt nur ein durch die bezeichnete Wirklichkeitsgebundenheit des Rechts gegebenes Attribut desselben. Weil das Individuum noch nicht sittlich reif oder vollkommen ist, muß um der Gesellschaft

willen der Inhalt der Ordnung erzwungen werden können, wenn die Ordnung halten soll, was sie verspricht. Aber wenn das Recht gemäß dieser Notwendigkeit eine Zwangsordnung sein soll, darf es gerechter Weise nur zu dem zwingen, was es dem Menschen seines Gewaltenkreises zuzumuten darf. Es darf sich um der Idee willen im ethischen Grade nicht vergreifen. Es darf nicht Liebe, nicht Selbstlosigkeit fordern, wo das Subjekt ich = gebunden ist. Es darf nicht absoluten Sozialismus normieren, wo der Egoismus eine vitale Realität ist, nicht Kommunismus, wo der Mensch am Eigenen hängt und dafür arbeitet. Das Leben hat auf rücksichtslosen Rechtsidealismus immer mit zwingender Deutlichkeit geantwortet und den herrschenden Gewalten auf die Dauer diejenige Rechtsordnung abgenötigt, die es brauchte. Es ist leichter eine Moralordnung aufzustellen, als eine Rechtsordnung zu schaffen. Das ethische Ideal trägt der Mensch der Kultur in sich. Die ethische Norm kann in ihrer Idealität nicht hoch genug gesteigert werden und hat nur diesem Gesichtspunkt zu dienen. Das Recht hat ihr dagegen den Weg durch das Gestrüpp der Wirklichkeit hindurch zu bahnen. Es hat zwei verschiedenartige Forderungen zu erfüllen: es muß die Zielrichtung zum Sittlichen einhalten, denn die Kultur der Menschheit kann nur ein Ziel haben und auf einer Bahn fortschreiten; und es muß doch in allem was es in concreto fordert, auf die menschliche Unvollkommenheit Rücksicht nehmen. Das Recht ist — und die Politik entlehnt es von ihm — die Kunst des Möglichen. Es schafft daher das Institut des privaten Eigentums, gibt die Normen seines Erwerbs und stattet den Eigentümer, der sein Gut festhalten will, mit vollstreckbarem Rechtsschutz gegenüber jedem Dritten aus, weil nur eine solche kapitalistische Sozialordnung dem Individuum zumutbar ist. Es sorgt durch seinen Schutz dafür, daß jedwede Vermögensverschiebung, die ohne zureichenden rechtlichen Grund geschah, wieder rückgängig werde. Die Moral braucht dagegen keine Eigentumsordnung. Der Mensch soll sein Herz nicht an irdisches Gut hängen. Dieser Gedanke beeinflusst allmählich auch die Eigentums-

ordnung. Mit fortschreitender Rechtskultur nehmen die Normen immer stärkeren sittlichen Gehalt in sich auf. Dem Eigentümer werden immer größere Opfer zugemutet. Der wirtschaftlich Schwache wird immer mehr geschützt. Freilich werden alle im Sinne des Sittlichen normierten Zumutungen des Rechts dadurch zu rechtlichen. Der Gegner kann ihre Leistung auch fordern, was dem Sittlichen fremd ist. Nur so vermag das Recht prinzipiell dem Sittlichen zu dienen. In der Gewährung des subjektiven Rechts und der klagbaren Forderung auf Leistung setzt das Recht sein Wesen durch, sichert aber doch zugleich wenigstens die äußere Erfüllung des Sittengebotes. Deswegen war es ein richtiger Gedanke, daß der Kampf ums Recht sittliche Pflicht sei. Gegenüber allen Versuchen, die Gebiete des Rechts und der Sittlichkeit in scharfer Umgrenzung voneinander zu trennen, muß aber bewußt auf die Lehre Kants zurückgegangen werden, daß jede rechtlich normierte Pflicht auch als sittliche Pflicht erfüllt werden kann¹⁾. Bei der Nutzbarmachung dieser Lehre ist Stammers Lehre vom richtigen Recht der wertvolle Vermittler.

III.

Durch die dargelegte organisch-funktionelle Beziehung zwischen Recht und Sittlichkeit wird die sich geschichtlich steigernde Rücksichtnahme des Rechts auf jene sowie seine wachsende Beeinflussung durch sie erklärt. Dieser Einfluß vollzieht sich, ohne daß sein Grund bisher erkannt und ins Bewußtsein der Gesetzgeber getreten war, als unentrinnbare biologische Kulturwirkung. Die unstoffliche und doch kategorisch fordernde Idee der Sittlichkeit wirkt im Recht und durch das Recht, hier die Form von bewußt erfaßten, begrifflich umgrenzten Zwangsnormen annehmend, weil sie selbst zwar im Menschen lebendig, zur Ordnung des realen

¹⁾ Rechtslehre. Einleitung III (a. a. O. S. 21 f.): „Hieraus ist zu ersehen, daß alle Pflichten bloß darum, weil sie Pflichten sind, mit zur Ethik gehören . . .“ „So gibt es also zwar viele direkt-ethischen Pflichten, aber die innere Gesetzgebung macht auch die übrigen alle und insgesamt zu indirekt-ethischen.“

Lebens aber nicht fähig ist. Eine unbedingt wirksame Ordnung wird indessen vom Leben verlangt. Die Idee des Rechts kann also auch nur als von der moralischen Idee umschlossen und beherrscht gedacht werden ¹⁾).

So erklären sich auch andere Erscheinungen, die in der Funktion des Rechts problematisch blieben: Das Verhältnis von Recht und Macht, eine Beziehung, einerseits nötig infolge der Wirklichkeitsgebundenheit des Rechts, das die realen Widerstände nur zu überwinden und dadurch die erstrebte Ordnung zu erreichen vermag, wenn zu dem in der Norm liegenden rechtlichen Willen das rechtliche Können tritt, andererseits auch von der jenes Verhältnis beherrschenden Sittlichkeit gefordert, indem Machtübung erst durch den sie bewegenden Rechtstitel sittlich erträglich wird. Ferner das Verhältnis von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, jene betonten Attribute des Rechts, die wiederum von dessen zwifacher Aufgabe getragen werden, indem jene Forderung aus der Idee, diese aus der Wirklichkeitsgebundenheit des Rechtes stammt ²⁾). Ferner das große Problem, wie aus dem Rechtsbruch Recht zu werden vermag, eine Tatsache des Rechtslebens, immer unerklärlich bleibend von der Anschauung aus, die die abgegrenzte eigengesetzliche und selbständige Natur des Rechts verfißt, während dieses im Dienste der Idee des Sittlichen trotz seiner begrifflichen Umgrenzung und anscheinenden Geschlossenheit überall Poren offen hält, durch die es mit der Atmosphäre des Sittlichen in steter Verbindung bleibt. Wo aber die formale Begrenzung des positiven Rechts in Widerspruch gerät zum sittlich Geforderten, vermag dieses das Recht zu zerbrechen und neues Recht im Dienste des Sittlichen zu schaffen.

Dies ist die von allen historischen Zufälligkeiten befreite Funktion der Idee des Naturrechts gewesen. Berg-

¹⁾ Hierbei lasse ich nicht außer acht, was B i n d e r, Philos. d. Rechts S. 265 richtig betont, daß nämlich in der Idee des Rechts das Zwangsmoment liegt, daß sie also nicht mit der Idee des Sittlichen zusammenfällt.

²⁾ Sittlichkeit ist dagegen zugleich immer höchste Zweckmäßigkeit, ohne daß letztere Forderung besonders erhoben zu werden braucht.

bohm sagte ganz richtig: „Alle Menschen sind geborene Naturrechtsjuristen“¹⁾. Aber warum sind sie es und blieben es bis heute im Sinne dieser Idee sogar als gelehrte Richter? Warum hat die Idee des Naturrechts bis heute gemäß dem Dargelegten fortgewirkt, trotzdem die zeitlich auftretenden Naturrechtsforderungen methodisch widerlegt worden sind? Der Grund für diese bedeutsame Erscheinung liegt in der bezeichneten Relativität des Rechts. Der Jurist, dessen methodische Vorstellungen im Pandektenjahrhundert wurzeln, neigte immer mehr dazu, das Gebiet des Rechts positiv zu umgrenzen. Er wollte nur sicheres Festland unter sich haben und glaubte die Selbständigkeit der Funktion des Rechts nicht weit genug spannen zu können. Das Dogma der logischen Geschlossenheit des Rechts wurzelt in der Ideologie des Positivismus. Aber durch universellere Betrachtungsweise als sie dem 19. Jahrhundert möglich war, ist der juristische Blick geschult worden für die Begrenztheit des positiven, von der Rechtsordnung selbst vermittelten Stoffes. Die Lückenhaftigkeit des *ius positivum* wird heute nicht mehr bezweifelt. Ja, während man zunächst nur von einzelnen Einfallsstellen und Ventilklauseln sprach, ist klar geworden, daß jeder in der Gesetzesnorm verwertete Begriff seinen Inhalt nicht endgültig vom Gesetzesstoff vermittelt erhält, daß vielmehr in der Funktion der Auslegung reichlich außerpositiver Stoff in den Bereich des Rechts einfließt²⁾. Hier lebt die Idee des Naturrechts, der Rationalismus unbesiegbar weiter. Das positive Recht wird von keiner dicht schließenden Mauer umgeben. Unter diesem Bilde würde die dargelegte lebendige Beziehung des Rechts zu seiner im Sittlichen liegenden Idee verloren gehen. Die Mauer hat tatsächlich auch nur in der Vorstellung der juristischen Positivisten bestanden. Das wirkliche Rechtsleben, das als Kulturfunktion sich nicht theoretischen Diktaten fügt, sondern seinen eigenen Ge-

¹⁾ Jurispr. u. Rsphilos., S. 122.

²⁾ Näheres in meinem Artikel „Auslegung“ im Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft v. Stier-Somlo u. Elster und in „Savigny und der Modernismus“ S. 117 ff.

setzen folgt, hat jene Mauer nie gekannt. Anschaulich könnte man das wirkliche Verhältnis des Positiven zum Unpositiven sich vorstellen als das Festland, das von der Flut umspült und stetig verändert wird¹⁾. Letztere könnte das Bild für den unerschöpflichen Born sein, aus dem *ius nasciturum* strömt mit dem Streben, zu *ius natum* zu werden und in fester Gestalt Geltung zu gewinnen. Nur jene organische Beziehung des Rechts zu der weltbewegenden und -erhaltenden sittlichen Idee der Vervollkommnung des Menschengeschlechts ermöglicht und erklärt das Flüssigbleiben der Grenzen des Rechts trotz seiner stofflichen Form und begrifflichen Normierung. Starre Festigkeit erzeugt die Gefahr des Bruchs; denn es gibt etwas, was stärker ist als das Recht. Der Mensch aber hat in seinem Rechtsgefühl, das sich von seinem sittlichen Empfinden funktionell nicht trennen läßt, einen subjektiv allezeit wirksamen Weiser, in welcher Richtung der Weg zur Idee liegt. Dem Individuum wird die Verlässlichkeit dieses Weisers subjektiv so deutlich, daß es geneigt ist, ihn zum allgemeinen Gesetzgeber zu erheben. Hier wurzeln die bekannten Bestrebungen der sogenannten Gefühlsjurisprudenz, die wir mit der herrschend gebliebenen Meinung rechtsmethodisch ablehnen mußten²⁾. Im Rechtsgefühl entspringt aber jene allgemein menschliche Naturrechtswertung, mit der das Individuum an die rechtliche Beurteilung jedes Falles herantreten zu können glaubt, während sich in jener psychischen Zentrale, in der die Stimme der Idee des Sittlichen unmittelbar vernehmbar wird, das Sittliche durchsetzen will. Hier sammelte sich geschichtlich allezeit die sittliche Empörung über eine *lex lata*, die die Stimme des Sitt-

¹⁾ So schon in „Savigny und der Modernismus“ S. 132 f.

²⁾ „Savigny u. d. Modernismus“ S. 225 f. Vgl. auch Kant, Über das Gewissen in Tugendlehre, Einleitung XII a. a. O. S. 241 ff. Ferner Riezler, Das Rechtsgefühl. M. Rümelin, Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein. Lehren, wie diejenige Krabbes, Die moderne Staatsidee (1919), daß jede im Rechtsgefühl oder Rechtsbewußtsein des Menschen wurzelnde Norm geltendes Recht sei, verkennen, daß zur Rechtsgeltung mehr gehört als der psychische Ursprung des Rechtsgedankens. Gegen die Gefühlsentscheidung auch Binder, Philosophie, S. 775 A. 13.

lichen nicht achtete. Hier war die Keimzelle all jener Naturrechtsforderungen, die nur über den Umsturz des Vorhandenen zur Neugestaltung des positiven Rechts gelangen konnten. Sie wurden zugleich immer als sittliche Forderungen empfunden, und holten daraus ihre bezwingende Kraft, mochten sie sich Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit nennen oder sich als angeborene und unveräußerliche Menschenrechte ausgeben, oder mochten sie, wie jüngst gegenüber entworfenen oder in Kraft getretenen Gesetzgebungen, sich auf das natürliche Recht jedes Sparerers und Rentners stützen, daß ihm sein mühsam erworbener Besitz wiedergegeben werden müsse, damit er davon leben könne, oder auf das natürliche Recht der Frau, über keimendes Leben als Teil ihres Körpers verfügen zu können und dieserhalb auch dem Staate nicht verantwortlich zu sein, oder auf das natürlichste Recht von allen menschlichen, das Recht zu leben, das dem Menschen daher auch nicht strafweise vom Staate geraubt werden dürfe. Es ist kein Zufall, sondern in dem bezeichneten organischen Lebensverhältnis zwischen Recht und Sittlichkeit tief begründet, daß große rechtliche Forderungen, die gegenüber dem geltenden Recht aufgeworfen wurden, sich immer zugleich als sittliche legitimiert haben. Das Naturrecht war seiner Idee nach niemals etwas anderes als die den Individuen bewußt werdende Lebensäußerung der Idee des Sittlichen, mit der das geltende Recht nicht oder doch nicht mehr im Einklang stand. Daher die typische Einstellung des Naturrechts gegen ein positives Recht, das den höchsten Forderungen des Sittlichen nicht genügt. So wird auch der naturrechtliche Glaube an seine Absolutheit verständlich; denn die Idee des Sittlichen ist nicht nur eine absolute Größe, sie tritt dem Menschen auch als solche ins Bewußtsein, so daß sich in seinem Gewissen und Empfinden allgemein Menschliches, über Zeit und Raum Erhabenes geltend zu machen scheint und seiner dem Recht gegenüber gestellten Forderung die überlegene Kraft verleiht. So ist es auch psychologisch begreiflich, daß Naturrechtsforderungen aus dieser Quelle immer mit dem Anspruch der Superiorität gegenüber

dem positiven Recht hervortraten. So kann die Idee des Naturrechts in einer sittlich und dichterisch beschwingten Seele wie derjenigen Tolstojs in völlige Ablehnung jeder Rechtsordnung ausmünden und in die Forderung der Anarchie. Aber alle diese Anschauungen enthalten ideologische Überspannungen. Entbehrlich wird das Recht und gerechtfertigt wird die Forderung der Anarchie nur für den Fall, daß eine bessere Regelung des Gesellschaftslebens bereitgestellt werden kann.

Mit dem Moment, wo die aus dem Bereich des Sittlichen erwachsende Forderung in der Gestalt und Form einer Rechtsforderung auftritt, wo sie damit den Anspruch auf Erzwingung ihres Inhalts erhebt, ist dieser aber durchaus noch nicht zum geltenden Recht geworden, mochte dies von ihrem Träger noch so sehr in einer wiederum bezeichnenden Prolepsis so empfunden worden sein. Jene Beziehung des Rechts zur sittlichen Idee erklärt die Idee des Naturrechts und die Gestalten ihres geschichtlichen Wirkens, rechtfertigt aber andererseits zugleich die oben gekennzeichnete trotz allem Modernismus noch herrschende Methodik, gemäß deren Naturrecht kein geltendes Recht ist, zu solchem vielmehr nur nach Erfüllung von dessen besonderen Voraussetzungen werden kann. Diese Voraussetzungen ruhen neben ihren historisch-soziologischen Grundlagen auf dem inneren Grunde, daß das Recht einerseits gerade durch die bewußt begriffliche Erfassung und Konkretisierung des Normengehalts fähig wird, die zahllosen Lebenswirklichkeiten und ihre Widerstände ordnend zu regeln, und daß andererseits der im Normengehalt liegende Zwang nur dann verwirklichungsfähig wird, wenn seitens der im Willen der Rechtsgenossen selbst liegenden Wirklichkeit der Normengehalt Anerkennung gefunden hat, entweder im staatlichen Akt der Gesetzgebung oder soziologisch in fortgesetzter Rechtsübung. Die rational auftretende Rechtsforderung, mag sie noch so gut begründet oder sogar sittlich gerechtfertigt sein, ist niemals geltendes Recht¹⁾.

¹⁾ Daher ist auch die freirechtliche Formel Reichels, s. oben S. 12 Anm. 2 abzulehnen. Eine sittliche Forderung ist niemals eine Rechtsnorm von

Die freirechtlichen Theorien, die dem Richter das Recht erkämpfen wollen, in gewissen Fällen *contra legem* zu entscheiden, übersehen, daß damit verloren ginge, was gemäß Obigem überhaupt zur bewußten Rechtsbildung geführt hat, und worin wir heute bewußt das Wesen des Rechts zu erblicken haben. Recht entstand, weil die Wirklichkeit durch eine Moralordnung nicht unbedingt geregelt werden kann. Die wirklichkeitsgebundene Ordnung mußte eine Zwangsordnung sein. Das kann sie aber nur und Zwang wird nur erträglich, wenn das Wesentliche des Normeninhalts normativ feststeht und an ihm auch festgehalten wird. Die Rechtskultur hat selbst gegenüber unbestimmten Normen der *consuetudo* immer nach der *certa lex* gestrebt. Primitive Epochen bloßer Gewohnheitsrechtsgeltung weisen nicht nur Unsicherheit hinsichtlich des Rechtsinhalts, sondern schon solche hinsichtlich der Rechtsnatur einer Übung auf. Daher strebte die Gesellschaft in erster Linie immer nach der Rechtssicherheit, selbst um den Preis der Elastizität der Norm, und die höhere Entwicklungsstufe sucht dann durch zahlreiche technische Mittel diese mit jener zu vereinigen, wie in den modernen Kodifikationen zu beobachten ist. Die weitere Entwicklung wird das erstere Prinzip niemals aufgeben können, wenn sie nicht das Wesen des Rechts selbst erschüttern will. Was bisher als Äquivalent für die Rechtssicherheit vorgeschlagen wurde, kann diese nicht ersetzen. Freirecht ist gar kein Recht. Die

Geltung. Die Durchführung einer sittlichen Forderung im Richterspruch bleibt, falls das Gesetz positiv entgegensteht, ein Rechtsbruch, wie alle naturrechtlich titulierten Rechtsumwälzungen. Aber aus diesen ging oft geltendes Recht hervor, wenn dessen Voraussetzungen verwirklicht waren. Erst klare Rechtsmethodik fundiert den Rechtsstaat. E. Jung bietet in seinem Buch „Das Problem des natürlichen Rechts“ (1912) bei mancher treffenden Einzelwertung (vgl. S. 170) keine befriedigende Methodenlehre. Warum soll der Richterspruch mehr Geltungskraft haben als das Gesetz? Dieses kann jenen jederzeit vernichten und dadurch seine alleinige Geltung evident machen. Jenes hat im übrigen nicht die rationalen Wertgarantien in sich, die das Gesetz im Verfassungsstaat bietet, wie oben darzulegen versucht wurde. Der Modernismus, der den konkreten Rechtsbefehl als solchen als die reelle Erscheinung des Rechtslebens ansieht (Knapp), bleibt einseitig und übertreibt

für das Wirkliche nicht blinden Naturrechtler haben niemals freirechtliche Anwendungen gehabt. Sie sahen die geschichtlichen Erfahrungen der mit einer weitmaschigen Gesetzgebung stets verbundenen Rechtsunsicherheit und Justizwillkür. Man denke besonders an die Strafjustiz des 18. Jahrhunderts. Der große Naturrechtskriminalist, dessen 150. Geburtstag die deutsche Jurisprudenz jüngst feiern konnte, *Anselm Feuerbach*, ist ein leuchtendes Beispiel für die Wirksamkeit der richtig erfaßten Idee des Naturrechts. In seinen legislatorischen und kriminalpolitischen Schriften aus den Jahren 1799 und folgende tritt immer wieder die rechtsstaatliche Forderung eines fest umgrenzten Strafgesetzes und der strengen Bindung des Richters an das Gesetz als leitender Grundsatz hervor, um ein Bollwerk aufzurichten gegen Kabinettsjustiz und Richterwillkür¹⁾.

Was sich aus sittlichem Empfinden heraus und dem darauf gegründeten Werturteil als Rechtsforderung gegenüber dem geltenden Recht aufdrängen mag, was man also gemäß der geschichtlichen Erfahrung der Idee nach als Naturrecht bezeichnen kann, kann im besten Fall — nämlich bei wirklichem Wert und wirklicher Brauchbarkeit — immer nur den Anspruch auf künftige Anerkennung und Geltung erheben. Ob diese eintreten werden, bleibt selbst bei dem angenommenen Wert des Geforderten immer Tatfrage; denn andere rationale Werte beginnen sofort den Kampf mit jenem, und die entscheidende Bewertung dieser Werte findet nur geschichtlich statt, mag sich das Bewußtsein des Individuums noch so sehr dagegen auflehnen. Aus *ius nasciturum* muß erst *ius natum* werden, und methodisch müssen wir die Geburtsstunde des letzteren einigermaßen sicher bestimmen können. Die Entwicklung jedes Rechtsinstituts spiegelt jenes *certamen rationum* wieder. Jede ratio trat mit dem Geltungsanspruch auf; aber jede ratio entspringt nur einer Weltanschauung, nicht der

¹⁾ Dazu jüngst der biographische Aufsatz von *Erich Schwinge*, *Preuß. Jahrbücher* 1925, S. 165 ff.

Weltwirklichkeit. Das geltende Recht hat jene Beziehung abgestreift und ist wirklich geworden. Darin besteht seine Autorität. In seiner Wirklichkeit bewährt sich seine Vernünftigkeit im Sinne Hegels.

Im übrigen darf nicht verkannt werden, daß der Richter von keiner wissenschaftlichen Freirechtstheorie zum König gekrönt zu werden braucht. Die Macht dazu steht ihm ohne weiteres offen. Keine methodische Formel wird sie aber je in ein Recht wandeln können. Jeder Richter kann ohne weiteres, zumal wo ihm sittliche Forderungen und gerechte oder billige Abwägungen gemäß dem Obigen die innere Sanktion erteilen, *contra legem* entscheiden. Aber er läuft Gefahr, daß die *lex* gegen seine Entscheidung und gegen ihn reagiert und ihren Willen durchsetzt. Das wird keine noch so fein geformte Freirechtstheorie jemals verhindern können. Es steht mit dem Rechtsbruch in der Amtsstube des Richters nicht anders wie mit dem hinter Barrikaden oder auf dem Schaffot vollzogenen: die zu Boden getretene *lex* kann sich wieder erheben und ihren Inhalt gegenüber der rationalen Gegenforderung wiederherstellen. Es kann ihr freilich in beiden Fällen das *Wollen* oder das *Können* dazu auch fehlen. Die Geltung hängt von beiden letzteren Elementen des Rechts zusammen ab. Auch in der Wertung dieses dramatischen Kampfes bewährt sich die dargelegte organische Relation von Recht und Sittlichkeit. Die Idee der Sittlichkeit vermag es, die von ihr getragene Rechtsforderung auch durch Rechtsbruch durchzusetzen¹⁾. Sie wird ihren Trägern jenes Können verleihen, dem gegenüber die Kraft einer nicht lebensfähigen oder altersschwachen *lex* versagt. Der alte, bekämpfte Rechtssatz wird andererseits, wenn noch sittlich genährte Kraft in ihm lebt, sich gegenüber einer verfrühten oder verfehlten Forderung durchsetzen. Das sind Vorgänge, so alt wie das Recht selbst, zu deren Verständnis uns die

¹⁾ Über Revolutionsrecht neuerdings gut Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht I, 1924, S. 49 ff. (Grundrisse der Rechtswissenschaft. Bd. 18) mit weiterer Literatur. S. ferner auch Binder, Philosophie d. R. S. 623 ff.

moderne Freirechtstheorie methodisch nicht den Schlüssel bietet.

Aber die Geltung des positiven Rechts reicht nur soweit, als seine Norm ihren Willen selbst erklärt. In der Funktion, die der Jurist technisch als Auslegung handhabt, strömen in ihrer Zahl unübersehbare rationale, außerpositive Elemente in die Rechtsordnung. Indessen auch hier spendet die ratio niemals geltendes Recht. Auch der technisch als Auslegung der lex aufgekommene außerpositive Satz oder Begriffsinhalt ist nicht lex, sondern nur ratio, und hat, damit diese geltendes Recht werde und den anderen Richter formal binde, denselben Werdegang zu durchlaufen wie alles *ius nasciturum*¹⁾.

Die gesetzesfeindliche Stimmung, von der wir ausgingen, ist also kein Beweis für die Altersschwäche der herrschenden rechtlichen Methodenlehre, sondern nur für eine staatlich schlecht verwaltete Gesetzgebung. Die rechtspolitischen Schlüsse ergeben sich aus dem Dargelegten von selbst. Die staatliche Gesetzgebung, die die Stimme des Sittlichen nicht vernimmt oder nicht beachtet, wird trotz der formalen Geltung, durch die die lex der bloßen ratio überlegen ist, im sozialen Kampfe mit ihr unterliegen. Es gibt keine größere Schädigung staatlicher Autorität. Aber rechtsmethodisch muß an dem Attribut der formalen Geltung des positiven Rechts unbedingt festgehalten werden, weil das allein der Idee des Rechts entspricht. Darin liegt der Wert des im Motto vorangestellten Ausspruches. Die rationale „Geltung“ des Naturrechtssatzes, mag dieser sittlich gerechtfertigt und ebendadurch dem positiven Rechtssatz inhaltlich wertüberlegen sein, wird durch die formale Geltung des letzteren solange überwunden, bis sich etwa jene rationale selbst zu formaler Geltung gesteigert und damit erst Rechtswirklichkeit erlangt hat.

¹⁾ Art. „Auslegung“ a. a. O.

ÜBER DIE IDEE (DAS REGULATIVE PRINZIP).

Versuch zur Grundlegung einer rationalen religiösen
Dogmatik.

Von

C. A. EMGE.

Als Philosoph wetze ich immer,
bevor ich schneide. Ich schließe
auf den Schnitt nur von der
Schärfe des Messers und auf diese
nur von dem Wetzstein, den ich
für den besten halte.

§ 1: Vorbegriff.

1. Unter Idee soll im folgenden das sogenannte regulative Prinzip verstanden sein¹⁾. Diese Bezeichnung stammt von Kant. Seine Bestimmungsversuche weisen die charakteristischen Auffassungen Kants über Erfahrung und Vernunft, Postulat, „Objekt an sich“ auf²⁾. Es ist zunächst die Bedeutung der Worte Prinzip und Regulativ zu erläutern, wie sie in folgendem gebraucht werden sollen.

2. Principium, ἀρχή, ist der Anfang der gedanklichen oder gegenständlichen Reihe. Er ist rein logisch aufzufassen als erstes Glied einer von Voraussetzung zu Voraussetzenden führenden Reihe von Sätzen, einer von höheren zu niederen führenden Reihe von Gegenständen.

a) Unter „Satz“ verstehen wir das Gebilde, mit dessen Anspruch und Erfüllung sich die Logik als eine von jeder Psychologie unabhängige, wahrhaft autonome Wissenschaft

¹⁾ Vgl. unsere Vorlesung „Über verschiedene Bedeutungen von Idee“ S. 10 ff. Wir verwendeten dort den Ausdruck „Bedingung der Norm“.

²⁾ Z. B. „Grundsatz der größtmöglichen Fortsetzung und Erweiterung der Erfahrung, nach welchem keine empirische Grenze für absolute Grenze gelten muß, also ein Principium der Vernunft, welches als Regel postuliert, was von uns als Regressus geschehen soll und nicht antizipiert, was im Objekte vor allem Regressus an sich gegeben ist“.

beschäftigt (Urteilssatz). Man kann ihn verstehen als nächsten¹⁾ „Sinn“ oder „objektiven Gehalt“ des Urteilens in psychologischer Hinsicht, das „was eine Bedeutung ausdrückt“, den objektiven „Gedanken“²⁾, (*ἀπόφασις*, *Propositio*). Ein Begriff läßt sich in seiner eigenen Geltungssphäre nur durch solche Sätze ausdrücken.

a) Von dem Satz als Gegenstand der Logik ist das Vollziehen oder Produzieren solcher Sätze im Erleben zu unterscheiden. Mit diesen Vorgängen beschäftigt sich die Psychologie. Funktionelle Beziehungen zu physiologischen Sachverhalten sind empirisch nachzuweisen. Als eine Art des Erlebens fällt das Urteilen in das Gebiet der Tatsachen und untersteht daher der Betrachtung nach zeitlichen Momenten.

β) Von dem Satz als Gegenstand der Logik ist ferner der Urteilsausdruck zu unterscheiden: die äußere Erscheinungsform. Eine Unterart davon ist die sprachliche. Man spricht hier am besten von Behauptung. Ein Satz wird also in der „Wirklichkeit“ zunächst in einem faktischen Urteil gewonnen und gewöhnlich in einer Behauptung ausgedrückt.

b) Dem Satz steht gegenüber³⁾ der Sachverhalt (Gegenstand, Bestand, Essenz, Objektiv) auf den er sich bezieht. Diese Beziehung ist rein „wesensmäßig“ zu verstehen, sinnhaft, nicht irgendwie kausal. Der Streit um Idealismus und Realismus läßt sich teilweise darauf zurückführen, daß man ein Aufgehen der einen Sphäre in die andere, eine absolute Identifizierung von Logischem mit Gegenständlichem für möglich hielt⁴⁾. Allerdings ist der Sachverhalt logisch nur in

¹⁾ Nur der nächste. Dieser behauptet ja wiederum einen Sinn, nämlich seine Richtigkeit als Satz.

²⁾ Pfänder.

³⁾ Dieses Gegenüberstehen wird gewöhnlich „logisch“ genannt. Es ist aber ebenso überlogisch wie übergegenständlich.

⁴⁾ Diese Einsicht verdanken wir den Phänomenologen, sowie den jüngsten Veröffentlichungen Nicolai Hartmanns. Insofern wir die — stets relative — Identität beider Sphären (unter Wahrung ihrer Verschiedenheit) anerkennen, kann man unseren Standpunkt als den der Identitätsphilosophie (Hegels Identität der Identität mit der Nichtidentität)

Sätzen zu fassen, andererseits ist der Satz aber selbst als Sachverhalt möglich wie gerade die Logik zeigt. Die Beziehung von Satz zu Sachverhalt ist aber eine ursprüngliche, die sich nicht aufheben läßt.

a) Satz meint also Sachverhalt. Ist der Satz richtig, so „besteht“ der Sachverhalt. „Unmögliche Gegenstände“¹⁾, z. B. viereckiger Kreis treten nur in widerspruchsvollen, d. h. notwendig falschen Sätzen auf, deren Vorkommen als Sachverhalt natürlich nicht bestritten wird. Von der Logik aus gesehen „gibt es“ Sachverhalte nur in Hinsicht auf die logische Möglichkeit richtiger Sätze über sie.

β) Wie Satz und Sachverhalt einander korrespondieren, so steht einem Ordnungssystem von Sätzen ein entsprechendes Ordnungssystem von Sachverhalten gegenüber. Die Beziehung ist gleichfalls rein funktionell. Von einem Teil des einen Systems kann zu dem entsprechenden des anderen übergegangen werden.

c) Unter Erkenntnis soll bloß der Urteilsvollzug (a, a) eines seinen eigenen Anspruch erfüllenden, also richtigen Satzes einschließlich seiner gedanklichen Voraussetzungen (d) verstanden sein. Es handelt sich also bei Erkenntnis um die Idee eines psychischen Vorganges.

Kennntnis soll daneben nur die reale Möglichkeit des Urteilsvollzugs (a, a) des richtigen Satzes allein ohne seine Voraussetzungen bedeuten.

d) Voraussetzung heißt uns ein Satz gegenüber einem anderen, Voraussetzenden, wenn seine Richtigkeit die mögliche Richtigkeit, seine Unrichtigkeit aber die notwendige Unrichtigkeit des andern hervorruft. Die Bezeichnung entstammt der transzendentalen Fragestellung: Man geht von einem vorgelegten bedingten Satze aus. Erst die Richtigkeit sämtlicher Voraussetzungen ergibt die notwendige Richtigkeit des voraussetzenden Satzes; zur notwendigen Un-

bezeichnen. Damit ist uns Hegel wieder aufgegeben. Wir müssen hier auf eine noch ungedruckte Arbeit über Hegel verweisen. — Manche Anregung für das folgende verdanken wir Friedrich Raab-Gießen.

¹⁾ Meinong.

richtigkeit dieses Satzes genügt demnach schon die Unrichtigkeit einer Voraussetzung.

α) Für „Voraussetzung“ gebraucht man auch die Bezeichnungen „bedingend“, „konstitutiv“, „logischer Grund“, „grundlegend“, „prinzipiierend“, „formal“. Man wendet die gleichen Worte zur Bezeichnung des analogen Sachverhaltes in der Gegenstandssphäre an.

β) Das Wort „transzendental“ bezeichnet ein komplizierteres Verhältnis: Transzendental wird die Voraussetzung genannt, die a priori (§ 2, 2) ist und irgend welche „Erfahrungen“ bedingt.

ε) Reihe ist eine Beziehung, die asymmetrisch¹⁾, transitiv²⁾ und zusammenhängend sein muß³⁾. Prinzip bedeutet also die erste Setzung, Grundeinheit, das Fundamentum relationis, *ἑποχόμενον*, den ersten „Vorfahr“ im logischen sowie im ontologischen Sinne.

α) Bei „Ursprung“ klingt leicht eine kausale Vorstellung an. Cohens Denkgesetz des Ursprungs⁴⁾ bezieht sich auf den „wissenschaftlichen Erkenntnisprozeß“, einen u. E. soziologischen Begriff, der in Beziehung zu dem gleichgearteten Begriff der „Hypothese“ steht.

β) Die „Grundlage“ ist für den Erkenntnisprozeß ein „zu Grund gelegtes“. „Ausgangspunkt“ läßt den Hinweis auf die notwendige Mehrgliedrigkeit des Prinzips vermissen, obgleich der Begriff Punkt für den mathematischen Axiomatiker ja die Axiome einer ganzen Mathematik erfüllt.

γ) Bei der systematischen Sicherung des Prinzips ist der Reihengedanke nicht mehr verwendbar. Das Verhältnis

¹⁾ Vgl. Russel, Einführung in die mathematische Philosophie, mit Vorwort von Hilbert. S. 31: „Asymmetrisch“ bedeutet folgendes: Wenn ein Element einer Beziehung X einem anderen Y vorangeht, so darf Y nicht auch X vorangehen.

²⁾ „Transitiv“ bedeutet folgendes: Wenn X dem Y, und Y dem Z vorangeht, so muß X dem Z vorangehen.

³⁾ „Zusammenhängend“ bedeutet folgendes: Von irgend zwei gegebenen Elementen muß eines vorangehen, das andere folgen.

⁴⁾ Logik 1902. S. 32 ff., 68 ff., 100 ff., Natorp, Grundlagen der exakten Wissenschaften S. 21 ff.

der konstitutiven Sätze und Sachverhalte wird hier symmetrisch¹⁾).

f) Von dem Prinzip als erstem Glied von Sätzen und Sachverhalten sind folgende Bedeutungen zu unterscheiden.

a) Der Anfang im psychologischen oder soziologischen Sinn: die Sätze tatsächlicher Urteilsakte (α , α) womit ein Einzelner oder eine Wissenschaft (als Gesellschafterscheinung) faktisch begonnen hat, um ein Problem zu lösen. Da man sich hier in Abhängigkeit von der ursächlichen Betrachtung befindet, ist vorher anzugeben, worin man ihn sehen will. Sonst geht die Betrachtung notwendig immer weiter zurück.

β) Der Anfang der Darstellung: Es handelt sich um die Sphäre des Ausdrucks (α , β). Für die Frage ihrer Richtigkeit ist daher stets die Situation, in der sie erfolgt²⁾ von Bedeutung.

γ) Der sogenannte reale Anfang, auch Urgrund oder wahre Wirklichkeit genannt³⁾. Die Vorstellung entstammt der alten Metaphysik, die einen beschränkteren Prinzipgedanken⁴⁾ auf ein logisch höheres Gebiet anwandte. Richtig verstanden ist der Gedanke des Urgrunds identisch mit dem des Sachverhaltes oder Gegenstands schlechthin (b). Er ist das „Seins-Prinzip“, welches dem Gedanken des „logischen Prinzips“ analog ist (b, β).

3. Regulativ ist nach Kant ein Grundsatz, der die Regel zu einem bestimmten Verfahren enthält. Die Einschränkung auf bestimmtes Verfahren lassen wir fallen⁵⁾.

¹⁾ Die beiden Elemente der Beziehungen X und Y bedingen sich gegenseitig. Dieses Moment hat wohl Nicolai Hartmann in seiner früheren Abhandlung über die systematische Methode auf den Gedanken gebracht, eine dialektische Methode neben die transzendente (und deskriptive) zu stellen.

²⁾ Insbesondere der Urheber und der Empfänger.

³⁾ Über das Wirkliche, was Hegel als vernünftig behauptet. Vgl. unseren Vortrag über dieses Wort. Vgl. Vorrede seiner Rechtsphilosophie (Lasson), S. 14.

⁴⁾ Nämlich des realen Geschehens innerhalb der Erfahrungssphäre.

⁵⁾ Wir suchen eine allgemeinere Fassung. „Verfahren“ trägt wie das „Handeln“ des kategorischen Imperativs leicht die Vorstellung des Facere an sich. Die enge Fassung des kategorischen Imperativs hat bereits Scheler bemerkt.

Es soll unter Regulativ ganz allgemein das verstanden werden, was die Richtschnur gibt.

a) Eine Richtschnur kann es nur „für etwas“ geben, das sich — logisch gesehen — richten läßt. Wir werden das später (§ 3, 3, c) als das Merkmal des „Wirklichen“ erkennen. Eine Richtschnur spricht die Wirklichkeit irgendwie an. Sie beansprucht von ihr etwas.

Bezieht man eine Richtschnur auf ihr „Wirkliches“¹⁾, so tritt sogleich eine doppelte Funktion zutage, die wir als dynamische und statische bezeichnen können.

α) Die Richtschnur gibt an, wie Wirkliches ihrem Sinne nach zu richten ist.

β) Die Richtschnur gibt an, ob Wirkliches ihrem Sinne nach richtig oder falsch ist.

γ) Im ersten Falle (α) wird sozusagen ein bewegter, im zweiten Falle (β) ein zu Ruhe gekommener Tatbestand beurteilt. Die Richtschnur kann sich bei jenem (α) auf ein Facere, Nonfacere, Fieri beziehen, auf alles, was auf die Frage „Was geschieht?“ denkbar ist (Tatsache, Geschehen). Bei diesem (β) ist das Geschehen als vollendet (Situation, Lage) Gegenstand der Richtschnur.

Erst wenn man die Bewegungstendenz eines Sachverhaltes hinzuzieht, ferner die Begriffe des Anspruchssubjektes, so daß sich Neigung und Abneigung als individuelle Bewegungstendenzen ergeben, gewinnt man das Dürfen und Sollen, mit dem man zu unrecht sogleich zu beginnen pflegt.

b) Erwägt man die sinnhafte Bedeutung des Regulativs, so ergibt sich sogleich die Scheidung dreier Arten:

a) Das Regulativ findet sich einmal als Sinn von Akten, die „tatsächlich“ sind, also der „Wirklichkeit“ angehören²⁾, z. B. der Schurke A. befiehlt dem Gesellen B. den C. zu töten. Wir sprechen hier von „gegebener Richt-

¹⁾ Bezieht sie sich nicht auf das von ihr gemeinte „Wirkliche“, sondern auf anderes, so ist ihr „Anwendungsfall“ nicht gegeben. Das Wirkliche ist dann mit Rücksicht auf die Richtschnur „unbezüglich“, „gleichgültig“, *ἀδιάφορον*. Über den Unterschied von Wirklichkeit und Wirklichem vgl. Bauch, Wahrheit, Wert und Wirklichkeit S. 132.

²⁾ Über den Begriff der „Wirklichkeit“ vgl. § 3, 3 b.

schnur“¹⁾. Das Wesen der „gegebenen Richtschnur“ liegt also darin, daß die Richtschnur Sinn eines zunächst bloß als tatsächlich beurteilten Geschehens innerhalb der Wirklichkeit ist. Die „gegebene Richtschnur“ „ereignet sich“, „trägt sich zu“ zu irgend einer Zeit, an irgend einem Ort, aus irgend welchen Ursachen, zu irgend welchem Zweck. Der Umfang der „gegebenen Richtschnur“ ist erstaunlich groß. Jedes Erleben läßt sich als solche auffassen!

β) Das Regulativ findet sich zweitens als Sinn eines „Satzes“ (2, a), wobei es für das Bestehen des Sachverhaltes gleichgültig ist ob die Richtschnur zur Herbeiführung des ihr entsprechenden Tatbestandes in der Wirklichkeit in entsprechenden Akten, z. B. Urteilsakten, Imperativen, Wünschen realisiert wird oder nicht. Man denke an den Satz: „Sei gut!“ Wir sprechen hier von „reiner Richtschnur“. Infolge der Unabhängigkeit von den genannten Realisierungen besteht sie „aus eigener Kraft“, „autonom“. Das Wesen der „reinen Richtschnur“ liegt also in ihrer ontologischen Selbständigkeit und daraus folgenden Unabhängigkeit ihres Sinns vom Inhalt „gegebener Richtschnuren“ (α). Diese bilden bei der Begründung keinen Gegenstand logischer Voraussetzung für den Satz der „reinen Richtschnur“ (2, d).

γ) Das Regulativ findet sich drittens als Sinn eines „Satzes“ (2, a), der sich logisch daraus ergibt, daß eine „reine Richtschnur“ (β) den Inhalt einer „gegebenen Richtschnur“ (α) als Richtschnur bestimmt. Z. B. ein bestimmter Befehl des Vaters an seinen Sohn wird als maßgebend für diesen in verbindlichem Sinne beurteilt. Der Inhalt des Befehls ist zunächst bloß eine „gegebene Richtschnur“ (α). Es wird aber in unserem Beispiel angenommen, daß eine „reine Richtschnur“ (β) bestehe, dahin gehend, daß der Inhalt der „gegebenen Richtschnur“ (α) für den Sohn ebenso Regulativ sein solle, als wenn er einer „reinen“ angehöre. Das Regulativ, welches sich hier ergibt, besitzt also in dem

¹⁾ Sie ist notwendig „empirisch“. Vgl. § 2, 2.

Inhalt der „gegebenen Richtschnur“ (α) eine Voraussetzung (2, d). Da das Regulativ aber wie ein „reines“ (β) gilt, bedarf es zu seiner Begründung eines „reinen“, welches diese Geltung verfügt (vgl. c). Wir sprechen hier von „gemischter Richtschnur“¹⁾. Das Wesen der „gemischten Richtschnur“ liegt also darin, daß ihr Inhalt mindestens zwei Richtschnuren als Voraussetzungen besitzt (2, d) und zwar ist sie immer ein Schluß aus einer „reinen“ (β) als Obersatz und einer „gegebenen“ (α) als Untersatz.

c) Jede „gegebene Richtschnur“ setzt eine „reine Richtschnur“ voraus. Bei der Frage nach dem „regulativen Prinzip“ gebührt daher logisch der Betrachtung des Prinzips der „reinen Richtschnur“ der Vorrang.

Die „gegebene Richtschnur“ setzt von hier interessierenden Sachverhalten folgende voraus:

a) Daß die „gegebene“ überhaupt ein Mittel sein kann, um einer „reinen Richtschnur“ zur Verwirklichung ihres Sinns zu dienen. Die „gegebene“ muß überhaupt Werkzeug sein können. Es muß eine „reine Richtschnur“ geben, die insofern eine Blanko-Formel darstellt, als ihr Inhalt zur Erzeugung einer „gemischten“, einer durch eine „gegebene Richtschnur“ zu schaffenden weiteren Voraussetzung bedarf.

β) Die „gegebene“ soll in concreto, gemessen an einer „reinen Richtschnur“ „richtig“ sein (3, a), also schon dadurch eine „gemischte“ ergeben. Die „gegebene“ behauptet sich als richtiges Werkzeug.

Der zweite Satz (β) geht über die Bedeutung des ersten hinaus. Dieser erklärt nur die Möglichkeit der „gemischten Richtschnur“ aus einer „gegebenen“, indem diese als Werkzeug dient. Jener (β) beansprucht für die konkret „gegebene“ die „richtige“ Erfüllung einer „reinen Richtschnur“. Wir können diese Feststellungen auch so ausdrücken: Eine „gegebene Richtschnur“ kann auch dann verbindlich sein, wenn sie selbst die für sie bestimmte „reine Richtschnur“ nicht

1) Sie ist empirisch. Vgl. § 2, 2.

erfüllt. Sie soll überhaupt nicht in dieser Situation tatsächlich sein oder jedenfalls nicht so wie sie ist, sein. z. B. ein beliebiger Befehl des Vaters an seinen Sohn, dessen Inhalt sich nur im Rahmen ganz allgemeiner Bedingungen hält, wird in verbindlichem Sinne als maßgebend für diesen beurteilt. Der Fall α gibt als Grund an, daß es eine „reine Richtschnur“ gibt, die Befehle in dieser Situation für maßgeblich erklärt. Unrichtige „gegebene Richtschnur“ schafft so unter gewissen Bedingungen „gemischte Richtschnur“. Der Fall β gibt als Grund an, daß eine „reine Richtschnur“ besteht, der der Befehl restlos entspricht. Dann ist die Maßgeblichkeit für den Sohn in diesem Satz logisch mit behauptet. Richtige „gegebene Richtschnur“ schafft stets „gemischte Richtschnur“. — Beide Fälle unterscheiden das Naturrecht nicht. Dieser Fehler ist mit der Grund für die Aufstellung besonderer Naturrechtssysteme gewesen ¹⁾.

Man hat es also mit zwei verschiedenen Arten von „reiner Richtschnur“ zu tun: Die eine bezieht sich auf die „gegebene“, die andere auf den Sachverhalt, worauf sich die gegebene gleichfalls bezieht. Beide Arten hängen durch den Begriff der „reinen Richtschnur“ zusammen. Ein Widerspruch kann zwischen ihnen nicht stattfinden, da die „reine“ ja den Sinn des Satzes ohne Rücksicht auf seine Realisationsversuche bedeutet (3, b, β).

d) Man spricht auch von einem „Prinzip der praktischen Vernunft“. Aber auch das Denken ist ein Verhalten (2, a, α) ²⁾; jedes Verhalten gehört eigenschaftlich einem „Werkmeister“, einem Lebewesen zu; dieses ist wiederum nur ein Moment einer historischen Situation, die ihrerseits einen Ausschnitt der Wirklichkeit bildet. Die Begriffe: Wirklichkeit — Situation — bestimmtes Lebewesen in dieser — besonderes Verhalten bedingen sich logisch in der genannten Reihenfolge. Sie tendieren sämtlich zur Richtschnur, deren Konkretisierung daher der gleichen Reihenfolge unterliegt

¹⁾ Über die verschiedenen Problemstellungen des Naturrechts vgl. den Anhang unserer Vorschule der Rechtsphilosophie.

²⁾ Hier entspringt der Primatgedanke, der von Rickert und Bauch wieder mit Recht betont wird.

§ 2, 3, c). Die Fassung „Prinzip der praktischen Vernunft“ erscheint uns daher zu eng.

e) Besser ist die poetische Bezeichnung „Prinzip des Sinns“. Das Leben läßt sich religionsphilosophisch als ein System faktischer Akte auffassen, deren Sinn darin besteht, sinngemäß im Sinne des regulativen Prinzips zu sein, ohne durch ihre Faktizität diesen Sinn schon zu erreichen. Das ist die Hegelsche Identität der Identität mit der Nichtidentität. Die Idee erscheint so als dasjenige, welches jeglichen Sinn, auch der besonderen Akte, die wir Denken nennen (2, a, a), erst ermöglicht. Das wäre das Problem der Idee als Prinzip eines „idealen Pragmatismus“ formuliert.

f) Es ist wichtig, von der Fassung der Idee jede bildliche Deutung fernzuhalten: Die Idee steht weder „am Ende des Wegs“ noch „nähert man sich ihr approximativ“¹⁾. Sie ist ja keine Substanz. Sie bezeichnet nicht mehr und nicht weniger als den Gegenstand des Gedankens, der benötigt wird, um Verbindliches zu begründen, Beanspruchtes zu rechtfertigen und den jede „gegebene Richtschnur“ (3, b, a) voraussetzt.

Unter Idee verstehen wir demnach die höchste „reine Richtschnur“.

§ 2. Das Merkmal der Höhe.

1. Man spricht von Prinzipien und höchsten Prinzipien. Ein Prinzip einer sogenannten Einzelwissenschaft, z. B. Punkt, Gerade, Ebene in der Geometrie²⁾, das Recht in der Rechtswissenschaft ist nicht ohne weiteres das höchste Prinzip schlechthin. Es bedarf seinerseits der Begründung aus Voraussetzungen, die bei unseren Beispielen die Philosophie der Mathematik³⁾ und die Rechtsphilosophie⁴⁾ zu

¹⁾ Ein oft gebrauchtes Bild Natorps.

²⁾ Ob sie das als „Dinge eines Systems“ wären (Hilbert), müßte festgestellt werden. Bei Euklid ist die Bedingtheit ganz offenbar: Definition I: „Ein Punkt ist etwas, dessen Teil nichts ist.“

³⁾ Russell, Natorp.

⁴⁾ Vgl. hierüber unsern Aufsatz in Bd. I von „Philosophie und Recht“.

leisten hätten, die ihrerseits wiederum auf der Logik als Prima philosophia beruhten oder mit ihr identisch wären¹⁾.

Soll die Idee die höchste „reine Richtschnur“ bezeichnen (§ 1), so genügt es nicht, ein Prinzip zu betrachten, das eine noch so wichtige normative Einzelwissenschaft eröffnet.

Der Unterschied von Philosophie und Einzelwissenschaft läßt sich nur unter Berücksichtigung des verschiedenartigen Verhaltens der Individuen bei dem Betrieb der Wissenschaft also soziologisch bilden. Er selbst ist wohl noch apriorisch (2) faßbar²⁾. Was aber zu einer bestimmten Zeit den Charakter der Einzelwissenschaft besitzt, ist eine empirische Frage. Ihr Prinzip ist daher insofern empirisch bedingt.

Die Idee, die uns beschäftigt, darf als höchste Richtschnur keine höhere über sich haben. Sie muß insofern unableitbar sein. Ihre Stellung als höchste Idee versteht sich demnach als „absolut“ (von oben gesehen)³⁾, alle übrigen regulativen Sätze müssen von ihrem Satz abhängen. Es ist daher nötig, das Material, das sie bedingt, näher zu betrachten. Wir haben bisher schon öfter von „Wirklichkeit“ gesprochen. Indem wir auf den Unterschied von apriorischen und empirischen Sachverhalten eingehen, wird der Bestimmung des korrelativen Gegenbegriffs der Idee vorgearbeitet.

2. Apriorische oder Vernunftsätze⁴⁾ heißen Sätze (und entsprechend Sachverhalte, Gegenstände, Be-

¹⁾ Sogar die reine Mathematik kann u. E. als Wissenschaft von den Relationen zur Logik gerechnet werden.

²⁾ Diesen soziologischen Charakter hat Scheler und seine Schule erkannt. Die Unterscheidungen nach der Rechtfertigungsmöglichkeit der Sätze als apriorischer und empirischer (oben 2) wird dem Sprachgebrauch des Wortes Philosophie nicht gerecht. Vgl. zu dem Problem § 3 unserer Vorschule.

³⁾ Daß sie zugleich an der Spitze des Systems erwächst, ist in § 4 zu zeigen.

⁴⁾ Folgende Bezeichnungen sind noch üblich aber bedenklich:

a) „Notwendig“. Das Apriorische hat nach Kant den Charakter der „inneren Notwendigkeit“. Der Unterschied zur Kontingenz der Erfahrung wird hierdurch ausgedrückt. Andererseits ist der Erfahrungssatz gewiß insofern notwendig, als die Erfahrung das betreffende Begreifen fordert und der Ausdruck der Erfahrungen nicht willkürlich sein darf.

stände) gegenüber anderen, die dann empirische oder Erfahrungssätze genannt werden, wenn sie ihre logische Rechtfertigung allein in der Sphäre des Logischen finden können. Der empirische Satz setzt zu seiner Rechtfertigung stets noch empirische Bedingungen voraus, aus denen seine Richtigkeit folgt.

a) Die Bestimmung erscheint zunächst als bloße Nominaldefinition. Der Begriff des empirischen Satzes selbst ist ein apriorischer Begriff. Wir wissen aber nicht, was es bedeutet, rein logisch gerechtfertigt zu werden. Es genügt jedoch hier der Hinweis, daß sich die logische Rechtfertigung aus der widerspruchlosen Analyse des Phänomens „Satz“ (§ 1, 2, a) und seiner Beziehungen ergeben muß¹⁾.

β) „Allgemeingültig“. Nicht jeder sieht das Logisch-Zwingende ein. Es sollte jeden binden, aber es tut es nicht. Die Erfahrungssätze sind unter ihren empirischen Voraussetzungen gleichfalls für jedermann gerechtfertigt.

γ) „Evident“. Hier wird das „Gefühl“ der Richtigkeit angedeutet, bei dem wir im Denken (§ 1, 2, a, α) allerdings, zwar nicht der Idee nach, aber faktisch halt machen.

δ) „Rein“. Die Bezeichnung deutet ungewollt eine gewisse Verachtung des Empirischen an, wie sie dem Rationalismus geläufig war. Das „Unreine“ ist dabei das, womit wir es gerade „im Leben“ zu tun haben. Wir gebrauchen das Wort rein für die eine Art der Richtschnur.

ε) „Subjektiv“. Subjektiv wäre hier vernünftigt im Sinne des Logos. Dieser wird als Träger der Sätze und Begriffe gedacht. Der Ausdruck ist besonders unglücklich. Er ist Schuld daran, daß man sich als Idealist fühlt, wenn man rein logisch oder gegenständliche Sachverhalte als solche betrachtet.

¹⁾ Das Nähere vgl. in § 4 unserer Vorschule. Man geht dabei systemnotwendig von einer „phänomenologischen Schau“ aus. Erst von hier ist jede „Ableitung“ möglich. Mit dieser Schau des logischen Urphänomens ist notwendig gegeben die Unterscheidung von „Tatsächlichkeit“ (Möglichkeit, richtig oder falsch zu sein, mögliche Unerfüllbarkeit des logischen Anspruchs als Anspruch) und „Richtigkeit“ (das Ziel des Anspruchs, sich zu erfüllen, d. h. beim Satz: logisch richtig zu sein). Die „Richtigkeit“ liefert so wesensgemäß der Anspruch jedes Urteilsatzes, die „Tatsächlichkeit“ in gleicher Weise der Gegenbegriff des Anspruchs, das, worauf es sich bezieht, beim Satz sein faktischer Ausdruck. Das heißt also: Es gibt Tatsächliches und seinen Gegensatz, der nur das Apriorische sein kann. Es gibt Sachverhalte, die vom Standpunkt der Wesensbetrachtung anders sein können und solche, bei denen dies notwendig ausgeschlossen ist. Dies nur zum Verständnis des obigen an dieser Stelle. Ausführliches darüber im § 4, 2.

b) Der Unterschied wird also dadurch gebildet, daß man die Art der Voraussetzungen (§ 1, 2, d) dahin prüft, ob sie vom logischen Standpunkt aus nur Notwendiges oder auch Zufälliges in sich enthalten. Die faktische Rechtfertigung ist natürlich abhängig von den tatsächlichen Möglichkeiten empirisch bedingter Wesen¹⁾.

c) Sieht man genauer zu, so sind die einzelnen Elemente, aus denen sich ein richtiger Erfahrungssatz zusammensetzt, gleichfalls a priori ihrer Möglichkeit nach. Es wäre also rein logisch gesehen denkbar, eine Topik dieser sämtlichen Begriffe zu versuchen. „Zufällig“ bleibt aber — das ist das Entscheidende — die Soseinsverknüpfung im Erlebnis, auf die man sich bei Erfahrungssätzen letztlich stützen muß. Die Erfahrungen bleiben stets Erfahrungen konkreter gleichfalls nur erfahrbarer Wesen.

Der Satz $3 \times 3 = 9$ läßt sich rein aus apriorischen Voraussetzungen heraus rechtfertigen. Der Satz: „Es gibt ein Einhorn“ setzt die Rechtfertigung solcher Tiere unter gleichfalls nur erfahrbaren Bedingungen²⁾ voraus. Die Verknüpfung der Elemente, wie sie unter „Einhorn“ verstanden wird, ist zwar rein logisch möglich. Es muß aber die Synthese erlebnismäßig dargeboten werden, damit von der Existenz“ solcher Tiere gesprochen werden kann³⁾.

¹⁾ Man bezeichnet diese „tatsächlichen Bedingungen“ vielfach auch als apriorisch. Die Sätze werden sogleich als Erlebnisse und Erzeugnisse realer Wesen betrachtet, deren Beschaffenheit sie aus Kausalgründen notwendig beeinflusst. Die „Tatsachen des Bewußtseins“ (§ 1, 2, a, a) und das, was sich aus ihnen als Effectus im genetischen Prozeß des Denkens ergibt, werden dabei privilegiert. Rein logisch betrachtet, müßte man unter den tatsächlichen Bedingungen diejenigen, welche erste Vorstellungen ergeben, von anderen unterscheiden, die deren Ziel: Erkenntnis (§ 1, 2, c) ermöglichen. Jene gäben an, unter welchen Bedingungen dasjenige zustande kommt, was man gewöhnlich Theorie nennt, diese die nie restlos herzustellenden Bedingungen königlicher Schau. Je nach den Zusammenhängen der Wissenschaft, unter denen man nach diesen Bedingungen sucht, gibt es solche psychischer, physischer, historischer, sozialer usw. Natur.

²⁾ „Erfahrungszone“. Die vom logischen Gesichtspunkt aus unbeschränkt erweiterbar ist!

³⁾ Man kann sich den Unterschied der apriorischen und empirischen Begriffe an einem universalen Schachbrett klar machen: Die Apriorik liefert