

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	50 (1931)
<b>Artikel:</b>	Recht und Staat
<b>Autor:</b>	Schindler, D.
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-895959">https://doi.org/10.5169/seals-895959</a>

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 07.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# **Recht und Staat.**

Referat von Prof. Dr. D. SCHINDLER, Zürich.

---

## **Inhaltsverzeichnis.**

	Seite
I. Die Frage der Methode . . . . .	219a
II. Neuere Richtungen der Rechtsphilosophie . . . . .	222a
A. Neukantische Richtungen . . . . .	222a
B. Rechtssoziologische Richtungen . . . . .	228a
C. Realistische und psychologistische Richtungen; ein naturrechtlicher Standpunkt . . . . .	232a
D. Phänomenologische Richtungen . . . . .	235a
E. Objektiv-idealistiche Richtungen . . . . .	237a
III. Die dialektische Auffassung . . . . .	238a
IV. Die formalen Momente des Rechts und der Staat .	242a
A. Entwicklung der eigenen Auffassung . . . . .	242a
B. Verwandte Auffassungen neuerer Autoren . . . .	248a
C. Verwandte Auffassungen älterer Autoren . . . .	254a
D. Übergang zum Folgenden . . . . .	255a
V. Die inhaltlichen Momente des Rechts und der Staat	257a
A. Die zwei Momente . . . . .	257a
B. Naturrechtliche und ähnliche Auffassungen . . .	259a
C. Die Zusammengehörigkeit der beiden inhaltlichen Momente . . . . .	263a
D. Die Akzentverteilung auf die verschiedenen Mo- mente . . . . .	263a
E. Die Bindung des Staats an das Recht . . . . .	266a
F. Der Rechtsstaat . . . . .	269a

---

## **I. Die Frage der Methode.**

Das Verhältnis von Recht und Staat ist eines jener Probleme, für das es eine endgültige Lösung, bei der das menschliche Forschungsstreben ein für allemal stillstehen und von der es als von einem festen Ausgangspunkt

gesichert weiterschreiten könnte, nicht zu geben scheint. Andernfalls wäre es nicht verständlich, dass dieses Problem, das so alt ist wie Staat und Recht selbst, bis heute eine unbestrittene Lösung nicht gefunden hat. Vielmehr scheint die ewige Neuheit der alten Frage darauf hinzudeuten, dass in dem Problem Staat und Recht ein Element enthalten ist, das der endgültigen Auflösung unzugänglich ist, dass es, mit andern Worten, immer unmöglich sein wird, das Verhältnis von Staat und Recht mit derjenigen Eindeutigkeit zu bestimmen, mit der etwa das gegenseitige Verhältnis der Seiten eines rechtwinkligen Dreiecks festgestellt werden kann.

Anderseits kann sich die Praxis des staatlichen und sozialen Lebens bei der Fragwürdigkeit oder gar der Unmöglichkeit der begrifflichen Lösung dieses Problems nicht beruhigen. Denn die Praxis fordert beinahe täglich eine Stellungnahme zu diesem Problem, sie verlangt vom Staatsmann und Politiker in unzähligen konkreten Fällen einen Entscheid der Frage, die theoretisch offen bleibt. Aber praktisches Handeln ohne Klarheit über die Grundlagen, auf denen es ruhen soll, ist letztlich unbefriedigend und läuft immer Gefahr, fehlzugehen. Der praktische Instinkt ist zwar für alles praktische Handeln unentbehrlich, aber er ist für sich allein nicht genügend; er bedarf der Ergänzung in der Erkenntnis. Sollte die Erkenntnis des Verhältnisses von Staat und Recht nicht möglich sein? Sollte der Jurist, der Staatsmann und Politiker verurteilt sein, in dieser fundamentalen Frage im unklaren zu schwelen und in einem Gebiet seine wichtigsten Entscheidungen treffen zu müssen, dessen Struktur und Gesetzmäßigkeiten ihm unbekannt sind? Hätte er nicht Anlass, den Techniker zu beneiden, dessen Tätigkeit sich im Gebiete naturwissenschaftlich erkennbarer klarer Gesetzmäßigkeiten abspielt?

Die Schwierigkeit des Problems Staat — Recht liegt in der Tat nicht allein im Objekt, das der Erkenntnis Widerstand leistet, sondern ebenso sehr in der Frage, auf

welchem Wege man das Problem anpacken, wie man ihm überhaupt beikommen könne, d. h. in der Frage der Methode. Die methodische Frage stört den Naturforscher und Techniker nicht; für ihn ist sie durch die naturwissenschaftliche Methode, die aus der Beobachtung empirischer Tatsachen zur Feststellung allgemeiner Gesetzmässigkeiten gelangt, eindeutig gelöst.

Demjenigen aber, der sich um die Erkenntnis eines sozialen Problems, wie „Recht und Staat“, bemüht, steht eine so klare, einfache Methode nicht zur Verfügung. Das stellt aber auch die Erkenntnis selbst in Frage. Denn Methode und Erkenntnisgegenstand gehören notwendig zusammen. Es ist zwar eine Übertreibung, wenn behauptet wird, dass die Methode den Gegenstand erzeuge; wäre das der Fall, so würde sich allerdings die Wissenschaft in Methodenlehre auflösen. Aber anderseits ist eine bestimmte Methode für ein bestimmtes Erkenntnisgebiet notwendig. Ein bestimmter Gegenstand kann nur durch eine ihm adäquate Erkenntnismethode richtig erkannt werden. Mit einem falschen methodischen Ansatzpunkt kommt man zu falschen, einseitigen oder verworrenen Ergebnissen. Aber welches ist die richtige Methode in dem uns interessierenden Gebiet? Das lässt sich durch eine abstrakte Überlegung nicht endgültig entscheiden. Der Wert und die Güte der Methode erhellen erst aus ihrem Resultat. In der Anwendung auf den Gegenstand muss sie sich bewähren. Die durch die Methode mehr oder weniger erreichte Vollkommenheit in der Erkenntnis der Wirklichkeit entscheidet über ihren grösseren oder geringeren Wert. Sollte es nicht eine für die Erkenntnis des gesellschaftlichen Lebens, insbesondere des Staats und des Rechts wahrhaft adäquate Methode geben? Dass eine solche heute nicht allgemein anerkannt ist, ist richtig. Anderseits beschäftigt die Frage der Methode die heutigen Juristen, die sich solchen Problemen überhaupt zuwenden, in starker Weise. Freilich ist das Ziel der Untersuchung immer die Erkenntnis von Recht und Staat, die Methode muss immer nur als

Weg der Erkenntnis, nicht als Selbstzweck begriffen werden. Aber man hat eingesehen, dass die Besinnung auf sie notwendige Voraussetzung der Erkenntnis selbst ist.

Es sei im folgenden, neben der Darstellung der eigenen Stellungnahme, versucht, einige der wichtigsten der heute vertretenen methodischen Richtungen und ihre Resultate zu skizzieren — wenn angängig mit den Worten der Autoren selbst — um damit dem Leser einen ungefähren Überblick über den heutigen Stand der Frage zu geben, soweit das im Rahmen eines kurzen Referates möglich ist. Aus praktischen Gründen beschränkt sich die Darstellung zur Hauptsache auf die deutschsprachige Literatur<sup>1)</sup>.

## **II. Neuere Richtungen der Rechtsphilosophie<sup>2)</sup>.**

A. Die Neubelebung der Rechtsphilosophie im deutschen Sprachgebiet ging aus vom Neukantianismus. Die neukantische Rechtsphilosophie stützt sich, was auf den ersten Blick erstaunlich ist, nicht auf Kants Rechtsphilosophie, sondern es ist seine Kritik der reinen Vernunft, die die methodischen Grundgedanken geliefert hat. In ähnlicher Weise wie Kant die uns *a priori* gegebenen Anschauungsformen und Denkformen entdeckt hat, die aller Erfahrung vorausgehen und die Erfahrung überhaupt erst durch Einordnung der Gegenstände in diese Formen möglich machen, so geht auch das Forschungsziel der neukantischen Rechtsphilosophie auf das formal Allgemeine aller Rechtserfahrung. Bahnbrecher dieser Richtung ist Rudolf Stammler. Er versteht unter

---

<sup>1)</sup> Ausführlichere Übersichten bieten: Wilhelm Sauer, Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, 1929; Karl Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931. Vgl. auch meine Skizze „Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre“, Festgabe der Zürcher Fakultät für den schweizerischen Juristentag 1928.

<sup>2)</sup> Einzelne Autoren werden des Zusammenhangs wegen in späteren Abschnitten behandelt.

Rechtsphilosophie die Lehre von dem, was sich in rechtlichen Erörterungen mit unbedingter Allgemeingültigkeit aufstellen lässt. Die Rechtsphilosophie muss die „Eigenschaft absoluter Allgemeinheit“ besitzen, dies kann sie nur als „eine einheitlich bedingende Methode“. „Somit erschöpft sich die Möglichkeit rechtlicher Einsicht von absoluter Bedeutung in den reinen Formen des Begreifens und Beurteilens von rechtlichem Wollen, in der bedingen- den Weise seines Entstehens und Geltens, in der methodischen Art seiner wissenschaftlichen Erkenntnis und seiner praktischen Betätigung.“<sup>3)</sup> Der Rechtsbegriff ist demgemäß eine „reine Denkform“, er bedeutet „nichts als ein Verfahren des geistigen Ordnens. In diesem Sinne ist er von unbedingter Gültigkeit.“<sup>4)</sup> Wird aber der Begriff des Rechts näher untersucht, so ergeben sich als seine Merkmale das Wollen, das Verbinden, die Selbstherrlichkeit und die Unverletzbarkeit<sup>5)</sup>, so dass das Recht bestimmt werden kann als „das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen“<sup>6)</sup>.

Dieser formale Gesichtspunkt wird auch auf dem Begriff des Staates angewandt. Der Staat ist nichts anderes als „eine besonders geartete rechtliche Ordnung“, und zwar eine solche, „die für fest angesiedelte Menschen eines gewissen Gebietes gilt“. Daraus ergibt sich notwendig das Verhältnis von Recht und Staat: der Begriff des Rechts ist die logische Bedingung für die Vorstellung vom Staat. Eine eigentliche Begriffsbestimmung des Staats gibt Stammler hingegen nicht, denn es sei mehr Sache der Konvention, welche rechtlichen Vereinigungen man gerade als Staaten bezeichnen wolle. Jedenfalls sei „Staat“ keine

---

<sup>3)</sup> Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. S. 1 und 15/6.

<sup>4)</sup> A. a. O. § 24.

<sup>5)</sup> A. a. O. §§ 19—48.

<sup>6)</sup> § 47. In einem der früheren Werke Stammlers, „Wirtschaft und Recht“, 2. Aufl. S. 488, lautet die Definition: „Recht ist die ihrem Sinne nach unverletzbar geltende Zwangsregelung menschlichen Zusammenlebens.“

für das wissenschaftliche Denken notwendige Kategorie. Er erlaube nur eine Beschreibung von „verhältnismässig allgemeiner Art“, nicht aber eine „unbedingt allgemeingültige Kennzeichnung“<sup>7)</sup>. Da der Staat eine besonders geartete rechtliche Vereinigung sei, falle der Zweck des Staates im letzten Grunde mit der idealen Aufgabe des Rechts zusammen, dessen letztes Ziel die Gerechtigkeit sei<sup>8)</sup>.

Manche überraschende Ähnlichkeit mit der neukantischen Rechtslehre findet sich in dem umfangreichen Werk von Ernest Roguin: „La science juridique pure.“<sup>9)</sup> Er umschreibt die Aufgabe dieser Wissenschaft ähnlich wie Stammler: „Cette science consiste, dans sa généralité, à dégager les vérités constantes et universelles qui résultent de certaines prémisses d'ordre juridique, et tout d'abord de l'existence elle-même, historique ou hypothétique, de ce qu'on appelle le ‚droit‘.“<sup>10)</sup>

Eine andere, noch radikalere Ausprägung als bei Stammler hat der Neukantianismus in Hans Kelsens „reiner Rechtslehre“ gefunden. Kelsen hat mit besonderer Energie den methodischen Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt. Die Reinheit der Methode — die er in Gegensatz stellt zum unkritischen Methodensynkretismus der Rechtswissenschaft, wie er gewöhnlich geübt werde — ist ihm Gewähr für den streng wissenschaftlichen, philosophisch wohlgegründeten Charakter seiner Untersuchung. Welche Methode ist die dem Recht adäquate? Das ergibt sich aus dem Gegenstand. Die Rechtswissenschaft hat es mit Normen zu tun, die Naturwissenschaft mit Naturgesetzen. Normen gehören der Welt des Sollens an, Naturgesetze der Welt des Seins. Zwischen Sein und Sollen besteht eine vollkommen Disparität. Sein und Sollen sind allgemeinste Denkbestimmungen, worunter wir alles in uns und ausser uns fassen. Ebenso wie das Sein ist das

---

<sup>7)</sup> A. a. O. § 136.

<sup>8)</sup> A. a. O. §§ 136, 96.

<sup>9)</sup> 3 Bände, 1923.

<sup>10)</sup> 1. Bd. S. 468.

Sollen eine „ursprüngliche Kategorie“, und ebensowenig wie man beschreiben kann, was das Sein oder Denken ist, ebensowenig gibt es eine Definition des Sollens. „Das Sollen ist ein Denkmodus . . .“ Der Gegensatz von Sein und Sollen ist ein formal-logischer, und solange man sich in den Grenzen formal-logischer Betrachtung hält — das tut Kelsen in seinen Werken —, führt kein Weg von dem einen zum andern, stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber. Auf dieser Grundlage, die sich Kelsen in seinem ersten grossen Werk<sup>11)</sup> legte, hat er sein System mit einer unübertrefflichen Konsequenz bis heute aufgebaut<sup>12)</sup>.

Es ist nun eigenartig, dass die unüberbrückbare Kluft, die Sein und Sollen trennt, die Begriffe im Bereich des Sollens um so enger zusammendrägt. Für Staat und Recht ergibt sich für Kelsen Identität. Die spezifische Einheit nämlich, die in dem Begriff des Staates gesetzt wird, liegt nicht in der Welt der Naturwirklichkeit, sondern in jener der Normen, daher ist der Staat seinem Wesen nach ein System von Normen, der Staat als Ordnung kann „nur die Rechtsordnung oder der Ausdruck ihrer Einheit“ sein<sup>13)</sup>. Ist aber so der Dualismus von Staat und Recht, die Möglichkeit des Gegensatzes oder doch der Spannung zwischen Recht und Staat begrifflich beseitigt, so muss — das ist in der Tat Kelsens Ergebnis<sup>14)</sup> —

<sup>11)</sup> Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911 S. 7/8.

<sup>12)</sup> Die Hauptwerke, ausser dem genannten, sind: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, Allgemeine Staatslehre, 1925.

<sup>13)</sup> Allg. Staatslehre S. 16.

<sup>14)</sup> A. a. O. S. 91; Kelsen ist der Ansicht, dass „eben jeder Staat irgend eine Ordnung, eine Zwangsordnung menschlichen Verhaltens und die Zwangsordnung . . . eine Rechtsordnung sein muss . . .“

jeder Staat Rechtsstaat sein. Die Begriffe Staat, Recht, Rechtsstaat sind identisch<sup>15)</sup>.

Die Schriften Kelsens zeichnen sich aus durch logische Geschlossenheit, Flüssigkeit des Stils, Geschicklichkeit der Argumentation. Sie wirken auf manche Leser beinahe faszinierend. Und doch sind sie letzten Endes unbefriedigend. Denn es ist alles wissenschaftliche Streben der „Reinheit“ der Methode, der logischen Verkettung der Gedanken, der „normlogischen“ Vereinfachung der Probleme geopfert. Aber bei diesem Fortspinnen logischer Gedanken ist der Kontakt mit der Wirklichkeit verlorengegangen. Begriffe, die das positive Staatsrecht oder die bisherige Staatsrechtslehre hervorgebracht haben, wie die Begriffe Staat, Souveränität, Staatsgebiet, Staatenbund, Bundesstaat usw., werden vom positivrechtlichen Gehalt, den man ihnen bisher gegeben hat, entleert, sie spielen gleichsam nur noch die Rolle von Stichworten, an die eine formal-logische Gedankenkette sich anschliesst. Kelsens Lehre ist eine Konstruktion aus logischen Prämissen, die auch in ihren Ergebnissen im wesentlichen im Bereich des Nur-Logischen bleibt und deshalb nicht eine Erkenntnis von Recht und Staat zu vermitteln vermag. An sich ist das Ziel, die logischen Voraussetzungen der Rechtswissenschaft klarzulegen, durchaus erstrebenswert. Aber mehr als die Voraussetzungen des rechtlichen Denkens kann die Logik nicht bieten. Man kann aus ihr nicht an die Substanz des Rechts herangelangen. Die Reduktion von Staat und Recht auf logische Relationen (z. B. der Staat sei die „Einheit“ der Rechtsordnung oder der „Zurechnungspunkt“ des Rechts) sagt nichts über das, was für Staat und Recht spezifisch ist, denn „Einheit“ und „Zurechnung“ sind Begriffe, die nichts spezifisch Rechtliches an sich haben. In diesem Punkt ist die Ansicht Stammlers richtiger, wonach der Staat keine für das wissenschaftliche Denken notwendige Kategorie ist, somit auch nicht als eine kategoriale Form erkannt werden kann.

---

<sup>15)</sup> A. a. O.

Die grosse Vereinfachung, die im rechtlichen Denken durch die Abtrennung des Seins vom Sollen und die Reduktion der Rechtsbeziehungen auf logische Formen scheinbar erreicht wird, ist erkauft durch die Eliminierung der wichtigsten Probleme des Rechts- und Staatslebens aus dem Gesichtskreis des Juristen. Denn diese liegen (wie sich im folgenden zeigen wird) meistens in den Beziehungen zwischen Sein und Sollen. Diesen Beziehungen (wie Kelsen sagt: dem „Problem der Positivität“ des Rechts) vermag Kelsen von seinem Standpunkt aus gar nicht beizukommen, weil voraussetzungsgemäss eine Beziehung zwischen diesen beiden Sphären nicht besteht. Die ausserordentliche Schwierigkeit, die dieses Problem berge, sagt er, bestehe in der — wie es scheine unvermeidlichen — Antinomie eines notwendigerweise vorauszusetzenden Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, und der nicht abzuweisenden Anerkennung einer inhaltlichen Beziehung zwischen den beiden — als beziehungslos vorausgesetzten — Systemen<sup>16)</sup>). Diese Antinomie ist aber m. E. gerade der Ausgangspunkt für die Weiterentwicklung rechtstheoretischer Erkenntnis<sup>17)</sup>.

In eigenartiger Umbildung der Lehre Kelsen versucht Fritz Sander<sup>18)</sup> eine „Theorie der Rechtserfahrung“ aufzustellen. Er will „das bisherige Rechtswissen niederreissen“, um „einerseits für den Rechtsglauben“, anderseits „für ein wahres Wissen vom Rechte“ Platz zu machen. In Analogie zu Kants Kritik der reinen Vernunft will Sander eine Analyse des „Verstandes“ des Rechts vornehmen, worunter er „die synthetischen Urteile des

<sup>16)</sup> Allg. Staatslehre S. 19.

<sup>17)</sup> Zur Kritik des Neukantianismus u. a.: Erich Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921; Siegfried Marck, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, 1925; Wilhelm Jöckel, Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, 1930.

<sup>18)</sup> Staat und Recht, Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, 1304 Seiten, 1922; Allgemeine Gesellschaftslehre, 1930.

Rechts“ versteht<sup>19)</sup>). Der Brennpunkt aller rechtstheoretischen Probleme scheint Sander das Verhältnis von Staat und Recht zu sein, welches er aber versteht als das Verhältnis von „Rechtsurteil und Rechtsgegenstand“. „Wie der Begriff der Substanz das Grundproblem der Naturphilosophie, so bedeutet der Begriff des Staates das Grundproblem aller Rechtsphilosophie.“ Während nun die „formale Rechtsdogmatik“ die Materie des Rechts (den Staat) im Gebiete ethisch-politischer Postulate suchen müsse, bedeute der materialen „Theorie der Rechtserfahrung“, die Materie des Rechts (der Staat) „die Einheit der Anschauung der rechtlichen Gegenstände kraft der Erhaltung des Rechtsverfahrens, als der Einheit der Bedingungen der Rechtsanschauung“. Der Staat sei „die Materie der Rechtsurteile, also das Symbol der Rechtsgegenstände“<sup>20)</sup>). Die schwer verständlichen Ausführungen Sanders haben auf die wissenschaftliche Diskussion weniger Einfluss ausgeübt als die Theorien Kelsens.

B. Das genaue Gegenstück zu den erwähnten neukantischen Richtungen, die ihren Ausgangspunkt im formalen Apriorismus nehmen, bildet die soziologische Jurisprudenz. Sie verwirft die apriorische Begründung und sucht die Erkenntnis von Recht und Staat auf die Erfahrung zu stützen. Dabei muss die Erfahrung notwendig über das rein-Rechtliche und rein-Staatliche hinausgreifen und das soziale oder gesellschaftliche Leben schlechthin umfassen. Das Recht erscheint dann nicht als eine Wesenheit für sich, sondern als Teil der Gesellschaft. So kann Eugen Ehrlich den Sinn seines Buches „Grundlegung der Soziologie des Rechtes“ (1913) in dem Satze zusammenfassen: der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liege auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst<sup>21)</sup>.

---

<sup>19)</sup> Staat und Recht S. VII/VIII.

<sup>20)</sup> A. a. O. S. IX/X.

<sup>21)</sup> A. a. O. Vorrede.

Die Gesellschaft erscheint als der gemeinsame Wurzelboden von Recht und Staat. Welche Normen als Rechtsnormen im Gegensatz zu Normen anderer Art zu bezeichnen seien, sei schwer mit wissenschaftlicher Genauigkeit festzustellen. Die Frage nach dem Gegensatz der Rechtsnorm und der ausserrechtlichen Norm sei nicht eine Frage der Gesellschaftswissenschaft, sondern eine Frage der gesellschaftlichen Psychologie. „Die verschiedenen Arten von Normen lösen verschiedene Gefühlstöne aus und wir antworten auf Übertretung verschiedener Normen nach ihrer Art mit verschiedenen Empfindungen. . . . Der Rechtsnorm ist eigentlich das Gefühl, für das schon die gemeinrechtlichen Juristen den so bezeichnenden Namen *opinio necessitatis* gefunden haben.“<sup>22)</sup>

Der Zusammenhang von Recht und Staat sei ursprünglich ein sehr loser, denn der Staat sei seinem Ursprung nach ein militärischer Verband<sup>23)</sup>. Der Grund dafür, dass der Staat die Rechtspflege und Rechtsbildung immer mehr an sich reisse, liege in der „wachsenden Einheitlichkeit der Gesellschaft“<sup>24)</sup>, der wachsenden Abhängigkeit der gesellschaftlichen Verbände voneinander und der Abhängigkeit des Ganzen von seinen Bestandteilen. Die ungeheure Bedeutung des Staates für das Recht beruhe darauf, dass sich die Gesellschaft des Staates als ihres Organs bediene, wo es sich darum handle, dem von ihr ausgehenden Recht kräftigen Rückhalt zu geben. Der Staat sei nach den meisten Richtungen, durchwegs aber wo es sich ums Recht handle, nur „ein Organ der Gesellschaft“<sup>25)</sup>.

Franz W. Jerusalem (Soziologie des Rechts I, 1925) will durch die Methode der „reinen Gegenständlichkeit“ zu einer Soziologie des Rechts gelangen. Diese Methode liegt darin, dass das Recht lediglich „als Bestandteil

---

<sup>22)</sup> A. a. O. S. 132.

<sup>23)</sup> S. 111.

<sup>24)</sup> S. 120.

<sup>25)</sup> S. 122/3.

des sozialen Lebens, ohne Rücksicht auf seine Geltung als konkrete Lebensordnung für den einzelnen Betrachter“ untersucht wird. Als Basis und Ausgangspunkt der Untersuchung dienen „die Prinzipien der Gesetzmässigkeit und der Kollektivität“. Jerusalem glaubt, dass mit dem Prinzip der Gesetzmässigkeit die Wissenschaft vom sozialen Leben der Menschen, insbesondere die Wissenschaft vom Recht, im Grund das gleiche Prinzip erhalte wie die Naturwissenschaften, deren Methode seit langem die der reinen Gegenständlichkeit sei<sup>26)</sup>). Die Gesetzmässigkeit äussere sich u. a. im „Drang zur Reduktion“, im „Drang zur Selbstverwirklichung“ und im „Drang zur Freiheit“. Das Prinzip der Kollektivität ist nach Jerusalem der Ausdruck eines weltgeschichtlichen Entwicklungsgesetzes, wonach alles menschliche Dasein vom Kollektivismus zum Individualismus strebt, um von da wieder zum Kollektivismus zurückzustreben. — Es sei hier nicht eine Erörterung darüber angestellt, ob es Jerusalem gelungen ist, die Grundlagen für eine befriedigende Soziologie des Rechts zu entwerfen. Was in diesem Zusammenhang interessiert, ist die Tatsache, dass Jerusalems Methode das gewollte Gegenstück zu Kelsens normlogischer Methode ist<sup>27)</sup>.

Die Soziologie des Rechts, d. h. die Untersuchung der Zusammenhänge zwischen Recht und Staat einerseits, dem übrigen gesellschaftlichen Leben anderseits, ist eine nicht nur mögliche, sondern auch notwendige Richtung wissenschaftlicher Forschung. Sie ist sowohl für das innerstaatliche Recht, als auch für das internationale<sup>28)</sup> von grösster Bedeutung. Nicht nur Juristen, sondern auch Soziologen, allen voran Max Weber, ferner Gumplovicz, Franz Oppenheimer und andere, haben es erörtert. Wenn diese Untersuchungen noch kaum zu allgemein anerkannt

---

<sup>26)</sup> A. a. O. S. V—VII.

<sup>27)</sup> A. a. O. S. IV—V.

<sup>28)</sup> Dazu Max Huber, Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts, Neudruck, 1928.

ten Resultaten geführt haben, so liegt das einerseits am Stoff, der oft wie ein unentwirrbarer Knäuel gegenseitiger Bedingtheiten und Abhängigkeiten erscheint, in den Ordnung zu bringen der Willkür des einzelnen Forschers scheinbar noch allzusehr überlassen ist. Anderseits liegt das an der Unsicherheit der Methode. Die naturwissenschaftlich gerichtete Soziologie, wie sie von Ehrlich und Jerusalem angewendet wird, kann nicht zur vollen Erkenntnis des Rechts führen. Die Schranke dieser Methode, die das Gegenstück zum Normativismus Kelsens sein will, liegt gerade darin, dass sie die Begriffe ausschliesslich nach nicht-normativen, d. h. kausalen Kriterien zu ordnen sucht. Aber das Recht lässt sich als ein Glied kausaler soziologischer Zusammenhänge nicht vollständig erfassen; das spezifisch Normative kann von diesem Standpunkt aus nicht gesehen werden. Dem Normativen wohnt eine immanente Selbstgesetzlichkeit inne, die von der Gesetzlichkeit des soziologischen Geschehens unabhängig ist. Das Normative liegt auf einer andern Ebene als das Soziologische. Eine soziologische Untersuchung kann z. B. feststellen, wie eine Rechtsnorm zustandekommt, aus welchen Bedürfnissen und Wünschen sie hervorgeht, ob sie zweckmässig ist, wie sie wirkt usw.; eine solche Untersuchung kommt aber gar nicht zur Fragestellung, ob die Norm richtig, ob sie gerecht sei, oder doch nur unter der Voraussetzung, dass Begriffe wie „richtig“ oder „gerecht“ soziologisch aufgelöst, auf Erwägungen der Zweckmässigkeit oder des subjektiven Wunsches zurückgeführt und damit in ihrem Wesen zerstört werden. Von der Soziologie scheint kein Weg zur Normativität zu führen, so wenig als von der Normativität zur Soziologie<sup>28a)</sup>). Wir stossen somit,

---

<sup>28a)</sup> Als soziologisch wird allerdings auch eine Methode bezeichnet, die sich der unten dargelegten Dialektik annähert. Vgl. die Ausführungen unter IV und die dort erwähnten Theorien. Soziologie in diesem Sinn steht nicht im kontradiktitorischen Gegensatz zu Normativität, sondern bedeutet eine Überwindung des Gegensatzes von Sein und Sollen.

von der Soziologie herkommend, auf die gleiche Antinomie wie schon vorher, als wir von der Normativität ausgingen: den unüberbrückbaren Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert. Diese beiden Welten scheinen nicht mehr miteinander zusammenzuhängen als die Wahrheit eines mathematischen Lehrsatzes und die äusseren Vorgänge einer Schulstunde, in der dieser gelehrt wird<sup>29)</sup>. Die Antinomie von Sein und Sollen lässt sich nicht beseitigen. Aber gerade aus ihrer Unvermeidlichkeit ergibt sich, wie später zu zeigen sein wird, der Weg der Lösung.

C. Es seien vorerst noch einige Lehren skizziert, die Recht und Staat zu erkennen versuchen, ohne diesen Dualismus zu berücksichtigen.

Der Soziologie im erwähnten Sinn steht nahe der Franzose L. Duguit, der eine „realistische Methode“ durchgeführt hat<sup>30)</sup>. Doch zeigt sich eine gewisse methodische Verwandtschaft mit dem Naturrecht der Aufklärung darin, dass Duguit nicht so sehr beobachtet, als aus einigen Prämissen heraus — die freilich naturalistisch sind — Staat und Recht konstruiert. Jeder Gemeinschaft seien soziale Normen inhärent, die die Intensität von Rechtsnormen dann erreichen, wenn die Masse der Individuen das Bewusstsein erlangt habe, dass die Reaktion auf die Verletzung der Norm gesellschaftlich organisiert sein müsse. Der Staat sei keine Rechtspersönlichkeit und nicht souverän, vielmehr eine blosse „coopération de services publics“. Deshalb gebe es das Problem des Verhältnisses von Staat und Recht nicht. Die Individuen, welche die Staatsgewalt innehaben, seien, wie alle andern, dem Recht unterworfen.

Wesentlich psychologisch fundiert ist die Staatslehre des Holländers Krabbe<sup>31)</sup>. Nach Krabbe beruht die

<sup>29)</sup> Diese Analogie, obwohl sie nicht genau zutrifft, mag vorläufig dazu dienen, den Gegensatz von Sollen und Sein klarzumachen.

<sup>30)</sup> *Traité de Droit constitutionnel*, 5 Bde, 2. Aufl. 1921—1925.

<sup>31)</sup> Die Lehre von der Rechtssouveränität, 1906, Die moderne Staatsidee, 1919, Kritische Darstellung der Staatslehre, 1930.

Geltung des Rechts auf der „im Menschen wirksamen Kraft des Rechtsbewusstseins“, weshalb es denn vor allem Aufgabe der Rechtswissenschaft sei, „die Analyse des Rechtsbewusstseins“ an die Hand zu nehmen. Das Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein sei die einzige Geltungsquelle des Rechts, und nicht der Staat, oder die Obrigkeit, oder Gesetzgeber, Parlament usw. Es sei eine Macht von höchster Realität, welche niemals zu wirken aufhöre, ihre Arbeit unterbreche oder ihren verpflichtenden Charakter einbüsse<sup>32)</sup>). Im Staat gebe es keine Gewalt, „welche nicht im Recht ihre Wurzeln hätte“, deshalb könne die dem Staat gegebene Herrschaft „auf eine einzige Gewalt, die Gewalt des Rechts“ zurückgeführt werden. Die Idee des Staates müsse aus dem Recht heraus bestimmt werden. Ein Volk sei Staat kraft des Rechtslebens, welches sich in ihm befindet<sup>33)</sup>).

In interessanter Weise trachtet A. Baumgarten in seiner „Rechtsphilosophie“ (1929) danach, Erkenntnis des bestehenden Rechts und Postulate künftiger Rechtsgestaltung miteinander zu verbinden. Sein Standpunkt ist derjenige eines evolutionistischen Eudämonismus. Eudämonistisch ist seine Philosophie, weil er das Glück als das höchste Ziel auffasst, evolutionistisch, weil der Philosoph das Glück als das Ziel der Weltentwicklung anzusehen habe<sup>34)</sup>). Der Schwierigkeit, vom Eudämonismus aus zu ethischen Maximen zu gelangen, wird dadurch begegnet, dass als das erste ethische Gebot die altruistische Handlung erklärt wird. — Das Recht ergebe sich aus dem Sittlichen; damit aber das Recht sich aus dem Sittlichen heraushebe, müsse die Ordnung „gesetzt sein von Autoritätspersonen, deren Anordnungen seitens der Volksgenossen auf Befolgung Aussicht haben, was nichts anderes heisst, als dass sie eine geltende sein muss“<sup>35)</sup>). In seiner

---

<sup>32)</sup> Die moderne Staatsidee S. 199.

<sup>33)</sup> A. a. O. S. 235/6.

<sup>34)</sup> Vgl. dazu Simonius in Ztschr. f. schw. Recht 49 S. 268.

<sup>35)</sup> Rechtsphilosophie S. 61.

Lehre vom Staatsrecht hält Baumgarten die *persona ficta* des Gesetzgebers als des Autors aller zu einer positiven Rechtsordnung gehörigen Gesetze für unentbehrlich. Zur Konstituierung der Persönlichkeit des Gesetzgebers gehöre die Idee des Gemeinwohls, worunter das der Volksgemeinschaft gesetzte sittliche Ziel zu verstehen sei. Vom Begriff des Gesetzgebers gelangt man nach Baumgarten in der Weise zum Staat, dass die öffentliche Verwaltung und die Rechtspflege auf das gleiche Rechtssubjekt wie die Gesetzgebung zurückgeführt werden. Diese Vereinheitlichung habe vor allem den grossen Vorzug, dass sie die Forderung der unbedingten Orientierung aller Verwaltungs- und Rechtspflegeakte nach dem Gemeinwohl aufs deutlichste zum Ausdruck bringe. Der Staat habe, wie jeder Verein, einen Zweck, der sein Lebensgesetz darstelle. Dieser Zweck könne für die juristische Lehre kein anderer sein als das Gemeinwohl<sup>36)</sup>). Hieraus ergeben sich Postulate für die Gestaltung des Verfassungsrechts, Familien- und Schulrechts, Vermögensrechts, Strafrechts und Völkerrechts<sup>37)</sup>), die im einzelnen dargelegt werden.

Die Theorien Duguits, Krabbes und Baumgartens haben das eine gemeinsam, dass sie den oben skizzierten Gegensatz des Normativen und Soziologischen nicht beachten, oder doch in ihrem methodischen Aufbau kein entscheidendes Gewicht darauf legen. Hierin aber scheint mir ein Mangel zu liegen. Denn die monistische Konstruktion des Rechts, wie sie die genannten Autoren versuchen, lässt verschiedene Probleme, wie gerade dasjenige des Verhältnisses von Recht und Staat, verschwinden oder in den Hintergrund treten, sie übersieht die Spannungen, deren Überwindung Recht und Staat — wie zu zeigen sein wird — zu dienen haben und sie kann schliesslich in ihren praktischen Auswirkungen zu einer zu optimistischen Auffassung rechtlicher und politischer Probleme führen, der

---

<sup>36)</sup> A. a. O. S. 69—71.

<sup>37)</sup> A. a. O. S. 74 ff.

die eigentlichen Schwierigkeiten praktischer Lösungen entgehen.

Der Dualismus von Sein und Sollen erscheint hingegen in der Naturrechtslehre von Arnold Gysin<sup>38)</sup>, freilich nicht in dem Sinne wie bei Kelsen, sondern als Dualismus innerhalb des Rechts, zwischen Naturrecht und positivem Recht. „Das naturrechtliche Denken orientiert sich am Gerechtigkeitskriterium, das juristische Denken am Positivitätskriterium.“ Das oberste Prinzip des spezifisch juristischen Entscheidens (d. h. das Positivitätskriterium) sei niemals die Gerechtigkeit. Vielmehr liege das inhaltliche Kriterium, wonach die Jurisprudenz ihr Regelsystem auswähle, „letzten Endes einzige und allein in der Bewegung der gesellschaftlichen Machtbildung“<sup>39)</sup>. Zwischen dem empirischen Kriterium der Jurisprudenz und ihrer idealen Kategorie, zwischen Positivitätskriterium und Rechtsbegriff „klafft deshalb ein unversöhnlicher Widerspruch“<sup>40)</sup>. Wenn schliesslich Gysin ausführt, dass in der Erkenntnis der Unmöglichkeit jeder Überbrückung des Gegensatzes zwischen Naturrecht und Jurisprudenz der Dualismus auch erklärt und deshalb „in einer letzten Einheit endgültig zusammengefasst und in seiner Weise gleichwohl versöhnt“<sup>41)</sup> sei, so wirkt das wenig überzeugend. Wohl aber ergibt sich für die wissenschaftliche Forschung das Postulat, diesen Dualismus, der m. E. durchaus zutreffend bestimmt ist, zu überwinden.

D. Eine sowohl vom Psychologismus wie vom Logizismus völlig verschiedene Methode ist die Phänomenologie, die Edmund Husserl als allgemeine philosophische Rich-

<sup>38)</sup> In diesem Zusammenhang kommt vor allem in Betracht: Naturrecht und Positivität des Rechts, Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. 8 S. 52 ff. (1928). Derselbe: Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, Zürich 1927. Gysin stützt sich auf die Rechtslehre von Fries (1773—1843) und von Leonhard Nelson (1882—1927), des Erneuerers der Friesschen Rechtsphilosophie.

<sup>39)</sup> A. a. O. S. 70.

<sup>40)</sup> A. a. O. S. 71.

<sup>41)</sup> A. a. O. S. 81.

tung begründet hat. Sie ist von Adolf Reinach<sup>42)</sup>, Felix Kaufmann, Fritz Schreier<sup>43)</sup> und Gerhart Husserl auf die Erkenntnis des Rechts angewendet worden. Unsere Erkenntnis beruht nach der phänomenologischen Lehre letzten Endes auf „Wesensschau“ oder auf „intuitiver Sachverhaltserfassung“, die einer weiteren Verifizierung weder fähig noch bedürftig ist. Doch besteht auch für die Phänomenologie die Zweihheit der Erkenntnisquellen. Die Erkenntnisse zerfallen in Tatsachen- und in Wesenserkenntnisse. In jenen wird eine Aussage über Reales, über „Dasein“, in diesem über Ideales, über „So-Sein“, gemacht. Das So-Sein bezieht sich auf die aller Zeitlichkeit entrückte Geltung<sup>44)</sup>.

Die soziale Aufgabe des Rechts wird von Gerhart Husserl<sup>45)</sup> dahin umschrieben, dass es „im intersubjektiven Raum lebendiger Handlungswirklichkeiten seine willkürbannende Kraft entfalten“ soll. Das Recht sei zu der gesollten Bannwirkung befähigt, indem ihm „die Möglichkeit der Verzeitung“ innewohne. „Die Rechtsnormen werden verzeitet durch Anwendung auf den sozialwirklichen, norminhaltlich abstrakt vorgegebenen Tatbestand.“ Es handle sich um „ein Hinübergreifen aus dem Jenseits der entzeiten Rechtswelt in das Diesseits der im natürlichen Zeitfluss liegenden Willenswirklichkeit“.

Die phänomenologische Rechtslehre ist eine junge Wissenschaft, die erst zu einer beschränkten Anzahl von Rechtsproblemen hat Stellung nehmen können. Ihre eigenartige, an Edmund Husserls Philosophie gebildete Begriffswelt macht ihre Beurteilung und den Vergleich mit andern Richtungen äusserst schwierig. Wenn freilich Phänomenologie in einem weiteren Sinne verstanden wird, als sie die genannten Autoren selbst verstehen, wenn

<sup>42)</sup> Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1913.

<sup>43)</sup> Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, 1924.

<sup>44)</sup> Felix Kaufmann, Die Kriterien des Rechts S. 5/6.

<sup>45)</sup> Recht und Welt, Festschrift für Edmund Husserl, 1929, S. 126.

insbesondere die Dialektik in ihren modernen Ausgestaltungen darin enthalten sein soll<sup>46)</sup>), so stellt sie m. E. diejenige Richtung des rechtstheoretischen Denkens dar, die allein imstande ist, die unfruchtbaren Einseitigkeiten der Normlogik und der naturwissenschaftlichen Rechtssoziologie zu überwinden<sup>46a)</sup>). Davon wird weiter unten zu sprechen sein.

E. Als objektiver Idealismus können Richtungen bezeichnet werden, die zwar den Dualismus von Wirklichkeit und Wert anerkennen, aber in einem höheren Begriff auflösen. Max Ernst Mayer, (Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1926) sieht diesen Begriff in der Kultur: „Kultur ist wertvoll gewordene Wirklichkeit und darum auch wirklich gewordener Wert.“<sup>47)</sup> Vor allem vertritt Julius Binder (Philosophie des Rechts, 1925) den Standpunkt des objektiven Idealismus, auch im Anschluss an den Begriff der Kultur, die ihm „sinnvolle Wirklichkeit“ ist, „Wirklichkeit, die in der Freiheit der Vernunft nach Gesetzen der Freiheit gestaltet ist“. Eine Reflexion über den Sinn der Kulturwirklichkeit führt ihn zu dem Ergebnis, „dass das die empirische Welt des Rechtes und alle Rechtsbegriffe bedingende apriorische Moment die Rechtsidee ist“. Diese Idee des Rechts wird als eine kategorische Forderung an die Menschheit aufgefasst. Sie ist konstitutiv für die Wirklichkeit des Rechts, da sie einen bestimmten Zustand vorschreibt und insofern Veranlassung ist, dass dieser Zustand hergestellt werde. Sie ist auch normativ, indem sie zugleich der Beantwortung der Frage dient, ob der vorhandene Zustand der Forderung entspricht<sup>48).</sup>

<sup>46)</sup> Auf die Verwandtschaft der Dialektik mit der Phänomenologie weist N. Hartmann, Hegel, 1929, S. 166, hin, wenn er feststellt, dass man „Hegels dialektisches Schauen ganz zwanglos unter Wesensschau subsumieren“ könne.

<sup>46a)</sup> Sowohl von der Phänomenologie wie von der Soziologie her (sh. Anmerkung 28a) kann man zur dialektischen Auffassung, die gleich näher darzulegen sein wird, gelangen.

<sup>47)</sup> A. a. O. S. 34.

<sup>48)</sup> A. a. O. S. 135.

Im Staat sieht Binder die „durch das Recht geformte und organisierte Volksgemeinde“<sup>49)</sup>. Die genauere Darlegung der Beziehungen zwischen Staat und Recht erfolgt im Anschluss an die Frage, ob der Staat an das Recht gebunden sei. Nun zeigt sich der objektiv-idealistiche Standpunkt in der Auffassung Binders, dass die Bindung des Staates an seine Rechtsordnung keine juristische sein könne, sondern auf einer überrechtlichen Ordnung beruhen müsse: sie könne nur in der Idee des Staates, in seinem metaphysischen Wesen gefunden werden<sup>50)</sup>. Der Staat sei an seine Rechtsordnung gebunden, weil dies seinem Wesen entspreche, weil er nur in seiner eigenen Rechtsordnung und durch sie bestehe. So wenig es Sinn habe, zu fragen, ob der Mensch an seinen Leib gebunden sei, so wenig Sinn habe die Frage, ob der Staat an seine Rechtsordnung gebunden sei. Die Bindung sei für ihn eine Vernunftnotwendigkeit, freilich nicht eine solche der theoretischen, wohl aber der praktischen Vernunft. „Dass der Staat sich in den Schranken des Rechts bewegt, ist keine Naturnotwendigkeit, sondern ein Postulat aus seiner Idee.“<sup>51)</sup>

### III. Die dialektische Auffassung.<sup>52)</sup>

Wenn nun versucht wird, zu einer eigenen Stellungnahme zu kommen, so ist auszugehen von der Erkenntnis, dass der Gegenstand, mit dem es die Geisteswissenschaften zu tun haben, dualistisch gestaltet ist. Er vereinigt zwei unterscheidbare Dimensionen in sich, die als geistige Inhalte und seelische Akte, Sinnzusammenhänge und Erlebniszusammenhänge, Logos und Psyche usw. unterschie-

---

<sup>49)</sup> A. a. O. S. 483, 506.

<sup>50)</sup> A. a. O. S. 507.

<sup>51)</sup> A. a. O. S. 508 und 509.

<sup>52)</sup> Näheres in meiner demnächst bei Schulthess & Co. erscheinenden Schrift: Verfassungsrecht und soziale Struktur.

den werden<sup>52a)</sup>). Die verschiedenen Variationen dieser dualistischen Aufteilung der Welt brauchen hier nicht erörtert zu werden<sup>53)</sup>. Es mag hier die Feststellung genügen, dass dieser Dualismus besteht und auch für das Objekt, mit dem es die Rechts- und Staatswissenschaften zu tun haben, wesentlich ist. Er tritt uns dort als der Gegensatz von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert entgegen. Man kommt nun in der einfachsten Weise dadurch um die Schwierigkeiten herum, die dieser Dualismus für die Erkenntnis von Staat und Recht bietet, dass man den Erkenntnisgegenstand ausschliesslich der einen oder andern dieser Sphären zuteilt. Dann hat man es nur noch mit der Problematik zu tun, die dieser Sphäre immanent ist, nicht mehr mit der schwierigeren Frage, in welcher Weise Wirklichkeit und Wert zusammenhängen. Deshalb bieten sich die einfachsten und glattesten Lösungen demjenigen, der Recht und Staat entweder rein normativ oder rein soziologisch auffasst. Allein der Erkenntnis- und Wahrheitsgehalt der aus diesen einseitigen Standpunkten gewonnenen Theorien ist gering. Sie sind unfähig, des Gegenstands wirklich habhaft zu werden, da ein wesentliches Moment des Objekts ihrem Zugriff entschwindet. Die Sinngesetzlichkeit des Normativen kann soziologisch nicht begriffen werden, und vom Normativen führt voraussetzungsgemäss kein Weg zum Soziologischen.

Und doch sind in Recht und Staat das Normative und das Soziologische immer vereinigt. Das Normative enthält einerseits eine immanente Sinngesetzlichkeit, die sich im (Rechts-) System enthüllt, aber dazu kommt der notwendig allem Normativen innenwohnende Sinn, über sich selbst hinauszuschreiten, die Norm zur Wirklichkeit des äussern Seins werden zu lassen. Eine Norm wird zur Norm erst durch die Relation auf eine zu gestaltende Wirklichkeit, sie setzt eine Wirklichkeit, die der Norm gemäss

---

<sup>52a)</sup> Hans Freyer, Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft, 1930.

<sup>53)</sup> Dazu E. Rothacker, Logik und Systematik der Geisteswissenschaften, 1927.

gestaltet werden kann — die Möglichkeit der Umgestaltung der Wirklichkeit nach Massgabe der Norm —, begriffsnotwendig voraus. Sobald diese Relation aufhört, ist eine Norm nicht mehr vorhanden. Eine Vorschrift, die unmöglich verwirklicht werden kann oder die einen Vorgang zum Gegenstand hat, der ohnedies geschieht (z. B. kraft naturgesetzlicher Notwendigkeit), ist keine Norm in dem Sinne, in dem die Rechtswissenschaft diesen Begriff verwenden muss. Das Soziologische anderseits ist für eine juristische Untersuchung nur dann von Bedeutung, wenn es irgendwie auf die spezifische Normativität von Recht und Staat Bezug hat. Fehlt dieser Bezug, so fällt auch das Interesse des Juristen für ein soziologisches Phänomen dahin.

Wir befinden uns somit vor der eigenartigen Situation, dass das Normative und das Soziologische einerseits als — wie es scheint — unvereinbare Systeme nebeneinander bestehen, die weder aufeinander reduziert noch auf eine gemeinsame Wurzel zurückgeführt werden können, dass sie aber anderseits im Erkenntnisobjekt selbst (Recht, Staat) immer vereint vorhanden sind. Diese eigenartige Gestaltung — die nicht für die Rechtswissenschaft spezifisch, sondern fast allen Geisteswissenschaften eigen ist — ist für das „eindimensionale“, nur-normative und nur-soziologische Denken schlechthin unverständlich. Es bleibt ihm nichts anderes übrig, als die Antinomie als unlösbar hinzunehmen.

Der Zusammenhang zwischen dem Normativen und dem Soziologischen kann in der Tat nur als ein dialektischer begriffen werden. Nur durch die Dialektik lassen sich die Antinomien überwinden. Denn alle Antinomie beruht „auf dem formellen Denken, das die beiden Momente einer Idee getrennt, jedes für sich, damit der Idee nicht angemessen und in seiner Unwahrheit festhält und behauptet“<sup>54)</sup>). Die Dialektik überwindet die Antinomie. Sie ist das Gegenstück des „abstrakten“ oder „formellen“

---

<sup>54)</sup> Hegel, Philosophie des Rechts § 57, Anmerkung.

oder „eindimensionalen“ Denkens. Sie ist ein Denken, das die scheinbar in Antinomien zerfallende Sache „immer von verschiedenen Seiten zugleich, und daher in Widersprüchen schillernd, sieht, und dennoch auch das Widersprechende in seiner für die Sache charakteristischen Gebundenheit zur Einheit sieht“<sup>55)</sup>.

Wo das eindimensionale Denken trennt, isoliert, zergliedert, da findet das dialektische Denken Verbindungen, Zusammenhänge, Aufbau. Die Dialektik lässt die Ergebnisse des eindimensionalen Denkens nicht ungenutzt, aber auch nicht unbestritten. Dialektik bedeutet „Aufhebung“ jener Denkresultate. Auf der höheren Stufe wird die Trennung widerrufen, die auf tieferer Stufe vorgenommen wurde, aber so, dass die geschiedenen „Elemente“ des formellen Denkens nun als „Momente“ erscheinen, deren Trennung und Entgegenseitung notwendige Stufe ist in der erkennenden Bewältigung des Gegenstandes<sup>56)</sup> <sup>57)</sup>.

So müssen auch die soziologischen und normativen „Elemente“ oder „Faktoren“ des Rechts als „Momente“ in dem dialektisch gefassten Begriff des Rechts verstanden werden. Das Recht ist die Einheit in der Gegensätzlichkeit dieser Momente. Die Momente sind, ohne zu verschwinden, in der übergreifenden Einheit des Rechts zusammengefasst. Die Einheit des Rechts ist eine dialektisch gegliederte, sie bedeutet Überwindung der Spannung zwischen den Mo-

<sup>55)</sup> N. Hartmann, Hegel (Die Philosophie des deutschen Idealismus II. Teil, 1929) S. 159.

<sup>56)</sup> Th. Litt, Individuum und Gemeinschaft, 3. Aufl. 1926, S. 17.

<sup>57)</sup> Zur Theorie der Dialektik vergleiche ausser den Zitierten: Jonas Cohn, Theorie der Dialektik, 1923, Arthur Liebert, Geist und Welt der Dialektik 1. Band 1929. Zur Anwendung auf das Recht: Rud. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928; Walther Schönfeld, Die logische Struktur der Rechtsordnung, 1927, Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz, 1929; Karl Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931. Für die analoge Problematik der Soziologie vgl. H. Freyer a. a. O.

menten, aber latentes Weiterleben der Spannung im Recht<sup>58)</sup>.

Die Dialektik ist nicht nur geeignet zur Überwindung der Antinomie des Seins und Sollens, sondern auch zur Überwindung von Antinomien innerhalb der einen oder andern dieser Sphären. Ob freilich eine solche Überwindung stattfinden kann, lässt sich nicht von vornherein feststellen. Die begriffliche Überwindung ist nur dann möglich, wenn die Antinomie im Erkenntnisobjekt selbst überwunden ist. Die Dialektik ist eine Methode, um das Objekt — das als vom erkennenden Denken unabhängig vorausgesetzt wird — zu erfassen; das Objekt kann deshalb — wenn es auch oft anders scheinen mag — nicht „Produkt der Methode“ sein. Deshalb ist auch die Frage der Überwindbarkeit der Antinomien durchaus von der Beschaffenheit des jeweiligen Erkenntnisobjekts abhängig.

Vorerst sind nun die Momente, durch deren dialektischen Zusammenschluss das Recht gebildet wird, festzustellen. Das wird von selbst zur Erörterung des Verhältnisses von Recht und Staat führen.

#### **IV. Die formalen Momente des Rechts und der Staat.**

A. Es kann ausgegangen werden von der unbestrittenen Erkenntnis, dass Recht = Norm, Rechtsordnung also

---

<sup>58)</sup> Trotz der Gefährlichkeit naturwissenschaftlicher Beispiele für die Klarstellung geisteswissenschaftlicher Probleme mag hingewiesen werden auf die Analogie zwischen der chemischen Verbindung (nicht bloss mechanischen Mischung) verschiedener chemischer Elemente und der dialektischen Einheit verschiedener Momente. In beiden Fällen besteht eine wirkliche höhere Einheit, in der die Elemente (Momente) im Hegelschen Sinn „aufgehoben“, aber nicht vernichtet sind. Und ebenso wie gewisse chemische Elemente in verschiedenem Mengenverhältnis sich verbinden können, so können — wie später zu zeigen sein wird — die verschiedenen Momente in einer Einheit je nachdem mit einem stärkeren oder schwächeren Akzent versehen sein.

normative Ordnung ist<sup>58a)</sup>). Die Norm gehört zur Kategorie des „Sollens“ und unterscheidet sich damit von aller naturwissenschaftlich-kausalen Gesetzmässigkeit. Allein diese Feststellung ist noch ungenügend für die Erkenntnis dessen, was Recht ist. Denn auch Sitte, Sittlichkeit und Moral sind Normen, bedeuten ein Sollen — ganz abgesehen von der Frage, ob etwa auch die Regeln der Grammatik und die Gesetze der Ästhetik unter den Begriff der normativen Ordnung zu subsumieren sind. Und doch unterscheidet sich das Recht von diesen andern Normativordnungen. Aber worin liegt der Unterschied? Im Begriff des Sollens schlechthin kann er offenbar nicht gefunden werden, denn dieser Begriff umschliesst sowohl Recht wie Sitte, Sittlichkeit und Moral. Es muss noch etwas weiteres dazu kommen, um den Begriff des Rechts zu konstituieren.

Das Abstellen auf den Inhalt der Norm führt nicht zum Ziel. Denn ein bestimmter Inhalt kann häufig ebenso gut einer Rechtsnorm wie einer Vorschrift jener ausserrechtlichen Ordnungen zukommen. Die Zuteilung einer Norm zu Recht oder Sitte wechselt nach Ort und Zeit. Anderseits kann der Inhalt einer Rechtsnorm gleichzeitig Inhalt einer Sittenorm sein. Und selbst abgesehen davon trifft der meist angegebene inhaltliche Unterschied, „Äusserlichkeit des Rechts, Innerlichkeit der Sittlichkeit“, nicht allgemein und notwendig zu, denn auch das äussere Verhalten ist sittlicher, das innere rechtlicher Beurteilung zugänglich<sup>59)</sup>.

In der Tat kann der Unterschied nicht gefunden werden, wenn die Betrachtung im Bereich des Normativen bleibt. Denn der Unterschied zwischen dem Recht einerseits, Sitte, Sittlichkeit und Moral anderseits liegt in der spezifischen Beziehung der einen und andern Normgruppe zur (aussernormativen) Wirklichkeit. Nur indem eine

---

<sup>58a)</sup> Zum Folgenden vgl. mein Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2. Teil.

<sup>59)</sup> So Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 46 und dort Zitierte.

Norm mit einer bestimmten Gestaltung der Wirklichkeit in Verbindung tritt, kann sie aus dem Abstraktum „Norm“ zu einer „Rechts“-Norm oder einer „Sitten“-Norm werden. Wenn nun aber geprüft wird, welcher Art die Wirklichkeit ist, die eine Rechtsnorm von einer Sittennorm unterscheidet, so ergibt sich, dass diese Wirklichkeit nichts anderes ist als der Staat. Und zwar nicht der Staat im Sinne eines blossen Zurechnungspunktes für Rechtsnormen, sondern im Sinne einer konkreten Wirklichkeit. Nur die Normen, die eine besondere Beziehung zum Staat haben, sind Rechtsnormen. Zwar bestehen auch Beziehungen zwischen dem Staat und den Normen von Sitte, Sittlichkeit und Moral: diese wollen sich auch das staatliche Handeln unterwerfen; der Staat nimmt ihre Vorschriften zum Teil in das von ihm geschaffene Recht auf. Aber diese Beziehungen sind zufällige, unorganische, wenig intensive. Ganz anders beim Recht. Seine Beziehungen zum Staat sind wesentlich und von maximaler Intensität. Es gibt keine Normordnung, die dem Staat näher stünde. Das Recht kann somit bezeichnet werden als diejenige Normordnung, die in maximaler Beziehungsnähe zum Staat steht.

Diese maximale Beziehungsnähe äussert sich in zahlreichen organisatorischen Einrichtungen. Nur Rechtsnormen werden im staatlichen Normsetzungsverfahren erzeugt, nur über Rechtsfragen urteilen staatliche Gerichte, nur zur Durchführung des Rechts wird (wenigstens grundsätzlich) die staatliche Macht eingesetzt. Diese organisatorische Verbindung von Staat und Recht ist die äussere Erscheinungsform des Verhältnisses von Staat und Recht, das sich begrifflich als ein dialektisches darstellt: der Staat ist ein Moment im Begriff des Rechts. Das Recht ist notwendig auf den Staat sinnbezogen. Eine Normativordnung, die nicht diesen notwendigen Sinnbezug hat, ist nicht eine Rechtsordnung, wohl aber vielleicht eine Sitten- oder Moralordnung. Was nun aber der Staat zum Recht hinzubringt, damit aus

der Normativordnung positives Recht wird, ist die Macht. Sie ist nicht identisch mit dem rechtlich organisierten Zwang, der nur einen Teil, gleichsam den kanalisierten Teil der Macht darstellt. Sie ist vorerst ein soziologisches Phänomen<sup>60)</sup> und wirkt auch dort, wo der Rechtszwang aufhört, als öffentliche Meinung oder in ähnlichen Formen. Die staatliche Macht ist dasjenige Moment, das der Welt des äussern Geschehens, des Seins, nicht derjenigen des Sollens, angehört. Indem sie sich mit dem Sollen zu einer dialektischen Einheit zusammenschliesst, entsteht das Recht<sup>61)</sup>.

Es mag in diesem Zusammenhang daran erinnert werden, dass das Verhältnis Recht — Macht der Prototyp eines dialektischen Verhältnisses ist, so sehr, dass ein neuerer Theoretiker der Dialektik dieses Problem als eines der drei Beispiele wählt, durch die er zu seiner Lehre hinführt<sup>62)</sup>. Recht ist nicht ohne Macht; machtloses Recht ist ein Grenzfall begrifflichen Denkens, der im realen Geschehen nicht vorkommt, es sei denn in der Form eines idealen, postulierten Rechts, aber nicht als positives Recht, wovon hier die Rede ist<sup>63)</sup>. Auch die Macht ist aller Regel nach nicht ohne Recht. Denn sie bedarf zu ihrer Legitimierung des Rechts. Wo aber rechtlose Macht

<sup>60)</sup> Die Macht braucht sich nicht dem einzelnen Individuum von aussen aufzudrängen. Die Macht eines Menschen oder einer Organisation kann auch auf der Zustimmung der Unterworfenen beruhen; es ist aber doch Macht in dem hier verstandenen Sinn. Vgl. auch, was unten über den notwendigen Sinnbezug der staatlichen Macht auf das Recht ausgeführt ist.

<sup>61)</sup> Das berührt sich mit der Ansicht von Radbruch (Grundzüge der Rechtsphilosophie S. 61), der das Wesen des Rechts in seiner Eigenschaft als Imperativ sieht und unter Imperativ eine Norm versteht, zu der die Macht hinzutritt. Das Recht sei nicht nur sittliches Sollen, sondern auch empirisches Wollen, nicht nur geltende Idee, sondern auch wirkende Kraft, nicht nur Lehre, sondern auch Macht, nicht nur Norm, sondern auch Imperativ.

<sup>62)</sup> Jonas Cohn a. a. O. S. 52—62.

<sup>63)</sup> Schönfeld, Logische Struktur S. 59, bezeichnet das ohnmächtige Recht als „Nullpunkt seiner Positivität“.

vorkommt, handelt es sich entweder um nicht-staatliche Macht, und ihr Vorhandensein bedeutet ein Versagen des Staates in dem durch rechtlose Macht beherrschten Lebensgebiet, oder es handelt sich — wie beim Krieg<sup>64)</sup> — um eine blosse Durchgangssituation, in der die dialektische Einheit gleichsam in ihre Momente zerfällt, um sich nachher wiederum zu einer dialektischen Einheit mit anders verteilten Akzenten auf den verschiedenen Momenten zusammenzusetzen.

Die Macht, von der hier die Rede ist, ist soziale Macht, Macht zur Regelung menschlichen Zusammenlebens. Es gibt neben der staatlichen Organisation eine grosse Zahl von Quellen derartiger Mächtigkeit: wirtschaftliche Verbände, Parteien, Kirchen, Sekten. Die staatliche Macht ist aber notwendig höchste Macht im Sozialen, das ist der vernünftige Sinn, der mit dem umstrittenen Begriff der Souveränität des Staates verbunden werden muss<sup>65)</sup>. „Höchste Macht“ will nicht heissen „einzig“ Macht; als einzige wäre sie nicht die „höchste“, da der Vergleichspunkt fehlte. Die staatliche Macht ist die höchste, wenn sie letzten Endes die Möglichkeit hat, die sozialen Wirkungsbereiche anderer Mächte (wirtschaftlicher, konfessioneller etc.) zu begrenzen und zu harmonisieren. Die staatliche Macht kann keine andere als höchste neben sich dulden, sonst hört sie auf, staatliche Macht zu sein; daher der Kampf des Staates gegen eine mächtige Kirche und machtvolle wirtschaftliche Verbände.

Aber eben um die höchste sein zu können, muss die staatliche Macht auf das Recht sinnbezogen sein<sup>66)</sup>.

<sup>64)</sup> Sofern und soweit im Krieg von rechtloser Macht gesprochen werden kann.

<sup>65)</sup> Vgl. mein „Verfassungsrecht und soziale Struktur“, 4. Teil.

<sup>66)</sup> Ähnlich Hans Fehr, Recht und Wirklichkeit, 1927, S. 62: „Was unterscheidet diese Verbände [Zigeuner, Ein geborenenstämme] vom Staatsverband? Nichts anderes als eine Verschärfung des Willens zum Recht. Eine Ordnung, die darauf

Also nicht nur das Recht ist auf die staatliche Macht, sondern auch umgekehrt die staatliche Macht auf das Recht sinnbezogen. Erst dieser Bezug gibt der Macht die Auszeichnung, die sie befähigt, „zuhöchst“ zu sein. Es ist die dialektische Verbindung mit der Sphäre des Normativen, durch die diese Macht — die vorerst gleichsam nur im soziologischen Rohzustand vorhanden ist — verstärkt und ihre Durchsetzung gerade im Bereich des Soziologischen gewährleistet wird. Nicht nur das Recht als Normativordnung bedarf somit der Macht als eines soziologischen Faktors, um sich zu verwirklichen, sondern die Macht bedarf umgekehrt des Sinnbezugs auf das Recht, um dadurch vor andern Mächtigkeiten ausgezeichnet und so zur Übermacht im Bereich des äussern sozialen Geschehens zu werden. Das heisst aber: die Macht wird zur Staatsgewalt.

Es ergibt sich also:

Das Recht gehört zum Staat und der Staat zum Recht. Das Recht bedarf des Staats, um positives Recht zu sein; der Staat bedarf des Rechts, um Staat, nicht blosses Machtgebilde zu sein. Staat und Recht hängen zusammen, sie sind aber nicht identisch. Beide umschließen sowohl das Moment der Normativität, wie das Moment der Macht. Aber der Akzent, der auf dem einen und andern dieser Momente liegt, ist ein verschiedener. Das Recht ist vorwiegend Normativität; der Staat vorwiegend soziale Macht. Aber auch im Recht fehlt die Macht nicht, nur steht sie gleichsam im Hintergrund; im Staat fehlt anderseits die Normativität nicht, doch steht sie gegenüber der Macht im Hintergrund. Das Recht ist diejenige Normativordnung, die zum Staat in maximaler Beziehungsnähe steht; der Staat diejenige soziale Organisation, die, infolge ihres Sinnbezuges auf das Recht, in der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens höchste Macht ist. Wie

---

angelegt ist, das in den Verbundenen lebendige Recht mit besonderem Nachdruck und besondern Mitteln zur Geltung zu bringen, nennen wir eine Staatsordnung.“

diese soziale Organisation im einzelnen beschaffen ist; welches im besondern die Stellung von Staatsvolk und Staatsgebiet innerhalb dieser Organisation ist, braucht an dieser Stelle, wo es sich nur um das Verhältnis von Staat und Recht handelt, nicht erörtert zu werden.

Aus der oben skizzierten Auffassung des Rechts ergibt sich, dass das Völkerrecht keinen andern Rechtscharakter trägt als das innerstaatliche Recht. Denn das Völkerrecht steht in derselben maximalen Beziehungsnähe zum Staat wie die andern Rechtsgebiete. Ja, die Beziehungen sind noch engere, da die Staaten, wenn nicht die einzigen, so doch die bei weitem wichtigsten Rechtssubjekte des Völkerrechts sind. Der grundlegende Einwand gegen die Gleichstellung des Völkerrechts mit dem Landesrecht aber: dass nur letzteres durch eine „hinter“ ihm stehende Macht geschützt werde, das Völkerrecht aber ein Normensystem für unter sich gleichgeordnete Mächte sei, ist für den Rechtscharakter des Völkerrechts ohne Bedeutung. Denn jener Einwand verwechselt „Macht“ mit „Übermacht“. Staatliche Macht ist allerdings nur innerhalb des Staates, d. h. gegenüber sozialen Mächtigkeiten anderer Art, „Übermacht“, im Verhältnis von Staat zu Staat findet eine Koordination der je innerhalb der Staaten höchsten Mächtigkeiten untereinander statt. Aber diese Mächtigkeit bleibt staatliche Macht, sie wird durch die Koordination zu nichts anderem. Das Völkerrecht ist deshalb auf die gleiche staatliche Macht bezogen wie das Landesrecht. Das dialektische Verhältnis, das wir zwischen Staat und innerem Recht feststellten, besteht auch zwischen Staat und Völkerrecht. Letzteres ist in keinem geringeren Grad Recht als ersteres.

B. Bisher hat Walther Schönfeld am meisten und bewusstesten für eine dialektische Auffassung des Rechts gearbeitet<sup>67)</sup>). Seine anregenden Schriften enthalten eine Fülle richtiger Gedanken. Für die Dogmatik, sagt er zutreffend, ist „das Sein ein Moment am Sollen, für die

---

<sup>67)</sup> Vgl. die in Anmerkung 57 zitierten Schriften.

Soziologie das Sollen ein Moment am Sein, und das ergibt den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz, wo das eine mit dem andern im Ganzen gesetzt ist . . .“<sup>68)</sup>. Über Staat und Recht führt er aus: „Der Staat ist das Recht in anderer Methode, der Zustand oder Status des Rechts, der seinem Wechsel Dauer verleiht . . . Der Staat ist normativ, indem er das Recht setzt, und er ist soziologisch, indem er das Recht setzt.“<sup>69)</sup>

Die dialektische Auffassung findet sich auch bei Hermann Heller, wenn er ausführt<sup>70)</sup>: „Ausnahmslos jedes juristische Problem ist nach unten in der Soziologie und nach oben in der ethisch-politischen Sphäre verwurzelt; jedes juristische Problem ist einer sowohl kausalen wie normativen Betrachtungsweise nicht nur zugänglich, sondern fordert sogar beide“, oder an einer andern Stelle<sup>71)</sup>: „Das Problem von Staat und Recht im allgemeinen, das der Souveränität aber im besondern, ist das der Verbindung von Wille und Norm, von Sein und Sollen.“

Für Wilhelm Sauer<sup>72)</sup> sind Staat und Recht „Parallelbegriffe“. Das Recht definiert er als „die Ordnung über eine sesshafte Gemeinschaft mit oberster Zwangsgewalt“, den Staat als „die mit oberster Zwangsgewalt geordnete sesshafte Gemeinschaft“. Es handelt sich also lediglich um Vertauschung der Oberbegriffe Ordnung und Gemeinschaft. Doch vertritt Sauer nicht eigentlich eine dialektische Auffassung.

Mit der oben vertretenen Auffassung des Verhältnisses von Staat und Recht berührt sich die Ansicht von Tatarin-Tarnheyden<sup>73)</sup>, wonach Staat und Recht sich zueinander verhalten wie zwei runde Scheiben, die mit einem grossen

<sup>68)</sup> Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz S. 7/8.

<sup>69)</sup> Die logische Struktur der Rechtsordnung S. 68/9.

<sup>70)</sup> Die Souveränität, 1927, S. 35.

<sup>71)</sup> A. a. O. S. 77.

<sup>72)</sup> Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, 1929, S. 197 und 218.

<sup>73)</sup> Staat und Recht in ihrem begrifflichen Verhältnis, Stamm-Festgabe 1926 S. 542.

Teil ihres Umkreises sich decken. Dort, wo dies der Fall ist, hat man es mit „Rechtsstaat“ und „staatlichem Recht“ zu tun, wo aber die Scheibe „Staat“ über diese gemeinsame Fläche hinausreicht, ist im wesentlichen „Staat ohne Recht“, wo die Scheibe „Recht“ sich mit der Scheibe „Staat“ nicht deckt, befindet sich im wesentlichen das „Recht ohne Staat“. Diese geometrisch-räumliche Auffassung scheint mir deshalb nicht ganz zutreffend, weil die Alternative Deckung — Nichtdeckung falsch ist. Staat und Recht „decken“ sich nie, sind aber auch nie in Isolierung vorhanden, sondern durchweg aufeinander bezogen. Deshalb gibt es nie Identität von Recht und Staat, aber auch kein Recht ohne Staat und keinen Staat ohne Recht.

Auch Erich Kaufmann steht dem dialektischen Denken nahe. Im Anschluss an Gierke schreibt er: „Macht und Recht scheinen nur einer oberflächlichen, an den Verhältnissen der einzelnen Individuen haften bleibenden Betrachtung Gegensätze zu sein: sie sind in der Weltordnung dazu bestimmt, sich zu suchen und zu finden.“<sup>74)</sup> Später kommentierte Kaufmann diese Stelle selbst in folgender Weise: „Macht und Recht sind nicht eins; aber sie sollen eins werden. Aber auch kein Recht-und-Macht-Dualismus: sondern ein zur Aufhebung in einem Monismus bestimmter Dualismus. Der Monismus ist „Aufgabe“: aber kein Machtmonismus, sondern ein ‚der Idee nach‘ zu verstehender Macht-Rechts-Monismus.“<sup>75)</sup> Darin klingt der Gedanke einer „Zweiheit in der Einheit“ an. Zutreffend ist es freilich, wenn Karl Larenz<sup>76)</sup> bemerkt, „dass die Begriffe des Monismus und Dualismus, die Prinzipien der abstrakten Identität und abstrakten Gegensätzlichkeit, selbst der Aufhebung bedürfen, was nur ein dialektisches Denken leisten kann, das die Unterschiede in der Einheit aufhebt, das heißtt in ihr erhält

<sup>74)</sup> Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911, S. 153.

<sup>75)</sup> Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie S. 68.

<sup>76)</sup> Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931, S. 39.

und die Einheit gerade aus der gegenseitigen Durchdringung der Momente, dem „Übergreifen“ des einen über das andere, hervorgehen lässt.“

Auch W. Burckhardt vertritt eine Auffassung, die der hier dargelegten nahesteht. Die tatsächliche Geltung des Rechts ist, führt er aus, abhängig von der Macht. „Aber wohlverstanden: die Macht ist nicht das Recht; sie allein bewirkt auch nicht, dass etwas Recht sei; aber sie muss zu der gedachten Rechtsnorm hinzukommen, um aus dem Gedanken eine Wirklichkeit zu machen, damit das gedachte Recht gelte. Und sie muss, umgekehrt, sich in den Dienst eines Rechtsgedankens stellen, um zu bewirken, dass Recht gelte, um ihrerseits, wie man sagt, eine Rechtsmacht, nicht rohe Gewalt zu sein.“<sup>77)</sup> Die Methode Burckhardts, auf die an dieser Stelle nicht näher eingetreten werden soll, ist, wohl mit Recht, als eine dialektische bezeichnet worden<sup>78).</sup>

Dialektisch ist schliesslich der Ausgangspunkt, den Rudolf Smend für sein bedeutungsvolles Buch „Verfassung und Verfassungsrecht“ (1928)<sup>79)</sup> gewählt hat. „Alle Wissenschaft vom geistigen Leben kann demnach ihre wichtigsten Gegenstände: den Einzelnen, die Gemeinschaft, den objektiven Sinnzusammenhang nicht als isolierte Elemente, Faktoren, Träger oder Gegenstände des geistigen Lebens auffassen, deren Beziehungen zueinander sie zu untersuchen hätte, sondern nur als Momente einer dialektischen Zusammenordnung, deren Glieder allenfalls . . . einander polar zugeordnet sind.“<sup>80)</sup> Alles menschliche Gruppenleben enthält „zwei Elemente aus verschiedenen Welten als Momente in sich“, nämlich einerseits das zeitlich-reale Moment und anderseits das des Anteils am

<sup>77)</sup> Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 172.

<sup>78)</sup> E. Grisebach in seiner Besprechung des zitierten Werkes, Archiv des öffentl. Rechts Bd. 16 S. 307 ff.

<sup>79)</sup> Zu diesem ungemein gedankenreichen, anregenden, aber gelegentlich missverstandenen Werk bietet Wackernagel, Ztschr. f. schw. Recht Bd. 47 S. 504 ff., eine verständnisvolle Besprechung.

<sup>80)</sup> A. a. O. S. 7.

Reich des ideell-zeitlosen Sinnes. „Ihre nur dialektisch zu verstehende Zusammenordnung darf nicht gelöst werden . . .“<sup>81)</sup> Geistige Kollektivgebilde, wie der Staat, „sind als Teile der Wirklichkeit nicht statisch daseiende Substanzen, sondern die Sinneinheit reellen geistigen Lebens, geistiger Akte. Ihre Wirklichkeit ist die einer funktionellen Aktualisierung, Reproduzierung, genauer einer dauernden geistigen Bewältigung und Weiterbildung . . . nur in diesem Prozess und vermöge dieses Prozesses sind sie oder werden sie in jedem Augenblick von neuem wirklich.“ Der Staat „lebt und ist da nur in diesem Prozess beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebtswerdens . . .“<sup>82)</sup>, ein Vorgang, den Smend als Integration bezeichnet. Die Integration bildet gleichsam das Verbindungsglied jener zwei einander dialektisch zugeordneten Welten, derjenigen der realen Lebensfunktionen und derjenigen des ideellen Sinngehaltes, sie bildet den „Angel-punkt des Staatlichen im Bereich der Wirklichkeit“<sup>83)</sup>. Smend unterscheidet persönliche, sachliche und funktionelle Integration. Auffallend ist, dass das Recht nicht als ein Mittel der sachlichen Integration verstanden, sondern als ein dem Staat gegenüber selbständiges geistiges System aufgefasst wird. Staat und Recht sind „zwei zwar untrennbar verbundene, aber doch je in sich geschlossene, der Verwirklichung je einer besonderen Wertidee dienende Provinzen des geistigen Lebens . . .“<sup>84)</sup>. Ja, in einem gewissen Sinne seien die Rechtsfunktionen „ein Fremdkörper in der Verfassung: sie gehören hinein, weil sie auch staatliche Lebensformen sind, aber ihr Schwerpunkt liegt nach Überwindung des mittelalterlichen Jurisdiktionsstaats nicht mehr in dieser ihrer staatlichen Eigenschaft“<sup>85)</sup>.

---

<sup>81)</sup> S. 20/21.

<sup>82)</sup> S. 18.

<sup>83)</sup> S. 19.

<sup>84)</sup> S. 98.

<sup>85)</sup> S. 99.

Carl Schmitt scheint sich in seiner äusserst gehaltvollen „Verfassungslehre“ (1928) der dialektischen Auffassung zu nähern: „Der Begriff der Rechtsordnung enthält zwei völlig verschiedene Elemente: das normative Element des Rechts und das seinsmässige Element der konkreten Ordnung.“ Wenn er aber beifügt: „Die Einheit und Ordnung liegt in der politischen Existenz des Staates, nicht in Gesetzen, Regeln und irgendwelchen Normativitäten“ (S. 10), oder: „Jedes Gesetz als normative Regelung . . . bedarf zu seiner Gültigkeit im letzten Grunde einer ihm vorhergehenden politischen Entscheidung, die von einer politisch existierenden Macht oder Autorität getroffen wird“ (S. 22), so führt er das Normative wieder auf das Seinsmässige zurück, was der Auffassung als dialektischer Einheit, in der die beiden Pole nicht aufeinander reduzierbar sind, widerspricht.

Trennt Smend das Recht vom Staat in einer m. E. zu weitgehenden Weise, so begeht umgekehrt G. Radbruch<sup>86)</sup> den Fehler, die beiden Begriffe zu eng zu verknüpfen, indem er Staat und Recht zwar nicht ausdrücklich als identisch erklärt, aber kaum etwas anderes meint, wenn er sie als „verschiedene Modi einer Substanz“, als „verschiedene Betrachtungsweisen derselben Gegebenheit“ bezeichnet. Ganz anders fasst Fr. Darmstädter das Verhältnis auf, wenn er ausführt: „Der Wert Recht und der Wert Staat stehen als gegenseitig sich ausschliessende und verneinende, als Gegenwerte an der nämlichen Wirklichkeit einander gegenüber.“<sup>87)</sup> In ähnlicher Weise sollen sich als „kulturelle Gegenwerte“ gegenüberstehen Kunst und Moral, Religion und Wirtschaft usw. Aber Darmstädter findet die Verbindung von Recht und Staat durch den Begriff des „Mittelglieds“, dessen Funktion in seiner Darstellung ungefähr der Bedeutung des „Moments“ in der Dialektik entspricht. „Die Geltung des

<sup>86)</sup> Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 83.

<sup>87)</sup> Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaats, 1930, S. 121.

Staates als Mittelwert ist eine Bedingung für die Geltung des Rechtes als Selbstwert.“ Auch das Umgekehrte gilt: das Recht ist „eine Bedingung für die Geltung der staatlichen ursprünglichen Herrschermacht als Selbstwert“. Zwischen Staat und Recht besteht „teilweise Identität, teilweise Tendenz, sich zu finden, teilweise Tendenz, sich zu bekämpfen“<sup>88)</sup>.

Somló<sup>89)</sup> vertritt eine Auffassung, die der hier vertretenen nicht fernsteht: „Wir können keinen Staatsbegriff erdenken, der den Rechtsbegriff nicht bereits mitenthielte, und wir können keinen Rechtsbegriff haben wollen, der nicht schon den Staatsbegriff mitsetzte. Beide enthalten als gemeinsamen Teil den Begriff der Rechtsmacht. Wo es eine Rechtsmacht gibt, dort gibt es sowohl Recht wie Staat.“

C. Interessant ist, dass einer der bedeutendsten deutschen Rechtsgelehrten, Gierke, in einer 1874 erschienenen Schrift Gedanken geäussert hat, die der skizzierten, scheinbar ganz modernen Auffassung nahestehen. In seinen „Grundbegriffen des Staatsrechts“<sup>90)</sup> führt er aus: „Das Verhältnis des Rechts zum Staat bestimmt sich dadurch, dass es einerseits eine besondere und eigentümliche Seite des menschlichen Gemeinlebens ist, andererseits so wenig ohne den Staat, wie der Staat ohne das Recht sich zu vollenden vermag. Es verhält sich hier wie überhaupt mit allen Funktionen des menschlichen Gemeinlebens, von denen jede eine eigene Wurzel und ein spezifisches Wesen hat und von denen doch jede durch alle anderen irgendwie bedingt und bestimmt wird, so dass erst sie alle in ihrer Gesamtheit sich zur vollen menschlichen Gattungsexistenz ergänzen. Nun sind gerade zwischen Staat und Recht die Beziehungen der Wechselwirkung besonders naher und inniger Natur.“ (A. a. O. S. 103.) „Der Staat bedarf,

---

<sup>88)</sup> S. 124—126.

<sup>89)</sup> Juristische Grundlehre, 2. Aufl. 1927, S. 252.

<sup>90)</sup> Neudruck 1915.

um die innere Kraft zur Durchführung seiner Kulturmission zu erlangen, der Unterstützung durch den Rechtsgedanken . . .“ (S. 105.) „Das Recht umgekehrt bedarf, um sein Ziel eines geordneten Zusammenlebens der Menschen zu erreichen, der vergeltenden Hilfe des Staats . . .“ (S. 106.) Selbst der Dualismus des Soziologischen und Normativen, der für uns den Ausgangspunkt der Dialektik bildete, ist bei Gierke angedeutet, wenn er schreibt: „Denn jener [der Staat] ist der Niederschlag des allgemeinen Willens, das Recht aber ist der Ausfluss des allgemeinen Bewusstseins.“ (S. 104.)

Eugen Huber findet in dem Begriff der Gemeinschaft eine Art Verbindungsglied zwischen Recht und Macht. „Die Gemeinschaft . . . wird vom Recht organisiert, das Recht selber aber durch die Gemeinschaft begründet . . .“ Die Macht „verbindet sich in der Gemeinschaft mit der Rechtsidee, und das Recht entspringt nicht . . . der Gemeinschaft als ein Recht des Stärkeren. Vielmehr verlangt das Recht nach Macht, und die Macht ist der Rechtsidee zugänglich . . .“ Schliesslich erscheint „die Macht als Dienerin des Rechts, und das Recht als Dienerin der Gemeinschaft“<sup>91)</sup>. Ähnlich der Dialektik findet Eugen Huber im Problem Recht-Macht-Gemeinschaft eine Vielheit in der Einheit.

D. Diese verschiedenen Umschreibungen des Verhältnisses von Staat und Recht erscheinen als mehr oder weniger geglückte Versuche, zur Erkenntnis der dialektischen Natur dieses Verhältnisses zu kommen: zur Erkenntnis, dass der Staat ein Moment im Begriff des Rechts, das Recht ein Moment im Begriff des Staats ist. Schliesslich ist es auch zulässig, Staat und Recht als eine dialektische Einheit (für welche allerdings die Bezeichnung durch ein Wort fehlt) aufzufassen. Denn was wir als „Einheit“ begreifen, ist ein mehr oder weniger

---

<sup>91)</sup> Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, S. 239/40.

willkürlicher Ausschnitt aus dem zäsurlosen Kontinuum der Wirklichkeit. Ob dieser Ausschnitt eine Einheit bildet oder nicht, hängt allein ab vom sachlichen Zusammenhang, dem Aufeinander-bezogen-Sein, Sich-notwendig-Bedingen der Momente. Dieser Zusammenhang besteht für Staat und Recht. Deshalb können Staat und Recht als dialektische Einheit aufgefasst werden.

Man wird unserer Auffassung vielleicht vorwerfen, dass sie sich durch Bezugnahme des Rechts auf den Staat und des Staats auf das Recht in einem Zirkel bewegt. Doch ginge der Vorwurf in doppelter Hinsicht fehl. Einmal deshalb, weil die Aufgabe gestellt wurde, das Verhältnis von Staat und Recht zu erörtern und auf diese Frage selbst durch jenen Zirkel eine Antwort gegeben würde. Sodann aber erschöpft sich die hier dargelegte Auffassung nicht in jenem Zirkel, sondern stützt sowohl den Staat als das Recht auch auf Momente, die ausserhalb der gegenseitigen Beziehung stehen und erst, indem sie zu jener Beziehung hinzutreten, den „Staat“ und das „Recht“ konstituieren. Für den Staat war jenes Moment die Macht, für das Recht war es die Normativität. Freilich kann nun die Untersuchung weder bei „Macht“, noch bei „Normativität“ stehenbleiben. „Macht“ ist ein leerer Begriff, die Macht wird zu einem Zweck verwendet, sie ist mit der Vorstellung eines Inhalts untrennbar verbunden. Auch „Normativität“ ist ein leerer Begriff, der notwendig auf einen Inhalt hinweist. Jede Norm hat einen Inhalt, sie ist Norm nicht als Selbstzweck, sondern um des Inhalts willen.

In der Tat haben wir mit „Normativität“ und „maximale Beziehungsnähe zum Staat“ erst die formalen Momente des Rechts aufgedeckt. Die materialen, inhaltlichen Momente sind ihm ebenso wesentlich. Der Untersuchung dieser Momente haben wir uns nun zuwenden.

## V. Die inhaltlichen Momente des Rechts und der Staat.

A. Die bisherige Darstellung hat sich dem Inhalt des Rechts nicht zugewendet<sup>92)</sup>, sondern nur diejenigen Momente beachtet, die als die formalen bezeichnet werden können. Diese formalen Momente setzen aber einen Inhalt notwendig voraus. Denn die Trennung von Form und Inhalt, die sich gedanklich durchführen lässt, entspricht keiner substantiellen Trennung im Recht selbst.

Welches ist aber der Inhalt des Rechts? Die neuere Rechtstheorie sucht darauf selten eine Antwort zu geben. Die unendliche Vielgestaltigkeit der möglichen Rechtsvorschriften lässt sie vor jedem Versuch, den Inhalt zu fixieren, zurückschrecken; das heisst aber nichts anderes, als dass dieser Auffassung jeder Inhalt als möglich erscheint. Und doch ist es kein aussichtloses Beginnen, dem Rechtsinhalt mit allgemeinen materialen, nicht bloss formalen, Begriffen beizukommen.

Es wurde oben darauf hingewiesen, dass das Recht eine dialektische Einheit aus normativen und soziologischen Momenten bildet. Das gilt sowohl für die Form als auch für den Inhalt des Rechts. Auch der Inhalt umfasst Momente der einen und andern Art. Diese Erkenntnis, die sich aus unseren Prämissen von selbst ergibt, ist ungemein wichtig, denn sie bietet uns überhaupt erst die Handhabe, um in die scheinbare Uferlosigkeit des Rechtsinhalts Ordnung zu bringen. Diese beiden Gruppen von Momenten können freilich auch erkannt werden, ohne dass der Gegensatz des Normativen und Soziologischen zum Ausgangspunkt genommen wird; man kann zu ihnen gelangen aus der einfachen Anschauung des Rechtslebens heraus; sie offenbaren sich mit besonderer Deutlichkeit dort, wo es sich um die grossen, entscheidenden Fragen handelt.

---

<sup>92)</sup> Obwohl er ihr — z. B. in den Ausführungen über Macht und Recht — stillschweigend zugrunde lag. Für das Folgende sei wiederum auf mein Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2. Teil, verwiesen.

Dieser Dualismus, auf den sich der Inhalt des Rechts zurückführen lässt, ist derjenige von ethischen Forderungen einerseits, vitalen Bedürfnissen anderseits. Die ethische Forderung ist der von allen soziologischen Bedingtheiten unabhängige Imperativ, der der Sphäre des Normativen angehört; die vitalen Bedürfnisse anderseits gehören dem äusserlich-realen zeitlichen Geschehen, der Sphäre des Soziologischen, an. Der Rechtsinhalt ist eine dialektische Einheit aus beiden. Weil das Recht beiden Sphären angehört, kann es sowohl vom einen wie vom andern Pol her konstruiert werden, aber von jeder Seite her gewinnt man nur eine halbe Ansicht. Man kann es als eine Anwendung ethischer Grundsätze auffassen, aber dann erscheint jede Abweichung von der ethischen Forderung (und eine solche findet immer statt) als Abschwächung oder Fälschung der eigentlichen Substanz des Rechts. Man kann es auch von den vitalen Bedürfnissen her konstruieren, dann aber muss jede Anpassung an das ethische Gebot als eine Verirrung oder Schwäche des vitalen Triebs aufgefasst werden und das eigentliche Wesen des Rechts gelangt dann erst in einer naturalistisch gemeinten Staatsraison, im *sacro egoismo* des Staats und des Individuums richtig zum Ausdruck. Weder vom einen noch vom andern Standpunkt her kann man dem Wesen des Rechts beikommen. Denn das Wesen des Rechts besteht darin, sowohl der ethischen Forderung wie dem vitalen Bedürfnis gerecht zu werden, aber jedem nur so weit, als es unter Berücksichtigung des andern möglich ist. Die ethische Forderung, für sich allein genommen, nimmt auf das vitale Bedürfnis keinerlei Rücksicht, ja sie kann ihm widersprechen; ins Recht aufgenommen, bricht sie sich aber an den anders gearteten vitalen Notwendigkeiten. Und die letzteren, die in ihrer Isolierung der Ethik widersprechen können, müssen sich im Recht ihr beugen. Im Recht findet ein Ausgleich zwischen den beiden Tendenzen statt, in dem die Spannung zwischen den beiden einander dialektisch zugeordneten Momenten weiterlebt.

Dieser Ausgleich ist im Recht häufig ein Zwangsausgleich und deshalb nur möglich, wenn das Moment der Macht zu den inhaltlichen Momenten hinzutritt. In diesem Sinne ist in der Tat das Recht ein „Zwangsvorschub zum Richtigen“ (Stommel). Es bedarf also der Macht, d. h. des Staates, sowohl für diesen Zweck wie auch für Durchführung des Rechts gegen die Widerstände der Aussenwelt.

Die Spannung zwischen den beiden inhaltlichen Momenten im Recht lebt weiter, weil sowohl das Ethische wie das Vitale die Tendenz haben, sich aus der Verklammerung im Recht zu lösen und ihre isolierten Ansprüche gegenüber der bestehenden Rechtsnorm geltend zu machen. Aus solchen Ansprüchen kann Änderung und Wachstum, aber auch Bruch des Rechts hervorgehen.

B. Nicht alles Ethische ist dazu bestimmt, sich ins Recht umzusetzen. Sondern es ist eine besondere Gruppe ethischer Forderungen, nämlich die Gerechtigkeit, die das Recht als Moment in sich aufnimmt. Die Gerechtigkeit ist derjenige Teil der Ethik, der zur Umsetzung ins Recht bestimmt ist. Und in der Tat ist es die Gerechtigkeit, die, wie zu zeigen sein wird, von manchen Autoren, vor allem den Naturrechtlern, als das Wesen des Rechts — genauer des Rechtsinhalts — und als die Aufgabe des Staates dargestellt wird. Aber es scheint mir, dass damit zwar ein wesentliches Moment des Rechts, aber eben nur ein Moment gesehen wird.

So ist W. Burckhardt der Ansicht<sup>93)</sup>, der einzige Zweck des Staates sei, die Gerechtigkeit zu verwirklichen; nur zwei Ausnahmen gebe es hievon: wenn der Staat in privatrechtlichen und wenn er in völkerrechtlichen Verkehr trete. Nach A. Gysin<sup>94)</sup> können sich im „Gerechtsein des Rechts alle Zwecke des Rechts erschöpfen“. Ethisch-naturrechtlich ist die Auffassung von A. Affolter<sup>95)</sup>: „Die aus dem sittlichen Gefühle abgeleiteten Grundsätze

<sup>93)</sup> Die Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 136.

<sup>94)</sup> Recht und Kultur auf dem Grunde der Ethik S. 27.

<sup>95)</sup> Das ethische Recht und der Staat, 1928, S. 8 und 21.

bezeichnen wir als die rechten. Sie bilden das ethische Recht oder das ethische Naturrecht.“ — „Die Verbindlichkeit des ethischen Rechts liegt in dem sittlichen Empfinden, das zu einem Sollen hindrängt. Dieses ethische Recht ist es, welches den Gesetzgeber autorisiert, innerhalb der Schranken der Sittlichkeit zu positivieren.“ Naturrechtliche Auffassungen werden in den letzten Jahren auch von einer Reihe deutscher Autoren vertreten, wodurch sie erfreulicherweise den Positivismus, der überhaupt keinen Beurteilungsmassstab für den Inhalt des Rechts kennt, überwinden. A. Manigk<sup>96)</sup> stellt eine „organisch-funktionelle Beziehung zwischen Recht und Sittlichkeit“ fest, in der Weise, dass das „Recht zum Vorhof der Sittlichkeit und zum wegebereitenden Apostel ihrer durch sich selbst nicht verwirklichungsfähigen Idee“ wird. Marschall v. Bieberstein betont seinen naturrechtlichen Standpunkt im Titel seiner 1925 gehaltenen, in Versform verfassten Rede: Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze. Sein Standpunkt scheint sich der Dialektik zu nähern: das Recht (etwa im Sinn von ethischer Forderung oder Gerechtigkeit) bedarf des Gesetzes (d. h. staatlicher Anordnung), und das Gesetz des Rechts<sup>97)</sup>. Aber dem Gesetz wird doch nur eine präsumtive, gleichsam lückenfüllende Funktion zugewiesen: „Im Grundsatz ist die Arbeitsteilung klar gegeben: — Des Rechtes weise Majestät wacht über uns — gibt souverän das Urteil über unser Tun — soweit das Rechtsempfinden solches Urteil kündet — versagt es aber oder lässt es Zweifel übrig — so darf, von ihm ermächtigt, der Gesetzeswille — ergänzend zweckbestimmte ‚Richtungsnormen‘ schaffen.“

Naturrechtlich ist der Ausspruch H. Triepels: „Heilig ist nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht. Und das Gesetz steht unter dem Recht.“<sup>98)</sup> E. v. Hippel spricht

---

<sup>96)</sup> Die Idee des Naturrechts, Stammler Festgabe, 1926, S. 21, 19.

<sup>97)</sup> A. a. O. S. 141.

<sup>98)</sup> Festgabe für Kahl, 1923, S. 93.

von der „unaufhebbaren Verbindung der positiven Satzung mit dem überpositiven Recht“ und vertritt die Ansicht, „dass die Verbindlichkeit von Gesetzen keine gewillkürte ist, sondern dass sie beruht auf dem Zusammenklang von Natur, Freiheit und Sittengesetz“<sup>99)</sup>). Entschieden naturrechtliche Gedanken vertritt Erich Kaufmann in seinem Referat über die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung<sup>100)</sup>. „Der Gedanke des Naturrechts als das Wissen von einer höheren Ordnung“ erscheint Kaufmann als „etwas Ewiges und Unvermeidliches“. „Der Gesetzgeber ist nicht Schöpfer des Rechts.“ Wir machen uns meist nicht klar, „wie wenig auch auf kodifizierten Rechtsgebieten unsere Rechtsentscheidungen den geschriebenen und ausdrücklich vom Gesetzgeber formulierten Rechtssätzen entnommen sind. Das Meiste und Beste, vielfach das eigentlich Entscheidende entnehmen wir nicht den geschriebenen Rechtsätzen, sondern wir folgern es unmittelbar aus den für das Rechtsgebiet massgeblichen Gerechtigkeitsprinzipien, aus dem Wesen der Institute, aus den Legitimitätsvorstellungen der Zeit und der Gemeinschaft, in denen wir leben.“ — „Man sieht: der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht.“ Symptomatisch für das neu erwachte Interesse am Naturrecht sind auch die Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages (1926) in Wien, wo Rud. Goldscheid über Naturrecht referierte<sup>101)</sup> und seinen Bericht in dem Satz ausklingen liess: „Das Naturrecht ist ewig, weil es das Recht des Schwächeren sichert, weil es als Kulturrecht, als lebendiges Recht, als unaufhaltsamer Drang zur Verwirklichung des richtigen Rechts, das unzerstörbare Fundament der innern Festigkeit des positiven

<sup>99)</sup> Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 18 S. 120.

<sup>100)</sup> Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Heft 3, 1927, S. 3, 20.

<sup>101)</sup> „Verhandlungen“ S. 144—167, die Diskussion auf S. 168 ff.

Rechts, der stärkste Kitt jeder wahrhaft einheitlichen und fruchtbaren sozialen Rechtsordnung überhaupt ist.“ Auch in den Schriften anderer Autoren finden sich naturrechtliche Gedankengänge. Doch ist alles — auch das, was soeben zitiert wurde — mehr Postulat oder Wunsch als wirkliche Durchführung materialer naturrechtlicher Prinzipien. Die ganze Bewegung befindet sich noch in einem unfertigen Zustand. Aber die Ablehnung der Möglichkeit eines Naturrechts, wie sie Kelsen<sup>102)</sup> vertritt, wird wohl nicht mehr von manchen Rechtslehrern geteilt.

Begrifflich wesentlich besser durchgebildet ist die katholische Naturrechtslehre, die sich stützt auf eine seit der Antike durchgeführte, vor allem in Thomas von Aquino verkörperte und gegenwärtig neubelebte Tradition<sup>103)</sup>. Ihre Darstellung würde hier zu weit führen. Doch sei bemerkt, dass das Ignorieren dieser Lehren, die auch sehr viel enthalten, was nicht religiös oder konfessionell gebunden ist — wie das antike Gedankengut — kein Ruhmesblatt ist in der Geschichte der neueren nicht-katholischen Rechtsphilosophie<sup>104)</sup>. — Eine protestantische Naturrechtslehre scheint in der Gegenwart kaum zu bestehen.

<sup>102)</sup> Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, ferner zwei Aufsätze in Ztschr. f. öffentl. Recht Bd. VII und Internationale Ztschr. f. die Theorie des Rechts Bd. II. Kelsen folgt in diesen Schriften der von ihm meist befolgten Methode, zwei antithetische Positionen (hier Naturrecht — positives Recht) zu einer unauflöslichen Antinomie zu steigern und dann die eine dieser Positionen als die einzige mögliche hinzustellen. Diese unfruchtbare Zerreissung des Erkenntnisobjekts kann nur durch die Dialektik überwunden werden. Eine treffende Kritik von Kelsens Naturrechtsauffassung gibt Gysin in Abhandlungen der Friesschen Schule, n. F. 5. Bd. 2. Heft.

<sup>103)</sup> Vgl. Viktor Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 2. Aufl. 1909. Etwas stark Bekenntnischarakter trägt das kürzlich erschienene Buch von Hölscher, Sittliche Rechtslehre, 2 Bde.

<sup>104)</sup> Vgl. auch die Anmerkung bei Ihering, Zweck im Recht. II S. 161, über Thomas von Aquino.

C. Die Naturrechtslehre, die das Naturrecht als Gerechtigkeit oder ethische Forderung fasst, geht, wie bereits bemerkt, deshalb fehl, weil sie ein Moment des Rechts als das eigentliche Wesen des Rechts erklärt und damit das andere, ebenso wesentliche Moment, das Vitale, übersieht, damit aber die unvermeidliche, oft tragische Spannung innerhalb des Rechts nicht richtig erkennen kann. Denn aus dem Vitalen ergibt sich der Stoff, der zwar seine Selbstgesetzlichkeit hat, aber vom Recht im Licht der Ethik geregelt werden soll. Das Vitale beeinflusst, statistisch betrachtet, viel häufiger und eingehender den Rechtsinhalt als das Ethische. Es umfasst einerseits den ganzen ungeheuern Komplex der Wirtschaft, anderseits die psychologischen, insbesondere massenpsychologischen Faktoren, die im heutigen staatlichen Leben eine ausschlaggebende Rolle spielen und auf jede Rechtsschöpfung einwirken. Im Vitalen liegen alle Motive körperlicher und geistiger Selbsterhaltung und Selbstdurchsetzung. Aber das Vitale bedarf des Ethischen. Denn das Vitale ist in sich selbst zerspalten und uneins; wird es sich selbst überlassen, so führt das, wie Hobbes ganz richtig gesehen hat, zum Krieg aller gegen alle. Ein materiales Prinzip der Ordnung kann sich aus dem Vitalen selbst nicht ergeben, es sei denn die nackte Übermacht, die aber den Keim der eigenen Aufhebung in sich schliesst. Ein Prinzip der Ordnung kann sich nur aus einer vom Vitalen verschiedenen Sphäre ergeben: der Ethik. Nur in der Ordnung vermag aber das Vitale zu bestehen, ohne Ordnung, sich selbst überlassen, zerstört es sich selbst. Daher kann das Vitale um seiner selbst willen nicht ohne das Ethische sein. Aber auch das Ethische bedarf des vitalen Substrats, da es ohne den Bezug auf das Vitale gegenstandslos ist.

D. Wir haben bisher die zwei formalen Momente des Rechts — Ordnung und (staatliche) Macht — und die zwei materialen (inhaltlichen) Momente — das Ethische und das Vitale — festgestellt. Statt nach den Merkmalen formal und material, können die Momente auch danach

gruppiert werden, ob sie dem Normativen oder Soziologischen angehören: dem Normativen, der Welt des Sollens, gehören an die Momente „Ordnung“ (formales Sollensmoment) und „Ethik“ (materiales Sollensmoment); dem Soziologischen, der Welt des „Seins“, gehören an die Momente „Macht“ (formales Seinsmoment) und „vitale Bedürfnisse“ (materiales Seinsmoment). Diese Momente existieren, weil sie Momente sind, nicht isoliert für sich, sondern nur in dialektischer Verbindung; ihre Auseinandersetzung dient lediglich dazu, eine komplexe Erscheinung, das Recht, begrifflich fassbar zu machen<sup>105)</sup>). Da das Recht eine dialektische Einheit ist, ist es durch das blosse Vorhandensein der Momente nicht eindeutig bestimmt, denn diese lassen der konkreten Gestaltung des Rechts weiten Spielraum. In der konkreten Gestaltung des Rechts sind zwar alle Momente vertreten, aber nicht immer gleich stark; die Akzentverteilung auf die einzelnen Momente kann ganz verschieden sein. Sie ändert sich nach Ort und Zeit. Aber auch innerhalb eines und desselben Rechtssystems liegt je nach dem Rechtsgebiet der Akzent mehr auf diesem oder jenem Moment. Das blosse Ordnungsmoment überwiegt z. B. in den Normen über Wechsel und Check, das ethische Moment im Eltern- und Kindesrecht, das vitale (wirtschaftliche) Moment in den meisten Vorschriften des Obligationenrechts, aber auch die andern Momente fehlen, wie eine einfache Überlegung zeigt, jeweilen nicht. Im allgemeinen geht die Stärke eines Moments Hand in Hand mit der Schwäche des andern. So z. B. ist das Kriegsrecht, in dem das Machtmoment sich bis zum äussersten auswirkt, inhaltlich sehr unvoilkommen<sup>106)</sup>); hingegen müssen die-

---

<sup>105)</sup> Es scheint mir richtig, an der Vierzahl der Momente festzuhalten. Gelegentlich wird das Recht als dialektische Einheit aus Macht und Gerechtigkeit (Ethik) aufgefasst, doch darf dadurch die Problematik zu stark vereinfacht werden.

<sup>106)</sup> Während doch wieder in einzelnen Normen, wie z. B. im Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und

jenigen Teile des Völkerrechts, in denen das Machtmoment eine ganz untergeordnete Rolle spielt, inhaltlich um so vollkommener sein, was nicht heisst, dass sie formal gut durchgebildet sind, wohl aber, dass in ihnen das vitale und das ethische Moment weitgehend zum Ausgleich gekommen sind. Hieher gehören z. B. die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“, auf die in Ermangelung von Vertrags- und Gewohnheitsrecht der Ständige Internationale Gerichtshof seine Urteile stützen soll<sup>107)</sup> und die, wie Verdross<sup>108)</sup> richtig bemerkt, die ganze Völkerrechtsordnung „durchleuchten“. Doch kann das hier nicht näher ausgeführt werden. Was hier festgehalten werden muss, ist die Erkenntnis, dass es keinen abstrakten, allgemeingültigen Ausgleich der Momente gibt, dass daher das Recht erst im wirklichen Ausgleich der Momente entsteht, dass jede Schaffung von Recht einen konkreten Entscheid über die relative Berücksichtigung jener vier Momente bedeutet und dass dieser Entscheid einfach den das Recht schaffenden Menschen anheimgestellt ist.<sup>109)</sup>. Die konkrete Gestaltung des Rechts wird immer in dem Spielraum gefunden werden müssen, den die Momente lassen. Aber sie ist nicht irgendwie logisch ableitbar, sie beruht immer auf einem konkreten menschlichen Entscheid. Dieser Entscheid tritt nicht zu den Momenten hinzu, sondern er ist selbst die Synthese der Momente zur Einheit. Er ist inhaltlich letzten Endes irrational; dies ist der Grund, weshalb das Problem des Rechts und das Problem seines

---

Kranken der Heere im Felde, das ethische Moment stark zum Ausdruck gelangt und das Machtmoment zurückdrängt.

<sup>107)</sup> Statut Art. 38 Ziff. 3.

<sup>108)</sup> Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft S. 67.

<sup>109)</sup> Freilich wird auch hier nicht Laune und Willkür entscheiden können, sondern das Recht weithin davon abhängig sein, welche bindenden und lösenden Kräfte sonst das menschliche Zusammenleben beeinflussen. Über den Zusammenhang des Verfassungsrechts mit der Struktur des gesellschaftlichen Lebens überhaupt handelt der Hauptteil meiner Schrift, Verfassungsrecht und soziale Struktur.

Verhältnisses zum Staat nicht endgültig begrifflich auflösbar ist, wie am Beginn dieses Referates bemerkt wurde.

Wenn aber auch jener Entscheid letzten Endes irrational ist, so geschieht er doch in einem genau geregelten Verfahren, demjenigen der Rechtssetzung. Dieses kann die verschiedensten Formen annehmen, je nach der Staatsform, je nachdem die Rechtserzeugung eine autonome oder imperative ist<sup>110)</sup> usw. Da heute die staatliche Gesetzgebung der weitaus wichtigste Weg der Rechtserzeugung ist, muss die Aufmerksamkeit nochmals dem Zusammenhang von Recht und Staat — und zwar diesmal vorwiegend von der inhaltlichen Seite her — zugewendet werden.

E. Ist der Staat an das Recht gebunden? Wir haben die Beantwortung dieser Frage<sup>111)</sup> insofern vorweggenommen, als wir das Verhältnis zwischen Staat und Recht als ein dialektisches bezeichneten und damit sowohl die Meinung ablehnten, der Staat sei ein Produkt des Rechts, als auch die Ansicht, das Recht sei ein Produkt des Staates, womit die einfache Bejahung oder Verneinung jener Frage unmöglich wird. Wenn wir nun sagen: das Recht ist ein Moment des Staates oder, anders ausgedrückt, der Staat ist auf das Recht relativ, so ist unter Recht nicht einfach der Inhalt der vom Staat erlassenen Gesetze zu verstehen (denn das Verhältnis des Gesetzesinhalts zum Staat ist dasjenige der Zurechnung und kein dialektisches), sondern wir verstehen unter Recht Inhalte, denen das vom Staat geschaffene Gesetz entsprechen muss, genauer: in deren Rahmen sich der staatliche Erlass bewegen muss. Aber gibt es nun wirklich einen solchen Rahmen? Widerspricht unsere Annahme nicht der Erfahrung? Ist der Staat nicht frei, als Recht zu setzen, was ihm beliebt?

---

<sup>110)</sup> A. O. Germann, Imperative und autonome Rechtsauffassung, Ztschr. f. schw. Recht Bd. 46 S. 183 ff.

<sup>111)</sup> Die Präzisierung des Problems (was ist unter „Recht“ zu verstehen, was unter „Bindung“?) ergibt, soweit nötig, sich aus dem Folgenden.

Kann der Staat nicht — so lautet die gewöhnliche Formulierung — ungerechtes Recht (nach unserer Umschreibung: Recht ohne das ethische Moment) mit verbindlicher Kraft setzen? Und daran wäre nach unserer obigen Begriffsbestimmung die Frage zu knüpfen: kann der Staat nicht Recht setzen, dem das vitale Moment fehlt?

Darauf ist zu antworten, dass die Rechtsordnung niemals das ethische oder das Vitalmoment entbehren kann.

Eine Machtordnung ohne das ethische Moment ist keine Rechtsordnung und, das lehrt die Erfahrung, auf die Dauer unmöglich. Eine Ordnung mag unter Bruch des Rechts zustande gekommen sein, sie kann sich nur halten, wenn sie wenigstens ein Minimum von Gerechtigkeit verwirklicht. „Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir.“<sup>112)</sup> Das schliesst aber nicht aus, dass einzelne Rechtsnormen ungerecht, d. h. nicht auf eine ethische Forderung sinnbezogen sind und trotzdem als positives Recht gelten. Das ist nur möglich, weil die Grenze zwischen dem Recht und dem Unrecht unscharf ist. Diese Grenze ist, wie jeder Jurist weiss, selbst im Bereich des geschriebenen Gesetzes oft schwer zu bestimmen, sie ist noch viel schwieriger festzustellen dort, wo es sich um den Sinnbezug auf ethische Forderungen schlechthin handelt. Deshalb ist für den Entscheid der Frage, ob eine einzelne Norm positives Recht sei oder nicht, auf ein formales Merkmal, Erlass durch den Gesetzgeber, abzustellen. Die Verbindlichkeit einer Rechtsnorm kann nicht deshalb bestritten werden, weil sie die ethische Forderung verletzt, es sei denn, dass eine ganz besonders krasse Verletzung stattgefunden habe. Im allgemeinen wird die Frage, ob ein Gesetz der ethischen Anforderung genüge, Auslegungsfrage und daher zweifelhaft sein. Aber selbst wenn der Gesetzgeber die Ethik einmal verletzen kann, so heisst das nicht, dass er sich schlechthin über sie hinwegsetzen kann. Im Gegenteil: er hat seine Kompetenz als Gesetzgeber

<sup>112)</sup> Rousseau, *Contrat social* livre I ch. III.

nur deshalb, weil er sonst regelmässig Normen aufstellt, die wirkliches, also gerechtes Recht sind<sup>113)</sup>). Nur unter der Voraussetzung, dass die Hauptmasse des von ihm produzierten Rechts gerecht ist, kann der Gesetzgeber seine Funktion ausüben und kann der Staat bestehen. Die Grenzlinie aber zwischen dem gerechten Gesetzgeber, der gelegentlich eine ethisch falsche Norm aufstellt, und dem ungerechten Gesetzgeber, der tatsächlich keiner ist, lässt sich ebensowenig mit Schärfe ziehen wie diejenige zwischen dem guten Menschen, der, trotz einiger Fehler, unser Vertrauen verdient, und dem schlechten Menschen, dem wir unser Vertrauen endgültig entzogen haben. Wenn es irgend möglich ist, wird freilich der Jurist ein unethisches Gesetz nicht kritiklos hinnehmen, sondern versuchen, ihm auf dem Wege der Interpretation den ethischen Gehalt einzuflössen.

Was vom ethischen Moment gilt, gilt auch vom vitalen Moment: eine einzelne Norm kann es entbehren (sie ist dann nur deshalb Recht, weil sie vom Gesetzgeber<sup>114)</sup> ausgeht), die Rechtsordnung niemals. Zum Beispiel kann ein einzelner gesetzlicher Verstoss gegen die Notwendigkeiten des Wirtschaftslebens ertragen werden; wenn aber das ganze Rechtssystem so eingerichtet ist, dass die Wirtschaft zugrunde gehen muss, so fällt auch das Recht dahin, sei es durch Änderung seiner selbst, sei es durch Vernichtung des eigenen Substrats. Die vitalen Notwendigkeiten, die das Recht berücksichtigen muss, sind aber nicht nur diejenigen der einzelnen Volksgenossen, sondern auch diejenigen des Staates selbst. Nimmt eine Rechtsnorm darauf keine Rücksicht, oder fehlt eine Rechtsnorm, die dafür notwendig wäre, so wird, wenn möglich, auf dem

---

<sup>113)</sup> Vgl. v. Hippel, Über die Verbindlichkeit der Gesetze, Archiv des öffentl. Rechts Bd. 18 S. 119: Die Verbindlichkeit eines Gesamtzustandes beruht nicht auf der Macht seiner Garanten, sondern sie gründet in seiner relativen Werthäufigkeit.

<sup>114)</sup> Deshalb fehlen die beiden inhaltlichen Momente nie im Recht, das nicht gesetzt ist, d. h. im Gewohnheitsrecht.

Wege der Interpretation geholfen. Das ist nicht sehr schwierig, da die Staatsbehörden Richter in eigener Sache sind. Aktuelle Beispiele fehlen nicht. Es beruht zum Beispiel auf einer ungenügenden Berücksichtigung vitaler Notwendigkeiten, wenn eine Staatsverfassung keine oder ungenügende Vorsorge für ausserordentliche Umstände trifft, im besondern die Möglichkeit der Übertragung umfassender Vollmachten an die Regierung nicht vorsieht. Die vitalen Notwendigkeiten sind aber derart überragend, und das Bestreben, ihnen ohne Rechtsbruch nachzukommen, so gross, dass die Verfassung so interpretiert wird, als ob sie eine solche Übertragung vornähme. So gelang es nur einer mehr oder weniger gewagten Interpretation der schweizerischen Bundesverfassung, die ausserordentlichen Vollmachten, die dem Bundesrat während des Weltkrieges übertragen waren, juristisch zu rechtfertigen. Man versuchte, die Vollmachten aus gewissen Verfassungsartikeln abzuleiten<sup>115)</sup>, oder als Lückenausfüllung zu begreifen<sup>116)</sup>, oder als eine neben der Verfassung bestehende Notkompetenz zu rechtfertigen<sup>117)</sup>, wenn man nicht geradezu von einem „durch höhere Staatsraison bedingten Verfassungsbruch“<sup>118)</sup> reden wollte. Auch die gegenwärtigen Notverordnungen der deutschen Regierung lassen sich nur konstitutionell rechtfertigen, wenn dem Art. 48 der Reichsverfassung eine extensive Auslegung gegeben wird. Es wird jedesmal versucht, dem vitalen Moment, das von der Verfassung ungenügend berücksichtigt wurde, auf dem Wege der Interpretation Raum zu schaffen.

F. Wenn, wie ausgeführt wurde, jeder Staat auf das Recht sinnbezogen ist, und ohne diesen Bezug kein Staat ist, so ist jeder Staat in gewissem Sinne ein Rechtsstaat. Jedoch ist der Begriff des Rechtsstaats, wie er gewöhnlich

<sup>115)</sup> Burckhardt, Kommentar der schweizer. Bundesverfassung 3. Aufl. S. 670. E. v. Waldkirch, Die Notverordnungen im schweizer. Bundesstaatsrecht, 1915.

<sup>116)</sup> His, Ztschr. f. schw. Recht Bd. 36 S. 295.

<sup>117)</sup> Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 217.

<sup>118)</sup> Giacometti, Fleiner Festgabe S. 379.

gebraucht wird, ein historisch gewordener und bezeichnet einen Staat, der durch die hauptsächliche Richtung seiner Tätigkeit (den sog. Staatszweck) oder, häufiger, durch gewisse organisatorische Grundsätze sich auszeichnet. Im ersten Sinne bedeutet Rechtsstaat den Gegensatz zum Polizeistaat und Wohlfahrtsstaat, der Staat wird als Rechtsstaat zur bloss „schutzrichterlichen Anstalt“ (K. S. Zachariae, ähnlich Wilh. v. Humboldt). Im anderen, allgemeiner angenommenen Sinn, ist Rechtsstaat der Gegensatz zum Feudalstaat und bedeutet den „modernen Staat mit seinem Begriff von Staatsbürgertum, Trennung der Gewalten, Volksvertretung, politischen Grundrechten auf Freiheit und Sicherheit der Person, des Eigentums, des Bekenntnisses, der Presse, Unabhängigkeit der Gerichte“<sup>119)</sup>). Dieser Begriff des Rechtsstaats ist unter dem Gesichtspunkt der bürgerlichen Freiheit bestimmt<sup>120)</sup>), und darauf lassen sich seine spezifischen Merkmale zurückführen.

In diesem Sinne steht der Rechtsstaat im Gegensatz zum Machtstaat. In der Tat bedeuten Gewaltentrennung, Freiheitsrechte, Unabhängigkeit der Gerichte und ursprünglich auch die Volksvertretung (als Gegenspieler des Monarchen) Beschränkungen der staatlichen Macht. Und es ist ungemein charakteristisch und bedeutet eine Bestätigung dessen, was oben über den Ausgleich der einander dialektisch zugeordneten Momente gesagt wurde, dass man durch Beschränkung der staatlichen Macht zur Herrschaft des Rechts zu gelangen hoffte. Gegenüber dem Gewicht, das der frühere Staat auf die Macht legte, wird nun der Akzent auf das andere formale Moment, das Ordnungsmoment verlegt. Wie sehr das der Fall ist, zeigt sich in der gegen früher wesentlich gesteigerten Berechenbarkeit der staatlichen Tätigkeit. Nicht nur bedürfen die wichtigsten staatlichen Akte, Eingriffe in

---

<sup>119)</sup> Felix Dahn in Bluntschli und Brater, Deutsches Staatswörterbuch 8. Bd., 1864, S. 542.

<sup>120)</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 129.

Freiheit und Eigentum, der gesetzlichen Grundlage, sondern „alle staatlichen Tätigkeiten . . . lösen sich auf in ein nach vorher bestimmten Normen vor sich gehendes, berechenbares Funktionieren. Alles ist in einem Netz von Kompetenzen eingefangen . . . Gesetzmässigkeit, Kompetenzmässigkeit, Kontrollierbarkeit und Justizförmigkeit ergeben . . . das geschlossene System des bürgerlichen Rechtsstaats.“<sup>121)</sup> Das Recht wird nicht so sehr als eine von der Macht zu schützende, sondern eher als eine ihr entgegengesetzte, im wesentlichen sich selbst tragende und stützende Ordnung angesehen. Die Einstellung zur Macht ist eine negative. Und ähnlich ist die Einstellung zu den inhaltlichen Momenten: Durch Gewährung der individuellen Freiheit glaubt man die für die Gesellschaft beste, weil natürliche Ordnung zu bewirken. Tatsächlich gelang das in weitgehendem Masse, da die frühe rechtsstaatliche, d. h. liberale Ordnung gerade durch die Gewährung der individuellen Freiheit vitalen (wirtschaftlichen) Bedürfnissen und ethischen Forderungen sehr stark entgegenkam. Solange eine liberale Gesetzgebung jenen Bedürfnissen und Forderungen wirklich entsprach, hatte der Gesetzgeber keine sehr schwierige Aufgabe, denn er brauchte die grossen Schwierigkeiten, die das Problem Recht und Macht oder die inhaltliche Gestaltung des Rechts einer positiven Stellungnahme des Gesetzgebers bieten, nicht zu überwinden, weil er ja durch seine negative Haltung, das einfache Offenlassen dieser Fragen, jene Momente am besten berücksichtigte. Die Gesetzgebung konnte so als eine auf einer Ebene, derjenigen der formalen Ordnung, sich abspielende Tätigkeit erscheinen, und das Bewusstsein der dialektischen Spannung zwischen den verschiedenen Momenten, die dem Recht immanent ist — und auch im liberalen Recht nicht fehlt, nur wenig sichtbar ist — ging leicht verloren.

Heute kann die Gesetzgebung unmöglich mehr als eine vorwiegend formale Tätigkeit aufgefasst werden.

---

<sup>121)</sup> C. Schmitt, a. a. O. S. 131.

Die äusseren, vitalen Bedürfnisse und Notwendigkeiten, vor allem wirtschaftlicher Natur, machen sich stärker als früher geltend und verlangen meistens nicht Freiheit vom Staat, sondern positive Massnahmen des Staates zu ihren Gunsten. Wenn das Recht jene vier Momente umfasst, von denen die Rede war, so bedeutet das kein Abweichen vom Gedanken des Rechtsstaates; wohl aber bedeutet die stärkere Berücksichtigung des Vitalmoments eine substantiellere Auffassung des Rechts als sie früher üblich war.

Aus unserer Auffassung des Rechts ergibt sich eine Forderung für die Organisation der staatlichen Gesetzgebung. Sie ist so zu gestalten, dass ein möglichst vollkommenes Recht zustandekommt, das heisst aber, dass die vier Momente zur möglichst harmonischen dialektischen Einheit verschmolzen werden. Eine Untersuchung darüber anzustellen, welche Organisationsform dafür am besten geeignet ist, würde den Rahmen dieses Referates überschreiten. Doch kann keine Organisation an sich jene harmonische Verschmelzung garantieren. Es müssen auch die einzelnen Persönlichkeiten, die im Rechtssetzungsprozess mitzuwirken haben, sich dieser Aufgabe bewusst sein. Heute besteht die Tendenz, die wirtschaftlichen Interessen und Bedürfnisse zur Richtschnur der Gesetzgebung zu nehmen und daneben etwa noch das Machtmoment, das damit eng zusammenhängt, zu berücksichtigen, z. B. dadurch, dass die Zustimmung der für die Volksabstimmung massgebenden Kreise gesichert wird, bevor das eigentliche Gesetzgebungsverfahren beginnt. Es ist aber zu beachten, dass das ethische Moment nicht vernachlässigt werden darf, wenn die Gesetzgebung nicht im Wirrwarr gegensätzlicher Interessen den Kompass verlieren soll, und dass das Ordnungsmoment im Sinne guter formaler Durchbildung der Gesetze für die Klarheit und Sicherheit des Rechts unentbehrlich ist. Wenn die staatliche Organisation und die in ihr massgebenden Personen für ein möglichst vollkommenes Recht sorgen, so nützen sie damit wieder dem Staat, dessen Macht durch eine gute

Rechtsordnung legitimiert und gestärkt wird und der dadurch seinerseits die Rechtsordnung stützt. Das Recht bedarf des Staats und der Staat des Rechts.

---

Die wichtigsten Punkte des Referats lassen sich in folgende Thesen zusammenfassen:

1. Recht und Staat sind notwendig aufeinander bezogen, aber nicht identisch. Das Verhältnis muss als ein dialektisches verstanden werden.
  2. Der Staat ist ein Moment im Begriff des Rechts. Diejenige Normativordnung ist Rechtsordnung, die zum Staat in maximaler Beziehungsnahe steht.
  3. Das Recht ist ein Moment im Begriff des Staates. Der Staat ist diejenige soziale Organisation, die infolge ihres Sinnbezugs auf das Recht in der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens höchste Macht (souverän) ist.
  4. Der Rechtsinhalt besteht in der Vereinigung zweier Momente: ethischer Forderungen einerseits, vitaler Bedürfnisse anderseits. Dazu treten die zwei formalen Momente: Ordnung und Macht. Die staatliche Gesetzgebung muss so gestaltet werden, dass das Gesetz eine möglichst harmonische Zusammenfassung der vier Momente zur dialektischen Einheit „Recht“ darstellt. Ein solches Recht stützt seinerseits den Staat.
-

