

Was ist Gerechtigkeit? : Bemerkungen zu zwei neuesten Schriften

Autor(en): **Kelsen, Hans**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **72 (1953)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896108>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Was ist Gerechtigkeit?

Bemerkungen zu zwei neuesten Schriften
von Professor Hans Kelsen

I.

Die Verlagsbuchhandlung Franz Deuticke in Wien sendet uns die ansprechend gedruckte Abhandlung mit dem Titel unserer Überschrift und bittet energisch um «eingehende Besprechung». Gleichzeitig erhalten wir von den *Editions de la Baconnière* in Neuchâtel eine französische Übersetzung der «Reinen Rechtslehre», besorgt von M. Henri Thévenaz¹.

Ti ἐστὶν ἀλήθεια; quid est veritas? fragt skeptisch der Generalgouverneur von Judäa Jesum Christum, der ihm gesagt hat, er sei dazu geboren und in die Welt gekommen, um für die Wahrheit zu zeugen (Joh. 18, 38), «Was ist Gerechtigkeit?», läßt sich zweitausend Jahre später der Rechtslehrer Professor Kelsen vernehmen: skeptisch auch er, obwohl mit beneidenswerter Zungenfertigkeit. Eine scheinbar mühelos konzipierte These wird in der Art eines musikalischen Themas in 34 bezifferten Variationen abgewandelt; in kurzen plastischen Sätzen: Beispielen, Unterstellungen, kritischen Hinweisen.

Andererseits bringt die *Théorie pure* in der Hauptsache eine Übersetzung jener «Reinen Rechtslehre», die vor zwan-

¹ Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? Wien 1953, 47 S. — Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*. Introduction à la science du droit. Traduit de l'allemand par Henri Thévenaz. Neuchâtel 1953. Editions de la Baconnière (Etre et Penser No 37) 205 pp.

zig Jahren erschien und die ihrerseits wieder die wesentlichsten Ergebnisse der schon im Jahre 1911 vorgelegten «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre» vermittelt².

«Gerechtigkeit ist in erster Linie eine mögliche, aber nicht notwendige Eigenschaft einer gesellschaftlichen Ordnung. Nur in zweiter Linie eine Tugend des Menschen. Denn ein Mensch ist gerecht, wenn sein Verhalten einer Ordnung entspricht, die als gerecht gilt. Was bedeutet aber, daß eine Ordnung gerecht ist? Daß diese Ordnung das Verhalten der Menschen in einer Weise regelt, die alle befriedigt, so daß alle ihr Glück unter ihr finden. Die Sehnsucht nach Gerechtigkeit ist des Menschen ewige Sehnsucht nach Glück. Da er dieses Glück nicht als isoliertes Individuum finden kann, sucht er es in der Gesellschaft. Gerechtigkeit ist gesellschaftliches Glück, ist das Glück, das eine gesellschaftliche Ordnung garantiert. In diesem Sinne identifiziert Platon Gerechtigkeit mit Glück, wenn er behauptet, nur der Gerechte sei glücklich, der Ungerechte aber unglücklich».

Das ist das Thema (Nr. 1). Und nun geht es los. Mit einer Verve, die den Atem verschlägt. «Nehmen wir an (Nr. 2), daß zwei Männer eine und dieselbe Frau lieben.» «Keine gesellschaftliche Ordnung kann dieses Problem in einer gerechten Weise, d. h. so lösen, daß beide Männer glücklich werden.» Auch «das salomonische Urteil ist, wenn überhaupt, gerecht nur unter der Bedingung, daß bloß eine der beiden Frauen das Kind liebt». Der Führer einer Armee soll ernannt werden. Zwei Kandidaten stehen im Wettbewerb. «Aber wie, wenn beide gleich geeignet sind? Dann ist eine gerechte Lösung ausgeschlossen.» Auch die Natur ist nicht gerecht: sie macht den einen klug, den andern dumm, den einen gesund, den andern krank.

Nur wo Interessenkonflikte bestehen, wird Gerechtigkeit zum Problem (Nr. 5). Zwei Werte treten dann in

² Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, 709 S.

Gegensatz. Solche Wertkonflikte können aber mit den Mitteln rationaler Erkenntnis nicht gelöst werden. Das Urteil wird nur gültig sein für das urteilende Subjekt und in diesem Sinne relativ. Dennoch besteht die Neigung, solche Relativismen zu verabsolutieren (Nr.15). So wendet sich der Mensch zu Religion und Metaphysik, um hier die absolute Gerechtigkeit zu finden (Nr.17). So daß sich die zahlreichen Gerechtigkeitstheorien auf zwei Grundtypen zurückführen lassen: «einen metaphysisch-religiösen und einen rationalistischen oder richtiger gesagt, einen pseudo-rationalistischen».

Der klassische Vertreter des metaphysischen Typus ist Platon. Ihm steht die Predigt Jesu nahe. Bei beiden bleibt die Gerechtigkeit ein Geheimnis, das jenseits verstandesmäßiger Erkenntnis ist (Nr.19). Der rationalistische Typus, andererseits, ist in den Formeln vom *sum cuique*, vom Prinzip der Gleichheit bzw. der Vergeltung, vom «kategorischen Imperativ», vertreten. Überall zeigt sich, daß diese Grundsätze «als Rechtfertigung jeder beliebigen Gesellschaftsordnung im allgemeinen und jeder beliebigen Vorschrift im besondern dienen» und «auch so verwendet» werden. Ein weiteres «sehr bezeichnendes Beispiel für den vergeblichen Versuch, den Begriff einer absoluten Gerechtigkeit mit einer rationalen, wissenschaftlichen oder doch quasi-wissenschaftlichen Methode zu definieren, ist die Ethik des Aristoteles» (Nr. 28).

Endlich die Schule des «Naturrechts», «die während des 17. und 18. Jahrhunderts herrschend war, während des 19. Jahrhunderts fast völlig aufgegeben wurde, in unseren Tagen aber wieder an Einfluß gewinnt». Indessen: «mit den auf einen Trugschluß gegründeten Methoden der Naturrechtslehre kann man eben alles und daher nichts beweisen» (Nr. 30).

Aus dem Gesagten ergibt sich, «daß die menschliche Vernunft nur relative Werte begreifen kann, und das heißt, daß das Urteil, mit dem etwas für gerecht erklärt wird, niemals mit dem Anspruch auftreten kann, die Möglichkeit eines

gegenteiligen Werturteils auszuschließen. Absolute Gerechtigkeit ist ein irrationales Ideal» (S. 40). Kelsen schließt mit dem Bekenntnis: «Ich habe diese Abhandlung mit der Frage begonnen: ‚Was ist Gerechtigkeit?‘ Nun, an ihrem Ende, bin ich mir wohl bewußt, diese Frage nicht beantwortet zu haben. Meine Entschuldigung ist, daß ich in dieser Hinsicht in bester Gesellschaft bin» (S. 43).

II.

In der «Reinen Rechtslehre» findet man die «wissenschaftliche» Rechtfertigung dieser Werturteile³. Es ist lehrreich, den bekannten *Kelseniana* in französischem Gewande zu begegnen. «Causalité et imputation»; «point final d'une imputation»; normes «posées» et «supposées» etc. In sprachlichem Hinblick kommt dann — welch ein Bundesgenosse! — der *existencialisme* der «Normologie» zu Hilfe.

Das Koordinatensystem, auf dem die «Reine Rechtslehre» beruht, ist das folgende.

In der «südwestdeutschen» Philosophenschule hatte Heinrich Rickert zu Beginn dieses Jahrhunderts «die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung» und damit den Gegensatz von Natur einerseits, Geschichte und Kultur andererseits klarzustellen versucht. Natur ist ihm die empirische Wirklichkeit mit Rücksicht auf das Allgemeine. «Das Natürliche als das Naturnotwendige ist das, was sein muß und das zu billigen oder zu mißbilligen daher keinen Sinn hat.»⁴ Das Wort Kultur bezeichnet «den sach-

³ Die in der Schrift über die Gerechtigkeit entwickelten Sätze findet man in der Hauptsache schon wörtlich gleich in der «Reinen Rechtslehre», Leipzig und Wien 1938, S. 12 ff. (im Folgenden zitiert: «Rechtslehre»). Ebenso *Théorie pure* p. 53 ss. (im Folgenden zitiert: «Théorie»).

⁴ Heinrich Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften* (1. Aufl. 1902). 2. Aufl. Tübingen 1913, S. 169. Derselbe, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* (1. Aufl. 1898). 3. Aufl. Tübingen 1915.

lichen Gegensatz zur Natur in völlig ausreichender Weise, wenn es gilt, zwei Gruppen von Wissenschaften zu unterscheiden»: denn Geschichte heißt «mit Rücksicht auf das Individuelle die Wirklichkeit betrachten». Ein logisch gleichzuordnendes drittes Glied gibt es nicht⁵.

Zu den deutschen Denkern, welche sich diese Erkenntnis zu eigen machten, gehörte auch Gustav Radbruch. In der ersten Auflage seiner Rechtsphilosophie (1914) geht er bei seiner «Reise durch den gesamten *mundus intellegibilis*» zur Auffindung des Rechtsbegriffs aus «von der Grundeinteilung alles Denkbaren in zwei Welten»: dem Reich des Seins, der Wirklichkeit, der Natur, wenn man der Gegebenheit «wertblind» entgegentritt, und dem Reich des Sollens, der Werte, der Zwecke, wenn man sich ihr bewertend gegenüberstellt⁶. Während aber diese Unterscheidung bei Radbruch keine ausschließliche ist, er vielmehr noch ein drittes und ein viertes «Weltbild» — noch ein drittes und ein viertes Verhalten «der Gegebenheit gegenüber» anerkennt (das religiöse und das «wertbeziehende»), wird der Antagonismus

⁵ A. a. O. S. 180, vgl. auch S. 196: die Wirklichkeit können wir «erleben» oder «erfahren»; «aber sobald wir den Versuch machen, sie durch die Naturwissenschaft zu begreifen, entweicht uns immer gerade das von ihr, woraus sie als Wirklichkeit besteht». Die einmalige empirische Wirklichkeit «erleben» wir «unmittelbar», in ihrer Anschaulichkeit und Individualität. — S. 264: Die Einteilung nach Natur und Geschichte ist auch erschöpfend insofern, als wir uns von einer dritten Art «die logisch von den beiden genannten ebenso prinzipiell sich unterscheidet, wie diese voneinander verschieden sind», «keinen Begriff zu machen» vermögen.

⁶ Gustav Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie. Leipzig 1914, S. 35 f. Vgl. z. B. S. 37: «das religiöse Verhalten überwindet... überhaupt den Dualismus der beiden Reiche der Werte und der Wirklichkeit». Indessen ist dem Rechtsbegriff weder im Reiche der Werte noch in der Sphäre des Religiösen «seine Stätte bereitet». «Die Heimat des Rechtsbegriffs kann also nur in einem vierten Reiche gesucht werden»: dem Reich der Kultur: «neben dem wertblinden, dem bewertenden, dem wertüberwindenden das ‚wertbeziehende‘ Verhalten zur Gegebenheit» (unter Bezugnahme auf Rickert).

von realer und idealer Existenz, von Naturrealität und Rechtsrealität bei Kelsen zur eigentlichen «Triebkraft seines Systems»⁷. «Die Rechtsordnung bestimmt, wie das menschliche Verhalten sein soll. Sie ist ein Normsystem, eine normative Ordnung.»⁸ Im Gegensatz hierzu «nous entendons par *nature* un ordre ou un système d'éléments reliés les uns aux autres par un principe particulier, celui de la *causalité*». «Dies ist die natürliche Realität.»⁹ «L'interpré-

⁷ Morris Stockhammer, Hans Kelsens philosophische Leistung, Arch. R. und Wirtsch. phil. 39, 1951, S. 201. Der Antagonismus von eigengesetzlichem Denkinhalt und Denkprozeß, von Idee und Realität, von ideeller und realer Existenz, von Sollen und Sein, «vom Sein des Sollens oder Sollsein und vom Sein der Natur oder Natursein» «ist die Triebkraft seines Systems». Ein Nicht-Kelsenianer wird allerdings weder die Parallele: Denkprozeß — reale Existenz, noch die Analogie Denkinhalt — rechtliches Sollen — logische Kategorie verstehen.

⁸ Stockhammer, a. a. O.; Rechtslehre, S. 35 ff. Schon Hauptprobleme S. VII: «Ob und inwieweit die Jurisprudenz eine normative Disziplin... ist, muß das Kardinalproblem juristischer Methodologie, somit die prinzipiellste Voraussetzung aller Rechtswissenschaft sein.» Indessen handelt es sich nicht um eine «materiell-normative Problemstellung (d.h. eine auf den Inhalt des Sollens gestellte)», sondern um eine «formal-normative»; «es fragt sich hierbei nicht, was gesollt, sondern nur noch wie gesollt wird, auf welche Weise, in welcher äußern Gestalt die Norm das Sollen statuiert»: Hauptprobleme S. 69. «Erkennt man..., daß die Jurisprudenz die Form und nur die Form zu erfassen hat, dann darf man konsequenterweise in die Rechtsbegriffe keine andern als formale Elemente aufnehmen» (Hauptprobleme S. 92). Man darf die rein formalen Rechtsbegriffe nicht für inhaltslose Formeln halten; auch die Geometrie erfaßt nur die Formen der Körper; gerade die Geometrie beweist, daß man «Formen ohne Inhalt» schaffen kann (a. a. O. S. 93). Soziologie, Psychologie, Moral, Religion müssen endlich mit unerbittlicher Schärfe aus der Rechtswissenschaft verschwinden: die Rechtswissenschaft postuliert nicht nur kein ontologisches, sondern auch kein ethisches Verhalten; sie ist ein erkenntnistheoretisches Problem. Rechtslehre S. 1: «Reinheit» bedeutet: «sie will die Rechtswissenschaft von allen ihren fremden Elementen befreien».

⁹ Théorie, p. 18.

tation normative est maintenant réservée aux relations sociales des hommes entre eux, tandis que les relations entre les choses font l'objet d'une explication causale.» Woraus folgt, daß «von Tatsachen, das ist von dem, was ist, oder tatsächlich geschieht, kein Schluß gezogen werden kann auf das, was sein oder geschehen soll»¹⁰.

Aus dieser Grundlage ergibt sich dann die «Reinheit» der «reinen» Rechtslehre. Sittenordnung (*ordre moral*) und Rechtsordnung (*ordre juridique*) dürfen nicht vermengt werden. Es ist nicht möglich, die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Rechtsregel mit einer sittlichen Vorschrift zu postulieren. «Il y a là un jugement de valeur prononcé sur la base d'une norme morale et par conséquent étranger à la science du droit, puisqu'il n'est pas prononcé sur la base d'une norme juridique.» Diese Werturteile haben übrigens nur relativen Charakter. «En conséquence la science du droit ne peut pas déclarer que tel ordre ou telle norme juridique est juste ou injuste, car pareil jugement se fonde soit sur une morale positive, c'est-à-dire sur un ordre normatif différent et indépendant du droit positif, soit sur un véritable jugement de valeur à caractère subjectif.» Dergestalt «la science du droit ne peut explorer que le domaine du droit positif». Die «Reine Rechtslehre» muß sogar aus dem «Sollen» jede Vorstellung einer sittlichen Pflicht eliminieren. «Ce mot ‚doit‘ est dépourvu de tout sens moral.» «Il a un sens purement logique» (den einer Beziehung zwischen Voraussetzung und Wirkung). Diese Beziehung hat den Charakter einer «Zurechnung». Und die Zurechnung entspricht im Gebiete des Sollens der Kausalität im Gebiete des Seins. «La notion d'imputation a le même caractère logique que la causalité.»¹¹

Die Lehre vom «Naturrecht» vermengt diese beiden grundsätzlichen Methoden. «Elle ne fait pas la distinction nécessaire entre les propositions par lesquelles les sciences

¹⁰ Théorie, p. 23.

¹¹ Théorie, p. 50ss.

de la nature décrivent leur objet et celles par lesquelles la science du droit et la morale décrivent le leur.» Indessen gibt es noch andere Dualisten, welche aus der Rechtswissenschaft zu verschwinden haben: objektives und subjektives Recht, objektives Recht und Rechtssubjekt, öffentliches und privates Recht, Einzelperson und Verbandsperson. Die «Reine Rechtslehre» «met au premier plan la notion d'obligation juridique». Sie reduziert das subjektive Recht auf das objektive. «Pour la théorie pure l'obligation juridique n'est que la norme juridique elle-même considérée au point de vue de la conduite qu'elle prescrit à un individu déterminé.» Das subjektive Recht ist das objektive Recht selbst, und private Rechtsgeschäfte, ebenso wie der obrigkeitliche Befehl, sind Staatsakte, d. h. Tatbestände der Rechtserzeugung¹².

Auch der Begriff der Person wird aufgelöst. Durch die «Reine Rechtslehre» kann die alte Forderung, «physische und juristische Personen als wesensgleich zu begreifen, restlos erfüllt werden»: «la personne physique étant elle aussi une véritable personne juridique». Denn beide sind nur «der Einheitsausdruck für einen Normenkomplex, d. h. für eine Rechtsordnung..., die das Verhalten einer Vielheit von Menschen regelt: die Personifikation einer Teilordnung (eines Vereinsstatuts)... oder einer totalen Rechtsordnung», die eine Rechtsgemeinschaft konstituiert, welche alle Teilgemeinschaften umfaßt und gewöhnlich «Staat» genannt wird. «La personne juridique devient ainsi un point d'imputation»: «alle Akte der juristischen Person sind Akte von Menschen, die einem fiktiven Subjekt zugerechnet werden, als das man sich die Einheit einer Teil- oder Totalrechtsordnung vorstellt.» Es ist der advokatorischen Haltung der römischen Jurisprudenz zuzuschreiben, wenn das subjektive Recht in der Hauptsache als Parteiinteresse betrachtet wird: insofern es dem Einzelnen nützt oder schadet¹³. Die

¹² Théorie, p. 75, 87, 100s.; Rechtslehre S. 49.

¹³ Théorie, p. 107: «La personne juridique n'est pas plus un surhomme que la personne physique n'est un homme.» Rechtslehre

Haltung der «Reinen Rechtslehre» ist dagegen eine durchaus objektivistisch-universalistische. Sie sucht jedes Einzelphänomen nur im systematischen Zusammenhang mit dem Rechtsganzen zu erfassen.

Endlich die Rechtserzeugungstheorie der «Reinen Rechtslehre». Sind Staat und Recht identisch (und ist ein Dualismus von Staat und Recht ebenso widerspruchsvoll wie derjenige von Gott und Welt), dann ist der Staat eine — bestimmt qualifizierte — Rechtsordnung. Rechtsordnung bedeutet ein System von Rechtsnormen. Was aber begründet die Einheit in dieser Vielheit von Rechtsnormen? Die Zurückführung auf eine «Grundnorm» (die den «Stufenbau» der Rechtsordnung ermöglicht und bedingt: *la structure hiérarchique*). Normen können «gelten» d.h. als gesollt angesehen werden, weil sie in einer «Grundnorm» enthalten sind, welche kraft ihres Inhalts einleuchtet. Solcher Art sind die Normen der Moral (z.B. lassen sich auf die «Grundnorm» der Nächstenliebe alle jene Gebote zurückführen, welche Anerkennung, Beistand in der Not und allerlei Unterlassung fordern). «Anders die Normen des Rechts. Diese gelten nicht kraft ihres Inhalts. Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein; es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehaltes, ausgeschlossen wäre, zum Inhalt einer Rechtsnorm zu werden. Deren Geltung kann dadurch nicht in Frage gestellt werden, daß ihr Inhalt einem irgendwie vorausgesetzten materiellen Wert, etwa der Moral, nicht entspricht. Als Rechtsnorm gilt eine Norm stets nur darum, weil sie auf eine ganz bestimmte Weise zustande gekommen, nach einer ganz bestimmten Regel erzeugt... wurde.» Und die «Grundnorm»

S. 52, 57, 60, 111. Natürlich ist der Staat auch kein *corpus* (Dig. 3, 4, 1, 1) — weder eine fiktive noch erst recht eine «soziale» Realität —; es kann ihm in rein juristischer, d.h. normativer Betrachtung kein «Sein» zukommen. Der Staat ist lediglich «eine logische Idee». Vgl. hierzu auch K. Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. Berlin 1935, S. 42.

einer positiven Rechtsordnung ist «nichts anderes als... die Ein-Setzung des Grundtatbestandes der Rechtserzeugung». Sie ist nur «der Ausgangspunkt eines Verfahrens»; «sie hat einen durchaus formal-dynamischen Charakter»¹⁴.

III.

Es gibt wohl zweifellos eine besondere Problematik — eine Charakterologie, eine Typologie, ja eine Soziologie — der «Reinen Rechtslehre». Der deutschen Ausgabe ist schon vor 20 Jahren (1934) eine Bibliographie einverleibt worden, welche 67 Druckseiten zählt. Nach den Veröffentlichungen des Meisters ist jeder Autor aufgeführt, der sich je in seinem *Oeuvre* über Kelsen geäußert. Weyr ist mit fünf, Verdroß mit über vier, Kallab und Merkl sind mit zwei, Kunz, Métall, Neubauer, Otaka, Pitamic, Recaséns, Sander, Sedlacek, Tasic, Weyr mit je einer Druckseite vertreten. Chytil, Eisenmann, Hoor, Horváth, Klinghoffer, Kubes, Luis Legaz, Moór, Zdenek Neubauer, Tomoo Otaka, L. Pitamic, Ilya Przic, Szymon Rundstein, Sedlacek, Sukiennicki, Tasic, Renato Treves und Frantizek Weyr sind die Namen derer, welche dem Verfasser (Métall) dabei behilflich waren. In der vorliegenden französischen Ausgabe findet man eine «Note sur sa carrière et liste de ses publications». Man entnimmt ihr, daß Kelsen viermal Ehrendoktor ist (dreimal in den USA und einmal in Holland), daß er an der Universität von Kalifornien die Altersgrenze erreicht hat und daß er zurzeit wieder einen Lehrstuhl an Rappard's «Institut universitaire des hautes études internationales» in Genf einnimmt¹⁵.

¹⁴ Rechtslehre S. 63, 119; Théorie p. 113s. «Die juristische Person des Staates zeigt somit durchaus den gleichen Charakter wie jede andere juristische Person»: S. 120. Und da die physische Person auch echte juristische Person ist, erscheint der Staat als wesensgleich mit der physischen Person.

¹⁵ Rechtslehre S. 155ff.; Théorie p. 185ss.

Aus den zahlreichen Glückwunschartikeln, die zu Kelsens 70. Geburtstag erschienen, eine einzige Kostprobe. «Wie der Alleszermalmer Kant, rodet Kelsen das Unkraut (!) der Psychologie und die Steine der Politik, Moral und Theologie aus dem juristischen Felde aus. Ein unbewiesener Grundsatz ist ein uneingelöstes Versprechen. Kelsen münzt jedoch die schönen Schlagworte von Anti-psychologismus und Wertfreiheit durch sachliche Vertiefung, der jeder Luxus pseudophilosophischer Phraseologie (!) fremd ist, zu Bargeld (!) um. Diese wissenschaftliche Zucht ist mitverantwortlich für die Geschlossenheit des Kelsenschen Systems. Jene Kritiker, die Stücke aus dem Ganzen reißen, haben deshalb im voraus (!) verspielt. Mit dem Gegensatz von Sein und Sollen steht und fällt der ganze Bau der reinen Rechtslehre.»¹⁶

In seinem Völkerrecht gibt P. Guggenheim — übrigens ohne Zitat an jener Stelle — anno 1948 folgendermaßen die grundlegenden Sätze wieder, denen wir bereits in der deutschen Ausgabe der «Reinen Rechtslehre» (nieder-

¹⁶ Stockhammer, am oben (N.7) a.O. S. 224. «Schlag um Schlag meißelt Kelsen die normative Substanz des freien Willens heraus» (S. 216). Soll Freiheit des Willens einen Sinn haben, dann darf «Wille» nicht als realpsychisches Faktum genommen werden — denn damit wäre er kausal determiniert —, sondern normativ, d. h. nur als «Zurechnungsbezeichnung»: S. 216f. Die Redewendung «Der Mensch hat die freie Wahl zu handeln», ist nur ein Bild. «Denn gemeint ist: wegen ihrer Indeterminiertheit kann eine Norm jedes Verhalten vorschreiben. Nicht die Handlung, sondern ihre Zurechnung ist indeterminiert. Die Verpflanzung der Indeterminiertheit vom Menschen auf das Normsystem, diese kopernikanische Wendung ist ein philosophisches Hauptresultat der reinen Rechtslehre»: S. 222 f. Hat sich Herr Stockhammer bei seinem Vergleich etwas gedacht, so kann es wohl nur sein, daß sich der Mensch frei und Mittelpunkt eines psychischen Kosmos glaubte, von welchem primitiven Irrtum ihn Kelsen erlöste: der (unfreie) Mensch kreist in Wirklichkeit um das zentrale Sonnensystem des indeterminierten Staates, der mit der Rechtsordnung identisch ist und jedes Verhalten vorschreiben kann. Fürwahr: eine kopernikanische Wendung!

geschrieben 1933) begegneten: «Die Normen des Rechts gelten nicht kraft ihres Inhalts. Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein. Die Geltung der Rechtsnorm kann nicht etwa dadurch in Frage gestellt werden, daß ihr Inhalt einem vorausgesetzten Wert, etwa der Moral, nicht entspricht. Die Rechtsnorm bedarf der Setzung.»¹⁷

Ein holländischer Kollege erzählte dem Schreibenden, er sei diesen Sommer (1953) nach dem Haag gefahren, um eine der Kelsenschen Vorlesungen über die «Reine Rechtslehre» in der dortigen *Académie de droit international* anzuhören. Der Hörsaal war überfüllt. Es ist das Verlangen nach einer eindeutig geschlossenen, fertigen und gleichzeitig «monistischen» «Weltanschauung», welche dort zum Ausdruck kam; eine Weltanschauung in Taschenformat.

IV.

In der Vorrede zur deutschen Ausgabe der «Reinen Rechtslehre» heißt es u. a.: (Meine Lehre) «hat neben Anerkennung und Nachahmung auch Widerstand ausgelöst; Widerstand von einer in der Geschichte der Rechtswissenschaft fast beispiellosen Leidenschaftlichkeit, die sich in keiner Weise aus den sachlichen Gegensätzen erklären läßt, die dabei zutage treten». Andererseits bezeichnet Professor Kelsen das *suum cuique* der Griechen und Römer sowie den «kategorischen Imperativ» Immanuel Kants als «völlig leere Formeln». Die Methoden der Naturrechtslehre beruhen auf einem «Trugschluß». Mit peinlicher Leichtfertigkeit wird über das Christentum dahergeredet¹⁸.

¹⁷ Paul Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts. Band I. Basel 1948, S. 7.

¹⁸ «Was ist Gerechtigkeit», S. 21. Daß Kelsen offenbar nicht Christ ist, wird ihm sicherlich niemand verargen. Allein wenn er in seiner gegen Emil Brunner gerichteten Kritik (a. a. O. S. 45 ff.) die Toleranz als «wesentliche Forderung» der wahren Demokratie postuliert, so wäre zu erwarten gewesen, daß auch er selbst diese

Und zwar ausdrücklich und immer wieder im Namen der «Wissenschaft». «Le positivisme du dix-neuvième siècle ne renonce pas entièrement à justifier le droit par des valeurs supra-positives» — heißt es in der französischen Ausgabe der «Reinen Rechtslehre» —, «mais il procède de façon indirecte et pour ainsi dire *camouflée*» (weil nämlich in ihrem Rechtsbegriff doch *implicite* die Rechtsidee durchschimmert)¹⁹.

Also «Wissenschaft» der sog. «Wiener Schule» und «Wissenschaft» — der andern. Wobei es sich naturgemäß nur darum handeln kann — in dem bescheidenen Rahmen, der hier zur Verfügung steht —, einige wenige Differenzpunkte herauszustellen.

Was die von Professor Kelsen beobachtete Leidenschaftlichkeit betrifft, so richtet sie sich in der Hauptsache gegen die sog. «Reinheit» seiner Rechtslehre. Denn die «reine» Rechtslehre, um den Teufel Moralin aus der Rechtswissenschaft zu vertreiben, ruft mit jeder wünschenswerten Deutlichkeit — Beelzebub herbei. Schon im Jahre 1921 — also zu einer Zeit, da noch niemand an die namenlosen Scheußlichkeiten dachte, welche durch die von Kelsen und Guggenheim mit so viel Pathos vorgetragene Rechtsentstehungsdoktrin gedeckt werden — hat Erich Kaufmann diesen Einwand in unmißverständliche Worte gefaßt. In der Tat: wenn die Quintessenz des Staates nur in der Lokalisierung eines «Zurechnungspunktes» besteht; wenn es ganz im Belieben der Norm liegt, welchen Wesen Willensfähigkeit verliehen werden soll, welchen nicht; wenn ferner die «Grundnorm», auf der diese ganze rechtliche *bâtisse* aufliegt, nur ein «logischer» Hohlraum ist: wo findet man dann die Gesetzlichkeiten, welche die eine Lösung als dem Rechte entsprechend, die andere als dem Rechte konträr aufweisen? Und doch fallen

Verpflichtung, dem Christentum gegenüber, erfülle. Das trifft nun aber nicht zu. Seine Darstellung der christlichen Lehre ist sogar, u. E., nicht durchaus *fair*.

¹⁹ Théorie, p. 94.

«gerade diese rechtlichen Gesetzlichkeiten aus dem Rahmen der streng ‚juristischen‘ Methode.» Wie kann «Recht» sein, was die rechtsetzenden Faktoren nach ihrem Belieben bestimmen? «Das ist der radikalste obrigkeitsstaatliche Rechtsformalismus, der brutalste Rechtspositivismus, der denkbar ist.»²⁰ Ihm gegenüber erscheint tatsächlich die «Grundnorm» des nationalsozialistischen «Volksgesetzbuches» fast wie das romantische Vereinsstatut einer harmlosen juristischen Heilsarmee²¹.

Auch die berühmte Scheidung von «Sein» und «Sollen», sofern sie nicht mehr Ausdruck einer lebendigen, einer fruchtbaren Dialektik ist, sondern nur noch als starres Schibboleth wirkt, muß als ernstlich erschüttert gelten. Es ist längst klargestellt — auch außerhalb der sog. Phänomenologie —: nicht nur, daß das *sum ergo cogito* ebenso wahr ist wie das *cogito ergo sum*, sondern auch, daß der Geist, der die Kausalität des Naturgeschehens begreift, von derselben Beschaffenheit ist, wie jener, der im Bereiche des Sollens Kultur, d. h. Verpflichtung schafft, indem er die Natur überwindet. *Natura naturans* und *natura naturata* sind wenigstens in dem Sinne zusammengehörig, als erst Schöpfung und Geschöpf, Natur und Geschichte, Wirklichkeit und Erlebnis das Gesamtbild jenes Kosmos aus-

²⁰ Erich Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft, Tübingen 1921, S. 20 ff. «Die Arbeiten von Kelsen bestätigen, daß der reine Rationalismus, wenn er einigermaßen konsequent bleibt, zu gar keinen Ergebnissen kommen kann, und daß, wo er solche liefert, sie erschlichen sind.» «Mit apriorischen Kategorien kann man in der Tat nicht empirische Begriffe ‚reinigen‘, wohl aber dadurch, daß man in einem abstraktiven Verfahren aus den empirischen Begriffen alle stofflichen Elemente langsam ausscheidet, bis man zu einem inhaltsleersten Allgemeinbegriff kommt, diesen zum ‚Ursprungsbegriff‘ macht und aus ihm durch ‚logische Erzeugung‘ die andern Begriffe ‚deduziert‘.»

²¹ Volksgesetzbuch (Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht Nr. 22), Grundregeln und Buch I, München und Berlin 1942, S. 11. Grundnorm 1 lautet: «Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes».

machen, dem unsere wissenschaftliche Bemühung gilt. Der Staat ist Teil der geistigen Wirklichkeit; aber er ist gleichzeitig auch «Sinneinheit reellen geistigen Lebens»: ja, er ist, wie Rudolf Smend gerade in einer auf höchster Ebene geführten Polemik gegen Kelsen überzeugend dargetan hat, «überhaupt nur vorhanden in diesen einzelnen Lebensäußerungen, sofern sie Betätigungen eines geistigen Gesamtzusammenhanges sind»²².

Psychology without a soul; ein sittlich freischwebendes, «rein logisches» Sollen; die Identität von Recht und Staat, physischen und juristischen Personen, objektivem und subjektivem Recht; eine Rechtswissenschaft ohne Rechtsidee: das ist nichts anderes als der juristische Totentanz; ein Totentanz von gespenstischen «normologischen» Schattenwesen.

V.

Die Übertragung der «Reinen Rechtslehre» ins Französische, d.h. in eine Sprache von zuchtvoller Konkretheit, unterstreicht noch den völligen Mangel an juristischer Substanz. So beginnt etwa im Kapitel *L'obligation juridique* der Abschnitt «Obligation et imputation» mit folgenden Worten: «Si l'acte de contrainte n'est pas un élément essentiel de la règle de droit, une obligation juridique peut avoir pour objet n'importe quelle conduite prescrite par une norme juridique selon le sens juridique de l'acte qui a créé cette norme. En revanche si l'acte de contrainte est un élément essentiel de la règle de droit, seule la conduite contraire à celle qui est la condition d'un acte de contrainte peut former le contenu d'une obligation juridique.»²³

²² Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Berlin 1928, S. 14 ff., S. 18.

²³ *Théorie*, p. 72. Besonders gespannt ist man natürlich auf die Übertragung der oben (vor Note 14 und Note 17) mitgeteilten Fundamentalsätze («Die Normen des Rechts gelten nicht kraft ihres Inhalts. Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein» usw.). Bei Thévenaz (*Théorie*, p. 33) heißt es zwar: «La validité d'une norme

In solcher *parure* wird ein wesentliches Charakteristikum der «Reinen Rechtslehre» offenbar: der weite Abstand zwischen ihr und dem täglichen Leben des Rechts, zwischen ihr und der Wirklichkeit des Rechts: mit seinen eigentlichen, mit seinen drängenden Problemen und insbesondere mit seiner gewaltigen Geschichte. In Kelsens Doktrin, welche doch einen Positivismus *à outrance* vertritt, herrscht eine auffallende Leere an unmittelbarer Anschauung und an empirischem Material. Am augenfälligsten ist dabei ihre gänzliche Geschichtslosigkeit. Handelte es sich nur, wie damals anno 1911, um «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», so wäre diese Lücke verständlich. In einer allgemeinen Theorie der Rechtsquellen jedoch, von Norm und Berechtigung, von den Arten der Berechtigungen, von den Verbandspersonen usw., muß sie immerhin überraschen. Höchst selten, daß man einem wirklichen Tatbestand begegnet. «Pierre verse mille francs à Paul»: sogar dieser aufregende «Rechtsfall» ist eine Ausnahmeerscheinung. Dennoch werden der «Begriff des subjektiven Rechts» und die Begriffe der Rechtspflicht und des Rechtsverhältnisses ausführlich behandelt (wobei festgestellt wird, daß die «sich soziologisch gebärdende Richtung der traditionellen Jurisprudenz», wenn sie das Rechtsverhältnis als «Lebensverhältnis» deute, «in Wahrheit nur naturrechtliche Tendenzen» verfolge)²⁴. Die römischen Klassiker haben «als respondierende Rechtsanwälte» «das Recht nur unter dem Gesichtspunkte

positive n'est autre chose que le mode particulier de son existence» — also soweit in korrekter «Reinheit»; allein die folgenden Sätze sind nicht mehr hundertprozentig. Mme. Bindschedler beweist ein noch ausgeprägteres Fingerspitzengefühl. Auch hier ist der erste Satz genau übersetzt («Les règles du droit ne sont pas valables en vertu de leur contenu»). Aber schon der zweite (fatalste) ist mit großem Takt dem welschen Ohr angepaßt: «En effet, les normes juridiques peuvent avoir des contenus variables» (P. Guggenheim, *Traité de Droit international public. Avec la collaboration de Denise Bindschedler-Robert. I, Genève 1953, p. 6*): das ist dann vollkommen harmlos.

²⁴ Rechtslehre S. 40.

des Parteiinteresses» betrachtet. Überhaupt wird ja eben das ganze Privatrecht mit einer leichten Handbewegung in das öffentliche Recht hinübergeschoben. «Les droits du droit privé sont eux aussi des droits politiques, car ils donnent également à leurs titulaires la faculté de contribuer à la formation de cette volonté. Celle-ci ne s'exprime pas moins dans la norme individuelle établie par le jugement d'un tribunal que dans la norme générale posée par la loi.»²⁵

Das «Corpus iuris civilis in quattuor partes distinctum», die ganze Breite der auf dasselbe aufbauenden pandektistischen und (seit 1794) kodifikatorischen Tradition samt dem bekannten Aufschwung der Allgemeinen Lehren der Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert seit Savigny, Austin, Gierke, Saleilles, Zachariae, Capitant, v. Tuhr usw.: eine kleine «Geistesoperation», und dieser ganze ungeheure Hauptstrom der Rechtsentwicklung ist «wissenschaftlich» ausgeschaltet.

VI.

Kehren wir zu unserem Ausgangspunkt zurück. «Zwei Männer lieben eine und dieselbe Frau.» «Zwei Männer stehen

²⁵ Rechtslehre S. 60; Theorie p. 104. Daß auch diese Geschichtslosigkeit, ja Geschichtsfeindlichkeit als ein typisches *Kelsenianum* anzusprechen ist, macht wiederum Guggenheim deutlich. Im Vorwort zu seiner Darstellung des Völkerrechts (welche sich doch als «Lehrbuch» bezeichnet) heißt es: «Diese (d. h. die Kelsensche) Betrachtungsweise erlaubt es nicht, die in den Lehrbüchern übliche geschichtliche Einleitung der Darstellung der völkerrechtlichen Grundbegriffe voranzustellen. Als Zweig der historischen Disziplin ist die Völkerrechtsgeschichte grundsätzlich von der Völkerrechtslehre geschieden». Also eine «Rechtslehre» von: einerseits «Formen ohne Inhalt», andererseits Fundamenten ohne Geschichte. Eine Geschichte gibt es nach Guggenheims ausdrücklicher Feststellung «nur dort, wo die Art der Entstehung für die inhaltliche Bestimmung einer Rechtsnorm von wesentlicher Bedeutung ist» (Vorwort S. VI). Von anderem abgesehen, wird hier der Nicht-Kelsenianer schon darum beiseite stehen müssen, weil er nie einsehen wird, wie eine einzelne Rechtsnorm ohne ihren systematischen Zusammenhang und dieser ohne Hinblick auf die gesamte Rechtsordnung verstanden bzw. ausgelegt werden soll.

im Wettbewerb: aber nur einer kann berufen werden.» Demokratie ist eine gerechte Staatsform nur, wenn der als Gerechtigkeitsmaßstab vorausgesetzte Zweck (etwa die Sicherung der individuellen Freiheit) erwahrt werden kann. Die großen Fische fressen die kleinen. Und so weiter. Man fragt sich, was diese Beispiele beweisen sollen.

Die Gerechtigkeit beschlägt, wie die Besonnenheit, die Tapferkeit, die Weisheit, ihr besonderes Sachgebiet. Schon Platon, Aristoteles und die scholastische Philosophie haben das genau gewußt²⁶. Auch kann keine Rede davon sein, die Gerechtigkeit als ein den Schöpfungsplan, die Naturkräfte oder die Willensfreiheit aufhebendes Prinzip anzusprechen, als eine Art *ἐπανόρθωμα φύσεως*. Und ebenso wenig ist sie natürlich ein Ersatz für fehlendes Glück. Ihr Anwendungsbereich ist auf das Soziale beschränkt. Noch in diesen Grenzen allerdings ist ihre Spannweite enorm. Aus *droiture* kann der jüngere Mann vor dem älteren, der ledige vor dem verheirateten, der gesunde vor dem kranken freiwillig zurücktreten: er wird dergestalt einen besonders hohen Grad von *κοινωνική ἀρετή* beweisen. Bei der Wahl des Armeeführers sollte — da es nie eine völlig gleiche Qualifikation gibt — eine *momento actus* entscheidende Eigenschaft den Ausschlag geben. Eine gerechte Staatsform wird diejenige sein, welche der Natur der Gemeinschaft am besten entspricht usw.

Was wir am Gerechten als absolut ansprechen, ist seine Funktion als *point de repère* für das Recht. Aufgabe des Rechts ist die Verwirklichung der Gerechtigkeit. Daß diese letztere unseres Erachtens also nicht nur eine hypostasierte

²⁶ Platon, *Politeia* 430 D (*σωφροσύνη* und *δικαιοσύνη*); Aristoteles, *Ethica Nicomachea* 1138a 19 (*ὡς ἐν πλείοσιν ἀνάγκη εἶναι τὸ δίκαιον καὶ τὸ ἀδίκον*); Thomas von Aquino, *Summa theologiae* 1 Qu. 21, art. 2 (*iustitia et veritas*) 2–2, Qu. 58, art. 7 (*iustitia generalis, particularis*). Vgl. für Aristoteles auch die ausgezeichnete (philologische) Arbeit von W. Siegfried, *Der Rechtsgedanke bei Aristoteles*, Zürich 1947, S. 5 (Zusammenstellung aller sachbezüglichen Texte).

Grundnorm, ein normatives «als ob», eine formal-logische Voraussetzung, eine fruchtbare Arbeitshypothese usw., sondern eine objektive Idee, ein maßgebendes Direktionsmittel des Denkens ist, das versteht sich nach dem Gesagten von selbst. Für den wirklichen Juristen ist die Gerechtigkeit ein gegenständliches Regulativ, ja der magnetische Pol aller wahren «Rechts»-Verhältnisse. Wobei es uns hier weniger darauf ankommt, den «wissenschaftlichen» Beweis für diese Absolutheit zu erbringen²⁷, als vielmehr nur wieder einmal auf die tiefe, unmißverständliche Furche hinzuweisen, welche das Gerechtigkeitsideal in unserer europäischen Geistesgeschichte hinterlassen hat.

In solcher Gestalt ist es längst integrierender Bestandteil unseres griechisch-römisch-christlichen Kulturzyklus geworden. Die griechischen und römischen Klassiker, die Accursische Glosse, die thomistische Philosophie, die kanonischen Rechtsbücher, sowie die ganze Breite der humanistischen Tradition halten an ihr als einem wesentlichen Kompaß des Gemeinschaftslebens fest²⁸. «Descendit autem

²⁷ Vgl. diesbezüglich die sorgfältigen Überlegungen von H. Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit, insbesondere § 6 (Gleichheit und Ungleichheit der Menschen) und § 9 (Das Spezifische der Gerechtigkeit); an letzterem Orte insbesondere die Auseinandersetzung darüber, wie sich das Richtige und das Gerechte verhalten (S. 84 ff.). Dazu § 13 (Die Gerechtigkeit im Recht). Bei vollem Verständnis für die dort aufgestellten Paradigmata halten wir, hierin abweichend vom Verfasser, eine Aufspaltung in mehrere autonome Konstitutiv-elemente bzw. Prinzipien nicht für unumgänglich. Ethische, «vitale» und Zweckmäßigkeitserwägungen möchten wir mehr nur als *partes pro indiviso* einer ganzheitlichen Gerechtigkeitserwägung aufgefaßt wissen: in dem Sinne etwa, in dem νόμος und ἐπιείκεια Teilkomponenten einer einheitlichen Rechtsidee sind. Die Gerechtigkeit wäre dann der Inbegriff aller für den Bios der Rechtsidee wesentlichen Direktionsmittel des Denkens.

²⁸ Platon zufolge entsteht die Gerechtigkeit zugleich mit der Stadt. Wenn wir in Gedanken (λόγω) eine Stadt schauen, so würden wir dann auch ihre Gerechtigkeit sehen (καὶ τὴν δικαιοσύνην αὐτῆς ἴδοιμεν): Politeia 369 B. Auch das Geradlinige als für das Gerechte bezeichnend (welches ja auch im deutschen Worte steckt: recht, rectum, ὀρέγω; ebenso directum, droit, diritto, derecho) fin-

ius a iustitia sicut a matre sua»: es sind die Worte, mit denen die Glosse die Feststellung des Ulpian unterstreicht: «est autem ius a iustitia appellatum». Im kategorischen Imperativ Immanuel Kants steckt noch immer jenes berühmte *dictum Gratiani* in der Dist. I seines *Decretum*: «ius naturale est, quod in lege et euangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi uult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri. Unde Christus in euangelio: ,Omnia quecunque uultis ut faciant uobis homines, et uos eadem facite illis. Haec est enim lex et prophetarum'».

Wenn der eidgenössische Bundesbrief vom Anfang August 1291 bei Schadenszufügung Vermögensbeschlagnahme anordnet «ad procurandam secundum iustitiam levis satisfactionem», so drückt er nur gemeines Rechtsempfinden aus. Die Menschen des spätern Mittelalters «verabsolutieren» ohne Zweifel «das Gerechte» (*iustum*) — das etwa noch Grotius anruft: ja sie mußten es in einem geradezu kosmologischen Sinne tun, sollten nicht die ewigen Händel dieser schrecklichen Welt jegliches Vertrauen in das Recht gänzlich verkümmern. Seit dem 15. Jahrhundert war das Kaiserrecht «der Schrei des gemeinen Mannes nach Gerechtigkeit»²⁹. Ulrich Zwingli fordert als Grundprinzip

det sich schon bei Platon. «Wenn wir nur Geradgliedrige und Geradgesinnte zu einer solchen Mathesis zulassen (*ἀρτιμελείς καὶ ἀρτιφρονες*), wird uns die Gerechtigkeit nicht tadeln können»: ebenda 536 B. Die Suche nach der Gerechtigkeit erfolgt nach gemeinsam verrichtetem Gebet (ebenda 432 C). — Euripides, Troerinnen 888: Zeus führt die Geschäfte der Sterblichen gemäß der Gerechtigkeit (*κατὰ δίκην τὰ θνητῶν ἄγεις*). — Dig. 1, 3, 2: jene Marcianstelle, wo der Verfasser Demosthenes und Chrysipp anführt, welche den Nomos als Göttergeschenk ansprechen. — Thomas von Aquino, Summa theologia 1 Qu. 21 art. 1 resp. (Gott teilt allen zu: «propria secundum uniusquisque existentium dignitatem et uniusquisque naturam»). Für Aristoteles, vgl. Siegfried a. a. O. S. 24. — Vgl. auch Psalmen 9, 9 (der Herr wird «den Erdboden recht richten»); 94, 15 («denn Recht muß doch Recht bleiben...») usw.

²⁹ Hermann Krause, Kaiserrecht und Rezeption, Heidelberg 1952, S. 147.

des Staates «die Liebe der gemeinen Gerechtigkeit»³⁰. Trefflich gibt diese Atmosphäre die Inschrift an der *Tour de l'horloge* des *Palais de Justice* in Paris wieder, entstanden wahrscheinlich um 1585:

«Machina qui bis sex tam iuste dividit horas
Iustitiam servare monet legesque teneri.»

Dasselbe Grundgefühl läßt Johannes Schnell, unsern Mitherausgeber der allerersten Zeit, im Basler Gerichtssaal die Inschrift anbringen: «Das Gerichtsam ist Gottes. Trachtet nach Wahrheit und Frieden. Gerechtigkeit erhöht ein Volk.»³¹ Der gegenwärtige Chef des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bundesrat Feldmann, hat unlängst, am Juristentag in Chur, die Worte gesprochen: «Ein Land wie die Schweiz kann nur bestehen, wenn der Gedanke an das Recht, die Kenntnis des Rechts, die Sorge um das richtige Recht ständig gepflegt werden. Die Schweiz ist ein Rechtsstaat *par excellence*. Für die Schweiz besitzt die Idee des Rechtsstaates ganz fundamentale Bedeutung».

Nach unserer festen Überzeugung besteht keinerlei «wissenschaftliche» Veranlassung, Rechtsidee und Gerechtigkeit zu relativieren und ebensowenig, sie in einer blassen «demokratischen» «Toleranz» aufgehen zu lassen. Die «existentiellen» Erfahrungen unserer Tage führen uns vielmehr in umgekehrter Richtung. Auch die «demokratische» Toleranz hat ihre ganz bestimmten verfassungsmäßigen Grenzen. Herr Kelsen hat das sicherlich in den USA sehr scharf beobachten können.

VII.

Und nun noch eine positive Antwort auf den Einwand der «Reinen Rechtslehre», wonach sich alle Umschreibungen des Gerechtigkeitsbegriffs «als völlig inhaltsleer oder tau-

³⁰ Vgl. G. Kisch, Gerechtigkeitsbilder, ZSR NF 72 (1953) S. 353 ff.; Eberhard Schmidt, Iustitia Fundamentum Regnorum, Heidelberg 1947, S. 109 ff.

³¹ Vgl. die Jubiläumsausgabe unserer Zeitschrift (1952), S. 9.

tologisch» erwiesen haben. Wir wollen versuchen, sie — in aller gebotenen Kürze und lediglich in der Meinung, einem solchen *responsum* nicht auszuweichen — möglichst eindeutig zu fassen.

1. Wir denken uns den Gerechtigkeitsbegriff umgeben von konzentrischen Kreisen. Diese Kreise mögen die maßgebenden Begriffselemente versinnbildlichen. Der weiteste Kreis bestehe aus denjenigen äußersten Punkten, welche die Willkür vermöge der Berücksichtigung des Naturgeschehens begrenzen: der Naturkräfte, der Gesetze des Wachstums und der Fortpflanzung, der Biologie, der Physiologie, der experimentellen Psychologie. Aus ihnen können mannigfache Kriterien für die Bestimmung der Sachen und Kräfte, der Altersstufen, der Abstammung, der Zurechnungsfähigkeit und Handlungsfähigkeit, des Strafmaßes, des Verhältnisses der Geschlechter usw. entnommen werden.

2. Einem engeren Kreise gehören die Gesetze der Logik, der angewandten Physik, der Arithmetik, aber auch die Gesetze der Wirtschaft an. Logische Auslegung, «Neuheit» der Erfindung und Erfindungshöhe, Schutz der Erfindertätigkeit, Unfallverhütung usw. hängen von diesen Regulativen ab. Das deutsche Reichsgericht hat einmal ausgesprochen, daß die Gesetze der Arithmetik den Richter binden. Aber auch der Satz, wonach der Wert einer Ware sich nach ihrer Brauchbarkeit und Seltenheit richtet, oder wonach — in der sog. «freien» Wirtschaft — der Preis abhängt vom Verhältnis des Angebots zur Nachfrage, ferner das Gresham'sche Geldgesetz usw., gehören hierher.

3. Es folgen nunmehr diejenigen Anforderungen, welche wir als «Kultur» anzusprechen pflegen. Was Kultur ist, hat (gegen den deutschen sog. Nationalsozialismus) am eindringlichsten Johan Huizinga gezeigt³². Sie ist in erster Linie Überwindung, Vermenschlichung, Beseelung der Na-

³² Johan Huizinga, Im Schatten von Morgen, Bern 1935 S. 29 ff.

tur, der Triebe, der Leidenschaften. Sie ist Annahme von Pflichten, Anerkennung einer Hierarchie der Werte. Es sind die Errungenschaften, von denen u. a. die Präambel der *Charte des Nations Unies* spricht: «Nous, peuples des Nations Unies, résolus... à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personnalité humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes ainsi que des nations, grandes et petites; à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international... avons décidé d'associer nos efforts pour réaliser ces desseins.» Die Internationale Akademie für Philosophie hat im Oktober 1949 in Bern getagt. Im dritten Satze ihrer Resolution heißt es: «Das menschliche Empfinden eines Volkes bestimmt die Größe seiner Rechtskultur und die Reinheit seines moralischen Lebens. Die Menschlichkeit, die ein Staat nach innen und außen entfaltet, entscheidet über das Schicksal einer Nation.» Was in solchen Proklamationen mit Kultur gemeint ist, bedarf keiner Erläuterung. Es sind jene Minima einer wirklichen Rechtsordnung (von der Gewaltentrennung über die Gewährung richterlichen Gehörs bis zum humanen Strafvollzug), wie sie schon in der englischen *Magna Charta libertatum* (1215) und in unserm Bundesbrief (1291) *in nuce* enthalten sind. Inwieweit sich diese Maximen decken mit jenen «principes de droit consacrés par les nations civilisées», von denen Artikel 38 des Statuts der *Cour internationale de Justice* im Haag spricht, mag dahingestellt bleiben.

4. Erst jetzt kann von dem engsten Kreise die Rede sein. Von dem, was die griechisch-römische Tradition als die *constans et perpetua voluntas* bezeichnet, «Jedem das Seine» zuzuteilen. Hier erscheint die Gerechtigkeit von ihrer subjektiven Seite: als eine für den Juristen wesentliche Willensrichtung. Diese Willensrichtung ist in der Tat das Entscheidende: die unablässige, unbedingte und unabdingbare Bemühung des Gesetzgebers, des Richters, des Magistraten, das richtige Recht zu finden, die sozialen Verhält-

nisse ins Gleichgewicht zu bringen oder, mit einem gut schweizerischen Ausdruck, Menschen und Dinge «in den Senkel zu stellen». Es liegt in der Natur der Sache, daß solche Anstrengung ständig erneuert werden muß, da sich ihr Objekt immer und immer wieder wandeln wird. Auch ist es einleuchtend, daß das Ergebnis in verschiedenem Klima, unter verschiedenen geschichtlichen, populatorischen, wirtschaftlichen Aspekten, verschieden ausfallen wird. In diesem Betrachte gibt es zweifellos eine «englische», eine «französische», eine «schweizerische» Gerechtigkeit³³. Entscheidend wird sein, daß das Erkenntnis, indem es die Rechtsidee, als das unabänderlich «Absolute im Recht»³⁴, ständig im Auge behält, teil hat an der Gerechtigkeit. Diese Teilhabe (*μέθεξις*) wird aber erleichtert durch eine Wahrnehmung, welche wiederum schon Aristoteles gemacht hat. Gerechtes Handeln ist immer ein Handeln «auf einen Andern hin»: vom Staat zum Bürger, vom Vater zu den Kindern, vom Ehemann zur Ehefrau, vom Eigentümer zum Besitzer, vom Dienstherrn zum Dienstpflichtigen usw. (*πρὸς ἕτερον, πρὸς ἄλλον*). Die «Alterität» des Rechts zeigt es als ein wesentlich heterothetisches Verhältnis, als eine Interessenabwägung.

Der tiefe Graben, der uns hiernach von der «Reinen Rechtslehre» scheidet, gründet in zweierlei. Zunächst lehnen wir die künstlichen Prozeduren ab, zu denen die «Wiener Schule» ihre Zuflucht nehmen muß, um ihre «Positivität» — den *rocher de bronze* ihres ganzen «Systems» — zu befestigen³⁵. «Geltendes» — d. h. vermöge eines geschichtlichen

³³ Max Gutzwiller, Schweizerische Gerechtigkeit, Schweiz. Rundschau 44, 1944 S. 300 ff.

³⁴ Eugen Huber, Über die Realien der Gesetzgebung, Zeitschr. für Rechtsphilosophie 1, 1913, S. 40: «Die Ideen... wirken regulativ, indem sie das Bild dessen vor Augen stellen, was unserm Rechtsbewußtsein entspricht.» Sie ruhen im Ethos «und verbinden sich um der Gerechtigkeit willen mit der neutralen Logik».

³⁵ Vgl. M. Stockhammer, Kelsen und die Opposition. Zum Positivitätsproblem. Revue internat. de la théorie du droit VIII

Entstehungsprozesses als anerkannt nachweisbares — Recht ist uns die gesamte Rechtsordnung als solche: in ihrem durch systematische Auslegung gewonnenen Sinnzusammenhang, d. h. in ihrer geistigen und sittlichen Struktur, einschließlich der von ihr vorausgesetzten oder in ihr verankerten Kulturnormen und Wesenselemente. Diese Gesamtheitsbetrachtung geht unseres Erachtens schon aus Regeln wie Art. 1 BV und Art. 1 ZGB hervor: aus ersterer, indem sie die «Völkerschaften der zweiundzwanzig souveränen Kantone» als «schweizerische Eidgenossenschaft» organisiert; aus letzterer, weil ihre eigentliche Bedeutung darin liegt, daß sie einen bestimmten Gerechtigkeitsmaßstab als Leitmotiv für den lückenfüllenden Richter voraus-

1934, S. 201. Jetzt auch P. Guggenheim, Was ist positives Völkerrecht? Schweiz. Jahrbuch für internat. Recht VIII 1951, S. 31 ff. Stockhammer zitiert Moór, welcher schreibt: «Heute noch ist es das schwierigste Problem für die Kelsensche Lehre, den Rechtspositivismus zu begründen.» Bei Guggenheim wie bei Stockhammer werden die alten Kontrapositionen bis zum Überdruß wiederholt. Wobei wiederum (Guggenheim S. 53) mit einer Selbstverständlichkeit ohnegleichen die «wissenschaftliche Theorie des positiven Rechts» (lies: Kelsens Theorie) der «metaphysischen Naturrechtslehre» und der «pseudo-naturwissenschaftlichen soziologischen Rechtslehre» entgegengestellt wird. Überhaupt ist — um in der seltsamen Bildersprache der Kelsenianer zu sprechen (vgl. oben vor Note 16) — der Guggenheimsche Aufsatz überall auf Papier mit dem Kelsenschen Wasserzeichen geschrieben. Zwar werden nunmehr die Gegensätze nicht mehr als «polemische», sondern als «systematische» bezeichnet (S. 53). In Wirklichkeit gehen sie viel tiefer. Sie sind physiologische, bzw. biologische. Im luftleeren Sesselsaal der «normologischen» Rechtslehre muß jedes organische Leben des Rechts notgedrungen verkümmern. Die «Autonomie des positivrechtlichen Rechtserzeugungsverfahrens» muß jegliche Heranziehung kulturellen Farbstoffs bei der Behandlung juristischer Phänomene als heterogene «metarechtliche Motive des Rechtserzeugers» verwerfen. «Der ‚klare‘ Rechtssatz bedarf keiner ‚Auslegung‘, d. h. irgendwelcher ‚Hinzufügung‘» (S. 45). «Die *principes généraux de droit* werden minimisiert (S. 38) usw. Über die «pseudo-naturwissenschaftliche Soziologie» vgl. M. Stockhammer, Hans Kelsens Rechtstheorie und Max Webers Soziologie, Öst. Zeitschr. für öff. Recht 5, 1952, S. 410 ff.

setzt. Der dort gemeinte Gesetzgeber ist zweifellos ein «eidgenössischer».

Das zweite ist ebenso grundsätzlicher Art. Wir betrachten einen Satz wie diesen: «Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein» als wirklichkeitsfremden juristischen Nihilismus. Er bedeutet ein *unconditional surrender* der gesamten Jurisprudenz. Die Setzung zum alleinigen Indiz für seine Geltung erklären, heißt das Recht zur fügsamen Dienerin beliebiger Machthaber herabwürdigen. Was wir hiergegen fordern, ist dieses: es ist die schlichte Annahme, im Worte «Recht» denjenigen Sauerstoff als Wesenskern anzuerkennen, den wir als Angehörige eines christlichen Kulturkreises einatmen. Eine qualitative Analyse dieser Atmosphäre liefert uns die Kriterien, die wir als maßgebend anzuerkennen haben. Unter ihnen sind die Achtung der Menschenwürde und die Menschlichkeit, sind die Postulate eines unverbildeten Kultur- und Rechtsbewußtseins, wie es sich in tausendjähriger Geschichte als grundlegend erwiesen hat, die hauptsächlichsten.

Wir wissen wohl, daß uns solche Erklärungen den Vorwurf des «Methodendualismus» eintragen müssen. Indessen fühlen wir uns, offen gestanden, bei unserm *Régime* wohler. Die monistische Behausung ist uns zu eng; auch vermischen wir an ihrer Ausstattung eine wirkliche Wohnkultur. Und schließlich empfinden wir die dort herrschende Temperatur als ausgesprochen unwirtlich und kühl. Ganz abgesehen von den unsichern Kündigungsterminen.

M. Gutzwiller
