

Ueber Ziel und Methode der Rechtsphilosophie.

Von Dr. Freiherr von Hertling in München.

(Fortsetzung.)

VI.

Für den Wandel der Anschauungen in Deutschland ist die That-
sache bezeichnend, dass Holtzendorff's vielgebrauchte Encyclopädie
der Rechtswissenschaft bis zur dritten, im Jahre 1877 erschienenen
Auflage eine philosophische Einleitung von Ahrens, dem bekannten
Schüler von Krause, brachte, in der vierten dagegen die letztere
A. Geyer übertragen war, welcher mehr oder minder den Spuren
Herbart's folgte, bis dann 1890 in der fünften der Positivismus
mit Merkel seinen Einzugs hielt.

Merkel's „Elemente der allgemeinen Rechtslehre“ zerfallen
in zwei Kapitel, von denen das erste, umfangreichere vom objec-
tiven, das zweite vom subjectiven Recht handelt. Im ersten
Kapitel reihen sich an eine „allgemeine Charakterisirung“
drei weitere Abschnitte an: „Das Recht als Mittel zum Zweck“,
„die Positivität des Rechts und das Gerechte“, „der Staat
insbesondere“.

Unter der Aufschrift „vorläufige Orientirung“ bringt § 1
die folgende Begriffsbestimmung: „Recht im objectiven Sinne dieses
Wortes nennen wir die Richtschnur, welche eine Gemeinschaft in
Bezug auf das Verhalten ihrer Angehörigen anderen und ihr selbst
gegenüber, sowie in Bezug auf die Formen ihrer eigenen Wirksam-
keit zur Geltung bringt.“ — Damit ist im allgemeinen die Sphäre
bezeichnet, innerhalb deren wir das Recht zu suchen haben, aber
noch kein specifisches Merkmal angegeben, welches rechtliche Be-
stimmungen von Normen, die wir nicht zu den rechtlichen zu zählen
pflegen, deutlich unterschiede. Unter die gegebene Definition fallen
auch die Vorschriften eines Hofceremoniells oder eines studentischen
„Komment's“, um von den moralischen und liturgischen Vorschriften

der Kirche zu schweigen. Die Definition ist in dieser Fassung zu weit und muss erst durch Aufnahme eines oder mehrerer bestimmender Merkmale auf den Umfang des Rechts im eigentlichen Sinne eingeschränkt werden.

Dass das Recht demnächst als ein „Princip der Ordnung“ gefasst wird, trägt hierfür nichts aus. Wenn es sodann weiter heisst (n. 4): „Das Recht erzeugt diese Ordnung, indem es die Machtsphäre der an der Gemeinschaft Theilhabenden gegen einander und im Verhältniss zur Gesamtheit abgrenzt. Seine Bestimmungen haben den Charakter von Grenzbestimmungen“, — so ist hiergegen nichts einzuwenden, solange aus den Worten nicht mehr herausgenommen wird, als darin liegt. Der Vorsicht halber mag sogleich bemerkt werden, dass noch völlig offen gelassen ist, ob die an der Gemeinschaft Theilhabenden von sich aus Macht besitzen, die durch das Recht in bestimmter Weise abgegrenzt wird, oder ob es das Recht ist, welches ihnen allererst die Machtsphäre verleiht. Es ist ebenso offen, ob, falls das Erstere gelten soll, alle ursprünglich die gleiche Macht besitzen, oder eine verschiedene, und es ist endlich gar nichts darüber gesagt, welches der Maasstab ist, nach welchem das Recht jene Grenzbestimmungen vornimmt, von denen wir erfahren (n. 5), dass sie „einerseits beschränkend und bindend, andererseits als eine Gewährleistung von Macht und Freiheit“ wirken. Dagegen führt es über die bisherigen rein formalen Bestimmungen hinaus und ist keineswegs eine Consequenz der letzteren, wenn das Recht als „ein Princip des Friedens“ gesetzt wird (n. 6). Denn an einen Frieden, welcher durch gewaltsame Aufrechterhaltung einer irgendwie getroffenen Ordnung und einer willkürlich vollzogenen Machtabgrenzung herbeigeführt würde, sollen wir doch wohl nicht denken, sondern dafür halten, dass das Recht durch die Art und Weise, wie es jene Grenzbestimmungen vornimmt, den Frieden herbeiführe oder sichere.

Wie soll das Recht diese Aufgabe lösen? Aus dem Bisherigen ist die Anweisung hierzu nicht zu entnehmen. Wo nichts gegeben ist, als ein Zusammensein von Machtelementen, da lässt sich eine andere Ordnung und ein anderer Friede nicht erwarten, als diejenigen, welche die grössere Macht der geringeren aufzwingt.

Ein Dreifaches wird im Folgenden aufgezählt, wovon die Abgrenzung der Machtsphären und damit die Wirksamkeit des Rechts abhängig ist (n. 7). Als erstes erscheinen „die Interessen, welche der Gemeinschaft zu Grunde liegen oder in ihr zu maasgebendem Ein-

flusse gelangen. Das Recht stellt Bedingungen für deren Befriedigung her und ist als ein Mittel zu diesem Zwecke davon abhängig, in welcher Weise es unter den gegebenen Verhältnissen dieser Befriedigung dienlich zu sein vermag.“

Diese Bestimmung passt in ihrer Allgemeinheit völlig zu der ersten vorläufigen Definition und verengert in keiner Weise den von dieser umschriebenen Kreis. Von maasgebendem Einflusse an einem Hofe ist das Interesse, die Würde des Monarchen in angemessener Weise zur Erscheinung zu bringen. Als ein Mittel zu diesem Zwecke hat man es von jeher angesehen, dass alle diejenigen, welche sich der Person des Monarchen nahen, oder welche dieser in seine Gesellschaft zieht, in Kleidung, Haltung und Redeweise gewisse Formen beobachten, welche das Hofceremoniell vorschreibt. Will man darum im Ernste von einem *ius aulicum* reden? Von einem *ius potandi*, um auch auf das zweite der schon oben gewählten Beispiele einzugehen, hat man jedenfalls bisher nur im Scherze gesprochen, obwohl seit Jahrhunderten unsere akademische Jugend in den Vorschriften über Maas und Weise des Zechens Bedingungen für die Befriedigung der Interessen erblickt, denen sie — leider — in ihren Vereinigungen nachgeht. Und nicht nur das. Wird so ohne jede nähere Angabe von Interessen gesprochen und den Bedingungen zu ihrer Befriedigung, die in der Abgrenzung der Machtsphären gefunden werden, so sehe ich nicht ein, wie man hiervon die Satzungen ausschliessen könnte, die eine Räuberbande sich gibt, indem sie bindende Vorschriften über Gehorsam, Mannszucht, Beutevertheilung usw. aufstellt.

Nun sollen die Interessen allerdings nicht allein maasgebend sein, vielmehr werden an zweiter Stelle aufgeführt die „Werthurtheile, welche innerhalb der Gemeinschaft in Bezug auf die in Betracht kommenden Subjecte, Interessen und Handlungen Geltung haben.“ Aber was ist unter Werthurtheilen zu verstehen? Es gibt ästhetische, und es gibt moralische, es gibt auch rein conventionelle Werthurtheile. Oft genug ist uns das Gewohnte und Herkömmliche werthvoll nur darum, weil es gewohnt und herkömmlich ist. Bei dem Mangel jeder näheren Angabe, welche Art von Werthurtheilen gemeint ist, reicht die Bezugnahme auf die letzteren nicht aus, um von da einen Einblick in die specifische Natur des Rechts zu gewinnen.

In dritter Linie werden die vom Rechte getroffenen Grenzbestimmungen abhängig gesetzt von „dem Willen, der in der Gemein-

schaft herrscht und den Satzungen des Rechts die ihnen wesentliche praktische Geltung sichert.“ Damit ist ein neues Element eingeführt. Jetzt erst erfahren wir, dass in der Gemeinschaft, in welcher das Recht als ein Princip der Ordnung und des Friedens waltet, ein herrschender Wille angenommen werden muss, dass also dem Rechte ein Herrschaftsverhältniss vorangehend gedacht wird, welches eben darum, weil es ihm vorangeht, nicht rechtlicher, sondern nur thatsächlicher Natur sein kann. Dieser Wille wird nun allerdings nicht als die alleinige Quelle der Rechtserzeugung eingeführt, vielmehr scheint der Gedanke, dass jede seiner Aeusserungen aus sich allein schon den Charakter des Rechts besässe, durch das über die maassgebenden Interessen und die Werthurtheile Gesagte ausgeschlossen zu sein. Die Frage ist nur, welcher Art die Schranken sind, die ihm von dort aus erstehen. Wenn man sich erinnert, dass ursprünglich von Machtsphären die Rede war, welche gegen einander und im Verhältniss zur Gemeinschaft abgegrenzt werden, so liegt der Gedanke nahe, dass es lediglich der von diesen Machtsphären ausgehende Widerstand ist, welcher der beliebigen Ausdehnung des Herrscherwillens Schranken setzt. Die Bezugnahme auf die in der Gemeinschaft lebendigen Interessen würde dem nicht widersprechen: je nach der Macht, mit der sie vertreten werden, finden sie ihren Ausdruck im Recht.

Aber auch von jenen Werthurtheilen ist es bis jetzt unentschieden, in welcher Weise ihre Wirksamkeit zu denken ist, und die Möglichkeit besteht, diese letztere als eine blinde und instinctmässige zu fassen. Das Recht erschiene sonach als die von dem Herrscherwillen herausgehobene Resultante aus den in der Gemeinschaft thätigen, mannigfach gegen einander gehenden Kräften oder Machtfactoren. Nicht das Recht also schriebe hiernach vor, welche Interessen zu berücksichtigen sind und welche nicht, wie weit die Glieder der Gemeinschaft ihre Machtsphäre ausdehnen dürfen, und wo sie zurückweichen müssen, — sondern ein nach mechanischen Gesetzen verlaufender Process liesse die Grenzen entstehen, welche in den Satzungen des Rechts zum Ausdrucke gelangen, nothwendig aber wäre das eine, dass der in der Gemeinschaft herrschende Wille ihnen die praktische Geltung sichere. Die Tragweite dieser letzteren Bestimmung ist einleuchtend; von vornherein ist damit der Rechtscharakter auf diejenigen Satzungen beschränkt, zu denen der in der Gemeinschaft herrschende Wille sich unzweideutig bekennt. Recht

und positives Recht sind sonach gleich zu Anfang als identisch gesetzt, und ein Naturrecht ist ausgeschlossen, welches seine Geltung unabhängig von positiver Gesetzgebung aus den Forderungen der Vernunft herleitete.

Daran wird nichts geändert durch die Unterscheidung zwischen dem Inhalte jener Satzungen, dem Rechtsgedanken und den Eigenschaften, „welche ihm von Seite des bezeichneten Willens und der Macht, über welche er verfügt, zukommen“ (n. 8). Zwar ist nicht deutlich, ob mit der Verleibung dieser Eigenschaften und dem Vorhandensein einer gewissen Macht das gleiche gemeint ist, was zuvor unter der Sicherung der praktischen Geltung durch den herrschenden Willen verstanden wurde. Ist dies die Meinung, so wäre damit der Rechtsgedanke als solcher dem herrschenden Willen gegenübergestellt, und es würde nicht dies, Gegenstand eines solchen Willens zu sein, selbst einen Bestandtheil des Rechtsgedankens bilden. Alsdann aber würden wir im Sinne des Verfassers zweifellos anzunehmen haben, dass erst durch die Verleihung jener Eigenschaften und das Vorhandensein einer gewissen Macht auf Seiten des herrschenden Willens der bloße Rechtsgedanke zum wirklichen Recht würde. Die Annahme einer nur nachträglichen Sanction eines schon zuvor vorhandenen Rechts dürfte wohl auf alle Fälle als ausgeschlossen gelten.

Ob zwischen dem Inhalte der Rechtssatzungen und der Wirksamkeit des an ihnen sich bethätigenden Willens ein innerliches Verhältniss statthabe, ob dieser sich jedwedem Inhalte gegenüber bethätigen könne, wird nicht gesagt, geradeso wie vorher die Abhängigkeit der Rechtserzeugung von dreierlei Factoren gelehrt, über die Stellung derselben zu einander und ihre Wechselwirkung unter einander aber gar nichts bestimmt wurde.

Eine ganze Reihe von Fragen harrt daher der Beantwortung.

Ist unter den Interessen, für deren Befriedigung das Recht Bedingungen herstellt, der ganze Umfang menschheitlicher Interessen verstanden oder nur ein Theil derselben, und alsdann welche, und warum die einen und nicht die anderen? Genügt es für die Ausgestaltung von Rechtssatzungen, dass nur überhaupt Werthurtheile mit im Spiele sind, gleichgültig, welcher Maasstab denselben zu Grunde liegt? Die Annahme klingt seltsam, und doch wird sie gemacht und die zuletzt aufgeworfene Frage bejaht werden müssen, sollen wir nicht sogleich zu der weiteren Frage gedrängt werden, welches dieser Maasstab ist? Und offenbar wäre dies für eine philosophische

Einleitung in die Rechtswissenschaft die allerwichtigste Frage. Ihre Beantwortung würde auch über die oben an erster Stelle aufgeworfene Aufschluss geben, denn offenbar könnte es sich bei der im Rechte gegebenen Ordnung und Grenzbestimmung nur um Interessen handeln, welche jenem Maasstabe unterworfen werden können.

Aber abgesehen davon, welche Bedeutung sollen denn jene Werthurtheile bei der Rechtsbildung besitzen? Den Erfolg ihrer Wirksamkeit wird man vermuthlich darin zu erblicken haben, dass sie entweder ein Gegengewicht darstellen gegen sich vordrängende Particularinteressen, oder dass sie direct die Auswahl der vom Rechte zu berücksichtigenden Interessen bestimmen. Aber geschieht dies so, dass sie in der zuvor angedeuteten Weise als blinde Kräfte in einem mechanischen Prozesse thätig sind, oder vielmehr so, dass sie von den Mitgliedern der Gemeinschaft als bindende Normen erkannt und anerkannt werden? Sollte letzteres gelten, so müsste dann zugleich die Möglichkeit zugestanden werden, dass ein Widerstreit zwischen Interessen und Werthurtheilen offenbar würde, und es würde sich die weitere Frage erheben, ob auch bei ungenügender Berücksichtigung dieser letzteren eine thatsächlich in Geltung befindliche Ordnung und Grenzbestimmung auf den Namen des Rechts Anspruch habe?

Die Bejahung dieser Frage ist ganz ebenso verhängnissvoll wie ihre Verneinung. Wird sie verneint, so ist damit die Möglichkeit zugegeben, dass eine in einer Gemeinschaft in Geltung befindliche, die Machtsphäre der Glieder abgrenzende Ordnung nicht Recht ist, Recht vielmehr eine andere von den Werthurtheilen geforderte Ordnung sein würde, eine Annahme, welche von den Vertretern der positivistischen Rechtstheorie auf's äusserste perhorrescirt wird. Wird die Frage bejaht, so liegt darin das Zugeständniss, dass die Heranziehung jener Werthurtheile nur eine überflüssige Verbrämung war, und grundsätzlich jede in einer Gemeinschaft in praktischer Geltung stehende Abgrenzung der Machtsphären den Charakter des Rechts besitzt.

Endlich der in der Gemeinschaft herrschende Wille! „Als die Gemeinschaft“, so werden wir am Schlusse des Abschnitts belehrt (n. 9), „in welcher eine rechtliche Ordnung sich bildet und behauptet, ist hier im Zweifel die staatliche Gemeinschaft vorausgesetzt.“ Im Staate nun herrscht entweder der Wille eines Einzigen oder der übereinstimmende Wille einer Mehrzahl, welche aber nicht immer die Mehrheit und niemals die Gesamtheit ist. Wer in der Rechts-

bildung das Ergebniss eines Naturprocesses erblickt, wird annehmen müssen, dass in den jeweiligen Aeusserungen des Staatswillens die jeweils maasgebenden Interessen und die jeweils in Geltung befindlichen Werthurtheile ihren entsprechenden Ausdruck finden. Wer an einen solchen Naturprocess nicht glaubt, kann sich dem Zugeständnisse nicht entziehen, dass möglicherweise der herrschende Wille als bindende Satzung vorschreibt, was von den einen als ihren Interessen und von den anderen als den von ihnen anerkannten Werthurtheilen widersprechend erachtet wird.

Die eine der hieraus sich ergebenden Schwierigkeiten ist schon hervorgehoben worden, sie betrifft den rechtlichen Charakter einer derartigen Satzung. Eine weitere Frage geht auf das Verhältniss der Bürger zu derselben. Dass die Grenzbestimmungen des Rechts einerseits beschränkend und bindend wirken, andererseits als eine Gewährleistung von Macht und Freiheit, war gleich zu Anfang ausgesprochen worden (n. 5). Was ist es nun, das den davon Betroffenen bestimmt, sich der Einschränkung seiner Machtsphäre zu unterwerfen? Weicht er einfach der Gewalt, oder treten hier jene Werthurtheile in Kraft, die ihn veranlassen, sich, wenn auch unter Verleugnung seines nächsten Eigeninteresses, der Rechtsordnung zu fügen? Und wie weit reicht das Vermögen des Staatswillens, solche Werthurtheile auszulösen, die ihm die Unterwerfung unter seine Anordnungen auch ohne Anwendung von Zwangsmitteln sichern? Das Wort drängt sich auf die Lippen, dass die Pflicht zu gehorchen, nicht weiter reicht, als das Recht zu befehlen. Aber von Pflicht darf ja, so scheint es, in der ganzen Betrachtung keine Rede sein, weil die Anerkennung eines ethischen Sollens, welche der Begriff einschliesst, ganz unmittelbar in Voraussetzungen hineinführen würde, welche die positivistische Theorie nicht gelten lassen will. Und auch von einem Rechte, zu befehlen, kann nach dem früher Bemerkten nur in Bezug auf die einzelnen Organe des Staatswillens gesprochen werden, nicht aber gegenüber denjenigen seiner Aeusserungen, in denen das Recht allererst zum Ausdruck gelangt. Seine Basis kann in Consequenz der Merkel'schen Aufstellungen nicht in einem Rechtsverhältniss, sondern nur in einem Macht- oder Herrschaftsverhältniss gefunden werden.¹⁾

So erfüllt der erste Paragraph der Einleitung die ihm gesteckte Aufgabe einer vorläufigen Orientirung nur sehr unvollkommen. Wer nicht schon einen Begriff vom Recht mitbrächte, würde schwerlich

¹⁾ Vgl. oben S. 256.

imstande sein, die höchst unbestimmt gehaltenen Ausdrücke mit einem deutlichen Inhalte zu erfüllen. Ueber eine Anzahl grundlegender Fragen werden wir völlig im unklaren gelassen. Es gilt zu prüfen, ob die folgenden Paragraphen das Fehlende ergänzen und die Zweifel beseitigen.

VII.

§ 2 handelt von „Recht und Staat“. Der Staat wird als der vornehmste Bildner des Rechts bezeichnet, daneben aber eingeschränkt, dass weder er allein imstande sei, Recht zu schaffen, noch auch alle Willensäußerungen des Staats den Charakter des Rechts besitzen. Wenn es dann weiter heisst (n. 3a): „Jede Gemeinschaft, welche die Macht besitzt, Verhältnisse ihrer Angehörigen zu einander und zu ihr selbst in der obenbezeichneten Weise selbständig zu ordnen, kann ihr eigenes Recht haben“, so bestätigt sich damit das früher Gesagte, wonach als letzte Voraussetzung für die Rechtsbildung das Vorhandensein eines Herrschaftsverhältnisses gilt.

§ 3 handelt von dem Rechtsgedanken und bringt gleich an der Spitze (n. 1) einen Satz von grösster principieller Tragweite: „Das Recht bezieht sich seinem Gedankengehalte nach auf das, was verschiedenen Subjecten im Verhältniss zu einander zukommt, auf das, was sie in diesem Verhältnisse einerseits thun und unterlassen, fordern und behalten dürfen, andererseits leisten, dulden und unterlassen sollen.“ — Alles kommt hier auf den Sinn der drei hervorgehobenen Worte an. Bisher war nur festgestellt, dass die vom Rechte vorgenommenen Grenzbestimmungen bald als Beschränkung der Machtsphäre der in der Gemeinschaft Stehenden, im Zweifel also der Bürger, wirksam sei, bald umgekehrt diesen einen bestimmten Umfang von Macht und Freiheit gewährleiste. Soll auch jetzt nicht mehr gesagt sein? Dann wäre es besser gewesen, den gleichen Gedanken auch in den gleichen Worten zu wiederholen. Denn wenn statt dessen, von dem die Rede ist, „was verschiedenen Subjecten im Verhältniss zu einander zukommt“, so erinnert dies unvermeidlich an die Forderung der Gerechtigkeit, an das *suum cuique tribuere*. Damit aber wäre eine Forderung an das Recht ausgesprochen, welchem dieses in der Vornahme jener Grenzbestimmungen Rechnung zu tragen hätte. Nun ist dies ja allerdings die alte Auffassung und auch diejenige, welche sich im Leben, sagen wir: der civilisirten Nationen behauptet. Für die bisherigen Erörterungen aber schien nur das

Bild von Stoss und Gegenstoss und das eines mechanischen Ausgleichs zwischen einer Vielheit von Kraftcentren maasgebend. Soll dies auch jetzt noch festgehalten werden, so musste es heissen: „Das Recht bezieht sich seinem Gedankengehalte nach auf das Verhältniss verschiedener Subjecte zu einander, indem es bestimmt, was ihnen in diesem Verhältnisse einerseits zu thun und zu unterlassen, zu fordern und zu behalten verstattet, andererseits zu leisten, dulden und unterlassen befohlen ist.“ Enthält der Satz in dieser Formulirung ein Minus gegenüber der obigen, so ist jedenfalls das Plus dieser letzteren bisher nicht abgeleitet und begründet.

Nun war allerdings von Werthurtheilen die Rede, und so mag es sein, dass wir bei dem Zukommen, Dürfen und Sollen an eben diese zu denken haben. Zu ihnen lenkt in der That die Erörterung zurück. Es wird festgestellt (n. 3), dass das Recht Aussagen enthält über ein bestimmtes praktisches Verhalten, dass diese aber keine bloßen Beschreibungen und keine Prophezeiungen sind, sondern stets „eine sich als maasgebend geltend machende Beurtheilung dieses Geschehens“ aussprechen (n. 4). „Stets ist dabei gemeint . . ., dass die beschriebenen Handlungen oder Unterlassungen als ein bestimmten Personen zustehendes oder vorgeschriebenes oder verbotenes Verhalten zu betrachten seien, und dass man sich hiernach zu richten habe. Nicht von dem, was zufällig, oder von dem, was nach Naturgesetzen geschieht, handelt das Recht, sondern von dem, was geschehen soll, was in den Beziehungen der Menschen zu einander als das Angemessene zu gelten hat.“

Ein Theil der früher erhobenen Zweifel ist damit beseitigt. Das Recht ist nicht das Resultat eines Naturprocesses, in dem mannigfach gegen einander gehende Interessen und dazu Werthurtheile unbestimmten Charakters als Factoren wirksam sind. Seine Satzungen schreiben vielmehr den Mitgliedern einer Gemeinschaft vor, wie sie sich zu verhalten haben, und zwar mit der ausdrücklichen Meinung, dass dieses Verhalten das angemessene ist, dasjenige, was sein soll, im Unterschiede von einem anderen, das nicht sein soll.

Fraglich könnte nur noch sein, ob es lediglich der in der Gemeinschaft herrschende Wille ist, welcher aus eigener Machtvollkommenheit vorschreibt, was als „das Angemessene zu gelten hat“, oder ob auch die dem Rechte Unterworfenen das von ihm Vorgeschiedene als ein Angemessenes anerkennen? Gilt das letztere, so werden damit die gemeinsam anerkannten Werthurtheile zu uner-

lässlichen Bestandtheilen des Rechts, von denen deshalb auch der herrschende Wille nicht absehen kann. Auch dieser Zweifel ist gelöst, wenn es ausdrücklich heisst (n. 5): „Der Rechtsinhalt schliesst sonach als ihm wesentlich Werthurtheile ein.“

Wie oben¹⁾ bemerkt wurde, ergibt sich hieraus die Möglichkeit eines gelegentlichen Auseinandertretens dessen, was in Ansehung solcher Werthurtheile gefordert werden sollte, und dessen, was im Namen des bestehenden Rechts thatsächlich gefordert wird. Und nicht minder erhebt sich nun die gleichfalls schon vorher angedeutete Frage, welche in einer philosophischen Einleitung in die Rechtswissenschaft unmöglich übergangen werden darf, da ihre Beantwortung, in was immer für einer Richtung sie auch erfolgen möge, von fundamentaler Bedeutung ist: welcher Art sind die Werthurtheile, welche einen wesentlichen Bestandtheil des Rechtsinhaltes bilden, welches ist der Maasstab, der ihnen zu Grunde liegt?

Hiervon ist indessen zunächst nicht die Rede, vielmehr schliesst sich sofort ein neuer Abschnitt an (§ 4), welcher von dem Rechtswillen handelt. In Bestätigung des früher Gesagten bringt derselbe die Behauptung, „irgend welche Gedanken über die angemessene Ordnung menschlicher Verhältnisse“ seien nur Rechtsgedanken, „sofern sie der in der Gemeinschaft herrschende und durch ihre Organe zum Ausdruck kommende Wille sich zu eigen gemacht und sie für eine verbindliche Richtschnur praktischen Verhaltens erklärt hat.“ Als die beiden Wege, auf denen dies geschieht, werden „die Kundmachung jener Gedanken in der Form von Gesetzen“ bezeichnet und „die Form gerichtlicher Entscheidungen, welchen diese Gedanken zu Grunde liegen.“

Das Erste ist ohne weiteres verständlich, bezüglich des Zweiten erhebt sich dagegen ein Bedenken. Da die richterliche Entscheidung der Gesetzgebung gegenübergestellt wird als eine der Weisen, in der Gedanken, die noch nicht Recht sind, zu Recht werden, so muss man fragen, wo denn die Gewähr liege, dass in der Entscheidung des einzelnen Richters der in der Gemeinschaft herrschende Wille zum Ausdruck gelange? Die Annahme, dass dies stets der Fall sei, ist eine blose Fiction, und der Versuch, sie festzuhalten, scheitert an der Thatsache, dass richterliche Entscheidungen einander nicht selten widersprechen. Ist es dann trotzdem der in der Gemeinschaft

¹⁾ S. 258.

herrschende Wille, welcher sich das eine Mal den einen Gedanken und das andere Mal das Gegentheil desselben „zu eigen gemacht“ hat?

Wenn endlich noch als ein Drittes „Zwangsmaasregeln“ angegeben werden, „welche diese Gedanken und beziehungsweise jene gerichtlichen Entscheidungen irgend welchen Widerständen gegenüber zur Durchführung bringen“, so ist hiermit offenbar keine neue Weise der Kundmachung, sondern nur ein zu den beiden ersten hinzutretendes und sie verstärkendes Moment aufgezeigt. Doch soll hierauf kein Gewicht gelegt werden. Merkel's Ansicht ist deutlich: auch ein Satz, welcher Selbstverständliches ausspricht, wie die Strafwürdigkeit des Mordes oder die Pflicht der Zurückgabe geraubten Gutes, wird ein Rechtssatz erst, wenn er gesetzgeberisch festgelegt oder im Einzelfalle als richterlicher Entscheid zum Ausspruche gelangt ist.

Auch das Folgende (n. 2) gibt zu Bedenken Anlass. In ihrer Eigenschaft als Willensäusserungen sollen die Rechtsbestimmungen im Gegensatze stehen „u. a. zu den Lehrsätzen irgend welcher Naturrechts- oder Moralcompendien, zu religiösen Satzungen als solchen, zu Gebräuchen und Regeln des Verkehrs, um welche sich jener Wille nicht kümmert.“ Aber wenn hier der Wille nicht einfach mit Staatswille identificirt, und dadurch ein früher (§ 2, n. 3a) gemachter Vorbehalt wieder aufgehoben wird, so ist zu sagen, dass der in einer religiösen Gemeinschaft herrschende Wille sich religiöse Satzungen ausdrücklich „zu eigen“ zu machen pflegt, und somit nicht abzu- sehen ist, weshalb solche dadurch nicht zu Rechtssätzen werden sollten. Und ebensowenig genügt die Charakterisirung als Willensäusserung dazu, das Recht gegen Vereinsstatuten, Hofceremoniell und Aehnliches abzugrenzen.

Was im Folgenden über das dem Rechte wesentliche, imperative Element, über primäre und secundäre Gebote ausgeführt wird, kann grossentheils ausser Betracht bleiben. Auffallend ist darunter nur, was über Rechtssätze bemerkt wird, denen die Sanction fehlt. „Wesentlich“, heisst es § 5, n. 6, „ist den Geboten des Rechts, Aeusserungen des herrschenden Willens zu sein, und, was damit zusammenhängt, ein gewisses Maas bewegender Kraft zu besitzen, aber die Energie jenes Willens äussert sich nicht lediglich in den Formen jener Sanction und ihrer Verwirklichung, und Rechtsvorschriften können ein hohes Maas bewegender Kraft besitzen, auch wenn für den Fall ihrer Verletzung rechtliche Folgen nicht angeordnet sind. An die Stelle der letzteren können unter Umständen unregelte sociale

Gegenwirkungen, irgend welche Formen der Selbsthülfe treten, und die Vertheilung der Machtverhältnisse kann so geordnet sein, dass die Scheu vor jener Selbsthülfe die gleiche praktische Bedeutung besitzt wie sonst die Scheu vor der durch die secundären Rechtsgebote vorher bestimmten Unrechtsfolgen.“

In Fällen solcher Art, soviel ist klar, hat die „bewegende Kraft“ der Rechtsnorm ihren Ursprung nicht in dem in der Gemeinschaft herrschenden Willen. Die praktische Geltung derselben ist von seiner Einflussnahme unabhängig, höchstens kann von einer solchen insofern gesprochen werden, als der herrschende Wille unter bestimmten Umständen Selbsthülfe gestattet. Da nun aber diese Selbsthülfe nicht als eine regellose gedacht, sondern der Bestand einer Rechtsordnung vorausgesetzt ist, wird auf die früher erörterten Werthurtheile zu recurriren sein und zwar so, dass dabei eine bestimmte, dort schon hervorgehobene Auffassung derselben zu Grunde gelegt wird. Man wird zu sagen haben: gewisse Handlungen gelten einer menschlichen Gemeinschaft auf Grund des in allgemeiner Ueberzeugung begründeten Maasstabs für so unbedingt verwerflich und unzulässig, dass die Repression derselben, auch wenn sie auf dem Wege der Selbsthülfe geschieht, allgemeine Billigung findet. Und ebenso können sich andere Handlungen als so unbedingt werthvoll für die Gemeinschaft darstellen, dass von ihrer zwangsweisen Durchführung das Gleiche gilt. Damit wird dann freilich die Bedeutung des in der Gemeinschaft herrschenden Willens für das Recht sehr erheblich eingeschränkt. Von ihm hiess es ursprünglich¹⁾, dass er den Rechtssatzungen die praktische Geltung sichere. Davon ist bei den hier in Rede stehenden Fällen ausdrücklich abgesehen. Die praktische Geltung beruht auf der Selbsthülfe, welche ihrerseits ihre Stütze in den von der allgemeinen Ueberzeugung getragenen Werthurtheilen hat. Wesentliche, weil in allen Fällen vor auszusehende Function des Willens ist hiernach nur die in § 4 aufgeführte, dass er die der Ordnung menschlicher Verhältnisse zu Grunde liegenden Gedanken „sich zu eigen gemacht und sie für eine verbindliche Richtschnur praktischen Verhaltens erklärt hat.“

Wohin diese Bestimmung zielt, ist klar. Sie hindert uns, anzuerkennen, dass es wirkliche Rechtssätze geben kann, welche nicht durch ausdrückliche Gesetzgebung festgelegt sind, und welche der Anwendung auf den Einzelfall vermittelst Richterspruchs vorangehen.

¹⁾ S. oben S. 256 f.

Aber warum sollen Sätze, die völlig wie Rechtssätze wirken, weil die vernünftige Ueberzeugung der in der Gemeinschaft Stehenden in ihnen die Norm für eine angemessene Ordnung menschlicher Verhältnisse erblickt, und die Selbsthülfe unter allgemeiner Billigung ihre Geltung sichert, nicht auch den Namen von Rechtssätzen tragen? Mir scheint, die Schranke, welche das Gebiet des positiven als des allein wirklichen Rechts von dem perhorrescirten Naturrecht trennen soll, hat durch den Inhalt des § 5 erheblich an Festigkeit verloren.

§ 7 trägt die Ueberschrift: „Recht und Macht.“ Dass die Wirksamkeit der Rechtsnormen vermittelt wird durch mechanische und geistige, insbesondere moralische Kräfte (n. 2), dass der mechanische Zwang „im allgemeinen“ unentbehrlich ist, und ebenso der auf Androhung beruhende psychologische Zwang (n. 3), dass aber trotzdem das Recht nicht aufhört, Recht zu sein, wenn ihm im concreten Einzelfall kein Zwang zur Seite steht, ist unbedenklich zuzugeben. Der Vf. fährt fort: „Ja, die völlige Beseitigung auch der Androhung ihrer (d. i. der mechanischen Machtmittel) Anwendung würde ihm (d. i. dem Rechte eines Volks) den Rechtscharakter nicht entziehen, solange seinen Geboten durch die Achtung vor dem in ihnen sich aussprechenden Willen und durch die Scheu vor den vom Rechte unabhängigen Folgen ihrer Verletzung eine durchgreifende Wirkung gesichert wäre. Aber der Gang der Geschichte hat uns einem solchen Zustand bisher nicht näher gerückt.“

Ich habe keine Veranlassung, das hier Gesagte seinem dogmatischen Inhalte nach zu bestreiten, bin vielmehr gleichfalls der Meinung, dass die Erzwingbarkeit des Rechts ihren Grund in dem nicht bloß möglichen, sondern immer auf's neue durch die Thatsachen bestätigten wirklichen Vorhandensein widerstrebender Einzelwillen besitzt, und in einem idealen, jeden Gedanken an ein solches Widerstreben ausschliessenden Gemeinwesen vielleicht gar nicht als Merkmal des Rechts in's Bewusstsein treten würde. Hervorzuheben aber ist, dass der Wille hier wiederum in einer anderen Function erscheint. Er schreibt nicht etwa nur den Rechtssatz als Norm des praktischen Verhaltens vor, sondern er bewirkt nun auch seine praktische Geltung, aber nicht durch die von ihm ausgehende Sanctionirung und auch nicht durch die von ihm zugelassene Selbsthülfe, sondern er bewirkt sie vermittelt der ihm von den Gliedern der Gemeinschaft entgegengebrachten Achtung.

Achtung für's Gesetz ist bekanntlich bei Kant nur ein anderer Ausdruck für Pflichtgefühl. Möglich, dass eine Reminiscenz daran hier wirksam war, jedenfalls tritt im Folgenden der Gedanke der Pflicht und der moralischen Verbindlichkeit völlig unvermittelt und unter Beiseitesetzung der bisherigen vorsichtigen Zurückhaltung hervor.

Im Vergleiche mit der Macht, die den Rechtsnormen „aus dem Werthe zufließt, welcher ihnen in der Gemeinschaft beigemessen wird“, kommt dem Machtelement nur subsidiäre Bedeutung zu. „Denn das Recht ist ein Inbegriff „geltender“ Normen; in dem „Gelten“ aber liegt hier jene Anwartschaft auf eine freiwillige Befolgung.“ Bloße physisch durchzusetzende Machtgebote sind keine Rechtsnormen. Sie sind werthlosen Papieren zu vergleichen, die man mit der Pistole in der Hand als Zwangsmittel aufnöthigt (n. 6). — Jetzt gewinnen also die früheren sehr allgemein gehaltenen Andeutungen über die Werthurtheile, von welchen die Rechtsnormen abhängen, die erforderliche nähere Bestimmung, und auch ihr Verhältniss zu den bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung gleichfalls maasgebenden Interessen¹⁾ wird deutlich. Oder vielmehr, es wird jetzt ein zweifacher Werth unterschieden, der in den Rechtsnormen zum Ausdrucke gelangt und ihre Geltung bedingt, einerseits ein „Zweckmässigkeitswerth, d. h. ein Werth, der sich in ihrem den Betheiligten zum Bewusstsein gelangten Verhältnisse zu gemeinsamen Interessen begründet, andererseits ein ethischer, auf dem Verhältniss dieser Normen zu den ethischen Volksanschauungen, speciell zu den Anschauungen über das Gerechte sich gründender.“ Von ihnen ist der letztere der höhere und für die praktische Geltung des Rechts bedeutungsvollere. Ausdrücklich wird anerkannt, dass die verpflichtende Kraft der Normen, welche in jenem ethischen Werthe ihre Wurzel hat, „das wichtigste Machtelement des Rechts“ bildet (n. 7).

Der Zusammenhang des Rechts mit der Moral ist damit ausdrücklich anerkannt, ein überaus erfreulicher Fortschritt gegenüber den Versuchen einer früheren Zeit, die beiden Gebiete in schroffer Entgegensetzung auseinanderzureissen! Aber weshalb wurde diese wichtige und aufklärende Wahrheit nicht sogleich an die Spitze gestellt? Warum nicht, statt von solch' leeren Abstractionen, wie Machtsphären, Grenzbestimmungen, Werthurtheilen usw., vielmehr sogleich von der fundamentalen Thatsache ausgehen,

¹⁾ Oben S. 254 f.

dass wir an die menschlichen Handlungen, eigene und fremde, einen Maasstab anlegen, der dieselben auf ihren sittlichen Werth oder Unwerth prüft, in deutlich erkennbarem Unterschiede von jedem anderen Werthe, der ihnen in irgend welcher Beziehung zukommen mag? Warum nicht in Verbindung damit sogleich daran erinnern, was ja im weiteren Verlaufe doch zugestanden werden musste, dass es in vielen Fällen eben dieser anerkannte sittliche Werth oder Unwerth einer gebotenen oder verbotenen Handlung ist, woraus die „bewegende Kraft“ der befehlenden oder verbietenden Rechtsnorm her stammt? Jene Ausführungen über Satzungen, denen die Sanction fehlt, oder deren praktische Geltung auf der Selbsthülfe beruht, würden damit erheblich an Verständlichkeit gewonnen haben. Alsdann hätte es geheissen: Es gibt Rechtssätze, bei denen das, was sie gebieten, vom sittlichen Gesichtspunkte aus so unmittelbar einleuchtet, dass da, wo keine organisirte Gewalt für ihre Durchführung eintritt, die ihre Geltung sichernde Selbsthülfe von demselben sittlichen Gesichtspunkte aus, allgemeine Billigung findet.

Eine philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft musste sodann vor allem untersuchen, ob es die Gesamtheit menschlicher Handlungen ist, welche wie der sittlichen, so auch der rechtlichen Normirung unterliegt, oder ob die letztere nur einen bestimmt charakterisirten Ausschnitt in Anspruch nimmt, indem sie das Uebrige der Moral im engeren Sinne überlässt.

VIII.

Was Merkel verhinderte, gleich zu Anfang diesen Weg einzuschlagen, ist leicht erkennbar. Die neue Rechtsphilosophie darf ja nur mit der Erfahrung und mit Abstractionen aus der Erfahrung operiren. Aufgebaut auf ein möglichst vollständiges, durch die Rechtsvergleichung zusammengetragenes Material soll sie die bunfte Vielheit concreter Rechtsgestaltungen unter allgemeine Begriffe ordnen und zusammenfassen und zuletzt einen obersten, allumfassenden Begriff des Rechts überhaupt gewinnen.¹⁾ In diesem Rahmen bewegen sich die allgemeinen Bestimmungen, mittelst deren die ersten Paragraphen des Rechts habhaft zu werden versuchten. Aber es ergab sich, dass man auf diesem Wege gar nicht an's Ziel gelangen könne. Solange man nur ganz allgemein von Werthurtheilen sprach, blieb allerdings der positivistische Standpunkt gewahrt, der nur nach Zeit und Ort

¹⁾ Vgl. oben Abschn. I, S. 119 ff.

wechselnde Vorstellungen über das als werthvoll zu Erachtende kennt, aber kein absolut Werthvolles, welches für Alle gültige und allgemein verbindliche Forderungen begründet. Aber die spezifische Eigenart des Rechts liess sich damit nicht begreiflich machen: die Erzwingbarkeit auf der einen, die „Anwartschaft auf eine freiwillige Befolgung“ auf der anderen Seite. Liess man dagegen jenen Standpunkt einen Augenblick ausser Acht, so war das Gesuchte leicht gefunden, weil es dem gemeinen Bewusstsein unmittelbar nahe liegt. Die Rechtsnorm ist nicht von einem ästhetischen oder conventionellen Werthurtheile begleitet, sondern sie spricht eine moralische Verpflichtung aus und besitzt darin ihr wichtigstes Machtelement.

Aber nicht das einzige. Vielmehr ist eben dies der am meisten in die Augen springende Unterschied zwischen den rechtlichen Normen und denen, die wir moralische im engeren Sinne oder rein moralische zu nennen pflegen, dass bei den ersteren noch ein weiteres hinzukommt, ein Plus gegenüber den letzteren, welches in der Erzwingbarkeit seinen deutlichsten Ausdruck findet, ohne doch in ihr allein aufzugehen. Auf einen allgemeinen Ausdruck gebracht, liesse sich der Unterschied dahin bestimmen, dass die Rechtsnorm zugleich eine Forderung ist, welche die Gemeinschaft an den Einzelnen stellt, deren Erfüllung sie mit Zwang durchsetzen, deren Nichtbeachtung sie mit Strafe ahnden kann. Die Forderung ihrerseits kann entweder auf eine positive Leistung oder auf eine Unterlassung gehen, je nachdem die Rechtsnorm ein Gebot oder ein Verbot ausspricht.

Sieht man aber noch näher zu, so handelt es sich keineswegs immer darum, dass eine schon ohnehin vorhandene und anerkannte moralische Verpflichtung eine Verstärkung dadurch gewinnt, dass die Gemeinschaft in der einen oder anderen Weise für dieselbe eintritt und ihre Geltung sichert. Das ist nur der eine Fall; er liegt vor, wo das Recht befiehlt, vertragsmässig eingegangene Verbindlichkeiten zu erfüllen, fremdes Eigenthum zu schonen usw. Aber wenn z. B. das Recht im deutschen Reiche vorschreibt, dass jeder Bürger mit dem Eintritt in ein bestimmtes Lebensalter sich der Militärbehörde stelle, dass der Arbeitgeber seine Arbeiter gegen Krankheit, Unfall und Invalidität versichere, dass eine Ehe, um bürgerlich gültig zu sein, vor dem Standesamt geschlossen werden müsse, so liegt der Fall hier offenbar anders. Die Verpflichtung, die vorher nicht da

war, ist durch die Gemeinschaft selbst erst begründet worden. Wie kommt es nun, dass die Gemeinschaft nicht nur zwingen, sondern auch verpflichten kann? Und wie weit reicht ihre Macht in dieser Richtung? Dass sie nicht unbeschränkt ist, sodass die Gemeinschaft alles und jedes mit verpflichtender Kraft vorschreiben könnte, hat sich schon früher herausgestellt. Nunmehr aber hat sich das Problem complicirt durch die Einsicht, dass das von der Gemeinschaft oder von dem in ihr herrschenden Willen erlassene Rechtsgesetz bald mit verpflichtender Kraft vorschreibt, was das Moralebot im engeren Sinne freilässt, bald sich zu eigen macht und auch seinerseits fordert, was bereits das Moralebot als Pflicht hinstellt, bald endlich diesem letzteren allein die Durchsetzung seiner Vorschrift überlässt.

Fragen der bezeichneten Art drängen sich unvermeidlich auf, sobald der Zusammenhang des Rechts mit der Moral anerkannt ist und die Unmöglichkeit, die bewegende Kraft des ersteren ohne Zuhilfenahme des ethischen Sollens zu erklären. Was Merkel zu ihrer Beantwortung beibringt, genügt in keiner Weise.

In § 8 wird die verpflichtende Kraft der Rechtsnormen definit als „diejenige Eigenschaft derselben, welche ihnen eine Unterstützung seitens des Pflichtgefühls derer sichert, an welche sie sich wenden, oder, anders ausgedrückt“ als „das Bündniss mit den im Volke lebenden moralischen Kräften, kraft dessen von den letzteren eine Nöthigung zur Erfüllung der Rechtsgebote ausgeht.“ — Die Absicht dieser Erklärung ist verständlich. Sie soll so rasch als möglich wieder in die empiristische Betrachtungsweise einlenken und den Ausblick versperren, den die Anerkennung des ethischen Sollens auf einen weit davon abliegenden Standpunkt eröffnet hat. Der völlig unklare und verwaschene Ausdruck von einem „Bündniss mit den im Volke lebenden moralischen Kräften“ scheint dazu vorzüglich geeignet. Er erweckt für einen Augenblick die Vorstellung, als sei das, worin soeben das wichtigste Machtelement des Rechts erkannt wurde, doch nur ein Gegenstand geschichtlicher Erforschung gleichwie die Rasse-eigenthümlichkeit eines Volkes oder die Form und Stufe seines wirthschaftlichen Lebens. Das tritt im Folgenden noch deutlicher hervor. Merkel kommt hier auf die Frage, welche Stammverhältnisse in der früher besprochenen Abhandlung an zweiter Stelle der ausschliesslich geschichtlichen Betrachtungsweise entgegenhält: wie kann aus Unrecht Recht hervorgehen? Möglich, dass seine Aufstellungen als eine Beantwortung derselben gelten sollen.

Eine gewaltsam octroyirte Ordnung, so wird ausgeführt (n. 2), ist erst von dem Momente an Rechtsordnung, „wo das Uebergewicht der moralischen Kräfte im Volke sich auf ihre Seite neigt, und ihr eine freiwillige Beachtung als einer maasgebenden Richtschnur des Handelns sichert.“ Es kann sonach auch aus Unrecht und Gewalt Recht hervorgehen. „Es geschieht dies, indem unter dem Einflusse der Gewohnheit und anderer vermittelnder Factoren die Kräfte des Volksgewissens in ein begünstigendes Verhältniss zu den durch jene geschaffenen Thatsachen treten.“ Ebenso kann aber auch aus Recht Unrecht werden, wenn seine Entwicklung den Entwicklungen der ethischen Anschauungen bei einem Volke nicht folgt (n. 3).

Nun wird Niemand im Ernste behaupten wollen, dass mit Auslassungen, wie den obigen, die angerührte tief greifende Frage wirklich beantwortet wäre. Der Vorwurf mangelnder Präcision, der so gerne von juristischer Seite gegen die Philosophen erhoben wird, ist hier Merkel in ganzer Stärke zurückzugeben.

Der Grossgrundbesitz in Mecklenburg, Pommern, Schlesien und anderswo ist bekanntlich zu einem guten Theile aus dem sogenannten Bauernlegen entstanden, das im 17. u. 18. Jahrhundert vielfach im Schwange war. Dass die dort herrschenden Eigenthumsverhältnisse zum theil aus Unrecht hervorgegangen sind, steht sonach fest, ebenso aber wohl auch, dass sie jetzt zu Recht bestehen. Ist nun das Letztere darum der Fall, weil die Kräfte des Volksgewissens inzwischen in ein begünstigendes Verhältniss zu den durch das damalige Vorgehen geschaffenen Thatsachen getreten sind? Wer, der den rechtlichen Bestand bezweifeln wollte, würde sich mit einem so vagen Hinweise abfinden lassen? Was sind denn „Kräfte des Volksgewissens“, und was ist ein „begünstigendes Verhältniss“? Und wann ist ein derartiges Verhältniss als eingetreten zu erachten?

Mit solch' allgemeinen Redewendungen ist gar nichts gethan. Die Frage liegt überhaupt nicht so einfach, dass man durch eine runde Formel ein für allemal bestimmen könnte, wann und wie aus Unrecht Recht werde. Die Entscheidung hängt in den verschiedenen Fällen von sehr verschiedenen Umständen ab, und es macht dabei einen wesentlichen Unterschied, ob es sich um privatrechtliche Verhältnisse oder um solche von öffentlich-rechtlichem Charakter handelt. Das zu Ende gehende Jahrhundert hat zahlreiche Revolutionen, Staatsstrieche und Vertreibungen legitimer Fürsten gesehen. Dass vielerorts aus dem geschehenen Unrecht Recht hervorgegangen ist,

wird kaum jemand bestreiten wollen. Wo dies aber der Fall ist, da geschah dies nicht darum, weil „das Uebergewicht der moralischen Kräfte im Volke“ sich auf die Seite der neuen Ordnung der Dinge geneigt hat, sondern es sind sehr bestimmte Erwägungen, welche selbst den, der im Herzen den alten Einrichtungen anhinge, veranlassen müssten, die neuen als zu Recht bestehend anzuerkennen. Unter ihnen nimmt vielleicht die erste Stelle die Erwägung ein, dass der Staatszweck und das gesicherte staatliche Leben dem Anspruche einer Dynastie auf die Ausübung der obersten Gewalt in einem bestimmten Staatswesen vorgehen muss. Das führt dann mit Nothwendigkeit in eine Untersuchung des Staats und seiner Stellung zur sittlichen Ordnung hinein, welche selbstverständlich durch die kurzen Bemerkungen in § 2 nicht erschöpft wird, aber auch nicht durch das, was demnächst in dem vierten Abschnitte der Merkel'schen Einleitung geboten wird.

Der wichtigste Punkt ist zuvor schon angedeutet worden. Wie kommt es, dass die Gemeinschaft oder der in ihr herrschende Wille oder, noch concreter ausgedrückt, dass die staatliche Auctorität Normen mit verpflichtender Kraft, mit jener Anwartschaft auf freiwillige Befolgung, erlassen kann auch dann, wenn die verbotene Handlung an und für sich keine verwerfliche, und ebenso die gebotene keine vom Sittengesetz unabweislich geforderte ist? Worauf beruht die Macht der Obrigkeit, die Freiheit der Bürger derart einzuschränken, dass ihrem Gebote auf seiten der letzteren eine moralische Verpflichtung entspricht, auch in Fällen und in Bezug auf Handlungen, wo und gegenüber welchen eine solche Verpflichtung, sei es des Thuns oder des Unterlassens, zuvor nicht bestand?

Dass die eigenen Ausführungen Merkel's dahin drängen müssen, diese Frage zu stellen, hat sich wiederholt gezeigt. Wird sie aber gestellt, so droht eine andere, bisher noch nicht beanstandete Bestimmung zweifelhaft zu werden, die Bestimmung, wonach als letzte Voraussetzung der Rechtsbildung ein Herrschaftsverhältniss anzusehen wäre, welches eben darum nicht rechtlicher, sondern nur tatsächlicher Art sein könnte.¹⁾ Das Gewicht dieser Behauptung erschien abgeschwächt dadurch, dass der herrschende Wille gehalten sein sollte, sich mit den in der Gemeinschaft lebendigen Werthurtheilen in Einklang zu setzen, oder auch seinen Vorschriften erst durch die Uebereinstimmung mit diesen der volle rechtliche Charakter zu theil werden sollte. Dass damit dem von den Vertretern der ausschliess-

¹⁾ Vgl. oben S. 256.

lichen Positivität des Rechts bekämpften Dualismus der Zugang wiederum eröffnet ist, und die Möglichkeit besteht, von einem in praktischer Geltung befindlichen und trotzdem nicht wirklichen und einem nicht geltenden idealen Recht zu reden, welches Anspruch hätte, an Stelle des ersteren zu treten, soll hier nur im Vorbeigehen nochmals hervorgehoben werden.¹⁾ Mit allem Nachdrucke ist dagegen jetzt auf das andere hinzuweisen, dass jene wie immer sich vollziehende Auseinandersetzung des Herrscherwillens mit den Werthurtheilen nur den einen Theil der Fälle treffen kann, nicht aber den anderen, hier in's Auge gefasst, wo die von ihm erlassenen Vorschriften ihrem Inhalte nach zu jenen Werthurtheilen gar keine Beziehung haben, aber trotzdem mit der Anwartschaft auf freiwillige Befolgung auftreten.

Merkel rührt an das Problem, wo er die Achtung vor dem in der Gemeinschaft herrschenden Willen unter den Factoren aufführt, welche einer Rechtsnorm ihre Geltung sichern. Aber er unterlässt es, diesen Factor in seiner Eigenart zu bestimmen und von dem anderen zu unterscheiden, der in dem von der rechtsetzenden That des Willens unabhängigen sittlichen Werth oder Unwerth der gebotenen oder verbotenen Handlung begründet ist. Dort unterwerfe ich mich der rechtlichen Norm, weil sie Gesetz ist, hier noch ausserdem und schon vorher, weil sie ihrem Inhalte nach sittlich verpflichtet. Dort ist vorausgesetzt, dass die staatliche Auctorität befugt ist, meine Freiheit auch da einzuschränken, wo der gebotenen oder verbotenen Handlung an sich ein sittlicher Werth oder Unwerth nicht innewohnt. Hier ist der staatlichen Auctorität die Befugniss zuerkannt, mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln für die praktische Geltung sittlich verpflichtender Normen einzutreten.

Sonach genügt es nicht, den Zusammenhang des Rechts mit der Moral nur nachträglich und gleichsam widerwillig an einem einzelnen Punkte zuzugeben. Der anerkannte Zusammenhang reicht weiter. Nicht das ist das Entscheidende, dass die einzelne Norm ihrem Inhalte nach mit sittlichen Werthurtheilen in Verbindung steht und daraus das wichtigste Element ihrer Macht gewinnt, sondern seinem ganzen Umfange nach ist das Recht in seiner specifischen Eigenart nur auf dem Grunde der sittlichen Ordnung verständlich. (Schluss folgt.)

¹⁾ Vgl. oben S. 262, S. 258.