



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Ius ancilla ethicae?

Senn, Marcel

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-54989>

Originally published at:
Senn, Marcel (2011). Ius ancilla ethicae? *Ancilla Iuris*:9-35.

Ius ancilla ethicae?

von Marcel Senn

translated by Gareth Norbury

I. Wozu dieser Beitrag?

Die Welt beginnt und endet in den Köpfen von uns Menschen. So wie wir uns *diese* Welt vorstellen und sie mitunter bewerten, bestimmen wir sie für uns und meinen in der Folge, dass sie so sei, wie wir sie sehen, auch wenn sie selbst – wer weiss – völlig anders, jedenfalls kraft eigener Konstitution, jenseits von unseren Kategorien, ist. Und so verhält es sich auch mit der grundlegenden Vorstellung, was uns Menschen in unserem Leben verbindet, verpflichtet und ermächtigt, so und nicht anders zu handeln. Dieses Etwas, das dies auch vermag, bezeichnen wir mit dem Ausdruck „Norm“. Normen bestimmen unser Leben tagesin, tagaus, mit- hin unser Selbstverständnis.

Doch was sind Normen? Ohne hier eine Normtheorie im Stil einer gegenwärtig etablierten positivistischen Denkkultur zu rekonstruieren, was überhaupt nicht das Ziel dieses Beitrags sein kann, soll dennoch das Normverständnis kurz dargelegt werden. Normen lassen sich dahingehend umschreiben, dass sie – ganz grundsätzlich – Vorstellungen darüber sind, *wie* das Zusammenleben der Menschen zu regeln sei. Sie sind in dem Sinne allgemein gültig und ihre Befolgung lässt sich einfordern. Sodann lässt sich dieser Normbegriff mindestens dreifach unterscheiden, nämlich nach moralischen, ethischen und juristischen Normen. Während die moralischen und die juristischen Normen von einer Institution, einer Gruppe oder einem Staate vorgegeben sind, kann deren Einhaltung faktisch wie legal – in beiden Fällen aber legitim – eingefordert und grundsätzlich auch erzwungen werden, dagegen lassen sich ethische Normen zwar einfordern, aber nicht erzwingen.

I. What is the purpose of this contribution?

The world begins and ends in our heads. We categorise *this* world for ourselves as we imagine it and from time to time evaluate it, then believing that it is as we see it, even if it may well be completely different, in any case with its own constitution, and thus lie outside our categories. And this too holds true for the fundamental conception that binds, obligates and authorises us to act as we do, and not otherwise, in our lives. This “thing” that makes all this possible is what we call a “norm”. Norms determine our lives, day in, day out, and thus our self-conception.

But what are norms? Without reconstructing a norm theory here in the style of the currently established positivistic way of thinking (which cannot in any case be the aim of this contribution), our understanding of norms can nevertheless be briefly stated. Norms can be described as our underlying conceptions of *how* to regulate the way in which human beings live together. They have in this sense a general validity and therefore it is always possible to demand their observance. This concept of norm can be subdivided into at least three different groups, i.e. moral, ethical and legal norms. While moral and legal norms are set forth by an institution, a group or a state, their observance can be factually and legally (but in both cases legitimately) demanded, and in principle also enforced, the observance of ethical norms, however, can just be demanded, but not enforced.

Die drei Normgruppen lassen sich wie folgt knapp charakterisieren:

- *Moralische Normen* manifestieren sich in bestimmten Gebräuchen oder Verhaltensweisen, die uns selbstverständlich, gewissermassen unreflektiert, leiten; diese Normen haben somit etwas Kurioses, insofern sie zeit- und situationsbedingt herausgebildet wurden. Oder, sie manifestieren sich bewusst als ein Bündel ausdrücklicher Normen einer bestimmten Gesellschaft oder Gruppe und haben daher eine vereinbarte Geltung. Deren Befolgung wird durch soziale Akzeptanz belohnt, deren Missachtung durch Schimpf und Schande beworfen und sozial, etwa durch Ausschluss aus der Gruppe, sanktioniert.
- *Ethische Normen* hingegen beruhen auf einem jeweils bestimmten intellektuellen Handlungskonzept. Sie bringen zum Ausdruck, dass sie wohl überlegt und aus einer gewachsenen Grundhaltung zum Leben heraus bestimmt sind, also von daher über eine innere argumentative Schlüssigkeit verfügen. Ihre Konzeption beruht meist auf der Annahme der Würde der Person, die sich durch ethisches Handeln auszeichnet. Ethische Normen binden jedoch nur, insofern wir auch bereit sind, sie unserem Leben als Gestaltungskonzept zu unterlegen. Ihre Einhaltung lässt sich im Gegensatz zu moralischen Normen gesellschaftlich nur bedingt einfordern, weil sie durch die Individuen bestimmt sind und bleiben. In jedem Fall lassen sie sich aber nicht erzwingen. Ihre Nichteinhaltung bleibt jedoch keineswegs folgenlos. Denn die Nichteinhaltung bedeutet stets einen Bruch im kommunizierten Profil einer Persönlichkeit, die sich nach aussen ebenso autonom wie ethisch gibt. Dieser Bruch bedeutet folgerichtig einen Verlust an Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit dieser Person.

The three groups of norms can be summarised in brief as follows:

- *Moral norms* are manifested in certain customs or behaviours that guide us as a matter of course, to a certain extent without our even reflecting on them; these norms are thus somewhat cursory as they have been developed from a particular time and situation. Or they consciously manifest themselves as a bundle of express norms of a certain society or group and thus have an agreed validity. Observance is rewarded by social acceptance, while disregard is met with shame and dishonour and socially sanctioned by exclusion from the group.
- *Ethical norms* are however based in each case on a determined intellectual concept of action. They express the fact that they are considered and determined from an appropriate basic attitude to life and thus have an internal argumentative cohesion. Their conception is usually based on the assumption of the dignity of a person who distinguishes him/herself through ethical conduct. However, ethical norms are only binding if we are also prepared to acknowledge them as a structural concept for our lives. In contrast to moral norms, their observance can only be to a certain extent demanded by society, as they remain determined by individuals. But in no case can they be enforced. Their disregard is by no means without consequences, however. This is because disregarding them always means a break in the profile communicated by a personality that seeks to present itself to the outside world as both autonomous and ethical. A breach logically means a loss in the credibility and trustworthiness of this person.

- Schliesslich gibt es noch *juristische Normen*, deren Einhaltung stets und von allen eingefordert werden kann, darf, ja sogar muss, denn sie sind „Recht“. Sie sind mittels Sanktionen auch jederzeit erzwingbar. Deren Nicht-Einhaltung wird indes nicht beiläufig von den Betroffenen selbst, sondern nach einem unabhängigen und strengen Prüfungsverfahren – in einem Verfahren, das selbst Rechtsnormen untersteht – festgestellt. Dadurch unterscheiden sich diese Normen von den moralischen. Sie verbürgen rechtmässiges Handeln, wie es allgemein gilt. Dieses Recht hängt in seinem Geltungsanspruch daher nicht von unserem Willen ab, ob wir es befolgen wollen oder nicht. Wer dem Recht die Achtung verweigert und nicht Folge leistet, den trifft unausweichlich die allen bekannt gegebene konkrete Sanktion des Rechts.
- Finally, there are *legal norms*, whose observance can always be demanded by everyone, and indeed it must, because these norms are “law”. They are also enforceable at any time by means of sanctions. Their fact of their disregard is not, however, established casually by the persons concerned, but according to an independent and strict investigation procedure – a procedure that is itself subject to legal rules. These norms thus differ from moral norms. They ensure actions within the law, as it generally applies. The claim to validity of such law does not therefore depend on our will, i.e. whether or not we wish to obey it. Whosoever ignores the law and refuses to obey it will inevitably have to face the concrete, well-publicised sanction of the law.

Den moralischen Normen unterziehe ich mich also, solange ich bei der Gruppe bleiben will; die Folge für einen Normbruch ist Androhung bis Vollzug des Ausschlusses aus der Gruppe – mangels anderer griffiger Sanktionen. Im Fall der ethischen Normen anerkenne ich diese aus eigener kritischer Reflexion, weil ich sie für wert- bzw. sinnvoll halte und mich daher auch mir selber gegenüber verpflichte. Im Gegensatz dazu fragen die gesetzlichen Rechtsnormen weder nach meinem Willen noch nach meiner Reflexion; sie gelten aus sich selbst heraus und unterwerfen mich ihrer Bestimmung, selbst wenn ich weder zu einem Kollektiv noch zu einem Staat gehöre. In allen Fällen ist die Grösse des Kreises der Menschen, die nach diesen Normen jeweils zusammen leben, nicht relevant.

Der vorliegende Beitrag thematisiert nun das Verhältnis der zwei Normtypen von Ethik und Recht, die nach dem landläufigen Verständnis stets säuberlich getrennt erscheinen. Er wird zeigen, wie stark das Recht, gerade wenn es nicht einem kursori-

I thus adhere to moral norms for as long as I want to remain a member of the group; the consequence of breaching a norm is (in the absence of other, more adequate sanctions) the threat of or actual exclusion from the group. In the case of ethical norms, I recognise these from my own critical reflection because I regard them as having value or sense and undertake to respect them also with regard to myself. In contrast, legal norms are interested neither in my will nor in my reflection; they are valid in themselves and subject me to their provisions, even if I belong neither to a collective nor to a state. In all cases, the extent of the sphere of humans that live together, according to these norms, is irrelevant.

This contribution will now address the relationship between the two types of norm, ethics and law, which according to conventional wisdom always appear so neatly divided. It will show how strongly law, especially where it does not stem from a cursory

schen Willen entspringt, sondern eine Konzeption haben soll, letztlich ethisch fundiert sein muss, damit Recht als Recht auch zu überzeugen vermag. Der Sinn solcher ethischer Fundierung ist offensichtlich: Eine Welt, in der die Normbefolgung stets mittels staatlicher Sanktion eingefordert werden müsste, kann real nicht funktionieren. Auch wenn viele Juristen immer noch dem Glauben anhängen, die Welt funktioniere aufgrund ihrer sauberen Rechtsbegriffe, beruht wirksames Recht letztlich aufgrund von Grundregeln, die vorausgesetzt sind. Die wichtigste unter ihnen ist gewiss die, dass es Sinn mache, eben dieses Recht zu befolgen. Dies heisst, es liegt dem Rechtssystem stets eine Akzeptanz – ein Kredit – zugrunde, aus der Einsicht, dass keine Ordnung anders als auf der Grundlage von Akzeptanz wirklich sein kann. Akzeptierte nämlich nur schon ein Teil der Rechtsunterworfenen diese Grundregel nicht, dann müsste das Recht, sollte es Recht bleiben, fortwährend zwangsdurchgesetzt werden. Man kann sich kaum vorstellen, wie eine solche staatliche Gemeinschaft überhaupt existieren können soll, die allein dadurch funktioniert, dass sie all ihre Kraft darauf zu konzentrieren hat, Zwangsstaat zu spielen. Von daher muss, was seit Georg Friedrich Wilhelm Hegel in der Philosophie des frühen 19. Jahrhunderts und seit Eugen Ehrlich in der Soziologie des späten 19. Jahrhunderts längst erkannt ist, unbedingt gelten, dass das Recht immer erst *aufgrund der inneren Überzeugung* der Betroffenen bestehen kann, soll es real wirklich wirken können.

Nicht unähnlich verhält es sich nun mit Recht und Ethik. So wie das strikt positive Recht nicht ohne diese Grundregel der Voraus-Akzeptanz wirksam sein kann, ohne einen Leerlauf darzustellen, so gliche auch ein Recht, das ohne ethisches Fundament auskommen wollte, bloss einer leeren Hülse. Es funktionierte wie eine der zusammen geschraubten Maschinen von Meister Tinguely, die nur so dahinrattern. Darum

will, but should have a conception, must ultimately be ethically founded so that law can also convince as law. The purpose of such ethical foundation is obvious: a world in which norms always require state sanctions to ensure compliance cannot actually work. Even if many legal specialists still hold faith that the world functions on account of their fine legal concepts, effective law is ultimately based on basic, presupposed rules. The most important of these is without doubt the rule that it makes sense to obey this law. This means that the legal system is always based on an acceptance – a credit – deriving from the insight that no order can actually exist other than on the basis of acceptance. If only some of those subject to the law fail to accept this basic rule, then the law – for it to continue as law – must be continually applied by force. It is hard to imagine how such a state community could possibly exist if it could only function by devoting all its strength to playing the role of coercive state. Therefore, as has been recognised since the time of Georg Friedrich Wilhelm Hegel in the philosophy of the early 19th century and since Eugen Ehrlich in the sociology of the late 19th century, it is absolutely clear that, for the law actually to be able to work, it can only ever exist *through the internal conviction* of those concerned.

The relationship between law and ethics is not dissimilar. Just as strictly positive law cannot be effective without this basic rule of prior acceptance, otherwise it lacks any driving force, law that wishes to make do without any ethical foundation is just an empty shell. It would function like one of those machines put together by Jean Tinguely that just aimlessly clatter away. This contribution is thus dedicated to all those legal experts

sei dieser Beitrag all jenen Juristinnen und Juristen von Herzen gewidmet, die sich immer noch unverdrossen den stolzen Rigorismus des Rechts auf ihren Seelenbanner geschrieben haben in der Vermeinung, man könne die Welt durch deren Verrechtlichung im Griff halten und steuern. Deshalb auch der provokante Titel „Ob denn das Recht nicht die Dienerin der Ethik sei?“, was im Lateinischen, wie stets, prägnanter formuliert werden kann mit: „[utrum] *ius ancilla ethicae?*“.

II. Recht als faktisches Derivat?

Es gibt noch heute Rechtstheoretisierende, die glauben, wir lebten in der besten aller nur denkbaren Welten. Als Grund dafür geben sie an, das sei deshalb so, weil das Recht ein autonomes System und von daher nicht nur frei von Einflussnahmen aus Politik oder Ökonomie sondern auch von Religion und Ethik sei. Sie träumen. Zum einen ist dies nicht so, zum anderen ist ernsthaft zu fragen, ob dies, sollte es tatsächlich so sein, auch richtig wäre.

Dass es nicht so ist, lässt sich wie folgt erläutern. Man muss nicht Marxist sein, um zu wissen, dass sich das Recht auch bloss als ein Derivat der ökonomischen Verhältnisse auffassen lässt. Auch ein bekennender Wirtschaftsliberaler sieht das Recht letztlich als Instrument divergierender Marktinteressen und ihrer Lobbys. Dazwischen etwa liegt die Ansicht der modernen Rechtssoziologie, wonach die verschiedenen Interessen von Gruppen und Schichten die Grundlagen des Rechts einer Gesellschaft definierten. Ein Blick in die politischen Belange scheint solche Ansichten obendrein zu bestätigen. Denn allerorts herrscht der Glaube vor, unser Staats- und Gesellschaftswesen funktioniere zuverlässig demokratisch und wir seien vor dem Gesetze gar alle gleich. Richtig ist, dass die demokratische Gleichheit zwar politisch konstituiert sein kann oder es

who still undauntedly inscribe the proud rigourism of the law on their banner in the belief that such judicialisation will allow the world to be grasped and steered. Hence also the provocative title, “Is law merely the handmaid of ethics?”, which can as always be more concisely formulated in Latin as: “[*utrum*] *ius ancilla ethicae?*”.

II. Law as a derivate of factual circumstances?

There still exist those who theorise about law and believe that we live in the best of all conceivable worlds. Their reason for such thinking is that they regard the law as an autonomous system that is therefore not only free from the influence of politics or economics, but also from that of religion and ethics. They are living in a dream world. First, this is simply not so; second, the serious question must be asked as to whether, if this actually was the case, would it also be right?

That matters are not so can be explained as follows. You do not have to be a Marxist to know that law can simply be understood as a derivate of economic conditions. Even a self-professed economic liberal will see law ultimately as the tool of diverging market interests and their lobbies. Somewhere between these opinions is the view of the modern sociology of law, whereby the various interests of groups and strata define the bases of the law of a society. A glance at the political issues would also seem to confirm such views: everywhere the faith prevails that the trappings of our state and society all reliably function in a democratic manner and we are all in fact equal before the law. It is true that democratic equality can be or indeed is politically constituted, but the fact also remains that this political equality is categorised through juridical differentiation

sogar ist, doch Faktum bleibt auch, dass diese politische Gleichheit durch juristische Ausdifferenzierung unterschieden, dadurch auch wieder relativiert und durch wirtschaftliche und gesellschaftliche Einflüsse in der Folge unterlaufen wird.

Solche oder ähnliche Erfahrungen mit der Faktizität des Unterlaufens des Rechts liegen den Sichtweisen von Marxismus und Wirtschaftsliberalismus – manchmal auch der Soziologie – zu Grunde, die für sich je in Anspruch nahmen oder noch nehmen, die Welt und das Recht gleichsam aus ihrer Faktizität heraus begreifen und erklären zu können. Dadurch sind sie letztlich naturalistisch geprägt. Argumentativ reicht in diesen Fällen meist schon der einfache Hinweis auf die sogenannte Faktizität, der Viele von der Richtigkeit des Arguments auch gleich überzeugt. Solche Verweisung auf die angeblich naturgesetzesmässige Faktizität erübrigt es dann freilich auch, Recht als ein autonomes Denkgebilde weiter zu begründen. Denn dafür gibt es keine Notwendigkeit mehr, weil Recht faktische Macht bzw. Gewalt darstellt. Und wenn es so sein soll, dass nicht die Argumentation sondern die Gewalt „letztlich“ immer entscheidet, wie dies von Thomas Hobbes bis Carl Schmitt behauptet wurde, dann liegt keine nüchterne Analyse sondern eine Gewalt-Metaphysik vor. Rechtstheoretische Erörterungen sind dann bestenfalls beschönigende Kosmetik, aber keine solide Theorie. Ich denke, dass sich solches Rechtsverständnis an der Faktizität, die es vergöttert, selbst zugrunde richtet. Daher müsste solche Argumentation soviel ökonomisches Kalkül doch zulassen, dass man sich die Mühe einer Begründung getrost erspart.

Wenn es trotzdem das Ziel ist, die Wirklichkeit und ihre Funktionsweise mit Bezug auf das Recht zu analysieren, und diesem Wirklichkeitsbegriff weder eine bestimmte Bewertung im Sinn einer der vorerwähnten naturalistischen Folgerungen zu unterlegen,

and thus relativised and, in consequence, further undermined by economic and social influences.

Such or similar experiences with the facticity of the undermining of law underlie the views of Marxism and economic liberalism (and, sometimes, sociology) that claimed, or still claim, to be able to comprehend and explain the world and law from their own facticity, as it were. They are thus ultimately naturalistic in character. In terms of argument, it is usually enough in these cases to make simple reference to the so-called facticity that straightforwardly convinces many people of the rightness of the argument. Reference to this supposed facticity based on the laws of nature then of course makes it superfluous to further justify law as an autonomous thought construct: there would no longer be any need, as law represents actual power or force. And if it is the case, as maintained by thinkers from Thomas Hobbes to Carl Schmitt, that it is not argumentation but rather force that always “ultimately” decides, this is no longer a sober analysis, but rather a metaphysics of force. Theoretical discussions of law are then at best a cosmetic veneer, not a solid theory. I think that such an understanding of law comes to grief on the very facticity that it deifies. Argumentation in this way would need to allow so much economic calculation that one could confidently save oneself the trouble of finding any justification.

If it is the aim nevertheless to analyse reality and its functioning with reference to law, neither assigning a particular value to this concept of reality in the sense of one of the above-mentioned naturalistic consequences, nor categorising it according to

noch sie nach modischem Design zu kategorisieren, dann muss auf solche Theoretisierung auch konsequent verzichtet werden. Denn durch jede dieser Konstruktionen bzw. Artefakte, die eine Generation jeweils unter bestimmten Rahmenbedingungen für sich herstellt, wird die Sicht auf die Wirklichkeit nicht klarer, sondern vielmehr knapper und dünner. Wenn immer Wissenschaft sich entweder auf bloße Faktizität oder auf bloße Konstruktion reduziert, macht sie sich selber kaputt, und entzieht sich selbst dadurch die Legitimation eines wissenschaftlichen Wissens. Erst gestützt auf eine umfassende und korrekte Analyse der Gegebenheiten und einer vertieften intellektuellen Auseinandersetzung lassen sich taugliche Strategien – in unserem Fall – im Umgang mit Recht und in Bezug auf Wirklichkeit entwickeln. Hierin sind sich Juristen und Juristinnen wohl zuerst einig, wenn sie miteinander darüber ins Gespräch kommen.

III. Recht als autonomes Normengebilde?

Wenn also weder die naturalistische Wirklichkeitssicht noch postmoderne und insbesondere systemische Modelle, wie wir sie Ende des 20. Jahrhunderts feilgeboten erhielten, profunde Erkenntnisse zum Recht an den Tag bringen, dann scheint es doch auch nahe liegend weiter zu fragen, ob es nicht viel gescheiter wäre, sich bei der Konstitution des Rechtsbegriffs jeglicher Wirklichkeitsmetaphysik zu enthalten, wie dies Gottfried Wilhelm Leibniz¹ um 1700 und

fashionable design, such theorising must be completely abandoned. This is because every single one of these constructions or artefacts that a generation manufactures for itself under its particular conditions does not make its view of reality clearer: on the contrary, it becomes duller and more restricted. Whenever science is reduced to either mere factuality or mere construction, it destroys itself and thereby abolishes its legitimation as scientific knowledge. Only when supported by a comprehensive and correct analysis of the circumstances and a profound intellectual examination can suitable strategies be developed, in our case for dealing with law and in relation to reality. Legal experts can probably first agree on this point, should they come to discuss it.

III. Law as an autonomous structure of norms?

If therefore neither the naturalistic view of reality, nor the postmodern and particularly the systemic models offered us at the end of the 20th century, reveal profound insights regarding law, it then seems obvious to ask whether it is not wiser to avoid any metaphysics of reality in constituting the concept of law, as proposed by Gottfried Wilhelm Leibniz¹ around 1700 and by Immanuel Kant² at the end of the 18th cen-

1 Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* [1667]. Mit einer Einführung von Gustav Hartmann, *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph* (Glashütten im Taunus 1974), 36 f.; ders., *Fragment aus den rechtsphilosophischen Schriften*, in: Cassirer (Hg.), *Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie*, Bd. 2 (Hamburg 1996), 661.

1 Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* [1667]. With an introduction by Gustav Hartmann, *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph* (Glashütten im Taunus 1974), 36 f.; *ibid.*, *Fragment aus den rechtsphilosophischen Schriften*, in: Ernst Cassirer (pub.), *Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie*, Vol. 2 (Hamburg 1996), 661.

Immanuel Kant² Ende des 18. Jahrhunderts schon vorschlugen. In der Tat hat dieser Denkansatz etwas für sich, weshalb wir auf ihn zurückkommen werden (vgl. Ziff. 6).

Allerdings, und dies sei hier schon vorweg angemerkt, hat die Rezeptionsgeschichte den Ansatz dieser beiden Denker nicht wirklich fruchtbar gemacht, sondern ihn vielmehr in einem engen Positivismus erstickt. Recht sollte demzufolge als ein begriffliches, gleichsam in sich ruhendes Normensystem gesehen werden. Denn, so die Argumentation im Grundzug des wissenschaftlichen Positivismus seit dem 19. Jahrhundert, das Recht selbst habe, solange es sich in dieser rein wissenschaftlichen Sphäre aufhalte, nichts mit Politik, Wirtschaft und Ethik gemein. Es richte sich vielmehr nach nichts anderem als nach seiner Autonomie (und zwar dem Begriffe nach) ungeachtet dessen, woher diese stamme.

Der interessanteste Vorschlag zur Ausgestaltung eines Systems des Positivismus stammt wohl von Hans Kelsen aus den dreissiger Jahren des vorangegangenen Jahrhunderts. Seine Bemühungen gingen dahin, ein System der Normen aufgrund einer Grundnorm auszubilden.³ Dieses formallogische System ähnelte streckenweise dem Aufbau des mittelalterlichen Naturrechts, hatte jedoch keine Substanz, und folgerichtig weder ein materiales Problem noch eine Topik, sondern bestand aus einer aus der Grundnormlogik fließenden formalen Folgerichtigkeit. Die Grundnorm übernahm danach etwa die Funktion der *lex aeterna vel divina* im traditionellen Naturrechtsdenken des Mittelalters, freilich ohne deren Last einer inhaltlichen Bedeutung.

This approach does indeed have something to be said for it, which is why we will be returning to it (see Section 6).

However, and this should be noted straightaway, the way in which the approach proposed by these two philosophers was received did not really cultivate it but rather suffocated it in a narrow positivism. This theory holds that law should be seen as a conceptual system of norms that is somehow based upon itself. This is because, according to the basic argumentation of scientific positivism since the 19th century, law itself does not have anything in common with politics, economics or ethics provided it remains in this purely scientific sphere. It rather establishes itself in accordance with nothing less than its own autonomy (and indeed in accordance with this concept), regardless of where this originates.

The most interesting proposal for the development of a system of positivism was probably originated by Hans Kelsen during the 1930s. He attempted to develop a system of norms established on a basic norm.³ This system of formal logic in part resembled the structure of medieval natural law, but had no substance and consequently neither any material problem nor any topic, but consisted instead of a formal congruity deriving from its basic norm logic. The basic norm then took on something like the function of the *lex aeterna vel divina* in the traditional theory of natural law of the Middle Ages, although without the burden of any meaning for its content. Thirty years later, Herbert Lionel Adolphus Hart advanced this notion, while also differentiating between two dis-

2 Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft [2. A. 1787 Einleitung [B] 25 sowie [B] 116 f.], in: ders., Werkausgabe, hg. v. Wilhelm Weischedel, Bd. 3, 14. A. (Frankfurt a. M. 2000), 63 und 125 ff.

3 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, [1. A. Leipzig/Wien 1934], neu hg. v. Stanley L. Paulson (Aalen 1994).

2 Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft [2nd ed. 1787 Introduction [B] 25 and [B] 116 f.], in: *ibid.*, Werkausgabe, pub. by Wilhelm Weischedel, Vol. 3, 14th ed. (Frankfurt a. M. 2000), 63 and 125 ff.

3 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, [1st ed. Leipzig/Vienna 1934], repub. by Stanley L. Paulson (Aalen 1994).

Etwas weiter noch ging dreissig Jahre später Herbert Lionel Adolphus Hart, der zwischen zwei verschiedenen Ebenen der Regulierung zusätzlich unterschied.⁴ Diese trockenen Theorien des Rechts waren zwar alles in allem kühn aber auch clean (sprich: rein), und darin erschöpften sie sich auch sogleich; sie endeten eben so rein logisch wie der positivistische Diskurs selbst angelegt ist. Und um im Bilde des Mittelalters die Metapher weiter zu beschreiben: Dieser Diskurs ging wie das Raspeln einer Litanei von Worthülsen an einem vorbei. Daher musste die Frage einem aufstossen: War *dies* Rechtsphilosophie? Die Antwort konnte nur lauten: Nein. Das war bestenfalls reinste Theorie. Denn mit einer sogenannten Grundnorm, selbst wenn sie klar ausgearbeitet ist, lässt sich nichts bewirken. Sie bleibt ein Abstraktum. Ohne Inhalt geht im Recht aber gar nichts. Und darum ist die Frage geblieben: Ist *dies* schon Rechtsphilosophie?

Das Recht will und muss stets normieren; dies *ist* seine Natur, und dies kann niemand ernsthaft bestreiten wollen. Das heisst, das Recht will und wird stets werten und bewerten. Es setzt daher immer auch schon eine bestimmte Einstellung seiner Träger voraus, sei diese eine (um einfache Beispiele zu nennen) „sozialistische“, „liberale“ oder „konservative“ Grundhaltung, Weltanschauung oder Gesellschaftsauffassung. Selbst der eingefleischte Positivist denkt ja nicht anders, wie wir bereits unter Ziff. 1 gesehen haben, als wir von der Grundakzeptanz sprachen. Es lässt sich nicht wirklich radikal bzw. konsequent positivistisch denken, weil auch der Positivismus immer schon normative Vorgaben *vor aller* theoretischen Setzung des positiven Rechts voraussetzt. Und dies mit gutem Grund: man lebt eben immer schon nach Normen.⁵ Sollte

tinct levels of rules.⁴ These dry theories of law were indeed audacious, but were also clean and thus immediately exhausted; they ended up as cleanly logical as the positivistic discourse itself. And, to take the metaphor of the Middle Ages further, this discourse passed by like the rustling of a litany of empty words. Therefore the question had to be asked: Was *this* philosophy of law? The answer could only be no. It was at best pure theory, as a so-called basic norm, even when clearly framed, can of itself achieve nothing. It remains an abstract term. Without content, however, nothing at all can be achieved in law. So the question remains: Is *this* now philosophy of law?

Law always wishes and has to apply norms; this *is* its nature which nobody can seriously deny. This means that law always wants to and will assess and evaluate. It thus presupposes a certain attitude on the part of its vectors, whether these have (in simplistic terms) a “socialist”, “liberal” or “conservative” attitude, world view or notion of society. Not even the die-hard positivists believe otherwise, as we have already seen when speaking of basic acceptance in Section 1. Truly radical or consistent positivistic thinking is not possible, because positivism too always presupposes normative models *prior to every* theoretical formulation of positive law. There is a good reason for this: we have in fact always lived according to norms.⁵ If this argumentation has merit, the answer to

4 Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, Oxford (Oxford 1961).

4 Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, Oxford (Oxford 1961).

diese Argumentation einsichtig sein, dann ist die Beantwortung der Frage nach dem Sinn des Positivismus in der Rechtsphilosophie mithin obsolet. Positivismus ist Rechtstheorie, die das gegenwärtige Recht im formalen Aspekt rekonstruiert.

IV. *Recht als etwas Menschliches?*

Aus dieser Gegebenheit *must* notwendigerweise anderes gefolgert werden, als dies bis anhin der Fall war. Ich sehe dies so: Recht ist kein äusseres und machbares „Ding“, das die zwischenmenschlichen Beziehungen beherrscht. Nicht das Recht als *factum brutum* irgendeiner Abstraktion oder Funktionalität sondern vielmehr die Frage nach der Qualität von Recht ist *die* wirklich alles entscheidende Frage. Denn Recht kann weder in nackter Brutalität bestehen noch in blosser Förmlichkeit, und schon gar nicht ein beliebiges Etwas sein. Deshalb werden wir weiter unterscheiden müssen zwischen jenem Recht, das Grundlegendes des Lebens regelt und jenem Recht, das sich bloss auf die Verhältnisse des Alltags bezieht.

Das grundlegende Recht, das sich mit den existenziellen Bedingungen des Menschseins befasst, kann nie in einer bloss äusseren Handhabe oder einem Willen bestehen. Insbesondere kann es nicht von einem Willen einer ausschliesslich bestimmenden Gruppe – sei diese ein oligarchisch organisierter Interessenverband oder gar ein ganzes Volk von Passinhabern – abhängen, und ganz gewiss hat es nichts mit der alleinigen Meinung eines Einzelnen zu tun, sei diese Person für ihre Gesellschaft sozial und ökonomisch noch so sehr bedeutend und massgeblich.

Grundlegendes Recht wird nie – dies ist die Konsequenz daraus – durch Willen oder Konsens geschaffen. Hingegen vermag der

the question in the sense of positivism in the philosophy of law is therefore obsolete. Positivism is the theory of law that reconstructs current law in its formal aspect.

IV. *Law as something human?*

From this situation something different *must* necessarily be concluded from what was previously the case. My view is as follows: law is not some external and makeable “thing” that governs relations between people. It is not law as a *factum brutum* of some abstraction or functionality; it is rather the quality of law that is *the* truly critical question. Law can neither exist in naked brutality nor in mere formality – and it certainly cannot exist as a mere something. Therefore we must further differentiate between law that regulates the fundamentals of life and law that refers only to everyday relationships.

The fundamental law that concerns itself with the existential conditions of humankind can never consist merely in an external fashion of dealing or will. In particular, it cannot depend on the will of an exclusively determining group – whether this is an oligarchically organised pressure group or an entire nation of passport holders – and it most certainly has nothing to do with the exclusive opinion of a sole individual, no matter how significant or important this person may be for his or her society in social or economic terms.

The consequence is that fundamental law is never created by will or consent. In contrast the will, *a fortiori* the consent of all,

5 Vgl. Reinhold Zippelius, *Geschichte der Staatsideen*, 10. A. (München 2003), 35; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* (Cambridge 1977), 47ff.

5 See Reinhold Zippelius, *Geschichte der Staatsideen*, 10th ed. (Munich 2003), 35; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge 1977), 47ff.

Wille, erst recht der Konsens Aller, jenes (keineswegs weniger bedeutende) Recht zu gestalten, das sich auf den Bereich des alltäglichen Lebens und somit auf die Ebene des Gewohnheitsverhaltens bezieht, insofern sich diese Verhältnisse notwendig dauernd ändern und deren Regelungsstruktur folglich immer wieder anzupassen ist. Denn – dies ist durchaus auch pragmatisch zu sehen – es ist ja eine Frage der Akzeptanz und entspricht lebenspraktischer Klugheit, die Anerkennung jenes Rechts betreffend die einfachen Gestaltungsvorgängen des Alltagslebens den unmittelbar Betroffenen selbst zu überlassen.

Dass Recht folglich zu nichts anderem als zur Gestaltung der Angelegenheiten der Menschen taugt bzw. da sein kann, sehen wir daran, dass allein der Mensch des Rechts bedarf. Tiere unter sich bedürfen keines Rechts und ganz zu schweigen die übrige Natur, aber genau so wenig bedarf ein Gott des Rechts – um einen antiken *Topos* aufzunehmen. Darum ist das Recht etwas durch und durch Menschliches, selbst wenn es inhaltlich unmenschlich erschiene. Gerade diese Unterscheidung zwischen dem Menschlichen schlechthin und einer bestimmten Vorstellung darüber weist darauf hin, dass in vorliegenden Kontext nicht von einem Menschen im anthropologischen Sinne die Rede sein kann und darf, sondern immer nur von einem Begriff „Mensch“ die Rede ist, worin sich sein uneingeschränkter Existenzanspruch selbst ausdrückt, nämlich als Mensch *wie ein Mensch* überhaupt gesehen und behandelt zu werden. Daraus lässt sich folgern, dass das, was Recht sein soll bzw. kann, immer als eine Eigenschaft mit Bezug auf diese Existenz des Menschen selbst gedacht werden kann und muss. Diese Eigenschaft des Rechts konkretisiert sich erst in der Folge, wenn sich das Recht auf den Menschen als Individuum in einer Gruppe, in einer Gesellschaft und in einem Staate bezieht.⁶

can create law (of no less significance) that relates to everyday life and thus to the level of habitual conduct, insofar as these relationships necessarily change continuously and such law must thus constantly be adapted to their structure of rules. This is because – and this is to be seen from a pragmatic point of view – it is a question of acceptance and corresponds to the everyday wisdom of leaving the recognition of law that concerns the simple organisational procedures of everyday life to those directly concerned.

As we can see that it is only humans who are in need of law, it follows that law is (or at least can be) suited solely to the organisation of the affairs of human beings. Animals, let alone the rest of Nature, do not require law; but, to take up an ancient *topos*, nor does a God. Law is therefore something utterly human, even if its content may appear inhuman. It is this very distinction between the human as such and a certain conception thereof that shows that in this context we cannot and may not speak of humans in the anthropological sense, but merely use the term “human”, expressing his or her unrestricted claim to existence, i.e. as a human to be seen and treated *like a human*. It therefore follows that what law should or can be itself can and must always be thought of as a characteristic with reference to the existence of humans. This characteristic of law only takes concrete form subsequently if law refers to a human as an individual in a group, in a society or in a state.⁶

V. *Recht als lex fundamentalis?*

Wenn also das Recht aus dem Bezug auf die Existenz des Menschen selbst *gedacht* werden muss, wonach das menschliche Zusammenleben stets unter dem Aspekt der Begegnung der Menschen als einander grundsätzlich Gleiche – eben als Menschen – zu erfolgen hat, dann lässt sich auch der Rechtsbegriff als autonomes Begriffselement sehen.

Und hierorts lässt sich der Bezug auf die positiv gesetzten Menschen- und Grundrechte erkennen, die letztlich auch nichts anderes als diesen Existenzanspruch gewährleisten, wonach die Menschen einander als Menschen, somit als Individuen und Gleiche begegnen, damit Frieden und Freiheit gesichert sind. Diese positiv gesetzten Menschen- und Grundrechte sind die (im Sinn der traditionellen Naturrechtslehre klassischen) *leges fundamentales* des heutigen Rechtssystems, die allerdings *in* die Form der Positivität als supra- oder internationale und binnenstaatliche Normen transformiert sind und nach positivistischem Normverständnis kraft eines äusseren gesetzlichen Aktes gelten. Doch nicht erst dieser Akt ihrer Transformation in eine äusserliche Rechtsförmigkeit bzw. ihre fast schon rituelle Deklaration als geltende Normen, ist dafür entscheidend, dass diese Grundanschauungen zum Verhältnis von Mensch zu Mensch auch *Recht im strengen Sinne* nach

V. *Law as lex fundamentalis?*

If law must thus be *thought* of with reference to the existence of humans, with the consequence that the fact of humans living together is always under the aspect of humans encountering one another in principle as equals – i.e. as humans – the concept of law can then also be seen as an autonomous conceptual element.

And this is where the reference appears to human and fundamental rights set forth in a positive manner, ultimately guaranteeing none other than this claim to existence, whereby humans encounter each other as humans and therefore as individuals and equals, thus ensuring peace and freedom. These positive human and fundamental rights are – in the sense of traditional natural law doctrine – the “classical” *leges fundamentales* of today’s legal system: they are however transformed *into* the positive form as supranational or international and domestic norms and, according to the positivistic understanding of norms, owe their validity to an external legislative act. But not even this act of their transformation into an external legal form or their almost ritual declaration as valid norms can also turn these basic concepts regarding the relationships between humans into *law in the strict sense* in positivistic terms; it is rather the fact that humans have to be able to encounter one

6 Möglicherweise ist jetzt der Einwand zu vernehmen, dies sei eine Form von Aristotelismus, so als ob dies ein vorwerfbarer Tatbestand wäre. Ich würde darauf antworten: Wieso nicht? Muss das, was in sich überzeugt, nur deshalb, weil es auch eine bestimmte historische Form darstellt, schlecht sein? Es geht doch nicht darum, die geschichtliche Verknüpfung als Hinderungsgrund zu sehen, insofern sich damit Vorurteile aus heutiger Sicht am historischen Stoff reproduzieren lassen, sondern es geht darum, die Dinge so nüchtern wie möglich zu betrachten, so auch das Recht. Und in dem Sinne ist das sogenannte aristotelische Denken *seiner Form nach* noch heute durchaus tragfähig.

6 The objection may now possibly be heard that this is a form of Aristotelianism, as if this were something reprehensible. I would simply answer: Why not? Must an argument, incidentally here a convincing one, necessarily be bad merely because it also represents a certain historical form? The question is not to see the historical linkage as a cause of impediment if prejudices thereby arise from a current view of historical material; the question is to see things in as sober a manner as possible, including law. In this sense the so-called Aristotelian thinking is, *according to its form*, perfectly sound even today.

positivistischer Diktion sind, sondern vielmehr die Tatsache, dass die Menschen einander als Menschen und somit stets und grundsätzlich als Individuen und Gleiche begegnen können müssen, um Frieden und Freiheit zu haben, macht diese Normen zu gültigen Normen, insofern Recht ja nur in Bezug auf den Menschen schlechthin zu denken ist. Nur dann also ist Recht *Recht*, und anderes als dieses Recht ist dann bestenfalls Gesetz.

Und erst jetzt kann sich die Frage der Sanktionierung eines Rechtsbruches im Übergang des Rechts zum Gesetze der Form nach stellen. Sanktion ist nicht das Wesentliche des Rechts, wie dies der Positivismus und Neukantianismus lehrten. Denn das Recht knüpft stets an ein Ethos, eine Grundhaltung, an. Erst dadurch, dass das Recht im vorerwähnten Sinn ethisch ist, wird dem Recht jene Wirkungsmacht von innen heraus verliehen, die seine Akzeptanz ebenso selbstverständlich wie unstreitig macht. Wenn das Recht jedoch gerade dadurch gesichert werden sollte, dass es von materialethischen Elementen entlastet und seine Wirksamkeit auf seine Zwangsdurchsetzung alleine reduziert würde, dann ist damit nichts weiter als ein technischer, jedoch stark verkürzter bzw. bloss legalistischer Rechtsbegriff gewonnen. Entscheidend aber ist, dass das Recht aus dieser Akzeptanz heraus erst wirksam wird, dass Recht eben nur als auf den Menschen und seinen Existenzanspruch schlechthin ausgerichtet gedacht werden kann und es in der Folge daher in die Realitäten des menschlichen Daseins zu übertragen ist.

Darin liegt freilich ein radikaler Widerspruch zum formalen Rechtsbegriff der Moderne, der zunächst als abstrakte Worthülle geboren und erst durch Verfügung einer hoheitlichen Instanz rechtspolitisch aufgeladen wird. Er erhält seinen inneren Wert als Recht gewissermassen nachträg-

another as humans, and thus always and in principle as individuals and equals in order to have peace and freedom, that makes these norms into valid norms, insofar as law can only be thought of as regards human beings per se. Only then is law truly *law*: anything other than this law is at best merely legislation.

Only now can the question be posed of the sanctioning of a breach of law in the transformation of law into legislation according to its form. Sanction is not the essence of law, despite the teachings of the positivists and neo-Kantians. This is because law always attaches to an ethos, a basic attitude. Only if law is ethical in the above-mentioned sense will it achieve that effectiveness from within that makes its acceptance as self-evident as it is indisputable. If however law is to be secured by the very fact that it has no material ethical element and its effectiveness is reduced solely to its enforcement, then it is no more than a technical, if considerably truncated or simply legalistic concept of law. It is however crucial that law only becomes effective from this acceptance, in that law can only be thought of as referring to human beings and their claim to existence per se; it is consequently for this reason that it is to be transferred to the realities of human existence.

This of course represents a radical contradiction of the formal legal concept of modernity, which was initially created as an abstract and empty term and only given weight in terms of legal policy by order of a sovereign body. It obtained its internal value as law to a certain extent later. This concep-

lich. Diese Rechtsvorstellung hängt aufs Engste mit der Entwicklung des Obrigkeitsstaats selbst zusammen, der dem Recht irgendeine Bedeutung implementierte und diese nötigenfalls mit Gewalt als Recht durchsetzte.

Recht mit einer immanent ethischen Dimension dagegen ist notwendig auf den Menschen, den es alleine betrifft, ausgerichtet. Ein individueller Mensch, der nun erkennt, wie die Wirklichkeit funktioniert und nicht einem Illusionismus sogenannter Machtspiele unterliegt und darin – wie absehbar – auch untergehen muss, wird stets ethisch (nicht moralisch) handeln wollen, weil er selber Mensch ist. Die Erzwingbarkeit des normgerechten Verhaltens nach Gesetz mag zwar *auch* ab und zu ein Beweggrund sein, rechtmässig zu handeln, etwa aus Angst oder wegen einer Belohnung. Und auf Grund der Affektivität des Menschen ist es sogar sinnvoll, solche normenbasierten Gesetze mit Sanktionen zu institutionalisieren, denn ohne sie geht es nicht. Aber deswegen sind sie nie schon die Grundlage des Rechts, sondern eine mögliche Form desselben, und beziehen sich auf das Recht als Gesetz.

Wirksames Recht, das zwischen den Menschen gelten soll, muss daher unabhängig von der Durchsetzungsfrage im konkreten Fall gedacht werden können, und zwar aus einer Grundhaltung, dem Ethos, heraus. Und so entsteht ja auch das wirklich grundlegende Recht geschichtlich gesehen. Dessen nachträgliche Positivierung ist nichts anderes als die in die Form des Rechts „gesetzte“ ethische Idee, mit oder ohne Sanktionsmechanismus. Doch macht dieses „gesetzte“ Recht sich selbst deswegen noch nicht zum Recht schlechthin, sondern zu einem Instrument des Staates, unter Umständen auch zu einer Waffe in der Hand eines staatlich auftretenden Monopolisten.

tion of law is very closely connected with the development of the authoritarian state itself that gave whatever meaning to law and if necessary implemented it by force.

Law with an immanently ethical dimension is on the other hand necessarily directed towards human beings, with whom it is solely concerned. An individual human who now recognises how reality functions, and who is not prey to an illusionism of so-called power plays and will not also – as foreseeable – perish there, will always him/herself want to act ethically (not morally) because he or she is human. The enforceability of conduct according to norms under the statutes may indeed *also* from time to time be a motive to act lawfully, for instance out of fear or on account of a reward. And the affectivity of humans makes it reasonable to institutionalise such norm-based statutes with sanctions, because they simply will not work without them. But they are therefore never *the* basis of law, but simply a possible form of it, and as statutes refer to law.

For effective law to apply between humans it must therefore be conceivable in actual cases from a disposition, the ethos, independently of the question of enforcement. And this is also how truly fundamental law arises from a historical perspective. Its subsequent positivisation is none other than the ethical idea set into a form of law, with or without a sanction mechanism. But this “legalised” law is not itself yet law as such, but rather an instrument of the state and possibly also a weapon in the hand of a monopolist in the guise of a state.

Doch nur die Einsicht der Rechtsunterworfenen in die Notwendigkeit und Wirksamkeit des Rechts aufgrund des Ethos macht dieses äussere Recht schliesslich zu einem inneren Recht der Menschen. Und deswegen – nicht aufgrund der äusseren Erzwingbarkeit – verhalten sich die Menschen rechtlich so und nicht anders. Der tatsächliche Zwang bzw. die Sanktion ist nur das Mittel und unterstützt die instabile Affektivität der Menschen, indem Affekte via Affekte gesteuert werden. Doch nie wird wahre Einsicht durch Zwang ermöglicht, und genau darum geht es auch mit Bezug auf das Recht, soll es als Recht gelten können. Das Kriterium der Erzwingbarkeit dagegen macht nicht diese Differenz aus, denn es kann geradezu zwangsneurotische Züge annehmen.⁷ Und – nicht zu vergessen – erzwungenes Recht kann trotz seiner Legalität aus ethischer Perspektive immer auch ein Stück weit wieder neues Unrecht darstellen. Daher muss Recht aus dieser Grundhaltung heraus entstehen und weiter bestehen, denn dieses Leben verlangt nichts anderes als das Zusammenwirken auf das existenziell Menschliche hin. Das mag Einigen vielleicht als naiv erscheinen, doch der gesamte historische Diskurs der Rechtsphilosophie ist immer darauf hin angelegt (gewesen), dass sich *diese* Vernunft verwirkliche. Es sind, das sollte auch nicht verkannt werden, trotz etlicher Einbrüche und Verletzungen in dieser Entwicklung doch insgesamt gewichtige Schritte in dieser Richtung vollführt worden.

But only an understanding on the part of those subject to law of the necessity and effectiveness of law based on the ethos will ultimately make this external law into an internal human law. It is this, not any external enforceability, that makes humans behave in accordance with the law and not otherwise. The actual coercion or sanction is only the means, supporting the unstable affectivity of humans, since emotions are influenced by emotions. But coercion never produces true understanding; and this is exactly the point as regards law if it is to be capable of validity as law. The criterion of enforceability does not in contrast constitute this difference, as it may take on all but obsessive-compulsive characteristics.⁷ And, let us not forget, enforced law can also, despite its legality, always represent a degree of new injustice from an ethical perspective. It is for this very reason that law must originate from this disposition and continue to exist, because this life demands that we collaborate at the existential human level. This may perhaps appear naïve to some, but the entire historical discourse of the philosophy of law is (and always has been) aimed at the idea that *this* particular reasoning would be realised. Nor should it be ignored that, in overall terms and despite a less-than-smooth development, significant steps have been made in this direction.

7 Dies kann schon in der gesetzlichen Grundlage unmässig angeordnet sein, im Verhältnis zu den übrigen Normen und Zielen einer Gesellschaft oder in der richterlichen Umsetzung der Normen zu einem Missverhältnis kommen. So Kant in *Metaphysik der Sitten* MdS RL mit seinem Beispiel, dass jeder zum Tode Verurteilte hingerichtet werden müsse, auch wenn sich der Staat auflöse. Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: ders., *Werkausgabe*, hg. v. Wilhelm Weischedel, Bd. 8 (Frankfurt a. M. 1977), 452ff. (=§ E in der Rechtslehre).

7 This can arise disproportionately in the basic legal concept in relation to the other norms and aims of a society or in the judicial implementation of norms. Thus Kant in his *Metaphysic of Morals* with his example that every condemned man should be executed even if the state is dissolved. Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *ibid.*, *Werkausgabe*, pub. by Wilhelm Weischedel, Vol. 8 (Frankfurt a. M. 1977), 452ff. (=§ E in legal doctrine).

Um diesen Gesichtspunkt der historischen Entwicklung des Rechts zu verdeutlichen, soll die jüngste Geschichte der Rechtsentwicklung angeschaut werden, aus der diese Trennung entstanden ist.⁸ Seit dem 18. Jahrhundert⁹ bildete sich in der Rechtswissenschaft die Tendenz zur positivistischen Perspektive heraus, die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vor dem Hintergrund des Comteschen Wissenschaftsbegriffs sowie des Neukantianismus verschärft wurde. Die positivistische Perspektive revolutionierte eine mehr als zweitausendjährige Tradition eines durch die Ethik bestimmten Rechtsdenkens durch einen Rechtsformalismus, der nurmehr äusseren methodologischen Prinzipien folgte. Eine Einbindung und Erweiterung dieser positivistischen Perspektive erfolgte allerdings durch Hinzufügung von Menschenrechtserklärungen und Grundrechtskatalogen im 19. und 20. Jahrhundert; dadurch wurde der allzu enge und bloss formale Rechtsbegriff wieder ein Stück weit, nunmehr in der positivistischen Sprache der Verrechtlichung, korrigiert. Doch gerade diese Korrektur des Positivismus durch Nachschieben einer zwar in der Manier des Positivismus gehaltenen, aber dennoch „fundierenden“ Ethik lässt ja nur evident werden, dass und wie sehr die gepriesene Trennung von Recht und Ethik einen überzogenen Rigorismus darstellte, der sich in der Praxis so nicht halten lässt, aber theoretisch auch nicht notwendig ist. Diese Trennung war – historisch gesehen – das Ergebnis eines durchaus nachvollziehbaren Trugschlusses: Man suchte Rechtssicherheit. Einerseits sollte Rechtssicherheit nach den Glaubenskriegen der christlichen Konfessionen durch ein neutrales Gefäss des

In order to illustrate this facet of the historical development of law, we shall consider the recent history of the development of law from which this separation arose.⁸ Beginning in the 18th century⁹ the tendency in jurisprudence was towards the positivistic perspective: this intensified in the second half of the 19th century against the background of Comte’s scientific concept as well as of neo-Kantian thought. The positivistic perspective revolutionised a traditional philosophy of law determined by ethics that dated back over two thousand years through a legal formalism that also followed external methodological principles. The integration and extension of this positivistic perspective nevertheless witnessed the addition of declarations of human rights and catalogues of fundamental rights in the 19th and 20th centuries; this now corrected the excessively narrow and merely formal concept of law, taking it a step further by using the positivistic language of judicialisation. But this very correction that was brought about by positivism through the appending of an ethics maintained in the manner of positivism, but which was nonetheless “founded”, only makes clear that and to what extent the much-praised separation of law and ethics represented an excessive rigourism that cannot be maintained in practice and is moreover theoretically unnecessary. This separation was, from a historical perspective, the result of a wholly comprehensible fallacy: the search for legal certainty. Following the religious wars between the Christian denominations, legal certainty was on the one hand to be established by the neutral vessel of the state and, on the other, by the fact of the new relationship of individuals to

8 Vgl. dazu: Marcel Senn *Wissenschaftsgeschichte als Mittlerin zwischen Öffentlichkeit und Recht*, Rg 19 (2011), S. 300–308.

9 Vgl. dazu: Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)* (München 2001), 191ff., 244ff.

8 See here: Marcel Senn *Wissenschaftsgeschichte als Mittlerin zwischen Öffentlichkeit und Recht*, Rg 19 (2011), S. 300–308.

9 See here: Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)* (Munich 2001), 191ff., 244ff.

Staates und andererseits dann gerade in diesem neuen Verhältnis der Individuen gegenüber ihrem Obrigkeitsstaat etabliert werden.¹⁰ Der Rechtsformalismus sollte neutralisieren und diese beiden Anliegen somit realisieren helfen. Das Recht sollte durch diesen Rechtsformalismus gleichsam gerechter werden und die Bürger sollten einander gleichgestellt und entsprechend gleichberechtigt werden. Durch solch formales Recht sollten die streitigen Punkte einer bloss noch konfessionalisierten Ethik und Religion mit Bezug auf das Recht zurück gewiesen werden können. Gleichzeitig sollte den Bürgern auch mehr Freiheit gewährt werden, indem das Recht im Namen der neuen Freiheit streng auf die Vorstellung des legitimen Zwanges reduziert wurde. Doch diese Vorstellung war ganz klar ihrer historischen Situation, aus der sie entstand, also der Gedankenwelt des Obrigkeitsstaats verhaftet, der stets gewährte, gerade wenn und wann *er* dies wollte, und dem daher auch eine äussere Objektivität gleichsam entgegenzustellen war. Deshalb wurde das damalige Naturrecht nunmehr als materiales Rechtsdenken abgewiesen und durch ein formales Denken in der Kategorie des positiven Zwangsrechts ersetzt sowie diese neue Auffassung als *die* Ansicht vom richtigen Recht inthronisiert.

Im Europa der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, insbesondere in Deutschland und der UdSSR, wurde dieses nur noch formale Recht durch antiethische und inhumane Systeme der Staatsdominanz vollends ausgehöhlt bzw. in seinem innersten Kern zerstört und zu einem trivialen Organisationsmechanismus der Staatstechnokratie herabgewürdigt. Mit Ende des Zweiten Weltkrieges war zwar eine politische Zäsur erreicht, der jedoch, wie wir wissen, keine wirksame rechtswissenschaftliche Erneue-

their authoritarian state.¹⁰ The legal formalism was intended to neutralise and thus help to realise these two issues. Law was intended to become “fairer” through this legal formalism, with citizens placed on an equal footing with each other and accordingly granted equal rights. This formal law was intended to overcome the contentious points of ethics and religion, still divided along confessional lines, through reference to law. At the same time citizens were also to be granted more freedom as, in the name of the new freedom, law was reduced strictly to a conception of legitimate coercion. But this conception was still utterly in thrall to the historical situation from which it had arisen, i.e. the intellectual world of the authoritarian state that always granted things exactly as and when *it* wanted to do so, and against which it was thus also necessary to oppose an outside objectivity. Natural law was henceforth rejected as a material philosophy of law and replaced by a formal thinking in the category of positive coercive law, establishing this new conception as *the* notion of correct law.

In Europe in the first half of the 20th century, particularly in Germany and the USSR, this still purely formal law was completely voided by anti-ethical and inhumane systems of state dominance or even destroyed in its innermost core and relegated to a trivial organisational mechanism of the state technocracy. With the end of the Second World War came a political break that however was not, as we now know, followed by any real jurisprudential renewal.¹¹ It comes as no surprise therefore to learn that certain

10 Vgl. dazu: Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4.A. (Zürich 2007), 235-268.

10 See here: Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4th ed. (Zurich 2007), 235-268.

rung folgte.¹¹ Es kann daher auch wenig erstaunen, dass sich gewisse Trends jenes vormaligen Macht- und Dominanzdiskurses, des Formalismus und des Kollektivismus auf der Ebene der modernen Rechtstheorien¹² zum Teil – gleichsam auf abstrakter Ebene – fortsetzte. Am Deutlichsten lässt sich diese schleichende Übertragung dort wahrnehmen, wo der selbständig denkende Mensch bloss als störender Fremdkörper aufgefasst wurde bzw. wird. Den formalmethodologischen Trends, welche die Macht, den Formalismus und das totale System repräsentier(t)en, ist daher entschieden entgegenzuhalten, dass das Recht – in der antik-europäischen Tradition seit Aristoteles – auf die Selbstorganisation der Menschen unter sich ausgerichtet war und ist, und dies alleine um derentwillen und nicht wegen eines Systems oder eines Staates. In der Tradition des Naturrechtsdenkens allerdings war der Mensch seit je frei, so frei, dass er dieses Staates auch nur zum Schutze und zur Förderung seiner Freiheit bedurfte, um sich selbständig und sicher entwickeln zu können. Aufgabe des Staates sollte es daher nur sein, eben diese Freiheit und Entwicklung Aller *gleichmässig* sicherzustellen, insofern auch er für die Menschen und nicht sie für ihn da sind. Dieser Gedankengang müsste also erneut aufgenommen werden.

trends of that former power and dominance discourse, of formalism and collectivism were partially – as it were on an abstract level – continued at the level of modern legal theories¹². This creeping transmission can most clearly be seen when independently thinking humans have been or are regarded as disruptive foreign bodies. It was therefore decided to counter the formal methodological trends that power, formalism and the total system represent(ed); that law – in the ancient-European tradition since the time of Aristotle – would be directed towards the self-organisation of humans among each other; and that this would solely be for their sake and not on account of any system or state. In the tradition of the philosophy of natural law, however, humans had always been free – so free that they only needed the state to protect and promote their freedom in order that they might develop independently and safely. The task of the state should therefore be simply to ensure this freedom and development of all *uniformly* to the extent that it is there for humans and not humans there for it. This train of thought should therefore once again be pursued.

11 Vgl. Bernd Rüthers, *Geschönte Geschichten – geschönte Biographien, Sozialisationskohorten*, in: *Wendeliteraturen. Ein Essay* (Tübingen 2001), insb. 72-97.

12 Vgl. Hans Albrecht Hesse, *Recht*, in: *Lexikon Soziologie und Sozialtheorie*, hg. v. Sina Farzin u.a. (Stuttgart 2008), 235ff.

11 See Bernd Rüthers, *Geschönte Geschichten – geschönte Biographien, Sozialisationskohorten*, in: *Wendeliteraturen. Ein Essay* (Tübingen 2001), esp. 72-97.

12 See Hans Albrecht Hesse, *Recht*, in: *Lexikon Soziologie und Sozialtheorie*, pub. by Sina Farzin and others (Stuttgart 2008), 235ff.

VI. *Recht als Sollenskonstrukt?*

Bereits an diesem historischen Wendepunkt der Rechtsentwicklung ist zu erkennen, dass das Recht der Ethik folgen muss, und zwar jener in ihrem Kern stets gleich bleibenden Ethik, die den Menschen, der nach dem Guten und dem Gerechten strebt, ins Denkzentrum setzt. Diese Haltung ist – trotz vielfachem Versagen – letztlich entscheidend.

Wir hatten uns zu Beginn auch an zwei grosse Rechtsdenker, Leibniz und Kant, erinnert, die zu ihrer Zeit vorgeschlagen hatten, das Recht rein nach dem Sollensprinzip und somit durch keinen Rekurs auf die Wirklichkeit zu definieren. Das Postulat des Rechts sollte sich demnach nicht aus dem Fundus dessen ableiten, was man für Wirklichkeit hält, sondern ausschliesslich aus dem heraus begründet werden, was das ethische Sollen fordert.¹³ Hier auch wurde der formale Grundzug des modernen Rechts angelegt, wonach ein Sollen nicht aus dem Sein kommen könne. Folgte man diesem Gesichtspunkt konsequent, liesse sich der hier vertretene Standpunkt bereits hieraus theoretisch rechtfertigen, dass das Recht der Ethik zu folgen habe. Denn dieses Sollen verlangt seit je Gleichheit für alle nach Gesetz. Das ist das Wichtige dieser Neuerung.

Doch ebenso entscheidend ist nun, welcher der beiden Gedankenskizzen wir folgen. Die Tradition hat sich – aus politischen Gründen – für Kant entschieden. Während Leibniz eine ideelle Argumentation in Anschluss an Platon vertrat, entwickelte Kant im Angesicht der Ereignisse und Forderungen im Zusammenhang mit der Französischen Revolution gegen den damaligen

VI. *Law as a normative construct?*

At this historic turning point in the development of law, it should be recognised that law must follow ethics: a form of ethics that remains stable at its core and that puts those who strive for the good and the just at the centre of thought. Despite numerous failures, this attitude is ultimately crucial.

At the beginning we recalled two great philosophers of law, Leibniz and Kant, who in their time suggested defining law purely according to the principle of ought and thus with no recourse to is. The postulate of law should not therefore be derived from the fundus of what we regard as reality, but be justified solely by what the ethical norm requires.¹³ This also set the formal basic characteristic of modern law, whereby a norm can never be derived from mere existence. If we follow this viewpoint consistently, the opinion presented here can be theoretically justified on the grounds that law has to follow ethics, as this particular normative principle has always required equality for all under the law. That is the important aspect of this innovation.

But just as critical is which of the two thought outlines we now follow. Tradition has, for political reasons, decided for Kant. While Leibniz put forward an idealistic argumentation that followed on from Plato, Kant developed the problematic argument of law as legitimate coercion in the face of the events and demands arising from the French revolution against the then authori-

13 Hans-Peter Haferkamp, *Neukantianismus und Rechtsnaturalismus*, in: Marcel Senn/Dániel Pus-kás (Hg.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, 15. und 16. Juni 2007 (Stuttgart 2007), 105ff.

13 Hans-Peter Haferkamp, *Neukantianismus und Rechtsnaturalismus*, in: Marcel Senn/Dániel Pus-kás (pub.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? Congress of the Swiss Association for Legal and Social Philosophy*, 15 and 16 June 2007 (Stuttgart 2007), 105ff.

Obrigkeitsstaat des Absolutismus das problematische Argument vom Recht als legitimen Zwang. Es gab indes noch einen weiteren Autor in der Epoche von Leibniz, der eine Grundlage unseres modernen Rechtssystems gelegt hat. Wie Kant war auch für ihn die Freiheit letztlich der Mittelpunkt der Argumentation für das Rechtssystem. Dieser Autor war Spinoza, das Licht der ethischen Aufklärung.

VII.Recht aus Ontologie?

Spinozas Freiheits- und Rechtsbegriffe sind ontologisch fundiert und miteinander verschränkt; sie sind weder äusserliche noch abstrakte Leerformeln. Sie sind vielmehr solide Wirklichkeitskomponenten. Rückblickend stellen sie zwar einen erkenntnistheoretischen Tabubruch dar, insofern die Unterscheidung von Sein und Sollen hier nicht mit gleicher Schärfe bis zu deren Trennung, wie sie insbesondere durch den Neukantianismus erfolgte, durchgeführt wird. Indessen wird bei Spinoza keine postulative Wirklichkeitssicht aufgepfropft, sondern er fragt ganz konsequent danach, wie es überhaupt möglich sei, in der Wirklichkeit so etwas wie Recht aus Freiheit und folglich Selbstbestimmung erfolgreich zu generieren.

Spinoza entwickelte alle seine Begriffe aus der Ethik. Bereits im Theologisch-Politischen Traktat von 1670 hatte er auf den vorbildlichen König Salomo hingewiesen, der jenes Wissen ausspreche, das die wahre Ethik und Politik im Kern enthalte, insofern unser wirklich sicheres Wissen alleine aus der Idee oder Erkenntnis Gottes, des unbedingt unendlichen Wesens, hervorgehen könne. Dieses Wissen bringe (im Leben des Einzelnen wie in der staatlichen Gemeinschaft) alleine Ruhe, Ordnung und Glück, weil dieses nicht von äusseren Umständen, sondern nur von der inneren Tüchtigkeit der Einzelnen (mit Bezug auf deren Gottes- bzw. Natur- oder Wirklichkeitserkenntnis) abhängt. Daher auch seien die Weisen fried-

tarian, absolutist state. There was meanwhile another author at the time of Leibniz who laid one of the foundations of our modern legal system. In the same way as for Kant, freedom was for him also ultimately the centre of the argumentation for the system of law. This author was Spinoza, the beacon of the ethical enlightenment.

VII.Law from ontology?

Spinoza's concepts of freedom and law are ontologically well-founded and linked to one another; they are neither external nor abstract empty formulas. They are instead solid components of reality. In retrospect they represent the breaching of an epistemological taboo, in that the distinction between existence and norm is not made here with the same rigour until their separation, as is the case in particular among the neo-Kantians. Spinoza however does not graft on any postulative view of reality, but rather consistently asks how it is possible successfully to generate in reality such a thing as law from freedom and thus self-determination.

Spinoza developed all of his concepts from ethics. In his Theologico-Political Treatise of 1670 he had referred to the exemplary King Solomon, who pronounced knowledge containing true ethics and politics at its core, insofar as our truly certain knowledge can of itself arise from the idea or awareness of God, the absolutely infinite being. This knowledge would alone bring (to the life of both individuals and the community of the state) peace, order and good fortune, because it depended not on external circumstances, but solely on the internal capability of individuals (with reference to their awareness of God/nature or reality). The wise would live on this account in peace and equanimity, while the godless would be

lich und beständig, die Gottlosen dagegen affektgetrieben und wankelmütig. Die richtige Erkenntnis aber verbürge auch die richtige Lebensweise und bringe inneren und schliesslich auch äusseren Frieden, wodurch sich die Erkenntnis selbst als richtig (bzw. falsch) erweise.¹⁴

Die Ruhe des Intellekts also entspringt innerer Tüchtigkeit, d.h. richtiger Gotteserkenntnis. Die Lehre der Gotteserkenntnis, wie sie Spinoza in seiner philosophischen Ethik formulierte, ist eine Methodologie zur wahren Glückseligkeit, die sich aus der inneren Freiheit des Menschen ergibt. Der Rechtsstaat ermöglicht den Frieden im Äusseren, indem er die Rahmenbedingungen für ein Leben in Eintracht schafft.¹⁵ Und damit ist auch eine Wechselwirkung zwischen den reellen und ideellen Strukturbedingungen gegeben. Diese Eintracht bedeutet, dass wahre Tüchtigkeit und wahres Geistesleben, oder was man schlechthin Vernunft nennt, erst in diesen Strukturen mit Blick auf die Gottesliebe und die Freiheit in Gesellschaft und Staat konkret bestehen können.¹⁶ Staat und Politik sind daher Instrumente der Konkretisierung von Ruhe und Glückseligkeit und dienen der Realisierung der Tugenden in unserem Dasein.¹⁷

emotional and fickle. The correct awareness however also ensures a correct way of life and brings internal and ultimately also external peace, whereby the awareness proves itself right (or wrong).¹⁴

Peace of the intellect thus arises from internal capability, i.e. a correct awareness or realisation of God. The doctrine of the awareness of God, as formulated by Spinoza in his philosophical ethics, is a methodology leading to the true felicity that results from the internal freedom of humans. The rule of law makes peace possible externally by creating the framework for a life in harmony.¹⁵ This also produces a reciprocal effect between the actual and the ideal structural conditions. This harmony means that true capability and true intellectual life, or that what we call reason, can only continue to exist in those structures concerning the love of God and freedom in society and state.¹⁶ State and politics are therefore instruments for the concretisation of peace and felicity and serve to realise the virtues in our being.¹⁷

14 Baruch de Spinoza, *Theologisch-Politischer Traktat*, 1670, hg. Günter Gawlick, 3. A. (Hamburg 1994), 68f. (nachstehend zitiert mit TTP Kap./Seite).

15 Ders., *Politischer Traktat*, hg. v. Wolfgang Bartuschat (Hamburg 2006), Kap. 5 § 2 und 4 (nachstehend zitiert mit TP Kap./§).

16 TP 5 § 5.

17 Ders., *Ethik in geometrischer Ordnung dargestellt*, hg. v. Wolfgang Bartuschat, Teil 5 Lehrsatz 36 und 42 mit Scholium (=E 5P36+P42S).

14 Baruch de Spinoza, *Theologisch-Politischer Traktat*, 1670, pub. Günter Gawlick, 3rd ed. (Hamburg 1994), 68f. (henceforth quoted as TTP chap./page).

15 *Ibid.*, *Politischer Traktat*, pub. by Wolfgang Bartuschat (Hamburg 2006), Chap. 5 § 2 and 4 (henceforth quoted as TP Kap./§).

16 TP 5 § 5.

17 *Ibid.*, *Ethik in geometrischer Ordnung dargestellt*, pub. by Wolfgang Bartuschat, Part 5 Prop. 36 and 42 with *scholium* (=E 5P36+P42S).

VIII. Recht aus selbstbestimmter Existenz?¹⁸

In Spinozas *Ethica* bilden Dasein bzw. Existenz die Schlüsselbegriffe, gleichviel ob nun von Gott, der Natur oder auch nur vom Menschen als einem Modus der Natur bzw. Gottes die Rede ist. Denn Gott als Ursache seiner selbst¹⁹ ist alleine kraft der Notwendigkeit seiner Natur; er handelt alleine durch sich selbst bestimmt, das heisst, er handelt mit derselben Notwendigkeit, der zufolge er auch existiert.²⁰ Der Mensch dagegen ist seinem Wesen nach ebenso sterblich wie überhaupt begrenzt. Er lebt gezwungen, seine Existenz bleibt fremdbestimmt. Nur wer, wie Gott, kraft der Notwendigkeit seiner Natur durch sich selbst bestimmt handelt, ist wahrhaft frei und wirklich existierend. Das ist der Mensch nicht. Aber der Mensch hat immerhin auch Intellekt. Dieser Intellekt kann die Zusammenhänge des Daseins durchschauen und somit die eigene natürliche Bedingtheit jeweils erkennen und letztlich die Funktion der Selbstbestimmung übernehmen.²¹

Dies jedoch bedingt folgerichtig, dass ich mir diese Freiheit zum selbstbestimmten Handeln erarbeite²² und mich also von einem abhängigen, geknechteten Wesen, das ich von Natur stets bin, insofern ich nur meinen Affekten oder der fremden Meinung folge und gar nicht weiss, was ich letztlich tue, gerade dadurch konsequent, also ethisch, unterscheiden lerne, dass ich nur

VIII. Law from a self-determined existence?¹⁸

Being or existence are the key terms in Spinoza's *Ethica*, irrespective of whether he is speaking of God, Nature or mere humans as a modus of Nature or God. For God is a cause of himself¹⁹ solely by the necessity of his Nature; he acts alone, determined by himself, i.e. he acts with the same necessity according to which he also exists.²⁰ Humans however are just as mortal in their nature as they are limited. They live in a coerced manner, their existence determined by others. Only a person who, like God, through the necessity of his or her Nature acts in a self-determined manner, is truly free and really exists. Humans are not so. But humans nevertheless have an intellect that can penetrate the interrelations of being and thus recognise their own natural limitations, ultimately taking over the function of self-determination.²¹

This again consequently determines that I gain this freedom to act in a self-determined manner²² through hard work. I hereby learn to differentiate myself from the dependent, serf-like being that I by nature always am only when following my emotions or outside opinion and having no idea what I am ultimately doing. This I learn in the particular consequence, i.e. ethically, of

18 Vgl. Marcel Senn, *Frei denken – staatliches Handeln, in Transformation der Metaphysik in die Moderne*. Festschrift zum 65. Geburtstag von Manfred Walther, hg. v. Michael Czelinski/Thomas Kisser/Robert Schnepf/Marcel Senn/Jürgen Stenzel (Würzburg 2003), 112ff.

19 E 1Def1.

20 E 4Praef.

21 E 4P67D.

22 Im Gegensatz zu einer mittelalterlichen oder dann auch zur Position Kants ist eben diese Freiheit wie die Vernunft, nicht etwas „vorgegebenes“ aus Gott oder Vernunft sondern ein Lernprozess, wie wir heute sagten.

18 See Marcel Senn, *Frei denken – staatliches Handeln, in: Transformation der Metaphysik in die Moderne*. Festschrift zum 65. Geburtstag von Manfred Walther, pub by Michael Czelinski/Thomas Kisser/Robert Schnepf/Marcel Senn/Jürgen Stenzel (Würzburg 2003), 112ff.

19 E 1Def1.

20 E 4Praef.

21 E 4P67D.

22 In contrast to a medieval position or that of Kant, this freedom is, like reason, not something “granted” by God or reason, but a learning process, as we say today.

das tue, was ich als das Wichtigste im Leben erkannt habe und deshalb auch am meisten begehren muss.²³ Der vernünftige Mensch lebt daher *notwendig* ethisch. Er begreift sich unter dem Gesichtspunkt von Ewigkeit und Notwendigkeit, selbst Teil dieses Lebens und somit auch ein Teil jener Gesamtordnung Gottes oder der Natur (bzw. der Wirklichkeit) zu sein und daher strebt er danach, sein Leben auch entsprechend dieser Vernunft der Gesamtordnung Gottes, der Natur bzw. der Wirklichkeit zu erhalten. Durch dieses einsichtige Leben gelangt er in immer grössere Nähe zu Gott und Natur.²⁴

Die Freiheit des Menschen zur Lebensgestaltung besteht also darin, nach der Vernunft, welche die natürliche Bedingtheit und den Wirkungszusammenhang aller Existenz durchschaut und begreift, selbsterhaltend zu handeln und zu leben. Erst dadurch kann der Determinismus der menschlichen Existenz auch bewusster gesteuert werden. Und dennoch bleibt der Mensch, was er seit je war, nämlich ein Teil der Natur – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Darauf aber kann er sich vernünftig einstellen und seine Freiheit aus der Notwendigkeit seiner Existenz schöpfen. Er kann in den ihm gegebenen Möglichkeiten ein bedingt freies Wesen kraft seines Intellekts sein. Darin stimmen die affektiv stets unterschiedlich handelnden Menschen schliesslich überein, wenn sie dennoch nach Leitung der Vernunft zu leben beginnen, und insofern dann auch nur

only doing what I have recognised as most important in life and therefore doing what I must mostly desire.²³ Reasonable people thus *necessarily* lead ethical lives, comprehending that from the standpoint of eternity and necessity they are themselves a part of this life and thus also part of the overall order of God or Nature (or reality); they thus strive also to live their lives according to this reason of the overall order of God, Nature or reality. Via this understanding in life they come ever closer to God and Nature.²⁴

The freedom of humans to organise their lives thus consists in acting and living in a self-sustaining manner in accordance with the reason that penetrates and comprehends the natural conditionality and interdependency of all existence. Only in this way can the determinism of human existence be more consciously controlled. Yet humans remain what they have always been, i.e. a part of nature – not more, nor either any less. They can however adjust themselves reasonably to this and create their freedom from the necessity of their existence. They can, within the possibilities available, become conditionally free beings on account of their intellect. Humans, who affectively always act differently, finally agree when they nevertheless begin to live according to reason, to

23 E 4P66S.

24 E 4P37+ P68C+ 5P22ff. Da es aber unmöglich ist, „dass der Mensch kein Teil der Natur sei“ (E 4P4) bzw. die „Kraft, mit der der Mensch im Existieren beharrt, [...] beschränkt [ist] und von der Kraft der äusseren Ursachen unendlich übertroffen“ wird (E 4P3), folgt daraus, dass der Mensch „der gemeinsamen Ordnung der Natur folgt und ihr gehorcht und sich ihr, soweit die Natur der Dinge es verlangt, anpasst“ (E 4P4C).

23 E 4P66S.

24 E 4P37+ P68C+ 5P22ff. As it is impossible “that man should not be a part of nature” (E 4P4) and “the force whereby a man persists in existing is limited, and is infinitely surpassed by the power of external causes” (E 4P3), it follows that man “follows and obeys the general order of nature and accommodates himself thereto, inasmuch as the nature of things demands” (E 4P4C).

das tun, was für die menschliche Natur grundsätzlich notwendig gut ist, insofern dieses Tun mit der Natur des Menschen übereinstimmt.²⁵

Spinoza überträgt diese ethische Grundlegung des menschlichen Wesens nun auf den Menschen als politisches und rechtliches Wesen. Und darin verdeutlicht sich nochmals die fundamentale Relevanz der Gottesidee auch für die Konzeption des Rechts. Der Rechtsbegriff wird somit aus der Ethik und ihren erkenntnistheoretischen Prämissen entwickelt.²⁶

Die Einsicht in die Wirkungsmacht der natürlichen Prinzipien verlangt somit, die Wirklichkeit in ihrer effektiven Funktionsweise ernst zu nehmen, damit wir durch die „wahre“ Erkenntnis der uns bestimmenden Notwendigkeit soweit Freiheit erlangen können, um uns (angesichts aller Abhängigkeiten unseres Wesens von aussen wie von innen) dennoch aus *eigener* Macht selbst zu bestimmen. Eine Freiheit, die sich somit nicht aus der Erkenntnis dieser Wirklichkeitsbedingungen heraus bestimmen würde, wäre eine bloss eingebilddete und führte früher oder später zu schmerzlicher Enttäuschung, insofern wir in Täuschung oder Selbstverblendung uns eine Wirkungsmacht zugeeignet und diese Selbstüberhebung nicht erkannt haben.

Dieser Erkenntnisschritt Spinozas macht einsichtig, dass das Recht des Einzelnen im Naturzustand kaum etwas zu bewirken vermag; das natürliche Recht Mehrerer oder sogar Aller ist – natürlicherweise – stets grösser, stärker oder mächtiger als das Recht des Einzelnen. Diese Einsicht hat ebenfalls notwendig zur Konsequenz, den Naturzustand in einen *bewussten* Zustand rechtlicher und staatlicher Strukturen zu überführen. Denn Menschen leben in der Tat immer

the extent that they only do what is in principle necessarily good for human nature, where such doing agrees with the nature of humans.²⁵

Spinoza now transfers this ethical foundation of the human being onto humans as political and legal beings. This again clarifies the fundamental relevance of the idea of God to the conception of law. The concept of law thus develops from ethics and its epistemological premises.²⁶

The insight into the influence of natural principles thus requires that reality is taken seriously in its effective functioning in order that, through the “true” realisation of the necessity determining us, we can attain freedom to the extent that we can nevertheless determine ourselves (in view of all the dependences of our nature, both external and internal) by our *own* power. A freedom that does not determine itself from the realisation of these reality conditions would be purely imagined and sooner or later lead to a painful disappointment if, through deception or self-delusion, we promise ourselves effective power and do not recognise this hubris.

Spinoza’s step forward in his realisation makes clear that the law of the individual in its natural state is scarcely able to cause anything to come about; the natural law of many or even all is of course always greater, stronger or more powerful than the law of the individual. This insight likewise necessarily has as its consequence that the natural condition is transformed into a *conscious* condition of the structures of law and state, as humans always in fact live together

25 E 4P35D.

26 Gail Belaief, Spinoza’s Philosophy of Law (The Hague/Paris 1971), 54–99 (Studies in Philosophy, Bd. 24).

25 E 4P35D.

26 Gail Belaief, Spinoza’s Philosophy of Law (The Hague/Paris 1971), 54–99 (Studies in Philosophy, Vol. 24).

schon durch faktisch-konkludentes Verhalten gemeinsam und richten das Leben ihren Bedürfnissen entsprechend ein. Unsere Natur macht uns also nicht nur zu unbewusst Handelnden, was wir grundsätzlich auch blieben, wenn wir uns nicht entwickelten, sondern sie gibt uns gleichzeitig auch diese intellektuelle Macht, die natürliche Sozialmechanik, der wir unterliegen, zu durchschauen, zu verstehen und uns darin gleichsam auch anders einzurichten, nämlich so, dass wir im Sinne der allgemeinen Vernunft unser Leben als ein Teil des Lebens überhaupt bewusster und erfolgreicher nun zu gestalten verstehen.

Unserer Erkenntnis können wir also insoweit folgen, als wir die „wahre“ Ordnung der Dinge und Beziehungen einsehen, die darin besteht, dass der Staat letztlich mehr Vorteile als Nachteile für jeden mit sich bringt, und dass es von daher nützlich(er) ist, sich in einem Staate bewusst und friedlich zusammenzuschliessen, statt aus Ängstlichkeit einander fortwährend zu bedrohen und sich das Leben dadurch wie anderswie gegenseitig zu erschweren.²⁷ Vor diesem Hintergrund stellt sich nur noch die Frage, wie wir unsere Kräfte am besten nutzen und unsere Lebensgrundlagen verbessern. Die Vernunft weiss darauf eine Antwort. Sie schafft ein „ethisches“ und somit sicheres Recht für die bisher bloss „natürlich“ verwaltete Gesellschaft.²⁸

IX. Nochmals: Recht aus Ethik?

Aus diesen Gedankengängen können wir abschliessend doch auch schlüssig folgern, dass es in der Tat philosophisch wenig Sinn macht, von einem Recht aus freiem Willen zu sprechen, weil dieser Wille meistens nur vermeintlich frei ist und daher auch in die Irre führen kann. Doch soll, wie zuvor erwähnt, nicht übersehen werden,

through actual implied behaviour and adapt their lives according to their needs. Our nature thus makes us not just unconscious agents, which is what we would fundamentally remain were we not to develop, but at the same time also gives us this intellectual power to perceive and to understand the natural social mechanics to which we are subject. It also gives us the power of adapting ourselves otherwise within these social mechanics so that we can now see, in accordance with general reason, how to arrange our lives more consciously and more successfully as a part of life.

We can thus follow our realisation to the extent that we see the “true” order of things and relations: this consists in the fact that the state ultimately offers more advantages than disadvantages for everyone and that it is therefore (more) worthwhile to join forces in a state consciously and peacefully, instead of continually threatening each other out of fear, thereby making our lives more difficult than would otherwise be the case.²⁷ Against this background we can now simply ask how we can best use our forces and improve the basic aspects of our lives. Reason can provide an answer: it creates “ethical” and thus sound law for a society that was previously only administered “naturally”.²⁸

IX. The question once again: law from ethics?

From these trains of thought we can finally nevertheless also conclude that it in fact makes little sense philosophically to speak of law from free will, because this will is mostly only supposedly free and can thus also lead to error. But, as mentioned before, it should not be ignored that there is a volitional self-regulation that concerns everyday

27 TTP 16:234-236; E 4P35-40; TP 5.

28 E 4P18C+ 4P68C; E 4P35-40.

27 TTP 16:234-236; E 4P35-40; TP 5.

28 E 4P18C+ 4P68C; E 4P35-40.

dass es durchaus jene willentliche Selbstregulierung gibt, die den alltäglichen Bereich des Lebens betrifft. Doch nie betrifft die so genannte willentliche Selbstregulierung jene Bereiche, worin das Leben zu Grunde gelegt ist, denn diese Grundlegung kann nur aufgrund der Einsicht in die existenzielle Notwendigkeit des Lebens geschehen, sonst werden die Grundlagen für das gute und friedliche Zusammenleben zerstört.

Wovor die meisten Menschen in diesem Zusammenhang sich allerdings unbegründet ängstigen, ist, dass sie nicht selbst bestimmt leben könnten, sondern nunmehr durch *irgendwelche* Vorgaben einer Ethik zu leben hätten. Sie subsumieren damit ihre illusionäre voluntaristische Sicht auf die Dinge und somit auch auf die Ethik, so als ob diese ihnen etwas von aussen her aufpfropfte. Doch gerade davon ist hier nicht die Rede. Hier war nur die Rede von einer Einsicht in die existenzielle Notwendigkeit des Lebens, die alle haben, haben können, ja haben müssen, weil sie alle Menschen der Menschheit sind und gemäss ihrer Naturveranlagung auch leben müssen. Aufgrund solcher Einsicht entstehen und bestehen diese ethischen Normen erst. Es geht also nur um die Entdeckung dessen, was ist, wozu auch gehört, dass das Recht in einem grösseren und vor allem lebensnotwendigen Zusammenhange der Menschen steht, und dass das Recht auch erst aus diesem heraus richtig verstanden werden kann. Davon handelt diese Ethik. Sie drückt damit die Grundhaltung zum Leben aus, jedoch nicht eine bestimmte Sicht, was der Mensch sei. Und da das Recht, wie wir sahen, wesentlich eine Funktion im Verhältnis zum Leben der Menschen einnimmt, müsste doch, so ist zu folgern, auch das Recht aus dieser Grundhaltung zum Leben heraus sich bestimmen lassen.

Diese Ethik ist folglich so wenig normativ, als das Leben selbst nicht normativ vorausbestimmt ist. Es geht einzig um die Tatsache, dass alle Menschen leben wollen und

life. But the so-called volitional self-regulation never concerns those areas where life is fundamental, because this foundation can only be laid by virtue of an understanding of the existential necessity of life, otherwise the foundations for living together in goodwill and harmony will be destroyed.

The unfounded fear of most humans in this regard, however, is that they could not live in a self-determined way, but would rather have to live according to *unspecified* requirements of a system of ethics. They thereby subsume their illusionary voluntaristic view into things and thus into ethics, as if the latter was something grafted onto the former from outside. But this is not the issue here. The issue here is simply the insight into the existential necessity of life that all have, can have and indeed must have, because they are all humans forming part of humankind and must thus live according to their natural disposition. Such ethical norms only originate and continue to exist on account of such insight. The issue is thus only the discovery of what is, as well as the fact that law stands in a greater and above all vitally necessary relation to humans, and that law can only be correctly understood from this perspective. That is what this ethics is about. It expresses the basic attitude to life, but not a determined view of what humans are. And as law, as we have seen, essentially takes on a function in relation to the life of humans, it must consequently also be possible to determine law from this basic attitude to life.

This ethics, like life itself, is not intensively predetermined in normative terms. It is simply concerned with the fact that all humans want and may live, and also have to

dürfen, insofern sie – wie dies ja schon ihre körperliche Konstitution verlangt – auch leben müssen. Daher kann dieses Leben-müssen und -wollen einsichtigerweise nicht gegeneinander, also in einem dauernden Kriegszustand (aus)gestaltet werden, sondern die Vernunft sagt allen, dass das Leben miteinander wesentlich vorteilhafter ist, insofern alle dadurch immer auch mehr Möglichkeiten erhalten, ihr Leben nicht einfach zu fristen, sondern es geistig wie körperlich zu kosten und es vor allem auch geistig zu entwickeln. Dieser Lebensgenuss ist göttlich, weil die bewusste Lebensgestaltung der Einzelnen auch nur aus der Einsicht in die wirklich wesentlichen Bedingungen des Existierens für alle resultieren kann. Und aus dieser Erkenntnis folgt notwendig die Grundhaltung oder das Ethos zum Leben. Deshalb hat das Recht auch (s)eine Referenzbasis in dieser Ethik. Aus diesem Grunde kann das Recht nicht von dieser Ethik getrennt werden, und daher folgt das Recht aus Einsicht in die Notwendigkeit der Existenzbedingungen eben dieser Ethik, ohne freilich deswegen gleich zu deren Dienerin zu verkommen.

live, to the extent that their physical constitution permits. It is therefore clear that having-to-live and wanting-to-live cannot be set against each other in a permanent state of conflict: rather, reason tells everyone that life with one another is much better because everyone obtains more opportunities not simply to eke out a life, but to enjoy it intellectually as well as physically, above all to develop it intellectually. This enjoyment of life is divine in nature because the conscious organisation of life by individuals can, simply from this insight, also result in the truly essential conditions of existence for all. From this realisation necessarily follows the basic attitude or ethos with regard to life. This is why law also has its reference basis in this ethics. Law thus cannot be separated from ethics: law therefore follows this ethics from its understanding of the necessity for the conditions for existence, without simultaneously being merely its handmaid.