

**Zeitschrift:** Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie = Revue philosophique et théologique de Fribourg = Rivista filosofica e teologica di Friburgo = Review of philosophy and theology of Fribourg

**Band:** 8 (1961)

**Heft:** 1-2

**Artikel:** Wesen und Begründung des Rechts

**Autor:** Utz, Arthur F.

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-761451>

### **Nutzungsbedingungen**

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

### **Conditions d'utilisation**

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

### **Terms of use**

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

**Download PDF:** 25.02.2026

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

ARTHUR F. UTZ O P

# Wesen und Begründung des Rechts

## I. Die Definition des Rechts

### ERSTER ARTIKEL

#### Die Nominaldefinition des Rechts – Das Recht als Begriff

##### *Vorbemerkungen zur wertfreien Definition des Rechtsbegriffes*

In der Nominaldefinition sehen wir grundsätzlich von einer Wertung ab. Wir fragen also noch keineswegs, was von einem Ideal her irgendwie als gerecht anzusehen ist und darum etwas, was sich als Recht ausgibt, auch zum Recht macht. Vielmehr handelt es sich darum, das Bewußtsein zu analysieren, welches wir bezüglich dessen haben, was wir « rechtlich » nennen. Wir befinden uns hier also auf dem Boden der echten Rechtstheorie, der aber nicht etwa das Reservat der Rechtstheorie ist, sondern vielmehr auch jenem Philosophen zusteht, der seine Definitionen auf der Erfahrung aufbaut<sup>1</sup>. Bei der Nominaldefinition beschäftigen wir uns also zunächst einmal mit dem Recht als einer Tatsache äußerer Erfahrung, sodaß wir (allerdings nur im Rahmen der Nominaldefinition) mit *Hans Kelsen* sagen können, es sei einerlei, um welches Recht es sich handle, um das sowjetische oder um das demokratische Frankreichs, immer sei es das Wesen des Rechts, das wir suchen.

Dem Moralisten dürften die Zusammenhänge nicht fremd sein. Bevor er nämlich das Sittliche wertend beurteilt, wird er doch zunächst einmal das Phänomen des Sittlichen aufweisen müssen und es so bestim-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu meinen Aufsatz in : *Naturordnung in Gesellschaft, Staat, Wirtschaft*. Festschrift für Johannes Messner. Innsbruck 1961.

men, wie es zunächst aus der Erfahrung bestimmbar ist, um dann in der Folge diesen Erfahrungsgegenstand in den großen Zusammenhang der menschlichen Natur als solcher zu stellen und von dort aus bestimmte Wertungen vorzunehmen.

Was wir also zunächst analysieren, ist nicht unser sittliches Bewußtsein vom Recht, sondern vielmehr unser rein « intellektuelles », d. h. jenes Bewußtsein, welches den *Begriff* des Rechtlichen formt. Weil allerdings bei allen Erfahrungsgegenständen, die von unserer praktischen Vernunft gestaltet werden müssen, eben diese praktische (wesentlich sittliche) Vernunft stets mitinteressiert ist, ja sogar naturnotwendig mitwirkt bei jeder gedanklichen Operation, bedeutet es fast eine irrsinnige Akrobatik, das Rechtliche ganz und gar isoliert von jeder Wertung ins Auge fassen zu wollen. Daher kommt es, daß gerade die Philosophen sich gegen jene wenden, die auf Grund ihrer Rechtstheorie zunächst einmal einzig und allein das Faktum des Rechts bestimmen möchten. Wie schwer es ist, das Recht als Faktum von der Wertung abzuheben, zeigt schon die Definition *Sallusts*: « Recht ist die Aequitas unter den Bürgern, sei sie durch geschriebene Gesetze sanktioniert oder in Einrichtungen und Sitten überkommen. »

Wir stellen nun im Folgenden die einzelnen Elemente zusammen, die notwendig sind, um dem Bewußtseinsinhalt vom Recht genügezutun.

### *1. Das Recht bezeichnet eine zwischenpersonale Beziehung*

Von Recht wird nicht gesprochen, wo man sich nur eine einzige Person denkt. Auch gegenüber der äußeren Gegenstandswelt würde ein einzelner Mensch nicht vom Recht auf Gebrauch sprechen, wenn er nicht einem anderen Menschen gegenüberstände. Robinson « benützt » einfach die Dinge. Recht verlangt immer Beiderseitigkeit, ein Gegenüber des einen zum andern. Die Alten haben dafür den Terminus « *Altereitas* » geprägt. Recht bezeichnet also immer ein soziales Phänomen oder setzt ein solches voraus. Ob nun das zwischenpersonale Verhalten der Menschen selbst, also nicht nur die Relation, als rechtlich zu bezeichnen ist, ist eine Frage, die wir hier noch nicht entscheiden können, da sie wesentlich davon abhängt, in welchem realen Zusammenhang wir dasjenige bringen, das wir mit dem Begriff des Rechts bzw. des Rechtlichen bezeichnen. Jene Juristen, die einzig das positive Recht im Auge haben, sehen das Rechtliche nicht im Verhalten des Menschen selbst, sondern vielmehr in der Folge (Zwangsvollstreckung), die mit einem solchen menschlichen Verhalten (als Bedingung) verbunden ist.

## 2. *Das Recht ist konkrete zwischenpersonale Beziehung*

Im eigentlichen und strengen Sinne wird als « Recht » immer nur ein konkreter Sachverhalt bezeichnet. Alles andere, was sonst noch irgendwie rechtlich genannt wird, erhält diesen Namen nur in Funktion zum konkreten Sachverhalt. Das Gesetz ist zwar auch etwas Rechtliches, es ist aber nur rechtlich, weil es eine konkrete zwischenpersonale Beziehung regeln soll.

Mit diesem Gedanken wird keineswegs behauptet, daß etwa die konkrete Situation die Norm des Rechts wäre. Es wird lediglich betont, daß sich das Recht erst in der konkreten zwischenmenschlichen Beziehung erfüllt. Die Analyse der realen Ordnung wird dann herausstellen müssen, gemäß welchen Prinzipien der einzelne konkrete Fall rechtlich bestimmt wird. Wir werden dort dann auf die beiden Begriffe Rechtsquelle und Rechtsnorm stoßen.

## 3. *Das Recht ist eine gesollte konkrete zwischenmenschliche Beziehung*

Das Recht ist nicht ein reiner Naturprozeß, mag man sich diesen nun vorstellen im Sinne einer materiellen oder auch psychischen Kausalität. Eine materielle Kausalität liegt z. B. in dem Falle vor, wo ein Autofahrer einen Wagen überholt und dabei mit einem entgegenkommenden Fahrzeug zusammenstößt. Dieses Ereignis als solches ist noch nichts Rechtliches. Es wird dies erst in dem Augenblick, wo wir daran denken, daß der überholende Fahrer sich hätte an die Verkehrsvorschriften halten müssen, auf ein eventuell entgegenkommendes Fahrzeug zu achten. Den Fall einer rein psychologischen Kausalität finden wir dort, wo ein Mensch auf Grund einer Zwangsvorstellung, z. B. einer eingeschliffenen Gewohnheit, die Handlung spontan vollzieht. *Kelsen* deutet z. B. die Vorstellung eines überweltlichen Wesens, das sich am Menschen rächt, im Sinne einer reinen Kausalität. Gott erscheint so als die den Menschen tragende oder ihn fallenlassende Allgewalt, der man sich unterwirft, wie man etwa dem Nahrungstrieb nachgibt, um nicht zu verhungern. Wir haben in diesem Augenblick noch nicht über diese Erklärung des Gott- Mensch-Verhältnisses zu disputieren. Es geht zunächst nur darum, den Naturprozeß in seiner materiellen und psychologischen Kausalität darzustellen. Es ist *Kelsen* und übrigens allen Rechtstheoretikern beizupflichten, daß weder die materielle noch die psychologische Kausalität ausreicht, um das Recht in seinem Wesen zu erklären. Das Recht ist kein gewöhnliches Ereignis, auch kein psychologisches. Es ist ein Soll.



In der Erklärung dieses Solls gehen die Rechtstheoretiker sogar so weit, daß sie das materielle oder psychologische Ereignis vollständig vom Rechtlichen trennen und nur das Soll sehen. So erklärt man, und vor allem *Kelsen*, daß nicht das gegenseitige Verhalten der Menschen selbst in die Definition des Rechts hineingehöre, sondern einzig und allein die Folge, die auf ein solches Verhalten eintritt, nämlich die sogenannte Zwangsvollstreckung. Das will besagen, daß das unvorsichtige Überholen des Autofahrers deswegen rechtliche Bewandnis erhalten hat, weil sich daran irgendeine Zwangsvollstreckung knüpft. Das Rechtliche bestände danach einzig in der « Unrechtfolge » auf eine Tatsache oder einen Sachverhalt. Wir haben uns im Augenblick mit der überaus spitzfindigen Frage nicht näher auseinanderzusetzen, ob das Rechtliche als freischwebende Relation vom Sein getrennt werden könne, oder ob es doch vielmehr nur eine Bewandnis am Sein selbst sei. Das Problem beschäftigt auf höherer Ebene die Ethik, wo es darum geht, Sein und Sollen miteinander in Beziehung zu setzen. Verbleiben wir einmal hier, wo es doch nur um die Nominaldefinition geht, bei der naiven « Annahme », daß das Rechtliche etwas am menschlichen Verhalten, und zwar am zwischenmenschlichen Verhalten sei, insofern dieses *gesollt* ist.

Dieser Gedanke, daß das Rechtliche etwas Gesolltes ist, stößt nun bei dem sozialpsychologischen Phänomen des Brauches, dem die Juristen die Bewandnis der Rechtsquelle zuschreiben, auf eine gewisse Schwierigkeit. Der Brauch ist die in einer bestimmten Gesellschaft kristallisierte gesellschaftliche Lebensform. Man kann sich nun das Rechtliche im sozialen Brauch nicht richtig denken, wenn man diesen einzig und allein als soziale Verkrustung auffaßt, weil so das Rechtliche mit jedem anderen psychologischen Druckmittel verwechselt würde. Die Rechtswissenschaft wäre dann nichts anderes als eine Naturwissenschaft. Man kann, wie bereits gesagt, weder der sittlichen noch auch der rechtlichen Pflicht näherkommen, solange man im reinen Naturprozeß verbleibt. Dem sozialen Zwang des Brauches muß also die Bewandnis der sozialen Verpflichtung verhaftet sein. Das hat selbst *Ortega y Gasset* gespürt, obwohl er das gesamte Recht im sozialen Brauch aufgehen ließ. Und auch *Henri Bergson* deutet den sozialen Zwang des Brauches im Sinne eines Prinzips der sozialen Verpflichtung. Was muß also zum sozialpsychologischen Druck, den der Brauch auf den einzelnen Menschen ausübt, hinzugedacht werden, um dem Begriff des Rechts zu genügen? Doch wohl nichts anderes als die Vorstellung, daß im Brauch irgendwie eine verpflichtende Stimme spricht. Ohne diese Vorstellung der Pflicht ist der soziale Brauch ent-

weder eine reine Gewohnheit, die den einzelnen Menschen die Bahn der Handlungen gewissermaßen instinktiv vorspurte, oder ein reiner Wert, den jeder im eigenen Urteil zum seinen macht, ohne daß es damit zu einer eigentlichen sozial verbindlichen Verkettung käme.

*4. Das Recht ist ein gesolltes konkretes zwischenmenschliches Verhalten, das erzwingbar ist*

Wir haben beim rechtlichen Verhältnis, in welchem zwei Personen zueinander stehen, durchweg die Vorstellung, daß der eine einen Anspruch zu stellen, während der andere diesen Anspruch zu erfüllen hat. Der eine ist also be-rechtigt, der andere ver-pflichtet. Es ist uns dabei klar, daß diese beiden Bewandnisse durchaus zusammengehören, um die Vorstellung eines eigentlich rechtlichen Sollens zu ermöglichen. Der Gedanke dieser Zusammengehörigkeit ist aber undurchführbar, wenn man nicht die Erzwingbarkeit des gesollten Verhältnisses mitdenkt. Aus diesem Grunde ruft der rechtlich Übervorteilte nach jemandem, der zwangsmäßig die gesollte Ordnung herstellt. Ja, der Berechtigte betrachtet sich dem Partner gegenüber als autorisiert, bei Versagen einer übergeordneten Macht aus eigenen Kräften zur Zwangsvollstreckung zu schreiten. In diesem Sinne sagt *Johannes Messner*: « Die Arteigenheit des Rechts liegt darin, daß es eine Regel des äußeren Verhaltens darstellt und die Ermächtigung zur Herbeiführung des geforderten Verhaltens durch Gewaltanwendung gewährt. »<sup>2</sup> Diese Ermächtigung kann aber nicht in einem rein individuellen kategorischen Imperativ beruhen, gemäß welchem etwa der Berechtigte für seine Person die Gegenwehr rechtfertigt. Denn in dieser Vorstellung wäre der andere nicht miteinbegriffen. Wir sind vielmehr der Überzeugung, daß unsere Berechtigung in gleicher Weise, wie sie uns zur Handlung autorisiert, den andern zur Anerkennung unserer Handlungsweise verpflichtet. Allerdings sind diese Überlegungen konsequent nur vollziehbar, wenn man Autorität und übergeordnete Norm mithineinverwebt (vgl. unten 5 und 6). Ohne diese beiden Elemente gelingt es nicht, das rechtliche Verhältnis der Staatsautorität zum einzelnen Individuum erschöpfend zu erklären. Denn wie soll man eine Gegenwehr des einzelnen Menschen gegen die übergreifende Staatsgewalt rechtlich begründet finden, wenn mit der zwingenden Macht die Rechtsordnung abschließt? In diesem Betracht hat *Fr. Pollock* richtig gesehen, wenn er erklärt, daß die Zwangsvollstreckung bereits Recht

<sup>2</sup> Das Naturrecht, Innsbruck <sup>3</sup>1958, 205.

voraussetze. Doch ist damit nicht bewiesen, daß Recht nicht wesentlich zwangsvollstreckbare Ordnung sei. So sagt auch *Thomas von Aquin* <sup>3</sup>, das Gesetz müsse Zwangsgewalt haben, um wirksam auf die Tugend hinzuordnen. Nur in dieser Bewandtnis des Gesetzes sieht er den Unterschied zur privaten Norm begründet. *Hans Nawiasky* bestimmt mit vielen andern das Recht sozusagen einzig von der Zwangsgewalt her: « Die Rechtsnorm ist ... eine Vorschrift für das äußere Verhalten, an deren Nichtbefolgung Vollstreckungszwang oder Strafe anknüpft; das Gebot eines Tuns oder Lassens, dessen Ungehorsamsfolge in Vollstreckungszwang oder Strafe besteht. » <sup>4</sup>

##### 5. Das rechtliche Soll entstammt einer Autorität

An sich müßten wir an dieser Stelle das Soll im allgemeinen, also nicht nur das rechtliche Soll, erklären. Auch die Vorstellung eines rein sittlichen Solls ist konsequent nicht vollziehbar ohne den Gedanken einer Autorität, die das Soll erläßt. Der Wert allein genügt nämlich nicht. Entweder neigt man auf Grund eines Naturprinzips zum Werte hin, und dann handelt es sich nicht um die Erfüllung eines Solls, sondern um einen Naturprozeß, oder man erwählt den Wert in freier Entscheidung, und dann erklärt man die Freiheit zum Prinzip der Wahl, man ordnet sich also dem Wert nicht mehr unter, damit ist aber auch die Vorstellung eines eigentlichen Solls ausgeschlossen. Dasselbe gilt auch vom rechtlichen Soll. Dieses unterscheidet sich übrigens vom sittlichen Soll nur dadurch, daß es sich zugleich an mehrere richtet, und zwar in einer Weise, daß es diese untereinander ordnet, während das sittliche Soll auf den je einzelnen abzielt. Die Zwangsvollstreckung ist nicht konsequent durchdenkbar, wenn man nicht zugleich eine übergeordnete Kraft, d. h. also eine wirk-same Autorität mitsieht, welche die Verpflichtung ausspricht und mit ihrer Macht stützt.

Wie der Gedanke des reinen Wertes schon allein für das Soll als solches nicht ausreicht, so viel weniger noch für das rechtliche Soll. Aus der Wertordnung kann man höchstens auf eine spontane gesellschaftliche Ordnung kommen. Es fehlt der Gedanke, daß der einzelne zur Zwangsvollstreckung autorisiert ist, entweder mittelbar über den Träger der Autorität oder unmittelbar durch eigene Zwangsvollstreckung, die ihrer-seits, weil autorisiert, eben Autorität voraussetzt.

<sup>3</sup> I-II 90,3 ad 2.

<sup>4</sup> Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Einsiedeln 1948, 13.

6. *Das Recht als ein wirksam regelndes Soll, das sämtliche Rechtspartner in gleicher Weise einschließt*

Begreift man das Recht als Ordnungsfaktor, so ist es selbstverständlich, daß darin sämtliche Personen in gleicher Weise begriffen werden, die als in rechtlicher Beziehung zueinander stehend bezeichnet werden. Dennoch sind die Dinge etwas schwieriger, als sie sich auf den ersten Anblick zeigen. Wir treten hier in eine ziemlich subtile Bewußtseinsanalyse ein, der wir einige Aufmerksamkeit schenken müssen, weil davon die ganze Rechtsbegründung abhängt. Stellen wir uns einen Räuber vor, der mit vorgehaltener Pistole von einem Bankbeamten an der Kasse das Geld fordert. Hat dieser Befehl rechtliche Geltung oder nicht? Halten wir diesem Beispiel ein anderes gegenüber, nämlich den Befehl eines Vaters an seinen Sohn. Handelt es sich hier um einen rechtlich gültigen Befehl? Warum verneinen wir im ersten Fall die rechtliche Gültigkeit und warum bejahen wir sie im zweiten?

*Kelsen*, der zur Aufhellung dieses Problems das Beispiel von einem Straßenräuber einerseits und einem Steuerbeamten andererseits gebraucht, erklärt den Unterschied dadurch, daß er im Befehl des Gangsters eine rein « subjektive Norm » sieht, während der Befehl des Steuerbeamten (in unserem Falle handelt es sich um das schwierigere Beispiel des Vaters) eine « objektive Norm » nennt. Der Begriff der objektiven Norm ist bei *Kelsen* äußerst verwickelt und stößt am Schlusse auf einen Widerspruch. Objektiv ist nach ihm eine Norm, wenn sie (in letzter Analyse) von einer kompetenten Autorität stammt. Die kompetente Autorität wird in diesem Falle wiederum im Sinne einer Norm verstanden und nicht etwa im Sinne eines ontischen, d. h. psychischen Aktes, z. B. des Befehlens. Es handelt sich also bereits auch hier um eine rechtliche Norm. In diesem Falle würde also das Recht bzw. das Rechtliche durch eine « rechtliche » Norm definiert. Tatsächlich kommt *Kelsen* auch nicht weiter. Denn im Bereich der Normen gibt es für ihn keine Unendlichkeit. Man muß also bei einer Grundnorm landen, die das Normendenken abschließt, es sei denn, man würde sich nach den Ausdrücken *Kelsens* fälschlicherweise in das Sein verirren. Man wird sich natürlich fragen, an welchem Anzeichen man denn zuletzt eine objektive Norm erkennen soll. *Kelsen* erklärt hierauf, daß man das wirkliche Verhalten der Gesellschaftsglieder prüfen müsse, auf welches die Norm gerichtet ist: « Nur wenn das tatsächliche Verhalten der Menschen im großen und ganzen dem subjektiven Sinn der auf dieses Verhalten gerichteten Akte ent-

spricht, wird dieser subjektive Sinn auch als ihr objektiver anerkannt, werden diese Akte als Rechtsakte gedeutet.»<sup>5</sup> So sehr sich *Kelsen* dagegen sträubt, die Bewandtnis und das Wesen der Norm von irgendeinem Sein oder irgendeiner Wirklichkeit abzuleiten, so steht doch soviel fest, daß bei ihm jede Norm nur dort und nur so lange Norm ist, als die Gesellschaftsglieder auf sie reagieren. Sehr deutlich kommt dies im folgenden Text zu Wort: «Handelt es sich um den vereinzeltten Akt eines einzelnen Individuums, kann dieser schon darum nicht als ein Rechtsakt, sein Sinn nicht als eine Rechtsnorm angesehen werden, weil Recht ... nicht eine einzelne Norm, sondern ein System von Normen, eine soziale Ordnung ist, und eine besondere Norm als Rechtsnorm nur insofern anzusehen ist, als sie einer solchen Ordnung angehört. Der Vergleich mit einer Rechtsordnung käme nur in Betracht, wenn es sich um die systematische Tätigkeit einer organisierten Bande handelte, die ein bestimmtes Gebiet dadurch unsicher macht, daß sie dort lebende Menschen unter Androhung von Übeln zwingt, ihr Geld und Geldeswert auszuliefern. Dann ist die Ordnung, die das gegenteilige Verhalten der Mitglieder dieser als 'Räuberbande' qualifizierten Gruppe regelt, von der externen Ordnung, das ist von den Befehlen zu unterscheiden, die die Mitglieder oder Organe der Bande unter Androhung von Übeln an Außenstehende richten. Denn nur gegenüber Außenstehenden betätigt sich die Gruppe als 'Räuberbande'. Wären Raub und Mord im Verhältnis zwischen den Räubern nicht verboten, läge überhaupt keine Gemeinschaft, keine Räuberbande vor. Dennoch mag auch die interne Ordnung der Bande mit einer als Rechtsordnung angesehenen Zwangsordnung vielfach in Konflikt stehen, innerhalb deren territorialen Geltungsbereich die Tätigkeit der Räuberbande fällt. Wenn die diese Gemeinschaft konstituierende, die interne und externe Ordnung umfassende Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung, wenn ihr subjektiver Sinn, daß man sich ihr entsprechend verhalten soll, nicht als ihr objektiver Sinn gedeutet wird, so darum, weil keine Grundnorm vorausgesetzt wird, derzufolge man sich dieser Ordnung gemäß verhalten soll, das heißt: daß Zwang unter den Bedingungen und in der Weise geübt werden soll, wie es diese Ordnung bestimmt. Aber – und das ist die entscheidende Frage – warum wird eine solche Grundnorm nicht vorausgesetzt? Sie wird nicht vorausgesetzt, weil – oder richtiger – wenn diese Ordnung nicht jene dauernde Wirksamkeit hat, ohne die keine sich auf sie beziehende, ihre objektive Geltung be-

<sup>5</sup> Reine Rechtslehre, Wien 1960, 48.



gründende Grundnorm vorausgesetzt wird. Sie hat diese Wirksamkeit offenbar nicht, wenn die Sanktionen statuierenden Normen der Rechtsordnung, innerhalb deren territorialen Geltungsbereich die Tätigkeit der Bande fällt, tatsächlich auf diese Tätigkeit als auf rechtswidriges Verhalten angewendet werden, den Angehörigen der Bande die Freiheit, ja das Leben durch Akte zwangsweise entzogen wird, die als Freiheits- und Todesstrafe gedeutet werden, und der Tätigkeit der Bande so ein Ende gesetzt wird. Das heißt : wenn die als Rechtsordnung angesehene Zwangsordnung wirksamer ist als die die Räuberbande konstituierende Zwangsordnung. »<sup>6</sup> Wir haben uns im einzelnen mit *Kelsen* hier noch nicht auseinanderzusetzen. Das Beispiel *Kelsens* ist aber insofern interessant, als es beweist, daß wir in unserm Bewußtsein immer nach einem Maß, nach einer Norm suchen, auf Grund welcher eine Handlung als rechtlich zu bezeichnen ist. Der Sohn hat ein Recht, danach zu fragen, ob der Befehl des Vaters zu Recht besteht. Die Antwort auf diese Frage erhält er nur, wenn man ihm eine Norm angibt, gemäß welcher der Befehl seines Vaters beurteilt werden kann. Bei *Kelsen* würde man in die staatliche Ordnung hineinkommen und schließlich bei der Verfassung enden. Im christlichen Denken kommt man zur Ordnung Gottes, die nicht nur als Sein, sondern als echte Norm verstanden wird. *Kelsen* beschließt die rechtliche Analyse bei der Auffindung seiner ersten Norm. Alles andere, was man vielleicht sonst noch erfragen könnte, sei Seinsordnung, die maximal Bedingung oder äußerer Hinweis des Existierens einer Norm sein könne.

*Kelsens* Analyse läßt jedoch das menschliche Bewußtsein vom Recht nicht ganz zur Ruhe kommen. Analysieren wir nur einmal das Verhältnis von Gott zum Menschen bzw. vom Menschen zu Gott. Wir brauchen dabei noch gar nicht voraussetzen, daß Gott existiert. Es geht einzig darum, ob unsere Vorstellung und unser Bewußtsein vom Rechtlichen es erlauben würde, das Verhältnis vom Menschen zu Gott als ein rechtliches zu bezeichnen, für den Fall, daß Gott als ewiger Schöpfer und höchstes Wesen wirklich existieren sollte. Die Frage würde dann lauten : Muß der Mensch ein von Gott an ihn ergehendes Gebot als rechtlich anerkennen ? Oder sieht der Mensch in Gott einzig und allein seine allmächtige Schöpfungs- und eventuell sogar Vernichtungsursache ? Kommt nur das letzte Verhältnis in Frage, dann kann der Gehorsam des Menschen nichts anderes als die Reaktion auf eine erbärmliche Furcht vor der Vernichtung sein. Wir hätten hier also einen rein kausalen Zusammenhang,

<sup>6</sup> A. a. O., 48 f.

gewissermaßen einen Naturprozeß, nicht aber ein Rechtsverhältnis. Jedoch entspricht diese Erklärung des Verhältnisses vom Menschen zu Gott nicht unserem Bewußtsein, das wir uns irgendwie von einem höchsten Wesen zu formen imstande sind. Das beweist schon die Frage, welche geplagte Menschen an Gott stellen, warum sie es verdient hätten, in dieser Weise durch das Schicksal behandelt zu werden. Das Beispiel beweist, daß man sich die Einstellung des Menschen zu Gott auch anders vorstellen kann. Bei aller Macht, die das ewige Wesen gegenüber der Kreatur besitzt, kann es doch in einem echten Befehl an die Freiheit des Menschen appellieren, wobei mit dem Befehl eine gewisse Sanktion verbunden ist. Allerdings ist mit der Tatsache, daß Gott befohlen hat, die Frage, ob es sich wirklich um einen rechtsgültigen Befehl handle, noch nicht beantwortet. Es steht immer noch die Frage offen, mit welchem Recht Gott einen solchen Befehl erlassen konnte. Wir setzen also voraus, daß Gott nicht jedweden Befehl erlassen kann. Es wäre uns z. B. unverständlich, wenn er eine Lüge vorschreiben würde. Die absolute Befehlsgewalt Gottes wird demnach ebenfalls als mensuriert, als normiert angesehen. Über das Wesen dieser Norm können wir hier nicht disputieren. Diese Frage gehört in die Ordnung der Wirklichkeit. Greifen wir hier nur etwas vor, indem wir erklären, daß nach christlicher Auffassung das Wesen Gottes Norm und Maß jeder Handlung Gottes ist. Hier aber, und das ist gegen *Kelsen* zu sagen, handelt es sich nicht mehr um eine « rein rechtliche », sondern um eine im Sein gegebene Norm. Diese Norm ist also « objektiv », weil sie mit dem Sein identisch ist. Damit erst sind wir in der Lage, Recht zu bestimmen, ohne das Definierte selbst in die Definition zu nehmen, d. h. ohne auf ein irgendwie « rechtliches » Prinzip oder irgendeine « rechtliche Kompetenz » zurückzugreifen. Erst in einer solchen Analyse ist unser Normendenken zur Ruhe gekommen.

Wer in der Analyse des Rechtsbewußtseins im vordergründigen Erfahrungsbereich verbleibt, wird auf der Suche nach der Norm, die immer zum Rechtlichen gehört, nur bis zum logischen Postulat einer Grundnorm kommen. Darin ist *Kelsen* logisch geblieben. Würde er nämlich in der Erfahrungswelt in das Sein hinabgleiten, dann wäre Autorität nur noch die Kraft des Stärkeren und das Rechtsverhältnis nur noch ein Naturprozeß. So versteht man es auch, warum *Kelsen* die tatsächliche Anerkennung durch die Rechtsgenossen nicht zum Konstitutivum der objektiven Norm zählen konnte.

Und doch kann sich unser Bewußtsein damit nicht zufrieden geben, daß man sagt, etwas sei ein Rechtliches, weil es von einer kompetenten



Autorität stamme. Unser Bewußtsein drängt weiter und fragt erneut : mit welchem Recht erklärt sich die Autorität als kompetent ? Gerade im Normenbereich ist der Mensch nicht zufrieden, daß man ihn abrupt vor eine Grundnorm führt, die unvermittelt als Norm da ist, ohne irgendeine Begründung aus dem Sein zuzulassen. Unser Bewußtsein vom Rechtlichen sucht also nach einer Norm, die alle sich im Rechtsverhältnis befindenden Partner umfaßt, also auch dort, wo das Rechtsverhältnis zwischen einem Befehlenden und einem Befohlenen besteht. Selbst in der Vorstellung des Verhältnisses eines ewigen Wesens zu dessen Kreatur sucht das Rechtsverständnis des Menschen nach einer höheren Norm. Im Grunde handelt es sich hier – wenigstens in unserem Bewußtsein – um eine im ewigen Sein verwirklichte Gerechtigkeit. Halten wir also fest, daß das Kennzeichen einer « objektiven Norm », d. h. jener Norm, die im Rechtsverhältnis verlangt wird, vielleicht unmittelbar (in der Erfahrungswelt) wiederum eine Rechtsnorm sein kann, daß aber die in die Tiefe greifende Bewußtseinsanalyse spontan nach einer im Sein erkennbaren Norm sucht. Dieses Sein ist selbstverständlich nicht identisch mit einem Befehl, sonst hätte man kein Unterscheidungsmerkmal zwischen der sogenannten subjektiven und objektiven Norm. Denn ob der Befehl subjektiv oder objektiv ist, entscheidet die Norm. Andererseits genügt die Norm allein auch nicht, um das Rechtliche zu bestellen, denn es muß eine wirksame Norm sein. Diese aber verlangt eine machtvoll befehlende Autorität.

Wir haben also gesehen, daß nur von der übergeordneten Norm her, die alle Rechtspartner angeht, dem Begriff des Rechtlichen beizukommen ist. Die *aristotelische*, in der Scholastik wiederholte Formel, daß das Recht ein « debitum » sei, hat immer zu stark und einseitig das « debitum mihi », also den « Anspruch » unterstrichen. Daraus entwickelte sich eine Definition des Rechts, die bereits von einem speziellen, nämlich dem subjektiven Recht ausging : « *Facultas legitima seu moralis aliquid agendi vel exigendi.* » <sup>7</sup> Diese Definition krankt übrigens noch zusätzlich an der Schwäche der *Kelsen'schen* Begriffsbestimmung. Wir landen am Schluß bei einer kompetenten Autorität, die hier, in der Definition von *Cathrein* in dem Wort « legitima » verborgen ist.

Damit, daß die Rechtsnorm sämtliche Rechtspartner in gleicher Weise umfaßt, ist bereits von der begrifflichen Seite (Nominaldefinition) her eine gewisse Zuordnung und sogar Nivellierung der Rechtspartner

<sup>7</sup> Victor CATHREIN, *Philosophia Moralis*, Friburgi <sup>20</sup>1955, Nr. 283.

ausgesprochen. Das soll nicht heißen, daß die Norm die Rechtspersonen auch qualitativ gleichstellt, aber doch soviel, daß alle « genormt » sind. Das zeigt z. B. deutlich das Verhältnis des Vaters zum Sohn. Der Anspruch des einen und die Pflicht des andern sind in der einen und selbigen Norm enthalten. Der Anspruch des einen ist also nicht etwa die Folge seiner stärkeren Muskeln oder seiner stärkeren Seele, sondern der übergeordneten Norm. Allerdings suchen wir eine letzte Begründung dafür im Sein. Doch darüber später. Die rechtliche Gleichheit ist also dem Begriff nach zunächst nicht die Gleichheit des Personseins, auch nicht die Gleichheit von Pflicht auf der einen und Machtbefugnis auf der anderen Seite, sondern die Gleichheit im Erfaßtsein durch die Norm. Hier hat der aristotelisch-thomistische Begriff der *aequalitas* etwas vor-gegriffen, indem er die *aequalitas* einfach als Gleichgewicht zwischen Machtbefugnis und Verpflichtung auffaßte. Die grundsätzliche Gleichheit oder *aequalitas* hat ihre Begründung vielmehr im selbigen *Soll*, d. h. in der gleichen Norm.

Hat man einmal den Gedanken erfaßt, daß die rechtliche Norm nicht nur einseitig eine menschliche Handlungsweise, sondern vielmehr ein zwischenpersonales Verhältnis vorschreibt, dann wird es wohl nicht mehr schwer sein, die Ermächtigung und die Erlaubnis in den rechtlichen Bereich einzubauen. Gewiß befiehlt man jemandem nicht, wenn man ihm eine Machtbefugnis oder Ermächtigung erteilt. Die Ermächtigung ist aber nur eine Seite des rechtlichen Solls. Von der anderen Seite wird Anerkennung dieser Ermächtigung verlangt, wie ebenso die Erteilung einer Erlaubnis an den einen die Anerkennung dieser Erlaubnis durch jedweden anderen fordert. Das Gleiche gilt von jenen Rechtssätzen, die weder Ermächtigung noch Erlaubnis erteilen, noch auch Pflichten aussprechen, sondern als « Rechtsfolgeanordnungen » darüber befinden, ob Rechte und Pflichten bestehen. Ein gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstoßender Vertrag wird als nichtig erklärt, zeitigt also keine Rechtsfolgen. Auch hier handelt es sich sichtbar um eine übergeordnete Norm, welche zwischenmenschliche Beziehungen regelt.

#### *Zusammenfassung: Der Begriff (Nominaldefinition) des Rechtlichen*

*Das Rechtliche ist jene konkrete zwischenpersonale Beziehung, die durch eine mehrere Personen umfassende wirksame Norm entsteht.*

Der erste Teil dieser Definition (konkrete personale Beziehung) erfüllt die ersten beiden besprochenen Bedingungen. Sämtliche anderen Bedingungen (Soll, Wirksamkeit, Autorität, die alle Partner umfassende

Weite der Norm) sieht im zweiten Teil enthalten (eine mehrere Personen umfassende wirksame Norm). Der Begriff der Autorität liegt in den beiden Begriffen der Wirksamkeit und der Norm verborgen.

In der Nominaldefinition des Rechtlichen wurde mit Absicht der Begriff der Norm noch nicht näher bestimmt. In der Definition wurde einfach von der « mehrere Personen umfassenden Norm » gesprochen. Man könnte gegen diese Definition einwenden, sie unterscheide nicht Moral von Recht, es seien Normen möglich, welche mehrere umfassen, die aber rein sozialetischen Inhalt hätten. Dagegen steht das bereits in der allgemeinen Sozialethik <sup>8</sup> Gesagte, daß es « rein » sozialetische Normen, die nicht zugleich rechtliche Bewandnis haben, überhaupt nicht gibt, es sei denn, man fasse Sozialethos als Verantwortungsbewußtsein des einen zum andern und umgekehrt. Es war ein Verhängnis der formalistischen Ethik, die sittliche Weltordnung von der subjektiven Gesinnung her gesehen zu haben, so daß solche Normen nicht mehr begreiflich wurden, die mehrere als Ganzheit umfassen, die also mehrere naturnotwendig « institutionell » umschlingen und nicht nur den einen gegenüber dem andern verpflichten. Diese Fehlentwicklung hat sich übrigens auch in der individualistischen Fassung des Solidaritätsprinzips und des Personalismus manifestiert <sup>9</sup>.

In die allgemeine Definition des Rechtlichen ist also « rechtliche » Norm nicht einzuführen, da eine « mehrere Menschen umfassende Norm » eo ipso rechtlich ist. Allerdings sehen sich jene Autoren, welche die sittliche, auch die sozialetische, Norm von der Rechtsnorm trennen, vor der Notwendigkeit, die « Rechts »-Norm in die Definition des « Rechts » aufzunehmen. Darum aber müssen sie, wie bereits kurz angedeutet, weiter fragen, woher die rechtliche Bewandnis dieser Norm komme. Schließlich muß es eine Norm geben, die letzter Grund des Rechtlichen ist. Bei *Kelsen* wird diese Norm Grundnorm genannt. Wir befinden uns, wenn wir diese Skala verfolgen, in dem heiklen Gebiet der Rechtsbegründung. An sich verlangt bereits die Analyse des Bewußtseins vom Rechtlichen diesen Aufstieg bis zur letzten Norm. Denn ohne diese letzte Verankerung ist es einfach unmöglich, den reinen Zwang vom Recht zu unterscheiden. Das heißt, es würde uns nie gelingen, Kausalität und

<sup>8</sup> Vgl. A. F. Urtz, Sozialethik, Bd. I, Sammlung Politeia Bd. X/1, Heidelberg 1958, 161 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Sozialethik, Bd. I, 314 ff.; ebenso: B. von Galen, Die Kultur- und Gesellschaftsethik José Ortega y Gasset, Sammlung Politeia Bd. XIII, Heidelberg 1959, 57.

Recht auseinanderzuhalten. *Kelsen* hat hierzu die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Norm geprägt. Der *Kelsen'sche* Begriff der objektiven Norm reicht jedoch, wie wir noch sehen werden, nicht aus, um eine befriedigende Unterscheidung zwischen Recht und Kausalität herzustellen. Wie schon erwähnt, ist nicht einsichtig, warum man den Gangsterbefehl wesentlich von dem Befehl eines politischen Diktators unterscheiden sollte. Im Grunde gehören beide zur Kausalität, wenn man schon zwischen Kausalität und sozialer Norm unterscheiden will. Fassen wir hier in der Begriffsbestimmung, d. h. in der Nominaldefinition, zunächst den Begriff der sozialen Norm, d. h. der Norm, welche mehrere Personen umgreift, so weit, daß auch das « Diktatorrecht » als Recht bezeichnet werden kann. *Del Vecchio* hat allerdings in seiner Begriffsbestimmung des Rechts die Norm bereits näher bestimmt, indem er den « ethischen Grundsatz » einführte : « Das Recht ist die objektive Einordnung der unter einer Mehrzahl von Subjekten möglichen Handlungen nach einem ethischen Grundsatz, der ihre Entfaltung bestimmt und ihre Behinderung ausschließt. »<sup>10</sup> Wenn man allerdings diesen Dingen bei *Del Vecchio* näher nachgeht, dann wird man feststellen, daß der « ethische Grundsatz » nicht das ist, was man eigentlich damit bezeichnen müßte. Doch davon später in der Rechtsbegründung.

### *Das Recht als Gesamtordnung*

Faßt man die vielen Rechtsbeziehungen der Gesellschaftsglieder zusammen, dann erhält man einen Rechtsbegriff, der eine ganze Reihe von wirksam durchzusetzenden zwischenmenschlichen Verhaltensweisen einschließt : das Recht als Gesamtordnung der Gesellschaft. Allerdings offenbart sich diese Gesamtordnung mehr und deutlicher in jenen Rechtsnormen, die man Gesetze nennt, sodaß die Rechtsordnung, im Sinne der Rechtsgesamtordnung, durchweg als Einheit der geltenden Gesetze aufgefaßt wird.

<sup>10</sup> Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Basel <sup>2</sup>1951, 371.

## ZWEITER ARTIKEL

## Die Realdefinition des Rechts

*Wie findet man die Realdefinition des Rechts ?*

Bei der Erstellung der Realdefinition des Rechts obliegt uns die Aufgabe, die einzelnen Begriffe, die in der Nominaldefinition vorkommen, mit einem wirklichen Inhalt zu belegen. Da wir vorläufig noch nicht wissen, ob das Soll, das sich im Recht ausspricht, eine ethische Funktion oder ethische Bewandtnis besitzt, also eigentlich von einem Apriori aus betrachtet werden müßte, bleibt uns nichts anderes übrig, als nach Art jeder Experimentalwissenschaft vorzugehen, d. h. wir fragen nicht nach dem richtigen Recht, wir suchen nicht danach, wie eigentlich Recht sein sollte, sondern belegen jeden einzelnen Begriff der Nominaldefinition mit einem erfahrungsmäßigen Inhalt. Methodisch befinden wir uns also noch ganz und gar auf dem Boden der Rechtstheorie. Wir suchen zwar ein Soll, aber ein Soll, welches sich durch Gültigkeit und Wirksamkeit experimentell manifestiert.

Daß die Menschen tatsächlich in gegenseitigem Wirkverhältnis stehen (erstes Element der Nominaldefinition), ist eine eindeutige Tatsache, die nicht bestritten werden kann. Ebenso undiskutierbar ist die Erfahrung, daß dieses gegenseitige Verhältnis irgendwie in der konkreten Situation geordnet, abgestimmt werden muß, um als Friedensverhältnis zu gelten (zweites Element der Nominaldefinition). Die übrigen Elemente der Nominaldefinition bilden aber den Knäuel der Problematik : gibt es ein Soll, welches über zwei oder mehreren Individuen steht und diese gewissermaßen in eins zusammenfaßt (drittes und viertes Element), ein Soll, das auf der einen Seite Ansprüche schafft und auf der anderen Seite Pflichten auferlegt (fünftes Element) und das zugleich eine Garantie der Wirksamkeit in sich enthält (sechstes Element) ?

Es sei ausdrücklich wiederholt, daß wir diese Frage nicht in der Wertordnung stellen, sondern in der Ordnung der Erfahrung. Mag man uns da vorhalten, wir machten uns die Methode der Positivisten zu eigen. Man könne doch nicht reales Recht finden, wo das wertmäßige Soll nicht erfüllt wird. Es gelte immer noch, was bereits *Aristoteles* und mit ihm *Thomas v. Aquin* gesagt hatte, daß eine *lex injusta* keine *lex* sei. Man erklärt uns, dem Rechte ginge es nicht anders als dem Begriff des Guten. Gut kann man nicht dort finden, wo etwas gut genannt wird, sondern wo etwas dem Soll entspricht. Nehme man nun aber Recht als eine wert-



mäßige Qualifikation, dann könne man Recht nur nach dem absoluten Soll bestimmen. Darum gelte z. B., daß die Russen kein Recht besäßen, sondern nur Unrecht. Man könne darum das Rechtssystem der Russen nicht als Rechts-, sondern nur als Zwangssystem bezeichnen. In diesem Sinne unterscheidet z. B. C. Aug. Emge schon in der Definition das Recht von der Anmaßung. Er verwirft darum den Begriff des « richtigen » Rechts, da Recht immer wesentlich richtig sei, während alles andere, das sich Recht nennt, diesen Namen raube.

Wir möchten aber diesen Weg des ethischen Apriori nicht gehen. Methodisch sicherer ist es, mit der Nominaldefinition des Rechts die erfahrungsmäßig feststellbare gesellschaftliche und allgemein menschliche Welt ins Auge zu fassen, um dort an den verschiedenen Realitäten die Definition zu verifizieren. Dabei ist es vorläufig « noch » belanglos, daß man den sozialen Zwang, wenn man ihn in letzter (metaphysischer) Analyse betrachtet, vom Recht ausschalten muß. *Del Vecchio* hat etwas Richtiges gesehen, wenn er sagte, man müsse sich einen Rechtsbegriff bilden, der auf alles paßt, was sich als Recht manifestiert. Auf diese Weise können wir uns auf jeden Fall vom Vorwurf der weltanschaulichen Vorbelastung freihalten. Man wird z. B. dem Befehl jener Übeltäter, welche im letzten Weltkrieg für nationalistische Ziele Millionen von Soldaten in den Kampf und in den Tod getrieben haben, die Bewandtnis des Befehles nicht abstreiten wollen, wenngleich er höchst ungerecht gewesen ist. Daß es sich aber um einen Befehl, und zwar sozialen Befehl und damit um einen Rechtsbefehl gehandelt hat, das beweisen die Folgeerscheinungen, die sich daraus ergaben. Bleiben wir also vorläufig bei der unbeschwerten Aussage, jedes sozial wirksame Soll sei « Recht », ohne zu untersuchen, was richtiges und was unrichtiges Recht ist.

Der Ausdruck « Recht » (*jus*) ist allerdings im Bewußtsein des Menschen schon derart sittlich (*justum*) verankert, daß es schwer fällt, ihn aus dieser Verkettung zu lösen. Das mag ein Beweis sein, wie sehr wir uns bei der von uns eingeschlagenen Methode der *Vorläufigkeit* unserer Redeweise bewußt bleiben müssen.

In seiner « Rechtsphilosophie » schildert *Erich Fechner* die verschiedenen Auffassungen vom Wesen des Rechts<sup>11</sup>. Er unterscheidet dabei Realauffassungen und Idealauffassungen vom Recht. Die Realauffassungen vom Recht sind nach ihm durch folgende Theorien gekennzeich-

<sup>11</sup> Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts, Tübingen 1956, 22 ff.

net : 1. Rechtsbiologismus (Rassentheorie), 2. Ökonomische Rechtsauffassung (mit Grundlegung in der materialistischen Geschichtsauffassung), 3. Politische Rechtsauffassung (Recht als Ausdruck von Machtverhältnissen), 4. Soziologismus und Positivismus im Recht (diese beiden verstanden als Zusammenfassungen aller Realtheorien, insofern nämlich die faktische Entwicklung des Zusammenlebens irgendeine tatsächliche Macht, eines einzelnen oder einer herrschenden Gruppe, zur Auswirkung kommen läßt). Die Idealauffassungen vom Recht teilen sich nach den Ausführungen *Erich Fechner's* in folgende Gruppen : 1. Vernunftlehre des Rechts (Rationalismus im Rechtsdenken), 2. Werttheorie im Recht (Wertphilosophie), 3. Theologische Rechtsauffassungen (Begründung des Rechts in Gott).

Wir haben diese anregende Aufteilung der verschiedenen Rechtsauffassungen hier erwähnt, weil unsere Ausführungen über die Realdefinition des Rechts sich in manchen Punkten mit den verschiedenen Realauffassungen vom Recht, wie sie *Fechner* wiedergibt, trifft, anderseits aber doch nicht verwechselt werden darf mit dem, was *Fechner* « Realauffassungen » vom Recht nennt. Es geht in der Realdefinition des Rechts nämlich nicht darum, darzulegen, was die Wissenschaftler über das Recht berichten und wie sie es begründet haben, sondern vielmehr um die Frage, in welcher Weise in einer Gesellschaft das soziale Soll wirksam wird.

Soviel können wir bereits von der Nominaldefinition aus sagen, daß das soziale Soll immer nur über das Bewußtsein der Gesellschaftsglieder wirksam sein kann. Denn sonst wäre Recht nicht Norm, sondern reine Kausalität. Um also die Realität des Rechts definieren zu können, müssen wir die Motive untersuchen, aufgrund deren die Glieder der verschiedenen Gesellschaften sich dem sozialen Soll tatsächlich unterwerfen. Im Unterschied zur Nominaldefinition, wo wir gefragt haben, was die Menschen sich unter dem Recht vorstellen, befassen wir uns jetzt mit ihren tatsächlichen Gründen und Begründungen, um derentwillen sie Recht verwirklichen.

Sieht es also doch so aus, als ob wir Auffassungen vom Recht untersuchen wollten ? Wer sich aber unsere Fragestellung richtig überlegt, wird herausmerken, daß es sich nicht um verschiedene Erklärungen des Rechts, sondern vielmehr um verschiedene Motivierungen der Rechtsverwirklichung handelt. Dabei wird noch in keiner Weise ein wertmäßiges Urteil gefällt, etwa eine Charakterisierung vorgenommen gemäß den Ausdrücken wie Biologismus, Soziologismus, Positivismus usw. Wir fragen



uns vielmehr ganz schlicht im Sinne positiver Bestandsaufnahme, wie etwa die Rechtstheorie sie vornimmt, in welcher Weise das rechtliche Soll in der Gesellschaft sich erfahrungsmäßig kundtut.

### *Erste Realdefinition*

*Das Recht ist ein eine Vielheit von Menschen umfassendes durch staatliche Autorität auferlegtes Soll.* In diesem Sinne treffen wir das Recht in jedem Staatswesen an, solange dieses sich nicht in Anarchie auflöst. Die Art und Weise, wie der Machtinhaber an seine Macht gekommen ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Man braucht also nicht notwendigerweise an einen Monarchen zu denken. Die Macht kann auch das Resultat von Auseinandersetzungen verschiedener Kräfte sein. Denkt man aber beim Recht an ein System oder eine ganze Ordnung von Rechten, dann wird man notwendigerweise an eine konstant bleibende Machtausübung denken müssen. In diesem Sinne gilt folgende Definition des Rechts: « Recht ist die Resultante relativ konstanter Machtfaktoren. »<sup>12</sup> Dieselbe Wirklichkeit hat *Max Ernst Mayer* im Auge: « Recht im weiteren Sinn ist die Gesamtheit von Handlungen, die eine organisierte Gesellschaft vornimmt, um die Pflege ihrer gemeinsamen Interessen durch Aufstellung und Durchführung eines Normensystems zu sichern. »<sup>13</sup>

Eine Reihe von Autoren hat den Gesichtspunkt der staatlichen Macht im Recht herausgehoben. Wir führen sie hier nicht an, um Rechtsauffassungen von Philosophen zu zitieren, sondern um die Realität des Rechts als staatlich gesetzter Ordnung von verschiedenen Seiten aus zu beleuchten.

*Aristoteles* nannte das Recht « das Gesetzliche ». <sup>14</sup> *Thibaut*: « Recht ist die durch das Gesetz gewährte Möglichkeit des Zwangs. »<sup>15</sup> *Jhering*: « Recht ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen. »<sup>16</sup> *Amos*: Recht ist ein « Befehl, der von der höchsten politischen Autorität eines Staates ausgeht und an dessen Untertanen adressiert ist »<sup>17</sup>. *H. Eppler*: « Recht ist die durch die Äußerung eines (vorwiegend) erfolgreich sich überordnenden Willens begründete Ordnung fremden Verhal-

<sup>12</sup> Ludwig GUMFLOWICZ, *Die sociologische Staatsidee*, Innsbruck <sup>2</sup>1902, 127; Alfred VIERKANDT, *Gesellschaftslehre*, Tübingen 1922, 257.

<sup>13</sup> *Rechtsphilosophie*, Berlin 1922, 56.

<sup>14</sup> *Nikomachische Ethik* V, 2 (1129 a 34).

<sup>15</sup> Vgl. Rudolph v. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung*, Bd. III/1, Leipzig <sup>5</sup>1906, 327.

<sup>16</sup> *Der Zweck im Recht*, Bd. I, Leipzig <sup>2</sup>1884, 320.

<sup>17</sup> Vgl. William SEAGLE, *Weltgeschichte des Rechts*, München-Berlin <sup>2</sup>1958, 14.

tens. »<sup>18</sup> Das *russische Strafgesetzbuch*: « Recht ist ein System sozialer Beziehungen, das dem Interesse der herrschenden Klassen dient und daher von deren organisierter Macht, d. i. vom Staat, unterstützt wird. »<sup>19</sup>

### *Zweite Realdefinition*

*Das Recht ist eine durch die Biologie, d. h. die physische Überlegenheit des anderen geschaffene Sollordnung, welcher sich der Schwächere gleich einem unabweislichen Muß unterwirft.* Man wird auch hier, wenn man sich nicht nur um den Naturvorgang des Auffressens und Aufgefressenwerdens kümmert, an eine über dem Bewußtsein des einzelnen stehende Ordnung denken müssen, sonst würde das Soll fehlen. Diese Form des rechtlichen Solls in der Wirklichkeit zu entdecken, dürfte wohl keine Schwierigkeit sein. Man braucht nur an die unzähligen politischen Mitläufer zu denken, die es in allen Staaten und zu allen Zeiten gegeben hat. Es ist vielleicht nicht überflüssig, noch einmal darauf hinzuweisen, daß wir mit dieser Rechtswirklichkeit nicht etwa die Rechtsbegründung des Biologismus meinen. Der Biologismus ist eine Rechtstheorie, die glaubt, dasjenige dürfe und solle man als Recht aufstellen, das der biologischen Auswahl entspricht. Der Biologismus ist also ein Wertsystem. Wir untersuchen hier dagegen einzig das Bewußtsein, das die Menschen zur Verwirklichung des sozialen Solls anhält.

### *Dritte Realdefinition*

*Das Recht ist ein durch Vertrag, Konvention oder Tradition geschaffenes Gesellschaftsbewußtsein, welches das zwischenmenschliche Verhalten zwingend bestimmt.* Die Art und Weise, auf welche dieses soziale Bewußtsein, welches Normencharakter annimmt, zustande kommt, ist vielfältig. Besondere Aufmerksamkeit wird darauf zu verwenden sein, diese Ursachen nicht mit dem sozialen Bewußtsein selbst zu verwechseln. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß man mit *Ortega y Gasset* den Brauch als Recht bezeichnen kann, sofern man nicht einfach den Instinkt, aus welchem heraus das Handeln nach dem Brauch vollzogen wird, mit dem Recht selbst identifiziert, sondern vielmehr die geistige Kraft ins Auge faßt, die sich im Brauch manifestiert. Wir können hier

<sup>18</sup> Das Recht, Eine Untersuchung über Rechtsbegriff, Rechtsgeltung und Rechtsgebilde, München 1953, 12.

<sup>19</sup> Art. 590, vgl. SEAGLE, a. a. O., 15.

eine Reihe von Definitionen anführen, in welchen die verschiedenen Erscheinungsweisen des Rechts als eines normativen Gesellschaftsbewußtseins zum Ausdruck kommen.

*Enneccerus*: « Recht ist ... die auf dem Willen einer Gemeinschaft beruhende, schlechthin verbindliche Ordnung menschlichen Zusammenlebens. »<sup>20</sup> *Bierling*: « Recht im juristischen Sinn ist im allgemeinen alles, was Menschen, die in irgend welcher Gemeinschaft miteinander leben, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig anerkennen. »<sup>21</sup> *Larenz*: « Recht ist stets die konkrete Lebensordnung einer bestimmten Gemeinschaft. »<sup>22</sup> *Nawiasky*: Die Rechtsordnung ist « das von einer (räumlich und zeitlich abgegrenzten) sozialen Gemeinschaft (oder der in ihr führenden Schicht) getragene und inhaltlich bestimmte System von Vorschriften für das äußere Verhalten der Gemeinschaftsglieder, deren Nichtbefolgung Vollstreckungszwang oder Strafe entgegenwirkt »<sup>23</sup>. In sehr eindringlicher Weise wurde die Wirklichkeit des Rechts als der in der Gesellschaft gesicherten Sittlichkeit, also als sittliches Gesamtbewußtsein der Gesellschaft von *Hegel* dargestellt<sup>24</sup>. Eine etwas andere Formulierung dieses universal-personalistischen sozialen Solls finden wir in der Vorstellung des objektiven Volksgeistes bei *K. Larenz*: « Das Recht gilt, weil es der objektive Geist des Volkes ist, dem der Einzelne durch sein Wesen verbunden ist. Es verpflichtet, weil und insofern es seinem Begriffe gemäß ist, Einheit des allgemeinen und des besonderen Willens zu sein. »<sup>25</sup>. Mit der Theorie des objektiven Geistes (*Hegel*) oder des objektiven Volksgeistes (*Larenz*) brauchen wir uns hier nicht auseinanderzusetzen. Die Definitionen wurden nur gewählt und hier angeführt, um auf die Wirklichkeit von sozialen Normen hinzuweisen, die im Gesamtbewußtsein der Gesellschaft wirksam sind.

#### *Vierte Realdefinition*

*Das Recht ist ein im Gewissen des Menschen naturhaft sich aussprechendes Soll, das unabhängig von der soziologischen Anerkennung soziale Werte fordert. Die bindende Kraft kommt also hier nicht aus dem Ge-*

<sup>20</sup> Ludwig ENNECCERUS, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Marburg 15-17 1921, 69.

<sup>21</sup> Ernst Rudolf BIERLING, Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, Freiburg-Leipzig 1894, 19.

<sup>22</sup> Karl LARENZ, Rechts- u. Staatsphilosophie der Gegenwart, Berlin 2 1935, 113 f.

<sup>23</sup> Allgemeine Rechtslehre, 23 f.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu die tiefsinnige Hegel-Interpretation von J. MESSNER, Das Naturrecht, 199 f.

<sup>25</sup> A. a. O., 114.

sellschaftsbewußtsein als solchem, sondern rührt von etwas her, das *vor* diesem Bewußtsein der Gesellschaft liegt, das also ein naturhaftes Angebinde der menschlichen praktischen Vernunft sein muß. Die soziale Wirksamkeit dieses naturhaften Solls ist allerdings nur naturwissenschaftlich erfahrbare, wenn es sich im tatsächlichen Verhalten der Gesellschaftsglieder äußert, d. h. also wenn es soziologische Struktur annimmt. Denn beim Recht handelt es sich um ein soziales, nicht rein moralisches Soll. Die bindende Kraft muß also im sozialen Bereich aufweisbar sein. Man könnte nun sagen, daß wir auf diese Weise auf dem Boden der dritten Definition landen. Das ist tatsächlich wahr, insofern wir im äußerlich erfahrbaren Bereich bleiben. Aus diesem Grunde wird, wie wir noch eigens sehen werden, die Naturrechtslehre sehr oft im Sinne einer soziologischen Ethik aufgefaßt. Wenn wir uns aber einmal auf den Standpunkt stellen, daß nicht nur das äußerlich Erfahrbare das Reale ist, sondern daß es auch Wirklichkeiten gibt, die in der Tiefe der erfahrbaren Welt liegen und diese sogar erst möglich machen, dann werden wir imstande sein, in dieser, an vierter Stelle angeführten Definition des Rechts einen eigenen Wirklichkeitswert zu finden, der nicht identisch ist mit dem der dritten Definition. Folgende Suppositionen müssen anerkannt werden: 1. das Gewissen drückt nicht nur ein moralisches, sondern auch ein soziales Soll aus, 2. das Gewissen steht in Funktion zu einem überweltlichen Wesen, das imstande ist, Durchbrechungen des sozialen Solls zu sanktionieren. Nur unter diesen Voraussetzungen ist die an vierter Stelle gebotene Definition eine Realdefinition des Rechts. Wir kommen darauf später nochmals zu sprechen.

#### *Das Gemeinsame in den verschiedenen Realdefinitionen*

Sehen wir einmal von der philosophischen Erklärung, wie wir sie in der vierten Realdefinition gegeben haben, ab, dann können wir als Gemeinsames aller Realdefinitionen aufstellen: Das Recht ist das durch die Gewalt des Autoritätsträgers oder der ganzen Gesellschaft ausgesprochene Soll eines bestimmten zwischenmenschlichen Verhaltens der Gesellschaftsglieder. Es ist also eine zwangsmäßig durchführbare Ordnung zwischenmenschlichen Verhaltens. Da es sich beim Recht immer um ein wirksam bindendes Soll handelt, hat man sich immer irgendeine übergeordnete Gewalt vorzustellen; ob diese nun in einem einzelnen, in einer kleinen Gruppe oder in der ganzen Gesellschaft ruht, spielt dabei keine Rolle. Die Schande, die einer in sich empfindet, wenn er eine von der All-

gemeinheit gehaltene Regel (Brauch) nicht einhält, beweist doch deutlich, daß er sich einer Gewalt gegenüber fühlt, der er zwar nicht in einem einzelnen Menschen begegnet, die ihn aber doch als Druck vom Ganzen her bedrängt. Das Gemeinsame in allen Realdefinitionen ist die Erfahrbarkeit des bindenden Solls, und zwar jene Erfahrbarkeit, die nicht nur der einzelne für sich allein in sich spürt, die man vielmehr im ganzen sozialen Raum in Form des geordneten Zusammenlebens feststellen kann. Allerdings muß hier eine gewisse Restriktion angebracht werden. Eigentlich erfahrbar ist nicht das Soll, sondern vielmehr die Wirkung des Solls. Wir haben aber bereits in der Nominaldefinition gesehen, daß die Wirksamkeit allein noch nicht die Rechtsnorm ausmacht, weil sie sich so vom Zwangsakt, d. h. von der reinen Kausalität nicht unterscheiden würde. Um also auch die Bewandtnis der Norm in der Erfahrung festzustellen, müßten wir, um es einmal grotesk auszudrücken, alle Gesellschaftsglieder fragen, ob sie sich in freier Wahl der bindenden Norm unterworfen haben und noch unterwerfen. Auf diese Weise hätten wir kontrolliert, ob es sich – in den Ausdrücken *Kelsen's* – um eine echte objektive Norm handelt. Was aber tun wir, wenn auch nur einige Gesellschaftsglieder erklären, die bestehende Rechtsnorm sei keine Rechtsnorm, sondern ein Gewaltakt? Hier stehen wir vor einem Problem, das man aus der reinen Erfahrung, so wie sie allgemein im modernen Wissenschaftsbegriff aufgefaßt wird, niemals lösen kann. Die letzte Analyse des Rechts kapituliert hier vor der nackten Tatsache, daß etwas so ist. Um nun aus dem reinen Ontologismus herauszukommen und dennoch im Normenbereich zu verbleiben, kann man sich einzig noch *Kelsen* anschließen, indem man Soll und Sein voneinander exakt trennt und erklärt, das Recht sei ein reines Normenkoordinatensystem.

#### *Das Wesenselement des Rechts: Die Norm*

Es war bisher immer davon die Rede, daß das Recht ein das zwischenpersonale Verhältnis betreffendes wirksames Soll sei. Dieser ganze Sachverhalt könnte viel einfacher ausgedrückt werden, wenn man sich über den Begriff der Norm im klaren wäre. Gehört zum Begriff der Norm stets die Wirksamkeit? Oder genügt etwa das, was man im allgemeinen mit Wert bezeichnen möchte? Der Wert hat die Eigenart, daß er erst dann zum eigentlichen Soll wird, wenn das wertende Subjekt das freie Vermögen mobilisiert, um ihn als den für sein eigenes Streben gültigen Wert anzuerkennen. Mit anderen Worten: die Wirksamkeit eines Solls,



das einzig im Wert besteht, entstammt nicht dem Wert, sondern dem wertenden Subjekt. Wie wir aber gesehen haben, gehört zum rechtlichen Soll eine solche Kraft, daß das verpflichtete Subjekt einen größeren Verlust in Kauf nehmen muß, als etwa nur den Verzicht auf jenes Gut, das es durch die Erfüllung, d. h. Anstreben des Wertes gewonnen hätte. Die Rechtsnorm kann also nicht einzig in einem Rechtswert bestehen. Es fehlt ein wesentliches Element, nämlich die Wirksamkeit aus der Norm selbst. Der Wert mag als Inhalt einer Norm angesehen werden, er ist aber nicht die Norm selbst. Die Norm dagegen ist ein werthafter Inhalt, der sich in der Weise aufdrängt, daß derjenige, der ihn nicht erfüllt, eines größeren Gutes beraubt ist, als er durch die Erfüllung gewonnen hätte. Während die Nichterfüllung des Wertes für das Subjekt nichts anderes bedeuten würde als den Nichtbesitz des betreffenden Wertes, besagt die Nichterfüllung einer Norm die *Beraubung* eines Gutes, das zur Integrität des Daseins gehörte. Nur in diesem Zusammenhang wird der Wert zur zwingenden Norm. Nur so ist er überhaupt erst Norm. Diese Darlegungen gelten für jedes Soll, auch für das sogenannte rein sittliche Soll. Allerdings setzt diese Lehre voraus, daß man sittliche Vollendung nicht anders versteht als der Natur entsprechende Glückseligkeit. Das « Zwingende » ist demnach eine Eigenart jeder echten Norm. Andererseits ist zu beachten, daß Norm nicht gleich Zwang ist. Das Urteil, wo Zwang und wo Norm vorliegt, kann konsequenterweise nur gefällt werden gemäß der Erkenntnis, wo der Zwang sich auf die letzte Norm menschlichen, also sittlichen Daseins berufen kann. Jede, auch die rechtliche Norm muß darum ihre Existenzberechtigung in einem sittlichen Imperativ suchen. Das bedeutet aber für die rechtliche Ordnung die Notwendigkeit einer Analyse bis in die « Gerechtigkeit » zurück. Was die rechtliche der sittlichen Norm hinzufügt, ist einzig die Normierung des Verhaltens von mehreren Personen zueinander.

Nach dem Gesagten kann man also das Recht auch folgendermaßen definieren : *Das Recht ist eine soziale Norm*, oder : *Das Recht ist ein mit Zwang durchführbarer sozialer Wert*. Allerdings muß man sich dabei bewußt bleiben, daß die zwangsweise Durchführung oder Zwangsvollstreckung nicht besagt, daß der Wert in jedem Falle verwirklicht wird, sondern daß die Nicht-Realisierung notwendigerweise die Beraubung von anderen hohen menschlichen Gütern nach sich zieht. Besser ist es darum zu definieren : *Das Recht ist eine wirksame soziale Norm*, wobei das Wort « wirksam » einen Pleonasmus bedeutet, da an sich eine Norm als solche immer wirksam ist.

*Wirksamkeit, Geltung und Gültigkeit des Rechts*

Gemäß dem soeben Gesagten kann man den drei ersten Realdefinitionen des Rechts nur dann die Bewandtnis einer echten Rechtsdefinition zuerkennen, wenn sie sich in letzter Analyse als mit der Gerechtigkeit übereinstimmend erweisen, d. h. wenn sie mit der vierten Realdefinition übereinkommen. Der Rechtstheoretiker wird diese von der sittlichen Ordnung herkommende Rechtsphilosophie nicht so leicht mitmachen. Für ihn erscheint als wirksam zunächst nicht irgendeine metaphysische Vorstellung, sondern das vor ihm liegende positive Recht. Die innere Erfahrung, die sich gemäß der vierten Realdefinition im Gewissen ausspricht, wird als rein sittliche Erfahrung angesehen, während die Rechtserfahrung sich im äußeren Zusammenleben manifestieren müsse. Für den Rechtstheoretiker ist also wirksames Recht (um einmal diesen Pleonasmus zu gebrauchen) die gemäß äußerer Erfahrung durchsetzbare soziale Ordnung. Die äußerlich erfahrbare Wirksamkeit kann dabei eine doppelte Ursache haben: 1. den tatsächlichen Willen der Gesellschaftsglieder, 2. die Gewalt des Machtinhabers, der die Befolgung erzwingt. Im ersten Fall könnte man von « geltendem », im zweiten von « gültigem » Recht sprechen. Über die beiden Ausdrücke ist in der deutschen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie viel gestritten worden; wir können uns aber diese Diskussion ersparen, da sie in jeder anderen Sprache nicht vollziehbar ist. Es ist besser, dem Sinn der Rechtsphilosophie übrigens entsprechender, nur von der Wirksamkeit des Rechts zu sprechen und diese nach den Ursachen zu untersuchen.

Wer nur die äußere Erfahrung für das Rechtsdenken zuläßt, also im Rahmen der Rechtstheorie verbleibt, sieht das Problem der Unterscheidung zwischen reinem Zwang und Rechtszwang in ganz anderer Weise als der Rechtsphilosoph, der die vierte Realdefinition als grundlegende Definition des Rechts annimmt. Wir haben davon bereits in der Auseinandersetzung mit *Kelsen* gesprochen. Die Wirksamkeit der Rechtsnorm ist in dem tatsächlichen Willen der Gesellschaftsglieder begründet (gemäß *Kelsen*: « manifestiert »), die Wirksamkeit des reinen Zwangsaktes dagegen in der Gewalt des Machtinhabers.

Wer auf dem Standpunkt der vierten Realdefinition steht, also der Auffassung ist, daß auch die innere, im Gewissen wahrnehmbare Norm soziale Bewandtnis hat und somit für das zwischenmenschliche Verhalten bestimmend ist, dem obliegt die schwere Aufgabe, die soziale Wirksamkeit dieser Norm nachzuweisen. Natürlich genügt hier nicht die Ant-



wort, diese Wirksamkeit ergäbe sich aus dem tatsächlichen Willen der Gesellschaftsglieder oder aus der Gewalt des Machthabers, der sich die sittlichen Normen zum Maßstab seiner Diktate macht. Damit würde die innere Erfahrung auf die äußere zurückgeführt, man befände sich somit immer noch innerhalb der drei ersten Definitionen. Vielmehr geht es darum, die Wirksamkeit im Raum des Gewissens selbst aufzuweisen. Doch dieser Gedanke führt uns für den Augenblick zu weit (vgl. unten : Das Ewige Gesetz).

### *Wirksamkeit des Rechts und Sanktion*

Das Recht ist wirksam, weil es mit Zwang durchführbar ist, d. h. weil es bei Nicht-Befolgung einen im allgemeinen als Übel empfundenen Entzug eines Gutes nach sich zieht (= Strafe) oder durch physische Gewalt den Effekt der Norm herbeiführt (Zwangsvollstreckung, z. B. zwangsweise Entziehung materieller Güter zur Restitution eines Diebstahls). Die Wirksamkeit ist darum nicht auf Seiten des dem Recht Unterworfenen zu suchen, etwa in dessen Unterwürfigkeit und Folgsamkeit, sondern im Recht selbst. Allerdings ist das Recht seinerseits eine Norm, ist also physischer Reaktion nicht mächtig. Die Wirksamkeit des Rechts kann darum nur verstanden werden, wenn man im Recht das Gebot oder die Zulassung eines Zwangsaktes erkennt. Andererseits fragt man sich natürlich auch hier, woher die Wirksamkeit des ersten Rechts, d. h. der rechtlichen Grundnorm stamme. Wenn Recht wirklich nur wirksame soziale Norm ist, dann muß bereits der Grundnorm die Eigenschaft der Wirksamkeit zukommen. Für denjenigen, der bei der äußeren Erfahrung des Solls stehen bleibt, gibt es für die Erklärung der Sanktionsgewalt nur den Rückgriff auf die Tatsache, daß die Grundnorm allgemeine Anerkennung findet oder daß der Gesetzgeber aus sich heraus soviel physische Macht besitzt, daß er auch ohne Einverständnis der Gesellschaftsglieder der Rechtsnorm Wirksamkeit zu verleihen imstande ist (im letzten Falle hätte man allerdings die Schwierigkeit, Gewalt von Recht zu unterscheiden). Somit wäre aber das Recht inhaltlich doch einzig und allein von seiner Wirksamkeit, also von der durch sie « legitimierten » physischen Reaktionsgewalt her bestimmt. Konsequenter durchdacht, würde das Recht dann gar nicht Handlungen als recht oder unrecht bezeichnen, sondern bestände in Normen, die Zwangsakte als Reaktionen gegen ein bestimmtes menschliches Verhalten statuieren. Es ergibt sich also die Schlußfolgerung *Kelsen's* : « Das Verhältnis zwischen Unrecht und Unrechtsfolge besteht somit nicht – wie von der traditionel-

len Jurisprudenz angenommen wird – darin, daß eine Handlung oder Unterlassung darum, weil sie ein Unrecht oder Delikt darstellt, mit einem Zwangsakt als einer Unrechtsfolge verknüpft wird, sondern darin, daß eine Handlung oder Unterlassung ein Unrecht oder Delikt ist, weil sie mit einem Zwangsakt als ihrer Folge verknüpft ist. Nicht irgendeine immanente Qualität und auch nicht irgendeine Beziehung zu einer meta-rechtlichen, natürlichen oder göttlichen Norm, das heißt aber zu einer dem positiven Recht transzendenten Welt macht, daß ein bestimmtes menschliches Verhalten als Unrecht oder Delikt zu gelten habe ; sondern ausschließlich und allein, daß es von der positiven Rechtsordnung zur Bedingung eines Zwangsaktes, das heißt einer Sanktion gemacht ist. »<sup>26</sup> *Kelsen* beruft sich hierbei auf *Thomas von Aquin* I-II 96, 5, wo *Thomas* von einer Unterwerfung unter das Gesetz spricht, die nur der Sanktion zu entsprechen scheint : « In anderer Weise jedoch wird jemand als dem Gesetz unterworfen bezeichnet wie der Gezwungene unter den Zwingenden. In dieser Weise sind tugendhafte und gerechte Menschen dem Gesetz nicht unterworfen, sondern nur die schlechten. Erzwungen- und Überwältigtsein ist nämlich dem Willen entgegengesetzt. Der Wille der guten Menschen aber stimmt mit dem Gesetz überein, während der Wille der schlechten von ihm abweicht. Unter diesem Betracht also stehen die Guten nicht unter dem Gesetz, sondern einzig die Schlechten. »<sup>27</sup> Der zitierte Text aus *Thomas von Aquin* scheint nahezulegen, daß die Sanktion nichts mit der inneren Qualität der Handlung zu tun hat, denn sonst stände sie auch mit der guten Handlung in Beziehung, sondern nur rein äußerlich die Nicht-Übereinstimmung der Handlung mit dem Gesetz betrifft. Ist man nun weiterhin der Auffassung wie *Kelsen*, daß das Recht einzig in einer Zwangsordnung besteht, dann kommt man zur Ansicht, daß eine Handlung oder Unterlassung nur darum Unrecht ist, weil sie mit einem Zwangsakt als ihrer Folge verknüpft ist<sup>28</sup>.

*Kelsen's* Gedankengang ist logisch, solange man nur innerhalb der äußerlich erfahrbaren Normenwelt verbleibt. Unser inneres Bewußtsein vom Recht sagt uns aber, daß das Recht « endgültig » nur vorstellbar ist, wenn es mit der Gerechtigkeit zusammenfällt. Im Raum des Absoluten können wir uns nicht ausdenken, daß die Gerechtigkeit nicht siegen sollte. Und wer ein höchstes Wesen als Urheber der Dinge annimmt,

<sup>26</sup> Reine Rechtslehre, 117.

<sup>27</sup> Bei *KELSEN* zitiert a. a. O., 117, Anmerkung.

<sup>28</sup> Erklärung des Thomastextes weiter unten. Vgl. auch meinen Kommentar in : Deutsche Thomasangabe, Bd. 13.

wird diese Seunsucht nach dem ewigen Ausgleich fundiert finden, da er weiß, daß in der Ewigkeit Wirksamkeit und Wert in einem und demselben Sein zusammenfallen. Damit aber hört zugleich die Vorstellung einer « reinen » Norm auf. Die Norm ist im Sein verankert. Die Wirksamkeit des Rechts wird darum in letzter Analyse nicht zu trennen sein von einem befehlenden Wesen. Das besagt : *die Norm ist, in ihrer sowohl werthhaften wie wirksamen Eigenschaft zu Ende gedacht, nur vorstellbar, wenn man sie als Befehl eines physisch machtvollen Wesens begreift, das zugleich Gerechtigkeit ist.* In jedem anderen Wesen aber sind Zwangsgewalt und Wert trennbar. Daher rührt das Dilemma für den Metaphysiker : soll eine bestehende positive Norm als Norm anerkannt werden, weil sie Zwangsordnung ist oder weil sie dem Wert der Gerechtigkeit entspricht ?

Wer die Frage nur im Sinne der Gerechtigkeit löst, wird gewöhnlich als Idealist angesehen. Hierzu gehören die Wertphilosophen und auch jene Naturrechtsdenker, die das Recht nur vom Inhalt her beurteilen, die also von der Gleichung ausgehen : Recht = sozialer Wert. Diese Autoren machen vollen Ernst mit dem Wort : « Lex injusta non est lex », oder : « Jus est justum ». Diese Prinzipien sind ohne Zweifel wahr. Eine Handlung ist in sich recht oder in sich unrecht. Andererseits würde aber diese Sicht nicht ausreichen, die lex injusta als eine non-lex zu bezeichnen, wenn man nicht zugleich an die Wirksamkeit und somit an die Sanktionsgewalt im endgültigen Stadium denken würde, wo also der « ewige Richter » mit seiner Zwangsgewalt die Ordnung urgiert. Auf jeden Fall hat *Thomas von Aquin*, auf den man sich in der Wertorientierung des Rechts gerne beruft, die Dinge von der ewigen Wirksamkeit her gesehen. Darum beginnt er seine Rechtslehre mit dem « Ewigen Gesetz ». Von dort her kann Recht nur mit Wirksamkeit verbunden sein. Eine werthafte Anregung (« Norm ») im menschlichen Bereich wird darum von ihm nur rechtlich genannt, wenn sie die « virtus coactiva » besitzt.

Die Wirksamkeit gehört nach dem Gesagten zum Wesen des Rechts. Das Recht ist darum wesentlich Zwangsordnung. Das heißt aber auch, daß es nicht nur Zwang, sondern auch Ordnung ist. In dem Begriff der Ordnung ist der Wert ausgedrückt. Wirksamkeit oder Zwang und Wert sind die Wesensprinzipien des Rechts, so wie in der aristotelischen Philosophie Materie und Form die Wesensprinzipien einer materiellen Substanz sind. Man darf also weder die Wirksamkeit vom Wert, noch den Wert von der Wirksamkeit trennen. Wenn aber das Recht seine ganze Wirksamkeit im Hinblick auf einen Wert hat, dann ist der dem Recht Unterworfenen stets in der Lage, das Recht nicht etwa nur aus dem Motiv der

Furcht zu erfüllen, somit nicht nur als « Überwältigter » zu handeln, sondern vielmehr um des Wertes selbst willen, der im Recht ausgesprochen ist. Es wäre also in diesem Sinne eine Rechtsordnung denkbar, in der der Zwang und die Strafandrohung niemals zu Tage treten würden. Und dennoch gilt auch hier die Definition des Rechts, welche ebenso wesentlich die Wirksamkeit wie den Wert miteinschließt. Das Kind ist den Eltern in Liebe unterworfen. Es mag dabei die Liebe noch so sehr entwickeln und niemals an die Strafgewalt der Eltern denken, es wird doch immer bei aller Liebe die Ehrfurcht nicht verlieren. Selbstverständlich sollen die Gesetzesunterworfenen aus sittlicher Vollkommenheit um des Guten und somit der Ordnung willen das vom Recht Befohlene tun. Darum aber braucht man noch nicht die Wirkkraft des Rechts einzuschränken, nämlich Norm zu sein, die über den Individuen steht und sich den Individuen unter Umständen aufzudrängen imstande ist.

In dem von *Kelsen* zitierten Artikel des hl. *Thomas von Aquin* ist von einem doppelten Gesichtspunkt des Gesetzes die Rede : 1. insofern es « Regel » der menschlichen Handlungen ist, 2. insofern es Zwangsgewalt hat. Den Begriff der Regel verbindet aber *Thomas* mit dem Begriff der « potestas », « denn alle jene, welche einer Gewalt unterworfen sind, sind auch dem Gesetz unterworfen, welches die Gewalt erläßt »<sup>29</sup>. Wenn in der Folge *Thomas* von der Zwangsgewalt spricht, dann meint er dieselbe potestas, nur daß sie in diesem Falle sich an Menschen wendet, die nicht mehr den Willen, das Gesetz zu befolgen, haben, sondern vielmehr « schlechte Menschen », d. h. Menschen sind, die gegen das Gesetz zu handeln gewillt sind. Aus der Schwierigkeit kommt man leicht heraus, wenn man folgende zwei Punkte beachtet : 1. die Wirksamkeit des Rechts besagt nicht notwendigerweise Sanktion, sondern Sanktionspotenz, die nur bedingt in Aktion zu treten braucht, 2. diese Sanktionspotenz braucht nicht notwendigerweise als Gegenstück im Motiv der Rechtsverwirklichung die Furcht vor Strafe zu haben. Nicht die Strafandrohung ist also das Wesentliche des Rechts, sondern vielmehr die Macht, eine Strafe androhen zu können. *Thomas* spricht an der genannten Stelle vom schlechten Menschen, der von vornherein nicht den Willen besitzt, den Wert des Rechts zu verwirklichen. Unter diesem Betracht erscheint natürlich das Recht einzig als Strafandrohungsnorm. Dieser Gedanke ist auch bei der Auslegung der Kirchenväter, so vor allem des hl. *Augustinus*, zu berücksichtigen, denen man die Ansicht unterschoben hat, dem Recht und

<sup>29</sup> I-II 96,5.

dem Staat sei ein Platz einzig in der sündigen Menschheit zuzugestehen, weil das Recht ein System von Strafandrohungen sei. Man muß sich dabei im klaren sein, daß die Kirchenväter nicht eine abstrakte Rechtsphilosophie schreiben wollten, sondern vielmehr zu ihren dekadenten Zeitgenossen sprachen<sup>30</sup>. Der Ethiker sieht im Zusammenleben der Menschen stets mehr den lebendigen, von Liebe getragenen Austausch als den von oben diktierten Gehorsam. Andererseits kann man aber auch den Gehorsam als einen echten Wert auffassen, der nicht notwendigerweise einer dem Menschen wegen böser, wertwidriger Strebungen auferlegten Maßnahme gleichzukommen braucht.

Der Begriff der *Rechtssicherheit* macht den Anschein, als ob auch er zur Frage der Wirksamkeit des Rechts gehörte. Jedoch steht er mit dem Inhalt des Rechts in Zusammenhang. Denn es geht hier darum, das einzelne Individuum gegen eventuelle Übergriffe der Staatsgewalt abzusichern, also im Grunde um die Frage, ob die absolute Gerechtigkeit überhaupt irgendeine Aussicht hat, als handfeste Norm der rechtlichen Ordnung zu gelten. Das Problem heißt also : materiale Gerechtigkeit oder Rechtssicherheit ?

### *Der Zweck im Recht*

Die Wirksamkeit des Rechts kann, wie wir gesehen haben, nicht aus dem Wertgehalt des Rechts, sondern nur aus einer hinter dem Wert stehenden physischen Gewalt stammen. Es ist also immer irgendwie ein Wille mitbezeichnet. Damit ist aber zugleich auch ein Zweck mitausgesprochen. Dieser Zweck braucht noch nicht als von einem Gesetzgeber gewollt aufgefaßt zu werden. Es genügt, an eine innere Sinnfülle des Rechts zu denken, die von irgendeinem über dem Einzelnen stehenden Willen erstrebt wird. So hat auch das Gewohnheitsrecht einen Sinn, der aus dem Gemeinschaftswillen kommt. Das erhellt aus dem Bewußtsein derer, die sich dem Recht beugen. *R. Stammler* hat darum richtig bemerkt : « Wenn jemand einen rechtlichen Anspruch erhebt, so nimmt er nicht etwas Äußeres bloß wahr, sondern er will etwas. Wer einen Rechtssatz erläßt, der behauptet nicht eine Tatsache körperlichen Geschehens, er verfolgt Zwecke. Und falls wir den Inhalt einer Rechtsordnung vor uns haben, so sehen wir nicht körperliche Dinge, sondern den

<sup>30</sup> Vgl. Franz FALLER, Die rechtsphilosophische Begründung der gesellschaftlichen und staatlichen Autorität bei Thomas von Aquin, Eine problemgeschichtliche Untersuchung, Sammlung Politeia Bd. V, Heidelberg 1954.



Inhalt von menschlichem *Wollen*. »<sup>31</sup> R. Stammler definiert darum das Recht auch als « eine methodische Art, Willensinhalte zu ordnen »<sup>32</sup>.

Daß im Recht ein Zweck liegt, erkennt jeder, der es nicht einfach als Idee oder als Wert, sondern als *aufgebürdeten* Wert erfaßt. Das Recht ist nicht das Ende eines Entwicklungsprozesses, sondern der Anfang eines vom Menschen einzuleitenden Werdens und Geschehens im sozialen Bereich. Denkt man den Zweck aus dem Recht weg, dann ist es nicht mehr als ein mit Zwang durchführbares Soll zu verstehen, sondern höchstens als ein Wertsystem, für das sich der einzelne Mensch als verpflichtet ansehen mag, das aber nicht ein befehlendes Soll bedeuten würde. Da der Zwang immer von einer übergeordneten Instanz ausgeht, kann er nur im Sinne einer intentionalen, d. h. zielstrebigten Auflage verstanden werden. Das gilt auch vom Zwang des Brauches, der seinen Druck nur auszuüben imstande ist, sofern er der Intention der Gesellschaftsglieder entsprungen ist.

Schwierig wird nur die Frage, ob es einen jedem bestehenden Recht *vorgeordneten* Zweck gibt, auf Grund dessen bestehendes Recht wohl etwas Rechtliches, aber nicht notwendigerweise Recht (= *justum*), sondern unter Umständen, nämlich im Falle der Nicht-Übereinstimmung mit dem vorgeordneten Zweck, Unrecht wäre. Das ist dann die Frage nach dem richtigen Recht.

### DRITTER ARTIKEL

#### Die metaphysische Definition als echte Definition des Rechts

##### *Der Begriff des Metaphysischen*

« Metaphysisch » ist dasjenige, das hinter der Erfahrung liegt. Der Moderne denkt dabei zu allererst an die Vorstellung eines sogenannten überweltlichen, durch die Erfahrung nicht mehr erfaßbaren Wesens, d. h. Gottes. In der aristotelisch-thomistischen Philosophie ist jedoch das Metaphysische zunächst das allgemeine Wesen der Dinge, das zwar durch die Erfahrung erschlossen, nicht aber selbst erfahrbar ist. In allen vom Nominalismus geprägten Philosophien jedoch scheidet das Universale

<sup>31</sup> Art. « Recht » in : Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. IV, 642.

<sup>32</sup> A. a. O., 643.

und damit auch das Wesen der Dinge aus dem Bereich der rational erkennbaren Realität aus, sodaß das Metaphysische nur noch der Bereich des Jenseitigen ist. Stellen wir uns aber auf den Standpunkt, daß der Mensch ein geistiges Erkenntnisvermögen hat, dann begreifen wir, daß er mehr erkennen kann, als nur die Erfahrung, sei es die äußere oder die innere, aufzuweisen imstande ist. Zwar beginnt jede geistige Erkenntnis bei der Erfahrung, sie endet aber nicht mit ihr, sondern vielmehr in der Erfassung des Wesens. Dieses Wesen ist nicht minder eine Realität als dasjenige, was durch die Erfahrung erfaßt wird. Zu diesen hinter der Erfahrung liegenden Wesenheiten gehört z. B. auch das Wesen des Menschen oder, wie man gewöhnlich sagt, die Natur des Menschen.

Das Wesen eines Dinges wird also *verstanden*, nicht erfahren, wenngleich wir unserer Erfahrungen, aus denen wir das Wesen verstehen, stets bewußt bleiben müssen.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß das Metaphysische zunächst in den Dingen selbst ist. Erst von da aus dringt man dann, wenn die Dinge nicht aus sich selbst verstehbare Wesen sind, zu einer über ihnen stehenden Ursache vor, durch welche die nicht in sich ruhenden Wesen erklärbar werden. Das ist kurz der Gedankengang, der vom begrenzten zum unbegrenzten, vom geschöpflichen zum göttlichen Wesen führt. Wir können uns hier natürlich nicht näher mit den Gottesbeweisen befassen. Es ging nur darum, zu zeigen, daß das Metaphysische im Sinn des Jenseitigen nur rational sein kann, wenn man es vom Wesen der Dinge aus sucht. Sonst müßte man die Erkenntnis eines göttlichen Wesens dem Bereich des Irrationalen, etwa des Glaubens überweisen. Es würde uns dann für die Erfassung des Rechtlichen stets nur die konkrete Erfahrung zur Verfügung stehen, und zwar, da Recht Norm eines zwischenmenschlichen Verhaltens ist, einzig die äußere Erfahrung. Wer also Wesenserkenntnis leugnet, dem stehen nur die drei ersten Realdefinitionen des Rechts zur Verfügung, die alle auf der äußeren Erfahrung aufbauen. Wenn er dennoch die innere Erfahrung, etwa die des Gewissens, in Rechnung ziehen möchte, dann würde er sich, wenn er logisch denken will, klar bleiben müssen, daß diese bereits nicht mehr zum Recht gehört. Er mag dann von den sittlichen Normen sprechen, gemäß welchen die Menschen, die Rechtsnormen gestalten sollen, vorgehen müssen, wenn sie gewissenhaft handeln wollen. Doch wäre das bereits « reine Moral », nicht mehr « reines Recht ». Wer die metaphysische Ordnung, wie sie soeben kurz skizziert worden ist, aus dem wissenschaftlichen Denken ausscheidet, dem bleibt logischerweise nichts anderes übrig, als



die Reine Rechtslehre *Kelsen's* zu übernehmen. Wird es ihm aber bei dieser Logik zu « kalt », dann mag er die Normenordnung verlassen, indem er Norm und konkret erfahrbare Natur des Menschen in eins setzt und in der Folge die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie überhaupt im Sinne einer reinen Soziologie betreibt.

### *Das Gewissen als soziale Norm*

Unter der Voraussetzung, daß es 1. ein Gewissen, d. h. ein sittliches natürlich wertendes Urteilsvermögen gibt, daß 2. dieses Gewissen zunächst ein Werturteilsvermögen der im Menschen als solchem (= in der Natur des Menschen) gelegenen Zwecke bedeutet und erst in der Folge für die individuellen sittlichen Entscheidungen normgebend ist, daß 3. dieses Gewissen in gleicher universaler Weise, wie es sittliche Normen des Menschen als solchen ausspricht, auch das zwischenmenschliche Verhalten diktiert, – nur unter dieser dreifachen Voraussetzung kann man das Gewissen logisch ins Rechtsdenken einbauen.

Natürlich müßten die einzelnen Punkte bewiesen werden. Und zwar muß für jede gemachte Aussage die entsprechende Erfahrungsgrundlage aufgewiesen werden, von der aus der Schluß auf die Wesenserkenntnis möglich ist. Denn in allen drei Punkten handelt es sich um echte Wesenserkenntnisse. Bezüglich der ersten Voraussetzung können wir wohl auf die allgemeine Ethik verweisen. Dagegen seien zu der zweiten und dritten Voraussetzung einige, unseren Kontext berührende, Bemerkungen gemacht.

Daß das Gewissen zunächst ein Urteilsvermögen der im Menschen als solchem gelegenen Zwecke bedeutet, wird aus der Erfahrung deutlich, daß trotz der Verschiedenheit der einzelnen individuellen Gewissen gleiche Wertreaktionen aufweisbar sind. Es mag vielleicht der eine oder andere glauben, der Krieg um des Krieges willen sei ein hohes Gut. Es mögen auch ganze Volksstämme dieser Überzeugung sein. Andererseits beurteilen wir diese Menschen doch entweder als anormal oder noch nicht auf der Höhe sittlichen Denkens stehend. Wir sind der Überzeugung, daß sie eines Tages sich zu friedfertigen und friedliebenden Menschen entwickeln müßten, wenn sie den echten Weg der Entwicklung gehen. Man mag darauf erwidern, diese Ansicht sei nun einmal unsere, durch die Geschichte gewordene, durch bestimmte Erfahrungen geprägte, sie müsse aber durchaus nicht ein Wesensangebinde des menschlichen Gewissens als solchem sein. Es ist aber keine Frage, daß unser Gewissen

durch die Erfahrung gebildet ist. Die Frage geht nicht darum, auf welchem Wege wir zu diesen Werturteilen gekommen sind, sondern vielmehr darum, ob wir mit unserer geschichtlichen Erfahrung etwas in uns ausgebildet haben, was der Naturanlage nach in diese Richtung wies. Wir möchten diese Frage unbedingt im bejahenden Sinne beantworten. Wenn es wirklich so wäre, daß es überhaupt kein natürliches Gewissen in uns gäbe, dann erübrigt sich von vornherein jede Bemühung um ein geordnetes Kulturleben. Dann brauchen wir auch keine Erziehung. Wenn wir die gleiche Gewissensanlage im Menschen, d. h. also das Gewissen, das auf die Belange der menschlichen Natur als solcher gerichtet ist, leugnen, wird unser menschliches Dasein absurd.

Erst recht unsinnig wird das Zusammenleben der Menschen, denn wenn schon die sittliche Natur des Menschen im allgemeinen betreffenden Prinzipien grundsätzlich nicht aus der gleichen, vielleicht da und dort verschütteten und äußerlich kaum mehr hörbaren Quelle stammen, die wir Gewissen nennen, dann kann man noch weniger erwarten, daß die Normen des menschlichen Gemeinschaftslebens irgendeinen gemeinsamen natürlichen Boden haben. Absichtlich die Unwahrheit sagen, um den anderen zu täuschen, verstößt doch offenbar gegen den Sinn der sozialen menschlichen Natur. Die Forderung der Wahrhaftigkeit « müßte » jedem aufgehen, wenn in seinem Werturteil die Natur zum Durchbruch käme. Die Tatsache, daß wir das sittliche Einsehen, absichtlich unwahre Aussage sei Sünde, von jedem erwarten, weist darauf hin, daß wir nicht nur sittliche, sondern auch sozial sittliche natürliche Werturteile in uns voraussetzen. Dieser Annahme steht nicht im Wege, daß da und dort die naturhafte Urteilkraft getrübt ist. Denn eben das Faktum, daß wir von einer Trübung sprechen, zeigt, wie sehr wir erwarten, daß der Mensch sich zum Mitmenschen wahrheitsgetreu verhalte.

Wären die Menschen nicht von Natur aus veranlagt, gleiche soziale Normen auszusprechen, dann hätte man sich in den Jahren vor 1948 nicht den Kopf zu zerbrechen brauchen, als man die Charta der Menschenrechte aufstellte. Ohne naturhafte soziale Normen ist es ebenso sinnlos, über die Abrüstung zu disputieren, denn vielleicht wäre irgendein Volkstamm aus « seiner » Natur heraus gar nicht gewillt, weiter zu existieren, sondern vielmehr zu sterben, indem er zugleich andere in den Tod zieht.

Die gesellschaftliche Reaktion gegen Parasiten, welche das Zusammenleben der Menschen nur für ihre eigenen Zwecke ausnützen, ist einmütig. Also auch hier liegt offenbar ein gemeinsames Ordnungsdenken vor.

Im Anblick eines offenbaren Ungleichgewichtes innerhalb der Gesellschaft, etwa der Verelendung eines Teiles des Gesellschaftsganzen, äußert sich das Wertempfinden eines jeden durch die entsprechende Empörung gegen jene, welche dieses Elend hätten verhindern können und müssen. Und in diesen selbst erwacht infolge des Lärmes der Verelendeten das Gewissen, ungerecht gehandelt zu haben. Selbst dort, wo es sich nicht um menschliches Verschulden, sondern um eine Naturkatastrophe handelt, welche das Massenelend hervorgebracht hat, reagiert das menschliche Gewissen in Form der solidaren Hilfeverpflichtung gegenüber den Geschädigten, und zwar über alle nationalen Grenzen hinweg.

Eine aufmerksame Analyse des sittlichen Bewußtseins des Menschen kann um die Feststellung nicht herum kommen, daß es im Menschen a priori geltende Ordnungsvorstellungen gibt, die nicht nur dem einzelnen Individuum und seiner sittlichen Vollendung, sondern auch der Gesamtheit der Gesellschaftsglieder gelten. Es handelt sich also um echte soziale Normen, d. h. um solche Normen, die sich zunächst an das Ganze richten und erst vom Ganzen her an den Einzelnen.

*Existenz Gottes als Voraussetzung für die rechtslogische Begründung der vierten Realdefinition des Rechts*

An sich müßte die Erfahrung, die wir vom menschlichen Gewissen haben, ausreichen, um die Voraussetzungen einer realistischen Rechtsdefinition zu erfüllen : wirksame soziale Norm. Andererseits aber liegt die Erfahrung, durch die hindurch das Gewissen in Erscheinung tritt, doch so tief, daß sie nicht auf die gleiche Ebene gestellt werden kann mit der in der Gesellschaft in Form von Gebräuchen wirksamen sozialen Norm. Für die Rechtsordnung benötigen wir eine nach außen, und zwar im gesellschaftlichen Zusammensein sich manifestierende Erfahrung. Wenn gleich das menschliche Gewissen sich immer in irgendeiner Weise in der Gesellschaft offenbart, so ist es doch nicht jenes Gewissen, das wir nur mit viel Spürsinn im Untergrund der alltäglichen Erfahrungen als der menschlichen Natur entsprechendes Gewissen entdecken. Um wirksam zu werden, bedarf dieses Gewissen der Entwicklung, d. h. der Entfaltung im einzelnen und in der Folge auch in der Gesellschaft. Erst dann können wir im Vollsinn von einer realgültigen, d. h. wirksamen sozialen Norm sprechen. Wir kämen also zuletzt auf die dritte Realdefinition zurück, mit dem einen Unterschied, daß wir nicht jedwede faktische, sondern

nur die in Einklang mit der Natur des Menschen stehende Gewissensäußerung zum Ausgangspunkt rechtlichen Denkens machen würden.

Nun ist allerdings zuzugeben, daß gewisse grundlegende Normen des natürlichen Gewissens durch sich selbst wirksam sind. So hat der Niedergang der öffentlichen Sittlichkeit stets auch den Zusammenbruch des gesellschaftlichen und staatlichen Lebens gebracht. Aber das sind Sanktionen, die erst nach ihrem Eintreten ins Bewußtsein der Gesamtheit gelangen. Man muß also, wenn man das Recht im Sinne der vierten Realdefinition als echtes Recht und nicht etwa als metajuristische Norm auffassen will, in den metaphysischen Bereich aufsteigen, wo die Sanktionsgewalt dieses Rechts existiert. Es bleibt damit nur noch das Ewige, in welchem es sowohl einen Schöpfer, den ewigen Gesetzgeber, wie auch ein durch keine Zeit begrenztes Dasein des menschlichen Geistes gibt. Man denke hierbei nicht etwa an die christliche Vorstellung eines endgültigen Gerichtes im Sinne der Wiederkunft des Gottessohnes, wie sie in den Evangelien beschrieben worden ist. Es genügt der Gedanke, daß die in der Natur liegende Ordnung irgendwie von Ewigkeit her sanktioniert ist. Nur so ist die vierte Realdefinition im wahren Sinne eine neue Rechtsdefinition. Allerdings muß man sich dabei auch immer bewußt bleiben, daß die dieses Recht kennzeichnende Wirksamkeit metaphysisch ist. Nur von der Metaphysik her gilt uneingeschränkt: « Lex injusta non est lex ».

#### *Der Gesellschaftswert der metaphysischen Rechtsauffassung*

Man kann mit Recht die Frage stellen, ob es überhaupt zweckvoll ist, über das Recht im Sinne der vierten Definition zu diskutieren, da in dieser Sicht jede Übertretung zu guter Letzt vor einem anderen Tribunal als dem unserer menschlichen Gesellschaft gerichtet wird. Dennoch wird man diese metaphysische Spekulation nicht als unwertig erachten dürfen, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Das menschliche Gewissen mit seinen sozialen Normen ist immerhin eine Wirklichkeit. Seine Bindung an ein überweltliches Wesen ist es darum nicht weniger. Wenn in Gerichtsentscheidungen auch nur jene Normen dieses Gewissens, die ins Rechtsbewußtsein der ganzen Gesellschaft eingegangen, also im Sinne der dritten Definition wirksam geworden sind, in Betracht gezogen werden, dann handelt es sich immerhin um echte Normen, im Gegensatz zum rein soziologischen Befund, den man erst zur Norm erklären müßte. Die verschiedenen Gerichtsentschei-

dungen, die auf absolute sittliche Normen Bezug genommen haben und es noch tun, sind somit durchaus rechtlich logisch. Der Einwand, man greife auf irgendeine « Offenbarung » zurück, erledigt sich daher von selbst.

2. Da man erst auf dem Wege über die metaphysische Fundierung die sozialen Gewissensnormen in ihrer rechtlichen Bewandtnis erkennt, erhält die *Rechtspolitik* einen neuen Sinn. Die Rechtsbildung hat nicht einfach dem Schwergewicht des allgemeinen Bewußtseins zu folgen, sondern greift erzieherisch in die Gesellschaftsformung ein. Gewiß wird man bei aller Rechtsbildung, wie noch gesagt werden wird, auf die soziologischen Tatsachen Rücksicht nehmen müssen, dies um so mehr, je mehr der staatlichen Autorität die Einmischung in das persönliche Leben der einzelnen Gesellschaftsglieder versagt werden muß. Dennoch versteht man erst von der Metaphysik her die hohe sittliche Aufgabe des Gesetzgebers, nicht nur Interessenvertreter der Wähler oder Bürger, sondern zugleich und in erster Linie gewissenhafter Verwalter des sittlich orientierten Gemeinwohls zu sein.

Ohne metaphysische Fundierung des natürlichen Gewissens bleibt nur der Weg über ein soziologisch begründetes Rechtsbewußtsein. Dort also, wo es einer diktatorischen Macht gelingt, dieses Rechtsbewußtsein der Gesellschaft mit Zwangsmitteln unwirksam zu machen, würde als einzig wirksames Recht die diktatorische Norm zu gelten haben. Wie soll aber dann nachher bei einem Umschwung rückwirkend ein rechtslogischer Weg zur Bestrafung der « Verbrecher » gefunden werden, wenn überhaupt kein stringentes Recht vom Gewissen her ableitbar ist? Es ist begreiflich, daß jene Autoren, welche die Metaphysik des Rechts ablehnen, aber doch die positive Gesetzgebung an natürliche Werte binden möchten, mehr Rechtssoziologie treiben als Rechtsphilosophie. Von rechtssoziologischen Überlegungen aus versuchen sie, rein positiv-rechtlich begründete Handlungen, die in « Wirklichkeit » Verbrechen an der Würde des Menschen sind, rückwirkend abzuurteilen. Es kann sich aber dann in Wirklichkeit nicht mehr um eine rechtslogisch begründete Bestrafung handeln, sondern nur um einen Racheakt der siegreichen Gesellschaft.



## II. Die Rechtsbegründung

### ERSTER ARTIKEL

#### Praeliminaria zum Thema der Rechtsbegründung

*Was versteht man unter Rechtsbegründung ?*

Rechtsbegründung heißt Rückführung der konkreten Rechtsnorm auf die höchste und letzte rechtliche Norm. Die Rechtsbegründung hat zunächst nichts mit der Frage nach dem richtigen Recht zu tun. Allerdings mündet sie in dieses Problem ein, wie wir sogleich sehen werden.

Es kommt bei der Rechtsbegründung ganz darauf an, von welcher Rechtsdefinition man ausgeht. Wenn wir eine idealistische Rechtsdefinition zugrunde legen, d. h. nur dasjenige Recht nennen, was man als « wahres » oder « richtiges » Recht zu bezeichnen pflegt, wenn wir also Recht von vornherein von der « Idee » des Rechts oder der « Gerechtigkeit » abhängig machen, etwa entsprechend der gehaltvollen Definition: « Recht ist eine *sinnvolle* Ordnung menschlichen Zusammenlebens »<sup>33</sup>, dann ist Rechtsbegründung nichts anderes als die Frage nach dem richtigen und wahren Recht. Das wäre an sich die einfachere Art und Weise, Rechtsbegründung zu betreiben. Wirksamkeit und Sanktion wären damit ausgeschaltet. Wir könnten das in einer konkreten Gesellschaft geltende unmenschliche Gesetz einfachhin als « Nicht-Recht » und « Unrecht », « Gewalt », « Anmaßung » abtun.

Schwieriger wird die Sache auf dem Boden der realistischen Definition, d. h. in jener Rechtsauffassung, in welcher Recht die Wirksamkeit wesentlich einschließt. Hier muß das Werturteil zunächst « suspendiert » werden. Denn das Leitmotiv ist nun nicht mehr der Wert allein, sondern der *wirksame* Wert. Wenn wir nun dazu noch die ersten drei Rechtsdefinitionen, die alle auf der äußeren Erfahrung aufbauen, zulassen, dann ist die Frage nach der Rechtsbegründung nichts anderes als die Frage nach der objektiv geltenden Grundnorm im Sinne der normativen Rechtsauffassung *Kelsen's* oder die Frage nach den (biologischen, soziologischen, usurpatorischen usw.) Kausalitäten des Rechts (Rechtsquellen) im Sinne jener Rechtstheorien, die auf die scharfe Trennung von Norm und Sein

<sup>33</sup> Josef ESSER, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, Wien 1949, 3.

nicht wie *Kelsen* so gesteigerten Wert legen. Beide Auffassungen kommen darin überein, daß die Rechtsbegründung niemals aus der Bahn der äußeren Erfahrung geraten dürfe. Beiden geht es um die Erklärung nur jenes Rechts, das sich gemäß äußerer Erfahrung definieren läßt.

Aus einem gewissen natürlichen Empfinden des Ungenügens drängt es aber den Rechtstheoretiker doch, über die äußere Erfahrung hinaus nach irgendwelchen Maßstäben Umschau zu halten, auf Grund deren das Recht das erreicht, was es menschlichem Urteil nach eigentlich soll : die Gesellschaft ordnen. Nun ist vom positivistischen Standpunkt aus die Gesellschaft stets durch jedwedes Recht « geordnet ». Aber gerade der Begriff der « Ordnung » ruft den Rechtstheoretiker, dem es noch um die Gestaltung des Lebens geht, auf, über die wahre, am echten Menschenbild ausgerichtete Ordnung nachzudenken. So mündet die rechtstheoretische Rechtsbegründung von selbst in einen Bereich ein, den sie ursprünglich nicht gesucht hat, wo nämlich eine andere « Norm » bestimmend wird, als es die Rechtsnorm ist, die bisher Objekt der Rechtsbegründung war. Es treten Begriffe auf, die vom Sein her gestaltet sind : sinnvolle und zweckentsprechende Gesellschaftsordnung, Menschenwürde, Freiheit usw. Von dieser Sicht her stammt die Unterscheidung zwischen Rechtsquellen und Rechtsnormen (vgl. unten).

Wer in der Rechtsbegründung von der vierten Definition ausgeht, darf nicht mit den Idealisten verwechselt werden. Denn auch für ihn gilt, daß Recht *wirksame* soziale Norm ist. Die Frage der Rechtsbegründung lautet nämlich auf dem Boden der vierten Rechtsdefinition : Welches Recht hat von seinem Gesetzgeber her die endgültige, nicht umzustoßende Garantie erhalten? Es wird also auch hier, wie ähnlich in den ersten drei Definitionen, nach dem wirksamen Erzeuger des Gesetzes, d. h. nach der Rechtsquelle, gefragt. Doch ist dabei zu bedenken, daß man auf der Suche nach der *absolut wirksamen* Norm zu einer Norm vorstößt, die mit der absoluten Wirksamkeit zugleich die absolute Werthaftigkeit verbindet. Wir befinden uns somit endgültig vor der gleichen Norm, welche die wertorientierte Rechtsphilosophie (und mit ihr das große Heer der « idealistisch » eingestellten Naturrechtsdenker) entdeckt zu haben glaubt. Man wird aber nicht vergessen dürfen, daß die absolute Norm nicht nur wegen ihrer Werthaftigkeit absolut ist, sondern ebenso wegen ihrer endgültigen, endzeitlichen Wirkkraft. Nur so versteht man die ewige Norm im rechten Sinne, nämlich als wirksame Norm und nicht nur als Richtschnur, welche ihre Gültigkeit einzig und allein aus unserem Wertempfinden schöpft. Vom Standpunkt der vierten Rechts-

definition aus deckt sich also die Frage nach der Rechtsquelle mit der nach der Rechtsnorm im endgültigen Sinne. Der Rechtspositivismus, von dem noch eigens die Rede sein soll, trennt in vollständiger gegenseitiger Unabhängigkeit Rechtsquelle und Rechtsnorm. Die metaphysisch-realistische Rechtsdefinition identifiziert die beiden Begriffe in letzter Sicht. Dazwischen liegen die verschiedenen Rechtstheorien, die man je nach dem Verhältnis unterscheidet, in welches Rechtsnorm und Rechtsquelle gesetzt werden.

Wer als Objekt der Rechtsbegründung nicht die durch äußere Erfahrung feststellbaren, sondern entsprechend der vierten Rechtsdefinition die absolut wirksamen Rechtsnormen annimmt, hat zwar den Vorteil der Logik für sich, da er, wie wir noch sehen werden, von der ersten überhaupt erkennbaren und damit absolut wirksamen Norm ausgeht und so eine lückenlose Kette bis zum konkreten Recht, das nur ein « richtiges » Recht sein kann, zu entdecken vermag. Andererseits obliegt ihm aber die schwierige Aufgabe, das Dilemma der realen Wirklichkeit zu lösen : Was ist nun Recht, das « richtige » Recht, das nach der absoluten Ordnung gilt, oder das in unserer äußeren Erfahrung geltende, vom Staat sanktionierte Recht ? Obendrein ist dieses Problem noch vielschichtig, es enthält nämlich die Beurteilung der äußerlich erfahrbaren Rechtsquellen (positivrechtlich wirksame Autorität, positives Gesetz, Rechtsgewohnheiten der Gesellschaft) und der Anwendung dieser Rechtsquellen in der Rechtsprechung (die Frage nach den absoluten sittlichen Normen in der Rechtsprechung).

Bevor wir die Rechtsbegründung weiter verfolgen, sei in Form einer Zusammenfassung der begriffliche Unterschied von Rechtsnorm und Rechtsquelle nochmals dargestellt.

### *Der Unterschied von Rechtsnorm und Rechtsquelle*

Um die Begriffe « Rechtsnorm » und « Rechtsquelle » zu verstehen, muß man sich vor Augen halten, daß die Jurisprudenz bei allen Überlegungen, auch den philosophischen, vom bestehenden Recht ausgeht. Die erste Frage, die sich der Jurist stellt, ist darum die, woher das gültige Recht im konkreten Fall zu nehmen ist. Denn der Jurist schafft nicht selbst das Recht (wenngleich er ebenfalls rechtserzeugende Kraft besitzt), sondern er spricht nur Recht. Er hat darum zunächst die Rechtsquellen aufzusuchen. Diese sind die kausalen Faktoren des Rechts. Da Recht immer ein wirksames soziales Soll ist, ist es nur wirklich, insofern

es im Gemeinschaftswillen als dem sich aufdrängenden Befehl enthalten ist. Dieser Gemeinschaftswille kommt auf zwei Weisen zum Ausdruck : 1. durch den mit wirksamer Autorität ausgestatteten Machtinhaber und 2. durch die soziale Gewohnheit. Beide Rechtsursachen teilen sich wiederum in zwei Gruppen. Die mit Autorität ausgestattete Macht spricht sich aus : a) im Gesetz, b) in der Verordnung der Exekutive. Und die soziale Gewohnheit manifestiert sich : a) in den bereits vorliegenden Rechtsprüchen (common law) und b) in dem dauernden sozialen Verhalten der Gesellschaftsglieder. Sofern man dem Richter rechtserzeugende Kraft zubilligt, wird man ihn als Rechtsquelle der ersten Gruppe zurechnen müssen (1 b). Er hat dann in gewissem Sinne eine ähnliche (!) Funktion wie die Exekutive.

Der Begriff der Rechtsquellen bringt also das zum Ausdruck, was im Recht die Wirksamkeit ausmacht.

Da es bei der Suche nach den Rechtsquellen um die Ermittlung des wirksamen und somit praktikablen Rechts geht, ist man von selbst auf die weiteren Ursachen verwiesen, welche vor den augenblicklichen Gesetzen und Gewohnheiten liegen, d. h. auf die Geschichte des Rechts. So kommt es, daß die Erforschung der Rechtsquellen die Geschichte des Rechts einschließt. *William Seagle* hat diesen Doppelbegriff der Rechtsquellen mit der Unterscheidung zwischen formal und material dargestellt : « Im 'formalen' Sinn des Wortes sind unter Quellen des Rechts die Formen zu verstehen, in denen das geltende Recht eines bestimmten Rechtssystems zum Ausdruck kommt – also z. B. Verfassungen, Gesetze, Gerichtsentscheidungen und die diesen entsprechenden Instrumente wie Verfassungsurkunden, Gesetzbücher, Entscheidungssammlungen. Im 'materiellen' Sinn des Wortes jedoch bedeuten die Quellen des Rechts die historischen Reservoirs, aus denen die formalen Quellen entspringen – als da sind die sozialen Ideen und die sozialen Gegebenheiten, auf denen die Schöpfung und Formulierung der Rechtsvorschriften beruht. »<sup>34</sup>

Der Jurist hat nun immer gefühlt, daß mit dem Suchen nach den Rechtsquellen die Frage nach dem Recht nicht restlos beantwortet werden kann. Darum das Problem des « richtigen » Rechts, d. h. der Norm des Rechts. Der Traktat über die Normen des Rechts fällt also für einen Juristen zunächst aus dem univoken Bereich des Rechts hinaus. Dennoch strebt er nach einer Ganzheitsbetrachtung des Rechts im Rahmen des gesamten menschlichen Daseins, wobei es für ihn dann keine Rolle mehr

<sup>34</sup> Weltgeschichte des Rechts, 31.

spielt, ob er sich ins Metajuristische hineinbegibt. Der Begriff der Rechtsnormen ist in dieser Sicht klar von jenem der Rechtsquellen unterschieden. Die Unterscheidung wird sogar nicht nur als eine rein begriffliche, sondern auch reale verstanden.

*Kelsen* brauchte sich mit dieser Unterscheidung zwischen Rechtsquellen und Rechtsnorm nicht auseinanderzusetzen, da er mit seiner « Reinen Rechtslehre » in der normativen Ordnung verblieben ist. Die Kausalordnung war also nicht in Betracht zu ziehen. Sie ist höchstens eine äußere Bindung oder eine äußere Manifestation dafür, daß eine Norm vorhanden ist (vgl. z. B. die Tatsache des allgemeinen Gesetzesgehorsams als Zeichen einer objektiven Norm). Immerhin ist die Wirksamkeit bei *Kelsen* wesentlich in der Rechtsnorm beschlossen.

Der idealistisch eingestellte Rechtstheoretiker sieht dort, wo er Philosoph wird, d. h. nach dem richtigen Recht fragt, das Rechtsproblem überhaupt nur von der Rechtsnorm aus, diese verstanden im Unterschied zur Rechtsquelle, d. h. zur Wirksamkeit. In der Frage nach dem richtigen Recht scheidet für den idealistischen Rechtstheoretiker der Begriff der Rechtsquelle völlig aus und wird nur der Gerechtigkeitswert ins Auge gefaßt.

Jener Philosoph aber, der die Wirksamkeit als ein Wesenselement des Rechts erkennt, muß einerseits zwischen Wirksamkeit und Inhalt des Rechts unterscheiden, andererseits aber die Wirksamkeit doch in Funktion zum Gerechtigkeitsgehalt des Inhaltes sehen. Eine Rechtsquelle anerkennen, die nicht mit der Gerechtigkeit übereinstimmt, erscheint ihm widersinnig. Eine Unrecht schaffende Kraft kann man nicht als Rechtsquelle bezeichnen. Und doch ist Recht nicht gleich Gerechtigkeit. Recht (im Sinne der vierten Realdefinition) ist eine wirksame konkrete Sozialnorm, deren Inhalt mit der Gerechtigkeit übereinstimmt. Der Gesichtspunkt der Übereinstimmung mit der Gerechtigkeit führt aber nur *ein* Wesenselement auf ein Letztes zurück. Der nicht-idealistische Rechtsphilosoph muß demnach auch für die Wirksamkeit eine letzte Verankerung suchen. Ja, es obliegt ihm, beide Wesenselemente hinter den erfahrbaren Kausalursachen zu verbinden. Er kann sich darum nicht dazu herbeilassen, Rechtsquellen und Rechtsnormen voneinander zu trennen. Denn diese Trennung geht von der Auffassung aus, daß die urgierbaren Rechtsnormen dasjenige sind, woraus man das Recht schöpfen kann (darum Rechtsquellen), während die nicht urgierbaren Rechtsnormen (Rechtsnormen im weiteren Sinne) zum metajuristischen Bereich des Lebens oder der Idee gehören. Für den Philosophen, der auf dem



Standpunkt der vierten Rechtsdefinition steht, gibt es nur die begriffliche Unterscheidung zwischen Rechtsquelle und Rechtsnorm, insofern unter Rechtsquelle die Ursache der Wirksamkeit und unter Rechtsnorm die Begründung des Inhaltes des Rechts verstanden wird. Setzt man Wirksamkeit und Wert in einer Wirklichkeit zusammen, dann formuliert sich das Problem der Rechtsbegründung in folgender Frage: Wo oder wer ist die absolut wirksame Ursache von Rechtsbefehlen, die aus ihrem Wesen heraus mit der Gerechtigkeit übereinstimmen? Oder mit den Begriffen Rechtsquelle und Rechtsnorm ausgedrückt: Welche Rechtsquelle ist zugleich erste Rechtsnorm?

Philosophisch können wir darum den Traktat der Rechtsbegründung nicht aufteilen in die Frage nach der Rechtsquelle und die nach der Rechtsnorm. In der Bibliographie haben wir allerdings die beiden Begriffe in verschiedenen Kapiteln auseinanderhalten müssen, weil das bibliographische Material es verlangte<sup>35</sup>.

#### *Die Prioritätsfrage zwischen Autorität und Grundnorm*

Bei Kelsen heißt die Grundnorm der rechtlichen Ordnung Verfassung. Diese ist die Grundlage des Gesetzes. Verfassung und Gesetz unterscheiden sich nach ihm dadurch, daß die Verfassung dem Gesetz die Bewandtnis der Rechtsnorm mitteilt, während sie selbst voraussetzungslose Rechtsnorm ist. Wenn die Verfassung wirklich die Grundnorm ist, dann läßt sie sich vom Gesetz rechtsphilosophisch exakt trennen. Denn so ist sie die wesentliche Rechtsnorm, während alle anderen nur teilhabende sind. Alles hängt also davon ab, ob die Verfassung wirklich Grundnorm ist. Wenn sie selbst wiederum eine andere Rechtsnorm voraussetzen würde, dann würde der Unterschied zwischen Verfassung und Gesetz nicht mehr wesentlich ins Gewicht fallen. Doch bleibt die eine Frage noch beunruhigend, ob tatsächlich das ganze Rechtsdenken mit der ersten Rechtsnorm als der Grundnorm beginnen kann oder ob man eine weitere Ursache suchen muß.

Als Ursache der ersten rechtlichen Norm, in der Sprache Kelsens: der Grundnorm, könnte man sich einzig die Autorität denken. Wir stehen damit vor dem Problem, wem die Priorität zuzusprechen ist, der Autorität oder der ersten Rechtsnorm. Die Frage hört sich fast wie das kuriose Rätsel an, ob das Ei oder das Huhn zuerst auf der Welt war.

<sup>35</sup> Vgl. A. F. Utz, Grundsatzfragen des öffentlichen Lebens, Bibliographie, Bd. I, Freiburg 1960, 28.

In der Sicht einer rein normativen Rechtsphilosophie ist die Grundnorm wesentlich Anfang der rechtlichen Ordnung, die Autorität aber wird als vom bereits bestehenden Recht belehnt aufgefaßt. Sie wird als Kompetenz, Gesetze zu erlassen, definiert. Darum kann sie in dieser Sicht der Grundnorm als der ersten Rechtsnorm nur nachgeordnet sein.

Anders verhält es sich, wenn wir vom Gedanken ausgehen, daß alles Nachdenken über Recht schließlich bei einem absoluten Recht, bei einer ersten Norm enden muß, die aus ihrem Wesen heraus seinswahre und zugleich absolut wirksame Norm ist. Wir stoßen in dieser Norm auf zwei Elemente, die in sich noch nicht die Bewandtnis der Rechtsnorm haben. Die Seinswahrheit als solche kann nur Maß der ersten Rechtsnorm sein, und die absolute Macht, in welcher die absolute Wirksamkeit allein begründet sein kann, ist aus sich heraus noch nicht Norm, sondern Gewalt. Und doch gehören diese beiden Komponenten der ersten Rechtsnorm zusammen, wenn wir damit ernst machen, daß die Rechtsordnung im absoluten Raum irgendwo ein Ende finden oder einen Anfang haben muß. In welcher Weise aber verbinden sich diese beiden Seinskomponenten zum ersten Soll? Die Antwort kann nur lauten: in einem intellektuellen Akt, der, gestützt durch die absolute Willensmacht, die absolute Wahrheit wirksam fordert, also in einem Befehlsakt des göttlichen Wesens. Das ist es, was die Scholastik das « Ewige Gesetz » nennt. Wir kommen noch eingehender auf die Analyse des Ewigen Gesetzes zu sprechen.

Für den Augenblick, da es um die Begriffe « Gesetz », « Grundnorm », « Autorität » geht, ist folgendes aus dem Gesagten bedeutend: Wenn man die Rechtsnormen in die metaphysische Welt verfolgt, dann kann man bei der ersten rechtlichen Norm als Grundnorm nicht enden. Wir entdecken hier weiterhin zwei ontologische Prinzipien, ein inhaltliches, die Wahrheit (oder Gerechtigkeit), und ein motorisches, die Allmacht. Die absolute Wahrheit oder Gerechtigkeit ist letzte inhaltliche Bestimmtheit, die letzte Norm, auf die wir in der Rechtsanalyse stoßen. *Diese* Grundnorm ist allerdings noch nichts Rechtliches, sondern Prinzip der ersten rechtlichen Norm wie ebenso die absolute Macht nur Prinzip der ersten Rechtsnorm ist.

Der Metaphysiker wird also immer darauf achten müssen, von welcher « Grundnorm » er spricht, ob von der Grundnorm, welche inhaltliches Prinzip der ersten rechtlichen Norm (d. h. des Ewigen Gesetzes) ist, oder von der Grundnorm der irdischen Rechtssysteme, d. h. vom Ewigen Gesetz.

Aus dem Gesagten wird man auch begreifen, daß die Autorität nicht etwa legitimiert ist von der ersten rechtlichen Norm, in unserem

Zusammenhang vom Ewigen Gesetz, sondern, daß vielmehr die erste rechtliche Norm die Autorität voraussetzt, sonst wäre sie überhaupt nicht entstanden. Läßt man die metaphysische Spekulation der ersten Rechtsnorm gelten, dann wird man im Hinblick auf ihre zwei ontologischen Komponenten die *Autorität* definieren müssen als *wirksame, durch die Seinsvollkommenheit begründete Befehlsgewalt*.

Mit dieser Definition ist der universalste Begriff der Autorität angegeben. Er paßt auf jede Autorität, sowohl die göttliche wie die menschliche. Wenn man die Unterscheidung zwischen diesen beiden ausdrücken will, dann muß man die « Seinsordnung » näher bestimmen, indem man sie das eine Mal durch « das Wesen Gottes », das andere Mal durch « die Naturordnung » ersetzt. Im letzten Fall muß man sich aber klar sein, daß die « Naturordnung » ihre Normkraft vom Ewigen Gesetz und damit in letzter Sicht vom Wesen Gottes ableitet. Man mag hieraus erkennen, daß sich der Begriff der Autorität real überhaupt nicht bestimmen läßt ohne Metaphysik.

Die Definition der Autorität, wie wir sie soeben gegeben haben, vermag die verschiedenen Elemente, die man sonst als Wesen der Autorität angibt, in sich aufzunehmen. Unter Autorität wird oft bezeichnet: 1. die seinsmäßig höhere Vollkommenheit, wozu auch die Macht gehört, 2. die sittlich höhere Vollkommenheit, 3. die intellektuelle Überlegenheit, 4. die Wertüberlegenheit im allgemeinen. Die allgemeine Wertüberlegenheit kommt, näher betrachtet, auf die drei genannten Vollkommenheiten hinaus. Sehr oft wird die Autorität 5. bestimmt als rechtliche Kompetenz, Befehle zu erlassen. Alle Definitionen besagen etwas Richtiges. Die ersten vier sind aber noch unvollkommen, weil sie die wirksame Befehlsgewalt, also dasjenige, worin sich die seinsmäßige, sittliche und intellektuelle Überlegenheit erst zur Autorität ausbildet, übersehen. Die 5. Definition ist vollständig. Nur ist sie nicht die Definition der allerletzten Analyse, weil sie mit dem Begriff der « rechtlichen Kompetenz » eine letzte Instanz der Kompetenz-Mitteilung, also eine bereits konstituierte Rechtsordnung voraussetzt. Sie gilt darum nur in Abhängigkeit vom Ewigen Gesetz.

Die Analyse des Gesetzes führt zur Autorität. Diese aber verlangt, wenn sie sinnvoll sein soll, eine Norm, die nicht schon Recht ist, weil der Prozeß sonst in infinitum weiterginge, sondern Maß des Rechts sein muß. Wir können diese Grundnorm nur finden, wenn wir, wie gezeigt, zum absoluten Sein vordringen. Wollen wir diesen Durchbruch zum absoluten Sein nicht wagen, dann bleibt uns nur der Weg, den *Kelsen* gewählt

hat, nämlich die Analyse mit der apriorischen Forderung einer rechtlichen Grundnorm zu beschließen. Allerdings hätte *Kelsen* sich dann eigentlich die weitere Frage stellen müssen, warum diese oder jene konkrete Verfassung als Grundnorm anzunehmen sei, da doch keine der existierenden Verfassungen aus sich heraus Grundnorm ist. Diese Frage blieb ihm allerdings fern, da der Inhalt der Grundnorm bei ihm aus der Erfahrung, somit zwar aus dem Sein stammt, das aber nach seiner Ansicht nicht mehr Norm sein kann. An dieser Stelle ist unser Bewußtsein jedoch nicht beruhigt. Zwar sind wir uns klar, daß die Normenordnung irgendwo an einem Ersten endet, das die ganze Normenordnung begründet und selbst ebenfalls Norm ist. Dennoch muß die erste Norm aus sich heraus einsichtig sein, d. h. wir können uns nicht damit abfinden, daß wir sie als Grundnorm postulieren. Die erste Norm ist aber nur als solche einsichtig, wenn sie mit dem Sein zusammenfällt. So stoßen wir bei der ersten Norm auf das Sein, ohne jedoch Norm und Sein auch begrifflich zu identifizieren. Aus diesem Grunde hat die Scholastik stets zwischen dem Schöpfer und dem ersten Gesetzgeber zu unterscheiden gewußt. Aus der Tatsache, daß wir doch irgendwie die erste Norm mit dem Sein verbinden, lassen sich alle jene Rechtstheorien erklären, die die Grundnorm nicht einfach apriorisch postulieren können, sondern dafür eine nichtrechtliche Erklärung suchen, die sie ihrerseits in den verschiedensten Fakten zu finden glauben: in der soziologischen Situation der Gesellschaft, im Rechtsbewußtsein, in der Geschichte, sogar in der Macht.

## ZWEITER ARTIKEL

### Das oberste Recht: Das Ewige Gesetz

#### *Der metaphysische Zugang zur Realdefinition des Gesetzes*

Unter Gesetz versteht man 1. die in den Dingen vorfindliche Ordnung der Wirkursachen (die naturwissenschaftlichen Gesetze), 2. die von einer Autorität erlassene absolute Norm sittlichen Handelns (das Sittengesetz), 3. die von einer Autorität an eine Gemeinschaft um des Gemeinwohls willen erlassene Norm zwischenmenschlichen Handelns.

Im dritten Sinne spricht man vom Rechtsgesetz. Die Erzwingbarkeit gehört sowohl zum rein sittlichen wie auch zum rechtlichen Gesetz, sonst wäre es keine von einer Autorität erlassene Norm, wie bereits dargestellt worden ist. Das rechtliche Gesetz, das wesentlich mehrere Perso-

nen gemeinsam erfaßt, fügt zur allgemeinen Erzwingbarkeit nur noch die Eigenart hinzu, daß auch die Gesetzesunterworfenen von der Erzwingbarkeit Gebrauch machen können, wenn der Rechtspartner die Norm nicht einhält.

Wir sprechen hier nur vom Gesetz im dritten Sinne, also vom Rechtsgesetz. Wie soll dieses real bestimmt werden ?

Wenn man nur innerhalb der äußerlich erfahrbaren Welt verbleibt, dann wird man nicht weiterkommen als bis zum staatlichen Gesetz, das von einer staatlichen Autorität erlassen ist zur Erreichung des Gemeinschaftszweckes. Die Analyse des Rechts kann darum, wie schon gesagt, mit der Ermittlung des Gesetzes nicht ruhen. Sie greift zurück auf die Verfassung und sucht dort die Begründung, warum diese als erstes rechtliches Phänomen anzusprechen sei. Je nach der rechtsphilosophischen Einstellung erklärt man die Erstellung dieser ersten Rechtsnorm. In der normativen Rechtsphilosophie nennt man sie Grundnorm und erklärt damit, daß der Abschluß gefunden ist. Alle weiteren Erklärungen sind Hinweise auf Sein und Kausalität, die nicht mehr zur Normenordnung gehören. Wer diese « Reine Rechtslehre » nicht mitmacht, aber im Positivismus verharren will, erklärt die effektiven Seinsursachen der Verfassung zu den Komponenten des Gesetzes. Wer dagegen im Normendenken bleibt und dennoch die Reine Rechtslehre verneint, sucht in den physischen und psychischen Ursachen der ersten Norm echte Rechtsnormen, sei es, daß er von der sittlichen Person, von den kulturellen, historisch gewordenen, soziologisch gegebenen usw. Tatsachen als von vor-positiven Normen spricht, die unmittelbar rechtliche Bewandnis haben <sup>36</sup>.

Alle diese Begründungen der ersten Rechtsquelle verbleiben auf dem Boden der drei ersten Realdefinitionen des Rechts, d. h. innerhalb der äußeren Erfahrung.

Hier trennen wir uns nun grundsätzlich von den drei ersten Realdefinitionen des Rechts, denn ihre Begründung ist mit dem Aufweis der erfahrbaren Normen erschöpft. Wir fragen uns auf dem Boden der vierten Realdefinition, die das natürliche Gewissen zur unmittelbaren Norm erklärt, ob von hier aus der Aufstieg zu einer noch höheren Norm möglich ist.

Eine rein heuristische Methode würde nun dieses natürliche Gewissen analysieren und eine Erklärung für den Absolutheitsanspruch suchen. Dieser induktive Weg wäre in einer ethischen Abhandlung unumgänglich.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu das letzte Kapitel meiner « Rechtsphilosophie » (in Vorbereitung)



Es müßte untersucht werden, ob sich überhaupt eine andere befriedigende Erklärung für dieses psychische Phänomen, das zugleich absoluten Normencharakter hat, anbietet als jene, welche in der Naturanlage unserer praktischen Vernunft, die man mit Synderesis bezeichnet, ein Echo des Befehls eines überweltlichen, göttlichen Wesens erkennt. Es wäre dies der Aufstieg aus dem metaphysischen Wesen des menschlichen Gewissens bis zum Ewigen Gesetz.

Wir gehen diesen induktiven Weg hier deshalb nicht, weil wir die ethische Analyse des Gewissens und auch die Existenz Gottes als rational erkennbares Objekt voraussetzen. Die Mühe des Suchens können wir uns also ersparen. Wenn man einmal um den Anfang der Dinge weiß, ist das Urteil über die nachgeordneten Ursachen und Wirkungen sicherer, wie es ergötzlicher ist, den gegangenen Weg vom erreichten Endziel aus zurückzuverfolgen, von wo aus man die vielen großen und kleinen Umwege erkennt. Im übrigen ist nicht einzusehen, warum die Wissenschaft sich scheuen sollte, den Urgrund aller Ordnungen beim Namen zu nennen. Die Zeit, da man in rationalistischer Überheblichkeit in der Rechtsphilosophie nichts von Gott sagen durfte, ja ihn sogar zum Zeichen, daß man in den Argumenten ohne ihn auskommt, ausdrücklich ausschalten mußte, dürften wohl vorbei sein. Allerdings nennt man ihn sehr oft nur am Schluß rechtsphilosophischer Erörterungen, um das Gemüt des Lesers oder Hörers zu rühren, und dann nur im Zitat *Ulpian's* : « *Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* »

### *Die Definition des Ewigen Gesetzes*

Solange man nicht über das Ewige Gesetz nachsinnt, mag man sich die Wirksamkeit der rechtlichen Norm in der Weise vorstellen, daß durch sie ein wirkmächtiges Subjekt autorisiert wird, mit Zwang eine soziale Regel vorzuschreiben. Beim ewigen Gesetzgeber ist an einen Auftrag nicht mehr zu denken. Hier geht es darum, die absolute Wirksamkeit mit der absoluten Gerechtigkeit zu verbinden. Das geschieht, wie gesagt, im ersten Befehl, der mit der Schöpfung gegeben sein muß. Das heißt aber : derjenige, der die Dinge in ihrer Substanz und in ihrer Zielrichtung geschaffen hat, mußte zugleich die Anordnung treffen, daß diese Zielordnung zu beachten ist von jedem, der je in Freiheit mit ihr umzugehen imstande sein könnte. Natürlich erklärt jeder Skeptiker, daß hier die Phantasievorstellung eines Demiurgen lebendig werde. Wie wir aber gesehen haben, gibt es logischerweise nur die Alternative, entweder die

Normen völlig vom Sein zu trennen und damit eine Grundnorm einfachhin vorauszusetzen, ohne je über ihren Inhalt etwas Verbindliches auszusagen, oder eine erste Rechtsnorm als erstes Gesetz im Sinne eines obersten Befehls anzunehmen, der aus zwei Komponenten zusammengesetzt ist: absolute Gerechtigkeit und absolute Macht. Die « Zwischenlösungen », die zwar die Orientierung am Sein nicht aufgeben möchten, aber nur bis zu irgendwelchen äußeren Erfahrungstatsachen als den Normen vordringen (kulturelle, geschichtliche, soziologische usw. Gegebenheiten), gehen unbewußt von der Forderung der Gerechtigkeit aus. Selbst die Zweckbetrachtung der Nützlichkeit einer friedlichen Ordnung sieht in dieser das, was der Mensch in der Tiefe seiner Seele in der Gerechtigkeit sucht. Es ist aber nicht einzusehen, warum dieses absolute Apriori der Gerechtigkeit gerade in den je und je gegebenen Situationen oder in einer einzig durch die konkrete Konstellation bestimmten sozialen Nützlichkeit verwirklicht sein soll. Auch ist nicht begreiflich, warum die sittliche Person mit dem Anspruch der absoluten Gerechtigkeit als erstes rechtliches Subjekt auftritt, da ihr Wesen sich mit dieser nicht deckt. Jene positivistischen Rechtsdoktrinen, die nicht wie *Kelsen* eine inhaltslose Norm annehmen, sondern das reine Faktum der Wirkkraft als rechtsbegründenden Faktor bezeichnen, kommen für unsere Betrachtung von vornherein nicht in Betracht, da sie das Gerechtigkeitsstreben des Menschen aus der Rechtsbegründung ausschließen.

Eine seinsorientierte Rechtsbegründung, die echte Normenlehre im Sinne einer absoluten Gerechtigkeit sein will, muß sich mit der thomistischen Definition der Grundnorm abfinden: *die Anordnung des göttlichen Intellektes, welche die in der Natur niedergelegte Zweckordnung zu beachten vorschreibt.*

Man würde aber den Begriff des Ewigen Gesetzes verfälschen, wollte man darin ein von Gott nach Art des Sinaitischen Gesetzes erlassenes Gebot sehen. Nimmt man einmal Gott als den Schöpfer an, dann wird man sich auch mit dem Gedanken befreunden müssen, daß Gott die Welt irgendwie finalisieren wollte. Selbst wenn die physikalischen Naturgesetze nicht beständen, würde man sich doch nicht vorstellen können, daß Gott die Schöpfung ins Leere hervorgebracht hätte. Wer also einen Schöpfer anerkennt, wird auch den Gubernator annehmen müssen. So erklärt sich der lange Traktat bei *Thomas von Aquin* über die gubernatio im Anschluß an die creatio. Nun ist aber die gubernatio, d. h. die Hinführung aller Dinge zu ihrem Ziel, bei einem vernünftigen Wesen nicht ohne Gedanken, und zwar nicht ohne praktische Vernunft möglich. Das

will also heißen, die Welt ist nicht nur von einem vernünftigen Wesen geschaffen worden, sondern ist auch vernünftig in sich selbst, d. h. sinnvoll geplant und gewollt. Diese vorsätzliche Sinngebung, die Anerkennung verlangt, ist das Ewige Gesetz. Diese Dinge sind an sich im Raum des Menschlichen eine Selbstverständlichkeit. Jeder Handwerker ist aufgebracht, wenn er zusehen muß, wie ein von ihm erstelltes Objekt mutwillig zerstört wird, und das auch dann, wenn er für seine Arbeit entlohnt worden ist. Wer ein Manuskript in die Druckerei gibt und durch nie abreißende Autorenkorrekturen den gesetzten Text immer wieder zerreißt, der erregt den Unwillen des Setzers, wenngleich dieser für alle seine Mühen bezahlt worden ist. Wer etwas schafft, verleiht dem Produkt einen bestimmten Sinn, er investiert in ihm selbst eine Norm, braucht also nicht für eventuelle Passanten eine Warnungstafel aufzustellen. Das Ewige Gesetz wird darum als der Akt der göttlichen Vernunft aufgefaßt, der sinn- und normgebend den Schöpfungsakt begleitet.

Gerade die Tatsache, daß *Thomas von Aquin* im Traktat über das Ewige Gesetz noch nicht von jenem Adressaten spricht, der diesem Gesetz in Freiheit gerecht zu werden hat, macht den Eindruck, als ob er, etwa in anthropomorpher Weise, die Welt als ein beseeltes Wesen auffaßte, an welches ein Befehl Gottes ergangen ist. Doch wäre eine phantasiereichere Mißdeutung des thomistischen Gedankens kaum möglich. In der *augustinischen* Definition ist ein solches Mißverständnis von vornherein ausgeschlossen: « Die göttliche Vernunft oder der göttliche Wille, der die Naturordnung zu bewahren vorschreibt und zu stören verbietet » (*Ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*)<sup>37</sup>. Da man in dieser Formulierung die göttliche Vernunft auch im Sinne von « göttlicher Wille » (*ratio divina vel voluntas Dei*) verstehen darf, ergibt sich allerdings das Mißverständnis, als ob das Ewige Gesetz die Wirkkraft göttlichen Willensbeschlusses wäre und so die intellektuelle Seite vernachlässigt würde. Das hätte zur Folge, daß die absolute Gerechtigkeit nicht mehr die erkannte Wesenheit Gottes zum Objekt hätte, sondern schlechthin mit der Liebe Gottes zu identifizieren wäre, ein Gedanke, der für die typisch theologische, d. h. heilsgeschichtliche Betrachtung des Naturrechts eine entscheidende Wendung bedeutete. Doch läßt *Augustinus* keinen Zweifel über die intellektuelle Struktur des Ewigen Gesetzes, wenngleich die voluntaristische Note in der augustinischen Definition nicht abgestritten werden soll.

<sup>37</sup> C. FAUST. Man. 22, 27.

Wer die Rationalität der Gotteserkenntnis annimmt, kann in diesen Überlegungen über die in der göttlichen Vernunft bestehende Grundnorm nichts Befremdendes finden. Im übrigen drängt die unverfälschte Bewußtseinsanalyse irgendeine Lösung im metaphysischen Sinne auf. Unser Bewußtsein der Norm verlangt 1. nach einer absoluten Rechtsnorm und 2. nach einer Grundnorm, die eine Übereinstimmung mit dem Sein beweist. Diese beiden Postulate sind widerspruchsfrei nur in der Vorstellung einer ewigen Schöpfervernunft erfüllt.

Das Ewige Gesetz in der augustinisch-thomistischen Tradition ist also nichts anderes als die Grundnorm, die in sich absolute Gerechtigkeit und absolute Wirksamkeit vereint. Nicht die Erschaffung einer bestimmten Finalität selbst macht bereits das Ewige Gesetz aus, denn das wäre reine Kausalität, sondern die diesen Schöpferakt begleitende Anordnung, die den Respekt vor der sinnvollen Ordnung verlangt und den Mißbrauch verbietet. Das Ewige Gesetz ist somit nicht irgendeine bewegende Willenskraft, sondern ein Vernunftsakt, der *Weisungen* erteilt im Sinne der Verpflichtung. *Thomas von Aquin* hat auf diesen Gedanken besonderen Wert gelegt, da er des öftern wiederholt, daß der Befehl ein Akt der « ordnenden Vernunft » und nicht einzig des bewegenden Willens sei.

Die *Wirkkraft* des Ewigen Gesetzes, wovon beim Naturgesetz eingehender gesprochen wird, beruht darin, daß alles, was den inneren Sinn seines Wesens nicht erfüllt, abnorm und unbefriedet ist. Wir erleben das in blutiger Wirklichkeit in der Technik. Die Technik, die außerhalb der Ordnung, in der sie ihrem inneren Wesen nach zu stehen hat, auftritt, erzeugt diabolische Wirkungen. Die sinnvolle Funktion des Körpers besteht in dessen Dienst am Geiste, wobei der Geist seinerseits sein Instrument nicht überbeanspruchen darf. Wo das Gleichgewicht zwischen Körper und Geist nicht bewahrt wird, kommt es zu jenen Krankheitserscheinungen, von welchen die Psychosomatik immer mehr und besser zu berichten weiß.

Natürlich kann der Mensch das Ewige Gesetz nur insoweit erkennen, als es ihm gelingt, die Sinnfülle seiner eigenen Natur und des ganzen Universums zu begreifen. Diese Sinnfülle enthüllt sich aber nur und besteht überhaupt nur, wenn es einerseits Wesensordnungen gibt und andererseits der menschliche Geist diese Wesensordnungen auch zu entdecken vermag. Jede andere Ordnung, die nicht Wesensordnung ist, sondern einzig in Bewegungen und Funktionen bestände, würde nachher wohl nachzuzeichnen sein, könnte vielleicht sogar vorausschaubar werden, wäre aber niemals eine Ordnung, die Respekt verlangt. Das aufschlußreichste

Beispiel für diesen Sachverhalt ist die Zuordnung von Mann und Frau. Ist das Verhältnis von Mann und Frau ein Wesensverhältnis oder wechselt es dauernd in ewigem Flusse? Nur unter der Voraussetzung, daß es eine Natur der Frau gibt wie ebenso eine Natur des Mannes und ein auf diesen beiden Naturen aufbauendes gegenseitiges Verhalten, ist es möglich, Grundsätzliches über die Ehe als unauflösliche Lebensgemeinschaft *eines* Mannes und *einer* Frau zu sagen. Die Sinnordnung der Schöpfung ist engstens mit dem Universale verknüpft. Nur so läßt sich die unauflösliche Einehe als Institution begreifen. Man kann daher begreifen, daß die Soziologen, welche nur die konkrete Liebesäußerung von Mann und Frau zum Gegenstand ihres Fragens nach Einigung und Distanz in der Ehe machen, mit der institutionellen Bewandnis der Ehe auf Kriegsfuß stehen.

#### *Die theologische Bedeutung der Lehre vom Ewigen Gesetz*

*Thomas von Aquin* erklärt ausdrücklich, daß das Ewige Gesetz alles enthalte, was irgendwie geschaffen werde und jemals geschehe. Es ist also darin nicht nur die Naturordnung im Sinne der Wesenheiten der Dinge enthalten, sondern auch die dynamische Ordnung, also all das, was geschieht, was wird, was sich ereignet (I-II 91, 3 ad 1). Wie wir noch sehen werden, umfaßt das Naturgesetz nicht die ganze Weite und Tiefe des Ewigen Gesetzes, sondern partizipiert es nur zum Teil, nämlich zu jenem Teil, der in Proportion zu unserer Natur steht, und hier nur sehr unvollkommen, weshalb das menschliche Gesetz ergänzend eintreten muß. Im Ewigen Gesetz sind auch alle jene Zielsetzungen mitenthalten, welche die Theologie als typisch übernatürlich bezeichnet und die die Ordnung der Erlösung betreffen. Dem Christen kann es darum nicht nur darauf ankommen, das Naturrecht zu erkennen. Er hat sich vielmehr auch um die höheren und letzten Ziele zu kümmern, die der Natur durch das übernatürliche Geschehen, d. h. durch die Heilsordnung, gesetzt worden sind. Gerade die evangelische Theologie sieht das Naturrecht von dieser letzten Sinnhaftigkeit aus. Allerdings spielt dabei auch die Auffassung von der Erbsünde, näherhin von den Zerrüttungen, welche diese in unserer sittlichen Natur hervorgerufen hat, eine entscheidende Rolle. Andererseits darf der Hinweis auf die letzte Orientierung der Naturordnung in der Heilsordnung nicht übersehen werden. Dieser Gesichtspunkt ist vor allem in der Auseinandersetzung über die Frage nach der Gerechtigkeit eines Atomkrieges lebendig geworden. Bei aller Bejahung eines gerechten Abwehrkrieges vom Standpunkt der Natur aus, wird sich der Christ fragen



müssen, ob es Gottes Absicht sein konnte, die gerechte Gegenwehr soweit zu gestatten, daß durch die Vernichtung des Erdballes jede weitere Heilsverwirklichung in dieser Welt abgebrochen wird. Es sei hier zu diesem Problem nicht weiter Stellung genommen <sup>38</sup>. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß die *theologische* Lehre vom Ewigen Gesetz einen Anhaltspunkt bietet, mit der evangelischen Auffassung vom Naturrecht ins Gespräch zu kommen. Dem katholischen Theologen, der an der unzerstörten natürlichen Sinngebung der Wesenheiten und ihrer Erkennbarkeit durch die menschliche Vernunft festhält, ist das schwere Problem aufgetragen, zu erklären, wo das Naturgeschehen sich dem Übernatürlichen zu beugen hat. Die Beziehung zwischen Natur und Übernatur, d. h. der Gnade, ist nicht damit erschöpfend ausgedrückt, daß man sagt, die Gnade setze die Natur voraus. Es gilt auch das weitere Prinzip : die Gnade vervollkommnet die Natur, und sogar : sie korrigiert die Natur <sup>39</sup>.

### DRITTER ARTIKEL

#### Die natürliche Rechtsnorm: Das Naturgesetz

##### I. Die Notwendigkeit des Naturgesetzes

Das Ewige Gesetz schwebte in der Luft, würde es uns nicht in irgendeiner Weise offenbar. Damit die Wesensfinalitäten der Dinge überhaupt als Norm für uns auftreten können, muß uns nicht nur das Sein, sondern auch das Soll eingehen. Aus dem Sein als solchem läßt sich, und darin hat *Poincaré* Recht, niemals ein Soll « ableiten ». Setzen wir den Fall, daß wir wirklich die wesentliche Zweckbestimmung der Dinge erkennen, daß wir auch wissen, daß der Schöpfer diese Zwecke in sie hineingelegt hat, dann verständen wir noch nichts von der Normbewandtnis, sondern hätten eine Erkenntnis von Kausalitäten und Nützlichkeiten, allerhöchstens der Absichten Gottes, die uns aber noch gar nicht als verbindlich erschienen. Wir würden uns dann um unserer eigenen Interessen willen den Wesenszwecken der Dinge und auch unserer eigenen Natur fügen, weil wir wüßten, daß wir sonst unglücklich wären. Dieser Sachverhalt käme ungefähr der Überlegung eines Wanderers gleich, der vor einem breiten Bach steht, den zu überspringen seine kurzen Beine nicht

<sup>38</sup> Vgl. A. F. Utz, Sozialethik, Bd. V (in Vorbereitung).

<sup>39</sup> Vgl. A. F. Utz, *Wesen und Sinn des christlichen Ethos*, Heidelberg 1940, 184-210.

ausreichen. Er würde, wenn er klug ist, ein Brett oder einen Ast suchen, um sich darauf hinüberzuschwingen. Daß also das Ewige Gesetz wirklich Norm für uns werde, dazu braucht es mehr als nur die Erkenntnis der Wesenszwecke der Dinge und der Existenz eines göttlichen Wesens. Die ewige Norm muß demnach irgendwie in uns selbst existieren, und zwar naturhaft. Damit aber sind wir beim Naturgesetz.

## II. Das Wesen des Naturgesetzes

### *Das natürliche Gewissen als « Partizipation des Ewigen Gesetzes »*

Erkennt man die Normenbildung, die beim ewigen Gesetzgeber beginnt, an, dann wird man nichts Befremdendes in der Vorstellung finden, daß die menschliche Vernunft nicht nur mit reinem Seinserkennen begabt, sondern auch mit normativer Kraft ausgestattet ist. In der Tat stellen wir fest, daß unsere Vernunft auf Seinsüberlegungen nicht nur in der Form des utilitaristischen Selbsterhaltungstriebes antwortet, sondern auch in spontaner, also natürlicher Reaktion das Vernünftige aus Selbstverantwortung fordert. Hier liegt das Prinzip der Naturrechtsordnung. Es handelt sich also nicht um einen Katalog von verschiedenen Rechtsgrundsätzen, wie etwa « Jedem das Seine geben », « Schuld muß gesühnt werden » usw., sondern zuallererst um die natürliche Forderung, daß die der Natur der Sache entsprechende Finalität auch zu befolgen ist. Wir brauchen uns dann « nur » noch darüber zu streiten, was grundsätzlich und was im je und je gegebenen Fall vernünftig ist. Es wird aber niemand leugnen, daß das vernünftige Handeln für uns eine Verantwortungssache ist. Und es wird auch niemand bestreiten, daß das Vernünftige nicht kontradiktorische Möglichkeiten offen läßt, selbst jener nicht, der in idealistischer Vorstellung dasjenige als vernünftig bezeichnet, was der einzelne gewissermaßen schöpferisch zum Vernünftigen macht. Wenn man die Wesenserkenntnis als natürliche Funktion unserer Vernunft annimmt, hat man nur noch den Aufweis zu erbringen, daß der Mensch in ebenso spontaner und natürlicher Weise, wie er das Sein bejaht, auch die Seinsordnung als Norm ausspricht. Vom ewigen Gesetzgeber herkommend, ist diese Naturveranlagung unserer Vernunft eine Selbstverständlichkeit, denn sonst wäre die kreatürliche Vernunft ein Torso. Man kann sich nicht vorstellen, daß der Schöpfer einen Geist schafft, für den die Seinsordnung natürliches Objekt der spekulativen Erkenntnis wäre, der aber in der praktischen Ordnung nur im Sinne des

Nützlichkeitsstrebens, also nicht als sittliches Wesen urteilen und fordern würde. Wenn schon die Vernunft das Mittel zur Erkenntnis der Seinsordnung sein soll, dann muß sie zugleich auch das Mittel zur Nachformung des ewigen Befehles sein. In diesem Zusammenhang der Metaphysik steht die alte Lehre vom Naturgesetz.

Die praktische Vernunft des Menschen ist somit die erste Norm im erfahrbaren Innenraum unserer Seele. Allerdings muß man bei dieser Erfahrung tief loten, um auf das Wesen des Urgewissens schließen zu können. Immerhin vermögen wir einige Daten aufzuweisen, die uns ihr Wesen näherbringen. Es war von diesen Daten anläßlich der vierten Realdefinition die Rede. Die Tatsache, daß wir über praktische Dinge miteinander diskutieren, um sie abzuklären, zeigt doch, daß wir jedem Menschen Seinserkenntnis zugestehen und von ihm auch erwarten, daß er die Seinsfinalität auch als solche fordert.

Um die praktische Vernunft als objektive, d. h. als allgemein menschlich gültige *Norm* logisch zu verankern, bedarf es über die Erfahrung hinaus des Anschlusses an das Ewige Gesetz. Das will aber besagen, daß man die praktische Vernunft als Teilhabe am Ewigen Gesetze (*participatio legis aeternae*) auffassen muß<sup>40</sup>. Es ist selbstverständlich, daß wir in der Praxis des Lebens mit der natürlichen Ausrüstung des Gewissens operieren, ohne uns über dessen innere Struktur und metaphysische Fundierung Rechenschaft geben zu müssen. In der Spontaneität des Lebens erscheint der Gewissensspruch einfachhin als das Absolute in uns. Erst die philosophische Reflexion bemüht sich um die Aufdeckung der metaphysischen Grundlagen.

#### *Prinzipien, d. h. Rechtssätze des natürlichen Gewissens ?*

Aus dem Gesagten dürfte hervorgehen, daß das Naturgesetz sich nicht einfach in Form von allgemeinen Vernunft- und Rechtssätzen formulieren läßt. Das oberste Gesetz heißt : Das als vernünftig Erkannte muß erfüllt werden. Und auch dieses Prinzip ist nicht in Form eines Rechtssatzes zu verstehen, sondern im Sinne einer Naturveranlagung unserer praktischen Vernunft, Vernünftiges zu fordern.

Natürliche Rechtssätze, sogenannte Naturrechtsprinzipien, lassen sich ohne Erfahrung nicht gewinnen. Es ist ein besonderes Verdienst von *J. Messner*, die Erfahrung in der Naturrechtslehre wieder mit besonderem Nachdruck zur Geltung gebracht zu haben. Wer den Grundsatz aufstellt,

<sup>40</sup> Thomas von Aquin, S. Theol. I-II 91,2.

der Mensch müsse im gemeinschaftlichen Leben die Leutseligkeit, von *Aristoteles* Euthrapelia genannt, pflegen, und meint, diese Forderung sei von Natur aus eine Selbstverständlichkeit und darum ein naturrechtliches Prinzip, sodaß ein jeder auf die Freundlichkeit des anderen einen gewissen Anspruch erheben könne, der ist bald enttäuscht, wenn er in der Eisenbahn neben jemandem sitzt, dessen Leutseligkeit in der Unterhaltung kein Ende mehr findet. Man macht also die Erfahrung, daß Leutseligkeit auch lästig sein kann, wenn sie das Maß des Erträglichen übersteigt. Um dieses Maß des Erträglichen festzustellen, braucht es eine ausgedehnte Erfahrung, weil sozusagen jeder Mensch verschieden auf leutselige Mitmenschen reagiert. Jedem das Seine zu geben, mag eine Forderung des Leihvertrages sein, andererseits haben aber die Alten schon gewußt, daß man eine entliehene Waffe, die vom Eigentümer mißbraucht würde, nicht zurückgeben darf. Der Arzt weiß, daß jeder Kranke einen Anspruch auf Diskretion erheben kann, und dennoch macht er daraus noch nicht ein absolutes Prinzip, da er in Fällen, in denen das allgemeine Wohl auf dem Spiele steht, sich von der Diskretionspflicht entbunden glaubt. Diese Beispiele zeigen, wie verwickelt die Frage ist, ob es überhaupt möglich ist, natürliche Rechtsprinzipien nach Art von Rechtsätzen zu formulieren.

### *Werterfahrung und Seinserfahrung*

Unter Erfahrung ist allerdings nicht einfach das Erleben des Ausganges, Erfolges oder Mißerfolges, einer Handlung zu verstehen. Das wäre reine Seinserfahrung, wie sie jeder Handwerker machen kann und muß. Wenngleich auch die Seinserfahrung eine Rolle im Werterleben spielt, so macht doch die Akтуierung des natürlichen Wertungsvermögens das Wesen der Erfahrung auf ethischem und in der Folge auch auf rechtlichem Gebiete aus. Die Wertphilosophie hat richtig erkannt, daß es eines Wertfühlens bedarf, um Werte zu erfassen, daß also die Wert-erkenntnis nicht einfach Seinsbewußtsein sein kann. *M. Scheler* sah in der Werterkenntnis ein unreduzierbares Grundphänomen der fühlenden Anschauung <sup>41</sup>. Der Gedanke ist nicht so leicht von der Hand zu weisen. Denn das Werterkennen ist nicht einfach eine Schlußfolgerung des Seinserkennens. Es ist in ihm ein wirklich Unreduzierbares gegeben. Aber dieses Unreduzierbare der Werterkenntnis ist einzig die naturhafte

<sup>41</sup> Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, Halle <sup>2</sup>1921, 272; Bern <sup>4</sup>1954, 278.

Befehlsfunktion unserer praktischen Vernunft, während der Inhalt selbst aus dem Sein stammt. Es ist also *Scheler*, den übrigens *H. Coing* rechtsphilosophisch auswertet, nicht mehr zu folgen, wenn er annimmt, das Reich der Werte stehe « neben » der Welt des Seins. In der Lehre *Scheler's* fehlt die real-universale Erkenntnis, aufgrund welcher allein die Verbindung von Sein und Wert denkbar wird. Wenn man Sein nur im Sinne von naturwissenschaftlich Erkennbarem begreift, muß man allerdings zur Trennung von Sein und Wert gelangen.

Der Wertphilosophie gegenüber ist zu betonen, daß das Naturgesetz als Anlage unserer praktischen Vernunft von der Seinserkenntnis nicht getrennt werden kann, sondern auf diese engstens bezogen ist. Nur auf diese Weise ist die gleiche Gewissensveranlagung aller Menschen auf *die Natur der Sache* hin überhaupt vertretbar. Die Erkenntnis, daß das gesellschaftliche Leben ein freundliches und leutseliges Verhalten fordert, ist zwar wesentlich Werterkenntnis und nicht etwa nur die Folge davon, daß man das griesgrämige Verhalten des Mitmenschen an sich erfahren mußte. Andererseits wird die Bedeutung dieser Seinserfahrung nicht zu leugnen sein. Unsere praktische Vernunft ist zwar von Natur aus auf das Wertfordern eingestellt, aber auf ein Wertfordern, das mit dem Sein verbunden ist. Das läßt sich besonders auch an dem schwierigen Thema der Unauflöslichkeit der Ehe deutlich machen. Um das Wertempfinden für die Unauflöslichkeit der Ehe zu gewinnen, bedarf es zunächst des Eindringens in die personalen Werte von Mann und Frau, in der Folge dann in die Unwiderruflichkeit der Schenkung von Person zu Person, woraus sich dann erst das Verständnis für die Unauflöslichkeit der Ehe ergibt. Es braucht also eine hohe sittliche Erziehung des natürlichen Wertempfindens bis zur spontanen Angleichung des praktischen Urteils an die Natur der Sache. Diese Erziehung vollzieht sich aber im Sinne des Seins.

Das in der Erfahrung sich entwickelnde Naturgewissen verlangt von der Freiheit des Menschen das entsprechende Mittun. Das will besagen, daß die naturhafte Anlage der praktischen Vernunft sich nur gradlinig entwickeln kann, wenn der Wille seinerseits naturkonform bleibt. *Aristoteles* sagte daher, daß das konkrete sittliche Urteil ohne « *rectitudo appetitus* » nicht gesichert sei. Aus diesem Grunde ist die Erziehung des natürlichen Wertempfindens im tiefsten Grunde immer eine Angelegenheit der Selbsterziehung. Dennoch braucht die Seinserfahrung, die stets mit der Werterfahrung zusammengeht, nicht notwendigerweise vom Subjekt selbst erlebt zu sein. Da der Mensch soziales Wesen ist,



hat er zur Erweiterung seiner Werterfahrung die beiden Erziehungsmittel zu berücksichtigen : 1. die Belehrung, 2. die autoritative Intervention durch andere. Dieser Gedanke ist nicht nur für die Pädagogik, sondern auch für die Rechtsbildung von Bedeutung. Man ist sich heute in zivilisierten Ländern darüber einig, daß man die politische Freiheit nur jenen bisher im kolonialstaatlichen Verhältnis gestandenen Völkern zubilligen darf, die bereits die Mündigkeit für die politische Freiheit erworben haben.

Die Notwendigkeit der Empirie in der Aneignung von sittlichen und rechtlichen Prinzipien macht stark den Eindruck, als ob es sich hier, entsprechend der Annahme der transzendentalen Philosophie, um bloß ontische Feststellungen handelte, wann Soll möglich sei, nicht aber um die Erstellung von allgemeinen Werturteilen, d. h. von sittlich-rechtlichen Normen. Andererseits erweist sich durch die ganze Geschichte des Menschengeschlechts, daß man sich über allgemeine Prinzipien leichter einigt als über besondere. Diese Tatsache dürfte ein Zeichen für die Standfestigkeit des aristotelischen Prinzips sein, daß das Sein als solches und entsprechend das Gute als solches der Vernunft leichter aufgeht, daß also für die allgemeinste und dem einzelnen gegenüber noch offene Formulierung von (wie das Sein analogen) Prinzipien die Erfahrungsbasis gar nicht so ausgedehnt zu sein braucht. Nimmt man aber das aristotelisch-thomistische Axiom an, daß das Sein das Ersterkannte ist, dann wird man verstehen, daß der weitere Erkenntnisprozeß in der Wertordnung nicht etwa nur in einer detaillierten Aufnahme von Bedingungen für das Soll besteht, sondern in der inhaltlichen Auffüllung der allgemeinsten Wertforderungen.

### III. Die Prinzipien oder Rechtsgrundsätze des Naturgesetzes

Das Naturgesetz ist nach dem Gesagten nicht gleich den formulierten Rechtsprinzipien oder Rechtssätzen. Dennoch tendiert unsere praktische Vernunft, wenigstens in jener Theorie, welche die universale Wesenserkenntnis als die natürliche Erkenntnis unserer Vernunft annimmt, zur Formulierung von solchen Prinzipien. Darin unterscheidet sich die thomistische Naturrechtslehre von einer Rechtslehre, welche auf der kantischen Transzendentalphilosophie aufbaut. Bei letzterer ist das Gewissen nur insofern normativ, als es bei gegebenen Bedingungen entscheidet, ob ein Soll möglich ist oder nicht. Vom Standpunkt der

universalen Wesenserkenntnis aus aber ergibt sich die Notwendigkeit von allgemeinen Prinzipien. Welches aber sind diese Prinzipien ?

Die Frage muß klar in zwei Teile unterschieden werden : 1. Welches sind die Rechtsprinzipien, welche die praktische Vernunft an sich, d. h. ihrer naturgegebenen und wesentlichen Kapazität nach formulieren *kann* ? 2. Welche Prinzipien formuliert sie tatsächlich da und dort, wo sich die Menschen im Gemeinschaftsleben begegnen ? Unter der Voraussetzung nämlich, daß wir der praktischen Vernunft ein bestimmtes Wesen zuerkennen, werden wir ihr auch ein entsprechendes Objekt zubilligen müssen, denn jedes Vermögen wird von seinem Objekt her determiniert. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß in der tatsächlichen Entfaltung die praktische Vernunft ihre Kapazität ausschöpft. Während die erste Frage eine metaphysische ist, d. h. die Analyse des dem Wesen der praktischen Vernunft entsprechenden Objekts, ist die zweite ein soziologisches Problem, insofern nämlich hier untersucht wird, inwieweit spontane, natürliche Werturteile in einer Gesellschaft als allgemeine Prinzipien des Zusammenlebens wirksam sind. Die zweite Frage kann aber ohne die erste sinnvoll nicht gestellt werden. Fällt nämlich die erste Frage weg, dann fehlt uns für die zweite Frage überhaupt der Maßstab, wonach wir Wertforderungen als naturhafte beurteilen können. Die soziologische Erhebung würde uns also nicht mehr darüber aufklären, welche naturhaften Werturteile in einer Gesellschaft wirksam sind, sondern würde uns ganz einfach darüber belehren, daß *irgendwelche* Werturteile das Zusammenleben der Menschen regeln. Erst wenn man die erste Frage beantwortet hat, ergibt sich die Diskrepanz zwischen dem absoluten Können unserer wertfordernden praktischen Vernunft und der faktischen Aktuierung dieser Potenz, d. h. die Möglichkeit, über die Vollkommenheit von Kulturen zu urteilen.

### 1. Die Naturrechtsprinzipien aus absoluter Sicht

#### *Die erkenntnistheoretischen Voraussetzungen absoluter Naturrechtsprinzipien*

Betrachten wir also zunächst einmal die Frage nach der Formulierung von Naturrechtsprinzipien von der absoluten Kapazität der menschlichen Vernunft her. Von dieser Sicht aus ergab sich im Laufe der Geschichte die theologische Auseinandersetzung zwischen der evangelischen und katholischen Theologie.

Wenn man von der Position der evangelischen Theologen spricht, wird man sich allzu leicht bei der voreiligen Verallgemeinerung ertappen, in der evangelischen Theologie gebe es überhaupt kein Naturrecht. *E. Wolf*<sup>42</sup> hat richtig betont, daß die Gegenüberstellung zwischen katholischer und evangelischer Naturrechtsauffassung eigentlich nur auf dem Boden der kontroverstheologischen Auseinandersetzung über die Reichweite der natürlichen Sittlichkeit oder theologisch ausgedrückt: der « sola-gratia »- oder « sola-fides »-Lehre möglich ist. Denn tatsächlich lassen sich auf Seiten der evangelischen Rechtsdenker eifrige Vertreter des Naturrechts namhaft machen, so z. B. die Lutheraner *Schönfeld* und *Ellul*. Nicht zu vergessen sind der schweizerische Reformierte *Emil Brunner*, der zwischen biblischer Weisung und vernünftigen Rechtsgrundsätzen eine weitreichende Übereinstimmung verteidigt, ähnlich auch der deutsche Lutheraner *Althaus*, der amerikanische Lutheraner *Niebuhr* und der holländische Reformierte *Dengerink*. Andererseits fehlt es nicht an verwerfenden Stellungnahmen, so beim schweizerischen Theologen *Karl Barth*, den deutschen Lutheranern *Ernst Wolf* und *Hans Dombois* und dem Reformierten *Simon*.

Theologisch geht es um die Frage, ob die praktische Vernunft ihre grundsätzliche Orientierung auf die absoluten Normen durch die Erbsünde verloren habe oder nicht. Die katholische Theologie hat einheitlich in der ganzen Kontroverse auf der wesentlichen (!) Unversehrtheit der praktischen Vernunft bestanden.

Für den Philosophen kann als Argument nur gelten, was sich irgendwie erfahrungsmäßig noch erschließen läßt, wenngleich selbstverständlich philosophische Erkenntnisse nicht gleich Erfahrung ist. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die Wertkapazität der praktischen Vernunft weit über das hinausgeht, was sich soziologisch als Faktum beweisen läßt. Wenn wir tiefer als die Statistiken in das Problem der Ehescheidung hineinschauen und einmal auf das innere Werturteil hören, das sich in Zahlen nicht mehr ausdrücken, aber doch erfahren läßt, dann müssen wir doch zugestehen, daß die Unauflöslichkeit dem Wesen der Ehe sicher mehr entspricht als die Auflöslichkeit. Wir brauchen uns dann nur noch darüber zu streiten, in welchem Sinn diese allgemeine Wertung gilt, ob absolut oder nur unter der Bedingung, daß die beiden Partner harmonieren. Die Tatsache, daß wir Wertvorstellungen von

<sup>42</sup> Erik WOLF, Die evangelischen Stellungnahmen zum Naturrechtsproblem, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. V, Freiburg <sup>6</sup>1960, 965 ff.

Jahrtausenden gegeneinander abwägen, läßt doch eine Vernunft erkennen, die nach absoluten Werten vorgeht. Die Gewissenserforschung, die wir nach vollbrachten Handlungen machen und in der wir uns der Vorwerfbarkeit oder Tadellosigkeit der Tat bewußt werden, setzt voraus, daß wir einen Maßstab gebrauchen, der über der Situation steht. Allerdings erklärt darauf der Positivist, man könne überhaupt nicht von absoluten Werten sprechen, wie man auch nicht die Kunst eines erwachsenen Künstlers über jene eines Kindes stellen könne, da Kunst der genuine sinnvolle Ausdruck des inneren Erlebens sei. Für die Kunst mag diese Labilität stimmen. In der sittlichen Ordnung dagegen handelt es sich um mehr als nur um Äußerungen von Lebensvorgängen, nämlich um Normen mit absolutem Anspruch. Und zwar setzen sich diese Normen nicht etwa aus einem formellen absoluten Imperativ und einem je und je wechselnden Inhalt zusammen, der gleichsam die Bedingung des Imperativs ist. Die Suche nach den seinsmäßigen Bedingungen, aufgrund welcher nach kantischer Vorstellung der Imperativ möglich werden soll, ist nicht denkbar von einem rein formellen Soll aus. Sie benötigt einen inhaltlichen Maßstab, der nicht nur ontische, sondern auch ethische Bewandtnis hat. Man könnte diese inhaltlich bestimmten Allgemeinforderungen etwa als eine Art Idealvorstellung bezeichnen. Von der Idealvorstellung unterscheiden sich die absoluten sittlichen Forderungen aber insofern, als sie nicht einen « Zustand » bezeichnen, sondern ein allgemeines Soll sind, dem je und je konkrete Gestalt verliehen werden muß.

Unter der Voraussetzung, daß die praktische Vernunft wirklich absolute Werte formuliert und fordert und daß sie in der Erfüllung dieser Funktion trotz der (noch zu besprechenden) individuellen Schwächeerscheinungen eine gewisse Treffsicherheit beweist, läßt sich das Folgende über die Naturrechtsprinzipien sagen.

### *Univoke und analoge Prinzipien*

Die Rechtsgrundsätze, wie überhaupt alle Soll-Sätze der praktischen Vernunft unterscheiden sich in univoke und analoge.

Univoke Prinzipien sind jene, die in gleichem Sinne angewandt werden. Hierher gehören alle jene Grundsätze, die ontologisch in einer einzigen Wesenheit, sei es der Wesenheit einer Substanz oder einer Handlung, begründet sind. So ist die menschliche Natur in allen Menschen ein und dieselbe unter dem Gesichtspunkt des Wesens, nicht allerdings der Individualität. Die menschliche Würde als die Würde eines geistigen, freien Wesens ist darum grundsätzlich dieselbe, wenngleich damit über die

soziale Stellung des einzelnen Menschen noch nichts ausgesagt werden kann ; diese ist nämlich vielgestaltig. Aber gewisse « Substanz »-Werte müssen wir als minimale, somit einheitliche und univoke Forderungen im Namen aller Menschen zur Geltung bringen : Recht auf Leben (hierher gehört die Frage des Abortus), Recht auf freie Glaubens- und Gewissensentscheidung, Recht auf Integrität des Körpers (z. B. die Frage der zwangsweisen Sterilisierung). Ein an sich inhaltlich eindeutiges, wenngleich de facto umstrittenes Beispiel für die Univozität eines Prinzips, das sich aus dem Wesen einer Handlung ergibt, ist die Forderung der unauflöslichen Eihe. Jede Ehe ist nämlich in gleicher Weise unauflöslich.

Sobald man sich jedoch in jene soziale Ordnung hineinbegibt, wo qualitative Verschiedenheiten der Menschen miteinander ins Verhältnis gesetzt werden müssen, werden die analogen Prinzipien wirksam. So spielt die Verschiedenheit von Mann und Frau in der Ehe dort eine Rolle, wo die Frage der Kompetenz erörtert wird. Hier ist nicht mehr die personale Gleichheit, sondern die personale Verschiedenheit von entscheidender Bedeutung. Beide Partner sind im Gemeinwohl, das durch die Ehe begründet wird, enthalten und auf Grund dieses Gemeinwohls einander in gegenseitiger Liebe zugeordnet, wobei um des Gemeinwohls willen eine Entscheidung notwendig wird, die nicht, wenigstens nicht zunächst, in außerehelicher Instanz gesucht werden darf, die darum einem der beiden Partner zugestanden werden muß<sup>43</sup>. Ebenso verhält es sich mit allen sogenannten « sozialen Rechten » (*droits sociaux*), Recht auf berufliche Förderung, auf Bildung usw. Hierher gehören alle Menschenrechte, die von der Gesellschaft eine positive Leistung verlangen. Sie alle sind soziale Organisationsprinzipien, die den einzelnen stets den ihnen im Rahmen des Ganzen, d. h. in der analogen Sinnfülle des Gemeinwohls zustehenden Platz einräumen. Unter den analogen Prinzipien findet sich auch, vielleicht überraschenderweise, das Prinzip « *Pacta sunt servanda* », denn ein Vertrag kann nur unter der Voraussetzung gültig sein, daß er das Ordnungsganze nicht stört. Darum ist die Diskretionspflicht, zu welcher der Arzt auf Grund eines stillschweigenden Vertrages, den er mit dem Patienten geschlossen hat, verpflichtet ist, nur im Rahmen des Gemeinwohls gültig. Allerdings, und das ist sehr wichtig, ist damit noch nichts für die positivrechtliche Formulierung eines solchen

<sup>43</sup> Vgl. Albert ZIEGLER, Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie, Ein Beitrag zur Frage der Gleichberechtigung von Mann und Frau. Sammlung Politeia, Bd. XI, Heidelberg 1958.



Prinzips ausgesagt. Es könnte sich unter Umständen um der Rechtssicherheit willen eine univoke Formulierung als notwendig erweisen. Auch der Rechtsgrundsatz « *Suum cuique* » steht in einer Ordnung. Nur von dort her läßt sich das « *suum* » bestimmen. « Verbrechen müssen bestraft werden » ist ebenfalls nur im Ordnungsdenken als Prinzip haltbar. In einer Gesellschaft, in welcher jeder Verbrecher seine schuldhafte Tat auf einen kurzen Hinweis hin einsehen, aufrichtig bereuen und der Umwelt die fundierte Sicherheit der Beharrung im Guten bieten würde, würde die Forderung der Bestrafung ihren Sinn verlieren. Man könnte höchstens noch an frei zu übernehmende Sühne denken. Das viel diskutierte Prinzip « Gleiches muß gleich, Ungleiches muß ungleich behandelt werden » ist ebenfalls analog, da es ja jeweils darauf ankommt, was eigentlich gleich ist. Im Hinblick auf die Unauflöslichkeit ist zwar jede Ehe gleich zu behandeln. Die einzelne Ehe ist nichts anderes als eine reine Subsumtion eines konkreten Falles unter einen universalen Inhalt. Dagegen können « an sich » Gleiche (z. B. Mann und Frau) durch die Proportion, in welcher sie zu einem Ordnungsganzen stehen, « ungleich » werden, etwa im Hinblick auf die Funktionen in der Familie, in Gesellschaft und Staat. Die Gleichheit besteht einzig darin, daß sie beide im Sinne desselben Gemeinwohls ihre Funktion erfüllen. Da diese aber verschieden ist, ergibt sich die Notwendigkeit einer « ungleichen » Behandlung. Diese ungleiche Behandlung bleibt aber doch proportional zum Gemeinwohl gleich. Erst recht sind Grundsätze wie : « Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen », oder : « Jedem nach seinen Leistungen », nur verständlich im Zusammenhang einer Ordnungsvorstellung. Es geht hier um nichts anderes als um die Definition des Gemeinwohls als eines Universale mit analoger Sinnfülle<sup>44</sup>. Von der analogen Erkenntnis aus werden jene in der Scholastik so starr formulierten Prinzipien, die dann in der Praxis eine « Ausnahme » nach der andern erforderlich machen, etwas aufgeweicht. Damit ist zugleich wenigstens einer der Einwände gegen die Brauchbarkeit der Prinzipien behoben.

Von der analogen Universalerkenntnis aus läßt sich die in der Rechtsprechung so bedeutende Beurteilung von Fällen nach Analogie erst begreifen. Bestände nämlich zwischen dem einen konkreten Fall, den es zu lösen gilt, und dem analogen, den man zum « Vorbild » der Lösung nimmt, keine Gemeinsamkeit, dann wäre überhaupt keine analoge Rechtsanwendung denkbar.

<sup>44</sup> Vgl. A. F. Urtz, Sozialethik, Bd. I, 151 ff.

In der analogen Allgemeinerkenntnis liegt auch der Grund, warum die thomistische Philosophie nicht einfach von den ontischen Bedingungen spricht, gemäß welchen Soll möglich werden kann, sondern von einer echten Konkretisierung universaler Sollprinzipien.

*Die Naturrechtsprinzipien in der Anwendung: die naturrechtlichen Schlußfolgerungen – Von der naturrechtlichen Norm zum Naturrecht*

Die rationalistische Naturrechtsauffassung war dem Mißverständnis erlegen, der praktische Syllogismus sei nichts anderes als die Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes unter ein universales, univokes Prinzip, wie man etwa von hundert gleichen Einheiten auf jede einzelne Einheit schließt. Der Grund dieses Fehlschlusses war wohl die Annahme, daß das Naturrecht nach Art eines subjektiven Rechts im Rechtsanspruch eines individuellen Menschen bestände, der sich gegen die anderen gleichen Individuen zur Wehr setzt. Der Weg von den Naturrechtsprinzipien, vom obersten rechtlichen Soll, also von der Gerechtigkeitsforderung, bis zum konkreten Soll, dem hic et nunc geltenden Naturrecht, ist viel verwickelter. Er führt über die Kenntnis der konkreten Seinsbedingungen. Diese aber sind, wie öfters betont, nicht nur Bedingungen des kategorischen Imperativs. Da die Natur der Sache das wesensgemäße Objekt unserer praktischen Vernunft ist, besitzen auch sie *Normbewandtnis* (a).

Außer diesen ontischen Bedingungen spielen aber auch konkrete, unabänderliche sittliche Bedingungen mit, denen zwar, weil sie der Norm widersprechen, nicht Normkraft, aber doch *normrestringierende* Funktion zukommt (b).

Mit der Unterscheidung zwischen dem universalen Prinzip und der konkreten Formulierung stehen wir vor der geschichtlich berühmten Unterscheidung zwischen primärem und sekundärem Naturrecht. Allerdings haben wir damit erst eine der in der Geschichte wirksam gewordenen Unterscheidungen zwischen primärem und sekundärem Naturrecht. Es gibt noch eine andere, nicht eigentlich rechtsphilosophische, sondern entwicklungsgeschichtliche Sicht dieser Unterscheidung, die den idealen Urzustand als primäres Naturrecht, den späteren, durch die Hinfälligkeit des Menschen gekennzeichneten Naturzustand als sekundäres Naturrecht bezeichnet (vgl. weiter unten).

a) *Die Natur der Sache als normgestaltende Wirklichkeit.* – In der rationalen Analyse einer konkreten, noch zu gestaltenden Wirklichkeit versuchen wir instinkthaft, die verschiedenen vorgegebenen Seinsbedin-

gungen so zu ordnen, daß sie einen unseren sittlichen Zielstreben gemäßen Sinn erhalten. Wir wollen, daß sie gerecht seien. Dabei leitet uns die, wenngleich nur analoge, Vorstellung von einer Gesellschaft, in welcher jeder Mensch seiner Natur entsprechend integriert ist. Eine arbeitslose Volksschicht erscheint uns ebenso als Zeichen der Ungerechtigkeit wie die Existenz von begabten Analphabeten. Wir sind zwar nicht in der Lage, das universale Prinzip, gemäß welchem diese Tatsachen als ungerecht und ungeordnet bezeichnet werden müssen, präzise, d. h. univok, anzugeben. Dennoch weist uns die Gerechtigkeitsvorstellung, weil eben nicht ganz leer, in eine bestimmte konkrete Richtung, ist also echter Rechtsgrundsatz. Doch ist mit diesem Prinzip noch nicht viel anzufangen, wenn es sich nicht in konkreten Fällen bewährt. Die konkrete Natur der Sache verlangt darum Berücksichtigung, weil sie zum Prinzip gehört, entweder auf Grund reiner Subsumtion oder auf Grund der Analogie. So versteht man, daß beim Naturrecht, d. h. bei aller konkreten Prinzipienbildung immer etwas Geschichtliches mitspielt. *Thomas von Aquin* <sup>45</sup> erklärt ausdrücklich, daß die praktische Vernunft sachlich anders bestimmt ist als die spekulative, weil die praktische Vernunft nicht wie die spekulative das Überzeitliche, sondern das Konkrete sucht. Das konkrete Soll der Natur der Sache ist aber je und je verschieden.

Als Reaktion gegen die absoluten Naturrechtskataloge tritt heute das geschichtliche Element allenthalben in den Naturrechtstheorien mehr in Erscheinung, so z. B. bei *A. Kaufmann*, *J. Messner*, *W. Maihofer* <sup>46</sup>.

In der Individualethik ist die Einbeziehung der konkreten Befindlichkeit schon immer eine Selbstverständlichkeit gewesen. Zwar weiß jeder, daß er seine Gesundheit nicht zu Schaden kommen lassen darf, wenn nicht höhere Werte auf dem Spiele stehen. In der konkreten Entscheidung aber wird er das schwere Werk der Abwägung der verschiedenen konkurrierenden Werte zu leisten haben. Ein Mensch mit schwächerer Gesundheit wird sich nicht solche Verzichtleistungen in der Ernährung auferlegen können wie ein Gesunder. Das Beispiel zeigt, daß das Sein selbst sich als wertvoll oder wertwidrig im Hinblick auf die naturgegebene Zielordnung des Menschen erweist. So wird klar, daß, wie *Thomas von Aquin* <sup>47</sup> sagt, die *veritas practica* (= Soll) im Hinblick auf die Besonderheit des einzelnen Falles nicht bei allen gleich sein kann, son-

<sup>45</sup> I-II 94,4.

<sup>46</sup> Vgl. A. MOSER, Die Rechtskraft der natürlichen Lebenswerte, Sammlung Politeia Bd. XV, Heidelberg 1962, 54 ff.

<sup>47</sup> I-II 94,4.

dem wechselhaft, wandelbar ist. So gibt es ein wandelbares Naturrecht, so unwandelbar sich die Naturrechtsprinzipien allgemeinsten Art ausnehmen, wenn sie überhaupt je in ihrer Totalität vom Menschen erfaßt werden <sup>48</sup>.

Terminologisch dürfte von einiger Bedeutung sein, daß *Thomas von Aquin* die durch die Vernunft abgelesene konkrete Natur der Sache das eine Mal als Naturrecht, das andere Mal als menschliche Hinzufügung zum Naturrecht, sogar als positives Recht bezeichnet. So spricht er von der Eigentumsordnung als einer aus Übereinkunft entstandenen, zum positiven Recht gehörenden Ordnung <sup>49</sup>. Jedoch zählt eine solche menschliche Institution bei *Thomas* so lange zum Naturrecht, als sie in der vernunftgemäßen Analyse sich als der « Natur der Sache » entsprechend ausgeben kann.

b) *Die normbegrenzende Kraft der konkreten sittlichen Bedingungen.* – In der Individualethik darf die sittliche Entartung des Individuums in keiner Weise ins Gewicht fallen. Es ist keine Entschuldigung, vielmehr eine Anschuldigung und eine Erschwerung der Schuld, wenn jemand aus erworbenem bösem Wollen (soweit es sich nicht um rein physische Dispositionen handelt, welche das freie Handeln einschränken) das rechte Maß überschreitet. Im sozialen Leben verhält es sich anders. Hier ist das tatsächliche sittliche Wollen der Gesellschaftsglieder oft eine unüberwindliche Größe, die sich wie eine Seinstatsache auswirkt. Man wird also die Gesetzesnorm oft nur als Schranke gegen weiteres Absinken, nicht aber unmittelbar als erzieherisches Mittel ausgestalten können. Zur Verdeutlichung dieses Gedankens sei auf das Schulbeispiel der Ehescheidungsgesetzgebung hingewiesen. Auch jene Naturrechtler, welche die Ehescheidung als einen Verrat an der Ehe ansehen, werden unter bestimmten Umständen ohne Ehescheidungsgesetze nicht auskommen können, wenn sie nicht vor dem öffentlichen Konkubinat die Augen verschließen wollen. So hat *Thomas von Aquin* zur Vermeidung eines größeren Übels (*ad vitandum maius malum*), nämlich des Gattinnenmordes, sogar die Zulassung der Polygamie im Alten Testament als eine Dispens von seiten Gottes aufgefaßt (übrigens hier großen Vorbildern

<sup>48</sup> H. Kelsen (Reine Rechtslehre, 431 f.) hat meine Ausführungen im Kommentar zu Bd. 18 der Deutschen Thomasausgabe (Recht und Gerechtigkeit) über das wandelbare Naturrecht gründlich mißverstanden. Nicht die Naturrechtsnormen sind wandelbar, sondern das konkrete Naturrecht. Vgl. meine Besprechung des zitierten Werkes von Kelsen in « Grundsatzfragen », Bd. II.

<sup>49</sup> II-II 66,2 ad 1.

folgend), wobei er allerdings ausdrücklich erklärt, daß die sittliche Unordnung damit nicht aus dem Wege geräumt sei <sup>50</sup>.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Frage nach der allgemeinen Kompromißformel, die wir in der positiven Gesetzgebung und Gesetzesauslegung zu finden haben. Das Naturrecht als Vernunftrecht kann nur bestehen, wenn man die naturkonforme Vernunft dort voraussetzen kann, wo Recht gestaltet wird. Die positive Gesetzgebung und Rechtsprechung ist also als naturrechtlich orientierte Gesetzgebung und Rechtsprechung nur denkbar, wenn der richtige Gebrauch der menschlichen Vernunft, d. h. wenn die *rectitudo rationis* sowohl von seiten des Gesetzgebers als auch von seiten des Richters garantiert und der Mißbrauch in Form von Willkür ausgeschlossen ist. Im Hinblick auf die in der Geschichte reichlich nachgewiesene Hinfälligkeit der einzelnen menschlichen Vernunft und des menschlichen Willens wird man daher solche gesetzliche Regelungen anstreben, die weitmöglichst univok anwendbar sind trotz der vielleicht sich ergebenden kleineren « Unvernünftigkeiten ». Die eingehendere Darstellung dieses Problems gehört in die Frage des positiven Gesetzes und der Gesetzesauslegung.

## 2. Naturrechtsprinzipien im Rechtsbewußtsein der Gesellschaft

Bisher war die Rede von der objektiven Ordnung, objektiv im Sinn des Objektes, dem die praktische Vernunft naturgemäß zugeordnet ist, ohne Rücksicht darauf, ob der einzelne Mensch in seinem Rechtsbewußtsein den vollen Inhalt dieses « An-sich-Objekts » aktuiert. Im Folgenden ist nun von diesem aktuierten Rechtsbewußtsein die Rede. In der Formulierung des *Thomas von Aquin* heißt dies, daß wir nun nicht mehr von den Naturrechtsprinzipien « *quoad objectum* », sondern « *quoad nos* » sprechen. Diese Unterscheidung hat aber nichts zu tun mit jener zwischen idealisierter Ordnung und Wirklichkeit. Es handelt sich bei der objektiven Ordnung nicht um ein unzugängliches Ideal, sondern um eine echte Normordnung, d. h. um die Wesensordnung, die unserer praktischen Vernunft an sich entspricht.

Fragen wir uns nun aber einmal, ob die Durchdringung des Objektes nicht nur im Rahmen des Möglichen, sondern auch des Wirklichen liege. Gehen wir also nicht mehr von der Wesenheit der praktischen Vernunft und ihrer natürlichen Kapazität, sondern von dem im guten Sinne

<sup>50</sup> IV Sent. q. 2, a. 2, qu<sup>a</sup> 2, ad 5.



« oberflächlichen » Rechtsbewußtsein, d. h. von dem unmittelbar als Tatsache erfahrbaren sozialen Bewußtsein aus. Wir untersuchen damit das Ausmaß, in dem die Menschen tatsächlich das Objekt der praktischen Vernunft erfaßt haben oder noch erfassen.

Diese Frage ist, wie wir jetzt besser erkennen, nur unter der Voraussetzung der objektiven Ordnung, von der bereits die Rede war, zu stellen. Ohne die objektive Ordnung verbliebe man im maßstablosen Evolutionismus, es sei denn, man suchte als Theologe über die Natur hinaus einen absoluten Maßstab im religiösen Glauben als dem Organ, mit welchem der einzig gültige Heilswille Gottes erfahren würde.

So sehr wir in der Lage sind, in die Tiefen unserer Seele hineinzuloten und dort nach dem Absoluten zu suchen, d. h. unser konkretes Werturteil stets an irgendwie gewußten und doch nicht explizierbaren Normen zu messen, so sind wir der Kultur, in welche wir hineingeboren sind, derart verhaftet, daß es uns oft schwer wird, den Unterschied zwischen dem durch unsere Kultur geprägten Urteil und dem absoluten Werturteil zu bestimmen. Unser natürliches Wertbewußtsein wird so zum soziologischen, ohne allerdings von diesem absorbiert zu werden, denn sonst wären wir unseres Maßstabes, dessen wir uns bei allem Wechsel stets bewußt bleiben, beraubt. *Thomas von Aquin* hat dieser soziologischen Durchformung des Rechtsbewußtseins weitesten Raum zuerkannt. Zu den unveränderlichen Normen unseres Rechtsbewußtseins, den sogenannten allgemeinsten Prinzipien, zählt er : die rechte Mitte (III Sent. 37, 1, 4 ad 3), Niemandem Unrecht tun (I-II 100,3), Gottes- und Nächstenliebe (I-II 100,11 ; CG III 117), die goldene Regel : Was du willst, das man dir tue, das tue auch dem andern (I-II 99,1 ad 2 u. 3), Streben nach absoluter Wahrheit, Leben in Gemeinschaft (I-II 94,2,5 ; CG III 117,129), Recht auf Selbsterhaltung, Selbstvervollkommnung, auf eheliche Gemeinschaft, Erziehung der Kinder (I-II 94,2). Sie alle sind im allgemeinsten Prinzip verwurzelt : Das Gute ist zu tun, das Böse zu meiden (I-II 94,2). Das Naturhafte im Naturgesetz ist also nichts anderes als ein gewisses « direktives Prinzip menschlicher Handlungen » (I-II 93,5 ad 1), das weiterhin der menschlichen Mühen bedarf, um expliziert und auf die vielen Bereiche menschlichen Zusammenlebens angewandt zu werden. Und hier in diesem Bereich wird sogleich die individuelle Vielfalt der Werturteile fühlbar. Um der gleichen, nämlich naturhaften Direktive willen auch die gleiche *konkrete* Normenbildung erwarten zu wollen, bedeutete eine Verkennung der Eigenheiten der praktischen Vernunft. Es geht im Bereich der praktischen Vernunft nicht mehr nur wie

in dem der spekulativen um reine Seinserkenntnisse, sondern um Wertungen, die, je konkreter sie werden, um so mehr des *rectus appetitus*, wir würden sagen : des sittlichen Ernstes und der sittlichen Wahrhaftigkeit, bedürfen. Jedoch nicht nur das ist notwendig. Es bedarf auch, wie wir bereits gesehen haben, einer reichen Erfahrung. Diese geht allerdings oft über Irrungen. Aber auch in diesen nimmt der Mensch seine Gewissensstimme in Form der Verwerfung wahr. Er kommt also auch über die irrende Erfahrung langsam, wenn auch unsicher, zu konkreten Werturteilen, die eine gradlinige Vervollkommnung der naturhaften Anlage darstellen. Da nun alle Glieder der Menschheit in dieser Lage sind, daß sie höchster sittlicher Wahrhaftigkeit und zugleich umfassendster Wert-erfahrung bedürfen, diese aber nie ganz besitzen, so folgt, daß das soziologische Werturteil in der Bildung konkreter Rechtsnormen auch dann nicht außer acht gelassen werden darf, wenn es nicht auf der Höhe der Vollkommenheit steht. Andererseits erkennt man schon hier, daß es bei der soziologischen Erhebung nicht bleiben darf, sondern eine Führung durch das positive Gesetz, statuiert von verantwortungsbewußten Persönlichkeiten, eine unabdingbare Notwendigkeit ist.

*Terminologische Zusammenfassung (zu 1 und 2) : absolutes und relatives Naturrecht, primäres und sekundäres Naturrecht*

*Absolutes Naturrecht.* – Mit diesem Ausdruck bezeichnet man jene Naturrechtsgrundsätze, welche eine solche universale Bewandtnis besitzen, daß sie entweder das Wesen einer Handlung betreffen, zu welchem sich der einzelne Fall wie eine reine Subsumtion verhält (Beispiel : der Ehevertrag), oder in ihrer analogen Sinnfülle alle nur möglich denkbaren Einzelfälle in sich beschließen (Beispiel : Niemandem Unrecht tun). Die Ansichten darüber, was im einzelnen zu diesen absoluten Naturrechtsprinzipien gehört, gehen weit auseinander. So ist im Laufe der Geschichte selbst unter den katholischen Theologen darüber gestritten worden, ob die Ehe ihrem naturhaften Wesen nach oder erst auf Grund der sakramentalen Heilsordnung unauflöslich sei. Auf den Streit, welche Grundsätze im einzelnen zum absoluten Naturrecht gehören, brauchen wir uns hier nicht einzulassen. Es genügt die terminologische Fixierung, daß mit absolutem Naturrecht stets das Unabänderliche der menschlichen Natur und der menschlichen Gemeinschaftsordnung bezeichnet wird, so wie sich dieses unabänderlich der reinen menschlichen Vernunft bietet. In diesem Sinne spricht die Theologie von der *natura pura*, im Unterschied

zur Natur im Zustand des Paradieses (*natura integra*), der Natur im Sünden Zustand (*natura lapsa*) oder der Natur in der Erlösung (*natura reparata*).

*Relatives Naturrecht.* – Mit diesem Ausdruck werden die *Anwendungen* der absoluten Naturrechtsprinzipien belegt, und zwar grundsätzlich alle Anwendungen sowohl jene auf die einzelnen von der Theologie unterschiedenen Naturzustände (*status naturae*) : Paradies, gefallene Natur, erlöste Natur, als auch die einzelnen Anwendungen auf konkrete Fälle, z. B. die Anwendung des Prinzips der Personenwürde in der Formulierung des Rechts auf Arbeit, auf politische Mitsprache usw. Alle diese Anwendungen heißen « relativ », weil die einzelnen Fälle sich voneinander unterscheiden wie jedes Konkrete vom anderen Konkreten. Man kann daher in diesem Bereich vom wandelbaren Naturrecht sprechen. Auch dieses ist noch Naturrecht, sofern man die praktische Vernunft als das Urprinzip des Naturgesetzes erkennt.

*Primäres und sekundäres Naturrecht.* – Man kann dieser Unterscheidung auf verschiedenen Ebenen begegnen, je nach dem Gesichtspunkt, unter dem man die Naturrechtsprinzipien betrachtet : 1. vom Objekt her, dann besagt *primäres* Naturrecht dasselbe wie das absolute und *sekundäres* dasselbe wie Anwendung des absoluten Naturrechts auf den einzelnen Fall. – 2. Man betrachtet die Naturrechtsprinzipien in ihrer soziologischen Wirkbreite, d. h. im faktischen Rechtsbewußtsein der Gesellschaftsglieder. Danach verdienen jene Naturrechtsprinzipien, die tatsächlich allgemein von allen Menschen anerkannt werden, den Namen *primäres* Naturrecht und jene, die nur ins Rechtsgefühl einzelner eingegangen sind, die Bezeichnung *sekundäres* Naturrecht. Es ist klar, daß das primäre Naturrecht dieses zweiten Punktes im primären des ersten enthalten ist, jedoch nicht umgekehrt. Vieles, was vom Objekt her (*quoad objectum*) zum primären Naturrecht des ersten Punktes gehört, ist vom soziologischen Gesichtspunkt aus (das heißt entsprechend der Betrachtungsweise von 2) als sekundäres Naturrecht zu bezeichnen. Man wird namentlich bei *Thomas von Aquin* gut aufmerken müssen, wenn man den Begriffen « erste » und « zweite » Naturrechtsprinzipien begegnet, weil der Gesichtspunkt sehr oft nicht präzisiert ist. – 3. Primäres und sekundäres Naturrecht können begrifflich aber auch bestimmt werden vom Standpunkt der Menschheitsgeschichte aus. In diesem Sinne gilt der ideale Urzustand des Menschen (Paradies) als primäres Naturrecht, während der Zustand, in welchem wir uns heute befinden, als sekundäres Naturrecht bezeichnet wird. Wenn wir also annehmen, daß der Mensch

ursprünglich ideal gesinnt gewesen sei, und zwar nicht nur für sich selbst, sondern auch für die Gemeinschaft, und für die Gemeinschaft und aus ihr gelebt hätte, während er heute grundsätzlich auf sich bedacht und nur von dieser Selbstsorge aus für die Gemeinschaft und für das Gemeinwohl zu gewinnen wäre, dann müßten wir von diesem geschichtlichen Gesichtspunkte aus den ersten Zustand, nämlich den Zustand des freien Kommunismus, als primäres Naturrecht, die heutige Ordnung dagegen, nämlich die Ordnung des am Gemeinwohl orientierten Individualismus, als sekundäres Naturrecht bezeichnen. Die geschichtliche Betrachtungsweise des Naturrechts, ob man nun an den Anfang den Menschen als « Engel » oder als « Wolf » stellte, hat in der Staatsphilosophie größte Verheerung angerichtet (*Hobbes, Rousseau*). Der ursprüngliche Idealzustand verwandelt sich unmerklich zum Leitbild des konkret zu gestaltenden Augenblickes, während doch die konkrete Bestimmung, was der Natur der Sache gemäß sei, nicht von einem Leitbild, sondern von Prinzipien her vorgenommen werden muß, wobei der Übergang vom Rechtsprinzip zum Recht ein Norm-erzeugendes Verfahren und nicht eine formalistische Anwendung darstellt. Daß nun der Urzustand oder das Paradies eine idealere Erfüllung des absoluten Naturrechts gewesen sein soll, läßt sich, streng genommen, von der natürlichen Norm her nicht behaupten. Das Ideale im konkreten Fall ist immer jene rationale Lösung, welche das *hic et nunc* und nicht etwa das « o, wenn doch ... » gestaltet. Wenn wir also das primäre Naturrecht als idealeres ansehen wollen, dann nur mit dem Vorbehalt, daß es idealer ist, sofern darin bestimmte ontische Bedingungen der menschlichen Natur und damit größere sittliche Kräfte der Gesellschaftsglieder als wirklich vorausgesetzt sind. Die Unterscheidung in primäres und sekundäres Naturrecht in dieser geschichtlichen Sicht drückt wohl eine gewisse menschliche Sehnsucht nach einem in jeder Weise ausgeglichenen und vollkommenen Dasein und somit auch nach höheren sittlichen Möglichkeiten aus. Könnte aber dieses Wunschbild nicht utopisch sein ? In dieser Frage ist ein weittragendes politisches Problem enthalten : Wird es je möglich sein, die Menschheit so zu erziehen, daß sie aus sich den Idealzustand verwirklicht ? Oder müssen wir den Menschen nehmen, wie er ist ? Im ersten Falle spukt in unserer Welt stets der Geist der Utopisten, der, wie man weiß, nicht nur totalitär im Sinne von Ganzheit-betonend, sondern auch von Freiheit-erstickend ist. Nur für den Realisten, nicht für den Utopisten gilt die bereits dargestellte Lehre, daß die konkrete Wirklichkeit entweder selbst normierende oder Normen beschränkende Kraft besitze. Wer die Dinge nimmt, wie

sie sind, und sie nicht unter ein vermeintliches « primäres » Naturrecht, sondern unmittelbar unter das *absolute* Naturrecht stellt, dem gelingt es, den Gegebenheiten in vollem Ausmaße Rechnung zu tragen, ohne deshalb aus dem Auge zu verlieren, daß der Weg des Menschen ein Weg zur stets besseren Anwendung der absoluten Normen sein muß.

#### IV. Die Sanktion des Naturgesetzes

Das Naturrecht ist nicht nur Rechtsgesetz, sondern zuerst Sittengesetz, d. h. es ist in erster Bewandtnis naturhafter Imperativ zu sittlicher Vollendung des Menschen in seiner Individual- und Sozialnatur. Insofern es aber zugleich auch Normen des Zusammenlebens ausspricht, hat es rechtlichen Charakter. Die individuelle und die soziale Seite des Naturgesetzes verhalten sich wie zwei Funktionen des einen Gesetzes. Die erste Sanktion des rechtlichen Naturgesetzes beruht in der durch das Gewissen ausgesprochenen Approbation und Reprobation einer gesetzten Handlung. Diese Belobigung und dieser Tadel drücken sich aus im Glücks- bzw. Unglücksempfinden des sittlichen Menschen. Wer die ontische Struktur des Gewissens annimmt, kommt nicht darum herum, die Pflichtlehre mit der Glückslehre zu verbinden. Pflicht ist Bindung an das Gesollte, an die Norm, welche, da sie seinswahr ist, zugleich das die Natur des Menschen Vollendende, sie Beglückende bedeutet. Diese sittliche Sanktion ist immer gegeben, allerdings stets nach dem Maß der möglichen Gewissensbildung. Sie erhält ihre volle Auswirkung allerdings erst dann, wenn der menschliche Geist sich vom Körperlichen trennt. Dann erfährt der Geist in unabänderlicher Weise, daß Handeln gegen das Gewissen Verlust der naturhaften Vollendung im Gefolge hat. Darüber mehr Worte zu verlieren, dürfte hier überflüssig sein. Es sei nur angemerkt, daß die Annahme eines glücklichen oder unglücklichen Endzustandes die logische Konsequenz eines absoluten Normendenkens ist, das seine Inhalte aus dem Sein holt, wobei die Unsterblichkeit der menschlichen Seele als eine aus der menschlichen Psychologie, und nicht nur aus dem Glauben, erkannte Tatsache Voraussetzung ist.

Schwieriger wird das Problem der Sanktion des Naturgesetzes, insofern man dieses streng als Rechtsgesetz sieht, das in unsere diesseitige Gemeinschaft hineinwirken soll. Zur rechtlichen Sanktion gehört die zwangsmäßige Einordnung in eine Gemeinschaft. Die rein sittliche Sanktion wirkt sich allerdings auch hier aus. Man weiß von dem unwidersteh-



lichen Druck des Gewissens, durch den Mörder gezwungen werden, sich dem Richter zu stellen. Doch sind dies Ausnahmefälle. Auf politischer Ebene soll, nach Ansicht *Max Weber's*, das sittliche Gewissen sogar ausgeschaltet werden, weil hier oft Mittel notwendig würden, welche sittlich nicht mehr vertretbar seien<sup>51</sup>. Für die internationalen Beziehungen wird in ähnlicher Weise der reine Kampf um Macht propagiert (*Hans Morgenthau, Harold Lasswell*). Es muß offenbar « klüger » sein, auf diesem Felde nicht zuviel an die sittlichen Normen zu denken. Auf jeden Fall ist nach diesen Meinungen die Sanktion des Naturgesetzes im sozialen Bereich recht schwach oder sogar nichtig.

Andererseits ist die Sanktion des rechtlichen Naturgesetzes im großen Raum der menschlichen Gesellschaft zu sehen. Hier wissen wir sehr wohl, daß erst die Geschichte lehrt, was der gewissenlose Einsatz eines Machtmittels eigentlich wert ist. Der Untergang der öffentlichen Moral hat im Laufe der Geschichte immer auch zum Ruin eines Volkes geführt. Die reine Machtauseinandersetzung in der wirtschaftlichen Konkurrenz beschwört die revolutionäre Macht der um ihre tiefsten menschlichen Belange Betroffenen herauf.

Allerdings wird der eigentliche Sünder, nämlich der Träger der sozialen und politischen Verantwortung, verhältnismäßig selten auf dem Wege der natürlichen Entwicklung zur Übernahme der ihm gebührenden Strafe gezwungen. Die individuelle rechtliche Sanktion des Naturgesetzes ist darum im diesseitigen Raum sehr schwach. Das weist darauf hin, daß das positive Gesetz, abgesehen von seiner Funktion als neue Rechtsquelle, als Stütze des Naturgesetzes eine naturrechtliche Notwendigkeit ist.

<sup>51</sup> « Keine Ethik der Welt kommt um die Tatsache herum, daß die Erreichung ‚guter‘ Zwecke in zahlreichen Fällen daran gebunden ist, daß man sittlich bedenkliche oder mindestens gefährliche Mittel und die Möglichkeit oder auch die Wahrscheinlichkeit übler Nebenerfolge mit in den Kauf nimmt, und keine Ethik der Welt kann ergeben: wann und in welchem Umfang der ethisch gute Zweck die ethisch gefährlichen Mittel und Nebenerfolge ‚heiligt‘. » (Politik als Beruf, in: Gesammelte Politische Schriften, Tübingen <sup>2</sup>1958, 540).