

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: 9 (1962)

Heft: 2-3

Artikel: Probleme des Naturrechts in der positiven Rechtsbildung

Autor: Utz, Arthur F.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-761504>

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: 16.09.2025

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

ARTHUR F. UTZ OP

Probleme des Naturrechts in der positiven Rechtsbildung*

I. Das positive Gesetz

ERSTER ARTIKEL

Das Wesen des positiven Gesetzes

Antinomie zwischen Naturrecht und positivem Recht

Die Naturrechtsbeflissenen machen den Rechtspositivismus wegen seiner Auffassung vom « Recht durch Macht » für das Überborden der modernen Diktaturen verantwortlich. Dagegen erklären die Rechtspositivisten, daß gerade die Naturrechtstheoretiker mit ihren verschiedenen Vorstellungen von der absoluten Gerechtigkeit den Diktatoren Vorschub leisten. Beide haben Recht, denn die Lösung gesunder Rechtsbildung kann nur im Kompromiß zwischen dem gefunden werden, was man gemeiniglich mit « Naturrecht » bezeichnet, und dem, was positives, gesatztes Recht ist. Im Grunde handelt es sich nicht einmal um einen Kompromiß, sondern um die Erkenntnis, daß das sogenannte positive Gesetz mit seinen tiefsten Wurzeln Nahrung im Naturgesetz sucht, und zwar deswegen, weil jede kluge staatliche Gesetzgebung sich am Rechtsbewußtsein der Gesellschaft orientiert. Dieses ist aber bereits ein Element des Naturgesetzes. Und ebenso ist die Natur der Sache ein Anliegen, das

* Zu Hinweisen auf frühere Darlegungen vgl. meine Artikel in dieser Zeitschrift 8 (1961) 3-74 und 9 (1962) 30-42. Hinweise auf Sozialethik Bd. I beziehen sich auf : A. F. Utz, Sozialethik, I. Teil : Die Prinzipien der Gesellschaftslehre, Heidelberg-Löwen 1958.

sowohl dem Gesetzgeber wie dem Richter am Herzen liegt. Sie ist, wie *Larenz* sich ausdrückt, ein « Wegweiser zu richterlicher Rechtsfindung »¹. Die rechtliche Regelung des Zusammenlebens kann nun einmal der allgemeinen Gesetze des Lebens nicht entraten.

Von der traditionellen Naturrechtslehre aus hat *Joh. Messner*² mit beispielhafter Präzision die Verzahnung von Naturrecht und positivem Recht aufgewiesen. Er analysierte den Inhalt des positiven Gesetzes und stellte fest, daß die natürliche praktische Vernunft mit ihren Prinzipien die treibende Kraft in der positiven Gesetzgebung ist.

Wir können hier, wo wir den Weg der Rechtsbegründung von der ersten Rechtsnorm, nämlich dem Ewigen Gesetz, und im Anschluß daran vom Naturgesetz aus nehmen, als Ausgangspunkt nicht das positive Gesetz, sondern nur die naturrechtliche Forderung nach einem positiven Gesetz wählen. Unter dem Begriff (= Nominaldefinition) des positiven Gesetzes verstehen wir alle jene Direktiven, die von der obersten Gewalt einer bestehenden *societas perfecta* (d. h. einer Gesellschaft, welche die gesamten menschlichen Bereiche umfaßt) als erste wirksame Normen des Zusammenlebens (erste Rechtsquellen) statuiert werden. Die Verfassung scheidet also zunächst aus dem Blickfeld aus, da sie die staatliche Gemeinschaft erst konstituiert, während das Gesetz die *societas perfecta* als « bestehend » voraussetzt. Die Verfassung fällt vom philosophischen Standpunkt aus unter die Frage der rechtlichen Bewandnis der Vereinbarung, von der weiter unten im besonderen die Rede sein wird.

Unsere Frage lautet also : wie wird das positive Gesetz begründet ?

Die Begründung des positiven Gesetzes

Wir können uns hier die Aufgabe insofern leicht machen, als wir bereits im ersten Band der Sozialethik³ nachgewiesen haben, daß jede Gesellschaft aus ihrem Wesen heraus eine innergesellschaftliche Autorität braucht und vom Naturrecht her auch besitzt. Das Gewissen ist, obgleich Partizipation des Ewigen Gesetzes, noch nicht die ganze Autorität. Es ist ein Faktor, der der innergesellschaftlichen Autorität vor-

¹ K. LARENZ, Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, Eine rechtsmethodologische Untersuchung, in : Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958 (275-305), 281-292.

² Das Naturrecht im positiven Recht, in : Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht 9 (1958) 129-150. Vgl. auch J. MESSNER, Das Naturrecht, Innsbruck ³1958, 350-352.

³ 235-257.

gelagert ist im selben Sinne, wie das Gemeinwohl, als durch den Begründer der Gesellschaft konstituiert, dem Zugriff der innergesellschaftlichen Autorität entzogen ist. Die innergesellschaftliche Autorität hat, wie an angegebener Stelle in Bd. I gesagt wurde, vom Naturgesetz her die Funktion : 1. die Friedensordnung im Sinne des Naturgesetzes inhaltlich unmißverständlich zu bestimmen und 2. Garant der Durchführung zu sein (Sanktion). Die beiden Teilfunktionen gehören zusammen. Nur in der Einheit beider finden wir wirkliches Recht, denn Recht ist weder bloßer Wert noch bloße Macht, sondern soziale Norm ⁴.

Die Funktion der inhaltlichen Bestimmung der Friedensordnung. – Die Erkenntnis der Natur der Sache als rechtlichen Faktors ist nicht so einfach zu erwerben wie etwa die Kenntnis von irgendwelchen naturwissenschaftlichen Tatsachen. Der Rechtsbereich befindet sich in der praktischen Ordnung, die sich grundsätzlich von der spekulativen unterscheidet. Es wurde bereits früher, als vom Unterschied zwischen Werterfahrung und Seinserfahrung die Rede war, darauf hingewiesen, daß zur Konstituierung des Objektes der praktischen Erkenntnis die « *rectitudo appetitus* » erforderlich ist. Diese tritt um so mehr in Erscheinung, je konkreter das Soll formuliert werden muß. Eine gewisse Uneinigkeit über die konkrete Fassung des Gemeinwohls ist eine Naturnotwendigkeit, nicht nur eine Folge der Sünde ⁵. Um die Handlungseinheit im Sozialkörper zu erreichen, bedarf es darum einer über dem Individuum stehenden Autorität, die das Sozialgerechte genau umschreibt, und zwar nicht etwa in Form einer Wahrheitsaussage, sondern einer Norm, eines Befehls. Als ausschließliches Aktionsfeld des positiven Gesetzes wird von Naturrechtslehrern oft jener Bereich angegeben, der durch die « *Natur der Sache* » nicht umschrieben ist, wie z. B. die Verkehrsvorschrift des Fahrens auf der rechten Seite. Nun könnte man darüber streiten, ob nicht auch derartige Verkehrsvorschriften in letzter Analyse auf einer « *Natur der Sache* » (im konkreten Sinne) basieren, wenn man bedenkt, daß sie eine irgendwie bestehende Gewohnheit übernommen haben, die abzuändern sinnlos gewesen wäre ; auch Verkehrsvorschriften entstehen nicht voraussetzungslos, sondern in Anlehnung an eine bereits gegebene Situation. Es wäre aber auf jeden Fall verfehlt, die Bedeutung der positiven Gesetzgebung von diesem schmalen Bereich mehr oder weniger willkürlicher Bestimmungen aus zu werten, denn die Aufgabe des positiven Gesetzes besteht durchweg darin, mit vernünftiger Überlegung

⁴ Vgl. das zur Definition des Rechts Gesagte.

⁵ Vgl. Sozialethik, Bd. I, 250 f.

die konkrete Natur der Sache rechtssicher und rechtswirksam zu konstituieren. Wenn wir bedenken, daß der überwiegende Teil der konkreten Natur der Sache als gesellschaftliche Norm nicht von Natur gegeben ist, sondern erst erarbeitet und erstellt werden muß, dann geht uns erst die Aktionsbreite des positiven Gesetzgebers als eines neuen Rechtsschöpfers auf. Erst das positive Gesetz schafft jene Rechtssicherheit, ohne die eine Gesellschaft nicht bestehen kann. Das gesetzte Recht läßt sich darum nicht einfach nur als Sanktion eines vorgängigen Rechts auffassen, es ist vielmehr die einzig mögliche Erfüllung der naturrechtlichen Forderung, sichere Ordnung zu schaffen, « sicher » vom Objekt, nicht nur von der Durchführung her verstanden, oder, wie sich *Hermann Heller*⁶ ausdrückt, Rechtssicherheit zu erzeugen unter dem Gesichtspunkt der « Sinngeißheit » des Rechts, nicht nur der « Vollstreckungsgewißheit ». Das gilt sogar bezüglich der an sich univoken Naturrechtsprinzipien. Denn auch sie (vgl. die Forderung der unauflöselichen Einehe) können durch die unabänderlichen konkreten Bedingungen in der Anwendung einer Restriktion unterworfen sein. Die Überprüfung des gesetzten Rechts gemäß naturrechtlichen Normen hat darum der naturrechtlichen Funktion des positiven Gesetzes Rechnung zu tragen. Es dürfte schwer fallen, gegen das gesetzte Recht natürliche Rechtsnormen anzurufen, solange jenes die einzige Möglichkeit der Rechtssicherheit bietet. Das einzelne Gesellschaftsglied mag für seine eigene Person die aus eigenem Gewissensspruch verantwortete Nicht-Befolgung eines positiven Gesetzes leichter nehmen können. Derjenige aber, dessen Handlung die Fortführung der Funktion des positiven Gesetzes darstellt, nämlich der Richter, wird sein Urteil mit peinlicherer Sorgfalt am menschlichen Gesetz orientieren.

Die Autorität des Staates hat sich zwar an das durch das Naturgesetz vorgezeichnete Gemeinwohl zu halten. Andererseits ist sie aber doch nicht nur auslegende Instanz, sondern rechtsschöpferisch. Ihre Rechtssetzung ist darum echter Machtspruch. Wie jedes Recht aus Macht entsteht, so ist auch das staatliche Recht Ausfluß einer Macht. Allerdings muß man sich dabei klar sein, daß die Macht nicht einfach Willensbeschluß ist. Wir haben bereits bei der Entstehung des ersten Rechts, nämlich des Ewigen Gesetzes gesehen, daß die Allmacht nur Recht setzt gemäß der absoluten Wahrheit.

Den gleichen Weg zur Ergründung des positiven Gesetzes von der Struktur des Naturgesetzes aus hatte *Thomas von Aquin* gewählt. Die

⁶ Staatslehre, hrsg. v. Gerhart NIEMEYER, Leiden 1934, 223.

menschliche Vernunft müsse, so sagt er⁷, gewisse gemeinsame Regeln ersinnen, da die spontan erkannten Prinzipien nicht ausreichen. Dieses Ersinnen geschieht in logischer Überlegung aus den Prinzipien heraus. Es erweckt darum zunächst den Eindruck, als ob es hier um ein Theoretisieren über die Natur der Sache ginge. « Die menschliche Vernunft muß bei den Geboten des Naturgesetzes als bei allgemeinen und unbeweisbaren Sätzen beginnen und von ihnen dazu übergehen, über die mehr einzelhaften Dinge richtweisenden Bescheid zu geben. Und diese engeren Richtsätze, die von der menschlichen Vernunft hinzugefunden (adinventae) sind, heißen menschliche Gesetze »⁸. Damit wären wir an sich nicht weiter als bis zum bloßen Erkennen der konkreten Natur der Sache vorgeedrungen, wenn *Thomas* nicht ausdrücklich erklären würde, daß « alle andern Bedingungen, die zum Wesen des Gesetzes gehören, dabei beachtet werden müssen, wovon weiter oben⁹ die Rede war ». An der Verweisstelle erklärt aber *Thomas*, daß das Gesetz nicht nur ein Ergründen vorgegebener Sachverhalte durch irgendeine Vernunft ist, sondern ein Diktat der Vernunft dessen, « welcher die Sorge um die Gesellschaft hat »¹⁰. Das positive Gesetz stammt also aus der gesellschaftlichen Autorität. Es kann sich aus diesem Grunde nicht nur darum handeln, daß die Vernunft neue, in den allgemeinen Naturrechtsprinzipien nicht enthaltene, aber aus ihnen ableitbare konkrete Handlungsweisen « finde », sondern daß sie diese normativ der ganzen Gesellschaft auftrage. Und das kann nur durch eine neue Rechtssetzung geschehen.

Da ein Gesetzgeber in der Vollkommenheit, wie die Rechtsphilosophie sich ihn im normativen Denken ersinnt, nicht existiert, ergibt sich die Frage, in welcher Weise sich die Gesellschaft gegen Übergriffe des Gesetzgebers schützen soll, ohne die Rechtssicherheit aufzugeben. Die Frage ist sowohl rechtsphilosophischer wie politischer Natur. Sie ist rechtsphilosophisch, insofern man festzustellen hat, wer der naturgemäße Träger des Rechts, die Organe der Kontrolle des Gesetzgebers zu bestellen, ist. An sich kann es nur der Begründer der staatlichen Einheit, kurz gesagt, das Volk sein. Daran aber knüpft sich die politische Frage, welche verfassungsrechtliche Institution zu schaffen sei, die einerseits die wirksame Kontrolle zu leisten, andererseits die Kontinuität des Staates zu garantieren vermag. Diese letzte Frage ist deswegen politischer Natur,

⁷ I-II 91, 3.

⁸ A. a. O.

⁹ I-II 90, 2-4.

¹⁰ I-II 90, 4.

weil es darum geht, die Machtverhältnisse so zu verteilen, daß der besagte doppelte Effekt erreicht wird.

Die Funktion der Sanktion. – Das Element der Macht kann, wie aus dem Gesagten hervorgeht, aus dem Recht nicht eliminiert werden. Hierin liegt, wenn man so will, der « positivistische » Faktor eines jeden Rechts. Es muß *wirksame* Friedensordnung sein. Da der menschliche Gesetzgeber in der Lage ist, die Macht zu mißbrauchen, stehen wir vor der heiklen Aufgabe, zu unterscheiden, wo echte, d. h. an die vorgegebene Ordnung sich bindende Macht, und wo Mißbrauch der Macht, also nur Macht vorliegt. Trotz aller Problematik steht fest, daß faktische Macht notwendig ist, da ohne diese die naturgesetzliche Grundforderung, daß garantierte Ordnung herrsche, nicht erfüllt würde. Die thomistische Rechtsphilosophie hat darum den aktiven Widerstand gegen die Staatsgewalt trotz seiner inhaltlichen Rechtfertigung durch die Gerechtigkeit nur verteidigen können, wo sichere Aussicht auf Erfolg besteht¹¹.

Da wir in unserem menschlichen Zusammenleben weder die Natur der Sache in reiner Klarheit erkennen, noch auch dem Träger der staatlichen Autorität Unfehlbarkeit erkenntnismäßiger oder sittlicher Natur zutrauen können, stehen wir in jedem Einzelfall vor der Frage: liegt hier Recht vor oder nur Macht? Da die Macht es leichter hat, durch die Tatsache ihrer Wirksamkeit sich als Recht auszuweisen, als die bloße Erkenntnis der Natur der Sache, weil nämlich die tatsächliche gegenüber der möglichen Ordnung immerhin einen erheblichen Vorsprung hat, kann man den Konservativismus der naturrechtlich orientierten Sozialethik begreifen.

Die Definition des positiven Gesetzes

Positive Rechtsschöpfung ist an sich jeder durch eine innergesellschaftliche Autorität statuierte Befehl. Da wir aber von Gesetz nur in jenen Gesellschaften sprechen, die den gesamt menschlichen Bereich umfassen (Staat und Kirche), erhält die positiv-gesetzliche Rechtsschöpfung eine Einschränkung. Und auch hier werden nur die ersten Konkretisierungen des Gemeinwohls mit Gesetz bezeichnet, während die weiteren Anwendungen rechtliche Verordnungen oder richterliche Entscheidungen sind. Über die Gesetze im nur formellen Sinne, d. h.

¹¹ Näheres über das Thema in Sozialethik, Bd. V (in Vorbereitung). Vgl. hierzu die sorgfältig abgewogenen Darlegungen von E. WELTY: Herders Sozialkatechismus, Bd. II, Freiburg 1961, 263-274.

über Einzelakte in Gesetzesform, brauchen wir hier nicht zu sprechen, da sie rein praktischen Wert haben. Wenn gewisse rechtliche Bestimmungen der Kontrolle des Gesetzgebers (Parlamentes) unterworfen bleiben sollen, dann gibt man ihnen die « Form » des Gesetzes (z. B. Haushaltsplan). Unter positivem Gesetz hat man also *die von der tatsächlich wirksamen staatlichen Autorität erlassenen mit dem vorgegebenen Gemeinwohl in Einklang stehenden obersten Rechtsnormen* zu verstehen (Realdefinition des positiven Gesetzes). Der Ausdruck « vorgegebenes Gemeinwohl » umschließt sowohl die Prinzipien des Naturgesetzes wie die mit diesem harmonisierende Verfassung der Gesellschaft.

In wieweit die Autorität der Kirche echte gesetzgebende Funktion ausüben kann, hängt von der Frage ab, ob sie eine *societas perfecta* ist. Wir brauchen uns hier nicht damit zu befassen.

Der Rechtscharakter der Verfassung als erster positiver Norm

Im Voraufgehenden haben wir stets von der bereits staatlich geeinten Gesellschaft gesprochen, welcher ein bestimmtes Gemeinwohl als vorgegebenes Rechtsstatut aufgetragen ist. Man nennt dieses Gemeinwohl Verfassung. Zwar ist jede Gemeinschaft an das Naturgesetz gehalten. Doch ist das Gemeinwohl nicht in jeder Gesellschaft bereits naturrechtlich bestimmt. Die Ehe muß als Gemeinschaft angesehen werden, deren Wesen von Natur vorgegeben ist. Wer also eine Ehe schließt, kann sie nur im Sinne der Naturgesetzlichkeit der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau schließen. Wir brauchen also bei der Ehe nicht nach dem rechtlichen Begründer zu suchen. Hier genügt der Rückgriff auf das Naturgesetz und somit auf den Ewigen Gesetzgeber. Wie steht es aber um die staatliche Gemeinschaft? Gewiß ist auch der Staat als vollkommene Gemeinschaft ein Naturgebilde. Andererseits kann von keiner einzelnen Staatsgemeinschaft gesagt werden, daß sie nur eine Übernahme naturgesetzlicher Funktion sei, wie man dies von der ehelichen Gemeinschaft anzunehmen hat. Es handelt sich bei jeder staatlichen Gemeinschaft um eine Konkretisierung der allgemeinen natürlichen menschlichen Anlage zur *societas perfecta*. Bei der Konstituierung eines Staates tritt demnach die ersinnende praktische Vernunft in Tätigkeit. Das geschieht in der Konstituierung der Verfassung. Diese ist kein Naturgebilde, sondern das Produkt menschlicher Erfindungskraft und menschlicher Zwangsgewalt. Dabei fällt es nicht ins Gewicht, ob man bei der Konstituierung der Verfassung an einen Führertyp denkt, der eine bisher amorphe Familiengemeinschaft zum Staatsgebilde zusammenschweißt,

oder ob man sich die Staatsgemeinschaft als durch gegenseitige Vereinbarung gegründet vorstellt. Diejenige Verfassung ist, vom Naturgesetz her, Norm, welche entsprechend dem Naturgesetz in Anpassung an die konkreten soziologischen Gegebenheiten den Grund legt für jede weitere positive Rechtsbildung in der Gesellschaft. Und jene physische Person oder jenes Gremium von Personen ist rechtlicher Staatengründer, dem die Aufstellung einer solchen ersten positiven Norm gelingt.

Da die naturrechtliche Norm vom Ewigen Gesetz ihre Rechtsbeziehung bezieht, ist der logische Weg zur absoluten Grundnorm des Rechts gewahrt. Das ist der Grund, warum die Scholastiker einmütig die gesellschaftliche Autorität von Gott abgeleitet haben. Man braucht sich also die göttliche Fundierung der Staatsgewalt nicht in der Weise vorzustellen, daß Gott in Form einer Investitur oder Gnadenmitteilung den Staatsgründer autorisiert und ihn so zu seinem Stellvertreter macht. Die staatliche Gewalt ist ausreichend göttlich begründet in der Rückführung auf die naturgesetzliche Norm.

Der Fall der *Vereinbarung* hat seine eigene Problematik, insofern sich hier die Frage besonders akut stellt, wie die Autorität zur Entstehung komme. Die Frage führt einerseits in die scholastische Diskussion des 16. und 17. Jahrhunderts über die Delegation und Designation der Autorität und andererseits in die Nähe des *contrat social Rousseau's*. In der Vereinbarung treten mehrere Personen auf, die alle eine gewisse Teilfunktion in der Konstituierung der positiven Grundnorm ausüben. Die Vorstellung der Vereinbarung als rechtlichen Gebildes ist unvollziehbar, wenn die einzelnen nicht Rechtsträger sind. Denn sonst würde es sich um eine reine Utilität handeln, gemäß welcher jeder einzelne sich zu verhalten beschließt, nach dem Grundsatz: Ich störe den andern nicht, damit er mich in Ruhe läßt. Wenn man aber an Rechtsträger denkt, dann hat man sich die autoritativ erlassene Norm mitzudenken, d. h. Rechtsträger können die Menschen nur sein, weil sie autorisiert sind, Rechtsgeschäfte abzuschließen. Nun ist jeder Mensch als *ens politicum* von Natur aus berechtigt und übrigens auch verpflichtet, in einem Staatswesen zu leben und dort in persönlicher Verantwortung seine Vervollkommnung zu suchen. Das besagt allerdings noch nicht, daß jeder ebenso von Natur aus berechtigt wäre, an den Staatsgeschäften teilzunehmen, sonst wäre die demokratische Staatsform die einzige naturgerechte Staatsform überhaupt. Aber jeder Mensch hat ein Recht, dort, wo er noch nicht vollgültig, d. h. in menschenwürdiger Weise in ein Staatsganzes integriert ist, staatsgründend wirksam zu werden. In

diesem Falle ist er also zur Staatsgründung oder Mitbegründung autorisiert. Wir haben in diesem Zusammenhang eine ähnliche Situation vor uns wie *Rousseau* in seiner Konzeption vom *contrat social*. Nur müssen wir dabei beachten, daß es sich, naturrechtlich gesehen, in erster Linie nicht um eine Machtübertragung handelt, sondern um die Konstituierung einer Grundnorm des Zusammenlebens. Dies nicht beachtet zu haben, war wohl eines der Mißverständnisse, die in der Lehre vom *contrat social* liegen. So sehr die am Vertrag Beteiligten aus sich frei die Vereinbarung inhaltlich festlegen (allerdings im Einklang mit dem Naturgesetz), so stammt die *normative* Kraft der Vereinbarung aus dem Naturgesetz « *pacta sunt servanda* ». Die autoritative Bewandnis der Vereinbarung kann also nicht vom einzelnen oder den vielen einzelnen, auch nicht von der Summe der vielen einzelnen Willensbildungen herrühren, sondern ist Ausdruck jener Befehlsgewalt, von der das Naturgesetz seinen Anfang genommen hat, nämlich von Gott. Nur auf diese Weise läßt sich der Gehorsam gegenüber dem positiven Gesetz als echte sittliche Pflicht nachweisen. Die Träger der Vereinbarung, die, nach der Staatsgründung, zugleich die Verpflichteten sind, sind an der *Wirkkraft* der ersten positiven Norm nur insofern beteiligt, als sie durch ihre Unterwerfung die Wirkkraft der Norm in der äußerlich wahrnehmbaren Erfahrung bestätigen. Wann nämlich eine Rechtsnorm erfahrbar wirksam ist, tut sich erst im Resultat der Ordnung kund.

Wozu nun also die « umständliche » metaphysische Ableitung der ersten positiven Norm, wenn man schließlich doch bei einem Faktum landet, sei es der Wirkkraft einer tüchtigen Führungspersönlichkeit oder jener der Glieder des Gesellschaftskörpers? Es macht den Anschein, als ob man zu guter Letzt eben doch auf ein rein positives Element stoße, das den Entscheid gibt über Recht und Autorität.

Tatsächlich müssen wir in der äußerlich erfahrbaren Rechtswelt das Faktum respektieren. Darin hat der Positivismus Recht. Das Recht ist *wirksame* Ordnung. Es ist aber nur echte Soll-Ordnung, wenn es auch inhaltlich von jener Norm herrührt, die zugleich Wirksamkeit und Gerechtigkeit darstellt. Wir alle wollen ein Recht, das aus seinem Wertgehalt heraus Bestand hat. Dieses Recht finden wir aber nicht, solange wir uns der ontologisch-metaphysischen Grundlage des Rechts nicht bewußt werden. Diese metaphysische Grundlage erkennen wir in der Natur des Menschen. In dieser liegt ebenfalls ein erfahrbares wirksames Element. Denn wir wissen, daß auf die Dauer eine naturwidrige Ordnung zur Unordnung wird, an der sich die natürlichsten Instinkte des Men-

schen rächen. Die Auflehnung gegen eine widernatürliche Ordnung ist als ein Zeichen der Wirkkraft des Naturgesetzes anzusehen (vgl. die Ausführungen über die Sanktion des Naturgesetzes). Die Gewalt eines Diktators wird die Resistenzkraft der freien Menschen auf die Dauer nicht niederhalten können, wenngleich man, um diese Naturgesetzlichkeit zu erkennen, nicht im engen Zeitraum einer oder einiger Generationen verbleiben darf. Ebensowenig kann der Mehrheitswille um der reinen Mehrheit willen die Wirkkraft des Naturgesetzes niederringen. Die Minderheiten verlangen ihr Recht, wenigstens das der politischen Freiheit. Nur jener Mehrheitsbeschluß kann im demokratischen Staat die Gerechtigkeit für sich in Anspruch nehmen und auf die Dauer auch bestehen, der das Recht der Minderheit nicht erdrückt. Man erkennt also daraus, daß die wirksame Autorität nicht eigentlich in der Mehrheit als solcher liegt, sondern in der naturgerechten Ordnung, die durch die Mehrheit erzielt worden ist. Wer nur das Faktische in der Rechtsbildung berücksichtigt, muß es in Kauf nehmen, dem ununterbrochenen Zickzack übler Erfahrungen ausgeliefert zu sein. Um die Stabilität im Faktischen zu erreichen, wird man die ontologisch-metaphysischen Erkenntnisse nicht außer Acht lassen dürfen.

Der Unterschied von Verfassung und Gesetz in rechtsphilosophischer Sicht

Rechtsphilosophisch gesehen, unterscheidet sich die Erstellung der staatlichen Grundnorm (Verfassung) von der gesetzgeberischen Handlung nicht. Beide sind positive Gesetze im Sinne von sozialverbindlicher Konkretisierung des Naturgesetzes, sie stehen nur auf verschiedener Ebene der Konkretisierung. Allerdings heißt dies zugleich, daß die Verfassung nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Gesetzesauslegung bestimmt. Die Verfassung ist als erste positive Norm der entscheidende Grund der Rechtssicherheit. Für den Rechtspraktiker stellt sich gerade hier das schwere Problem, nach welchen Maßstäben er die Verfassung auszulegen habe, ob er sie buchstäblich nehmen soll, ob in der Intention der Gründer und damit im geschichtlichen Zusammenhang oder schließlich in Rückorientierung an den vorgeordneten naturrechtlichen Normen. Das Problem war in der deutschen Diskussion über die Gleichheit von Mann und Frau in der Ehe akut, da die Verteidiger des natürlichen Entscheidungsrechtes in der Auslegung des deutschen Grundgesetzes auf die « natürliche » Ordnung zurückgriffen, von der das Grundgesetz nach ihrer Ansicht Zeugnis ablegen wollte. Soll man die Entwicklung dem Ermessen des jeweiligen Gesetzgebers überlassen, oder soll man die Ver-

fassung bzw. das Grundgesetz in seinem positiven Gehalt belassen, unbe-
sehen der Konsequenzen, die sich daraus bei einzelnen Streitfällen für
die natürliche Ordnung ergeben? Vom Standpunkt der Sozialethik aus
kann man nur sagen: hier handelt es sich um einen gewissenhaften Kom-
promiß zwischen der Forderung der Rechtssicherheit, die auf keinen
Fall verloren gehen darf, denn sie gehört wesentlich zum positiven Ge-
setz, und den materiellen, d. h. inhaltlich gefüllten Prinzipien des Natur-
gesetzes. Da die meisten naturrechtlichen Prinzipien analogen Charakter
haben, kann das Manipulieren mit ihnen gegen den positiven Gehalt der
Verfassung sehr leicht die Rechtssicherheit gefährden. Wo das Natur-
gesetz bereits eindeutige Institutionen (wie z. B. die Eihe) begründet,
dürfte aber der Fall anders liegen.

ZWEITER ARTIKEL

Der Pflichtcharakter des positiven Gesetzes

Das Gewissen und das positive Gesetz

Die Natur des Menschen als sozialen Wesens und die damit ver-
bundene naturgesetzliche Forderung der Einordnung in ein soziales
Ganzes verlangen vom einzelnen die Anerkennung der positiven Gesetze.
Denn diese erfüllen in letzter Instanz die naturgesetzliche Ordnung.
Das Urteil über den Gerechtigkeitsgrad eines positiven Gesetzes kann
daher nicht die erste Gewissensnorm des einzelnen sein. Die Praesump-
tion steht für das positive Gesetz, und zwar nicht nur wegen seiner
Sanktionsgewalt, sondern in erster Linie wegen seines unleugbaren Ord-
nungscharakters. Das positive Gesetz verpflichtet darum im Gewissen.

Nun schaltet allerdings die im Gewissen verantwortete Gehorsams-
leistung die rationale Seite des Gewissens nicht aus. Aus der allgemeinen
Erkenntnis, daß die Gesellschaft eine positive Autorität braucht und
Ein- und Unterordnung des einzelnen eine naturgesetzliche Forderung
ist, folgt noch keine blinde Unterwerfung. Doch schließt die grundsätz-
liche Anerkennung der positiven Autorität eine gewisse «globale»
Unterordnung ein. Diese ist ethisch ausreichend begründet durch die
Erkenntnis, daß die Macht legal erworben wurde und im Hinblick auf die
intellektuellen wie sittlichen Eigenschaften des Machträgers der Gefahr
eines Mißbrauches entzogen ist. Die inhaltliche Überprüfung eines ein-
zelnen Gesetzesaktes ist, namentlich bei der heutigen Kompliziertheit

der öffentlichen Fragen, im Regelfall eine Unmöglichkeit und kann im Interesse der Rechtssicherheit auch nicht verantwortet werden. Andererseits gibt es doch Fälle, wo das Gewissen des einzelnen einen schweren Verstoß gegen die Gerechtigkeit feststellen kann.

Der einzelne kann einen solchen Verstoß feststellen dort, wo übertriebene Härten aus dem Gesetzesgehorsam entstehen würden. *Aristoteles*¹² sprach hier von der Epikie (Billigkeit). Da das Gesetz die allgemeine Ordnung im Auge hat, können durch die wörtliche Auslegung im einzelnen Fall ungerechte Auflagen entstehen, gegen welche das Gewissen die Gerechtigkeit für sich in Anspruch nimmt, in der Überzeugung, daß der Gesetzgeber an sich für jeden Fall gerecht handeln wollte. Das Billigkeitsrecht ist darüber hinaus im positiven Recht selbst inkorporiert zur Entscheidung von Gesetzeslücken, d. h. von zweifelhaften Fällen, deren Lösung nur durch Generalklauseln wie « Treu und Glauben » und « die guten Sitten » angedeutet werden kann. Allerdings wird hierbei zunächst nicht auf die absolute Gerechtigkeitsforderung, sondern auf das Rechtsbewußtsein der Gesellschaftsglieder zurückgegriffen. Auch in einer Situation, in der keine Rechtslücken bestehen, wo aber der einzelne der Ansicht ist, daß der Gesetzgeber unmöglich einen individuellen Fall mit vom Rechtsunterworfenen so schwer empfundener Schärfe lösen würde, dürfte die erste Orientierung an der Billigkeit sich nicht unmittelbar auf absolute Gerechtigkeitsvorstellungen berufen, sondern müßte zunächst das Rechtsdenken der Rechtsgenossen zum Maßstab nehmen.

Ferner gibt es aber konkrete Fälle, wo das Gesetz nicht nur eine überfordernde Auflage bedeutet, sondern direkt gegen die Gerechtigkeit verstößt. Der Widerspruch zur Gerechtigkeit ist z. B. in einem Gesetz zur Vertilgung lebensunwerten Lebens oder einer bestimmten Rasse (Judenverfolgung) so evident, daß man von jedem Untergebenen die Einsicht in die Ungerechtigkeit erwarten darf. Zwar wird man auch hier ein gewisses Maß soziologischer Beeinflussung des Gewissens mit in Rechnung ziehen müssen. Gerade was die Existenzberechtigung des « lebensunwerten » Lebens angeht, ist das Gewissensurteil in der Kulturgeschichte der Menschheit sehr verschieden gewesen¹³. Auch der Rassismus hat seine « ehrlich » meinenden Verteidiger im Laufe der Geschichte gefunden. Trotzdem wird man zugeben müssen, daß ein Mensch, der,

¹² Nikomachische Ethik V, 14.

¹³ Vgl. den Art. « Euthanasie » mit den Literaturhinweisen von G. ERMECKE in : Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. III, Freiburg 1959, 149-153.

wenn auch nur kurze Zeit, in einem zivilisierten Staatswesen gelebt hat, das natürliche Gewissen nicht so weit ertönen konnte, daß ihm die Vernichtung einer anderen Rasse als sittlich verantwortbares Ziel erscheint. Der soziologisch eingestellte Rechtsphilosoph würde allerdings behaupten, daß nicht der Rückgriff auf absolute, sondern auf soziologisch bedingte Normen den Entscheid gebe über verantwortbaren und nicht zu verantwortenden Gesetzesgehorsam. Andererseits ist der zivilisierte Mensch sich bewußt, daß seine kategorische Ablehnung des Rassismus nicht eigentlich aus der soziologischen Erziehung, sondern aus dem Grund seines Gewissens stammt, das er dank der zivilisatorischen Umwelt nicht zum Verstummen gebracht oder wieder entdeckt hat. Zu guter Letzt müssen wir doch eine natürliche Veranlagung unserer praktischen Vernunft zum Angelpunkt des Strafverfahrens machen, so sehr wir der soziologischen Einbettung des natürlichen Gewissens Rechnung tragen. Jeden Kontakt zwischen Gewissen und absoluter Gerechtigkeit abzuschneiden, bedeutete soviel wie die natürliche Basis zerstören, auf welcher das Verhältnis von Mensch zu Mensch, vom Gesetzesunterworfenen zum Gesetz überhaupt erst verstehbar wird. Nur in der Annahme, daß das natürliche Gewissen in seiner Grundlage für alle die gleiche Wertwelt umfaßt, kann die Gesellschaft es sich erlauben, das Recht der Gewissensfreiheit zu proklamieren mit der Konsequenz, daß ein einzelner in irgendwelchen besonderen Umständen aus Gewissenspflicht das natürliche Billigkeitsrecht gegen den Wortlaut des positiven Gesetzes in Anspruch nimmt.

Das Pönalgesetz

Da das positive Gesetz im Gewissen verpflichtet, ist die Übertretung Sünde. Diese Wahrheit wird allerdings heute durch die Gesellschaftsglieder kaum mehr zur Kenntnis genommen. Man betrachtet das positive Gesetz einzig als Institution zur Sanktion einer Ordnungswidrigkeit. Die Ordnungswidrigkeit wird mit einer Geldbuße geahndet. Der Charakter der Schuld tritt hier zurück, wenngleich die Vorsätzlichkeit nicht außer Acht bleibt. Die Geldbuße kann bei einer Ordnungswidrigkeit aus Vorsatz größer sein als bei einer Ordnungswidrigkeit aus Fahrlässigkeit¹⁴. Doch wird der Vorsatz selbst noch nicht notwendigerweise mit sittlicher Schuld verbunden. Es interessiert den Zollbeamten nicht, ob der Schmuggler in seinem Gewissen belastet ist oder nicht. Es genügt

¹⁴ Vgl. das deutsche Kartellgesetz vom 27.7.1959, § 38.

ihm, daß er vorsätzlich verzollbare Ware geheim über die Grenze transportieren wollte. Für diese Tat gibt der Beamte gemäß den Verwaltungsvorschriften die Geldbuße auf. Vom Gesetz her gesehen haben wir es mit einem reinen Pönalgesetz zu tun, d. h. einem Gesetz, dessen Übertretung nur vom Vorsatz (im Sinne des sog. « inneren » Tatbestandes), nicht vom subjektiven Gewissensvorwurf her beurteilt wird. Die Geldbuße hat darum den Charakter einer Zweck-, nicht einer Sühnemaßnahme. Der Zweck ist Aufrechterhaltung einer Ordnung auf dem einfachen Weg der Verwaltung in Dingen, die so geringfügig sind, daß eine Untersuchung der Schuld zu sozial unerträglichen, monströsen Gerichtsverfahren führen würde.

In den religiösen Orden bestehen ähnliche Einrichtungen. So heißt es in den Konstitutionen des Dominikanerordens¹⁵: « In der Sorge um die Einheit und den Frieden im Gesamtorden wollen und erklären wir, daß unsere Regel und unsere Konstitutionen und die Anweisungen der Kapitel und Oberen nicht unter Schuld oder Sünde, sondern zur Übernahme der für die Übertretungen ... vorgeschriebenen Strafen verpflichtet ».

Rechtsphilosophisch ist aber das Problem schwieriger, als es auf den ersten Blick scheint. Kann man angesichts der Tatsache, daß die Ordnung des Zusammenlebens, und wäre es « nur » das richtige Parken eines Autos, ein echtes sozialetisches Gebot ist, behaupten, eine positivrechtliche Bestimmung könne vorsätzlich ohne jede sittliche Schuld übertreten werden? Gewiß wird das einzelne Gewissen dann und wann, vielleicht sehr oft, keinerlei Schuldgefühl empfinden. Das Problem ist aber, ob das Gesetz, welches aus Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit vom Schuldcharakter der Übertretung absieht, wirklich von der Schuld dispensieren könne. Das staatliche Gesetz kümmert sich weiter nicht um diese Frage, läßt also das Problem offen; aus diesem Grunde wird auch das Gewissen nicht entlastet. In den religiösen Orden wird aber ausdrücklich in dieser Absicht das Pönalgesetz erlassen, um das Gewissen zu entlasten. *J. Messner* stellt fest, nur der Gesetzgeber könne die sittliche Gehorsamspflicht, d. h. « die sittlich bindende Kraft seines Gesetzes, aufheben durch direkte oder indirekte Erklärung seines Willens »¹⁶. Für uns stellt sich aber die Frage nach dem Grund, weshalb der Gesetzgeber das tun kann, obwohl er selbst nicht erster Schöpfer, sondern nur Administrator eines ihm sittlich vorgegebenen Ordnungsauftrages ist.

¹⁵ Constitutiones Fr. S. Ordinis Praed., Romae 1932, 32 § 1.

¹⁶ Das Naturrecht, 356.

Rein theoretisch gesehen, müßte das reine Pönalgesetz als rechtsphilosophisches Monstrum bezeichnet werden, weil alle Gesetze Ordnungsanweisungen sind im Hinblick auf die Erfüllung unseres Lebenszweckes. Auch dort, wo es um geringfügige Dinge geht, handelt es sich an sich um eine echte Gewissensverpflichtung, die allerdings unter Umständen naturgemäß geringfügig sein mag. Andererseits kann der Gesetzgeber um der Ordnung willen bestimmte Sektoren des sozialen Handelns unter rein äußerliche Straf- oder Bußverordnungen stellen. Einen typischen Fall, der zwar nicht in die Gesetzes-, sondern nur in die allgemeine Rechtsregelung gehört, haben wir in bestimmten Arten von Spielen, wo gemäß Vereinbarung der einzelne den andern absichtlich überlisten darf, wenn er nur nicht ertappt wird. Der Gesetzgeber kann sich allerdings nie dazu hergeben, Übertretungen von vornherein freizugeben, mit der Einschränkung, daß er ertappte Übertretungen mit Buße belege. Er vermag aber wohl zur Verhütung größeren sittlichen Übels (z. B. in den religiösen Orden zur Verhütung von Gewissensskrupeln im Hinblick auf den allgemein supponierten Ernst der Mitglieder) die Gewissensbelastung der Übertretung einzuklammern und nur die Verpflichtung zur Übernahme der Buße ins Auge zu fassen. Es würde sich in diesem Falle nicht um eine rein äußerliche Zweckmäßigkeit, etwa zur Verhütung der Überlastung des Gerichtswesens, handeln, d. h. der Gesetzgeber würde die Schuldfrage nicht einfach nur *unbeachtet* lassen, sondern positiv ausschließen, soweit es in seiner Kraft der Rechtsschöpfung liegt. Der natürliche Sinn des Gesetzes, d. h. die Ordnung des Naturgesetzes, wäre auf diese Weise immer noch gewahrt, nämlich den einzelnen Menschen anzuhalten, das Gemeinwohl nach Kräften aus persönlicher Verantwortung zu verwirklichen. Voraussetzung ist hierbei das grundsätzliche, in sittlicher Verantwortung gesprochene Ja zum Gemeinwohl der Gesellschaft. Von diesem kann der Gesetzgeber nie dispensieren. Wenn sich darum eine einzelne Übertretung gegen diese sozial-sittliche Grundhaltung verfehlt, z. B. im Falle, wo sie dem Motiv der Gesetzesverachtung entspringt, ist sie naturgemäß Sünde. Da nützen alle Pönalgesetze nichts. Aus diesem Grund erklären die Konstitutionen des Dominikanerordens, daß trotz ihres Pönalcharakters eine Verpflichtung unter Sünde dort vorliegt, wo es sich um ein *praeceptum* (= Verordnung oder Befehl unter Berufung auf die Gelübde, d. h. also auf die Gesamtordnung) oder um das letzte Motiv der Unterwerfung (*propter contemptum*) handelt.

Allerdings muß man von den heutigen staatlichen Gesetzen sagen, daß hier die Gewissensfrage nur offenbleibt, nicht ausdrücklich einge-

geschlossen ist, daß also der einzelne die vielfältigen Ordnungsstrafgesetze nicht einfachhin als Pönalgesetze im rechtsphilosophischen Sinne verstehen darf. Es kann aber nicht in der Intention des positiven Gesetzes liegen, das Gewissen der Menschen so stark zu belasten, daß das Leben in der Gemeinschaft die sittliche Schwungkraft verliert.

II. Die Rechtsschöpfung in der Rechtsprechung

Die Entwicklung der Rechtsnormen erfüllt sich in letzter Instanz im richterlichen Urteil. Es wäre Vermessenheit, wenn wir uns zum Ziele setzten, das gesamte Problem der juristischen Logik und der juristischen Anwendungsmethoden aufrollen oder gar lösen zu wollen. Eines steht fest: Alle Juristen, und es sind deren unzählige, die über das Problem der Rechtsanwendung geschrieben haben, beweisen, daß es ihnen darum geht, jene Logik und Methode zu finden, die in allen Einzelfällen nicht ad absurdum führt. Und den meisten von ihnen liegt es am Herzen, jene Formulierung zu finden, die gerecht ist, gerecht allerdings nicht nur im Hinblick auf den einzelnen Fall, sondern auch im Hinblick auf die Rechtsordnung im Gesamten, in welcher der Rechtssicherheit eine entscheidende Rolle zufällt.

Das logische Problem in der Gesetzesanwendung

Der Jurist, der einen Rechtsfall zu lösen hat, muß den von ihm festgestellten Tatbestand unter einen Rechtssatz stellen, um zum Rechtspruch zu kommen. Er bedarf zunächst eines Rechtssatzes, weil im Rechtsstaat die vollziehende Gewalt, d. h. die Verwaltung und die Rechtsprechung, an « Gesetz und Recht » gebunden ist. Im Strafrecht lautet dieses Prinzip: *nullum crimen sine lege*. Eine Tat kann nach moderner Rechtsauffassung nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Es kann also niemand bestraft werden, weil er charaktermäßig als Spitzbube oder Gauner erscheint, sondern nur, wenn er die durch die « Tatbestandsmerkmale » eines Strafgesetzes umschriebenen Voraussetzungen erfüllt hat. Es bedarf also z. B. im Fall des Mordes einer klaren gesetzlichen Bestimmung des Mordes, sodann der Beweiserhebung, daß der Angeklagte den Tatbestand des Mordes erfüllt hat. Der Syllogismus würde also etwa folgendermaßen lauten: Der Mord, d. h. die mit Überlegung, aus niedrigen Beweggründen wie Geschlechtslust, Habgier, hemmungslosem

Machtstreben verübte Tötung, ist mit lebenslänglichem Zuchthaus zu bestrafen. Dieser Satz ist, weil Rechtssatz, ein Sollsatz, auch wenn er in Form der Aussage steht, etwa: Der Mord wird mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft. Nun ergibt die Beweiserhebung, daß A einen Mord begangen hat. Dieser Satz ist Feststellung einer Tatsache. Daraus wird als Schlußfolgerung das konkrete Soll bestimmt: Also ist A mit lebenslänglichem Zuchthaus zu bestrafen.

Das logische Problem besteht nun darin, wie aus dem allgemeinen Rechtssatz, der ein Soll ausdrückt, und der konstatierenden Aussage des Untersatzes sich ein Soll ergeben kann, nämlich daß A mit lebenslänglichem Zuchthaus zu bestrafen ist.

Das Problem ist für den Juristen von der logischen Seite her deswegen so schwierig, weil dieser sich 1. gegenüber dem Inhalt des Obersatzes an eine objektive Sinndeutung, nämlich die des Gesetzes, halten muß (objektiv hier nicht in dem Sinne, wie man die objektive Auslegung von der subjektiven unterscheidet^{16a}, sondern im Sinne von mehr oder weniger losgelöst vom eigenen subjektiven Verwerfungsurteil), und 2. in der Ermittlung des Untersatzes nur rein erkennend, nicht wertfühlend vorgehen kann. Er mag persönlich aus sogenannter verstehender, einführender, also emotionaler Menschenkenntnis der Überzeugung sein, daß A die Tat begangen hat. Ohne die Beweise der äußeren Erfahrungen und zudem jener Beweise, die prozessual vorgeschrieben sind, vermag er den Tatbestand nicht als Rechtselement zu bejahen. Wie entsteht aus einem allgemeinen Sollsatz und einem Satz mit rein kognitiven Elementen der in der Konklusion stehende Sollsatz? In welcher Weise wird der Untersatz unter den Obersatz subsumiert? Ist der Begriff des Mordes ein Universale, sodaß eine echte Subsumtion im Sinne der aristotelischen Logik vorgenommen wird, oder gründet sich die Gleichsetzung des vorliegenden Falles mit dem gesetzlichen Begriff « Mord » nur darauf, daß der Begriff Mord eine Menge von gleichartigen Einzelfällen ausdrückt, denen der neue « wesentlich » gleichgestellt werden kann oder muß?

Wir können in einer rechtsphilosophischen Auseinandersetzung, in der es mehr um die inhaltliche Seite der Rechtsbildung von den Normen zum konkreten Recht geht, nicht auf die gesamte logische Problematik eingehen, zumal hier noch die mathematische Logik Lösungsversuche angeboten hat, die zu erklären zu weit führen würde. Es seien darum nur einige Hinweise gegeben.

^{16a} Vgl. weiter unten.

Das Problem hängt von zwei Grundeinstellungen ab : 1. Sind Sein und Sollen voneinander völlig getrennt, oder wird das Sein in das Sollen aufgenommen ? 2. Gibt es ein Universale, das die Einzelfälle einschließt entweder analog oder univok ?

Wer auf dem Boden der ontologisch orientierten Ethik steht, muß die erste Frage positiv beantworten. Das Soll kann demnach inhaltlich durch kognitives Verfahren analysiert werden, ohne daß es den Charakter des Solls verliert. Tatsächlich ist die Handlung selbst vorgeschrieben oder verboten, nicht nur ihre Beziehung zur außenstehenden Norm. Der Inhalt wird als rechtlich bezeichnet, nicht nur dessen Beziehung zur Rechtsnorm, sonst könnte der Rechtsunterworfenen es sich gemäß seinen persönlichen Zwecken überlegen, ob er lieber die Strafe in Kauf nehme als den Gesetzesgehorsam. Wenn nämlich das Rechtliche nur die äußere Beziehung eines Tatbestandes zu einer Rechtsnorm besagen würde, dann würde die Handlung in ihrer sittlichen Integrität nicht berührt.

Wenn es aber der Inhalt ist, welcher durch das Gesetz gesollt ist, dann kommt es weiterhin darauf an, daß man diesen im Sinne eines echten Universale auffaßt, welches bereits die Konkretisierungen in sich begreift, um zu erkennen, daß die rechtliche Logik sich nicht aus dem Soll herausbegibt, so sehr das Beweisverfahren eine rein kognitive Operation ist. Die Unterstellung eines Tatbestandes unter das gesetzliche Soll kann dann widerspruchlos erfolgen, wenn die Beweiserhebung die inhaltlichen Bedingungen des gesetzlichen Solls erfüllt. Wer der Auffassung ist, daß « Mord » ein Sammelbegriff von Einzelfällen sei, denen der neu vorliegende Fall « wesentlich » gleichgestellt werden müsse, der wird nicht darum herumkommen, zur Begründung des « wesentlich » ein wenigstens analoges Universale zu supponieren, welches die Einzelfälle impliziert.

Die vielfältige Aufgabe des Richters im modernen Rechtsdenken

Das eigentliche rechtsphilosophische Problem der richterlichen Tätigkeit besteht in der Frage, ob der Richter die Aufgabe des Gesetzgebers als *causa secunda* weiterführt oder ob er nur gleichsam Übermittler fertiger Rechtssätze ist.

In der primitiven Rechtsprechung, wo als Richter ein erfahrener, sittlich untadeliger, allgemeines Ansehen genießender Mensch fungiert, der gemäß seiner Weisheit und seinem Gerechtigkeitsempfinden Recht spricht, verschmilzt inhaltlich die Tätigkeit der Rechtsprechung mit der der Gesetzgebung. Ein Unterschied zwischen Gesetzgebung und Recht-

sprechung besteht hier nur darin, daß das Gesetz allgemeinen Charakter hat, während die richterliche Tätigkeit stets nur einen Einzelfall behandelt. Vom Gesichtspunkt der Rechtsschöpfung aus ist aber der Unterschied unwesentlich. Ein solcher Richter schöpft unmittelbar aus denselben Quellen und benützt dieselben Normen des Rechts wie der Gesetzgeber.

Schwieriger aber ist das Problem dort, wo eine sozial kontrollierbare Rechtsprechung verlangt wird, eine Rechtsprechung, die an das geschriebene Gesetz gebunden ist. Wir haben gesehen, daß der Sinn des positiven Gesetzes darin besteht, die Normen der natürlichen Gerechtigkeit in eine solche Form zu gießen, daß daraus eine möglichst unbestreitbare, wirksame soziale Ordnungsregel entsteht. Nun kann naturgemäß kein Gesetz derart ins einzelne gehen, daß jeder mögliche Fall unanfechtbar klar ausgesprochen würde. Die Allgemeinheit der gesetzlichen Ausdrucksweise ist eine menschliche Notwendigkeit. Es bedarf darum einer Instanz, welche den gesetzlichen Rechtssatz in eine ganz konkrete rechtliche Anweisung umformt, die auf den Einzelfall zugeschnitten ist. Die richterliche Tätigkeit erschöpft sich also nicht in der Beweiserhebung. Sie offenbart ihre Qualität eigentlich erst in der Lösung der Frage, ob und wie der Tatbestand unter den Rechtssatz subsumiert werden kann. Hierzu bedarf es also der Auslegung des Rechtssatzes selbst. Daß der Richter rechtsschöpferisch tätig wird, beweist die Tatsache, daß die Gesetze selbst dann und wann den Richter durch « kann »-Formulierungen auffordern, das konkret Gerechte selbst zu finden, so z. B. wenn es im Gesetz heißt, daß ein Täter beim Vorliegen von drei Straftaten, wenngleich noch nicht bestraft, als Gewohnheitsverbrecher angesehen und mit erhöhter Strafe belegt werden kann¹⁷. Ebenso wird das Urteilsvermögen des Richters aufgerufen, wenn von ihm verlangt wird, bei « der Bemessung einer Geldstrafe ... die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen¹⁸. Der Richter muß im konkreten Fall mit seinem Werturteil maßgeblich Stellung nehmen, ob der Zeigefinger ein « wichtiges Glied des Körpers » ist, ob die Äußerung eines Lästerers « gotteslästerlich » oder eine religiöse Überzeugung « beschimpfend » war, in welchen Fällen Verschulden gegen die Ehreue als « schwere » Eheverfehlungen zu bezeichnen sind, welche Ehe als « zerrüttet », wann ein Vertrag als « gegen die guten Sitten » verstoßend

¹⁷ Vgl. Deutsches Strafgesetzbuch § 20a.

¹⁸ A. a. O. § 27c.

anzusehen ist usw. Die völkerrechtliche « *clausula rebus sic stantibus* », gemäß welcher Vereinbarungen nur so lange Bestand haben, als die zu ihrem Zustandekommen maßgebenden Umstände fortbestehen, verlangt vom Richter vernünftige Beurteilung, wann im einzelnen die Umstände sich wesentlich geändert haben. Gerade die vom Wertempfinden her geprägten juristischen Begriffe bedürfen einer Konkretisierung, die von einer neuen Wertentscheidung abhängt. Das Gesetz schreibt dem Strafrichter die Berücksichtigung mildernder Umstände vor. Die Ausführung dieses Auftrages verlangt vom Richter ein großes Maß nicht nur der Menschenkenntnis, sondern auch selbständiger Wertung. Der Grundsatz der freien Beweisführung, gemäß welchem der Richter nach seinem in den Verhandlungen gewonnenen Gesamteindruck entscheiden soll, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei, zeigt deutlich, wie wesentlich die praktische Vernunft des Richters in der konkreten Rechtsbildung eingesetzt wird. Besonders deutlich wird dieser Sachverhalt dort, wo die Entscheidung dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt ist. Der Begriff des Ermessens ist allerdings sehr umstritten. Wir brauchen uns hier darauf weiter nicht einzulassen. Es sei nur darauf hingewiesen, daß die Juristen zwischen « Tatbestandsermessen » und « Rechtsfolgeermessen » unterscheiden. Im Tatbestandsermessen geht es um die Frage, ob der Tatbestand unter einen Rechtssatz subsumiert werden kann oder nicht. Wenn z. B. das Gesetz vorschreibt, daß die Erteilung oder das Versagen der Genehmigung eines Verkehrsunternehmens vom « öffentlichen Interesse » abhängt, dann muß im Einzelfall entschieden werden, inwieweit das öffentliche Interesse durch ein zu gründendes Transportunternehmen geschädigt würde (Tatbestandsermessen). Wenn dagegen das Gesetz erklärt, daß die Verwaltung Ausländern das Kolportieren verbieten kann, dann liegt ein « Rechtsfolgeermessen » vor. Denn in diesem Falle wägt die Verwaltung in selbständigem praktischem Urteil den Sachverhalt ab, während im vorherigen nur die Frage untersucht wird, inwieweit der Tatbestand (die zu gründende Transportfirma) dem Sinn des Gesetzes, im angegebenen Beispiel dem « öffentlichen Interesse », entspricht oder nicht. Die Verwaltung amtet gewissermaßen als *causa prima* der positiven Rechtsbildung, wenigstens im Raum ihres Ermessens. Es handelt sich also, streng im Ermessensbereich gesehen, nicht um eine Gesetzesauslegung, sondern um eine originäre, allerdings durch das Gesetz bevollmächtigte, Rechtsetzung.

Bereits aus dem Studium der Funktion des heutigen Richters ergibt sich also, daß die richterliche Tätigkeit sich nicht in der streng gefaßten

Auslegung von Gesetzen erschöpft. Ein besonderer Fall eigener rechtsschöpferischer Tätigkeit, die nicht mit dem freien Ermessen zu verwechseln ist, ist die Auffüllung von Gesetzeslücken, d. h. die Lösung von Einzelfällen, die im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen waren. Diese Funktion hält sich aber doch immer noch innerhalb der Grenzen der Gesetzesauslegung, da hier der Analogieschluß eine bedeutende Rolle spielt.

Das Problem einer Auslegung stellt sich also dort, wo der Richter an das geschriebene Gesetz gebunden ist mit der Aufgabe, dem Gesetz entsprechend das Konkrete zu finden, wo er also einerseits interpretieren, andererseits aber doch das konkrete Soll neu finden muß, weil das Konkrete nie gleich dem Universalen ist, so sehr es in diesem enthalten sein muß und nur so Recht sein kann.

Welches ist die richterliche Methode der Gesetzesauslegung? Die Juristen haben mit diesem Problem seit Jahrhunderten gerungen. Die Geschichte des römischen Rechts legt hierfür eindrucksvolles Zeugnis ab. Eine Patentlösung wird wohl nie gefunden werden können, weil 1. die einzelnen Gesetzesvorschriften hinsichtlich der Art der Explikation viel zu mannigfaltig sind, weil 2. vielleicht gleichgradig explizierte Gesetze ganz verschiedene Anforderungen an die praktische Vernunft des Richters stellen, nämlich das eine Mal den Fall nach rein deskriptiven Maßstäben zu beurteilen (z. B. die Erklärung, wo der Begriff « Tod », « frei » usw. noch anwendbar ist), das andere mal normativ vorzugehen (z. B. in der Feststellung, was « unzüchtig » ist), und weil 3. die einzelnen Gesetze ganz verschiedenen Zwecken dienen. So ist das Prozeßrecht typisch durch den Zweck der Rechtssicherheit gekennzeichnet. Es kann also hier nicht in erster Linie auf die materiale Gerechtigkeit ankommen, weil sonst keine Ordnung möglich wäre. Wenn einer z. B. gegen einen ihm zugestellten Zahlungsbefehl deshalb keinen Widerspruch erhebt, weil er überhaupt keine Schulden hat und der angebliche Gläubiger ihm völlig unbekannt ist, ist er trotzdem zur Leistung gezwungen, falls er nicht zahlt. Die Rechtssicherheit verlangt diese Regelung, denn sonst könnte überhaupt kein echter Gläubiger zu seinem Recht kommen, wenn es ihm verboten wäre, zu vollstrecken, einzig weil der Schuldner keinen Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhebt. 4. schließlich ist als Grund für die Unmöglichkeit einer Patentlösung die Disproportion zwischen Gesetz und Richterstand oder, noch allgemeiner gesagt, zwischen Gesetz und sozialem Verfassung der Gesellschaft zu beachten. Die Gesetze müssen, wie wir noch sehen werden, bereits im Hinblick

auf die richterliche Praxis formuliert werden. Dort, wo auf dem Boden eines allgemeinen hohen rechtlichen Denkens der Gesellschaft der Richterstand sich durch allseitige Bildung, durch gesunde Traditionstreue, durch tiefverwurzeltes rechtliches Denken im Sinne der freien Personwürde, nicht zuletzt durch unanfechtbare und unbestechliche sittliche Stärke auszeichnet, kann der Gesetzgeber sich mit allgemeineren Formulierungen begnügen und die Konkretisierung dem gesetzlich orientierten Ermessen des Richters überlassen.

Gerade dieser zuletzt ausgesprochene Gedanke weist darauf hin, daß man nicht einfachhin von *einer* Auslegungsmethode als solcher sprechen kann, daß es rechtsphilosophisch vielmehr zunächst darauf ankommt, vom überzeitlichen Sinn des positiven Gesetzes her die Funktion des Richters zu überdenken und erst von da aus dann an die Auslegungsmethode unserer heutigen Gesetze zu gehen, wobei bei dem Begriff des Gesetzes unserer Zeit daran zu denken ist, daß zwischen dem angelsächsischen und dem kontinentalen Gesetzesdenken ein bedeutender Unterschied besteht, der gerade in der Auslegungslehre wirksam wird.

Die Funktion des Richters

vom Sinn der positiven Rechtsbildung aus betrachtet

Der rechtsphilosophische Weg zum positiven Gesetz ging von der Forderung des Naturgesetzes aus, die natürlichen Prinzipien zu konkreten, wirksamen Ordnungsnormen umzugestalten. Wenngleich die praktische Vernunft in der Lage ist, die Natur der Sache auch im Konkreten zu ermitteln, so ist diese eben doch erst Recht, wenn sie als wirksame soziale Norm aufgetragen wird. Die positive Rechtssetzung erfüllt nun diese Funktion, der Natur der Sache den sozialen Normcharakter zu verleihen. Es war aber bisher nur ein Stück der positiven Rechtssetzung besprochen worden, nämlich jener Teil, der sich im Gesetz realisiert. Und übrigens haben wir den eigentlichen Sinn des positiven Gesetzes, streng als Gesetz gefaßt im Unterschied zur richterlichen Entscheidung, noch gar nicht ausreichend erkannt. Denn es war im Grunde nur von der positiven Rechtssetzung im allgemeinen die Rede, wenngleich mehr oder weniger im Hinblick auf das positive Gesetz. Das positive Gesetz führt uns noch nicht an jenen Punkt, der als Ziel der positiven Rechtsbildung vom Naturgesetz vorgezeichnet ist, da jedes Gesetz naturgemäß stets nur universalen Charakter hat. Man erkennt also, daß darüber hinaus eine weitere positive Rechtsschöpfung notwendig wird, die nur durch den Richter vollzogen wird. Von dieser Sicht aus muß man also dem

Richter grundsätzlich die Rolle echter Rechtsschöpfung zusprechen. Das erhellt schon daraus, daß das geschriebene Gesetz keine absolute Notwendigkeit ist. Die Erfüllung der naturgesetzlichen Forderung nach positiver Rechtsschöpfung wäre auch denkbar durch die unmittelbare Tätigkeit des Richterstandes. Je mehr aber um der Gesamtordnung willen, z. B. zur Stabilisierung des Rechtsbewußtseins der Gesellschaft, zur Abriegelung von rein subjektiven und einseitigen Entscheidungen des Richters, also kurz gesagt zur Verwirklichung der Rechtssicherheit im Gesellschaftskörper, eine Kontrolle der richterlichen Entscheidung durch die Öffentlichkeit notwendig wird, um so mehr muß die positive Rechtsbildung durch das geschriebene Gesetz vorbereitet werden. Das positive Gesetz erfüllt darum seiner Natur nach die Aufgabe, die richterliche Rechtsschöpfung abzustecken. Es erhebt sich somit die Frage, wie groß der Bereich der freien Rechtsschöpfung des Richters im Vergleich zum positiven Gesetz noch sei.

Der naturrechtlich eingestellte Rechtsphilosoph könnte nun versucht sein, zu argumentieren, der Richter stehe unmittelbar im Dienst des Naturgesetzes, da die gesamte Rechtsbewandtnis des positiven Gesetzes sich aus dem Naturgesetz ableite. Ohne weiteres wird man diesen Gedankengang nicht zurückweisen können. Andererseits müssen wir uns aber fragen, ob dieser Dienst am Naturgesetz darin besteht, in jedem Einzelfall die materiale Gerechtigkeit zu erfüllen, oder vielmehr darin, das Ordnungsgefüge als Ganzes im Auge zu behalten, in welchem die Rechtssicherheit eine entscheidende Rolle spielt. Es ist zu beachten, daß die Rechtssicherheit, von der wir hier sprechen, nicht etwa nur die Rechtssicherheit der positiven Rechtsbildung im allgemeinen ist, von der bereits die Rede war und die darin besteht, daß eine allgemein gehaltene Norm, wie sie das Naturgesetz immer ist, in konkret wirksame Form gebracht wird. Diese allgemeine Rechtssicherheit könnte sich, wie gesagt, auch unmittelbar durch einen Richterstand ohne geschriebenes Gesetz verwirklichen lassen. Die Rechtssicherheit, die für das geschriebene Gesetz charakteristisch ist, bedeutet zusätzlich: Öffentlichkeit und Solennität der positiven Rechtsentscheidung, wodurch eine, zwar nicht autoritative, aber kognitive Überprüfung der richterlichen Entscheidung möglich wird. Auch diese Rechtssicherheit ist ein Gerechtigkeitsanliegen, so sehr sich aus ihrer Pflege da und dort Verstöße gegen die materiale Gerechtigkeit ergeben mögen. Ohne Kompromiß läßt sich eine konkrete soziale Ordnung nicht verwirklichen. Die menschliche Erkenntnis ist zu beschränkt und die Menschen selbst sind zu ver-

schieden, als daß alle Ansprüche, auch die gerechten, sich erfüllen ließen. Dazu kommt noch die unabweisbare Tatsache, daß jeder Mensch zuerst sein Eigenwohl und nicht das Gemeinwohl sucht, sodaß von der Ganzheit der Gesellschaft her dem einzelnen gegenüber ein gewisses Mißtrauen gerechtfertigt ist. Die Gesamtordnung wird darum die materiale Gerechtigkeit gegenüber dem Individuum nicht hinter das Anliegen der Rechtssicherheit stellen können. Die solenne Formalität der rechtlichen Tatbestände ist ein unverzichtbarer Wert für die freiheitlich organisierte Gesellschaft. Sie schafft den rechtlichen Ernst der Parteien, gibt die Grundlage ab für den echten Beweis und ermöglicht so erst die öffentliche Diskussion. Das positive Gesetz muß allerdings trotz seines Strebens nach öffentlicher Rechtssicherheit die nötigen Ventile einbauen, um, soweit es möglich ist, die materialen Ungerechtigkeiten zu bannen. Aus diesem Grunde erkennen die Gesetze nach altem Vorgang die Möglichkeit der Konvaleszenz *ex aequitate* dort, wo im Zivilrecht bei Formenverstoß die Nichtigkeit der Willenserklärung angeordnet und sanktioniert wurde. Es ist aber klar, daß die Wiedereinsetzung der materialen Gerechtigkeit ihrerseits um der Rechtssicherheit willen durch das positive Gesetz geregelt sein muß, sobald die konkrete Rechtsbildung nicht mehr Aufgabe eines nach seiner eigenen Rechtsfindung praktizierenden Richterstandes ist. Der Richter erfüllt demnach die Forderung des Naturgesetzes nur in Funktion zum positiven Gesetz.

Andererseits ist folgendes zu berücksichtigen : 1. Das positive Gesetz ist eine Verlängerung des Naturgesetzes. Es kann also von spontanen, natürlichen Ordnungsvorstellungen nicht absehen. Wo es diese verletzt, kann es nicht Recht sein. 2. Jedes normale Glied der Gesellschaft besitzt allgemeine spontane Werturteile, und erst recht muß der Richter sie besitzen, sodaß ein offensichtlicher Verstoß eines positiven Gesetzes gegen diese spontanen Ordnungsvorstellungen nicht binden kann, noch darf. Bei aller Bevorzugung des positiven Gesetzes gegenüber irgendwelchen subjektiven Normenbildungen sind jeder positiven Rechtsbildung durch das natürlich-spontane Wertdenken äußerste Grenzen gesetzt, die darum auch das positive Gesetz niemals überschreiten kann, ohne den Normcharakter zu verlieren. Hier steht also der Richter unmittelbar im Dienste des Naturgesetzes. Daß dadurch kein Dualismus entsteht, wird jeder erkennen, dem die natürliche Rechtsgrundlage jedweder positiven Rechtsbildung einleuchtet.

Der recht verstandene « Positivismus » der Rechtsauslegung hat also zunächst den Vortritt. Die Rückorientierung an Naturrechtsnormen

ist nur dort statthaft, wo das Gesetz nichts formuliert hat oder wo ein offenkundiger Widerspruch zu den natürlich-spontanen Ordnungsnormen vorliegt.

Allerdings ist damit das Problem der Auslegung noch lange nicht erschöpft. Denn der « Positivismus », von dem bisher die Rede war, besagt nur soviel, daß das positive Gesetz gegenüber irgendwelchen freien Gerechtigkeitsüberlegungen den Vorzug hat. Es ist aber noch nicht erklärt, wie die Unbestimmtheit des Gesetzes, das immer allgemeinen Charakter hat, aufzulösen sei. Nach welcher Richtung hin hat die Auslegung zu erfolgen, nach dem reinen Wortlaut oder nach dem Sinn des Gesetzes und hier wiederum nach der subjektiven Intention des Gesetzgebers oder nach dem objektiven Sachverhalt, der im Gesetz formuliert ist ?

Die Auslegungsmethoden der Juristen in rechtsphilosophischer Überlegung

Da, wie schon öfters gesagt, jedes Gesetz in der Allgemeinheit verbleibt, wird die rechtsschöpferische Tätigkeit des Richters niemals verschwinden können. Diese ist aber in bestimmte Bahnen geleitet durch das geschriebene Gesetz. Es ist nun für den Gesetzgeber eine Ermessensfrage, wie weit er die Perfektion in der schriftlichen Niederlegung treiben will. Wenngleich das geschriebene Gesetz den kulturellen Hochstand einer Gesellschaft beweist, so ist anderseits doch an das Gleichgewicht zu denken zwischen dem Anliegen der Sicherheit und dem der materialen Gerechtigkeit. Im Grunde kommt es darauf an, daß die Richter so viel Gerechtigkeitssinn sowohl für den Einzelfall als auch für die Rechtsordnung im gesamten besitzen, um einen beengenden Perfektionismus des geschriebenen Gesetzes überflüssig zu machen. Jedenfalls muß erstes Anliegen des Richters sein, den Sinn des geschriebenen Gesetzes zu erfüllen. Dieser wird nun gemäß der Methodenlehre der richterlichen Auslegung in mehrfacher Weise ermittelt :

1. durch *grammatikalische* Auslegung, d. h. durch Ermittlung des Wortsinnes. Aristotelisch würde diese der Aufstellung der Nominaldefinition entsprechen, d. h. der Bestimmung des *usus loquendi*, wobei der *usus* der des Gesetzes sein muß. So muß der Richter einen Überblick gewinnen über den verschiedenen Gebrauch des Wortes « Besitz », « Eigentum », « Öffentlichkeit » usw.

2. Im Zusammenhang damit steht die *logisch-systematische* Interpretation, welche unter Berücksichtigung der umfassenden Grundsätze des Gesetzes und des Rechtsstaates überhaupt nach dem Sinn der Rechts-

sätze sucht. Diese Methode hat ihre Auswirkungen zugleich auch auf die Definitionen der im Gesetz gebrauchten Begriffe. Wenn dadurch ein Begriff verengt wird, spricht man von restriktiver, wenn er erweitert wird, von extensiver Auslegung. Wenn z. B. im Hinblick auf einen konkreten Fall, der im Gesetz selbst nicht ausdrücklich vorgesehen ist und auch in der Rechtspraxis bisher nicht aufgetaucht war, der Begriff der « Hehlerei » angewandt werden soll, dann wird der Richter auf den Zusammenhang mit den allgemeinen Teilnahmebestimmungen, mit der Begünstigung, mit Betrug und Erpressung usw., überhaupt mit der privatrechtlichen Eigentumsordnung im gesamten zurückgreifen müssen. Es wird also weithin von den im Gesetz sich findenden Analogien Gebrauch gemacht. Der Analogieschluß wird dabei ergänzt durch das *argumentum e contrario*.

3. Die *teleologische* Auslegung. Diese überkreuzt sich in vielem mit der logisch-systematischen. Es werden die Zwecke untersucht, welche durch den Rechtssatz verfolgt werden. Im Grunde ist das gesamte Gesetz teleologisch, da es eine Lebensordnung aufstellen will. Eine logisch-systematische Untersuchung kann daher von der Teleologie nicht absehen. Andererseits kommt in dieser Auslegungsmethode doch ein besonderer Gesichtspunkt zur Geltung, nämlich eine gewisse Lösung vom Wortsinn zugunsten der sozialen Realität. Hier entsteht nun der Streit, ob der subjektiv vom Gesetzgeber intendierte Sinn (subjektive Methode) oder die durch den Rechtssatz zu regelnde Natur der Sache (objektive Theorie) im Vordergrund stehe. Bei *Thomas von Aquin* wird im Anschluß an *Aristoteles* die Intention des Gesetzgebers stark unterstrichen (subjektive Methode). Allerdings war *Thomas* entsprechend seiner Auffassung von der Abhängigkeit des positiven Gesetzes vom Naturgesetz der Überzeugung, daß der Gesetzgeber selbst die Natur der Sache treffen wollte, so daß die subjektive Methode zur objektiven hinüberleitet. Daraus erklärt sich die Auffassung von der Epikie, die dem Gesetzesunterworfenen erlaubt, in Härtefällen nicht dem Wortlaut, sondern dem « Sinn » des Gesetzes zu folgen, der zwar zunächst die Intention des Gesetzgebers, in der tieferen Begründung aber die Natur der Sache ist. Die objektive Methode kann die Natur der Sache nach den unabänderlichen, « ewigen » Normen des Naturgesetzes, d. h. den absoluten Sittengesetzen, aber auch nach den empirisch erfahrbaren Rechtsnormen, d. h. den Rechtsquellen, besonders nach dem Rechtsbewußtsein der Gesellschaft untersuchen. Als klassisches Beispiel sei nochmals auf die deutsche Auseinandersetzung über die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Ehe

hingewiesen, wo die Naturrechtler sich für eine Orientierung am Wesen der Ehe und damit für die Autorität des Mannes in der Ehe einsetzten, während die soziologisch orientierten Juristen der Überzeugung waren, daß gemäß unserem heutigen Rechtsempfinden die Frau dem Mann nicht nur in der Politik, sondern auch in der Ehe gleichgestellt werden müsse. Die dritte Auslegung, die ebenfalls in Diskussion war, welche auf dem nackten Wortsinn des deutschen Grundgesetzes fußte, gehört in die grammatikalische Interpretation.

Dem Juristen mag die Frage nach der je und je erforderlichen Anwendung einer dieser Methoden sich ausnehmen wie ein rein wissenschaftliches Bemühen, in die rechtliche Relevanz eines Tatbestandes einzudringen. Und doch ist diese kognitive Anstrengung nur zu leisten durch eine praktische Vernunft, die geführt wird vom appetitus rectus, d. h. von einem Gewissen, das getragen ist von dem sittlichen Willen, ein gerechtes Urteil zu fällen. Allerdings identifiziert sich der Richter mit den Grundsätzen des geschriebenen Gesetzes, um von da aus im Urteil gerecht zu sein. Nun steht aber jede Gesetzgebung in Funktion zu unserem allgemeinen Gerechtigkeitsstreben. Der Richter wird sich also, wenn er wirklich den tieferen Sinngrund des Gesetzes erfassen will, vom ethischen Bemühen leiten lassen müssen, gerecht im Vollsinn des Wortes, d. h. im Sinne der menschlichen Vollverantwortung gegenüber der Gesellschaft zu sein. Der Gesetzgeber muß vom Richter diese sittliche Haltung erwarten, sonst dürfte er in keiner Weise der Billigkeit Raum geben, die freie Beweisführung zulassen oder dem Richter bzw. der Verwaltung in einzelnen Fällen das freie Ermessensurteil anheimstellen, vielmehr müßte er einen unmenschlichen und sogar hoffnungslosen Perfektionismus in der Formulierung der Gesetze anstreben.

Der Richter wendet also die verschiedenen Auslegungsmethoden gerade um der Gesetzesgerechtigkeit willen aus dem Habitus der Gerechtigkeit, aus dem durch persönliche sittliche Haltung vervollkommenen natürlichen Gewissen an. Die Entscheidung, welche Methode im Einzelfall die treffende ist, wird zunächst vom positiven Gesetz her bestimmt, ist also nicht der freien Rechtsbildung überlassen. Wie weit nun die Intention des historischen Gesetzgebers oder der objektive Sinn im Vordergrund steht, entscheidet das am Rechtsbewußtsein der Gesellschaft orientierte Gewissen des Richters. Eine grundsätzliche Alternative aufstellen zu wollen : entweder subjektive oder objektive Methode, widerspräche der Wesensaufgabe des Richters. Der Richter kann seinen Dienst am Recht nur erfüllen, wenn er seine Treue zum positiven Gesetz

aus seinem sittlichen Einsatz für die Gerechtigkeit heraus betätigt. Er wird also dort, wo das Gesetz seiner praktischen Vernunft freien Raum läßt, jene Auslegung anwenden, die den nicht geschriebenen Rechtsquellen und nicht zuletzt den Normen der Gerechtigkeit am besten entspricht.

Was von der Anwendung der Auslegungsmethode gesagt wurde gilt *servatis servandis* auch von der Auffüllung von Rechtslücken.

Die hier dargelegten Gedanken über die Methoden der Gesetzesauslegung bewegen sich zwischen dem Rechtsformalismus und der Freirechtslehre. Der Rechtsformalismus übersieht die rechtsschöpferische Tätigkeit des Richters, er leugnet die funktionale Verbindung des positiven Gesetzes mit den vorpositiven Rechtsnormen. Sein grundsätzliches Anliegen ist aber nicht zu mißachten. Er will den Ermessensbereich des Richters einschränken und Willkür ausschalten. Aus dem, was über die vielfältigen Bindungen des Richters (an das Gesetz, an das Rechtsbewußtsein der Gesellschaft, schließlich an die absoluten Normen) gesagt worden ist, wird aber ersichtlich, daß es durchaus nicht dem Belieben des Richters anheimgestellt ist, im einzelnen Fall sich eine Auslegungsmethode zu wählen. Die Freirechtsschule (angebaut durch *Hermann Kantorowicz* und ausgebaut durch *Eugen Ehrlich*), nach welcher der Richter den Einzelfall unbehindert durch generelle Vorschriften in seiner Eigenart würdigen und entscheiden soll (autonome Fallentscheidung), übersieht dagegen den sozialen Sinn der Rechtssicherheit.

Unter den Formalismus kann man auch die sog. Begriffsjurisprudenz fassen. Diese betrachtet die Rechtsordnung als ein geschlossenes System von Begriffen, das sie durch Deduktion mit Mitteln der formalen Logik « auslegt » (*P. Laband*).

Gegen die Begriffsjurisprudenz hat sich auch die sog. Interessenjurisprudenz gewandt. Diese ist gekennzeichnet durch eine eigene Grundanschauung vom Gesetz und hat darum echt rechtsphilosophischen Gehalt, obwohl ihr energischster Verteidiger, *Philipp Heck*, erklärt hat, sie sei eine Methodenlehre für die praktische Rechtswissenschaft, nicht aber eine Rechtsphilosophie. Sie geht von dem Satze aus: Der Gesetzgeber will Interessenschutz (*Heck*). Von dieser, ohne Zweifel rechtsphilosophischen, Definition des Gesetzes aus wird dann die Methodenlehre angefaßt. Wir brauchen uns hier damit nicht näher zu befassen. Es sei nur darauf hingewiesen, daß das positive Gesetz im Sinne des natürlichen Gesetzes die menschlichen Werte, soweit sie gesellschaftlich zu verwirklichen sind, und nicht nur Interessen und Ansprüche in eine sozialgültige Regel zu fassen hat.

Die Diskussion über die Methode der Auslegung beweist die Bedeutung, welche neben der sittlichen Haltung der rechtsphilosophischen Bildung des Richters zukommt. Dies wird noch einleuchtender, wenn man bedenkt, daß der Richter mit seinem Urteil entscheidend an der Gestaltung des Rechtsbewußtseins der Gesellschaft, also an einer für ihn selbst gültigen Rechtsquelle, mitschafft.

III. Das Rechtssubjekt

ERSTER ARTIKEL

Das subjektive Recht im allgemeinen

Das Problem des subjektiven Rechts als Problem der Rechtsdefinition

Das Recht wurde erkannt als Norm zwischenmenschlichen Handelns. Als solche umfaßt es beide Partner, sowohl den Berechtigten wie den Verpflichteten. Allerdings scheint dem bloßen Wortsinn nach dem Berechtigten mehr Aufmerksamkeit geschenkt zu werden als dem Verpflichteten. Aus diesem Grunde spricht man vom Rechtssubjekt als demjenigen, der Träger eines Anspruches ist. Man nennt den Anspruch subjektives Recht im Unterschied vom objektiven Recht als dem Ordnungsprinzip.

Das Problem des Rechtssubjektes und damit des subjektiven Rechts ist nicht so einfach, wie dies aus der vermeintlich selbstverständlichen Gegenüberstellung von Pflicht und Anspruch erscheint. Jedem Rechtsanspruch entspricht auf der andern Seite eine Pflicht. Aber nicht jeder Pflicht braucht auf der andern Seite ein Rechtsanspruch zu entsprechen. Wenn man der Auffassung ist, daß das Recht eine Norm sei, also ein Imperativ an die gesellschaftlich verbundenen Menschen, dann wird man als Subjekt des Rechts zunächst den Adressaten des Imperativs vermuten. Dieser Imperativ lautet z. B. beim Eigentumsrecht : Du sollst den Eigentümer im Genuß der ihm gehörenden Sache nicht beeinträchtigen, sollst ihn nicht bestehlen, nicht berauben, ihn im Gebrauch seines Eigentums nicht stören, du sollst fremde Sachen zurückgeben usw. Das Eigentumsrecht scheint somit von der Imperativtheorie her kein subjektives Recht zu vermitteln, sondern Pflichten aufzuerlegen, aus denen im angegebenen Beispiel der ungestörte Genuß des Eigentums

erst folgt. Wie man aus diesen wenigen Andeutungen erkennt, ist das Problem des subjektiven Rechts nur ein Ausläufer der Frage der Rechtsdefinition. Im Folgenden gehen wir den verschiedenen Auffassungen des subjektiven Rechts von den hauptsächlichsten Kategorien der Rechtsdefinition her nach. Es handelt sich hierbei um eine schematische Darstellung, welche nicht Wert darauf legt, Ansichten von Autoren wiederzugeben, sondern die Möglichkeiten der Vorstellungen vom subjektiven Recht zu überschauen und kritisch zu beurteilen.

Das subjektive Recht im Lichte der verschiedenen Rechtsauffassungen

1. *Das Individuum als Ausgangspunkt der Rechtsauffassung und die sich daraus ergebenden Folgen für das subjektive Recht.* – Für jene Theorien, welche das Rechtsdenken beim Individuum beginnen, ist der Aufweis des subjektiven Rechts illusorisch, weil das subjektive Recht das Apriori des Rechtsdenkens ist. Der einzelne Mensch wird seinem persönlichen Sein nach als geschlossene rechtliche Einheit aufgefaßt, die der Gesellschaft vorgängig ist. Die Gesellschaft ist dann nur die Ordnung von solchen personalen Rechtsträgern. Die zwischenmenschliche Relation, die im Recht verwirklicht wird, fußt auf der Tatsache angeborener Rechte. Die Rechtsordnung ist dann nichts anderes als die harmonische Ordnung dieser ursprünglichen Rechte. Je nach dem Gesichtspunkt, unter welchem die menschliche Person als rechtsrelevant verstanden wird, wird diese Theorie näherhin spezifiziert.

Von einem unzweideutigen Individualismus kann man eigentlich nur in jener Theorie reden, in welcher das Recht überhaupt erst durch das subjektive Recht erklärt wird, wo also der einzelne Mensch durch sein Sein bereits voller Rechtsträger ist, unbesehen der Einordnung in seine Umwelt, welche gleiche Rechte aufweist. In dieser Form hat *Hobbes* den Urzustand erklärt als ein Gewirr von subjektiven Rechten gegenüber allen und auf alles. Der Gesellschaftsvertrag ist das selbstverständliche Resultat der subjektiven Rechte aller.

In den anderen, weniger individualistisch orientierten Theorien wird das subjektive Recht zwar als vor der Gesellschaft bestehend, aber doch nicht unabhängig von ihr betrachtet. Die Zusammenhänge sind allerdings durchweg in den einzelnen Theorien nicht klar dargestellt, denn logischerweise gibt es eigentlich nur die Alternative: entweder sind die subjektiven Rechte echte vor der Gesellschaft und dem Staat existierende Rechte, und dann ist das Recht als Ordnung die zweite Phase des Rechts, wie ähnlich in der *Hobbes'schen* Kontrakttheorie, oder

aber das subjektive Recht ist nur ein Aspekt des Rechts als Ordnungsnorm, damit aber hat man bereits das Individuum als Ausgangspunkt verlassen und sich für die Ganzheitssicht entschieden¹⁹. Die vom Individuum ausgehenden Theorien sind sich aber dieser Alternative nicht bewußt und versuchen daher eine Kombination der beiden Elemente. D. h. sie gehen einerseits vom Individuum aus und betrachten dieses im gewissen Sinne als vorgesellschaftlichen und vorstaatlichen Rechtsträger, betonen aber andererseits, daß das Recht im vollendeten Sinne erst in der Ordnung erstehen.

Unterstellt man als erste Rechtseinheit nicht die gesamte ontologische Gestalt der menschlichen Person mit allen ihren seinsgebundenen Zwecken, sondern einfach ihre Freiheit, dann kommt man zum Ordnungsdenken, indem man die Freiheit aller in friedvolle Beziehung setzt, in welcher die Freiheit des einen durch die Freiheit des andern nicht gestört wird. Die personale Freiheit wird hierbei als ontologisches Faktum vorausgesetzt, so formal sie auch aufgefaßt sein mag. Diese Freiheit des einen, *sofern* sie in Einklang mit derselben Freiheit der andern gebracht worden ist, ist das angeborene Recht, das subjektive Recht. In dieser Weise hat *Kant* das Problem gesehen: « Das angeborene Recht ist nur ein einziges. Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht »²⁰. *Kant* hat scharf genug gesehen, um nicht die Freiheit des einzelnen unmittelbar und unvermittelt als Recht zu bezeichnen. Das Recht ist soziale Bedingung, daß Freiheit aller möglich ist. Andererseits müßte der Freiheit des einzelnen eigentliche rechtliche Relevanz zugeschrieben werden, wenn das Recht, so wie *Kant* will, nur Recht sein kann, sofern es die Bedingung der ausgeglichenen Freiheiten ist.

Ein gefüllteres subjektives Recht ergibt sich auf der Basis des *Bentham'schen* Utilitarismus. Das Recht soll den Ausgleich von Ansprüchen auf Erfüllung persönlichen Glückstrebens bewirken. Eine besondere Art dieses individualistischen Utilitarismus ist die Interessenjurisprudenz.

Eindeutig gehen vom subjektiven Recht jene Rechtstheorien aus, welche, im Sinne der Wertphilosophie, an den Anfang des Rechtsden-

¹⁹ Vgl. unten Nr. 2.

²⁰ Immanuel Kants Werke, hrsg. v. Ernst CASSIRER, Bd. VII, Berlin 1922, 39.

kens die Personenwerte stellen (so *M. Scheeler*, *N. Hartmann*, *H. Coing*). Die Person wird dabei zunächst als die auf sich selbst gestellte Einzelperson aufgefaßt, die erst unter zweitem Betracht Subjekt von sozialen Akten und Empfindungen ist.

In ähnlicher Weise tritt auch in der den Existentialismus in die Ontologie weiterführenden Rechtstheorie von *W. Maihofer* als Rechtsträger zunächst das autonome Selbstsein des Menschen auf, das erst durch die ihm durch die Wirklichkeit vorgezeichnete soziale Funktion (Sein « als » Mann, « als » Frau, « als » Bürger, « als » Mieter usw.) in das Ganze eingeordnet wird.

Ganz von den subjektiven Rechten als vorgesellschaftlichen und vorstaatlichen Rechten ist die Rechtskonzeption einer großen Anzahl von katholischen Rechtsphilosophen bestimmt. Der Einzelmensch wird als Ursache der Gesellschaft verstanden, er ist darum vorgängig und vorrangig, er ist rechtlicher Begründer der Gesellschaft. Aus diesem Grunde setzt er der Gesellschaft die Ziele, jedoch nicht beliebig, sondern entsprechend seinen eigenen persönlichen Normen. Die Gesellschaft wird darum im Dienste der subjektiven Rechte der sie begründenden Personen gesehen. Vor dem Individualismus ist diese Sicht der subjektiven Rechte nur bewahrt durch die Auffassung, daß der Einzelmensch von Natur aus auch soziale Pflichten habe, sodaß die subjektiven Rechte naturhaft sozial gebunden sind. Die Idee des Solidarismus von *H. Pesch* und des modernen Personalismus katholischer Prägung tragen die Signatur der vorstaatlichen subjektiven Rechte ²¹.

Eine rechtsphilosophisch tiefer durchdachte und durch die Auseinandersetzung mit zahlreichen Rechtstheorien kritisch überprüfte Auffassung der subjektiven Rechte finden wir bei *Joh. Messner*. Ausgangspunkt ist auch hier, wie bei allen vom Einzelmenschen ausgehenden Rechtstheorien, die Definition des Rechts als « Ordnung der Zuständigkeiten zum Handeln in Selbstbestimmung » ²². Unter die « Zuständigkeiten », denen offenbar rechtliche Bewandnis zukommt, ehe ihre Ordnung im « Recht » (= Rechtsordnung) hergestellt wird, fallen aber nicht nur die Freiheiten der Gesellschaftssubjekte, sondern ihre gesamten, individuellen wie sozialen, « existentiellen Zwecke ». Darüber hinaus läßt sich aus der gesamten Darstellung *Messner's* erkennen, daß die « Zuständigkeiten » zu guter Letzt ihre rechtliche Bewandnis doch von der sozialen Ordnung her erhalten, wenn *J. Messner* z. B. sagt, daß der Rechtswert

²¹ Vgl. hierzu *Sozialethik*, Bd. I, 315-319.

²² *Das Naturrecht*, 194.

grundlegender *sozialer* Wert sei: « Ist doch das Recht unzweifelhaft in seinem Grunde zuallererst Ordnung des Sozialen »²³. Eine Hinwendung zu den vorstaatlichen subjektiven Rechten vollzieht aber *J. Messner* dann doch wieder, indem er erklärt, das Sozialgebilde habe « seine Funktion im Dienste des Menschen als Persönlichkeit » zu erfüllen²⁴. Wie sehr das subjektive Recht Ausgangspunkt des Rechtsdenkens ist, wird aus seiner Konzeption des Rechts als « Herrschaftsanspruch » klar²⁵.

2. *Das subjektive Recht als Funktion der Ordnung, d. h. des objektiven Rechts.* – Nimmt man das Recht als soziale Norm und damit als wirksamen Imperativ an die Gesellschaft als Ganzes ernst, dann kann man nicht mehr mit den subjektiven Rechten beginnen. Die Ansprüche der einzelnen oder der Gruppen ergeben sich erst aus dem Ordnungsganzen. Nun bieten sich allerdings auch aus dieser Sicht verschiedene Denkmöglichkeiten an.

Wer Sein und Sollen voneinander trennt, dem erscheint das subjektive Recht, d. h. die Berechtigung nur als Folge eines Rechtssatzes. So sagt *H. Kelsen*: « Eine Berechtigung liegt dann vor, wenn unter die Bedingungen der Unrechtsfolge eine auf diese gerichtete, in der Form einer Klage oder Beschwerde abzugebende Willensäußerung des durch den Unrechtstatbestand in seinen Interessen Verletzten aufgenommen ist. »²⁶ Damit ist der Dualismus, der in manchen von den Individualansprüchen ausgehenden Rechtstheorien unvermeidlich ist, aufgehoben. Diese Theorie vermag ohne Zweifel die positiv-rechtlichen Forderungen der subjektiven Ansprüche in leicht verständlicher Weise zu erklären. Der positive Gesetzgeber verteilt nicht Berechtigungen, sondern gewährt diese, indem er andere mit Pflichten der Anerkennung, der Schonung oder Enthaltbarkeit belastet. Das subjektive Recht auf Eigentum ist keine Erlaubnis, etwas als sein eigen zu betrachten, sondern die Folge der Bestimmung, daß Stehlen oder Raub mit Strafe geahndet wird. Das subjektive Recht ist also nur eine Funktion der Rechtspflichten. Ist demnach das Recht auf Eigentum überhaupt wirkliches Recht im Sinne des Anspruches? Der Anspruch besteht nach der normativen Auffassung *Kelsen's* im Recht auf Klage oder Beschwerde gegen den Unrechtstatbestand. Der Anspruch des einzelnen auf Eigentum er-

²³ A. a. O. 218.

²⁴ A. a. O.

²⁵ A. a. O. 196.

²⁶ *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien 1934, 48; anders formuliert in der 2. Aufl., Wien 1960, 130 ff.

scheint in dieser Sicht einzig als Lebensäußerung, hat darum aus sich noch keine rechtliche Bewandtnis. Natürlich wird ein kluger und menschlich denkender Gesetzgeber die Gebote und Verbote in der Weise mit Inhalt versehen, daß eine menschlich erträgliche Rechtsordnung entsteht, in welcher die existentiellen Zwecke und Ansprüche des Individuums in Form der Klage rechtlich vorgebracht werden können. Man unterschied darum im Recht die Bestimmungsnorm und die Bewertungsnorm. So sagt *Edmund Mezger*, das Recht als « Bestimmungsnorm » (= Imperativ) sei nicht « denkbar » ohne das Recht als « Bewertungsnorm », welche unbedingte logische Voraussetzung des Rechts als Bestimmungsnorm sei ²⁷. Die Bewertungsnorm, d. h. unsere « objektive Lebensordnung » mit unseren existentiellen Ansprüchen verbleibt aber so lange im metajuristischen Raum, als man in der « objektiven Lebensordnung » ²⁸ nicht wesentlich die Bestimmungsnorm, d. h. den rechtlichen Imperativ erkennt.

Die funktionale Auffassung der subjektiven Rechte, wie sie sich aus der rein normativen Auffassung *Kelsen's* ergibt, vermag die subjektiven Rechte nicht *vor* der positiven Rechtsordnung so zu beinhalten, daß sie als rechtliche Forderungen an die positive Rechtsbildung heranzutreten vermögen. Ganz deutlich wird dies in der positivistischen Rechtsdefinition von *H. Nawiasky*, wonach die Rechtsordnung aufgefaßt wird als « 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 » ³⁰. Der Anspruch oder die Berechtigung finden ihre rechtliche Bewandtnis in dieser Konzeption ebenso wie bei *Kelsen* nur über das « Recht » auf Vollstreckungszwang gegen den Verpflichteten.

Immerhin hat die funktionale Auffassung der subjektiven Rechte, wie sie von der normativen Rechtslehre vertreten wird, den Vorteil, daß diktatoriale oder kollektivistische Ideen zwar nicht gebannt, aber doch nicht notwendig mit dem Recht gekoppelt sind. Welche Bewegungs-

²⁷ « Und hier ist die Antwort unbedingt klar: das Recht als 'Bestimmungsnorm' ist gar nicht 'denkbar' ohne das Recht als 'Bewertungsnorm', das Recht als Bewertungsnorm ist unbedingte logische Voraussetzung des Rechts als Bestimmungsnorm. » E. MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, in: Der Gerichtssaal 89 (1924) 240 f.

²⁸ E. MEZGER, a. a. O.

²⁹ Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2., durchgearb. u. erw. Aufl., Einsiedeln 1948, 23 f.

freiheit oder welche funktionale Berechtigung dem einzelnen Subjekt zugestanden wird, hängt von der Lebensordnung oder den sogenannten « Bewertungsnormen » ab, welchen der Gesetzgeber aus seinem Gewissen heraus folgt.

Anders sieht es in jenen Theorien aus, welche Sein und Sollen, Lebenszweck und Recht nicht trennen. Hier werden die sozialen Zwecke, d. h. die Lebensaufgaben der Gesellschaft unmittelbar mit rechtlicher Bewandtnis ausgestattet. Allerdings ist es sehr oft schwer zu erkennen, ob die von den Autoren genannten « sozialen Zwecke » des Rechts wirklich mit Inhalten versehen sind oder ob es sich nicht doch bloß um einen formalen Begriff handelt. So dürfte das Bemühen umsonst sein, eine klare Definition der « sozialen Zwecke » *Ihering's* zu suchen. Sie scheinen hier reine Ordnungsfaktoren der Ziele, Bedürfnisse und Interessen der Gesellschaftsglieder zu sein. Im Grunde läuft diese Ansicht auf die individualistisch orientierte Auffassung von subjektiven Rechten im Sinne *Bentham's* oder, was allerdings weniger wahrscheinlich ist, auf die *Kelsen'sche* reine Funktionstheorie hinaus. Auch die Formulierung von *C. A. Emge*, wonach der Zweck des Rechts in der « wertvollen Gesamtentwicklung » besteht, möchte offenbar über die dem Recht vorgeordneten « Bewertungsnormen » nicht hinausgehen. Dasselbe gilt vom Begriff des « Kulturfortschrittes » *J. Kohler's*.

Deutlicher ist dagegen der Sozialzweck inhaltlich bestimmt bei *Hegel*. Hier ist er die gesellschaftlich verwirklichte Moralität, die als solche für den einzelnen bindend ist. Auf diese Weise ist die Freiheit des einen mit der Freiheit des andern ausgeglichen und so überhaupt erst verwirklicht. Die subjektiven Rechte stehen darum nur im Ganzen, sie erweisen sich klar als Funktion dieses Ganzen, das als solches sowohl Recht wie Lebensordnung (= Bewertungsnorm im oben genannten Sinne) ist. So naturrechtlich sich diese Lehre auch anhören mag, sie ist ihrem Wesensgehalt nach doch Positivismus, da sie die sich aufdrängende Moralität der Gesellschaft zur Norm erhebt.

Geradezu materiell greifbar wird der Sozialwert von *Karl Marx* bestimmt, gemäß welchem die Leistungen des einzelnen Rechtsansprüche begründen, wenn sie der Gesamtheit der Bürger nützen. Im gleichen Sinne äußert sich *H. J. Laski*³⁰. Das Sozialwohl ist dabei durch die materialistische Weltanschauung geprägt, d. h. es ist die materielle Güterfülle.

³⁰ A Grammar of Politics, London 1957.

In allen diesen Auffassungen scheint das formale Element des Rechts richtig gesehen zu sein : das Recht ist soziale Norm und nur von dieser aus kann die Berechtigung des einzelnen, somit das subjektive Recht verstanden werden. Wie wir bereits gesehen haben ³¹, ist dem Kommunismus, insofern er die Vorrangstellung des Gemeinwohls vor dem Einzelwohl betont, die Logik nicht abzustreiten. Das Bestreben der marxistischen Auffassung, die gesamte Sozialordnung im Sinne eines sozialen Wertes zu verstehen, ist durchaus anzuerkennen. Jedoch beginnt der Streit bei der inhaltlichen Fixierung dieses sozialen Wertes. Soll es unmöglich sein, in den sozialen Wert die sittliche Person mit ihren absoluten Werten einzubauen ? Sind wir gezwungen, die Moralität des einzelnen aus dem sozialen Wert auszuklammern und die in der Gesellschaft verwirklichte Moralität, die *Hegel* mit dem Namen « Sittlichkeit » belegt hat, zum Ausgangspunkt des Denkens über die Funktion des einzelnen innerhalb der Gesellschaft zu machen ? Wer die analoge Sinnfülle des Gemeinwohls versteht ³², findet nichts Befremdendes in der Einbeziehung der personalen Sittlichkeit in das Gemeinwohl. Er kann darum einerseits das subjektive Recht als Funktion des Sozialen begreifen, andererseits das Gemeinwohl oder den sozialen Wert und damit die Rechtsordnung als Einheit auffassen, in welche die persönlichen existentiellen Zwecke vollgültig integriert sind. Von dieser Sicht aus wird die Sozialbelastung der subjektiven Rechte nicht nur deutlich, sondern überhaupt erst begreifbar. Die Einheit der Vollkommenheit des Menschen als Individual- und Sozialwesen ist erst so begründet. Zugleich wird die Einheit des Rechts gewahrt. Die subjektiven Rechte stehen nicht mehr vor der Gesellschaft oder dem Staat. Der Staat als *societas perfecta* ist vielmehr die Gemeinschaft der nach ihrer persönlichen, d. h. individuellen und sozialen Vervollkommnung strebenden Menschen. Allerdings kann man in dieser Sicht nicht mehr davon sprechen, die Gesellschaft « diene » der Vervollkommnung des einzelnen als einem ihr außenstehenden Zweck, da sie durch die in ihr integrierte sittliche Vollendung der Glieder überhaupt erst konstituiert wird ³³.

So sehr nun aber die subjektiven Rechte ihrer Idee nach in der Gemeinschaft und damit in der Gesamtordnung verankert sind, so sind sie doch dem *konkreten* Staat gegenüber als vorgängig zu bezeichnen. Dem einzelnen Staat ist das Gemeinwohl personaler Wesen wenigstens

³¹ Vgl. Sozialethik, Bd. I, 146.

³² Vgl. a. a. O., 151 ff.

³³ Vgl. a. a. O., 148 ff.

in allgemeinen Umrissen durch das Naturgesetz vorgezeichnet. In diesem Sinne liegt eine bedeutungsvolle Wahrheit in jenen Auffassungen, welche das subjektive Recht vom Individuum her ableiten und der Gesamtordnung des Rechts vorordnen. Man würde aber logischer formulieren, wenn man sagen würde: ein jeder Mensch hat den Anspruch, in einer konkreten Gesellschaft jenen Platz und jene Wertschätzung zu erhalten, welche ihm gemäß dem vorpositiven Recht zustehen³⁴. Weil aber in der konkreten Rechtsbildung das durch das Naturgesetz aufgetragene Gemeinwohl, in welchem die sittliche Person vollgültig integriert ist, durch die Träger der Macht zum Schaden der Freiheit allzu leicht verraten wird, kann man die vom Individuum her orientierten Theorien des subjektiven Rechts als *praktische*, d. h. rechtspolitische Formulierungen anerkennen. Das praktische Anliegen der Abschirmung des Individuums vor der überbordenden Macht tritt besonders stark in der Aufstellung der Menschenrechte zutage, wovon im Folgenden die Rede ist. Die mittelalterliche Naturrechtslehre war offenbar außerstande, ihre personalistische Ganzheitsauffassung in eine das Feudalsystem überwindende praktische Form zu gießen. Es bedurfte der individualistisch-rationalistischen Naturrechtsdoktrin, um Bewegung in die verkrustete Gesellschaftsordnung des Mittelalters zu bringen.

ZWEITER ARTIKEL

Die Menschenrechte

Das sozialetische Anliegen der Formulierung von Menschenrechten

Die subjektiven Rechte bestehen eigentlich, wie wir gesehen haben, nur im Anspruch eines jeden auf vollmenschliche Integration in die Gesellschaft. Sie sind also in rechtsphilosophischem Zusammenhang nur vom Ganzen her verständlich. Mit dieser Erkenntnis ist aber für die Praxis der Rechtspolitik noch wenig gewonnen, wenn nicht diejenigen, welche die Verantwortung für die Rechtsbildung tragen, durch ihr Wissen und ihre sittlichen Qualitäten den Rechtsunterworfenen die Garantie geben, daß jene Gesellschaftspolitik betrieben wird, in welcher die menschlichen Werte vollgültig integriert sind. Da, allgemein gesprochen, das Individuum in stärkerem Maße der Gefahr der Unterdrückung aus-

³⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen in Sozialethik, Bd. I, 156 f.

gesetzt ist als der Koloß des Kollektivs, wird man begreiflicherweise für die subjektiven Rechte eine Formulierung suchen, die zugunsten des Individuums ausfällt, d. h. die das Individuum vor Übergriffen vonseiten des Staates und auch vonseiten der Rechtsgenossen schützt. Die erste praktische Formulierung der subjektiven Rechte besteht darum naturgemäß in der Aufstellung von Freiheitsrechten. In der « Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte », die durch die Französische Nationalversammlung 1789 erlassen wurde, kommt dieser Freiheitsdrang deutlich zum Ausdruck: Die Freiheit besteht darin, daß man alles tun kann, was den andern nicht schadet. Die Ausübung der natürlichen Rechte eines jeden Menschen hat darum einzig jene Grenzen, wodurch den andern Gliedern der Gesellschaft der Genuß derselben Rechte garantiert wird³⁵.

Auf den Menschenrechten als Freiheitsrechten beruht die Idee des Rechtsstaates. Da aber die Integration einzig der persönlichen Freiheit in das gesellschaftliche Ganze noch keine vollgültige Gemeinschaft zu gestalten imstande ist, mußte die Rechtsstaatsidee ergänzt werden durch die Idee des Sozialstaates, d. h. eines Staates, der nicht nur das subjektive Recht auf Freiheit, sondern auch auf andere menschliche Werte, die nur durch die Kooperation aller erfüllt werden, garantiert. So erklärt sich die Formulierung von Menschenrechten, die nicht nur Anerkennung der freien Bewegung auf den verschiedenen Gebieten des Lebens (Religion, Meinung, Persönlichkeitsentfaltung, Beruf, Eigentumserwerb usw.) bedeuten, sondern positive Hilfe der Gesamtheit zugunsten des einzelnen gewährleisten (soziale Sicherheit, Recht auf Schule, Recht auf Asyl usw.). Wenngleich die individualistisch-liberale Tendenz, die nun einmal in der Aufstellung von Freiheitsrechten liegt, den Rechtsstaat in die Irre geführt hat, so wird man doch bei aller Korrektur der Freiheitsrechte durch « sozialstaatliche » Gesichtspunkte in Erinnerung behalten müssen, daß der Rechtsstaat mit einer gewissen Präponderanz der individuellen Freiheiten gegen das Kollektiv angetreten ist und auch in bestimmten Grenzen dabei bleiben muß, wenn er nicht den Sinn der Formulierung von subjektiven Rechten umkehren will. Dieser liegt nun einmal zunächst in der Betonung der Freiheiten.

Doch wäre es verhängnisvoll, die Freiheitsrechte als Patentlösung der gesellschaftlichen Ordnung zu betrachten. Man kann sie ebenso wenig wie überhaupt alle subjektiven Rechte aus dem Ganzheitsgefüge abtrennen, in welchem sie, rechtsphilosophisch betrachtet, stehen. Man

³⁵ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Art. 4.

kann Freiheit von Eingriffen der Staatsgewalt immer nur verstehen im Sinne der Freiheit von « ungebührlicher » oder « ungerechtfertigter » Beschränkung. Wie soll man die Begriffe « ungebührlich » und « ungerechtfertigt » anders deuten, als daß man sie aus einer dem Staate vorgeordneten Gesellschaftskonzeption erklärt ? Wenn die Freiheitsrechte im Vollsinne des Wortes vorgesellschaftliche oder vorstaatliche Individualrechte wären, dann wären diese Bedingungen nicht am Platze. Man muß sie also einem schon bestehenden Rechtssystem entnehmen, eben der der menschlichen Natur entsprechenden Gesellschaftsordnung. Sonst hätte der Einwand der Positivisten seine Begründung, die erklären, die Naturrechtslehre bewege sich in Tautologien, denn der Satz : « Ein ungerechtfertigter Eingriff in die Freiheit des einzelnen ist Unrecht » sei keine echte Aussage. Ohne die Rückorientierung an vorstaatlichen Gemeinschaftsnormen sind die Adjektive « ungerechtfertigt », « ungebührlich » widersinnig. Dann wäre die atomisierte Vorstellung logischer : *jeder* Eingriff in die Freiheit des Individuums ist widerrechtlich. Das hieße aber, daß auch Freiheitsbeschränkung zur Strafe unstatthaft wäre.

Erst recht notwendig wird die Orientierung an einer naturgemäßen Gesellschaftskonzeption dort, wo die subjektiven Rechte eine positive Leistung vom Staat verlangen. Kein Staatsbürger kann den absoluten Anspruch auf Altersrente erheben. Er wird es nur tun können im Rahmen einer Gesamtregelung durch die Sozialpolitik, die ihrerseits eine entsprechende Wirtschaftspolitik verlangt. Die Forderung nach einem Wohlfahrtsstaat kann daher nur auf der Basis einer gesunden Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung als Formulierung der Menschenrechte gelten. Nur von einer vorgeordneten Gesellschaftsordnung her ist man imstande, jeweils den Kompromiß herzustellen zwischen rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Menschenrechten, d. h. zwischen den Freiheitsrechten und den Unterstützungsansprüchen des Individuums. Denn ein Kompromiß muß gefunden werden, weil die Unterstützungsansprüche, die gegenüber dem Staat erhoben werden, naturnotwendig die Freiheiten der Gesellschaftsglieder beschneiden. Das weiß jeder Steuerzahler ohne Belehrung.

Die rechtliche Auswertung der Menschenrechte

Die Menschenrechte könnte man als in Rechtssätze gefaßte Naturrechte des Individuums bezeichnen. Doch stimmt diese Ausdrucksweise nicht ganz, da diese Naturrechte eben doch nur « natürlich » sind, wenn sie in der Gesamtordnung stehen. Andererseits aber sind sie aus der

menschlichen Natur herausentwickelte und unmittelbar für den praktischen Gesellschaftsaufbau formulierte Prinzipien, denen man den « natürlichen » Kern nicht abstreiten kann. Die betont individuelle Note, die in den Menschenrechten, besonders in den Freiheitsrechten, unverkennbar ist, beweist aber, daß die allgemeinen Normen der menschlichen Sozialnatur bis zur Natur der Sache denkerisch verarbeitet sind. Indem wir Menschenrechte formulieren, erstellen wir bereits positiv-rechtlich anwendbare Rechtssätze. Dies will nicht heißen, daß die Formulierung von Menschenrechten der freien Entscheidung der Staaten anheimgestellt sei. Es besagt aber, daß die praktische Vernunft des Menschen die Menschenrechte als Organisationsprinzipien nicht so spontan ausspricht wie etwa « das Gute ist zu tun, das Böse zu meiden », sondern sie denkerisch erarbeiten oder ersinnen muß. Gewiß gibt es Freiheitsrechte, die ihre natürliche Urform unverändert behalten haben, wie z. B. das Recht, gemäß seinem Gewissen leben zu dürfen. Aber andererseits erhält dieses Recht, wenn es als vor dem staatlichen Eingriff geschütztes Menschenrecht formuliert wird, unzweideutig eine zusätzliche Note. Dem Gewissen wird eine privilegierte Stellung zugewiesen, die auch dann nicht erschüttert werden darf, wenn unter Umständen vom Ordnungsdenken her ein erzieherischer Eingriff in das Gewissen zu verteidigen wäre. Mit anderen Worten : Die Menschenrechte als subjektive Rechte des Individuums sind die Früchte eines bereits durch die Kultur geformten natürlichen Denkens. Die positiv-rechtliche Statuierung ist darum notwendig, um die rechtliche Verbindlichkeit zu sichern. Das heißt aber andererseits nicht, daß Verbrechen gegen die Menschenrechte nur dann rechtlich verfolgbar wären, wenn sie vorher positiv-rechtlich aufgestellt worden sind. Wenn eine Gesellschaft einmal durch das Kulturstadium, das den Menschenrechten entspricht, hindurchgegangen ist, muß man von jedem einzelnen Menschen erwarten können, daß er eine grobe Verletzung von Menschenrechten als gegen die Natur des Menschen verstoßend erkennt. Verbrechen gegen die Menschenwürde, wie sie in der Zeit von 1939-1945 verübt worden sind, können nicht einfach als rein « sittliche » Vergehen bezeichnet werden, denen der rechtliche Bezug fehlt. Zur richterlichen Aburteilung solcher unbestreitbar verbrecherischen Grausamkeiten braucht es eigentlich keine positiv-rechtliche Formulierung der Menschenrechte. Darin besteht übrigens auch nicht der eigentliche Sinn der Menschenrechtskataloge. Diese intendieren mehr als nur das. Sie formulieren die der menschlichen Person im Rahmen der Gesellschaft zukommenden Rechte (namentlich Freiheitsrechte) in einer Weise, daß im Zweifels-

falle immer das Individuum den Vortritt hat. Sie sind, wie gesagt, bereits anwendbare Ordnungsprinzipien. Ihrer Natur gemäß stehen sie unmittelbar vor der Verfassung als Leitsätze der verfassunggebenden Gewalt. Als solche bieten sie die Grundlage der Prüfung von Gesetzen auf deren rechtlichen Charakter.

Wenn nun die Menschenrechte von der verfassunggebenden Gewalt formuliert worden sind, sei es in Form eines der Verfassung vorgeordneten Grundgesetzes wie in Deutschland oder im Rahmen der Verfassung selbst, dann stellt sich weiterhin die Frage, ob man sie auch in der Gesetzesanwendung, in der Justiz auswerten darf. Die Rechtsfolge für die zivile Praxis wurde von verschiedenen deutschen Juristen bejaht³⁶. Ein interessanter Fall in dieser Diskussion war die Frage der Ersatzpflicht bei immateriellem Schaden. Kann der Richter das Recht auf Achtung der Menschenwürde, wie es in Art. 1,1 des deutschen Grundgesetzes formuliert worden ist³⁷, dazu heranziehen, um einen ehrverletzenden Journalisten zu einer Geldbuße als Schadenersatz zu verurteilen ohne ausdrückliches Gesetz und sogar gegen die frühere Rechtspraxis, welche den materiellen Ersatz für immateriellen Schaden nicht kannte? Der Fall soll hier nicht entschieden werden. Er zeigt aber deutlich das Problem: hört die Wirkkraft der Menschenrechte, die der Verfassung zugrundeliegen, beim Gesetzgeber auf oder reicht sie weiter bis in die Rechtspraxis hinein?

Wenn man sich der dem positiven Gesetz immanenten Zielsetzung, nämlich Rechtssicherheit zu schaffen, bewußt bleibt, wird man ohne weiteres die Menschenrechte als Richtweiser des Gesetzgebers bezeichnen müssen. Der Gesetzgeber hat jene Gesetze zu schaffen, welche den Menschenrechten in der zivilen Praxis Geltung verschaffen. Damit soll aber nicht abgestritten werden, daß die Gesetze gemäß den Grundnormen des Staates, der Verfassung und somit auch gemäß den darin inkorporierten Menschenrechten, auszulegen sind. Es ist aber eine andere Frage, ob man ein bestehendes Gesetz im Lichte der übergeordneten Normen auslegt oder ob man gewissermaßen ein neues « Gesetz » in Form einer über die Gesetze wesentlich hinausgehenden Rechtsgewohnheit schafft.

³⁶ Vgl. hierzu W. GEIGER, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, Stuttgart 1960; O. KÜSTER, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, Karlsruhe 1960; W. LEISNER, Grundrechte und Privatrecht, München 1960; Besprechungen dieser Veröffentlichungen in: A. UTZ, Grundsatzfragen des öffentlichen Lebens, Bd. II, Freiburg i. Brsg. 1962, 254 f.

³⁷ « Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ».

Nun könnte man einwenden, daß die Rechte des Individuums nicht nur den Staat, sondern auch die Rechtsgenossen binden. Warum also soll die Drittwirkung in der Rechtspraxis ausgeschlossen sein ?

Die Antwort ist einfach : Wie sich das Naturgesetz an alle richtet, sowohl an die Gesellschaft als Ganzes wie auch an die einzelnen, ebenso bedeutet das Freiheitsrecht ein Recht gegen ungebührliche Eingriffe, von woher diese auch kommen mögen, vom Staat oder von den Rechtsgenossen. Eine andere Frage ist aber, ob dieses natürliche Recht ohne positives Gesetz im Zivilverfahren rechtswirksam werden soll, d. h. ob es im Sinn der natürlichen Gesellschaftsordnung liege, über alle Rechtssicherheit hinweg dem Richter die Auslegung der Menschenrechte zu überlassen.

Die Einteilung der Menschenrechte

Untersucht man die *Verpflichtung*, die durch die subjektiven Rechte dem Staat oder den andern Rechtsgenossen auferlegt wird, dann kann man die Menschenrechte unterscheiden in Freiheitsrechte und soziale Rechte. Durch die Freiheitsrechte erwächst dem Staat die Pflicht, jene Rechtsordnung zu schaffen, in welcher die individuelle Freiheit in gebührender Harmonie unbehindert bestehen kann. Der Staat wird also, abgesehen vom zu gewährenden Schutz, nicht zu einer positiven Leistung veranlaßt. In ähnlicher Weise werden die Rechtsgenossen im Sinne eines Verbotsgesetzes angehalten, sich einer Behinderung der Freiheit des andern zu enthalten.

Hierzu gehören die Freiheit des Gewissens, die Freiheit der Religionsausübung, die Freiheit der Meinungsäußerung (in der politischen Ordnung bedeutet diese das Recht auf politische Mitbestimmung), Unverletzlichkeit der Person, Freiheit in der Eheschließung und in der Ausübung der elterlichen Gewalt (Recht auf Erziehung der Kinder), Freiheit im Erwerb von Eigentum, Berufswahlfreiheit, Vereinigungsfreiheit, Gleichheit vor dem Gesetz usw.

Besteht nun der Anspruch des einzelnen gegenüber dem Staat (bzw. entsprechend gegenüber den andern Rechtsgenossen) nicht nur in der Enthaltung von ungebührlichen Eingriffen oder im bloßen Schutz der individuellen Freiheiten, sondern in der Leistung einer positiven Unterstützung, dann spricht man von den Menschenrechten im Sinne von sozialen Grundrechten. Allerdings wird dieser Ausdruck der « sozialen Rechte » durchweg – übrigens in ungerechtfertigter Weise – eingeschränkt auf solche Leistungen, zu welchen der Staat zugunsten des

einzelnen verpflichtet ist. Man müßte aber den Begriff ausdehnen auf sämtliche positiven Hilfsansprüche des Individuums, ob diese nun vom Staat oder von einem einzelnen Rechtsgenossen erfüllt werden können. Das soziale Recht auf Leben (wie übrigens auch das Freiheitsrecht auf Lebensentfaltung) richtet sich sowohl an den Staat als auch an jeden einzelnen. Jeder Rechtsgenosse ist verpflichtet, dem Nächsten in größter Not zu helfen. Wenn es um die schlimmste Notdurft eines anderen geht, erlischt das Eigentumsrecht auf jene Güter, die man selbst nicht dringend braucht.

Die sozialen Grundrechte sind nicht minder zahlreich als die Freiheitsrechte. Übrigens hängen sie sehr eng mit diesen zusammen. Das Recht auf persönliche Entfaltung, das zunächst ein Freiheitsrecht ist, wird unter dem Gesichtspunkt des Anspruches an die Gesellschaft zum Recht auf ein sozial ausgerichtetes Schul- und Bildungswesen. Das Recht « zu » arbeiten wird zum Recht « auf » Arbeit im Sinne des Anspruches auf eine Wirtschaftspolitik der Vollbeschäftigung.

Die sozialen Rechte lassen den Grundcharakter der subjektiven Rechte als Ansprüche des einzelnen, die nur in der Gesamtordnung gelten, besonders deutlich hervortreten. Wollte man das Recht auf Arbeit nicht als Recht auf eine Politik der Vollbeschäftigung, sondern als rein individuellen Anspruch auffassen, dann käme man wohl zu verhängnisvollen Ergebnissen. Die Nationalwerkstätten von 1848 in Frankreich haben rascher, als man es überhaupt erahnen konnte, zum Staatsbankrott geführt ³⁸.

Die sozialen Rechte kann man weiterhin einteilen vom Gesichtspunkt der *Dringlichkeit* aus, welche sie für den Rechtsträger haben. Das Recht auf lebensnotwendige Güter, in welchem das Recht auf soziale Sicherheit eingeschlossen ist, ist z. B. dringender als das Recht auf Arbeit.

In ähnlicher Weise ließen sich auch die Freiheitsrechte gruppieren, denn das Recht auf freie Konsumwahl ist sicherlich das letzte Recht, das in einer Wirtschaftspolitik außer Kurs gesetzt werden dürfte (z. B. in der Kriegswirtschaft). Das Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes, das man mit dem Recht der Berufswahlfreiheit verbindet, könnte dagegen bereits in einem weniger dringenden Fall eingeschränkt werden. Das beweist schon die Tatsache, daß es eine reine Berufswahlfreiheit

³⁸ Vgl. A. F. Utz, Das Recht auf Arbeit, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 38 (1949/50) 350-363.

bisher in der Welt überhaupt noch nicht gegeben hat³⁹. Daß selbst die Freiheitsrechte eine solche Graduierung zulassen, unterstreicht erneut die Tatsache, daß die subjektiven Rechte keine atomisierten Ansprüche sind, sondern nur im Rahmen der Ordnung gesehen werden dürfen. Aus diesem Grunde war die Organisation der Vereinten Nationen, die in ihrer Charta der Menschenrechte zunächst ziemlich einseitig vom rein subjektiven Anspruch des einzelnen ausging, gezwungen, in Art. 29, 1 zur Abschwächung von übertriebenen Erwartungen die Pflichten des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft zu betonen: « Das Individuum hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, denn nur in ihr ist die freie und volle Entfaltung der Persönlichkeit möglich ».

Vom Gesichtspunkt des *Verpflichteten* her kann man, wie bereits erwähnt, die Menschenrechte (einschließlich die Freiheitsrechte) unterscheiden in solche, durch welche nur der Staat, und solche, durch welche auch der einzelne Rechtsgenosse verpflichtet wird. Die Freiheitsrechte wenden sich durchweg an beide, allerdings je und je verschieden. Zwar haben sich beide in gleicher Weise von sachlich nicht gerechtfertigten Eingriffen in die Freiheitssphäre zu enthalten. Andererseits bedeutet dieses Verbot für den Staat die Pflicht, seine Gesetzgebung so einzurichten, daß daraus keine Freiheitsberaubungen entstehen.

Menschenrechte und Menschenpflichten

Oft hört und liest man die Bemerkung, wer Rechte habe, habe auch Pflichten, als ob subjektive Rechte unmittelbar auch Pflichten auferlegen würden. So verbindet man mit dem Recht auf Leben die Pflicht des einzelnen, sein Leben zu erhalten (Verbot des Selbstmordes). Doch handelt es sich in diesem Falle, genau besehen, nicht mehr um Pflichten aus Rechten, sondern um die Begrenzung eines Rechts durch Pflichten, die von jenem Gesetzgeber aufgetragen sind, der durch seinen Befehl die Seinsordnung zur Norm erhoben hat. Dem Menschen ist die Verfügungsgewalt über sein eigenes Leben genommen. Das erhellt aus dem Naturtrieb, gemäß welchem der Mensch die Erhaltung seines Lebens anstrebt. Allerdings muß man diesen Naturtrieb im Sinne der *natura humana* auffassen. Man kann also nicht zum Gegenbeweis auf die Tatsache zurückgreifen, daß dann und wann ein einzelner sich den Tod wünscht.

³⁹ Vgl. M. GRIMME, Berufswahlfreiheit und Berufsnachwuchslenkung, Sammlung Politeia Bd. IV, Heidelberg 1954.

Es handelt sich bei diesen Pflichten des einzelnen gegen sich selbst zunächst (!) nicht um ein soziales und darum auch nicht um ein rechtliches Problem, sondern um Gegebenheiten der Personaethik. An sich werden aber, wenn wir an eine « integrale » Gemeinschaft denken, d. h. an eine Gemeinschaft, in welcher sämtliche menschlichen Werte in gemeinsamer Kooperation angestrebt werden, alle Werte der Personaethik in die Sozialethik und damit auch in die Rechtsnorm übernommen⁴⁰. In dem Augenblick aber, da man im Hinblick auf die konkreten Bedingungen, in welchen nun einmal der Mensch lebt, eine solche integrale Sozialethik als nicht realisierbar erkennt, da man vor allem feststellt, daß eine « Verrechtlichung » der Moral verhängnisvolle Folgen für die sittliche Freiheit des einzelnen haben könnte, stellt sich das Problem, welche personalen sittlichen Pflichten man ins Rechtsleben hineinholen soll. Obwohl an sich in einer konsequent durchdachten Gesellschaftslehre der Selbstmord auch als Unrecht gegen die Gemeinschaftsordnung zu gelten hat, könnte man sich doch fragen, ob der Selbstmordversuch als strafbare Handlung zu betrachten sei. Von der Sozialmetaphysik her kann die Frage nur im positiven Sinne beantwortet werden. Das Problem der Anwendung dieser Metaphysik auf die positive Rechtsbildung bleibt aber noch offen. Der Jurist, der die Dinge von den soziologischen Folgen her betrachtet, befragt die Empirie, inwieweit der Selbstmord einzelner auf das Verhalten der Rechtsgenossen einwirkt.

Es wurde bereits eingehend davon gesprochen, daß die konkreten soziologischen Umstände, wozu auch die sittliche Verfassung der Gesellschaft gehört, eine beschränkende Funktion in der Anwendung absoluter sozialetischer Normen ausüben. Man wird aber niemals die Grundverpflichtungen des Menschen gegen sich selbst aus der Sozialordnung ausklammern können. Jede nach außen tretende personaethische Handlung wirkt unmittelbar auf die Gesellschaft ein. Das beweist die Erfahrung zur Genüge. Die Einklammerung von sozialetischen Normen durch das positive Gesetz hat darum mit sittlicher Verantwortung für das Ganze zu erfolgen.

Die inhaltliche Bestimmung der einzelnen Freiheits- und sozialen Rechte kann nur in den einzelnen Teilen der Sozialethik (soziale Ordnung, wirtschaftliche Ordnung, politische Ordnung) vorgenommen werden. Der Grund liegt in dem schon öfters betonten Zusammenhang der Menschenrechte mit der Gesamtordnung. Selbst das an sich individuellste

⁴⁰ Vgl. hierzu Sozialethik, Bd. I, 85 ff.

Freiheitsrecht, das Recht auf freie Religionsausübung, kann sich aus der Verknüpfung mit der sozialen Ordnung nicht lösen. Das Recht auf Eigentum kann nur im Rahmen einer passenden Wirtschaftsordnung erörtert werden. Das Recht auf freie Meinungsäußerung steht sowohl in der sozialen als auch der politischen Ordnung.

DRITTER ARTIKEL

Die Gesellschaft als Rechtsträger

Das Problem

In der Darstellung des subjektiven Rechts wurde das Individuum als echter Rechtsträger erkannt, das von der positiven Gesetzgebung eine vollgültige Integration seiner Persönlichkeit in die gesamte Rechtsordnung verlangen kann, wodurch es sowohl gegen den Staat als auch gegenüber den anderen Rechtsgenossen mit personalen Ansprüchen aufzutreten vermag. Die Frage nach dem sog. vorstaatlichen Rechtsträger läßt sich nun weiter in die Gemeinschaft hinein verfolgen. Es handelt sich hier um das Problem, ob auch Gemeinschaftsgebilde als Träger von solchen Rechtsansprüchen auftreten können, durch die eine bestimmte gesellschaftliche und staatliche Organisation gefordert wird. Die Frage hat eine doppelte Natur: eine sozialphilosophische und eine rechtsphilosophische. Sozialphilosophisch fragen wir nach der pluralistischen Gesellschaftsordnung, in welcher die Individuen nicht direkt im obersten Verband, dem Staat, verbunden werden, sondern nur über einen vielfältigen Aufbau von Zwischengemeinschaften, sodaß der Staat, obgleich er als oberster sozialer Verband anerkannt wird, zunächst nur koordinierende Gewalt gegenüber den Individuen und den von diesen gegründeten Gemeinschaften besäße. Rechtsphilosophisch stellt sich das Problem, ob die einzelnen Gebilde als Träger von vorstaatlichen Rechtsansprüchen im selben Sinne wie das einzelne Individuum auftreten können, und ferner, ob in einer solchen pluralistischen Gesellschaft die Einheit des Rechtssystems gewahrt bleibt. Die beiden Gesichtspunkte, der sozialphilosophische und der rechtsphilosophische, gehen ineinander über, sofern man Sein und Sollen nicht voneinander trennt. Wir sprechen zunächst nur von den Gemeinschaften als « Rechtsgebilden » im allgemeinen Sinne, ohne die Frage zu entscheiden, ob diese Rechtsgebilde echte Rechtsträger sind oder nur Rechtseinheiten.

Die soziologische Begründung der Gemeinschaften als Rechtsgebilden: die Institutionenlehre

Wer der Auffassung ist, daß jegliche Gesellschaftsbildung aus dem faktischen Gemeinschaftswillen der einzelnen sich gruppierenden Menschen vor sich geht, kann die soziale Einheit der Gemeinschaften nur als Manifestation eines Gruppen- oder Genossenschaftswillen (*O. v. Gierke*) oder der Solidarität (*L. Duguit*) auffassen. Für *Duguit* gibt es keine subjektiven Rechte. Das Recht entsteht erst durch den Willen zur Gemeinschaft, der allerdings seinerseits aus dem Bedürfnis nach einem ersprießlichen Zusammenleben erwächst. So ist das Recht immer dort, wo Gesellschaft entsteht. Seine Ursache ist nach *Léon Duguit* die gemeinschaftsschaffende Solidarität. Der Staat erscheint als eines der vielen Gebilde dieser Solidarität. Er ist nicht oberste Macht, er ist nur « Kooperation organisierter und durch die Regierenden kontrollierter öffentlicher Dienste »⁴¹. Die Souveränität fällt somit dahin und damit zugleich die Einheit des Rechts. Das Recht ist vielfältig entsprechend den durch die Solidarität geschaffenen Gemeinschaftsgebilden. In ähnlicher Weise ist auch bei *O. v. Gierke* der Staat nichts anderes als die föderative Zusammenfassung vieler kleinerer Gemeinschaften ohne Souveränität. Die als Genossenschaften begriffenen Gemeinschaften sind Kreaturen des sozialen Wollens der Glieder. Nicht weit davon entfernt liegt die Ansicht von *Maurice Hauriou*, gemäß welchem die vom Gemeinschaftswillen der Menschen erzeugte Gruppenidee Rechtskraft besitzt. *G. Gurvitch* unterscheidet nicht weniger als zweitausendvierhundertdreißig Arten von verschiedenen Rechtsformen, die durch den Gesellschaftstrieb zustande gekommen sind⁴².

Die Gemeinschaft als Rechtsgebilde im Sinne der individualistischen Auffassung der subjektiven Rechte

Wenn man die Gemeinschaft ausschließlich vom subjektiven Recht des einzelnen ableitet, unterscheidet man sich im Grunde wenig von der rein soziologischen Sicht, die wir soeben besprochen haben. Der Gemeinschaft kommt soviel Recht zu, als die Individuen in ihrer Solidarität an sie abtreten. Vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus hat diese Theorie gegenüber der besprochenen rein soziologischen Institutionen-

⁴¹ *Traité de Droit constitutionnel*, vol. I, Paris 1927, 98-101.

⁴² Vgl. A. CUVILLIER, *Où va la Sociologie française ?*, Paris 1953, 143-146.

lehre die Besonderheit, daß das Recht nicht erst durch die in Solidarität gebildeten Gemeinschaften entsteht, sondern bereits in den Individuen als Rechtsträgern vorhanden ist. Zu einer Einheit des Rechts vermag aber auch diese Theorie nicht vorzudringen. Die Gesellschaft ist eine zerrissene pluralistische Gesellschaft. Der Staat ist dabei eine von den vielen Gesellschaften, der naturgemäß die wirksame Souveränität abgeht. Die freien Verbände besitzen ihre völlig isolierte Rechtsbewandtnis.

*Die Gemeinschaft als Rechtsgebilde
im Sinne der vorstaatlichen Gemeinwohlidee*

Die soziale Natur des Menschen verlangt eine Abrundung in einem letzten gesellschaftlichen Ganzen, weil sonst überhaupt kein soziales Soll, d. h. keine Rechtsordnung möglich wäre. Dieser Gedanke ist so logisch zwingend, daß *Kelsen* im Sinne von *Kant* die erste, umfassende Norm als apriori setzen mußte. Andererseits fragt es sich, ob die *faktisch* letzte Gemeinschaft, nämlich der hic et nunc existierende Staat, und wäre es nur ein Stammesverband, notwendigerweise die erste Rechtsnorm ist, welcher keine weitere Ordnung als Norm vorgeordnet wäre. Die Natur des Menschen erweist sich nun in vielschichtiger Weise als sozial. Sie ist sozial im Hinblick auf die Zweigeschlechtlichkeit, d. h. auf die Ehe. Sie ist in der Folge sozial in der Hinordnung auf die Familie. Sie ist weiterhin sozial im Hinblick auf die Mannigfaltigkeit ihrer Qualitäten, die sich nur in den verschiedensten Gruppenbildungen vervollkommen. Da aber die Sozialnatur des Menschen eine Einheit darstellt, ist auch ihre letzte Vollendung nur durch eine umfassende Gesellschaft erreichbar. Diese ist aber ihrer Idee nach nicht die Gemeinschaft als solche, sondern eben nur die umfassende. In sie sind eingeschachtelt alle jene Gemeinschaften, die entweder von Natur schon vorgegeben sind (Ehe und Familie), wie auch jene, die der Mensch zur Entfaltung der verschiedenen natürlichen Qualitäten erst noch begründen muß. Also auch die freien Gemeinschaften sind in der der positiven Staatsordnung vorgelagerten Gesellschaftsidee enthalten. Sie bilden, weil der Naturanlage des Menschen entsprechend, einen integrierenden Faktor in jeder Staatsidee, gemäß welcher jeder konkrete Staat sich auszurichten hat. Wenngleich die Rechtsordnung in ihrem endgültigen Abschluß nur eine sein kann, so ist sie dennoch in sich vielfältig, nicht nur im Hinblick auf die Personeneinheiten, sondern auch auf die Gesellschaftseinheiten, welche sie in sich integriert. *Aristoteles* hat dieses Verhältnis, allerdings in sehr doppeldeutiger Weise, durch die Begriffe « *societates imperfectae* » und « so-

cietas perfecta » ausgedrückt. Die Terminologie ist deshalb nicht eindeutig, weil sie die Ansicht nahelegen könnte, daß das « imperfectum » durch das « perfectum » abgelöst werde, also die eheliche und die Familiengemeinschaft durch die Eingliederung in den Staatsverband aufgesogen werde. Beim Begriff der « societas perfecta » wird man sich vor einer Identifizierung des konkret existierenden Staates (bei *Aristoteles*: der Stadt-Staat von Athen) mit der « societas perfecta », auf welche die menschliche Natur an sich angelegt ist (Idee der societas perfecta), hüten müssen. Die Annahme, daß der einzelne Staat die Idee der societas perfecta erfülle, kann sich nach zwei Richtungen hin auswirken. Beide Male sind die Folgen gleich verhängnisvoll. Entweder behauptet ein konkreter Staat, daß er die einzige societas perfecta sei, ein Gedanke, der immerhin dem Begriff der societas perfecta insofern entspricht, als diese nur eine einzige sein kann ; daraus ergibt sich aber die Einschätzung der andern Staatengebilde als Vasallen (Kolonialpolitik). Oder es werden alle einzelnen Staaten zu societates perfectae erklärt, daraus folgt die Aufteilung der Staatenwelt in atomisierte Souveränitäten, zwischen denen es nur Verträge oder Kriege gibt.

Die Autonomie der kleineren Gemeinschaften

Die einzelnen Gemeinschaften sind also autonome Rechtseinheiten, die aber in mannigfacher Weise ineinandergreifen. Dem Gedanken kann man nur folgen, wenn man die Idee des Staates im Sinne der analogen Sinnfülle erkennt und nicht im Sinn einer Urnorm, aus welcher die andern Normen nur abgeleitet sind. Die Vollkommenheit des Staates besteht also in der Vollkommenheit des vielfältigen Ganzen, in welchem die kleineren Gemeinschaften ebenso wie die Personen integriert sind. Die Autonomie der kleineren Gemeinschaften ist immer eine integrierte Autonomie.

Für die praktische Verwirklichung dieses Spannungsverhältnisses wird man allerdings eine gut handhabbare Regel aufstellen müssen. Auch hier wird man, wie dies bereits bezüglich der Rechte der einzelnen Person dargestellt wurde, zunächst bei der Verwirklichung der Autonomie der kleineren Gemeinschaften beginnen müssen, sodaß man die erste Aufgabe des Staates als der vollkommenen Gemeinschaft zunächst in der Koordinierung, sodann in der Stützung der kleineren Gemeinschaften und erst zuletzt in der eigenen selbsttätigen Erfüllung von sozialen Zielen sehen muß⁴³.

⁴³ Vgl. die Ausführungen über das Subsidiaritätsprinzip in *Sozialethik*, Bd. I, 277 ff.

Rechtseinheit oder Rechtsträger ?

Autonomie besagt zunächst nichts anderes als einen relativ geschlossenen Rechtsbereich. Bei der menschlichen Person, welche zugleich Handelnde ist, wirkt sich die Autonomie zugleich aus mit dem Recht, den Anspruch anzumelden, also im vollgültigen Sinne als Rechtssubjekt aufzutreten. Die Gemeinschaft selbst kann physisch solche Ansprüche nicht aussprechen. Sofern man unter Rechtssubjekt einen substanziellen, physischen und psychischen Träger der Autonomie versteht, muß darum, wie bereits ⁴⁴ ausgeführt wurde, der Begriff des Rechtssubjektes oder der Rechtsperson als juristische « Fiktion » bezeichnet werden. Im übrigen hat diese Diskussion, ob z. B. die Familie Rechtsträger oder nur Rechtseinheit ist, für die Rechtspolitik keine praktische Bedeutung.

VIERTER ARTIKEL

Der Staat als Rechtsgebilde

Uns interessiert hier nur jene Seite des Staates, welche seine Rechtsbewandtnis betrifft. Der Staat als soziales Gebilde gehört in den Traktat über die soziale Ordnung. Dort werden auch die Fragen nach dem Rechtsstaat und dem Wohlfahrtsstaat erörtert ⁴⁵. Das Problem der Staatsgewalt, ihres Ursprungs, ihres Inhabers, vor allem jenes der Kräfte, die sich um die Staatsgewalt als Machtfaktoren gruppieren, ist Gegenstand der politischen Ethik ⁴⁶.

Da jede Gesellschaft durch das Gemeinwohl, das seinerseits nicht nur Rechtswert, sondern auch Rechtsnorm ist, geformt wird, ist jede Gesellschaft auch ein Rechtsgebilde ⁴⁷. Nun verlangt jedes Rechtsgebilde aus seinem Wesen heraus eine zwingende Autorität, es schließt diese, wenn es wirklich ein Rechtsgebilde ist, sogar bereits ein. Darin liegt, wie wir gesehen haben, die naturrechtliche Begründung der Autorität, womit noch nichts ausgesagt ist über die Person, welche Träger der Autorität sein soll. Läßt man nun einmal den Gedanken, den wir bereits

⁴⁴ Sozialethik, Bd. I, 47-51.

⁴⁵ Vgl. Sozialethik, Bd. III (in Vorbereitung).

⁴⁶ Vgl. Sozialethik, Bd. V (in Vorbereitung).

⁴⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen über Gemeinwohl und Freundschaft in Sozialethik, Bd. I, 162 f.

ausgeführt haben, gelten, daß nämlich die soziale Natur des Menschen trotz ihrer Vielfältigkeit eine Einheit darstellt, so muß man der umfassenden Gemeinschaft die Kompetenz zusprechen, die Rechtsbildung abzuschließen, um so die Rechtsordnung zur Einheit zu bringen. Die *societas perfecta*, d. h. der Staat, ist darum, wie ebenfalls schon gesagt, als rechtlicher Einheitsfaktor eine Naturnotwendigkeit.

Welcher Gesellschaft wir nun diesen Namen der *societas perfecta* oder des Staates vorbehalten, ist eine Frage, die sich nicht abstrakt lösen läßt. Auf jeden Fall muß diese Gesellschaft, von der Rechtsphilosophie her, ein so umfassendes Normensystem haben, daß darin die gesamten menschlichen Werte, soweit sie überhaupt sozial realisierbar sind, begriffen sind. Darum der Name « *societas perfecta* ». Ob sich diese Idee der *societas perfecta* nur in jener Vereinigung von Menschen erfüllen läßt, welche auf einem begrenzten Territorium zusammenleben, ist eine soziologische Frage, die uns hier nicht angeht. Das Problem ist allerdings nicht so einfach. Die katholische Theologie nimmt z. B. für die katholische Kirche den Begriff der *societas perfecta* in Anspruch gerade im Hinblick auf die umfassenden und sogar allerletzten menschlichen Werte, welche die Kirche gesellschaftlich realisiert, ohne daß damit unmittelbar der Anspruch auf ein Territorium erhoben würde. Da wir uns nicht mit Offenbarungsinhalten, d. h. mit einem über die menschliche Natur hinausgehenden sozialen Wertesystem zu befassen haben, endet für uns das Denken über gesellschaftliche Normen bei jener *societas perfecta*, in welcher die letzten natürlichen Werte des Menschen durch Kooperation ihre Erfüllung zu finden imstande sind. Hier wird der Sinn des Gemeinwohls erst endgültig abgerundet, damit aber auch erst jener des Rechts. Aus diesem Grunde liegt auch die universalste Autorität beim Staat, die allerdings, wie gesagt, durch das natürliche Gemeinwohl begrenzt ist.

Der einzelne existierende Staat kann für sich niemals in Anspruch nehmen, das Anliegen der Sozialnatur des Menschen zu erfüllen. Seine das gesamte Recht abgrenzende Autonomie ist daher niemals im eigentlichen Sinne endgültig. Die Souveränität als höchste rechtliche Kompetenz nach innen und außen wird darum auch nie verwirklicht. Dies bedeutet: die Glieder des Staates, seien es Personen oder Gemeinschaften, können nie entsprechend der Wertkapazität ihrer Sozialanlage integriert werden. Die soziale Natur weist immer noch über den einzelnen Staat hinaus in die überstaatliche Ordnung hinein. Einerseits legt diese Tatsache dem einzelnen Staat die Verpflichtung auf, sich nicht als *die societas perfecta* zu betrachten und somit von der eigenen Souveränität

soviel an eine höhere Gemeinschaft, in unserem Fall an eine Staatenorganisation, abzugeben, als diese die Aufgabe der *societas perfecta* zu erfüllen imstande ist. Andererseits aber gewinnt von dieser Sicht aus die einzelne Person und gewinnen die kleineren Gemeinschaften, die in einem Staate leben, eine direkte Rechtsverbindung mit der überstaatlichen Organisation. Solange diese nicht als geschlossenes Rechtssystem im Sinne eines einheitlichen Zwangsnormensystems aufzutreten vermag, bleibt allerdings als rechtliche Vertretung der Person und der kleineren Gemeinschaften nach außen der einzelne Staat. Diese Zusammenhänge werden z. B. in den heute bedrückenden Fragen des Asylrechts wirksam. Einerseits hat der einzelne Mensch ein Anrecht, im Menschheitsverband seinen Platz zu erhalten. Man kann ihn also nicht einfach aussperren. Es besteht somit ein subjektives Recht auf seiten des politischen Flüchtlings, in « irgendeinem » Staate Aufnahme zu finden. Andererseits gibt es jenes universale Rechtsgebilde nicht, welches den Flüchtling aufzunehmen rechtlich verpflichtet wäre. Man kann keinen konkreten Staat allein für die Erfüllung dieser Menschenpflicht rechtlich heranziehen. Daher kommt es, daß das Asylrecht kein subjektives Recht des Flüchtlings, sondern des asylgewährenden Staates ist, nämlich das Recht, den Flüchtling aufzunehmen. Der schutzgewährende Staat schafft das Statut des Flüchtlings erst durch positive Gesetzgebung, wobei er höchstens durch freien, streng rechtlich nicht urgierbaren Vertrag mit anderen Staaten moralisch gebunden sein mag. Der Flüchtling selbst wird im Grunde stets nur als Empfänger einer Gnade betrachtet, obwohl ihm, vom Menschheitsverband aus gesehen, von Natur aus bestimmte Rechte zuständen. Je mehr die politischen Flüchtlinge in Form von Völkerwanderungen über diese Erde ziehen, um so mehr wird wohl der Staatengemeinschaft der Gedanke aufgehen, daß die Staaten unter sich jene Lasten zu verteilen naturrechtlich verpflichtet sind, welche durch die Flüchtlingsmassen entstehen. Im übrigen besitzt das Naturrecht hier eine gewisse eigene Sanktionsgewalt, da solche Fluten von Flüchtlingen nicht mehr als *quantité négligeable* betrachtet werden können, weil sie sich sonst von selbst mit Gewalt durchsetzen würden.

IV. Schuld und Strafe

Übersicht über die Problematik

Die Strafe ist an sich nur verständlich, wenn man zunächst das Verbrechen analysiert, welches eine Strafe nach sich ziehen soll. Philosophisch handelt es sich dabei um die Frage, ob ein rechtliches Vergehen notwendigerweise Strafe nach sich zieht. Man wird also das Wesen des unrechtlichen Verhaltens (einer Unrechtstat oder einer Unterlassung einer gebotenen Handlung) untersuchen müssen, um von hier aus zur Strafe zu kommen. Wenn das Recht nichts anderes als einen Ausschnitt des umfangreichen Gebietes des Sittlichen darstellt, wie es die Naturrechtsauffassung behauptet, dann wird man zuerst eine ethische Untersuchung über das Wesen der Schuld und deren Sühne unternehmen müssen, um dann die Frage, wie weit und in welchen Abstufungen sich der sittliche Begriff der Schuld ins rechtliche Zusammenleben der Menschen hinübernehmen läßt, anzugehen. Wie wir bereits gesehen haben, verlangt die Anwendung der sozialetischen Prinzipien auf die konkrete Wirklichkeit eine gewisse Ausklammerung von sittlichen Werten. Im gleichen Sinne wird auch die philosophische Überlegung über Schuld und Strafe vorgehen müssen. Es ergeben sich dabei in der Entwicklung der Gedanken folgende Problemetappen: 1. Schuld und Strafe in der absoluten Ordnung: a) die sittliche Schuld und deren Verbindung zur Strafe, b) die rechtliche Bewandnis der Schuld und deren rechtliche Strafwürdigkeit vor der Gesellschaft, 2. Schuld und Strafe in der Ordnung der Anwendung: a) Grundsätze für die positive Strafgesetzgebung, b) Grundsätze für die richterliche Auslegung der Strafgesetze. Sinn und Zweck der Strafe ergeben sich unmittelbar aus der grundsätzlichen Behandlung des Verhältnisses von Schuld und Strafe.

Der Jurist, der bereits ein bestimmtes System des Strafrechts vor sich hat, beginnt seine Theorie über das Strafrecht nicht dort, wo der Philosoph ansetzt, sondern bei den Prinzipien, welche die Ermittlung von unrechtlischem Verhalten und dessen Strafwürdigkeit leiten. Der Strafrichter muß ein durch und durch praktikables Schema besitzen, um das straffällige Verhalten zu analysieren. Es wäre eitler Stolz, wenn der Philosoph das mühsame Streben des Strafrechtlers nach einer echten und korrekten Analyse der straffälligen Tat nicht zur Kenntnis nehmen wollte. Es lohnt sich, wenigstens mit einem oberflächlichen Blick die Problemsituation zu überschauen, in welcher sich der Strafrichter be-

findet, wenn er ein straffälliges Verhalten zu analysieren hat, weil auf diese Weise erstens die für die Praxis notwendigen Gesichtspunkte aufleuchten (bedeutsam für die Frage nach der Anwendung des absoluten Schuld- und Strafbegriffes) und zweitens die verschiedenen naturhaften Wertreaktionen in uns wach werden, die wir zur grundsätzlichen Erörterung von Schuld und Strafe brauchen.

ERSTER ARTIKEL

Die Analyse der straffälligen Handlung in der Praxis des Strafrichters

Nullum crimen sine lege

Das Gebiet des Strafrichters ist begrenzt durch das Prinzip: kein Verbrechen ohne Gesetz. Damit ist dem Richter von vornherein ein großer Teil von Handlungen, die in sich vielleicht Unrecht sein mögen, entzogen. Als man die Elektrizität gesetzlich noch nicht als « Sache » erkannte, war es nicht möglich, das unbefugte Ableiten des Stromes vom Straßenleitungsdraht als Diebstahl zu bestrafen. Jeder anständige Mensch, nicht nur jeder Richter, hatte hier klar erkannt, daß solches Handeln eine Gaunerei darstellt, die sozial höchst schädlich ist. Da man aber – und das ist ein anderes praktisches Prinzip des Strafrichters – im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten verfahren muß, ging es nicht an, den bereits damals im Strafgesetz stehenden Begriff der « Wegnahme fremder beweglicher Sachen » anzuwenden. Ein solches Verhalten hatte also so lange straflos auszugehen, bis durch ein besonderes Gesetz zur Bestrafung der Entziehung elektrischer Energie der Strafrichter zuständig wurde (in Deutschland im Jahre 1900, mit der Ergänzung im Jahre 1935 über die Erschleichung der Leistung von Automaten). Man mag diese Einschränkung im Sinne der absoluten Gerechtigkeit als ungerecht bezeichnen. Sie schützt jedoch die Rechtsgenossen vor der Willkür des Richters und garantiert eine sichere Strafrechtsordnung, die wir nicht gern dem auch noch so wohlmeinenden Gewissen des Richters überlassen möchten.

Die Forderung der Gesellschaft nach kontrollierbarer Rechtssicherheit drängt den Strafrichter geradezu in eine positivistische Richtung hinein. Kein Verbrechen ohne Gesetz heißt: kein Verbrechen ohne positives Gesetz. Bei aller naturrechtlichen Grundtendenz, welche dem

Strafgesetz überhaupt erst das Dasein gibt, nämlich Ordnung zu schaffen durch Bestrafung von Verbrechen, drängt sich dem Strafrichter doch als beherrschendes Prinzip die Verpflichtung auf, nicht die Ordnung als solche, sondern die gesetzlich umschriebene Ordnung ins Auge zu fassen, d. h. das eigene Gewissensurteil nicht vor das Gesetz zu stellen, sondern es nur in Funktion zu diesem zu begreifen. Von hier aus wird man vielleicht verstehen, warum Ethiker und Strafrechtler in so manchen Fragen geradezu gegensätzliche Auffassungen vertreten. Allerdings brauchte es nicht so zu sein, wenn der Ethiker sich des weiten und komplizierten Weges bewußt wäre, der von der sittlichen Schuld zur Strafe gemäß dem Strafgesetzbuch führt, und wenn andererseits der Strafrechtler sich darüber im klaren wäre, daß in seinem Strafrecht Werturteile verwirklicht sind, die sich nie rein positiv erklären lassen, die darum immer natürliche Phänomene bleiben und niemals eine nur technisch-juristische Handhabung zulassen.

Der allgemeine Grund, warum man überhaupt die positive Rechtsbildung von einem schriftlich niedergelegten Gesetz abhängig macht, nämlich eine gesellschaftlich überprüfbare Rechtsprechung zu gestalten, wird durch die Grundregel « nullum crimen sine lege » unterstrichen. Der Gesichtspunkt der sozialen Überprüfbarkeit muß daher den Strafrechtler in seinem gesamten Denken bestimmen. Das Strafgesetz kann daher nicht, oder wenigstens nicht zuerst, innere, sittliche Motive erfassen, sondern muß sich zunächst an den nachweisbaren Tatbestand halten. Selbstverständlich soll niemand bestraft werden, der für einen Tatbestand nicht verantwortlich gemacht werden kann, der also nicht schuldig ist. Schuldig kann aber nur sein, wer irgendwie mit Wissen und Willen dabei war, d. h. mit Vorsatz oder mindestens mit einer dem Willen zur Last zu legenden Fahrlässigkeit gehandelt oder eine gebotene Handlung nicht gesetzt hat. Dieser gesamte « innere Tatbestand » muß aber immer vom « äußeren Tatbestand » aus aufgerollt werden, sonst hätte man den Sinn des geschriebenen Gesetzes und vor allen Dingen den des geschriebenen Strafgesetzes nicht erfüllt. Der Richter kann also nicht bei der inneren Gesinnung beginnen, aus welcher eine Tat erfolgt ist, sondern muß zuerst untersuchen, ob der Tatbestand, und zwar hier in allererster Linie der äußere Tatbestand überhaupt rechtliche Bewandtnis hat. Aus dieser Vordringlichkeit des äußeren Tatbestandes erklärt es sich, daß der Versuch nicht so schwer bestraft werden kann wie das vollendete Vergehen, obwohl er vom Ethischen her gesehen unter Umständen eine schwerere Sünde sein kann als die Ausführung der Tat selbst.

Das Strafrecht befindet sich also in dem Spannungsverhältnis von zwei Grundprinzipien, einerseits das Verbrechen gerecht zu bestrafen, andererseits die Entscheidung über die Strafwürdigkeit und die Zumessung der Strafe nach kontrollierbaren Maßstäben vorzunehmen. Während der Gesetzgeber, wie gesagt, das Anliegen der Rechtssicherheit dem der Gerechtigkeit dienstbar macht, d. h. in der Strafgesetzgebung vordringlich an die Aufrechterhaltung der Ordnung und die gerechte Bestrafung der Übertretung denkt, richtet sich die Sorge des Strafrichters naturgemäß zuerst auf die Erhaltung der Rechtssicherheit, d. h. auf die Einhaltung der seiner Kompetenz gesetzten Grenzen, selbst auf die Gefahr hin, daß eventuell der eine oder andere echte Übeltäter dem Arm der Gerechtigkeit entrinnen mag.

Die Strafrechtswissenschaft hat verschiedene Handlungslehren entwickelt, von denen jede einen bestimmten Aspekt des rechtswidrigen Verhaltens herausstellt. Mit Recht sagt *Arthur Kaufmann* in seiner sowohl rechtsphilosophisch wie auch rechtstheoretisch gründlichen Schrift : « Wir haben eine 'kausale', eine 'finale', eine 'symptomatische' und eine 'soziale' Handlungslehre, und jede behauptet, *die* Handlung schlechthin zu erfassen. Dabei sind Kausalität, Finalität, Bewußtsein und geistige Sinnhaftigkeit nichts anderes als die vier großen Bausteine, aus denen das menschliche Sein und daher auch die menschlichen Handlungen zusammengesetzt sind. Keine der genannten Handlungstheorien ist also falsch, falsch ist nur, daß richtige Teilaspekte verabsolutiert und mit dem Paß ontologischer, d. h. vollständiger und adäquater Wahrheit versehen werden. »⁴⁸ Ohne diese verschiedenen Handlungstheorien authentisch darstellen zu wollen, sei im Folgenden kurz das unrechtliche Verhalten entsprechend den verschiedenen Gesichtspunkten, angefangen von dem äußeren Tatbestand bis zur inneren Schuld, analysiert. (Zum eingehenden Studium der gesamten Frage über Schuld und Strafe sei auf die mustergültige Arbeit von *Arthur Kaufmann* hingewiesen.)

Die juristischen Handlungslehren

Die juristischen Handlungslehren seien hier nur in groben, schematischen Zügen und nur soweit sie ethisch und rechtsphilosophisch bedeutsam sind, dargestellt.

⁴⁸ Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg 1961, 82.

Im Bemühen, den äußeren Kausalzusammenhang genau zu analysieren, hat sich im Strafrecht die sog. *kausale Handlungslehre* herausgebildet, die alles Äußere der Rechtswidrigkeit, alles Innere aber der Schuld zuweist. Der Vorsatz wird hierbei zur Schuldfrage geschlagen. Diese Theorie faßt jedenfalls am richtigen Ende an, nämlich dort, wo es um den sachlichen Ausschnitt der rechtswidrigen Handlung geht. Der Strafrichter muß zuerst wissen, was überhaupt « geschehen » ist.

In dem – so häufig zitierten – Fall des Nähmädchens, das eine leukämische Arbeitskollegin mit der Schere gestochen hatte, muß man doch zunächst erfahren, welche Folgen dieser Stich gehabt hat, ob er tödlich war oder nicht. Im Anschluß daran wird man zu untersuchen haben, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit oder keines von beiden vorliegt. Dabei erhebt sich die Frage, inwieweit die Folge des Stiches im Vorsatz oder im fahrlässigen Verhalten beschlossen sein konnte. So ergibt sich schließlich die Zumessung der Schuld.

Wer nun die strafrechtliche Behandlung eines Falles ganz von der äußeren Kausalordnung her auffaßt, den Vorsatz also nur für die schuldhaftige Zurechnung herbeizieht, kommt zu Urteilen, die zwar dem durch das positive Gesetz visierten äußeren Tatbestand gerecht werden, aber dennoch dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechen können. So könnte ein Bandenchef unter Umständen nicht als Täter, sondern nur als Gehilfe bestraft werden, wenn er bei der Ausführung der diebischen Einbrüche nicht selbst Hand angelegt, sondern dieses Geschäft seinen Gefährten überlassen hat. Das gefährlichste Subjekt ist hier nicht Täter, es wird also im Grunde für seine Schlauheit noch prämiert.

Aus diesem Grunde hat die *subjektive Theorie* den Vorsatz mit in den Tatbestand aufgenommen. Sie versucht, in die subjektive Willenseinstellung des Täters oder der Beteiligten einzudringen, um festzustellen, ob « animus auctoris » oder « animus socii » vorliegt. Demgemäß wird auch der als Täter bestraft, der nur den wirksamen Befehl erteilt hat, obwohl er keine tatbestandsmäßige Ausführungshandlung vollzogen hat. Andererseits kann einer nur als Gehilfe, nicht als Täter erfaßt werden, obwohl er den gesamten objektiven Tatbestand verwirklicht hat. Die Theorie hat im allgemeinen bei den Juristen keine Sympathie gefunden, weil die objektiven Unterscheidungsmerkmale des animus auctoris und des animus socii fehlen. Immerhin wurde damit der final gerichtete Vorsatz in den äußeren Kausalvorgang einbezogen.

*Hans Welzel*⁴⁹ ist diesem finalen Element in seiner *finalen Hand-*

⁴⁹ H. WELZEL, Das neue Bild des Strafrechtssystems, Eine Einführung in die

lungslehre näher nachgegangen. Für ihn ist der Vorsatz eindeutig ein Merkmal des Tatbestandes, ohne den die Tatbestandsmäßigkeit des äußeren Geschehens gar nicht ermittelt werden kann. Das wird, wie er betont, unleugbar beim « Versuch ». Wenn jemand an einem anderen vorbeischieße, so könne dieser äußerliche Kausalvorgang ein Mordversuch, ein Versuch der Körperverletzung oder ein Schießen an unerlaubten Orten sein, je nach dem Vorsatz, den der Täter hatte. Wenn aber der Vorsatz beim *versuchten* Delikt zum Tatbestand und nicht erst zur Schuld gehöre, so müsse dieselbe Funktion auch dann beibehalten werden, wenn das versuchte Delikt in das Stadium der Vollendung übergehe. Der Vorsatz ist also nicht erst ein die Schuld, sondern bereits ein den Tatbestand konstituierendes Element. Zum Tatbestand gehört aber nach *Welzel* nicht schon die Rechtswidrigkeit. Diese ist sowohl vom Tatbestand wie auch von der Schuld unterschieden. Um rechtswidrig zu sein, muß eine Tatbestandsverwirklichung in Widerspruch zur Rechtsordnung als Ganzem stehen, nicht also nur zu einer einzelnen Norm. Z. B. verbietet die Rechtsnorm den Tatbestand des Tötens, Stehlens, Ehebrechens. Natürlich sei jede Verwirklichung eines solchen durch das Gesetz umschriebenen Tatbestandes normwidrig, jedoch nicht immer rechtswidrig. Denn die Rechtsordnung bestehe nicht nur aus Normen (Verboten oder Geboten), sondern auch aus Erlaubnissätzen. So sei die Verwirklichung des Tatbestandes « Tötung eines Menschen » im Falle der Notwehr oder im Kriege erlaubt. Die Unterscheidung zwischen Normwidrigkeit und Rechtswidrigkeit ist allerdings sehr gekünstelt und übrigens anfechtbar. Denn die Tötung aus Notwehr ist, wenn man die Dinge reell und nicht nominell sieht, nicht normwidrig. Doch spielt diese Unterscheidung in unserem Zusammenhang keine Rolle. Viel wichtiger ist die Auffassung *Welzel's* von der Schuld. Erst wenn Tatbestand und Rechtswidrigkeit festgestellt sind, erhebt sich für *Welzel* die Schuldfrage. Schuld ist für *Welzel* Vorwerfbarkeit. Vorwerfbar ist eine Tat gemäß seiner Auffassung nicht schon dann, wenn der Täter ihre tatbestandsmäßige Seinsbeschaffenheit richtig kannte oder erkennen konnte, sondern nur dann, wenn er auch ihre Rechtswidrigkeit kannte oder erkennen mußte. Diese Auffassung heißt, weil sie die Schuldfrage vom Vorsatz trennt, « *Schuldtheorie* ».

Im Gegensatz zu dieser steht die sog. *Vorsatztheorie*. Diese nimmt Vorsatz und Schuld zusammen. Sie erklärt, daß der Vorsatz ein Bestand-

teil der Schuld ist. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört hier zum Tatvorsatz. Fehlt es dem Täter, so ist sein Vorsatz ausgeschlossen, selbst wenn er mit voller Kenntnis des Tatbestands handelt. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit schließt also den Vorsatz aus. Wir werden sehen, daß die Vorsatztheorie, unter der Bedingung, daß man sie nicht nur als juristische, sondern zugleich als natürlich-sittliche Lehre von der Normwidrigkeit versteht, ihre großen, nicht zu leugnenden Vorzüge gegenüber der Schuldtheorie hat. Der einfache Menschenverstand sagt sich z. B., daß ein Mann, der einen fremden ungezogenen Jungen zwei Stunden in seinen Kohlenkeller einsperrt, weil er glaubt, ein Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern zu haben, den rechtswidrigen Tatbestand der Kinderzüchtigung gar nicht erfüllt. Wenn er gewußt hätte, daß diese Handlung verboten gewesen wäre, hätte er das Kind überhaupt nicht gezüchtigt. *Welzel* antwortet darauf, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht etwas sei, was dem Täter vorgeworfen werde, sondern weshalb dem Täter der rechtswidrige Vorsatz vorgeworfen werde. Es ginge in der Schuldfrage also darum, ob der Täter die Rechtswidrigkeit seines Handlungsentschlusses hätte wissen müssen oder nicht. Auch das ist richtig. Die Dinge liegen aber tiefer. Wenn wir nämlich der Ansicht sind, daß es Handlungen gibt, die in sich, d. h. aufgrund ihrer inneren Wesenheit, also ihrem sittlichen Gehalt nach so normwidrig sind, daß Wertblindheit nicht in Frage kommen kann, dann fällt die Frage: hätte der Täter die *Rechtswidrigkeit* kennen müssen? mit der Frage: hat er echten Vorsatz gehabt? zusammen. In diesem Falle sind also Vorsatz und « Vorwerfbarkeit » eins.

Das Bemühen *Welzel's*, die Schuldfrage vom Vorsatz zu trennen, kommt dem allgemeinen Anliegen der Juristen entgegen, die Schuldfrage säuberlich vom Schuldbewußtsein und Schuldempfinden des Täters zu lösen. Denn für den Richter kommt es schließlich darauf an, einen möglichst objektiven Maßstab zu finden, gemäß welchem er einen rechtswidrigen Vorsatz dem Täter vorwerfen kann. Er strebt ein sozial kontrollierbares Urteil über die Schuldfrage an. Wenn man dieses Anliegen, einen vom psychologischen Schuldempfinden und Schuldbewußtsein gelösten, abstrakten Maßstab der Schuld zu finden, richtig und bis zu Ende durchdenkt, dann gelangt man zum sog. « normativen » Schuldbegriff, normativ im Sinne der Reinen Rechtslehre *Kelsen's*. In ihm sind Rechtsschuld und sittliche Schuld klar voneinander geschieden. Die Schuld ist nicht mehr der Vorwurf, den der Mensch in sich selbst empfindet, auch nicht und erst recht nicht der Vorwurf, den der Richter in

sich nachvollziehend erlebt, wenn er sich in das Verbrechen des Angeklagten hineinversenkt. Die Schuld ist vielmehr die Vorwerfbarkeit einer Handlung gemäß einer allgemeinen sozialen Regel: « Das Recht ... muß sich, auch wenn dadurch das individuelle Leben gewisse Einschränkungen erleidet, an das halten, was unter bestimmten 'typischen' Umständen 'möglich' ist. Schuldig im Sinne des Strafrechts ist deshalb der, der diesen an ihn gerichteten Anforderungen nicht entspricht. Daraus ergibt sich die Folgerung: Schuld im strafrechtlichen Sinne gibt es und gibt es insoweit, als nach den gesamten äußeren und inneren Umständen des Falles mit dem Urteil über die rechtswidrige Tat der Vorwurf verbunden werden kann, 'man' hätte unter diesen Umständen 'anders handeln können' »⁵⁰.

Allerdings ist diese normative Schuldbemessung gar nicht so rein normativ, wie es auf den ersten Blick aussieht. Denn woher wird schließlich diese Regel gewonnen? In jener unbekannt Person, die unter diesen Umständen hätte anders handeln können, wird doch auch ein subjektives Bewußtsein oder Empfinden vorausgesetzt. Wie sollte sonst der Richter erklären, daß sie anders hätte handeln können? Dasjenige, was man erwarten kann, wird schließlich, wie betont wird, nach dem bestimmt, « was man von einem charaktervollen Menschen billigerweise unter den gegebenen Umständen erwarten konnte und deshalb erwartete »⁵¹.

Damit sind wir mitten in einer philosophischen Frage, nämlich bei dem Problem, ob sich die juristische Schuld überhaupt von der sittlichen loslösen lasse. Wir werden diesem Gedanken später eigens nachgehen. Auf was es aber hier ankommt, ist das Verständnis für die praktische Notwendigkeit, eine solche Schuldtheorie « auszubauen », welche das Anliegen der Rechtssicherheit weitmöglichst erfüllt. Nun ist es allerdings wiederum eine schwerwiegende rechtsphilosophische Frage, ob man die Rechtssicherheit so weit treiben darf, daß für die Gerechtigkeit, zu welcher das subjektive Rechtsbewußtsein wesentlich gehört, kein Platz mehr bleibt.

Wer die Schuld in den Vorsatz hineinverlegt, kann nicht mehr nur von « Vorwerfbarkeit » reden, sondern muß von Vorwurf, und zwar Gewissensvorwurf sprechen. Im kanonischen Recht ist dieser Gedanke so

⁵⁰ E. MEZGER, Strafrecht, Ein Studienbuch, Allgemeiner Teil, München-Berlin 1960, 137 f.; vgl. A. KAUFMANN, Das Schuldprinzip, 226.

⁵¹ E. MEZGER, Schuld und Persönlichkeit, Marburg 1952, 15; vgl. A. KAUFMANN, Das Schuldprinzip, 226.

stark unterstrichen, daß derjenige, welcher in seinem persönlichen Schuldbewußtsein sich nicht schwer anzuklagen hat, keine Exkommunikation *latae sententiae* inkurrieren kann. Natürlich braucht das Schuldbewußtsein nicht in einem Wertfühlen oder Wertempfinden zu bestehen. Es genügt das *Bewußtsein*, daß der Vorsatz als solcher schlecht ist. Die Vorsatztheorie erhält, wenn sie naturrechtlich aufgefaßt wird (wie z. B. von *Arthur Kaufmann*), eine bemerkenswerte Note, die unter Umständen zu einem ganz anderen Urteil kommt als die normative Schuldtheorie. Wer nämlich mit der Naturrechtslehre der Auffassung ist, daß der Tatbestand bestimmter Delikte, so sicher der eigentlichen Kriminaldelikte (im Unterschied zu den Ordnungswidrigkeiten), aus sich Unrechtstatbestand ist (wenngleich zur strafrechtlichen Verfolgung die gesetzliche Bestimmung des Tatbestandes vorausgesetzt werden muß), der wird den psychologischen Vorsatz nicht losgelöst von der Schuld betrachten können und umgekehrt. Er wird darum die Frage: « Hätte der Täter bei gehöriger Anstrengung seines Gewissens wissen müssen, daß sein Verhalten rechtswidrig war? » anders beantworten als derjenige, der gemäß der Vorstellung der normativen Schuldtheorie den Vorsatz von der Schuldfrage ablöst.

Untersuchen wir zur Verdeutlichung eine Handlung, die gemäß ihrem inneren Gehalt eine sittliche Bewandtnis besitzt, etwa die Abtreibung. Kann man in der aus ethischer Indikation vorgenommenen Abtreibung (Abtreibung im Falle der Notzucht) den Vorsatz von der Schuldfrage trennen? Die Schuldtheorie nimmt es gemäß ihrer Auffassung von dem normativen Charakter der Schuld an. Sie stellt fest, daß der Arzt die Entfernung der Leibesfrucht mit freiem Willen vorgenommen hat, und fragt anschließend, wie weit er hätte wissen oder ahnen können und müssen, daß seine Handlungsweise rechtswidrig war. Wer der Auffassung ist, daß es überhaupt keine vom Wesen der Handlung her bestimmte Schuld gibt, kann sich hier nur die Frage stellen, inwieweit der Arzt gemäß den unter Ärzten allgemein üblichen Rechtskenntnissen hätte wissen müssen, daß sich die gesetzlich erlaubte medizinische Indikation nicht ohne weiteres per analogiam auf die ethische Indikation übertragen läßt. Wenn also die Beurteilung der Abtreibung einzig eine Angelegenheit der positiven Gesetzgebung ist, dann genügt die Untersuchung des Grundes, warum der Arzt die Heranziehung eines Rechtsberaters versäumt hat. Wer dagegen der Überzeugung ist, daß man die Abtreibung gar nicht wollen kann, ohne ein Schuldbewußtsein zu wecken, und zwar deswegen, weil die Abtreibung aus ihrem Wesen heraus

widernatürlich ist, der wird den Verbotsirrtum des betreffenden Arztes schwerer belasten.

Diese Problemstellung führt unmittelbar in die philosophische Frage, ob es Handlungen gibt, die aus ihrer Natur heraus nicht nur unsittlich, sondern auch rechtswidrig sind, wenngleich sie durch das positive Strafrecht nicht erfaßbar sein mögen. Es geht also um die Frage der wurzelhaften Identität von sittlicher und rechtlicher Schuld.

ZWEITER ARTIKEL

Schuld und Strafe in philosophischer Sicht

Abklärung des Begriffes « Schuld » zum Verständnis des Prinzips « keine Strafe ohne Schuld »

Das Prinzip « keine Strafe ohne Schuld » ist als Prinzip der « Gerechtigkeit » (im Sinne von « wenigstens nichts Unrechtes tun ») gegenüber dem um die Rechtssicherheit besorgten Grundsatz « keine Strafe ohne Gesetz » noch vorrangig. Welchen Sinn hat aber der Satz : « keine Strafe ohne Schuld » ? Die Frage kann nur beantwortet werden, wenn man sich überlegt, für welchen Sinn das Wort « Schuld » logisch « supponiert ». Es geht also zunächst noch gar nicht um eine ethische oder rechtsphilosophische Auseinandersetzung über die Wirklichkeit von Schuld, sondern nur darum, unter welcher Voraussetzung der Satz « keine Strafe ohne Schuld » (= « es darf keine Strafe geben ohne Schuld ») eine echte Aussage ist. Das Prinzip ist allerdings in dieser Formulierung noch nicht ursprünglich ausgedrückt. Denn wenn man sagt, es dürfe ohne Schuld keine Strafe geben, dann setzt man voraus, daß derjenige, der schuldig ist, « verdient » bestraft zu werden. Dies will aber besagen, im Grunde geht es um das Prinzip « auf Schuld muß Strafe folgen ». Wenn wir also wissen wollen, für welchen Sinn das Wort « Schuld » im Prinzip « keine Strafe ohne Schuld » supponiert, dann müssen wir die Supposition von « Schuld » in der ursprünglicheren Formulierung suchen : « auf Schuld muß Strafe folgen ».

Erste logische Supposition des Begriffes « Schuld ». – Man könnte unter Schuld zunächst verstehen *Verantwortlichsein*, das Verantwortenmüssen, das Einstehenmüssen, das Zur-Verantwortung-gezogen-werden-können für eine begangene sitten- oder rechtswidrige Tat. Wenn das Wort « Schuld » in diesem Sinne supponiert, dann besagt das Prinzip « auf

Schuld muß Strafe folgen » eigentlich nichts. Es ist eine echte Tautologie. Denn es ist damit bereits vorausgesetzt, daß die sitten- oder rechtswidrige Tat etwas im Menschen zurückläßt, wofür er einstehen und mehr als das : büßen muß. Ein Verbrecher wird noch nach langen Jahren, wenn er sich nach seinem Verbrechen schon vollständig in die Gesellschaft reintegriert hat, als schuldig bezeichnet. Er muß immer noch einstehen, Verantwortung leisten und büßen. Wer also unter Schuld nur das Zur-Verantwortung-gezogen-werden-können versteht, der setzt bereits den Begriff der Strafe in die Schuld hinein, ohne zu sagen, warum. Warum muß man für eine sitten- oder rechtswidrige Tat einstehen und büßen, wenn die Untat schon lange vergangen ist ? Ist es wirklich so selbstverständlich, daß der Verbrecher wegen seiner Tat etwas « schuldig » bleibt, weswegen er permanent zur Verantwortung gezogen werden kann ? Schuld im Sinne von schuldig sein, kann also nur heißen : Schuld = Pflicht zur Übernahme von Strafe. Das Prinzip « auf Schuld muß Strafe folgen » ist darum in diesem Sinne eine reine Tautologie, somit wertlos.

Zweite logische Supposition des Begriffes « Schuld ». – Zum gleichen Ergebnis führt der Begriff « Schuld » im Sinne von *Vorwerfbarkeit*. Dieser Begriff ist nur ein anderer Name für denselben Sachverhalt. Dem Täter kann die Tat vorgeworfen werden, weil er dafür verantwortlich ist, dafür einstehen muß, nachdem die Tat schon lange vorüber ist. Man geht dabei von der Vorstellung aus, daß die sitten- oder rechtswidrige Tat den Täter schuldig macht, wofür er noch etwas abzugelten hat. Auch hier faßt man nicht die Tat selbst, sondern dasjenige, das aus der Tat zurückbleibt. Man betrachtet den Täter als Schuldner, wie man einen Menschen, der fremdes Gut besitzt, als Schuldner jener Sache bezeichnet, die er immer noch im Besitze hält. Ein Dieb wird als doppelter Schuldner betrachtet, schuldig, die entwendete Sache zurückzugeben (Rückerstattungspflicht), und schuldig im Sinne von Einstehen für die begangene Rechtsuntat des Diebstahles. Dieses letzte Schuldigsein wird gewissermaßen auch als eine Art Rückerstattung verstanden, Rückerstattung der geistigen Schuld, die aus dem Diebstahl zurückgeblieben ist.

Wenn wir das Prinzip « auf Schuld muß Strafe folgen » wirklich im Sinne eines « muß », d. h. eines Appells an den Autoritätsträger, von dem die Norm erlassen wurde, auslegen wollen, dann müssen wir tiefer eindringen. Wir müssen erklären, warum aus der sitten- oder rechtswidrigen Tat eine Schuld, die in dem Einstehenmüssen oder in der fortdauernden Vorwerfbarkeit besteht, folgt. Wir müssen also den Begriff Schuld nicht nur als Schuldigsein für eine Tat auffassen, sondern haben die Tat selbst

als *Ursache* des Schuldigseins zu erkennen. Damit kommen wir zu einer neuen logischen Supposition von Schuld.

Dritte logische Supposition des Begriffes « Schuld », Schuld als sittennormwidrige Handlung. – Schuld im Sinne der vorsätzlich sittennormwidrigen Handlung ist nicht nur die fortdauernde Vorwerfbarkeit, sondern die in der Tat selbst liegende vorsätzliche Normwidrigkeit. Wenn wir von diesem Wortsinn aus die Frage stellen: muß auf Schuld = sittennormwidrige Handlung Strafe folgen?, dann klingt sie nicht mehr so selbstverständlich. Genau gestellt, lautet die Frage: Zieht Schuld = sittennormwidrige Handlung ein permanentes Schuldigsein nach sich, das auch dann noch besteht, wenn der Mensch sich längst in die Normenwelt wieder eingliedert hat? Macht jede sitten- oder rechtswidrige Tat den Täter zum Schuldner, daß es mehr braucht, um zum Nicht-Schuldner zu werden, als nur die Erkenntnis und das Eingeständnis der in der Tat gesetzten Normwidrigkeit? Man braucht in diesem Zusammenhang durchaus keine theologischen Konzeptionen heranzuziehen. Aus der Befangenheit und Angst vor der Theologie kommt man leicht heraus, wenn man das lateinische Wort « culpa » benützt (im Unterschied von debitum). Die Scholastik hat culpa stets im Sinne der Normwidrigkeit des peccatum (Sünde) verstanden. Um eine Verwechslung mit dem debitum, eine Strafe zu übernehmen, zu vermeiden, hat sie einen doppelten reatus unterschieden: den reatus culpae und den reatus poenae. Der erste ist die Sünde, der zweite dagegen die aus der Sünde folgende Schuldigkeit, die Strafe zu übernehmen. Nulla poena sine culpa heißt also: nulla poena sine reatu culpae, nicht aber: nulla poena sine reatu poenae. In der zweiten Formulierung sticht die Tautologie spürbar ins Gehör.

Wenn also das Prinzip « auf Schuld muß Strafe folgen » schon rein logisch einen Sinn haben soll, dann muß man die Normwidrigkeit in der Handlung selbst finden. Sie muß ein Wesenselement des Vorsatzes selbst sein. Wer also einen rein normativen Schuldbegriff zugrunde legen würde, könnte das Prinzip logisch nicht mehr begründen. Denn die Strafe wäre keine Wesensfolge des Aktes. Nun ist aber jede Normwidrigkeit, welche den Akt in seinem inneren Sein affiziert, eine sittliche Normwidrigkeit, so sehr es sich dabei um einen Rechtsakt handeln mag. Der rechtswidrige Akt kann darum nur dann seinem Wesen gemäß Strafe verlangen, wenn er zugleich sittennormwidrig ist.

Die weitere Untersuchung über die Schuld, die Strafe nach sich ziehen soll, kann darum nur mit der sittenwidrigen Handlung beginnen.

Wir müssen also zunächst wissen, ob bereits die Normwidrigkeit im inneren Handlungsbereich, ob also bereits die sittliche Normwidrigkeit den Täter zum Schuldner macht. Wenn hier kein Wesenszusammenhang zwischen Normwidrigkeit und Strafe besteht, dann erübrigt sich jede weitere Diskussion über den rechtswidrigen Vorsatz. Dann würde das Schuldigsein von außen herangetragen, die Unrechtstat würde von der Gesellschaft einfach als weiterhin « vorwerfbar » bezeichnet. Das Schuldigsein, das aus der Tat folgen soll, wäre nichts anderes, als der Vorwurf, den die Gesellschaft als Beleidigte dem Täter so lange macht, bis er die Strafe abgeübt hat. Die Vorwerfbarkeit wäre die Tatsache, daß die Gesellschaft sich zu gegebener Zeit auf eine rechtswidrige Handlung hin mit einem Gegenschlag zu antworten für berechtigt « hält ».

Metaphysische Begründung des Zusammenhanges von Schuld und Strafe

In der Ethik hat die Strafe nur einen Platz, wenn man die sittliche Handlung als jenes bewußte Tun auffaßt, das auf Grund seines inneren Wesens auf eine in der ewigen Gerechtigkeit begründete Norm bezogen ist. Wer also die metaphysische Fundierung in der Ethik ablehnt, wird erst recht in der Erklärung des Verhältnisses von Unrechtstat und Strafe ganz andere Wege gehen müssen. Die metaphysische Fundierung der sittlichen Handlung darf allerdings nicht mit Heteronomie der ethischen Norm verwechselt werden. Die göttliche Norm ist im Gewissen des Menschen selbst verwirklicht, das nicht etwa nur ein Vernehmungsorgan für übergeordnete, fremde Befehle, sondern echte Partizipation des Ewigen Gesetzes ist. Hierüber länger zu disputieren, dürfte hier nicht der Ort sein. Es sei nur betont, daß diese Ausgangsposition nicht nur eine glaubensmäßige Option ist, sondern die einzige Möglichkeit bietet, die sittlichen Phänomene lückenlos zu erklären.

Wie aus dem Traktat über das Ewige Gesetz hervorgeht, ist das Ewige Gesetz eine Norm, welche ihrem Wesen nach Wirksamkeit besitzt. Jede Moral- und Rechtstheorie, welche nicht vom Ewigen Gesetz ausgeht, mag zwar von wirksamen Normen sprechen, sie kann aber niemals die Wirksamkeit aus der Norm selber, sondern nur von einem « Fremdfaktor » ableiten. Die Norm ist dann nur Regel, welche ihre Wirksamkeit aus dem freien Willen der Gesellschaftsglieder oder aus dem kraftvollen Arm des Autoritätsträgers entleiht. Nur wer in die metaphysische Ordnung aufsteigt und dort die Gerechtigkeit als identisch mit der Allmacht erkennt, kann sich zum absoluten Gesetz bekennen: « Gerechtigkeit

muß sein », und zwar « muß » in der Weise, daß sie irgendwie auch sein wird. Anders wäre der Satz nur ein Wunsch : Gerechtigkeit « müßte » sein, ist wünschenswert. Mindestens die erste Norm muß diese Grundbedingung erfüllen, daß sie absolut, d. h. im unendlichen Raum wirksam ist. In jeder anderen, von dieser abgeleiteten Norm mag sich die Wirksamkeit weniger deutlich erweisen. Immerhin aber müssen wir auch hier die Wirksamkeit in der Norm selbst vorfinden können, sonst würde eine echte Partizipation der ewigen Norm fehlen.

Wir werden also verstehen, daß das Ewige Gesetz, welches die Grundnorm sämtlicher Normen ist, aus sich heraus Sanktionsgewalt und somit auch Strafbefehl ist, wo die Ordnung durchbrochen wird. Denn anders wäre es nicht mehr wirksam aus sich selbst. Aus dem Wesen des Ewigen Gesetzes geht hervor, daß für den Menschen das Ewige Gesetz als Gesetz, d. h. als echte menschliche Norm, überhaupt nicht existieren würde, wenn unsere praktische Vernunft nicht die naturhafte Partizipation dieses Ewigen Gesetzes wäre. Das Ewige Gesetz muß im Menschen ein Organ haben, das den absoluten Befehl als Apriori übernimmt. Sonst bliebe die erste Norm immer nur hypothetisch, im Sinne : sofern der Wille des Menschen ihr die Wirksamkeit gibt.

Das Gewissen als naturhafte Qualität unserer praktischen Vernunft ist in seiner Absolutheitsforderung die kreatürlich einzig mögliche Verwirklichung des Ewigen Gesetzes im Menschen. Es besitzt die beiden Eigenheiten der Norm : es ist Regel und zwar wirksame, weil absolute Regel. Wer die Absolutheit nur inhaltlich und nicht zugleich auch ursächlich begreift, verflüchtigt den Sinn der Norm zur reinen Regel, zum bloßen Wert, kann also im eigentlichen Sinne von wirkkräftiger Regel, d. h. Norm im strengen Sinne, nicht mehr sprechen. Die Wirksamkeit unseres Gewissens kommt darin zum Ausdruck, daß die gegen das naturhafte Gewissen gesetzte Handlung einen Widerspruch im Menschen hervorruft, der einer inneren Spaltung der vernünftigen Natur gleichzusetzen ist. Der sogen. « Gewissensbiß » oder besser das Schuldbewußtsein ist die immanente Strafe einer Vernunft, die gegen die naturhafte Grundnorm verstößt. Das Gewissen ist also durch die Wirksamkeit seines Normcharakters in sich Sanktionsgewalt und wird zum Strafbefehl, wo die von ihm diktierte Ordnung durchbrochen wird.

Man beachte, daß, wie das Gewissen als aus sich wirksame Norm etwas Geistiges darstellt, ebenso auch die Strafe, die sich aus dieser Norm ergibt, zunächst etwas Geistiges ist : der Zwiespalt im sittlichen Bewußtsein. Alle anderen, sich vielleicht im psychischen und körperlichen Be-

reich auswirkenden Sanktionen, wie Niedergeschlagenheit oder Kräfteverfall (letzteres z. B. bei Verfehlungen gegen die Mäßigkeit), sind sekundärer Natur. Sie tragen nicht Strafcharakter, sondern sind Begleiterscheinungen der eigentlichen, geistigen Strafe innerhalb der Gesamtpersönlichkeit.

Halten wir aus dem bisher Gesagten fest, daß das Gewissen eine aus sich wirksame Norm ist, die mit ebenso naturhaftem Impuls Strafe « verhängt », wie sie das Gute diktiert. So verstehen wir die natürliche Überzeugung des rechtschaffenen Menschen, daß sittenwidriges Handeln nicht unbestraft bleiben könne. Die sittenwidrige Handlung schafft in uns einen Zustand der Normwidrigkeit, der, weil er ein ontologischer Zustand ist, zugleich Strafe bedeutet. Damit erst sind wir permanent « schuldig ». Dieser seinsmäßige Zustand der Normwidrigkeit erhält im Bewußtsein des Menschen die Gestalt der Anklage des Gewissens gegen die sittenwidrige Existenz, d. h. gegen den aus der sittenwidrigen Handlung entstandenen Zustand. Die Strafe im sittlichen Sinne ist der im Schuldbewußtsein verwirklichte Verlust des geistigen Glückes.

Man könnte die Erkenntnis des Zusammenhanges von sittenwidriger Handlung und Strafe noch vertiefen, indem man sich die Natur der sittenwidrigen Handlung vor Augen führt. Diese ist nämlich keine reine Negation des Guten, sondern ein echter menschlicher Akt, der seiner Natur nach in Beziehung zur Norm, dem Gewissen, steht. Die Sittenwidrigkeit bedeutet darum nicht nur Abwesenheit eines gebührenden Aktes, sondern Mißbildung eines Aktes, wie ähnlich der hinkende Mensch nicht dem Menschen gleichzustellen ist, der sich überhaupt nicht bewegt. Der Widerspruch zwischen Sittennorm und sittenwidrigem Handeln ist nicht nur eine Imputationsfrage, sondern etwas Reales, und zwar deswegen, weil die Sittennorm im Sein, nämlich im Gewissen, verwirklicht ist.

Die Strafe als Sühne für sittennormwidriges Handeln

Die Beseitigung des sittennormwidrigen Zustandes vollzieht sich in der Rückwendung des Willens zur Ordnung des Gewissens. Damit ist das Schuldbewußtsein behoben. Ist aber hiermit auch die Strafe am Ende? Um diese Frage zu beantworten, müssen wir uns der geistigen Reichweite der sittennormwidrigen Handlung bewußt werden.

Es liegt im Wesen des Geistes, einmalig, nämlich unzeitlich zu sein. In der sittennormwidrigen Handlung als geistigem Akt vollzieht der Mensch eine Abkehr von dem naturhaften endgültigen Ziel des Menschen.

Es liegt daher an sich in der Natur sittennormwidrigen Handelns, endgültig zu sein ; es ist darum seiner Natur nach an sich auch endgültig strafwürdig. Darum auch die absolute Anklage des Geistes vor sich selbst, wenn er sich vom Endziel abgewandt hat.

Es gehört nun aber zur « menschlichen », d. h. materiellen, raumzeitlichen Daseinsweise, einen Wandel in den « endgültigen » Entscheidungen vornehmen zu können. Der Mensch, der in seiner sittennormwidrigen Handlung im geistigen Bereich an sich alles getan hat, um eine unabänderliche Abkehr vom letzten Ziel vorzunehmen und so einen unabänderlichen normwidrigen Zustand zu erzeugen und damit auch unabänderlich in Strafe zu sein, benützt seine Zeitverbundenheit als Chance der Umkehr. Damit ist sein normwidriger Zustand zwar behoben, das Schuldbewußtsein in seinem Kern saniert und auch die immanente Strafe beendet. Und doch liegt eine Kongruenz der zusätzlichen Übernahme einer Sühne vor im Hinblick auf die Diskrepanz zwischen sittennormwidriger Handlung als endgültiger Abkehr und dem zeitlich begrenzt ertragenen Strafzustand. Obwohl nicht mehr durch das Bewußtsein der Normwidrigkeit belastet, erkennt der Mensch doch diese Diskrepanz als eine Ungleichheit zwischen seinem Verbrechen und der tatsächlichen Begrenzung der Strafe. Daher rührt sein Bewußtsein, daß der « Gerechtigkeit » mit der Umkehr eigentlich nicht Genüge getan wurde. Darum immer noch das deutliche « Schuld »-bewußtsein, die quälende Erkenntnis, irgendwie noch etwas schuldig zu sein, im Sinne von haftbar, restitutionspflichtig. So fordert das Gewissen um der Gleichheit zwischen sittennormwidriger Handlung und Strafe willen zusätzlich eine Sühne, die wir gemeiniglich mit dem Begriff Strafe belegen. Hier haben wir die Erklärung unserer natürlichen Forderung : auf Schuld (sittennormwidrige Handlung) *muß* Strafe folgen.

Diese Sühneleistung ist nicht dasselbe wie die Umkehr zum Endziel des Menschen. Sie ist vielmehr eine Manifestation dieser Umkehr, die Erfüllung einer kongruenten Forderung der Befreiung aus der Normwidrigkeit. Vom ethischen Gesichtspunkt aus ergibt sich der innere Sinn der Strafe überhaupt erst auf der Grundlage der Schuldbefreiung im Sinn von Behebung der Normwidrigkeit.

Faßt man nun die sittennormwidrige Handlung nicht nur als Mißachtung der der praktischen Vernunft immanenten Norm, sondern, im Hinblick darauf, daß diese eine Partizipation des Ewigen Gesetzes ist, zugleich auch als Abkehr vom göttlichen Gesetzgeber, somit als Beleidigung dieses höchsten Wesens, dann begreift man erst richtig, was mit

Sühneleistung gemeint ist. Sühne wird für eine an sich, d. h. in ihrem geistigen Gehalt endlose, weil unzeitliche Schuld geleistet, und zwar einem höchsten Wesen, vor dem man in letzter Instanz verantwortlich ist.

Der Bezug der sittennormwidrigen Handlung auf eine beleidigte Person ermöglicht erst den Gedanken, daß die Strafe gnadenweise « erlassen » werden könnte, sofern es dem Beleidigten gefällt. Das Christentum weiß, daß im absoluten Raum diese « Möglichkeit » Wirklichkeit geworden ist. Die rein natürliche Ethik dagegen rechnet mit diesem Einbruch der Gnade Gottes nicht. Für sie bleibt daher die Strafe das einzige Mittel, um die echte Umkehr zu bestätigen. Der Gedanke an die Verwirklichung von Gnade nimmt erst dort Gestalt an, wo der Mensch sich vor einem anderen als dem ewigen Rechtsschöpfer befindet, nämlich vor der gesellschaftlichen Autorität. Diese betrachtet sich durch die Unrechtstat stellvertretend für die Gesellschaft als Beleidigte und darum auch als berechtigt, den Täter zu « begnadigen ». Obwohl der Vertreter der Gesellschaft also im eigentlichen Sinne « Gnade und Barmherzigkeit » vor Recht walten lassen kann, so tritt der Gesichtspunkt der « Gnade » und der « Barmherzigkeit » im heutigen Verständnis des Begnadigungsrechts zurück, da er, geschichtlich gesehen, mit der Vorstellung des Königs von Gottes Gnaden, der nach dem Beispiel des barmherzigen Gottes verfährt, assoziiert ist. Was heute den Träger der Autorität bewegt, Gnade vor Recht walten zu lassen, ist – abgesehen von zufälligen, z. B. politischen, Gesichtspunkten – die Überzeugung, daß jede irdische Gerechtigkeit nur Stückwerk sein kann⁵². Der Respekt vor der absoluten Gerechtigkeit, die durch ein richterliches Urteil verletzt werden könnte, ersetzt völlig die christlich-religiös geprägte Anschauung, der Machthaber müsse Erbarmen üben, wie Gott es in der Erlösung getan habe. Das tatsächliche Erbarmen Gottes ist rational nicht erfaßbar. Was wir rational erkennen können, ist lediglich ein an sich mögliches Erbarmen Gottes. Und zwar ruht diese Erkenntnis auf der Einsicht, daß die Schuld, die aus der Unrechttat folgt, aus ihrem Wesen heraus geschenkt werden kann unter der Voraussetzung, daß der Täter zur sittlichen Ordnung zurückgekehrt ist. Das Motiv echter Begnadigung bedarf darum an sich der glaubensmäßig theologischen Stütze nicht.

⁵² Vgl. Friedrich GEERDS, *Gnade, Recht und Kriminalpolitik*, Tübingen 1960.

Das Problem Schuld und Strafe ohne metaphysischen Hintergrund

Wir hatten bisher das Problem Schuld und Strafe von der ersten realen Norm her aufgerollt, d. h. vom Ewigen Gesetz her. Von hier aus führte der Weg in die der menschlichen Vernunft immanente Partizipation des Ewigen Gesetzes. Die sittennormwidrige Handlung erschien so als ein Verhalten oder Tun gegen die Natur. Das daraus entstehende Schuldbewußtsein erschien als ein Zwiespalt in der menschlichen Vernunft selber. Damit war der Zustand der Strafe von selbst gegeben. Da die sittennormwidrige Handlung als willentlich definitive Abkehr vom Endziel des Lebens an sich auch eine definitive Strafe im Gefolge hat, verbleibt im Gewissen des Menschen, nachdem er sich aus dem Zustand der Normwidrigkeit gelöst hat, das Bewußtsein, für die begangene Tat noch etwas schuldig zu sein. So ergibt sich auf natürlichem Wege die innere Pflicht, eine zusätzliche Sühne zu übernehmen.

Wenn man sich nun von dem metaphysischen Hintergrund, von dem aus allein Norm und Sein zusammenfallen, trennt und doch nicht einfach in eine reine Instinktlehre hinabsinken will, dann bleibt nichts anderes übrig, als die Norm rein « normativ » zu fassen, d. h. als eine Verhaltensregel, als einen heteronomen Imperativ, der seine Wirksamkeit nicht aus sich besitzt. Von diesem Gesichtspunkt aus gibt es keinen geistigen Zustand der Normwidrigkeit, der zugleich Strafe wäre. Die psychologischen Momente sind Begleiterscheinungen, die aber nicht wesentlich mit der Normwidrigkeit zusammenhängen. Denn die normwidrige Handlung würde keine Abkehr vom letzten naturhaften Ziel mehr bedeuten, sondern wäre nichts anderes als die Abkehr von der « reinen Norm », Schuld also die Anrechenbarkeit eines sittlich schlechten Aktes. Das Empfinden des Menschen, für die begangene normwidrige Tat irgendeine Sühne leisten zu müssen, gälte als rein psychologisches Phänomen, dem eigentlich keine sittliche Qualifizierung zukäme. In dieser Sicht gilt also der Satz nicht mehr: « Schuld (= sittennormwidrige Handlung) schließt Strafe ein », oder: « auf Schuld (= sittennormwidrige Handlung) folgt wesentlich Strafe ». Ebenso unbegründet erscheint die Forderung: « auf Schuld (= sittennormwidrige Handlung) *muß* Strafe folgen ». Man könnte höchstens noch sagen: auf normwidriges Handeln kann Strafe folgen, wenn die Seinsbedingungen gegeben sind, welche auf normwidriges Handeln mit Strafe reagieren, etwa eine rächende Gesellschaft oder eine wirkkraftige Autorität. Die Begründung der Strafe

muß daher in einer nicht-metaphysisch orientierten Vorstellung der Schuld aus irgendwelchen utilitaristischen Zwecken entnommen werden : Zwang zur Umkehr, zur Reintegration in ein Ordnungsganzes, Vorsichtsmaßnahme gegen die Schädigung anderer.

Von jenen Theorien über Schuld und Strafe, welche das Normative vernachlässigen und das gesamte Problem verpsychologisieren, brauchen wir hier nicht zu sprechen, da sie zu primitive Vorstellungen vom Ethischen sind. Die sittliche Handlung ist hier das dem naturhaften Instinkt folgende (oder diesem widersprechende) Verhalten. Die Krankheit als Folge naturwidrigen Handelns ist bereits Strafe, so wie etwa das Tier durch Übelkeit « bestraft » ist, wenn es zuviel gefressen hat. In der rein psychologischen Lehre vom sittlichen Handeln fehlt der echte Normbefehl.

Die Theorien, welche ohne den metaphysischen Hintergrund die normwidrige Handlung einfach als « Zerstörung einer Ordnung » und die Strafe als « Wiederherstellung der Ordnung » begreifen, kommen über das reine Zweckdenken nicht hinaus. Die Grundlage ist dabei eine kosmologische Vorstellung der sittlichen Ordnung. Die Vergeltungstheorie im Sinne des *jus talionis* ist eine solche kosmologische Auffassung der Strafe. Wenn einer einem andern vorsätzlich das Auge verletzt hat, dann muß auch er zur Wiederherstellung der Ordnung das Auge verlieren : Aug' um Aug', Zahn um Zahn. Es soll damit die Aequivalenz im Kosmos oder in der Gesellschaft wiederhergestellt werden. Die Ordnung, die es durch die Sühne wiederherzustellen gilt, ist aber nicht, oder wenigstens nicht zunächst, die Ordnung zwischen Dingen oder Menschen, sondern die Ordnung zwischen der Abkehr vom letzten Ziel und dem dadurch geschaffenen permanenten Strafzustand. Die Aequivalenz, die zwischen der sittennormwidrigen Handlung und dem mit dieser wesentlich verbundenen naturnormwidrigen Zustand (natürlicher Strafzustand) besteht, fordert nach der Umkehr eine Ersatzleistung, die aber naturgemäß nicht aequivalent sein kann, es darum auch nicht zu sein braucht (vgl. weiter unten : « Die Strafbemessung »). Der Begriff der Ordnung, mit welchem die Strafe in engstem Zusammenhang steht, ist also ein ganz anderer, als etwa die kosmologische Theorie unterstellt. Das absolute Wertbewußtsein des Menschen, daß auf Schuld (= sittenwidriges Handeln) Strafe folgen muß, findet seine genuine Erklärung einzig in einer Theorie, die erstens von einem unverfälschten Begriff der Norm ausgeht und zweitens die absolute Norm in das Gewissen des Menschen verlegt. Eine solche Theorie ist aber nur möglich auf dem Boden der Metaphysik.

Schuld und Strafe in der Sozialethik

Jede sittennormwidrige Handlung bedeutet, so sehr sie rein personalen Charakter tragen mag, eine Beraubung der Gesellschaft um jene Werte, die nur durch gesellschaftliche Kooperation ihre Erfüllung im Menschen finden. Wenn schon die « Schlafmützen » einen Ausfall für die Gesellschaft bedeuten, dann noch viel mehr jene Menschen, die in ihrem, auch noch so privaten, Leben den naturgeforderten Lebenssinn mißachten. Jede, auch noch so private normwidrige Handlung ist darum zugleich eine Unrechtstat gegen die Gesellschaft. Sie wird aber für die Gesellschaft erst erfaßbar, wenn sie sich nach außen kundtut. Doch ist zu beachten, daß der Gesichtspunkt der Ansteckung und des schlechten Beispiels zunächst nicht ins Gewicht fällt, um ein in sich unsittliches Tun rechtlich zu verfolgen. Sittenwidriges Verhalten ist mit rechtlichen Mitteln erfaßbar, auch wenn die Umwelt in keiner Weise gestört wurde. Wenn die Öffentlichkeit sich über einen Sittenskandal aufhält, dann betrachtet sie das Geschehene in sich als Kulturschaden, auch wenn es noch so geheim gehalten wurde. Was den Protest hervorruft, ist nicht die Tatsache, daß der eine oder andere davon Kenntnis bekommen hat, sondern die sittliche Untat selbst. Von den Vertretern des Volkes erwarten die Wähler ein echtes, einwandfreies Sittenleben, nicht nur die nötige Umsicht, öffentlichen Skandal zu vermeiden. Damit wird doch ausreichend deutlich, daß die Gesellschaft an sich Wert darauf legt, eine Gesellschaft guter Sitten und nicht nur das, sondern guter Menschen zu sein. Zum Zusammenleben gehört das sittlich gute Streben eines jeden Gesellschaftsgliedes. Die Idee des Gemeinwohls schließt also eigentlich die personale Moral aller ein. Alle Gemeinwohlwerte aber tragen echten Rechtscharakter.

Aus dem Gesagten und vor allen Dingen aus den bereits im 1. Band der Sozialethik⁵³ gemachten Ausführungen müßte klar hervorgehen, daß die personale oder individuelle Verantwortung dieselbe ist wie jene, welche wir der Gesellschaft gegenüber haben, nämlich eine echte sittliche Verantwortung. Ein Vergehen gegen die soziale Ordnung kann daher nur dann ein echtes Vergehen sein, wenn es zugleich im sittlichen Sinne eine Sünde und somit mit dem eigenen, persönlichen Schuldbewußtsein verbunden ist.

⁵³ 262 ff.

Die Anwendung der sozialetischen Auffassung von Schuld und Strafe auf das positiv-rechtliche Gebiet

Obgleich auf der Ebene des Naturrechts Recht und Moral zusammengehören, fragt es sich, wieweit das positive Recht sittliches Tun sanktionieren kann. Das Ziel des positiven Rechts muß sein, jene verbindlichen Regeln für das zwischenmenschliche Verhalten aufzustellen, die dem Endziel des Menschen entsprechen. Das positive Recht kann, da es die zwischenmenschlichen Handlungen regeln soll, nicht mehr erfassen, als durch die Gesellschaft kontrollierbar ist. Es können daher grundsätzlich nur äußere Handlungen sanktioniert werden, und zwar solche äußere Handlungen, die ihrer Natur nach irgendwie gesellschaftlich feststellbare Wirkungen hervorrufen. Es ist also nicht absolut notwendig, daß die Handlung selbst zwischenmenschlichen Charakter habe. So bestraft das positive Gesetz mit vollem Recht die geheim vollführte Bestialität. Und zwar wird diese widernatürliche Unzucht nicht etwa nur dann bestraft, wenn sie mit exhibitionistischen Nebenabsichten verbunden ist, sondern in sich, da sie den Charakter des Menschen derart deformiert, daß sein Verhalten mit der Umwelt naturnotwendig infiziert ist. Die Juristen, welche heute für die Abschaffung der rechtlichen Sanktion der von Erwachsenen freiwillig vollführten Homosexualität eintreten, sollten sich über die sozialen Folgen Rechenschaft geben.

Die Unrechtstat muß aber stets mit dem sittlichen Schuldbewußtsein des Täters verbunden sein. Man kann also die juristische Schuld nicht einfach im Sinne der rein normativen Schuldauffassung der richterlich beurteilten Vorwerfbarkeit gleichsetzen. Andererseits bedarf es objektiver Maßstäbe, um festzustellen, wann und wieweit eine sittliche Schuld vorliegt. Hier hilft die von der Schuldtheorie aufgestellte Regel: Hätte der Angeklagte entsprechend den in der Gesellschaft als geltend erkannnten Verhaltensregeln das Verbot erkennen können und müssen? Unter den in der Gesellschaft geltenden Verhaltensregeln wird man nicht nur das Durchschnittswissen, sondern auch das Durchschnittsgewissen verstehen müssen, d. h. das Wert- und Schuldempfinden, wie es dem Rechtsgefühl der Gesellschaft oder eines bestimmten Standes, welchem der Täter angehört, entspricht. Es bleibt weiterhin dem Richter nicht erspart, sich mit psychologischem Geschick in den Gewissenszustand des Angeklagten hineinzudenken, um zur Sicherheit zu kommen, daß die nach objektiven Regeln festgestellte Vorwerfbarkeit in Form eines echten Schuldbewußtseins existiert: *nullum crimen sine culpa*, kein Verbrechen

ohne Schuld, und zwar ohne sittliche Schuld. Ein Überzeugungstäter, der mit seinem ehrlichen, wenn auch irrtümlichen Gewissen gehandelt hat, kann nicht bestraft werden.

Das Eindringen in das Schuldbewußtsein des Täters kann also in sehr vielen Fällen einen Schuldausschluß oder doch wenigstens eine Schuldminderung zur Folge haben. Dies betrifft namentlich auch jene Fälle, wo mehrere Unrechtstaten vorliegen, die den Täter als Gewohnheitsverbrecher erscheinen lassen. Gerade bei Gewohnheitsverbrechern kann Schuldinderung vorliegen, die darum die Strafe herabsetzt, andererseits natürlich die Vorsichtsmaßnahmen verschärft.

Das Eindringen in das subjektive Schuldbewußtsein kann aber auch zu einer verschärften Schuldbeurteilung führen. Auf diesen Sachverhalt wurde bereits früher hingewiesen. Nehmen wir zur Erklärung folgendes instruktives Beispiel : Der verheiratete A, der schon Jahre lang von seiner Frau getrennt lebt, verkehrt geschlechtlich mit seiner Freundin und erklärt vor Gericht, er habe in keiner Weise daran gedacht, daß hier ein Ehebruch vorliegen könnte. Die sogenannte « Vorsatztheorie » (*Mezger, Schönke* u. a.), welche das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz rechnet, kommt hier zum Urteil, daß kein Ehebruch vorliegt, weil kein Ehebruchsvorsatz vorhanden war. Das fehlende Bewußtsein der Rechtswidrigkeit schließt somit den Vorsatz des Ehebruchs aus. Es kann also keine Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung der Tat stattfinden.

Die « Schuldtheorie », gemäß welcher die Schuld nur Vorwerfbarkeit bedeutet (*Graf zu Dohna, Welzel, v. Weber, Busch* u. a.), erklärt dagegen, daß das fehlende Bewußtsein der Rechtswidrigkeit den Vorsatz nicht ausschließe. Der Vorsatz erstreckte sich nur auf die Tatbestandsmerkmale der betreffenden Straftat, umfasse also nicht das *Bewußtsein* der Rechtswidrigkeit. Es handelt sich somit nach dieser Theorie bei A um einen Ehebruchsvorsatz. Die Schuldtheorie würde hier nun weiter fragen, ob nach den in der Gesellschaft geltenden Moralregeln A auch nach langer Trennung von seiner Ehefrau die sittlich-rechtliche Verpflichtung der Ehetreue hätte erkennen können und müssen. Dabei geht es um die Untersuchung, inwieweit bei fehlendem Unrechtsbewußtsein ein (unter Umständen geringer) Schuldvorwurf oder kein Schuldvorwurf gemacht werden könne und müsse. Der Jurist, der die Schuldtheorie vertritt, ist daher in der Lage, unter Umständen den Schuldvorwurf eines echten Ehebruchsvorsatzes auszusprechen.

Gehen wir der Sache aber tiefer auf den Grund, dann werden wir feststellen, daß der außereheliche Geschlechtsverkehr in sich als unsitt-

liche Handlung zu bezeichnen ist und vom natürlichen Gewissen auch als solche aufgefaßt wird, selbst dann, wenn eine längere gewollte Trennung der beiden Ehegatten vorausgegangen ist. Denn die Ehe ist vom natürlichen Gewissen als Lebensvertrag zwischen Mann und Frau erkannt. Wir kommen also mit dieser sittlichen Auslegung der Schuld auf den Vorsatz zurück und stellen fest, daß der Vorsatz nicht nur Tatbestandsvorsatz, sondern zugleich echter Ehebruchsvorsatz war, weil mit dem Tatbestand das Bewußtsein der Sitten- und somit auch Rechtswidrigkeit wesentlich verbunden ist.

Wir sehen also, daß eine echt sittliche Analyse des Vorsatzes und des damit notwendig verbundenen Schuldbewußtseins tiefer in den Sachverhalt eindringt und unter Umständen einen strengeren Maßstab anlegt, als jede nur juristische Betrachtung, in welcher Form sich diese nun gestalte, in der Art der Vorsatztheorie oder der Schuldtheorie. Die Erklärung von Schuld und Strafe, wie wir sie gegeben haben, ist eine sittliche (im Gegensatz zur rein juristischen) Vorsatztheorie. Die rein juristische Vorsatztheorie ist ein Monstrum. Darum hatte die Schuldtheorie bei den Juristen mehr Chance. Die Schuldtheorie ist aber unfähig, die tief sittliche Realität jeder Schuld zu erkennen. Wenn man ihre groteske Auffassung von der Schuld korrigiert, gelangt man zur genuin *sittlichen* Vorsatztheorie, welche den Tatbestandsvorsatz nicht von der sittlichen Schuld ablösen kann. Die beiden juristischen Theorien, die Vorsatztheorie und die Schuldtheorie, sind im Grunde nichts anderes als die Suche nach einer Notlösung, nachdem man das natürliche Gewissen in seiner *rectitudo* nicht mehr anerkennen wollte.

Nur das natürliche Gewissen kann, wie aus dem Gesagten hervorgeht, Grundlage der Beurteilung der Schuld sein. Man wird allerdings dieses natürliche Gewissen nicht von einer glaubensmäßigen Orientierung aus erklären dürfen. Der Richter ist hier gehalten, sich an den sittlichen Maßstab der existierenden Gesellschaft zu halten. Andererseits wäre es eine Bankrotterklärung der Justiz gegenüber einer verkommenen Gesellschaft, wenn sie die Grundnorm des Zusammenlebens nicht im natürlich-sittlichen Gewissen verankert sehen könnte. Die Tatsache, daß das Weltgewissen nach dem zweiten Weltkrieg gegen die Kriegsverbrecher geradezu mit Naturgewalt sich geäußert hat, beweist, daß die rein juristische Vorwerfbarkeit von selbst an der Realität scheitert.

Der Zweck der Strafe für rechtswidriges Verhalten : die Sühne

Hat man die Strafe als Wesensangebinde der Schuld erkannt, dann kann man sich der Auffassung, daß die Strafe zuerst und wesentlich Sühne ist, nicht mehr verschließen. Die Rechtsgesellschaft muß die Strafe zuerst in diesem Sinne verstehen, auch wenn der Täter selbst seine innere Umkehr nicht vollziehen will. Natürlich macht eine auferlegte Strafe, die vom Täter nicht selbst als Sühne getragen wird, den Anschein einer reinen Rache. Doch ist für diesen Schein nicht die Gesellschaft verantwortlich, sondern der Täter.

Da vom Täter aus gesehen die Strafe eine Manifestation seiner inneren Umkehr ist, ist sie von Natur aus dazu angelegt, seinen Besserungswillen zu bestärken und so seine Reintegration in die Gesellschaft zu fördern. So erhält die Strafe, von ihrer sittlichen Struktur her gesehen, den Charakter eines Mittels zur Besserung und zur sozialen Reintegration. Selbstverständlich ist dieser zweite Zweck wiederum nur sinnvoll in der Voraussetzung der inneren Umkehr des Täters. Sollte dieser bei der Verhängung der Strafe die Umkehr noch nicht vollzogen haben, dann kann die Gesellschaft hoffen, daß er sich im Strafvollzug dazu durchringen wird. Der Praeventivzweck, d. h. der Zweck der Abschreckung vom Verbrechen, ist ein Nebenzweck und hat eigentlich keinen Wesensbezug zur Strafe selbst. Er hängt mit der Sanktionskraft der Norm, d. h. des Gesetzes, zusammen. Seine psychologische Wirkkraft ist übrigens sehr umstritten.

Die Strafbemessung

Es gibt eine doppelte Bemessung der Strafe : eine ontologische und eine moralische. Ontologisch ist die Strafe durch den sittennormwidrigen Zustand bemessen. Da die sittennormwidrige Tat, wie bereits gesagt, aus sich eine definitive Absage an das Endziel des Menschen bedeutet, schafft sie einen permanenten Zustand der Widernatürlichkeit und so einen permanenten Strafzustand. Daran kann der Mensch nichts ändern : Sündenzustand ist Strafzustand.

Die moralische Bemessung der Strafe ist die Bestimmung jenes Quantums an Sühneleistung, das nach der Rückkehr zum Lebenssinn noch abgegolten werden muß. Das Prinzip : « auf sittennormwidriges Handeln *muß* Sühneleistung (Strafe) folgen » spricht nichts über das Maß der Sühneleistung aus. Da die wesentliche Strafe durch die Umkehr

ebenso ontisch behoben ist wie der widernatürliche Zustand der Sittennormwidrigkeit selbst, ist die Bemessung der Sühneleistung eine Abwägung des persönlichen Werturteils, d. h. eine moralische Bemessung. Nun könnte man allerdings sagen, daß die sittennormwidrige Handlung nicht nur einen widernatürlichen Zustand hervorruft, sondern zugleich auch eine Beleidigung des ersten Gesetzgebers bedeutet, daß darum die Genugtuung in der Sühneleistung eigentlich niemals das Aequivalenzprinzip erfüllt. Dies scheint aber nach dem naturhaften Stand der Dinge auch nicht notwendig zu sein. Denn wenn die Umkehr real ist, d. h. wenn die Rückwendung zum letzten Ziel wirklich ontische Tatsache ist, dann kann auch der Zustand der Beleidigung nicht mehr bestehen. Jedenfalls ist das Aequivalenzprinzip: « Die Strafe muß der Schuld entsprechen » nur relativ zu fassen, d. h. daß verschiedene Schuld auch verschieden bestraft werde. Dieser Grundsatz steht aber weniger im Zusammenhang von Schuld und Strafe als vielmehr mit der austeilenden Gerechtigkeit (*justitia distributiva*), die wir unter uns Menschen verwirklichen müssen. Der Richter hat um jener Gerechtigkeit willen, welche Güter und Lasten verteilt – im Strafrecht handelt es sich um Lasten zur Sühneleistung –, die Strafe so zu bemessen, daß alle Täter analog gleich behandelt werden, daß also schwerere Schuld schwerer, leichtere Schuld leichter bestraft wird.

Besondere Aufmerksamkeit müßten wir eigentlich dem Problem schenken, ob ein menschlicher Richter einen Täter zum Tode verurteilen dürfe. Es seien hier zu diesem abgrundtiefen Problem nur einige Bemerkungen gemacht. Wir sind durch die Geschichte der Menschheit, in welcher die Todesstrafe eine so vielseitige Anerkennung gefunden hat, im Urteil zugunsten der Todesstrafe etwas vorbelastet. Das Argument des *Thomas von Aquin*, daß, wie ein faules Glied am Körper abgetrennt wird, so auch ein Verbrecher, der durch seine Tat das Zusammenleben mit den Mitmenschen total negiert, aus der Gesellschaft ausgestoßen und mit dem Tod bestraft werden müßte, steht nicht im Zeichen der Sühne für das Verbrechen, sondern der Bewahrung der Gesellschaft vor weiteren drohenden Gefahren: « Jeder Teil ist hingeordnet auf das Ganze, wie das Unvollkommene auf das Vollkommene. Deshalb beobachten wir, daß, wenn das Herausschneiden eines Gliedes, das vielleicht faul und daher eine Gefahr für die anderen ist, für die Gesundheit des ganzen Körpers sich als heilsam erweist, es vernünftig und heilsam ist, das Glied zu entfernen. Jede Einzelperson aber steht zur ganzen Gemeinschaft im Verhältnis des Teiles zum Ganzen. Wenn daher ein Mensch

auf Grund eines Verbrechens der Gemeinschaft zur Gefahr und zum Verderben wird, ist es vernünftig und heilsam, ihn zu töten, damit das Gut insgesamt gerettet werde; denn 'ein wenig Sauerteig durchsetzt die ganze Masse' (1 Kor. 5, 6) »⁵⁴. Im selben Sinne erklärt *Thomas* einige Zeilen weiter⁵⁵, die menschliche Gesellschaft beseitige nur diejenigen, die für die anderen eine Gefahr seien, während sie diejenigen, die durch ihre Sünde den andern nicht gefährlich seien, zur Übernahme der Buße am Leben lasse. Vom Sühnegedanken allein aus wird es schwer halten, einen eindeutigen Beweis für die Todesstrafe zu erbringen. Das Problem der Todesstrafe kann, wie es scheint, nur im Zusammenhang mit der Gesundheit des Gesellschaftskörpers gelöst werden, d. h. mit der Rücksicht auf Sicherheit und Heil der Gesellschaftsglieder und der Gesellschaft als Ganzem. Bei aller grundsätzlichen Anerkennung des Argumentes von *Thomas von Aquin* können wir uns heute wohl sagen, daß wir uns vor Verbrechen doch besser schützen können und außerdem mehr Respekt vor einem möglichen Justizmord haben als das Mittelalter⁵⁶.

⁵⁴ II-II 64, 2.

⁵⁵ ad 2.

⁵⁶ Zum Problem der Todesstrafe siehe die in A. Utz, Grundsatzfragen, Bd. I u. II, besprochene Literatur.