Zeitschrift: Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie = Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia = Swiss journal of philosophy

Herausgeber: Schweizerische Philosophische Gesellschaft

Band: 26 (1966)

Artikel: Bemerkungen zu den Beziehungen zwischen Recht und Ethik

Autor: Schultz, Hans

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-883289

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: 11.07.2025

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

gion particulière. C'est elle qui, venant de l'Etre et de l'Un, particularise le culte que nous devons à l'Etre et à l'Un par nos pensées et nos actions. Quant à la question du choix de la religion, sauf dans le cas d'une décadence ou d'une supériorité évidentes, elle ne se pose pas, pas plus que ne se pose le choix de la nourriture quand nous avons faim.

Dans ces conditions, si ce sont les religions qui donnent leur autorité aux différents codes moraux, la recherche du fondement de la morale passera par la religion. Je veux dire qu'on ne s'élèvera au fondement de la morale que si l'on comprend qu'il est au cœur de la religion elle-même. C'est elle qui, par un chemin particulier de pensée et d'action, donne accès à l'universalité de l'Etre ou de l'Un, dont elle vient et dont vient la morale.

BEMERKUNGEN ZU DEN BEZIEHUNGEN ZWISCHEN RECHT UND ETHIK

von Hans Schultz

Wer sich über die Beziehungen zwischen Recht und Ethik äußert, greift ein in eine Auseinandersetzung, welche die abendländische Philosophie seit ihren Anfängen in höchst intensiver Weise führt und die gerade in den letzten Jahrzehnten mit größter Lebhaftigkeit wieder aufgenommen wurde[1].

[1] Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien genannt: Hans Barth, Pestalozzis Philosophie der Politik, Erlenbach-Zürich und Stuttgart 1954; ders., Die Idee der Ordnung. Beiträge zu einer politischen Philosophie, ebendort 1958; Emil Brunner, Gerechtigkeit, Zürich 1943; Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950; Erich Fechner, Rechtsphilosophie, Tübingen 1956; W. Friedmann, Legal Theory, 3. Aufl., London 1953; Carl J. Friedrich, Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1955; Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München u. Berlin 1964; Ulrich Hommes, Die Existenzerhellung und das Recht, Frankfurt a. M. 1962; Kultur und Norm, Schriften zur wissenschaftlichen Weltorientierung, Band II, Berlin 1957; Werner Maihofer, Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie, Frankfurt a. M. 1954; ders., Vom Sinn menschlicher Ordnung, ebendort 1956; Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Göttingen 1962; ders., An den Grenzen des Rechts, Die Frage nach

Zwei geschichtliche Erfahrungen scheinen es vor allem zu sein, welche die Problematik von Recht und Ethik erneut in den Vordergrund rückten und die philosophische wie die sozialwissenschaftliche Diskussion unserer Zeit von der des ausgehenden 19. Jahrhunderts, genauer der der Vorkriegszeit, und eigentlich noch der Zwischenkriegszeit, deutlich unterscheiden. Die Vorkriegszeit ging davon aus, daß der Gesetzgeber seine Aufgabe erfüllte und, abgesehen von der Fragwürdigkeit einzelner Regelungen, eine Gesamtordnung schuf oder bestätigte, welche, zumindest von den herrschenden Schichten, als gerecht angesehen wurde. Der gute Gesetzgeber und der das Recht verwaltende Staat bestimmten als Leitbilder die damaligen Urteile über die positiven, hic et nunc geltenden Rechtsordnungen. Und drohte der Gesetzgeber zu versagen, so standen rechtlich vorgezeichnete Wege offen, die geltenden Verfassungsbestimmungen oder Gesetze in einem zum voraus festgelegten Verfahren zu ändern. Die Vorbereitung der Gesetzesänderung in offener Diskussion verstand sich von selbst. Die Erfahrungen der ausgehenden Zwischenkriegszeit, seit 1933 in Deutschland und im Stalinismus Rußlands, erneuerten die Einsicht, auf wie gebrechlicher Grundlage das Vertrauen in den guten Gesetzgeber und die Voraussetzung des der Verwirklichung von Recht dienenden Staates beruhten. Es wurden in der Form des Rechtes Anordnungen erlassen, welche nach dem von Gustav Radbruch geprägten Ausdruck sich als gesetzliches Unrecht erwiesen und die Fritz von Hippel von der Perversion von Rechtsordnungen sprechen ließen[2]. Der Staat, der nach Hans Kelsen iuristisch immer nur ein Rechtsstaat sein kann[3], wurde zum Träger des Unrechts, zum Verkünder offensichtlicher Ungerechtigkeiten

der Rechtsgeltung, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaften, Heft 128, Köln und Opladen 1966; Wilhelm Weischedel, Recht und Ethik, Karlsruhe 1956; ferner die mit eingehenden Bibliographien versehenen Sammelbände: Naturrecht oder Rechtspositivismus? Herausgegeben von Werner Maihofer, Wege der Forschung, Band XVI, Bad Homburg vor der Höhe 1962; Die ontologische Begründung des Rechts, herausgegeben von Arthur Kaufmann, gleiche Sammlung, Band XXII, ebendort 1965; siehe auch die in Anm. 5 genannten Werke.

[2] Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht; Süddeutsche Juristenzeitung 1946, Nr. 51; jetzt in Rechtsphilosophie, 4., von Erik Wolf besorgte Auflage, Stuttgart 1950, im Anhang, S. 347; Fritz von Hippel, Die Perversion von Rechtsordnungen, Tübingen 1955.

[3] Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1960, S. 289ff.

und zum Urheber verbrecherischer Handlungen. Diese Erschütterung positivistischer Gelassenheit gegenüber der Tätigkeit des historischen Gesetzgebers und der seine Erlasse anwendenden und vollziehenden Justiz und Verwaltung war der eine Grund, die Erörterungen über die Zusammenhänge zwischen Recht und Moral neu zu entfachen. Anzumerken ist, daß die philosophia perennis dem Gesetzgeber und dem positiven Recht gegenüber viel kritischer und zurückhaltender geblieben war, wie die um die Jahrhundertwende erschienenen Arbeiten von Viktor Cathrein bekunden[4].

Der zweite Grund scheint der zu sein: War früher die Natur das übermächtig, unheimlich, drohend, unübersehbar und oft zerstörend Waltende, dem Herr zu werden Aufgabe menschlicher Selbstbehauptung gewesen war, so kommen diese Eigenschaften heute dem vielfältig ineinander verschränkten, in seinen Wechselwirkungen weltweit gewordenen sozialen Leben und dessen Regelungen zu, verbunden mit dem im Hintergrund des Bewußtseins stets wachen Grauen vor der heute möglich gewordenen Zerstörung menschlichen Daseins überhaupt. Diese Entwicklung veranlaßt den Menschen, sich auf die Aufgaben der zwischenmenschlichen Ordnungen, deren tiefere Begründung, Verwirklichung und Gefährdung neu zu besinnen. Es ist nicht von ungefähr, daß in Zeiten solcher Erschütterungen und Bedrohungen sich eine Renaissance des Naturrechts ankündigt, Ausdruck des Suchens nach letzten und unveränderlichen Grundsätzen, welche jede rechtliche Anordnung begrenzen und rechtfertigen sollen[5].

---

[4] Viktor Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 2., beträchtlich vermehrte Auflage, Freiburg i. Br. 1909; unveränderter Nachdruck, Darmstadt 1964.

[5] Wiederum ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei hingewiesen auf Ernst Bloch, Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt a. M. 1961; Helmut Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts, Heidelberg 1947; Rudolf Henning, Der Maßstab des Rechts im Rechtsdenken der Gegenwart, Münster i. Westf. 1961; August M. Knoll, Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht, Wien-Frankfurt a. M.-Zürich 1962; Hans Reiner, Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts, Freiburg i. Br.-München 1964; Hans Ryffel, Das Naturrecht. Ein Beitrag zu seiner Kritik und Rechtfertigung vom Standpunkt grundsätzlicher Philosophie, Bern 1944; Erik Wolf, Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf, Frankfurt a. M. 1958; ders., Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung, 3. Aufl., Karlsruhe 1964. Ferner das in Anm. 1 genannte Sammelwerk Naturrecht oder Rechtspositivismus?

Vielleicht wurden die Grundlagen des Rechts in jüngster Zeit auch deshalb wieder lebhafter diskutiert, weil einzelne moderne Wissenschaften, wie die Psychologie und die Soziologie, sich den normativen Wissenschaften beigesellten, welche langer Überlieferung zufolge die Probleme zwischenmenschlicher Ordnungen zu ihren Gegenständen zählen, und weil die neuen Wissenschaften bisweilen den hergebrachten den Rang streitig machten, allein oder wenigstens maßgeblich zur Lösung der hier gestellten Aufgaben beizutragen.

Herkömmliches Denken suchte der Problematik von Ethik und Recht Herr zu werden im Zusammenhang großer Systeme, die zugleich großartige Sinndeutungen allen Seins darstellten und Natur und menschliche Ordnung in *einen* Zusammenhang fügten. Vom Satz des Anaximander an gilt die Gerechtigkeit als ein den Kosmos beherrschendes Prinzip, eine Auffassung, die noch kürzlich erneuert wurde von Hugo Marcus, der in der Äquivalenz das tragende rechtliche, ethische, ästhetische und kosmische Prinzip sah[6]. Das Bestreben moderner Wissenschaft, im Gleichgewicht der Systeme des Lebens wie der Gesellschaft eine letzte Erklärung zu finden, mutet wie eine Säkularisierung dieser Lehre an. Die vom Weltgeist ausgehende Ordnung allen Geschehens schließt nach stoischer Auffassung die Beziehungen zwischen den Menschen ein. Die von der göttlichen Vorsehung geleitete Entwicklung der natürlichen wie der menschlichen Dinge führt bei Thomas von Aquin wie noch bei Giambattista Vico zu einem einheitlichen Weltbild. Aber selbst bei Kant findet sich die Auffassung, die Natur zwinge den Menschen, in Freiheit durch eigene Bemühungen mit dem Mittel des Rechts den Gesamtzweck aller Dinge zu erreichen, den sonst die Natur von selbst verwirkliche. Die platonisch-aristotelische Lehre sieht die Gerechtigkeit als Tugend an und fordert Recht zu wahren als tugendhaftes Verhalten. Für die klassische griechische Auffassung wird, mit Vico zu sprechen, ein «Teil der Philosophie . . . Bürgerkunde genannt, die durch die Lehre von der Tugend, von der Gerechtigkeit wie ein Pfropfreis aus der Sittlichkeit hervorsproßt»[7]. Das Recht zu befolgen erweist sich deshalb als sittliches Gebot, wie es der Dialog Kriton in unübertrefflicher Weise sinnbildlich darstellt: den staatlichen Ge-

---

[6] Hugo Marcus, Metaphysik der Gerechtigkeit. Die Äquivalenz als kosmisches, juristisches, ästhetisches und ethisches Prinzip, Basel 1947.

[7] Giambattista Vico, Von dem einen Ursprung und Ziel allen Rechtes, Vorrede, Klassiker der Staatskunst, Band 8, Wien 1950, S. 10.

setzen und Gerichten ist Folge zu leisten, selbst wenn deren Spruch einem in ungerechter Weise trifft und vernichtet. Allein die Apologie des Sokrates steht für die Gegenposition: die sittliche Forderung, die sich im Gewissen kund tut, kann gebieten, den bestehenden Gesetzen nicht zu folgen. Steht nicht jedes Recht in Gefahr, zu erstarren, und ist der Rebell von heute nicht selten der gerechte Gesetzgeber für morgen?

Die Sicherheit des Systemdenkens ist uns Heutigen versagt, deren Fragen immer wieder neu die dem Menschen unausweichlich gegebenen Probleme in Griff zu bekommen suchen[8]. Vielleicht läßt sich ein Zugang zu der hier zu untersuchenden Problematik gewinnen, wenn versucht wird, sich den Beziehungen zwischen Ethik und Recht von einem anthropologischen Ausgangspunkt mit der Frage zu nähern, welche Aufgaben der Ethik und dem Recht im menschlichen Sein gestellt sind.

Ist, wie schon Herder sah, der Mensch «der erste Freigelassene der Schöpfung»[9], so heißt dies, daß er nicht unentrinnbar an zum vornherein gegebene Verhaltensweisen gebunden ist, welche durch Kausalbeziehungen oder zum voraus bestimmte Zweckgerichtetheit festgelegt sind. Sondern er vermag in gewissen Grenzen sein Leben selbst zu bestimmen; er hat sein Leben zu führen. Damit wird ihm sein Leben zur Aufgabe und in sein Sein ist ganz ursprünglich ein Sollen eingebunden. Der Mensch lebt in einer durch Sprache vermittelten Welt von Bedeutungen und ist fähig zu sachlich wertender Stellungnahme.

Fehlen dem Menschen mithin umfassende, vorgegebene und in dieser Weise verstandene natürliche Verhaltensweisen, so verlaufen auch seine Beziehungen zu seinesgleichen nicht in zum voraus bestimmten Bahnen. Deswegen ist der Mensch gehalten, selber Regelungen zwischenmenschlicher Beziehungen zu schaffen, die dem Aufgabecharakter seines Seins entsprechen. Ethik und Recht erweisen sich als zwei wichtige Arten der vom Menschen selber geschaffenen Ordnung. Sie sind ganz ausgesprochen Ausdruck des von Helmuth Plessner formulierten anthropologischen Grundgesetzes der «natür-

---

[8] Zur Bedeutung des Fragens in der heutigen Philosophie siehe Schultz, Strafrechtliche Bewertung und kriminologische Prognose, Mélanges Germann, Schweiz. Z. f. Strafrecht 75 1959 247, Anm. 5 und dort angeführte Autoren.

[9] Johann Gottfried Herder, Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit, in Herder, Mensch und Geschichte, Stuttgart 1957, S. 216.

lichen Künstlichkeit» des Menschen, dem das «Bewußtsein der konstitutiven Heimatlosigkeit des menschlichen Wesens» entspricht[10]. Ethik und Recht dienen, zukünftiges Verhalten festzulegen und, insbesondere das Recht, es verläßlich werden zu lassen. Sie vermitteln zugleich einen Maßstab, das Verhalten auf seine Richtigkeit hin zu beurteilen, unterstehen aber selber, dem Aufgabecharakter menschlichen Seins zufolge, der Frage nach ihrer Richtigkeit.

Wenn davon gesprochen wird, daß Ethik und Recht vom Menschen geschaffen werden, so ist damit nicht gemeint, daß jeder Einzelne an diesem Prozeß der Erzeugung von Verhaltensregeln dauernd und bewußt mitwirkt. Es handelt sich um langfristige geschichtliche Vorgänge, in die sich der Einzelne meistens durch Anpassung und Übernahme des Überlieferten einfügt. Doch diese «servitude volontaire», von der schon im ausgehenden 16. Jahrhundert Estienne de la Boëtie sprach[11], ändert nichts an der grundsätzlichen Eigenart solcher Regeln, von den Menschen geschaffen worden zu sein.

Damit ist zugleich gesagt, daß sich für die Menschen geregeltes Verhalten nie von selbst versteht. Es bedarf stets der Willenshandlung, die auf Herbeiführung oder Übernahme solcher Regelung gerichtet ist, sei es auch nur in der verblaßten Form fragloser Anerkennung sozialer Gewohnheiten und der überlieferten Ordnung. Konsens und Loyalität sind für Hans Barth wesentliche Merkmale jeder Ordnung[12]. Im Hinweis auf das in jeder Ordnung eingeschlossene Willensmoment liegt die Bedeutung der Staatsvertragstheorien. Das Willensmäßige hervorzuheben erscheint uns einzig deswegen befremdlich, weil die für uns wichtigste Gemeinschaft und Verkünderin rechtlicher Verhaltensregeln, der Staat, sich heute so sehr von selbst versteht. Allein es gilt nur den Blick zu richten auf die Beziehungen zwischen den Staaten, um einzusehen, daß eine von allen Beteiligten gewollte und befolgte gemeinsame Friedensordnung des Rechts sich keineswegs von selber versteht. Der Hinweis auf das Willensmoment, das jeder

---

[10] Helmuth Plessner, Die Stufen des Organischen und der Mensch, 2. Aufl., Berlin 1965, S. 309.

[11] Estienne de la Boetie, Discours de la Servitude volontaire, mit einem Vorwort von Edmond Gilliard, Pruntrut 1943. La Boetie beschreibt alle die Weisen, mit denen ein Gewalthaber durch Gewähren von Vorteilen Komplizenschaft erkauft. Ähnlich J. J. Rousseau, Sur l'origine et les fondements de l'inégalité, éd. la Pléiade, Band III, S. 188.

[12] Hans Barth, Die Idee der Ordnung, Beiträge zu einer politischen Philosophie, Erlenbach-Zürich und Stuttgart 1958, S. 217.

Ordnung eignet, läßt zudem deutlich werden, daß die rechtliche Ordnung für die Selbstbehauptung einer Gruppe von ausschlaggebender Bedeutung ist. Und für die Menschheit wird es entscheidend sein, ob sie rechtzeitig einsieht, daß das Recht der Selbstbehauptung der ganzen Menschheit als geordnete Gruppe dienen sollte.

In dem Entscheid für eine gemeinsame Ordnung liegt die Anerkennung des Anderen als gleichberechtigter Rechtsgenosse. Die Beziehung zur Gleichheit unterscheidet die Begründung der Rechtsordnung durch Willensentscheid von der Rückführung auf das Faktum, daß die Menschen aufeinander angewiesen sind, das von Plato bis zu Grotius und Rousseau zur Begründung des Staates und des Rechtes herangezogen wurde[12a]. Mit dem Willensentscheid ist auch dessen Begründbarkeit und Rationalität gemeint[13]. Den Anderen als Rechtsgenossen anerkennen heißt außerdem, ihm Vertrauen schenken.

Wenn vom Recht als einer Ordnung gesprochen wird, so ist dies nicht ganz zutreffend. Das Recht ist vielmehr, wie Hans Barth ebenfalls hervorhob[14], ein sich in der Zeit vollziehendes Ordnungsverfahren, ein zielgerichteter, zeitlich ablaufender Vorgang, um zu verbindlichen, allgemeinen Verhaltensregeln zu gelangen. So ist das Recht stetem Wandel unterworfen, obschon es auf Dauer und Erhaltung angelegt ist und mit seinen Institutionen der Gesellschaft zweifellos einige Stabilität zu verleihen vermag[15]. Der Soziologe Theodor Geiger nannte es einen «Racheakt des Lebens gegen die Institution», daß die als dauernd geltenden Gesetze stets im Gleiten sind[16]; der Jurist Gerardo Broggini sprach davon, daß «alles Recht *Übergangsrecht*» sei[17].

[12a] Platon, Der Staat. Über das Gerechte. Übertragen von Rudolf Rufener, Zürich 1950, II. Buch 369b, S. 132; Hugo Grotius, De jure belli ac pacis libri tres, ed. Barbey, C. Amsterdam 1720, Prolegomena 7, S. VI/VII; J. J. Rousseau, op. cit., S. 171. Neuestens Martin Drath, Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts, Tübingen 1963, bes. S. 45 ff.

[13] Dazu insbesondere Wilhelm Keller, Psychologie und Philosophie des Wollens, München und Basel 1954, S. 238f.

[14] Hans Barth, op. cit., S. 15.

[15] Hans Merz, Das Recht als soziale Ordnungsmacht. Rektoratsrede. Bern 1963, bes. S. 7/8, 27/8.

[16] Theodor Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Neuwied a. Rh. und Berlin 1964, S. 195.

[17] Gerardo Broggini, Dauer und Wandel im Recht; Z. f. Schweizerisches Recht, 1965 I 14.

Betrachtet man die Geschichte menschlicher Regelungsformen[18], so scheint es so zu sein, wie wenn zu Beginn der Menschheit die in kleinen Gruppen zusammenlebenden Einzelnen einem wenig differenzierten Gesamtsystem von Verhaltensweisen folgten, dessen Verbindlichkeit auf innern und äußeren Faktoren beruhte. Ein langwieriger geschichtlicher Aussonderungsprozeß führte zur Ausbildung verschiedener Regelungssysteme, wie Moral, Sitte, Recht oder soziale Gewohnheiten von der Art der Mode. Erst in relativ späten Zeiten läßt sich in der menschlichen Geschichte eine besondere soziale Erscheinung feststellen, welche als Recht angesprochen werden kann. Recht entsteht, wenn sich die Regelung des zwischenmenschlichen Verhaltens aus der Sphäre der Begegnung von Einzelnen, deren Aktionen und Reaktionen, löst, und in der Gestalt des unbeteiligten Dritten in Erscheinung tritt, die zuerst durch den Vermittler und Schiedsrichter, später durch den Richter und Gesetzgeber verkörpert wird. Das Auftreten des unbeteiligten Dritten ist der Ursprung der besonderen Einrichtung, welche als eigentümliche gesellschaftliche Organisation das Recht trägt: der Staat. Doch erst in sehr späte Zeiten bewußter Besinnung auf die verschiedenen Möglichkeiten, die zwischenmenschlichen Beziehung zu regeln, fällt die deutliche Entgegensetzung moralischer und rechtlicher Verhaltensweisen und die Untersuchung des jeweils geltenden Rechts darauf hin, ob es verdiene, als gerechtes Recht zu gelten[19].

Das Recht ist die allgemeine Friedensordnung einer bestimmten menschlichen Gemeinschaft. Seine Grundregel lautet, daß die einzelnen Teilhaber von der Ausübung der Gewalt ausgeschlossen sind, deren Verwaltung ausschließlich und nur in bestimmten Grenzen dem

---

[18] Dazu noch immer wegleitend Richard Thurnwald, Die menschliche Gesellschaft in ihren ethnosoziologischen Grundlagen, Band 1, Berlin und Leipzig, 1931, Band 5, Werden, Wandel und Gestaltung des Rechts, ebendort 1934; ferner Ralph Linton, The Tree of Culture, New York (1955) 1962; E. Adamson Hoebel, The Law of Primitive Man, Cambridge (Mass.) 1954.

[19] Über den Beginn einer Kritik des geltenden Rechts und seiner Anwendung bei Homer und Hesiod siehe Erik Wolf, Griechisches Rechtsdenken I, Vorsokratiker und frühe Dichter, Frankfurt a. M. 1950, S. 126, 131f., 144f., die aber nicht die erst bei den Sophisten auftretende Vorstellung einer doppelten Rechtsordnung voraussetzt. Anderseits findet sich noch bei Plato und sogar Aristoteles die Gleichsetzung von gesetzlich und gerecht, siehe z. B. Aristoteles, Nikomachische Ethik, V. Buch, 5. Kap.

höchsten sozialen Machtträger, dem Staat, zugestanden wird. Die Macht ist als rechtlich gezügelte Gewalt, entgegen Schlosser und Jacob Burckhardt, nicht an sich böse, sondern für das Leben einer Gruppe notwendig. Doch diese Eigenart aller rechtlichen Regelung, deren Stützung durch die Macht, ist außerordentlich wichtig. Wer nicht täglich beruflich mit dem Recht zu tun hat, vergißt oder übersieht zu leicht, daß im Hintergrund aller rechtlichen Bestimmungen die Zwangsvollstreckung zivilrechtlicher Ansprüche, die unmittelbare Durchsetzung staatlicher Gebote durch Verwaltungszwang und Polizei steht und daß dem, der rechtlichen Geboten widersteht, der Zwangseingriff der Strafe droht. Nicht nur die gerechte Norm, auch das Zuchthaus gehört zum Recht.

Zugleich ist das Recht eine allgemeine Regelung in dem Sinne, daß es festlegt, zu welchem Verhalten in einer bestimmten Situation jeder gegenüber jedem verpflichtet ist und was er von jedem anderen erwarten darf. Das Recht ist eine Friedensordnung durch zum voraus festgelegte, in allgemeiner Form ausgesprochene und damit wiederum auf Gleichbehandlung abzielende Entscheidung zwischenmenschlicher Konflikte. Deshalb bezeichnete Radbruch das Recht als an der Idee der Gerechtigkeit ausgerichtete Regelung von Konflikten[20]. Das Recht ist aber auch und ebenso stark Friedensordnung dadurch, daß es den Einzelnen bestimmte Formen des Zusammenwirkens zur Verfügung stellt oder solchen Formen erhöhte Wirksamkeit beilegt, wie die Verträge oder die Verbindung mehrerer zur rechtlichen Einheit der iuristischen Person, um gemeinsame Ziele zu erreichen.

Heute, und dies ist hervorzuheben, ist das Recht ein außerordentlich kompliziertes Ordnungsgefüge. In einem, wiederum durch rechtliche Vorschriften bestimmten Erzeugungsvorgang werden die allgemeinen Regeln des Rechts, die Rechtssätze, geschaffen. Sie finden als solche wohl nur in den wenigsten Fällen unmittelbar Anwendung. So wenn die Rechtsregeln meßbare oder, wie die Verkehrsregeln, in anderer Weise ohne weiteres feststellbare Voraussetzungen ihrer Anwendung festlegen. Inwieweit die rechtlichen Vorschriften sonst in der ihrem Sinn entsprechenden Weise beachtet werden, ist nicht genau zu ermitteln.

---

[20] Gustav Radbruch, Der Zweck im Recht (1937?), in Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen 1957 93/4. Ähnlich auch Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, Sinn rechtlicher Normen sei «die Entscheidung von Interessenkonflikten», S. 148/9.

Was als Übertragung der allgemeinen Regel auf den Einzelfall wirklich gilt, dies zeigt erst die Tätigkeit der das Recht anwendenden Instanzen, die der Gerichte und der Verwaltung. Ist das Urteil gefunden oder die Verfügung der Verwaltung ergangen, doch lebt der betroffene Rechtsgenosse ihnen nicht nach, so wird durch eigens dafür eingesetzte Organe der Rechtsordnung das Urteil oder der Verwaltungsakt vollstreckt.

Diese Hinweise mögen als Umwege erscheinen. Allein sie stehen mit dem Thema in engstem Zusammenhang. Sie zeigen, daß die Beziehungen zwischen Recht und Ethik an den verschiedensten Stufen der Rechtsverwirklichung ansetzen können: im Augenblick, da es um das Setzen der allgemeinen Regel geht oder in der Rechtsanwendung oder in der Vollstreckung. Es stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise ethische Überlegungen in der Erzeugung und Anwendung des Rechts eine Rolle spielen. Es kann aber auch, wiederum auf den verschiedensten Stufen der Rechtsbildung, für die Stellung des Einzelnen zum Recht, vom Einstehen für das Recht bis zum Widerstands«recht» einerseits, zur Querulanz anderseits, nach der Erheblichkeit ethischer Motive gefragt werden. Die Männer des 20. Juli, Michael Kohlhaas und Shylock, mögen die weiten Grenzen des hier in Frage stehenden menschlichen Verhaltens anzeigen.

Und noch eine knappe Zwischenbemerkung: als Jurist kann ich nicht anders, als das Gesamte des rechtlichen Regelungsverfahrens – Rechtssetzung, Rechtsanwendung, Vollstreckung – als eine in sich geschlossene, sinnvolle Einheit zu begreifen. Dies ist besonders hervorzuheben, weil schon 1897 der amerikanische Richter Oliver Wendell Holmes erklärte: «The prophecies of what the Courts will do in fact and nothing more pretentious are what I mean by law[21].» Und Max Weber trug wenig später die Ansicht vor, Recht sei die durchschnittliche Chance, daß die zuständige Behörde eingreife, wenn vor ihr der Sachverhalt der Normenverletzung geltend gemacht wird[22]. Diese Auffassung, welche vom amerikanischen Realismus und von Rechtssoziologen, wie Theodor Geiger[23], übernommen wurde, ver-

[21] Zitiert von Friedmann, Legal Theory, London 1953, S. 198.

[22] Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Aufl., I. Halbband, Tübingen 1956, 2. Teil, Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte, Kap. I, § 1, S. 183.

[23] Op. cit., bes. S. 205ff. über die Verbindlichkeit der Rechtsnorm, auch S. 380, der allerdings auch die freiwillige Befolgung rechtlicher Vorschriften zur Ermittlung der Verbindlichkeit heranzieht.

kürzt die rechtliche Regelung auf die Entscheidung des Einzelfalles durch die Gerichte oder die Verwaltung. Sie beachtet zu wenig, daß, sicherlich weit weniger auffällig, doch im Gesamt der sozialen Ordnung nicht weniger wirksam, die allgemeinen Rechtsregeln auch sonst das menschliche Verhalten bestimmen und damit in diesem spezifischen Sinne gelten.

Doch bevor gesagt werden kann, in welcher Weise ethisches Verhalten auf das Recht einwirkt, sollte feststehen, welche Verhaltensregeln als ethische zu bezeichnen sind. Wie lassen sich Ethik und Recht voneinander unterscheiden, wenn, wie hier, davon ausgegangen wird, daß sie beide demselben Grund entspringen: der Regelungsbedürftigkeit menschlichen Verhaltens überhaupt?

Geläufig ist die Unterscheidung, welche die ethische von der rechtlichen Regelung darnach zu trennen sucht, ob sie sich auf inneres oder äußeres Verhalten bezieht. Allein die Ethik erfaßt ebenfalls äußeres, insbesondere auch andere Menschen betreffendes Verhalten; das Recht, vor allem das moderne, schließt den Rückgriff auf inneres Verhalten nicht aus. Die gesamte Entwicklung des Strafrechts kann so zusammengefaßt werden, daß ursprünglich die äußere Verursachung einer Rechtsverletzung zur Bestrafung genügte, während heute einzig die durch fehlerhafte Willensbestimmung hervorgerufene, die verschuldete Rechtsverletzung Strafe auslösen soll. Ebensowenig vermittelt der Inhalt der Regeln immer ein taugliches Unterscheidungskriterium; sittliche und rechtliche Regelungen können denselben Inhalt aufweisen und tun es auch häufig. Ebensowenig schlägt die Differenzierung nach Autonomie und Heteronomie durch, weil, wie Laun, Radbruch und neuestens Hans Welzel[24] gezeigt haben, es nicht darauf ankommt, ob die Regel von außen an den Einzelnen herangetragen wird oder nicht, sondern darauf, ob ihr verpflichtende Kraft oder nur befehlende Gewalt zukommt. Autonomie bedeutet nicht, den Inhalt der zu befolgenden Regel aufzustellen, sondern die Regel befolgen, weil sie als sachlich begründet und deshalb verpflichtend angesehen wird[25]. Und selbst die von Kant getroffene

[24] Rudolf v. Laun, Recht und Sittlichkeit, Berlin 1935; Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., S. 38/9; Hans Welzel, Gesetz und Gewissen, In Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Band I, Karlsruhe 1960, 390f. Zur Frage der Autonomie und Drath, l. c., der dieses Problem als von aussen an das Recht herangetragen bezeichnet.

[25] Welzel, l. c.

Unterscheidung der Moralität von der Legalität nach dem Motiv, welches zur Befolgung der Regel führt[26], genügt nicht. Denn damit ist nur das sittliche Verhalten deutlich gekennzeichnet; legales, als äußerlich mit der Regel übereinstimmendes Verhalten vermag den Anforderungen anderer als rechtlicher Ordnungen ebenfalls zu genügen, so denen der Sitte als Übereinstimmung mit den allgemeinen Vorstellungen über richtiges Verhalten. Als Charakteristikum des Rechts könnte eher dienen, daß es im sittlichen Entscheid um das Handeln aus rechter Gesinnung geht, im Recht aber vor allem darum, einen sachlich richtigen Entscheid zu treffen. Deshalb stehen im Recht Erwägungen der Nützlichkeit, der Zweckmäßigkeit, der Rechtssicherheit, der Praktikabilität im Vordergrund. Diese Eigenart des Rechts hängt damit zusammen, daß es der Selbstbehauptung einer Gruppe dient und daß sich in ihm ganz besonders deutlich die Notwendigkeit des primum vivere bemerkbar macht. Allein auch diese Eigentümlichkeit trennt das Recht nur deutlich von der Ethik, doch weniger eindeutig von anderen Regelungssystemen wie Sitte und Brauch.

Wirklich eindeutig und einzig den Gegensatz von Ethik und Recht treffend scheint nur das Kriterium der Sanktion zu sein. Die Ethik überläßt es dem Gewissen, den Entscheid zu treffen und dessen Folgen zu tragen. Das Recht sieht als Folge regelwidrigen Verhaltens eine von einer besonderen und eigens dazu errichteten Institution zu verhängende Sanktion vor. Durch die Organisation der Sanktionierung unterscheidet sich das Recht zugleich deutlich von allen anderen Regelungen menschlichen Verhaltens, welche sicherlich nicht der Möglichkeit der Sanktionierung entbehren, doch keine geregelte, institutionalisierte Sanktionierung kennen.

Sind derart die Vorfragen wenigstens knapp berührt worden, so können in gebotener Kürze die Hauptfragen in Angriff genommen werden. Sie werden vorerst, den verschiedenen Stufen der Rechtsverwirklichung folgend, als Problem der Rechtsentstehung behandelt werden, darauf als Problem der Einstellung des Einzelnen zur Rechtsordnung.

Wird die Rechtssetzung als geschichtlicher Vorgang betrachtet, so steht außer allem Zweifel, daß ethische Vorstellungen, die An-

---

[26] I. Kant, Die Metaphysik der Sitten in zwei Teilen, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. WW ed. Cassirer, Band 7, S. 26.

sichten darüber, wie die zu entscheidende Frage gerecht, richtig, gut geregelt wäre, die Rechtssetzung in hohem Maße beeinflußten. Die Ethik wirkt als Bahnbrecher und Vorläufer besserer rechtlicher Anordnungen. Alle großen, durch das Recht schließlich ausgesprochenen Befreiungen, die der Sklaven, der Untertanen, der Arbeitnehmer, sind Verwirklichungen heiß umkämpfter sittlicher und oft zugleich religiöser Forderungen gewesen. Es ließe sich hier von einer genetischen Funktion der Ethik für das Recht sprechen. Der Grundrechtskatalog der ersten siebzehn Artikel des Bonner Grundgesetzes ist ein neues Beispiel dafür, ebenso die Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 von Rom und die ihrer Anwendung dienenden Gerichtshöfe. In beiden Fällen handelt es sich gewissermaßen um positiviertes und deswegen durch bestimmte Rechtsmittel durchsetzbares Naturrecht.

Die rechtlichen Regeln verkörpern und schützen die ethischen Werte, welche nach den in einer staatlichen Gemeinschaft herrschenden Vorstellungen als besonders wichtig angesehen werden und deren Mißachtung besonders schwerwiegend erscheint. Das Recht soll nur die grundlegenden ethischen Regeln sichern, über deren Einhaltung in einer Rechtsgemeinschaft allgemeines Einverständnis vorausgesetzt werden darf. Das Recht ist nach Georg Jellineks Formulierung in diesem Sinne «ethisches Minimum»[27]. Es kann nur grob Unmoralisches verbieten, doch nie moralisches Verhalten direkt erzwingen. Dies zeigt sich deutlich in der Begrenztheit der rechtlichen Regelung höchstpersönlicher Beziehungen. Weder den Bestand einer Ehe noch der Familie noch die Vertragstreue kann das Recht unmittelbar erzwingen oder sichern; es kann nur eine Sanktion eintreten lassen, wenn die Verpflichtung, die aus dieser Beziehung entspringt, gebrochen wurde. Und deshalb wird die rechtliche Regelung immer dann zur reinen Anmaßung, wenn sie Ausdruck der von einer größeren oder kleineren Gruppe in der Gemeinschaft für richtig erachteten Gesamtdeutung allen menschlichen Verhaltens sein will und die dieser Deutung gemäße Richtigkeit durchsetzen soll. An dieser Stelle ist es gut, sich der weisen Einsicht eines Jacob Burckhardt zu erinnern:

«Es ist eine Ausartung und philosophisch-bureaukratische Über-

[27] Georg Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878, S. 42: «Das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum.»

hebung, wenn der Staat direkt das Sittliche verwirklichen will, was nur die Gesellschaft kann oder darf[28].»

Allein hier geht es nicht um den Nachweis einzelner geschichtlicher, sondern allgemeiner Zusammenhänge. Die Frage heißt: soll nur sittlich gutes Recht gelten und wie ließe sich eine solche Forderung verwirklichen? Diese Frage ist für die Verbindlichkeit rechtlicher Anordnungen von entscheidender Bedeutung: Ist Recht einfach jede von der sozialen Zentralmacht, dem Staat, ausgehende Regel, so bleibt sie bloßer von außen an den Einzelnen tretender Befehl, der zwar Gehorsam heischen und erzwungen werden kann, doch nicht zu verpflichten vermag. Damit sei nicht gesagt, daß jede Rechtsregel in sich ethische Bedeutung tragen müsse; häufig ist es notwendig, irgendeine Vorschrift zu erlassen, damit die Frage entschieden ist; man denke an Vorschriften über Zuständigkeiten und Fristen oder das Gebot des Rechts- oder Linksfahrens.

Nochmals sei eine Zwischenbemerkung gestattet: Selbst die strengsten Anhänger eines iuristischen Positivismus, wie Hans Kelsen mit seiner reinen Rechtslehre, lehnen die Frage nach der Richtigkeit des Rechts nicht schlechthin ab. Sondern sie weisen sie nur aus dem Bereich der Rechtswissenschaft, weil sie, Thomasius eher als Kant folgend, Recht und Moral peinlich genau trennen[29]. Aber sie wollen damit keineswegs behaupten, daß das Recht nicht der Moral und insbesondere der Forderung der Gerechtigkeit entsprechen soll[30].

Damit ist das Wichtigste bereits gesagt: Zwar erklären nicht wenige, rechtlich verbindlich und rechtswissenschaftlicher Erklärung zugänglich sei einzig die faktisch sich durchsetzende, von der sozialen Zentralmacht getragene und über eine organisierte Sanktionierung verfügende Regelung. Doch dies soll nicht heißen, daß sich das Recht

---

[28] Jacob Burckhardt, Weltgeschichtliche Betrachtungen, Kröners Taschenausgabe, Leipzig 1935, S. 38.

[29] Dazu, daß die Trennung von Moral und Recht auf Thomasius, welcher von der rechtlichen Verbindlichkeit als Zwangspflicht sprach, und nicht auf Kant zurückgeht, siehe Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 164f.

[30] Hans Kelsen, Was ist juristischer Positivismus? Juristenzeitung 1965, 468: «Die Trennung des Rechts von der Moral bedeutet natürlich nicht – wie vielfach mißverstanden wird – die Ablehnung der Forderung, daß das Recht der Moral und insbesondere der Moralnorm der *Gerechtigkeit* entsprechen, daß das Recht gerecht sein soll.» Doch dürfe die Mehrheit der Moralsysteme und der Auffassungen der Gerechtigkeit nicht übersehen werden. Ebenso in Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 68/9.

einfach darauf zu beschränken habe, irgendwie Ordnung zu schaffen, einzig damit Gewißheit über das zukünftige Verhalten besteht, sondern es soll sich auf ethische Grundsätze zurückführen lassen und wenigstens auf die Verwirklichung der Gerechtigkeit zielen.

Den Anderen, welche sich auch für die rechtliche Betrachtungsweise mit dem Faktum tatsächlicher Geltung nicht begnügen, ist aufgegeben, Kriterien zu nennen, welche anzeigen, wann eine Anordnung nicht mehr als Recht angesprochen werden kann, weil sie den ethischen Ansprüchen an eine Sozialordnung nicht mehr zu genügen vermag.

Diese legitimierende und zugleich limitierende Funktion gegenüber dem positiven Recht kommt vor allem dem Naturrecht zu, verstanden als ein System überzeitlich geltender, ausformulierter Regeln menschlichen Verhaltens[31]. Nur wenige Andeutungen sind hier möglich, weil es ausgeschlossen ist, die ganze Problematik des Naturrechts aufzurollen. Es sei einzig an die höchst verschiedene Natur des Menschen erinnert, die vom Naturrecht jeweils vorausgesetzt wird[32]. Es gibt seit Trasymachos und Kallikles auch ein Naturrecht des Stärkeren, welches gerne verschwiegen wird. Und wie soll die Natur des Menschen unveränderliche Regeln begründen, wenn sie als grundsätzlich wandelbar anzusehen ist? Unüberwindbar scheint, nicht nur für Neukantianer, die Schwierigkeit, aus einer Seinsbeschaffenheit ein Gebot bestimmten Verhaltens abzuleiten, wenn nicht zuvor dem Sein zumindesten eine Tendenz auf das Gute hin beigelegt worden war. Aber selbst dies eingeräumt: Wer entscheidet und wie bestimmt sich dann, ob die Tendenz gut ist? Ähnliche Einwände treffen ebenfalls die heute so beliebte Argumentation aus der Natur der Sache[33], die nichts anderes als die Berufung auf eine vor-

---

[31] Siehe dazu die in Anm. 5 genannten Werke. Als Beispiel eines in Regeln gefaßten Naturrechts noch Gallus M. Manser, Das Naturrecht in thomistischer Beleuchtung, Freiburg 1944; ders. Angewandtes Naturrecht, 1947.

[32] Erik Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung, ging in der ersten Auflage, Karlsruhe 1955, von je neun verschiedenen Begriffen der Natur und des Rechts aus; in der dritten Auflage 1964 standen sich zwölf Begriffe der Natur und zehn Begriffe des Rechts gegenüber.

[33] Dazu vor allem das in Anm. 1 genannte, von Arthur Kaufmann herausgegebene Sammelwerk, außerdem noch Günter Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache», Reihe Recht und Staat 204, Tübingen 1957; Ottmar Ballweg, Zu einer Lehre von der Natur der Sache, 2. Aufl., Basel 1963.

oder außerrechtlich vollzogene, häufig nicht deutlich ausgesprochene Wertung ist. Dies sah schon Giambattista Vico ganz klar: «Die Natur der Dinge ist nichts anderes als ihr Entstehen in bestimmten Zeitläuften und unter bestimmten Umständen...[34]» Die Natur der Sache ist erstarrte geschichtliche Wertung. Dasselbe gilt von der im Strafrecht immer wieder herangezogenen Unterscheidung der mala in se und der mala quia prohibita, wie von Werner Maihofers Versuch, aus den sozialen Rollen Regeln des Verhaltens abzuleiten[35]. Auch die heute versuchte, etwa von Erich Fechner vertretene Begründung eines geschichtlich werdenden Naturrechts[36], begegnet ähnlichen Einwänden, insbesondere hinsichtlich der es feststellenden Instanz.

Lassen sich andere Prinzipien zur Begründung und Begrenzung positiven Rechts gewinnen? Die moderne thomistische Lehre scheint das Spezifische des Naturrechts mehr in seinem *Rechts-* als in seinem Regelcharakter zu erblicken und hält dafür, daß das Naturrecht für die einzelne zu regelnde Situation den unverrückbaren Maßstab der Richtigkeit angebe[36a]. In ähnlicher Weise ist auch aufzufassen Kants «Probierstein der Rechtmäßigkeit eines jeden öffentlichen Gesetzes», wenn «ein ganzes Volk *unmöglich* dazu seine Einstimmung geben *könnte* (wie z. B. daß eine gewisse Klasse von *Untertanen* erblich den Vorzug des *Herrenstandes* haben sollten), so ist es nicht gerecht...» Rudolf Stammler sah in dem richtigen Recht das maß-

---

[34] Giambattista Vico, Die Neue Wissenschaft über die gemeinschaftliche Natur der Völker, nach der Ausgabe von 1744 übersetzt von E. Auerbach, München 1924, S. 81, N. 14.

[35] Werner Maihofer, Recht und Sein, S. 114; ders., Vom Sinn menschlicher Ordnung, S. 57. Kritisch dazu Schultz, Studia philosophica XVIII (1958) 180f.

[36] Erich Fechner, Rechtsphilosophie, S. 261; ähnlich Günter Stratenwerth, Artikel Naturrecht im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, S. 550, es gehe «um die Formulierung materialer Rechtsgrundsätze, die jedenfalls in unserer geschichtlichen Situation zu respektieren sind, wenn das positive Recht verbindlich sein soll», und Hans Ryffel, Probleme der Biotechnik in soziologischer Sicht, Arzt und Christ 1965 208, es könnte «so etwas wie ein zeitbedingtes ‚Naturrecht' anerkannt werden, das seine Rechtfertigung aus der derzeitigen Verfassung des Menschen herleitet...»

[36a] Thomas von Aquin, Recht und Gerechtigkeit, kommentiert von A. F. Utz, Die deutsche Thomas-Ausgabe, 18. Band, 1953, S. 433, aber dagegen S. 436; auch Rudolf Henning, Der Maßstab des Rechts im Rechtsdenken der Gegenwart, Münster i. Westf., 1961, passim.

gebliche Kriterium. Richtig aber ist eine Norm, wenn ihr Inhalt in der besonderen geschichtlichen Lage dem Gedanken des sozialen Ideals, der «Gemeinschaft frei wollender Menschen», entspricht[37]. Wie Friedrich betonte, beruht die übliche Ansicht, die von Stammler ausgesprochene Grundregel sei rein formal, auf einem Mißverständnis, weil sich hinter der Formulierung Stammlers die Berufung auf die Menschenwürde verbirgt[38]. Leonard Nelson hielt für den obersten Grundsatz inhaltlicher Richtigkeit rechtlicher Regeln die persönliche Gleichheit, verstanden als «die Ausschließung jedes durch numerische Bestimmtheit der einzelnen Person bedingten Vorzugs[39]». Ähnlich äußerte sich schon Vico: «Die intelligenten Menschen halten für Recht, was bei unparteiischer Betrachtung der Fälle der Nutzen vorschreibt[40].»

Nach 1945 suchte Gustav Radbruch die Grenzen zulässigen positiven Rechts durch den Begriff des gesetzlichen Unrechts näher zu bestimmen. Zwar sei noch nicht jede ungerechte oder unbillige Einzelanordnung unverbindlich. Die Grenze liege dort, wo «der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat.» Dies trifft zu, «wo die Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht', vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur[41]». Ähnliche Formulierungen fanden sich übrigens schon 1936 bei Walther Burckhardt[42]. Kantische Begriffe aufnehmend, sieht Hans Welzel die Grenze dort, wo die rechtliche Anordnung die Würde der menschlichen Person nicht mehr achtet und den Menschen zum Mittel erniedrigt[43]. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt die neuestens von Werner Maihofer ver-

---

[37] Rudolf Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1923, S. 199.

[38] Carl J. Friedrich, Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive, S. 99.

[39] Leonard Nelson, Vorlesungen über die Grundlagen der Ethik, 3. Band, System der philosophischen Rechtslehre und Politik, Leipzig 1924, S. 85.

[40] Vico, op. zit., S. 122, N. 112.

[41] Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht; in Rechtsphilosophie, 4. Aufl., S. 353.

[42] Walther Burckhardt, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 51.

[43] Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 239/40.

tretene Lehre des Naturrechts als Existenzrecht[43a] und Hans Reiners Begründung eines Urrechts auf Besitz der Person[44].

Was folgt daraus? Es lassen sich, nach Welzel, daraus zwei Gebote an den Gesetzgeber ableiten: Einmal nur solche Gesetze zu erlassen, welche mindestens die Gerechtigkeit anstreben und deshalb beanspruchen können, das Gewissen der Rechtsgenossen zu binden; außerdem soll sich das Recht «auf die elementare Regelung des Gemeinschaftslebens beschränken», sich also mit dem bereits genannten ethischen Minimum im Sinne Georg Jellineks begnügen[45]. Muß das Recht aber einmal Vorschriften aufstellen, denen gegenüber aus achtbaren Gründen abweichende Gewissensentscheide einzelner Rechtsgenossen zu erwarten sind, so soll es seine Anordnungen so treffen, daß ein solcher Gewissensentscheid berücksichtigt werden kann. Ein typisches Beispiel für diese Zurückhaltung des Rechts bietet das Arztrecht, welches häufig auf eine allgemeine Regelung verzichtet und den Arzt auf Grund der Einsichten ärztlicher Kunst und seines Gewissens entscheiden läßt. Anderseits würde eine rechtliche Regelung, welche immer dem Gewissensentscheid den Vorrang vor der Verbindlichkeit einer Rechtsregel zuerkennen würde, sich selber aufheben und zur Anarchie führen. So weit die von Welzel gezogenen Folgerungen und begründeten Forderungen, denen nur zugestimmt werden kann.

Allein das wirklich Entscheidende ist doch: Was ereignet sich, wenn ein Gesetz oder gar eine ganze Rechtsordnung erlassen wurde, welche die Gerechtigkeit nicht einmal intendieren und der Einzelne, seinem Gewissen folgend, sich gegen sie auflehnt? In diesem Konfliktsfall läßt sich nicht hindern, daß sich das gesetzliche Unrecht tatsächlich durchsetzt. Rechtliche Wirkungen gegenteiliger Art können sich erst entfalten, wenn die Herrschaft solcher Gesetze gebrochen ist. Wer sich ihnen widersetzte, erscheint nun nicht mehr als Rechtsbrecher; wer ihnen folgte und dadurch die Rechte anderer verletzte, kann zu Schadenersatz angehalten oder sogar bestraft werden. Die Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland weist eine ganze Reihe derartiger Urteile auf, die zugleich erkennen lassen, wie

---

[43a] Werner Maihofer, Naturrecht als Existenzrecht, Frankfurt a. M. 1963.

[44] Hans Reiner, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts, Freiburg i. Br. und München 1964, S. 33.

[45] Hans Welzel, Gesetz und Gewissen, 1960, zit. in Anm. 24, S. 399; jetzt auch ders. Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 252/3.

überaus schwer es ist, solche Situationen nachträglich zu beurteilen, ohne mit grundlegenden Prinzipien des Rechts in Widerspruch zu geraten[46]. Doch selbst dann werden nicht überzeitliche Grundsätze angewendet, sondern es werden die durch die neue Rechtsordnung als grundlegend vorausgesetzten Wertungen mit dem Machtmittel des neuen positiven Rechts durchgesetzt.

Es mag für den Nichtiuristen erstaunlich scheinen, daß die enge Beziehung zwischen Recht und Ethik sich auf der Stufe der Rechtsanwendung ebenfalls aufzeigen läßt. Immer häufiger greift der moderne Gesetzgeber zu Regelungen, die sehr allgemein gehalten sind und deswegen der Ergänzung bedürfen, bevor sie auf den Einzelfall angewendet werden können, oder die sogar den Richter ausdrücklich anweisen, die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen und die vom Gesetzgeber nur vage vorgezeichnete Regelung zu konkretisieren. Auflösung von Rechtsbeziehungen aus wichtigen Gründen, Handeln nach Treu und Glauben, Verpönung des Rechtsmißbrauches, Verweisung auf die Billigkeit oder das richterliche Ermessen, dies alles sind Formeln moderner Gesetzessprache, welche den Richter geradezu auffordern, unter Heranziehung auch ethischer Gesichtspunkte zu entscheiden. Es ließe sich hier von einer ergänzenden Funktion der Moral im Recht sprechen. Überdies: Der Widerspruch zwischen der starren allgemeinen Gesetzesbestimmung und der Einzelfallgerechtigkeit wurde schon in der Antike gesehen; auf Aristoteles geht die Ergänzung des gesetzten Rechts durch die Billigkeit zurück. Die Unvollständigkeit und Ergänzungsbedürftigkeit gesetzlicher Regelungen, die Unterscheidung zwischen der umfassenden Rechtsordnung und des nur eines ihre Teile bildenden Gesetzes, die Notwendigkeit ergänzender und rechtschöpferischer Tätigkeit des Richters, ist, als Folge der Angriffe der Freirechtsschule und der Interesseniurisprudenz gegen die Ansicht, die Gesetze regelten das Recht abschließend und vollständig, eine – wiedergewonnene – grundlegende Einsicht modernen Rechtsdenkens. Die damit verbundene Stärkung der Stellung des Richters ließ René

---

[46] Siehe die von Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Abschnitt II, in Rechtsphilosophie, 4. Aufl., S. 347–352, und von Hermann Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Neue Juristische Wochenschrift 1960, 1689, jetzt in Maihofer (Herausgeber) Naturrecht oder Rechtspositivismus? zitiert in Anm. 1, S. 554f., genannten Urteile.

Marcic erklären, es vollziehe sich der Übergang vom Gesetzesstaat zum Richterstaat[46a].

So kommen Absichten und Beweggründe, Einstellungen und andere innere Haltungen mit ins Spiel. Ganz besonders deutlich ist der Rückgriff auf solche Momente im Strafrecht. Nicht nur, daß der Vorwurf, sich strafbar gemacht zu haben, einzig erhoben werden darf, wenn dem Täter zur Last gelegt wird, er habe die Straftat verübt, obschon er fähig gewesen war, das Unrecht der Tat einzusehen und sich nach dieser Einsicht zu richten. Zahlreiche Strafbestimmungen ziehen ethische Vorstellungen heran. Der mit lebenslänglichem Zuchthaus bedrohte Mörder muß aus besonders verwerflicher Gesinnung gehandelt haben; Dieb oder Betrüger ist nur, wer beabsichtigte, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern. Die Strafe ist nach dem Verschulden zuzumessen; der Richter hat «die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zu berücksichtigen»[47]. Dieses Beispiel möge genügen, um zu zeigen, wie stark das moderne Recht von individualisierenden, ethischen Vorstellungen durchdrungen ist. Nur angetönt sei hier die Frage, ob sich die Neigung des modernen Rechts zur Individualgerechtigkeit und Berücksichtigung höchstpersönlicher Umstände mit dem dem Recht eigentümlichen unpersönlichen Verfahren vereinbaren läßt. Die Begegnung zwischen Richter und den Prozeßparteien ist keine höchstpersönliche, sondern formalisiert, durch zahlreiche Verfahrensvorschriften vermittelt, beengt und begrenzt. Wie können da so feine Dinge, wie Beweggründe und Absichten, wirklich und richtig erfaßt und zutreffend gewürdigt werden?

Mit dem Verweis auf die Umstände des Einzelfalles wird die persönliche Entscheidung des Richters, seine individuelle Stellungnahme, angesprochen, doch ist sogleich zu bemerken, daß der Rechtscharakter auch dieser Entscheidung sie auf Typisierung und Regelbildung lenkt.

[46a] Dazu vor allem René Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957; Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956; und zu dem die Unvollständigkeit gesetzlicher Regelungen voraussetzenden ZGB Art. 1 Arthur Meier-Hayoz im Einleitungsband des Berner Kommentars zum schweizerischen Zivilrecht, Bern 1962, S. 96ff., mit reichhaltiger Bibliographie, S. 86 bis 94. Zur Rechtsfindung neuestens und zusammenfassend O. A. Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965.

[47] Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Art. 63.

Und wie steht der Richter persönlich zum Gesetz, wenn er es vor seinem Gewissen nicht als gerechte Regelung anerkennen kann und keine rechtliche Möglichkeit, vom gesetzlichen vorgezeichneten Wege abzuweichen, besteht? Zuweilen mag der Hinweis auf die Begnadigung genügen. Als Regel wird zu gelten haben, daß der Richter sich zum Gehorsam gegenüber den Gesetzen verpflichtete und auf sein Amt zu verzichten hat, wenn er glaubt, dieser Pflicht nicht mehr genügen zu können. In Ausnahmesituationen wird er versuchen, durch Berufung auf übergesetzliche Regeln die Anwendung des ihm als gesetzliches Unrecht erscheinenden Rechtssatzes abzuwenden und dem Gesetz gegenüber als Wahrer des Rechts aufzutreten[48].

Was den Vollzug der Urteile betrifft, so gibt die Vollstreckung zivilrechtlicher Entscheide kaum Anlaß, ethische Erwägungen einspringen zu lassen. Ganz anders steht es jedoch im Strafrecht. Wurde dem Täter eine vollziehbare Freiheitsstrafe auferlegt, so schreibt das schweizerische Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 in Art. 37 Abs. 1 vor, «der Vollzug der Zuchthaus- und der Gefängnisstrafe soll erziehend auf den Gefangenen einwirken und ihn auf den Wiedereintritt in das bürgerliche Leben vorbereiten». Wie sich das Leben in den Anstalten abspielen soll, bestimmen vor allem die kantonalen Vorschriften bis in alle Einzelheiten. Allein was sich in den Anstalten wirklich ereignet, hängt viel weniger ab von der Fassung der Bestimmungen als von der Art und Weise, wie die Vertreter der staatlichen Ordnung dem Gefangenen während des Freiheitsentzuges begegnen. Hier ist die Rechtsordnung auf das ethische Verhalten geradezu angewiesen. Daß das Recht ausgerechnet dort, wo es seinen Zwang am wirksamsten walten läßt, an seiner Grenze angelangt ist, erweist sich noch aus einem anderen Grunde: Wenn der Verurteilte nicht willig ist, an der eigenen Resozialisierung mitzuarbeiten, sind alle Mühen umsonst. Der durch Strafe ausgeübte Rechtszwang bleibt im Äußerlichen stecken, wenn er nicht durch ethisch inspirierte Zielsetzungen die Richtung erhält, welche seiner gesetzlichen Bestimmung entspricht.

---

[48] So die Entscheide des Reichsgerichtes in Strafsachen 61 247 und 62 147, welche den Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes dem Arzte zubilligten, welcher eine Schwangerschaft unterbrach, um das Leben der Mutter zu retten. Siehe nun auch Bonner Grundgesetz Art. 20 Abs. 3, welcher die Rechtsprechung «an Gesetz und Recht» bindet und der Rechtssprechung ein Wächteramt über die Gesetzgebung zuweist.

Und nun der Einzelne? Der Einzelne steht vor einem rechtlichen und ethischen Entscheid, wenn es darum geht, ob er eine vom Recht gewährte Befugnis ausnützen will oder nicht. Das Recht kann ihn darüber nicht belehren; er muß selber, nach seinem Gewissen, entscheiden, ob er die Forderung auch gegenüber dem bedrängten Schuldner mit großer Familie geltend machen oder ob er die strafbare Handlung anzeigen will, deren Opfer oder Zeuge er wurde. Allein nicht nur auf dieser Stufe steht der Einzelne dem Recht gegenüber; dies trifft, und nicht einzig für demokratische Staaten, auch für die Schaffung von Recht zu. Grundsätzlich gesprochen: Jeder Einzelne hat es vor seinem Gewissen zu verantworten, ob er sich mit der jeweils geltenden Rechtsordnung abfinden oder ob er sich für deren Verbesserung einsetzen will. Anders und noch grundsätzlicher gesagt: Weil dem Menschen aufgegeben ist, sein Leben zu führen, und weil er es gemeinsam mit anderen zu führen hat, so wird für alle die, welche an der gemeinsamen Friedensordnung des Rechts teilnehmen wollen, diese ihre Ordnung zur gemeinsamen Aufgabe. Ob und in welcher Weise sie sich dieser Aufgabe unterziehen wollen, dies steht ihrem eigenen, höchstpersönlichen sittlichen Entscheid zu bestimmen zu. Hat sich der Mensch aber einmal zu und für die gemeinsame Friedensordnung entschieden, so hat er damit den anderen als grundsätzlich gleichberechtigt anerkannt. Dies ist die auch rechtliche Bedeutung der Würde der Person, die nie nur als Mittel zum Zweck gebraucht werden soll, bei Kant. Als Prinzip der Gegenseitigkeit und der Gleichheit bekundet sich die Anerkennung des andern Rechtsgenossen in allen geschichtlichen Rechtsordnungen, die diesen Namen verdienen, und steht hinter der goldenen Regel oder dem suum cuique.

So erweist sich das Recht gleichsam von ethischen Entscheiden eingerahmt. Es wird getragen von der ethisch begründeten Zuwendung zum Recht und es wird dadurch beeinflußt, daß ein sittlicher Entscheid darüber befindet, ob rechtliche Befugnisse ausgeübt werden sollen. Sittlich begründet ist der Widerstand gegen gesetzliches Unrecht und reine Gewaltherrschaft. Außerdem zeigt die Analyse der Entstehung und Anwendung des heutigen Rechts, daß es in hohem Maße auf sittliche Vorstellungen zurückgreift. Zwischen Ethik und Recht bestehen enge Zusammenhänge. Es ist verfehlt, die beiden Ordnungssysteme streng voneinander zu trennen. Damit soll keineswegs gesagt werden, daß Recht und Moral in eins zusammenfließen. Allein verrät die peinlich genaue Trennung von Recht und Moral

nicht einen übersteigerten Individualismus? Wenn eine Rechtsordnung nicht völlig mißraten ist und sich als gesetzliches Unrecht erweist, so ist sie eine überaus wichtige Lebenshilfe für den Menschen. Und der gesellschaftlichen Verhältnisse unserer Zeit wegen, mit ihrer Verstädterung und der Gefährdung des Einzelnen durch die Errungenschaften der Technik, wird dem Recht eine ständig zunehmende Bedeutung zukommen. Trotz seines unpersönlichen Charakters stellt es einen so hohen sozialethischen Wert dar, daß vom Einzelnen verlangt werden darf, und zwar mit ihn verpflichtender, nicht nur äußeren Gehorsam heischender Kraft, sich den rechtlichen Geboten zu unterziehen[49], es sei denn, er begegne gesetzlichem Unrecht.

Wenn sich als Ergebnis die enge Verbindung von Recht und Ethik zeigte, so soll dies kein Einschwenken in die platonisch-aristotelische Tradition bedeuten. Sondern es sollte hervorgehoben werden, daß die Bemühungen um das Recht eine ständig dem Menschen gestellte, ethische Aufgabe bedeutet. Diese Aufgabe zu erfüllen ist heute besonders schwierig geworden, weil die sozialen Verhältnisse so undurchsichtig geworden sind und sich nicht mehr auf den kleinen überschaubaren Raum beschränken. Allein dies ändert nichts daran, daß grundsätzlich jedem Menschen die Aufgabe gestellt ist, immer neu die als einigermaßen erträglich scheinende Verwirklichung der Idee einer gerechten Ordnung zu finden. Denn worin bestünde das Kriterium, welches allgemein gültig nur einige zur Lösung dieser Aufgabe befugt erklärte?

Wird aber daran festgehalten, daß der Mensch, grundsätzlich jeder Einzelne, für das Recht verantwortlich ist, so ist zum Schluß an die stete Gefährdung richtiger oder auch nur einigermaßen genügender Erfüllung dieser Aufgabe zu erinnern: sind die Bürger nicht wachsam, so läßt sich durch keine Berufung noch so erhabener Grundsätze verhüten, daß gesetzliches Unrecht wirksam werde. Immer droht der Mißbrauch staatlicher Macht und deren Umschlagen in eine Gewaltherrschaft. Diese Möglichkeit deckt die schwere Verantwortung auf, welche auf den Menschen lastet, die ihr Leben zu führen und es gemeinsam zu bestehen haben[50].

---

[49] So außer der thomistischen Lehre, siehe Utz, op. cit. S. 442/3, auch Welzel, Gesetz und Gewissen, zitiert in Anm. 24, S. 392/3.

[50] Zur Bedeutung der Verantwortung für das menschliche Sein Ernst von Schenck, Die anthropologische Kategorie der Verantwortung, Studia philosophica XVI 165.

«Kämpfen soll das Volk um das heilige Gesetz wie um eine Mauer», mahnte schon Heraklit im 44. Fragment[50a].

Nichts vermag den Menschen davon zu befreien, sich immer wieder neu zu besinnen auf die Grenzen zulässiger staatlicher Macht und auf die Ausgewogenheit der Verteilung von Rechten und Pflichten in einer Gemeinschaft. Immer wieder sollte er seine Rechtsregeln kritisch prüfen, ob sie noch als Ausdruck des Gerechten zu genügen vermögen. Und nie darf er sich bei dem Ausspruch von Pascal beruhigen:

«La justice est ce qui est établi...[51]»

Nie kann sich der Mensch der Aufgabe entziehen, dieser wandelbaren Welt seine Dauer suchende Ordnung einzuprägen, das Recht zu setzen und zu positivieren, das hic et nunc als richtig Geltende bestimmend. Dieser Entscheid ist nicht rein rationale Ableitung aus vorgegebenen allgemeinen Sätzen, dies sah schon die Hochscholastik mit Duns Scotus und William von Ockham[52]. Doch ebensowenig ist Rechtssetzung ein willkürliches Befinden nach dem Satz stat pro ratione voluntas. Sondern es ist ein mühseliges, immer neu die Wirklichkeit durchforschendes Unterfangen, sich aller Ansätze zu rationaler Regelung, wozu die Bewahrung guter Überlieferung ebenso gehört wie der Kompromiß zwischen Interessengruppen, zu vergewissern, um dann schließlich, dies ist einzuräumen, das als richtige Regelung Erkannte, doch nicht das Beliebige, anzuordnen und durchzusetzen[52a]. Und es ist schon viel erreicht, wenn es wenigstens gelingt, früher begangene Fehler und offensichtlich verfehlte Regelungen zu vermeiden[53].

[50a] Zitiert nach der Übersetzung Georg Burckhardt in Heraklit, Urworte der Philosophie, Wiesbaden o. J., S. 19.

[51] Blaise Pascal, Pensées et opuscules, ed. L. Brunschwig, Paris 1959, N. 312, S. 475.

[52] Dazu vor allem Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 66f., 81f.; ders., Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 279.

[52a] Hiezu neuestens Welzel, Die Frage nach der Rechtsgeltung, zit. in Anm. 1, S. 30, der in der Erzeugung positiven Rechts einen Doppelakt, die Normsetzung und die Normanerkennung, sieht und damit die Bedeutung der Oeffentlichkeit und Allgemeinheit im Prozess der Rechtsbildung hervorhebt.

[53] Dies ist vor allem die Bedeutung der in der Rechtsgeschichte überlieferten Erfahrung.

Allein vermag die Berufung auf den Einzelnen und sein Gewissen festen Halt zu vermitteln? Auch dies ist ungewiß. Was der einzelne Mensch als richtig ansieht, wird entscheidend bestimmt durch die Einflüsse der Erziehung und des allgemein Üblichen, denen er, vor allem in seiner Jugend, ausgesetzt gewesen war. Wir wissen es wieder neu, daß das Gewissen irren und daß es verführt werden kann[54]. Noch einmal Pascal:

«Jamais on ne fait le mal si pleinement et si gaiement que quand on le fait par conscience[55].»

Die reine Gesinnung verbürgt nicht den sachlich richtigen ethischen und rechtlichen Entscheid.

Dies ist der unsichere Weg, welcher dem Menschen, dem ersten Freigelassenen der Schöpfung, der Körper- und Geistwesen zugleich ist, beschieden ist: sich immer neu an der in seinem Sein aufscheinenden Forderung auszurichten, stets in Gefahr, sie zu verfehlen und statt einer Gerechtigkeit anstrebenden Ordnung unmenschliche Zwangsherrschaft aufzurichten und durchzusetzen. Im Kampf um das Recht ist in unentwirrbarer, doch für den Bestand der Menschheit entscheidender Weise Idealität und Faktizität miteinander verschlungen.

Und doch ist es die dem Menschen gestellte Aufgabe, auf Erden eine allgemeine Friedensordnung zu errichten, welches Ziel der Menschheit schon Immanuel Kant wies, wenn der Mensch auch Vernunftwesen sein soll:

«Das größte Problem für die Menschengattung, zu deren Auflösung die Natur ihn zwingt, ist die Erreichung einer allgemeinen das Recht verwaltenden *bürgerlichen Gesellschaft*... Das Problem der Errichtung einer vollkommenen bürgerlichen Verfassung ist von dem Problem eines gesetzmäßigen *äußeren Staatenverhältnisses* abhängig und kann ohne das letztere nicht aufgelöst werden. Dieses Problem ist zugleich das schwerste und das, welches von der Menschengattung am spätesten aufgelöst wird[56].»

---

[54] Dazu insbesondere Hans Welzel, Vom irrenden Gewissen. Eine rechtsphilosophische Studie; Reihe Recht und Staat 145, Tübingen 1949.

[55] Pascal, op. cit., N. 895, S. 739.

[56] I. Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht; WW ed. Cassirer, Band 4, S. 156 und 157, im Original gesperrt.