

GRUNDFRAGEN DER GESAMTEN
STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Festschrift für
Heinrich Henkel
zum 70. Geburtstag



Ludwig Lueke

GRUNDFRAGEN DER GESAMTEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Festschrift für
HEINRICH HENKEL
zum 70. Geburtstag
am 12. September 1973

Herausgegeben
von

Claus Roxin
in Verbindung mit
Hans-Jürgen Bruns und Herbert Jäger



1974

Walter de Gruyter · Berlin · New York

ISBN 3 11 004925 2



Copyright 1974 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagshandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft aus Sondermitteln des Bundesministeriums für Forschung und Technologie, der Universität Hamburg der Hansischen Universitätsstiftung.

Satz und Druck: Saladruck, 1 Berlin 36
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe-GmbH, Berlin 61

HEINRICH HENKEL

zum 70. Geburtstag
am 12. September 1973

dargebracht von

HERMANN BLEI
HANS-JÜRGEN BRUNS
KARL ENGISCH
WOLFGANG FRISCH
ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
WERNER HARDWIG
HERBERT JÄGER
ARTHUR KAUFMANN
KARL LARENZ
WERNER MAIHOFFER
KARL PETERS
CLAUS ROXIN
HANS-JOACHIM RUDOLPHI
FRIEDRICH SCHAFFSTEIN
EBERHARD SCHMIDHÄUSER
EBERHARD SCHMIDT
HORST SCHÜLER-SPRINGORUM
HANS SCHULTZ
HANS WELZEL

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Verzeichnis der wichtigsten Veröffentlichungen von Heinrich Henkel	9
HANS WELZEL, Bonn:	
Das Recht als Gemeinschaftsordnung	11
WERNER HARDWIG, Hamburg:	
Sittlichkeit, sittliche Normen und Rechtsnormen	19
KARL LARENZ, München:	
Der Richter als Gesetzgeber?	31
KARL ENGISCH, München/Heidelberg:	
Über Negationen in Recht und Rechtswissenschaft	47
WERNER MAIHOFFER, Bonn:	
Gesamte Strafrechtswissenschaft	75
ARTHUR KAUFMANN, München:	
Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht	89
HERMANN BLEI, Berlin:	
Strafschutzbedürfnis und Auslegung	109
HERBERT JÄGER, Frankfurt:	
Strafrecht und psychoanalytische Theorie	125
HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, Hamburg:	
Prügel und Pranger	141
ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Madrid:	
Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit	151
CLAUS ROXIN, München:	
„Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien	171
HANS-JOACHIM RUDOLPHI, Bonn:	
Affekt und Schuld	199
FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, Göttingen:	
Kriminologie und Strafrechtskommentare	215
EBERHARD SCHMIDHÄUSER, Hamburg:	
Über die Praxis der Gerichte, die richterliche Verantwortung in der Strafrechtsanwendung zu verschleiern	229
HANS SCHULTZ, Thun:	
Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer	239
KARL PETERS, Tübingen/Münster i. W.:	
Strafprozeß und Tatsachenforschung	253

WOLFGANG FRISCH, Erlangen:	
Zum Wesen des Grundsatzes „in dubio pro reo“	273
HANS-JÜRGEN BRUNS, Erlangen/Baden-Baden:	
Zum „Toleranzbereich“ bei der revisionsgerichtlichen Kontrolle des Strafmaßes	287
EBERHARD SCHMIDT, Heidelberg:	
Das Markgrafentum in der Mark Brandenburg	301

Verzeichnis
der wichtigsten Veröffentlichungen
von Heinrich Henkel
(Auswahlbibliographie)

1. Die Rechtsnatur des Notstandes, Dissertation Frankfurt a. M. 1927.
2. Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, München 1932, XIV + 164 S.
3. Strafrecht und Religionsschutz, Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft 1931 (Bd. 51), S. 916—957.
4. Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934, 69 S.
5. Der Parteigedanke im Strafverfahren, Deutsches Strafrecht 1935, S. 129—145.
6. Die Hauptverhandlung im kommenden Strafverfahren, Deutsches Strafrecht 1935, S. 401—431.
7. Die Beteiligung des Verletzten am künftigen Strafverfahren, Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft 1937 (Bd. 56), S. 227—250.
8. Das Sicherungsverfahren gegen Gemeingefährliche, Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, 1938 (Bd. 57), S. 702—770, und 1939 (Bd. 58), S. 167—237.
9. Das neue schweizerische Strafgesetzbuch im Vergleich zur deutschen Strafrechtsreform, Deutsche Rechtswissenschaft 1939, S. 40—66.
10. Der junge Rechtsbrecher, Zur Neuordnung des Jugendstrafrechts, Europäische Revue 1941.
11. Das deutsche Strafverfahren, Lehrbuch, Hamburg 1943, 511 S.
12. Strafverfahrensrecht (Grundriß), Salzgitter-Hildesheim 1950, 230 S.
13. Strafverfahrensrecht (Lehrbuch), Stuttgart Berlin Köln Mainz, 1. Aufl. 1953, 2. Aufl. 1968, 442 S.
14. Strafverfahren (i. d. Sammelwerk „Die Verwaltung“, herausgeg. v. Giese), Braunschweig 1957, Heft 24.
15. Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, in: Festschr. f. Edmund Mezger, München Berlin 1954, S. 249 — 309.
16. „Kollektivschuld“, in: Monumentum Bambergense, Festgabe für Prof. Benedikt Kraft, München 1955, S. 106—128; neu abgedruckt in: Internationales Recht und Diplomatie, Hamburg 1960, S. 37—52.

17. Το Δίκαιον αντι των Ατομικῶν Μεριντώσεων (Recht und Individualität), Athen 1956, 18 S.
18. Μεθοδολογικαι Βασεις του Μοινικου Δικαιου (Methodische Grundlagen d. Strafrechts), in: Μοινικου Δικαιου, Athen 1956, S. 465—478.
19. Die Zulässigkeit und die Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen bei der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, JZ 1957, S. 148—155.
20. Tonbandaufnahmen, Zulässigkeit und Grenzen ihrer Verwendung im Rechtsstaat. Bericht über eine Arbeitstagung, Veröffentlichung des Instituts zur Förderung öffentl. Angelegenheiten, Mannheim 1957, S. 45—56.
21. Zur Frage der Verbindung von Erwachsenen- und Jugendstrafsachen, JZ 1957, S. 565—569.
22. Recht und Individualität, Berlin 1958, 87 S.
23. Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion. Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag (1957). Verhandlungen Bd. II, Teil D, Tübingen 1959, S. 59—145.
24. Zur Auslegung des § 357 StPO, JZ 1959, S. 690—692.
25. Der Mensch im Recht, Studium Generale 1960, S. 229—246.
26. Die Bestechlichkeit von Ermessensbeamten, JZ 1960 S. 507—512.
27. Die „praesumptio doli“ im Strafrecht, Festschr. f. Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 578—601.
28. Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MschrKrim 1961, S. 178—193.
29. Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts (Lehrbuch), München Berlin 1964, 468 S.
30. Der Ausschluß des Verteidigers nach deutschem Strafprozeßrecht, in: Festschrift f. Dimitrios Karanikas, Thessaloniki 1967, S. 213 bis 222.
31. Die „richtige“ Strafe — Gedanken zur richterlichen Strafzumessung. Recht und Staat Heft 381/382, Tübingen 1969, 52 S.
32. Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe, in: Festschr. f. Heinrich Lange, München 1970, S. 179—194.
33. Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, in: Festschr. f. Karl Larenz, München 1973, S. 3—25.
34. Ideologie und Recht, Recht und Staat Heft 425/26, Tübingen 1973, 36 S.
35. Das Problem der Rechtsgeltung, in: Gedächtnisschrift f. René Marcic, Berlin 1974, S. 63—87.
36. Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Politik, in: Festschr. f. Hans Welzel, Berlin - New York 1974, S. 31—47.

Das Recht als Gemeinschaftsordnung

Einleitung zur Rechtsphilosophie

HANS WELZEL

Recht ist eine Gemeinschaftsordnung: Vornehmlich die Ordnung des Aufbaues einer Gemeinschaft, der Stellung der Gemeinschaftsglieder in ihr und deren Verhältnis untereinander; also vor allem die Ordnung der Willensbildung in der Gemeinschaft, die Ordnung der Rechte und Pflichten ihrer Organe, ihrer Institutionen: der Ehe, der Familie, des Eigentums, des Vermögensverkehrs usf. Diese Ordnungen enthalten ein inhaltlich bestimmtgeartetes soziales Sein-Sollen, das, indem es sich an die einzelnen Subjekte wendet, zur Normordnung (zur Regelung menschlichen Verhaltens) wird, die dem Einzelnen entweder eine Pflicht (ein Tun-Sollen) auferlegt oder eine Befugnis (ein Tun-Dürfen) verleiht. Da die Einzelnen diese Normenordnung auch verletzen können, regelt das Recht auch die Folgen der Normverletzung und wird damit zugleich zur Normenschutzordnung.

Der Sinn des Rechts wird verkürzt, wenn man ausschließlich von diesem letztgenannten Moment des Rechts, dem Rechtsschutz ausgeht, wie es rechtsphilosophische Theoretiker in der neueren Zeit vielfach getan haben. Die Rechtsordnung, so lehrten diese, gehe im Rechtsschutz auf und sie erschöpfe sich in ihm; sie setze dem empirischen Menschen mit seinem bösen oder unbeständigen Willen voraus. „Gäbe es diesen nicht, so gäbe es kein Recht, denn es brauchte kein Recht zu geben¹.“ Ähnlich hatte sich schon *Schopenhauer* (1788 bis 1860) geäußert².

Aber offensichtlich wird hier wohl der Rechtsschutz (Rechtswang) hinfällig, aber nicht das Recht als inhaltlich bestimmte Gemeinschaftsordnung. Auch wenn der menschliche Wille stets sittlich einwandfrei und richtig wäre, so setzt er doch eine bestimmtgeartete Sozialordnung voraus, in der sich seine Willensakte bewegen. Auch wenn die Eheleute gleichsam kraft natürlicher Notwendigkeit ihres Willens stets in Liebe und Treue zueinander stünden, wäre doch eine bestimmtgeartete Eheordnung vorausgesetzt, wie z. B. die Frage der Monogamie oder Polygamie, der Vorrang des Mannes oder die Gleichberechtigung der Geschlechter entschieden sein müßten. Alle sozialen Verhältnisse müssen sich in bestimmtgearteten objektiven Ordnungen bewegen, ganz unabhängig davon, ob die Einzelwillen sie dann kraft natür-

¹ *Binder*, Philosophie des Rechts, S. 358, 646 ff.

² Vgl. *Schopenhauer*, Welt als Wille und Vorstellung § 62.

licher Richtigkeit stets erfüllen oder ob sie auch von ihnen abweichen können. *Radbruch* hat in seiner Rechtsphilosophie³ eindrucksvoll darauf hingewiesen, selbst die himmlischen Heerscharen bedürften, wenn sie ausziehen, eines Exerzierreglements.

Die abgelehnte Auffassung verkennt die Ordnungsfunktion des Rechtes, die dessen primäre Aufgabe ist. Sie geht von dem vielverbreiteten Irrtum aus, daß der Zwang, genauer die Androhung des Zwanges, ein oder gar „das“ Wesensmerkmal des Rechtes sei. Diese Meinung ist in der neueren rechtsphilosophischen Literatur oft vertreten worden und kann sich sogar auf Kant berufen: In einem Artikel über das „strikte Recht“ (Einleitung E der Metaphysik der Sitten) kann das Recht als das „völlig äußere“ betrachtet werden, als „strikt-tes Recht, dem nichts Ethisches beigemischt ist“. Es fuße auch dem „Prinzip der Möglichkeit eines äußeren Zwanges, der mit der Freiheit von jedermann nach allgemeinen Gesetzen zusammenbestehen“⁴ könne. Diese Auffassung geht auf Thomasius zurück und wird im 18. Jahrhundert zur herrschenden Lehre (Zwangstheorie). Weiterhin noch ein Zitat von Kant: „Recht und Befugnis zu zwingen bedeutet einerlei. Wenn also gesagt wird: ein Gläubiger hat ein Recht von dem Schuldner die Bezahlung seiner Schuld zu fordern, so bedeutet das nicht, er kann ihm zu Gemüte führen, daß ihn seine Vernunft selbst zu dieser Leistung verbinde; sondern ein Zwang, der jedermann nötigt, dieses zu tun kann gar wohl mit jedermanns Freiheit, also auch mit der seinigen, nach einem allgemeinen äußeren Gesetz zusammen bestehen“⁵. Recht ist also „bedingte Zwangsnorm“⁶.

Die Gegner der Zwangstheorie des Rechtes berufen sich durchschlagend einmal darauf, daß der Zwang kein Spezifikum des Rechts ist, sondern auch der Sitte zukommen, zweitens aber darauf, daß große Rechtsgebiete des Zwanges entbehren müssen: darunter nicht nur fast das gesamte Völkerrecht, sondern auch die staatsrechtlichen Pflichten der obersten Staatsorgane: quis custodiet custodes ipsos? In der Monarchie den Monarchen — in der Demokratie das Parlament?

Obwohl also der Zwang kein Wesensmoment des Rechtes sein kann, darf nicht verkannt werden, daß der Zwang im Recht eine

³ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 74 Anm. 2.

⁴ *Kant*, Akad.-Ausg. VI S. 232.

⁵ *Kant*, Akad.-Ausg. VI S. 232.

⁶ Hans *Kelsen*, Allg. Staatslehre, S. 47: Jede Rechtsnorm (ist) eine Zwang anordnende Norm; ein bedingter Zwangsakt. Ebenso *Rudolf von Jhering*, *Julius Binder*, Philosophie des Rechts, S. 248 ff., anders dagegen *Binder*, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935, S. 142. Gegen die Zwangstheorie *Otto von Giercke*, Deutsches Privatrecht, I, S. 113 unter Hinweis auf das Lehns-, Höfe- und Dienstrecht des Mittelalters. *Stammler*, Rechtsphilosophie, § 41; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. S. 46, S. 179.

wichtige Rolle spielt, aber nur als *ein* Moment innerhalb eines umfassenderen Wesensmerkmals des Rechtes: der Positivität. Recht ist wirkliche *Ordnung*. Recht beginnt da, wo in der Regellosigkeit eines revolutionären, vorrechtlichen Zustandes des *bellum omnium contra omnes* Ordnung und Regel hineinkommt. Nur Normen, die das *wirkliche* Gemeinschaftsleben zu ordnen vermögen, können Recht sein, und die idealste Norm, die die Wirklichkeit nicht zu ordnen vermag, kann vielleicht einmal Recht *werden* aber sie *ist* kein Recht. „Es gehört zum Begriff des Rechtes, positiv zu sein⁷.“

Im Merkmal der *wirklichen* Gemeinschaftsordnung ist das Normative wesensmäßig mit dem Tatsächlichen verbunden: nur weil und sofern das Recht eine Gemeinschaft *wirklich* ordnet, hat es seinen spezifischen Wert als gestaltende Ordnung. Solange eine Ordnung ein bloß irreales Gebilde bleibt, fehlt ihr der spezifische Rechtswert: die wirkliche Ordnungskraft. In dieser Faktizität des Normativen, d. h. in der Eigenschaft, die das Normative hat, faktisch zu sein und ordnende Kraft zu haben, hat das Faktische normative Kraft: Schon die Tatsächlichkeit einer Ordnung hat, unabhängig von ihrer inhaltlichen Gestaltung, einen gewissen elementaren Wert (gegenüber dem bloßen Chaos) und damit *normative, verpflichtende* Kraft.

Diese normative Kraft der faktischen Rechtsordnung ist weit mehr, als was Georg *Jellinek* darunter verstand. „Der Mensch sieht das ihn stets Umgebende, das von ihm fortwährend Wahrgenommene, das ununterbrochen von ihm Geübte nicht nur als Tatsache, sondern auch als eine Beurteilungsnorm an, an der er Abweichendes prüft, mit der er Fremdes richtet“⁸. Der Grund der normativen Kraft des Faktischen liegt nicht in seiner Richtigkeit („Vernünftigkeit“), sondern „in der weiter nicht ableitbaren Eigenschaft unserer Natur, kraft welcher das bereits Geübte physiologisch und psychologisch leichter reproduzierbar ist als das Neue“.

Worauf *Jellinek* damit sachlich hinzielt, dürfte im wesentlichen jene sozialpsychologische Bereitschaft der menschlichen Tiefenschicht zur blind-triebhaften Nachahmung, Anpassung, zur Übernahme fremder Gefühle und Meinungen sein, in der wir — mit Gabriel *Tarde* (1843—1904) — eine fundamentale Tatsache des sozialen Lebens erkannt hatten: der Hang zum Konformismus. Aber in dieser sozialpsychologischen Tatsache liegt zwar das Moment der Angleichung der Verhaltensweisen; der Konformismus ist aber noch nichts *Normatives* i. S. des *Verbindlichen* (vielleicht des Verbindlichfühlers). Dagegen enthält die Überwindung des sozialen Chaos durch eine wirk-

⁷ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 71.

⁸ Georg *Jellinek*, Allg. Staatslehre, 3. Aufl. S. 337 f.

liche Ordnung bereits eine echte Verbindlichkeit, die von einem objektiven Wert ausgeht, eben dem elementaren Wert der wirklichen sozialen Ordnung.

Erst eine zweite Frage ist es, worauf die *Wirklichkeit* dieser Ordnung *tatsächlich* beruht. Hier hat das Zwangsmoment durchaus seine Stelle. Ein wesentliches Moment, das die Befolgung des Rechts garantiert, ist die Macht, die hinter ihm steht. Aber sie ist sicher noch nicht einmal das wesentlichste Moment. Weit bedeutsamer ist die im vitalen Eingliederungsbedürfnis (dem Herden- und Unterordnungstrieb) wurzelnde triebhafte Bereitschaft zur Anpassung und Gefühlsübernahme, also das, was *Jellinek* mißverständlich als „normative“ Kraft des Faktischen bezeichnet hatte (was richtiger angleichende Kraft des Faktischen oder Konformismus heißen sollte). Aber zu beiden Momenten tritt — und zwar keineswegs zuletzt — hinzu: das Erfühlen eines echten Wertes: eben der Ordnung. „Durch die Gewalt, meint die Vorstellung oft, hänge der Staat zusammen; aber das Haltende ist allein das Grundgefühl der Ordnung, das alle haben⁹.“

Aber welchen Inhalt hat nun diese Ordnung, die das Recht dem Chaos abzwingt und in deren Existenz das Faktische normative Kraft hat? Welchen Wert oder welche Werte verwirklicht sie, daß sie über das bisherige Chaos hinaus *verpflichtende* Kraft besitzt? Die Frage nach den Rechtswerten enthält die entscheidende Problematik des Rechts. Hier ist von vornherein klar zu sehen, daß es nicht *einen*, sondern *mehrere* Rechtswerte gibt, deren inneres, spannungsvolles Verhältnis bestimmend für das Wesen und für das Schicksal des Rechts ist. Ich will sie in drei Punkten auseinanderlegen:

1.

Dabei gehen wir am besten vom Chaos des vorrechtlichen bellum omnium contra omnes aus. Dieser vorrechtliche Zustand ist, wie ihn uns *Thomas Hobbes* klassisch beschrieben hatte, durch die totale Existenzbedrohung aller durch alle charakterisiert, die darum auch die Furcht aller vor allem gebiert. Den ersten Wert, den eine das Chaos überwindende Ordnung schafft, ist die *Existenzsicherung* aller vor allen, die Übernahme des Schutzes vor der gegenseitigen physischen Vergewaltigung. In dieser vitalen Wertregion, der Sicherung der physischen Existenz der Gemeinschaftsglieder, liegt der erste Ordnungswert des Rechts. Die rechtsphilosophische Besinnung hat immer wieder die Korrelation von Schutz und Gehorsam als wesentliches ele-

⁹ *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 268 Zusatz.

mentares Element des Rechtsbegriffs hervorgehoben. Wer mich nicht schützen kann, kann mir auch nicht befehlen¹⁰. *Protego, ergo obligo*. „Schon um des Lebens willen treten die Menschen zusammen — denn vielleicht ist schon im Leben ein Teil des Guten zu finden — und erhalten diese staatliche Gemeinschaft schon um des bloßen Daseins willen aufrecht“¹¹. *Mutual relation between Protection and obedience, Oboedientiae finis est protectio* (Thomas *Hobbes*). Eine Rechtsordnung erfüllt erst dann das elementarste Moment ihres Begriffes, wenn sie den revolutionären Kampf aller gegen alle beendet und die Sicherheit der Rechtsgenossen garantiert.

Diese existenzsichernde Funktion der Ordnung ist der Mindestgehalt des Rechtsbegriffes, der das Recht vom Nicht-Recht, vom Chaos, abgrenzt: die Sicherheit *durch* das Recht.

2.

Von dieser Sicherheit *durch* das Recht als der elementarsten Funktion einer Rechtsordnung ist die Sicherheit des Rechts zu unterscheiden. Die Existenzsicherung durch das Recht läßt die konkrete Ausgestaltung des Soziallebens bis eben auf die Sicherung der physischen Existenz noch völlig unbestimmt. Die Ausgestaltung des Soziallebens könnte noch ganz regellos, einfach auf der Willkür eines Machthabers oder einer Oligarchie von Machthabern beruhen. Hier bringt die Sicherheit *des* Rechts einen zweiten Ordnungswert in das Recht: die Regelmäßigkeit, die „Gesetzmäßigkeit“, den Ausschluß der Einzelwillkür. Erst die Regelmäßigkeit des Rechts und in besonders hohem Maße die Gesetzmäßigkeit des Rechts gibt dem Rechtsgenossen die Möglichkeit, in die Zukunft zu planen, weil er im voraus gewiß sein kann, was er tun soll, tun darf oder nicht darf. Die Rechtssicherheit gewährt dem Einzelnen die *Gewißheit* des Rechts. Jeremy *Bentham* (1748—1832) hat vor allem auf dieses Prinzip stärkstens hingewiesen: er nennt es das Prinzip der Erhaltung von „Erwartungen“. Durch sie allein werden wir in den Stand gesetzt, einen allgemeinen Plan für unsere Handlungsweise zu entwerfen; durch sie sind die einander folgenden Augenblicke, welche die Dauer des Lebens bilden, nicht bloß isolierte und gleichsam voneinander unabhängige Punkte, sondern ständig an einander sich anschließende Theile eines Ganzen. Die „*Erwartung*“ verbindet, einer Kette gleich, unsere gegenwärtige Existenz mit der zukünftigen; ja sie geht selbst über uns hinaus zu der uns folgenden Generation.

¹⁰ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Akad.-Ausg. VI, S. 319.

¹¹ *Aristoteles*, *Politik*, 1278 b.

Das Prinzip der Sicherheit umfaßt die Erhaltung aller dieser Erwartungen: seine Vorschrift ist, daß alle Schicksale, so weit sie von den Gesetzen abhängen, den Erwartungen gemäß seien, durch welche sie vorgebildet worden sind¹²

Die Rechtssicherheit bedeutet die regelhafte Bestimmtheit des Rechtes, an die alle, die Rechtsgenossen ebenso wie die Machthaber gebunden sind. Bestimmtheit des Rechtes bedeutet sogleich *Vorausbestimmbarkeit*, d. h. Berechenbarkeit des Rechtes. Diese verlangt dreierlei:

- a) Positivität des Rechts i. S. der Gesetztheit des Rechtes, insbes. in hohem Maße als geschriebenes, als Gesetzes — Recht (*nulla poene sine lege*).
- b) Möglichster Ausschluß von Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftigen Begriffen. Diese tragen ein Element der Richterwillkür in das Recht hinein und beeinträchtigen die Berechenbarkeit.
- c) Die Typizität des Rechts. Das Recht darf nicht allzusehr individualisieren, weil es dann die Regelhaftigkeit und Berechenbarkeit verlieren würde (z. B. Festsetzung von generellen Altersgrenzen).
- d) Dauerhafte Gesetze, d. h. Dauerhaftigkeit des Rechts. Erschwerung der Abänderung von Gesetzen. Von einem anderen Gesichtspunkt her hatte sich bereits Aristoteles gegen die allzu leichte Gesetzesänderung gewendet: „Das Gesetz erlangt die Kraft, vermöge deren man ihm gehorcht, nur durch die Gewohnheit, und diese entsteht nur durch die Länge der Zeit. Wenn man also die vorhandenen Gesetze allzu leicht mit anderen, neuen Gesetzen vertauscht, so heißt das, die Kraft des Gesetzes schwächen“¹³.

In den beiden bisher besprochenen Funktionswerten des Rechtes: — in der Existenzsicherung durch das Recht und in der Rechtssicherheit — ist das Recht eine bloße Zweckmäßighkeitsordnung, d. h. es hat keinen Eigenwert, sondern nur einen Mittelwert als mehr oder minder taugliches Mittel, die Existenz der Rechtsgenossen zu sichern und die Berechenbarkeit des Rechts zu gewährleisten. Hiernach beurteilt sich beispielsweise die Zweckmäßigkeit der Verbrechensbekämpfung. So unterstehen die sichernden und bessernden Maßnahmen des Strafrechts im besonders hohen Maße dem Prinzip der Zweckmäßigkeit („Wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert“); ebenso erfolgt das

¹² Jeremias *Bentham*, Grundsätze der Civil- und Criminal-Gesetzgebung, hrsgg. von Etienne *Dumont* nach der zweiten, verbesserten und vermehrten Auflage für Deutschland bearbeitet und mit Anmerkungen versehen von Dr. Friedrich Eduard *Beneke*. I. Bd. S. 276.

¹³ *Aristoteles*, Politik, 1269 a.

Einschreiten der Polizei im Falle der Gefahrenabwehr usf. Dieses Prinzip der Zweckmäßigkeit beurteilt sich — für sich allein genommen — ausschließlich nach der *technischen* Eignung der angewendeten Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zweckes. Insofern ist es ethisch völlig indifferent. Hierin liegt die *Gefährlichkeit* der bloßen Zweckmäßigkeitsbetrachtung für das Recht (neuerdings wird es durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip“ (§ 42 a Abs. 2 StGB) eingeschränkt). Darum kommen zu den bisherigen beiden Funktionswerten des Rechts ein weiterer hinzu: Die Rechtsordnung als gerechte und ethisch richtige Sozialordnung: Dabei wiederum mehrere Stufen:

a) Gerechte Ordnung im engeren Sinne

Die Rechtsordnung muß Gleiches gleich, Ungleiches ungleich behandeln, (vgl. Art. 3 GG). In diesem Sinne enthält die Rechtsordnung nicht bloß einen Mittelwert, sondern einen Eigenwert. Nun erhebt sich dabei eine Schwierigkeit: jeder Lebenssachverhalt ist einem anderen in gewisser Beziehung gleich, in anderen Beziehungen ungleich, (z. B. qua Menschsein sind alle Menschen gleich, aber in ihrer Individualität sind sie alle voneinander verschieden: wann kommt es auf die generellen, wann kommt es auf die individuellen Merkmale an?). Wann ist die Gleichbehandlung, wann ist die Ungleichbehandlung richtig. Wann ist die „arithmetische“ (ausgleichende) wann die „geometrische“ (austeilende, verhältnismäßige) Gleichheit anzuwenden? *Justitia commutativa* und *Justitia distributiva* —

β) Gerechtigkeit im weiteren Sinne: Die ethisch gerechtfertigte Form der Gleichheit

Bei ihr kommt es auf die material-ethische Richtigkeit an. Diese ist im Einzelfall verschieden: Bei der Steuer ist maßgebend die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, bei der Beamtenanstellung die fachliche Tüchtigkeit, bei der Lebensmittelverteilung die durchschnittliche physiologische Bedürftigkeit; bei der Sozialrente, Geldabwertung, Beteiligung an öffentlichen Angelegenheiten: die einfache Kopfgleichheit. — Hier gibt es keine apriorischen Grundsätze, vielmehr empirisch bedingte, aposteriorische Maßstäbe i. S. der ethischen Materie. Hier handelt es sich um die „Aporie“ der Staatslehre¹⁴.

¹⁴ *Aristoteles*, Politik, 1284 b.

γ) Wahrung der Menschenwürde

Ein apriorischer Gehalt der ethischen Richtigkeit der Sozialordnung ist aber die Anerkennung des Menschen als selbstverantwortlicher Person. Wenn eine Normenordnung die Menschen nicht als Unterworfenen nur zwingen, sondern auch als Rechtsgenossen verpflichten will — und sie kann niemals bloß zwingen, — muß sie die Personenhaftigkeit der Verpflichteten voraussetzen, d. h. als selbstverantwortliche Wesen, die die Forderungen des Rechtes als Verpflichtung nehmen und auf sich nehmen können. Vollends als *gerechte*, d. h. sittlich gerechtfertigte Ordnung, muß sie jeden Menschen als ein zur Selbstverantwortung bestimmtes Wesen, d. h. als Person und nicht als bloßes Mittel für irgendwelche Zwecke anerkennen (Person und Gemeinschaft);

- a) eine zweckmäßige Ordnung: Existenzsicherung, Rechtssicherheit;
- b) eine gerechte und sittlich gerechtfertigte Ordnung.

Die zweite Wertgruppe (die ethischen Werte des Rechtes) steht zur ersten, der Zweckmäßigkeitsgruppe, im „dialektischen“ Zusammenhang.

Verlangt die erste (z. B. die Rechtssicherheit) eine Generalisierung und eine Wertfreiheit der Tatbestände, so verlangt die zweite (die Gerechtigkeit) weitgehend eine Individualisierung und einen Einbau von ethischen Wertbegriffen. Die Tendenzen nach der einen und nach der anderen Richtung überwiegen in den verschiedenen Rechtsgebieten verschieden: im Handelsrecht überwiegen die Tendenzen der Berechenbarkeit, im Jugendrecht die Tendenzen nach der Individualisierung. Im Strafrecht herrscht im Großen und Ganzen die Tendenz nach der Individualisierung; dies aber stärker beim Schuldbegriff und bei der Strafzumessung, dagegen bei der Tatbestandsbildung überwiegt stärker der Zug zur Berechenbarkeit (*nulla poene sine lege*).

Handelt es sich hierbei um relatives, gradmäßiges Überwiegen des einen oder anderen Gesichtspunktes, so setzt die Wahrung der Menschenwürde allen Zweckmäßigkeitserwägungen eine absolute Schranke. Niemals kann eine Rechtsnorm die völlige Negierung des Personenwertes enthalten. Der Mensch kann hier innerhalb seiner mit Rechtscharakter auftretenden Regelung niemals bloß zum Mittel einer Zweckmäßigkeitsmaßnahme oder bloß zum Objekt anderer Menschen gemacht werden.

Sittlichkeit, sittliche Normen und Rechtsnormen

WERNER HARDWIG

Das Recht ist ein Inbegriff der Regeln, die das Verhalten von Menschen zueinander, wie es sein soll, bestimmen. Diese Begriffsbestimmung ist aber höchst unvollkommen; denn sie gilt auch für sittliche Regeln, die das Zusammenleben von Menschen betreffen. Außerdem gibt es Regeln des Zusammenlebens von Menschen, die aus irgendeinem Machtwillen stammen können und die weder sittliche noch rechtliche Regeln zu sein brauchen. Unser Hauptproblem soll sein: In welcher Weise unterscheiden sich sittliche Normen, Rechtsnormen und Machtnormen? Wir können auch so fragen: Was ist es an den Rechtsnormen, daß man sie als solche erkennen kann, oder was ist es, daß das Recht zum Recht macht? Was ist das Wesen des Rechts? Obwohl die Frage naheliegt, soll sie doch nicht in dieser Form gestellt werden, nämlich was die Wahrheit des Rechts sei. Hierbei kann zugegeben werden, daß gerade diese Form der Frage sehr verführerisch klingt. Aber sie bringt neben Sittlichkeit, Macht und Recht noch einen vierten Begriff hinein. Wir haben aber schon mit den drei Begriffen Sittlichkeit, Recht und Macht vollauf zu tun, so daß die letzte Form der Frage das Problem unnötig kompliziert.

Obwohl es unserem Thema: Sittlichkeit, sittliche Normen und Rechtsnormen nicht genau entspricht, wollen wir das Schwergewicht unserer Untersuchung auf die Frage legen, was es sei, daß das Recht zum Recht mache. Niemand wird leugnen, daß in einer Zeit, in der sich die Fälle häufen, daß ein Recht durch ein anderes Recht sozusagen und man weiß nie, inwieweit, für null und nichtig, ja sogar für Unrecht erklärt wird, daß also in solcher Zeit die Frage nach dem Wesen des Rechts sehr aktuell sein muß. Allerdings haben wir uns schon wieder soweit in Sicherheit gewiegt, daß man nicht gerade behaupten kann, es handele sich bei diesem Thema um eine Aktualität des Tages. Wenn es nicht gerade um die sogenannte Bewältigung der Vergangenheit geht, dann setzen wir es als selbstverständlich voraus, daß Recht ist, was die Gesetzmaschine hervorbringt. Aber selbst wenn dieses de facto stimmen sollte, so kann es doch heilsam sein, sich einmal zu überlegen, welche Momente es sind, die das Recht zum Recht machen. Bei den üblichen Überlegungen taucht dann meist sehr schnell der Begriff „Naturrecht“ auf. In solchen Übergangszeiten wie nach dem Umbruch von 1945 kann dann die Naturrechtsdebatte sehr hitzig werden, um ziemlich bald nach Eintritt der neuen Ordnung abzuflauen. Die Ergebnisse solcher Debatten sind häufig nicht sehr erhebend. Wir

wollen nicht behaupten, daß bei unseren Überlegungen mehr herauskommen müßte, und auch nicht glauben machen, wir könnten mit irgendwelchen neuen Ansichten alle Probleme schlagartig lösen. Aber die gesamte Naturrechtsdebatte ist mit einem höchst zweifelhaften Begriff vorbelastet, der so schillernd und vieldeutig ist, daß die Denkkraft schon geschwächt ist, noch ehe man sich darüber klargeworden ist, was Naturrecht sei.

Wir beginnen unsere Überlegungen mit der Frage, was unter einer Norm, und zwar unter einer Norm des Sollens oder unter einer Norm für menschliches Verhalten zu verstehen sei. Eine Norm kann eine Empfehlung, ein Vorschlag sein, wie man sich in einer vorausgesetzten Situation zu verhalten habe, oder sie kann auch eine Art Befehl sein, von dem man nicht abweichen darf. Diesen Sinn einer Norm, daß man von ihr nicht abweichen darf, können wir ihren Verbindlichkeitscharakter nennen. Da das Recht wie auch die sittlichen Normen nach unserer Meinung verbindlich sind, also Imperative sind, von denen eine Abweichung nicht gestattet ist, so gehen wir von diesem Verbindlichkeitscharakter der Sollensnormen zunächst aus. Woher diese Verbindlichkeit kommt, soll uns einstweilen nicht interessieren. Es genügt uns die Erkenntnis, daß dies jedenfalls der Sinn dieser Normen ist. Es gehört zu ihrem Begriff, daß sie als verbindlich gemeint sind. Diese Verbindlichkeit ist bei ethischen und rechtlichen Normen eine unbedingte. Solange sie überhaupt gelten, gelten sie mit unbedingter Verbindlichkeit. Ist dies schon nicht der Sinn von Normen, dann können sie jedenfalls keine Rechtsnormen sein.

Ethische Normen und Rechtsnormen sind unbedingt verbindliche Regeln für ein menschliches Verhalten. Sie wollen daher beachtet werden, wobei man davon ausgeht, daß sie auch beachtet werden können, wenn das Verhaltenssubjekt, an das sie sich wenden, es nur will. Dies bedeutet, daß sie die Willensfreiheit des Menschen voraussetzen. Wir wollen dies hier nur feststellen, ohne daraus ein Problem zu machen, das allerdings gegeben ist.

Nun kann menschliches Verhalten nicht geregelt werden, ohne daß angegeben wird, was geschehen soll. Das bedeutet, daß Normen einen angebbaren Sinn haben müssen. Aber, was geschehen soll, kann wiederum nicht gesagt werden, ohne auch die Verhaltenssituation zu beschreiben, für die das angegebene Verhalten gelten soll. Verhaltensnormen haben daher die allgemeine Form: Wenn die oder die Verhaltenssituation gegeben ist, dann soll oder darf sich jemand so oder so verhalten oder nicht verhalten. Das gilt auch für scheinbar so einfache Normen wie die, daß man einen anderen Menschen nicht töten dürfe. Hier scheint eine Verhaltenssituation nicht beschrieben zu sein. Aber das ist nur ein Schein. Die Verhaltenssituation ist hier so allgemein,

daß sie nicht besonders auffällig in Erscheinung tritt. Aber es ist ganz klar, daß das Tötungsverbot für irgendeine Tötungssituation gilt, etwa: Wenn du mit einem Kraftwagen fährst, dann hast du dich so zu verhalten, daß ein Mensch durch dein Fahren nicht getötet wird. Oder wenn du von jemand so gereizt wirst, daß dir der Gedanke kommt, du möchtest ihn totschiagen, dann darfst du das nicht tun usw. Dies bedeutet, daß Verhaltensnormen nur in begrifflichem Gewande auftreten können. Und es ist wichtig, daß dieses auch für ethische Normen gilt. Es gibt keine Verhaltensnormen ohne begrifflichen Inhalt. Gerade hierin liegt für die ethische Norm ein Problem, auf das wir später zurückkommen werden.

Nehmen wir nun etwa die Norm des Tötungsverbotes, dann ist sofort deutlich sichtbar, daß dieses Verbot für bestimmte Tötungssituationen Inhalt einer ethischen ebenso wie einer Rechtsnorm sein kann. Was also diesen Inhalt betrifft, so kann man der Norm nicht anmerken, ob sie ethische oder Rechtsnorm ist. Aber wenn es nicht der Inhalt ist, der — wenigstens grundsätzlich — die sittliche Norm von der des Rechts unterscheiden läßt, dann könnte es vielleicht etwas anderes sein, sei es die Form oder sei es der Aufbau der Norm. Wer der sittlichen Norm zuwiderhandelt, ist böse, wer der Rechtsnorm zuwiderhandelt, tut Unrecht. Aber hier sind das Böse und das Unrecht schließlich nur Namen für ein und dasselbe. Wenn wir fragen, ob sich eine Rechtsnorm darauf beschränken könne, daß sie zur Feststellung diene, was ihr zuwider sei, oder ob sie noch eine zusätzliche Aufgabe habe, dann bemerken wir sofort, daß die Aufgabe der Rechtsnorm mit einer solchen Feststellung unmöglich beendet sein kann. Sie ist so wenig beendet, daß wir jene Norm: „Du sollst nicht töten“ in unserem Recht nicht einmal ausdrücklich formuliert finden, obwohl nicht bezweifelt werden kann, daß sie in unserem Recht gilt. Formuliert ist vielmehr ein anderer Satz, der jene Norm unausgesprochen in sich einschließt: Wer einen anderen Menschen vorsätzlich oder fahrlässig tötet, der wird bestraft. Daß dieser Satz eine Rechtsnorm ist, kann nun nicht mehr bezweifelt werden. Woran liegt das und was ist mit diesem neuen Satz ausgesprochen? Entfalten wir unsere Beispielsnorm, um ihre genaue Form festzustellen, dann lautet sie: Wenn eine Tötungssituation gegeben ist, dann darf man nicht töten; tötet jemand gleichwohl, dann soll er unter bestimmten weiteren Voraussetzungen bestraft werden. Hieraus folgt, daß die Rechtsnorm zweigliedrig mit je einem Bedingungs- und Folgesatz ist. Das erste Glied enthält die mehr oder weniger genaue Beschreibung einer Verhaltenssituation und die Angabe der für diese Situation gesollten oder gedurften Verhaltensweise, das zweite Glied steht zum ersten in einem inneren Verhältnis und enthält die gesollte oder gedurfte Ver-

haltensweise anderer bei Nichteinhaltung der im ersten Glied angegebenen Verhaltensweise. D. h. auch das zweite Glied unserer Kette enthält die Beschreibung einer Verhaltenssituation, die in der Verletzung der Verhaltensnorm des ersten Gliedes besteht, und die Angabe eines gesollten oder gedurften Verhaltens anderer Verhaltenssubjekte, die nicht mit dem Verhaltenssubjekt des ersten Gliedes identisch sind. Wir können also sagen: Die Rechtsnorm ist eine Doppelnorm, in der das Verhalten von Menschen als Reaktion auf das verbindlich geregelte Verhalten anderer Menschen verbindlich geregelt ist. Wir können unserer Doppelnorm auch noch eine andere Wendung geben, die nicht auf die Nichterfüllung, sondern auf die Erfüllung einer Norm durch das Verhaltenssubjekt des ersten Gliedes abstellt. Dann lautet die Formel: Wenn die oder die Verhaltenssituation gegeben ist, dann darf oder soll sich jemand so oder so verhalten. Verhält er sich der Norm entsprechend, dann darf niemand anderes behaupten, er habe jene Norm nicht erfüllt, und dann darf dieser andere sich nicht so verhalten, als ob jener die Norm nicht erfüllt habe. Diese Wendung ist zwar im Grunde eine tautologische, die besagt, daß jemand, der sich nicht rechtswidrig verhalten hat, sich nicht rechtswidrig verhalten habe und daß demgemäß sich niemand bei seinem Verhalten darauf stützen dürfe, jener habe sich rechtswidrig verhalten. Aber in der juristisch-technischen Sprache wird diese tautologische Wendung immer wieder gebraucht. Ob unsere Formel so oder so gewendet ist, in beiden Fällen dürfte deutlich sein, daß der Schwerpunkt immer darin liegt, wie andere sich verhalten dürfen oder sollen, wenn jemand anderes sich so oder so verhalten hat, wobei der springende Punkt des Rechts am klarsten zutage tritt bei der Wendung unserer Formel, daß das erste Verhaltenssubjekt seine Verhaltensnorm nicht erfüllt hat.

Was wir hier gebracht haben, mag vielleicht einen formalistischen Eindruck machen. Aber der dargestellte Sachverhalt gibt doch einen sehr bedeutsamen Wesenszug des Rechts wieder. Er sagt nicht mehr und nicht weniger, als daß das Recht ein Sozialphänomen ist. Ohne Übertreibung können wir sagen: Das Recht ist der Inbegriff solcher Normen, die verbindlich etwas darüber aussagen, wie jemand sich verhalten dürfe oder solle, wenn ein anderer verbindliche Normen verletzt hat. Gewissen Grenzsituationen wollen wir nicht näher nachgehen.

Demgegenüber sind sittliche Normen immer eingliedrig. Das gilt nicht nur für die Individualethik, sondern auch für die Sozialethik. Jede ethische Situation ist auch dann eine Situation für sich, wenn sie durch frühere Situationen bedingt ist. Es kommt bei ihr nicht darauf an, wie andere sich verhalten sollen oder dürfen, sondern wie man

sich selbst zu verhalten hat. Jede sittliche Richtschnur ist daher ausschließlich abhängig von der zu ihr gehörigen Verhaltenssituation. Beim Recht wird die *actio* immer unter dem Gesichtswinkel ihres Wesens als *reactio* betrachtet. Im Bereich der Sittlichkeit dagegen ist auch die *reactio* ihrem Wesen nach *actio* und wird als solche auf ihren sittlichen Gehalt beurteilt, während ihr tatsächlicher reaktiver Charakter reine Situationsbedeutung hat.

Hieraus folgt: Aus den Vordergliedern der rechtlichen Doppelnorm kann nicht erkannt werden, ob sie rechtliche oder sittliche Norm ist. Wird aber festgestellt, daß sie zu einer Doppelnorm gehören, dann können sie jedenfalls rechtliche Normen sein. Daß sie es nicht sein müssen, liegt daran, daß es auch Doppelnormen gibt, die keine Rechtsnormen zu sein brauchen. Von den Doppelnormen, die es gibt und die keine Rechtsnormen zu sein brauchen, wollen wir nur die Machtnormen berücksichtigen. Eine Machtnorm kann denselben formalen Aufbau wie eine Rechtsnorm haben, ohne daß sie deshalb schon eine Rechtsnorm sein müßte. Nun sind Rechtsnormen freilich auch Machtnormen. Aber nicht jede Machtnorm ist eine Rechtsnorm. Damit verschiebt sich das Problem. Es liegt nicht oder wenigstens nicht so sehr in der Abgrenzung zwischen sittlicher und Rechtsnorm als vielmehr in der Abgrenzung der bloßen Machtnorm von derjenigen Machtnorm, die zugleich Rechtsnorm ist. Die Frage lautet also: Wann ist eine Machtnorm eine Rechtsnorm?

Nun gibt es ein erstes Kriterium, das bereits eine grobe Abgrenzung ermöglicht. Es liegt in dem Sinn einer Norm. Normen können mit dem Sinn gegeben sein, daß zwar die Macht-untersworfenen an sie gebunden sein sollen, nicht aber der Machthaber selbst. Dieser behält sich vor, nach seiner Willkür Normen, die er erlassen hat, zu beachten oder nicht. Wenn dies der Sinn von Normen ist, dann sind sie mit Sicherheit keine Rechtsnormen. Solche können nur dann vorliegen, wenn auch der Machthaber selbst während ihrer allgemeinen Geltungsdauer durch sie gebunden sein will. Auch dieses Moment sieht sehr formalistisch aus und ist es trotzdem nicht. Es besagt nämlich das überaus Wichtige, daß Recht freiwillige Selbstbegrenzung der Macht ist. Der Machthaber unterstellt sich damit selbst seinen Normen und bindet sich an sie, oder genauer: Er gibt seinen Normen diesen Bindungssinn. Damit räumt er anderen die Möglichkeit ein, sein Verhalten als unrechtmäßiges zu qualifizieren, wenn er die versprochene Selbstbindung nicht einhält. Zwar folgt daraus nicht viel, solange er der Machthaber ist. Aber erstens muß er nicht immer Machthaber bleiben und zweitens könnte gerade die Tatsache, daß er seine Macht mißbraucht hat, irgendwann einmal seine Macht erschüttern.

So überaus wesentlich nun der Rechtsnorm die Selbstbindung der Macht ist, sie allein macht eine Norm noch nicht zur Rechtsnorm, obwohl allerdings für das Vorliegen einer solchen schon eine gewisse nicht unbeträchtliche Vermutung spricht. Weitere Momente müssen hinzutreten. Welche sind es?

Bei unseren Überlegungen wollen wir von dem Extremfall ausgehen, daß ein absoluter Herrscher oder Machthaber in seinem Bereich eine Rechtsordnung begründen will. Die erste Bedingung war die, daß er mit den von ihm erlassenen Machtnormen eine Selbstbeschränkung seiner Macht, d. h. seine eigene Bindung an die von ihm erlassenen Normen beabsichtigt. Darüber hinaus aber ist es erforderlich, daß er die von ihm errichtete Ordnung als Schutz- und Friedensordnung verstanden wissen will. Dies bedeutet, daß er die Menschen, die unter die Ordnung fallen sollen, als Schutzobjekte ansehen muß. Das Recht muß diese Menschen vor Schaden bewahren. Eine Vernichtungsordnung oder eine Ausrottungsordnung wäre auch bei Selbstbindung der Macht keine Rechtsordnung. Aber auch dieser Sinn der Machtnormen würde diese noch nicht zu Rechtsnormen machen; denn wenn der Mensch als Schutzobjekt betrachtet wird, dann kann dies auch nur bedeuten, daß der Machthaber seine Machtunterworfenen sich selbst zu eigenem Vorteil erhalten will. Um dies zu erreichen, bedürfte es nicht einmal der Selbstbegrenzung der Macht. Mit anderen Worten: die Selbstbegrenzung der Macht hat nur dann einen Sinn, wenn sie nicht rein formal zu verstehen ist, sondern wenn sie einen substantiellen Hintergrund hat. Wenn wir nach dem tieferen Grunde der Selbstbegrenzung der Macht fragen, dann kann er nur darin liegen, daß der Machtunterworfenen nicht bloßes Schutzobjekt ist, sondern einen Eigensinn repräsentiert, den ihm der Machthaber zuerkennt. Die Machtbegrenzung hat die Bedeutung, daß dem anderen ein eigener Bereich zugebilligt wird, in dem er als Mensch ein *Selbst* sein kann und der dem Zugriff des Machthabers nicht unterworfen sein soll. Und in der Einräumung dieser Möglichkeit des Selbstes liegt die Anerkennung des Machtunterworfenen als eines Eigenwertes, dem gegenüber der Machthaber sich selbst Grenzen seiner Macht steckt. Diesen Sachverhalt können wir auch so ausdrücken, daß der Schutzbefohlene nicht nur Schutzobjekt, sondern Person sein soll. Der Schutzbefohlene wird nicht nur als Sklave des Machthabers geschützt, sondern als ein Eigenwert, den der Machthaber für unantastbar erklärt, für unantastbar gerade auch dem Machthaber selbst gegenüber. Die Anerkennung des anderen als Eigenwert oder als Person bedeutet aber nichts anderes, als daß sich der Machthaber nach einer Idee der Gemeinschaft richtet. Für die Qualifikation einer Machtnorm als Rechtsnorm kommt es daher wesentlich darauf an, ob die Machtnorm als Aus-

druck einer Gemeinschaftsidee verstanden werden kann. Dies ist das substantielle Kriterium einer Norm daraufhin, ob sie Rechtsnorm sein kann.

Ich möchte aber nicht mißverstanden werden. Mit dem Gesagten ist nicht behauptet, daß eine Gemeinschaft existieren müsse, ja nicht einmal, daß der Machthaber selbst von seiner Gemeinschaftsidee überzeugt sein müsse, sondern nur, daß er eine Gemeinschaftsidee zum Richtpunkt seiner Normen nimmt. Dies könnte auch ein Machthaber, der ein ausgesprochener Menschenverächter ist, und der nicht an die Möglichkeit einer Gemeinschaft glaubt. Aber wenn er Machtnormen erläßt, die einer möglichen Gemeinschaftsidee entsprechen und selbst an diese Machtnormen gebunden sein will, dann sind sie als Rechtsnormen zu qualifizieren. Daß es für die Wirksamkeit dieser Normen von großer Bedeutung sein kann, wenn hinter ihnen auch der Glaube an die Möglichkeit einer Gemeinschaft steht, und daß die Wirksamkeit und Kraft dieser Normen ganz gewiß auch davon abhängt, daß wenigstens in einem gewissen Umfang Gemeinschaft wirklich existiert, brauche ich nicht zu betonen.

Auf die Bedeutung der Normen als Friedensordnung will ich nicht näher eingehen. Es ist leicht einzusehen, daß Schutzordnung und Friedensordnung in einem engen inneren Zusammenhang stehen.

Ferner will ich das Problem nicht näher berühren, daß eine Rechtsordnung nicht nur auf Grund von Machtüber- und -Untersuchung entstehen kann wie in unserem Beispielsfall, sondern auch auf der Ebene der Gleichordnung durch Vereinbarung. Die Grundlinien bleiben dieselben: Der Abschluß einer Vereinbarung bedeutet gleichfalls Selbstbegrenzung der Macht und Abgrenzung von Machtsphären unter der Voraussetzung, daß der Vertragspartner als Person anerkannt wird. Daher steht das Vereinbarungsrecht ebenfalls unter der Idee der Gemeinschaft.

Die Idee der Gemeinschaft ist nichts anderes als die Idee der Sittlichkeit; denn Gemeinschaft bedeutet ein inneres Verbundensein. Verfolgen wir dieses innere Verbundensein bis in eine metaphysisch-religiöse Sphäre, dann gelangen wir schließlich zu dem Grund aller inneren Bindung so, wie etwa das Christentum ihn versteht: der Grund aller inneren Bindung ist das Umfangensein alles Seienden in der allumfassenden Liebe Gottes. Und dieses Umfangensein ist zugleich auch der Urgrund des Sittlichen. Ich kann diesen Gedanken nicht weiter verfolgen. Aber so viel ist doch wohl deutlich, daß wir den substantiellen Hintergrund des Rechts, den wir in der Idee der Gemeinschaft gefunden haben, die sittliche Idee des Rechts nennen können. Sie ist die substantielle Voraussetzung dafür, daß Machtnor-

men Rechtsnormen sind. Die Selbstbindung des Machthabers ist nichts anderes als die formale Seite dieses substantiellen Verhältnisses.

Um nur einige leicht mögliche Mißverständnisse abzuwehren, soll betont werden, daß sittliche Idee des Rechts nicht eine bestimmte Geformtheit des Rechts bedeutet. Sie bedeutet z. B. nicht, daß alle Menschen als gleich betrachtet werden müssen und daß von Recht dann nicht die Rede sein könne, wenn dies nicht der Fall sei. Solche falschen Annahmen beruhen meistens auf einer Verabsolutierung irgendwelcher sittlicher Normen, wie sie in einer gegebenen Zeit gerade als richtig vertreten werden. Die sittliche Idee des Rechts bedeutet sogar nicht, daß jeder Mensch im Recht Rechtsperson sein müsse. Wohl aber bedeutet sie, daß jeder Rechtsunterworfenen als Person, wenn vielleicht auch nur als sittliche Person, anerkannt werden muß. Ein Mensch, der nicht mehr als Person anerkannt wird, fällt aus dem Rahmen einer Rechtsordnung heraus. Er wäre nur noch Machtobjekt. So weit daher der Spielraum der sittlichen Idee des Rechts auch sein mag, er ist nicht grenzenlos. Bei weitem nicht jede Machtnorm könnte von diesem Gesichtspunkt her als Rechtsnorm gerechtfertigt werden. Sicherlich kann in manchen Einzelfällen Streit darüber entstehen, was noch unter die Idee des Sittlichen oder der Gemeinschaft zu fallen vermag und was nicht. Aber es gibt doch immerhin eine Möglichkeit, Normen auf ihren Rechtswert kritisch zu betrachten. Dies scheint mir auch jener Hintergrund des Rechts zu sein, den man nach meiner Ansicht fälschlich als Naturrecht bezeichnet hat. Ich würde keine große Veranlassung sehen, mich über diese falsa demonstratio zu streiten. Wer die sittliche Idee des Rechts als Naturrecht bezeichnen will, der mag es weiterhin tun, wenngleich sich hinter einer solchen falschen Bezeichnung meist eine Begriffsverwirrung versteckt. Das Sittliche des Rechts könnte man auch die Seele des Rechts nennen. Dann hätte die falsa demonstratio dieselbe Bedeutung, als wenn jemand die Seele des Menschen als Mensch bezeichnen würde. Daraus könnten u. U. falsche Schlüsse gezogen werden.

Aber wir wollen dieser mehr begriffstechnischen Seite nicht näher nachgehen.

Jedoch wollen wir noch ein Problem untersuchen, das wir an den Schluß unserer Ausführungen gestellt hatten: das Verhältnis der sittlichen Normen zur Sittlichkeit. Daß es sittliche Normen gibt und daß diese für bestimmte Fälle oder Verhaltenssituationen bestimmte Verhaltensweisen als richtig angeben, von dieser Ansicht pflegen wir mit einer Selbstverständlichkeit auszugehen, die es meistens verhindert, sich darüber Gedanken zu machen, ob Normen überhaupt geeignet sind, sittliche Verhaltensweisen zu bestimmen. Das Wesen der Sollensnorm hatten wir bereits beschrieben. Sie ist die begriffliche Beschrei-

bung einer Verhaltenssituation, für die ebenfalls begrifflich die entsprechende Verhaltensweise angegeben wird. Die Begrifflichkeit einer Verhaltensnorm bedingt notwendig eine Abstraktion. Man kann die Begrifflichkeit noch so sehr differenzieren, sie bleibt notwendig im Abstrakten stecken. Nun ist aber die sittliche Situation selbst immer konkret individuell. Individuell ist nicht nur die Situation für sich als historisch einmalige, individuell ist auch der Mensch, der in dieser Situation steht. Oder noch genauer ausgedrückt: die Bezogenheit der Individualität einer Person auf die Individualität einer Situation gehört mit zur Situation. Man kann das Stehen einer Individualität in einer Situation nicht von der Situation selbst trennen. Hieraus folgt das sehr ernstliche Problem, ob Normen überhaupt geeignet sein können, ein Verhältnis zu bestimmen, das jeder Abstraktion Hohn spricht. Wir können uns heute nur noch über die Naivität wundern, mit der *Kant* seinen kategorischen Imperativ formuliert hat: Handle so, daß die *Maxime* Deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne. *Kant* glaubte, dieses Prinzip des sittlichen Handelns sei rein formal; denn er ging davon aus, daß jeder Inhalt, insbesondere die Gesichtspunkte der Lust, der Zweckmäßigkeit oder der Glückseligkeit das Sittliche in seinem Wesen verfälschten. Aber dieses Prinzip des Handelns ist nicht so formal, wie *Kant* es geglaubt hatte. Es geht vielmehr von unausgesprochenen inhaltlichen Prämissen aus, die, genauer betrachtet, überaus fragwürdig sind. Das Prinzip ist auch viel weniger formal als vielmehr hoch abstrakt. Die unausgesprochenen Prämissen sind: alle Menschen bilden eine Gemeinschaft, in dieser Gemeinschaft sind alle Menschen gleich und frei. Bringen wir diese Prämissen auf ein Schlagwort, dann lauten sie: Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit. Die unausgesprochenen Axiome des kategorischen Imperativs — jetzt abgesehen von der Freiheit — sind: Jede sittliche Situation läßt sich auf eine allgemeine Formel bringen; denn eine allgemeine Gesetzgebung ist nur denkbar, wenn sich alle Verhaltenssituationen normieren lassen. Jedes Verhaltenssubjekt steht zu diesen abstrakten Verhaltenssituationen im gleichen Verhältnis. Dies bedeutet die Auslöschung der je einzigartigen Individualität eines Menschen im Hinblick auf die abstrakte Verhaltenssituation. Insofern enthält der kategorische Imperativ in der Tat ein formales Moment: das Verhaltenssubjekt spielt praktisch nur noch eine Rolle als grammatisches Subjekt. Es ist beliebig austauschbar. Inhaltlicher Richtpunkt des kategorischen Imperativs aber sind eine überaus geringe Anzahl von Verhaltenswerten: Gleichheit, Freiheit, Brüderlichkeit, wobei diese Verhaltenswerte überdies noch in höchst abstrakter Form geboten werden. Sicherlich ist dieser kategorische Imperativ nicht inhaltsleer. Mit seiner Hilfe können eine Menge

von Verhaltensweisen als unsittlich ausgeschlossen werden. Aber die angegebenen sittlichen Werte sind viel zu lückenhaft und abstrakt, um eine geschlossene allgemeine Gesetzgebung entfalten zu lassen. Außerdem ist Gleichheit als *Wert* sehr problematisch. Es lassen sich vielleicht sehr sittliche Ungleichheitssysteme aufstellen. Der kategorische Imperativ ist daher weit davon entfernt, ein überzeugendes sittliches Verhaltensprinzip für alle sittlichen Situationen zu geben.

Der kategorische Imperativ *Kants* widerspricht dem unendlichen Wesen der Sittlichkeit. Jede sittliche Norm widerspricht wegen ihrer begrifflichen und d. h. abstrakten Form dem Wesen der Sittlichkeit. Fragen wir, was der Urgrund dieses unendlichen Wesens der Sittlichkeit ist, dann sehe ich nur eine einzige Möglichkeit einer Antwort: der Urgrund des Wesens aller Sittlichkeit ist das Sein in der allumfassenden Liebe. Da diese allumfassende Liebe nicht unabhängig von einem lebenden Subjekt gedacht werden kann, so kann es nur das Sein in der allumfassenden Liebe Gottes sein. Die Sittlichkeit eines Verhaltens beurteilt sich nicht nach dem Verhaltensziel, sondern nach dem Verhaltensursprung. Ein Verhalten ist sittlich, wenn es aus der Liebe heraus geschieht. Die Liebe ist unendlich; denn sie beläßt dem Verhaltenssubjekt seine Freiheit, sie läßt ihm die Freude und das Glück der Selbstbestimmung. Das Gute ist daher nicht ein Bestimmtes und damit Begrenztes, sondern ein Unbegrenztes, das erst im Verhalten selbst bestimmt wird und immer wieder neu zu bestimmen ist. In der allumfassenden Liebe sind die Verhaltensnormen aufgehoben. Die Liebe hebt die Gesetzlichkeit auf.

Diese Ansicht darf nicht dazu verführen, die sittlichen Normen für gering zu erachten. Der Mensch bedarf eines Festpunktes. Unsere ganze Erziehung, unser Sozialleben, alle sittlich notwendigen Auseinandersetzungen würden in sich zusammenbrechen, wenn man die sittlichen Normen streichen würde. Es ist daher unzulässig, aus der von mir entwickelten Ansicht zu folgern, daß die sittlichen Normen nicht nur entbehrlich seien, sondern uns sogar in die Irre führten. In der Tat: Jede sittliche Norm ist schon deshalb falsch, weil sie als Norm etwas, was seinem Wesen nach unbegrenzt ist, begrenzt. Hieraus folgt aber nicht, daß sittliche Normen auszumerzen seien, sondern daß jede sittliche Norm aus dem Verhaltensursprung wieder aufzuheben sei, wobei dann jedes Aufheben ein Doppeltes bedeutet: eine Negation und ein Bewahren. In der Liebe wird die Norm, wie es ihr zukommt, zugleich negiert und bewahrt.

Damit sind wir zum Schluß unserer Ausführungen gekommen. Unser Thema lautete: Sittlichkeit, sittliche Normen und Rechtsnormen. Wir haben uns bemüht zu erfassen, was eine Norm überhaupt ist und wodurch sich sittliche und rechtliche Normen voneinander unter-

scheiden. Mögen vielleicht manche unserer Überlegungen einen stark begrifflich-formalen Eindruck gemacht haben, so hat sich vielleicht doch gezeigt, wie eng das begrifflich Formale und das Substantielle miteinander zusammenhängen. Ich habe es nicht als meine Aufgabe betrachtet, mit großen Worten Sittlichkeit und Recht zu preisen, sondern eine möglichst klare Erkenntnis von den Dingen zu gewinnen. Die Nüchternheit unserer Überlegungen könnte dadurch getrübt erscheinen, daß ich von der allumfassenden Liebe gesprochen habe. Ich weiß, daß das Wort „Liebe“ der größten Mißdeutung ausgesetzt ist. Hinter diesem Wort vermutet man immer irgendeine Gefühlsduselei, irgendwelche unklaren Verbrüderungsideen und ähnliches. Wir haben aber kein anderes Wort, um das innerste Wesen des Zusammenhanges der Welt auszusprechen. Wir müssen versuchen, in unseren Vorstellungen die farblose Abstraktivität, aber auch den nebelig warmen Dunst dieses Wortes zu hintergehen. Der Mangel, daß wir dieses Wort Liebe nicht richtig verstehen können, liegt vielleicht weniger am Wort als an uns selbst, an der Schwäche unserer Fähigkeit, liebend zu erfassen, eben an der Egozentrik unseres Lebens.

Wenn wir Betrachtungen über das Verhältnis zwischen Sittlichkeit und Recht anstellen, dann ist ihr Hintergrund immer die Frage, was es eigentlich sei, das eine Verhaltensregelung zum Recht mache. Und hinter dieser Frage steht immer die Befürchtung, Macht und Recht könnten möglicherweise miteinander identisch sein. Sicherlich stehen Macht und Recht in einem sehr engen Zusammenhang. Recht ohne Macht wäre nicht Recht, sondern bestenfalls eine Illusion von Recht. Die Macht trägt das Recht und macht es wirksam. Dennoch ist nicht die Macht, sondern die sittliche Idee die Seele des Rechts, wenn wir diese Vorstellung als ein Bild oder als ein Gleichnis annehmen wollen. Die Verbindung von Macht und Recht ist sehr ambivalenter Natur. Macht trägt das Recht und gibt ihm die Kraft der Verwirklichung; sie kann aber auch das Recht verderben. Die Macht hat viele Masken, hinter denen sie sich verbergen kann. Die so oft berufene Dämonie der Macht liegt nicht zum geringsten Teil darin, daß sie sich fast immer des sittlichen Vorwandes bedient. Deshalb wird ein Machthaber kaum jemals bereit sein zuzugeben, daß seine Ordnung nicht einer sittlichen Idee entspreche. Weil man sehr häufig den wahren Ursprung der Machtnormen infolge der sittlichen Tarnung nicht erkennen kann, deshalb kann es im Einzelfall überaus schwierig sein, reine Machtnormen von Rechtsnormen zu unterscheiden. Diese Tatsache zieht oft genug das Recht in eine Sphäre der Zweideutigkeit. Immer wieder werden Menschen durch den Gedanken beunruhigt sein, daß das Recht etwas sei, was gemacht werde. Dem Menschen wäre es lieber, wenn das Recht eine Gegebenheit sei, die man nur

aufzufinden brauche. Es ist die Furcht, die uns dazu veranlaßt, das Recht in die Sphäre der Heiligkeit zu versetzen. Aber diese falsche Transzendierung des Rechts ist eine Flucht vor der Wirklichkeit. Das Recht ist nicht ein Gegebenes, sondern eine Ordnung, die uns aufgegeben ist. Wir selbst sind dafür verantwortlich, daß die Seele des Rechts unverletzt bleibe. Wir selbst sind zur Wachsamkeit aufgerufen. Es scheint mir ein Grundirrtum, daß das Recht mächtig sei, ein Volk oder überhaupt Menschen in Zucht zu halten. Die Macht des Rechts beruht auf der Kraft derjenigen, in denen die sittliche Idee und das sittliche Fundament wirksam sind. Fehlt es an dieser sittlichen Kraft, dann kann man vom Recht nicht verlangen, daß es eine sittliche Macht entfalte; denn erst diese sittliche Kraft gibt dem Recht seine Seele und zugleich auch seine Macht, die nicht allein auf der brutalen Gewalt beruht. Mir scheint, man dürfe diese Erkenntnis nicht gering schätzen. Ist sie auch nicht neu, so ist sie doch bedeutsam genug, daß man sie auszusprechen berechtigt ist, auch wenn sie sehr einfach ist und fast schon wie ein Gemeinplatz klingt.