

# Recht als Maß der Macht

ARTHUR KAUFMANN

## I

Wir Menschen um die Mitte des 20. Jahrhunderts werden in zunehmendem Maß von dem Bewußtsein erfüllt, daß wir in einer *Zeitenwende* leben. Wer ein geübtes Auge für die Symptome geistesgeschichtlicher Entwicklungen hat, kann die Anzeichen nicht übersehen, die das Ende der Neuzeit und das Heraufkommen eines neuen, noch namenlosen vierten Zeitalters ankündigen<sup>2</sup>. Historische Vergleiche zeigen die strukturelle Gleichartigkeit unserer heutigen geistigen Situation mit derjenigen früherer Zeitenwenden. Dasselbe Daseinsgefühl, das die Menschen zu Beginn von Altertum, Mittelalter und Neuzeit beherrscht hat, ist auch für uns charakteristisch: das Gefühl der Unsicherheit und des Bedrohtseins und jene ganz eigenartige Verfassung, die Hegel — und dann vor allem Marx — als die Selbstentfremdung, das Außersich-sein des Menschen bezeichnet haben. Unsere zeitgenössische Philosophie, die eben diesem Erlebnis der Ungeborgenheit und Entfremdung ihren Ursprung verdankt, die Existenzphilosophie, ist auch nur dem Namen nach neu; der Sache nach ist sie die typische Philosophie sich im Umbruch befindlicher Zeiten. So ist auch erklärlich, warum man heute gerade für die Philosophen der Vorsokratik und für Augustinus und Pascal wieder ein neues, vertieftes Verständnis gewonnen hat.

In solcher Lage drängt sich die Frage nach dem Kommenden besonders nachdrücklich auf. Meist sind die Prognosen, die dem von Nietzsche inaugurierten „vierten Menschen“<sup>3</sup> gestellt werden, düster, ja niederschmetternd: er werde der Mensch des Zeitalters der Massen und einer vollkommen technisierten Welt sein, der Mensch, dessen ganzes Sinnen und Denken sich auf das Berechenbare, das Stofflich-Quantitative, das Vordergründig-Nützliche richtet, der Mensch ohne geistige und moralische Inhalte, kurz: der Mensch ohne eigentlich menschliche Kultur. Aber ist diese Darstellung zwingend, auch nur überzeugend? Bewegt sich das Denken hier nicht noch ganz in den Kategorien der Neuzeit, stellt man sich hier nicht die Entwicklung, die mit Descartes begann, als bis zum Äußersten fortgesetzt und gesteigert vor, statt daß man von der Voraussetzung einer wirklichen Wende ausgeht und der Möglichkeit eines neuen Welt- und Daseinsverständnisses Raum gibt? Gewiß wird die Zukunft im Zeichen des Massenmenschen stehen, und gewiß wäre es romantisch und sogar falsch, zu glauben, das Heil liege im Abwerfen

<sup>1</sup> Meditationen über das Buch von René Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat; Recht als Maß der Macht; Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat. Wien 1957, Springer-Verlag, XV u. 548 S. —

<sup>2</sup> Siehe dazu R. Guardini, Das Ende der Neuzeit, Würzburg 1954.

<sup>3</sup> Vgl. auch Alfred Weber, Der dritte oder der vierte Mensch; Vom Sinn des geschichtlichen Daseins. München 1953.



der Technik und in der Rückkehr zum Zustand der vortechnischen Epochen. Aber weder die Masse noch die Technik bedeuten als solche eine ethische und kulturelle Zerfallerscheinung, sie sind vielmehr gegebene soziologische Tatbestände, die sich der Mensch im Guten wie im Bösen dienstbar machen kann. „Die gleiche Masse“, sagt Romano Guardini<sup>4</sup>, „welche die Gefahr der absoluten Beherrschbarkeit und Verwendbarkeit in sich trägt, hat auch die Chance zur vollen Mündigkeit der Person in sich.“ Entsprechendes gilt für die Technik. Wir Heutigen haben nur den Umgang mit ihr noch nicht gelernt, wir haben ihr noch nicht den rechten Platz in unserer Welt angewiesen, sie ist für uns noch immer wie ein neues Spielzeug, das ohne vernünftigen Plan auf seine sämtlichen Möglichkeiten ausprobiert werden muß<sup>5</sup>. Wenn aber einmal der Mensch Distanz zur Technik gewonnen und die Kunst gelernt hat, sie nur als Mittel zu sinnvollen Zielen zu benutzen, dann mag es wohl dahin kommen, daß sie ihm nicht nur ein gesteigertes materielles Behagen sichert, sondern ihn zugleich auch frei macht für seine eigentlich menschlichen Belange und Aufgaben, für seine geistigen Strebungen, bei denen ihn keine Maschine und kein Automat jemals wird einholen und ersetzen können. Für die Prognose des Kommenden ist nicht wichtig, welche Apparate noch erfunden werden — „es kommt darauf an, welche Art von Menschen in Zukunft leben werden“<sup>6</sup>.

Die Gegenwartslage freilich gibt genug Anlaß zu ernster Besorgnis. Man kann zweifeln, ob es je eine größere Gefährdung aller Werte gegeben hat, als wir sie derzeit erleben. Indessen gilt auch das Wort Hölderlins: „Wo aber Gefahr ist, wächst das Rettende auch.“ Schon dadurch, daß man heute gezwungen ist, über die Technik nachzudenken und die Frage nach ihrem Wesen zu stellen, geschieht etwas, was das Nur-Technische transzendiert und zu seiner Überwindung beiträgt<sup>7</sup>. Gerade die gefährliche Bedrohung unseres gesamten geistigen Lebens und das Gefühl einer ungeheuren Preisgegebenheit und Verlorenheit nötigen viele wieder zur Besinnung und lassen sie nach neuen Ufern suchen. Die *Existenzphilosophie*, die den Menschen aufruft, dem Fluchtversuch in die Uneigentlichkeit des bloßen Dahinvegetierens standzuhalten und in der eigenen Person, in der äußersten Subjektivität und Isoliertheit Halt zu gewinnen, führt entweder, wie bei Sartre, in einen ausweglosen Subjektivismus und Nihilismus; oder aber sie weist über sich selbst hinaus in einen Bereich, in dem die Fesseln der existenziellen Einsamkeit gesprengt werden, um einen tragenden Bezug zu einer Realität außerhalb ihrer zu erlangen, in einen Bereich, wo das Subjektive als solches seinshaft wird und der Mensch so im Gesamtgefüge des Seins wieder seinen angemessenen Platz findet. In der Tat läßt sich feststellen, daß einerseits der nihilistische

<sup>4</sup> Guardini, a. a. O. 73.

<sup>5</sup> Vgl. C. F. von Weizsäcker, Die Verantwortung der Wissenschaft im Atomzeitalter, Göttingen 1957, 10f.

<sup>6</sup> K. Jaspers, Philosophie, Bd. II, Berlin 1956, 372.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu M. Heidegger, Die Frage nach der Technik, in: Vorträge und Aufsätze, Pfullingen 1954, 13ff., bes. 43.



Existentialismus Pariser Herkunft ständig an Bedeutung verliert und daß andererseits die nichtnihilistischen Richtungen mehr und mehr zu Haltungen tendieren, die man als Getrostheit, Hoffnung, Seinsvertrauen bezeichnen kann. Am deutlichsten ist diese Tendenz wohl in der Existenzphilosophie von Gabriel Marcel entwickelt, der in der *Hoffnung* den aus der Krise entspringenden Akt tätiger Überwindung der Versuchung zur Verzweiflung erblickt und sie darum gleichsam die Frucht und den eigentlichen Sinn der Krise nennt<sup>8</sup> und der von der *Treue* sagt, daß sie als die beharrliche Teilnahme an der Wirklichkeit und als der ständige Weg zur Verwirklichung der wahre Ort des Seins ist<sup>9</sup>. Ganz ähnlich zeigt z. B. auch Otto Friedrich Bollnow, daß die besonders bei Heidegger in den Mittelpunkt gestellte existenzielle Sorge und die aus ihr resultierende Entschlossenheit<sup>10</sup> die *Hoffnung* als tragenden Grund zur Voraussetzung haben, ohne die sie ins Leere stoßen müßten<sup>11</sup>. So ist also die Existenzphilosophie „der Ausdruck einer vorübergehenden geschichtlichen Krisensituation“, sie ist „gewissermaßen das Tor, durch das allein der Weg zu einer letzten Unbedingtheit der Philosophie hindurchführt“<sup>12</sup>, das Tor zu einer neuen umfassenden Lehre vom Sein des Seienden, die sich aber ihres Weges durch die existenzielle Krise bewußt bleiben muß, um nicht wieder in einen lebensfremden extremen Objektivismus abzusinken. Die Existenzphilosophie mag noch die Philosophie von heute sein, die Philosophie von morgen aber ist die *Ontologie*.

## II

In der *Rechtswissenschaft* stehen wir heute genau der gleichen Situation gegenüber, wie wir sie vorstehend skizziert haben. Darüber kann nur der verwundert sein, der noch daran glaubt, daß die Fachwissenschaften ein isoliertes Eigenleben führen könnten, und der darum in der Rechtsphilosophie so etwas wie eine Fachphilosophie der Juristen zu erblicken geneigt ist. In Wahrheit aber stehen die elementaren Probleme der Einzelwissenschaften in einer durchgreifenden funktionalen Abhängigkeit von den großen weltanschaulichen und philosophischen Strömungen und Spannungen<sup>13</sup>. Wenn heute allenthalben von der Gefahr einer immer weiter um sich greifenden Technisierung unseres Lebens die Rede ist, so gilt das nicht zuletzt auch für die Welt des Rechtes und des Staates. Unsere gesellschaftlichen und staatlichen

<sup>8</sup> G. Marcel, *Homo viator*; Philosophie der Hoffnung. Übersetzt von W. Rüttenauer, Düsseldorf 1949, 28 ff.

<sup>9</sup> G. Marcel, *Sein und Haben*. Übersetzt von E. Behler, Paderborn 1954, bes. 43 ff. und 102 ff.

<sup>10</sup> Siehe M. Heidegger, *Sein und Zeit*, Tübingen 1953, 180 ff., 267 ff., 301 ff.

<sup>11</sup> O. F. Bollnow, *Die Tugend der Hoffnung*; Eine Auseinandersetzung mit dem Existentialismus, in: *Universitas* 1955, 153 ff.; *derselbe*, *Neue Geborgenheit*; Das Problem einer Überwindung des Existentialismus, Stuttgart 1955.

<sup>12</sup> O. F. Bollnow, *Existenzphilosophie*, Stuttgart 1955, 128. Vgl. auch F. Heinemann, *Existenzphilosophie lebendig oder tot?* Stuttgart 1954, 187 ff.; *derselbe*, *Jenseits des Existentialismus*, Stuttgart 1957.

<sup>13</sup> Vgl. E. Rothacker, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, Bonn 1948, 109.



Verhältnisse gleichen mehr einem großen Industrieunternehmen als einer großen Familie. Die Angelegenheiten der öffentlichen Hand werden in einer ganz unpersönlichen Weise rein mechanisch, ja vielfach im wahrsten Sinn des Wortes maschinell „erledigt“. Die Vorstellung, daß das Recht einer Gemeinschaft etwas ist, was organisch mit ihr wachsen muß und was man daher nicht „machen“ kann, ist seit Jahrzehnten mehr und mehr im Schwinden begriffen. Die Rechtsvorschriften werden heutzutage wie industrielle Verbrauchsgüter produziert und konsumiert, und zwar in einem so ungeheuren Ausmaß, daß kein Mensch mehr diesen Prozeß überschauen kann. Unser Recht ist infolge der Maßlosigkeit der modernen Gesetzgebung zum Ver zweifeln unsicher geworden — ein Hohn auf die Lehre des Rechtspositivismus, nach der die dem Gesetzgeber eingeräumte Omnipotenz gerade um der Rechtssicherheit willen erforderlich sein soll. Und das Schlimme ist, daß es heute anscheinend nicht mehr möglich ist, dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten. Unaufhörlich wird von allen Seiten nach dem Gesetzgeber gerufen, ständig soll er neue Vorschriften erlassen, niemand gibt sich mehr mit einer einmal getroffenen Regelung zufrieden; denn es herrscht das technische Denken, und alles Technische verlangt nach äußerster Perfektion. Auch hier zeigt sich: Wir haben nicht mehr — oder besser: noch nicht — die rechte Distanz zu den Dingen, wir meinen, wir müßten alles machen, was technisch (rechtstechnisch) möglich ist, und sehen nicht, daß wir auf diese Weise die Fundamente unserer Rechtskultur untergraben. Das mechanistische Rechtsdenken<sup>14</sup> ist eines der ernstesten Kapitel aus der Krankheitsgeschichte unserer Zeit. So stehen wir heute mitten in einer fast ausweglos erscheinenden Krise des Rechts und des Staates<sup>15</sup>. Wir leben, wenn es einmal so überspitzt formuliert werden darf, nicht in einer rechtsstaatlich ausgerichteten Demokratie, sondern in einer industriemäßig organisierten Technokratie.

Diese „Technokratie“ ist es, die René Marcic in seinem oben angezeigten Buch als den „Gesetzesstaat“ bezeichnet. „Der Gesetzesstaat entspringt einer Haltung des Menschen, die man Vermessenheit, Überheblichkeit, schrankenloses Selbstbewußtsein nennt“; „der Gesetzesstaat tut so, als ob am Anfang aller Zeiten das Gesetz stünde, aber nicht nur das, sondern: als ob am Anfang, in der Mitte und am Ende, allemal und allenthalben einzig und allein das Gesetz herrschte“; „der moderne Gesetzesstaat ist der Staat ohne Maß, der ‚anmaßende Staat‘“<sup>16</sup>. An anderer Stelle wird er auch der Staat des Rationalismus und des liberalen Positivismus genannt, der Staat, „in dem nicht mehr das Recht der Politik die Grenze setzt, sondern die Politik das Recht in Schranken hält“, der Staat also, in dem die Macht dem Recht grund-

<sup>14</sup> Ein besonders bezeichnendes Beispiel hierfür ist die von dem angesehenen schwedischen Rechtsgelehrten *Anders Vilhelm Lundstedt* vertretene Rechtstheorie „auf realpsychologischer Grundlage“, als deren wichtigste Tatbestände „Rechtsmechanismus“, „Gesellschaftsmaschinerie“ und „Rechtsgetriebe“ genannt werden. Vgl. *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Bd. I, Berlin 1932, 231 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *H. Jahrreiß*, *Größe und Not der Gesetzgebung*, Bremen 1953; abgedruckt auch in: *Mensch und Staat* (Vorträge und Abhandlungen), Köln 1957, 19 ff.

<sup>16</sup> *Marcic*, a. a. O. 232, 234, 233.



sätzlich vorgeordnet ist und der daher in seiner letzten Konsequenz zur Diktatur führt<sup>17</sup>.

Diesem Schreckbild des „Gesetzesstaates“ wird das Idealbild des „Richterstaates“ gegenübergestellt. Damit meint Marcie eine Staatsform, bei der es nicht heißt, daß alle Staatsgewalt vom Volk (vom Parlament) ausgeht. Mit aller Schärfe prangert er Rousseaus Lehre von der „volonté générale“ an, da sie keine unantastbaren Grenzen für die Macht des Staates und keine Grundrechte anerkenne und deshalb „das theoretische Gerüst zum totalitären Willkürstaat“ darstelle<sup>18</sup>. Vielmehr meint er eine Staatsform, bei der Legislative und Exekutive ihre Macht mit dem Areopag teilen müssen, mit einem obersten Staatsgerichtshof, der auf dem Boden des Grundgesetzes und des „präpositiven Rechtes“ darüber wacht, „daß die Staatsgewalt die ihr durch das Recht material und formal gezogenen Grenzen nicht überschreitet und daß die die Verfassung tragenden Rechtsgrundsätze verwirklicht werden“<sup>19</sup>. Das Wesentliche liegt somit darin, daß eine oberste, sachlich und persönlich unabhängige, nur dem Recht — wohlgemerkt: dem *Recht* und nicht einfach dem *Gesetz* — unterworfenen Gerichtsbarkeit die rechtliche Kontrolle über das gesamte öffentliche Geschehen ausübt, damit durch diese Begrenzung der staatlichen Macht die Herrschaft des Rechts zur Geltung gelange und die Freiheit und die Würde des Menschen in optimaler Weise gesichert werden<sup>20</sup>. Marcie nennt eine mit solchen Vollmachten ausgestattete Staats- oder Verfassungsgerichtsbarkeit geradezu „das von Staats wegen institutionell organisierte Widerstandsrecht“<sup>21</sup>. Wenn man es auf eine kurze Formel bringen will: Der „Richterstaat“ ist der Staat, in dem das *Recht als Maß der Macht* fungiert — er ist der wahre *Rechtsstaat*.

Sucht man nach einem geschichtlichen Vorbild für diesen „Richterstaat“, so findet man ihn am deutlichsten in *England* verwirklicht. Montesquieu freilich hatte einst geglaubt, seine Lehre von der Trennung und Gleichordnung der drei Staatsgewalten: Exekutive, Legislative und Gerichtsbarkeit, die für die meisten geschriebenen Verfassungen des westlichen Kontinents maßgebend wurde, just den englischen Verhältnissen ablauschen zu können, wobei er sich in Sonderheit den englischen Richter als einen reinen Urteilsautomaten, als ein „seelenloses Wesen“ mit ausschließlich gesetzesanwendender, niemals rechtsschöpferischer Tätigkeit vorstellte: „la bouche, qui prononce les paroles de la loi!“<sup>22</sup> Einer der großen, Weltgeschichte machenden Irrtümer! Denn in Wahrheit beruht der englische Rechtsstaat von alters her gerade nicht auf strenger Gewaltenteilung, sondern auf der Eigengesetz-

<sup>17</sup> Ebd. 193, 284, 364. Vgl. auch S. 258: Im Gesetzesstaat herrscht die „Ansicht, daß das Gesetz beliebig sein kann“.

<sup>18</sup> Ebd. 279 ff.

<sup>19</sup> Ebd. 215, 267 ff., 347 ff., 350.

<sup>20</sup> Vgl. ebd. 113, 257, 296 ff., 343 f., 451 f.

<sup>21</sup> Ebd. 344.

<sup>22</sup> *Charles Baron de Montesquieu, De l'esprit des lois* (Vom Geist der Gesetze), 1748. Vollst. Neuausgabe, übers. u. eingel. von E. Forsthoff, 2 Bde., Tübingen 1951. In Auswahl übers. u. erläutert von F. A. v. d. Heydte, Berlin 1950.



lichkeit des Rechts, dem sogenannten Rule of Law, wie man diese Vorherrschaft des Rechts vor der politischen Macht nennt<sup>23</sup>. Es kommt nicht von ungefähr, daß die staatsrechtliche Entwicklung in England eine so ganz andere Richtung genommen hat als die des europäischen Festlandes und daß die englische Rechtswissenschaft von dem ewigen Hin und Her zwischen Naturrechtslehre und Rechtspositivismus, das die Geschichte der kontinentalen Jurisprudenz wie nichts anderes kennzeichnet, praktisch verschont geblieben ist. Das englische Common Law ist nämlich nur zum geringsten Teil geschriebenes (gesetztes) Recht — selbst eine geschriebene Verfassung gibt es nicht —, es fließt nicht aus dem „Geist der Gesetze“, sondern aus der „Natur der Sache“, es ist nicht abstrakte Kodifikation, sondern Fall-Recht, konkretes Richter-Recht (Case-Law, Judge-made-Law) und darum einerseits anpassungsfähig an die gegebenen Verhältnisse wie andererseits spröde gegenüber willkürlichen Eingriffen. Dem ist allerdings die Souveränität des Parlaments entgegenzustellen, aber die „Statutes“, die es erläßt, waren bisher noch stets auf bloße Korrekturen und Ergänzungen des ungeschriebenen Common Law beschränkt, und sie werden von den Gerichten auch ganz im Geist des Case-Law und der sogenannten Equity, der Billigkeitsrechtsprechung des Lordkanzlers, in die im Lauf der Zeit viele naturrechtliche Gedanken eingeströmt sind, ausgelegt und angewendet. So ergibt sich also de facto ein Vorrang der rechtsprechenden Gewalt, insbesondere des „House of Lords“ als des obersten Gerichts, und eben diese ausgezeichnete Stellung des Richterstandes und seine unvergleichliche korporative Autonomie sind die Grundlage des Rule of Law, des englischen Rechtsstaates. Es entspricht ganz diesem englischen Vorbild, wenn Marcic von dem „Richterstaat“ — gelegentlich nennt er ihn auch den „Rechtsprechungsstaat“ — sagt, daß sich in ihm demokratische Elemente mit aristokratischen (House of Lords!) verbinden<sup>24</sup>.

### III

*Wo aber stehen wir?* Es ist oben schon einiges gesagt worden, was darauf hinweist, daß die bei uns gegebenen staatlichen und rechtlichen Verhältnisse wesentliche Züge des „Gesetzesstaates“, in dem der legislativen Gewalt eine dominierende Stellung zukommt, aufweisen. Wir bezeichnen unser System ja auch gern als eine „parlamentarische Demokratie“ — man könnte es auch eine „absolute Demokratie“ nennen —, während sich demgegenüber der „Richterstaat“ als eine „konstitutionelle“, d. h. durch bestimmte Rechtsgarantien beschränkte Demokratie darstellt<sup>25</sup>. Aber es wäre gewiß eine Verzerrung, wollte man die Bundesrepublik geradezu als ein Musterbeispiel des

<sup>23</sup> Siehe hierzu G. Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, Göttingen 1956, bes. 23 ff. Vgl. auch Marcic, a. a. O. 89.

<sup>24</sup> Marcic, a. a. O. 267 f.

<sup>25</sup> Die Bezeichnung „konstitutionelle Demokratie“ wird von Marcic auch hin und wieder gebraucht; vgl. 332, 340, 351.



„Gesetzesstaates“ hinstellen. Denn es kann ja nicht übersehen werden, daß bei uns der Macht des Parlaments zwei sehr gewichtige Grenzen gesetzt sind: 1. der Bundestag darf keine Gesetze erlassen, durch die ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet wird (Art. 19 Abs. 2 Grundges.), und einige elementare Prinzipien unserer staatlichen Ordnung können sogar noch nicht einmal im Weg der Verfassungsänderung mit qualifizierter Mehrheit außer Kraft gesetzt werden (Art. 79 Abs. 3 Grundges.); 2. alle Gesetze, die der Bundestag erläßt, stehen unter der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts, das sie auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts und mit den sogenannten überpositiven Rechtsgrundsätzen, also dem Naturrecht<sup>26</sup>, überprüft. Das sind zweifellos sehr „richterstaatliche“ Elemente in unserer Verfassung, und Marcic, der die Dinge von Österreich aus betrachtet, hebt auch immer wieder die starke Stellung des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe, das an Machtbefugnissen dem Verfassungsgerichtshof in Wien um etliches überlegen ist, rühmend hervor<sup>27</sup>.

Indessen darf man dabei eines nicht außer acht lassen, ein Umstand, der Marcic entgangen ist: die Richter des Bundesverfassungsgerichts werden von den gesetzgebenden Körperschaften gewählt, nämlich teils vom Bundestag und teils vom Bundesrat, und das ist natürlich ein Faktum, durch das wieder reichlich Wasser ins Öl gegossen wird. Zwar wird niemand dem Bundesverfassungsgericht nachsagen können, daß es bei seiner oft weit in das Gebiet des Politischen hineinragenden Tätigkeit unter dem beherrschenden Einfluß irgendeiner Machtgruppe gestanden hat. Dagegen zeigte sich von der anderen Seite sehr deutlich, wie außerordentlich gefährlich für das Ansehen eines höchsten Staatsgerichtshofs es ist, wenn seine Mitglieder parteipolitischen Erwägungen ihr Amt verdanken. Denn wir haben doch erlebt, welche Rolle die Zusammensetzung der Senate — man sprach ja schon ganz unverhohlen (um nicht zu sagen: unverfroren) von einem „schwarzen“ und einem „roten“ Senat — für die Spekulationen der politischen Parteien und auch der Regierung spielt, und wir mußten sehen, daß Richterstellen viele Monate lang unbesetzt blieben, nur weil sich die Parteien ihre Kandidaten gegenseitig abgeschossen. Ein wahrer Areopag, wie er uns vorschwebt, müßte gerade auch hinsichtlich der personellen Fragen von den anderen Staatsgewalten völlig unabhängig sein. Aber es hat nicht den Anschein, daß die Legislative auf ihre Befugnis, die Verfassungsrichter zu wählen, verzichten wird. Dagegen ist nach der bestehenden Verfassung auch schwerlich etwas einzuwenden. Denn unser Grundgesetz bekennt sich noch ausdrücklich zu dem Grundsatz der

<sup>26</sup> In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt ausgesprochen, daß sogar eine Verfassungsnorm rechtsunwirksam sein kann — eine für einen Rechtspositivisten ganz unmögliche Konsequenz. Vgl. dazu auch O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen 1951. — Allgemein zur naturrechtlichen Rechtsprechung im Nachkriegsdeutschland: Marcic, a.a.O. 193ff., bes. 201ff. (mit zahlreichen Belegen und Literaturhinweisen).

<sup>27</sup> Marcic, a.a.O. 336ff., 352ff. Zur Stärkung der „dritten Gewalt“ in der Bundesrepublik Deutschland siehe jetzt auch G. Dürig im Staatslexikon der Görres-Ges., Bd. II, Freiburg 1958, 844f.



„absoluten Demokratie“, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Art. 20 Abs. 2)<sup>28</sup>, und wenn das mehr sein soll als eine bloße Floskel, wird man der Volksvertretung wohl oder übel den Primat im Verhältnis nicht nur zur Regierung, sondern auch zur Gerichtsbarkeit zugestehen müssen. Man sieht hieran aber auch, welche entscheidende Bedeutung den Wahlmodalitäten für die Machtverteilung in einem Staat zukommt. Ortega y Gasset hat einmal sehr feinsinnig bemerkt: „Das Heil der Demokratien, von welchem Typus und Rang sie immer seien, hängt von einer geringfügigen technischen Einzelheit ab: vom Wahlrecht. Alles andere ist sekundär“<sup>29</sup>.

Noch ein weiterer Umstand kommt hinzu. Auch heute noch gilt das Dogma des klassischen Gesetzespositivismus, daß — abgesehen von dem ohnehin nicht mehr sehr bedeutsamen Gewohnheitsrecht — das *Gesetz* die einzige legitime Rechtsquelle sei. Oder wie Franz Wieacker es ausdrückt: es gilt das „Rechtserzeugungsmonopol des Gesetzesstaates“<sup>30</sup>. Darüber darf die vielbesprochene Renaissance des Naturrechtsgedankens, die mit dem Zusammenbruch der Diktatur einsetzte und die inzwischen schon wieder merklich abgeflaut ist, nicht hinwegtäuschen. Denn das „übergesetzliche Recht“ oder das „Naturrecht“, das hier beschworen wird, ist ja nur als ein Recht der Ausnahmefälle gedacht, als eine ultima ratio dann, wenn „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“<sup>31</sup>. Dagegen hat sich der Gedanke, daß letzten Endes alles wahre Recht seinem Inhalt nach aus außer- und übergesetzlichen — Marcie spricht von „präpositiven“<sup>32</sup> — Quellen fließt, daß die ursprünglichste Rechtsquelle die „Natur des Menschen“ und die „Natur der Sache“ ist, noch nicht durchgesetzt. Vor allem herrscht immer noch die positivistische Vorstellung, daß Rechtsprechung ihrem Wesen nach reine Gesetzesanwendung sei, sich also in der Form der logischen Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter das in der Gesetzesnorm gegebene „hypothetische Urteil“ vollziehe. Das alles zeigt an, daß das Denken bei uns noch immer primär am Gesetz und nicht am Recht orientiert ist und daß daher unsere Verhältnisse mehr dem Typus des „Gesetzesstaates“ als dem des „Rechtsstaates“ entsprechen.

Allein: Wir sind auf dem Wege — „*unterwegs vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*“. Das ist Marcies Grundthese, der Leitgedanke, um den letztlich alle seine Erörterungen kreisen<sup>33</sup>. Marcie heißt uns hoffen. Dabei verschließt er keineswegs die Augen vor der Tatsache, daß gar manches gegen

<sup>28</sup> In Art. 79 Abs. 3 Grundges. ist dieser Grundsatz sogar für unabänderlich erklärt, obwohl keine Rede davon sein kann, daß es sich dabei um ein naturrechtliches Prinzip handelt!

<sup>29</sup> J. Ortega y Gasset, *Der Aufstand der Massen*. Ausg. Rowohlt's deutsche Enzyklopädie, Hamburg 1956, 117.

<sup>30</sup> F. Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe 1958, 15.

<sup>31</sup> So die berühmte Formel von Gustav Radbruch; vgl. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946); neuerdings abgedruckt in: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1956, 347 ff. und in: *Der Mensch im Recht* (Vorträge und Aufsätze), Göttingen 1957, 111 ff.

<sup>32</sup> Vgl. Marcie, a. a. O. 145 ff.

<sup>33</sup> Siehe z. B. Marcie, a. a. O. V f., 200, 241, 268, 340, 351, 417.



seine These zu sprechen scheint. Er weiß, „daß man sich heute in juristischen Fachkreisen über derartige Ansätze zu einer modernen streitbaren und konstitutionellen Demokratie . . . nicht immer geradezu schmeichelhaft äußert“<sup>34</sup>. Im Grund wenden sich fast alle gegen eine solche Machtverschiebung zugunsten der dritten Gewalt, ja selbst die Richter — und gerade sie! — wehren sich gegen den Justizstaat und zeigen kaum Neigung, sich aus der Geborgenheit eines bloßen Vollzugsorgans des Gesetzgebers aufscheuchen zu lassen. Vor allem: der Jurist von heute hat „eigentlich zum Recht kein rechtes Verhältnis“. Er bewegt sich „stilgerecht und elegant“ in den „oberen Stockwerken“, in den „formalen und technischen Regionen“. „Die Kellerräume, die den Schatz bergen . . ., sind ihm nicht geheuer.“ „Vom Sollen weiß er viel, über das Sein wird weniger nachgedacht“<sup>35</sup>.

Wie aber kommt dann Marcie zu seiner optimistischen Prognose? Nun, er sagt es nicht ausdrücklich, doch dem aufmerksamen Leser entgeht es nicht: es ist die Beobachtung, daß man die Krise, in der wir stecken, heute mehr und mehr als solche zu begreifen beginnt. Die Krise in ihrem Kern erfahren, heißt aber Kräfte zu ihrer Überwindung gewinnen, heißt zur Hoffnung kommen. Das hat uns Gabriel Marcel gelehrt. In diesem Sinn möchten wir Marcies Buch eine *Rechtsphilosophie der Hoffnung* nennen. Marcies Hauptanliegen ist: dem Leser zu zeigen, daß wir in einer Zeit der Wende, des Umbruchs, der fundamentalen Daseinsverschiebungen leben<sup>36</sup>, damit er sehend werde für das Neue und in jene „Stimmung“ komme, „die ihn für die Frage nach dem Wesen des Rechts und nach dem Wesen des Staates öffnet“<sup>37</sup>. Er will sichtbar machen, daß die Denkrichtungen, in denen man heute noch vorwiegend befangen ist — Subjektivismus, Idealismus, Rationalismus, Kritizismus, Positivismus . . . — in Wahrheit die Denkrichtungen von gestern, der zu Ende gehenden Neuzeit, sind, während die Zukunft unter dem Zeichen der Hinwendung zum Realen, zum Konkret-Existenziellen, zum Seinshaften steht<sup>38</sup>. „Der Gegenwartsphilosophie ist es eigen, daß sie zur Suche nach dem Sein aufgebrochen ist und bewußt den Charakter des Unterwegs-seins hervorkehrt.“<sup>39</sup>

Solche Wegweisung tut heute not. Natürlich soll das nicht heißen, daß man Marcies Deutungen immer und in jeder Hinsicht zustimmen müßte. Dem Panegyrikus, den er auf den abendländischen Geist und den abendländischen Menschen singt, wird man bei nüchterner Betrachtung schwerlich applaudieren können. Marcie versieht einfach alle positiven Kriterien — Freiheit, Personalismus, Herrschaft des Rechts, Demokratie, Toleranz — mit dem Aufdruck „made in Europe“, wie er ebenso einseitig die konträren Prädikate

<sup>34</sup> Ebd. 332.

<sup>35</sup> Ebd. 216f.

<sup>36</sup> Ebd. Der ganze erste Hauptteil des Buches handelt davon. Siehe besonders 3ff., 48ff., 76 und auch 227, 417.

<sup>37</sup> Ebd. 452.

<sup>38</sup> Ebd. 57ff., 61ff.

<sup>39</sup> Ebd. 76.



samt und besonders dem Osten zuschreibt<sup>40</sup>. Alle Maßlosigkeit sieht er im Grund als „Europawidrigkeit“ an, und der maßlose Staat, der Gesetzes- oder Machtstaat, ist ihm darum gleichbedeutend mit dem Staat des Orients<sup>41</sup>. Aber das ist eine Schwarz-Weiß-Malerei, von der sich ein wissenschaftliches Werk fernhalten sollte. Bedenkt man, wie viele dunkle Kapitel die Geschichte des Abendlandes enthält und wie reich der Osten an Beispielen höchster Kultur ist, so muß man die Behauptung, daß vom Fortbestand der „europäischen Eigenart“ die Fortsetzung der Geschichte der Menschheit abhängig sei<sup>42</sup>, schon als sehr abwegig bezeichnen. Auch das Naturrecht ist gar nicht so ausschließlich ein Geisteskind des Abendlandes, wie das oft angenommen wird. In China zum Beispiel hat die Tang-Dynastie schon vor 1200 Jahren im Strafrecht eine ganze Reihe rechtsstaatliche und naturrechtliche Grundsätze verwirklicht<sup>43</sup>, die sich bei uns erst in neuerer Zeit durchgesetzt haben. Es ist nicht so, daß der Osten von uns nur zu lernen hätte, er kann uns auch vieles lehren.

Man sollte auch bedenken, wie gefährlich es ist, wenn man die Dinge so hinstellt, als seien uns Freiheit, Recht und Demokratie gleichsam von der Natur geschenkt. Wenn Marcic das „Phänomen Hitler“ und den „nationalsozialistischen Machtstaat“ „nicht mehr als eine Verirrung, als ein Abweichen vom westlichen Wesen . . ., sondern als einen orientalischen Übergriff“ glaubt deuten zu müssen<sup>44</sup>, so gibt er damit — wenn auch unfreiwillig — nur denen recht, die uns glauben machen wollen, daß Diktatur und Rechtsverkehrung nichts anderes als ein nationales Unglück darstellten, gegen das man letzten Endes wehrlos sei. In Wahrheit aber war die Tyrannei, die vor 25 Jahren bei uns errichtet wurde, gar nicht so sehr „europafremd“, sondern viel eher die konsequente Folge einer 200jährigen Entwicklung<sup>45</sup>. In Wahrheit bedeuten Tyrannei und Perversion des Rechts keinen unabwendbaren Unglücksfall, sie sind vielmehr — in Europa genau wie anderswo — ein Dauerproblem und eine Dauergefahr für die staatliche und rechtliche Ordnung, mit denen man sich ständig auseinandersetzen, gegen die man immerzu sich wappnen muß. Gerade Marcic zeigt sehr eindrucksvoll, daß das Widerstandsrecht eine legitime Institution des Rechtsstaates ist<sup>46</sup> (nur im „Gesetzesstaat“ stellt es einen Fremdkörper dar), aber das wäre ja doch ganz unverständlich, wenn nicht eben auch im wohlbestellten Staat das Recht immerfort durch die Macht gefährdet wäre. Darum wird es, wenn der „Richterstaat“ kommen soll, nicht sowohl institutioneller Garantien als vielmehr eines innerlich gewandelten Juristenstandes bedürfen, eines Juristenstandes,

<sup>40</sup> Ebd. 4, 8f., 15, 19, 87ff., 113 f., 241, 374, 451.

<sup>41</sup> Ebd. 9, 145, 233.

<sup>42</sup> Ebd. 11.

<sup>43</sup> Siehe hierzu *Ono*, Über das Wesen der Strafe, 1956 (japanisch). — Ich bin hier Herrn Dr. Koichi Miyazawa (Tokio) für wertvolle Hinweise zu Dank verpflichtet.

<sup>44</sup> *Marcic*, a. a. O. 9.

<sup>45</sup> Siehe hierzu *Edmund Kaufmann*, Der Weg in die neue Zeit, Mainz 1946, 9ff.

<sup>46</sup> *Marcic*, a. a. O. 184ff., 244, 296ff.



der sich nicht im Sinn Montesquieus bloß als ein „Sprachrohr des Gesetzgebers“ versteht, sondern der seine vornehmste Aufgabe darin erblickt, daß er in ständiger Wachbereitschaft die Herrschaft des Rechts gegenüber dem Andrängen der Macht behauptet.

#### IV

Das Wichtigste wird also sein, daß wir umdenken lernen. Das „Gesetzvor-Recht-Denken“ muß dem „*Recht-vor-Gesetz-Denken*“ weichen<sup>47</sup>. Mit einer Naturrechtslehre, die nur die Ausnahmefälle der allergrößten Auswüchse gesetzlichen Unrechts erfaßt, es im übrigen aber dabei beläßt, daß der Gesetzgeber nach seinem Gutdünken über den Inhalt der Rechtsordnung disponieren darf, ist es nicht getan. Verfehlt ist aber auch, wenn man — wie es die idealistische Naturrechtsdoktrin bis zum heutigen Tag immer wieder tut — dem „positiven Recht“ ein „überpositives Naturrecht“ entgegenstellt, so daß man dann also zwei Rechtsordnungen hätte, von denen die eine real, die andere ideal gelten soll und von denen man daher nie recht weiß, welche die wahrhaft gültige ist<sup>48</sup>.

Demgegenüber ist zu betonen: Gelten kann immer nur *ein* Recht, und wenn es gelten, wenn es für uns da sein, wenn es uns etwas angehen soll, muß es *real* existieren. Mit einem Recht, das bloß eine ideale Existenz hätte, könnten wir nichts anfangen; denn „was nur idealiter existiert, existiert eben damit — streng sachlich genommen — überhaupt noch nicht.“<sup>49</sup> Nur Realentitäten existieren wirklich, nur sie haben eine eigenständige Existenzform (existieren nicht bloß in der Vorstellung), und diese ihre Eigenständigkeit kommt dadurch zustande, daß ihr Wesensgehalt in einem körperhaften Träger fundiert, diesem gleichsam aufgeladen ist. Erst in seiner Leibhaftigkeit wird das Wesen anwesend. Die Realität der wirklichen Dinge hat also eine dipolare Struktur, sie besteht in der Bezogenheit von Essenz und Existenz, von Wesen und Dasein. Das Wesen ist nur als Existenz, und die Existenz ist nur als Wesen<sup>50</sup>. Das gilt auch für das Recht. Reales Recht ist die Anwesenheit von Rechtswesenheit — die Positivität von Naturrechtlichkeit. Überpositiv (oder präpositiv) ist das Rechtswesen, das aber als solches noch nicht wirklich ist; das wirkliche Recht ist notwendig positiv. Dabei darf man den Begriff „positiv“ aber nicht, wie Marcie das noch tut<sup>51</sup>, im positivistischen

<sup>47</sup> Vgl. H. Jahrreiß, *Mensch und Staat*, Köln 1957, 115 ff., 123 ff.

<sup>48</sup> Den letzten großen Versuch, ein vom positiven Recht unabhängiges Naturrechtssystem zu errichten, hat J. Messner unternommen: *Das Naturrecht*, Innsbruck 1958. — Auch Marcie ist nicht ganz von der Vorstellung eines doppelten Rechts, eines „positiven“ und eines „präpositiven“, frei, weshalb er gelegentlich auch von den „beiden Rechtsordnungen“ spricht; vgl. 147, 153, 184, 244.

<sup>49</sup> Hedwig Conrad-Martius, *Realontologie*; *Jahrb. f. Philosophie u. phänomenol. Forschung*, 6. Bd., Halle 1923, 163.

<sup>50</sup> Hierzu Hedwig Conrad-Martius, a. a. O. 159 ff.; dieselbe, *Das Sein*, München 1957, 43 ff., 91 ff.; H. Krings, *Fragen und Aufgaben der Ontologie*, Tübingen 1954, 17 ff., 45 ff., 72 ff., 120 ff.; H. Meyer, *Systematische Philosophie*, Bd. 2, Paderborn 1958, 100 ff.

<sup>51</sup> Marcie, a. a. O. 154.



Sinne von „gesetzlich“, „gesetzesförmig“ verstehen; Positivität im ontologischen Sinn heißt vielmehr Anwesenheit, Leibhaftigkeit, Dasein des Rechts — anders ausgedrückt: Positivität des Rechts bedeutet ein solches Maß der Aktualisierung und Konkretisierung seines Wesens, daß wir es feststellen, handhaben, anwenden können<sup>52</sup>. Es gibt positives Recht, das nicht der setzenden Tätigkeit eines Subjekts entstammt: das Gewohnheitsrecht, dessen Positivität im *usus continuus* besteht<sup>53</sup>, und die konkreten Naturrechtssätze, die positiv kraft ihrer Evidenz sind — und es gibt Gesetzesnormen, die wegen ihrer großen Abstraktheit und der Unbestimmtheit ihrer Grenzen im ontologischen Sinn nicht positiv genannt werden können, wobei namentlich an die Generalklauseln von „Treu und Glauben“ und den „guten Sitten“ zu denken ist. Gerade das Beispiel der Generalklauseln zeigt eindringlich, daß der positivistische Begriff der Positivität wissenschaftlich unbrauchbar ist. Denn Positivität soll, darüber sind sich alle einig, Rechtssicherheit verbürgen — aber niemand wird behaupten wollen, daß die Generalklauseln, wie wohl sie gesetzte Norm sind, auch sichere Norm seien; zu sicherem Recht wurden sie vielmehr erst mit ihrer Konkretisierung durch die Rechtsprechung. Und auch folgendes ist zu bedenken: wäre Positivität (als Bürge für Rechtssicherheit) gleichbedeutend mit „vom Gesetzgeber normiert“, so müßte das Recht um so sicherer sein, je mehr Gesetze erlassen werden. Aber gerade das Gegenteil ist, wie wir heute erleben, der Fall<sup>54</sup>. Das Wort: *pessimae rei publicae, plurimae leges!* gilt auch in seiner Umkehrung.

Wir haben gesagt: die Realität des Rechts hat eine dipolare Struktur, sie besteht in dem dialektischen Verhältnis von Rechtswesenheit und Rechtsexistenz. Das bedeutet nach der einen Seite, daß Wesen und Existenz des Rechts *nicht identisch* sind. Diese Feststellung richtet sich sowohl gegen den Rechtspositivismus als auch gegen die rationalistische Naturrechtslehre, die beide die Struktur des Rechts monistisch bestimmen, jener, indem er die Essenz in der Existenz, diese, indem sie die Existenz in der Essenz des Rechts aufgehen läßt. Insbesondere ist damit auch die Auffassung des Idealismus, wonach das Recht eine Existenz nach Art der platonischen Ideen haben soll, abgewehrt; demgegenüber ist vor allem zu betonen, daß das Recht real immer nur als Recht einer Person existieren kann. Nach der anderen Seite bedeutet unser Realitätsbegriff aber auch, daß Positivität und Wesen des Rechts *nicht voneinander ablösbar* sind. Beide verhalten sich wie Leib und Seele, die zwar ontologisch nicht identisch (und deshalb unterscheidbar), aber doch konkret eines sind. Mit dieser Feststellung sind jene Versuche abgewiesen, die neben dem real geltenden positiven Recht noch ein ideal geltendes überpositives

<sup>52</sup> Zu diesen Fragen näher: A. Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit, Tübingen 1957, 26 ff.

<sup>53</sup> Dagegen muß Marcic beim Gewohnheitsrecht in Schwierigkeiten geraten: es ist für ihn weder positives Recht noch Naturrecht, sondern „jener Punkt im Wesen des Rechts, wo die Grenzen vollends verwittern, beide Ordnungen ineinander fließen ...“ (153).

<sup>54</sup> Darauf weist auch Marcic, 244 f. und 441, hin.



(Wesens-) Recht begründen wollen. Es war der Fehler der neuzeitlichen Naturrechtslehre, daß sie die beiden Pole des *einen* Rechts<sup>55</sup>, Naturrechtlichkeit und Positivität, gleichsam mit dem Skalpell voneinander getrennt und verselbständigt hat. Solange man an diesem Denken festhält, wird die Überwindung des Positivismus nicht gelingen. Ein reines „Wesensrecht“, das keine reale Geltung besitzt, wird in der Wirklichkeit des Rechtslebens dem „positiven Recht“ stets hoffnungslos unterlegen sein. Deshalb ist es so wichtig, daß wir „das Verhältnis des Naturrechts zum positiven Recht als ein Verhältnis nicht des *Gegen-* oder auch nur des *Nebeneinander* erkennen, sondern als ein Verhältnis des *Ineinanderstehens*, ähnlich dem Verhältnis von Seele und Leib im Menschen: Wie der ganze Mensch nur durch Seele *und* Leib bestimmt wird und der Mensch ohne Leib ebenso wenig Mensch ist wie der Mensch ohne Seele, so ist auch das *ganze* Recht Naturrecht und positives Recht zugleich“<sup>56</sup>.

Da Wesen und Existenz des Rechts nicht identisch sind, also nicht notwendig ineinsfallen, ist es möglich, daß die richtigen Rechtsgehalte nicht im vollen Umfang, unter Umständen sogar überhaupt nicht zur Realisation gelangen. Eine als Recht ausgegebene positive Norm, ein Gesetz, kann *Un-Recht*, *Nicht-Recht*, sein. Dabei mag in Einzelfällen mitunter zweifelhaft sein, wo die Grenze zu ziehen ist zwischen dem Bereich des gültigen Rechts und dem Bereich jener Gesetzesnormen, denen der Rechtscharakter abzusprechen ist. Aber diese Schwierigkeiten liegen in der polaren Natur des Rechts, in der unaufhebbaren ontologischen Differenz von Wesen und Existenz des Rechts begründet. Sie müssen daher in Kauf genommen werden. Die Auffassung, daß man mangels eines völlig sicheren Maßstabes für die Feststellung unsittlicher Gesetze anerkennen müsse, daß „auch die verwerflichste Rechtsordnung noch einen verpflichtenden Wert“ habe<sup>57</sup>, bedeutet, bei Licht besehen, die völlige Bankrotterklärung des Rechtspositivismus. Nachdem wir Zeugen eines Systems geworden sind, das sich auf Konzentrationslager und millionenfachen staatlich und gesetzlich angeordneten Mord gründete, können wir uns eine Theorie, wonach selbst eine solche Tyranis noch verbindliche Ordnung sein soll, einfach nicht mehr erlauben.

Recht und Gesetz sind also nicht dasselbe. Sie sind aber nicht nur gelegentlich voneinander verschieden, sondern wesensmäßig. Das Gesetz ist eine allgemeine Norm für eine Vielheit *möglicher* Fälle, das Recht dagegen entscheidet eine *wirkliche* Situation im Hier und Jetzt. Schon Thomas v. Aquin hat in diesem Sinn zwischen *abstraktem Gesetz* (wozu er namentlich auch die allgemeinen Prinzipien der *lex naturalis* rechnet) und *konkretem Recht* (Na-

<sup>55</sup> Der Vorschlag *Marcics*, an Stelle des leider mehrdeutig gewordenen Begriffs „Naturrecht“ einfach den Begriff „Recht“ zu verwenden, hat vieles für sich (vgl. 125f., 153f.).

<sup>56</sup> F. A. Frhr. v. d. Heyde, Vom Wesen des Naturrechts, in: Arch. f. Rechts- u. Sozialphilos., 43. Bd. (1957), 220; siehe auch 224.

<sup>57</sup> So H. U. Evers, Der Richter und das unsittliche Gesetz, Berlin 1956, 141. Gegen ihn mit Recht *Marcic*, a.a.O. 244.



turecht) unterschieden<sup>58</sup>. Das Gesetz entstammt dem *setzenden Willen* eines Subjekts (νόμωδίκαιον), das Recht indessen fließt aus der *natürlichen Ordnung* der Dinge (φύσει δίκαιον). Marcic knüpft betont an diese aristotelisch-thomistische Tradition an und weiß sie recht geschickt mit neueren ontologischen Denkversuchen zu verbinden. Allerdings orientiert er sich dabei allzu einseitig an Heidegger — Nicolai Hartmann und Max Scheler werden kaum mit einem Seitenblick gestreift —, und gewisse Vorbehalte scheinen auch insofern am Platz, als er Heideggers Seinslehre in eine manchmal nicht mehr ganz glaubwürdige Nähe zur christlichen und speziell zur katholischen Philosophie bringt<sup>59</sup>. Aber diese Einwände liegen mehr an der Peripherie. Im ganzen sind die Gedanken, die Marcic im zweiten Hauptteil seines Buches entwickelt, ein durchaus ernstzunehmender Beitrag zu einer ontologischen Begründung des Rechts — wohl dem aktuellsten Anliegen der heutigen Rechtsphilosophie. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden.

Nur die zwei wichtigsten Grundgedanken seien hervorgehoben. Der erste lautet: „Der Grund des Rechts ist die *Ordnung des Seienden im ganzen*.“ „Das Recht ist seiner Herkunft und seinem Wesen nach *Sein* und nicht *Sollen*.“ Es ist also, „wenn es in die Fülle seines Wesens sich entfaltet, *konkret*; die Abstraktion ist eine Wesensminderung im Recht“. Oder so ausgedrückt: dem Recht eignet im Verhältnis zum Gesetz die größere „Seinsdichte“<sup>60</sup>.

Der zweite Leitgedanke besagt: Das Recht (Naturrecht) ist in seiner Konkretheit zeit- und situationsbedingt, es ist *geschichtlich*, während das abstrakte Gesetz als solches keinen Bezug zur wirklichen Zeit hat, da es seiner Idee nach auf unbestimmte Zeit, also zeitlos, gelten will<sup>61</sup>. Man darf unter Geschichtlichkeit aber nicht Relativität oder gar historische Zufälligkeit verstehen; Geschichtlichkeit meint vielmehr das Geschichtsein des Wesens in das Heute und Hier, meint Konkretisierung und Besonderung der überzeitlichen Gehalte in die Zeit und die Geschichte hinein. Diese notwendige und wesenhafte Geschichtlichkeit des Rechts ist das eigentliche derzeit noch unbewältigte Problem der Rechtsontologie. Marcic unterscheidet zutreffend zwischen der Geschichtlichkeit des Seins, der Geschichtlichkeit der Offenbarung des Seins und der Geschichtlichkeit der menschlichen Erkenntnis, und er betont sehr mit Recht, daß nur die beiden letzteren Formen in Betracht kommen können, da die Annahme einer Geschichtlichkeit auch des Grundes, also des Seins selbst, zu einem heillosen Relativismus führen

<sup>58</sup> Dazu A. F. Utz, Kommentar zum 18. Bd. der von der Albertus-Magnus-Akademie herausgeg. deutsch-lat. Ausgabe der Summa theologica, Salzburg 1953, 401 ff., 432 ff. Auch A. Kaufmann, a. a. O. 11 ff.

<sup>59</sup> Z. B. 43: „Heideggers Denken steht in keinerlei Gegensatz zum Vaticanum...“; 143: „Thomas und Heidegger sagen dasselbe.“

<sup>60</sup> Marcic, a. a. O. 123 ff., 244. — Die weitere These Marcics, daß das Recht der Sittenordnung ontologisch vorgelagert sei, weil das Recht seinsnäher, Ethik und Moral dagegen sollensnäher seien (125, 159, 162), dürfte schwerlich haltbar sein; denn ersichtlich wird hier der Begriff des Seins nicht im ontologischen Sinne, sondern gleichbedeutend mit empirischer Wirklichkeit gebraucht.

<sup>61</sup> Ebd. bes. 168 ff.; ferner auch 68, 125, 131 f., 199.



müßte<sup>62</sup>. Aber damit ist der Knoten noch nicht entwirrt, vielmehr stellt sich nun erst das entscheidende Problem, worin denn der Grund für diese Geschichtlichkeit des Sich-zeigens und des Erkennens der Wahrheit zu finden ist. Diese Frage wird ohne Rücksicht auf die Natur des Menschen nicht zu lösen sein. Denn allein im Bereich des Menschlichen gibt es überhaupt Geschichtlichkeit, und daher wird auch die Frage nach der Geschichtlichkeit des Rechts nur in Analogie zu der des Menschen beantwortet werden können<sup>63</sup>.

## V

Mit dieser Hinwendung zum konkreten, seinshaften und geschichtlichen Recht<sup>64</sup> geschieht der entscheidende Schritt zur Überwindung des positivistischen „Gesetzesstaates“. Denn von hier aus wird einsichtig, daß das Recht sich wesenhaft nicht in der Gesetzgebung, sondern — schon die Sprache bringt es zum Ausdruck — in der *Rechtsprechung* verwirklicht<sup>65</sup>. Und Rechtsprechung ist mehr als bloße Gesetzesanwendung. Nie läßt sich eine Rechtsentscheidung aus dem abstrakten Rechtssatz des Gesetzes einfach ablesen. Vielmehr ist dieser im Grund nur „der Versuch eines Lösungsvorschlages für die sachlich richtige und menschlich gerechte Beurteilung eines konkreten Rechtssachverhalts, verbindlich dann, wenn er auch jetzt und hier die Sache trifft“; ob er aber „die Sache“ trifft, läßt sich stets nur im Hinblick auf das „im konkreten Sachverhalt aus der ‚Natur der Sache‘ geforderte Sollen“ bestimmen<sup>66</sup>. Das darf man freilich nicht so verstehen, als ob das Gesetz nur eine unverbindliche Empfehlung an den Richter wäre, die dieser nach Belieben beiseite schieben könnte<sup>67</sup>. Davon kann keine Rede sein. Der Richter ist unter allen Umständen an das (gültige) Gesetz gebunden. Aber das Gesetz ist in keinem Fall schon die allein ausreichende Quelle für die konkrete richterliche Entscheidung, vielmehr entspringt diese immer auch und sogar primär der „Natur der Sache“ — oder wie Marcic sagt: der „sachbestimmten Mitte der konkreten Situation“<sup>68</sup>. Mit jedem Akt der Rechtsprechung geschieht daher ein Mehr gegenüber der Leistung des Gesetz-

<sup>62</sup> Für die Behauptung, daß auch Heidegger die Überzeitlichkeit des Seins lehre, bleibt Marcic den Beweis schuldig (169, 174). „Sein und Zeit“ jedenfalls „verrät nirgends, daß es Heidegger auf ein Haltbares, Dauerndes und Bleibendes ankommen könnte, es sei denn in Gestalt des unbedingten Feststandes der Gewißheit des Todes und also der Nichtigkeit“ (K. Löwith, Heidegger, Denker in dürftiger Zeit, Frankfurt 1953, 33; vgl. auch H. Kuhn, Begegnung mit dem Nichts, Tübingen 1950, 48).

<sup>63</sup> Vgl. dazu A. Kaufmann, a.a.O., und die dort Genannten. Außerdem J. Fuchs, *Lex naturae*, Düsseldorf 1955, 104ff.; A. Auer, *Der Mensch hat Recht; Naturrecht auf dem Hintergrund des Heute*, Graz, Wien, Köln 1956, 172ff. und G. del Vecchio, *Mutabilità ed eternità del diritto*, in: *Jus* (Milano) V, 1954, 1ff.

<sup>64</sup> Siehe dazu auch K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1953.

<sup>65</sup> Marcic betont das wiederholt: 89, 126, 192, 235, 451. Ebenso auch E. Forsthoff, *Recht und Sprache*, Halle 1940, 2.

<sup>66</sup> W. Maihofer, *Die Natur der Sache*, in: *Arch. f. Rechts- u. Sozialphilos.* 44 (1958) 172.

<sup>67</sup> So aber G. Cohn, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basel 1955, bes. 155f.

<sup>68</sup> Marcic, a.a.O. 312.



gebers, geschieht „ein Stück punktueller Rechtsfortbildung“<sup>69</sup>, ein Stück Verwirklichung des Naturrechts. Das Gericht ist der Ort, an dem das Naturrecht in seiner konkreten Fülle existent wird.

Der bekannte Innsbrucker Rechtsgelehrte Theodor Rittler hat einmal gesagt: „Die Berufung des Naturrechts als geltendes Recht würde dazu führen, daß der staatliche Gesetzgeber hinter dem Richter zurücktreten müßte, daß dieser die stärkere Position gewänne... glaubt man, daß die Gerechtigkeit... bei den vielen Richtern im Staate in besserer Hut ist als bei dem einen Gesetzgeber?“<sup>70</sup> Doch dieser Einwand sieht die Dinge schief. Gewiß wird niemand die Richter für unfehlbar erklären wollen, wiewohl auch gesagt werden muß, daß sich die Justiz während der Zeit der Diktatur im Vergleich zu den anderen staatlichen Institutionen relativ am besten behauptet hat — und das nicht zufällig; denn „bei einer Instanz, die gerichtförmig zusammengesetzt ist und gerichtförmig wirkt, wird der Kreis der unberechenbaren Ausnahmefälle auf das mögliche Mindestmaß eingeengt“<sup>71</sup>. Aber das ist nicht das Ausschlaggebende. Entscheidend ist vielmehr, daß im Rechtsstaat der Gerichtsbarkeit eine Aufgabe obliegt, die der Gesetzgeber gar nicht erfüllen kann: die Kontrolle und Begrenzung der Macht durch die nur in der Form des Richterspruchs zu konkretisierende und zu aktualisierende Herrschaft des Rechts<sup>72</sup>. Diese Idee des „Rule of Law“, um noch einmal an das englische Vorbild zu erinnern, ist gemeint, wenn vom „Richterstaat“ die Rede ist. Es geht dabei nicht um einen Vorrang des Richters vor dem Gesetzgeber, sondern einzig um den *Vorrang des Rechts vor dem Gesetz*.

## Fünfzig Jahre Jesuiten in Japan

JOSEPH ROGGENDORF SJ

Am 18. Oktober 1908 trafen drei Jesuiten, die Patres James Roccliffe, Charles Boucher und Joseph Dahlmann auf dem deutschen Dampfer Prinzess Alice in Yokohama ein. Aber der Salut von Hunderten von Kanonen vom Hafen her galt nicht ihnen, sondern amerikanischen Kriegsschiffen, die zur selben Zeit zu einem Freundschaftsbesuch in Japan einliefen. Es sollte ein stilles und bescheidenes Missionswerk beginnen, dessen Ergebnisse auch heute noch keinen dröhnenden Kanonengruß verdienen. Ob die Patres an Erfolge dachten, die der heroischen Leistung der ersten Jesuitenmission zu vergleichen wären? Bei der Abschiedsaudienz hatte Papst Pius X. von einer „Rückkehr“ der Jesuiten nach Japan gesprochen, in dem der heilige Franz Xaver 1549

<sup>69</sup> F. Wieacker, a.a.O. 7. Vgl. auch J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, 23 u. 242 ff.

<sup>70</sup> Zitiert nach Th. Würtenberger, Festschr. f. Th. Rittler, Aalen 1957, 140.

<sup>71</sup> Marcic, a.a.O. 190.

<sup>72</sup> Vgl. Marcic, a.a.O. 89.