

Naturrecht und positives Recht

JOSEF FUCHS SJ

Die diesjährigen Salzburger Hochschulwochen stellten sich in ihrer ersten Hälfte vor allem das grundlegende Thema nach dem Wesen und der Funktion unseres Rechts. Wir sagen: „unseres“ Rechts; also dessen, was unsere Gesetzgebung als Rechtsnorm aufstellt und der Rechtsprechung zur Anwendung aufträgt. Nun haben gerade in den Jahren nach 1945 viele Juristen danach geforscht, vor allem weil es in der vorausgegangenen Periode überdeutlich geworden war, daß „Recht“ doch nicht immer Recht ist. Oder wie andere, die in dieser Formulierung die Einheit des Rechtes gefährdet sehen, lieber sagen: daß „Recht“ nicht immer gerecht ist. In dieser doppelten Formulierung wird übrigens schon vernehmbar, daß die so häufig erfolgte Berufung auf ein Naturrecht durchaus nicht immer im gleichen Sinn geschieht. Die Gespräche in den Arbeitsgemeinschaften in Salzburg, von Juristen und Theologen, von Professoren und hohen Richtern, von Lehrern und Schülern geführt, erwiesen denn auch, wie unsicher und uneinheitlich das Rechtsdenken bewußt christlicher Fachleute ist. Wir sagen überlegt: „christlicher“ Fachleute, und dies aus zwei Gründen: einmal weil außer katholischen auch einige protestantische Referenten geladen waren, von denen der eine oder andere deutlich andere als katholische weltanschauliche Voraussetzungen seines Rechtsdenkens erkennen ließ; sodann weil — was von manchen nicht klar genug gesehen wird — die Frage nach Wesen und Funktion unseres Rechts von den Voraussetzungen christlicher Theologie her nicht beliebige Lösungen zuläßt.

Rechtsnorm und vorrechtliche Norm

In einem Punkt herrschte in Salzburg wohl Einmütigkeit: Es gibt irgend etwas, das unserem positiven Recht normierend vorausliegt. Größer jedoch als vermutet war die Sprachverwirrung, wenn es um die genauere Bestimmung dieses Etwas ging.

1. Daß es Normen des Sittlichen gibt, die den einzelnen binden und die auch im Recht berücksichtigt werden und — „an sich wenigstens“ — als Rechtsnormen sich auswirken sollten, war wohl unter denen, die sich in Salzburg trafen, unwidersprochen. Daß Mord unsittlich ist und auch positiv-rechtlich untersagt sein muß, war allen klar. Aber man fragte: wie wird das sittliche Verbot zu einem rechtlichen Verbot? Hier klang in den Antworten vielfach die positivistische Tendenz durch: „Erst durch das positive Gesetz.“ Und wenn nicht durch positives Gesetz, so fragte man weiter, wie unterscheiden sich dann überhaupt noch Ethik und Recht? Die Formulierung „vorrechtlicher Raum“ schien vielfach der Formulierung „sittlicher Raum“ zu glei-

chen (wenn auch zuzugeben ist, daß „vorrechtlicher Raum“ *gelegentlich* nur sagen wollte: die *Rechtsnorm* vor ihrer Positivierung). Aber selbst da, wo der „vorrechtliche“ Raum nicht nur als sittlicher Raum gemeint, sondern als im Bereich des Rechtes gelegen verstanden war, wurde die „vorrechtliche“ Rechtsnorm doch wohl nicht immer im Sinn von *geltendem Recht* verstanden; und das sollte mehr besagen, als daß nicht-positives Recht praktisch in unserer Gesellschaft nicht in der gleichen Weise *wirksam* werden kann wie positives Recht. Diesen divergenten Tendenzen stand die andere gegenüber: Es gibt wahres Naturrecht, das nicht nur eine sittliche Norm oder auch nur eine ideale rechtliche Norm ist, sondern geltendes Recht im vollen Sinn des Wortes. Ein solches Naturrecht enthält nicht nur geltende Rechtspflichten (was mehr ist als nur *sittliche* Verpflichtungen), durch die die *Organe der Rechtspflege* gegenüber der Gesellschaft rechtlich gebunden sind (das gibt es auch!), sondern überdies echte, aller positiven Rechtssatzung vorausgehende Rechtsbindungen zwischen den Gliedern der Gesellschaft. Von da aus entbehrt die Frage, wie eine sittliche (oder vorrechtliche) Norm zur Rechtsnorm werde, ihres Sinnes. Rechte und Rechtsnormen sind ebenso ursprünglich wie sittliche Normen; wo es um den gleichen Gegenstand geht, bedeuten Sittlichkeit und Recht nur verschiedene Gesichtspunkte der gleichen Sache: die horizontale Beziehung zwischen den Gliedern der Rechtsgemeinschaft ist eine Rechtsbeziehung, die vertikale zu Gott (im Gewissen) — die für den einen Partner die sittliche Befugnis, sein Recht zu vertreten, und für den anderen die Verpflichtung zur Beachtung des Partnerrechtes beinhaltet — ist eine ethische Beziehung.

Was aber, so hörte man „zwischen den Zeilen“, wenn in einer pluralistischen Gesellschaft nicht alle die gleichen sittlichen Überzeugungen teilen? Ist eine sittliche Ordnung, die viele nicht anerkennen, als Rechtsordnung aufzuerlegen? Kann eine solche Ordnung überhaupt Rechtsordnung sein, da sie doch von der Rechtsgemeinschaft nicht als Ordnungsprinzip innerlich angenommen wird? Muß also nicht doch zwischen sittlicher Ordnung und Rechtsordnung unterschieden werden, und zwar auch inhaltlich: so daß dann u. U. in die Rechtsordnung aufgenommen wird, was objektiv der Sittenordnung nicht entspricht? Die Rechtsordnung müßte also gemäß dieser Fragestellung dem Rechtsempfinden der Rechtsgemeinschaft entsprechen, nicht aber unbedingt der objektiven Sittlichkeitsordnung. Das jeweilige Rechtsempfinden wäre nicht der Versuch, das objektiv geltende Recht zum Bewußtsein zu bringen, wäre vielmehr die entscheidende und schöpferische Voraussetzung für die geltende Rechtsordnung: das dem Rechtsempfinden einer Zeit widersprechende positive Recht wäre „ungerechtes“ oder „unrichtiges“ Recht. Das entspricht jener Tendenz, die ihre „Naturrechtsauffassung“ im geschichtlich bestimmten Rechtsempfinden statt in objektiver Wirklichkeit begründet sein läßt. Demgegenüber erhebt sich nun die Frage: Wie ist es möglich, das Recht von der Zumutbarkeit und damit von dem subjektiven Element des Rechtsempfindens abhängig sein zu lassen, — und nicht umgekehrt?

Wird so die Rechtsordnung nicht im Grund *nur* als Friedensordnung gesehen, so daß Recht ist, was — wie auch immer — dem Frieden der Rechtsgemeinschaft dient? Und wird so die Friedensordnung nicht als solche absolut gesetzt, statt auf Gerechtigkeit und Recht als objektiven Größen aufgebaut zu werden?

Schließlich, so forschte eine gewisse Skepsis weiter, wie steht es um die Einheit des Rechts, wenn es ein Naturrecht als geltendes Recht gibt? Kann Naturrecht überhaupt mehr sein als ein Idealbild für den Gesetzgeber und ein Interpretationsprinzip für die Rechtsprechung? Wogegen die echte Naturrechtsauffassung vertritt, daß die Legislative im Naturrecht nicht nur ein Leitbild, sondern objektives Recht und eine objektive Rechtsordnung vorfindet, und daß die Rechtsprechung im Naturrecht nicht nur ein Interpretationsprinzip hat, sondern eine Rechtsordnung, die als solche anzuwenden ist: und das auch im Fall entgegenstehenden positiven Rechts, das damit eben als Nicht-Recht entlarvt wird, — so daß also die Einheit des Rechts und der Rechtsordnung keineswegs verlorengeht.

2. So kam man in Salzburg an der Frage nach der Begründung des Naturrechts als wirklichem und geltendem Recht nicht vorbei. Wenn auch manche Hinweise aus Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte die Annehmbarkeit einer solchen Naturrechtsauffassung irgendwie verständlich zu machen vermochten, so wurde doch ausdrücklich gefragt, ob sich wahres Naturrecht anders als durch letzte metaphysisch-philosophische Spekulation über Sinn- und Zielhaftigkeit des Menschseins wirklich begründen lasse, — eine philosophische Spekulation, die notwendig bis zum Schöpfergott vorstößt: die dann aber *auch* offenbarungs-theologisch beleuchtet werden kann und beleuchtet werden sollte.

Die philosophisch-metaphysisch und offenbarungstheologisch zu begründende Annahme eines Schöpfergottes läßt in Wirklichkeit Naturrecht nicht anders begreifen denn als echtes geltendes Recht. Die von diesem Gott stammende natürlich-übernatürliche Sinn- und Zielhaftigkeit der menschlichen Person bringt es mit sich, daß jedem Menschen innerhalb der menschlichen Gesellschaft Rechte vom Schöpfer- und Erlösergott zugesprochen sind (vom Schöpfer durch die Schöpfung selbst, vom Erlöser durch die geoffenbarte Tat der Erlösung), die ihm die zur Verwirklichung seiner Ziel- und Sinnhaftigkeit notwendigen Mittel als das „Seine“ garantieren sollen. Darum läßt sich die menschliche Gesellschaft ohne eine Rechtsordnung überhaupt nicht denken.

Damit ist noch nicht gesagt, inwieweit diese Ordnung als *Naturrechtsordnung*, unabhängig von einer Positivierung, oder aber als menschlich gesetzte (also positive) Rechtsordnung gedacht werden muß. Immerhin steht so schon die Existenz eines in seinem Umfang noch zu bestimmenden Naturrechts fest; denn insofern das Menschsein als solches einen bestimmten Inhalt hat, sind ihm notwendig die entsprechenden Mittel zu seiner Verwirklichung als das „Seine“ zugeordnet.

Man kann in diesem natürlichen „Seinem“ drei Schichten unterscheiden. Erstens: was jedem Menschen in jeder Periode der Menschheitsgeschichte und in jeder Einzelsituation auf Grund des stets wirklichen und substantiell unveränderlichen Menschseins notwendig als das Seine zukommt, ist Naturrecht; so das Recht, nicht unschuldig getötet zu werden. Zweitens: was dem Menschen von seinem Wesen her mit Rücksicht auf bestimmte Gegebenheiten einer geschichtlichen Periode als das „Seine“ zusteht, ist ebenfalls Naturrecht. In diesem Sinn halten viele Theologen das Privateigentumsrecht für Naturrecht nur mit Rücksicht auf die erbsündliche Zuständlichkeit des Menschen; andere vertreten ein Naturrecht auf Mitbestimmung im Betrieb mit Rücksicht auf eine bestimmte Entfaltung der Arbeiterschaft. Drittens: was dem einzelnen Menschen von seinem Menschsein her hinsichtlich der Gegebenheiten einer Einzelsituation als das „Seine“ entspricht, ist ebenfalls Naturrecht. Darum erhält der, der mehr arbeitet, einen höheren Lohn als sein bequemer Kollege und er hat — *ceteris paribus* — ein Recht darauf. Man braucht bei der zweiten und dritten Schicht keinen Relativismus zu befürchten. Denn solches Naturrecht läßt sich durchaus in allgemeingültigen, unveränderlichen, wenn auch hypothetisch formulierten Sätzen aussprechen: daß nämlich der Mensch ob seines substantiell unveränderlichen Wesens im Fall solcher möglichen Gegebenheiten die je entsprechenden Rechte hat.

Für die Juristen bleibt aber die brennende Frage, was in einer solchen Naturrechtsauffassung die Funktion des positiven Rechtes gegenüber dem Naturrecht sei. Die philosophisch-theologische Tradition hat darüber manches geschrieben. Wir möchten so formulieren: *Das positive Recht hat die Funktion, dem Naturrecht zu größerer Wirksamkeit zu verhelfen, auf daß es sich in der menschlichen Gesellschaft wirksamer durchsetze.* Wegen der Erbsündlichkeit des Menschen ist diese Funktion doppelt wichtig. Wo das positive Recht die so bezeichnete Grenze seiner Funktion überschreitet, fällt es aus dem Bereich des Rechtes heraus. — Man sagt ganz richtig, daß das positive Recht seine Funktion *in doppelter Weise* erfüllt. Einmal positiviert (und sanktioniert es positiv) das inhaltlich gegebene und objektiv geltende Naturrecht. Diese Positivierung des Naturrechtes ist vor allem da wichtig, wo es sich nicht nur um allgemeinste Rechtssätze handelt, sondern um jenes Recht, das mit Rücksicht auf geschichtliche Gegebenheiten einer Menschheitsperiode oder eines einzelnen Menschen gilt: denn um solches Recht weiß man ja nicht durch eine simple Subsumption oder Deduktion in Beziehung zu allgemeinsten und von allen leicht zu erkennenden Rechtssätzen, sondern oft nur durch eine recht schwierige verstehende Erkenntnis dessen, was das Eintreten geschichtlicher Gegebenheiten in das menschliche Leben vom Wesen des Menschseins her rechtlich bedeutet. Zweitens hat das positive Recht, über eine reine Positivierung hinaus, geltendes Naturrecht genauer zu bestimmen, da nämlich, wo die geschichtlichen Gegebenheiten selbst die Rechtslage nicht eindeutig festlegen. „Determinierung“ (oder auch „Konkretisierung“) besagt aber schon, daß in solche positive Determinierung Natur-

recht miteingeht, und zwar nicht nur formell (es gibt ein echtes *Recht* zur Rechtssetzung), sondern auch materiell-inhaltlich: das Naturrecht als Rechtsordnung läßt in diesen Fällen bestimmte positive Nuancierungen zu, begrenzt so aber die Möglichkeiten der positiven Determinierung. Positives Recht als Determinierung von Naturrecht ist weder pure Setzung noch einfachhin Positivierung des Naturrechts, sondern das Ineinander von beidem. — Im übrigen dürfte es sich in vielen (wenn auch durchaus nicht allen) Fällen, die man für Determinierung des Naturrechts hält, tatsächlich um reine Positivierung handeln, wenn nämlich das Recht unter konkreten Gegebenheiten *objektiv* schon *eindeutig* gegeben ist.

Die Inexistenz des Naturrechts im positiven Recht in den beiden umschriebenen Weisen der Positivierung und Determinierung garantiert die Einheit des Rechts.

Naturrecht als Glaube und als Erkenntnis

Eine nicht wenig verbreitete unbestimmte Skepsis, ausdrücklich stimuliert von bestimmten philosophischen Überzeugungen und protestantisch-theologischen Grundhaltungen, suchte in Salzburg das Naturrecht auch von der *erkenntnistheoretischen* Sicht her zum Problem zu machen. In der Tat, wie soll das positive Recht seine Funktion gegenüber dem Naturrecht ausüben, wenn die Erkennbarkeit des Naturrechts selbst in Frage steht?

1. Die ausdrückliche Formulierung, Naturrecht lasse sich nicht „beweisen“, es werde als „Glaube“ oder „Fühlen“ angenommen, drohte die Skepsis gegenüber dem Naturrecht, vor allem bei weniger „kundigen“ Teilnehmern an den Hochschulwochen, aufs äußerste zu steigern. Eine nicht besonders saubere und klar genug unterscheidende Terminologie ist allerdings geeignet, Verwirrung zu schaffen. Meint „Glaube“ hier dasselbe wie Annahme der göttlichen Offenbarung oder ihrer Vorlage durch die Kirche? Oder ist christlicher Glaube — was einen sehr guten Sinn haben kann — nur eine vorzügliche Voraussetzung richtiger Naturrechtserkenntnis? Meint „Glaube“ hier ein mehr subjektives und von subjektiver Haltung getragenes „Fühlen“? Oder will dieses „Fühlen“ nur sagen — und hier ist wieder ein guter Sinn möglich —, daß man nicht alle Probleme des Naturrechts auf dem Weg echter Deduktion aus erwiesenen Prämissen lösen kann? Es ist wahr: in diesem Sinn läßt sich nicht alles „beweisen“, im Bereich des Naturrechts so wenig wie in anderen Bereichen. Es gibt erste Erkenntnisse, ohne die deduzierendes (oder auch induzierendes) Beweisen gar nicht möglich ist. Das gilt auch für naturrechtliche Fragen. So läßt sich z. B. die Erlaubtheit der Todesstrafe nicht in allen Elementen „beweisen“: es ist vielmehr ein richtiges „Verstehen“ von Strafe, bestimmten Delikten, Todesstrafe und deren Beziehung zueinander vonnöten. In vielen Fragen gibt es also nicht ein „Beweisen“, sondern dieses richtige „Verstehen“ (*intellegere; intus-legere*), das nicht weniger echt und vom Gegenstand objektiv bestimmt ist als der „Be-

weis“. Nicht selten läßt sich ein solches Erkennen (Verstehen) *umschreiben* und anderen verständlich machen, was dann irrtümlich den Eindruck eines „Beweises“ erwecken mag. Ob man terminologisch solches „Verstehen“ unmittelbare Erkenntnis oder Intuition oder gar Fühlen nennen will, tut nichts zur Sache, falls man nur ein vom Gegenstand selbst bestimmtes geistiges Erkennen meint. — Es soll damit natürlich nicht gesagt sein, daß sich in Fragen des Naturrechts nichts „beweisen“ lasse.

Weniger ausdrücklich, aber doch vernehmlich, stellt sich die alte Frage, ob naturrechtliches Erkennen zu mehr führe als zu einigen allgemeinsten, fast rein formalen Prinzipien, — deren Nicht-Annahme sich zwar katastrophal auswirkt, die aber positiv zur genaueren Bestimmung des Rechts wenig beitragen. Man hat in der Neuscholastik — weniger in der „neuesten“ — weitgehend, vielleicht nicht ohne gewisse Hemmungen gegenüber der positivistischen Rechtslehre, nur von den wenigen, sehr allgemeinen Naturrechtsprinzipien gesprochen, ohne das konkrete und geschichtlich bedingte Naturrecht, von dem oben die Rede war, genügend zu verdeutlichen. Dennoch kannte auch diese Neuscholastik das „konkrete“ Naturrecht, wenn auch in der Form einer — vielleicht nicht in letzter Sauberkeit umschriebenen — „Anwendung“ der ersten und allgemeinsten Prinzipien.

2. Auch die *theologische* Frage um Glaube und Erkennen des Naturrechts hat man in Salzburg nicht ganz übergehen können. Man pflegt hier bekanntlich die entgegengesetzten Standpunkte der katholischen und protestantischen Theologie — Folge ihrer verschiedenen Auffassung von der Erbsünde und deren Konsequenzen (nach katholischer Lehre ist die Natur des Menschen durch die Erbschuld substantiell nicht verderbt worden) — zu zitieren: nicht ohne Grund, aber doch vielfach in einer der Wahrheit nicht gerecht werdenden Weise. Denn auch die katholische Lehre von der Erkennbarkeit des Naturrechts durch die menschliche Vernunft weiß um die Schwierigkeit der Aktuierung dieser Möglichkeit im erbsündigen Menschen; ausdrücklich stellt sie fest, daß es in der konkreten Menschheit um die genügende, richtige und sichere Naturrechtserkenntnis schlecht bestellt ist, wo die Offenbarung und deren Schutz durch die Kirche Christi ohne Einfluß bleibt. Das besagt nicht, daß es praktisch keine natürliche Erkenntnis des Naturrechts von seiten der erbsündigen Menschen gebe, zumal wo es sich um allgemeinere Prinzipien handelt. Doch mag es wohl bedeuten, daß sich die Naturrechtserkenntnis der großen Mehrheit der Christen unter dem Einfluß und Schutz der Offenbarung und der lehrenden Kirche vollzieht. Außerdem sollte man nicht übersehen, daß der gläubige Katholik *nach* Annahme der Offenbarung oder der Kirchenlehre (je gemäß dem Grad der in einer Lehrvorlage implizierten Autorität) nun auch leichter zu *eigener* Erkenntnis des Naturrechts aus dem ihm inneren Gründen kommt, — ähnlich wie der Schüler nach einer Demonstration seines Lehrers. Offenbarung und Lehre sind so nur *Anlaß* für die Aktuierung der dem Menschen eigenen Erkenntnisfähigkeit. Man wird demnach damit rechnen müssen, daß die Gläubigkeit der in Gesetzgebung und

Rechtsprechung tätigen Christen ihre Auswirkung auf die positive Rechtspflege hat, — und zwar ohne daß dazu Offenbarung und Kirche als solche formell bemüht werden.

Gerechtigkeit und Rechtssicherheit

Der Jurist fragt weiter — und in Salzburg war hier mehr Frage als klare Antwort —: Wie ist die positive Rechtspflege zu gestalten, wenn man einerseits Naturrecht als geltendes Recht annehmen will, wenn aber andererseits Erkenntnis und Anerkennung dieses Naturrechts, vor allem bei den nichtgläubigen Menschen unserer Gesellschaft, weithin fehlen?

1. Würde nicht, so lautete die oben schon erwähnte und hier neu aufzunehmende Frage, das notwendig zu erstrebende friedliche Miteinander der verschiedenen denkenden Glieder der Rechtsgemeinschaft unmöglich gemacht, wenn man die von vielen nicht akzeptierte Naturrechtsauffassung allen aufzwingen wollte?

Wir bemerkten schon: es geht nicht an, das subjektive Element des (wechselnden) Rechtsbewußtseins zur Grundlage des Rechtes zu machen. Wir müssen nun hinzufügen: man kann ebensowenig das subjektive Rechts- und Sittlichkeitsbewußtsein weiter Kreise der Rechtsgemeinschaft einfachhin unbeachtet lassen. Denn dieses tatsächliche Rechtsempfinden gehört auch zu jenen geschichtlichen Gegebenheiten, die auf ihre Bedeutung für die objektive Rechtsordnung hin zu untersuchen sind. Muß doch auch der „Friede“ der Rechtsgemeinschaft — das ist naturrechtliche Forderung — gepflegt werden. Die Lösung ist natürlich nicht in einem eigentlichen Kompromiß zu suchen; es ist vielmehr das in Rücksicht auf alle Elemente, die die konkrete Wirklichkeit bestimmen, gerade Richtige, also das wahre Recht zu entdecken. Das versteht nicht, wer — atomistisch — die verschiedenen formulierten Naturrechtssätze als eine unorganische Summe, ohne Über- und Unterordnung, also nicht als zu einem Kosmos gehörig begreift. Das Naturrecht ist ohnehin primär keine äußere Rechtsordnung, die sich aus vielen Rechtsätzen zusammensetzt, sondern eine der menschlichen und gesellschaftlichen Wirklichkeit innewohnende Ordnung, die „stückweise“ vom Menschen erkannt und satzhaft ausgesprochen wird. Darum sind auch viele der „geäußerten“ Naturrechtssätze *ungenau* formuliert; sie sind nur unter bestimmten, nicht mitformulierten Bedingungen richtig. So kann unter *anderen* Bedingungen der *Schein* eines Kompromisses oder einer Ausnahme entstehen, obwohl der scheinbare Kompromiß oder die scheinbare Ausnahme gerade das Richtige sind. Als Beispiel diene der Rechtssatz, daß man nicht töten darf; daß diese Formulierung ungenau ist, wird an der Berechtigung der Todesstrafe sichtbar: Todesstrafe bedeutet weder einen Kompromiß noch eine Ausnahme, sondern das von jener ungenauen Formel „Du sollst nicht töten“ überhaupt nicht berührte Recht.

Die Frage darf also nicht lauten: Inwieweit soll oder darf das Recht (und

nur das positive Recht wird in dieser Fragestellung als Recht im wahren Sinn des Wortes begriffen) einen Kompromiß zwischen dem (nur als ideale Rechtsordnung verstandenen) Naturrecht und der notwendigen Berücksichtigung des augenblicklichen Rechtsempfindens in einer pluralistischen Gesellschaft darstellen? Vielmehr ist zu fragen: Was ist in Rücksicht auf die konkreten Gegebenheiten (geltendes) Naturrecht, bzw. diesem Naturrecht entsprechend?

Diese Grundüberlegung vorausgesetzt, ließe sich im einzelnen vielleicht folgendes sagen: — 1) Vor einer endgültigen Gesetzgebung sollte — wenn auch ohne unberechtigten Optimismus — der Versuch naturrechtlicher Überlegung und Einigung gemacht werden. Das braucht nicht immer in der ausdrücklichen Form eines Studiums des „Naturrechts“ zu geschehen. Es genügt eine echte Sachüberlegung, — die ja begriffsmäßig Naturrecht als Ergebnis zeitigt. Solche Sachüberlegung vergewaltigt niemanden; und sie wird auch nicht als Vergewaltigung empfunden, wenigstens dann nicht, wenn der Titel Naturrecht nicht erscheint. (Damit soll keineswegs dem Verzicht auf formelle Bezugnahme auf das Naturrecht im öffentlichen Leben das Wort geredet werden; schon darum nicht, damit das Bewußtsein einer vom Schöpfer in der Wirklichkeit selbst vorgegebenen Ordnung nicht verlorengelhe.) — 2) Es muß nicht alles Naturrecht auch positiviert werden, selbst wenn infolge fehlender Positivierung manche Naturalobligationen und Naturalrechte in der Gesellschaft weniger beachtet werden. Für das Gemeinwohl wichtige Positivierungen des Naturrechts aber sollten nur aus übergeordneten Gründen unterlassen werden. 3) Positives Recht soll nicht fordern, was die Gewissen verletzt. Es muß dennoch vieles untersagen, was manchen ihr irrendes Gewissen (wirklich oder angeblich) gewährt. Es kann auch nicht allem zuschauen, was manchen ein irriges Gewissen gebietet. — 4) Unrecht und Unsittliches (das nie Recht sein kann!) darf vom positiven Recht nicht legitimiert werden; es ist allerdings zwischen Legitimation (ausdrücklicher oder impliziter) und Straffreiheit zu unterscheiden. — 5) Die positive Gesetzgebung — d. h. die naturrechtlich gewollte Autorität — kann aus übergeordneten Gründen u. U. auch Rechte oder den Gebrauch von Rechten einschränken. So kann es in Einzelfällen zu (unmittelbar) naturrechtsfremd sich gebenden, mittelbar dennoch naturrechtlich möglichen oder gebotenen positiven Gesetzen kommen; denn das Naturrecht selbst will Rechtssicherheit, eine gemeinsam durchführbare Rechtsordnung, die Vermeidung einer (unmittelbar) noch naturrechtsfremderen Ordnung, usw. (Es geht hier, anders gesagt, um die Anwendung des Satzes vom geringeren Übel, das größeres Übel verhüten soll: nach welchem Prinzip jemand eine nicht innerlich unsittliche Handlung, die bestimmte Übel im Gefolge haben wird, setzen darf, um auf diese Weise das sonst zu erwartende Eintreten größerer Übel zu verhindern. Das klassische Beispiel dafür ist der Augsburger Religionsfriede vom Jahre 1555 und die damals aufgeworfene Frage, ob er von den katholischen Fürsten guten Gewissens habe unterzeichnet werden können. Die Frage ist damals

von berufenen Theologen, darunter dem heiligen Petrus Canisius, mit Ja beantwortet worden.) So kann beispielsweise in besonders schwierig gelagerten Einzelfällen die Zustimmung zu einem sogenannten Ehescheidungsgesetz oder einem ungünstigen Schulgesetz berechtigt sein, wenn bei Nichtzustimmung eine (unmittelbar) noch naturrechtsfremdere Ordnung sich durchsetzen würde. Solche Gesetze können zwar objektiv nicht das Recht beinhalten, die Rechtsordnung naturrechtlich bestehender Ehen aufzulösen oder das Erziehungsrecht der Eltern aufzuheben; wohl aber Eheleute als Nicht-Eheleute (und umgekehrt) zu behandeln und in einem bestimmten Grad die Eltern in der Ausübung ihres Erziehungsrechtes zu behindern. Liegen die übergeordneten Gründe vor, so bedeuten solche positiven Gesetze nicht, wie oben schon dargetan wurde, einen eigentlichen Kompromiß, sondern die unter den gegebenen Bedingungen gerade richtige Lösung: sie sind also echte, dem Naturrecht *gemäße* Gesetze. Was aber jeweils das gerade Richtige ist, was übergeordnete Güter sind, usw., läßt sich nicht mit einem Wort umschreiben. Jedoch ist beispielsweise klar, daß es immer Unrecht ist, den einzelnen einfachhin dem Gemeinwohl zu opfern (Todesstrafe des Unschuldigen) oder Unsittliches zu verlangen (z. B. Sterilisierung), daß unabdingliche Rechte (z. B. Elternrechte) nie genommen werden können, usw.¹. Man vergleiche dazu die Ansprachen Papst Pius' XII. vom 6. 11. 1949 und vom 6. 12. 1953². —

¹ Man vgl. dazu unsere Ausführungen in: *Lex naturae*, Zur Theologie des Naturrechts, Düsseldorf 1955, 95—97.

² Ansprache vom 6. Nov. 1949 (AAS 41 [1949] 602f.): „Wir wissen wohl, geliebte Söhne, wie nicht selten im Geist des katholischen Juristen, der der christlichen Rechtsauffassung treu bleiben möchte, Gewissenskonflikte entstehen können, insbesondere wenn er in die Lage gerät, ein Gesetz anwenden zu sollen, das sein Gewissen als ungerecht verurteilt... Darum ergreifen Wir die Gelegenheit dieser Eurer Zusammenkunft bei Uns, um das Gewissen der katholischen Juristen durch die Aufzählung einiger grundsätzlicher Normen zu erleichtern:

1. Für jedes Urteil gilt der Grundsatz, daß der Richter nicht einfach ohne weiteres die Verantwortung seiner Entscheidung von sich abwälzen kann...

2. Der Richter darf niemals irgend jemanden durch seine Entscheidung zu einer in sich unmoralischen, d. h. durch ihre Natur dem Gesetz Gottes und der Kirche widersprechenden Tat verpflichten.

3. Er darf in keinem Fall das ungerechte Gesetz (das im übrigen niemals die Grundlage eines vor dem Gewissen und vor Gott gültigen Urteils bilden könnte) ausdrücklich anerkennen und billigen. Daher darf er kein Strafurteil aussprechen, das einer solchen Billigung gleichkäme...

4. Allerdings bedeutet nicht jede Anwendung eines ungerechten Gesetzes seine Anerkennung oder seine Billigung. In diesem Falle kann der Richter dem ungerechten Gesetz seinen Lauf lassen — und manchmal muß er es vielleicht —, wenn dies das einzige Mittel ist, ein viel größeres Unheil zu vermeiden. Er kann eine Strafe für die Überschreitung eines ungerechten Gesetzes verhängen, wenn sie derart ist, daß derjenige, der davon betroffen wird, vernünftigerweise bereit ist, sie auf sich zu nehmen, um jenes Unheil zu vermeiden oder um ein Gut von sehr viel höherer Bedeutung zu sichern, und wenn der Richter weiß oder mit Recht annehmen kann, daß eine solche Sanktion von dem Übertreter um höherer Gesichtspunkte willen gerne angenommen werden wird. In Zeiten von Verfolgung haben sich Priester und Laien häufig, ohne Widerstand zu leisten, auch von katholischen Beamten zu Bußen oder Freiheitsstrafen für die Übertretung ungerechter Gesetze verurteilen lassen, wenn es auf diese Art und Weise möglich war, dem Volke eine ehrenhafte Beamtenschaft zu erhalten und von der Kirche und den Gläubigen viel furchtbares Unheil abzuwenden.

Je folgenschwerer natürlich ein richterliches Urteil ist, desto wichtiger und allgemeiner muß auch das zu schützende Gut oder das zu vermeidende Unheil sein. Es gibt jedoch

6) Die Möglichkeit der Gesetzgebung, aus übergeordneten Gründen Rechte einzuschränken, führt zu einer weiteren Folge. Es kann in gewissen Grenzen geschehen — beispielsweise im Schuldrecht —, daß eine im Zusammenhang mit dem gesamten Komplex des positiven Rechts als vernünftig erscheinende Ordnung, aus welchen Gründen auch immer, getroffen und als geltendes Recht anzusehen ist, obwohl das Naturrecht von sich aus eine etwas abweichende Ordnung anzeigt; man denke etwa an die Ordnung des Schenkungsrechtes.

Die relative Schwierigkeit der Naturrechtserkenntnis läßt an den Fall denken, daß vom Gesetzgeber das in Frage stehende Naturrecht nicht oder nicht mit genügender Sicherheit erkannt ist. Man darf wohl nicht einfachhin sagen, daß dann der Irrtum Recht gebiert. Aber die um der Rechtssicherheit willen geforderte positive Rechtsordnung ist wenigstens *präsumptiv* als wirkliche und geltende Ordnung des Rechts anzunehmen. Soweit nach dem vorhin Gesagten die positive Gesetzgebung schöpferisch gegenüber naturrechtlichen Daten — diese isoliert „in sich“ und außerhalb des größeren Zusammenhanges der Naturrechtsordnung — wirksam werden kann, ist möglicherweise nicht nur mit *präsumptivem*, sondern *wirklichem* Recht zu rechnen; wenn beispielsweise eine Gesetzgebung in Eigentumsfragen das Naturrecht (in gewissen Grenzen) objektiv verletzt, ist Eigentumsübertragung im notwendigen Dienste am Gemeinwohl (Rechtssicherheit) anzunehmen.

2. In der *Rechtsprechung* gewinnt die These vom Naturrecht als geltendem Recht eine besondere Bedeutung. Die Rechtsprechung soll eben *Recht* sprechen, was notwendig eine Funktion im Dienst des Naturrechts sein muß; andererseits soll die Rechtsprechung dem Frieden und der Einheit dienen, was zunächst die Anwendung des Naturrechts in der Rechtsprechung auszuschließen scheint, wenn dieses nicht im positiven Recht gefaßt ist. Die Frage wurde in Salzburg sehr kühn von hoher richterlicher Seite gestellt, fiel aber merkwürdigerweise ziemlich unter den Tisch und wurde schließlich auch kaum wieder aufgenommen. Allerdings läßt sich eine solche Frage nicht mit einem einfachen Ja oder Nein beantworten.

Darf das Naturrecht Norm der richterlichen Entscheidung sein, *wenn das positive Gesetz die volle Wirklichkeit eines Falles nicht erfaßt*? Wir möchten *grundsätzlich* mit Ja antworten und verstehen dabei Naturrecht nicht nur als

Fälle, in denen die Idee des Ausgleichs durch die Erlangung der höheren Güter oder der Abwendung der größeren Übel keine Anwendung findet, so bei der Todesstrafe ...“

Ansprache vom 6. Dezember 1953 über die Toleranz (AAS 45 [1953] 798 f.): „Vor allem muß klar gesagt werden, daß keine menschliche Autorität, kein Staat, keine Staatengemeinschaft, auf welchem religiösen Standpunkt sie auch stehen mögen, einen positiven Befehl oder eine positive Ermächtigung erteilen können, etwas der religiösen Wahrheit oder dem moralisch Guten Entgegengesetztes zu lehren oder zu tun ... Eine andere, davon wesentlich verschiedene Frage ist, ... ob das ‚Nicht-Behindern‘ oder Tolerieren ... erlaubt sei und ob daher die positive Unterdrückung nicht immer geboten sei ... Erstens: was der Wahrheit und der sittlichen Norm nicht entspricht, hat objektiv kein Daseinsrecht, kein Recht auf Propaganda und Betätigung. Zweitens: Das durch Staatsgesetze und Strafmaßnahmen ‚Nicht-Verhindern‘ kann im Interesse eines höheren und umfassenderen Gutes trotzdem gerechtfertigt sein.“

Interpretationsnorm des positiven Rechts. Doch bleibt auch hier in klugem Ermessen zu entscheiden, ob im Einzelfall Naturrecht durch Rechtsspruch positiviert werden und so wirksam gemacht werden soll, oder ob man mit Rücksicht auf die Meinungsspaltung in der gemischten Gesellschaft auf eine solche Positivierung — selbstverständlich bestehen bleibender — Naturalobligationen verzichten (nicht: gegenteilig entscheiden) soll. Selbst im Strafprozeß könnte *grundsätzlich* Naturrecht als Norm dienen; doch wird gerade hier die Rechtssicherheit *normalerweise* das „nulla poena sine lege (positiva)“ verlangen, — normalerweise: denn der gesetzliche Schutz des Unrechts in der Tyrannis erweist beispielhaft die grundsätzliche Möglichkeit und Notwendigkeit einer gegenteiligen Ausnahme.

Schwieriger noch wird die Frage, *wenn das positive Gesetz naturrechtsfremd ist oder dem Naturrecht gar widerspricht*, d. h. aber in der christlichen Naturrechtslehre: wenn es Un-recht und also Nicht-Recht ist. Der Richter darf nicht Un-recht sprechen; aber es ist auch hier zu ermessen, wann die notwendige Beachtung des tatsächlich und formal gesetzten „Rechtes“ naturrechtlich die Nichtbeachtung eines Natur-Rechtes (dieses wiederum isoliert und außerhalb des Zusammenhanges mit der gesamten konkreten Wirklichkeit gesehen, — siehe oben) als das gerade Richtige fordert. Das Gesagte ist zu konkretisieren. 1. Der Richter darf ebensowenig wie der Gesetzgeber Unsittliches auferlegen: das wäre nie Recht. 2. An der Durchführung jener (unmittelbar) naturrechtsfremd scheinenden Gesetze, von denen die Rede war, darf er je gemäß Notwendigkeit mitarbeiten, wird aber bemüht sein müssen, das Ubel, das diese Gesetze mit sich führen, (z. B. Hinderung der Ausübung des Elternrechtes; sogenannte Ehescheidung mit ihren Folgeerscheinungen) tunlichst im Rahmen des Gesetzes auszuschalten. 3. Damit ist schon etwas zu der allgemeineren Frage gesagt, ob der Richter Unrecht (nicht Unsittliches) auferlegen darf. Als Beispiel diene der „Kanzelparagraph“: Ein rechtgesinnter Richter wird nicht jede Strafe (z. B. die Todesstrafe) entsprechend diesem Paragraphen verhängen dürfen; aber soll er nicht eine relativ geringe Strafe (richtiger: Leistung) auferlegen dürfen, wenn sein Verbleiben als rechtgesinnter Richter für das Gemeinwohl von Bedeutung ist? Der Angeklagte müßte (ebenso wie die Eltern im Ausnahmefall eines ungenügenden Schulgesetzes) auf die Durchsetzung seines Rechtes im Interesse des Gemeinwohls verzichten und der Richter dürfte die (vernünftigerweise nicht zu verweigernde) Zustimmung des Angeklagten voraussetzen: so tut er nicht unrecht. Es sei wiederum auf die Ansprache Pius' XII. vom 6. 11. 1949 hingewiesen. Wir sind uns bewußt, daß sich der Papst an der zitierten Stelle auf die mögliche Präsumption des Einverständnisses stützt, während unsere Darlegungen den moraltheologisch-juristischen Satz zugrunde legen, daß lediglich der *vernünftige* Widerspruch des anderen eine Handlung ins Unrecht setzen kann. Es ist also naturrechtlich möglich, daß einer Unrechts-Friedensordnung eine gewisse Wirksamkeit gelassen werde, — obwohl sich bei näherem Zusehen ergibt, daß nicht die Unrechts-Friedensordnung der formelle Grund

dieser möglichen Auswirkung ist, sondern das Gemeinwohl unter den konkreten Verhältnissen.

Die Einheit christlichen Rechtsdenkens erwies sich auch in Salzburg als durchsetzt mit Meinungsverschiedenheiten christlicher Rechtsdenker. Wir meinen, daß eine gemeinsame Lösung vieler Fragen sich anbahnen ließe, wenn die Funktion des positiven Rechts gegenüber dem Naturrecht und die Inexistenz des Naturrechts im positiven Recht besser gesehen und verstanden würden. Bei konsequenter Anerkennung dieser Thesen könnten die Schwierigkeiten der konkreten Rechtspflege, ja sogar (psychologisch) die Schwierigkeit der Naturrechtserkenntnis leichter überwunden werden.

ZEITBERICHT

Soll der Arzt dem Kranken die Wahrheit sagen? — Selbstmord-Prophylaxe — Das Schicksal der sozialistischen Parteien in den Ostblockstaaten

Soll der Arzt dem Kranken die Wahrheit sagen?

Mit dieser viel diskutierten Frage befaßt sich in den *Cahiers Laënnec* der Jurist Prof. Jean Savatier vom juristischen Standpunkt aus. Die Achtung vor der Würde der menschlichen Person, die in Freiheit über sich selbst zu bestimmen hat, habe über allen Erwägungen zu stehen. Es ist nicht Sache des Arztes, dem Patienten diese Entscheidung einfach abzunehmen; auch nicht, wenn er meint, so auf Grund seiner Erkenntnisse dem Wohl des Patienten besser zu dienen. Im besonderen hat der Kranke ein Recht, unterrichtet und gefragt zu werden, sooft eine Behandlung oder ein Eingriff ernste Folgen haben können. Der Arzt wird mit dem Kranken sprechen, und dieser muß sich dann entscheiden. Es ist Achtung vor dem Patienten und seiner Intelligenz, wenn man ihn ernst nimmt und ihm, wie es der moderne Mensch immer mehr erwartet, Einblick in den Sinn der betreffenden Behandlung gibt. Wenn sich ein Patient untersuchen läßt, um über seinen Zustand Klarheit zu gewinnen, soll der Arzt ihm die Wahrheit sagen. Der Arzt könne sich in diesem Fall nicht auf das ärztliche Geheimnis berufen. Dieses soll den Patienten vor Dritten schützen, keineswegs aber die Offenheit des Arztes dem Kranken gegenüber einschränken.

Die Lüge ist nicht nur eine sittliche Verfehlung, sie ist auch eine gegen das Recht. Dies ist in den Fällen einsichtig, wo z. B. durch falsche Atteste Dritte getäuscht werden. Schwieriger liegt der Fall, wenn der Arzt, weil er es mit dem Kranken gut meint, eine Lüge gebraucht. Hier geht die Ansicht der Juristen auseinander. Dennoch macht Prof. Savatier geltend, wie bedenklich es ist, wenn das Vertrauen auf den Arzt und sein Wort allgemein erschüttert wird, sobald einmal feststeht, daß die Ärzte grundsätzlich den Ernst einer Erkrankung verheimlichen. Das nimmt dem aufmunternden Zuspruch auch dann seinen Wert, wenn er ehrlich gemeint ist. Allerdings muß man sehr unterscheiden zwischen dem Verbot direk-