

Naturrecht und Positivismus im Spiegel der Geschichte *

Heinrich Honsell

I. Dikaiosyne, Nomos und Physis bei den Griechen

Die Antinomie zwischen Naturrecht und Positivismus begegnet uns zuerst in der griechischen Antike als Gegensatz zwischen Physis und Nomos. Das Problem hängt eng mit der Idee der Gerechtigkeit zusammen, einem Begriff, den wir in der Geschichte der europäischen Rechtskultur ebenfalls bei den Griechen finden. Die älteste Quelle ist Hesiod. (um 700 v. Chr.). Der nannte die Eumonia (Sitte) neben Eirene (Friede) und Dike (Gerechtigkeit) die Töchter des Zeus und der Themis¹.

Nach Hesiod² hat Zeus für seine Geschöpfe folgende Ordnung (nomos) erlassen: „den Fischen, Tieren und Vögeln, einander zu fressen, weil unter ihnen keine Gerechtigkeit herrscht, dem Menschen aber gab er die Gerechtigkeit (dike, dikaiosyne)“.

Nach einem alten Mythos schickte Zeus den Menschen durch Hermes, den Götterboten, die Gerechtigkeit zusammen mit der Scham (aidos)³. Neben dem Denken sind dies die wesentlichen Unterschiede zwischen Mensch und Tier. Auch im alten Testament lockt die Schlange Eva, vom Baum der Erkenntnis zu essen, mit der Aussicht: eritis sicut deus scientes bonum et malum. Und mit der Vertreibung aus dem Paradies kam die Scham. Vielleicht handelt es sich um einen altorientalischen Mythos, der sowohl in die jüdische als in die griechische Religion eingeflossen ist.

Neben den Unterschieden zwischen Mensch und Tier wird auch die Ähnlichkeit betont. So schrieb Euripides es sei „ein Menschen, Göttern und allen Lebewesen gemeinsames Gesetz (nomos), ... dass Eltern ihre Kinder lieben“⁴. Mit diesem Topos erklärte man auch später noch den Begriff und die Existenz des Naturrechts quasi biologisch⁵.

Dem Naturrecht steht der Nomos gegenüber, das von der Bürgerschaft des demokratischen Stadtstaates beschlossene Gesetz. Der zentralen Bedeutung des Nomos entsprach zunächst eine bis zur Verehrung gesteigerte Wertschätzung der Gesetze. Man sang Loblieder auf die Gesetze und hielt sie für göttlichen Ursprungs⁶. So nannte Pindar das Gesetz den König über alle Lebenden und Toten⁷. Den göttlichen Ursprung betonte Heraklit⁸:

„Wenn man mit Verstand reden will, muss man sich stark machen mit dem allen Gemeinsamen wie eine Stadt mit dem Gesetz und noch viel stärker. Nähren sich doch alle menschlichen Gesetze von dem einen göttlichen; denn dieses gebietet soweit es nur will, reicht aus für alle und ist sogar noch darüber.“

Aristoteles nannte die Gerechtigkeit⁹ „die vollkommene Tugend, nicht Abend- noch Morgenrot seien so staunenswert“¹⁰.

Bei dieser Idealisierung des Gesetzes ist es selbstverständlich, dass der Gute das Gesetz befolgt. So lesen wir bei Demokrit¹¹:

„Das Gesetz will das Leben der Menschen schön gestalten; kann das aber nur, wenn sie selbst wollen, dass es ihnen gut geht; denn nur denen, die ihm folgen, zeigt es seine eigene Tüchtigkeit.“

Die Bürger sollten aber das Gesetz nicht nur befolgen, sie sollten auch darum kämpfen. Heraklit¹² hat gesagt, „das Volk soll kämpfen für das Gesetz wie um seine Mauern.“

Nach einer anderen alten Vorstellung, die in der Aufklärung des 18. Jahrhunderts mit dem contrat social von J.J. Rousseau wieder aufgegriffen wurde, beruht das Gemeinwesen und seine Gesetze auf einem Vertrag (syntheke) der Bürger untereinander. Der älteste Beleg hierfür stammt aus dem Anonymus Jamblich¹³:

* Publiziert in FS Koppensteiner, Wien 2001, 593 ff.; diese Abhandlung geht in ihren Anfängen auf einen Vortrag zurück, den ich im Jahre 1992 in München gehalten und in den *Mélanges Wubbe* 1993, 179 ff publiziert habe. Ich widme sie meinem Freund und Kollegen *Hans Georg Koppensteiner* zum 65. Geburtstag, in dankbarer Erinnerung an zahlreiche Gespräche über die rechtsphilosophischen Grundlagen unserer Rechtsordnung.

¹ Hesiod, Werke 276-280.

² Hesiod, Theog. 902

³ Platon Protagoras 322.

⁴ Euripides, *Dictus* N 334.

⁵ Vgl. nur Ulpian Inst. 1,2: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*. Eine ähnliche Vorstellung liegt dem Gedanken der „angeborenen Rechte“ zugrunde, dazu näher unten II.

⁶ *Triantaphyllopoulos*, *Das Rechtsdenken der Griechen* (1985) 10; *Hirzel* *Themis Dike und Verwandtes*, 358 ff.

⁷ Pindar Fr. 169; zitiert bei Herodot. Hist. 3, 38; Platon, *Gorgias* 484b.

⁸ Fr. 114; vgl. *Diels/Kranz*, *Fragmente der Vorsokratiker* II 176.

⁹ Sie gehört neben *prudentia*, *temperantia* und *fortitudo* zu den vier Kardinaltugenden. Nimmt man die drei theologischen Tugenden *fides*, *spes*, *caritas* (Glaube, Hoffnung und Liebe) hinzu, so erhält man eine (heilige) Siebenzahl.

¹⁰ Aristoteles, *Nik. Eth.* 5, 3.

¹¹ Fr. 248; *Diels/Kranz* [FN 8] II 194.

¹² Heraklit Fr. 44; *Diels/Kranz* [FN 8] I 160.

¹³ Fr. 6; vgl. *Diels/Kranz* [FN 8] II S. 402; s dazu *Levi* *Sophistik* 612, 618 f, der einen Einfluß des Protagoras

„Denn da die Menschen nicht im Stande sind, für sich allein zu leben, haben sie sich der Not gehorchend zusammengeschlossen [...] Zusammenzuleben und doch ohne Gesetz zu sein, erwies sich aber als unmöglich - [...] darum herrschen Gesetz und Recht königlich über die Menschen und das wird niemals anders werden, denn es ist durch die Kraft der Natur festgelegt.“

Platon hat diesen Aspekt mit seiner Charakterisierung des Menschen als gesellschaftliches Wesen (zoon politikon, animal sociale) wieder aufgenommen.

Eine eher pathetische Definition des Gesetzes, in der auch der Vertragsgedanke auftaucht, ist in einer Rede des Demosthenes¹⁴ überliefert:

„Das ist das Gesetz, dem alle Menschen gehorchen müssen, aus vielen Gründen, vor allem aber deswegen, weil jedes Gesetz eine Erfindung und eine Gabe der Götter ist, ein Dogma der Weisen und ein Zuchtmittel für die freiwilligen und unfreiwilligen Sünder, ein gemeinsamer Vertrag der Polis, nach dem alle in der Polis leben sollen.“

Rein utilitaristisch ist demgegenüber eine von Epikur überlieferte Auffassung, wonach die Gerechtigkeit aus der nützlichen Vereinbarung resultiert, sich gegenseitig nicht zu schaden und nicht schaden zu lassen¹⁵.

Die Vorstellung vom Nomos als Vertrag der Bürger unterstreicht den Charakter menschlicher Satzung.

Die Verehrung des Gesetzes ist mit der Forderung nach unbedingtem Gesetzesgehorsam verbunden. Dessen Grenzen wurden viel diskutiert. Der zu Unrecht verurteilte Sokrates lehnte die Flucht ab, und plädierte für einen unbedingten Gesetzesgehorsam; denn er wollte der Jugend kein schlechtes Beispiel geben für Ungehorsam gegenüber dem Gesetz¹⁶. Freilich darf man diesen extremen Fall von Gesetzestreue nicht überbewerten. Sokrates war ja wegen Verführung der Jugend zum Ungehorsam gegen das Gesetz verurteilt worden. Da will es zumindest die „Moral der Geschichte“ so, dass er seine Verfolger durch übermenschliche „Gesetzestreue“ beschämt.

Der blinde Gesetzesgehorsam und die Ehrfurcht vor dem Gesetz, wie sie uns bei Sokrates und Platon, aber auch bei Aristoteles begegnen, war im 6. und 5. Jhd. vor Christus in der Zeit der „Entdeckung des Geistes“¹⁷ und der griechischen Aufklärung noch nicht denkbar. Damals rückte der Mensch in den Mittelpunkt des philosophischen Interesses, das zuvor ganz der Erklärung und Beobachtung der

Natur gewidmet war. An die kosmologische Epoche der griechischen Philosophie schloss sich eine anthropologische an¹⁸. Von Protagoras von Abdera, dem Sophisten, ist der Satz überliefert, dass der Mensch das Mass aller Dinge sei¹⁹. Der homo mensura-Satz hat sowohl erkenntnistheoretische wie ethische Bedeutung. Danach hat der Mensch (jedenfalls idealiter) die Fähigkeit, gerecht zu sein. Noch heute setzt Demokratie ein „optimistisches Menschenbild“²⁰ voraus. Doch hat man diesem idealisierenden Befund schon in der Zeit der Vorsokratiker widersprochen. Berühmt ist der Ausspruch des Bias von Briene: „Die meisten sind schlecht“²¹.

Kritik an den vielfach ungerechten Gesetzen oder der fehlerhaften Gesetzesanwendung finden wir in späteren Jahrhunderten vor allem bei den Sophisten.²² Diese Kritik wird verständlich vor dem Hintergrund einer teilweise tagespolitisch motivierten Gesetzgebung und Gesetzesanwendung in der direkt-demokratischen Polis, in der das Volk als Gesetzgeber und Richter zugleich fungierte.

In der Konfrontation mit unmenschlichen oder gar grausamen Gesetzen trat der Gegensatz zwischen Nomos und Physis scharf hervor. Das Gesetz ist jetzt der Tyrann²³, den die Hellenen mehr fürchten als den Peserkönig.²⁴ Nomos und Physis werden nun in scharfer Antithese gesehen.

Nicht Platon und Aristoteles, sondern die Sophisten wie Hippias, Alkidamas, Antiphon und andere haben den Fremdenhass verurteilt, die Gleichheit von Hellenen und Barbaren, betont und die Menschenrechte eingefordert: Gott hat alle Menschen frei geschaffen, die Natur hat niemanden zum Sklaven

vermutet; s. noch Gomperz, *Sophistik und Rhetorik* (1912/1965) 85.

¹⁴ Aus der ersten Rede gegen Aristogeiton, Dem. XXV 51; s. dazu *Triantaphyllopoulos* [FN 6] 9 f; die Zuordnung ist nicht gesichert; s. auch das Zitat bei Marcian Dig. 1,3,2.

¹⁵ Epikur, *Über das Glück* 31-38.

¹⁶ Vgl. Platon, *Kriton* 50a - 51 passim.

¹⁷ S. die gleichnamige Monographie von *Snell* (5. Aufl. 1980).

¹⁸ S. dazu *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (2. unveränderter Nachdruck der 4. Aufl., 1990) 12 ff.

¹⁹ *Diels/Kranz* [FN 8] Protagoras B 1; Platon Protagoras 322, den allen gab Zeus dike und aidos, vgl. oben FN 3

²⁰ *Welzel* [FN 17] 14.

²¹ Diogenes Laertios, *De clarorum philosophorum vitis* I 88. Auch dieser Satz wurde in der Antike zum Topos; vgl. etwa Seneca *de vita beata* 2, 1: non tam bene cum rebus humanis agitur ut meliora pluribus placeant: argumentum pessimi turba est.

²² Vgl. allgemein *Heinimann*, *Nomos und Physis: Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts.* (Diss. Basel 1945) 110 ff; *K. F. Hoffmann*, *Das Rechtsdenken der Sophistik* (1997); *Dreher*, *Sophistik und Polisentwicklung* (Diss. Frankfurt 1983) 55 ff; *Guthrie*, *History of Greek Philosophy III* (1969) 55 ff; Behrends/Sellert (Hrsg.): *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens.* 6. Symposium der Kommission 'Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart' (1995).

²³ Dazu *Hirzel*, *Nomos agraphos* 380 f; *Triantaphyllopoulos* [FN 6] 10, der im Zusammenhang mit dem Arginusenprozess schreibt, "dass das Gesetz oft eine Entscheidung wahnsinniger und unvernünftiger Männer" gewesen sei.

²⁴ Herodot 7, 104.

gemacht, erst das Gesetz macht sie ungleich (Freie und Sklaven, Barbaren und Hellenen).²⁵

Dies war die Geburtsstunde einer Humanität, wie man sie erst in der Aufklärung des 18. Jhd. mit der Renaissance der Menschen- und Bürgerrechte wieder beobachten konnte.

Die Sophisten haben auch die Lehre von der Isonomia begründet, der Gleichheit vor dem Gesetz. Alle Bürger eines Staates sollen die gleichen Rechte und Pflichten haben.

Auch Hippias²⁶ greift diesen Gedanken auf: „Von Natur aus - nicht nach dem Gesetz - sind wir alle verwandt, zusammengehörig und gleich; denn das Gleiche ist dem Gleichen von Natur aus verwandt; doch das Gesetz, der Tyrann, setzt mit Gewalt vieles gegen die Natur durch.“

Ähnlich ist die Haltung Antiphons, des Sophisten²⁷, zur Ungleichheit der Menschen, die auch für ihn durch das Gesetz verursacht wird: „Von Natur sind alle gleich geschaffen, ob Barbaren oder Hellenen. Denn wir atmen alle durch Mund und Nase und essen mit den Händen“²⁸. Auch die Gleichheit vor dem Gesetz wird mit biologischer Gleichheit begründet.

Antiphon hat sich auch mit dem Thema Naturrecht, Gesetz und Gerechtigkeit befasst. Von ihm ist ein Fragment aus der Schrift „Über die Wahrheit“²⁹ auf einem Papyrus aus Oxyrhynchos überliefert. Darin findet sich die erstaunliche Handlungsmaxime, die Gerechtigkeit bestehe darin, die gesetzlichen Vorschriften des Staates, in dem man Bürger ist, nicht zu übertreten. Der meiste Nutzen aber liege für einen jeden darin, vor Zeugen die Gesetze der Menschen zu befolgen, ohne Zeugen hingegen die Gesetze der Natur, denn die Gesetze seien willkürlich, die Natur dagegen notwendig. Antiphon hält es für sinnvoll und nutzbringend, naturwidrige Gesetze nicht zu befolgen, wenn mangels Zeugen keine Sanktion droht. An die Stelle des Gesetzes tritt das Naturrecht als Richtschnur des Handelns.

²⁵ Alkidamas, Scholion zu Aristoteles' Rhetorik I 13.

²⁶ Platon, Protag. 337 ff, *Diels/Kranz* [FN 8] II 333.

²⁷ Überwiegend nimmt man an, dass es zwei bekannte Personen dieses Namens gegeben hat, den Sophisten und den Redner; vgl. *Kyrkos*, Antiphon – Kritias – Anonymus Jamblich (1988) 33 ff. mit weiteren Nachweisen; *Luria*, Antiphon der Sophist. In: *Sophistik*, hrsg. von Classen, 537-544. Für die Identität der beiden spricht, dass sich die Sophisten besonders mit Rhetorik beschäftigt haben.

²⁸ *Diels/Kranz* [FN 8] II B Fr. 44 A 7 B 2.

²⁹ Fr. 44 A und B bei *Diels/Kranz* [FN 8] II 346 f.; vgl. dazu *Bignone*, *Sophistik* 492 ff; *Luria*, *Sophistik* 537 ff.; *Graeser*, *Sophistik und Sokratik*, in: *Geschichte der Philosophie II*, hrsgg. v. Rödl (2. Aufl. 1993) 70 f.; *Pendrick*, *The fragments of Antiphon the sophist with a commentary* (Ann Arbor 1989); dass dieses Fragment, wenn es überhaupt zwei verschiedene Personen des Namens Antiphon gegeben hat, dem Sophisten zuzuordnen ist, wird allgemein angenommen.

Nach sophistischer Auffassung sind die Gesetze nur zur Vermeidung von Bestrafung zu beachten.³⁰

Hippias hat beobachtet, dass die unbedingte Geltung des Nomos nicht aus der Natur folgt, weil die Gesetze von den Bürgern dauernd geändert werden³¹. Naturrecht galt als unabänderlich und dem „Zugriff menschlicher Satzung entzogen“³².

Sophokles behandelt das Thema des ungerechten, naturwidrigen Gesetzes in der Antigone: Entgegen dem Verbot des Kreon, der die Staatsräson verkörpert, beerdigt Antigone ihren toten Bruder, weil das göttliche Gesetz und das Naturrecht dies verlangen³³. Naturrecht und göttliches Recht werden oft gleichgesetzt, da die Vorstellung bestand, das Recht sei „eine Erfindung und ein Geschenk der Götter“³⁴.

Das negative Urteil über die Sophistik, das seit der kritischen Distanz von Platon und Aristoteles vorherrschend ist, beruht vor allem auf der rhetorischen Argumentationskunst und dem Vorwurf, die Sophisten übten nur pro und contra in gelehrten Diskursen mit logischen Spitzfindigkeiten und meine es mit ihrer Lehre nicht ernst. Der negative Beigeschmack³⁵ des Wortes hat sich bis heute erhalten.³⁶

Doch dieses Bild ist falsch. Dass die Sophisten trotz ihres fortschrittlichen Denkens von den Späteren kritisiert, ja sogar wenig geachtet wurden, verdanken sie neben der Kritik von Platon und Aristoteles vor allem dem Umstand, dass sie sich auch mit Dialektik und Rhetorik beschäftigt haben. Suspekt war vor allem die Rhetorik. Wie immer man über die Kritik der Rhetorik seit dem 19. Jahrhundert ebenso wie über ihre heutige Renaissance denken mag, unbestreitbar bleibt das Verdienst der Sophisten, dass sie zur Frage der Freiheit und Gleichheit die richtige Lehre mit „revolutionärem Schwung“³⁷ vertreten haben.

Indessen fehlten - was bei dem dialektischen Ansatz kein Wunder ist - auch unter den Sophisten resignative Stimmen nicht; z.B. der berühmte Ausspruch des Thrasymachos „die Gesetze dienen nur dem Vorteil der Stärkeren“³⁸ oder „Recht ist, was dem

³⁰ Diese Auffassung übernimmt auch Epikur aaO.34: „Die Ungerechtigkeit ist nicht an sich ein Übel, sondern das Übel liegt in der Angst entdeckt zu werden“.

³¹ Xenophon, Mem. IV, 4, 13 f.

³² *Bleicken*, *Die athenische Demokratie* (1994) 216.

³³ Dazu zuletzt *Backhaus*, *Das Problem der ungerechten Rechtsnorm in der Antike*, FS Graßhoff (1998) 27, 29 f.

³⁴ Demosthenes, 1. Rede gegen Arist. XXV, 16, vgl. oben FN 15.

³⁵ Spott über die Sophisten findet sich z.B. häufig in den Komödien des Aristophanes.

³⁶ Vgl. *Taureck*, *Die Sophisten* (1995) 7 ff.

³⁷ *Welzel*, [FN 17] 16.

³⁸ Platon, Polit. 338c; dazu *Salomon* SZ 32 81911) 19 ff.; 142 ff; *D. Nörr* Rechtskritik in der röm. Antike (1974) 20 f.; *Honsell* IURA 26 (1975) 177 f. mit weiteren Nachweisen.

Stärkeren nützt“. Ob wir es dabei mit einer frühen Form von Darwinismus zu tun haben, die aus dem Überleben der Tauglicheren auf ein (Natur-)Recht des Stärkeren schließt, wir wissen es nicht. Im Unterschied zu den Tieren gab Zeus, wie wir gesehen haben, den Menschen die Gerechtigkeit. Derselbe Thrasymachos hat sie das größte Gut der Menschen genannt. Dazu passt eine Theorie zum Recht des Stärkeren nicht. Vielleicht war es resignative Kritik. Richtig an ihr ist, dass im Namen der Gesetze viel gesündigt worden ist.

Den Gegensatz von Gesetz und Recht kennt auch Aristoteles: Recht und Unrecht sei in Beziehung auf zwei Arten von Gesetzen zu bestimmen und sei darum in Hinblick auf beide zweifach. Das eine Gesetz nennt er das partikuläre (*idios nomos*) das andere das allgemeine (*koinos nomos*). Das erste haben die Menschen für sich selbst gesetzt, das allgemeine ist das Naturrecht (*kata physin nomos*). die berühmte Definition des Naturrechts in der Nikomachischen Ethik lautet: „das für politische Gemeinschaften geltende Recht zerfällt in das natürliche und in das gesetzliche. Das natürliche ist jenes, das überall die gleiche Kraft besitzt, unabhängig davon, ob es anerkannt ist oder nicht. Das gesetzliche ist jenes, dessen Inhalt ursprünglich so oder anders sein kann und das erst durch positive Festsetzung so bestimmt wird“³⁹. Das eine ist also ewig und unabänderlich, das andere beliebig und abänderbar⁴⁰. Der Inhalt der Gerechtigkeit ist vor allem die Gleichbehandlung. Im Anschluss an Platon benutzt Aristoteles jedoch einen Trick. Es gebe nämlich zwei Arten der Gleichheit, die absolute und die proportionale - *justitia comutativa* und *distributiva*. Die proportionale gilt z.B. für die Verteilung von Stellen oder Gütern durch den im Staat. Die Demokraten wollen allen Bürgern eine gleiche Teilhabe eröffnen, die Oligarchen urteilen nach dem Vermögen, die Aristokraten nach der Geburt. Aristoteles will Bildung und Tüchtigkeit zum Maßstab nehmen⁴¹.

Vor allem hat Aristoteles an den alten Legitimationsversuchen für das Bestehende festgehalten. Seine Lehre vom „Sklaven von Natur, der an der Vernunft nur soweit teilhabe, wie er sie in anderen vernimmt, aber sie nicht selbst besitzt“, ist eine plumpe Rechtfertigung der Sklaverei. Jahrhundertlang blieb dies die herrschende Doktrin.

Im Dritten Jahrhundert v. Chr. hat die Stoa (ihre Protagonisten waren Chrysipp und Panaitios) dem Gesetz wiederum das Wort geredet. Doch fand jetzt insofern ein Begriffswandel statt, als *Nomos* zumin-

dest auch das Naturgesetz bedeuten konnte. Für die menschliche Satzung wird der Begriff „thesis“ verwendet, der noch heute im deutschen „Gesetz“ fortlebt.

Chrysipp griff Pindars Hymnus wieder auf: „Das Gesetz (*nomos*) ist der König über alle göttlichen und menschlichen Angelegenheiten. Es muss die Autorität sein, die bestimmt, was sittlich und unsittlich ist; es ist die Richtschnur für Recht und Unrecht und schreibt den von Natur gemeinschaftsbildenden Wesen vor, was sie tun, und verbietet, was sie lassen sollen“.

Da es die zentrale Forderung der Stoa schlechthin war, im Einklang mit der Natur nach dem *logos* vernunftgemäß zu leben⁴², ist anzunehmen, dass *Nomos* hier die Weltordnung der Natur bezeichnet und nicht das menschliche Gesetz⁴³.

Die Problematik der naturrechtswidrigen Gesetze behandelt Epiktet⁴⁴. Er lehnte auch ihnen gegenüber Ungehorsam und Auflehnung ab; denn der philosophisch Gebildete sei bereit, dem Grundsatz der Natur entsprechend dem Staate als dem Stärkeren in allem nachzugeben und behalte sich nur das vor, worin er ihn übertreffe, nämlich das Denken (*logos*) und die philosophischen Grundsätze (*dogmata*). Eine stoische Haltung, die wir auch bei den römischen Stoikern, insbesondere bei Seneca finden.

Die Ungerechtigkeit vieler Gesetze hängt eng mit der Buchstabenauslegung zusammen, wie sie primitiven und frühen Rechten mit ihrer magischen Bindung ans Wort eigen ist. Zum besseren Verständnis unseres Themas ist daher ein kurzer Exkurs über das antike Gesetzesverständnis notwendig.

In primitiven Rechtsordnungen kommt es nur auf den Wortlaut der gesetzlichen Ge- und Verbote an, nicht auf ihren Sinn. Die Gesetzesanwendung war in ihren Anfängen geprägt durch ein geradezu sklavisches Haften am Wort, eine Buchstabentreue wie sie für Laien (und insbesondere für Laienrichter in Schwurgerichtshöfen) typisch ist. Daraus resultiert ein Gesetzespositivismus, der auch ungerechte Entscheidungen hinnimmt. Es war das Verdienst der griechischen Rhetorik, ein freieres Verhältnis zum Gesetz entwickelt zu haben. Die Rhetorik war eine Kunstlehre zum Zwecke der Überzeugung in der Volksversammlung und vor den Gerichtshöfen. Man lernte aber auch Tischreden, Begräbnisreden usw. Neben der Argumentationskunst beschäftigte sich die Rhetorik mit Mimik, Gestik, Mnemotechnik u.a. Man übte die Argumentation für die konträren Positionen eines Falles, also für beide Seiten, den Ankläger und den Angeklagten (in *utramque partem disputare*). Der berühmteste Redner; Protagoras v. Abdera hielt es für die höchste Redekunst, der

³⁹ Nikomachische Ethik 1129 b.

⁴⁰ Vgl. auch Justinian, Inst. 1,2,11: aber das Naturrecht, das bei allen Völkern gleichmäßig beachtet wird und gewissermaßen von der göttlichen Vorsehung festgelegt ist, gilt beständig und unveränderlich. Die Gesetze aber, die der Staat sich selbst gibt, pflegen häufig geändert zu werden

⁴¹ Politik 1283a.

⁴² Vgl. aus der neueren Lit. statt aller Pohlenz, Die Stoa (1948) 11 ff. u. passim.

⁴³ Der Text ist überliefert bei Marcian Dig. 1,3,2.

⁴⁴ I 29,9 ff.; IV 7.30 ff.

schlechteren Position zum Sieg verhelfen konnte (die schwächere Position zur stärkeren machen)⁴⁵. Diese Kunst, aus schwarz weiss zu machen, wurde als Advokatenrabulistik gedeutet. Der Besitz dieser Fähigkeiten geriet bald zum Vorwurf. Man hat ihn z.B. im Prozess gegen Sokrates⁴⁶ erhoben.

Ein zentraler Punkt in der Gerichtsrede war die Anwendung bzw. Auslegung von Gesetzen⁴⁷. Man hatte erkannt, dass zwischen dem Wortlaut einer Norm und ihrem Sinn (rheton und dianoia) ein Widerspruch bestehen konnte, wenn der Wortlaut ungenau oder das Gesetz lückenhaft oder zu weit gefasst war. Auch wenn ein Gesetz nicht apriori ungerecht war, konnte seine Anwendung zu Ungerechtigkeiten führen. Da der Gesetzgeber sich nicht alle Fälle vergegenwärtigen kann, gerät oft das abstrakte Gesetz mit dem praktischen Leben in Widerspruch. Der Antragsteller hat einen bestimmten Fall vor Augen, der sich ereignet hat und beantragt ein an sich plausibel begründetes Gesetz. Später können jedoch Fälle auftauchen, auf die das Gesetz nicht passt, entweder so, dass das Gesetz zu weit geht und in seiner abstrakten Formulierung nach dem Wortlaut Fälle erfasst, die nach dem Sinn des Gesetzes nicht erfasst werden sollen oder so, dass eine Lücke besteht, indem das Gesetz einen Fall nicht regelt, den es seinem Sinn nach regeln müsste. Die Argumente pro und contra, die man hier hauptsächlich verwenden konnte, waren auf der einen Seite die Rechtssicherheit (für den Wortlaut) auf der anderen die Gerechtigkeit (für den Sinn). Nun ging es der Rhetorik primär nicht um eine verbesserte Gesetzesanwendung oder gar um Gerechtigkeit, sondern durchaus opportunistisch, um die Möglichkeit für beide Positionen Argumente zur Verfügung zu stellen. Hierfür finden sich vor allem Schulbeispiele:

Ein Gesetz verbietet, nachts die Stadttore zu öffnen; jemand öffnet sie im Krieg, um das Entsatzheer in die Stadt aufzunehmen, damit es nicht von den Feinden aufgerieben wird, die vor den Mauern ihr Heerlager haben: „Ut in eo, qui cum lex aperiri portas noctu vetaret, aperuit quodam in bello et auxilia quaedam in oppidum recepit, ne ab hostibus opprimerentur, si foris essent, quod prope muros hostes castra haberent“⁴⁸.

Es liegt auf der Hand, dass der Helfer, der die Stadttore entgegen dem Verbot geöffnet hat, nicht bestraft werden darf, obwohl der Wortlaut dies verlangt.

Ein ähnlicher Fall ist das Gesetz, das dem Fremden bei Todesstrafe verbietet, die Stadtmauern zu betre-

ten. Diese galten wegen ihrer militärischen Bedeutung als geheiligter Sperrbezirk. Das Schulbeispiel erzählt von einem Fall, in dem die Fremden, die sich in der Stadt aufhielten bei einem feindlichen Angriff mit auf die Stadtmauer gingen, um den Angriff abzuwehren. Als der Feind abgezogen war, wurden sie nach dem Buchstaben des Gesetzes angeklagt⁴⁹.

Hierher gehört auch der in der Antike viel diskutierte Fall der Seeschlacht bei den Arginusen (406 v. Chr.)⁵⁰: Wieder ging es um die Bestattung der Toten, diesmal mit umgekehrten Vorzeichen. Die siegreiche Flotte der Athener war nach der Schlacht wegen eines Sturmes nicht in der Lage die Leichen der Gefallenen zu bergen und zu bestatten. Zehn Feldherren wurden deshalb zum Tode verurteilt und die sechs, die man ergreifen konnte, tatsächlich hingerichtet. Auch wenn man offen lässt, ob der Verstoß gegen das religiös motivierte Gebot die Todesstrafe rechtfertigen konnte, hätte man doch die Einlassung der Angeklagten beachten müssen, wegen des Sturmes sei eine Bergung nicht möglich gewesen. Sokrates hat als Richter gegen die gesetzwidrige Verurteilung gestimmt⁵¹. Xenophon berichtet, man habe die Verurteilung alsbald bereut und nun die Ankläger zum Tode verurteilt⁵².

Diese positivistische Gesetzesanwendung, die nur auf den Wortlaut der Norm schaut und die Besonderheiten des Falles außer Acht lässt, wurde überwunden. Nach Aristoteles⁵³ darf das allgemein formulierte Gesetz, das die Vielfalt des Lebens unmöglich richtig und vollständig erfassen kann, ergänzt oder eingeschränkt werden. Heute nennen wir einen solchen Vorgang Analogie oder teleologische Restriktion. Aristoteles sagt in Anspielung auf Solon, der Richter solle entscheiden wie der Gesetzgeber, wenn er im Lande wäre. Was damit gemeint ist, zeigt eine Stelle aus der *Athēnaion politeia*⁵⁴: „Nachdem er den Staat in der besagten Weise geordnet hatte, trat man an ihn heran und beschwerte sich über seine Gesetze. Als man die einen Bestimmungen ablehnte, nach anderen genau fragte, wollte er weder diese Dinge ändern, noch durch seine Anwesenheit Hass auf sich ziehen, und unternahm

⁴⁵ Protagoras bei Aristoteles Rhet. B 24, 1402a 23, vgl. *Diels/Kranz* [FN 17] II 260.

⁴⁶ Platon, *Apol.* 23d: „er lehrt sie (sc. die Jugend) die himmlischen und unterirdischen Erscheinungen und verleitet sie dazu, nicht an Götter zu glauben und die schwächere Sache zur stärkeren zu machen.“

⁴⁷ Vgl. etwa *Wesel*, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der röm. Juristen*.

⁴⁸ Cicero, *De inventione* 1,123.

⁴⁹ Quintilian, *Inst. or.* 7, 6, 6: „Peregrinus, si murum ascenderit, capite puniatur. Cum hostes murum ascendissent, peregrinus eos depulit: petitur ad supplicium.“

⁵⁰ Xenophon, *Hell.* 1,7,1-35; *Ostwald*, *Nomos and Physis in Antiphon's peri aletheia*, in: Griffith/Mastrorade (Hrsg.), *Cabinet of the Muses. Essays on Classical and Comparative Literature in Honour of Th. G. Rosenmeyer*. Atlanta 1990 (1986) 432; im einzelnen ist manches unsicher, vgl. *Bleicken* [FN 30] 659 f.; *Triantaphyllopoulos* [FN 6] S. 84, beide mit zahlreichen Nachweisen, auch zu der Frage, ob die Verurteilung gesetzwidrig war.

⁵¹ Platon, *Apol.* 32b-c.; Xen., *Hell.* 1,7,15.

⁵² Xenophon, *Hell.* 1,7,35.

⁵³ Aristoteles, *Nik. Eth.* 1137b.

⁵⁴ Aristoteles, *Ath. pol.* 11,1.

daher eine Handels- und Bildungsreise nach Ägypten, nachdem er erklärt hatte, er werde innerhalb von zehn Jahren nicht zurückkehren; denn er glaube, es sei nicht gerecht, dass er bleibe und die Gesetze auslege; vielmehr solle jeder die schriftlich niedergelegten Bestimmungen befolgen⁵⁵.

Dass ein Gesetzgeber nicht im Lande sei, ist eine so merkwürdige Annahme, dass der Schluss naheliegt, dass Aristoteles an diese von ihm selbst erzählte Geschichte gedacht hat.

Die Anweisung man solle die Lücke mit einer Regel füllen, die man als Gesetzgeber (modo legislatoris) aufstellen würde findet sich noch heute in Art. 1 Abs. 2 der Einleitungsartikel zum ZGB, der auf Eugen Huber zurückgeht. Huber kannte natürlich den Aristoteles⁵⁶.

Die Auslegung nach dem Sinn, der ratio legis, ermöglicht eine vernünftige Rechtsanwendung, macht aber den Vorgang noch unsicherer. Je weiter man sich im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit vom Wortlaut entfernt, umso mehr wird die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Das Postulat der Rechtssicherheit war jahrhundertlang das Argument im Kampf gegen eine freiere Auslegung.

II. Naturrecht und Gerechtigkeit bei den Römern

Der quasi biologische Naturrechtsbegriff, der uns schon bei Hesiod begegnet ist, taucht bei Ulpian wieder auf:⁵⁷ „Naturrecht ist, was die Natur alle Lebewesen gelehrt hat; denn dieses Recht ist nicht dem Menschengeschlecht eigentümlich, sondern allen Lebewesen gemeinsam, die auf der Erde oder im Wasser geboren werden und auch den Vögeln. Hierher gehört die Vereinigung von Männchen und Weibchen, die wir Ehe nennen, die Geburt und Aufzucht der Kinder...“

Die Stoa hat das römische Staatsdenken stark beeinflusst. Cicero hat das Naturgesetz im stoischen Sinn dem menschlichen Gesetz gegenübergestellt: "Das wahre Gesetz ist die mit der Natur übereinstimmende rechte Vernunft, an der alle teilhaben und die beständig und ewig ist, die befehlend zur Pflicht ruft und verbietend vom Bösen abschreckt... Diesem Gesetz darf weder die Gültigkeit genommen, es darf weder beschränkt, noch abgeschafft werden; weder der Senat noch das Volk können uns von der Verpflichtung ihm gegenüber entbinden;..... es ist weder in Rom noch in Athen, weder jetzt noch später anders, sondern alle Völker umspannt zu allen Zeiten ein einziges ewiges und unwandelbares Gesetz.....wer ihm nicht gehorcht, flieht vor sich selbst

⁵⁵ Aristoteles, Nik. Eth. 1137b.

⁵⁶ Dazu *Huwiler*, Beiheft 16 zu ZSR 1994, 57, 75 ff. FN 110 mit eingehender Darstellung der Entstehungsgeschichte des Art. 1 ZGB.

⁵⁷ Dig. 1,1,3. – s. auch oben I.

und wird als Verächter der menschlichen Natur die schwerste Strafe erleiden, selbst wenn er den übrigen sogenannten Strafen entfliehen sollte". Darum ist die lex humana nur Recht, soweit sie mit dem Naturgesetz übereinstimmt. "Wenn das Recht allein durch Beschlüsse des Volkes, Erlasse der Herrschenden oder durch Urteilsprüche der Richter geschaffen würde, dann müsste es Recht sein, zu rauben, die Ehe zu brechen, falsche Testamente zu unterschreiben, wenn solches durch die Abstimmungen und Beschlüsse der Menge befohlen würde. Wenn man den Beschlüssen und Befehlen der Dummen soviel Kraft beimisst, dass sie die Natur der Dinge ändern könnte - warum verordnen sie dann nicht, dass man das Schlechte und Verwerfliche für gut und heilsam halten soll? Warum kann das Gesetz, das aus Recht Unrecht machen kann, nicht aus Schlecht Gut machen? Aber wir können das gute Gesetz vom Schlechten nach keinem andern Massstab unterscheiden als dem der Natur"⁵⁸. Seneca⁵⁹ zog aus dieser Lehre den Schluss, dass übertriebene Grausamkeit eines Tyrannen von jeder Pflicht ihm gegenüber entbindet und dass es zum Wohle des Menschengeschlechtes sogar geboten sein könne, einen solchen Menschen zu beseitigen.

Wo aber liegen die Maßstäbe für das Naturrecht? Man muss mit der Natur und mit sich selbst in Einklang leben. Die sittlichen Grundideen sind angeboren (lumen naturae, consensus omnium vox naturae)⁶⁰. "Wer das Naturrecht nicht kennt - mag es nun geschrieben sein oder nicht - der ist ungerecht"⁶¹.

Der Gegensatz zwischen Naturrecht und positivem Recht zieht sich durch die gesamte römische Verfassungsgeschichte. Wir finden ihn noch in Justinian's Kodifikation⁶²:

Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quaedam providentia constituta semper firma atque immutabilia permaneant: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent ..

Im Unterschied zur menschlichen Satzung gilt das Naturrecht also ewig und unveränderlich. Dies betont auch Ulpian⁶³ für die Gerechtigkeit:

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Gerade weil die Römer ein grausames Volk⁶⁴ waren, war ihnen der Gegensatz zwischen Naturrecht und

⁵⁸ Cicero, De legibus I 16,43.

⁵⁹ De beneficiis VII 19,4 ff./20.

⁶⁰ Cicero, Tusc III,1,2.

⁶¹ Cicero de legibus I 15,42.

⁶² Inst. I 2 11.

⁶³ Dig. 1,1,10.

⁶⁴ Vgl. dazu *Honsell*, Das Gesetzesverständnis in der römischen Antike, FS Coing I (1982) 129.

menschlicher Satzung so geläufig. Von dem römischen Juristen Ulpian, dem von Zeitgenossen ein hervorragender Gerechtigkeitsinn bescheinigt wird, stammt der zur Parömie gewordene Satz: Quod quidem perquam durum est, set ita lex scripta est – Mag es auch hart sein, es ist das Gesetz⁶⁵. Die rabulitische Wortauslegung, namentlich durch die pontifices, hat wohl zu dem römischen Sprichwort summum ius, summa iniuria⁶⁶ geführt. Das höchste Recht ist das größte Unrecht. Auch dieser Satz zieht sich durch die ganze Geschichte. Er zeugt von einem enormen Misstrauen des Volkes gegen die Juristen. Bei den Römern stand in vielen Testamenten der Satz: „dolus malus abesto et iurisconsultus“⁶⁷. Böse Arglist und Juristen sollen sich von dem Testament fernhalten. Im Mittelalter hieß es "Gute Juristen, böse Christen (der Satz wird später auch Martin Luther zugeschrieben). Und noch heute nennt man die Juristen im Volk „Paragraphenverdreher“. Das sklavische Haften am Wort hat die römische Jurisprudenz allerdings im 1. Jahrhundert vor Chr. unter dem Einfluss der Rhetorik überwunden⁶⁸. Im Kampf zwischen verba und sententia hat die freiere Auslegung den Sieg davon getragen⁶⁹. Hierher gehört auch der berühmte Satz des Celsus⁷⁰: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem⁷¹. Julian beschreibt Notwendigkeit und Verfahren der Analogie in noch heute gültiger Weise: non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet⁷².

⁶⁵ Dig. 40,9,12,1.

⁶⁶ Etwa Cicero, de off. I 33; s. *Honsell FS Kaser* (1976) 111, 114 mit Nachweisen in FN 20; dazu noch *Carcatera St. Volterra IV* 627.

⁶⁷ Etwa CIL VI 12133 und CIL VI 10525; FIRA III 50; dazu *Nörr [FN 36]* 52 ff.; 83 mit Nachweisen.

⁶⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden *Stroux*, Summum ius, summa iniuria (1926/1949); *Wesel*, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der röm. Juristen; *Honsell FS Coing I* (1982) 129 ff.; 138 ff.

⁶⁹ S. dazu die berühmte causa Curiana, einen Erbschaftsstreit um 92 v. Chr., in dem der Redner Crassus (der spätere Triumvir) erfolgreich für den Willen des Erblassers und die Billigkeit stritt, der Pontifex maximus Q. Mucius Scaevola hingegen für den Wortlaut und das formale Recht.

⁷⁰ Dig. 1,3,17.

⁷¹ „Die Gesetze kennen heißt nicht an ihren Worten haften, sondern ihren Sinn und Zweck verstehen“. Auch dies war in alter rhetorischer Topos.

⁷² „Gesetze und Senatsbeschlüsse können nicht für alle Fälle ausdrückliche Bestimmungen enthalten; wenn sie aber für einen bestimmten Fall eine Regelung treffen, dann kann der Inhaber der Jurisdiktion die Regel auf ähnliche Fälle erstrecken und so Recht sprechen“.

III. Die Geschichte des Naturrechts vom Mittelalter bis zur Gegenwart

Die weitere Geschichte kann hier nur ganz grob skizziert werden. Wir eilen, wie Wieacker einmal gesagt hat, mit Siebenmeilenstiefeln durch die Geschichte.

Der Gegensatz zwischen staatlichem Gesetz und Naturrecht ist ein anthropologisches Phänomen, das nicht nur die Antike beschäftigt hat, sondern das sich auch durch das abendländische Rechtsdenken wie ein roter Faden zieht. Dabei erlebte das Naturrecht zumeist nach Phasen der Unterdrückung und Ungerechtigkeit eine Renaissance.

In Deutschland konnte man insbesondere nach der Katastrophe des Nationalsozialismus eine Rückbesinnung auf das Naturrecht beobachten.

Es ist ein eigentümliches anthropologisches Phänomen, das sich in der Geschichte der Menschheit immer wieder beobachten lässt, dass abstrakt angeordnete Grausamkeiten unter Berufung auf die Staatsräson vollzogen werden. Die Berufung auf die Gerechtigkeit, die man in diesem Kontext häufig findet, mutet zynisch an: fiat iustitia, pereat mundus⁷³ - es soll Gerechtigkeit geschehen und wenn darüber die Welt zugrunde geht.

Justitia hat verbundene Augen. Dies soll die Gleichheit vor dem Gesetz symbolisieren. In den Händen hält sie eine Waage und ein Schwert. Es ist ein Bild, das nichts ahnen lässt von der schicksalhaften Grenze zwischen rigor iuris (strengem Recht) und misericordia (Barmherzigkeit).

Das christliche Mittelalter hat beginnend mit Augustinus aus der Antike vor allem den Gedanken übernommen, dass das Gesetz eine von Gott gegebene Ordnung sei. Insoweit stimmten ja auch die jüdische Religion und das griechisch-römische Atertum der archaischen Zeit überein⁷⁴.

Die Unveränderlichkeit, die wir schon bei Griechen und Römern kennengelernt haben, ist auch bei Augustinus Kennzeichen der lex aeterna⁷⁵, die er als göttliche Vernunft oder Wille Gottes⁷⁶ . Wir kennen diesen alten Topos schon von Chrysipp und Justinian⁷⁷.

Thomas von Aquin⁷⁸ unterscheidet dann in der Kontinuität der stoisch-augustinischen Tradition die drei Gesetze der natürlichen Weltordnung: lex aeterna, lex naturalis und lex humana seu positiva. Die lex aeterna ist die göttliche Weltordnung, in der alles fest voraus bestimmt ist und in der jeder seinen festen Platz hat. Das war das mittelalterliche Weltbild.

⁷³ Der Satz war der Wahlspruch des Kaisers Ferdinand I.

⁷⁴ Dazu und zum Folgenden *Welzel [FN 17]* 48 ff.

⁷⁵ Augustinus De libero arbitrio I 6,14 f.

⁷⁶ Ratio divina vel voluntas Dei, vgl. Augustinus, Contra Faustum XXII 27.

⁷⁷ Vgl. oben I u. II.

⁷⁸ Summa theologica II 1 91 ff.

Die Befreiung von der Bevormundung durch die Theologie erfolgte engültig erst im Naturrecht der Aufklärung im 18. Jhd.⁷⁹, das mit den amerikanischen und französischen Erklärungen der Unabhängigkeit und der Menschenrechte seinen Höhepunkt erreichte. Liberté, égalité, fraternité, und das Recht auf Glück, pursuit of happiness. Thomas Hobbes, Samuel Pufendorff, Gottfried Wilhelm Leibniz, Jean Jaques Rousseau, Jeremy Bentham, Jone Blackstone, Adam Smith und andere haben die Idee der Gleichheit und die Forderung nach dem größten Glück, der grössten Zahl vertreten. Aus den Lehren der Antike hat insbesondere Rousseau den Gedanken entwickelt, dass der Staat auf einem Gesellschaftsvertrag (contrat social) beruht.

Es war eine Zeit des Aufbruchs und der Aufklärung, eine neue homo mensura-Epoche; die Wissenschaft war beflügelt von einem optimistischen „sapere aude“; der größte rechtliche Fortschritt war die Abschaffung von Folter und Hexenprozessen⁸⁰.

Mit der amerikanischen Declaration of Independence und der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen in der französischen Revolution erreichte die Aufklärung ihren Höhepunkt.

Es ist bezeichnend, dass noch die Virginia Bill of Rights von 1776 trotz der schönen Worte über Freiheit und Gleichheit von Geburt (... alle Menschen sind von Natur aus gleichermaßen frei und unabhängig ...), einen verklausulierten Vorbehalt für die weitere Zulässigkeit der Sklaverei macht (hierauf hat unlängst Stourzh, Vortrag vor der österr. Akademie der Wissenschaften, 2000) Fn 18 hingewiesen). Die französische Revolution hat trotz der Formulierung „Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits“ keineswegs die Gleichberechtigung von Mann und Frau verwirklicht, eine Forderung, die in der berühmten Deklaration über die Rechte der Frauen und Bürgerinnen von Olympe de Gouge erhoben worden war (Text abgedruckt bei Ute Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung – Frauen im Recht 1990 263-269; s. dazu auch U. Wesel, Geschichte des Rechts, 1997, Rn 272). Diese Gleichberechtigung wurde erst im 20. Jahrhundert verwirklicht und noch 1956 begegnet uns ein UN- Zusatzabkommen über die Abschaffung der Sklaverei.

Im Gegensatz zu den humanitären Aspektender Aufklärung waren Systematik und Begriffsbildung des Naturrechts im 18. Jahrhundert abstrakt und inhaltsleer. Mit der historischen Rechtsschule und Savignys⁸¹ System des heutigen römischen Rechts

⁷⁹ Welzel [FN 17] 108 ff.

⁸⁰ Zu einem erschütternden Beispiel, dem Schicksal der Familie Papenheimer s. Kunze, Die Strasse ins Feuer .

⁸¹ Nach Savignys Volksgeistlehre (vgl. insbesondere Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Geetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814) wurzeln Recht und Verfassung

schlug das Pendel wieder zurück zu einer geschichtlichen Rechtswissenschaft. Goethe, der Zeitgenosse dieser Entwicklung war, hat das Römische Recht mit einer Tauchente verglichen, die von Zeit zu Zeit untertaucht, aber immer wieder zum Vorschein kommt.

In der Philosophie des deutschen Idealismus⁸² am Übergang vom 18. zum 19. Jhd. trat zunächst namentlich bei Kant an die Stelle einer objektiven Naturrethik die subjektive Moral. Die sittliche Autonomie des Einzelnen wird „das Grundgesetz der moralischen Welt“, sie ist das Prinzip des freien Willens der sittlichen Person⁸³. Die Verlagerung des Naturrechts als angeborene Idee gleichsam in die Brust eines jeden einzelnen („der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir“⁸⁴) hat zur Konsequenz, dass Unkenntnis des Naturrechts nicht denkbar ist und nicht entschuldigt werden kann.

Den alten Topos des unveränderlichen, ewigen Naturrecht verwenden auch die beiden großen deutschen Dichter der klassischen Literatur. So heißt es bei Schiller im Wilhelm Tell:

Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden
Wenn unerträglich wird die Last, greift er
Hinauf getrosten Mutes in den Himmel
Und holt herunter seine ew'gen Rechte
Die droben hangen unveräusserlich
Und unzerbrechlich wie die Sterne selbst.⁸⁵

Auch Goethe zeichnet ein negatives Bild von den menschlichen Gesetzen und verweist auf das angeborene, vorgegebene Recht:

Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort.
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;
Weh' dir, dass du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
von dem ist leider nie die Frage.⁸⁶

Im 19. Jahrhundert schlug das Pendel erneut zurück. An die Stelle des Historismus trat der Positivismus, der von der Aufklärung die Systembildung more geometrico übernommen hat, aber nicht die Inhalte.

Der positivistische Wissenschaftsbegriff⁸⁷ beschränkt Wissenschaft auf das, was empirisch Be-

ebenso wie Sprache und Sitte in Wesen und Charakter eines Volkes, aus dem sie sich organisch entwickeln.

⁸² Zum deutschen Idealismus, insbesondere zu Kant und Hegel eingehend Welzel [FN 17] 164 ff.

⁸³ Vgl. z. B. Kant, Kritik der praktischen Vernunft (1. Aufl. 1788, Cassirer Berlin 1922) 117.

⁸⁴ Kant, Kritik der praktischen Vernunft (1. Aufl. 1788, Cassirer Berlin 1922) 174.

⁸⁵ Schiller, Wilhelm Tell.

⁸⁶ Goethe, Faust I - Mephisto.

⁸⁷ begründet von August Comte.

obachtung ist, also auf Tatsachen und läßt alles weg, was außerhalb empirischer Beobachtung liegt. Im Recht führt dies zur ausschließlichen Geltung des äußerlichen, sichtbaren, positiven Rechts, dem "eine kompetente rechtsbildende Macht durch einen äusserlich wahrnehmbaren Vorgang ... die Rechtsqualität verleiht"⁸⁸.

Der Positivismus hat sich für mehrere Generationen durchgesetzt. Einen Kulminationspunkt hat er bei Somló erreicht. Somló hat sich zu der Feststellung verstiegen, dass der Gesetzgeber jeden beliebigen Rechtssatz setzen könne, auch einen unsittlichen⁸⁹. Seine sublimste Form fand der Rechtspositivismus in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens⁹⁰. Auch Kelsen vertrat die Ansicht, dass „jeder beliebige Inhalt Recht sein“ könne, sofern die Norm nur formal korrekt zustande gekommen sei.

Der Haupteinwand des Rechtspositivismus gegen das Naturrecht besteht in dem Argument, dass aus einem Sein kein Sollen folgen kann. Ihr vordergründiges Faszinanz besteht in der prima vista einleuchtenden strikten Trennung zwischen Sollen und Sein. Niemand könne erklären, wie aus einem Sein (der Natur) ein Sollen folgen solle. Von einem wissenschaftlich rationalen Standpunkt aus, könne man die Geltung eines Naturrechts nicht annehmen. Jeder beliebige Inhalt des Gesetzes könne Recht sein⁹¹. Die Gefährlichkeit solcher Sätze hat Kelsen später schicksalhaft erlebt. Er war wie viele andere jüdische Gelehrte zur Emigration gezwungen. Aber er hat es, ganz Wissenschaftstheoretiker, stets abgelehnt, seine Lehre zu korrigieren⁹². Kelsens Argumentation ist grob skizziert und etwas vereinfacht die Folgende: Eine Norm ist keine Aussage, wie zB eine Beschreibung der Wirklichkeit (man denke nur an das Trivialbeispiel: alle Menschen sind sterblich) Weil die Norm also keine Aussage über ein Sein, sondern über ein Sollen ist, die nicht richtig oder falsch sein kann, nicht objektiv und absolut, sondern nur subjektiv und relativ, bestehe zwischen beiden ein unüberwindbarer Dualismus. Sollenssätze können aus dem Sein nicht abgeleitet werden. Richtig ist, dass es im Recht nicht um Deduktion aus logischen Wahrheiten geht⁹³. Recht ist nicht Wissenschaft im strengen Sinne, sondern lediglich Wertungswissenschaft und Argumentationskunst. Der normative Charakter des Rechts bedeutet aber keineswegs, dass es nicht einen allgemeinen Konsens darüber gibt, was richtig ist und was falsch. Zumin-

dest bei krassen Ungerechtigkeiten, um die es ja meist geht, lässt sich dieser Konsens nahezu immer feststellen. Der Irrtum Kelsens liegt darin, das er aus der richtigen Prämisse, dass ein Sollen nicht aus einem Sein deduziert werden kann, den falschen Schluss zieht, es gebe keine vorpositiven, apriori verbindlichen Werte und dass er daraus weiter folgert, Gesetze könnten jeden beliebigen Inhalt haben. Die Lehre Kelsens hat viel Verwirrung gestiftet. Sie wird noch heute von einigen für richtig gehalten. Nach dem 2. Weltkrieg kam es wieder zu einer Renaissance des Naturrechts. Am deutlichsten kam dies in der Menschenrechts-Konvention der UNO zum Ausdruck.

Paradigmatisch für den neuerlichen Wandel ist das Werk von Gustav Radbruch, dem Strafrechtler und Rechtsphilosophen, der in der Weimarer Republik auch Justizminister war. Radbruch folgte zunächst einer Lehre, die man als „rechtsphilosophischen Nihilismus“ bezeichnet hat: „Für den Richter ist es Berufspflicht, den Willen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Recht ist und niemals, ob es auch gerecht sei.... Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren lässt“⁹⁴. Solche Lehren waren in deutschen Hörsälen der 20er-Jahre *comunis opinio*. Sie haben den Boden für das Dritte Reich bereitet.

Das Hitlerregime hat auch Radbruch vertrieben. Zwei Jahre nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft schrieb Radbruch: "Die Rechtswissenschaft müsse sich wieder auf die Jahrtausende alte Weisheit besinnen, dass es ein höheres Recht gebe als das Gesetz, ein Naturrecht, ein Gottesrecht, ein Vernunftrecht, an dem gemessen das Unrecht Unrecht bleibt, auch wenn es in die Form eines Gesetzes gegossen ist"⁹⁵. Nach der berühmten Radbruch'schen Formel⁹⁶ ist Widerstand gegen Legalunrecht erlaubt, „wenn der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit so unerträglich ist, dass das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit weichen muss". Auch Radbruch hatte also sein Damaskus-Erlebnis.

IV. Ausblick

Heute wird Legalunrecht – jedenfalls in den europäischen Demokratien westlicher Prägung – natürlich nicht systematisch produziert. Es gibt aber durchaus Gesetze, die generell oder im Einzelfall zu unge-

⁸⁸ Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 549.

⁸⁹ Somló, Juristische Grundlehre (1917) 309, 431.

⁹⁰ Kelsen, Reine Rechtslehre (2. Auflage 1960)

⁹¹ Kelsen [FN 88] 201.

⁹² Vgl. Kelsen, Die Grundlagen des Naturrechts in: Das Naturrecht in der positiven Theorie (Hrsg. Schmölz, 1963) 1 ff.

⁹³ Kritisch zur Überbewertung der Subsumtion zuletzt A. Kaufmann, das Verfahren der Rechtsgewinnung (1999).

⁹⁴ Radbruch, Rechtsphilosophie (3. Aufl. 1932) 83 f.

⁹⁵ Radbruch, Die Erneuerung des Rechts (1947) 9 ff.

⁹⁶ SJZ 1946, 105, 107; die Formel wird im Zusammenhang mit NS-Unrecht und den Mauerschützen-Prozessen immer wieder zitiert, vgl BVerfG NJW 1997, 929, 93 mwN.; BGH NJW 1993, 141; Adomeit NJW 1993, 2914.

rechten Ergebnissen führen. Man denke nur an die Härten des Asylrechts⁹⁷ oder an so manche populistisch motivierte Strafrechtsnovelle. Mit ungerechten Gesetzen darf man sich nicht abfinden. Dies geschieht jedoch vielfach. So geht man in naiv-gesetzesgläubigen Gesellschaften und einer auf den Buchstaben fixierten Gesetzesinterpretation, wie wir sie z.B. in den USA, auch über extremen Unsinn oder schreiende Ungerechtigkeit mit dem Satz hinweg: „It's the law“⁹⁸. Das erinnert an Ulpian's *perquam durum, ita lex*. Mit Legalunrecht darf man sich niemals abfinden.

Die Existenz einer materialen Gerechtigkeitsethik, gleichgültig, ob man sie als Naturrecht bezeichnet, als göttliche Ordnung oder sonstwie, kann heute nicht ernsthaft bestritten werden. Es handelt sich um Rechtssätze, die alle kennen und die jedem einleuchten. Das Problem liegt darin, dass sie zum Teil sehr abstrakt sind. *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*⁹⁹. Der Streit um den Inhalt solcher abstrakter und weitgehend inhaltsleerer Sätze¹⁰⁰ beginnt bei ihrer Konkretisierung. Was bedeutet es, dass man sich gegenüber jedermann gerecht verhalten soll, jedem das Seine geben, niemanden verletzen usw.? Der Versuch einer Konkretisierung dieser *Maxime* reicht nicht weiter als bis zu der „goldenen Regel“ „was du nicht willst, dass man dir tu, das füg' auch keinem anderen zu“¹⁰¹. Philosophisch ausgedrückt ist es der kategorische Imperativ Kants: "Handle so, dass die *Maxime* deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könnte“¹⁰². Diese Sätze sagen aber nichts darüber, wie man sich im Einzelfall richtig verhält. Sie sind nicht ableitungsfähig. Aus ihnen

kann man mit Hilfe der formalen Logik des Aristoteles oder der Scholastik so wenig deduzieren wie aus dem Begriff der Gerechtigkeit. Sie geben aber immerhin das Verfahren und die Richtung an. Selbst wenn sich eine abstrakte Definition der Gerechtigkeit aufstellen liesse, könnte man daraus keine gerechten Einzelfallentscheidungen ableiten.

Die Gerechtigkeit bleibt aber das Ideal des Rechts, wie das Wahre in der Philosophie oder das Schöne in der Kunst, das uns immerhin die Richtung vorgibt. Auch wenn Juristen und Rechtsphilosophen nicht in der Lage sind, eine allgemeine Antwort auf die Frage zu geben, was Gerechtigkeit ist, so sagt uns das Rechtsgefühl (das freilich gespeist ist aus archetypischen Quellen) doch stets, was ungerecht ist. Dagegen ist die positive Aussage, was gerecht ist, oft weniger sicher. Mit der Gerechtigkeit ist es also ähnlich wie mit anderen Gütern, die wir erst wahrnehmen, wenn sie beeinträchtigt sind, wie Freiheit oder Gesundheit.

⁹⁷ Unlängst haben sich in Deutschland sogar 100 Parlamentarier besorgt über Härten bei der Rückschiebung traumatisierter Balkanflüchtlinge geäußert. Politiker, die – besorgt um die „Lufthoheit über den Stammtischen“ immer rigorosere Ausländergesetze erlassen haben, sehen sich jetzt in der Rolle des Zauberlehrlings. Der NRW-Innenminister hat dem Petitionsausschuss des Düsseldorfer Landtags mitgeteilt, das Ausländerrecht sehe ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht vor. (vgl. *Prantl*, SZ 22. 4. 2000 S 1). Ein erstaunlicher Satz. Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt, so sollte man meinen, im deutschen Verwaltungsrecht uneingeschränkt. Bezeichnender Weise ist er in den USA weitgehend unbekannt, s. bei FN 88.

⁹⁸ Vgl. die Beispiele bei *Honsell*, Amerikanische Rechtskultur, FS Zäch (1999) 39 ff.

⁹⁹ Vgl. Ulp. Dig. 1,1,10,1.

¹⁰⁰ Man hat diese *Maxime* auch als Leerformel bezeichnet; vgl. etwa *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? (1953) 23 ff.; derselbe, Reine Rechtslehre (1960) 366 f., 440; dagegen zu Unrecht *Waldstein* FS Verdross (1980) 285 ff.

¹⁰¹ S. dazu zuletzt *Hruschka* JZ 1987, 941 ff.

¹⁰² *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft (Riga 1788) § 7; s. auch *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (2. Aufl. Riga 1786) 421 = Reclam 68.