

MACHT UND ETHOS IM RECHT

Von Jakob Barion

Nachdem der Rechtspositivismus in den jüngst vergangenen Jahren in so erschütternder Weise gezeigt hat, wohin er führt mit seiner Devise: *auctoritas non veritas facit legem*, tritt der ethische Grundgedanke des Rechts wieder sehr in den Vordergrund der rechtsphilosophischen Betrachtung. Man erkennt wieder an, daß es gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht gibt (Radbruch), daß Recht von Gerechtigkeit getragen sein muß und in ihr sein Ziel hat. Wenn so versucht wird, die Grundlagen des Rechts wieder im Reich des Sittlichen zu sehen, dann erst gewinnt man den Standort zu philosophischer Betrachtung in den Fragen des Rechts. Denn jede Rechtsbetrachtung entbehrt sonst des Gesichtspunktes der Totalität, Recht ist nichts als äußerer Zwang.

1. Daß das Recht primär als Zwang auftritt, beruht darauf, daß es dem menschlichen Machtwillen Schranken setzt. So wenig wir von einer einheitlichen Auffassung über die „Natur“ des Menschen in rechtsphilosophischen Erwägungen ausgehen können, so doch von der Tatsache der Gegensätzlichkeit in allen menschlichen Beziehungen. Der Machtrieb des einzelnen wird sich immer wieder im Gegensatz sehen zu den ihm entgegenstehenden Interessen der anderen. Nun sind aber alle Menschen Wesen von gleichem „Selbststand“ und gleicher Verantwortlichkeit, die je ihr Leben zu möglicher Vollendung gestalten sollen. Damit wird die gegenseitige Anerkennung der einzelnen Freiheitsbereiche zu sittlicher Pflicht. Von der Moral kann aber der Machtrieb des einzelnen nicht wirksam in seinen Grenzen gehalten werden. Ordnung in den Beziehungen der Menschen läßt sich nur durch eine autoritative Instanz erreichen, die Machtmittel zur Verfügung hat. Rechtsordnung muß Machtordnung sein. Diese Ordnung zielt auf den Frieden, d. h. auf einen Zustand gegenseitiger Anerkennung der einzelnen Rechtssphären.

Anerkennen bedeutet Einsicht haben. Also kann eine Rechtsordnung nur von Lebewesen erstrebt und verwirklicht werden, denen Vernunft zukommt. Das Recht soll den Frieden herbeiführen und sichern, also das Chaos bannen. Alle Nur-Naturwesen haben aber keine Einsicht in das Chaotische eines Zustandes dauernder Gewalttätigkeit, als den sich rein naturhaftes Sein darstellt. Nur die Ratio des Menschen erkennt diese Situation, und so erstrebt er Entscheidungen zu ihrer Aenderung.

Um diese Entscheidungen (für den Rechtszustand oder für die Aenderung eines nicht mehr „gerechten“ Rechtszustandes) durchzuführen, bedürfen die Menschen der Macht, und zwar der kämpferischen Macht; denn sie muß Bestehendes überwinden. Hier tritt nun schon eine entscheidende Frage des Machtproblems auf, die Frage nach der sittlichen Rechtfertigung des Machtkampfes. Er ist nie Selbstzweck (sonst würde er den Staat als Ordnungs-

macht aufheben), sondern zielt auf den Frieden. Daher darf er nie so geführt werden, daß er solchen Haß erzeugt, daß keine Möglichkeit zu friedlicher Verständigung mehr bleibt. Es darf das Vertrauen nicht verloren gehen, so meinte schon Kant, das „zur künftigen Gründung eines dauerhaften Friedens erforderlich ist“. Auch im Kampf darf nicht sittliche Willkür herrschen. Sein sittliches Recht ist aber noch nicht dann verwirkt, wenn er etwa eine positive Rechtsordnung durchbricht; denn positives Recht kann durchaus (sittliches) Unrecht bedeuten, und dessen Aufhebung ist den Menschen nicht nur erlaubt, sondern geboten. Sie müssen selbst den Zustand der Gerechtigkeit in den sozialen Ordnungen verwirklichen. Wann und worin dieser Zustand besteht, kann nicht diktatorisch festgelegt werden, sondern sich nur aus gemeinsamer Ueberlegung ergeben. Die das Gemeinwesen betreffenden Fragen müssen Gegenstand der Diskussion werden. Nur dann werden die Unzulänglichkeiten aufgedeckt (weshalb jedes autoritäre System wahre Diskussion verhindern wird). Den Bürgern heutiger Staaten wird daher durch die Verfassung Versammlungs- und Redefreiheit zugestanden. Sie haben das Recht der Kritik, d. h. Feststellung der Ungerechtigkeiten in der Ordnung des Zusammenlebens. Diese Freiheit darf nicht mißbraucht werden, die Kritik darf nicht unsachlich oder böswillig sein. Der Demagoge handelt gewissenlos. Er ist der Sophist im platonischen Sinne, der mit Anwendung aller Mittel zu überreden sucht, der Wortwissen an Stelle von Sachkenntnis setzt, dessen Ziel ist, Macht zu gewinnen, Menschen zu beherrschen, nicht aber Ungerechtigkeiten aufzuzeigen und zu verhindern. Anstatt Bindung des Rechts an das Gewissen zu fordern, unterwirft er das Recht der Willkür.

Ueberall, wo bloße Macht über die Geltung einer Rechtsordnung entscheidet, ist diese Ordnung ungerecht. Das ist auch der Fall, wenn unter dem Schein des Rechts ein Gremium ausgewählter Bürger gewissenlos Entscheidungen trifft. Auch hier wird ein Machtentscheid getroffen, für den aber niemand mehr verantwortlich sein will, da in der Masse der einzelne sich der Verantwortung entzieht.

Rechtsordnung ist nicht nur Machtordnung. Die von ihr vorgenommene Abgrenzung der einzelnen Freiheitsbereiche muß gerecht sein. Sie muß aus dem Bestreben gestaltet sein, zu begrenzen, um jedem das Seinige zu geben. Grenze bedeutet Schranke der eigenen Freiheit, zugleich aber auch ihre Sicherung gegenüber fremdem Eingriff. Durch diese Beschränkung wird also erst Freiheit für den einzelnen ermöglicht. Gerecht ist ein Normensystem, wenn es dem Ausgleich der Interessen der verschiedenen Freiheitssphären dient, und wenn Pflichten und Rechte der einzelnen in der Ordnung des Ganzen nach objektiven Maßstäben verteilt sind. Das Wohl des Individuums und das der Rechtsgemeinschaft bedingen sich gegenseitig, fordern und ergänzen sich. Wo eines von ihnen, losgelöst aus dieser Beziehung, allein das soziale Leben zu bestimmen sucht, hebt es zuletzt sich selber auf. Wird der einzelne absolut gesetzt, so gibt es kein Recht; denn Recht ist Gemeinschaftsordnung. Wenn alle Bindungen des Menschen geleugnet werden, heißt für ihn Recht das, wozu er die Macht hat. Konsequenter würde also dann aus dem Recht als einer Friedensordnung ein „Kampf aller gegen alle“ werden und damit die Vernichtung aller. Wird dagegen das Individuum nur als Teil der Gemeinschaft gesehen, soll die Gemeinschaft alles sein und der einzelne nichts weiter als eine Funktion derselben, so kann auch nicht das Wohl der Gesamtheit bewirkt werden. Ein Kollektiv ist nur eine Ganzheit (und nicht eine Masse), wenn es aus Individualitäten besteht und nicht aus völlig

unselbständigen Teilen; denn ein Kollektiv muß einen Gesamtwillen darstellen. Kollektivismus kennt also keine echte Ganzheit. Indem er die Individualität, jede Sphäre persönlichen Lebens, zerstört, vernichtet er letztlich auch sein eigenes Ziel, die Kollektivität. Dadurch, daß er die in der Natur des Menschen liegende Wechselbeziehung von personaler und sozialer Tendenz verkennt und nur die letztere gelten läßt, erstrebt die erstere auf anderem Wege ihr Recht in der sozialen Wirklichkeit. Es kommt zu Gruppenbildungen innerhalb des Kollektivs, von denen die einflußreicheren die schwächeren zu beherrschen suchen. Nicht Einheit, sondern Kampf um die Macht ist das wirkliche Ergebnis der Einseitigkeit des Kollektivismus.

Kollektivismus und Individualismus als extreme Gestaltungen des gesellschaftlichen Lebens vernichten sich selbst. Diese Selbstzerstörung ist die Folge ihrer Maßlosigkeit. Gerechtigkeit hat neben dem objektiven auch ein subjektives Moment. Gerechte Ordnung soll durch den Menschen verwirklicht werden. Das setzt bei ihm eine innere Haltung voraus, die die eigenen Grenzen erkennt und die Rechte der anderen achtet, also Beherrschung seiner selbst und den Willen zur Objektivität. Wenn bei einem Menschen (oder einem Volke) Gerechtigkeitssinn und Rechtsgefühl schwinden, wird ein solches Verhalten nur äußerlich sein, aus Nützlichkeitsbetrachtungen und Zweckmäßigkeitsgründen entspringen und dann sofort in das Gegenteil umschlagen, wenn das Durchbrechen des Rechts Erfolg verspricht. „Recht“ ist ihnen der Nutzen des Stärkeren. Damit ist der Boden jeder Rechtsordnung verlassen. Denn Gewalt als solche ist ungeordnet und kann keine verbindliche Ordnung schaffen. Die Grundidee alles Rechts ist die Idee der Gerechtigkeit. Sie ist das konstitutive Prinzip des Rechts, die Machtorganisation der Faktor seiner Verwirklichung.

Von hier aus ergibt sich der tiefere (nicht bloß legale) Grund der Verbindlichkeit der Rechtsnormen. Sie intendieren Ziele, die wesensmäßig zu menschlichem Sein gehören. Menschliche Existenz steht unter den Bedingungen eines Zustandes des Friedens und des allgemeinen Wohls. Die Aufgabe ihrer Verwirklichung stellt sich dem Menschen als ein Sollen dar, als Gewissenspflicht, der er sich verantwortlich weiß; denn das Gewissen tritt ihm als eine höhere Instanz entgegen¹⁾. Diesem Sollen steht aber die Tatsache gegenüber, daß der wirkliche Zustand der Menschen untereinander der der fortwährenden Auseinandersetzung und des Streites ist. Dieser Zustand, sich selbst überlassen, würde zum Chaos führen, damit zur Vernichtung menschlicher Existenz. Das Recht sucht demgegenüber die soziale Wirklichkeit so zu gestalten, daß sie Ordnung wird, d. h. zu einer ethischen Beziehung zwischen den Menschen, die auf dem Ineinander von Verbindlichkeit und Verantwortlichkeit beruht.

Verbindlich ist ein System von Rechtsnormen nicht schon durch seine bloße Faktizität, sondern weil die von ihm erstrebte soziale Ordnung ein sittliches Gut ist, dessen menschliches Dasein bedarf. Es ist also die Ansicht abzulehnen, daß die Verbindlichkeit dieser Normen sich lediglich darauf gründe, daß sie von dem betreffenden sozialen Machtwillen in authentischer Weise gesetzt sind (H. Maier). Dennoch bedarf das Recht der Hilfe eines solchen organisierten Machträgers, zwar nicht wesensmäßig, aber doch aus der Erfahrung heraus, daß die Natur der Menschen so geartet ist, daß sie ohne Zwang die vom Recht intendierte Ordnung nicht beachten, sie also nicht Wirklichkeit werden lassen. Die ethische Forderung des Rechts stellt

zum Menschen in einem Spannungsverhältnis, zu dessen Lösung es eines dem Ethos fremden Faktors bedarf.

2. Wenn über den Zwangscharakter des Rechts die Meinungen der Rechtsphilosophen auseinandergelassen werden, das Zwangsmoment hier als wesentliches, dort als sekundäres oder überhaupt nicht als eigentliches Merkmal des Rechtsbegriffes aufgefaßt wird, so liegt dem eine verschiedene Stellungnahme in der Frage der Abgrenzung von Sittlichkeit und Recht zugrunde. Von den meisten wird wohl der Unterschied beider Sphären dahin bestimmt, daß dem Recht anders als der Moral der äußere Zwang eigen sei. „Im Moralischen bin ich für mich selbst, und die Gewalt hat hier keinen Sinn“ (Hegel). Bei der Moral handelt es sich in erster Linie um den Bereich des Inneren, um die Beurteilung der eigenen Tat nach der *Gesinnung* des Täters. Das Recht aber hält sich zunächst an die Handlungen der Menschen, und zwar unter dem Gesichtspunkt ihrer Tragweite für die soziale Ordnung. Man kann also der „Gesinnungszugewandtheit“ der Moral die „Tatzugewandtheit“ des Rechts gegenüberstellen. Aber der letzte Grund der rechtlichen Beurteilung ist auch ein ethischer. Denn die Ordnung, die das Recht herstellt und schützt, hat sittliche Bedeutung. Sie ist eine Ordnung in den Lebensgemeinschaften der Menschen, die das Gesamtwohl der Gesellschaft zum Ziele hat. Ohne eine solche äußere Ordnung wären die wichtigsten sittlichen Güter dem Verfall preisgegeben und ließen sich die höchsten Zwecke der Menschheit nicht verwirklichen. Diese Ordnung als eine rechtliche ist von autoritativer Seite gesetzt, erst die Autorität gewährt der Rechtsordnung Aussicht auf Befolgung durch die Rechtsgenossen. Sie hat Zwangsmittel zur Verfügung, die der Realisierung des Ziels der Rechtsordnung dienen. Rechtsordnung ist „erzwingbare ethische Ordnung“²⁾.

3. Die Institution nun, die dem Recht seine Macht gibt, ist der Staat. Die Faktizität der Rechtsordnung, ihre Setzung und Realisierung, stammt von ihm. Man kann daher sagen, daß der Staat ein Merkmal im Begriff des Rechts bildet. Der Staat ist dann hier verstanden „als Inbegriff der konkreten Ordnungs- und Machtfülle“ (a. a. O. 180). Das Machtmoment ist zwar nicht das staatsbildende; nicht jede Gruppe von Einzelsubjekten, die durch Zwangsgewalt aneinander gebunden sind, ist schon ein staatliches Gebilde. Sie wird es auch dann noch nicht, wenn ihr Beherrscher staatsähnliche Funktionen ausübt, also etwa die Mitglieder seiner Gruppe nach außen schützt und ihr eine „Rechtsordnung“ gibt. Der Machtfaktor ist nicht das konstitutive Merkmal des Staates, wohl aber sein charakteristisches. Das Machtmoment gibt dem Staat unter den organisierten Gemeinschaften seine Sonderstellung.

Die Beziehung von Recht und Staat wird dagegen grundsätzlich anders bestimmt, wenn das Wesen des Staates in der Macht gesehen wird. (Meist gehen die Vertreter dieser Theorie von geschichtlichen Erwägungen aus, daß durch den Kampf um die Macht Staaten entstehen und sich erhalten. Sie sehen also nur das *Daseinsmoment* des Staates [und dieses ist weitgehend durch die Macht bedingt], unterscheiden aber davon nicht sein *Wesen*. Aber die bloße Faktizität des Staates sagt noch nichts über sein Wesen.) Der Staat geht dann dem Recht voraus, da die Macht die Rechtsordnung erst setzt. Das Recht ist dann aber nichts weiter als eine „Resultante von Machtfaktoren“.

Es wäre nicht unwichtig, zu untersuchen, von welchen Ausgangspositionen her die Autoren (etwa Gumpłowicz, A. Menger,³⁾ Treitschke, C. Schmitt u. a.) zu dieser Auffassung gelangen. Eine dieser Voraussetzungen liegt in der

Grundauffassung vom Menschen als eines radikal bösen Wesens, in einer pessimistischen Anthropologie. Wenn der Mensch von Natur aus „böse“ ist, in erster Linie von seinen Leidenschaften bestimmt, wird er keine Grenze seiner Machtsphäre anerkennen, als die durch größere Macht erzwungene. Schon bei Hobbes erhält das Machtmoment im Staatsbegriff eine zentrale Bedeutung, weil die Leidenschaften der Menschen (denen sie im Naturzustand ungehemmt folgen) nur einer überlegenen Gewalt sich beugen. Gesetze und Verträge, sagt er (*Leviathan* C. 17), können den Zustand des Krieges aller gegen alle nicht aufheben; sie bestehen in Worten, und Worte können keine Furcht erregen. — Es ist eine Konsequenz aus jener (dann theologisch gefaßten) Voraussetzung, wenn E. Brunner schreibt: „Das Grundwesen des Staates ist nicht das Recht, sondern die Macht . . . Geltendes Recht kann, aber muß nicht etwas anderes sein als der Inbegriff stabilisierter Machtverhältnisse.“⁴⁾

Wenn das Recht als Inbegriff von Machtverhältnissen aufgefaßt wird, so ändert es sich mit diesen. Der jeweilige Machtträger wird also bestrebt sein, sein Recht zu sichern durch Behauptung seiner Macht. Er wird jede fremde Machtkoalition zu verhindern suchen und seine eigene Macht immer mehr zu vergrößern. Denn er muß für seinen Machtbesitz fürchten, wenn er ihn nicht vermehrt. Macht wird zur kämpferischen Macht.

Macht zielt wesensmäßig auf Herrschaft, es ist ihre Intention, andere zu beherrschen. Macht bedeutet Kraft des Willens zur Selbstbehauptung, zum Sichdurchsetzen, zum Mächtigwerden über andere. Wenn aber auch der andere von solchem Willen beseelt ist, wird Macht zum Kampf. Ziel jedes Kampfes ist die Vernichtung der Gegenmacht. Aber wenn ein Kampf sittlich gerechtfertigt sein soll, darf er sich darin nicht erschöpfen, sondern muß eine vollkommene Neuordnung intendieren. Auch Machtkampf muß Ordnung erstreben, er kann nie Selbstzweck sein. Ist er das aber, so ist er reiner Machtwille, der nichts anderes mehr kennt (somit blinder Wille ist). Damit verliert Macht ihr Maß und ihre Grenze und damit zugleich ihre Legitimität und Autorität. Sie ermöglicht nicht Ordnung, sondern erzeugt das Chaos. — Hier wird das Dämonische der Macht sichtbar, sie wird zur „Besessenheit“ des Willens, alle anderen zu beherrschen, einschließlich der Sphäre des Gewissens. (Daß brutale Machtpolitiker schlechte Staatsmänner sind, da sie die Größe der Gegenwart, des Widerstandes, falsch sehen und damit auch ihre eigene Machtwirklichkeit, hat sich nicht erst in unserer Gegenwart gezeigt).

Die Machttheoretiker verabsolutieren die Macht, erklären ein Teilmoment zum Wesen des Staates, der Staat wird zur Zwangsanstalt, der alles unterworfen wird. Auch das Recht ist ihnen nur ein Mittel staatlicher Machtorganisation. Staatliche Macht verliert so aber ihre eigentliche Funktion, die Ordnungsfunktion innerhalb der menschlichen Gesellschaft und damit ihre Legitimität. Denn legitim ist die Macht nur dadurch, daß sie sich in den Dienst des sozialen Ganzen stellt, also dem Ethos unterordnet. Soziale Ordnung bedeutet Abgrenzung der individuellen Freiheitssphären nach Normen, deren Kriterium das Wohl des Ganzen ist. Der Staat ist zur Erfüllung seiner Ordnungsfunktion an diese Normen gebunden, er muß „gerecht“ begrenzen. Macht, die sich der Bindung durch das Recht entzieht, ist autoritätslose Gewalt (sie wird von den Beherrschten im Gewissen nicht anerkannt). So gehört das Recht wesentlich zum Staat, erst das Recht legitimiert den Staat als Machtorganisation.

Die durch den Staat in der menschlichen Gesellschaft hergestellte Ordnung muß Rechtsordnung sein. Das Ziel jeder Ordnung unter den Menschen ist, wie schon gesagt, die Herbeiführung eines Zustandes des Friedens unter ihnen, also eines Zustandes, in dem die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen bestehen kann. Insofern das Recht diese Grenzen der einzelnen Freiheitsbereiche nach einer Norm festsetzt, ist es eine der Bedingungen zur Erreichung des Staatszweckes.

Recht und Staat stehen also in notwendiger innerer Beziehung.

4. Der Zwang hat eine dienende Funktion im Recht: die Realisierung der Rechtsnormen zu ermöglichen und dadurch eine gerechte Ordnung zu gestalten. Soziale Ordnung besagt aber Festigkeit und Sicherheit in den Beziehungen der Menschen. Indem die Rechtsordnung Frieden und Gerechtigkeit intendiert, erstrebt sie auch den Wert der Sicherheit.⁵⁾ Beide Prinzipien des Rechts, Gerechtigkeit und Sicherheit, stehen wieder in einem polaren Verhältnis zueinander. Beide bedingen sich gegenseitig wie Inhalt und Form. Aber ihr Verhältnis zueinander ist in den einzelnen Normen verschieden. Manche Rechtsvorschriften enthalten nur ein Minimum an Ethik, sie sind vorwiegend formaler Natur und gewähren dafür größte Sicherheit. Dieses Höchstmaß an Sicherheit gewinnen sie durch weitgehenden Verzicht auf Gerechtigkeit. Wo aber von einer Norm ein Höchstmaß an Gerechtigkeit intendiert wird, da verliert sie an Sicherheit.⁶⁾ Würde eines dieser beiden Prinzipien des Rechts absolut gesetzt, so hätte das die Vernichtung des anderen zur Folge. Gerechtigkeit und Sicherheit können nicht identifiziert werden, sie sind beide konstitutive Prinzipien des Rechts.

Ein klar und deutlich bestimmter Inhalt in einer festumgrenzten Form, das sind Voraussetzungen für die Sicherheit einer Rechtsnorm. Das in ihr ausgedrückte Sollen erhält durch die Form seine Bestimmtheit. Durch diese Festsetzung von autoritativer Seite bekommt es eine normative Existenz, wird es geltende Norm. Soll diese Geltung aber nicht nur formell bleiben, soll eine Norm wirklich geeignet sein, das soziale Leben der Menschen zu gestalten, so muß sie nicht nur in ihrem Ziel ethisch gerechtfertigt sein, sondern gerecht auch in der Beziehung, daß sie alle Verhältnisse der sozialen Wirklichkeit berücksichtigt.

5. Das Prinzip der Geltung des Rechts wirft nun wieder die Frage nach seiner Verbindlichkeit auf und damit die Frage nach der Beziehung des Machtfaktors zum Ethischen im Recht. Das Gelten eines Rechtssystems hängt von seiner Setzung durch eine autoritative Machtinstitution ab. Damit erhält es Wirklichkeit. Seine Gültigkeit (Verbindlichkeit) muß es aber aus höheren Prinzipien herleiten. Alles positive Recht muß im Einklang stehen mit jenen elementaren Rechtsgrundsätzen, die der sittlichen Weltordnung entspringen, die darum vom Gewissen als absolut bindend anerkannt werden und der natürlichen Rechtsauffassung des Menschen entsprechen. Zwar hat eine geltende Ordnung des Zusammenlebens der Menschen schon als solche verpflichtende Kraft, weil die Autorität durch diese Ordnung das Chaos vermeiden will, also die sittlichen Güter schützt. Diese Verpflichtung wird auch noch zutreffen, wenn ein von der Obrigkeit erlassenes Gesetz offenkundig ungerecht ist, sofern durch seine Nichtbefolgung ein noch größeres Uebel für die Gesamtheit entstände. Dagegen wären bei einem Gesetz, das zu der sittlichen Forderung in schroffem Gegensatz stände, der Widerstand sittliche Pflicht.

Auch A. Baumgarten⁷⁾ urteilt, daß unter Umständen ein positives Gesetz wegen seines unsittlichen Inhalts der Verbindlichkeit ermangele und nur durch die Furcht vor äußerem Zwang aufrecht erhalten werden könne. Aber er will diese Entscheidung nicht der Kompetenz der Rechtswissenschaft unterstellen. Der Jurist besitze nicht die Zuständigkeit zur Feststellung der Ungültigkeit eines solchen Gesetzes. Vielmehr müsse die Jurisprudenz jedes verfassungsmäßig zustande gekommene positive Gesetz als sittlich verbindlich behandeln. Als Philosoph oder einfach als Mensch, für den das Gewissen die höchste Autorität sei, möge ein Rechtslehrer ein solches Gesetz für unverbindlich erklären, aber er könne das nicht aus fachmännischer Kompetenz. — Diese Auffassung, mit ihrer Trennung des Menschen vom Fachmann im Juristen, kann nicht beriedigen. Entweder hat das Recht keine Beziehung zur Sittlichkeit, und dann sind ethische Diskussionen aus der Rechtswissenschaft zu verbannen (wie Windscheid wollte). Baumgarten sieht aber, daß „ein solcher gegen die Ethik gerichteter Ostrazismus“ sich nicht aufrecht erhalten läßt. Wird also das Recht nicht als eine „irreduktible Grundkategorie“ angesehen, sondern als der Sittlichkeit untergeordnet, dann muß auch die Wissenschaft vom Recht ethische Gesichtspunkte berücksichtigen. Wenn die moderne Rechtswissenschaft nach B. nicht vorbereitet ist, letzte ethische Probleme zu diskutieren, so muß sie eben dazu in den Stand gesetzt werden. Und das bedeutet, daß die Lehre vom Naturrecht in die Rechtswissenschaft eingebaut werden muß.

Das eigentliche Problem des Widerstandsrechts liegt in der Frage nach der Erlaubtheit des aktiven Widerstandes gegen den Mißbrauch der Staatsgewalt, der also mit Mitteln der Gewalt eine Aenderung rechtloser Zustände herbeiführen will. Das Problem beruht auf der Antinomie von Gehorsamspflicht und Widerstandsrecht. Sie wird am stärksten empfunden werden, wo der Widerstand keine Volkserhebung ist, sondern die Tat eines einzelnen oder eines Kreises gleichgesinnter Menschen und wiederum da am stärksten, wo diese Menschen der staatlichen Autorität durch Stellung oder Tradition sich besonders verpflichtet fühlen.

Zu dem Problem ist seit den Schriften der mittelalterlichen Philosophen und Theologen oft Stellung genommen worden. Wenn man neuerdings gemeint hat,⁸⁾ daß die Frage heute nicht mehr so wichtig sei, weil in die Verfassungen heutiger Staaten positiv-staatsrechtliche Institutionen eingebaut seien, wie Grundrechte, Prinzip der Steuergerechtigkeit, Kontrolle der Exekutive durch die ordentliche Gerichtsbarkeit, Bindung des Richters an das Gesetz usw., so hat sich inzwischen gezeigt, daß alle diese Maßnahmen gegen die Gewalt einer brutalen Despotie nichts vermögen.

Grundsätzlich ist zu der aufgeworfenen Frage zu sagen: Die Gewalt Herrschaft obrigkeitlicher Autorität, die gegen das Wohl der Gesamtheit in schwerster Weise verstößt, ist rechtlos; denn es fehlt die Grundlage, auf der Macht allein legitim ist. Es muß dem einzelnen wie dem Volke ein letztes Rechtsmittel gegen die Beraubung seiner Menschenrechte zugestanden werden, das Recht der Notwehr. Wo also von einer Staatsgewalt die Grundrechte der menschlichen Person dauernd mißachtet, die Einheit der sozialen Gemeinschaft zerstört, die Ordnung nur durch unmenschliche Strafen und Maßregeln zahlloser Polizeiorgane aufrecht erhalten wird, da sind die Staatsuntertanen berechtigt, einen solchen Herrscher gewaltsam zu entfernen, wenn keine verfassungsmäßigen Mittel mehr zur Verfügung stehen.

Aktiver Widerstand muß sich aber selbst wieder auf eine bestimmte

Macht stützen können, wenn er Aussicht auf Erfolg haben soll. Auch hier ist wieder das Ethos der Gerechtigkeit nur durch Anwendung von Macht zu realisieren. Diese Macht will verletztes Recht wieder herstellen, also der Gerechtigkeit dienen. Es setzt ein starkes Vertrauen zum Recht und ein tiefes Rechtsgefühl voraus, wenn Menschen so ihr Leben für das Recht einsetzen.

Die Dialektik von Macht und Ethos im Recht beruht auf der diesem eigenen Polarität von Sicherheit und Gerechtigkeit, der beiden ihm wesentlichen Faktoren, da das Recht die Freiheitssphären der einzelnen sichern und zugleich einen Grundbestand an Sittlichkeit gewährleisten soll. Jede philosophische Durchdringung des Rechtsgedankens wird die Aufgabe haben, die wesentlichen Momente dieser Dialektik aufzuzeigen. — Wenn man die Macht als den „großen Gegenspieler des Rechts“ bezeichnet (Böhm), so denkt man geschichtlich und psychologisch. Man sieht die immer wieder auftretenden gewaltsamen Zerstörungen der menschlichen Ordnungen und erkennt in ihnen das Werk maßloser Machtgier einzelner Menschen, deren Ethos vom Dämon der Macht beherrscht ist, und die darum auch das Recht der Macht und dem Erfolg opfern. Wenn in der Macht der Grundtrieb des Menschen gesehen wird, so liegt es in seiner Natur, andere zu beherrschen, um sich selbst zu vollenden. Dann wird er sich auch der Dämonie der Macht nicht entziehen können. Er wird unaufhörlich von einem blinden Willen getrieben, alles ihm Widerstrebende zu vernichten. Ihn bestimmen in seinem Handeln nicht mehr werterfüllte Ziele, ausgerichtet auf eine Ordnung im sozialen Ganzen, er kennt nicht Einsicht und Maß, Rechtssinn und Rechtsgefühl sind ihm Schwäche. Ihn treibt nur sein Dämon. So hat Nietzsche den Menschen gesehen, wenn er schreibt: ⁹⁾ „Die Liebe zur Macht ist der Dämon der Menschen. Man gebe ihnen alles, Gesundheit, Nahrung, Wohnung, Unterhaltung — sie sind und bleiben unglücklich und grillig; denn der Dämon wartet und wartet und will befriedigt sein. Man nehme ihnen alles und befriedige diesen; so sind sie beinahe glücklich — so glücklich, als eben Menschen und Dämonen sein können.“

1) Die Frage nach dem Woher der Gewissensinstanz braucht die Rechtsphilosophie nicht zu stellen. Sie findet diese Instanz als Tatsache der seelischen Wirklichkeit vor. Jeder Mensch weiß um dieses letzte Kriterium aller seiner Entscheidungen, das unerbittlich sein Nein spricht, wenn menschliche Entscheidung ihre Grenzen überschreitet. Wo sich der Wille vom Gewissen löst, da wird der Mensch in seinem Handeln richtungslos und verfällt seiner triebhaften Natur.

2) J. J. Kindt-Kiefer, Ueber die Fundamentalstruktur des Staates (Bern 1940), S. 269. — Wenn diese Erzwingbarkeit auch nicht vollständig ist, so hat das Recht doch die Tendenz, sie möglichst vollständig zu machen, weil es sonst seine Ordnungsfunktion nicht ausüben kann.

3) A. Menger vertritt die Auffassung (Neue Staatslehre³ [1946], S. 44 Anm.), daß die sozialistischen Schriftsteller meist Anhänger der Machttheorie sind. Er verweist dafür auf eine Reihe von Schriften und fügt hinzu (was man als eine Art von Begründung ansehen kann): „Ueberhaupt steht jede revolutionäre Partei, zumal wenn sie ein sozialistisches Ideal anstrebt, schon an und für sich auf dem Standpunkt der Machttheorie, weil sie eben durch eine Volkserhebung, also durch eine plötzliche Veränderung der Machtverhältnisse, die bestehende Staats- und Gesellschaftsordnung dauernd umgestalten will.“ Menger selbst tritt zwar nicht für eine solche revolutionäre Umgestaltung ein, aber mehr aus Zweckmäßigkeitsgründen. „Eine plötzliche sozialistische Schilderhebung“ könne ihr Ziel, den sozialistischen Arbeitsstaat, nicht erreichen. Dieser bedeutet ihm allerdings auch nicht eine bloße Verschiebung der Machtverhältnisse, sondern eine völlige Umbildung des gesamten Tuns und Lassens aller Staatsgenossen, „setzt also eine sittliche Wiedergeburt der Menschen voraus“ (a. a. O. 239).

Zeigt sich schon hier ein klarer Unterschied zum „Marxismus“, so wird dieser an anderer Stelle noch deutlicher herausgestellt, und zwar gerade in der Entwicklung seiner

These, daß das Recht „die Ordnung der Machtverhältnisse“ sei (a. a. O. 227 ff.). Auf dem Gebiete des Rechts entscheide in erster Linie die Macht, erst in zweiter das wirtschaftliche Bedürfnis. Er verweist dafür auf zahlreiche geschichtliche Beispiele, die dartun sollen, daß das Leben des Rechts und des Staates durch Machtverhältnisse bestimmt werden. Sie sollen die materialistische Geschichtsauffassung widerlegen, vor allem die Theorie, daß die neue Gesellschaftsordnung von selbst kommen werde, wenn nur die ökonomischen Verhältnisse geändert seien. Vielmehr müßten die besitzlosen Klassen nach M. ihre schon jetzt beträchtlichen Machtmittel unablässig zu vermehren suchen. — Menger bleibt also doch seiner Grundthese treu: Recht ist Macht.

4) E. Brunner, Das Gebot und die Ordnungen⁴ (1939) S. 433. — Ich kann hier nicht auf den theologischen Hintergrund der Auffassung Brunners eingehen. Er wird aber schon sichtbar, wenn ich die drei Momente anführe, die nach ihm zu jedem wirklichen Staat gehören: „Ein Schöpfungsmäßiges, die Gemeinschaft, eine auf die Sünde bezogene Zuchtordnung, die eine Art von Gemeinschaft erzwingt und die notwendige Basis und den harten Rahmen gesitteten Lebens schafft, und ein durch nichts zu rechtfertigendes, schlechthin faktisches, ungerechtes, machthungriges, halbdämonisches Machtwesen“ (a. a. O. 432). B. vertritt aber nicht die oben dargelegte Konsequenz in der Linie einer positivistischen Rechtstheorie. Zwar sei das Recht sehr oft viel mehr der Ausdruck von Machtverhältnissen als der Gerechtigkeit, und auch in der Schaffung des Rechts habe die Macht den Primat. Aber das Recht „ist nirgends nur Machtausgleich, sondern immer auch der Versuch, die Macht im Sinne der Gerechtigkeit zu begrenzen und zu leiten“. So kann er denn auch sagen, daß das Recht dasjenige Element des Staates sei, auf dem seine sittliche Notwendigkeit beruhe.

5) Die Rechtssicherheit ist aber nicht nur in ihren Motiven und Zielen ethisch fundiert, sie setzt auch eine ethische Haltung der Treue gegen ein einmal gegebenes Versprechen beim Menschen voraus.

6) Dieser Zusammenhang zeigt sich besonders offenkundig im Strafrecht. Wenn man zeitweise hier eine immer größere Individualisierung und Psychologisierung anstrebte, um „gerecht“ zu strafen, so kommt man heute unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit davon wieder mehr ab. Kennzeichnend dafür ist Radbruchs Aeußerung: „Die Rechtssicherheit verbietet eine zu weitgehende Verinnerlichung und Verfeinerung der strafrechtlichen Begriffe, da solche Begriffe die Gefahr irrtümlicher Anwendung in bedenklichem Maße in sich tragen“ (in: „Wandlung“ II [1947] S. 15).

7) A. Baumgarten, Rechtsphilosophie, S. 63 f.

8) H. Rommen, Der Staat in der katholischen Gedankenwelt (1935) S. 233.

9) Morgenröte, Aph. 262.

Summary.

The essay examines the dialectic of power and ethos in right, which is based on the polarity of the two fundamental factors peculiar to right: justice and security. Order of right must be order of power if it is to accomplish its task, but it is not only order of power. The delimitation of the particular spheres of liberty must be just. The fundamental idea of right is justice. It is the constitutive principle of right; the organization of power is the factor of its realization. The author then asks after the ultimate reason of the liability of right and analyses the problem of the right of resistance.

Résumé.

Le traité analyse la dialectique du pouvoir et de l'éthos dans le droit laquelle repose sur la polarité des deux facteurs fondamentaux du droit: justice et sûreté. L'ordre du droit doit être un ordre du pouvoir s'il doit remplir sa tâche, mais l'ordre du droit est non seulement un ordre du pouvoir; il faut que la délimitation des différents domaines de liberté soit juste. L'idée fondamentale du droit est la justice. Elle est le principe constitutif du droit; l'organisation du pouvoir est le facteur de sa réalisation. Ensuite l'auteur examine la dernière raison du caractère obligatoire du droit et le problème du droit de la résistance.