

Erst hernach wertet der Gesetzgeber oder der Richter das so Erkannte und gestaltet er das Handlungsmodell im Gesetz oder im Urteil.

Wie vorn dargetan wurde, hat der Erkennende Halt an den traditionell abgegrenzten Sinngebilden (Ehe, Kauf-, Mietvertrag, Aktiengesellschaft, Wechselbürgschaft).

Schwierigkeiten ergeben sich bei neu einzuführenden Verhaltensmodellen, deren Auswirkung noch nicht erprobt ist. Hypothesen ersetzen die im gesellschaftlichen Experiment gemachte Erfahrung. Weder die Gesetzgeber noch die Privaten in ihrem Wirkungsbereich können das Risiko dieser Ungewißheit vermeiden.

14. KAPITEL

Sein und Sollen

§ 40. Sein und Dasein

Die Beziehung von *Sein und Sollen* ist seit KANT in der Rechtsphilosophie heftig umstritten. Die einen halten daran fest, daß die Rechtsordnung und damit das Sollen im Sein erkannt und aus diesem abgeleitet werde; die andern bestreiten dies und machen geltend, daß aus dem was ist, nicht folgen kann, was sein soll.

Bevor sich dazu etwas Nützlichliches sagen läßt, ist der Gehalt der Begriffe Sein und Sollen vorzuweisen. Sie werden nämlich in verschiedenen Bedeutungen verwendet, so daß die Gesprächspartner aneinander vorbei reden.

Hier wird, gemäß dem Plan dieser Studie, das *Sein* in seiner Selbstverständlichkeit aufgesucht und der ebenso selbstverständliche Unterschied zum *Dasein* beachtet. Dabei werden die Grenzen der Erkenntnis nicht überschritten, weil die angewandte philosophische Methode eine kritische und nicht eine spekulative Ontologie ist. Zudem sind auch beim Suchen nach dem Sein die Bewußtseinsphänomene die Auskunftsquelle. Erscheinen kann aber nur etwas, was existiert, das in der Welt Daseiende.

Jedes Daseiende kommt aus einem andern Daseienden her. Dieses kann wesensgleich oder im Falle einer Mutation mehr oder weniger verschieden gewesen sein. In allen Daseienden sind übereinstimmende Grundelemente (Stoffe und Kräfte) vorhanden. Jedes Daseiende kann nur so existieren, wie sein Wesen es ihm ermöglicht. Es kann, wenn die Anlage in ihm ist, sich so entfalten, wie noch kein gleichartiges Wesen das vorher

getan hat; es kann eine potentielle Anlage erstmals aktualisieren. Aber es kann nichts tun, was ihm nicht als Möglichkeit in seine Existenz mitgegeben ist. *Das jeweilige Dasein ist in Etwas gehalten, es existiert aus Etwas heraus, es erhält von diesem Etwas seine Entwicklungsfähigkeit und seine Entfaltungsgrenzen. Dieses Etwas ist anderes und mehr als das Dasein, es ist das Sein.* Würde dieses Sein nicht anerkannt, so wäre eine ungeheure Zahl von Einzeldasein anzunehmen, da jedes Dasein sich unaufhörlich ändert. Der einzelne Mensch hätte von seiner Geburt bis zum Tod eine unabsehbare Kette von Dasein hinter sich zu bringen statt im jeweiligen Dasein sein Sein zu erfüllen. Diese Aufsplitterung in einzelne Dasein könnte das Gleichbleibende, das Wesentliche nicht erfassen.

Jedes Daseiende hat sein besonderes Sein, das gerade sein Wesen bestimmt. Der Mensch hat nicht nur ein anderes Dasein als alle andern Wesen, er hat auch sein eigenes Sein.

Die Erkenntnisse der heutigen Atomphysik lassen jedoch annehmen, daß in allen Sein des ganzen Universums ein gemeinsames Sein waltet, das alles, was existiert, in der physisch wahrnehmbaren (materiellen) Grundstruktur bestimmt.

Obleich der Jurist es nur mit dem Menschen zu tun hat, ist diese Erkenntnis für ihn bedeutungsvoll. Der Mensch ist auf der Welt und im Kosmos ein Daseiendes unter unzähligen andern. Sein Dasein ist von anderem Dasein abhängig. *Das Sein des Menschen ist auf das Sein von anderen Seienden* (Luft, Wasser, Pflanzen, Mikroorganismen, Wirkkräfte, Tiere usw.) *abgestimmt.* Sein Sein ist die harmonische Einheit unzähliger Sein.

Dieses ist das selbstverständliche und unausweichliche Sein des Menschen. Erkennbar ist es nur im jeweiligen Dasein. Im Dasein gibt sich aber nicht nur das schon zum physisch wahrnehmbaren Dasein gewordene Sein zu erkennen, sondern auch jenes, das nach seiner Anlage Dasein werden kann, es jedoch noch nicht geworden ist. Vorn wurde mehrmals darauf hingewiesen, daß der Erfinder das tut, was Naturkräfte nach ihrer Anlage tun können, aber nicht selber getan haben; er aktualisiert deren virtuelles Sein. Das gleiche tut der Dichter, Musiker oder bildende Künstler. So bedeutend diese intuitive Einsicht jeweiligen ist, so bedarf sie doch der Daseinserfahrung. Die griechischen Philosophen hatten zwar die Existenz von Atomen geahnt. Die Physiker konnten jedoch erst mit Hilfe von kompliziertesten Apparaten darüber wissenschaftlich fundierte Aussagen machen. Auch die Stile in der Literatur, Musik und Kunst sind erfahrungsabhängig. Die neue Richtung setzt jeweiligen die früheren voraus. Die Intuition läßt weder einen Naturwissenschaftler noch einen Techniker oder künstlerisch Schaffenden in einem Sprung über die Entwicklungsstufen hinweg in ungeahnt Neues gelangen.

Dasselbe gilt bei der jeweiligen Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse. Eine weitere Entwicklung der zwischenmenschlichen Beziehungen läßt sich erst dann zum voraus entwerfen, wenn das Dasein einer Gesellschaft die entsprechende kulturelle und zivilisatorische Stufe erreicht hat. Schritt um Schritt enthüllen sich im Daseienden die noch unerkannten Eigenschaften und noch nicht im Dasein vollzogenen (aktualisierten) Möglichkeiten des Seins. Die Erkenntnis vollzieht sich an Hand der Erfahrung und überschreitet angeregt durch sie deren Grenzen. Somit hat der *Positivismus* insoweit Unrecht, als er die Erkenntnis auf die Erfahrung beschränkt, sofern er nicht die intuitive Seinserkenntnis, d. h. die Erkenntnis des über das jeweilig Daseiende hinausreichenden Wesens in die Erfahrung einbezieht. Der *Intuitionalismus*, der die erfahrungsunabhängige Erkenntnis lehrt, kann nur die Ahnung rechtfertigen, hingegen kein wissenschaftlich begründetes Wissen.

Erfahrung und *Intuition* sind beide unentbehrlich für die stets weiter geführte Seinserkenntnis. Sie wirken abwechselnd. Dabei fällt auf, daß nur verhältnismäßig wenige große Forscher, Erfinder und Künstler die Gabe zum intuitiven Erkennen haben. Sie sind mit dem Sein besser vertraut. Manche könnten fragen, ob es nicht selbstverständlicher sei, statt vom Sein vom jeweiligen Naturgesetz zu sprechen. Die Übereinstimmung wäre dann gegeben, wenn mit Naturgesetz jedes aktualisierte und potentielle Dasein eines Wesens erfaßt würde, alle Wahlmöglichkeiten miteingeschlossen, zu denen auch Zufälle zu rechnen sind. Diese Vorstellung, die vorläufig bei keinem Wesen wissenschaftlich möglich ist, widerspricht dem Begriff „Gesetz“, der das Modell eines stets wiederholbaren Tuns aussagt, das im Bewußtsein vorstellbar ist. Das Gesetz beschreibt eine vom Menschen jeweilen wissenschaftlich erkannte Seinsweise, die allerdings noch nicht im Dasein realisiert sein muß.

Der Begriff Sein umgreift neben dem Erkannten immer auch das noch nicht Erkannte aber voraussichtlich Erkennbare wie auch jenes, zu dem das menschliche Erkennen vielleicht nie gelangen wird.

Der Jurist beschäftigt sich mit dem komplexesten Wesen, das es auf der Welt gibt, mit dem *menschlichen Sein in seiner Verknüpfung mit dem gesellschaftlichen Sein* und dem *Sein aller anderen Wesen*, von denen seine Existenzmöglichkeit abhängt. Das menschliche Wesen hat materielle, seelische und geistige Elemente. Das Sein unzähliger anderer Wesen wirkt in ihm (Bakterien, Vitamine usw.). Der Mensch ändert unaufhörlich sein Dasein, greift in das Dasein anderer Wesen ein und schafft neue. Diese Entfaltungs- und Wirkungsmöglichkeit verleitet zur menschlichen Überheblichkeit. Das menschliche Sein wird als in sich geschlossenes und gegen alles andere abgegrenztes Sein betrachtet. Dem Menschen wird die Autonomie attestiert. Er dürfe sich nur im Bereich des wissenschaftlich

Erkannten aufhalten und solle sich nicht mit dem Unerkennbaren beschäftigen, da dies eine sinnlose Spekulation sei. Das Dasein allein sei sein Erkenntnisobjekt.

Der Jurist darf seine Arbeit nicht so einschränken. Er muß das menschliche Sein in seiner Fülle annehmen und zugleich anerkennen, daß nur das jeweilige Dasein ihn Seinserkenntnis finden läßt, sei es in der eigenen Erfahrung und in der Intuition, sei es in den Aussagen anderer über ihre Erfahrung und Intuition und in der intersubjektiven Verständigung über die Vorstellungen, die aus diesen Erkenntnisquellen hergekommen sind.

Zugleich muß er sich damit abfinden, daß das menschliche Sein sich im Dasein und auch in der Intuition nur teilweise zu erkennen gibt, daß er dessen Grund nur ahnen und auf ein Ziel nur im Glauben hoffen kann.

§ 41. Zwang zur Daseinsgestaltung

Jedes Daseiende ist unaufhörlich in Bewegung. Die kleinsten Teile, die physikalisch feststellbar und in jedem wissenschaftlich erfaßbaren Daseienden anzutreffen sind, geben sich durch ihre Bewegung zu erkennen. Je komplizierter ein Daseiendes ist, umso komplexer ist seine Bewegung, weil mehr Teile mitwirken, von denen jeder die ihm eigene Bewegtheit zum gesamten Verhalten beiträgt. Von dem Daseienden, das der Mensch kennt, ist er selber das höchstentwickelte. Neben der physikalisch feststellbaren Materie sind die seelischen und geistigen Kräfte an seiner Bewegung beteiligt.

Die Bewegung erhält nicht nur die Existenz des Daseienden; sie verändert es ohne Unterlaß.

Das Daseiende vollzieht selber die Bewegung; es bewegt sich und erleidet nicht passiv das Bewegtsein. Es gestaltet immerfort sein Dasein. Es kommt nie zur Ruhe. Es muß sich stets neu bestätigen und sich dabei in einer unfaßbaren Zahl von einzelnen Vorgängen wandeln.

Das Tunmüssen ist ihm von seinem Sein auferlegt. *Das Sein bedarf des Daseienden.* Das Daseiende kommt zwar aus seinem Sein her und ist in ihm gehalten; aber das Sein kann ohne das Dasein nicht im Kosmos und damit in der Welt wirken. Seiendes existiert auch ohne das Dasein, nämlich das erst mögliche Daseiende. Dieses ist jedoch nur als Element eines Daseienden und nicht als selbständig neues und auch im Ansatz noch nicht realisiertes Dasein vorstellbar. Das Daseiende vollzieht in sich sein Sein nach dessen Möglichkeit. Nicht nur der Antrieb zum Tun, sondern auch der Bewegungsinhalt ist ihm vom Sein im wesentlichen mitgegeben. So hat der Mensch sein Dasein zwar variiert, seitdem jenes Sein auf der Welt in Erscheinung getreten ist, das als das spezifisch Menschliche ver-

mutet wird. Die Grundelemente sind jedoch in der zivilisatorischen und kulturellen Mannigfaltigkeit gleich geblieben. Jeder Mensch trägt mit seinem Dasein zum Erhalten der Gattung homo sapiens bei. Dabei vermehrt er das daseinsmäßig aktualisierte Sein.

An dieser Stelle mag es nützlich sein, auf den *Unterschied* zwischen dem *Gattungsbegriff* (Allgemeinstufe) und dem *Sein* hinzuweisen. Der Gattungsbegriff (Baum, Eiche, Kirsche) hat Erkenntnisfunktion. Er umfaßt alle Elemente, die für eine vom Erkennenden ausgewählte Gesamtheit von Individuen maßgeblich sind, die diese Gesamtheit von anderen unterscheiden lassen. Der Gehalt des Gattungsbegriffes ist erkenntnismäßig erfaßt, abgegrenzt und festgelegt. Er enthält wichtige Elemente des Seins der Gattung. Deren Sein ist jedoch unendlich reicher und das Erkennen bemächtigt sich nie seiner Fülle. Zudem gibt es nicht nur das gemeinsame Sein der Gattung. Jegliches Individuum hat sein persönliches Sein, das es von allen andern abgrenzt und das es zum Teil in der persönlichen Eigenart an Individuen weitergibt, die aus ihm hervorgehen.

Sein und Dasein sind im Kosmos und auf der Welt untrennbar verbunden. Erkenntnismäßig läßt sich nicht mit Gewißheit sagen, ob das Dasein durch die jeweilige Aktualisierung des Seins dieses erweitert oder ob das Sein seit seinem unerkannten Ursprung alles, was im Kosmos und auf der Welt geschehen ist, schon als Möglichkeit besessen hat. Der Jurist braucht, um seine Arbeit recht zu tun, die Antwort auf diese Frage nicht zu kennen. Hingegen ist ihm die Gewißheit wichtig, *daß jedes Daseiende von seinem Sein her gezwungen ist, sein Dasein immerfort zu gestalten, und daß der Gehalt des möglichen Gestaltens ganz oder zum gewissen Teil durch das aktualisierte und potentielle Sein vorgegeben ist.* Das kann nur jener bestreiten, der das Dasein im Gesamten (Kosmos und Welt) und jedes einzelne Dasein, sowie jeden Teil (bis zu den Elementarteilchen) eines jeden Daseienden als selbständige Wesenheiten auffaßt, die in jedem Bruchteil eines Augenblicks ihre Existenz und ihren Wandel autonom verwirklichen. Wer so denken wollte, müßte auch auf die Vorstellung von Naturgesetzen verzichten. Er müßte dann auch erklären, wie die Ordnung im Kosmos und auf der Erde, d. h. wie das aufeinander abgestimmte Verhalten der ungezählten gattungsmäßig und individuell abgegrenzten Dasein möglich wäre. Kein Forscher leugnet das Wirken von „Naturgesetzen“, d. h. von wesensmäßig bestimmten Eigenschaften im wissenschaftlich erkennbaren Makro- und Mikrokosmos, in der Materie und in den physikalisch feststellbaren Energien. Er anerkennt damit das Kontinuum der Wesenhaftigkeit in der Entwicklung seit dem Ursprung und in jedem Daseienden. Damit ist dem Daseienden die Möglichkeit bestritten, aus dieser „Naturgesetzlichkeit“ auszubrechen und z. B. seine Atome anders zu organisieren.

Ebenso verhält es sich mit dem Menschen. Er muß atmen, essen, schlafen, sich bewegen, auf irgend eine Weise Nahrung, Obdach und in kaltem

Klima sich Bekleidung verschaffen. Er muß mit anderen zusammen sein. Seine Seele und sein Körper bewegen ihn zur Liebe und zur Abneigung, sein Geist läßt ihm keine Ruhe, so daß er ohne Unterlaß auf anderes sinnt und neues schafft. Mit all dem gestaltet er sein jeweiliges Dasein. Sein Sein bewegt ihn und zwingt ihn dazu.

§ 42. Das Sollen im Recht

Die zwischenmenschlichen Beziehungen sind ein Teil des menschlichen Seins. Wie vorn dargetan wurde, müssen sie geordnet sein. Die Ordnungsstrukturen sind zum Teil von Beginn an (dreifache Möglichkeit der dauernden Verbindung von Mann und Frau: Monogamie, Polygamie, Polyandrie), zum größten Teil jedoch mit der jeweiligen Stufe der kulturellen und zivilisatorischen Entwicklung zwingend (Zuteilung der Ordnungskompetenzen, Vertrag, Kauf-, Miet-, Werk-, Arbeitsvertrag usw.) oder wahlweise vorgegeben (Schriftlichkeit oder Mündlichkeit im Zivilprozeß). Die *Ordnungsstrukturen* als Verhaltensmodelle, die der Mensch in seinem Dasein ebenso verwirklichen muß, wie er atmen, schlafen, essen und trinken muß, sind ein Teil der zwischenmenschlichen Beziehungen und damit auch ein Teil des menschlichen Seins und des aus diesem heraus gestalteten Daseins.

Der Mensch bringt die Rechtsordnung zur Hauptsache in der jeweiligen Gestaltung seines Daseins hervor. Die Rechtsdenker erfassen die zwingend gegebenen Verhaltensmodelle, sichten die wahlweise vorgegebenen, ergänzen die Lücken und stimmen all dies aufeinander ab. Die Rechtsdenker können neue Verhaltensmöglichkeiten anregen oder sie auch aufzwingen (Form für: letztwillige Verfügungen, Bürgschaftsverpflichtung, Verträge über Grundstücke). Aber sie entwerfen und beschließen im Hinblick auf das erkannte Dasein. Ihre Erkenntnis ist ebenso erfahrungsabhängig wie jene aller andern Forscher.

Das ist alles selbstverständlich. *Die These, daß aus dem was ist, nicht gefolgert werden kann, was sein soll, sieht am menschlichen Sein und Dasein vorbei.* Sie erklärt sich aus einer Spaltung des Erkenntnisbereiches in einen materiellen und einen moralischen Teil. Der Mensch und damit sein Dasein und sein Sein ist unteilbar Materie, Seele und Geist. Und *alle Erkenntnis bedarf der Grundlage in der Materie* so wie ein Geisteswerk (Erfindung, Werk der Literatur, Musik oder Kunst) nur im körperlichen Träger sich erfahren läßt. *Es gibt kein moralisches Sein des Menschen, das von der Materie gelöst sich entwickeln würde.* Die Erfahrung beweist das Gegenteil. Die zwischenmenschlichen Beziehungen wurden vor allem durch die zivilisatorische Entwicklung, d. h. durch die Ände-

rung der materiellen Möglichkeiten und damit Bedürfnisse, umgestaltet (Übergang von der Tausch- zur Geldwirtschaft, Ersetzen der Handarbeit durch Maschinen, Mobilität infolge der Verkehrsmittel, Zusammenleben in Siedlungszentren mit ihrem Angebot an Unterhaltung). Die Rechtsdenker konnten nur die Ordnung ausgleichen und harmonisieren, aber nicht die zivilisatorische Entwicklung stoppen. Darüber ist später beim Verhältnis des Menschen zur Umwelt mehr zu sagen.

Der Satz, daß aus dem was ist, sich nicht folgern läßt, was sein soll, ist dann wahr, wenn damit gemeint ist, die Rechtsordnung finde sich im menschlichen Sein nicht fertig gestaltet vor. Er ist auch in dem Sinne wahr, daß der Jurist keinen Zugang zur Erkenntnis eines transzendenten menschlichen Seins hat, in dem er die jeweilige richtige Ordnung potentiell vorgebildet sieht. Die These wird jedoch ganz allgemein angewandt und die Seins- und Daseinserkenntnis als unentbehrliche Grundlage des rechtlichen Planens und Vollziehens geleugnet. Es ist erstaunlich, daß eine rein theoretische Lehre entgegen aller praktischen Erfahrung so viele Denker fesseln konnte und noch kann. Wenn der Jurist das menschliche Sein im jeweilig vollzogenen Dasein sieht und beim Ordnen der zwischenmenschlichen Beziehungen das so Erfahrene bedenkt, wird er sich nicht länger beunruhigen lassen. Er sieht das stets neue Anknüpfen und Lösen, das Übernehmen von Bestehendem und das in die Zukunft weisende Gestalten der zwischenmenschlichen Beziehung als vom Sein auferlegtes Tun, als grundsätzlich und zum Teil auch schon inhaltlich vorbestimmtes Sollen. *Aus dem Dasein erfährt er nicht nur das, was weiterhin so bleiben soll, sondern auch das, was zu ändern ist.* Das Realisieren des im jeweiligen Dasein ermöglichten, aber noch nicht vollzogenen Tuns ergibt sich ebenso aus der Seinserkenntnis wie die Erfindung im technischen Bereich.

All das muß deshalb gesagt werden, daß der Jurist die Selbstverständlichkeit seines praktischen Tuns gerechtfertigt weiß.

15. KAPITEL

Die Gerechtigkeit

§ 43. Der frei bestimmbare Inhalt des Sollens

Das Sollen ist dem Menschen von seinem Sein auferlegt. Er muß sein Dasein gestalten und damit auch die zwischenmenschlichen Beziehungen. Deren Inhalt ist ihm zum Teil zwingend, zum Teil wahlweise vorgegeben

und schließlich zum Teil zur freien Gestaltung überlassen. Wenn er je-
weilen bei dem wahlweise Vorgegebenen eine Möglichkeit vorgezogen
und im freien Entscheidungsraum ein Modell gestaltet hat, müssen die
weiteren Entscheidungen auf die früheren abgestimmt sein. Die Wahl-
möglichkeit wird dadurch eingeschränkt. Als Menschen von der autonomen
Bedarfsdeckung zur arbeitsteiligen Güterversorgung hinübergewech-
selt und dabei das *Eigentum an Produktionsmitteln* anerkannt hatten,
ergab sich daraus die Zuteilung der Kompetenz an die Privaten, über ihre
Leistungen zu verfügen und deren Tauschwert zu bestimmen. Dem Ein-
zelnen wurde damit die Verantwortung für sein ökonomisches Wohler-
gehen und zugleich für die Teilnahme an der Versorgung der Gemein-
schaft überbunden.

Die Einführung des *Geldes* erlaubte den Einzelnen, ihren wirtschaftlichen Macht-
bereich zu differenzieren und zu erweitern. Ihre Verantwortung gegenüber der Ge-
meinschaft wurde damit größer, zugleich aber auch die Versuchung, das eigene In-
teresse dem Gesamtinteresse voranzustellen. Aus diesen Grundentscheidungen her-
aus wuchsen die privatwirtschaftlichen Systeme mit dem Bemühen, die Interessen
der Einzelnen und der Allgemeinheit im Gleichgewicht zu halten. Die dafür entwik-
kelten und angewandten Modelle wurden ausgewechselt. Die Versuchsreihe wird
auch heute fortgesetzt.

Als die Sowjetunion und ihr folgend die andern kommunistischen Staaten den
Grundsatzentscheid für die Einführung des *Kollektiveigentums an Produktionsmit-
teln* getroffen hatten, nahmen sie den Einzelnen die Verantwortung für die Entschei-
dungen im Bereich der Versorgung der Gemeinschaft mit den materiellen und zum
Teil auch mit den geistigen Gütern (Wissenschaft, Literatur, Kunst, Musik) ab und
übertrugen sie der Gemeinschaft, für die jedoch wiederum einzelne Funktionäre han-
deln und entscheiden müssen. Die Folge war ein zentralistisches, bürokratisches Sys-
tem.

Erstaunlich ist dabei, daß beide Systeme weitgehend die gleichen
rechtstechnischen Mittel verwenden müssen, um die Gemeinschaft mit
den notwendigen Gütern zu versorgen: Aufteilung der Gesamtwirtschaft
in einzelne Unternehmen, die als Produktions- oder Handelseinheiten
selbständig sind; Arbeitsleistung gegen Geld; Kauf- und Mietverträge;
Ausbildung der staatseigenen Betriebe als selbständige Rechtsträger (ju-
ristische Personen) in Organisationsformen, die jenen von Kapitalgesell-
schaften, Genossenschaften oder Stiftungen der privatrechtlichen Ord-
nung angeglichen oder zum mindesten angenähert sind.

Beide Systeme stehen heute, worüber nachher mehr zu reden ist, unter
dem gleichen ökologischen Zwang.

Auch im privatrechtlichen System sind Unternehmen die Ausnahme, bei denen
die Geschäftsführung zugleich Inhaber des Unternehmens ist. Die Beteiligung der Ar-
beiter an der Unternehmensleitung ist beiderorts wegen der sachlichen Kompetenz
erschwert. Auf die Anerkennung der erfinderischen und künstlerischen Leistung
(Patent- und Urheberrecht) und die Verwendung von Fabrik- und Handelsmarken

mit dem entsprechenden Schutz konnten auch die kommunistischen Staaten nicht verzichten. Ebenso mußten sie das *Eigentum an persönlichen Gebrauchsgegenständen* und ein *privates Grundeigentum für den persönlichen Gebrauch* (insbesondere Eigentumswohnung oder sogar Einfamilienhaus in der Stadt und Ferienhaus) zugestehen. Sie behielten die Monogamie und deren Auflösung durch Scheidung, das Erbrecht mit Gesamt- und Einzelnachfolge bei.

Trotz dem Grundsatzentscheid über das Individual- oder das Kollektiveigentum an den Produktionsmitteln und der entsprechenden Anpassung der gesellschaftlichen Verhaltensmodelle stimmen also in beiden Systemen zahlreiche Verhaltensmodelle in den Grundstrukturen überein. Letztere lassen sich rechtstechnisch nur beschränkt variieren, sobald ein bestimmter gesellschaftlicher Zweck zu verwirklichen ist (z. B. Austausch von Gütern und Leistungen, Ehe- und Kindesverhältnisse, Nachfolge in die Hinterlassenschaft). Der Mensch muß diese Handlungen vornehmen und sie dabei den teilweise vorgegebenen Strukturen anpassen. Das ist immer wieder zu bedenken.

Eine weitere Einschränkung in der freien Bestimmung des Sollensgehalts ergibt sich, was ebenfalls vorn schon oft gesagt wurde, aus der *jeweiligen zivilisatorischen Entwicklung* (Maschinen, Automation, Art der Verkehrsmittel usw.). Als die Maschinen die Handarbeit ersetzten, ergab sich zwangsläufig die Gegenüberstellung eines Arbeitgebers, sei es ein einzelner oder die organisierte Gemeinschaft (Staat, Gemeinde), und zahlreicher Arbeitnehmer. Die erhöhte Gefährlichkeit der technischen Mittel in den Fabriken und im Verkehr machte angepaßte Modelle über die Haftung notwendig und hatte das Versicherungswesen zur Folge. Neben der Haftung aus Verschulden erschien die Alternative der Kausalhaftung im Bewußtsein.

Der freie Entscheidungsraum des Gesetzgebers wird schließlich noch eingeschränkt durch das *Lebensgefühl der Gemeinschaft*. Der Unterschied zu den vorher erwähnten Situationen besteht darin, daß bei jenen die Gesellschaft selber gewisse vorgegebene Strukturen verwirklichen oder zwischen solchen sich entscheiden muß. Wenn das Lebensgefühl sich auswirkt, kann hingegen die Gesellschaft es ändern; sie ist frei. Der Gesetzgeber hat es aber zu beachten, wenn er eine Ordnung schaffen will, in der die Gemeinschaft sich wohl fühlt. So empfand EUGEN HUBER, als er das Zivilgesetzbuch entwarf, die Regelung der Verhältnisse des außerehelichen Kindes als ungerecht. Er wußte jedoch, daß die Mehrheit der Schweizer nicht bereit sei, dem außerehelichen Kind jene Stellung zu geben, die ihm gebührt. Sechzig Jahre mußten vergehen, bis das Lebensgefühl sich gewandelt hatte. Außereheliche Kinder wurden erzeugt und geboren; die Regelung ihrer Beziehungen war der Gesellschaft auf-erlegt; sie konnte jedoch deren Inhalt frei bestimmen.

Obgleich der freie Entscheidungsraum in vielen Belangen grundsätzlich und in Einzelheiten eingeschränkt ist, hängt die Zufriedenheit der Einzelnen und der Gemeinschaft vom jeweiligen Inhalt der frei bestimmbaren Verhaltensmodelle ab. Das zwangsweise Vorgegebene wird selbstverständlich hingenommen, mag es auch unbequem sein. Wo hingegen die Wahl oder die freie Gestaltung möglich ist, fragt die Gemeinschaft, fragen Teile von ihr und die Einzelnen, ob das gewählte Modell richtig sei oder ob es durch ein besseres ersetzt werden solle und wie dieses sein könne und solle.

Dabei wird oft die gesamte Ordnung angegriffen, ohne zu bedenken, daß so und so vieles sich überhaupt nicht ändern oder unter den gegebenen zivilisatorischen Verhältnissen sich nicht auswechseln läßt.

Beim Versuch, eine geänderte oder gar eine neue Ordnung für ein umfassendes oder ein kleines Gebiet einer Rechtsordnung zu entwerfen, ist immer zuerst darnach zu fragen, welcher Entscheidungsraum dem Gesetzgeber offen stehe. Wenn er das klar sieht, erwägt er, wie das mögliche Neue zu jenem passe, das er beibehalten müsse. Sodann bemüht er sich darum, bei den Modellen, die er entwirft und als verbindlich erklärt oder als Anleitung zur Verfügung stellt (dispositives Recht), die Interessen aller Beteiligten im Gleichgewicht zu halten. Nicht anders gehen die Einzelnen in ihrem privaten Ordnungsbereich ans Werk, der ihnen zur Gestaltung überlassen ist.

Soweit der Richter Lücken ausfüllt, löst er seine Aufgabe auf die gleiche Weise.

Gesetzgeber, Richter und Einzelne bedürfen dabei eines Maßes, mit dem sie das Gewicht der widerstrebenden Interessen bestimmen. Sie wurden seit dem Altertum auf die *Gerechtigkeit* verwiesen. Immer war jedoch umstritten, ob und wie weit die Idee der Gerechtigkeit eine richtige Ordnung zustande bringe.

§ 44. Aussagen über die Gerechtigkeit

Der Art und dem Plan dieses Grundrisses entsprechend wird nicht über die Geschichte der Gerechtigkeitsidee berichtet. Nur einige entscheidende Aussagen sind einbezogen.

PLATON hat die *Gerechtigkeit als die umfassende Tugend* gepriesen. Das Gesetz sei Teil des göttlichen Gesetzes und gerecht sei allein jene Ordnung, bei der Gleiches zu Gleichem sich geselle bei rechtem Maß. Er hat die Idee der Gerechtigkeit nicht weiter analysiert, jedoch in der praktischen Anwendung in seinen Werken „Der Staat“ und „Die Gesetze“ nach der richtigen Zuteilung geforscht.

ARISTOTELES hat das zwingend vorgegebene und jenes unterschieden, das der Mensch frei ordnen könne. Auch er hat die Gerechtigkeit als die vollkommenste Tugend gelobt. Er hat sie aufgeteilt in *Verteil-* und *Tauschgerechtigkeit*. Das Recht sei die Mitte, die Gleichheit. Wohl beeinflußt durch die PYTHAGOREER lehrte er, daß die Tauschgerechtigkeit einen Austausch der Leistungen nach dem arithmetischen Mittel verlange; die Verteilgerechtigkeit sei hingegen in einer geometrischen Proportion zu vollziehen. Sie gebiete, jenen, die der Gemeinschaft Dienste erweisen, Ehrengeschenke zu geben und jenen, die bedürftig seien, zu helfen. Auch ARISTOTELES hat anerkannt, daß der Mensch die gerechte Ordnung nirgends vorfindet, daß er sie in ihrer jeweiligen geschichtlichen Bedingtheit und Besonderheit gestalten muß.

Die STOIKER haben ebenfalls die Gerechtigkeit als die glänzendste Tugend gepriesen. Ihr Ursprung sei in Zeus und in der Allnatur zu finden. Gerechtigkeit sei nicht nur beim Austausch von Leistungen, sondern auch gegenüber den Geringsten zu üben, so sei auch den Sklaven zu geben, was ihnen gerechterweise zukomme.

Die entscheidende Definition der Gerechtigkeit hat ULPIAN für alle Zeiten gegeben: „*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*“ (Dig. I, I, 10). „Die Gerechtigkeit ist der immerwährende und ewige Wille, jedem das Seine zu geben.“

ULPIAN hat damit das Wesenselement, das sie zur Tugend macht, in die Definition hineingeholt. Er hat die Gerechtigkeit nicht als einen Zustand, bei dem jeder das Seine erhält, vorgestellt. Er hat sie als *Wille*, als *Streben*, jedem das Seine zu geben, erfaßt.

THOMAS VON AQUIN hat eindrücklich nachgewiesen, daß der Wille ein Wesensmerkmal der Gerechtigkeit ist. THOMAS hat die *allgemeine Gerechtigkeit* (*Gesetzsgerechtigkeit*, auf das Gemeinwohl des Volkes gerichtet) und die *Einzelgerechtigkeit* unterschieden und letztere wie ARISTOTELES in die Verteil- und die Tauschgerechtigkeit zerlegt.

Manche Rechtsphilosophen haben trotz ULPIAN und THOMAS das Willenselement beiseite gelassen, und zwar sowohl Naturrechtler wie Positivisten. Sie haben die Gerechtigkeitsregel verkürzt in „Jedem das Seine“. Dem konnte Kelsen mit Recht entgegenhalten, daß damit das, was einem jedem gebühre, nicht bestimmt sei. Die Anwendung dieser Regel setze die Geltung einer normativen Ordnung voraus. Der Gerechtigkeitswert jedoch, den die Norm statuieren, sei identisch mit dem Wert oder den Werten, die durch die Normen der Ordnung, insbesondere der Rechtsordnung konstituiert werden. *Sobald jedoch die Gerechtigkeit als Wille, jedem das Seine zu geben, verstanden und geübt wird, ist jedem zu jeder Zeit die Verantwortung für das Zuteilen auferlegt*. Er muß die Beziehung analysieren und prüfen, was jedem der Beteiligten in Anbetracht aller

Wesenselemente dieser Beziehung zukomme: der Gesetzgeber beim Formen des Gesetzes, der Gesetzesanwender im Hinblick auf das Gesetz und bei der Ausfüllung des ihm überlassenen Entscheidungsraumes (Richter bei der Lückenausfüllung, Einzelner im Gestalten einer Beziehung).

§ 45. Praktische Bedeutung der Gerechtigkeitsidee

Die Frage, was gerecht oder ungerecht sei, hat von jeher die Menschen bewegt, sie wird es auch in Zukunft tun. Schüler, Jugendliche, Erwachsene, Befehlsempfänger auf allen gesellschaftlichen Stufen leiden unter dem Verhalten von andern, das sie als ungerecht empfinden. Keiner, der in der gesellschaftlichen Ordnung eine Rolle spielt, würde zugeben, daß er sich um die Gerechtigkeit nicht kümmere.

Das Gerechtigkeitsempfinden ist dem Menschen wohl mit seinem gesellschaftlichen Sein mitgegeben. Es ist das gesellschaftliche Gleichgewichtsgefühl, ohne das keine Gemeinschaft Bestand hat. Es ist wie das physische Gleichgewichtsgefühl ein Element der menschlichen Natur. Wie dieses kann es durch Übung verfeinert und besser entwickelt oder durch eine gesellschaftlich abnorme Entwicklung geschwächt oder verdrängt werden. Für die These, daß die Gerechtigkeitsidee der Menschheit mitgegeben, ihr vor- und aufgegeben ist, zeugen die ethnologischen Forschungen. Die einfachsten Gemeinschaften streben stets darnach, jedem ihrer Mitglieder das Seine zu geben; ihnen gelingt das wegen der Übersichtlichkeit der Beziehungen und deren Konstanz am besten. Die Lebenserfahrung in den zivilisatorisch hoch entwickelten Gesellschaften kann das angeborene Gerechtigkeitsgefühl stärken und verfeinern oder auch schwächen und schließlich verdrängen. Die Gesellschaft bildet nicht in einer Gefühlsücke ihrer Mitglieder die Gerechtigkeitsidee aus oder füllt diese Lücke mit dem Bemühen, daß einer ohne Rücksicht auf die andern alles zusammenraffen will. *Egoismus und Altruismus sind angeborene Wesenseigenschaften; damit ist die Notwendigkeit vorgegeben, zwischen diesen beiden Polen das richtige Mittelmaß zu finden, im Streben darnach, jedem das Seine zu geben und den Nächsten wie sich selbst zu lieben.* So wie das Individuum ohne Gleichgewichtsgefühl nicht stehen und sich nicht bewegen kann, bricht eine Gemeinschaft, die ihre Mitglieder nicht in der Harmonie des Nehmens und Gebens hält, auseinander und zerfällt.

Wie beim körperlichen Gleichgewicht ist auch beim gesellschaftlichen nur das Gefühl und das Streben, es zu erhalten, ins Dasein mitgegeben. Es muß jedoch ohne Unterlaß in der jeweiligen Situation vollzogen werden. Je komplexer diese ist, umso schwieriger ist es, das Gleichgewicht in ihr zu bewahren. Diese Tatsache führt zur Frage, wie die Gesellschaft

und ihre Mitglieder das soziale Gleichgewichtsgefühl in ihrem Bewußtsein (objektiver Geist und Einzelbewußtsein) kritisch prüfen und es in der Praxis zur Geltung bringen, wie und wie weit sie das Streben, jedem das Seine zu geben, in den Gesellschaftsstrukturen verwirklichen können. Die Antwort auf diese Frage sagt zugleich, welche praktische Bedeutung die Gerechtigkeitsidee hat.

Gesetzgeber, Richter und Einzelne können nur im Bereich ihres freien Entscheidungsraums bestimmen, was jeweilen jedem das Seine ist. Dessen Grenzen wurden vorn beachtet. Der Entscheid hängt überdies von der Erkenntnismöglichkeit ab. Auch sie kam mit den Einflüssen, die auf sie einwirken (Formen des Geistes, Perspektive, intentionales Sehen), zur Sprache.

Wichtige Vorentscheidungen trifft ferner das Lebensgefühl der Gemeinschaft; sie ist sich dessen in ihrem objektiven Geist teilweise bewußt. *Solange die Mehrheit von der Richtigkeit einer Zuteilung überzeugt ist, gilt diese als gerecht*; es verhält sich wie mit dem Feststellen der Wahrheit. Der Einzelne muß auf seine abweichende Wertung verzichten, wenn er nicht das Gleichgewicht stören will oder nicht vermag, die Mehrheit zu überzeugen. (Die Auseinandersetzung der Ideen wird nachher im 17. Kapitel behandelt.) So blieb das Institut der Sklaverei während Jahrtausenden trotz der Einsicht jener bestehen, die sie als ungerecht ablehnten. Das tradierte Lebensgefühl der Schweizer ließ die Frauen erst vor kurzem zu ihren politischen Rechten kommen, und es ist erst jetzt bereit, dem außerehelichen Kind das Seine zu geben.

Wirtschaftliche und zivilisatorische Überlegungen wiegen in der Ausmarchung zwischen dem Wert der freien Persönlichkeitsentfaltung der Arbeitnehmer und dem Beharren auf der Führungsbefugnis der Kapitalvertreter schwer. Das Umformen der Ordnung wird immer wieder durch ein Vorverständnis und die damit verbundene *Interessenverteidigung* erschwert, die aus der bisherigen gesellschaftlichen Zuteilung der Kompetenzen, Güter und Rollen herkommt. Neue Ordnungen werden mit dem Argument bekämpft, daß eine Änderung der bestehenden Ordnung wohl-erworbene Vorteile wegnehme und so die Betroffenen, die vorher begünstigt waren, benachteilige, also ungerecht sei (z. B. Diskussion um die Bodenrechtsreform).

Das alles besagt jedoch nur, daß das Zuteilen in Gesetzen, in Urteilen und im privaten Bereich nicht nach der völlig freien Wertung des Zuteilenden erfolgen kann. Es geschieht im Bereich von Ordnungsstrukturen, die auch im freien Entscheidungsraum zu beachten sind, weil sie die mehrheitlich anerkannte Ansicht zeigen, was jedem das Seine ist: Gesetze, Gewohnheitsrecht, gefestigte Gerichtspraxis, andere ständig geübte gesellschaftliche Verhaltensmodelle.

Die Gerechtigkeitsidee verpflichtet alle, die am Ordnen einer Beziehung beteiligt sind, solche Zuteilungskriterien zu beachten und ihr Zusammenwirken abzustimmen, überdies jedoch auch zu erwägen, ob sie immer noch das richtige Maß vorweisen.

Jene, die die praktische Nützlichkeit der Gerechtigkeitsidee bestreiten, müßten darüber Auskunft geben, nach welchem anderen Grundsatz sich die Ordnung der zwischenmenschlichen Beziehungen gestalten lasse. Wohin die technische Autonomie führt, hat die lebende Generation erfahren und werden die kommenden erleiden. Die Ergebnisse der nationalsozialistischen Zwangsherrschaft haben überzeugte Positivisten bekehrt. Alle guten Gesetze und guten Urteile gingen aus dem Bestreben hervor, jedem das Seine in Anbetracht der vorhandenen Möglichkeiten zu geben. Niemand wird das bestreiten. Jeder wird auch zugeben, daß Gesetzgeber und Richter, die sich darum bemühen, jedem das Seine zu geben, als gerecht gelten, ebenso die von ihnen erlassenen Gesetze und Urteile. Als gerecht wird auch ein Mensch geachtet, der nicht nur seinen eigenen Vorteil sucht, sondern darauf bedacht ist, sein Geben und Nehmen mit dem seiner Partner ins Gleichgewicht zu bringen. Das alles ist selbstverständlich und stimmt mit ULPIANs Definition überein. Jene, die der Gerechtigkeitsidee den praktischen Nutzen absprechen, werden nicht behaupten, daß in der Praxis die Gerechten und Ungerechten nicht zu unterscheiden seien. Sie vermissen jedoch das Maß, das in jedem Fall die Zuteilung bestimmt. Ihnen genügt der Hinweis auf das Streben nicht, wenn sie sich über dessen Bedeutung Rechenschaft geben und nicht die unrichtige Kurzformel „Jedem das Seine“ kritisieren.

Wenn aber das Handeln nach der ULPIANischen Regel die Gerechten und die Ungerechten unterscheiden läßt, ist praktisch das Wesentliche gewonnen. Eine Regel, die zu erkennen gibt, wer gerecht und wer ungerecht handelt, ist bei der Arbeit an den zwischenmenschlichen Beziehungen ebenso unentbehrlich wie die Wasserwaage und das Lot beim Bauen.

Nützlich ist auch die Aufteilung in die *Gesetzes-, Verteil- und Tauschgerechtigkeit*.

Die *Gesetze* teilen in demokratischen Staaten die Überzeugung der Mehrheit darüber mit, was in den von ihnen erfaßten Fällen jedem das Seine ist. Der Einzelne hat dieses Maß anzuerkennen. Wenn er sich bemüht, den anderen und der Gemeinschaft das zu geben, was den Gesetzen entspricht, handelt er gerecht. Er muß seine *individuelle Überzeugung* um der Harmonie der Ordnung willen hintansetzen, weil die Gesetze in der intersubjektiven Verständigung und mit dem Willen des richtigen Zuteilens entstanden sind. Wurden sie hingegen nicht mit diesem Streben geschaffen, sind sie ungerecht, so ist jener, der sich nicht nach ihnen richtet, nicht ungerecht. Der Einzelne darf sie aber, wie THOMAS VON AQUIN

dies dargetan hat, nur dann mißachten, wenn sie nach überindividuellen Kriterien ungerecht sind und nicht schon deswegen, weil er die Zuteilung als unrichtig ablehnt.

Die Idee der *Verteilgerechtigkeit* läßt die Gemeinschaft und ihre Organe sowie die Einzelnen manches bewußter und damit auch zielstrebigertun, was sonst mehr aufs Geratewohl hin und unverbindlich geschieht: Ehrerweisungen gegenüber jenen, die um die Gemeinschaft in irgend einer Weise Verdienste erworben haben; Hilfe an die Benachteiligten, die oft als bloße Wohltätigkeit mißverstanden wird. Das Lebensgefühl der Gemeinschaft und die Übung haben meistens Maßstäbe ausgebildet, die im Einzelfall anzupassen, zu verfeinern oder auch zu ergänzen sind.

Die *Tauschgerechtigkeit* hält den Güter- und Leistungsaustausch, die arbeitsteilige Gesellschaft im Gleichgewicht. Jeder soll für das, was er gibt oder leistet, den richtigen Gegenwert erhalten, wenn er nicht darauf verzichtet (Schenkung). Das gerechte Handeln ist dadurch erleichtert, daß Wert und Gegenwert in den meisten Fällen objektiv durch den Verkehr oder auch behördliche Vorschriften zum voraus bestimmt oder berechenbar sind (Honorare von freien Berufen, z. B. Anwälte, Notare; Marktwert; Preisvorschriften: Milch, Brot). Immer mehr muß die Gemeinschaft darüber wachen, daß das Gewährenlassen von Angebot und Nachfrage nicht ungerechte Bewertungen hervorbringt. Besonders schwierig ist das Maß bei Arbeitsleistungen festzulegen. Die freie Wirtschaft und die Vertragsfreiheit sind nur dann und nur soweit gerechtfertigt, als die Partner sich bemühen, in Würdigung aller Umstände jedem der Beteiligten das Seine zu geben und zwar sowohl materiell wie ideell. *An jedem Verhältnis sind nicht nur Wirtschaftssubjekte, sondern Menschen beteiligt, die als solche anzuerkennen sind.*

Die Diskussionen darüber, was jedem zukommen soll, werden in demokratischen Gemeinschaften in öffentlichen Auseinandersetzungen in der Presse, in Massenmedien, in wissenschaftlichen Studien, in den Räten geführt. Dabei werden die Zuteilungen in den Gesetzen und in privaten Vereinbarungen perspektivisch vorgestellt. Wer sich darum bemüht, findet Elemente, um ein wohlüberlegtes Maß verwenden zu können. Wenn das Gleichgewicht nicht zustande kommt, so ist nicht die Gerechtigkeitsregel daran schuld, sondern der Egoismus, einseitige Betrachtungsweise und die Komplexität der Beziehungen.

Ordnung und Gerechtigkeit

§ 46. Ordnungsbedürftigkeit

Vorn wurde in vielerlei Zusammenhängen darauf hingewiesen, daß keine menschliche Gesellschaft ohne Ordnung bestehen kann. *Die Ordnungsbedürftigkeit ist ein Wesenselement jeglichen Seins, vom Atom über die Kräfte, Sachen, Pflanzen, Tiere bis zum Menschen. Je komplexer ein Organismus ist, umso mannigfaltiger ist sein Ordnungssystem* und umso schwieriger ist es, dieses zu erfassen. Gemeinschaften sind im Hinblick auf das Ordnungsprinzip den individuellen Organismen gleich zu stellen. Beide sind gebildet aus dem geordneten Zusammenwirken zahlreicher Elemente. Im Menschen haben sich unzählige Sein mit deutlich feststellbarer Selbständigkeit zu seinem Wesen vereint. Naturwissenschaft, Medizin und Psychologie haben dessen Ordnungsgrundsätze noch bei weitem nicht erkannt; vielleicht gelingt es ihnen nie. Sie können zwar Störungen beheben, verändern aber dadurch oft die Ordnungsharmonie.

Die Gemeinschaften von wesensgleichen Individuen, Tier- und Menschengesellschaften sind, mögen sie auch noch so komplex sein, in ihrer Organisation leichter zu begreifen als die Gemeinschaft von materiellen, seelischen und geistigen Kräften in dem individuellen Sein der Tiere und Menschen.

Die Organisationsbedürftigkeit ist umso dringender, je geschlossener und je größer die Gemeinschaft ist. Sie hängt auch vom Zusammenfinden bei der Daseinsfürsorge und von der Zuweisung der dafür notwendigen Handlungen ab. So lassen es gewisse Vögel bei der Aufteilung in Reviere bewenden, die für ihre Nahrungssuche ausreichen, und sie anerkennen deren Besitzanzeige durch Gesang. In engerer Gemeinschaft lebende Tiere unterwerfen sich andern, meistens den stärkeren (z. B. Auswahl des stärksten Hengstes in tagelangen Kämpfen in der Weidgemeinschaft von Hengsten auf einer Insel).

Arbeitsteilige Gemeinschaften (z. B. Bienen, Ameisen) haben die best gegliederten Ordnungsformen des Tierreiches entwickelt. Ameisen haben nicht nur die Nahrungsbeschaffung und Fortpflanzung, sondern auch die Indienstnahme anderer Lebewesen organisiert (Blattläuse, Raub und Unterwerfung von fremden Ameisen).

Die Ordnung ist für das Zusammenwirken mehrerer Elemente in einer Zweck Einheit unerläßlich. Der allgemeinste Zweck jedes Existierenden, sei es ein Individuum oder seine Allgemeinstufe (Gattung, Spezies), ist seine Weiterexistenz, sein Dasein. Die Grundordnung sichert dieses; eventuelle Variationen des Grundmodells ergänzen und verfeinern es in Berücksichtigung besonderer Gegebenheiten (Anpassung von Tieren und Pflanzen an Umweltsituationen durch Mutationen — sofern nicht deren Zufälligkeit angenommen wird, was z. B. bei Mimikry schwer fällt; eines der erstaunlichsten Beispiele sind die Blüten der Insektenorchideen, deren Form jener von Bienen, Hummeln, Fliegen angenähert ist).

Diese Hinweise auf die Ordnung als allgemeines Existenzfordernis vom Universum bis zum Elementarteilchen, vom Menschen bis zum Einzeller werden hier weitschweifig vorgebracht, weil die Ordnung der menschlichen Gesellschaft immer wieder so betrachtet wird, als ob sie nicht nur in ihrer Eigenart, sondern auch als Ordnungsprinzip von einer transzendenten Macht nur gerade für den Menschen oder von ihm autonom geschaffen sei. Aus dieser *anthropozentrischen Perspektive* erscheint der Mensch als Mittelpunkt des Seins, auf dessen Existenz alles zugeordnet ist oder von ihm zugeordnet werden kann. Die Folgen erscheinen im 20. Kapitel „Mensch und Umwelt“. Die Annahme der selbstherrlichen Ordnungsmöglichkeit der Menschen, die vor dem Erzeugen neuer Menschen nicht zurückschreckt, läßt die vorgegebenen Ordnungsstrukturen nicht oder zu wenig beachten. Würden sie stets in das Planen neuer Verhaltensmodelle oder gar neuer Systeme einbezogen, so würden viele Irrwege vermieden.

Mit all dem wird nicht die Meinung vertreten, es lasse sich aus den außermenschlichen Ordnungsstrukturen für die Ordnung der zwischenmenschlichen Beziehungen mehr entnehmen, als die Analyse der letzteren vorzeige.

Ogleich im einzelnen Menschen und bei den zwischenmenschlichen Beziehungen unzählige Elemente mit ihren eigenen Ordnungssystemen mitwirken, kann aus ihnen kein Schluß darauf gezogen werden, wie der Mensch als Individuum beschaffen sei oder wie seine Beziehungen zu den andern Menschen zu ordnen seien. Auch die Verhaltensforschungen an Tieren geben auf solche Fragen keine Antworten.

Wäre der Mensch ein zivilisationsloses Urwesen geblieben, so wäre die Ordnungsverwandtschaft mit gewissen Tiergattungen größer. Seine Entwicklung hat ihn jedoch aus vergleichbaren Verhältnissen ohne Umkehrmöglichkeit hinausgeführt. Wie vorn dargetan wurde (5. und 6. Kapitel), entstanden auf jeder Zivilisationsstufe neue erweiterte und kompliziertere Verhaltensmodelle. Der Wechsel in der Daseinsgestaltung erforderte die Anpassung der Ordnung.

So ist der Mensch und die Menschheit nicht nur grundsätzlich ordnungsbedürftig. *Nicht bloß die Ordnung, sondern zudem das stete Neuordnen ist ihr auferlegt.* Deshalb ist das Problem der Gerechtigkeit so bedeutungsvoll. Wäre eine Ordnung für alle Zeit oder wenigstens für eine über Jahrhunderte erstreckte Dauer gegeben, so müßten und könnten die Menschen ebenso wenig wie Ameisen oder Bienen überlegen, ob jeder das Seine erhalte. Sie müßten sich darein fügen wie in die Hinnahme der biologischen Notwendigkeiten von der Geburt bis zum Tod. Die Ordnungsbedürftigkeit in Verbindung mit dem steten Wechsel der Verhaltensmodelle stellt den Gemeinschaften und den Einzelnen unablässig die

Frage, was in der gelebten oder in der neu geplanten Ordnung jedem das Seine sei.

Als die Menschen mit dem *Abenteuer der zivilisatorischen Entwicklung* die Verantwortung für ihr Schicksal zum Teil dem erhaltenen Sein abgenommen und der eigenen Vernunft übertragen haben, sind sie aus der auferlegten Daseinsharmonie ausgebrochen und haben sich das Herumpröbeln und die Zweifel aufgebürdet. Es war ihnen dabei aber nie ganz wohl. Mythen erzählten von einer Urordnung im Paradies, in einem goldenen Zeitalter. Gesetzgeber suchten Rückendeckung in der transzendenten Herkunft der verkündeten Verhaltensmodelle und Rechtsdenker in der Offenbarung.

Das vordergründige Vertrauen in den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt und damit in die autonome Ordnungsfähigkeit der Menschen verdrängte solche Urerinnerungen aus dem Bewußtsein. Der Mensch füllte und füllt den ihm zur freien Gestaltung überlassenen Raum mit unüberschaubaren Variationen der Naturprodukte und seines Daseins.

Er hat jedoch die Erinnerung an eine Ordnung, die sein Sein besser mit dem Sein alles andern Existierenden zusammenspielen ließ, nicht ausgetilgt, sondern nur verdrängt. Jetzt haben viele den Fortschrittsglauben verloren, aber das Verständnis für die Einheit der außer- und innerweltlichen Ordnung nicht wieder gefunden. So suchen *Jugendliche*, die das Tun der hoch zivilisierten Völker ablehnen, nach neuen Wegen zu einer sinnvollen Ordnung. Sie gelangen jedoch nur bis zu Protesten, die möglich sind, weil die andern in der geschmähten Ordnung für ihren Lebensunterhalt aufkommen. Auch sie bleiben ordnungsbedürftig, wie ihre einheitlichen Kleidersitten und ihre Zusammenkünfte beweisen. Sie meiden das Alleinsein, die Einsamkeit und die Stille, die sie zur Besinnung bringen könnten. Und dennoch sind sie auf dem Wege nach einer sinnvolleren Ordnung als jene der technisch verwalteten Welt. Ein neues Lebensgefühl bewegt sie. Daß sie dieses vernunftmäßig noch nicht meistern, ist verständlich. Vielleicht helfen ihre augenfälligen Provokationen dazu, daß geschulte Denker ihr Anliegen in die eigene Sorge um die richtige Ordnung aufnehmen.

Die großen Naturwissenschaftler bringen die kritische Vernunft und das intuitive mythische Denken wieder in der Einsicht zusammen, daß das menschliche Sein ein unausgeschiedener Teil alles Seins ist. Sie können den Menschen aus der selbst verschuldeten Isolierung und der darin wuchernden Verzweiflung und Ratlosigkeit lösen. Wie viele bereit und fähig sind, auf sie zu hören und ihnen zu folgen, ist ungewiß.

Juristen, die das bedenken, sind einerseits belastet und andererseits erleichtert. Sie wissen, daß die Rückkehr in einen vortechnischen Zustand und ein zivilisationsleeres Lebensgefühl nicht möglich ist. Sie müssen unermüdlich an der Ordnung einer Gesellschaft mitwirken, deren Tun ihnen oft sinnlos, ja unvernünftig vorkommt. Sie wissen jedoch zugleich, daß

die anthropozentrisch-technische Autonomie sich nur entfalten konnte, weil sie durch das zwingend und wahlweise Vorgegebene gehalten war, und daß jede mögliche Ordnung ein Teil der umfassenden Ordnung ist. Die Juristen sehen daher ein, daß sie beim Erfüllen der unvermeidlichen Ordnungsaufgabe nicht nur auf ihre Vernunft angewiesen sind und daß vor allem das angeborene Gleichgewichtsgefühl, ihr eigenes und das aller Beteiligten, sie berät, wenn sie sich bemühen, jedem das Seine zu geben.

Manche Leser, vielleicht sogar viele, mögen einwenden, die Ideen purzeln da kunterbunt durcheinander, und dabei sei von dem, was den Juristen unmittelbar angehe, nichts gesagt. Dem ist zu entgegenen, daß jede zwischenmenschliche Beziehung mit einer weiteren Wirklichkeit, diese wiederum mit einer andern und so fort bis zum Universum verwoben ist. Sonne, Luft und Wasser und die von der Natur her vorgebrachten Güter sind wichtiger als alle von Menschen fabrizierten Sachen. Der Jurist kann der Frage nicht ausweichen, wie weit die vom Gesetzgeber und von dem Einzelnen entworfenen Verhaltensmodelle sich in die von der Natur selber entwickelten Ordnungen harmonisch einfügen. *Gerade die schwierigsten Probleme lassen sich nur aus einem umfassenden Seinsverständnis heraus lösen*, aus einem kritisch ontologisch erarbeiteten Begreifen, das mit vager Nostalgie oder Romantik nichts zu tun hat. Ein solches Problem ist das Recht auf einen würdigen Tod, das Nobelpreisträger und viele andere verlangen, das Recht, durch eine Erklärung zum voraus den im eigenen Organismus bereiteten Tod anzunehmen und die Eingriffe der Ärzte abzulehnen, die die Existenz sinnwidrig weiterschleppen. So hatte auch RILKE den eigenen Tod gefordert und jenen der Ärzte, wie er ihn genannt hat, abgelehnt. Das Einbeziehen der zivilisationsunabhängigen, vorgegebenen Ordnungsmodelle in die Gerechtigkeitssorge ist weit weg vom idyllischen Verniedlichen. Es bringt den Juristen zur Erkenntnis, daß die vernünftige menschliche Fürsorge nur in engen Grenzen möglich ist, daß z. B. die hygienisch verlängerte Lebensdauer in Ländern, in denen das Lebensgefühl immer noch den Kinderreichtum ersehnt, die Ordnungsharmonie zerstört und damit ungerecht ist.

Der Jurist muß sich darüber Rechenschaft geben, daß er, wenn er im freien Entscheidungsraum das Tun und Haben zuteilt, das Werk des sich selbst ordnenden Seins (meistens Natur genannt) in kleinen, wenn auch von den Menschen wichtig genommenen, Teilbezirken nur ergänzt. *Die Rechtsordnung ist kein Fremdkörper in der Gesamtordnung*. Die Ordnungsprinzipien der Elemente und der Teile in den Individuen, die ebenfalls Zweckgemeinschaften sind, und jene in Gemeinschaften von Individuen sind nicht grundsätzlich verschieden. Jedes dieser immerfort ordnungsbedürftigen Gebilde gedeiht dann am besten, wenn jeder Teil in der Harmonie mit allen andern zur Wirkung kommt. Die Natur hat dort, wo der Mensch die Verwaltung seines Daseins nicht autonom übernehmen kann, mit unvermeidlichen Härten, die der Mensch anthropozentrisch Grausamkeit nennt, im Hinblick auf das jeweilige Ganze jedem das Seine zugeteilt. Ein Indianerstamm in Alaska hat in diesem Zusammenhang das Töten des Wildes und von Fischen damit gerechtfertigt, daß der mensch-

liche Körper, der sich von diesen nährt, nach dem Tod ebenfalls Nahrung für Lebewesen ist, so daß der Kreis sich schließt.

Die Gerechtigkeitsregel ist untrennbar mit der Ordnungsbedürftigkeit verknüpft. Der Mensch muß sie in jenen Bereichen, deren Ordnung er verwaltet, anwenden. Ob er es mit Erfolg getan oder versagt hat, entscheidet im einzelnen und schließlich im großen technischen Menschheitsexperiment die Praxis. Er kann Mißerfolge ebenso wenig vermeiden, wie dies der Natur gelungen ist. Er hat jedoch weniger Versuchsmaterial und weniger Zeit zur Verfügung.

§ 47. Individuelles und überindividuelles Ordnen

Vorn wurde dargetan (§ 20), daß das Ziel der Rechtsordnung die richtige Zuteilung der Lebensgüter im Einzelfall ist, daß es jedoch nicht gelingt, in Gesetzen die Ordnungsanweisungen für die unübersehbare Anzahl der einzelnen Beziehungen mit ihren individuellen Merkmalen zu geben.

Jeder muß sich damit abfinden, daß er in den Gesetzen das Seine nach jenem Maß zugeteilt erhält, das für alle gilt, die der gleichen Allgemienstufe angehören wie er. Diese Allgemienstufen sind z. B. zum Teil von der Natur her vorgegeben (Mann, Frau, Kind), zum Teil aus den Aufgaben in der Gesellschaft hervorgegangen (Rollenverteilung im Arbeitsprozeß: Arbeitgeber, Arbeitnehmer), zum Teil im staatlichen Ordnunggefüge gegründet (Bürger, Ausländer, Beamter) usw.

Vorn wurde darauf beharrt, daß die *Allgemienstufen* wirklich und nicht bloße Begriffe sind, daß sie die Generationen der Individuen tragen und diese weiterführen. Ferner wurde hervorgehoben, daß die Allgemienstufen sich leichter im Bewußtsein vorstellen lassen als die Individuen mit ihren zufälligen Merkmalen.

Die Individuen finden in der Regelhaftigkeit der Allgemienstufen Halt. Dies gilt für alle Wesen (Kräfte, Sachen, Lebewesen) im Kosmos und auf der Welt.

Ebenso gilt für jeden Teil einer Allgemienstufe das *Prinzip der Individualität*, das sich umso mehr auswirkt, je komplexer dieses Wesen ist. Demgemäß ist anzunehmen, daß der Mensch die am weitesten entfaltete Individualität besitzt.

Das Individuum tritt den Allgemienstufen, denen es zugehört, als Einzelwesen gegenüber. In bezug auf jede dieser Allgemienstufen besteht die grundlegende Polarität, wie sie sich am Menschen als Individuum und gesellschaftlichem Wesen zeigt. Im letzteren Spannungsverhältnis ist jedoch der Mensch als Individualwesen ebenfalls in der Allgemienstufe gesehen.

Deshalb ist es möglich, dafür überindividuelle Ordnungsanweisungen zu geben. In der Polarität zwischen Einzellnem und der jeweiligen Allgmein-
stufe geht es jedoch nicht darum, dem Einzelnen im Widerspruch zu
seiner Allgmeinstufe das Seine zuzuteilen, sondern den Einzelnen gegen-
über andern Einzelnen. Das übersteigt die Möglichkeit des allgmeinen
Ordnen. *Die Individualität erscheint nicht nur in einer nicht zu über-
blickenden Fülle von je einzigartigen Einzelwesen; sie läßt sich auch nicht
zum voraus erkennen. Das gilt ebenso für die Menschen selber wie auch
für ihre Beziehungen. Die zwischenmenschlichen Beziehungen als gesell-
schaftliche Strukturmodelle existieren ebenfalls physisch durchgeführt nur
als individuelle Sachverhalte, weil stets die ihnen allein zugehörenden
individuellen Elemente mitverwirklicht sind.*

*Die individuellen zwischenmenschlichen Beziehungen sind nach den
individuellen Eigenschaften und Verhältnissen der Beteiligten gestaltet.*
Deren persönliche Eigenart und insbesondere jene ihrer jeweiligen sozia-
len Situationen, soweit diese für die Beziehung von Bedeutung ist, lassen
dem allgmeinen Modell die individuellen Elemente zufügen. Daraus er-
gibt es sich, daß das individuelle Ordnen Sache jener ist, deren Interessen
im Spiel sind. *Die Kompetenzuteilung an die Einzelnen zur Regelung
ihrer Beziehungen im Rahmen der Gesetze ist die Folge. Die Privaten
passen ihre Verhältnisse den Gesetzen und den Weisungen an, die sie
Urteilen und der Lehre entnehmen (§ 29); sie bringen aber darüber hin-
aus die individuelle Eigenart der Beziehungen zur Geltung. Was dem
Gesetzgeber nicht möglich ist, nämlich darnach zu streben, jedem das
Seine nach der individuellen Sachlage zuzuteilen, können die Einzelnen
zustande bringen, wenn sie sich ernstlich darum bemühen.* Erneut ist
daher darauf hinzuweisen, daß die richtige Rechtsordnung, die in den
feinsten Verästelungen der zwischenmenschlichen Beziehungen wirkt, vom
unablässigen Mitformen durch alle abhängt. Sie erfahren und erleben das
Recht; sie leben in ihm.

Je mehr ein Rechtssystem den Einzelnen Gelegenheit zum Gestalten
ihrer Beziehungen gibt und sie die Verantwortung für das gerechte Ord-
nen mittragen läßt, umso wahrscheinlicher ist es, daß beim Zuteilen die
größtmögliche Zahl von Elementen berücksichtigt wird.

Alle Rechtssysteme, auch die freiheitlichsten, entfernen sich jedoch
immer weiter von diesem Idealzustand. Die Einzelnen sind zum Teil ord-
nungsträge. Sie nehmen für viele Beziehungen Formularverträge hin, die
gleich Gesetzen nur die Wesenselemente der Allgmeinstufe berücksich-
tigen (Kauf-, Mietverträge). In wichtigen Gebieten (z. B. Versicherungs-
wesen) sind die Leistungen nicht individuell anpaßbar. Zudem sind viele
nicht gewillt, dem andern das Seine zu geben; der Gesetzgeber muß den
Mißbrauch der individuellen Macht verhüten durch Regelungen in der

Allgemeinstufe (z. B. Kartellgesetze). Verbände schließen für ihre Mitglieder allgemeinverbindliche Verträge, in denen die Besonderheiten der Einzelfälle nicht berücksichtigt sind. Alle derartigen Eingriffe in die private Freiheit sind jedoch gleich den Gesetzen nie lückenfrei. Die Beteiligten haben bei ihrer Anwendung Gelegenheit, der Individualität einer Beziehung gerecht zu werden.

Das Strafrecht und jene Bestimmungen, die das Verhalten der Einzelnen gegenüber der organisierten Gemeinschaft (Staat, Land, Kanton, Gemeinde usw.) regeln (Staats- und Verwaltungsrecht), müssen für alle, ohne Rücksicht auf deren individuelle Situationen, Verhaltensmodelle vorsehen. Es sind Grundsatzentscheidungen der Gemeinschaft, denen der Einzelne sich zu fügen hat. Selbst da bleibt bei der Anwendung immerhin ab und zu Raum für die Beachtung der Besonderheit.

Der immer wieder erhobene Vorwurf, die Rechtsordnung sei abstrakt und sie vernachlässige die Individualität des Einzelfalls, ist ungerechtfertigt. *Das Ordnungsgerüst kann nur der Allgemeinstufe angepaßt sein.* Das trifft für jegliche Ordnung im Kosmos und auf der Welt zu. Sache des Individuums ist es dann, für seine eigenen Interessen zu sorgen, ohne jene der Allgemeinstufe zu mißachten.

§ 48. Ordnung und Zwang

Zwang im Rechtssinn bedeutet, daß ein Vertreter der zuständigen Gemeinschaft Einzelne oder Gemeinschaften dazu verhält, *etwas zu tun oder zu unterlassen, wozu sie nicht freiwillig bereit sind.* Der Zwang ist ein Element der Rechtsordnung. Er ist jedoch nicht das entscheidende. Er greift nur dann ein, wenn die an einer Beziehung Beteiligten sich über die Ordnung hinwegsetzen, wie sie in den Gesetzen, andern behördlichen Weisungen, den Urteilen und den von Einzelnen im Rahmen ihrer Kompetenz abgegebenen Geltungserklärungen festgelegt ist.

Wer behauptet, die Rechtsordnung bestehe nur durch den Zwang, läßt die Tatsache außer acht, daß in wenigen Beziehungen Beteiligte zu einem modellgemäßen Verhalten gezwungen werden. Eine Rechtsordnung, die fortwährend zu erzwingen wäre, könnte nicht bestehen. Ein solcher Zustand setzte voraus, daß die Betroffenen die Verhaltensmodelle ablehnen und bloß ihnen gemäß handeln, weil sie Angst vor den Nachteilen haben, die ein Zuwiderhandeln zur Folge hätte. Wer dem Zwang die entscheidende Bedeutung beimißt, nimmt an, daß die Mehrzahl morden, stehlen, verleumden würde, wenn die Strafdrohung sie nicht davon abhielte, oder daß die meisten den Kaufpreis, die Miete oder andere Gegenleistungen nicht erbringen würden. Derart werden die pathologischen Fälle als Nor-

malverhalten vorgestellt. Gewiß gibt es Einzelne und Gemeinschaften, die sich nur wegen des Zwangs in die Ordnung fügen oder die durch Zwang davon abgehalten werden, die Ordnung zu mißachten. Solche Fälle sind umso häufiger, je weniger die Ordnung dem Lebensgefühl der Gemeinschaft entspricht. In diesen Situationen versagt aber oft die präventive Wirkung des Zwangs. Die widerrechtlich Handelnden lassen es darauf ankommen, ob die Organe der Gemeinschaft sie fassen können und in die Ordnung zwingen wollen. Dabei ist es bedeutsam, wie die Mehrzahl der Mitglieder einer Gemeinschaft (Staat, Land, Stadt, Gemeinde) sich zu den Vorfällen verhält, ob sie zur Ordnung steht und den Zwang billigt oder ob sie sich nicht darum kümmert, vielleicht sogar mit dem ordnungswidrigen Verhalten sympathisiert (Demonstrationen).

Wenn der lebende Geist dem sedimentierten entgegentritt und eine Änderung der Ordnung begehrt, wird die veraltete Ordnung manchmal nicht mit Rechtszwang, sondern mit *behördlicher Gewalt* durchgesetzt. Der Übergang vom Zwang, der dem Recht dient, zur Gewalt, die eine Ordnung stützt, die dem Rechtsgefühl der Mehrzahl widerspricht, ist manchmal nur schwer zu erkennen. Doch ist es jeder Gemeinschaft zuzumuten, die Ordnung so lange zu achten, bis sie nach den Regeln dieser Ordnung durch eine neue ersetzt ist oder von der Mehrheit nicht mehr gelebt wird.

Nicht mit dem rechtlich ausgeübten Zwang ist die *Gewalt* zu verwechseln, mit der eine Minderheit der Mehrheit eine Ordnung auferlegt, die deren Lebensgefühl widerspricht. Doch ist nicht jede von einem Diktator oder einer kleinen Gruppe gestützt auf ihre faktische Macht (Militär oder Polizei) eingesetzte Ordnung ein Gewaltregime. Wenn in der Gemeinschaft ein *Ordnungsvakuum* auszufüllen ist, bleibt oft keine andere Möglichkeit. Wie vorn dargelegt wurde, ergeben sich derartige Fälle auch in Rechtsgemeinschaften, in denen völlig neue Verhaltensmodelle die Beziehungen regeln (Raumplanung, Umweltschutz).

Je komplexer eine Gemeinschaft ist, umso wichtiger wird der Zwang. In einfachen Verhältnissen wird die Ordnung von allen selbstverständlich beachtet. Die ererbten und stets geübten Verhaltensmodelle sind allen vertraut. Solche Gemeinschaften kommen sogar ohne Gerichte und Vollstreckungsorgane aus. Und doch ist ihre Ordnung geradezu das Idealbild einer richtigen Ordnung.

Der Zwang ist also nicht von Anfang an ein unentbehrliches Element der Rechtsordnung. Er wurde dies erst, als die Gemeinschaften sich ausdehnten. Die zivilisatorisch entwickelten Gesellschaften können auf ihn nicht verzichten. Er ist jedoch immer noch die Ausnahme und die letzte Zuflucht.

Rechtspraxis und Rechtsphilosophie

§ 49. Formende Kraft der Idee

Am Beginn dieser Studie wurde darauf hingewiesen, daß in der Schweiz und in den Ländern der „westlichen Welt“ die meisten Juristen sich kaum um die Rechtsphilosophie kümmern. Manche teilen sie dem enzyklopädischen Wissen zu, das die Bildung erweitern mag, jedoch keine unmittelbare praktische Bedeutung hat. In den kommunistischen Staaten ist hingegen die jeweiligen geltende Philosophie (Marxismus-Leninismus, Maoismus) das Fundament der Bewußtseinsbildung und damit auch der Rechtslehre. Philosophen, Politiker, Juristen und manche andere Vertreter des westlichen Geisteslebens werfen den kommunistischen Ländern diese gezielte und aufgezwungene Bewußtseinsbildung, die ideologische Indoktrination, vor. Sie verharren dabei in der Ablehnung, statt die Tatsache herauszuheben, daß erstaunlicherweise im Bereich des dialektischen Materialismus *die gesellschaftsformende Kraft einer philosophischen Idee* anerkannt ist. Erkannt ist dort auch die Gefahr des perspektivischen Sehens für das parteiideologisch genormte Weltbild. Würden die Machthaber die Kraft der abweichenden Ideen nicht fürchten, so könnten sie Schriftsteller, Künstler, Philosophen und andere Denker unbehindert ihre Meinung mitteilen lassen.

Die *kommunistischen Ideologen* rechtfertigen die Unterdrückung der Dissidenten mit der Verteidigung gegen kapitalistische Ideologien. Sie dulden jedoch überhaupt keine Abweichung von der geltenden Parteidoktrin, auch wenn sie dem dialektischen Materialismus verbunden bleibt. Sie sprechen dem lebenden Geist das Recht ab, die im sedimentierten Geist gefangenen Bewußtseinsbilder in Frage zu stellen und damit Idee und Praxis sich dialektisch entwickeln zu lassen.

Die „westlichen“ Denker haben demgegenüber die unbeschränkte Freiheit im Entfalten und Mitteilen ihrer Ideen. Philosophen, Schriftsteller, Künstler, geistes- und naturwissenschaftliche Forscher analysieren das menschliche Dasein und die gesellschaftliche Ordnung. Sie stellen westliche Ideologien bloß, enthüllen die Sinnlosigkeit des technischen Luxus und die daraus entstandene Gefahr für den Fortbestand der Menschheit oder suchen in übernommenen Anschauungen Halt. Ihre Ideen formen das Bewußtsein vieler Leser und Hörer; sie werden Teil des objektiven Geistes. Manche, die sie willig aufnehmen, lassen sich von ihnen leiten und prüfen sie nicht kritisch. Andere lehnen sie zum vornherein ab, weil sie ihren Interessen widersprechen. Neue Ideen und übernommene revolutionäre und reaktionäre erscheinen neben und durcheinander im Bewußtsein der westlichen Menschen und beeinflussen ihr Lebensgefühl. Dieser Zustand wird als *pluralistische Gesellschaft* bezeichnet.

Nicht eine Idee, sondern viele und zum Teil widersprechende formen das Weltbild des „westlichen“ Menschen. Die meisten stehen verwirrt vor diesem Ideen-

geflecht. Die zeitgenössische Literatur und Kunst bezeugen die Rat- und Hilflosigkeit. Manche junge Menschen wenden sich von der tätigen Gemeinschaft ab und fliehen psychisch und auch geographisch in einen unverbindlichen Ideenbereich.

In diesem Durcheinander des Denkens und Handelns müssen die *Juristen* gemeinsam mit den *Philosophen einerseits und den Politikern andererseits* an der Rechtsordnung weiter arbeiten. Die Philosophen lassen die leitenden Ideen erkennen; die Politiker ringen um Machtpositionen in der Gesellschaft und bemühen sich dabei, die Bewußtsein nach ihrem Gesellschaftsplan zu formen. Die Juristen stehen dazwischen.

Sie erfahren von den Philosophen, welche Ideen den Geist der Gesellschaft geformt haben und wie sie diesen analysieren können. Sie erkennen in den Plänen der Politiker Modelle für die von diesen erstrebte Ordnung. Sie begegnen vielfältigen, klaren, nur angedeuteten, spekulativen, utopischen und glücklicherweise auch aus der unmittelbaren Lebenspraxis entstandenen Ideen. Sie alle erscheinen im Bewußtsein der Juristen, ob diese sich darüber Rechenschaft geben oder nicht. Kein Jurist kann sich dem Einfluß des dialektischen Materialismus (Anerkennung der Bedeutung der wirtschaftlichen Grundlage in der jeweiligen zivilisatorischen Entwicklung), des Existentialismus (Daseinssorge und Daseinsangst), der Hermeneutik (Bedeutung der Sprache und des Vorverständnisses), des Neopositivismus (formalisierte Sprache und Computertechnik) entziehen. Kein Jurist läßt das Treiben der Politiker unbeachtet. Viele Juristen sind zugleich Politiker. Letztere sind besonders in Gefahr, die Gesellschaft und ihre Entwicklung nur von der *Parteiperspektive* aus zu sehen und auch in der täglichen Praxis (Beratung, Vertragsentwürfe) darnach zu handeln.

Die *rechtsphilosophische Besinnung* läßt die heterogenen Ideen auf ihre Herkunft prüfen und ordnen. Sie weckt und vertieft das Verständnis für die Nützlichkeit der verschiedenartigen Perspektiven. Sie hilft begangene Fehler vermeiden. Sie läßt vor allem unablässig die Macht von Ideen im Leben der Gesellschaft im Bewußtsein erscheinen. *Der rechtsphilosophisch geschulte Jurist bedauert nicht, daß eine pluralistische Gesellschaft besteht. Er erkennt im Gegenteil den möglichen Reichtum an Ideen und das damit erweiterte Lebensgefühl.* Er weiß jedoch, daß es schwierig ist, dieser Vielfalt in einer einheitlichen Ordnung gerecht zu werden.

§ 50. Dialektische Auseinandersetzung von Idee und Praxis

Die Menschheit hat sich aus einfachen und übersichtlichen kleinen Gemeinschaften zu immer komplizierteren gesellschaftlichen Gebilden weiter entwickelt. Sie erprobte, entwarf und verwarf unzählige Verhaltensmo-

delle, die zum Teil in der jeweiligen Rechtsordnung das Verhalten zwingend regelten oder Verhaltensmöglichkeiten anregten und vorwiesen.

Das gesellschaftlich geübte Verhalten, d. h. die Praxis, und die Ideen der Verhaltensmodelle brachten in fortwährender Auseinandersetzung die jeweilige Rechtsordnung zustande.

Die entworfenen Handlungsmodelle gehen aus der zweifachen Erkenntnisquelle hervor, nämlich aus der *Erfahrung als Praxis* und aus der *Intuition als Idee*. Diese sind unauflösbar verbunden wie Denken und Sprache. Und wie bei diesen, die an der Praxis und an der Idee ebenfalls Anteil haben, läßt sich nicht feststellen, was früher da war: das unreflektierte Handlungsmodell (Hingabe einer Sache gegen Geld) oder dessen Idee. Einmal mag die Idee, dann wiederum die Erfahrung den ersten Schritt getan haben. Die gesamte Praxis der Menschheit und alle Ideen wirkten und wirken an der Rechtsordnung mit. Der Einfluß der Technik wurde vorn oftmals hervorgehoben. Persönliche und nationale Herrschaftsgelüste, die in der Idee konzipiert waren und deren Befriedigung praktisch realisiert wurde, haben die gerechte zwischenmenschliche Ordnung mißachtet. Die Menschen suchten hierauf immer wieder in der Friedensidee nach Modellen, die das kriegerische oder tyrannische Unheil banen könnten. Der technische Fortschrittsglaube und die Lehre vom notwendigen wirtschaftlichen Wachstum, die in Idee und Praxis und mit Hilfe der angepaßten gesellschaftlichen Ordnungsstrukturen wucherten, haben die Menschheit zum ökologischen Abgrund hingetrieben. Aus dieser Praxis ist die Idee des Umweltschutzes entstanden. Sie wird als umfassendes Programm in einzelne Ideen zerlegt, die das Verhalten bestimmen sollten. Die gewonnenen Erfahrungen regen weitere Ideen an (z. B. Beziehung von industriellem Wachstum und Gewässerschutz).

Ideen sind notwendig, um die Praxis zu erweitern oder zu ändern. *Neues, das noch nicht in der Außenwelt realisiert war, kann im Bewußtsein nur als Idee erscheinen. Den Beweis für die Tauglichkeit der Idee erbringt jedoch die Praxis.* Je kühnere Reformen aus Ideen hervorgehen, umso schwieriger ist es, sie in gesellschaftlichen Modellen zu erfassen und ihren Nutzen zu erproben. Ideen haben oft einen gefühlsmäßigen Überschuß, der als Programm hinreißt, sich in der Praxis jedoch nicht oder nur zum Teil verwirklichen läßt (Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit in der Französischen Revolution oder die Begriffe Wahrheit, das Gute, das Gerechte, Menschenwürde, als selbständige Aussage ohne konkreten Bezug in Schriften und Reden zum 100jährigen Jubiläum der schweizerischen Bundesverfassung). Die für die Entwicklung der Menschheit zu umfassenderen Gemeinschaften entscheidende Idee, das Gebot der Fremdenliebe, aus dem hernach jenes der Nächstenliebe hervorgegangen ist, wurde im

mosaischen Gesetz mit dem Hinweis auf die praktische Erfahrung eingeführt („auch ich war ein Fremdling in Ägypten“).

Träger der Ideen sind oft nicht bereit, die Praxis über deren Tauglichkeit entscheiden oder sie in der Auseinandersetzung mit andern Ideen sich bewähren zu lassen. Weil sie nicht die Zuversicht haben, daß es ihnen gelingt, ihrer Idee Anerkennung zu verschaffen, oder weil ihnen die Geduld für die praktische oder geistige Auseinandersetzung fehlt, vernichten sie die physischen Träger der andern Ideen, Menschen und Bücher. Lebensfähige Ideen lassen sich aber so nicht ausmerzen. Ihre Weitergabe und Verbreitung kann für kürzere oder längere Zeit, ihr Wirken in bestimmten Gemeinschaften, insbesondere in autoritär regierten Staaten, für mehrere Generationen behindert sein. Die Ideen überdauern jedoch ihre Widersacher, wenn nicht andere Ideen sie verdrängen. Doch sind auch diese allein dazu nicht fähig. Ideen, die nicht zum vornherein als utopisch abgelehnt werden, können nur durch die Praxis überwunden werden. Jene Ideen, die nur mit Hilfe der Gewalt die Praxis beherrschen, werden durch diese als untauglich bloßgestellt. Die Praxis ist unbestechlich. Sie auferlegt den Opfern der Eiferer und Egoisten jedoch schwere Leiden, sie läßt manchmal Millionen von Menschen zugrunde gehen, bis eine Irrlehre ad absurdum geführt ist.

§ 51. Ruhe und Bewegung

Vorn wurde dargetan, daß der Mensch von seinem Sein unaufhörlich in Atem gehalten und ohne Unterlaß gezwungen ist, sein Dasein zu formen und zu erfüllen (§ 41). Dieses Bewegtsein vollzieht sich in Ordnungsstrukturen, die als solche zum Teil seit Beginn der Menschheit ungeändert dem wechselnden Dasein Halt gegeben haben (Wechsel von Wachen und Schlafen, Nahrung, Liebe, Zusammenschluß zu Gemeinschaften), zum Teil mit der zivilisatorischen und kulturellen Entwicklung eingeführt wurden (Vertrag, Vertragstypen, Familienbindungen, Inzestverbot, Regelung der Erbfolge, Mitteilung in der Sprache).

Geändert wurden und werden die Verhaltensmodelle, die im freien Entscheidungsraum entworfen und erprobt wurden. Der lebende Geist überwand und überwindet fortwährend den sedimentierten. Es ergab sich vorn, daß die Ordnungsidee als solche eine bewahrende Kraft hat. Sie schließt den ununterbrochenen Wechsel (fortdauernde Revolution) aus und gestattet nur eine Evolution in abwechselnder Ruhe und Bewegung. Die Menschen müssen jeweiligen neue Ordnungsmodelle aufnehmen und sie einüben und auf ihre Befolgung durch die andern vertrauen können. Wichtig ist zudem, daß die Praxis sie erprobt. Oft läßt erst die Da-

seinerfahrung andere Möglichkeiten erkennen (z. B. Partnerschaft von Kapitalgebern und Arbeitnehmern in der Industrie, Ersetzen des Fließbandes durch die eigene Gestaltung des Arbeitsrhythmus in kleinen Arbeitsgruppen).

So wertvoll und notwendig eine Ordnungsruhe und -stabilität ist, darf sie doch nie Selbstzweck sein.

Die Ordnung um ihretwillen wird dann erzwungen, wenn die Planer eine neue Ordnung vorschreiben, ohne selber Modellvorstellungen zu sehen, denen sie vertrauen. Sie verkünden zwar Programme, sie tun das jedoch aufs Geratewohl und dilettieren im Schutze der Macht ohne Rücksicht auf das Wohl der Gemeinschaft drauf los. Sie sind nicht immer selber schuld. Manchmal hat die Gesellschaft noch kein Lebensgefühl gefunden, aus dem ihr angepaßte Ordnungsmodelle entstehen konnten. Manchmal könnten Kämpfe zwischen Interessengruppen die Rechtsordnung gefährden. Häufiger als der *ideenlose Ordnungszwang* ist der *einseitige*, der das perspektivische Sehen ablehnt. Ursache dafür ist meistens das *starre Festhalten von Interessengruppen an Verhaltensmodellen*, die ihnen nützen, ohne Rücksicht darauf, daß sie der Gemeinschaft schaden und daß der lebende Geist sie beseitigen möchte. Weil die neue Idee nicht in der dialektischen Auseinandersetzung mit der Praxis evolutiv erprobt werden kann, wird sie zwangsweise für längere Zeit auferlegt, sobald ihre Träger die gesellschaftliche Macht legal oder durch Gewalt errungen haben. Sie sind dann selber in Gefahr, die Erprobungszeit über Gebühr auszudehnen, weil sie allen mißtrauen, die an ihrer Idee etwas aussetzen, mag die Erfahrung Verbesserungsvorschläge auch noch so überzeugend rechtfertigen. Die Machthaber sind und bleiben praxisblind oder benehmen sich so. Doch müssen auch sie oder ihre Nachfolger erfahren, daß die Praxis schließlich die aufgezwungene Ordnung sprengen und andern Ideen den Weg öffnen wird.

Wenn die geordnete Auseinandersetzung von Praxis und Idee durcheinander gerät und Machtkämpfe das überlegte Planen verhindern, wird der Rat der Juristen kaum noch gehört. Sie müssen vorher sich darum bemühen, daß die Auseinandersetzung anhebt. Interessengruppen halten sie davon ab, indem sie ihnen materielle und ideelle Vorteile bieten. Auch die eigene Herkunft hindert sie oft am unvoreingenommenen perspektivischen Sehen. Sie sollen das bedenken und immerfort prüfen, ob neue Ideen im Lebensgefühl der Gemeinschaft gewachsen sind oder ob sie zwar aus dem Geist von Einzelnen kommen, aber Mißstände beseitigen können. Das ungestörte Atmen der Rechtsordnung im Wechsel von Ruhe und Bewegung ist ihre Sorge.

ALOIS TROLLER

Grundriß einer
selbstverständlichen juristischen
Methode und Rechtsphilosophie



Verlag Helbing & Lichtenhahn
Basel und Stuttgart

ISBN 3 7190 0656 5
© 1975 by Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel