

## Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien

Von Oswald von Nell-Breuning, S. J.

In seinem vor acht Jahren erschienenen, sogleich stark beachteten Werk „Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart“ (Ffm u. Berlin 1968, A. Metzner Verlag) untersuchte José Llompарт, wie im deutschen wissenschaftlichen Schrifttum der Nachkriegszeit bis einschließlich 1966 die „Geschichtlichkeit“ des Rechts oder genauer die „Geschichtlichkeit“ seiner Begründung verstanden oder gedeutet werde; dabei fand er nicht weniger als 80 verschiedene Sinndeutungen, in denen von „Geschichtlichkeit“ gesprochen wurde, und stellte fest, daß das Wort kaum jemals nur in einer einzigen Bedeutung begegnete, vielmehr regelmäßig auch andere Bedeutungen mit anklängen. Dieses Werk war sozusagen die Kärnerarbeit, mit der der Verf. den Grund legte für die Studie über „Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien“<sup>1</sup>, die er in diesem seinem neuen Werk vorlegt, worin er es unternimmt, den geschichtlichen Charakter, will sagen die geschichtliche Wandelbarkeit dieser Prinzipien darzutun.

Was L. selbst unter „Geschichtlichkeit“ versteht, läßt sich in Kürze wohl so formulieren: diese Prinzipien sind zwar willkürlichem („beliebigem“) Wandel entzogen (sind *nicht transitiv* wandelbar), wandeln sich jedoch mit dem allgemeinen geschichtlichen Wandel (sind *intransitiv* wandelbar). „Geschichtlichkeit“ ist „die innere Dynamik, die diesen Prinzipien innewohnt“ (15).

Was aber sind im Sinne des Verf.s diese „Rechtsprinzipien“, deren „Geschichtlichkeit“ er dartun will? „Rechtsprinzipien“ in seinem Sinne sind bestimmt nicht einfach ein anderer Name für Naturrecht; sie decken sich nicht derart mit dem Naturrecht, daß alle Rechtsprinzipien naturrechtlicher Art wären und umgekehrt das Naturrecht sich in Rechtsprinzipien erschöpfte. Und schon ganz und gar nicht ist es die Absicht L.s, die Frage nach dem Naturrecht in ihrer ganzen Breite aufzurollen; ja, er geht der Stellungnahme zu Fragen, wie ob es überhaupt so etwas wie Naturrecht gibt und zutreffendenfalls ob auch *ihm* „Geschichtlichkeit“ zukomme, geflissentlich aus dem Weg. Auf der anderen Seite aber müssen die Rechtsprinzipien oder zum mindesten deren „Geschichtlichkeit“ doch etwas mit dem Naturrecht zu tun haben; warum sonst würde L. sich so eingehend mit der von ihm gar nicht thematisierten Veränderlichkeit oder Unveränderlichkeit des Naturrechts und mit den sog. „Ausnahmen“ vom Naturrecht befassen und sich der Mühe unterziehen, die verschiedenen diesbezüglich aufgetretenen Lehrmeinungen durchzugehen und als unzulänglich zu erweisen? Daß der Verf. sich damit so ausführlich abgibt, spricht in der Tat verräterisch dafür, daß die Rechtsprinzipien, wie er sie versteht, sich vom Naturrecht und demzufolge die Frage ihrer „Geschichtlichkeit“ sich von der Frage nach der „Geschichtlichkeit“ des Naturrechts schlechterdings nicht trennen lassen. So läßt denn der Umstand, daß L. sich, wenn auch nicht thematisch mit dem Naturrecht, so eben doch mit den unzulänglichen Versuchen, die sog. „Ausnahmen“ vom Naturrecht zu erklären, so ausführlich befaßt, vermuten, daß, wenn man sich klar darüber werden will, was *er* denn nun genau unter den „Rechtsprinzipien“ versteht, deren „Geschichtlichkeit“ darzutun er unternimmt, es sich empfiehlt, ihm auf diesem scheinbaren Umweg zu folgen.

<sup>1</sup> J. Llompарт, Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien. Zu einem neuen Rechtsverständnis (Juristische Abhdlgn., Bd. 14). 8<sup>o</sup> (240 S.) Frankfurt 1976, Klostermann.

Nimmt man alle Lösungsversuche der alten Autoren zusammen, dann scheint die Ursache aller Schwierigkeiten, mit denen sie vergeblich ringen, darin zu liegen, daß sie unter „Naturrecht“ *sprachlich formulierte Rechtssätze* verstehen. Offenbar ist hier ein Anthropomorphismus im Spiel. Schon die *lex aeterna*, wie Gott in seiner Heiligkeit und Weisheit sie denkt, wird anthropomorphistisch vorgestellt als abstraktives und diskursives Denken in Universalbegriffen, das sich mit Worten menschlicher Sprache in *Satzform* aussprechen läßt; auf diese Weise ergibt sich das Naturrecht als ein Katalog von *Sätzen*. Dieser Anthropomorphismus entspricht genau der menschlichen (bürgerlichen) Gesetzgebung des Zeitalters, in dem die Gesetze dem Willen des *princeps* entsprangen; Gott wurde vorgestellt als der Prototyp dieses *princeps*. Für uns, die wir die *auctoritas publica* aus der *necessitas boni communis* herleiten, ist dieser Anthropomorphismus *antiquiert*. Wenn schon, dann ist Gottes Gesetzgebung in ganz *anderer* Weise Prototyp aller Gesetzgebung. Gott erkennt *komprehensiv*, was objektiv gut und richtig und was objektiv verkehrt und böse ist; er weiß, was geeignet oder erforderlich ist, um objektiv bestehenden Bedürfnissen auf vernünftige Weise Genüge zu tun, und was nicht. Der menschliche Gesetzgeber tastet sich mühsam an eine solche Erkenntnis heran; sein Gesetz ist der mehr oder weniger gelungene Versuch einer *ordinatio rationis*, die nach bestem Wissen und Gewissen der *necessitas boni communis* Genüge tut. Für die alte Vorstellung stand das *dictamen*, die sprachlich formulierte Anordnung, am Anfang; sie ist die Urzeugung des Gesetzes. Für unsere Vorstellung bildet sie den Abschluß, steht ganz am Ende; sie versucht, etwas Vorgegebenes in den Griff zu bekommen, sei es, indem sie etwas, das schon Gestalt hat, auf eine möglichst klare und griffige Formel bringt, sei es, indem sie etwas, das erst noch der Gestaltung bedürftig, ihrer aber auch fähig ist, überhaupt erst in Gestalt bringt. Zuerst ist etwas, das einer Regelung bedarf; dann wird nach einer Regelung gesucht, die diesem Bedürfnis Genüge tut. Manchmal gibt es nur eine einzige Lösung, die sich eben damit auch schon als verbindlich auferlegt; in der Regel bietet sich eine Mehrzahl von Lösungen an, so daß es einer Entscheidung bedarf. In der alten Sprache der Schule ausgedrückt wäre das erste eine *conclusio*, das letztere eine *determinatio iuris naturalis*.

Das, was die Alten im Sinn haben, wenn sie von Naturrecht reden, ist nicht das *naturaliter iustum*, sondern es sind in Satzform gebrachte analytische (und/oder synthetische?!) Urteile *a priori* über das, was objektiv, d. i. unabhängig von unserer Erkenntnis und unserem Willen „*rechters*“ sei; es sind menschliche Gedanken *über* das Naturrecht; man könnte sie, wenn es nicht eine *contradictio in adiecto* wäre, *positiviertes* Naturrecht nennen, aber eben damit wäre das Naturrecht seines Charakter als das, was „*von Natur rechters*“ ist, verlustig gegangen. – Sehr überzeugend hat *Alexander Rüstow* das einmal an einer leider verstedkten und daher unbeachtet gebliebenen Stelle ausgeführt:

„Der Standpunkt des Naturrechts . . . ist sich bewußt, daß es eine höhere Norm der Gerechtigkeitsforderung gibt, die allen positiven Gesetzen übergeordnet ist, und nach der es sich entscheidet, ob sie selbst gerecht oder ungerecht sind; deren Geltung außerdem keine Grenzen hat, und also auch auf Gebieten wirksam ist, für die keine positiven Gesetze vorliegen. Diese „ungeschriebenen“ Gesetze sind auch unschreibbar; sie *können* ihrem Wesen nach gar nicht adäquat und erschöpfend formuliert werden, da sie sonst ihre Funktion als übergeordnetes Kriterium für alles Geschriebene, Gesprochene und Gehandelte verlieren würden. Sie sind vorgegebenes, überpositives, übergesetzliches Recht. Sie realisieren sich nur in dem angeborenen und für die menschliche Natur konstitutiven *sensus recti iustique* als höchste Norm und oberstes und letztes Kriterium für die Richtigkeit und Gerechtigkeit von Geschriebenem, Gedachtem und Gehandeltem. Mit dieser Art von Transzendenz hängt auch ihre Numinosität, ihre Charakter der Sollensheiligkeit zusammen.“ (Alexander Rüstow, Rede und Antwort [Verlag Martin Hoch, Ludwigsburg o. J. (1963?) 352/3]; vgl. Besprechung in *StimmZeit* 174 [1964], 317.)

Auch Llompert scheint diese Auffassung zu teilen; an einer Stelle führt er aus, daß „jede sprachliche Fassung eine Positivierung . . . mit sich bringe“ (64); diese Wendung findet sich zwar in der Wiedergabe der Meinung eines anderen, die er sich aber offenbar zu eigen macht. Ist bei den Alten, deren Wegen L. mit so viel Ausdauer und Geduld nachgeht, das Naturrecht nicht oder doch nicht so sehr das *iustum* selbst, sondern der Katalog von Sätzen menschlicher Sprache, die darüber urteilen, was *iustum* und was *iniuria* sei, dann liegt es nahe, von den Rechtsprinzipien, deren „Geschichtlichkeit“ das Thema dieser Studie ist, dasselbe zu vermuten. Dem ist in der Tat so. Rechtsprinzip im Sinne des Verf.s ist nicht die unabhängig von unserem Denken und sprachlichen Formulieren bestehende *Wahrheit*, daß es diese und keine anderen Kriterien sind, nach denen sich entscheidet, daß dieses „rechts“ und jenes „rechtswidrig“ ist; Rechtsprinzip ist die in unserer Begriffssprache formulierte *Aussage*. Demgemäß, so muß man folgern, bezieht sich auch die von L. behauptete „Geschichtlichkeit“ nur auf diese Aussagen, nicht auf die dahinterstehenden, von unserem Erkennen und unserem Willen unabhängige(n) *Wahrheit(en)*, deren es als das unentbehrliche *Substrat* bedarf, ohne das es nur zusammenhanglose Singularitäten, aber keine Kontinuität, keinen Wandel *vom* einen *zum* anderen, am allerwenigsten Geschichte und geschichtlichen Wandel gibt.

Rechtsphilosophisch interessant wäre die Frage, ob und zutreffendfalls in welchem Sinne die *Kriterien*, denen zufolge dieses (*ex natura sua*?) „rechts“ und jenes (*ex natura sua*?) „rechtswidrig“ *ist*, wandelbar oder unwandelbar sind. Dagegen geht es bei unseren in Allgemeinbegriffen formulierten und daher sich als allgemeingültig gebenden *Aussagen* zunächst doch nur um die schlichte Frage, ob oder inwieweit sie zutreffen; *vorweg* aber wäre zu fragen, ob sie wirklich als so allgemein und unwandelbar gültig, wie sie formuliert sind, verstanden werden wollen. – Nach gut scholastischer Tradition beziehen sich diese Aussagen auf die ‚*communiter contingentia*‘ und wollen gelten ‚*ut in pluribus*‘. Ist man sich dessen bewußt, dann kann die Frage nach „Ausnahmen“ sich überhaupt nur für solche Prinzipien stellen, die ausdrücklich oder stillschweigend diese als selbstverständlich unterstellte Einschränkung verneinen.

Wie steht es um das immer wieder angeführte „Rechtsprinzip“: ‚*pacta sunt servanda*‘? Wo immer es sich um ein ‚*pactum*‘ handelt, handelt es sich darum und ist gemeint, daß man sich zu irgend etwas, zu einem Tun oder Lassen, verbindlich gemacht hat. Das ist eine rein definitorische Aussage. *Wozu* aber bin ich jetzt verbunden, *was* habe ich zu halten? Unbedingt und unter allen Umständen das, was verbaliter stipuliert ist? Oder das, was aufgrund der Geschäftsgrundlage der andere Vertragspartner vernünftigerweise erwarten darf und was mir vernünftigerweise zugemutet werden kann?

Auf einer längst überwundenen Stufe der Rechtskultur wollte man die Ansprüche und Verbindlichkeiten der Vertragsteile im Wege grammatikalisch-logischer Auslegung und Deduktion im allgemeinen aus den beim Vertragsschluß verwendeten Worten, bei benannten Verträgen aus dem Wortlaut, wie das Gesetz sie formuliert hat, ableiten, besonders typisch beim *contractus mutui*, bei dem der ökonomische Gehalt dessen, was zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer vor sich ging, völlig außer Betracht blieb und allein gefragt wurde, was sich ‚*ex contractu mutui*‘, d. i. aus dem, was die Worte des Gesetzes als Inhalt dieses Vertrages aussagen, herleiten lasse (vgl. CJC c. 1543 ‚*ratione ipsius contractus*‘). – Der berüchtigte „Dienst nach Vorschrift“ hat uns in jüngster Zeit noch einmal auf diese längst überholte Stufe der Rechtskultur zurückgeworfen. Keine Dienstvorschrift kann alle im Betrieb vorkommenden Fälle voraussehen und berücksichtigen; so wird es nicht nur in vielen Fällen an einer dafür vorgesehenen Vorschrift fehlen, sondern es werden unvermeidlich auch Fälle vorkommen, in denen die Befolgung der Vorschrift den Betrieb zum Erliegen bringen, ja eine Katastrophe auslösen würde. Die

buchstäbliche Befolgung der Vorschrift oder die Untätigkeit, wo es an einer eigens auf diesen Fall zugeschnittenen Vorschrift fehlt, ist entweder Beweis völliger Verblödung oder Ausfluß raffiniertester Bosheit, ist die Verkehrung von *summum ius in summa iniuria*.

Llompert ist weit davon entfernt, die Bedeutung der *communiter contingentia* zu unterschätzen; seine „fünf Grundsätze“ (84–107) beweisen das schlagend, am schlagendsten der dritte: „Was einmal allgemeine Regel gewesen ist, kann Ausnahme werden und umgekehrt.“ In diesem Fall muß das Prinzip *umformuliert* werden; sachlich, d. i. an dem, was rechtens bzw. widerrechtlich ist, ändert sich *nichts*. Man kann das auch so ausdrücken: Früher war die eine Formulierung aktuell, später ist es die andere; aber beide sind, wenn überhaupt, dann von Ewigkeit her *wahr* und bleiben es. Insbesondere das Kriterium, wonach es sich entscheidet, ob dieses oder jenes rechtens oder widerrechtlich ist, bleibt ganz dasselbe; die Beweislast allerdings kehrt sich um, weil jeweils das, was in der Regel zutrifft, bis zum Gegenbeweis unterstellt werden darf und nur das seltener vorkommende (die Ausnahme) glaubhaft gemacht oder bewiesen werden muß. Die große Mehrzahl, um nicht zu sagen so gut wie alle Rechtsprinzipien, sind von dieser völlig unproblematischen Art. Ernstliche Schwierigkeit machen nur Prinzipien, die für sich in Anspruch nehmen, einen ewigen *Rechtswert* oder einen ewigen *Rechtsgedanken* adäquat auszusprechen. – L. selbst unterscheidet metaphysische Prinzipien und Rechtsprinzipien; wenn ich recht verstehe, handelt es sich bei den ersteren um analytische Urteile. Aus dem, was der Mensch *ist*, aus seiner *essentia metaphysica*, holt das menschliche Erkenntnisvermögen etwas darin Enthaltene heraus, hebt es ins Licht. Dann ist evident: Mit dieser *essentia metaphysica* des Menschen ist beispielsweise seine Verantwortlichkeit zwingend und unabänderlich gegeben, das absolute Sollen, nur Gutes, nichts Böses, im Rechtsbereich nur, was rechtens ist, und nichts, was widerrechtlich wäre, zu tun; zugleich damit müßte aber auch ein ebensolches letztes Kriterium gegeben sein, wonach es sich entscheidet, was gut oder böse, rechtens oder widerrechtlich ist. Hier bleibt nur die Frage: Gibt es eine solche *essentia metaphysica* der Menschen, ist der Mensch ein in diesem strengen Sinn definierbares Wesen, so daß ungeachtet aller Veränderungen alles und nur das „Mensch“ ist, worauf diese Definition zutrifft, und ist alles, was aus dieser Definition herauswächst oder herausfällt, eben damit nicht mehr Mensch, sondern irgend etwas anderes als Mensch? Und sind wir imstande, diese *essentia metaphysica* zutreffend zu ermitteln und eindeutig von allem abzugrenzen, was am Menschen wandelbar ist und tatsächlich dem Wandel unterliegt? Alle diese Fragen scheinen den Verf. überhaupt nicht zu beunruhigen; das aber ist doch nur so zu erklären, daß er sein Thema vorsorglich so eingegrenzt hat, daß sie in dessen Bereich nicht einschlagen. Immerhin aber ist es denkbar – und das schließt L. auch keineswegs von vornherein aus –, daß es unter den Rechtsprinzipien auch solche gäbe, die sich Unwandelbarkeit *gleich* metaphysischen Prinzipien zuschreiben. Unverkennbar finden sich viele Rechtsprinzipien in solcher Form ausgesprochen, daß sie diesen Anspruch zu erheben scheinen; fraglich ist jedoch, ob sie wirklich so verstanden sein wollen; erst soweit das zuträfe, wäre zu fragen, ob ihnen die beanspruchte Unwandelbarkeit wirklich zukommt.

Sicher ist, daß nicht einmal alle *Dekalog-Gebote* so verstanden sein wollen. Daß das 5. Gebot nur *menschliches* Leben schützen will, scheint, obwohl es das nicht ausdrücklich sagt, unbestritten zu sein. Im Deutschen haben wir dieses Gebot jüngstens umformuliert; hieß es früher „du sollst nicht töten“, so lautet es jetzt „du sollst nicht morden“. Ob das die genaue oder eine genauere Übersetzung ist (am Sinai wurden die Gebote nicht in deutscher Sprache verkündet), müssen qualifizierte Semitologen beurteilen. Sicher war mit dieser Umformulierung nicht beabsichtigt, das Verbot auf den in unserem Strafrecht zu verschiedenen Zeiten gegenüber dem

Totschlag unterschiedlich abgegrenzten Begriff des Mordes einzuschränken, vielmehr sollte nur verdeutlicht werden, daß das menschliche Leben kein unter allen Umständen unantastbares Rechtsgut, daß einen Menschen zu töten nicht schlechterdings eine *actio intrinsecus mala* ist, sondern daß zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Töten zu unterscheiden ist. Setzen wir voraus, daß, um ein Rechtsgut anzutasten oder über ein Rechtsgut zu verfügen, es immer eines Rechtsgrundes bedarf, dann stellt die Frage sich so, welche Rechtsgründe gewichtig genug sind, um zu berechtigen, das eigene oder ein fremdes Leben aufs Spiel zu setzen oder zu vernichten. Es erscheint sehr wohl denkbar, daß Rechtsgründe dieser Art je nach Zeit und Ort und Verumständung sehr verschiedenes Gewicht haben, ja überhaupt von verschiedener Art sein können. Nichtsdestoweniger könnte der Entscheid immer nach dem gleichen Kriterium zu treffen sein, beispielsweise nach dem Kriterium der Güterabwägung, womit der Entscheid zurückgeschoben wäre auf das Kriterium oder die Kriterien, nach denen die der Güterabwägung notwendig vorausgehende Gewichtung der Güter vorzunehmen ist.

Hinsichtlich des 7. Dekaloggebotes „du sollst nicht stehlen“ sollte es genügen, an die bei den Moralisten gebräuchliche Begriffsbestimmung zu erinnern, zu der das Tatbestandsmerkmal ‚domino rationabiliter invito‘ gehört. Die Wegnahme, ja schon die bloße Gebrauchsanmaßung ist insoweit rechtswidrig, als der Eigentümer oder sonstige Verfügungsberechtigte „vernünftigerweise“, d. i. nicht dem Buchstaben, sondern dem *Sinn* der Rechtsordnung gemäß, zu widersprechen befugt ist. Gehört dies zur Begriffsbestimmung von „stehlen“, dann ist die Aussage, stehlen sei widerrechtlich, *tautologisch*.

Für den gläubigen Christen besteht nur beim Gebot der Einehe und deren Unauflöslichkeit eine Ausnahme; sie hat ihren Grund darin, daß hier nicht nur Vernunftargumente eine Rolle spielen, sondern Texte der Hl. Schrift hinzukommen, die dahin verstanden werden können, wenn nicht gar dahin verstanden werden müssen, daß es sich hier nicht nur um eine der Vernunftkenntnis zugängliche *lex divina naturalis* handelt, sondern überdies um eine *lex divina positiva*. – Soviel zu den Dekalogeboten.

„Nulla poena (nullum crimen) sine lege.“ Hierzu stellt Llompart selbst zutreffend fest, daß dieses Prinzip ein kodifiziertes Strafrecht voraussetzt; damit allein ist seine „Geschichtlichkeit“ dargetan; solange es kein kodifiziertes Strafrecht gibt, ermangelt es der Aktualität, gilt es nur hypothetisch. Als die nationalsozialistische Gewaltherrschaft sich über dieses Rechtsprinzip hinwegsetzte, erhoben einige dagegen den Einwand, das sei ein Verstoß gegen ein unbedingt geltendes Rechtsprinzip. *Ivo Zeiger* berichtete das dahin, es handle sich zwar um ein Rechtsprinzip, aber nicht um ein ewiges Prinzip, sondern um eine Errungenschaft der Rechtskultur, die man, nachdem sie einmal erreicht sei, nicht mehr nach Belieben rückgängig machen könne. Das schließt aber nicht aus, daß eine allgemeine Zerrüttung der Kultur (wenn etwa ein Krieg mit Nuklearwaffen uns auf die Daseinsbedingungen der Steinzeit zurückwürfe) auch diese Errungenschaft mit zahllosen anderen zunichte machen könnte.

Zusammenfassend läßt sich wohl – mit dem einzigen Vorbehalt hinsichtlich der unauflöselichen Einehe – sagen: Recht verstanden, d. i. in dem von ihnen selbst gemeinten Sinn, bringen alle vom Verf. behandelten Rechtsprinzipien einen *Rechtsgedanken* zum Ausdruck oder versuchen, ihn zum Ausdruck zu bringen, der bereits alle denkbaren Möglichkeiten einschließt und darum auch in allen geschichtlichen Wandlungen durchhält, der aber jeweils in ein neues sprachliches Gewand kleidet werden muß, wenn die communiter contingentia sich gewandelt oder die Wörter, mit denen wir ihn auszudrücken gewohnt sind, im Wandel des Sprachgebrauchs einen Bedeutungswandel erlitten haben – so ähnlich, wie wir jüngst unsere Gebete dem gewandelten Sprachgebrauch angepaßt haben, nicht um den Sinn zu

ändern, sondern um ihn unverfälscht zu erhalten. Darum möchte ich zur *Terminologie* vorschlagen, statt von Veränderung des Naturrechts oder der Rechtsprinzipien von ihrer *Aktualität* zu reden. Für das, was jeweils aktuell ist, brauchen wir handfeste Formeln. Aber was hier und heute aktuell ist, das ist an anderen Orten, zu anderer Zeit, unter anderen Umständen *unaktuell*, *obsolet*. So werden Rechtsprinzipien aktuell und verlieren ihre Aktualität wieder, aber das, was sie richtig aussagen, ist und bleibt ewig richtig; was sie unzutreffend aussagen, war, ist und bleibt ewig unzutreffend. Genau das dürfte auch gemeint sein, wenn von verschiedenen „Anwendungen“ gesprochen wird. Wenn es aus welchem Grunde immer keinen gerechten Krieg mehr geben kann oder tatsächlich keinen gibt, dann hat sich die Norm, daß im gerechten Krieg der Gegner zu töten erlaubt ist, nicht im allermindesten geändert; sie ist nur nicht mehr aktuell, kann aber vielleicht einmal wieder aktuell werden. Alle unsere Normen sind richtig verstanden Wenn-Dann-Sätze; als solche bleiben sie auf ewig so wahr oder so irrig wie zur Zeit ihrer höchsten Aktualität.

Gleichviel ob man diesen Vorschlag zur Terminologie annimmt oder nicht, die „Geschichtlichkeit“ der Rechtsprinzipien bedeutet in philosophischer Hinsicht nicht allzuviel; sie besagt zweierlei:

1) Das, was wir in diesen Prinzipien auf eine Formel bringen, ist unbeschadet eines darin enthaltenen unwandelbaren Kernes *wandelbar*; mit dessen Wandel wandelt sich der *Sinn* des Prinzips bis zu einer Grenze, über die hinaus es in seiner bisher gebräuchlichen Fassung unbrauchbar wird und sprachlich neu, d. i. anders gefaßt werden muß. — Als Ergebnis der lange umstrittenen Frage, ob oder inwieweit Gesetze *ex tunc* oder *ex nunc* auszulegen seien, dürfte dies heute für mehr oder weniger alle in Satzform gekleideten Normen anerkannt sein; man vergegenwärtige sich beispielsweise den Wandel in der Auslegung der Bestimmungen des BGB von 1896, in Kraft getreten 1. 1. 1900, im wissenschaftlichen Schrifttum und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung dieser acht Jahrzehnte.

2) Gerade um dem überzeitlich und überörtlich gültigen Rechtsgedanken, den wir schon begrifflich nicht adäquat erfassen und noch weniger sprachlich adäquat auszudrücken vermögen, so nahe zu kommen wie möglich, dürfen wir brauchbare Rechtsprinzipien nicht willkürlich oder nach Belieben ändern oder umformulieren, sondern haben uns zu bemühen, dem geschichtlichen Wandel dessen, was dieser Rechtsgedanke jeweils fordert, mit größter Treue zu folgen und unsere Rechtsprinzipien, zunächst ihre Auslegung, nach Erfordernis aber auch ihre Formulierung behutsam diesem Wandel anzupassen.

Man könnte wohl auch sagen, nicht den Rechtsprinzipien komme „Geschichtlichkeit“ zu, sondern deren „Geschichtlichkeit“ spiegele lediglich die „Geschichtlichkeit“ des Rechtes selbst, d. i. dessen, was objektiv *iustum*, „*rechtes*“ *ist*. Dessen ist L. sich durchaus bewußt; Rechtsprinzipien „gelten nur insoweit, als ihre nicht mitangesprochenen, aber vorausgesetzten geschichtlichen Faktoren (*sic!*) gegeben sind“ (70). Schade, daß er sein Thema so eng begrenzt und die von ihm keineswegs übersehenen gewichtigen erkenntnistheoretischen, ontologischen und spezifisch rechtsphilosophischen Probleme ausgeklammert hat.

### Zur Epikie

Unbefriedigend ist die Art, wie Llompert — allerdings in Übereinstimmung mit einer weit verbreiteten, um nicht zu sagen herrschenden Lehre sich zur Epikie äußert (29–34); er versteht sie als eine besondere, d. i. außergewöhnliche Art der Gesetzesauslegung. Hier macht sich wieder die schon früher beklagte Vorstellung vom *princeps* als Gesetzgeber geltend. Am Anfang steht der Wortlaut des Gesetzes; zu

ermitteln ist der Wille des Gesetzgebers, d. i. was dieser gedacht und gewollt habe oder gedacht und gewollt haben würde in Hinblick auf Fälle, in denen der Wortlaut zu keinem vernünftigen Entscheid führt. Kann man den Gesetzgeber fragen, dann muß man es sich von ihm sagen lassen; kann man ihn nicht fragen, dann soll man unterstellen, daß er als weiser und gerechter Gesetzgeber gewollt habe, wolle oder wollen würde, was hier und jetzt objektiv das Rechte ist. Und dann solle man tun, was das schweizerische Zivilgesetzbuch dem Richter für den Fall vorschreibt, daß er für den von ihm zu entscheidenden Fall im Gesetz keine anwendbare Vorschrift findet: Er soll so entscheiden, wie er denkt, daß ein weiser und gerechter Gesetzgeber einen Fall dieser Art regeln würde.

Der Fehler dieses Ansatzes besteht darin, den *Willen* des Gesetzgebers, d. i. das von ihm *Gewollte*, als letztlich maßgebend anzusehen. Maßgeblich ist aber nicht, was er als diese physische Person will, gewollt hat oder wollen würde, sondern was die *auctoritas publica* bei gegebener Lage der Dinge um der *necessitas boni communis* willen verbindlich machen *kann* oder verbindlich machen *muß*. Die Frage, was ein weiser und gerechter Gesetzgeber gewollt habe oder wollen würde, ist nur eine *Verkleidung* für die Frage, was die *necessitas boni communis* hier und jetzt gebietet. *Danach* habe ich zu fragen, und diese Frage brauche ich nicht generell in Gestalt eines ad hoc erdachten Gesetzes zu beantworten, um dann meinen Fall unter dieses Gesetz zu subsumieren, sondern ich habe diesen konkreten Fall im Lichte der meiner Erkenntnis zugänglichen Erfordernisse des *bonum commune cum respectu ad naturam humanam cum omnibus eius relationibus et circumstantiis* zu würdigen und einen Entscheid zu treffen, der diesen Erfordernissen, Verumständen usw. Rechnung trägt.

Der Verf. selbst weist mehrmals darauf hin (14, 43), daß der konkrete Einzelfall nicht im Weg der Subsumption unter das Prinzip als Obersatz zu entscheiden ist. Läßt sich nun aber der konkrete Einzelfall grundsätzlich nicht durch bloße Subsumption unter eine Norm als Obersatz entscheiden, dann *muß* in jedem Fall, in dem wir uns entscheiden, etwas von dem mitspielen, was wir in den Fällen, in denen wir mit dem gewohnten Verständnis der Norm nicht zu Rande kommen, als „Epikie“ thematisieren. Zwischen dieser thematisierten Epikie und dem ständigen, in unser reflexes Bewußtsein gar nicht eintretenden Spiel unseres „für die menschliche Natur konstitutiven *sensus recti iustique*“ (vgl. oben Al. Rüstow) besteht kein essentieller, sondern nur ein gradueller Unterschied. – Recht verstanden ist die Epikie keine *interpretatio verborum legis extraordinaria*, nicht etwas, an das man mit vorsichtiger Zurückhaltung, um nicht zu sagen mit schlechtem Gewissen herangeht; in Wahrheit ist die Epikie die *Seele*, die aus der Totenstarre des Buchstabens *lebendiges Recht* erweckt. Damit ergibt sich auch schon die Antwort auf die Frage, ob es dem Naturrecht gegenüber „Epikie“ gebe. – Sind unter Naturrecht *positivierte Naturrechtssätze* verstanden, dann läßt der konkrete Einzelfall sich genau so wenig unter sie als Obersätze subsumieren wie unter rein positive Normen. Infolgedessen ist hier jenes Mindestmaß Epikie, ohne das der Schritt von der generellen Norm zum individuell-konkreten Einzelfall überhaupt nicht vollzogen werden kann, auch ganz ebenso unentbehrlich; fraglich kann nur sein, ob oder inwieweit darüber hinaus Bedarf besteht nach dem höheren Grad „thematisierter“ Epikie oder doch Raum dafür ist. Das dürfte wesentlich von der Qualität des Rechtsprinzips abhängen, das als solches immer unvollkommenes Menschenwerk ist und daher den einschlägigen Rechtsgedanken mehr oder weniger unvollkommen zum Ausdruck bringt. Je unzulänglicher das Prinzip formuliert ist, um so mehr wird es erforderlich sein, durch Epikie seine Ecken und Kanten abzuschleifen und seine Lücken zu schließen.

Nach Epikie gegenüber dem *Naturrecht selbst* dagegen kann man nur fragen, wenn man im Sinne des bereits eingangs gerügten Anthropomorphismus sich Gott

als den Gesetzgeber vorstellt, der die *lex aeterna* in Allgemeinbegriffen denkt und das *ius naturale* in Sätzen menschlicher Sprache formuliert. Nun besteht das Naturrecht aber gerade nicht aus Sätzen, am allerwenigsten aus auslegungsbedürftigen Sätzen; infolgedessen *fehlt* ex definitione der begriffliche Einsatzpunkt der Epikie. Alles und jedes Menschenwerk ist auslegungsbedürftig und auslegungsfähig, aber eben auch *nur* das Menschenwerk. Unsere Sätze, mit denen wir auszudrücken versuchen, was naturaliter iustum ist, sind wie überhaupt all unsere Erkenntnis Menschenwerk; das gilt also auch von dem Weg, auf dem wir zur Erkenntnis des Naturrechts gelangen. Das Naturrecht *selbst*, d. i. daß dieses Recht und jenes Unrecht *ist*, das ist Gottes heiliger Wille; das allein, das aber auch ganz und gar ist Gottes Werk, ist ganz vollkommen, braucht keine Nachhilfe oder Nachbesserung. In Bezug auf das Naturrecht die Frage nach der Epikie stellen, wenn anders die Frage wirklich dahin zielt, heißt den immer konkreten hl. Willen Gottes auf die Ebene menschlicher Abstraktionen herabziehen, ihn zu menschlichen Abstraktionen umfälschen. Da das wohl niemand will, verrät sich in dieser Frage ein fundamentales Mißverständnis dessen, was Naturrecht ist oder meint.

Möge Llompart uns in absehbarer Zeit ein weiteres Werk schenken, in dem er auf die Fragen eingeht, die er in diesem – leider – mit so großem Geschick ausgespart hat!