

## DER GEGENSTAND DER MODERNEN NATURRECHTSFORSCHUNG ODER ÜBER DEN ZUSAMMENHANG ZWISCHEN NATURRECHT, AXIOLOGIE UND RECHTSGESCHICHTE

Der Titel meines Referates mag absonderlich erscheinen

Zunächst verknüpft er Disziplinen, die die moderne Wissenschaft in der Regel nicht in Zusammenhang setzt, sondern eher in Gegensatz sieht

Dies gilt für das Verhältnis von Naturrecht und Rechtsgeschichte Ist doch die Rechtsgeschichte als wissenschaftliche Disziplin im 19 Jahrhundert gerade in bewusstem Gegensatz zur naturrechtlichen Betrachtungsweise der Aufklärungszeit entwickelt worden und hat sich betont als wissenschaftliche Überwindung des Naturrechts verstanden Und eine erste Überlegung über den Gegenstand beider Disziplinen scheint dieser Betrachtungsweise auch recht zu geben Denn die Rechtsgeschichte hat es mit der geschichtlichen Entstehung positiver Normen zu tun, die Naturrechtslehre aber beschäftigt sich, wenn sie überhaupt einen wissenschaftlichen Gegenstand hat, mit überpositiven und übergeschichtlichen Normen

Eine ähnliche Beziehungslosigkeit scheint aber auch zwischen Axiologie und Naturrecht zu bestehen Denn bei dem Begriff Naturrecht denken wir nicht so sehr an bestimmte Werte wie Gerechtigkeit und Billigkeit, als vielmehr an ein System von juristischen Normen, die überzeitliche Geltung beanspruchen

Vor allem aber stellt sich die Frage, ob denn die Naturrechtslehre überhaupt als Bestandteil der modernen Wissenschaft anerkannt werden kann, es sei denn als Gegenstand geistesgeschichtlicher Forschung Gibt es denn, so werden viele fragen, für diese Disziplin überhaupt einen Gegenstand der Forschung, gibt es eine (in den Augen der modernen Wissenschaft) legitime Fragestellung, die dieser Disziplin einen Inhalt gibt?

Diesen ersten Einwänden lassen sich freilich eine Reihe von Argumenten gegenüberstellen Was den Gegensatz von naturrechtlicher und historischer Betrachtungsweise angeht, so ist immerhin daran zu erinnern, dass die historische Schule selbst ihre Aufgabe darin gefunden hat, die Geschichte "des Rechts" also einer moralischen Idee zu schreiben Und dieser

Gedanke ist nie ganz verloren gegangen. Der vor einigen Jahren verstorbene grosse Rechtshistoriker Heinrich Mitteis konnte schreiben "Die Bewährung der Rechtsidee in der Geschichte aufzuzeigen, darin liegt der tiefste Sinn der Rechtsgeschichte". Für diese Auffassung wird aber der absolute Gegensatz zwischen Naturrecht und Rechtsgeschichte bereits problematisch. Und andererseits, wenn wir an das Naturrecht als ein System überpositiver natürlicher Normen denken, so lässt sich immerhin die Frage stellen, ob diese Normen nicht auf bestimmte ethische Werte zurückzuführen sind.

Dieser Gedanke ist freilich im Naturrecht der Aufklärungszeit stark zurückgetreten. Immerhin lässt auch sie die Rückbeziehung auf einen Wert deutlich hervortreten, nämlich auf die Idee der Freiheit. Was endlich die Frage angeht, ob das Naturrecht ein legitimer Gegenstand wissenschaftlicher Überlegung sei, so liesse sich erwidern, dass schon das ständige Wiederauftauchen dieser Idee, und zwar gerade in den schweren Konfliktsituationen, in die die moderne politische und soziale Entwicklung den Menschen drängen, Anlass genug sein sollte, sich die Frage zu stellen, was es mit diesem Gedanken denn für eine Bewandnis habe.

Wenden wir uns also unserem Thema zu

## I

Die Naturrechtslehre ist für den modernen Betrachter zunächst ein Bestandteil der philosophischen Tradition. Sie hat für lange Zeit, vom fünften vorchristlichen Jahrhundert an, einen Teil der Rechtslehre und der Ethik Europas gebildet. Bis weit in das 19. Jahrhundert hinein war ihr Platz in Philosophie und Rechtswissenschaft unbestritten. Erst seitdem ist es zweifelhaft geworden, ob das Naturrecht als Wissenschaft möglich ist.

Eine Auseinandersetzung mit dieser Grundfrage muss in E mit der einfachen Frage beginnen, was denn der Gegenstand dieser traditionellen Disziplin gewesen ist. Anders ausgedrückt: auf welches Problem die traditionelle Naturrechtslehre eine Antwort sein sollte, welche Frage an ihrem Anfang gestanden hat.

Damit erweist es sich auch hier, wie häufig in der Auseinandersetzung mit Lehrgebäuden, die in einer langen Ent-

wicklung entstanden sind, als zweckmässig, möglichst weit an den Anfang der Doktrin zurückzugehen. Erfahrungsgemäss tritt dort das eigentliche Anliegen einer solchen Disziplin deutlicher hervor als in einem späteren Zeitpunkt, wenn bereits eine feste Lehr- und Begriffstradition vorhanden ist. Denn in diesen späteren Perioden pflegt sich die Auseinandersetzung schon im Rahmen dieser Lehrtradition abzuspielen, die Grundfragen selbst treten dann häufig nicht mehr so deutlich hervor. Aus diesem Grunde erscheint es zweckmässig, zu prüfen, wie sich das Problem des Naturrechts bei Aristoteles darstellt.

Von seinen verschiedenen Schriften ist in unserem Zusammenhang vor allem das 5. Kapitel der Nikomachischen Ethik aufschlussreich. Hier spricht Aristoteles im 7. Abschnitt vom πολιτικόν δίκαιον, d. h. wie Abschnitt 6 des 5. Kapitels ergibt, dem Recht der griechischen Stadtrepubliken, in dem nicht die Willkür eines Einzelherrschers, sondern unpersönliche Rechtsgrundsätze galten, die für alle gleich waren.

Aristoteles hat hier also, wenn wir den modernen Sprachgebrauch anwenden, das positive Recht der griechischen Stadtstaaten im Auge. Hier sagt er nun:

“Vom δίκαιον πολιτικόν ist ein Teil natürlich φυσικόν ein Teil gesetzlich νομικόν. Natürlich ist, was überall die gleiche Bedeutung hat und nicht davon abhängig ist, ob die Menschen dies oder jenes denken. Gesetzlich, was ursprünglich so oder so entschieden werden kann, aber einen Unterschied macht, nachdem es (durch den Gesetzgeber) entschieden worden ist.

Aristoteles unterscheidet also im positiven Recht selbst zwei Bestandteile: das Dikaion physikon (=lex naturalis, Naturrecht) und das Dikaion nomikon oder gesetzliches Recht. Das erstere wird uns erläutert als diejenigen Rechtsnormen, die überall gelten und nicht auf der blossen Meinung der Menschen beruhen, das letztere dagegen gibt Regeln für Fragen, die an und für sich in verschiedener Weise entschieden werden können, so dass also die positiv vorhandene Regel nur auf der Entscheidung des Gesetzgebers beruht. Als Beispiel dafür wird angeführt, dass das Lösegeld für einen Kriegsgefangenen eine Mine beträgt.

Was das Dikaion physikon angeht, so ist zunächst wichtig festzuhalten, dass Aristoteles das Naturrecht dem positiven

Recht nicht gegenüberstellt, sondern als Bestandteil des positiven Rechts selbst ansieht. Diese sehr wichtige Einsicht ist geeignet, manches moderne Missverständnis zu beseitigen. Halten wir fest, dass für Aristoteles das Naturrecht im positiven Recht selbst zu finden ist.<sup>1</sup>

Wodurch ist nun aber das Naturrecht gekennzeichnet? Hier können wir Aristoteles folgende Hinweise entnehmen. Zunächst ist es wichtig, dass Aristoteles vom *Dikaion physikon* spricht. Diese Bezeichnung muss man auf dem Hintergrund der damaligen griechischen Philosophie verstehen. Seit der Sophistik stellten sich die Griechen bei einer Reihe von Phänomenen des menschlichen Kulturlebens die Frage, wie weit handelt es sich hier um willkürliche Schöpfungen des Menschen, wie weit sind diese Schöpfungen durch die Natur der Dinge selbst vorbestimmt, so dass der Mensch zwar vorgegebene Zusammenhänge ausdrücken, nicht aber willkürlich Neues schaffen kann. Diese Frage hat man sich zum Beispiel hinsichtlich der Sprache gestellt.

Wenn dieser Gedanke nun auf Rechtsnorm übertragen wird, so bedeutet das, dass Aristoteles annimmt, dass es Rechtsregeln gibt, deren Inhalt der Mensch nicht frei bestimmen kann, sondern der ihm in den Verhältnissen vorgegeben ist, so dass der Gesetzgeber nur aussprechen kann, was er als in den Verhältnissen notwendig gegeben erkannt hat. Dieser Deutung des Begriffs *Dikaion physikon* entspricht es, dass Aristoteles diesen Normenkomplex im Gegensatz zu solchen Normen stellt, deren Inhalt auf der freien Entscheidung des Gesetzgebers beruht. Ebenso steht damit die weitere positive Kennzeichnung in Einklang, dass das *Dikaion physikon* überall bei mehr oder weniger allen Menschen anerkannt ist und

<sup>1</sup> Dass dies nicht nur die Meinung des Aristoteles gewesen ist, sondern im Altertum überhaupt eine weit verbreitete, wenn nicht die herrschende Auffassung war, zeigt uns das Lehrbuch des Gaius (ca. 160 nach Christi Geburt), welches gerade, weil es ein Lehrbuch ist, besonders geeignet ist, uns zu vermitteln, was die allgemeine Anschauung war. Gaius sagt im Anfang seiner Institutionen folgendes: "Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius civile, quasi ius proprium ciuitatis, quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur."

unabhängig vom blossen Meinen der Menschen zeitlos gültig ist <sup>1</sup>

Denn wenn es Normen gibt, deren Inhalt durch die Verhältnisse selber bereits festgelegt ist, so müssen diese Normen in der Tat überall auftauchen, wo die menschliche Einsicht so weit fortgeschritten ist, dass sie diese Zusammenhänge der Dinge selbst erkennt

Für die Frage nach dem Gegensatz des Naturrechts können wir aus dieser Stelle bei Aristoteles also entnehmen, dass es dabei um diejenigen Regeln der Rechtsordnung geht, hinter denen nicht allein eine Entscheidung eines Machthabers steht, sondern deren Inhalt bereits vorher nach objektiven Verhältnissen feststeht und daher unabhängig von subjektivem Meinen ist

Stellt man die Frage so, so schliesst sich natürlich die weitere an, wie es möglich ist, dass ein Teil der Rechtsordnung in dieser Weise seinem Inhalt nach vorherbestimmt ist Anders ausgedrückt, worin diese Art objektiver Vorherbestimmung ihre Grundlage hat

Die Antwort, die die antike Philosophie darauf bereit hat, ist nicht so eindeutig wie die Entwicklung der ursprünglichen Frage Aristoteles geht darauf in der Nikomachischen Ethik nicht *expressis verbis* ein Dem Zusammenhang der Stelle nach liegt es freilich nahe anzunehmen, dass Aristoteles an die ethischen Grundlagen des Rechts, insbesondere an die Folgerung aus dem, was unmittelbar als gerecht einzusehen ist, gedacht hat Denn er spricht ja vom *Dikaion physikon* Bei Cicero tritt freilich eine andere Lehre hervor, die wohl die Stoa entwickelt hat, nämlich die Lehre von der *lex aeterna* und der zwischen allen Menschen bestehenden Gemeinschaft Diese Lehre, die dann für lange Zeit mit der Naturrechtstheorie verknüpft bleibt, gibt zwar eine eindrucksvolle spekulative Antwort auf unsere Frage, ist aber insofern nur formalen Charakters als über den Inhalt dieser *lex aeterna* selten Genaueres gesagt wird Insofern hat diese metaphysische Annahme die bestehenden Zusammenhänge eher verdunkelt, und man muss versuchen, über sie hinweg zu denjenigen Gesichtspunkten vorzudringen, aus denen die objektive inhaltliche Bestimmung der Norm in Wahrheit abgeleitet wird

<sup>1</sup> Diese letzten Kriterien wiederholt Aristoteles und führt sie näher aus in seiner Rhetorik I, 13

Auch hier ist es nicht ohne Wert, die Schriften der Juristen des Altertums heranzuziehen, weil sich darin die praktischen Ergebnisse der Spekulation widerspiegeln. Nimmt man unter diesem Gesichtspunkt die Anthologie rechtsphilosophischer Stellen zur Hand, als die sich der Eingangstitel der Digesten (D. I. 1) darstellt, so sieht man, dass die Antike in diesem Zusammenhang vor allem an zwei Phänomene gedacht hat. Zunächst spielen in der Tat ethische Grundbegriffe, wie *Iustitia* oder *fides* eine Rolle. Daneben wird auf gewisse soziologische Grundstrukturen verwiesen, die in allen Gesellschaften in der einen oder anderen Ausprägung vorkommen wie politische Herrschaft, Familie, Gütertausch durch Vertrag und ähnliches.

Der Rückgriff auf die Ausgangsfrage, welche der Naturrechts-Doktrin zu Grunde liegt, führt also zu folgendem Ergebnis. Es handelt sich um die Frage nach denjenigen Normen innerhalb der positiven Rechtsordnung, deren Inhalt dem Gesetzgeber aus objektiven Zusammenhängen ethischer oder soziologischer Natur vorgezeichnet ist und deren inhaltliche Bestimmung daher nicht dem freien, willkürlichen Ermessen des Gesetzgebers überlassen bleibt.

Die Antike war der Meinung, dass solche Rechtsnormen existieren und dass sie inhaltlich unmittelbar aus ethischen Gegebenheiten oder soziologischen Verhältnissen abgeleitet werden können. Soweit sie dabei auf ethische Werte als Grundlage dieser Normen verwies, handelt es sich bei dieser Naturrechtslehre also systematisch um Axiologie, d. h. um die Inhaltsermittlung ethischer Werte.

## II

Nachdem wir in dieser Weise gesehen haben, worum es bei dem Naturrecht ursprünglich ging, liegt es nahe, sich zu fragen, ob denn in dem, was wir über das positive Recht und seine Entwicklung wissen, also in unserer Erfahrung vom Recht, das Phänomen, das die antiken Autoren, das etwa Aristoteles vor Augen hatte, überhaupt auftaucht. Ob also sich Normen finden, welche inhaltlich unmittelbar aus Wertvorstellungen abgeleitet und damit dem Gesetzgeber vorgegeben sind.

Für die Beantwortung dieser Frage steht uns ein unendlich viel grösseres Material zur Verfügung, als es bei der antiken Wissenschaft, trotz der durch Aristoteles und seine Schule vorgenommenen rechtsvergleichenden Arbeiten, der Fall war. Die Rechtsentwicklung der Kulturnationen ist sorgfältig und in vielen Einzelheiten untersucht. Ebenso sind die Zustände primitiver Völker, also die Rechtsordnungen früherer Kulturstufen, zum Gegenstand der Forschung gemacht worden. Aber gerade die Fülle des vorhandenen Materials erschwert seine Auswertung. Der Rechtshistoriker bleibt im allgemeinen in seinen spezifisch-historischen Fragestellungen befangen, den Rechtsphilosophen verwirrt die Fülle der Einzelheiten, die die Rechtsgeschichte darbietet. Es fehlt uns nicht nur auf weite Strecken die Synthese unserer rechtshistorischen Detailkenntnisse — wie sie etwa Holdsworth für die englische Rechtsgeschichte geliefert hat —, es fehlt vor allem eine Analyse der Ergebnisse der Rechtsgeschichte unter allgemeinen rechtstheoretischen Gesichtspunkten, eine philosophische Rechtsgeschichte sozusagen oder Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte.

Es ist naturgemäss unmöglich, diese Lücke durch einen Vortrag zu schliessen. Immerhin möchte ich durch einige Beispiele zeigen, was die Rechtsgeschichte in unserem Problemzusammenhang beizutragen in der Lage ist.

Es gibt zwei Phänomene, die in unserem Zusammenhang von Bedeutung sind: das, was man mit Simmel als "*die Wendung zur Idee*" in der Rechtsgeschichte bezeichnen könnte und die *innere Logik in der juristischen Problementwicklung*, wie man sie in rechtshistorischen Abläufen beobachten kann.

Als *Wendung zur Idee* möchte ich dabei die Erscheinung bezeichnen, dass in der Entwicklung eines bestimmten positiven Rechts an einem gegebenen Zeitpunkt eine moralische Idee als für einen bestimmten rechtlichen Bereich massgebend erkannt wird, als innere Logik die Erscheinung, dass bei der Entwicklung bestimmter rechtlicher Institutionen eine gewisse innere Notwendigkeit sich beobachten lässt, in der Weise, dass die einzelnen Regelungen, welche das Rechtsinstitut ausmachen, nicht nur in einer bestimmten zeitlichen Reihenfolge entstehen, sondern auch innerlich voneinander abhängig und durch einander bedingt sind, so dass man sie

alle als Entfaltung einer bestimmten Gegebenheit betrachten muss

Für beide Phänomene möchte ich einige Beispiele geben. Ich nenne zunächst die Entwicklung des römischen Vertragsrechts.

Bekanntlich wird das römische Vertragsrecht ursprünglich und noch im 5. Jahrhundert zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung von stark formalen Gesichtspunkten beherrscht. Ich lasse andere Formen bei Seite und behandle vor allem die sog. *Stipulatio*. Bei dieser beruht die Vertragsbindung, also die eigentliche Rechtswirkung des Vertrages darauf, dass beide Parteien bestimmte Wortformeln sprechen. Der Gläubiger zählt die Leistungen, die ihm versprochen sein sollen nacheinander auf und fragt dann unter Verwendung bestimmter vorgeschriebener Worte den Schuldner, ob er diese Leistungen verspricht. Der Schuldner gibt das Versprechen ab, indem er das gleiche Wort wie der Gläubiger verwendet, etwa das Wort *promittere*. Die Beobachtung dieses Wortformalismus allein begründet den Vertrag. Fehlen die vorgeschriebenen Worte oder ist ein Formfehler vorgekommen, so tritt keine Rechtswirkung ein. Auf den Parteiwillen kommt insofern nichts an. Andererseits entsteht die Rechtswirkung, wenn die Formel gewahrt ist, unabhängig davon, ob etwa Umstände vorhanden sind, die einen echten Vertragswillen ausschliessen, etwa Zwang oder Betrug oder ein Irrtum. Daher muss für diese Fälle später durch besondere Rechtseinrichtungen, wie den prozesualen Gebrauch einer *exceptio doli*, Sorge getragen werden.

Auch die Auslegung des Vertrages erfolgt streng nach dem allgemeinen üblichen Wortsinn, die Vertragserfüllung ist gegeben, wenn wortwörtliche Erfüllung vorliegt. Die Parallele zur Behandlung und Wirkung religiöser Gebets- und Zauberformeln liegt nahe.

Neben diese alte Schicht formalen Rechts tritt dann aber etwa im 2. vorchristlichen Jahrhundert eine ganz andere Schicht des Vertragsrechts, besser gesagt, des Rechtes bestimmter Verträge. Sie beruht auf der Erkenntnis, dass bei diesen Verträgen der *bona fides* eine besondere Bedeutung zukommt, dem Umstand, dass durch freiwillige Bindung die Parteien ihre Treue verpfänden haben. Der Prätor erkennt bestimmte Verträge, z. B. den formlosen Kauf,



die *emptio venditio*, als bindend an, obwohl keine Form vorhanden ist, weil die *bona fides* verlangt, dass die versprochenen Leistungen erbracht werden. Die Formel, mit der der Prätor den Geschworenen instruiert, wie er zu urteilen hat, ist in diesem Falle ausserordentlich aufschlussreich. Der Prätor sagt, dass, den Nachweis des Vertragsabschlusses vorausgesetzt, der Geschworene dem Gläubiger zusprechen soll: "quid quid dare facere oportet ex fide bona".

Die Forschung hat lange Zeit geglaubt, dass bei dieser Formel die Worte "ex fide bona" nur den Massstab bezeichnen, an dem die Leistung des Schuldners zu messen ist. Die neue Forschung hat erkannt, dass diese Auffassung zu eng ist. Die prätorische Formel sah in der Tat bei diesen Verträgen die Grundlage des Vertrages selbst in der *bona fides*. Der Vertrag verpflichtet, weil die Treue engagiert ist, weil die moralische Idee der *bona fides* eingreift.

Diese Erkenntnis führte nun in der Zeit des prätorischen Rechts nicht zu einer allgemeinen Umstellung des Vertragsrechts. Vielmehr traten die so anerkannten Verträge als *bonae fidei iudicia* neben die alten Formalverträge, wie die *Stipulation*. Gerade dies macht die römische Entwicklung besonders interessant. Denn dadurch können wir nun besonders deutlich sehen, dass in einer Reihe von Spezialfragen bei diesen Verträgen andere Regeln auftreten, als bei den Formalverträgen, den später sogenannten *stricti iuris iudicia*.

Eine kurze systematische Überlegung macht deutlich, dass von einer Bindung moralischer Art, wie sie durch die moralische Idee der Treue gefordert wird, da nicht die Rede sein kann, wo ein Versprechen nicht freiwillig abgegeben ist. Dem sittlichen Handeln, das hat schon Aristoteles herausgearbeitet, ist Freiheit und Freiwilligkeit immanent. In der Tat sehen wir nun, dass das römische Recht bei den der *bona fides* unterstehenden Verträgen die Momente des Zwangs, des Betruges und des Irrtums automatisch berücksichtigt. Es bedarf nicht der besonderen *exceptio doli* oder einer *exceptio metus*. Der Richter muss vielmehr ohne solche besondere Anweisung sozusagen automatisch darauf achten, ob der Vertrag freiwillig zustande gekommen ist oder nicht. Die römischen Juristen haben dafür einen höchst charakteristischen Ausdruck: *exceptio doli bonae fidei iudiciis inest*, sagen sie. Die *exceptio doli* ist in den *bonae fidei iudicia* sozusagen enthalten. Plastischer

könnte kaum zum Ausdruck gebracht werden, wie der sittliche Gehalt der bona fides die einzelnen Rechtsnormen der bona fides Verträge bestimmt. Auch der Irrtum wird berücksichtigt, und zwar charakteristischerweise, weil er den Konsens, die Übereinstimmung der Willen und damit die Entstehung der echten Treuebindung behindert. Die Auslegung der bona fides Verträge erfolgt weniger starr nach dem allgemeinen Wortsinne, es wird vielmehr auf den inneren Parteiwillen Rücksicht genommen.<sup>1</sup> Vor allem aber muss die Ausführung selbst dem Geist der Treue entsprechen. Bei den strengrechtlichen Verträgen, den Formalverträgen hatte die römische Jurisprudenz eine besondere Klausel entwickelt, durch die sich der Schuldner formal verpflichtete, dass er bei Ausführung des Vertrages nicht arglistig verfahren wolle "Dolus malus", so erklärte er, "aberit".

Wiederum wird uns von den Juristen erklärt, dass bei den bona fides Verträgen eine solche Klausel überflüssig ist. Denn der dolus malus muss auf alle Fälle abwesend sein, wo die Treue Grundlage des Vertrages ist.<sup>2</sup> Ich glaube, dieses Beispiel macht deutlich, was hier mit den Worten "Wendung zur Idee" und "innere Logik" gemeint ist. Wir sehen eine moralische Idee, die bona fides als Grundprinzip des Vertragsrechts erfasst werden, und wir sehen, wie nun alle Einzelregeln des neuen Vertragsrechts von der Eigenart dieser moralischen Idee bestimmt werden, sozusagen in der Logik dieser Idee entwickelt werden. Der Gedanke, dass der Vertrag sich auf die Treue gründet, ruft sogleich den weiteren hervor, dass nur die freiwillig eingegangene Verpflichtung binden kann. Es ist wohl doch charakteristisch, dass dieser Prozess sich später im Laufe unserer europäischen Rechtsgeschichte noch einmal wiederholt hat. Als im Mittelalter unter dem Einfluss des kanonischen Rechts das Vertragsrecht der ursprünglich germanischen Gebiete sich wiederum moralisiert, ist es gerade dieser Zusammenhang, der in den Vertragsklauseln sich widerspiegelt. Und wir wissen auch, dass die damals von den römischen Juristen gewonnenen Einsichten endgültig gewesen sind.

Denn in allen zivilisierten Rechten finden wir diesen Zusammenhang des Fundamentes des Vertrages und der Regeln,

<sup>1</sup> Vgl. Cicero de officiis 1,13 "Semper in fide quid senseris, non quid dixeris, cogitandum".

<sup>2</sup> Vergl. hierzu insbesondere die Stellen D.30.84.5 und D.18.1.68.1. Dazu die Darstellung etwa bei KASER, *Römisches Privatrecht*, I S. 208, 407.

die seine Ausführung beherrschen Dass die Auslegung und die Vertragserfüllung von der bona fides beherrscht werden, ist wohl einer der am meisten allgemein anerkannten Sätze

Ich stelle neben das Vertragsrecht das Deliktsrecht und ziehe als Beispiel wiederum die Entwicklung des römischen Rechtes heran

Es ist bekannt, dass die älteren römischen Gesetze auf diesem Gebiet versuchten, die inkriminierten Handlungen genau nach äusseren Merkmalen zu umschreiben Weder wird dabei jedoch das, was wir heute als inneren Tatbestand bezeichnen, also Vorsatz und Fahrlässigkeit, erwähnt, noch wird in jedem Fall ausdrücklich gesagt, dass die Handlung rechtswidrig sein muss

Demgegenüber sehen wir nun aber in der Anwendung dieser Bestimmungen, wie sich die Einsicht in das Wesen der menschlichen Handlung und vor allem die Einsicht in die Tatsache, dass nur eine freie, unserem Inneren entspringende Handlung die sittliche Verantwortung ins Leben rufen kann, durchsetzt, also jene Einsichten, die schon die griechische Ethik, die insbesondere Aristoteles in seinen Schriften im einzelnen entwickelt hat

Wir sehen, dass die Juristen die Notwehrhandlung als nicht unter das Gesetz fallend von der Schadensersatzpflicht freistellen <sup>1</sup> Noch charakteristischer ist aber, wie die Verschuldensidee einbezogen wird Das römische Gesetz über den Ausgleich von Sachschäden, die sog lex Aquilia erwähnte in seinem Tatbestand das Verschuldensmoment nicht Es war nur gesagt, dass der Täter "iniuria" handeln müsse Die römischen Juristen legen diesen Ausdruck nun entgegen seinem Wortsinn so aus, dass nur derjenige verantwortlich sei, der schuldhaft gehandelt habe Ulpian erläutert das Wort iniuria durch den Zusatz "id est si culpa quis occiderit" Auch hier sehen wir also, wie eine bestimmte sittliche Einsicht, hier die Einsicht in das Wesen einer Handlung, die allein moralische Verantwortlichkeit hervorrufen kann, das Recht modifiziert und schrittweise Veränderungen hervorruft, die alle aus dem Inhalt der moralischen Idee folgen

Bei antiken Rechtsentwicklung möchte ich nun ein Beispiel der modernen Rechtsentwicklung gegenüberstellen

<sup>1</sup> Vergl. D 9 2 4 pr

Die Ideen der Römer über das Deliktsrecht haben sich bekanntlich durchgesetzt. Fast alle modernen Zivilgesetze folgen dem Verschuldensprinzip. Aber in der Gegenwart beobachten wir, wie neben das Verschuldensprinzip ein ganz anderer Gesichtspunkt tritt. Denn angesichts der modernen technischen Entwicklung einerseits, der in der modernen Wirtschaft gegebenen Organisationsformen andererseits, wurde sehr bald deutlich, dass mit dem Verschuldensprinzip des Zivilrechts allein eine befriedigende Regelung der Schadensfälle nicht erreicht werden kann. Auf der einen Seite entstehen durch die Verwendung von Maschinen und technischen Prozessen in der industriellen Produktion besondere Betriebsgefahren, die zu Schadensfällen führen können, ohne dass der entstandene Schaden im Einzelfall auf ein Verschulden zurückführt. Auf der anderen Seite führt die moderne Grossorganisation dazu, dass wenn in solchen Fällen von einem Verschulden gesprochen werden kann, dieses Verschulden in der Regel nur bei einzelnen Arbeitern oder Angestellten, also typischerweise finanzschwachen Personen gegeben sein wird, sehr selten wird dagegen ein Verschulden der Leiter der Organisation, des Management, vorliegen. Aus dem einen oder dem andern Grunde wird daher es unmöglich sein, die Verschuldenshaftung erfolgreich geltend zu machen.

Hier sehen wir nun einen ganz anderen Gesichtspunkt hervortreten. Neben die auf dem Verschuldensprinzip aufgebaute deliktsrechtliche Haftung tritt eine Haftung aus dem Gedanken der sozialen distributiven Gerechtigkeit. Der Unternehmer, der einerseits durch die Verwendung der Technik die vorhin erwähnten besonderen Gefahren setzt, der andererseits aus diesem Betrieb auch den Gewinn zieht, soll auch für die besonderen Betriebsschäden haftbar gemacht werden. Eine Entwicklung in dieser Richtung lässt sich seit dem Aufkommen der Eisenbahnen in allen Zivilrechten beobachten. Teils sind entsprechende neue Gesetze ergangen, teils haben die Gerichte neue Prinzipien entwickelt. In Deutschland ist hierher etwa die Rechtsprechung unserer obersten Gerichte zu rechnen, welche die Frage, wann ein Unternehmen für Verschulden verantwortlich ist, in neuer, vom Gesetz abweichender Weise beantwortet. Die Einzelheiten dieser Entwicklung interessieren hier nicht. Was in unserem Zusammenhang wichtig ist, ist nur zu sehen, wie unter dem Einfluss einer

neuen moralischen Idee, hier der der ausgleichenden Gerechtigkeit, das Zivilrecht, das bisher auf dem reinen Verschuldensprinzip aufgebaut war, sich in zahlreichen Einzelheiten verändert Auch hier zeigt sich wieder das Phänomen, das wir als innere Logik bezeichnet haben, und das die Konsequenzen der einmal erfassten neuen moralischen Idee bis ins einzelne entfaltet

Ein letztes Beispiel mag uns der Entwicklung des Personenschutzes dienen Er zeigt uns, wie die allmähliche Entdeckung des Wesens der menschlichen Person sich mit innerer Logik in der Rechtsordnung ausdrückt

Dass die Achtung vor der menschlichen Person Bestimmungen zum Schutze ihrer körperlichen Integrität, Bestimmungen gegen Anschläge auf das Leben und körperliche Verletzung verlangt, ist eine der ersten juristischen Einsichten und in wohl allen Rechtsordnungen in irgend einer Form verwirklicht Interessanter für unser Thema ist der Schutz der geistigen Persönlichkeit Der älteste Bestand sind hier die Regeln, die die Beleidigung betreffen Aber welche Entwicklung hat der Schutz der geistigen Persönlichkeit gerade im modernen Privatrecht genommen? Ich erinnere nur an das angelsächsische Right of Privacy oder die Entwicklung des Persönlichkeitsrechtes im französischen und deutschen Zivilrecht Bedeutsamer noch ist die langsame Entfaltung der Gedanken von Gleichheit und Freiheit aller Menschen in unserem Recht

Schon sehr früh, schon zu einer Zeit, als die Sklaverei noch eine anerkannte und unbezweifelte Rechtsinstitution war, hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass es eigentlich unrecht sei, wenn ein Mensch der Willkür eines anderen unterworfen sei, dass es mit der sittlichen Würde der Menschen unvereinbar sei, wenn der eine Herr, der andere Sklave sei

Schon Aristoteles soll in I, 13 (1373 b) der Rhetorik nach einem antiken Scholiasten zitiert haben

“Frei schuf Gott alle, niemanden machte die Natur zum Sklaven” Dann hat bekanntlich die stoische Philosophie den Gedanken der ursprünglichen Gleichheit aller Menschen propagiert, der in der christlichen Ethik lebendig geblieben ist “Iure naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur” sagen Justinians Institutionen (I 22) Es ist ergreifend, zu sehen, wie der christliche Autor eines mittelalterlichen Rechts-

buches des Sachsenspiegels (ca 1225), als er auf das Problem der Leibeigenschaft zu sprechen kommt, diese moralischen Bedenken zur Geltung bringt "Do men ok recht erst satte, do ne was nen denstman unde (do) waren alle de lude vri, do unse vorderen here to lande quamen An minen sinnen ne kan ek is ok nicht op genemen na der warheit, dat jeman des anderen scole sin"

Schliesslich hat die Aufklärung den moralischen Gedanken der Freiheit und Gleichheit aller Menschen auch im Recht durchgesetzt Und nun ist es erstaunlich zu sehen, mit welcher Gewalt und inneren Konsequenz er sich durchsetzt und alle anfänglichen Beschränkungen niederreisst Ich erinnere hier an die Gesetzgebung der französischen Revolution, die die Ungleichheit der Stände beseitigt Ich erinnere an die von Wilberforce durchgekämpfte englische Gesetzgebung gegen die Sklaverei, an die Aufhebung der Leibeigenschaft in Preussen 1809, and die Logik der Entwicklung, welche die Ideen der amerikanischen Revolution hervorgerufen haben Bekanntlich waren die amerikanischen Politiker, die die Declaration of Independence erliessen, keineswegs überzeugt, dass ihre Erklärung, dass alle Menschen frei und gleich geboren seien, die Aufhebung der Sklaverei notwendig zur Folge habe Der Gedanke klang bei den Verhandlungen wohl an, wurde aber nicht weiter verfolgt Aber wir wissen auch, mit welcher unaufhaltsamen Gewalt eben dieser Gedanke sich im amerikanischen Recht schliesslich durchgesetzt hat

Der Befreiung der Sklaven und Leibeigenen folgt die Emanzipation der Frauen und in unserem Jahrhundert die Emanzipation der Kinder

Wir sehen, dass das Eherecht von einer Gemeinschaft, in der der Ehemann herrscht, zu einer echten Genossenschaft gleichen Rechtes umgestaltet wird Und wir sehen in unserem Jahrhundert, wie die Rechtsbeziehung zwischen Eltern und Kindern sich unter dem Eindruck der Gleichheitsidee grundstürzend wandelt

Ein ähnliches Bild konsequenter Entwicklung finden wir im Bereich der Grundrechte Nachdem einmal der Gedanke der politischen Freiheit gegenüber dem Staat ergriffen ist, entfaltet dieser Gedanke eine ganze Skala von Konsequenzen und ruft eine ganze Fülle von Rechten zum Schutz der Persönlichkeit in ihren verschiedenen Schichten hervor Man

kann geradezu sagen, dass die Grundrechte in ihrer Entwicklung die einzelnen Tendenzen, die die menschliche Persönlichkeit ausmachen, abspiegelt Bewegungsfreiheit, Eigentum, Glaubensfreiheit, Meinungsfreiheit, Freiheit der Wissenschaft, der Kunst sie alle schützen die menschliche Persönlichkeit in bestimmten Bereichen ihres geistigen Lebens gegenüber willkürlichen Eingriffen des Staates Mit den Grundrechten sehen wir eine Reihe von Instituten entstehen, die jene Urform des menschlichen Zusammenlebens, die politische Herrschaft, den Staat umgestalten und zum Rechtsstaat im modernen Sinne machen Es ist sicher nicht eine Betrachtung *ex post*, wenn wir dieser Entwicklung eine innere Logik zuschreiben

Ich glaube, es ist deutlich, dass die Rechtsgeschichten jenes Phänomen, das den antiken Denkern Anlass gab, die Naturrechtsdoktrin aufzustellen, tatsächlich aufweisen die Bestimmung von einzelnen Rechtsnormen ihrem Inhalt nach durch einen einmal erkannten moralischen Wert

Ich möchte nur noch hinzufügen, dass die hier besprochene Einsicht ganz unentbehrlich für eine Rechtsgeschichte ist, welche sich nicht darauf beschränken will, einfach Fakten aufzuzeichnen, sondern welche eine rechtliche Entwicklung von innen her verstehen will Es ist bekannt, dass in der Rechtsgeschichte, auch in der modernen Rechtsgeschichte, immer wieder die Frage diskutiert worden ist, wie weit der Rechtshistoriker moderne systematische Begriffe juristischer Art als Kategorien benutzen darf und muss, um vergangene Rechte zu verstehen Mindestens ebenso wichtig wie die Frage der Anwendung dieser modernen Begriffe, ist es aber für das Verständnis vergangener Rechtsentwicklungen, dass der Rechtshistoriker in der Lage ist, den systematischen Zusammenhang zu erfassen, der zwischen dem Inhalt einer moralischen Idee eines ethischen Wertes und einer bestimmten Ausgestaltung von Normen bestehen kann

Damit erweist sich aber die Frage der antiken Naturrechtslehre nach den Normen, deren Inhalt unmittelbar aus den objektiven Zusammenhängen sich ergibt, nicht nur als berechtigt, sondern geradezu als notwendig, um gewisse Aspekte in der Entwicklung des positiven Rechts zu begreifen Wir können gestützt auf die geschilderten Beobachtungen in der Rechtsgeschichte sagen, dass man, ohne sich die Frage gestellt

zu haben, die Aristoteles und seine Nachfolger sich stellten, die innere Struktur des positiven Rechts gar nicht begreifen kann

### III

Freilich können wir bei dieser Erkenntnis der methodischen Fruchtbarkeit jener naturrechtlichen Fragestellung der Antike nicht stehenbleiben. Diese Erkenntnis selbst führt vielmehr zu einer weiteren Reihe von Fragen, die uns nun unmittelbar in die Zusammenhänge zwischen Axiologie und Naturrecht führen.

Gewiss sind zunächst die geschilderten rechtshistorischen Entwicklungen nur einzelne historische Tatsachen, besser individuelle historische Abläufe.

Sie zeigen, dass zu bestimmter Zeit und in einer bestimmten Kultur die für die Rechtsentwicklung verantwortlichen Menschen sich für bestimmte moralische Ideen, etwa die *bona fides* im Vertragsrecht, entschieden haben und geleitet von diesen Ideen, eine Reihe von Einzelnormen gemäss dem Inhalt der ergriffenen Werte entwickelt und bestimmt haben.

Aber aus dieser geschichtlichen Einsicht gelangen wir schnell zu Einsichten und Fragen überhistorischer Art.

Zunächst kann es uns nicht genügen festzustellen, dass zu einer bestimmten Zeit eine bestimmte moralische Idee, etwa die der *bona fides*, auftaucht und zu bestimmten inhaltlichen Normgestaltungen geführt hat, wir werden weiter wissen wollen, in welchem Umfange dieser Versuch gelungen ist, wir wollen feststellen, ob der Inhalt des betreffenden Wertes mehr oder weniger von dem fraglichen Normensystem aufgenommen worden ist. Es sind Fragen, die sich die Rechtsgeschichte immer wieder stellt und die sie in meist naiver Bewertung bei dem Vergleich verschiedener Rechte auch beantwortet. Im Grunde genommen aber ist dies keine historische, sondern eine systematisch-axiologische Frage.

Wenn wir in den Entwicklungen der einzelnen Rechte das Auftreten moralischer Ideen, wie Treue, Freiheit, Verantwortung usw. feststellen, so stellt sich sofort die Frage, in welchem inneren Verhältnis diese Ideen unter sich und zu der allem Recht unterliegenden Idee der Gerechtigkeit stehen. Damit ist die Frage nach dem System der Werte und nach ihrer übergeschichtlichen Einheit in diesem System gestellt.



Schliesslich Da es sich bei den hier angesprochenen Ideen um solche ethischer Natur handelt, werden wir uns nicht mit der Feststellung begnügen können, dass sie einmal gewirkt haben; wir werden vielmehr fragen, ob es nicht geboten war und ist, ihnen zu folgen, ob nicht eine Verpflichtung bestand, bestimmte Normen ihrem Inhalt gemäss auszugestalten

Damit stellen wir die Frage nach der verpflichtenden Kraft, nach der Geltung dieser Werte für die positive Rechtsordnung, nach der "idealen Abhängigkeit" des positiven Rechts von ihnen Mit anderen Worten, wir gelangen zu der Frage der Vorbildlichkeit oder Urbildlichkeit der ethischen Werte für juristische Normen

Mit all diesen Fragen werden wir von der Geschichte des Rechts in die Systematik der Axiologie geführt Es zeigt sich auch hier, dass dem Positiven überall die Beziehung auf die Idee immanent ist (Nicolai Hartmann) und ohne Rücksicht auf sie nicht verstanden werden kann Denn die Axiologie als Lehre von den Werten und ihren idealen Zusammenhängen ist diejenige Disziplin, die die aufgeworfenen Fragen zu beantworten sucht

Ich fasse zusammen

- 1 Der Gegenstand des Naturrechts ist —wenn wir auf die ursprüngliche Frage, die der Naturrechtsdoktrin zu Grunde liegt, zurückgehen— die Frage nach denjenigen Normen, deren Inhalt unmittelbar aus ethischen Werten oder aus der Natur der Sache erkannt und abgeleitet werden kann und die insoweit der willkürlichen inhaltlichen Bestimmung durch den Gesetzgeber entzogen sind
- 2 Die Rechtsgeschichte zeigt uns, dass es solche Normen gibt Sie zeigt uns in den Phänomenen der "Wendung zur Idee" und der "inneren Konsequenz der Rechtsentwicklung", welche Bedeutung ethische Einsichten für die positive Rechtsgestaltung besitzen Ja diese rechtsgeschichtlichen Prozesse sind ohne Einsicht in die Zusammenhänge zwischen dem Inhalt bestimmter ethischer Werte und einer bestimmten Gestaltung positiver Rechtsnormen gar nicht zu verstehen Die Rechtsge-

schichte zeigt damit die Berechtigung der alten Fragestellung des Naturrechts

- 3 Eine umfassende Erkenntnis dieses Phänomens der Geschichte ebenso wie des Gegenstandes des Naturrechts, kann aber erst gewonnen werden durch eine systematische Axiologie. Sie klärt die Bedeutung der einzelnen Werte für eine mögliche Rechtsgestaltung durch systematische Feststellung ihres Inhalts, sie klärt den überhistorischen Zusammenhang der einzelnen Werte im System und ihre verpflichtende Kraft

Die Axiologie ist damit die Grundlage des Naturrechts. Sie ermöglicht zugleich die Rechtsgeschichte als einen sinnvollen Prozess zu verstehen

HELMUTH COING