

# Existenzphilosophie und Rechtsphilosophie : kritischer Bericht über einige Neuerscheinungen

Autor(en): **Schultz, Hans**

Objekttyp: **BookReview**

Zeitschrift: **Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie =  
Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia =  
Swiss journal of philosophy**

Band (Jahr): **18 (1958)**

PDF erstellt am: **23.07.2024**

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

## Rezensionsabhandlung — Etude critique

### Existenzphilosophie und Rechtsphilosophie

Kritischer Bericht über einige Neuerscheinungen\*

*von Hans Schultz*

Unter Existenzphilosophie soll, vereinfachend und deshalb ungenau, hier die Weise des Philosophierens verstanden werden, welche maßgebend bestimmt wurde durch den Einfluß Sören Kierkegaards und die in Heidegger und Jaspers im deutschen Sprachgebiet ihre wichtigsten Vertreter besitzt. Ein solcher abkürzender Sprachgebrauch ist immerhin gedeckt durch eine gleiche Umschreibung der Existenzphilosophie in Otto Friedrich Bollnows zusammenfassender Darstellung<sup>1</sup>. Sachlich kann dieses Philosophieren gekennzeichnet werden dadurch, daß es von der Frage nach dem Sein und für den Menschen von dessen Dasein ausgeht und die Existenz als eine besondere Art des Daseins zu erfassen sucht.

Mit meinen Ausführungen beabsichtige ich keine Auseinandersetzung mit der Existenzphilosophie als solcher, sondern ich möchte nur zeigen, wie dieses Denken dem Juristen erscheint, welcher sich ihm von unten nähert, indem er die Grenzen seines Faches bewußt überschreitet, weil er, besonders als Strafrechtler, mit seinen Fragen nach Gebot, Pflicht, Schuld, Verantwortung, Freiheit, notwendigerweise über die fachlichen Grenzen hinausgeführt wird.

Es scheint der typischen, verzögernden Phasenverschiebung zu entsprechen, mit welcher das Recht und auch die Rechtsphilosophie sich mit neuen geistigen Erscheinungen auseinandersetzen, wenn heute die Rechtsphilosophie gemeinsam mit der Existenzphilosophie betrachtet werden soll; also in einem Zeitpunkte, in welchem die letztere den Höhepunkt ihrer fast modischen Anziehungskraft schon überschritten zu haben scheint. Indessen, mag auch die Eule der Minerva der Rechtsphilosophie besonders spät erst aufsteigen, so darf gleich zu Beginn darauf hingewiesen werden, daß bald nach der Begründung der Existenzphilosophie durch Heideggers «Sein und Zeit» die Rechtsphilosophie sich mit der neuen Denkweise auseinandersetzte. Gerhart Husserl suchte 1929 in seinen Untersuchungen über «Recht

---

\* Vortrag, gehalten am 21. Mai 1958, vor der Philosophischen Gesellschaft Zürich.

<sup>1</sup> Existenzphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1955.

und Welt»<sup>2</sup> den von Heidegger gezeigten neuen Ansatz des Denkens in der Rechtsphilosophie aufzunehmen. Husserl bestimmte den Zeitcharakter des mit ideierendem Einsatz erst zu erfahrenden Rechts als «Ein-für-allemal-Sein». Diesen Zeitcharakter erreiche das Recht, indem es starre, der immer fließenden geschichtlichen Entwicklung entzogene Tatbestände aufstellt und daran besondere Rechtsfolgen knüpft<sup>3</sup>. Der Rechtsphilosoph Julius Kraft, ein Schüler von Leonard Nelson, erteilte bereits 1932 Heideggers Existentialanalytik und der ihr vorausgehenden Husserlschen Phänomenologie in seiner scharfsinnigen Schrift «Von Husserl zu Heidegger»<sup>4</sup> eine entschiedene Absage.

Wenn heute die Bedeutung der Existenzphilosophie für die Rechtsphilosophie nochmals erörtert werden soll, so bedarf es einer kurzen Begründung. Diese kann einmal darin erblickt werden, daß in einer führenden neueren rechtsphilosophischen Arbeit, in Hans Welzels «Naturrecht und materiale Gerechtigkeit» das Ergebnis einer überaus kritischen Auseinandersetzung mit der Existenzphilosophie lautet:

«So können auch wir nicht hinter den Existentialismus zurück, so wenig wie die Neuzeit hinter den Nominalismus zurück konnte, sondern müssen durch den Existentialismus hindurch. Durch keine Ideenschau, keine Entleerungslehre und keine apriorischen Geschichtskonstruktionen kommen wir mehr über die Kontingenz geschichtlicher Gehalte hinweg. Hier enthält in der Tat die existentielle Entschlossenheit primär die einzige Leistung, die einen Sinn unabhängig von zeitlicher Dauer allein in sich selbst trägt und insoweit von ‚absolutem‘ Wert ist<sup>5</sup>.»

Die radikale Subjektivierung alles Denkens und Handelns, wie sie nach dieser Deutung die Existenzphilosophie brachte, wäre der Ausgangspunkt, und zugleich müßte die Überwindung dieser Subjektivierung die Aufgabe künftiger rechtsphilosophischer Forschung sein. Und es wäre nicht die letzte und unwichtigste Aufgabe philosophischer Besinnung, darüber zu wachen, daß nicht unversehens jene scheinbar ungebundene Subjektivierung in einen ebenso radikalen Dogmatismus umschlägt, sondern die Stimme des kritischen Denkens immerfort geltend zu machen. Angemerkt sei nur der Zweifel, ob außerhalb des deutschen und französischen Sprachgebietes der Weg der Philosophie und besonders der Rechtsphilosophie einzig durch

---

<sup>2</sup> In der Festgabe für Edmund Husserl, Halle 1929, S. 111–158. Dazu Erik Wolf, Bemerkungen zu «Recht und Welt» von Gerhart Husserl, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 90 1931, S. 328.

<sup>3</sup> Die Spannung zwischen positivem Recht und geschichtlichem Wandel der vom Recht zu regelnden sozialen Beziehungen, die Außerzeitlichkeit des positiven Rechts, deuten an die Äußerungen von Kant: «Der Ursprung der obersten Gewalt ist für das Volk, das unter derselben steht, in praktischer Absicht *unerforschlich*» (Kant, Die Metaphysik der Sitten, WW Ausgabe Cassirer, 7 S. 125, auch S. 147/8), und von Hegel, es sei «schlechthin wesentlich, daß die Verfassung, obgleich aus der Zeit hervorgegangen, *nicht als ein Gemachtes* angesehen werde» (Grundlinien der Philosophie des Rechts, ed. Lasson, Philos. Bibl. 124, 1911, § 273, Anm. S.225).

<sup>4</sup> Leipzig 1932.

<sup>5</sup> Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1. Aufl., Göttingen 1951, S. 195.

den Existentialismus offen steht, ja ob diese Haltung wirklich die herrschende in diesen beiden Sprachbereichen ist.

Eine erneute gemeinsame Betrachtung von Existenz- und Rechtsphilosophie erscheint ferner gerechtfertigt, weil in den letzten Jahren einige rechtsphilosophische Arbeiten erschienen sind, welche nicht, wie Welzel formulierte, durch den Existentialismus hindurch, sondern aus existenzphilosophischem Ansatz heraus zur Rechtsphilosophie gelangen wollen. Ich meine damit die Werke von Georg Cohen, «Existentialismus und Rechtswissenschaft»<sup>6</sup>, vor allem aber die beiden Veröffentlichungen von Werner Maihofer, «Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie»<sup>7</sup> und «Vom Sinn menschlicher Ordnung»<sup>8</sup>; ferner der Abschnitt über die Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie und Existenzphilosophie in Erich Fechners «Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts»<sup>9</sup>, die neueren Aufsätze von Gerhart Husserl, welche er unter dem Titel «Recht und Zeit» veröffentlichte<sup>10</sup>, endlich Wilhelm Weischedels Vortrag «Recht und Ethik»<sup>11</sup>.

Schließlich sei noch erinnert an eine Bemerkung Gustav Radbruchs in der letzten, posthum erschienenen Auflage seiner «Rechtsphilosophie», wonach er seine Auffassung im Sinne der von Jaspers gegen ihn gerichteten Kritik nicht als Relativismus, sondern als Existentialismus bezeichnen möchte<sup>12</sup>. Und von Radbruch stammt der Satz: «Weil es unmöglich ist, festzustellen, was gerecht ist, muß man festsetzen, was rechtens sein soll<sup>13</sup>», er beruft sich auf die «Entscheidung..., die aus der Tiefe des individuellen Gewissens geschöpft wird<sup>14</sup>».

Das Vorgehen wird so sein, daß zuerst an einige wesentliche Ausgangspositionen von Kierkegaard erinnert wird, welche zu einem Blick auf die Behandlung rechtsphilosophischer Fragen bei Heidegger, Jaspers und Sartre führen. Dieser Rückblick bereitet die Auseinandersetzung mit einigen der bereits genannten neueren Arbeiten vor, nämlich mit denen von Fechner und Maihofer.

Die noch stark der Phänomenologie von Edmund Husserl verpflichteten Arbeiten von Gerhart Husserl eignen sich für die hier beabsichtigte kritische Betrachtung weniger. Es mag erstaunen, daß ich auch darauf verzichte,

---

<sup>6</sup> Basel 1955.

<sup>7</sup> Frankfurt a. M. 1954.

<sup>8</sup> Frankfurt a. M. 1956.

<sup>9</sup> Tübingen 1956, Abschnitt G, S. 223–263. Die Hauptgedanken finden sich bereits in «Naturrecht und Existenzphilosophie», Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 41 1954/5, S. 305.

<sup>10</sup> Frankfurt a. M. 1955.

<sup>11</sup> Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 19; Karlsruhe 1956.

<sup>12</sup> Rechtsphilosophie, 4. Aufl., herausgegeben von Erik Wolf, Stuttgart 1950, S. 102, Anm. 1.

<sup>13</sup> Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, S. 82.

<sup>14</sup> Op. cit. 81. Ähnlich Rechtsphilosophie S. 102, wo Radbruch betont, es handle sich nicht um einen Entscheid nach Belieben, sondern eben nach dem Gewissen.

die Schrift von Georg Cohen eingehend zu erörtern, trägt sie doch gerade den Titel «Existentialismus und Rechtswissenschaft». Allein dieser Titel ist ein wenig irreführend. Von dem Grundsatz der Existenzphilosophie, Existenz sei der Essenz vorgeordnet<sup>15</sup>, ausgehend, bekämpft der Verfasser die angeblich heute noch übliche Begriffsjurisprudenz, welche auf dem magischen Partizipationsdenken im Sinne von Levy-Brühl beruhe und das stets sich ändernde menschliche Verhalten erfassen wolle, indem es abstrakten gesetzlichen Regeln untergeordnet werde. Cohen tritt ein für eine Beurteilung des einzelnen Streitfalles auf Grund der je gegebenen Situation, welche allerdings auch das gesetzliche Recht einschließt, insoweit es seine Lebensfunktion erfüllt. Cohen erneuert die Ansichten der sogenannten Freirechtsschule, und zwar in einer überspitzten Art. Und dies in einer Zeit, in welcher die wirklich begründeten Kritiken und Einsichten der Freirechtsschule längstens Gemeingut aller Juristen sind und, wie ZGB Art. 1 Abs. 2 zeigt, sogar vom Gesetz selber anerkannt wurden. So erweist sich die Arbeit von Cohen als eine Verbindung von Sartrescher Situationsethik, übertragen ins Sozialethische und Rechtliche, mit übersteigerten Ansichten der Freirechtsschule. Doch die eingehende Kritik dieses wilden Schöblings aus dem Stamm der Existenzphilosophie ist eine Aufgabe der Rechtswissenschaft.

So erscheint es angezeigt, sich nur mit den Ansichten von Fechner und Maihofer etwas eingehender zu befassen. Dies ist auch deswegen sachlich begründbar, weil auf solche Weise zwei grundverschiedene Arten, existenzphilosophische Ansätze in der Sozialphilosophie weiterzuführen, einander gegenübergestellt werden können.

### *I. Die Ausgangsposition bei Sören Kierkegaard*

Es kann sich nur darum handeln, mit einigen Hinweisen an wesentliche Gedanken von Kierkegaard zu erinnern, welche in der Entwicklung der sozialphilosophischen Ansichten der Existenzphilosophie wirksam wurden.

Kierkegaard stellt dem abstrakten Denken, wie er es in Hegels System verwirklicht sieht, den subjektiven Denker entgegen, welcher, leidenschaftlich und das Paradox nicht scheuend, bemüht ist, die unmittelbare Wirklichkeit der eigenen Existenz denkend zu erfassen. Von der Existenz jedoch sagt Kierkegaard:

«Existieren bedeutet aber vor allem ein einzelner sein, weshalb das Denken von Existenz absehen muß, weil sich das einzelne nicht denken läßt, sondern nur das Allgemeine<sup>16</sup>.»

«Dem Existierenden ist das Existieren das höchste Interesse, und die Interessiertheit am Existieren die Wirklichkeit<sup>17</sup>.»

---

<sup>15</sup> Dieser von Sartre ausgesprochene Grundsatz wird als eine Aussage im Sinne der herkömmlichen Metaphysik von Heidegger für seine Philosophie abgelehnt; Über den Humanismus, Sammlung, Überlieferung und Auftrag, Reihe Probleme und Hinweise, Band 5, Bern 1947, 72/3.

<sup>16</sup> Abschließende unwissenschaftliche Nachschrift zu den Philosophischen Brocken, II. Teil; WW Diederichs 7 1910, S. 24.

<sup>17</sup> Op. cit. S. 13.

«Die einzige Wirklichkeit, die es für den Existierenden gibt, ist seine eigene ethische; von aller andern Wirklichkeit weiß er nur, aber das wahre Wissen ist ein Übersetzen in die Möglichkeit<sup>18</sup>.»

Im Existieren geht es dem Menschen um die Beziehung zum letzten Grund alles Seins, zu Gott. Kierkegaards Existenzbegriff ist von eindeutiger Transzendenz und religiös bestimmt:

«Christlicher Heroismus ist es, wie er vielleicht selten genug vorkommt, wenn einer wagt, ganz er selbst, ein einzelner Mensch, dieser bestimmte einzelne Mensch zu sein, allein vor Gott, allein in dieser ungeheuren Anstrengung und dieser ungeheuren Verantwortung<sup>19</sup>.»

Oder auch:

«Das Selbst ist die bewußte Synthese von Unendlichkeit und Endlichkeit, die sich zu sich selbst verhält, deren Aufgabe ist, man selbst zu werden, was nur durch das Verhältnis zu Gott geschehen kann<sup>20</sup>.»

Auf dieser Grundlage läßt sich keine Ethik errichten, insofern sie sich auch mit Beziehungen zu andern Menschen befassen soll, oder gar eine Rechtsphilosophie aufbauen, abgesehen von der Möglichkeit einer auf Offenbarung beruhenden Sozialethik. So erklärt Kierkegaard denn auch, denken, was ein anderer getan habe, heiße diese Wirklichkeit in die Möglichkeit hinüber führen. Und daraus folgt für ihn:

«Dies bezeichnet zugleich, daß es ethisch kein direktes Verhältnis zwischen Subjekt und Subjekt gibt<sup>21</sup>.»

«Dies ist ein nützliches Vorstudium zum ethischen Existieren: zu lernen, daß der einzelne Mensch allein steht<sup>22</sup>.»

Und es unterscheide sich gerade der Ethiker mit seinem unendlichen Interesse an seiner eigenen Wirklichkeit vom Glaubenden dadurch, daß der Gläubige «unendliches Interesse an der Wirklichkeit eines andern hat (z. B. daß Gott wirklich [auf Erden] gelebt hat)<sup>23</sup>.»

So lassen diese wenigen Äußerungen von Kierkegaard schon ahnen, welcher Weg eingeschlagen werden kann: der Weg einer aufs äußerste gesteigerten Verinnerlichung und zugleich Vereinzelung des Denkens, eine Entwicklung, welche im Ethischen dazu führen wird, daß es wichtiger wird, daß, als wie entschieden wird.

## *II. Rechtsphilosophische Ansätze in der Existenzphilosophie*

Wiederholt wurde schon bemerkt, daß die Ethik und vor allem die Sozialethik von der Existenzphilosophie kaum erörtert wurden und daß, wo sich Ansätze der Behandlung solcher Fragen zeigten, der Sozialethik ein ausgesprochen minderer Rang angewiesen wird<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Op. cit. S. 15.

<sup>19</sup> Die Krankheit zum Tode; WW Diederichs 8 1911, S. 3.

<sup>20</sup> Op. cit. S. 26.

<sup>21</sup> Abschließende unwissenschaftliche Nachschrift... II, S. 20.

<sup>22</sup> Op. cit. S. 21.

<sup>23</sup> Op. cit. S. 22.

<sup>24</sup> Dies stellten schon fest Bollnow op. cit. 49 S. 130; Welzel op. cit. S. 190; Maihofer, Recht und Sein, S. 22/3.

Es wäre unrichtig, anzunehmen, daß damit der Existenzphilosophie jeder ethische Impuls abgesprochen werden soll. Im Gegenteil, sie lebt ganz ausgesprochen aus echten ethischen Impulsen, indem sie den Menschen dazu bringen will, sein Leben in der Eigentlichkeit entschlossen zu führen und nicht nur sich leben zu lassen. Es ist, wie wenn die Existenzphilosophie, wie ihr großer Vorgänger Kierkegaard, dem kategorischen Imperativ «Mensch, werde wesentlich!» unterstünde. Allein, wenn es dem Menschen in seinem Dasein darum geht, Selbst zu werden, so steht dieses Uranliegen aller reinen Existenzphilosophie dem entgegen, daß sich der Mensch ebenso ursprünglich dem Nächsten zuwende. Der Existenzphilosophie eignet ein solipsistischer Zug, wenigstens als stete Gefährdung.

Dies alles zeigt besonders deutlich das frühe Werk Heideggers «Sein und Zeit». Heidegger spricht von der alltäglichen Daseinsart im Man mit kaum zu überhörendem abwertendem Akzent, indem sie als Sein in der Uneigentlichkeit bezeichnet wird, welcher der Mensch verfallen kann. Diese Seinsart, «die sich zunächst verfehlt und verdeckt»<sup>25</sup>, steht als defiziente Seinsart der Existenz als Dasein gegenüber, dem es um sein je eigenes Sein geht.

Andererseits erklärt Heidegger, daß zum Dasein des Menschen als In-der-Welt-Sein gleich ursprünglich das Mitsein mit Andern gehört<sup>26</sup>. Kann nicht darin eine Grundlage der Sozialethik gefunden werden? Heidegger geht davon aus, daß es dem Dasein immer um etwas gehe, weshalb es Sorge sei. Deshalb gehe es als Fürsorge stets auch um die mitseienden Andern. So folgert Heidegger schließlich:

«Als Mitsein, ist‘ daher das Dasein wesenhaft umwillen Anderer<sup>27</sup>.»

Das Verfehlen der Fürsorge durch gleichgültiges Nebeneinanderleben im Alltag kennzeichne das uneigentliche Dasein im Man. Kann diese Ableitung zur tragfähigen Begründung einer Sozialethik ausreichen?

Wenn das Kennzeichen des Daseins Sorge ist, was sagen will, umwillen von etwas zu sein, so sind drei Deutungen möglich:

Entweder heißt umwillen Handeln nichts anderes als vom existierenden Menschen aus gesehen zweckmäßig handeln. Dann ist eine echte Ethik schon im Ansatz verfehlt, weil sich die nur auf das Erreichen von Zwecken gerichteten Handlungen widersprechen können, ohne daß eine Möglichkeit angegeben wird, wie der Konflikt zu lösen ist. Es hieße sicherlich Heidegger gründlich mißverstehen, wenn seine Äußerungen als eine solche Philosophie des homo faber gedeutet würden, mag Heidegger auch an einem derartigen Mißverständnis nicht völlig unbeteiligt sein. In der späteren Schrift «Vom Wesen des Grundes» hat er eine solche Deutung ausdrücklich zurückgewiesen und erklärt, das Dasein umwillen seiner enthalte keine egoistisch-ontische Zielsetzung für eine blinde Eigenliebe des jeweils faktischen Menschen; Selbstheit sei Voraussetzung von Ichheit, die immer nur im Du sich erschließe<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Sein und Zeit, 2. Aufl. 1929, S. 130.

<sup>26</sup> Op. cit. S. 117f.

<sup>27</sup> Op. cit. S. 123.

<sup>28</sup> Vom Wesen des Grundes, in Husserl-Festgabe, Halle 1929, S. 97, 104.

Heideggers Absicht entspricht wohl die zweite Deutung, welche rein formal ist: der Mensch kann nicht einfach sein, sondern es geht ihm in einem rein formalen Sinne immer um etwas. Diese Deutung geht auf die Herkunft Heideggers von Husserls Phänomenologie, welche ihrerseits die Intentionalität, die Gerichtetheit auf etwas, nicht nur des Denkens, sondern auch der Gefühle, von Brentano übernommen hatte. Wird das Mitsein rein formal verstanden, so bedeutet die Aussage eine schlichte Seinsbeziehung, ohne den geringsten Hinweis darauf, wie diese Beziehung zu erfüllen ist. Die Art der Verwirklichung dieser Beziehung zu behandeln wäre gerade die Aufgabe einer Ethik.

Die dritte Deutung heißt annehmen, daß unausgesprochen mit der Seinsbeziehung zugleich gewertet und eine Forderung erhoben wird. Eine solche unausgesprochene Forderung anzunehmen, legen spätere Ausführungen im gleichen Werk nahe<sup>29</sup>. Dort spricht Heidegger davon, «daß der Andere in seiner Existenz gefährdet, irregeleitet oder gar gebrochen wird». Die Frage nach dem Ursprunge einer solchen Forderung läßt Heidegger ausdrücklich offen. Das Verfehlen dieser Forderung würde jedoch eigentlich begründen, weshalb die Seinsart des alltäglichen Man eine nur defiziente, nicht voll erfüllte Weise des Mitseins ist.

Solange nicht geklärt ist, welche der drei Deutungen des Mitseins gemeint ist, genügt das Mitsein als Grundlage einer Sozialphilosophie nicht.

Auch mit den sozialphilosophischen Ansichten von Jaspers werde ich mich nur kurz befassen, hat sie doch unlängst Johannes Thyssen in seinem Aufsatz «Über Staat und Recht in der Existenzphilosophie»<sup>30</sup> kritisch betrachtet. Jaspers tritt ausdrücklich auf die eigentliche Problematik der Sozialphilosophie ein<sup>31</sup>. Selbst wenn ohne weiteres eingeräumt wird, daß Jaspers für diese Fragen ausgesprochenes Verständnis zeigt, so ist eine leichte Abwertung des Lebens in der Objektivität sozialer Beziehungen und der damit möglicherweise verbundenen Forderungen gegenüber dem Existieren mit der ihm eigenen Unbedingtheit und seiner Gemeinschaft der Kommunikation gleichwohl spürbar. So wird das objektive Gebot eines Sollens nur dann wirklich verpflichtend, wenn ich es mir, mich entscheidend, innerlich aneigne; das existentielle Sollen, selbst zu sein, geht dem objektiven Sollen, in bestimmter Weise zu handeln, vor<sup>32</sup>. Immerhin sieht Jaspers den Ursprung einer eigentlichen Staats- und Rechtsphilosophie «*im Dienst jeweiliger Unbedingtheit einen geschichtlich gegenwärtigen Weg*» zu «erhellen»<sup>33</sup>. Erhellen im systematischen Entwickeln der jeweils zu stellenden Forderungen und im «*Erhellen der Ideen*, aus denen heraus der substantielle Gehalt in der Objektivität der Gesellschaft und ihrer Verwirklichung in der Subjektivität bewußt wird»<sup>34</sup>. So die Idee der konkreten Berufe, der Institutionen, der

---

<sup>29</sup> Op. cit. S. 282, Abs. 2 i. f., Abs. 3.

<sup>30</sup> Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 41 1954/5, S. 1.

<sup>31</sup> Vor allem im 11. Kapitel des Bandes Existenzzerhellung seiner Philosophie.

<sup>32</sup> Philosophie, 2. Aufl. 1948, S. 599–606.

<sup>33</sup> Op. cit. S. 620.

<sup>34</sup> L. c.



Volksgemeinschaft, des Staates, damit sich das soziale Leben nicht in bloßer Technik verliert.

Allein diese Umschreibung der Aufgabe der Sozialphilosophie weist ihr vor allem die Rechtspolitik, die Vorbereitung neuer staatlicher und rechtlicher Formen zu. Der einmal geschaffenen Rechts- und Sittenordnung gegenüber bewahrt Jaspers Zurückhaltung. Von solchen positivierten sozial-ethischen Normen sagt er, sie «sind gleichsam mechanisch und *tot*; sie sagen immer dasselbe und bedeuten, wenn sie befolgt werden, die Berechenbarkeit des Handelns»<sup>35</sup>. Der Mensch im Recht erscheint in seiner Allgemeinheit und als von der Innerlichkeit der Existenz abgefallene Äußerlichkeit. Und die «Ausnahme bringt Bewegung in die Gemeinschaft»<sup>36</sup>.

Gleichwohl erhalten die zwischenmenschlichen Beziehungen und deren feste Normierung bei Jaspers stärkere Bedeutung als bei Heidegger. Gemeinschaft ist Jaspers notwendig für mögliche Existenz<sup>37</sup>. Die Auseinandersetzung mit der Sozialwelt dient bei ihm dem Menschen, sich selber zu finden<sup>38</sup>. Jaspers anerkennt das Recht, weil es das Dasein als Voraussetzung möglicher Existenz sichert<sup>39</sup>. Er tritt ein für eine bestimmte soziale Ordnung: «... ich will die Formen der Ordnung, in denen Menschenwürde, die mir sichtbar geworden ist, am unbeschränktesten möglich ist»<sup>40</sup>.

Und zusammenfassend heißt es: «Existenz *bejaht* von sich aus das Dasein der Institutionen, weil sie für sie selbst unentbehrlich sind... Sie respektiert das Andere, das sie zugleich als Widerstand *braucht*, als Bewährungsmöglichkeit und als Verführungsgefahr für sich und die kommenden Generationen»<sup>41</sup>.

In «Vom Ursprung und Ziel der Geschichte» stellt Jaspers die freiheitlich-demokratische Staatsordnung als diejenige Ordnung hin, deren Begründetheit sich kein Einsichtiger entziehen könne. Zwar trennt er systematisch noch immer die objektive, allgemeingültige Norm von der Existenz, doch zeigt seine Entwicklung eine bedeutsame Verstärkung der Seite der Objektivität<sup>42</sup>. In diesem Werk findet sich die Aussage: «Bin ich frei, so will ich nicht, weil ich so will, sondern weil ich mich vom Rechten überzeugt habe»<sup>43</sup>. Dies mutet wie ein Aufgeben des ursprünglichen philosophischen Ansatzes an, welcher das objektive Sollen nur als verpflichtend ansah, weil ich es mir innerlich aneignete.

Auch in Ludwig Binswangers «Grundformen und Erkenntnis menschlichen Daseins»<sup>44</sup> werden die weiterreichenden sozialen Beziehungen, welche über das liebende Zusammensein im Wir hinausgehen, noch etwas minder bewertet, obgleich festzuhalten ist, daß Binswanger für die Eigenart

---

<sup>35</sup> Op. cit. S. 603.

<sup>36</sup> Philosophische Logik, 1. Band, Von der Wahrheit, München 1947, S. 763; Philosophie S. 578. Über die Ausnahme eingehend Wahrheit 748 ff.

<sup>37</sup> Philosophie S. 838.

<sup>38</sup> L. c.

<sup>39</sup> Op. cit. S. 625.

<sup>40</sup> Op. cit. 608/9.

<sup>41</sup> Op. cit. S. 631.

<sup>42</sup> Ebenso Thyssen op. cit. 16–18, bes. S. 18.

<sup>43</sup> Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, München 1949, S. 195.

<sup>44</sup> 2. Aufl., Zürich 1953, bes. S. 266 ff., 341 ff.

der weiteren zwischenmenschlichen Beziehungen ein bedeutend vertieftes Verständnis aufbringt. Binswanger schiebt zwischen das eigentliche Existieren des Selbst und das verfallende Auslöschten des Selbst in die alltägliche Seinsart des Man die Zone der Diskursivität, in welcher das Selbst als Person in bestimmten Situationen zu andern Personen, an bestimmte Rollen gebunden, Stellung nimmt und in dieser Stellungnahme sogar erst sich selber erfährt. Allein auch dieses Begegnen mit Andern in der Diskursivität ist gekennzeichnet durch das Starrheit bewirkende «Nehmen-bei», Nehmen beim Wort, Nehmen beim Ohr, Nehmen bei der schwachen Stelle. Damit wird Distanz geschaffen und diese Seinsart deutlich vom eigentlichen Miteinandersein geschieden und, wenigstens in einigen Spielarten, überdies deutlich dem alltäglichen Verkehr der Menschen untereinander zugewiesen, welcher unter dem Imperativ stehe: «ôte-toi que je m'y mette.»

Überaus bezeichnend ist jedoch, wie die in solcher Weise zurückgedrängten zwischenmenschlichen Beziehungen und ihre Regelung sich in diese großangelegten Systeme der Sinndeutung menschlichen Seins einschleichen und wie ihre Darstellung eine ganz herkömmliche Form annimmt. Auch dies wurde bereits mehrfach bemerkt und kommentiert<sup>45</sup>.

Am überraschendsten wirkt diese Feststellung bei Sartre. Der Mensch, welcher für Sartre völlig frei ist, «l'homme n'est rien d'autre que ce qu'il se fait<sup>46</sup>», ist deshalb voll verantwortlich für seine Existenz.

«Et quand nous disons que l'homme est responsable de lui-même, nous ne voulons pas dire que l'homme est responsable de sa stricte individualité, mais qu'il est responsable de tous les hommes<sup>47</sup>.»

Und: «... rien ne peut être bon pour nous sans l'être pour tous<sup>48</sup>.»

Endlich:

«... l'homme qui s'engage et qui se rend compte qu'il est non seulement celui qu'il choisit d'être, mais encore un législateur choisissant en même temps que soi l'humanité entière, ne saurait échapper au sentiment de sa totale et profonde responsabilité. Certes, beaucoup de gens ne sont pas anxieux... certainement, beaucoup de gens croient en agissant n'engager qu'eux-mêmes, et lorsqu'on leur dit: mais si tout le monde faisait comme ça? ils haussent les épaules et répondent: tout le monde ne fait pas comme ça. Mais en vérité, on doit toujours se demander: qu'arriverait-il si tout le monde en faisait autant? et on n'échappe à cette pensée inquiétante que par une sorte de mauvaise foi<sup>49</sup>.»

Und bei Jaspers heißt es:

«Was ich tue, soll so sein, daß ich wollen kann, die Welt sei überhaupt so, daß es überall geschehen müsse<sup>50</sup>.»

Mit diesen Formulierungen kehrt die Existenzphilosophie unversehens zu Kants kategorischem Imperativ zurück. Der bissige Kommentar Welzels

---

<sup>45</sup> Welzel op. cit. S. 192; Maihofer op. cit. S. 24–27.

<sup>46</sup> L'existentialisme est un humanisme, Paris 1946, S. 22.

<sup>47</sup> Op. cit. S. 24.

<sup>48</sup> Op. cit. S. 26.

<sup>49</sup> Op. cit. S. 28/9.

<sup>50</sup> Philosophie S. 525.

zu diesen existentialistischen Wiederholungen des kategorischen Imperativs, ob es dazu des großen Aufwandes und der zahlreichen Radikalismen der Existenzphilosophie bedurft hätte, ist verständlich. Und treffend ist sein weiterer Einwand, Kant habe von einem Bewußtsein überhaupt sprechen dürfen, doch ein Existenzphilosoph dürfe nicht von einer Existenz überhaupt sprechen; ferner, diese Rückkehr zum kategorischen Imperativ setze eine gemeinsame menschliche Essenz voraus, was dem Ausgangspunkt aller Existenzphilosophie widerspreche, nämlich die Existenz gehe der Essenz vor<sup>51</sup>.

Der systemwidrige Rückgriff auf Kantische Positionen läßt vermuten, daß hier ein von den klassischen Vertretern der Existenzphilosophie nicht bewältigtes Problem vorliegt. Ganz zu schweigen davon, daß die herkömmlichen und keineswegs zufälligen Themata der Sozial- und Rechtsphilosophie, wie die Norm, die Gerechtigkeit, der Begriff des Rechts, des Staats, der Ordnung überhaupt, kaum zur Sprache kommen.

### *III. Neuere rechtsphilosophische Arbeiten auf der Grundlage der Existenzphilosophie*

#### 1. Die Bedeutung der Existenzphilosophie in der Rechtsphilosophie von Erich Fechner

Vorweg ist zu bemerken, daß Fechner keineswegs eine umfassende existentialphilosophische Rechtsphilosophie anstrebt, sondern nur die Ergebnisse seiner eigenen Nachforschungen an der im gleichen Sinne wie hier verstandenen Existenzphilosophie überprüfen will. Fechner untersucht in seiner Rechtsphilosophie vor allem, in welcher Weise das Recht durch natürliche, psychische, soziale, ethische und rationale Vorgegebenheiten bestimmt werde. Er begreift es als Sozialordnung und damit als Teilordnung in der gesamten Ordnung der Wirklichkeit, weshalb das Recht den Charakter der Gegebenheit wie der Aufgegebenheit besitze. Die Suche nach «objektiven, seinseingebundenen, menschlicher Willkür entzogenen Grundlagen des Rechts»<sup>52</sup> führt Fechner jedoch zur Einsicht, daß dem subjektiven Moment in der Bestimmung des Rechts eine starke Bedeutung zukommt. Subjektiv ist hier verstanden als von der Eigenart des jeweiligen Betrachters oder Beurteilers abhängig. Darin erblickt er eine erste, wesentliche Übereinstimmung mit dem existenzphilosophischen Denken<sup>53</sup>.

Fechner sieht ebenfalls die der ursprünglichen Existenzphilosophie eigentümliche Ferne zwischen Rechtsordnung und Existenz, welche auch ihm bei Jaspers immerhin bedeutend geringer erscheint als bei Heidegger. Allein Fechner geht einen bedeutsamen Schritt weiter und erklärt, Recht sei in seiner Seinsweise nicht nur Zeigzeug, welches das sozial geforderte Verhalten anzeigt, sondern, wie es Heidegger für die Sprache gelten läßt, etwas Daseinsmäßiges (230/1).

<sup>51</sup> Op. cit. S. 192/3.

<sup>52</sup> Rechtsphilosophie, S. 223.

<sup>53</sup> Op. cit. S. 223, 248ff., bes. S. 257. Die im Text folgenden Seitenangaben beziehen sich auf das gleiche Werk.

Von existentieller Bedeutung werde das Recht als Möglichkeit existentieller Bewährung oder Zugrundegehens (235). Die Überlieferung, mit welcher sich der Sich-Entscheidende in jeder Situation auseinanderzusetzen habe, schließe stets das jeweils geltende Recht ein. Dieses könne unmittelbar existentielle Bedeutung erhalten, wenn die Begegnung mit dem Recht zur Grenzsituation werde. So wenn sich jemand, aus der Idee der Gerechtigkeit handelnd, für neues Recht einsetzt und alles andere zurücktreten läßt (245), ähnlich, wenn einer, enttäuscht durch eine erlittene und ungesühnt gebliebene Rechtsverletzung, diese zum Anlaß der Selbstbesinnung und des Selbstseins nimmt. Ferner sei die Begegnung zwischen Richter und Angeklagten häufig von existentieller Bedeutung, nicht nur für den Angeklagten, sondern auch für den Richtenden (241).

Auch sei die Überlieferung – das Heideggersche Erbe – stets auf das Du bezogen, welches in seiner Möglichkeit zum eigensten Freisein nie gehindert werden dürfe (237)<sup>54</sup>. Auch hier geht Fechner bezeichnenderweise und entschieden weiter, indem er erklärt, das Recht «schließt die tätige Bejahung fremden Daseins ein und findet im vertrauenden Miteinander freiwollender Wesen seine höchste Erfüllung. Es reift zu dieser Höhe in der Bewährung der Treue, die den Glauben des Andern bestätigt und sich auf *allen* Stufen des Miteinander bewährt» (240). Glauben steht hier als Rechtsbegriff, als begründete Erwartung, als guter Glaube im Sinne von Treu und Glauben. Solche Bewährung spreche sich vor allem in der Grundfigur des rechtlichen Miteinanders, im Vertrag aus.

Wie steht es aber mit der von Fechner hauptsächlich untersuchten Frage, der Gebundenheit der Rechtsordnung durch Vorgegebenes und der Selbständigkeit rechtlicher Entscheidung? Er lehnt die von Sartre und Jaspers vertretene Ansicht ab, dergemäß der Mensch in einem ursprünglichen Chaos Ordnung stifte. Die Realverhältnisse würden vielmehr eine Strukturiertheit zeigen, welcher sich der Mensch anpassen muß, nicht wenn es um sein Selbstsein geht, wohl aber, wenn er sein Dasein als mögliche Existenz überhaupt bewahren will (249). Dem Menschen eigne gleichwohl eine begrenzte Freiheit (251). Der Wille enthält entscheidende Bedeutung, weil der Mensch wollen müsse, was er nicht weiß, wie Fechner in Übereinstimmung mit Jaspers sagt (252). Bestehen Richtmaße für das Wollen? Heidegger spricht den Menschen als Hirt des Seins<sup>55</sup> an, woraus Fechner folgert:

«Es liegt auf der Hand, daß Recht unter diesem Aspekt etwas anderes sein muß als Setzung aus Machtvollkommenheit und Willkür» (256).

In «den schicksalsschweren Entscheidungen des Rechts, in denen etwas ‚für Recht erkannt‘ wird, das ‚in der Wahrheit sein will‘», vollziehe sich «jene Begegnung von Subjektivem und Objektivem, von Dasein und Sein, in der sich das Sein der Freiheit des Menschen bedient, um sich zu vollenden» (256). Allerdings müsse die existentialistische Entschlossenheit ergänzt werden durch «Geduld, Gelassenheit und Vertrauen» (257), wie Fechner

<sup>54</sup> Zutreffende Kritik der von Fechner übernommenen Position von Heidegger bei Karl Löwith, *Das Individuum in der Rolle des Mitmenschen*, München 1928, § 21, S. 79f.

<sup>55</sup> Heidegger, *Über den Humanismus*, S. 75.

in Übereinstimmung mit Max Müller und Bollnow formuliert. Es sei etwas Objektives im Spiel, doch lasse sich der Maßstab der Entscheidung nicht bereitliegenden, objektiven Richtlinien entnehmen. Fechner betont, daß der Entscheid trotzdem nicht völlig zufällig und irrational sei, sondern es sei «in allen Vorfragen... Feststellbares zu klären und rationale Forschung bis zur Grenze voranzutreiben. In den letzten Gründen aber gibt es nur *tätige* Vergewisserung» (258 Anm. 133). «Erst *in* der Verwirklichung erweist sich die Entscheidung als richtig oder verfehlt.» «So wissen wir auch nicht, was – letztlich – das Recht ist, und doch judizieren wir und geben Recht, weil es nicht das Entscheidende ist, zu wissen, sondern zu leben, die Kräfte zu nutzen und das Rechte zu *tun*» (258). «Der unablässige Kampf um das richtige Recht... ist der im Miteinander vollzogene Prozeß nicht nur der Anpassung an veränderte reale Gegebenheiten, sondern Neuwerdung menschlichen Daseins im Sinne seiner Neuschöpfung» (260).

«Wenn die treffende Entscheidung wahrhaft etwas entbirgt» (260), so ergebe sich aus der Folge der grundlegenden Entscheidungen ein Naturrecht mit werdendem Inhalt. Das heißt, eine Gemeinschaft, welche bestimmte Grundentscheidungen traf, kann von diesen Entscheidungen nicht abweichen, ohne sich selbst aufzugeben (261). So gehöre zum abendländischen Wesen die Entscheidung zu den Grundrechten des Menschen.

Kritisch sei zu Fechner angemerkt: Insofern das Recht Anlaß existentieller Selbstwerdung sein kann, ist darin über das Recht selber nichts Besonderes ausgesagt. Diese Eigenschaft teilt es mit zahlreichen menschlichen Tätigkeiten. Es könnte eine höchstens statistische Merkwürdigkeit sein, wenn das Rechtsleben wirklich häufiger zu solchen Entscheidungen führen sollte. Insofern aber Fechner über die Aussagen von Heidegger und Jaspers hinausgeht, erscheinen diese Äußerungen über das Sein des Rechts nur dann begründet, wenn sie als das erkannt werden, was sie in Wirklichkeit bedeuten: normative Sinngebungen menschlichen Verhaltens. Insofern ist es eine des Bedenkens werte Aussage, wenn das Recht nicht nur als Koordinationsregel verstanden wird, wie es vor allem in Kants klassischer Formel erscheint als «Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann<sup>56</sup>.» Sondern indem es, von dieser individualistischen Deutung abweichend, als «tätige Bejahung fremden Daseins» (240) aufgefaßt wird, eine Deutung, welche in unserer, wenigstens ideologisch stärker auf den Mitmenschen ausgerichteten Zeit sich bereits in der Wirklichkeit der Rechtsordnungen durchsetzte<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Kant, Die Metaphysik der Sitten, WW Ausgabe Cassirer 7, S. 31.

<sup>57</sup> Dafür sprechen außer den großen Sozialwerken, wie die Alters- und Hinterbliebenenversicherung, auch eine veränderte Auffassung der Verträge, welche nicht nur als zufällige Resultante der gegensätzlichen Interessen der Vertragspartner begriffen und ausgelegt werden, sondern als Versuch gemeinsamer Regelung einzelner Lebensgebiete und Festlegung gemeinsamer Interessen; so insbesondere Guhl, Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen während des verflossenen Jahrhunderts, in: Hundert Jahre Schweizerisches Recht, Jubiläumsgabe zum Centenarium der Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1852–1952, Basel 1952, S. 145.

Bedenken erweckt jedoch die grundlegende Ableitung der normativen Funktion des Rechts und seiner Objektivität aus der Heideggerschen Aussage, der Mensch sei der Hirt des Seins. Nur nebenbei sei bemerkt, daß damit ein substantieller Begriff des Seins eingeführt wird, wie er für das Denken des späteren Heideggers typisch und welcher von dem formalen Begriff des Seins, wie er in «Sein und Zeit» vorwiegend verwendet wird, zu unterscheiden ist<sup>58</sup>. Wenn Fechner dazu erklärt, es liege auf der Hand, daß das Recht unter diesem Aspekt nichts Willkürliches sei, so enthält diese Ableitung einen Sprung. Es wird unversehens in das Sein eine bestimmte Norm hineingedeutet. Ist der Mensch Hirt des Seins, so steht ihm, folgerichtig, höchstens zu, Recht zu setzen, ohne daß die Rechtsetzung in irgendeiner Weise inhaltlich begrenzt ist. Um im Bilde zu bleiben: der Hirt kann dem Sein den Weg, und zwar irgendeinen, weisen, es sei denn, der Hirt werde verstanden als guter Hirte, was sogleich zur Frage führt, wann der Hirt gut sei. Was der Mensch als Recht «entbirgt», wird Recht, vorausgesetzt, daß es sich machtmäßig durchsetzen kann. Und sollte diesem vom Hirten des Seins entborgenen Recht gegenüber Kritik hinsichtlich seiner Rechtmäßigkeit zulässig und möglich sein, so würde diese Kritik offenbar andere Maßstäbe voraussetzen. Und woher steht fest, daß das Recht etwas derart Ursprüngliches, unmittelbar dem Sein Entspringendes ist?

Auch darf man sich nicht dabei beruhigen, gleich wie man Elektrizität gebrauche, ohne die Eigenart dieser Kraft zu kennen, könne man judizieren und Recht geben, ohne zu wissen, was Recht ist (258). Bleibt es dann sicher, daß das, was sich derart vollzieht, wirklich Recht ist? Wenigstens ein vorläufiger Begriff des Rechtes sollte, die Anstrengung des Begriffes nicht scheuend, erarbeitet werden. Es ist meines Erachtens ein untragbarer Verzicht, das Recht einfach als unerkennbar zu bezeichnen; er bedeutet mit seiner Hingabe an unnennbare Kräfte einen Sozialmystizismus, welcher um so weniger Zutrauen verdient, als er ausgerechnet von Deutschland angepriesen wird, dessen letzte geschichtliche Erfahrungen in Angelegenheiten des Rechts stärkste Zweifel an diesem Amt als Hirte des Seins erwecken<sup>59</sup>.

Demgegenüber wäre zu erinnern an die grundlegende Kennzeichnung des Rechts als gewaltfreier Friedensordnung und an die Bedeutung der Form und des Formalen – Toleranz, Gleichheit – in einem wirklichen Rechtsstaat. Zuzustimmen wäre Fechner höchstens in dem Sinne, als sich weder Recht noch irgendeine Idee von Recht von selber durchsetzen, sondern des tätigen und entscheidungsbewußten Einsatzes der Rechtsgenossen bedürfen.

---

<sup>58</sup> Diese Wandlung des Begriffes des Seins bei Heidegger wurde auch gesehen von Gerhard Huber, *Das Sein und das Absolute*, Supplementum 6 der *Studia Philosophica*, Basel 1955, S. 3/4; zur Frage von Sein und Absolutem auch S. 170f.

<sup>59</sup> Heidegger sprach 1935 mit Bezug auf den Nationalsozialismus von «der inneren Wahrheit und Größe dieser Bewegung (nämlich der Begegnung der planetarisch bestimmten Technik und des neuzeitlichen Menschen)» und veröffentlichte dies 1953 ohne irgend einen Zusatz; *Einführung in die Metaphysik*, Tübingen 1953, S. 152.

## 2. Die existenzphilosophische Rechtsphilosophie von Werner Maihofer

Blieb Fechner eher in allgemeinen, etwas vagen Ausführungen stecken, so liegt in den Arbeiten von Werner Maihofer der Entwurf einer ganzen Rechtsphilosophie auf existenzphilosophischer Grundlage vor. Er nimmt die Frage nach dem Sein in den früheren Arbeiten Heideggers wieder auf und stellt sie sogar noch schärfer, indem er fragt, ob es das Sein des Seienden an sich überhaupt gebe oder ob es nicht stets ein Bezug, eine Begegnung von sich Entsprechendem sei<sup>60</sup>. Diesem dem Recht zugrunde liegenden Bezugsgefüge will Maihofer in seiner Rechtsontologie als einer regionalen Ontologie nachspüren und eine apriorische Sachlogik dieses Seinsgebietes begründen. In seinen Untersuchungen geht er in entschiedener und für einen Juristen bezeichnender Weise über den Heideggerschen Ansatz hinaus. Etwas vereinfachend zusammengefaßt lauten die Ergebnisse: «Menschliches Dasein in der Welt ist nicht nur Sein als jenes unvergleichbar einzigartige Selbst, sondern ebenso gleich-ursprünglich Sein in den aus der Welt her vorgezeichneten Bezügen jenes mit Andern vergleichbaren und gleichartigen Seins, des *Als-seins*: des Seins als Mann und Frau, als Eltern und Kinder, als Eigentümer und Besitzer... Da-sein-in-der-Welt ist möglich nur als *Selbstsein im Alssein*» (114).

Weil aber Sein, auch als Selbstsein, sich nur in Entäußerungen kundgeben kann, führt das ursprüngliche Selbstsein zu einem existentiellen Naturrecht einer vorrechtlichen Individualexistenz<sup>61</sup>. Diese vorrechtliche Individualexistenz umschreibt Maihofer als einen dem Menschen daseinsnotwendig zugeordneten realen Daseinsraum der Eigengüter und einen personalen Daseinsraum der Eigenbezüge in der Welt. Damit greift er bewußt auf die Begründung einer Eigentumsordnung in Hegels Rechtsphilosophie zurück mit dem bezeichnenden einleitenden Satz: «Die Person muß sich eine äußere *Sphäre ihrer Freiheit* geben, um als Idee zu sein<sup>62</sup>.» Anders gesagt: es muß notwendigerweise eine Eigentumsordnung und eine vertragliche Abreden zulassende Privatrechtsordnung geben, damit die Individualentfaltung der Person in der Welt zustande komme (89, 93). Ebenso real und ursprünglich wie dieses Selbstsein ist aber das Alssein, welches sich in der Verwirklichung bestimmter sozialer Rollen vollzieht. In diesem Alssein ist der Mensch, indem er sich in einer Rolle bewegt und dem andern als entsprechender Rollenträger erscheint. Darin gründet für Maihofer ein institutionelles Naturrecht, «worin das in der ‚Natur der Sache‘ liegende Sein dieser, aus dem Sinnzusammenhang der sozialen Welt vorgezeichneten Sozialgestalten, in seiner jeweiligen geschichtlichen Eigentlichkeit festgestellt und zur Rechtsordnung verfestigt ist» (121).

---

<sup>60</sup> Recht und Sein 1952, S. 85, Anm. 15. Die im folgenden Text angegebenen Seiten beziehen sich auf diese Arbeit.

<sup>61</sup> Zustimmung zu diesem existentiellen Naturrecht bei Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Karlsruhe 1957, S. 25/6, unter Hinweis auf den Zusammenhang mit entsprechenden Gedanken des deutschen Idealismus.

<sup>62</sup> Op. cit. § 41.

So stehe der Mensch auch ethisch unter dem zweifachen Gesetz des «Werde selbst» als der existentiellen Maxime und dem «Werde allgemein» des kategorischen Imperativs<sup>63</sup>. Stets richten sich beide Anforderungen an das menschliche Sein, und deren Widerstreit kann infolge der fundamentalen Antinomie des Menschseins nie enden. Doch seien alle Lebensganzheiten der Gestalten unseres Alsseins auf das eine Selbstsein als tragenden Grund der Selbstverantwortung zurückbezogen (123/4). Im Recht geht es um den Entwurf dieser Sozialgestalten des Alsseins und den Austrag ihrer Antinomien. Er erfolge «durch *Vorzeichnung*, damit *Sicherstellung* und notfalls *Durchsetzung* der *Sozialgestalten*, in denen sich die *Individualentfaltung* des Einzelnen im Mitdasein mit Andern zu vollziehen hat». «*Grund* und *Ziel* allen *Rechts* ist dabei die *Eigentlichkeit* des *Alsseins*, in der sich das *Selbstsein* in seinem *Dasein* mit Andern zu vollbringen hat» (125).

In der Arbeit «Vom Sinn menschlicher Ordnung» befaßt sich Maihofer vor allem mit der Bedeutung der zwischenmenschlichen Rollen als der rechtlichen Ordnung vorausgehende Strukturen. Darüber hinaus wird das Wesen rechtlicher Ordnung näher untersucht und davon ausgesagt: Die Ordnung verweise den Menschen im Alssein «in bestimmte *Seinsverhältnisse* zu dem ‚in der Welt begehrenden Andern‘» und weise dem Menschen im Alssein den jeweiligen Ort an, an welchem er im Bezug auf andere, in wahrhaftem Sinne aus sich heraus tretend, existierend, zustande komme, sich zu vollbringen habe<sup>64</sup>. Mit dieser Ordnung als Ortsbezeichnung «im Ordnungsgefüge der Entsprechungen der menschlichen Welt» (73) sei aber nicht nur die Frage nach dem Sein, sondern «zugleich nach dem ‚eigentlichen‘ *Sinn des Daseins*, den es in seinen *Grundbestimmungen* zu entwerfen sucht», gestellt (72).

Diese menschlichen Beziehungen könnten als fremdbezogene, so der Arzt auf den Patienten, als eigenbezogene, so der Knecht auf den Herrn, oder als Drittbezogene, so die Beziehung von Mann und Frau auf das Kind, in ihrem Grundsinn verstanden werden. Dieser Grundsinn der einzelnen Beziehung bestimme, um wessen Worumwillen es in der betreffenden Beziehung gehe und lege deren Seinsmitte fest. Mit dem Ort im Ordnungsgefüge sei die «entsprechende» Sinnggebung des Seins als solcher richtunggebend festgelegt (75). Doch treffe jede dieser Seinsbestimmungen des Alsseins einen Menschen nur partiell, in Hinsicht auf eine bestimmte Seite seiner Existenz (76).

Die Ordnung habe zwei Ziele, auf der Ebene der Zeit und der des Seins. Sie sichere Wiederholung des Gleichen, damit die Berechenbarkeit des menschlichen Verhaltens, und gewähre die Rechtssicherheit. Damit werde im Universum der Kultur die Wiederkehr erzwungen, welche im Kosmos der Natur durch die Naturgesetze verbürgt wird (78/9). Überdies sei die Rechtsordnung die «Ortung der Sozialgestalten... im Sinne... der *Eigentlichkeit* ihres Seins: der ihnen zukommenden *Rechtswahrheit*: der *Gerechtigkeit*»,

---

<sup>63</sup> Welcher jedoch in dieser zusammenfassenden Formel mißverstanden erscheint.

<sup>64</sup> Vom Sinn menschlicher Ordnung, S. 71. Die im Text folgenden Seitenangaben beziehen sich auf dieses Werk.



unter Hinweis auf die auch von Heidegger<sup>65</sup> erörterte 20. These von Leibnitz über die Metaphysik: «iustitia nihil aliud est quam ordo seu perfectio circa mentes» (79/80). Das Werden der Ordnung aber ist «*In-die-Entsprechung-Bringen* des Selbstseins im Alsein» (80). «Dies fordert... den ‚Entwurf‘ unseres Daseins-in-der-Welt nicht aus der Subjektivität unseres Selbstseins und der ‚Willkür‘ seiner ‚Neigungen‘, sondern aus der Besinnung auf die Objektivität des Alseins im ‚Willen‘ zur ‚Pflicht‘: jener ‚Forderung des Tages‘, der wir mit aller Objektivation unserer Individualentfaltung in den Sozialgestalten der mitmenschlichen Welt unterworfen sind» (81).

In jeder Entscheidungssituation heiße es deshalb vorerst prüfen, als was sie mich angeht, in welcher Rolle sie mich trifft. Dann ist zu erwägen, wie stark mich diese Rolle persönlich berührt. Denn der Persönlichkeitsbezug der einzelnen Rollen ist grundverschieden und reicht von der völlig unpersönlichen Rolle, etwa als Verkehrsteilnehmer, oder der überpersönlichen Rolle, wie der des Richters, zu den mehr oder weniger stark persönlich gefärbten mitmenschlichen Beziehungen. Deshalb sei die Frage nach der richtigen Distanz, wie Gerhart Husserl das Problem faßt<sup>66</sup>, wesentlich (82/3). Die in der Lebenslage betroffene Lebensgestalt gebe «das Maß ‚richtiger‘ Entscheidung und zugleich der ‚richtigen Distanz‘ in dieser Entscheidung zwischen Subjektivität und Objektivität» (84).

Zu einer eigentlichen Entscheidung komme es jedoch nur, wenn eine Situation den Menschen in mehreren Rollen anspricht. Den Maßstab, um «das Maß dieser ‚richtigen Objektivität‘ zum ‚entsprechenden Andern‘ und zu den ‚übrigen‘ Andern zu finden» (85), vermittelt einmal die «Besinnung auf die Forderung der *eigenen Rolle*» in der Form des kategorischen Imperativs und «auf den Anspruch der *fremden Rolle* an uns» nach der goldenen Regel: «Was Ihr wollt, daß Euch die Leute tun, also tuet auch ihnen» (86/7). Die Forderung des kategorischen Imperatives, welche Maihofer, etwas unangemessen in die Kurzformel «Werde allgemein» zwingt, meine nicht einen abstrakten Jedermann, sondern den konkreten Jemand, wie er in der bestimmten Entscheidungssituation als Vater, Gatte, Arzt, Richter, Bürger oder Nachbar aufgerufen sei.

Was sich in der Rechtsphilosophie von Maihofer vollzieht, das ist, etwas emphatisch ausgesagt, der Ausbruch des lange zurückgehaltenen Normativen in der Existenzphilosophie. Zwar war schon früher gefragt worden, ob die von Heidegger in der Beschreibung der Sozialwelt so entscheidend verwendete «Eigentlichkeit» im Grunde nicht ein verstecktes normatives Element sei. Auch die Ableitung der Schuld in «Sein und Zeit»<sup>67</sup> scheint nur verständlich und begründet, wenn ein in allem Ursprung des Seins angelegter normativer Zug vorausgesetzt wird, dessen Verfehlen erst diese Schuld begründen kann. Oder Heidegger kehre auch hier an die Ursprünge

---

<sup>65</sup> Heidegger, Nietzsches Wort «Gott ist tot», in Holzwege, 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1950, S. 226f.

<sup>66</sup> Recht und Zeit, im Aufsatz Objektivität im Recht, bes. S. 102f.

<sup>67</sup> Op. cit. S. 283, wo die Voraussetzung eines Sollens oder eines Gesetzes ausdrücklich abgelehnt wird.

zurück, sei es, daß er einen mit seiner sonstigen Lehre unvereinbaren Rest der Lehre von der Erbschuld weiterträgt, sei es, daß er hinter die griechische Aufklärung zurückgeht und eine von Entscheidung und Freiheit völlig gelöste, schicksalhafte Schuld meint. Mit dieser Lehre wären dann wiederum die in der Schrift «Vom Wesen des Grundes» geäußerten Ansichten über die gründende Funktion der menschlichen Freiheit nicht leicht zu vereinbaren<sup>68</sup>. Andererseits spricht Heidegger am Schluß der «Einführung in die Metaphysik» ausdrücklich vom Sollen und sucht ihm seine Stelle im Sein anzuweisen<sup>69</sup>.

Es steht mir nicht zu, an Maihofer Kritik zu üben, insofern er den Heideggerschen Ansatz des Philosophierens mitübernimmt und damit auch der für die gesamte Philosophie von Heidegger und seiner Nachfolger grundlegenden Lehre von dem im menschlichen Sein eingeschlossenen unmittelbaren Seinsverständnis folgt. Ob ein solcher Zugriff des Denkens auf das Sein überhaupt möglich ist, mögen Berufene entscheiden. Ebensovwenig maße ich mir kritische Erörterungen des ebenfalls grundlegenden Satzes von Heidegger an, welcher sich als implizite Definition seines Philosophierens in der «Einführung in die Metaphysik» findet: «Im Wort, in der Sprache werden und sind erst die Dinge<sup>70</sup>.» Oder die letzte dieser Vorfragen, ob Maihofer mit seiner Philosophie des Alssein nicht vom eigentlichen Anliegen der Existenzphilosophie abfiel<sup>71</sup> und damit die eigentliche Schärfe des ursprünglichen Existenzdenkens und seinen verführerischen Zauber verlor. Das sind alles nur kritische Vorfragen, welche ich höchstens aufzuwerfen zuständig bin. Angemerkt sei nur noch, daß schon der von Maihofer nicht erwähnte Karl Löwith mit Rückgriff auf Ludwig Feuerbach – aber wiederum nicht auf den von Maihofer herangezogenen Epiktet – die mitmenschlichen Rollen als wesentliches Strukturelement des Miteinanderseins ansah<sup>72</sup>.

Wenn davon gesprochen wurde, daß bei Maihofer das Normative aufbreche, so muß gleich beigefügt werden, es scheint mir wenigstens so, wie wenn sich eine andere Deutung kaum vertreten lasse. Dies obgleich Maihofer etwas zu häufig entscheidende Aussagen in Gänsefüßchen setzt und in einer Mehrdeutigkeit beläßt. Dies gilt gerade von der Aussage über die Pflicht und die Forderung des Tages, welche Ausdrücke beide derart eingeklammert stehen. Andererseits trat Maihofer wenigstens einmal kurz auf die Problematik von Sein und Sollen ein<sup>73</sup> und spricht vom Sollen als Vorausentwurf des Seins selbst, als Entwurf oder Vorzeichnung zukünftiger Eigentlichkeit des Seins. Darauf wird noch kurz zurückzukommen sein.

Zur Kritik fordert heraus die Bedeutung, welche die Sozialgestalten als Rollen und Norm erhalten. Gewiß lassen sich solche teils in sozusagen allen, teils in nur bestimmt entwickelten menschlichen Gemeinschaften vorkom-

---

<sup>68</sup> Op. cit. S. 101 ff.

<sup>69</sup> Op. cit. S. 149 f.

<sup>70</sup> Op. cit. S. 11.

<sup>71</sup> So auch Johannes Thyssen, Zur Rechtsphilosophie des Als-Seins, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 43 1957, S. 96.

<sup>72</sup> Löwith, Das Individuum in der Rolle des Mitmenschen, München 1928.

<sup>73</sup> Recht und Sein, S. 122, Anm. 121.

mende soziale Entsprechungen aufweisen. Allein sind sie so ursprünglich und richtunggebend, wie Maihofer annimmt? Insoweit sie mehr aussagen, als die ganz allgemeine Struktur des Menschseins als ständige Auseinandersetzung mit andern Menschen anzuzeigen? Ich bezweifle es. Und zwar deshalb, weil das, was diesen Rollen die eigentliche formende und tragende Kraft in einer Gemeinschaft gibt, mithin die Möglichkeit nach ihnen zu beurteilen begründet, man habe sich als Vater, als Nachbar, als Richter entsprechend verhalten, was diese Aussage wirklich trägt, ist der solchen Rollen auf dem jeweiligen Zustand der geschichtlichen Entwicklung zukommende Sinn. Diese Kritik wird einem vielleicht erst deutlich, wenn man in der Sozial- und Rechtsgeschichte weit zurückdenkt und sich erinnert, in wievielerlei Gestalt sogar die uns scheinbar unverrückbar fest geprägten natürlichen Rollen eines Vaters oder der Mutter in den Ursprüngen auftreten. In einer streng mutterrechtlich durchgebildeten Gemeinschaft fehlt der Vater und an seine Stelle tritt zuweilen der Muttersbruder. Zweifellos sind die übrigen, die nicht natürlichen Rollen, ganz entschieden Abbild und Ausdruck der jeweiligen geschichtlichen Entwicklung. Der Naturalwirtschaft fehlt die heute überragende Bedeutung der Beziehung Käufer-Verkäufer. Deshalb scheint mir, daß diese Rollen sozial maßgebende Faktoren erst sein können, wenn eine bestimmte soziale Stufe erreicht wurde, in der diese Rolle überhaupt erst auftrat und dann gerade durch das Recht geprägt wurde. Deshalb können die Rollen nicht als dem Recht Vorausgehendes und der Natur der Sache Entsprechendes ihrerseits Maßstab für die Richtigkeit des Rechtes sein. Ganz abgesehen davon, daß die Rede von der Natur der Sache nur allzu häufig eine unbemerkt ausgesprochene, anerkennende Wertung verdeckt, was Günter Stratenwerth kürzlich in Erinnerung rief<sup>74</sup>.

Eine andere Frage ist, ob eine positive Rechtsordnung mit ihren begrenzten Möglichkeiten sozialer Wirksamkeit sich allzu weit von den in einer bestimmten Zeit vorherrschenden Ansichten über die Formung der mitmenschlichen Beziehungen entfernen kann oder auch nur entfernen soll. Übernimmt das positive Recht jedoch solche bereits entwickelte soziale Formen als Rechtsformen, so wandelt es sie durch diese ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung zu eigenen Rechtswerten um. Deshalb ließe sich von dem Versuch Maihofers, aus den sozialen Rollen Vorbilder der Rechtssetzung werden zu lassen, etwas grob ausgedrückt sagen, es handle sich um zu Maßstäben hypostasierte Rechtssoziologie. Ähnlich tönt auch die von Erik Wolf an Maihofer geübte Kritik, das Ich nehme das Du in der Rolle nicht ganz ernst, weil dies soziologisch gedacht sei<sup>75</sup>. Ferner ist zu bemerken, daß die normative Bedeutung der Rolle versagt, wenn die

---

<sup>74</sup> Das rechtsphilosophische Problem der «Natur der Sache», Reihe Recht und Staat, Heft 204; Tübingen 1957; ebenso Hans J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen; in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek), München 1955, S. 46/7.

<sup>75</sup> Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf, Frankfurt a. M. 1958, Anmerkung zu S. 20 auf S. 53.

Ansprüche mehrerer Rollen an den gleichen Rollenträger gegeneinander abgewogen werden müssen.

Ich möchte nicht verfehlen, darauf hinzuweisen, daß Maihofer einen von ihm nicht genannten Vorgänger in der Lehre der möglichen normativen Bedeutung mitmenschlicher Rollen besitzt. Dies erwog schon Hans Kunz in seinem Aufsatz «Zur Psychologie und Psychopathologie der mitmenschlichen Rollen»<sup>76</sup>. Doch wie behutsam ging Kunz dabei vor<sup>77</sup>, indem er den normativen Charakter dieser mitmenschlichen Rollen mit ihrem uneigenständigen, relationalen Sein als existentielle Seinsmöglichkeiten in der Notwendigkeit ihrer Selbstsicherung begründete, deren sie infolge ihres schwebenden, verletzlichen Charakters bedürften. Und der dabei noch offen ließ, inwieweit die Rollen in concreto überhaupt normativ maßgebend sein könnten.

Ferner ist noch kritisch anzumerken, ob nicht bei Maihofer, allerdings weniger stark ausgeprägt als bei Fechner, in der Vorstellung eines dem Recht vorausgehenden Entsprechungsgefüges der sozialen Rollen der Gedanke einer prästabilisierten, alles durchwaltenden Ordnung mitspielt. Ein Gedanke, welcher für uns Heutige besonders anziehend wirkt, weil wir uns der Unsicherheit aller sozialen Beziehungen in einer Stromschnelle der Geschichte nur allzu deutlich bewußt sind.

Was die von Maihofer als grundlegend angesehene Seinsarten des Selbst- und Alseins betrifft, so erscheinen sie mir als der in die Sprache der Existenzphilosophie übertragene Ausdruck zweier grundverschiedener Gedanken: Einmal als Ausdruck des Ausschnittcharakters aller menschlicher Erfahrung, welcher auch für die Erfahrung zwischenmenschlicher Beziehungen gilt; zum andern als Ausdruck der Spannung zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft, welche jedoch keine Seinsgegebenheit, sondern eine grundlegende Aufgabe rechtlicher Regelung anzeigt. Die wichtige Frage der persönlichen Färbung der sozialen Rollen<sup>78</sup> hängt mit dem grundlegend unpersönlichen Charakter des Rechtes überhaupt zusammen, welche Eigenart wiederum durch die Eigenschaft des Rechtes als einer organisierten Sozialordnung bedingt ist. Einer solchen Sozialordnung ist, wie Gerhart Husserl richtig sah, der unbeteiligte Dritte als Vermittler, Schiedsrichter, Richter und schließlich Gesetzgeber eigentümlich<sup>79</sup>.

So erweist sich der Versuch von Maihofer zwar als in sich geschlossen und scharfsinnig, doch ohne die existenzphilosophische Behandlung rechtsphilosophischer Fragen von ihrer eigentümlichen Problematik zu befreien. Es ist nicht zu umgehen, die grundlegende Vorfrage aufzuwerfen, ob das

---

<sup>76</sup> Psyche 2, S. 551.

<sup>77</sup> Op. cit. S. 584f. Vergleiche die Weiterführung dieser Gedanken in «Zur Frage nach dem Wesen der Norm», Psyche 8, S. 241, 321, bes. 245, 360 mit dem Begriff der «menschlichen Seinsmöglichkeiten».

<sup>78</sup> Heinrich Henkel, Recht und Individualität, Berlin 1958, S. 10, betont die Bedeutung der erheblich verschiedenen persönlichen «Haft-Tiefe» sozialer Beziehungen.

<sup>79</sup> Schon in Recht und Welt 128; bes. Recht und Zeit, Objektivität im Recht. Beitrag zu einer transzendentalen Logik des Rechts.

Recht als Seiendes mit einer ihm eigenen Seinsart überhaupt erfaßt werden kann, eine Frage, welche schon an jede Phänomenologie des Rechts zu richten ist<sup>80</sup>. Anders gesagt, ob diese Seinsweise des Rechts nicht eben das Sollen ist, weil das Recht – wie die Ethik – im Gegensatz zum vergangenheitsbezogenen Erkennen<sup>81</sup> das in die Zukunft gerichtete Handeln des Menschen anspricht, ein erwünschtes Verhalten umschreibt, zum Vorziehen der Werte anleitet und soziale Konflikte zu lösen ermöglicht. Entscheidend ist m. E., daß in das wie auch immer begründete und umschriebene Sein des Menschen ganz ursprünglich und ausdrücklich das Normative eingesenkt wird. Wird es dort ausgelassen, so liegt ein Beispiel mehr dafür vor, daß mit Zuknöpfen nicht zu Rande kommt, wer den ersten Knopf verfehlt. Das Normative als menschlichem Sein eigentümlich wird sich dann aber, *par la force des choses*, irgendwo bemerkbar machen, doch nicht ausdrücklich und bewußt erfaßt, sondern unausgesprochen, an der falschen Stelle und störend.

Vielleicht gelingt eine Begründung des Normativen, wenn menschliches Sein als gegeben angesehen und das Leben zu führen damit zur Aufgabe wird. Diese Aufgabe zu lösen sind dem Menschen nicht feste Bahnen vorgezeichnet, sondern es eignet ihm eine, wenn auch begrenzte Freiheit. So aufgefaßt erhält die menschliche Existenz als Aufgabe einen grundlegenden Forderungscharakter<sup>82</sup>. Das ist gar nichts Neues und steht, wenigstens angedeutet, schon in dem von Plato überlieferten Mythos, in welchem Protagoras erzählt, wie Zeus den in ihrer biologischen Ausstattung zu kurz gekommenen Menschen Scham und Recht verleiht<sup>83</sup>.

Das Recht erweist sich, so gesehen, als eine bestimmte Art und Weise, diese Forderung zu erfüllen: das Recht regelt die gewaltfreie, friedliche und unpersönliche Auseinandersetzung der Menschen miteinander. Deshalb bedarf das Recht der sozialen Macht und einer bestimmten Organisation dieser Macht<sup>84</sup>. Das Recht ist nichts Natürliches, nicht einmal in Gänse-

---

<sup>80</sup> Siehe auch die kritischen Bemerkungen von Kunz, Zur Frage nach dem Wesen der Norm, S. 360, über die in der Regel dem Sollen des Rechts entgegengesetzten Seinsbegriffe.

<sup>81</sup> Dazu Kunz, Über den Sinn und die Grenzen des psychologischen Erkennens, Stuttgart 1957, S. 57, 67.

<sup>82</sup> Ähnlich gelegentlich aus Jaspers; so «Vom Ursprung und Ziel der Geschichte», S. 66, wo es vom Menschen heißt: «Sein eigenes Wesen erfährt er als ein Sollen.»

<sup>83</sup> Um Mißverständnisse auszuschließen, sei ausdrücklich gesagt, daß der Hinweis auf diesen Mythos nicht Übernahme der biologischen Begründung des Normativen, gewissermaßen als Ersatz eines fehlenden Lebenswerkzeuges bedeutet. Das Sollen hängt wesensmäßig mit der menschlichen Freiheit zusammen. Es steht nicht biologisch im Dienst des Seins, sondern schließt Freiheit vom Sein weg ein. Rückgriff auf die philosophische Anthropologie insbesondere der menschlichen Freiheit, zur Begründung des Rechts und des Strafrechts bei Würtenberger op. cit. S. 22; Richard Lange, Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht 70 1955 390; Hans-Heinrich Jescheck, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, Reihe Recht und Staat 198/9, Tübingen 1957, 15.

<sup>84</sup> Dazu neuestens Hans Barth, Die Idee der Ordnung. Beiträge zu einer politischen Philosophie; Erlenbach-Zürich u. Stuttgart 1958.

füßchen. Sondern Recht gilt, insofern sich eine Gemeinschaft von Menschen ausdrücklich oder stillschweigend, durch Anerkennung oder «servitude volontaire», zu einer Rechtsgemeinschaft einte. In diesem Sachverhalt liegt der richtige Kern aller Theorien vom Staatsvertrag, entsprechend dem allem menschlichen Verhalten eignenden Einschlag von Willensmäßigem<sup>85</sup>. Der Entscheid für eine Rechtsordnung überhaupt oder eine bestimmte Form dieser Ordnung ist ein Gewissensentscheid des Einzelnen<sup>86</sup>.

Wenn wir aus der Lehre der Existenzphilosophie die Folgerung ziehen, daß es auf den tätigen Einsatz der Rechtsgenossen für ihre Rechtsordnung ankommt, daß, wie Heraklit es im 44. Fragment aussprach, das Volk für sein Gesetz kämpfen muß wie für seine Stadtmauer, dann hat diese Philosophie einen nicht unwichtigen Beitrag zur Sozialphilosophie geleistet. An uns ist es dann, darauf zu achten, daß nicht die Notwendigkeit, überhaupt zu entscheiden, übersehen läßt zu bedenken, wie entschieden wird.

Dem Vorwurf, den Inhalt des Entscheides zu wenig beachtet zu haben, entgeht auch Wilhelm Weischedels Vortrag «Recht und Ethik» nicht. Weischedel führt aus, der ethische und rechtliche Skeptizismus sei überwunden, wenn der Mensch auf «die ungewisse Gewißheit des Gewissens» verwiesen werde und die «ständige verantwortliche Suche nach dem Gültigen als die einzige Weise betrachtet» wird, in der der Mensch als endliches Wesen sich zur Wahrheit verhalten kann<sup>87</sup>. Wie Thyssen in seiner Kritik von Jaspers hervorhob, ist es eben eines, die von mir errungene Entscheidung zu erfahren, als die mir nach bestem Wissen und Gewissen einsehbare Norm, welcher ich folge, weil mir diese Einsicht als Ausdruck von etwas allgemein Verbindlichem gilt, oder ob ich dieser Einsicht folge, weil ich mich zu ihr entschied<sup>88</sup>. Deshalb könnte das späte Bekenntnis Radbruchs zum Existentialismus ein Mißverständnis sein. Nur wenn das im Sein des Menschen ursprünglich eingeschlossene allgemein Fordernde vorausgesetzt wird, ist überhaupt eine auf diese Grundforderung bezogene gemeinsame Verantwortung und eine intersubjektive, sachlich gemeinte Auseinandersetzung über Fragen der Sozialordnung möglich, ohne daß sich die Rechtsordnung in einen Inbegriff reiner Zweckmäßigkeitsregeln verwandelt, eine Wandlung, welche unserer Zeit droht, wenn sie den Menschen nur als Anhängsel der zweckmäßig funktionierenden Maschinenwelt versteht<sup>89</sup>.

Auch an dieser Stelle setzte die Kritik an der Existenzphilosophie bereits ein. Es war wiederum Bollnow, welcher davon sprach, ein entschlossener

---

<sup>85</sup> Dazu vor allem Wilhelm Keller, *Psychologie und Philosophie des Willens*, München-Basel 1954, S. 24/5, 295ff.

<sup>86</sup> Hans Barth, *Staat und Gewissen im Zeitalter des Säkularismus*, Festschrift f. Helmuth Pleßner, Göttingen 1957 210/1.

<sup>87</sup> Op. cit. 36.

<sup>88</sup> Thyssen, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 41 1954/5 10.

<sup>89</sup> Oder die Rechtssetzung nur als Funktion aufeinanderprallender Interessen oder als rein zweckmäßige Daseinsvorsorge betrachtet; dazu neuestens Hans Huber, *Staat und Verbände, Reihe Recht und Staat* 218, Tübingen 1958, mit dem Hinweis auf die Gefahr, daß eine vom Staat nicht kontrollierte Machtausübung sich durchsetzt, bes. S. 27/8.

Einsatz an sich sei ohne Wert, sondern berge die Gefahr leeren Abenteuerertums und der spielerischen Freude an der Sensation. Dieser Einsatz sei auf die Dauer nur dann echt und verantwortlich, «wenn er von einem bestimmten inhaltlichen Glauben getragen sei<sup>90</sup>.» Ich möchte beifügen, und wenn nicht der Inhalt des Entscheides vernünftig überlegt wird. Vernünftig soll aber nicht mißverstanden werden nur als allgemeinen Regeln folgend, sondern – dies mag eine existentielle Auflockerung sein – eine dem Mitmenschen zugewandte, auf den Andern hörende Haltung, eine ruhig gestimmte Einstellung bedeuten, welche auch zu verzichten bereit ist<sup>91</sup>, damit die Allen gestellte Aufgabe, in gemeinsamer Auseinandersetzung das Leben zu bestehen, erfüllt werden kann.

---

<sup>90</sup> Existenzphilosophie S. 130.

<sup>91</sup> Ähnlich Barth, Staat und Gewissen im Zeitalter der Säkularisation, S. 206, der als Voraussetzung der Ordnung Loyalität nennt, «als Bereitschaft, auch einen möglicherweise gegen den eigenen Willen ausfallenden Entscheid zu akzeptieren».