

# Heinrich Lau

## Naturrecht und Restauration in der BRD

Zentrales Legitimationsmuster der Judikatur in Westdeutschland war für etwa 15 Jahre vom Ende des Zweiten Weltkrieges an das Naturrecht.<sup>1</sup> Es folgte wesentlich dem Tenor, daß es eine »vorgegebene und hinzunehmende Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze«<sup>2</sup> gebe, die »selber zeitlos« seien, aber »stets auf geschichtlich wechselnde Bedingungen ihrer Anwendung«<sup>3</sup> trafen. Hermann Weinkauf, erster Präsident des BGH, schrieb hierzu, das von ihm präsidierte Gericht löse »seine Aufgabe, indem es diejenigen naturrechtlichen Sätze findet und ausspricht, auf die es die Entscheidung des Einzelfalls führt . . . Kriterium ihrer Wahrheit ist das Gefühl innerer Gewißheit, das sie vermitteln.«<sup>4</sup> »Allgemeine rechtsphilosophische Ausführungen darüber zu machen, wie und mit welchem Grade der Gewißheit diese Ordnung erkannt oder erschaut werden könne, ist nicht Aufgabe des Gerichts.«<sup>5</sup>

### *1. Die »naturrechtliche Wendung« in einzelnen Judikaturbereichen*

In der Judikatur war die Rede von den »unveränderlichen Normen des Natur- und Sittengesetzes, an denen keine Willkür des Menschen, keine Zeit und keine örtliche Verschiedenheit grundlegend etwas ändern kann und darf;«<sup>6</sup> diese gelten, so will es der Bundesgerichtshof in einem Urteil zur Verlobtenkuppelei, »unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht; ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln.«<sup>7</sup> Andernfalls käme nämlich

<sup>1</sup> Eine frühe Kritik dieses Nachkriegsnaturrechts lieferte Wilhelm Raimund Beyer, Rechtsphilosophische Besinnung. Zugleich eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts, Karlsruhe 1947. Weitere Kritik bei Wolf Rosenbaum, Naturrecht und positives Recht, Berlin und Neuwied 1972, der das Nachkriegsnaturrecht weniger aus einzelnen authentischen Judikaten als vielmehr aus der theoretischen und rechtsphilosophischen Diskussion sowie der Pamphletistik des politischen Katholizismus der Nachkriegszeit interpretiert. Wesentlich Zitatmontage, wenn auch vom Ansatz her diskutabel ist Theo Wilms, Zum Naturrecht, insbesondere zum Naturrecht des BGH, in: Oskar Negi u. a., Klassenjustiz?, Köln 1973. Aus der DDR: Hermann Klenner / Karl Heinz Schöneburg, Vom ewigen zum beweglichen Naturrecht, in: Staat und Recht 1956, S. 485 ff.; Karl Heinz Schöneburg, Zur klerikalfaschistischen Entwicklung des Adenauer-Regimes, in: Staat und Recht 1959, S. 177 ff. Die apologetische Literatur zum Nachkriegsnaturrecht erscheint uferlos; charakteristisch Heinrich Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 2. Aufl. München 1947; Heinrich Kipp, Naturrecht und moderner Staat, Nürnberg 1950.

<sup>2</sup> BGHSt 6, S. 46 ff. (§2).

<sup>3</sup> Hermann Weinkauf, Das Naturrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, S. 1689 ff.

<sup>4</sup> Hermann Weinkauf a. a. O., S. 1696.

<sup>5</sup> A. a. O., S. 1691.

<sup>6</sup> BGHSt 6, S. 46.

<sup>7</sup> BGHSt a. a. O.

»alles auf die wechselnden Meinungen und Verhaltensweisen wechselnder Volksteile« an, bezüglich deren man sich fragen müsse, ob hinter ihnen »wirklich eine sittliche Überzeugung steht.«<sup>8</sup>

Von seinen ideologischen Traditionen her war dieses Naturrecht einerseits thomistisch. Andrerseits war es äußerlich antifaschistisch, indem es sich als Garant eines geistigen Wiederaufbaus nach dem Kriege darstellte, und militant antikommunistisch, indem es als Mittel der Entlarvung und künftigen Überwindung des Kommunismus ausgegeben wurde. Mit beiden letzteren Tendenzen wurden restaurative Zwecke verfolgt; herkömmliche Muster der bürgerlichen Organisation von Wirtschaft und Gesellschaft wurden als »ewig« und »natürlich« geweiht. Die Bourgeoisie mußte versuchen, die Kontinuität ihrer ökonomischen und politischen Interessen, die nach der Liquidation des Faschismus wesentlich die gleichen geblieben waren wie vorher, zu verschleiern, und ihren Wiederaufstieg als politisch herrschende Klasse nach der Entmachtung der nationalsozialistischen Herrschaftsclique, der sie zwecks Rettung ihrer ökonomischen Macht ihre politische Macht übertragen hatte, zu feiern als Wiedereinrichtung der »natürlichen« freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Die Masse der Bevölkerung mußte mit einer traditionalistischen Ideologie gebunden werden, die sich aus Legitimationsgründen auch antifaschistisch wenden ließ und – zwecks möglichst rascher Ankurbelung des kapitalistischen Produktionsprozesses – für eine rasche Stabilisierung der Bewußtseins- und familiären Strukturen an der Basis sorgte. Dabei galt es, nachdrückliche Strenge mit Flexibilität im Einzelfall zu paaren; ein vollkommen starres Naturrecht hätte den Interessen der Bourgeoisie nicht immer angepaßt werden können. All diese Notwendigkeiten konnte das traditionale thomistische Naturrecht am besten erfüllen; es besaß auch die genannte Flexibilität im Einzelfall, denn in seinem System liegen »sittlich-rechtlich von überzeitlicher Gültigkeit nur die allgemeinsten Prinzipien für die gesellschaftlichen Lebensordnungen fest; ihre Anwendungs- und Verwirklichungsweise ist umstands- und daher zeitbedingt.«<sup>9</sup>

### *1.2. Zur naturrechtlichen Begründung des bürgerlichen Staates*

Der konkrete bürgerliche Staat, welcher seinen juristischen Ausdruck wesentlich im »Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland« gefunden hat, wird, als auf einer überpositiven und unverrückbaren »freiheitlichen demokratischen Grundordnung« aufbauend, mit naturrechtlichen Weihen ausgestattet. In der Judikatur heißt es:

»Dieser Grundordnung liegt letztlich nach der im GG getroffenen verfassungspolitischen Entscheidung die Vorstellung zugrunde, daß der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbständigen Wert besitzt.«<sup>10</sup>

Nun dürfte der Mensch als selbständiger Waren- und Wertbesitzer Subjekt jeder bürgerlich verstandenen Schöpfungsordnung sein, weshalb man diesen Satz ohne weiteres als naturrechtliche Phraseologie abtun könnte. Wichtiger scheint, daß die »freiheitliche demokratische Grundordnung« benutzt wird, um den konkreten bürgerlichen Staat BRD als Ausdruck der ewigen, einzig richtigen Staatsidee darzustellen:

<sup>8</sup> BGHSt a. a. O.

<sup>9</sup> Johannes Messner, Katholische Soziallehre, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 5, 1957, S. 575 ff. (579).

<sup>10</sup> BVerfGE 2, S. 12.

»Die Vorstellung . . . es könne verschiedene freiheitliche demokratische Grundordnungen geben, ist falsch. Sie beruht auf einer Verwechslung des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung mit den Formen, in denen sie im demokratischen Staat Gestalt annehmen kann.«<sup>11</sup>

Wie sehr die naturrechtliche Weihe der »freiheitlichen demokratischen Grundordnung« in Wirklichkeit ganz konkrete Formen bürgerlich-demokratischer Staatlichkeit betrifft, wird aus folgender Aufzählung deutlich:

»Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind wenigstens zu rechnen: die Achtung vor den im GG konkretisierten Menschenrechten, vor allem das Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssovereinheit, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.«<sup>12</sup>

Diese »Grundsätze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, die zu einem entscheidenden Teil auf der Bejahung der Personwürde des Menschen beruhen«, sollten – so will es die Nachkriegsjudikatur – »dem Rechtsgedanken selbst immanent sein.«<sup>13</sup> Der bürgerliche Staat erschien im restaurativen Naturrecht nicht als Ausdruck der Klassenverhältnisse, nicht als ein Produkt der Gesellschaft auf bestimmter Entwicklungsstufe, sondern als »allgemeiner« Staat, auf den hin der Mensch von seiner natürlichen Konstitution her angelegt sei.

### *1.2. Freiheit und Gleichheit*

Wesentliches Ingrediens dieser natürlichen Konstitution war die Willensfreiheit:

»Jeder Mensch ist Mensch kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und die Umwelt zu gestalten.«<sup>14</sup>

Die behauptete Allgemeinheit des Naturrechts erwies sich in ihrer Durchführung als höchst brüchig. Zwar galt die Gleichheit als »Teil der Rechtsidee selbst« und »geradezu (als) das Fundament einer jeden Rechtsordnung,«<sup>15</sup> ohne das »Gerechtigkeit überhaupt nicht denkbar ist.«<sup>16</sup> Ihr Prinzip wird jedoch im Haupttrend der Judikatur fallengelassen, wenn es um die gesetzliche Gleichberechtigung der Frau geht, welche zur Veränderung bürgerlich-patriarchalischer Familienstrukturen beitragen könnte. »Für den Bereich des christlich-abendländischen Kulturreiches (erscheint es nämlich) besonders bemerkenswert, daß sich die katholische Kirche eindeutig zur Vorrangstellung des Mannes in der ehelichen Gemeinschaft bekennt.«<sup>17</sup> Aus diesem Grunde soll – trotz der eindeutigen Formulierung in Art. 3 Abs. 2 GG – »keine Rede davon sein . . . , daß die Gleichberechtigung der Geschlechter durch überstaatliches Recht postuliert würde.«<sup>18</sup>

Der BGH sagt hierzu:

»Was die Menschen- und Personwürde angeht, so sind Mann und Frau völlig gleich, und das muß auch streng in allem Recht zum Ausdruck kommen. Streng verschieden sind sie aber nicht nur im eigentlich Biologisch-Geschlechtlichen, sondern auch in ihrer seismäßigen, schöpfungsmäßigen Zueinanderordnung zu sich und dem Kind in der Ordnung der Familie, die von

<sup>11</sup> BVerfGE a. a. O.

<sup>12</sup> BVerfGE a. a. O., BVerfGE 5, S. 140.

<sup>13</sup> BVerfGE 5, S. 138; BAGE 2, S. 206.

<sup>14</sup> Maunz/Düring/Herzog, *Grundgesetz, Kommentar Art. 1*, Rdnr. 18.

<sup>15</sup> BGHZ 11, Anh. S. 64.

<sup>16</sup> BGHZ 11, Anh. S. 84.

<sup>17</sup> LG München NJW 1955, S. 551.

<sup>18</sup> LG München a. a. O.

Gott geschaffen und daher für den menschlichen Gesetzgeber undurchbrechbar ist . . . Demgemäß bezeugen die christlichen Kirchen, unter sich völlig übereinstimmend und in völliger Übereinstimmung mit der klaren Aussage der Heiligen Schrift . . . und mit der uralten Ehe- und Familienordnung der Völker, nach der von Gott gestifteten Ordnung der Familie sei der Mann ihr Haupt. Das hat nicht nur sittliche, sondern durchaus auch rechtliche Bedeutung, und keine menschliche Familienordnung ist von diesem übergreifenden Gebot entbunden; in diesem Bereich gibt es keine autonome bürgerliche Ehe . . .<sup>11</sup>

Dies wird als eine von zwei möglichen Ansichten dargestellt. In der zweiten, vom BGH gleichfalls ausführlich ausgebreiteten Ansicht finden wir nichts grundsätzlich anderes. Wohl heißt es dort:

»Eine Gleichordnung der Ehegatten innerhalb der Familie unter Abkehr von der bisherigen Familienleitung durch den Mann . . . stehe der Ehe als der natürlichen, auf freiem Entschluß beruhenden, grundsätzlich lebenslangen Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau« nicht entgegen, »denn eine innerfamiliäre Hierarchie, bei der der Mann auch im rechtlichen Bereich als Haupt der Familie anerkannt werden müßte«, sei »nicht als unverzichtbares, im überpositiven Recht wurzelndes Wesensmerkmal einer Ehe- und Familienordnung christlich-abendländischer Prägung anzusehen.<sup>12</sup> Vielmehr sei bei rechtlicher Gleichordnung der Ehegatten »wie bisher ihrer freien sittlichen Entscheidung überlassen, nach welcher übergesetzlichen Ordnung sie miteinander zu leben gewillt sind.<sup>13</sup>

Entscheidend ist hier, daß nach beiden Ansichten die Ehe als »natürliche . . ., grundsätzlich lebenslange Form der Lebensgemeinschaft« innerhalb einer übergesetzlichen Ordnung »christlich-abendländischer Prägung« verstanden wird. In diesen vorgeblich allgemeinen Qualifikationen der Ehe finden wir die besonderen Qualifikationen der patriarchalischen Ehe wieder, von der man sich in der zweiten Ansicht gerade abgrenzen will. Die Strukturen der patriarchalischen Ehe laufen aber nicht nur der sozialen und ökonomischen, sondern auch der hier allein gemeinten bürgerlichen, gesetzlichen Gleichheit von Mann und Frau zuwider.

### *1.3. Ehe und Familie.*

Diese Strukturen werden in der naturrechtlich orientierten Justiz allenfalls, wo die Rolle der Frau zu thematisieren ist, idyllisch ausgemalt. Beispielsweise:

»Der Mann zeugt Kinder, die Frau empfängt, gebiert und nährt sie und zieht die Unmündigen auf. Der Mann sichert, vorwiegend nach außen gewandt, Bestand, Entwicklung und Zukunft der Familie; er vertritt sie nach außen; in diesem Sinn ist er ihr Haupt. Die Frau widmet sich, vornehmlich nach innen gewandt, dem Aufbau und der inneren Ordnung der Familie.<sup>14</sup>

Bei Verwendung empfängnisverhütender Mittel in der Ehe sprach der BGH von einem »Verkehr außerhalb der naturegegebenen Ordnung« und einem »sittlichen Versagen der Eheleute.<sup>15</sup> Bundesverwaltungsgericht und Oberlandesgericht Hamm verkündeten, die Eheverbote der Schwägerschaft und »Geschlechtsgemeinschaft« fußten auf deren »Anstößigkeit und Widernatürlichkeit« und gingen »auf uralte, lediglich geschichtlich verfolgbare, aber letztlich rational nicht enthüllbare ethische Auffassungen zurück«. Sie dienten der vom Sittengesetz beherrschten Einrichtung der Ehe, wie sie im christlich-abendländischen Rechtskreis Gestalt gewonnen habe.<sup>16</sup> Der BGH schließlich formulierte 1954 in BGHSt 6, S. 46 ff. einen berühmten Sinspruch, der in BGHSt 17, S. 230 ff. sinngemäß wiederholt wurde:

<sup>11</sup> BGHZ 11 Anh. S. 62 ff.

<sup>12</sup> Zusammenfassung nach Eleonore Linsmeyer, *Das Naturrecht in der deutschen Rechtsprechung der Nachkriegszeit*, Diss. München 1963.

<sup>13</sup> BGHZ 11, Anh. S. 62 ff.

<sup>14</sup> BGHZ 11, Anh. S. 65.

<sup>15</sup> BGHZ 18, S. 13, 20 f.

<sup>16</sup> BVerwGE 10, S. 340; OLG Hamm FamRZ 1963, S. 248.

»Die sittliche Ordnung will, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Ehe vollziehe, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist. Um seinetwillen und um der personhaften Würde und der Verantwortung der Geschlechtspartner willen ist dem Menschen die Ehe als Lebensform gesetzt . . . Indem das Sittengesetz . . . diese Ordnung auch zur Grundlage des Lebens der Völker und Staaten gemacht hat, spricht es zugleich aus, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen soll und daß der Verstoß dagegen ein elementares Gebot geschlechtlicher Zucht verletzt. . . Deswegen läßt sich nicht sagen, daß die Ernstlichkeit des Verlöbnisses, der ernstliche Wille zur Ehe für sich allein schon den Verkehr der Verlobten als nicht mehr gegen die geschlechtliche Zucht verstörend erscheinen lasse. Denn die unbedingte Geltung der ethischen Norm läßt keine Ausnahme zu.«<sup>15</sup>

Kübler interpretierte diese Sätze wie folgt:

»Es ist das klein- bis mittelbürgerliche Elternhaus – fast möchte man sagen: die Beamtenfamilie – der Jahrhundertwende, dem nahezu alle unsere höheren Richter entstammen, in dem ausschließlich der Vater einem Beruf nachging und die Mutter auf Küche, Kinder und Kirche beschränkt blieb, es ist dies Elternhaus, das der BGH als übergesetzlichen Maßstab in die Sterne projiziert.«<sup>16</sup>

Kübler greift in seiner Analyse noch zu kurz; entscheidend ist weniger die Denunzierung der schichtenspezifisch bedingten Vorliebe der deutschen Richterschaft für bestimmte bürgerliche Denkformen als vielmehr der objektive Zwang der Durchsetzung bürgerlicher Ideologie. Stabile patriarchalische Familienstrukturen dienten der Durchsetzung der ökonomischen und politischen Restauration an der gesellschaftlichen Basis; sie machen die Familie vom Ehemann abhängig, der seinerseits auf Arbeit im kapitalistischen Produktionsprozeß angewiesen ist. Man konnte, soweit erforderlich, das Arbeitsvermögen der Frau durch Verbreitung entsprechender Ideologie zurückhalten; die Notwendigkeit einer Steigerung der Geburtenrate griff man ideologisch auf, indem nach Meinung des BGH »Sinn und Folge des Verkehrs das Kind« war. So wird auch erklärlich, daß die Tatsache der millionenfachen Erwerbstätigkeit von Frauen heute wie früher unvermittelt neben der immer wieder aufgestellten Behauptung von »Ordnung und innerem Aufbau der Familie« steht, welchem sich die Frau zu widmen habe; beides kann je nach Lage des Arbeitskräftemarktes, je nach Überwiegen von Attraktion oder Repulsion der Arbeitskräfte, den Erfordernissen bürgerlicher Herrschaft entsprechen.

Unabhängig vom jeweiligen Arbeitskräftebedarf sollen die bürgerlichen Familienstrukturen im Kern erhalten bleiben. Sie werden als »allgemeine« Strukturen auch dem Proletariat oktroyiert. In der proletarischen Ehe müssen Ausschließlichkeit, eheliche Treue, Versorgung des Ehemannes durch die Ehefrau – unabhängig von ihrer Berufstätigkeit – und bürgerliche Formen der ehelichen Arbeitsteilung durch Verbreitung entsprechender ideologischer Vorstellungen im bürgerlichen Interesse durchgesetzt werden. Indem dies allgemein stattfindet, indem auch die Formen des familiären Konsums vorgeschrieben werden, entsteht etwa der Schein der »nivellierten Mittelstandsgesellschaft«. Im übrigen kann die Realisierung bürgerlicher Kommunikationsformen in proletarischen Ehen zur Isolation der einzelnen Familien, zur Verlagerung ihrer Interessen aus der Produktions- in die Reproduktionssphäre, zur tendenziellen Hemmung der Bereitschaft zu gewerkschaftlicher und politischer Organisation und Aktion führen. Die Naturrechtsjustiz als Wächter der monogamen Familie wacht auch über die Zementierung dieser Verhältnisse.

<sup>15</sup> BGHSt 6, S. 46 ff. (52).

<sup>16</sup> Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, ACP 162 (1963), S. 104 ff. (124 f.).

Das Privateigentum an Produktionsmitteln ist ökonomische Grundlage der bürgerlichen Gesellschaft. Im Nachkriegsnaturrecht verallgemeinert man diese Feststellung, den Tendenzen bürgerlicher Ideologie gemäß, indem das Privateigentum an Produktionsmitteln mit persönlichem Eigentum an Reproduktionsgütern gleichgesetzt wird. Ersteres, »wo sich das Haben als ein ganz bestimmtes Haben, als das Kommando über fremde Arbeit ausweist«,<sup>17</sup> und letzteres, das auch der von Produktionsmitteln freie Lohnarbeiter erwerben muß, um überleben zu können, erscheinen unterschiedslos in der idyllischen Kategorie des »fleißigen, gemütlichen, unschuldigen Privaterwerbs«,<sup>18</sup> der als Grundlage nicht nur der bürgerlichen, sondern jeder funktionierenden Gesellschaft ausgegeben wird.

Daß auch hier antikommunistische Tendenzen mindestens teilweise die naturrechtlichen Inhalte bestimmen, geht aus den Ausführungen einer Apologetin des Nachkriegsnaturrechts hervor:

»Kaum ein Rechtsinstitut, das jahrhundertlang als im Naturrecht verankert galt, ist heute so sehr im Wandel begriffen wie das Eigentum. Während die kommunistische Welt privates Eigentum an Produktionsmitteln sogar als unsittlich ansieht – die Meinung gipfelt in dem Schlagwort ›Eigentum ist Diebstahl‹ – hält die westliche Lehre und Rechtsprechung überwiegend an seinem überpositiven Charakter fest.«<sup>19</sup>

Für die Vermischung von Privateigentum an Produktionsmitteln und persönlichem Eigentum an Reproduktionsgütern ist charakteristisch, daß in der Judikatur das Eigentum »mindestens insoweit als naturrechtlich fundierte Institution gilt, als es Sachgüter zum Gegenstand hat, auf denen die wirtschaftliche Existenz der Person schlechthin beruht und ohne deren rechtliche Sicherung sie der Willkür und damit der Unfreiheit preisgegeben wäre«,<sup>20</sup> daß aber andererseits in der entfalteten »katholischen Soziallehre« vom »naturrechtlich begründeten Privateigentum an Produktionsmitteln« gesprochen wird.<sup>21</sup>

Überhaupt war die Verteidigung des Privateigentums ein besonderes Anliegen der naturrechtlichen Apologetik:

»Das Seinige ist das, was auf jemanden hingeordnet ist, sagt Thomas (von Aquin, d. Verf.). Es ist eine Erweiterung des Ich. Zweifellos sind nun bestimmte Dinge naturrechtlich nicht an sich schon ohne weiteres auf ›diese‹ Person hingeordnet. Aber daß die Person auf die von ihrer Arbeitskraft geschaffenen Werke ein Recht hat, daß diese in ihr Eigentum übergehen, ist an sich evident ... Aus der physischen Seinsbeschaffenheit der Einzelperson, aus dem Leib-Gerüst-Wesen des Menschen folgt das Recht auf Sondereigentum... Im Eigentum liegt die Garantie nicht nur der Sicherung des materiellen Lebens, sondern auch der spezifisch menschlichen Vervollkommenung, der größeren persönlichen Freiheit. Negativ ausgedrückt: Wer kein Eigentum hat, wird zu leicht Eigentum, bloßes Mittel eines, der Eigentum im Überfluß besitzt.«<sup>22</sup>

Beim »Eigentum der Person an Werken, die von ihrer Arbeitskraft geschaffen worden sind«, geht es immerhin um die Zuordnung der materiellen Ergebnisse des Produktionsprozesses; allerdings produziert im Kapitalismus nicht mehr die Person als einzelner, sondern im Zusammenwirken der Glieder des Gesamtarbeiters. Daß

<sup>17</sup> Karl Marx / Friedrich Engels, *Die deutsche Ideologie*, MEW 3, 1973, S. 187.

<sup>18</sup> »Die Stumme des Volkes«, H. 2, Paris 1839, S. 14, zit. bei Karl Marx / Friedrich Engels a. a. O.

<sup>19</sup> Eleonore Linsmayer a. a. O., S. 208. Bemerkenswert ist, daß diese Arbeit, die dem Sowjetsozialismus ohne weiteres eine agitatorische Formel Proudhons als Leitsatz unterstellt, als Münchener juristische Dissertation den Anforderungen bürgerlicher Wissenschaft offensichtlich standgehalten hat. Berichterstatter der Arbeit waren Engisch und Larenz.

<sup>20</sup> OVG Koblenz AS RhPf 3, S. 327; BGHZ 11, Anh. S. 84.

<sup>21</sup> Johannes Messner, *Katholische Soziallehre*, in: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Bd. 5 1957, S. 575 ff. (579).

<sup>22</sup> Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2. Aufl. München 1947, S. 236.

die Bourgeoisie »Eigentum im Überfluß besitzt«, wird hingenommen; man kann allenfalls den mißlichen Auswirkungen dieser Tatsache wehren. Die Gefahr, selbst »Eigentum eines zu werden, der Eigentum im Überfluß besitzt«, liegt hier nicht in den objektiven Bedingungen des Produktionsprozesses beschlossen, sondern ist für jedes Individuum, das hinreichend Reproduktionsgüter erwirbt oder sich – volkskapitalistisch – um Anteile am Produktivvermögen bemüht, einzeln aufhebbar.

Im übrigen zeigen sich überall, wo das – unspezifische – »Privateigentum« in der Nachkriegsjudikatur naturrechtlich begründet wird, Interessenstandpunkte: z. B. gehört nach Meinung des BGH zum naturrechtlichen Privateigentum auch der »wohlerworbene Anspruch des Beamten gegen seinen Dienstherrn auf standesgemäßen Unterhalt.«<sup>33</sup> Entschädigungsansprüche wegen Eigentumsverletzungen durch Nationalsozialismus und Besatzungsmacht werden naturrechtlich aufgezäumt: da das Eigentum eines derjenigen Rechte sei, die »mit der Natur des Menschen und dem Wesen des Menschen so im Innersten verbunden sind, daß mit ihrer Aufhebung die geistig-sittliche Natur des Menschen zerstört würde«, könne »der Staat . . . zwar Teile des Privateigentums für Zwecke der Gemeinschaft in Anspruch nehmen, z. B. in Form von Steuern, aber niemals das Privateigentum von Menschen oder bestimmten Gruppen von Menschen, die sich nichts zuschulden kommen lassen, überhaupt aufheben.«<sup>34</sup> Geht es hier um Ansprüche jüdischer Eigentümer auf Rückerstattung ihrer im Dritten Reich beschlagnahmten Güter, so weist man andererseits darauf hin, daß »auch die Besatzungsmacht an die überstaatlichen Rechtsgrundsätze aller Kulturvölker gebunden (ist) und . . . daher weder selbst willkürliche Enteignungen anordnen noch die Ermächtigung zu Anordnungen erteilen (kann), die das ›besatzungskräftige‹ Grundrecht des Eigentums aufheben.«<sup>35</sup>

## 2. Zur Theorie des Nachkriegsnaturrechts

### 2.1. Die Rolle des politischen Katholizismus

Leos XIII. Enzyklika »Aeterni Patris« (1879) legte die Grundsätze des Thomismus, den wir im Nachkriegsnaturrecht wiedergefunden haben, offiziell als leitende Grundsätze der katholischen Kirche fest. Als Theorie der universellen Bindung und Hierarchie der Individuen wurde der Thomismus, vertreten vom politischen Katholizismus der BRD, zur wichtigen ideologischen Komponente restaurativer Politik. Wie sehr die »naturrechtliche Wendung« in der Judikatur im Sinne des politischen Katholizismus lag, bestätigen dessen publizistische Vertreter. In einer Kirchenzeitung heißt es dazu:

»Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe wurde von Jahr zu Jahr vorbildlicher.«<sup>36</sup>

Ein anderer Autor sagt präziser:

»Die Grundsätze der am Naturrecht maßnehmenden heutigen Rechtsprechung sind wohl mühelos als in Einklang mit wesentlichen Aussagen über das Jus naturale perenne zu erkennen, wie sie im Anschluß an die Lehre des heiligen Thomas und die Weisungen der Päpste in unserem Jahrhundert und Sprachgebiet etwa von Cathrein bis Nink vorgelegt wurden.«<sup>37</sup>

<sup>33</sup> BGHZ 11, Anh. S. 23.

<sup>34</sup> AG Wiesbaden SJZ 1946, S. 36.

<sup>35</sup> BadStGH VerwRspI 2, S. 132 f.

<sup>36</sup> H. Portmann, Ein erfreuliches Urteil, in: Kirchenzeitung für das Bistum Aachen 1956, Nr. 8, S. 4.

<sup>37</sup> Rudolf Henning, Der Maßstab des Rechts im Rechtsdenken der Gegenwart, Münster 1961, S. 32 f.

Die »gesunde demokratisch-christliche Weltanschauung,<sup>18</sup> wie sich ein Gericht unübertroffen deutlich ausgedrückt hat, ist auch in der Justiz Grundlage der herrschenden Ideologie. Ressource gerade der justiziellen Ideologie war die nach Ende des zweiten Weltkrieges einsetzende, bis Ende der 50er Jahre lebhaft fortgesetzte theologische, rechtsphilosophische, rechtstheoretische Naturrechtsdiskussion, für die Rommen, aber auch der Protestant Hermann Weinkauff typisch erscheinen. Wesentliche Forderung dieser Diskussion war, die Rechtspraxis möge sich naturrechtlich orientieren; als ihr wesentliches Motiv galten »ersichtlich die bitteren Erfahrungen, die man mit dem staatlich gesetzten Unrecht in der nationalsozialistischen Zeit gemacht hatte.«<sup>19</sup>

Geht es hier um ein Abrücken vom Nationalsozialismus, um das es der Bourgeoisie zwecks Verschleierung des Hinüberrettens ihrer Interessen in die nachfaschistische Zeit und um der Legitimierung der Wiederherstellung ihrer Herrschaft als eines humanistischen Aktes willen zu tun war, so finden wir beispielsweise bei der FDP-Fraktion des Hessischen Landtages anlässlich ihres Angriffs auf bestimmte Vorschriften des Hessischen Betriebsrätegesetzes die Koppelung von ökonomischen Interessen der Bourgeoisie mit allgemeiner naturrechtlicher Ideologie ganz unverstellt vor: diese Vorschriften verstießen »gegen das Naturrecht, denn Papst Pius XII. habe jüngst erklärt, daß allein der Unternehmer im Betrieb in wirtschaftlichen Fragen zu entscheiden habe«.<sup>20</sup>

Der politische Katholizismus ist in seiner Gesamtheit überwiegend bürgerlich und restaurativ. »Im Bestreben, in der mittelalterlichen Scholastik Argumente zu finden, die in Kampf gegen die fortschrittlichen Kräfte der Gegenwart ausgenutzt werden können, bringt das Papsttum die Lehre des Thomas von Aquino wieder ans Tageslicht. Thomas' Lehre, daß sich der Verstand und die Wissenschaft der Religion unterwerfen müssen, seine Lehre von der ewigen Existenz des Privateigentums . . . , von der Zusammenarbeit und der Solidarität der Klassen, von der ständischen Organisation der Gesellschaft«<sup>21</sup> wurde gebraucht, um die bürgerlichen Zustände der BRD als »natürlich« herauszustellen. Der politische Katholizismus legitimierte die »soziale Marktwirtschaft« und konservative Tendenzen für Ehe, Familie, Schule, Betrieb und Gemeinwesen; er leistete die notwendige Distanzierung vom Faschismus und baute gegenüber dem Sozialismus moralische Fronten auf. Daß dies ohne wesentliche Schwierigkeiten gelang, war auch dem erheblichen ideologischen und Vertrauenspotential der katholischen Kirche zu danken; diese galt als einzige Trägerin antifaschistischen Widerstandes unter den konservativen Mächten. Im übrigen vertraten auch die zur CDU/CSU vereinten politischen Gruppen bald nach Weltkriegsende massiv eine neothomistisch orientierte Naturrechtsideologie. Man propagierte »die Zusammenfassung aller auf christlichen und demokratischen Grundlagen stehenden Kräfte« gegenüber den »aus dem Osten drohenden Gefahren«<sup>22</sup>, und umschrieb den bürgerlichen Status quo mit mystifizierenden Formeln:

»Es entspricht dem Naturrecht . . . ein echter Pluralismus, dem das Prinzip der Subsidiarität des Staates entstammt. Die naturrechtlichen unterstaatlichen Lebenskreise der Einzelperson, der Familie, der Gemeinde, des Volkes in seinen Berufsständen, sind eigenständige Teillebensgemeinschaften mit eigenständigen Zielen, die in derselben Form sich zur Ordnung des

<sup>18</sup> OLG Braunschweig SJZ 1946, Sp. 118.

<sup>19</sup> Hermann Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, S. 1689 ff.

<sup>20</sup> Hess StGH AÖR 77, S. 324.

<sup>21</sup> Kosminski/Skaskin (Bearb.), Geschichte des Mittelalters, Bd. I, Berlin (VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften) 1958, S. 511.

<sup>22</sup> zit. nach Ernst Deuerlein, CDU/CSU 1945–1957, Köln 1957, S. 57.

Gemeinwohls organisch zusammenfinden, wie die ihr Eigensein nie aufgebenden Personen und Gemeinschaften sich zur organischen Einheit des Staates vereinigen.“<sup>43</sup>

»Nicht die Individuen in ihrem Egoismus, nicht ein bürokratischer Betriebsrat (!) der die freie Entfaltung der Persönlichkeit und der ›unvollkommenen‹ Lebensgemeinschaften verhindert, können schöpferisch wirken. Indem der Staat das währende Leben der Gemeinschaften und der einzelnen ordnet und fördert, indem er nach der iustitia distributiva den Strom der sittlichen, geistigen und materiellen Güter, die das Gemeinwohl und dadurch coincidenter das Wohl seiner Glieder bildet, wieder auf diese zurücklenkt, indem er also einen wahren ordo rerum humanarum bildet, wird ihm Würde, Ehre und Hoheit zuteilt.«<sup>44</sup>

## *2.2. Legitimation des bürgerlichen Staates durch »Antitotalitarismus« und Antikommunismus*

Die Verbindung von Antifaschismus und Antikommunismus, ergänzt von antirationalistischen und antipositivistischen Momenten, begegnet uns bereits in rechtstheoretischen Äußerungen der ersten Nachkriegsjahre. Hier ist Heinrich Rommen besonders typisch:

»Nun ist in unseren Tagen (der) totale Staat erschienen . . . (er) und die ihn begründenden Ideologien . . . haben . . . in ihren Gegnern und Opfern die Idee des Naturrechts wiederbelebt. Denn der Widerstand gegen die totalitären Gewalten mit ihrem ethischen und intellektuellen Nihilismus mußte sich auf Wahrheiten berufen, die über der bloß nationalen Tradition und über den politischen und sozialen Status quo ante lagen; er mußte sich auf etwas Höheres berufen können als Geschichte, Rasse, Klasseninteresse oder wissenschaftliche Methode.«<sup>45</sup>

Bereits hier werden antipositivistische Tendenzen deutlich:

»Es ist bemerkenswert, daß die nationalistische Form des Totalitarismus in den Ländern auftritt, in denen der Moral- und Rechtspositivismus herrschend war an den Universitäten, im Juristenstand, in der offiziellen Rechtsphilosophie, welche die Anschauungen und die Praxis der Behörden beeinflußte.«<sup>46</sup>

Wir finden hier ein rein spekulatives Verständnis des Nationalsozialismus, dessen Ursachen im Positivismus, was bei Rommen bedeutet: in der Säkularisierung, und in unmittelbarer Nähe zum Kommunismus, in der Entheiligung und Aufhebung aller natürlichen Schranken, gesucht werden. Weil der Positivismus in den Köpfen der Menschen Verwirrung anrichtete, konnte »der totale Staat erscheinen« und als Idee Macht über die verwirrten Köpfe gewinnen. Als »man« aber sah, daß der totale Staat ausgesucht böse war, was nur aus der Pervertierung des Naturrechts und Anbetung des Blutes oder des ökonomischen Prozesses erklärt werden konnte, drang dieses Naturrecht wieder in die Köpfe der Menschen ein. So wurde, meint Rommen, der Nationalsozialismus gestürzt, und es bestand Hoffnung, »den Kommunismus« alsbald auf gleiche Weise stürzen zu können:

»Die Wiederkehr des Naturrechts wird auch indirekt bewiesen durch den verbrecherischen Mißbrauch des Wortes Naturrecht in der Propaganda der totalitären Parteien; ein Mißbrauch solcher altherwürdigen Worte ist ja typisch für den Totalitarismus, wie heute der Mißbrauch des Wortes Demokratie durch die Kommunisten . . . Natur ist in einem kraß materialistischen Begriff umgedeutet: Natur ist ›Blut, ist die biologische Erbmasse der ›Rasse. In dieser Umdeutung bleibt vom nunmehr eifrig zitierten Naturrecht nur ein Prinzip übrig: Recht ist, was dem Volke als rassischer Einheit nützt, nicht anders als beim ›proletarischen‹ Naturrecht, das in dem einzigen Prinzip besteht: Recht ist, was dem Proletariat nützt.«<sup>47</sup>

» . . . Die Erfahrung der Tyrannis erst lehrte mehr und mehr nachdenkliche Menschen, zu

<sup>43</sup> Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* a. a. O., S. 245.

<sup>44</sup> Heinrich Rommen a. a. O., S. 246.

<sup>45</sup> Heinrich Rommen a. a. O. S. 158 f.

<sup>46</sup> a. a. O., S. 159.

<sup>47</sup> a. a. O., S. 161.

welchen Konsequenzen die Leugnung des Naturrechts führen mußte . . . (Man) wußte noch nicht, zu welchen Tiefen der Perversion und des Bösen der Mensch, jenes Produkt eines Entwicklungsprozesses, bestimmt durch Blut oder Bedingungen der ökonomischen Produktion, sinken konnte, wenn einmal die ehrwürdigen und in Jahrhunderten gebauten intellektuellen Dämme und moralischen Formen zusammenbrachen.“<sup>14</sup>

Die Bedeutung des naturrechtlichen Antifaschismus in der Nachkriegsjudikatur liegt – bei gänzlicher Ausblendung des Zusammenhangs von Faschismus und Kapitalismus – darin, daß er ohne besondere Schwierigkeiten die Rechtswidrigkeit nationalsozialistischer gesetzlicher und gerichtlicher Akte, die von ihren formellen Voraussetzungen her für ein positivistisches Rechtsverständnis schwerlich angreifbar gewesen wären, zu begründen half:

»Wenn ein unmittelbares Verbot ihrer (der ›natürlichen‹ Grund- oder ›elementaren‹ Menschenrechte) Verletzung auch bisher in den positiven Rechtsordnungen nicht ausdrücklich dokumentiert war, so war dieses Verbot mit der Anerkennung der Menschenrechte doch für jedermann erkennbar geworden. Die Rechtswidrigkeit der Verletzung der Menschenrechte durch Verfolgung aus politischen, religiösen oder rassischen Gründen steht demnach außer jedem Zweifel.«<sup>15</sup>

Typisch für diesen überwiegend wohl ehrlichen, traditionalistisch orientierten Antifaschismus ist es, wie die Würde des Menschen als eins dieser Grundrechte mit großem Kraftaufwand und in einer Entscheidung, die naturrechtliche Grundsatzerrwägungen überhaupt nicht erfordert, vor dem Nationalsozialismus und allem, was ihn vorzubereiten schien, in Schutz genommen wird:

»§ 883 ZPO ist seinem ausdrücklichen Wortlaut nach nur auf den Fall der Herausgabe einer beweglichen Sache anzuwenden. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den Fall der Herausgabe eines Kindes entspricht der früheren rationalistischen Welt- und Lebensauffassung, die den Menschen als Mittel zum Zweck, also als Sache, ansah . . . Dementsprechend konnte der Mensch als ›Material‹ und als ›Ding‹ angesehen werden, das man auch beseitigen konnte, wenn es angeblich zu nichts mehr tauglich war. Diese Einstellung führte schließlich geradewegs zur Vernichtung sog. ›lebensunwerten Lebens‹ und zu den Gaskammern im dritten Reich . . . Eine gesunde Rechtsprechung muß zu der uralten und ewig wahren These zurückkehren, daß der Mensch Person und nicht Sache ist, also Menschenwürde besitzt und nicht Tauglichkeitswert . . . Demgemäß müssen heute sämtliche aus der liberal-rationalistischen Einstellung stammenden Überreste, der Mensch sei nicht Person, sondern Sache, aus der Theorie und Praxis des Rechts ausgemerzt werden.«<sup>16</sup>

Wir haben hier offensichtlich einen hilflosen Antifaschismus vor uns, der sich in Deklamationen erschöpft. Ähnlich wie Wolfgang Fritz Haug Erklärungen bürgerlicher Professoren über den Faschismus zusammengetragen hat, welche sämtlich einerseits von der Klassengrundlage des Faschismus abstrahieren, andererseits die Unpolitischen und die Mitläufer entschuldigen sollen“, kann man Äußerungen bürgerlicher Juristen zum gleichen Thema und mit gleicher Tendenzen zitieren. Man sprach dort von der »Verkörperung des äußersten Bösen«<sup>17</sup>, der »großen Verwirrung und Verirrung«<sup>18</sup>, der »beklemmenden Wirklichkeit in blutiger Praxis«.<sup>19</sup>

Mehr als derartige Deklamationen sind diesen Autoren nicht möglich. Nachkriegsjudikatur und bürgerliche Rechtstheorie wären mit einer Theorie des Faschismus als extremer Form bürgerlicher Herrschaft in erhebliche Schwierigkeiten gekommen. Hätten sie die Tendenz zum Faschismus als immanente Tendenz der durchschnittli-

<sup>14</sup> a. a. O., S. 163.

<sup>15</sup> LG Konstanz SJZ 1948, Sp. 330.

<sup>16</sup> AG Mindelheim, DRZ 1949, S. 187.

<sup>17</sup> Wolfgang Fritz Haug, Der hilflose Antifaschismus, 3. Aufl. Frankfurt 1970.

<sup>18</sup> Gustav Radbruch, Die Erneuerung des Rechts, in: Die Wandlung 1947, S. 8 ff.

<sup>19</sup> Otto Veit, Der geistesgeschichtliche Standort des Naturrechts, in: Merkur 1947, S. 390 ff.

<sup>14</sup> Hermann Weinkauf, Das Naturrecht in evangelischer Sicht, in: Zeitwende 1951/52, S. 95 ff.

chen bürgerlichen Herrschaft erklärt, so hätte sich auch die aktuelle, mit naturrechtlichem Rang ausgestattete Form bürgerlicher Herrschaft nicht mehr legitimieren lassen.

Der Antifaschismus in seiner naturrechtlichen Variante kann also begriffen werden als bürgerlicher Versuch einer Bewältigung des Nationalsozialismus, der die spezifischen historischen Voraussetzungen von dessen Genese überschlägt, indem er ein überweltliches und überzeitliches Naturrecht als »antitoritalitäres« Bollwerk aufbaut, welches der Erarbeitung einer rationalen Theorie des Faschismus *a priori* den Weg versperrt und eine solche Theorie gleichsam ersetzt. Die »naturrechtliche Wendung« in der Nachkriegsjudikatur und -rechtsphilosophie half damit einerseits, einen allumfassenden Neubeginn aus den Trümmern des Nationalsozialismus vorzuspiegeln, andererseits konkrete soziale Normen, die von bourgeois Interessen getragen waren, gegenüber nicht-bourgeois Schichten und Klassen durchzusetzen.