

ERNST-JOACHIM LAMPE

# Rechtsanthropologie

Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht

Erster Band



DUNCKER & HUMBLOT · BERLIN

ERNST-JOACHIM LAMPE

**Rechtsanthropologie · Erster Band**



# Rechtsanthropologie

Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht

Von

Dr. Ernst-Joachim Lampe

Privatdozent

ERSTER BAND

Individualstrukturen in der Rechtsordnung



DUNCKER & HUMBLLOT · BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1970 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1970 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61  
Printed in Germany

„Natura iuris explicanda nobis est  
eaque ab hominis repetenda natura.“

(Cicero, De legibus I, 17)



## Vorwort

In meinem Buch „Das personale Unrecht“<sup>1</sup> habe ich das Unrecht als Störung der mitmenschlichen Beziehungen (Beziehungsunwert — im Gegensatz zum bisher einseitig in den Vordergrund gerückten Erfolgs- oder Handlungsunwert) sowie als Bruch des allgemeinen Rechtsfriedens (im Gegensatz zur bisher einseitig gesehenen Rechtsgutsverletzung oder Verletzung rechtlicher Gesinnungswerte) gekennzeichnet<sup>2</sup>. Beide Bestimmungen lassen sich leicht ins Positive wenden und ergeben dann die Definition des Rechts als *allgemeine Friedensordnung der mitmenschlichen Beziehungen*.

Hieran anknüpfend geht die vorliegende Untersuchung der Frage nach, welche Beschaffenheit ein Recht haben muß, welches „allgemeine Friedensordnung der mitmenschlichen Beziehungen“ sein will. Sie antwortet mit dem Hinweis auf eine Reihe ontologischer und realer Strukturen, welche nicht nur im einzelnen Menschen *sind*, sondern auch in dem Recht, das ihn betrifft, *gelten*. Damit hofft sie den Nachweis für die Grundthese der *Rechtsanthropologie* zu erbringen: daß das Recht strukturell an den Einzelmenschen gebunden ist und gebunden sein muß, sofern es den Anspruch erhebt, richtiges Recht zu sein.

Die Antwort auf die Frage nach der richtigen Beschaffenheit des Rechts muß freilich im Rahmen der Rechtsanthropologie unvollständig bleiben. Die Rechtsanthropologie untersucht lediglich die Strukturen des Einzelmenschen und deren Bedeutung für das Recht. Daher vermag sie nicht, den zwischenmenschlichen Bereich der *mitmenschlichen Beziehungen* zu analysieren. Ergänzend hinzutreten muß eine Wissenschaft, welche die gesellschaftliche Lebensform des Menschen in den Mittelpunkt ihrer Forschungen stellt und in den gesellschaftlichen „Institutionen“ jene Vorgegebenheiten aufweist, welche für das Recht eine ebenso richtungweisende Funktion besitzen wie die „Konstitution“ der Gesellschaftsmitglieder. Hinzutreten muß also, sich mit der Rechtsanthropologie die empirisch-philosophische Rechtsbegründung teilend, die *Rechtssozologie*, welche heute im raschen Aufblühen begriffen ist und uns bereits äußerst wertvolle Erkenntnisse geschenkt hat.

---

<sup>1</sup> Erschienen 1967 ebenfalls im Verlag Duncker & Humblot, Berlin.

<sup>2</sup> Weitgehend übereinstimmend jetzt H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts Allg. T., Berlin 1969, S. 163 ff.

Doch damit noch nicht genug. Die beiden rechtsphilosophischen Tatsachenwissenschaften werden zusammengeführt von einer Wissenschaft, die das spezifisch Juristisch-Normative — also das Sollen und Dürfen — gegenüber dem Sein zur Geltung bringt und die wir als Gerechtigkeitswissenschaft oder *Rechtsmetaphysik* bezeichnen können. Deren Aufgabe ist es, innerhalb der möglicherweise antinomischen anthropologischen und soziologischen Anforderungen an das Recht die zentralen Ordnungsprinzipien der Gerechtigkeit zu entwickeln, um dadurch schließlich den Ausgleich zwischen anthropologisch und soziologisch begründetem Recht, zwischen individualistischer und kollektivistischer Ordnung zu bewirken.

Die Wahl der *Rechtsanthropologie als Ausgangspunkt* der Rechtsbegründung erscheint mir einerseits historisch bedingt: Keine Zeit wie die unsrige hat sich so eingehend mit dem Menschen beschäftigt, weil in keiner Zeit seiner Geschichte der Mensch sich so problematisch war wie eben jetzt. Die Wahl der Rechtsanthropologie als Ausgangspunkt erscheint mir andererseits aber auch sachlich begründet: Ohne genaue Kenntnis des Einzelmenschen lassen sich die überaus komplizierten Vorgänge in der menschlichen Gesellschaft nur ungenügend erfassen und würdigen, so daß sich die Soziologie immer wieder gezwungen sieht, bestimmte anthropologische Erkenntnisse vorauszusetzen, um überhaupt die Basis für ihre Untersuchungen zu gewinnen.

Der Untertitel kennzeichnet die vorgelegte Untersuchung als *Strukturanalyse*. Was damit gemeint ist, werden die folgenden Ausführungen ergeben. Nur als Wegweisung sei hier vorab bemerkt, daß „Strukturen“ für den Aufbau aller komplexen Einheiten, also auch der Rechtspersönlichkeit, kennzeichnend sind und daß die Struktur„analyse“ folglich darin zu bestehen hat, die „Abschnitte, Phasen Bausteine, Schemata, Formgebilde, Denkfiguren usw., welche den Strukturen als Elemente zugrundeliegen“<sup>3</sup>, herauszuarbeiten, ohne die Einheiten selbst in Elemente zu zerstückeln.

Ich habe das Bedürfnis, auch an dieser Stelle all denen noch einmal zu danken, die durch ihren kritischen Rat Anteil an meiner Arbeit genommen haben. Mein besonderer Dank gilt Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die Bereitwilligkeit, mit der er das Werk in seinen Verlag aufgenommen und in der vorliegenden Form herausgebracht hat.

---

<sup>3</sup> W. A. Scheuerle, *Rechtsanwendung*, S. 20.

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung: Der Mensch im Recht</b> .....	17
α) Der Mensch als Ausgangspunkt der Rechtsbetrachtung .....	17
β) Ideales oder reales Menschenbild? .....	17
αα) Die dualistische Rechtslehre. Einwendungen gegen sie. ....	18
ββ) Die monistische Rechtslehre .....	24
γ) Apriorische Aussagen über den Menschen im Recht .....	26
δ) Aposteriorische Aussagen über den Menschen im Recht .....	30
<b>I. Das Individuum im Recht</b> .....	32
<b>A. Das Rechtssubjekt</b> .....	33
α) Stoff und Form des Rechtssubjekts .....	33
αα) Entstehung und Geschichte der Stoff-Form-Lehre .....	34
ββ) Heutige Bedeutungslosigkeit der aristotelischen Stoff-Form- Lehre und Konsequenzen hieraus .....	39
γγ) Neubestimmung des Verhältnisses von Stoff und Form .....	41
β) Stoff und Form des subjektiven Rechts. Ihr Verhältnis zueinander, dargestellt an den Konkurrenzlehren des Zivil- und Strafrechts ...	45
αα) Die Konkurrenz von materiellem und formellem subjektivem Recht im Zivilrecht .....	45
ββ) Die Konkurrenz von materiellem und formellem subjektivem Unrecht im Strafrecht .....	50
γ) Ergebnis .....	55
<b>1. Prinzipien des Seins</b> .....	55
a) Konstitutives Prinzip : Identität .....	55
α) Identität des Rechtssubjekts .....	55
β) Identität des subjektiven Rechts .....	57
γ) Rechtliche Identität des Rechtssubjekts .....	57
αα) Ne bis in idem .....	58
ββ) Protestatio facto contraria non valet .....	59
γγ) Kein strafrechtlicher Tätertyp .....	60
δδ) Der staatsrechtliche Gleichheitssatz .....	60
b) Modale Prinzipien .....	61
α) Zur Geschichte der ontologischen Modalitäten .....	62
β) Modalitäten des Seins. Modalitäten des Habens .....	63

aa) Die Wirklichkeit .....	64
$\alpha$ ) Die Wirklichkeit als Zeugnis der Realität .....	64
$\beta$ ) Die Wirklichkeit des Rechtssubjekts .....	65
$\gamma$ ) Die Wirklichkeit des subjektiven Rechts .....	65
$\delta$ ) Die Rechtswirklichkeit des Rechtssubjekts .....	66
bb) Die Möglichkeit .....	67
$\alpha$ ) Möglichkeit als Indifferenz gegen Sein und Nichtsein (Disjunktivität) .....	67
$\alpha\alpha$ ) Die Lehre des Aristoteles .....	67
$\beta\beta$ ) Der disjunktive Möglichkeitsbegriff als Oberbegriff für menschliches Handeln und Unterlassen im Recht .....	68
$\gamma\gamma$ ) Kritik .....	69
$\beta$ ) Möglichkeit als Noch-nicht-Sein .....	70
$\alpha\alpha$ ) Die Lehre des Aristoteles. Abweisung der Einwendungen N. Hartmanns („Was möglich ist, ist wirklich“) .....	70
$\beta\beta$ ) Rechtliche Möglichkeit als Noch-nicht-Sein der Rechtswirklichkeit .....	72
$\gamma$ ) Aufhebung der Indifferenz, Kontingenz .....	77
cc) + dd) Exkurs über Unwirklichkeit und Unmöglichkeit .....	78
cc) Die Unwirklichkeit .....	78
$\alpha$ ) Der Begriff der Unwirklichkeit .....	78
$\beta$ ) Die ontologische Unwirklichkeit des menschlichen Unterlassens .....	78
$\gamma$ ) Die juristische Wirklichkeit des gebotenen oder verbotenen Unterlassens .....	79
dd) Die Unmöglichkeit .....	80
$\alpha$ ) Der Begriff der Unmöglichkeit .....	80
$\beta$ ) Die ontologische Unmöglichkeit des menschlichen Unterlassens („ex nihilo nihil fit“) .....	81
$\gamma$ ) Die juristische Möglichkeit („Kausalität“) des gebotenen oder verbotenen Unterlassens .....	82
2. Prinzipien des Habens .....	84
$\alpha$ ) Zur Geschichte der Lehre vom Haben .....	84
$\beta$ ) Haben als Form des Seins .....	86
$\gamma$ ) Implizierendes und possessives Haben .....	88
a) Konstitutives Prinzip : Diversität .....	90
$\alpha$ ) Identität, Diversität, Individualität .....	90
$\beta$ ) Rechtliche Identität, rechtliche Diversität, rechtliche Individualität .....	91
$\gamma$ ) Rechtliche Diversität als absolute Konkretion der Rechtsgestalt .....	92
$\delta$ ) Die Konkretisierung des Rechts .....	95
$\alpha\alpha$ ) Recht-Haben als Teil-Haben .....	95
$\beta\beta$ ) Gesetzliche Konkretisierung sozialtypischer Strukturen .....	96
$\gamma\gamma$ ) Richterliche Konkretisierung individual-typischer Strukturen .....	100
$\delta\delta$ ) Richterliche Konkretisierung der Rechtsfolgen .....	102

b) Modale Prinzipien .....	104
aa) Die Notwendigkeit .....	105
α) Die innere Notwendigkeit, insbesondere des Rechts .....	105
β) Die äußere Notwendigkeit, insbesondere des Rechts .....	108
γ) Abgrenzung von innerer und äußerer Notwendigkeit. Der formale Grundsatz allen Rechts .....	110
δ) Folgerungen aus dem formalen Grundsatz allen Rechts ....	113
αα) „Elastizität“ des Eigentums .....	114
ββ) „Elastizität“ des Freiheitsrechts („In dubio pro libertate“)	118
γγ) „Elastizität“ der sonstigen Grundrechte .....	121
bb) Die Zufälligkeit .....	122
α) Zufälligkeit als Grundlosigkeit .....	122
β) Zufallsgeschäfte des Rechts .....	122
 3. Das Lebensprinzip .....	124
α) Inhalt des Lebensprinzips .....	124
β) Rechtliche Bedeutung des Lebensprinzips .....	125
αα) Leben als (rechtliche) Dauer .....	125
ββ) Leben als (rechtliche) Dauer im Wechsel .....	126
γγ) Grenzen der (rechtlichen) Dauer im Wechsel .....	129
δδ) Leben als (rechtliche) Dauer durch Wechsel .....	132
 B. Das Rechtssubjekt in der Umwelt .....	137
α) Erkenntnistheoretische Lehrmeinungen .....	137
β) Der erkenntnistheoretische Standpunkt des Juristen .....	141
αα) Das Wissenselement des Vorsatzes .....	141
ββ) Das Wissenselement der Fahrlässigkeit .....	148
γγ) Wissen und Aussage bei den Aussagedelikten .....	149
δδ) Weitere Beispiele .....	151
γ) Wahrheit und Irrtum .....	151
 1. Das Wahrhaben der Umweltbeziehung .....	153
a) Konstitutives Prinzip: Identifikation .....	153
α) Wahrhaben als Haben der Umweltbeziehung .....	154
β) Wahrhaben als wahres Haben der Umweltbeziehung .....	155
b) Modale Prinzipien .....	156
aa) Die Erkenntniswirklichkeit .....	157
α) Erkenntnis der Wirklichkeit .....	157
β) Erkenntnis der Möglichkeit .....	158
γ) Erkenntnis der Unwirklichkeit .....	160
δ) Erkenntnis der Unmöglichkeit .....	163
bb) Die Erkenntnismöglichkeit .....	164

2. <i>Das Wahrsein der Umweltbeziehung</i> .....	164
a) Konstitutives Prinzip : Limitation .....	165
$\alpha$ ) Wahrsein als bewußtes Sein der Umweltbeziehung .....	165
$\beta$ ) Wahrsein als wahres Bewußtsein der Umweltbeziehung .....	167
b) Modale Prinzipien : Erkenntnisnotwendigkeit und Erkenntniszu- fälligkeit .....	168
$\alpha$ ) Notwendiges Wahrsein .....	168
$\beta$ ) Zufälliges Wahrsein .....	170
3. <i>Transsubjektive Wahrheit</i> .....	171
a) Verifikation subjektiven Wahrhabens .....	171
$\alpha$ ) Apriorische Voraussetzungen der Verifikation .....	171
$\beta$ ) Verifikation als Rechtsbeweis .....	171
b) Kommunikation subjektiven Wahrseins .....	175
$\alpha$ ) Apriorische Voraussetzungen der Kommunikation .....	175
$\beta$ ) Kommunikation als Rechtssprachlichkeit .....	175
c) Rechtliche Wahrheit .....	177
 C. <i>Vereinigung von Rechtssubjekt und Umwelt</i> .....	179
1. <i>Konstitutive Vereinigung</i> .....	180
a) Räumlichkeit .....	180
$\alpha$ ) Bewegungen im Lebensraum .....	180
$\beta$ ) Bewegungen im Rechtsraum .....	181
$\alpha\alpha$ ) Reflexive Vereinigung von Subjektivität und Objektivität ..	181
$\beta\beta$ ) Reale Vereinigung von Subjektivität und Objektivität .....	183
b) Zeitlichkeit .....	184
$\alpha$ ) Zeitlichkeit und Räumlichkeit .....	184
$\beta$ ) Zeitlichkeit und Recht .....	186
$\gamma$ ) Geschichtlichkeit und Recht .....	188
$\delta$ ) Juristische Zeit .....	188
2. <i>Modale Vereinigung</i> .....	189
a) Kausalität .....	189
$\alpha$ ) Gibt es Kausalität? .....	189
$\beta$ ) Kausalprinzip und Kausalgesetz .....	191
$\gamma$ ) Kausalzusammenhang und Bedingungs-zusammenhang .....	192
$\delta$ ) Kausalität und Recht. Kausaltheorien .....	192
$\alpha\alpha$ ) Äquivalenztheorie .....	193
$\beta\beta$ ) Adäquitätstheorie .....	194
$\gamma\gamma$ ) Individualisierende Theorien .....	195
$\delta\delta$ ) Kausalität der Unterlassung .....	195
$\varepsilon\varepsilon$ ) Psychische Kausalität .....	195

b) Determination .....	197
α) Determination als Notwendigkeit und als Zufälligkeit .....	197
β) Determination und Recht .....	198
D. Die Realität des Rechtssubjekts .....	201
1. Das Dasein .....	203
a) Das physische Dasein .....	204
α) Physiologische Entwicklungsprozesse .....	205
β) Verschiedenheit der Geschlechter .....	206
γ) Physiologisch-psychologischer Grenzbereich .....	206
b) Das psychische Dasein .....	207
α) Zum Begriff des Bedürfnisses .....	208
β) Grundbedürfnisse und Grundrechte .....	209
aa) Das System der Grundbedürfnisse .....	213
α) Athematische Lehren .....	214
αα) Gehlen .....	214
ββ) Allport .....	215
β) Monothematische Lehren der Psychologie .....	216
αα) „Streben nach Lust“ .....	216
ββ) „Wille zur Macht“ .....	217
γγ) „Libido“ .....	219
γ) Monothematische Naturrechtslehren .....	220
αα) Vorsokratiker .....	220
ββ) Sokrates, Platon, Aristoteles .....	220
γγ) Die Stoa .....	222
δδ) Mittelalterliche Naturrechtslehren .....	222
εε) Neuzeitliche Naturrechtslehren .....	224
δ) Polythematische Lehren der Psychologie .....	230
αα) Klineberg .....	231
ββ) Maslow .....	237
γγ) Keller .....	239
δδ) Katz .....	240
εε) Nuttin .....	241
ζζ) Jaspers .....	245
ηη) Guilford .....	245
θθ) Lersch .....	249
ιι) Ergebnisse .....	257
e) Polythematische Naturrechtslehren .....	263
bb) Das System der Grundrechte .....	265
α) Über die Möglichkeit eines Systems der Grundrechte .....	266
β) Über die Wirklichkeit eines Systems der Grundrechte .....	274
γ) Über die Notwendigkeit eines Systems der Grundrechte .....	285

δ) Das System der Grundrechte .....	287
ε) Die Bedeutung pathologischer Erscheinungen für das Recht .....	288
cc) Das System der Lebensziele und das Recht .....	290
2. <i>Das Dahaben des Rechtssubjekts</i> .....	293
α) Dahaben als funktionale Differenzierung .....	293
β) Rechtliches Dahaben als juristisch-funktionale Differenzierung .....	294
αα) Sachherrschaftsformen .....	294
ββ) Formen zwischenmenschlicher Rechtsbeziehungen .....	295
a) Das physische Dahaben: Steuerungsfähigkeit .....	297
α) Steuerung der Körperfunktionen .....	297
β) Realakte des Rechts .....	297
b) Das psychische Dahaben: Hemmbarkeit .....	299
α) Hemmbarkeit der Bedürfnisse .....	299
β) Rechtliche Zucht der Grundbedürfnisse .....	301
γ) Mittel zur Bedürfnishemmung .....	302
δ) Psycho-noetisches Dahaben .....	303
E. Die Realität der Umweltbeziehung .....	305
1. <i>Wahrnehmen und Vorstellen als Dahaben der Umwelt</i> .....	305
α) Reiz, Empfindung, Wahrnehmung .....	305
β) Das Entlastungsgesetz .....	308
γ) Der Vertrauensgrundsatz als „Entlastungsgesetz“ des Rechts .....	313
αα) Der Vertrauensgrundsatz im Bürgerlichen Recht .....	313
ββ) Der Vertrauensschutz bei Akten staatlicher Behörden .....	319
γγ) Der Vertrauensgrundsatz im Strafrecht .....	320
δδ) Der Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehr .....	320
εε) Grenzen des Vertrauensgrundsatzes .....	321
ζζ) Der Vertrauensgrundsatz — ein ethisches Rechtsprinzip? .....	323
δ) Vorstellung .....	327
2. <i>Denken und Fühlen als Dasein der Umweltbeziehung</i> .....	329
α) Denken und Vorstellen .....	329
β) Denken, Bedürfnis, Einstellung .....	329
γ) Das Entlastungsgesetz .....	331
δ) Entlastungsfunktion der Rechtsordnung. Beispiele .....	331
αα) Gesetzliche Vertragsergänzung .....	332
ββ) Gesetzliche Vertragstypen .....	332
γγ) Trennung von Außen- und Innenverhältnis .....	333
δδ) Amtsbezeichnungen und Titel .....	334
εε) Verkehrsregeln .....	334
ε) Fühlen .....	336

F. Reale Vereinigung von Rechtssubjekt und Umwelt	338
1. Die Intentionalität	340
α) Der Begriff der Intentionalität	340
β) Systematische Erfassung der Intentionalitätsmerkmale im Recht	340
αα) Orientierung	341
ββ) Intensität	342
γγ) Inhalt	343
γ) Die Bindung des Rechts an die Intentionalität	344
αα) Bindung an die Intentionalität im allgemeinen	344
ββ) Bindung an die Orientierung der Intentionalität	346
γγ) Bindung an die Intensität der Intentionalität	346
δδ) Bindung an den Inhalt der Intentionalität	347
2. Der Vollzug	348
α) Vollzug und Intentionalität	348
β) Vollzugsgestalt und Rechtsgestaltung	348
<b>Zusammenfassung</b>	<b>350</b>
<b>Literaturnachweis</b>	<b>358</b>



## Einleitung: Der Mensch im Recht

### a) *Der Mensch als Ausgangspunkt der Rechtsbetrachtung*

Es ist ein alter, schon von den römischen Juristen formulierter Gedanke, daß alles Recht da ist um der Menschen willen<sup>1</sup>. Der Gedanke ist nie völlig vergessen worden. Immer wieder hat man ihn sogar programmatisch verwendet. So bemerkte Savigny anlässlich der Grundlegung seines Rechtssystems: „Die hier versuchte Zusammenstellung der Rechtsinstitute ist gegründet auf das innerste Wesen derselben, nämlich auf ihren organischen Zusammenhang mit dem Wesen des Menschen selbst, welchem sie inhären. Alle anderen Eigenschaften derselben müssen dagegen vergleichsweise als untergeordnet, und zur Grundlage des ganzen Rechtssystems nicht geeignet erscheinen<sup>2</sup>.“ Hugo Sinzheimer, der Schöpfer des modernen Arbeitsrechts, sprach den Gedanken 1933 in Amsterdam aus: „Wie ein Recht gestaltet ist, hängt von der Grundauffassung ab, die das Recht vom Menschen hat. Sie ist der geheime Regulator des jeweiligen Rechtssystems<sup>3</sup>.“ Und Hold von Ferneck, der Verfasser des wohl tiefgründigsten Werkes über die Rechtswidrigkeit, formulierte: „Es gibt keine Rechtsvorschrift, die nicht die Bestimmung hätte, Menschen zu dienen<sup>4</sup>.“

Den zitierten Äußerungen lassen sich weitere leicht hinzugesellen<sup>5</sup>. Es darf daher als eine sehr weit verbreitete, wenn nicht gar allgemeine Meinung unter Juristen und Philosophen angesehen werden, daß der Mensch dem Recht vorgegeben ist: *Das Recht dient menschlichen Bedürfnissen und Interessen, und es wertet Handlungen und Zustände mit Rücksicht auf menschliche Bedürfnisse und Interessen; es ist ein menschlicher Ordnungsfaktor*. Aus diesem Grunde muß alle Rechtsbetrachtung vom Menschen her ihren Ausgang nehmen.

### β) *Ideales oder reales Menschenbild?*

Zwei Möglichkeiten hat — scheinbar — das Recht, dem Menschen als Ordnungsfaktor seiner Bedürfnisse und Interessen zu dienen: *Entweder*

---

<sup>1</sup> Dig. 1, 5, 2: *hominum causa ius constitutum*.

<sup>2</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts. Bd. I, S. 386; ferner im gleichen Sinne die von *Würtenberger*, Jurisprudenz und philosophische Anthropologie, S. 91, zitierte Bemerkung: „Das Recht nämlich hat kein Dasein für sich, sein Wesen ist vielmehr das Leben des Menschen, von einer besonderen Seite angesehen.“

<sup>3</sup> *Sinzheimer*, Das Problem des Menschen im Recht, S. 5.

<sup>4</sup> *Hold v. Ferneck*, Rechtswidrigkeit, Bd. I, S. 50.

es schafft ein ideales Menschenbild und gebietet dem realen Menschen, sein Verhalten hieran zu orientieren. Oder es geht von vornherein vom realen Menschen aus und sucht, in ihm das Material zu finden und zu aktivieren, das ihn in eine allgemeine Ordnung integriert.

αα) Die dualistische Rechtslehre. Einwendungen gegen sie

Wenden wir uns zunächst der ersten der beiden Möglichkeiten zu: dem Recht, welches einen idealen Menschen entwirft und dem realen Menschen sodann befiehlt, sich diesem Idealtypus anzugleichen<sup>6</sup>. Wir nennen ein solches Recht idealistisch. Eine Lehre, die solche Rechtsauffassung zugrunde legt, verfährt *dualistisch*<sup>7</sup>: Sie stellt dem realen Menschen („so wie er — leider — ist“) einen idealen Menschen („so wie er sein soll“) gegenüber; und da sie alsdann das Recht *allein* auf seiten des idealen Menschen sieht, verhalten sich nach ihrer Auffassung Recht und realer Mensch zueinander wie befehlende ideale Macht und zum Gehorsam verpflichteter realer Untertan. —

Die dualistische Rechtslehre zeigt sich bei näherem Zusehen als *undurchführbar*; und somit erweist sich die erste der eben genannten beiden Möglichkeiten als Schein.

Die dualistische Rechtslehre scheidet zunächst am Problem des *Normadressaten*; denn sie vermag keine Antwort auf die Frage zu geben, wie denn das Recht den realen Menschen betreffen soll, nachdem es sich als ideale Wesenheit von ihm emanzipiert hat.

Dies war schon das entscheidende Problem der sogen. *Imperativentheorie*, die in ihrer modernen Gestalt 1878 von August Thon begründet und sodann vor allem von Hold v. Ferneck konsequent durchgeführt wurde.

Die Imperativentheorie betrachtete das Recht als einen einheitlichen Komplex von Imperativen, als den idealen „allgemeinen Willen“, der sich an den realen besonderen Willen der einzelnen Menschen wendet. So sagte August

<sup>5</sup> Übereinstimmend in neuerer Zeit u. a. *Bloch*, Naturrecht und menschliche Würde, S. 259 u. ö.; *Bucher*, Das subjektive Recht, S. 1; *Dahm*, Deutsches Recht, S. 32; *Fehr*, Recht und Wirklichkeit, S. 36 ff.; *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 167 (das Menschenbild sei der „offen oder geheim wirkende Regulator allen Rechts“); *G. Husserl*, Der Rechtsgegenstand, S. 2; *Marcic*, Der unbedingte Rechtswert des Menschen, S. 367; *Mayer-Tasch*, Autonomie und Autorität, S. 11; *Moser*, Die Rechtskraft der natürlichen Lebenswerte, S. 9 f.; *Schambeck*, Der Begriff der Natur der Sache, S. 188 f.; *Troller*, Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, S. 62 („Der Mensch ist der Rechtsordnung und damit auch der Rechtswissenschaft vorgegeben“); *van der Ven*, Existenzien Recht, S. 66 („Recht moet aan de mens rechtdoen“); *Würtenberger*, Jurisprudenz und philosophische Anthropologie (passim), Naturrecht und Philosophie der Gegenwart, in JZ 1955/1 (4); siehe auch *Stone*, Human Law and Human Justice S. 336 ff.

<sup>6</sup> Siehe hierzu auch *Eugen Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung, S. 289 f. (kritisch).

<sup>7</sup> Vgl. *Rothacker*, Logik und Systematik der Geisteswissenschaften, S. 64 ff.

Thon: „Im Rechte sucht die Rechtsordnung den ihren Satzungen Unterworfenen einen Impuls zu einem bestimmten Verhalten zu geben, mag nun das gewünschte Verhalten in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Dieser Impuls erfolgt durch Befehle bald positiven bald negativen Inhalts“<sup>8</sup>. Adressat der Befehle war für die Imperativentheorie der durch Befehle normalerweise bestimmbare, somit zurechnungsfähige Rechtsuntertan. Befehle an Unzurechnungsfähige (Säuglinge, Irre) erschienen ihr als von vornherein widersinnig. Hören wir dazu Hold v. Ferneck: „Würde der Gesetzgeber das voraussichtlich Unerreichbare trotzdem wollen, müßte ihm das Prädikat der Vernünftigkeit unweigerlich abgesprochen werden“<sup>9</sup>.

Die Imperativentheorie ist von Anfang an ganz überwiegend abgelehnt worden. Insbesondere war es die Unmöglichkeit, aufgrund ihres Ausgangspunktes zwischen Unrecht und Schuld zu unterscheiden, die sie als dogmatisch unbrauchbar erwies. Das wichtigste Beispiel wurde schon zu Anfang von Jhering in die Diskussion eingeführt: der gutgläubige Besitz fremder Sachen — er ist rechtswidrig, obwohl die Rechtswidrigkeit dem Besitzer wegen seiner Gutgläubigkeit nicht als Schuld zuzurechnen ist. Unrecht und Schuld fallen — für die Imperativentheorie unerklärbar — auseinander<sup>10</sup>.

Sieht man, der dualistischen Rechtslehre folgend, das Recht als ideale Macht an, welche über den Menschen steht, so läßt sich die *Verbindung des rechtlichen Sollens* (als Norm, „absender“) *zum menschlichen Sein* (als Norm, „adressat“) nur auf zweierlei Art herstellen: *Entweder* es erteilt die Rechtsordnung Befehle lediglich denjenigen, die durch die Befehle motivierbar sind; dann vermag rechtswidrig nur zu handeln, wer zu normgemäßer Motivation überhaupt imstande, d. h. schuldfähig ist. Dem widerspricht jedoch die unzweifelhafte Tatsache, daß die Rechtsordnung selber rechtswidriges Handeln Schuldunfähiger kennt — und kennen muß, sofern sie ihrer objektiven Ordnungsaufgabe genügen will, etwa Brandstiftungen (§ 308 StGB) oder verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) auch seitens Wahnsinniger zu verbieten. *Oder* aber die Rechtsordnung entsendet ihre Befehle an alle, also auch an die in concreto Willensunfähigen; dann handelt rechtswidrig auch, wer sich nicht pflichtwidrig verhält. Dem widerspricht jedoch, daß das Recht selbst Pflichtmaßstäbe für menschliches Verhalten aufstellt und das Unwerturteil von deren Verletzung abhängig macht; etwa die „verkehrserforderliche Sorgfalt“ oder die „diligentia quam in suis“<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Thon, Rechtsnorm, S. 2.

<sup>9</sup> Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit, Bd. II (1), S. 29.

<sup>10</sup> Jhering, Schuldgedanke im römischen Privatrecht, S. 5 f.

<sup>11</sup> D. h. die Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten. Nach § 276 Abs. 1 S. 2 BGB handelt fahrlässig, „wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt“. Für fahrlässiges Verhalten hat der Schuldner grundsätzlich einzutreten (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine Ausnahme findet sich jedoch z. B. im Eherecht, wo es in § 1359 BGB heißt, daß Ehegatten im Rahmen ihrer ehelichen Verpflichtungen einander „nur für diejenige Sorgfalt einzustehen“ haben, „welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen“. Diesen — gemilderten — Sorgfaltsmaßstab bezeichnet man mit dem römisch-rechtlichen Begriff der *diligentia quam in suis*.