Schriften zur Rechtstheorie

Heft 128

Grenzen des Rechtspositivismus

Eine rechtsanthropologische Untersuchung

Von

Ernst-Joachim Lampe

Duncker & Humblot · Berlin

ERNST-JOACHIM LAMPE

Grenzen des Rechtspositivismus

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 128

Grenzen des Rechtspositivismus

Eine rechtsanthropologische Untersuchung

Von

Prof. Dr. Ernst-Joachim Lampe

Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Lampe, Ernst-Joachim:
Grenzen des Rechtspositivismus: e. rechtsanthropolog. Unters./
von Ernst-Joachim Lampe. - Berlin: Duncker u. Humblot,
1988
(Schriften zur Rechtstheorie; H. 128)
ISBN 3-428-06417-8
NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1988 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41
Satz: Irma Grininger, Berlin 62
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3-428-06417-8

Vorwort

Meine Untersuchung ist keine Kampfschrift gegen den Rechtspositivismus – und sie ist es doch. Sie zweifelt nicht an der eminenten Bedeutung einer positiven Normenordnung für die Verläßlichkeit unseres Lebens. Aber sie zweifelt daran, daß es *allein die Rechtsnormen* sind, die unser Leben verläßlich gestalten. Sie sieht das positive Recht vielmehr eingebettet in einen sozialen Lebensraum, der von einer Fülle soziokultureller Determinanten durchzogen und von einer Fülle soziokultureller Strukturen geprägt wird. Das positive Recht liefert selbst einige dieser Determinanten und Strukturen – vielleicht sogar die prägnantesten. Aber es darf nicht damit rechnen, unbeeinflußt von den anderen das menschliche Leben zu gestalten. Seine Geltung und seine Wirkung sind relativ, bedingt und begrenzt durch die Konkurrenz anderer Ordnungssysteme. *Es gibt keine absolute Geltung des positiven Rechts!*

Die *„Grenzen des Rechtspositivismus"* herausarbeiten, heißt daher, die Relativität der juristischen Normgeltung bestimmen. Es heißt, sich in Bereiche hinausbegeben, wo das positive Recht mit den natürlich-kulturellen Determinanten und Strukturen des sozialen Lebens zusammentrifft. Es sind die Bereiche des Übergangs, nicht der strengen Entgegensetzung. Es sind die Bereiche der Wandlung – von Normalität in Normativität, von Sein in Sollen. Die Gegensätze des Ontischen und des Deontischen haben hier ihre gemeinsamen Wurzeln, gleichen sich noch, daß es manchmal wissenschaftlich fast unentscheidbar ist, welche Determinanten und Strukturen sozial und welche rechtlich sind: vorrechtliche Übung oder rechtliche Usance, vorrechtliches Brauchtum oder rechtlicher Brauch, vorrechtliche Abmachung oder rechtlicher Vertrag? Es sind, kurzum, jene Bereiche, die man mit der – an sich widersprüchlichen – Bezeichnung „Naturrecht" („Natur-Recht") zu belegen pflegt, weil die Naturgesetze (aber auch die Kulturgesetze!) den Richtstab zur Leitung des menschlichen Lebens dort an die Rechtsgesetze weiterreichen, ohne deren „gesollte, weil gewollte" Ordnung vollständig aus ihrem Regiment zu entlassen.

Der Untertitel bezeichnet die Untersuchung als *„rechtsanthropologisch"*. Er beschränkt sie somit auf den Bereich, wo Recht und Mensch aufeinandertreffen: das Recht auf den Menschen als ein „unfestgestelltes", aber „der Feststellung bedürftiges" Wesen, der Mensch auf das Recht als ein „Feststellung gewährendes", selbst aber „unfestgestelltes" Ordnungssystem. Es ist der Bereich, wo das reale Recht zum Steuerungsmittel des Menschen wird und der reale Mensch zum Steuerungsobjekt des Rechts, wo die naturhaften Determinanten in das Recht

eindringen, ihm einen typisch menschlichen Gehalt geben, und wo die normativen Determinanten des Rechts den Menschen zur Person formieren, zum Träger von Rechten und Pflichten: „Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen!“ bzw. „Sei im Recht!“

Der „Mensch im Recht“ in diesem Bereich ist *der ganze Mensch* – mit all seinen vitalen Bedürfnissen, mit all seinen Strebungen, Interessen, Neigungen, mit all seinen intellektuellen Fähigkeiten. Er ist, Kantisch gesprochen, der Mensch sowohl als phänomenon als auch als noumenon. Das menschliche Recht ist deshalb ein Produkt beider, des phänomenalen und des noumenalen Menschen. Schon deshalb wäre es verfehlt, es als allein rationale Ordnung zu betrachten. Es war und ist auch ein Produkt des menschlichen Gefühls: für das Richtige, Angemessene, Harmonische. Und es war und ist auch ein Produkt des Willens und der Tat: sic volo, sic iubeo, ita ius esto! Deshalb reicht eine Verstandesmethode allein nicht aus, um das „Recht des Menschen“ zu erfassen. Sie bedarf der Ergänzung durch eine Methode der gefühlsmäßigen Kognition und der handlungsmäßigen Entscheidung. Die vorgelegte Untersuchung liefert hierfür Materialien. Daß sie noch keine allseits überzeugenden Ergebnisse liefern kann, ist selbstverständlich. Wieviel sie von solchen Ergebnissen trennt, vermag allerdings nur der zu ermessen, der auf dem immer differenzierter und unübersichtlicher werdenden Gebiet der Rechtsanthropologie selbst einmal gearbeitet hat.

Ich möchte die Veröffentlichung meiner Untersuchung benutzen, um mich noch einmal bei all denen zu bedanken, die in den letzten Jahren in der rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung mit mir zusammengearbeitet haben. Mein Dank gilt vor allem den Teilnehmern der Arbeitsgemeinschaften „Das sog. Rechtsgefühl“, „Persönlichkeit, Familie, Eigentum. Grundrechte aus der Sicht der Sozial- und Verhaltenswissenschaften“ und „Verantwortlichkeit und Recht“, die in den Jahren 1983, 1985 und 1987 im Zentrum für interdisziplinäre Forschung (ZiF) in Bielefeld stattfanden und deren Ergebnisse in den Jahrbüchern für Rechtsoziologie und Rechtstheorie Bd. X, XII und XV veröffentlicht wurden bzw. werden. Sie haben mir gezeigt, wie unendlich vielgestaltig die Perspektiven sind, aus denen der „Mensch im Recht“ betrachtet werden kann.

„Einer hat immer Unrecht; aber mit zweien beginnt die Wahrheit“, hat Friedrich Nietzsche einmal gesagt. Ich hoffe deshalb, daß auch dort, wo ich infolge der Begrenztheit meiner Perspektive im Unrecht bin, ich doch der Wahrheit, die andere finden werden, zu nützen vermag.

Ober-Olm, im Juni 1987

Ernst-Joachim Lampe

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 9

I. Die Bindung des positiven Rechts an die determinierenden Verstandesgesetze („formallogische" Gesetze) 14

II. Die Bindung des positiven Rechts an die determinierenden Naturgesetze 15

III. Die Bindung des positiven Rechts an die programmierenden Naturgesetze 17

A. Die Struktur des menschlichen Antriebslebens 17

B. Die Kategorien des menschlichen Antriebslebens 24

1. Ergebnisse der psychologischen Motivationsforschung 25
2. Ergebnisse der humanethologischen Forschung 32
3. Ergebnisse der kulturanthropologischen (ethnologischen) Forschung .. 35
4. Resümee 39

C. Die Bindung des Rechts an die Struktur und an die Grundkategorien des menschlichen Antriebslebens 42

IV. Die Bindung des Rechts an die programmierenden Verstandesgesetze 56

A. Das Sprachprogramm des Menschen 58

1. Erwerb und Struktur des Sprachprogramms 58
2. Die moralische Sprache insbesondere 63
   a) Die Fundamente der moralischen Sprache 64
   b) Die moralische Sprache als Ausdruck der Persönlichkeit 80
3. Endogene Tendenzen der moralischen Sprache 84

B. Die Bindung des Rechts an das menschliche Sprachprogramm 89

1. Die Bindung des Rechts an das allgemeine menschliche Sprachprogramm 89
2. Die Bindung des Rechts an die Sprache der Moral im besonderen ... 95
3. Die Bindung des Rechts an die endogenen Tendenzen der moralischen Sprache 106

4. Die Folgen der Mißachtung von programmierenden Sprachgesetzen durch das Recht 114

C. Das menschliche Denkprogramm 122

1. Assoziationen und Direktiven im menschlichen Denken 124

a) Gestalt und Gestaltung von Problemsituationen 127

b) Direktiven des Suchprozesses 129

c) Kausalität und Finalität im Suchprozeß 133

2. Konklusionen 135

D. Die Bindung des Rechts an das menschliche Denkprogramm 138

1. Assoziationen und Direktiven im juristischen Denken 139

a) Die Gestaltung der juristischen Problemsituation 139

b) Direktiven für die Suche nach der juristischen Problemlösung 147

c) Kausalität („Tentativität") und Finalität im juristischen Suchprozeß 173

2. Juristische Konklusionen 178

3. Die Folgen der Mißachtung von programmierenden Denkgesetzen durch das Recht 184

V. Zusammenfassung 193

Literaturverzeichnis 199

Personen- und Sachverzeichnis 218

Einleitung

Der *Rechtspositivismus* definiert das Recht als eine Befehls- und Zwangsordnung mit beliebigem Inhalt. Rechtsetzung im allgemeinen und Gesetzgebung im besonderen findet von seinem Standpunkt aus statt einerseits im Zeichen höchstmöglicher Unsicherheit darüber, was Inhalt bzw. Zweck des Rechts sein soll, andererseits im Zeichen höchstmöglicher Sicherheit darüber, was die zur Zweckerreichung einzusetzenden Mittel sind, nämlich Befehl und Zwang. Diese an sich merkwürdige Kombination von rechtlicher Freiheit in der Wahl der Rechtsinhalte und rechtlichem Zwang in der Durchsetzung dieser Inhalte begründet der Rechtspositivismus zum einen mit der Kontingenz aller materialen Wert- und somit auch Rechtsinhalte, also der resignierenden Feststellung, daß hier keinerlei Richtigkeitsgewähr zu erlangen sei[1], zum andern mit der Eigenheit menschlicher Handlungen, naturgesetzlich nicht oder nicht vollständig determiniert zu sein, weshalb es notwendig werde, das Gemeinschaftsleben durch normative Satzung so oder so autoritativ zu gestalten. Sein Grundsatz lautet: Auctoritas, non veritas facit legem! Auf den Normgeber bezogen: „Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist"[2]. Auf den Normanwender konkretisiert: „Der Jurist wird immer wieder die instinktive Scheu haben, eine positive Norm unbeachtet zu lassen, weil dies die Ordnungsfunktion des Rechts schmälert, die uns allein vom Chaos trennt"[3]. Und auf den Normadressaten gemünzt: „Es ist besser, es geschehe dir Unrecht, als die Welt sei ohne Gesetz"[4]. Nimmt man dies alles zusammen, so ist es des Menschen, insbesondere des Juristen, Scheu vor Unordnung, die den Rechtspositivismus in seinem Selbstverständnis legitimiert; weil diese Scheu instinktiv größer ist als der Abscheu vor Unrecht, deshalb gelte, so die Argumentation,

---

[1] Daß Rechtspositivismus und Relativismus nicht Hand in Hand gehen müssen, noch gar identisch sind, betont mit Recht *M. Kriele* (1963), S. 13 f. Gleichwohl ist kaum eine Lehre so gut geeignet und hat auch keine Lehre so oft dazu gedient, den Rechtspositivismus zu begründen, wie der Relativismus. Ausführlich zum Rechtspositivismus: *W. Ott* (1976); ausführlich zum Relativismus: *H. Wein* (1950).

[2] *G. Radbruch* (1932), S. 81. Ferner S. 83: „Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, niemals, ob es auch gerecht ist."

[3] *H. Welzel* (1953), S. 289. Vgl. ferner *E. Riezler* (1951), S. 339: „Der tiefere Grund, warum wir darauf bestehen müssen, daß naturrechtliche Ideale nicht mit geltendem Recht vermengt und ihm gleichgestellt werden, ist das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, das in jedem Rechtsstaat, gleichviel welcher verfassungsrechtlichen Struktur, hervortritt, ja für ihn charakteristisch ist."

[4] *J. W. von Goethe,* Maximen, S. 279 (Nr. 113).

selbst der unsittliche Rechtsbefehl[5]. Ist folglich der Rechtspositivismus nicht nur eine pragmatische Philosophie des „law and order" – ist er darüber hinaus eine anthropologisch begründete Notwendigkeit?

Mir scheint, daß gerade seine anthropologische Begründung, sein *Menschenbild,* den Rechtspositivismus anfällig macht gegen Kritik. Würde seine Lehre wahrhaftig die menschliche Wirklichkeit spiegeln, dann enthielte sie eine ebenso erstaunliche wie beunruhigende Erkenntnis. Aber bisher hat der Rechtspositivismus sein Menschenbild weder als Wirklichkeit beweisen noch auch nur als Wahrscheinlichkeit so plausibel zu machen vermocht, daß wir von ihm als von einer feststehenden Grundlage bei unseren juristischen Erörterungen ausgehen könnten. Der Rechtspositivismus steht wissenschaftlich auf ungefestigtem Boden! Gewiß wird ihm niemand bestreiten, daß es in jeder Menschengruppe Ordnungsfanatiker gibt, die „law and order" unbedenklich über „equity and liberty" erheben. Dennoch verstellt dieses Zugeständnis nicht den Blick auf die weitere Erkenntnis, daß Ordnungsfanatiker nirgends die Mehrheit bilden und daß sie vor allem bisher niemals die Ausgestaltung einer Rechtsordnung bestimmt haben. Zumindest mit dem Anspruch, Recht und nicht Unrecht zu setzen, ist bisher überall der Gesetzgeber aufgetreten. Und indem er diesen Anspruch erhob, hat er sich unter die Herrschaft rechtsethischer Determinanten gebeugt, um einerseits *mit* ihrer Unterstützung sein Gesetzeswerk aufzubauen und in soziale Wirklichkeit umzusetzen und um andererseits *durch* ihre Unterstützung die ethische Gesinnung des Volkes zu stabilisieren.

Berechtigt freilich war der Anspruch eines Gesetzgebers, Recht und nicht Unrecht zu setzen, stets nur in dem Maße, wie die rechtsethischen Determinanten seines Tuns sich wissenschaftlich kontrollieren und als richtig nachweisen ließen. Die Legitimation des Gesetzgebers bestand niemals schon in seiner löblichen Absicht, sondern erst in der wissenschaftlich gewonnenen Prognose, daß sich diese Absicht – zumindest bis zu einem gewissen Grade – verwirklichen werde. Wie aber ließ sich eine solche Prognose erstellen?

Der Rechtspositivismus hat die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Kontrolle der Gesetzgebung stets und mit Vehemenz bestritten. Nach seiner Lehre wird der Inhalt der Gesetze zwar nicht durch die „nackte" Willkür des Gesetzgebers, wohl aber durch frei gewählte und deshalb wissenschaftlich unkontrollierbare Faktoren geprägt. Die freie Wahl des Gesetzgebers, im doppelten Sinne des Wählens und des Gewähltwerdens verstanden, sei, so meint er, das Optimum dessen, was ein pluralistisches, im Zeichen des ethischen Relativismus stehendes und deshalb zur Toleranz verpflichtetes[6] Gemeinwesen an Richtigkeitsgewähr

[5] Vgl. *F. Somló* (1927), S. 308 f.: Es gelte „unumstößlich die Wahrheit, daß die Rechtsmacht (oder nach anderer Terminologie: der Gesetzgeber, der Staat, die souveräne Macht) jeden beliebigen Rechtsinhalt setzen kann". *H. Kelsen* (1960), S. 201: „Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein. Es gibt kein Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein."

[6] Die Forderung nach Toleranz gegenüber (allen?) anderen Wertansichten läßt sich aller-

hervorzubringen vermöge[7]. – Doch die Zeichen einer solchen Freiheit trügen: Jedesmal wenn der Gesetzgeber die Grenzen des dem Menschen Möglichen oder Erlaubten überschritt, jedesmal wenn seine Gesetze, offen oder versteckt, dem Menschen Unmögliches oder Unerlaubtes, gar „schreiende" Unsittlichkeit abforderten, sind bisher die Grenzen des positiven Rechts sichtbar geworden. Und der Rechtspositivismus, der diese Grenzen nicht erklären konnte, vielmehr bereit war, von seinem wissenschaftlichen Standpunkt aus auch die unsittlichen Gesetze als legitim hinzunehmen, ist dann jedesmal selbst in eine tiefe *Legitimationskrise* hineingeraten. Seinen Verfechtern erschien dann die hautnahe Realität des gesetzlichen Unrechts als so unerträglich, daß sie, um des höheren Ideals der Gerechtigkeit willen, forderten, dem Befehl das Recht seiner Verweigerung, dem Zwang die Freiheit eigener sittlicher Entscheidung entgegenzustellen[8].

In Deutschland geschah das zuletzt nach der Katastrophe des *Nationalsozialismus.* Die jahrzehntelang unangefochtene rechtspositivistische Grundhaltung der deutschen Juristen wich damals dem entgegengesetzten Extrem der Naturrechtsgläubigkeit[9], welche die naturrechtswidrigen Gesetze des „Dritten Reiches" für nichtig erkannte und sich nicht scheute, diese Erkenntnis zur Grundlage einer neuen, rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechenden Judikatur zu machen. Diese aus einer Krisensituation hervorgegangene Rechtsprechung soll man heute gewiß nicht überbewerten; der Rückschritt zur Gesetzesgläubigkeit ist, wie wir wissen, längst getan. Wir dürfen aber festhalten, daß zumindest seither, wenn nicht schon längst, den Rechtspositivismus jener Vorwurf trifft, den er der Naturrechtslehre lange Zeit glaubte entgegensetzen zu

---

dings aus dem Wertrelativismus nicht herleiten, sondern stellt im Gegenteil eine Durchbrechung dieser Lehre dar. Eher kann m.E. der Wertrelativismus als Folgerung aus der Forderung nach Toleranz angesehen werden (vgl. *E.-J. Lampe,* 1976, S. 106).

[7] Dazu besonders *R. Thoma* (1923), S. 42 ff.; ferner *ders.* (1930), S. 190 ff.

Zu Thoma vgl. auch *H.-D. Rath* (1981), S. 105: „In dieser Konzeption der wertneutralen Demokratie stellt das formal-demokratische ‚Spielregelsystem' den Rahmen bereit, innerhalb dessen die sozialen und politischen Konflikte ausgetragen werden können. Diese Reduktion der Demokratie auf eine bestimmte Methode der Herrschaftsbestellung liegt in der Konsequenz des – nicht zuletzt erkenntnistheoretisch fundierten – Prinzips der Gleichrangigkeit und Gleichberechtigung aller Wertstandpunkte, demzufolge die Auseinandersetzung um inhaltlich divergente Gesellschaftsprogramme der politischen Eigendynamik, dem ‚Spiel der freien Kräfte' überlassen bleibt."

[8] Eindrucksvoll *G. Radbruch* (1973), S. 344 f.: „Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz' den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht läßt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen. Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt. ... Man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen".

[9] *Arthur Kaufmann* (1957), S. 5, spricht mit Recht von einer „Renaissance des Naturrechts". Ebenso *W. Maihofer* (1966), S. IX.