

# 1. Recht als Verhaltensregelung

## a) Sozialgefüge als Kulturerscheinung

Anders als in einem Termitenstaat ist das Zusammenleben der Individuen in einer menschlichen Gemeinschaft nicht schon durch Instinkte, das heißt durch angeborene Verhaltensmuster, starr und vollständig gesteuert. Wohl gibt es auch beim Menschen angeborene Antriebe und Grundmuster des Sozialverhaltens wie den mütterlichen Pflgetrieb, den Geschlechtstrieb, auch eine Bereitschaft, dauerhafte Paarbindungen einzugehen und sich in einmal ausgekämpfte Rangordnungen bis auf weiteres einzufügen. Doch schließen sich diese angeborenen Verhaltensdispositionen nicht zu einer kompletten und starren Verhaltensordnung zusammen, sondern lassen Spielräume der Verhaltenswahl offen. So sind mit unserer genetischen Ausstattung sehr verschiedene Sozialgefüge vereinbar, insbesondere all die Gesellschaftsstrukturen, die es tatsächlich in unserer Welt gab und gibt, angefangen von den unterschiedlichen Sozialordnungen der Naturvölker und der nomadisierenden Viehzüchter bis hin zu jenen der westlichen Industriekultur.

Damit die Menschen in solchen Gemeinschaften ihr Handeln vorhersehbar, verlässlich und gemeinverträglich aufeinander einstellen konnten, mussten die ererbten Verhaltensdispositionen durch künstliche Verhaltensmuster ergänzt werden. So entstanden im Laufe der Kulturentwicklung Normen der Sitte und des Brauchtums, der Sozialmoral, der Religion und nicht zuletzt auch des Rechts und regelten das Zusammenleben in Familien und Dorfgemeinschaften, in der Agrarwirtschaft und später auch das Zusammenwirken in

Handwerks- und Fabrikbetrieben, Handelsgesellschaften, Vereinen, politischen Gemeinwesen und anderen komplexen Gemeinschaften. Alle diese Gemeinschaften bilden sich in der Weise, dass die Einzelnen ihr Tun und Lassen nach Regeln aufeinander einstellen, die ihnen sagen, wie man sich in bestimmten Situationen zu verhalten hat. Die durch Normen geordneten Gefüge des Zusammenlebens – wie Familien, Dienstverhältnisse, Handelsgesellschaften, Vereine, Gemeinden und Staaten – kann man auch als »Institutionen« bezeichnen.

Solche Gemeinschaften sind also Verhaltensgefüge, die sich nach normativen Verhaltensmustern bilden. Erst diese schaffen die notwendige Orientierungssicherheit und soziale Stabilität. Auch in diesen Sozialstrukturen, die nicht instinktreguliert, sondern normativ geformt sind, tritt hervor, dass wir nicht nur Natur-, sondern zugleich Kulturwesen sind.

Diese normativen Verhaltensordnungen sind variabel und gestatten es, die Sozialstrukturen dem Wandel der Lebensbedingungen anzupassen. Sie eröffnen auch unter gleichen Umständen eine begrenzte »Experimentierfreiheit« und können in dem Spielraum, den genetische Vorgegebenheiten und äußere Sachzwänge lassen, als Instrumente einer zweckbestimmten Sozialgestaltung eingesetzt werden.

## b) Verhaltensregelung durch objektive Gebote

Fragt man, in welchen Begriffen sich eine rechtliche Ordnung denken lässt, so könnte eine vermeintlich realistische Antwort lauten, es handle sich dabei um faktische Regelmäßigkeiten menschlichen Zusammenwirkens. In diesem Sinne könnte man etwa den berühmt gewordenen Satz des nordamerikanischen Richters Oliver Wendell Holmes verstehen, das Recht enthalte »Prophezeiungen dessen, was die Gerichte tatsächlich tun werden« (1896/97, 461). In diesem Sinne äußerte sich auch der skandinavische Rechtsrealismus; einer seiner Repräsentanten meinte: Rechtsregeln könnten »an nichts anderem

festgestellt werden als daran, dass die Staatsorgane in bestimmten Situationen in gewisser Weise handeln, was wiederum auf einer Menge psychologisch wirkender Faktoren beruht und seinerseits auf verschiedenen Wegen das Verhalten der einzelnen beeinflusst. Abstrahiert man von diesem faktischen Verhalten der Staatsorgane [...], so sind die Begriffe Rechtsordnung und Rechtsregel leere Worte« (Lundstedt 1932, 252 f.).

Faktische Regelhaftigkeit des Verhaltens – war das nicht das Gesetz des Termitenstaates? Aber wir unterscheiden begrifflich das Regelmäßige und das Gebotene. Die Gleichsetzung des regelmäßigen mit dem gebotenen Verhalten widerspricht schon dem Sprachgebrauch. Regelmäßig lärmen die Fußballfans nach einem Torschuss. Aber wir sagen nicht, das sei ein gebotenes Verhalten. Regelmäßig spannen die Fußgänger ihren Schirm auf, wenn es zu regnen beginnt; dass jemand mit geschlossenem Schirm im Regen spazieren geht, ist unwahrscheinlich, aber nicht verboten. Es ist also ein Unterschied, ob wir ein Verhalten als wahrscheinlich oder als geboten bezeichnen. Auch der Satz des Richters Holmes will uns nicht überzeugen. Wohl mag der Rechtsanwalt, wenn er die Chancen einer Klage abschätzt, sich die Frage stellen, welcher Rechtsansicht das angegangene Gericht wahrscheinlich folgen werde; doch wird er sich stets eine kritische Stellungnahme zu der prognostizierten Entscheidung vorbehalten: Er wird sie für richtig oder falsch halten und wird vielleicht das Gericht von einer für falsch gehaltenen Ansicht abzubringen suchen. Vor allem aber kann der Richter selbst sich sinnvollerweise nicht die Frage stellen, wie er wahrscheinlich entscheiden werde, sondern nur die Frage, wie er richtigerweise entscheiden solle.

Rechtsnormen beschreiben also nicht ein Verhalten, sondern schreiben es vor, und zwar als objektive Verhaltensnormen. Als solche haben sie einen Sinn, an dem man sich orientieren kann. Was darunter zu verstehen ist, weiß man aus dem Alltag: Wenn Musikanten miteinander Mozarts »Kleine Nachtmusik« spielen, orientieren sie sich an einer Ordnung der Töne, die Mozart erfunden hat und die sie in einem Notenblatt

aufgezeichnet finden. An ihr orientieren sie sich aber auch dann, wenn sie das Stück auswendig spielen; sie haben dann die Komposition »im Kopf«. So könnte es scheinen, als seien Sinngehalte psychische Tatbestände. Aber damit wären sie nicht angemessen begriffen. Psychische Vorgänge sind immer höchstpersönlich; niemand kann nachprüfen, was der andere wirklich fühlt und denkt. Zugänglich ist anderen nur, was jemand ihnen als Ergebnis seines Denkens und Inhalt seines Fühlens mitteilt. Nicht das Denken, sondern nur das Gedachte, nicht das Fühlen, sondern nur das Gefühlte ist mitteilbar (»transsubjektiv«). Es kann auch – wie Mozarts Komposition – für mehrere eine gemeinsame (»intersubjektive«) Orientierungsgrundlage sein. Solche mitteilbaren Bewusstseinsinhalte entstehen zwar in Vorgängen des lebendigen Bewusstseins, aber sie sind von ihnen ablösbar und können ihnen gegenübergestellt werden, sind also »objektive« (von *obicere* = gegenüberstellen) Sinngehalte. Sie können aus dem Bewusstsein verschwinden und später wieder »zum Bewusstsein kommen« und werden dann in Bewusstseinsakten wieder lebendig (»aktuell«). Sie überleben, wie der Lehrsatz des Pythagoras, ihre Erfinder oft lange Zeit und sind als verfügbare Bewusstseinsinhalte auch dann »vorhanden«, wenn zur Zeit niemand an sie denkt. Zu solchen objektiven Sinngehalten gehören auch die Normen des Rechts.

Die rechtlichen Gebote und Verbote sind aber keine theoretischen Sätze, die eine Erkenntnis zum Ausdruck bringen, wie ein mathematischer Lehrsatz oder eine physikalische Hypothese. Sondern sie dienen der Ordnung des Handelns, indem sie ein Tun oder Unterlassen gebieten, betreffen also die Praxis (griechisch *praxis* = Handeln).

### c) Recht als »law in action«

Andererseits ist das Recht nicht bloß ein normatives Sinngefüge, sondern es hat auch eine »faktische« Seite. Seinem objektiven Sinn nach ist uns heute noch das Recht zugänglich,

das in den steinernen »Codex« des Babylonierkönigs Hammurabi eingegraben ist, auch das eindrucksvolle Recht des antiken Rom oder das Recht der alten Baiuwaren, das in der *Lex Baiuvariorum* aufgezeichnet ist, und die deutsche Reichsverfassung von 1871. Aber keine dieser rechtlichen Ordnungen »gilt« für uns noch. Sie alle sind nicht mehr »wirksam«, das heißt, sie bewirken nicht mehr das in ihnen vorgeschriebene Verhalten. Sie sind nicht mehr »aktuell«, sie haben ihre Motivationskraft für das Bewusstsein und Handeln der hier und heute Lebenden verloren. Geltendes Recht sind die Normen, etwa einer Staatsverfassung oder des Kaufrechts oder des Familienrechts, nach denen gegenwärtig die in einer Rechtsgemeinschaft Lebenden ihr Handeln ausrichten, genauer gesagt Normen, die heute in einer Rechtsgemeinschaft die Chance haben, freiwillig befolgt oder aber durchgesetzt zu werden. Kurz, geltendes Recht ist auch eine »Tatsache«.

Nur so lassen sich auch Revolutionen rechtlich begreifen: Sie finden statt, wenn bisher geltende, grundlegende Normen über das Zusammenleben als politische Gemeinschaft – insbesondere die Normen darüber, wer in welcher Weise die fundamentalen Regelungsbefugnisse (Kompetenzen) auszuüben hat – nicht mehr befolgt werden, sondern wenn von jetzt an andere grundlegende Normen das Handeln in dieser Gemeinschaft wirksam bestimmen.

## 2. Die Besonderheit der rechtlichen Verhaltensregelung

### a) Recht und andere Verhaltensnormen

Es gibt manche Arten von Regeln, die das Handeln leiten: Eine Regel der Höflichkeit, dass man etwa einen freundlichen Gruß zu erwidern habe, ist von anderer Art als das moralische Gebot, andere nicht zu belügen oder einem in Not geratenen Freund zu helfen, und wieder von anderer Art als das Gebot, den Kaufpreis für eine Ware zu bezahlen. Nur das letzte ist ein rechtliches Gebot. Wir wissen auch ohne viel Überlegung, wodurch es sich von den zuvor genannten Verhaltensnormen unterscheidet: Ein unhöflicher Zeitgenosse wird gemieden, ein Lügner und ein schlechter Freund wird zudem verachtet; in beiden Fällen wird die Nichtbeachtung der Verhaltensnormen damit beantwortet, dass man wegen seines Fehlverhaltens von anderen getadelt oder gesellschaftlich, oft auch geschäftlich isoliert wird. Die Nichtbezahlung eines Kaufpreises wird hingegen nicht (jedenfalls nicht nur) damit beantwortet, dass der Verkäufer nicht mehr mit dem Käufer spricht, sondern damit, dass er zum Gericht geht und den Kaufpreis einklagt. Hier beruft der Verkäufer sich auf eine Norm, deren Befolgung durch ein geregeltes Durchsetzungsverfahren – also eine spezifische Sozialtechnik – gewährleistet («garantiert») ist. Im Hinblick auf dieses Merkmal kann man Normen dieser Art unter dem Namen des »garantierten Rechts« als eine spezifische Art von Verhaltensnormen zusammenfassen. Man kann sie von anderen Normen unterscheiden, die nicht auf diese Weise erzwingbar sind, etwa von den Normen der Höflichkeit, der Schicklichkeit oder der Sozialmoral. Auch deren Befolgung ist zwar für das reibungslose Funktionieren von Familien und

Betrieben, von politischen und anderen Gemeinschaften unentbehrlich; auf ihre Nichtbefolgung stehen aber andere Sanktionen. Kurz, »garantiertes Recht« ist ein Bestand von Normen, für die ein spezifisches Durchsetzungsverfahren eröffnet ist.

## b) Garantiertes Recht als Zivilisationsprodukt

Die Sozialtechnik der Rechtsgewährleistung hat sich erst in einer langen, geschichtlichen Entwicklung herausgebildet, in deren Verlauf Rechtsprechung und Rechtsdurchsetzung zu spezifischen sozialen Rollen wurden und Rechtspflegeorgane das Erzwingungsmonopol gewannen. Diese Entwicklung ging Hand in Hand mit der Entstehung der Staatlichkeit, das heißt einer organisierten, normativ geordneten politischen Gewalt. Die Entstehung »garantierten Rechts« ist also ein Produkt fortschreitender Zivilisation, ein Schritt im Prozess der »Selbstdomestikation« der Menschheit, um ein Wort des Ethnologen Richard Thurnwald zu gebrauchen.

Aus vielen Kulturen sind frühe, gleichsam »embryonale« Stufen dieser Entwicklung bekannt, in der das »Recht des Stärkeren« fortschreitend durch effektive Sozialnormen gebändigt wurde (Zippelius 2011, § 5 IV 2). Das geschah zunächst oft nur durch eine geregelte Selbsthilfe des Verletzten, die durch eine mehr oder minder verlässliche Rückendeckung der Gruppe gestützt war. Für wichtige Gebote bildeten sich nicht selten – unvollkommen institutionalisierte – Schemata einer Konfliktregelung heraus. Zu ihnen gehörten etwa ritualisierte Kämpfe, zweiseitige Verhandlungen, die unter Einschaltung eines angesehenen Gruppenmitgliedes angebahnt und geführt wurden, oder die Streitentscheidung durch einen Schiedsrichter, den die streitenden Parteien akzeptierten. Selbst im zuletzt genannten Fall mangelte es aber oft noch an Mitteln, um die in der Gemeinschaft anerkannten Verhaltensregeln zuverlässig durchzusetzen. An solchen Mitteln fehlt es auch heute noch im Völkerrecht. Dieses ist also, was seine »Effek-

tivität« angeht, bis heute ein »embryonales« Recht. Das ist die Kehrseite dessen, dass die Völkergemeinschaft die Stufe der »Staatlichkeit« – das heißt einer durchorganisierten politischen Gewalt – bis heute nicht erreicht hat (was auch kein in jeder Hinsicht erstrebenswerter Zustand wäre).

### c) Die Struktur der organisierten Rechtsgewährleistung

Die Eigenart des »garantierten Rechts« liegt darin, dass es in einem Erzwingungsverfahren durchgesetzt werden kann, das selber rechtlich geregelt ist: Es besteht nicht nur eine »primäre« Ordnung zwischenmenschlichen Verhaltens. Zu ihr treten Rechtsgewährleistungsnormen hinzu: »sekundäre« Normen, welche die Kompetenzen und Verfahren zur Durchsetzung der primären Normen regeln (Nawiasky 1948, 13 f., 99 ff.). Solche Rechtsgewährleistungsnormen finden sich insbesondere in Gerichtsverfassungsgesetzen und Prozessordnungen. Sie enthalten Bestimmungen über die Organisation, die Zuständigkeit und das Verfahren der Gerichte und schreiben z. B. den Zivilgerichten vor, in näher geregelten Verfahren die Erfüllung bürgerlich-rechtlicher Rechtspflichten durch Verurteilung und notfalls durch Vollstreckungszwang zu gewährleisten, falls diese Pflichten nicht ohnedies erfüllt werden. Die aus diesen Rechtsgewährleistungsnormen erwachsenden Pflichten der Rechtspflegeorgane sind regelmäßig ihrerseits wieder durch Normen sanktioniert. So gibt es Vorschriften, die es dem Richter bei Strafe verbieten, das Recht zu beugen, und disziplinarrechtliche Bestimmungen, die ein pflichtwidriges Verhalten des Richters unter dienstrechtliche Sanktionen stellen. Und es gibt Rechtsnormen, die auch die Durchführung dieser straf- und disziplinarrechtlichen Bestimmungen gewährleisten. Auf diese Weise bildet die Rechtsordnung ein »vermaschtes« Regelungs- und Kontrollsystem, dessen Elemente sich – wie die Maschen eines Strickwerkes – gegenseitig



abstützen und aneinander Halt finden. Erst als Bestandteile eines solchen Systems werden die einzelnen Normen zu garantiertem Recht. Freilich wird an irgendwelchen Punkten dieses Systems – insbesondere bei obersten Verfassungsnormen – auch einmal die Frage offen bleiben: *Quis custodiet custodes?* Wer wird die Wächter überwachen?

Verschiedene Mechanismen der Rechtsgewährleistung oder »Sanktionen« sind uns schon in den bisherigen Überlegungen begegnet: In vielen Fällen kann man die Erfüllung von Rechtspflichten geradewegs erzwingen. Erfüllt z.B. ein Schuldner eine Zahlungspflicht nicht, so wird er auf Klage des Gläubigers vom Gericht zur Zahlung verurteilt. Zahlt er dann immer noch nicht, kann aus dem Urteil gegen ihn vollstreckt werden, etwa in der Weise, dass der Gerichtsvollzieher auf Antrag des Gläubigers bewegliche Sachen des Schuldners pfändet, versteigert und den Erlös dem Gläubiger zur Befriedigung seines Zahlungsanspruches abliefert.

Hat aber ein unvorsichtiger Autofahrer ein Kind überfahren, so ist es zu spät, ihn für diesen Fall zur Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht zu zwingen. Hier kann nur noch eine Strafsanktion eingreifen. Diese dient zugleich dem normalen Funktionieren jener Sorgfaltspflicht: Die für die Pflichtverletzung angedrohte und im Einzelfall auch prompt verhängte Strafe motiviert andere Verkehrsteilnehmer zu vorsichtigem Fahren (Generalprävention) und sie soll auch den Delinquenten selber veranlassen, diese Pflicht in künftigen Fällen zu befolgen oder ihm – etwa durch Entzug des Führerscheines – eine gleichartige Pflichtverletzung unmöglich machen (Spezialprävention).

Die Einhaltung rechtlicher Normen kann auch dadurch gewährleistet werden, dass Akte, die gegen sie verstoßen, für nichtig erklärt oder aufgehoben werden: So können z.B. verfassungswidrige Gesetze in einem verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren für ungültig erklärt, rechtswidrige Verwaltungsakte in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufgehoben und unrichtige Gerichtsurteile auf ein Rechtsmittel hin durch eine höhere Instanz kassiert werden.

Im Zusammenhang mit dem System der Rechtsgewährleistung lässt sich auch der Begriff der »subjektiven Rechte« genauer bestimmen: Solche subjektiven Rechte stehen den Rechtspflichten anderer gegenüber. Wir sagen z. B., der Darlehensgeber habe einen Rechtsanspruch auf Rückzahlung des Darlehens, das heißt, er könne die Rückzahlung des Darlehens vom Darlehensnehmer verlangen. So definiert auch das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 194 Absatz 1) den Anspruch als »das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen«. Aber was soll dieses »Verlangenkönnen« präzise ausdrücken? Gewiss nicht die bloß tatsächliche Möglichkeit, die Rückzahlung zu wünschen. Vielmehr ist mit dem subjektiven Recht eine zweigliedrige normative Situation bezeichnet: erstens, dass der Darlehensnehmer verpflichtet ist, dem Darlehensgeber das Darlehen zurückzuzahlen, zweitens, dass dieser den Darlehensnehmer auf Rückzahlung verklagen kann. Die Klagemöglichkeit bedeutet in diesem Beispiel: Der Berechtigte kann auf Grund der Zivilprozessordnung (also von Rechtsgewährleistungsnormen) durch Einreichung einer Klage das zuständige Gericht verpflichten, einen Zivilprozess einzuleiten und durchzuführen und den Schuldner zur Zahlung zu verurteilen, wenn nach Maßgabe der prozessualen Vorschriften eine Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers anzunehmen ist. Kurz, eine wesentliche Komponente des subjektiven Rechts ist die verbindliche Durchsetzungsinitiative, in erster Linie die Befugnis, durch eigenes Handeln ein Rechtsschutzorgan zur Rechtsgewährleistung zu verpflichten.

#### d) Faktische Komponenten der Anwendungs- und Durchsetzungschance

Dieses ganze System funktioniert nur, wenn seine Normen im Großen und Ganzen eine verlässliche Chance der Anwendung und Durchsetzung haben. Geltendes Recht ist, wie gesagt,