

NATUR DER SACHE UND SITUATIVER BEZUG IM RECHTSWIDRIGKEITSURTEIL

HANS-RUDOLF HORN,
Mainz (Bundesrepublik Deutschland)

I

Nach Luis Recaséns Siches ist das entscheidende Ereignis im Rechtsdenken des 20. Jahrhunderts die Renaissance einer genuin philosophischen Betrachtungsweise, die einer positivistischen Verengung der Erkenntnis, wie sie für das 19. Jahrhundert charakteristisch war, erfolgreich entgegengesetzt. Diese Auffassung hat er bei vielen Gelegenheiten dargelegt; sie ist insbesondere ein Leitmotiv seines 1963 erschienenen Werkes *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*.¹ Aber auch in späteren Veröffentlichungen, vor allem in seinem Aufsatz "Das Problem der Natur der Sache",² hat er sie aufrechterhalten, ohne freilich die neuen Ausdrucksformen des Rechtspositivismus, darunter insbesondere diejenigen, die vom Empirismus bestimmt sind, zu übersehen oder zu unterschätzen.

Publikationen dieser Richtungen könnten zum Anlaß genommen werden, Wandlungen im Rechtsdenken, die inzwischen festzustellen sind, als tiefgreifend anzusehen als sie wirklich sind. Die Frage, ob heute eine andere Beurteilung geboten ist, läßt gewiß keine Antwort zu, die sich aus einem einfachen Rechenexempel ergäbe. Zweifel wären aber auch dann am Platze, wenn jemand zeitgenössische Bestrebungen von Rechtstheoretikern, die sich um neue Wege des Denkens bemühen, als geeignet ansehen wollte, überkommene Formen einer philosophisch fundierten Grundlagenforschung des Rechts gegenstandslos zu machen oder die Auffassung vertrate — auf eine provokativ kurze Formel gebracht — die Soziolinguistik oder eine ähnliche moderne Disziplin wolle oder könnte die Rechtsphilosophie ablösen. Ein derartiger Anspruch könnte allenfalls außer bei der sprachkritischen Rechtstheorie, beim kritischen Rationalismus und bei der Systemtheorie vermutet werden. Einige Bemerkungen zu diesen drei Richtungen mögen als Anhaltspunkte ausreichen, um eine solche Vermutung zu entkräften, ohne daß es notwendig wird, den alten Positivismusstreit, der längst auch die Soziologie ergriffen hat, fortzusetzen oder zu vertiefen. Lohnender erscheint die Aufgabe, naheliegende

¹ Vgl. dazu Hans-Rudolf Horn "Über Luis Recaséns Siches" Panorama des Rechtsdenkens im XX. Jahrhundert" im *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* 1965, Seite 57—89 (59).

² In *ARSP*, 1972, S. 199-214.

Möglichkeiten einer Verknüpfung traditionellen und zeitgenössischen Rechtsdenkens zu untersuchen. Ergebnisse sprachanalytischer und sozialempirischer Forschungen sind im Lichte schon länger erörterter.

Probleme der Rechtsphilosophie zu sehen. Gleichbleibende Grundfragen beziehen sich auf die Verwirklichung des Rechts im Einzelfall oder die Individualisierung der allgemeinen Rechtsnorm. Sie lassen sich niemals isoliert innerhalb eines geschlossenen legalistischen Systems klären, sondern haben immer zugleich eine rechtsphilosophische Dimension.

Die Einführung sprachkritischer und sozialwissenschaftlicher Untersuchungen in eine materiale Theorie der juridischen Praxis kann — bei Wahrung der Eigenarten juristischer Arbeitsweise — insbesondere bei einer Analyse der Struktur des Rechtswidrigkeitsurteils, in dem sich die Individualisierung der allgemeinen Norm vollzieht, nützlich sein. Denn gerade in diesem Zusammenhang kommt es in besonderem Maße auf sachgerechte Differenzierungen entsprechend dem jeweiligen situativen Bezug und auf die Ausschaltung von scheinbar plausibeln, störenden begriffsrealistischen Vorstellungen an. Die Verknüpfung mit Kriterien einer sachgerechten Problemlösung, die mit dem viel erörterten Topos der Natur der Sache in die juristische Argumentation eingeführt werden, soll dadurch nicht in Frage gestellt werden, sondern im Gegenteil einer Rechtstheorie zugrundegelegt werden, die Antworten zur Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit enthält.

II

Das Verdienst, der Rechtsphilosophie wieder zu der ihr gebührenden Stellung verholfen zu haben, kommt —wie Luis Recaséns Siches überzeugend darlegt³— vor allem Rudolf Stammmer († 1938) zu, der den Neukantianismus, der in der allgemeinen Philosophie mit den Namen von Cohen († 1918) und Natorp († 1924) verbunden ist, zum Ausgangspunkt wegweisender rechtsphilosophischer Untersuchungen machte. Bei der Würdigung des Neukantianismus in verschiedenen europäischen und amerikanischen Staaten —hinzzuweisen ist vor allem auf den großen italienischen Rechtsphilosophen Giorgio del Vecchio, der im Jahre 1970 im Alter von 92 Jahren gestorben ist— darf freilich nicht übersehen werden, daß die Art, in der an die Tradition des deutschen Idealismus angeknüpft wurde, zugleich eine Ursache für das Versagen der Rechtsphilosophie bildet. Der erkenntnistheoretische Ausgangspunkt führte zu einer Vernachlässigung der Fragen nach der Funktion und der sozialen Relevanz des Rechts.⁴ Ob die Trennung von Theorie und Praxis, die sich daraus ergab, dem Denken des Philosophen gerecht wird, auf den man sich berief, mag füglich bestritten werden. In

³ *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, D. F., 1963, S. 8, 48-78.

⁴ Vgl. *Panorama*, S. 77.

seiner Abhandlung "Über den Gemeinspruch 'Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nichts für die Praxis'" definiert Kant († 1804) die Theorie als einen "Inbegriff selbst von praktischen Regeln" und die Praxis als "diejenige Bewirkung eines Zweckes, ... welche als Befolgung gewisser im Allgemeinen vorgestellter Principien des Verfahrens gedacht wird".⁵

Aber auch die Vertreter der Südwestdeutschen Schule des Neukantianismus, der Wertlehre und der Phänomenologie, die Schwächen der Marburger Schule aufdeckten und sich insbesondere gegen deren rein formale Betrachtungsweise wandten, vermochten es nicht, der unheilvollen Trennung von Rechtswertuntersuchungen und praktischer Rechtsfindung entgegenzuwirken. Bei Emil Lask († 1915) wird der Rechtswert als ein Wert dargestellt, der nicht praktisch wirkt. Für die Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft ist nach dieser Lehre das weltanschaulich Fundierte jedenfalls innerhalb dieser Weltanschauung normal und damit allgemeingültig, ohne inhaltlich vom Rechtswert bestimmt zu sein. Auch wenn man nicht von einer philosophischen Legitimierung des Positivismus bei Lask sprechen will,⁶ können jedenfalls die Folgen einer rational nicht faßbaren Weltanschauung, die an die Stelle einer kritischen Rechtsphilosophie tritt, kaum übersehen werden. Lehren vom Begriff, von der Idee oder vom Wesen des Rechts, die zu imponierenden Systemen ausgebaut worden waren, erwiesen sich als wirkungslos, als es galt, die Rechtsordnung und die zivilisierte Welt vor Klischeevorstellungen des Unrechts zu bewahren.

Nachdem Oliver Wendell Holmes bereits im Jahre 1897 mit seiner Forderung, die Rechtsbegriffe in einem Säurebad des Zynismus zu reinigen, die Aufmerksamkeit auf die Rechtssprache gelenkt hatte, erscheint es erstaunlich, daß erst in den letzten Jahren vor allem auch im Anschluß an die Untersuchung der Argumentationstechniken der Jurisprudenz die Sprachkritik in der Rechtstheorie unmittelbar wirksam wurde. Untersuchungen der Sprache rechtlicher Regeln und des sprachlichen Systems überhaupt sind freilich keine Entdeckung unserer Zeit, nachdem sich schon Cicero mit dem Bedeutungswandel eines Wortes wie *hostis* im Gesetz beschäftigt hat.⁷ Das Eindringen von Gedankengängen der sprachanalytischen Philosophie in den Rechtsbereich hat eine grundsätzliche Erörterung bewirkt, die sich von der überkommenen Behandlung von Interpretationsproblemen unterscheidet.⁸

⁵ Kant, Akademie-Ausgabe, Band VIII, S. 273 ff., insbesondere S. 275, dazu neuestens Wolfgang Ritzel "Kant und das Problem der Individualität", *Kant-Studien*, Sonderheft zum Kant-Kongreß, 1974 in Mainz, Teil I, S. 229.

⁶ So Konrad Hobbe, "Emil Lasks Rechtsphilosophie", *ARSP*, 1973, S. 220 ff. (insbesondere S. 229), zum vorhergehenden S. 226 ff. Vgl. dagegen Tercio Sampaio Ferraz, *Die Zweidimensionalität des Rechts als Voraussetzung für den Methodendualismus von Emil Lask*, Meisenheim am Glan 1970, und meine Besprechung dieses Buches in *ARSP*, 1973, S. 441.

⁷ Cicero, *De officiis*, I, 37, dazu Karl Clauss, "Semantik im Dienste des Rechts", *ARSP*, 1963, S. 375-407 mit weiteren Beispielen aus Vergangenheit und Gegenwart.

⁸ Vgl. Horst Eckmann, "Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie" Berlin 1969, dazu Eckhart Heinz "Rechtsregeln als Gegenstand sprachlicher Kommunikation", *ARSP* 1972, S. 29.

Gemeinsames Ziel verschiedener sprachkritischer Richtungen ist es, sich gegen die ständige Vergegenständlichung im juristischen Denken und Sprechen zu wenden. Es wird von einer Versteinerung gesprochen, die sprachlich Semantik und philosophisch Ontologie heiße.⁹ Die Gefahr, daß ein volliger Verzicht auf eine Semantik, nämlich die Untersuchung einer Beziehung zwischen einem Zeichen und einem bezeichneten Gegenstand, nur um den Preis der Unverständlichlichkeit möglich ist, wird nicht übersehen, bisweilen aber in Katif genommen.¹⁰

Die Bemühungen der Sprachkritik insgesamt würden unzutreffend beurteilt, wenn man sich auf einige Bemerkungen, die eine am Problem selbst orientierte Betrachtungsweise auszuschließen scheinen, überbewerten und daraus den Schluß ziehen würde, einem vorgeblich wertfreien wirklichkeitsfremden Formalismus werde das Wort geredet. Die Semiotik geht, soweit sie als rechtswissenschaftliche Grundlagendisziplin gedacht wird, von einer kritischen Beschreibung juristischer Sprachbefunde aus und gelangt zu einer problem-theoretischen Rhetorik, die eine Grundlage für die Beurteilung von Einzelsituationen bietet.^{10a} Alte Fragestellungen werden vielfach mit neuen Begriffen umschrieben, wenn es etwa heißt, die weithin semantisch-ontologisch verstandene Gerechtigkeit zerfalle in die begrifflich-syntaktische Rechtssicherheit und die pragmatisch-konkrete Billigkeit.¹¹

Für den kritischen Rationalismus spielen sprachkritische Untersuchungen ebenfalls eine wichtige Rolle, die durch das Wort von Hans Albert beleuchtet wird, die Wissenschaft sei von jeher ein Sprachspiel zur Weltorientierung.¹² Er wendet sich aber eindeutig gegen Richtungen, die ihre wissenschaftlichen Bemühungen auf die Analyse der Sprache beschränken und einem philosophischen Deskriptivismus das Wort reden, der Erklärung und Kritik unzugänglich ist und der "die Philosophie zu einem esoterischen und für das übrige Denken und die Gesellschaft folgenlosen Unternehmen macht".¹³ Die eigenständige Funktion der Philosophie wird ausdrücklich anerkannt, wenn ihr die Aufgabe zugebilligt wird, kritische Gesichtspunkte und konstruktive Ideen zur Lösung der politischen Problematik beizusteuern.¹⁴

⁹ Hubert Rodingen, "Ansätze zu einer sprachkritischen Rechtstheorie" *ARSP* 1972, S. 161-183 (S. 175).

¹⁰ So Rodingen, *ARSP* 1972, S. 177, vgl. auch S. 170.

^{10a} Zur rechtswissenschaftlichen Semiotik vgl. Waldemar Schreckenberger, "Über die Pragmatik der Rechtstheorie" in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bielefeld, 1972, Band 2, S. 561-575, und "Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und vom rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts", Mainzer Habilitationsschrift 1975.

¹¹ Rodingen, *ARSP* 1972, S. 164.

¹² Hans Albert, "Theorie und Prognose in den Sozialwissenschaften" in: Ernst Topitsch (Herausgeber), *Logik der Sozialwissenschaften*, Köln und Berlin 1970, S. 126, dazu Holger Rust, "Wissenschaftstheorie und Praxis", *ARSP* 1974, S. 1-24 (4).

¹³ So Hans Albert, *Traktat über die kritische Vernunft*, Tübingen 1969, S. 3, dazu Rust *ARSP* 1974, S. 5 f., nach dessen Auffassung freilich auch bei Albert nicht deutlich wird, auf welche Weise er die Folgenlosigkeit der rationalpraktischen Kritik vermeiden will.

¹⁴ Albert aaO. S. 173, zitiert bei Rust *ARSP* 1974, S. 19.

Die Systemtheorie ist wegen der starken Betonung der stabilisierenden Wirkung, die bestimmten empirischen funktionalen Beziehungen innewohnt und auf der "Legitimation durch Verfahren"¹⁵ beruht, am ehesten dem Verdacht ausgesetzt, im Sinne eines Wortes von Emile Durkheim, Soziales nur durch Sociales erklären zu wollen.¹⁶ Eine solche Auffassung würde jedoch die Absicht und Reichweite der "Soziologischen Aufklärung"¹⁷ verkennen. Luhmann hat es nämlich ausdrücklich als fraglich bezeichnet, ob die Beschränkung, die sich der Positivismus in seiner heutigen Form mit methodischer Gewissenhaftigkeit auferlegt, die Möglichkeit zuläßt, eine einheitliche Theorie der Soziologie zu entwickeln.¹⁸ Er hat die Bemühungen, die Sozialwissenschaften ohne weiteres in die Jurisprudenz einzuführen, um diese damit angeblich lebensnäher zu gestalten, mit deutlichem Spott beschrieben und sich ebenso gegen die Auffassungen mancher sich progressiv gebenden Richtungen der Gegenwart gewandt, deren Hauptsorge es ist, das Recht sei antiquiert, während unerörtert bleibt, ob es gerecht ist.¹⁹

III

Die Aufgabe eines rechtsdogmatischen Systems kann mit der "Sicherung von Kontinuität in der Veränderung durch Rückbindung an die Vergangenheit"²⁰ oder —mit anderen Worten— mit einem ausgewogenen Zusammenspiel von Prinzipientreue und Weltoffenheit umschrieben werden. Dieser Funktion dienen im kontinental-europäischen und lateinamerikanischen Recht die aus dem römischen Recht stammenden Topoi der Billigkeit, von Treu und Glauben und der guten Sitten, die geeignet sind, abstrakte Rechtssätze den Besonderheiten des Einzelfalles anzupassen. Ein derartiges Vorgehen wird auch heute noch bisweilen als eine Ausnahme angesehen, die man kaum

¹⁵ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied und Berlin 1969.

¹⁶ In diesem Sinne Karl Otto Hondrich, "Soziale Probleme, soziologische Theorie und Gesellschaftsplanung", *ARSP* 1974, S. 161-211 (insbesondere S. 171, Anmerkungen 15 und 16).

¹⁷ Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln und Opladen 1969. Auf den sogenannten Positivismusstreit —vor allem zwischen Luhmann und Habermas— kann hier nicht eingegangen werden. Aus der kaum übersehbaren Fülle der Veröffentlichungen zu diesem Thema seien nur genannt der von Adorno und anderen herausgegebenen Sammelband *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Neuwied, 1969, und aus neuester Zeit *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Beiträge und neue Beiträge zur Habermas-Luhmann-Diskussion, herausgegeben von Franz Maciejewski, Frankfurt am Main, 1974 sowie Michael Th. Greven, *Systemtheorie und Gesellschaftsanalyse. Kritik der Werte und Erkenntnismöglichkeiten in Gesellschaftsmodellen der kybernetischen Systemtheorie*, Darmstadt und Neuwied, 1974.

¹⁸ Vgl. das Luhmann-Zitat aus "Soziologie als Theorie sozialer Systeme", *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1967, S. 636, bei Rust, *ARSP* 1974, S. 8.

¹⁹ Niklas Luhmann, "Die Funktion des Rechts: Erwartenssicherung oder Verhaltenssteuerung?", in Beifest *Neue Folge* Nr. 8 (1974), S. 30-45 (S. 34).

²⁰ So Luhmann aaO. S. 42, der auf ähnliche Probleme in der Theologie hinweist und die naheliegende Vermutung äußert, daß es sich hier um ein Problem jeder Dogmatik handelt.

hinzunehmen bereit ist, während es als Regel gilt, daß ein gegebener Rechtsatz zur Lösung des Rechtsfalles ausreicht und eine eindeutige Entscheidung ohne weiteres ermöglicht. Hier wirkt aber immer noch die allzu schlichte Auffassung von der Rechtsanwendung als eines mechanischen Subsumtionsvorganges nach, der sich in einem simplen Syllogismus erschöpft. Wie Recaséns Siches mit der ihm eigenen Eindringlichkeit nachgewiesen hat, ist aber keine allgemeine Norm in dem Sinne vollständig, daß sie unmittelbar und ohne weiteres auf einen Einzelfall anwendbar wäre. Denn reale Situationen sind konkret und einmalig, während allgemeine Normen niemals anders als in allgemeinen und abstrakten Begriffen gefaßt werden können. Es kommt daher darauf an, eine Brücke von der Allgemeinheit der Norm zu der Besonderheit der konkreten sozialen Beziehung zu bauen. Authentische, vollkommene Rechtsnormen liegen erst vor, wenn ein Gerichtsurteil oder ein Verwaltungakt auf der Grundlage der allgemeinen Norm rechtskräftig ergangen ist, d. h. wenn die Norm individualisiert ist.²¹

Der Vorgang der Individualisierung der Norm vollzieht sich vor allem im Urteil über die Rechtswidrigkeit. Dies wird freilich durch überkommene Doktrinen, die unbedingt erforderliche Differenzierungen vermissen lassen, weitgehend verdeckt. Im allgemeinen besteht jedenfalls Einigkeit darüber, daß sich das Rechtswidrige nicht einfach als Widerspruch zum kodifizierten Rechtssatz bestimmen läßt. Das Rechtswidrige stellt sich danach als Gegensatz zum Recht als Ganzem, "in seiner Totalität" —oder wie immer man es ausdrückt— dar. Es stößt aber auf unüberwindbare Schwierigkeiten, das Recht in diesem Zusammenhang in einer Weise festzulegen, die es einer Privatperson, einem Richter oder einem Verwaltungsbeamten ermöglichen würde, eine konkrete Situation des sozialen Lebens zu beurteilen. Eine unmittelbar verwendbare Definition des Rechts ist aber auch überhaupt nicht erforderlich. Vielmehr erweist sich die Funktion des Rechts umgekehrt an der Untersuchung des Rechtswidrigen.²² Die eigenständige Aufgabe des Rechtswidrigkeitsurteils wird gerade auch durch soziologische Überlegungen verdeutlicht. Tatbestände der sozialen Wirklichkeit sind in der Regel nicht jederzeit und an sich Gegenstand der Erkenntnis, sondern sie werden es erst, wenn sie problematisch geworden sind.²³ Auch für die Rechtspolitik wird man sagen können, daß aus der Diagnose rechtlicher Pathologien eine Therapie überschaubarer Schritte zu gewinnen ist.²⁴

In der Rechtsauffassung des liberalen Bürgertums, das sich in schwierigen Kämpfen gegenüber despatischen Fürsten durchsetzen mußte, verfestigte sich die zu einfache Vorstellung, die Funktion des Rechts erschöpfe sich darin,

²¹ Luis Recaséns Siches, *Panorama*, S. 513.

²² Hierzu meine *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Berlin 1962, zu der hier behandelten Frage insbesondere S. 23 f., im gleichen Sinne bereits Arthur Kaufmann, "Naturrecht und Geschichtlichkeit" 1954 S. 22 f., und "Gesetz und Recht", 1966, S. 13.

²³ So Hondrich, *ARSP* 1974, S. 161.

²⁴ Erk Volkmar Heyen, "Bedingungen einer Rekonstruktion rechtlichen Argumentierens", *ARSP* 1974, S. 353-375 (S. 373).

den Rechtskreis des Individuums, dem man gewissermaßen räumliche Ausdehnung zuschrieb, gegen jeden Eingriff zu schützen. Daher standen die subjektiven Rechte und unter diesen das Eigentum im Vordergrund der Betrachtung, der es in erster Linie um die Stabilität der bürgerlichen Rechtsordnung ging und die soziale Probleme ausklammerte. Das Eigentum wurde als sinnfälligste Form des Rechtsverhältnisses angesehen, weil es ein streng einseitiges Recht darstelle. Schon Otto v. Gierke hat es als den sonderbarsten Aberglauben bezeichnet, sich das Eigentum als ein Recht vorzustellen, das die Sache selbst aufzehre.

Die im Grunde inhumane Auffassung, eine Rechtsbeziehung könne sich in einem Verhältnis zu einer Sache erschöpfen, wäre nicht aufgekommen, wenn man nicht die elementare Erkenntnis aus dem Auge verloren hätte, daß die Aufgabe des Rechts immer nur darin bestehen kann, Konflikte zwischen Menschen in einer konkreten Beziehung im Einzelfall zu lösen. Wenn Robinson in dem oft angeführten Beispiel auf der menschenleeren Insel sinnlose Zertstörungen der Natur begeht, kann er niemals einen Rechtsverstoß begehen, sondern allenfalls unmoralisch handeln. Das Recht hat es im Gegensatz zur Individualethik stets nur mit der Beziehung zu anderen Menschen zu tun, ein selbstverständlicher Gedanke, der Gegenstand der scholastischen Merkformel "justitia est ad alterum" ist; in romanischen Ländern ist er allgemeiner Topos gerade in Lehrbüchern für Studienanfänger.²⁵

Auf der konkreten Beziehung zwischen zwei Personen beruht das Rechtswidrigkeitsurteil. Es geht von einem bestimmten Ereignis, das eine Person beeinträchtigt und das einer anderen zuzurechnen ist, aus. Unter Personen sind auch juristische zu verstehen, insbesondere auch der Staat, der als Berechtigter, etwa als Inhaber des Strafanpruchs, oder als Verpflichteter, etwa als Träger einer Leistung, die Gegenstand seiner Selbstbindung ist, beteiligt sein kann. Demjenigen, dem das Ereignis zuzurechnen ist, wird eine Verpflichtung auferlegt, die der Berechtigung des Betroffenen entspricht. Diese ist mit einer staatlichen Sanktion verknüpft, so daß im Ernstfall das Recht mit unmittelbarem Zwang —insbesondere im Wege der Zwangsvollstreckung— durchgesetzt werden kann.²⁶

Das Auffinden der zur beurteilenden sozialen Beziehung, die einem Rechtswidrigkeitsurteil zugrundegelegt werden soll, stellt bereits seinerseits eine juristische Wertung dar. Wo kein Kläger, da kein Richter. Es gibt kein Objekt der Wertung, das als greifbares in sich geschlossenes Gebilde der sozialen Wirklichkeit vorzustellen und geeignet wäre, ohne weiteres mit dem Stempel "rechtswidrig" zu versehen zu werden.²⁷

²⁵ Vgl. Eduardo García Márquez, *Introducción al estudio del derecho*, 11. Auflage México, D. F., 1963, insbesondere Capítulo II "Moral y derecho" (S. 15 ff.).

²⁶ Vgl. dazu Esther Díaz Arciniega, "La coercitividad jurídica. Prevención, ejecución, pena", México, D. F. 1964, bes. S. 139 ff. Dazu meine Besprechung in *ARSP*, S. 309-316.

²⁷ Vorzuziehen ist es daher statt von "Objekt" von "Substrat der Wertung" zu sprechen, nähere Ausführungen hierzu in meinen *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, S. 68 ff.

Obwohl es in der juristischen Literatur nicht an Aussagen über die Rechtswidrigkeit mangelt, werden die angeführten Strukturmerkmale eher in soziologischen als in juristischen Abhandlungen erörtert. Daß der Gegensatz von Recht und Unrecht systembildend wirkt, ist Gegenstand einer Untersuchung zur Funktion des Rechts vom Standpunkt des Soziologen aus; ebenso wird dort auf eine "eindeutige binäre Schematisierung von Recht und Unrecht im Sinne einer vollständigen Disjunktion unter Ausschluß dritter Möglichkeiten" hingewiesen.²⁸

In juristischen Lehrbüchern und Nachschlagewerken in Deutschland wird dagegen immer wieder mit erstaunlicher Selbstverständlichkeit die Frage bejaht, ob es auch eine Haftung für rechtmäßiges Handeln gibt, ohne daß ein Wort darüber verloren wird, daß es paradox erscheinen muß, eine Verhaltensweise, die dem Recht entspricht, im Namen eben dieses Rechts mit einer Sanktion zu belegen. Wenn jemand einem anderen das diesem von Rechts wegen Zukommende vorenthält, handelt er rechtswidrig. Dieser elementaren Grundüberlegung scheint neuerdings in Lehrbüchern des Bürgerlichen Rechts der gebührende Platz eingeräumt zu werden.²⁹

Der von Luhmann kritisch hervorgehobene "binäre Schematismus" entspricht den Regeln der zweiwertigen Logik. Eine mehrwertige Logik stößt in der Jurisprudenz auf kaum überwindbare praktische Schwierigkeiten. Zu Unrecht wird angenommen, in dem Gegensatzpaar "rechtswidrig:rechtmäßig" bedeute "rechtmäßig" ein in jeder Hinsicht positives Werturteil. Bei einer juristischen Betrachtung ist damit aber nicht anderes gemeint als "nicht rechtswidrig". Dieses Urteil kann sich durchaus auf eine Verhaltensweise beziehen, die unter humanen, moralischen, politischen oder sonstigen Gesichtspunkten verwerflich, rechtlich aber irrelevant ist. Es gelten somit die Grundaussagen der Logik von der Identität, der Widerspruchsfreiheit und vom ausgeschlossenen Dritten. Ein Gerichtsurteil kann eine Klage abweisen oder ihr stattgeben, aber nicht —jedenfalls nicht hinsichtlich desselben Streitgegenstandes— beides zur gleichen Zeit.

Die für jede rechtliche Sanktion vorauszusetzende Rechtswidrigkeit wurde in vielen Fällen nur deshalb nicht entdeckt, weil man zu starre und zu wenig differenzierte Begriffe zugrundelegte. Insbesondere ging man von sogenannten Einheit der Rechtswidrigkeit aus, die stets "Vollrechtswidrigkeit" und "Gegensatz gegen die Rechtsordnung selber in ihrer Totalität" sei. Diese an sich zutreffenden Erkenntnisse können aber nur dann bei der Entscheidung eines Einzelfalls nützlich sein, wenn zugleich berücksichtigt wird, daß der Sinn eines jeden Begriffes durch das gegebene Bezugssystem bestimmt oder doch mitbestimmt wird.^{29a} Innerhalb des Rechts gibt es verschiedene Bezugssysteme, von denen jedes einer ihm eigenen Ebene oder

²⁸ So Luhmann, *ARSP* Beiheft neue Folge 8, S. 35.

²⁹ Vgl. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3. Aufl. München 1975, S. 30.

^{29a} Paul K. Ryu und Helen Silving, "Was bedeutet die sogenannte 'Relativität der Rechtsbegriffe'?", *ARSP* 1973, S. 57-86 (insbesondere S. 59 und 63).

einer eigenen Dimension angehört. Um einem Begriff im konkreten Fall Sinn entnehmen zu können, muß man ihn in den jeweiligen Kontext einordnen. Es kommt entscheidend darauf an, das Rechtswidrigkeitsurteil operativ zu differenzieren, um zu einem sachgerechten Ergebnis zu kommen. Ausgangspunkt ist immer ein bestimmtes Ereignis, das mit dem Verhalten eines bestimmten Menschen, dem es zugerechnet werden soll, verknüpft wird. Wie mit einem Stechzirkel ist aus einem komplexen Geschehensablauf eine solche Verbindung herzustellen, bei der alles außerachtzulassen ist, was sonst noch zwischen und neben den miteinander verknüpften Punkten an den beiden Zirkelspitzen liegt.

Auf diese Weise wird es möglich, auch einen der Lehrbuchfälle, der durch die deutsche Literatur geistert, sachgemäß zur erfassen. Wer zur Abwehr der von einer Sache angehenden Gefahr diese beschädigt oder zerstört, haftet für den Schaden, der durch seine notwendige durch Güterabwägung gerechtfertigte Handlung entstanden ist, wenn er die Notstandssituation selbst schuldhaft herbeigeführt hat (§ 228 Satz 2 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches —BGB—). Solange zum Beispiel jemand mit Gewalt einen Hund abwehrt, der ihm angefallen hat, kann der Hundbesitzer nichts gegen die rechtmäßige Abwehrhandlung unternehmen. Schadensersatz kann dieser aber dann verlangen, wenn der andere den Hund zuvor mutwillig gereizt hatte. Darin ist aber nichts anderes als eine unerlaubte Handlung im Sinne des bürgerlichen Rechts zu sehen, die nicht dadurch ihren rechtswidrigen Charakter verliert, daß ein Abschnitt des gesamten Geschehensablaufes nach den Vorschriften über den defensiven Sachnotstand gerechtfertigt ist. Ein immer wieder angeführtes Beispiel für eine Haftung für rechtmäßiges Verhalten ist damit hinfällig.³⁰

Das Prinzip der Unabhängigkeit der Bewertung einzelner Verhaltensabläufe gilt vor allem auch dann, wenn ein Dritter beteiligt ist, der selbst nicht rechtswidrig handelt. Wichtigste Beispiele sind der Prozeßbetrug und die Verhaftung oder Verurteilung auf Grund einer falschen Anschuldigung. Die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes ist in derartigen Fällen nicht einheitlich.³¹ Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens jedes einzelnen ist jeweils getrennt nach dem Zusammenhang der konkreten Situation zu beurteilen. Die von dem Denunzianten begangene Freiheitsberaubung wird nicht dadurch gerechtfertigt, daß der Polizeibeamte und der Richter rechtmäßig handelten, weil sie nach pflichtgemäßen Ermessen und im Rahmen der für sie geltenden Verfahrensvorschriften handelten. Die gebotene Mehrdimensionalität der Betrachtung ist nicht mit Mehrdeutigkeit zu verwechseln; sie erleichtert vielmehr gerade erst in komplexen Sachverhalten eine eindeutige Entscheidung.

³⁰ Norbert Horn, "Der Ersatzpflichtige im zivilrechtlichen Notstand", *Juristenzeitung* (Tübingen) 1960, 350-354, Hans-Rudolf Horn, *Untersuchungen* S. 101 f.

³¹ Ryu und Silving, *ARSP* 1973, S. 71 ff. und 83 ff.

IV

Die Erörterung der Struktur der Rechtswidrigkeit wurde nicht selten dadurch gestört, daß sie einseitig als Problem des Strafrechts angesehen wurde. Im Privatrecht wurde sie daher fast nur im Zusammenhang mit dem Recht der unerlaubten Handlung behandelt, das dem Strafrecht am nächsten kommt. Im Vertragsrecht ist aber die Problemlage nicht anders. Auch hier gibt es Rechtfertigungsgründe, die geeignet sind, die Rechtswidrigkeit eines vertragswidrigen Verhaltens auszuschließen. Eine dem Schuldner zustehende Einrede, etwa die der Stundung, macht Sanktionen wegen der Nichterfüllung der geschuldeten Leistung unmöglich.

Die strafrechtliche Betrachtungsweise bei der Untersuchung der Rechtswidrigkeit ist freilich kein Zufall. Denn für ein Strafrecht, das rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht, war eine Klärung dieser Frage unerlässlich. Die deutsche Strafrechtswissenschaft hat einen entscheidenden Anteil daran, daß Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld in rechtsdogmatisch einwandfreier Weise getrennt wurden. In das klare und praktikable System, das im ersten Drittel dieses Jahrhunderts entwickelt wurde, sind dann allerdings im Laufe der Zeit immer mehr fremde Elemente eingeführt worden, die auf vordergründigen Plausibilitätserwägungen beruhten und von dem Bestreben getragen waren, möglichst ein perfektes geschlossenes System zu schaffen. In jüngster Zeit wurde von bedeutenden Strafrechtslehrern der Irrweg erkannt, der —in sich konsequent— von den subjektiven Rechtfertigungsgründen zu den subjektiven Unrechtselementen und zur sogenannten finalen Handlungslehre führten. Die Ergebnisse des Verzichts auf die unerlässliche Trennung von objektiven und subjektiven Kriterien müssen befremden. Nach deutscher Rechtsprechung wird jemand bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes —zum Beispiel der Voraussetzungen der medizinischen Indikation bei einem Schwangerschaftsabbruch oder der Einwilligung des Verletzten bei einer Sachbeschädigung— nur wegen der subjektiven Unkenntnis des Täters von den Umständen bestraft, während die österreichischen Gerichte in derartigen Fällen zu einem Freispruch gelangen.³²

Es ist gewiß unbestreitbar, daß zum Handlungsbegriff die Zielvorstellung des Handelnden gehört. Diese allgemeine Lebensweisheit ist aber nicht geeignet, bei allen rechtlichen Untersuchungen den geeigneten Ausgangspunkt zu bilden. Für das Strafrecht ist der so umfassend verstandene Handlungsbegriff wegen seiner Komplexität nicht geeignet. Freilich gibt es eine rechtliche Regelung, die im Grunde nur durch die finale Handlungslehre erklärt werden kann; sie stammt aber aus dem Privatrecht. Bei der sitten-

³² Jürgen Baumann in seiner Besprechung von Heribert Waider, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, Berlin 1970, in *ARSP* 1974, S. 296 ff. Vgl. dazu meine *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, insbesondere S. 90 ff. sowie neuerdings Ryu und Silving *ARSP* 1973, S. 57.

widrigen Schädigung (§ 826 BGB) ist in der Tat der Vorsatz Bestandteil des Tatbestands. Denn weder das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung noch das Bestehen zum Beispiel einer Notlage des Geschädigten genügen, um die Sittenwidrigkeit des Verhaltens zu begründen. Es bedarf außerdem noch der Kenntnis der Umstände, die das Verhalten im Einzelfall verwerflich machen.

Von diesem Ausnahmefall abgesehen, der einem Rechtsgebiet angehört, das sich bisher noch weitgehend einer näheren gesetzlichen Regelung entzogen hat, sind rechtlich relevante Vorgänge im Interesse der von Luhmann als unerlässlich herausgestellten "Reduktion der Komplexität in getrennten Schritten zu erfassen. Man muß ab und zu einmal den Blick vom Ganzen abwenden, die Totalität zeitweise ausklammern, um zu einem Ergebnis zu kommen.³³ Das "Ganze" ist in diesem Zusammenhang die zurechenbare Handlung. Die Feststellung, ob eine solche vorliegt, erfolgt in logisch zu trennenden Schritten, bei denen nicht zu vermeiden ist, daß zusammengehörende Lebensvorgänge aus operational-praktischen Gründen kurzfristig zerlegt werden. Die Untersuchung wird aber nicht dadurch erleichtert, daß man beim ersten Schritt schon den nächsten oder den übernächsten machen will. Eine "unzüchtige Handlung" —um das klassische Schulbeispiel aus der Diskussion um die subjektiven Unrechtselemente anzuführen— setzt selbstverständlich eine entsprechende innere Einstellung voraus. Die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit —etwa bei einer harmlosen körperlichen Berührung oder bei einem ärztlichen Eingriff— hat aber keinerlei Außenwirkung. Es handelt sich um eine fachinterne Frage juristischer Sprech- und Arbeitsweise. Die Berufsehre der Ärzte wird nicht dadurch berührt, daß die herrschende Meinung in der Rechtsprechung die kunstgerechte ärztliche Hilbehandlung als tatbestandsmäßige Körperverletzung ansieht, die erst durch Einwilligung des Patienten gerechtfertigt wird. Wenn die inzwischen wohl herrschende Lehre auf einem anderen Standpunkt steht, kapituliert sie vor volkstümlichen Plausibilitätsüberlegungen anstatt dem praktisch tätigen Juristen theoretische Hilfe bei seiner Arbeit anzubieten.

Während im Strafrecht stets noch die persönliche Schuld des jeweiligen Täters hinzukommen muß, genügt im sonstigen öffentlichen Recht und vor allem im Privatrecht im allgemeinen die objektive Zurechnung im Rahmen des Rechtswidrigkeitsurteils. Wenn auch im Privatrecht ebenso wie im Strafrecht von Fahrlässigkeit die Rede ist, handelt es sich um zwei verschiedene Begriffe. Die privatrechtliche Fahrlässigkeit setzt lediglich eine objektive Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus; es kommt nicht darauf an, ob diese dem einzelnen subjektiv vorwerfbar ist. Auf innerlich gebliebene subjektive Vorgänge kommt es im allgemeinen auch bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes nicht an, obwohl der Begriff des Ermessensmißbrauchs diesen Gedanken nahelegen

³³ Hans Albert, "Der Mythos der totalen Vernunft", *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1964, S. 241, dazu Rust, *ARSP* 1974, S. 3.

könnte, sondern auf die objektive Unvertretbarkeit der betreffenden Entscheidung.

Im Unterschied zum Strafrecht, in dem die Rechtswidrigkeit zur Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze durch die Erfüllung eines gesetzlich möglichst genau umrissenen Tatbestandes indiziert sein muß — daher kann sich hier die Prüfung der Rechtswidrigkeit in der Suche nach möglichen Rechtfertigungsgründen erschöpfen — beruht die Feststellung der Rechtswidrigkeit in anderen Rechtsgebieten auf der positiven Zurechnung eines mißbilligten Ereignisses. Das Rechtswidrigkeitsurteil hat insoweit konstitutive Bedeutung und ist allgemeinen rechtsgrundsätzlichen Überlegungen, vor allem der schöpferischen Analogie gegenüber offen, die im Strafrecht nicht zulässig ist.³⁴ Zu der höchst bedeutsamen Frage der Legitimierung einer solchen Entscheidung sind noch einige Bemerkungen erforderlich, auch wenn diese zwangsläufig nur vorläufigen und skizzenhaften Charakter haben können.

V

Wenn sich eine materiale Rechtstheorie auf den Topos der Natur der Sache beruft, wird man stets berücksichtigen müssen, daß es sich nicht um Regeln oder Entscheidungshilfen handeln kann, die sich sozusagen mit naturwissenschaftlicher Genauigkeit aus vorliegenden Gegebenheiten ablesen ließen. Luis Recaséns Siches hat zutreffend hervorgehoben, daß es sich bei der Natur der Sache im Grunde um die Natur des Menschen geht.³⁵ Dieser ist Teil der physikalischen und biologischen Welt, in der er lebt; die Natur des Menschen läßt sich aber nicht allein mit physikalischen und biologischen Meßdaten erfassen. Vor allem läßt sich auf diesem Wege allein kein Aufschluß zur Beantwortung der Frage erlangen, warum ein Mensch in einer bestimmten Situation so und nicht anders gehandelt hat. Wert- und Zweckvorstellungen, die menschliches Handeln motivieren, entziehen sich in wichtigen Fällen einer Betrachtung, die sich allein auf empirische Befunde stützt. Bei einer solchen Denkweise wäre es nicht einmal möglich, Krankheit von Gesundheit zu unterscheiden; von allem wäre es ausgeschlossen, die für jede rechtliche Beurteilung charakteristische Haltung einzunehmen, daß eine bestimmte Verhaltensweise als Rechtsverstoß abgelehnt wird. Gesetzgeber und Richter können sich nicht mit Vorgängen und Ereignissen nur deshalb abfinden, weil sie der sozialen Wirklichkeit entsprechen. Eine Rechtstheorie, die auf materiale Kriterien für eine Bewertung von Einzelfällen verzichten will, würde sich selbst aufgeben.

Die spezifische Bedeutung des Rechtswidrigkeitsurteils wird insbesondere in den Fällen augenscheinlich, bei denen auf Grund einer eingehenden

³⁴ Mariano Jiménez Huerta, *La tipicidad*, México D. F. 1955, S. 19 ff.; aber auch die zutreffend hervorgehobene "función descriptiva y concretizadora" ist ein allgemeines Merkmal der Rechtswidrigkeit.

³⁵ ARSP 1972, S. 202 ff.

Würdigung der jeweiligen Situation eine Abweichung von einer positiven Rechtsregel notwendig wird. Eine Körperverletzung kann durch Notwehr gerechtfertigt sein; die Verletzung eines Rechtsgutes kann zur Rettung eines höherwertigen geboten sein. Die Voraussetzungen für die Güterabwägung, die einer solchen Entscheidung enthalten ist, sind weitgehend von der Rechtsprechung und der Wissenschaft entwickelt worden. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält Vorschriften über Güterabwägungen in den Fällen des defensiven und des aggressiven Güternotstandes (§§ 228 und 904 BGB), die zur Analogie herangezogen wurden. Im Strafrecht gab es bis vor kurzem nur den sogenannten übergesetzlichen Notstand; denn das alte Strafgesetzbuch, das in seinen wesentlichen Teilen aus dem Jahre 1851 stammt, hatte noch nicht zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand unterschieden. In der seit 1. Januar 1975 für die Bundesrepublik Deutschland geltenden Fassung des Strafgesetzbuches ist jedoch das Ergebnis der Bemühungen von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zum Problem des rechtfertigenden Notstandes festgehalten. Wegen der besonderen Bedeutung dieser Frage für die gesamte Problematik der Rechtswidrigkeit als Einzelfallentscheidung ist der Wortlaut von § 34 St G B hier anzugeben

Rechtfertigender Notstand

Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.³⁶

Bei der Ermittlung der einem Rechtswidrigkeitsurteil zugrundeliegenden Wertentscheidungen bieten die Texte der Verfassungen wichtige Anhaltpunkte. Dies kann freilich nicht nach der Lehre von der Drittirkung der Grundrechte bedeuten, daß eine unmittelbare Übertragung von Verfassungsnormen auf das Privatrecht möglich wäre. Die in der Verfassungskunde niedergelegten Wertbegriffe können insoweit herangezogen werden, als sie der Konkretisierung von privatrechtlichen Generalklauseln, insbesondere der von den guten Sitten, dienen. Denn die Verfassungen können nur den Staat als Hoheitsträger unmittelbar verpflichten. Die außerordentliche Bedeutung dieser Verpflichtung wird vor allem dann augenscheinlich, wenn ein Staatsbürger durch eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde —in Mexiko und anderen iberoamerikanischen Ländern im Wege des Amparo-Verfahrens³⁷—

³⁶ Bundesgesetzesblatt Teil I, 1975, Seite 1 (S. 13).

³⁷ Vgl. dazu Hans-Rudolf Horn, "Das Amparo-Verfahren in Mexiko-Grundrechts-schutz und Wahrung staatlicher Autorität in einer sich integrierenden Gesellschaft", in: *Verfassung und Recht in Übersee* (Hamburg) 1968, S. 162-174.

erreicht, daß ein formell gültiges Gesetz für den Einzelfall oder allgemein verbindlich außer Kraft gesetzt wird.

Bei der Erörterung der für das Rechtswidrigkeitsurteil relevanten Wertvorstellungen stoßen wir auf das gleiche Problem wie bei der Frage, ob das Recht als ganzes in operational brauchbarer Weise definiert werden kann. Begriffe wie Recht, Freiheit und Gleichheit und ihr Verhältnis untereinander auf eine für den Juristen ergiebige faßliche Formel bringen zu wollen, würde nicht weiter führen und wäre wegen unvermeidlicher Tautologien methodologisch bedenklich. Im Privatrecht ist es unerlässlich, die Feststellung zugrundezulegen, daß alle Personen frei und gleich sind.³⁸ Der Liberalismus hat in Überschätzung von errungenen politischen Gleichheitsrechten übersehen, daß die Gleichheit aller Menschen eine Fiktion bleiben muß. Diese ist freilich erforderlich, um die bürgerliche Rechtsordnung und die soziale Marktwirtschaft zu gewährleisten. Wenn Geschäftsleute allgemein durch den Gesetzgeber gezwungen würden, ihre Ware an Arme billiger abzugeben, wäre dies das Ende eines funktionierenden Marktes. Im Verhältnis zwischen den Bürgern muß jeder unabhängig von seiner persönlichen moralischen oder finanziellen Situation das Geschuldete bezahlen und den Schaden ersetzen, den er durch Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt angerichtet hat. Das Einstehen für sein Verhalten ist die Kehrseite der ihm eingeräumten Freiheit und Gleichheit.

Aber auch im Privatrecht gab es seit der Zeit des römischen Rechts anerkannte Fälle, bei denen die tatsächliche Ungleichheit der beiden Vertragspartner oder des Schädigers und des Geschädigten nicht mehr vernachlässigt werden konnte. Wenn nämlich die intellektuelle oder wirtschaftliche Überlegenheit eines Vertragspartners so groß ist, daß dieser sich unter Wahrung der äußereren Formen des Privatrechts einen unangemessenen Vorteil verschaffen kann, so ist dieses Rechtsgeschäft nichtig, wenn es auf der Ausnutzung des Leichtsins und der Unerfahrenheit oder der Ausbeutung einer Notlage beruht (§ 138 BGB).

Auf Grund derartiger Vorschriften, die insbesondere auch wucherische Rechtsgeschäfte zum Gegenstand haben, stellt sich der Staat mit seinen Machtmitteln auf die Seite des Schwächeren, um ihn gegen den Stärkeren zu schützen. Es handelt sich dabei nicht um eine Ausnahme, die vom Standpunkt des Systematikers aus zu bedauern ist, sondern um einen Rückgriff auf ein tieferliegendes Gerechtigkeitsprinzip. Wenn nämlich die von der Freiheit und Gleichheit ausgehenden Gerechtigkeitszusammenhänge, die ihre Wurzeln in den überkommenen Lehren von der *justitia commutativa* haben —am besten in diesem Kontext mit “Gleichordnungsgerechtigkeit” zu überstzen³⁹— nicht mehr geeignet sind, im konkreten Einzelfall zu einem

³⁸ Vgl. dazu aus neuerer Zeit Nikolas Papantoniou, “Die Freiheit im heutigen Privatrecht”, *ARSP* 1974, S. 487-500 (insbesondere S. 491).

³⁹ Meine *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit* S. 135 f. Die Terminologie ist uneinheitlich und bisweilen irreführend. Bei Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3. Auflage, München, 1975 S. 39 ff. ist vom “Prinzip

annehbaren Ergebnis führen, ist auf die Grundsätze der allgemeinen Gerecht (*justitia legalis oder generalis*) zurückzugreifen, um die Störung der Gleichordnung mit rechtlichen Mitteln zu beheben.

Von diesem gedanklichen Ausgangspunkt her wird es möglich, auch die Zurechnung von Schadensereignissen zu legitimieren, die bisher —trotz ihrer außerordentlichen praktischen Bedeutung— in der Privatrechtsdogmatik noch nicht ihren rechten Platz gefunden haben. Die Störung der Gleichordnung kann sich insbesondere darin manifestieren, daß es dem einzelnen verwehrt wird, im Wege der Abwehrklage gegen einen anderen vorzugehen, der ihn gefährdet. Die Gefahr kann von dem Betrieb einer Eisenbahn, eines Autos, eines Bergwerks oder eines Gewerbetriebs ausgehen. Die Haftung für die dadurch entstehenden Schäden pflegt als Gefährdungshaftung bezeichnet zu werden. Diesem Ausdruck läßt sich kein Hinweis auf den Zurechnungsgrund entnehmen. Denn auch jeder unerlaubten Handlung geht eine Gefährdung voraus. Der Unterschied muß auf einem anderen Umstand beruhen. Während nämlich im privatrechtlichen Deliktsrecht eine dem Schädiger objektiv vorwerfbare Verletzung seiner Sorgfaltspflicht einen klare Grundlage für seine Haftung darstellt, fehlt es bei der Gefährdungshaftung an einem solchen Vorwurf. Im Falle eines Schadens erhebt sich aber die Frage, ob es deshalb bei dem Grundsatz bleiben muß "casum sentit dominus". Gegen das Vorliegen eines Zufalls spricht daß sich der Schaden im Verantwortungsbereich einer Person ereignet, der das Fahrzeug oder das Bergwerk betreibt. Es widerspräche den allgemeinen Grundsätzen einer gerechten Schadensverteilung, den Schaden denjenigen tragen zu lassen, der gerade von ihm betroffen wurde, nur weil dem anderen, der eine gefährliche Sache betreibt, im Einzelfall keine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nachzuweisen ist. Vielmehr scheint es geboten, demjenigen, der den Nutzen von einer Sache hat und in der Lage ist, sie zu beherrschen, auch den Schaden tragen zu lassen, den sie —wie vorauszusehen war— angerichtet hat. Diese Form der Haftung könnte man Begünstigtenhaftung oder Privilegiertenhaftung nennen, weil sie die Folge des Privilegs ist, eine gefährliche Sache zum eigenen Nutzen gebrauchen zu dürfen.

Bei weiteren bedeutsamen Problemkreisen liegt ebenfalls eine rechtlich relevante Störung der im Privatrecht vorausgesetzten Gleichordnung und Gleichgewichtigkeit vor, so daß tiefer liegende Topoi der allgemeinen oder sozialen Gerechtigkeit ausschlaggebend werden. Der Arbeitnehmer, der darauf angewiesen ist, seine Arbeitskraft zu verkaufen, um seinen Lebensunterhalt zu verdienen, ist im allgemeinen dem Arbeitgeber gegenüber in einer schwächeren Position, in der es ihm wenig nützt, daß er formell als Vertragspartner

der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit" und daneben von der Einschränkung der Privatautonomie gemäß dem "Sozialprinzip" die Rede. Im einzelnen werden die Probleme der Ethik sozialer Verantwortung (Wieacker) am Beispiel des Miet- und Arbeitsrechts, dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie der Gefährdungshaftung. Vgl. auch Joachim Schmidt-Salzer, "Rechtspolitische Grenzen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit", in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, S. 173-176.

gleichberechtigt ist. Es ist Aufgabe des Arbeitsrechts, das in vielen Ländern ohne positive Rechtsgrundlage und zunächst auch ohne Unterstützung durch die Wissenschaft entwickelt wurde, einen sachgerechten Ausgleich der Interessen herbeizuführen. Ähnlich ist die Problemlage im Mietrecht, besonders in Zeiten großen Wohnungsmangels. Auch in diesem Fall muß sich das Recht auf die Seite des Schwächeren stellen, um ein Gegengewicht gegen die tatsächliche Störung der Gleichordnung zu schaffen.

Ein noch stärkerer Eingriff in die allgemeine Vertrags- und Handlungsfreiheit liegt dann vor, wenn zu Gunsten des Einzelnen Leistungspflichten gesetzlich vorgeschrieben werden, um sicherzustellen, daß er in den Genuß von Leistungen kommt, die in unserer modernen Industriegesellschaft lebensnotwendige Versorgungsanschlüsse an Wasserwerke und Energiebetriebe zum Gegenstand haben. Die Behebung der Störung der Gleichordnung kann außer durch Gesetz und Richterspruch auch durch Verwaltungsakt der zuständigen Behörde erfolgen. Verträge marktbeherrschender Unternehmen über Waren und gewerbliche Leistungen können von der Kartellbehörde für unwirksam erklärt werden, sofern eine mißbräuchliche Ausnutzung einer Marktstellung festgestellt wird. Die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat die Aufgabe, eine Ausnutzung der vom Wettbewerb nicht kontrollierten Handlungsspielräume zu Lasten Dritter zu unterbinden.⁴⁰

VI

Die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Untersuchungen, die in vielen Teilen skizzenhaft bleiben mußten, können wie folgt zusammengefaßt werden.

Im Rechtswidrigkeitsurteil vollzieht sich die Individualisierung der allgemeinen Rechtsnorm. Aus dem abstrakten Rechtssatz wird ein konkretes Gebot gegenüber demjenigen, der zu einer Leistung oder Duldung zu verpflichten ist. Der allgemeine Topos "Natur der Sache" enthält trotz seines nur schwer zu erfassenden Inhalts verfügbare Wertvorstellungen, die im situativen Bezug Gestalt annehmen, wenn es darum geht, in einem Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen einen rechtlichen Ausgleich herbeizuführen.

Die Rechtswidrigkeit ist die Voraussetzung für den mit einer Sanktion bewehrten Rechtsbefehl gegenüber demjenigen, dem ein Ereignis, das den anderen beeinträchtigt hat, objektiv zuzurechnen ist. Sie bezieht sich jeweils nur auf ein konkretes Rechtsverhältnis unter einem bestimmten rechtlichen Aspekt und ist unabhängig davon, ob bestimmte Ausschnitte des Gesamtverhaltens des Betroffenen oder das Verhalten mitwirkender Dritter rechts-

⁴⁰ Wernhard Möschel, "Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen" in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, S. 753, wo das Gutachten der Monopolkommission, die aufgrund der Novelle zum Kartellgesetz aus dem Jahre 1973 ins Leben gerufen wurde, zur Mißbrauchsaufsicht besprochen wird.

widrig waren. Im Vertrags- und Deliktsrecht wird die Zurechnung durch die Grundsätze der Gleichordnungsgerechtigkeit legitimiert, für die das Äquivalenzprinzip konstitutiv ist. Liegt eine rechtlich relevante Störung der im Privatrecht vorausgesetzten Gleichordnung vor, bedarf es eines Ausgleichs auf Kosten dessen, der sich in einer rechtlich geschützten Position der Überlegenheit befindet. Das Recht hat in derartigen Fällen die Aufgabe, sich des Unterlegenen anzunehmen.