

DER URSPRUNG DES RECHTS ALS SUBSTITUT DEFIZIENTER SEINS-MODI

HEINRICH SCHOLLER
Alemania Federal

I. *Staatsentstehungsmodelle und das Legitimationsbedürfnis*

1. Die sog. Entstehungsmodelle staatlicher Herrschaft sind zusammen mit der Staatszwecktheorie ein traditioneller Bestandteil der allgemeinen Staatslehre und der Staatsphilosophie als Teil der Rechts – und Sozialphilosophie. Solche Entstehungsmodelle staatlicher Herrschaft indizieren gleichzeitig Entstehungssysteme des Rechtes. So haben die Entstehungsmodelle der Patriarchal–, Patrimonial –oder Machttheorie in gleicher Weise wie die genetische Vertragstheorie einen bestimmten Modelltyp der Rechtsentstehung und Rechtserzeugung. Ihnen gemeinsam ist es, daß der staatliche Macht- und Steuerungsapparat nicht nur Voraussetzung für das Vorhandensein des Staates, sondern auch für das des Rechtes ist. Gemeinsam ist auch all diesen Theorien, das innere Anliegen eine Grundlage für die Legitimation der Herrschaft zu sein. Es geht ihnen weniger um die wissenschaftliche Erklärung, wie Recht oder Staatlichkeit entstanden sind, als um die Rechtfertigung konkreter Herrschaftsgewalt. Dieser utopisch-fiktive Charakter der Staatsentstehungs– und Rechtsentstehungsmodelle wird besonders in der Theorie Fichtes deutlich, der den Gesellschaftsvertrag nicht fiktiv an den Anfang der Staatsentstehung, sondern an das Ende der sittlichen Vervollkommung und Auflösung des Staates stellt. Diese Verschiebung in der historischen Perspektive wie auch in der Legitimationsweise bei Fichte soll uns später noch einmal beschäftigen, wenn wir Ergebnisse der rechtsanthropologischen Forschung für das Problem der Rechtsentstehung im Rahmen der Allgemeinen Staatslehre fruchtbar machen wollen. Gemeinsam ist auch den überkommenen Lehrstücken der Allgemeinen Staatslehre und der Staatsphilosophie, daß sie aus der rechtsanthropologischen Forschung bisher keine Befruchtung empfangen hat. Ganz im Gegenteil versucht sie durch

ein Abheben des modernen Staatsbegriffes auf die Entwicklungsgeschichte der Neuzeit sich von den Erkenntnissen der Rechtsanthropologie abzusetzen.

2. Die rechtsanthropologische Forschung hat seit dem Ende des Ersten Weltkrieges zu den traditionellen Staats –und Rechtentstehungsmodellen ein neues Problem– noch nicht ein neues Modell –hinzugefügt, nämlich die Frage, ob nicht vor der Phase der Staatlichkeit oder der Rechtlichkeit der Gesellschaft eine Vorphase der Rechtlosigkeit im Sinne der Beherrschungslosigkeit bestand. Die Rechtsanthropologie und die politische Anthropologie sind lange Zeit uneinig gewesen, ob diese Vorform des primitiven Rechtes als Rechts– und herrschaftsloses System bezeichnet werden soll, oder ob, wie Malinowski dies in seinen Forschungsergebnissen beschrieb, auch in segmentären Gesellschaften die Reziprozität bereits als Rechtssystem angesehen werden muß. In einem neueren Beitrag “Gewohnheit, Recht und Gewohnheitsrecht” hat D. Josselin de Jong noch einmal die Forschungsgeschichte seit dem Jahre 1924 zum Thema “Recht oder Gewohnheit in primitiven Gesellschaften” dargestellt. In Thesen von S. Hartland und W.H. Rivers trat damals, im Jahr 1926, Malinowski mit seinem berühmten Buch “Crime and Custom in Savage Society” programmatisch entgegen. Diese Entwicklung soll hier nicht wiederholt werden. Es mag nur darauf hingewiesen sein, daß der eigentlich schon überwundene Konflikt eine Neubelebung in einer west-östlichen Dimension erlangt hat, da in dem kürzlich erschienenen Artikel von A.I. Perschits in der Theorie der Mononormen alte Vorstellungen wieder belbt werden, daß in den primitiven Sozietäten Recht und Gewohnheit ununterschieden eine einheitliche logische Struktur aufgewiesen habe. Dieser Auffassung ist L. Pospisil entgegengetreten, der auch Levi Bruhls Begriff von der prälogischen Mentalität primitiver Sozietäten nicht gelten läßt. Unter Hinweis auf Gluckman, seine eigenen Forschungen an den Kapauku-Papua von Neu Guinea und der Darstellung des australischen Acht-Klassen-Heirats-Systems kommt er zu einer scharfen Kontrastierung von Recht und Moral auch in primitiven Sozietäten (Pospisil, 1958, S. 287-88; 1980, s. 235-238). In seiner letzten Untersuchung will er demonstrieren, daß die marxistische Idee der Mononormen einen Schritt zurück und keinen Fortschritt auf dem Gebiet der Vergleichung von Recht und sozialer Kontrolle darstellt (S. 238). In dem gleichen Sammelwerk hat M. Alliot unter Hinweis auf Sahlins und Clasters einen bisher weitverbreiteten ethnoökonomischen Irrtum zurechtgerückt (S. 175), nämlich den Irrtum von der Urarmut der primitiven Sozietäten. Darüber hinaus führt er die beiden genannten Untersuchungen in zwei Punkten

weiter, indem er das, was für Ökonomie und Politik gilt, auch für das Recht anwendet und indem er auch für die Modernen Gesellschaften auf fortbestehende primitive Komponenten hinweist (S. 178). Dieser Auffassung schließen wir uns an und weisen die Vorstellung zurück, daß die primitiven Gesellschaften in ihrer Unvollkommenheit in Recht und Ökonomie als gescheiterte Gesellschaften betrachtet werden müßten (S. 179).

3. Der eigentliche Anlaß dieser Untersuchung ist nicht, dafür in die Schranken zu treten, daß das Recht der primitiven Sozietäten wirklich Recht und nicht nur Gewohnheit ist, sondern den Ursprung des Rechtes nicht in der Devianz, sondern in der Defizienz zu sehen. Auch wenn wir den Streitaustrag in primitiven Sozietäten als einen Rechtsgang ansehen –gleichgültig, ob der Dorfrichter jus stringens oder Richtlinien anwendet (de Jong, S. 136)— ist damit nicht beantwortet, ob die Devianz von jus strictum oder von der Richtlinie –das, was in der Regel getan wird— zur Rechtserzeugung führt, oder ob das Recht nicht als Norm schon vorhanden sein muß, an dem die Devianz gemessen wird. Das Beispiel von der Prozession und den vier Zeremonienmeistern bei der Einsetzung eines neuen Häuptlings eines lokalen Clanteils bei de Jong ist dafür recht bezeichnend (S. 137). Setzt nicht die Abweichung von dem Ritual, dem Sumbang, das Bestehen von Recht voraus, an dem die Devianz gemessen wird? Das gleiche Problem trat übrigens schon bei dem Gesellschaftsvertrag auf, dessen Verbindlichkeit ja wohl kaum aus dem Vertrag selber herrühren kann, der also, um eingehalten zu werden, aus vorher vorhandenen Normen seine Sanktion erhalten muß. So verkennt auch die Lehre von der sozialen Devianz als Ursprung des Rechts zur Korrektur, daß vor dieser sozialen Devianz das Recht bereits seine Funktion haben muß, um Maßstab zu sein. Anders ist es, wenn der Ursprung des Rechts im Substitut defizienten Seins liegt. Dann soll es nicht nur soziale Devianz verhindern, soziales Verhalten kontrollieren oder rückgängig machen, sondern es soll gemindertes Sein substituieren oder vertreten. Diese Ersetzungs— oder Vertretungsfunktion habe ich Substitution bezeichnet. Wir dürfen davon ausgehen, daß soziale Devianz in primitiven Gesellschaften häufiger waren als in der modernen Gesellschaft. Die moderne Gesellschaft verringert den Spielraum sozialen Verhaltens wesentlich und begründet dadurch erst die soziale Devianz. Was dagegen auch in den primitiven Gesellschaften häufig anzutreffen war, ist das Ausscheiden –zeitweise oder dauernde— eines Mitgliedes. Dieses Ausscheiden kann durch Tod, Abwesenheit, wie z.B. Heirat, eingetreten sein. Es ist aber denkbar, daß dieses Ausscheiden oder zeitweilige Ausscheiden auch nur durch längere Abwesenheit verursacht wurde.

Auch durch Krankheit oder Siechtum oder durch Minderjährigkeit kann ein solcher defizienter Seins-Modus entstanden sein. Diese Vorgänge stellen keine soziale Devianz dar. Ähnliche Gedanken müssen in primitiven Sozietäten entwickelt worden sein, um defiziente Seins-Modi aufzufangen und sie zu Voll-Modi zu verwandeln. So vertritt das Recht Funktionen des Menschen und die mündliche Tradition, das Erzählgut bis hin zur Legende und zum Märchen, geben Hinweise auf diese substituierende Funktion, doch finden sich Resten und rudimentäre Formen auch noch im primitiven und archaischen Recht.

II

Das würde für die Rechtsbegründung bedeuten, daß man nicht mehr die soziale Devianz als Ursprung des Rechtes ansehen kann. Mit der Theorie des Ursprungs des Rechtes in der sozialen Devianz akzeptiert man automatisch eine strafrechtliche Sanktion und einen entsprechenden Sanktionsmechanismus. Damit muß man das Entstehen des Rechtes mit der Entstehung des Staates zusammenfallen lassen. Allerdings zeigt schon Malinowski, daß bestimmte soziale Devianzverhalten durch Gegenmaßnahmen von einzelnen kontrolliert oder korrigiert werden. So wird der Beleidigung in primitiven Gesellschaften häufig durch den freiwilligen Tod, also den Suicid des Beleidigten, begegnet. Diese Maßnahme, wie schon der Soziologe Dürkheim beobachtet hat, stellt eine soziale Kontrolle des Beleidigers dar. Er muß damit rechnen, daß seine üble Nachrede oder Beleidigung durch Selbstmord geahndet wird. Entweder muß der Gesellschaft die Selbsttötung als Selbstexekution erscheinen, oder Selbsttötung gilt als eine Folge der Rufverletzung. Dann wird der Beleidiger und üble Nachrufer mit einem gesellschaftlichen Verruf belegt und sein eigener Suicid müßte möglicherweise die Folge sein. Dürkheims Hinweis auf den Suicid als Sanktionsmechanismus, den Malinowski bestätigt hat, ist aber entbehrlich, denn mit der Abkehr von der Devianztheorie und der Hinwendung zur Defizienztheorie lassen wir das korrigierende Strafrecht als Auslösungsmechanismus zur Rechtsentstehung und wenden uns dem Zivilrecht und dem Familienrecht zu. Allerdings kann auch im Staatsrecht die substituierende Funktion des Rechtes eine Rolle spielen, wenn, wie vor allem bei Tötungsdelikten, das Wergeld an die Stelle der korrigierenden Strafe tritt.

Die Devianztheorie zur Erklärung der Rechtsentstehung heranzuziehen, erscheint schon deshalb verdächtig, da es sich hier um eine moderne Strafrechtskonzeption handelt, die unkontrolliert in Zustände früherer primitiver Sozietäten projiziert wird. Schon die von Rechts-

ethnologen und Sozialethnologen beobachtete Tatsache, daß in den primitiven Sozietäten das Verbrechen äußerst selten ist, sollte vor der bedenkenlosen Übernahme der Devianztheorie als einer Strafrechtstheorie warnen. U. Neumann und U. Schroth haben unlängst in ihrer Darstellung neuerer Theorien von Kriminalität und Strafe sich ausführlich zu den Devianztheorien geäußert, die als biologische, psychologische und vor allem soziologische auftreten. Zur letzteren zählen sie vor allem die Anomietheorie, die Theorie der differenziellen Gelegenheiten, der Gruppenkultur, der differenziellen Kontakte wie die Theorie der Neutralisationstechniken. In einem weiteren Abschnitt der Arbeit untersuchen sie die soziale Funktion von Strafe und Verbrechen und gehen dabei auf die Theorie Dürkheims ein, der eine mechanische und organische Solidarität der Gesellschaft gegenüberstellt. Nach Dürkheim ist Strafrecht Primärschutz der mechanischen Solidarität, da er Schutz des kollektiven Bewußtseins und nicht Schutz individueller Rechtsgüter ist (S. 101). Ich möchte diese These dahingehend abwandeln, daß mechanische Solidarität –wobei ich diesen wenig adäquaten Ausdruck übernehmen möchte– nicht so sehr durch symbolische Strafen hergestellt wird, als durch symbolische Substitution defizienter Seins-Modi. An die Stelle der Tötungsstrafe, wo in der Regel das Wergeld tritt, hat dann das Wergeld noch die Straffunktion, oder hat es nicht vielmehr die Funktion, ein defizientes Sein, nämlich Tod oder die Verletzung eines Menschen sozial auszugleichen gegenüber der durch die Handlung betroffenen Familie?

2. Die Diskussion um Defizienz –oder Devianztheorie ist allerdings mit einer Hypothek belastet, nämlich der Hypothek der unsicheren Definition des Rechtes. Alle Definitionen haben nämlich den Nachteil, daß sie von einem ungesicherten Rechtsbegriff ausgehen beziehungsweise daß es keinen einheitlichen Rechtsbegriff als übergreifende Kategorie zwischen Rechtswissenschaft, Rechtsphilosophie und Anthropologie gibt. Zu dieser Unsicherheit im Rechtsbegriff und Abgrenzung zur Gewohnheit tritt eine weitere zwischen Devianz und Defizienz, wobei aber auch hier klar ist, daß defizientes Sein in deviantes Verhalten umschlagen kann und umgekehrt, so zum Beispiel die arme Witwe –verarmt durch den Tod ihres Mannes– verfällt der Prostitution, dem Dieb wird die rechte Hand abgeschlagen. Um das Problem besser darstellen zu können, soll von der Hohfeld'schen Definition des Rechtes ausgegangen werden. Die Ausführungen von Hohfeld aus den Jahren 1913 und 1917 (Some Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning 1913; Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning –1917) haben allerdings zu einem gewissen interdisziplinären Ausgleich geführt.

Hoebel verweist auf Restatement of Hohfeld bei Radin und Corbin (Hoebel, S. 46/47). Hohfelds System stellt eine Reduktion der Rechtsbeziehungen auf vier Relationen dar:

Person A	Person B
I. Demand-right	Duty
II. Privilege-right	No-demand-right
III. Power	Liability
IV. Immunity	No-Power

Das Recht als Substitut defizienter *Seins Modi* kann in allen vier Beziehungen auftreten: einmal als demand-right, indem es eine Rechtserwartung erzeugt, da B in bezug auf A's defizienten *Seins Modus* ein bestimmtes Verhalten zeigt. Das gleiche gilt für die zweite Relation in noch stärkerem Maße. Wenn A ein Privilege-right hat, dann ist er in bezug auf B frei in der Wahl seiner Handlungen. Diese Relation kann sich für einen defizienten *Seins Modus* jedoch nur dort auswirken, wo trotz der Defizienz oder wegen ihr auf der Seite des defizienten *Seins Modus* ein Privilege-right entsteht. In der Regel wird aber der defiziente *Seins Modus* durch Immunität in der Relation Immunity –No-Power geschützt. Hoebel bezeichnet die Relationen II und IV als negativ und passiv, während I und III als positiv und aktiv bezeichnet werden. Hoebel benutzt nun diese Unterscheidung, um Gewohnheit und Recht voneinander zu trenne. Für unsere Untersuchung ist dieser Aspekt insofern von Interesse, weil Recht als Substitut nicht ausschließlich, aber doch vorwiegend in die Relation II und IV verweisen kann. Von diesen Relationen sagt Hoebel: "They are not in themselves directly subject to enforcement by legal means. Rather, they set the limits of the law's activities, for they define the types of behavior that are outside the scope of law's sphere of control and are not subject to the coercive authority of the courts or other legal authority." Dies bedeutet für unsere Betrachtung, folgt man Hohfeld und Hoebel darin, daß man es mit der "Vorform" des Rechtes zu tun hat, dessen Erzwingbarkeit nicht durch Gerichte abgesichert ist. Diese rechtlichen "Vorformen" der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens sind häufig auch durch den Einsatz religiöser Vorstellungen gekennzeichnet. Hierzu gehört vor allem das Tabu. Richtiger wäre es vielleicht, in Anlehnung an die Ergebnisse von Pospisil, von "Hochformen" des Rechtes zu sprechen, da Pospisil's Untersuchungen doch ergeben haben, daß die primitiven Gesellschaften neben dem erzwingbaren Recht, der Ethik der Pflicht, auch eine "Ethik des Strebens" (Fuller)

kennen und daß diese moralische Norm als ethisches Maximum höherwertig ist als die reine Rechtsnorm. Die Rechtsnorm wäre dann als ethisches Minimum auf einer unteren und wahrscheinlich nicht einmal auf einer nachgeordneten Stufe einzuordnen.

III. *Die Substitutsfunktion des Rechts im antiken Rechtsdenken*

Sowohl im antiken griechischen wie im antiken römischen Rechtsdenken finden sich nicht nur sporadische Reste, sondern zentrale rudimentäre Einrichtungen und Rechtsgebräuche, die sich am ehesten mit der Substitutsfunktion des Rechtes auch im antiken Recht erklären lassen. Die griechische Rechtsphilosophie erklärt sogar die Entstehung des defizienten Seins.

a) Hesiod bringt uns zwei Erklärungen für das “defiziente Sein:” einmal erscheint es als Ausgleich für jeden Fortschritt. Hierzu dient ihm die Erzählung vom Titan Prometheus als Vorkämpfer der Menschheit. Dieser hatte versucht, die Götter beim Opfer zu betrügen und darum “haben die Götter das Leben (den Unterhalt) verborgen, so daß es der Mensch nur mühsam suchen muß.” Desgleichen hat Zeus auch das Feuer verborgen. Als Strafe dafür erhält der Mensch das Weib, das den Griechen als kranker Mann galt.

In einer zweiten Version wird ein idyllischer Anfangszustand durch das Weib in Krankheit verwandelt:

“Vordem Lebten die Völker der Menschen auf Erden ein Dasein abgesondert von Leiden und ledig von Lasten seiner Mühsal und von Krankheiten fern, den gefährlichen Bringern des Todes.

Aber das Weib hob ab vom Gefäß den Deckel, da stoben alle hinaus und sie hatten der Menschheit Qualen gestiftet.

Einzig die Hoffnung verblieb im Gewahrsam, für immer gefangen:

Als sie zur Lippe gelangt war, um auszufliegen ins Freie, schloß sich der Deckel vor ihr;

Pandora versperrte den Ausgang. . .” (S. 130).

Hier steht das “Gefangensetzen der Hoffnung” und das “Loslassen der Plagen” gegenüber. Sie, die Plagen, sind es, die defiziente Modi des Seins hervorrufen, ohne daß Hoffnung auf Aenderung vorhanden ist. An der Pandoralegende schließt sich diejenige vom ersten goldenen Weltalter an, um den defizienten Modus des Menschen zu erklären (S. 132).

b) Hier wird der Gedanke des schrittweisen Verfalles von Sitte und Recht im Mythos von den Weltaltern dargetan. Das Recht ist bei

Hesiod das Thema der ganzen nächsten Darstellung, die er mit der Fabel vom Habicht und der Nachtigall einleitet. Nun wird weniger der defiziente Modus des Seins beklagt, als die Tatsache der Rechtsverletzung, also einer Verletzung des Stützungssystemes, das zum defizienten Modus hinzutritt. Unsichtbare Beobachter berichten dem Gott, was auf Erden vorgeht, Dike, das Recht, setzt sich neben Zeus und beklagt sich, wenn sie vom Menschen mißhandelt wurde. Denn "alles erblickt das Auge des Zeus und alles erkennt er." Hier erscheint das Recht personifiziert; das verletzte Recht als verletzte Dike klagt vor Gott. Damit ist das Ende einer Entwicklung erreicht, in welcher das Recht als Substitut defizienter Seins Modi erfunden wurde. Man hat in der Hesiodischen Darstellung bereits einen Mechanismus entwickelt, wie das Substitut zur Dike aufgewertet wird, zur Klägerin über Rechtsverletzungen, und wie sie in das allwissende und allsehende Auge des Zeus verwandelt wird.

Bei dem Chorlyriker Alkman taucht ein komplementäres Begriffspaar von Urmächten: "Poros" und "Aisa" auf, von welchen Poros die offene Möglichkeit oder Zugängigkeit und Aisa die bindende Festlegung bedeutet. Fränkel will das Paar mit Freiheit und Ordnung übersetzen, doch wäre es wohl besser, hier von Sein und defizienten Seins Modi, also "schicksalhaften Verwehrungen des Seins," zu sprechen. Bei den Vorsokratikern oder, wie sie Aristoteles nennt, bei den Naturphilosophen, wobei Natur den Menschen mitumfaßt, tritt die vom Menschen geschaffene sozial-ethische Welt in vieler Hinsicht mit der Natur in Konflikt und bedarf daher der Berichtigung, denn das Gesetz habe seinem Widersacher, der Natur, zu weichen. Ist hier das Naturrecht des Stärkeren oder des Schwächeren angesprochen? Ist Natur hier nicht-defizienter Seins-Modus und das Gesetz die Gleichstellung defizienter Seins-Modi mit dem nicht-defizienten? Dann ist das Naturrecht des Schwächeren angesprochen, da die defizienten Seins-Modi natürliche und damit rechtliche Ungleichheit zur Folge hätten. Das Naturrecht des Schwächeren hebt defiziente Seins-Modi auf die gleiche Stufe wie die nicht-defizienten Seins-Modi und ist somit erster rechtsphilosophischer Ausdruck der grundsätzlichen Substitutionsfunktion des Rechts.

VI.

Die Hypothese, daß das Recht nicht ursprünglich als Abschreckung devianten Verhaltens, sondern als Substitut defizienten Seins entstanden Verhaltens, sondern als Substitut defizienten Seins entstanden

ist, bedarf ihrer Verifikation anhand der mündlichen Überlieferung. Hier möchte ich mich auf vier Beispiele beschränken:

1. Die Funktion des Vergeld in primitiven oder archaischen Gesellschaften kann nicht mit der Devianz-, sondern nur mit der Defizienztheorie erklärt werden. Die Devianztheorie verwandelt das Vergeld mehr oder weniger automatisch in eine Strafsanktion, entweder um Unrecht zu sühnen oder von neuem Unrecht abzuschrecken. Hat man einmal den unrichtigen Ausgangspunkt eingenommen, so wundert man sich über den mangelnden Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bei Tötungsdelikten. So schließt Maitland einen Artikel "The Early History of Malice Aforethought" im englischen Recht mit der Bemerkung: "the utter incompetence of ancient law to take note of the mental elements of a crime". Gluckman, dem ich dieses Zitat verdanke, untersucht diese Frage anhand seiner Studien über die Barotse Jurisprudence. Er stellt allerdings fest, daß subjektive Elemente wohl unterschieden werden mit Hinweis auf Howell und dessen Arbeiten über die Nuer (Tötung durch einen Kriegs- oder Jagdspeer). Ein Eingehen auf subjektive Elemente zeigt auch die Frage, ob eine Bluttat durch Blut oder durch eine Geldzahlung gesühnt werden kann. Dennoch kommt man nur mit der Defizienztheorie zu einer sinnvollen Erklärung. Wie sollte man die Verpflichtung zur Zahlung von Vergeld erklären, Wenn A versehentlich bei der gemeinsamen Verteidigung gegen Feinde den B tötet. Hier tritt die rechtliche Verantwortung ebenfalls zutage, wenn auch manchmal nur in symbolischer Form. Zur Zahlung von Vergeld gibt uns auch die Erzählung in der Novelle "Things fall Apart" von Chinua Achebe Aufschluß. Hier hatte bei einer Beerdigung ein stammesmitglied beim Abfeuern eines Salutschusses versehentlich den Sohn des Toten getötet. Ich darf hier auf die Schilderung von Gluckman (S. 110) verweisen Wenn man der Defizienztheorie folgt, dann läßt sich die Zahlung von Vergeld viel einfacher erklären. Das Vergeld hat die Funktion, das soziale Equilibrium wieder herzustellen, indem es Kompensation für den Verlust eines Familienmitgliedes bewirkt. So erklärt sich auch des Umstand, daß Vergeld nicht zu zahlen ist, wenn die beiden Gruppen, die sich wegen der Tötung eines ihrer Mitglieder in Konflikt befinden, nahe beieinander liegen. In solchen Fällen wird entweder eine konventionelle Schlichtung durch einen Mediator herbeigeführt, oder, wenn es innerhalb des Clans selbst zur Tötungshandlung kam, nur rituell als Sünde behandelt. An die Stelle des Getöteten tritt das Recht in einer quasi-personalisierten Form und verlangt den Ausgleich des defizienten Seins Modus, hier des Todes, durch Leistung eines Betrages, der die soziale Lücke schließen kann, welche durch die Tötung entstand. In

Stämmen, wie denen der Zulus, war das Blutgeld an den König zu richten, denn er verlor durch den Tod eines Gefolgsmannes ein "War-Shield."

2. Auch das antike römische Recht liefert dafür Beweise und die von Kunkel erzielten Ergebnisse in seinem Werk: "Untersuchungen zum altrömischen Kriminalverfahren" zeigen eine lange Fortdauer des Anklageverfahrens auch in Kapitalverbrechensangelegenheiten. Auch das gesamte Talionsdenken kann nur mit der Substitutions- und nicht mit der Devianztheorie erklärt werden. Schließlich soll auf die Ungefährtötung hingewiesen werden, für die das römische Recht folgende Formulierung entwickelte: *si telum manu magis fugit quan iecit*. . . In diesem Falle trat die Stellung eines Sühnewidders (aries) an die Stelle der Strafe bzw. der Entschädigung der Angehörigen. Daß diesem Substitutionsdenken mehr sakrale Entsühnungsvorstellungen anhaften, als soziale Entschädigungsfunktionen, ist zutreffend (Wiacker, S. 588). Wenn das Recht hier die Figur des stellvertretenden Opfers entwickelt, so liegt dem eben die Vorstellung der Befreiung durch Substitut zugrunde. Ähnlich konnte sich bei der unzulässigen Berührung des Junoaltars (Hüterin der Ehe) eine der Rache dadurch verfallende Lohndirne durch das Opfer eines weiblichen Lammes auslösen.

3. Gluckman gibt noch ein weiteres Argument für die Defizienztheorie. Er schreibt in seinem Kapitel: "Reasonableness and Responsibility in the Law of Segmentary Societies" über die Entwicklung eines Kriteriums, das zunächst als Beweis für die Devianztheorie herangezogen werden könnte; denn hinter dieser Vorstellung stehen die Begriffe von "right ways," an welchen Handlungsweisen gemessen werden, oder "leeways" als Maßstab für die Vernünftigkeit.

Doch schon die Tatsache, daß auch in diesem Zusammenhang Tötungsdelikte als "unreasonable" bezeichnet werden können, zeigt, daß es nur eine Verschiebung des Aspekts ist, wenn man von der Devianz auf die Defizienz abstellt. Eine Konzentration auf die Devianz bedeutet funktionale Betrachtungsweise, während ein Abstellen auf die Devianz ein Denken im Kausalitäts- Finalitätsschema darstellt. Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen Devianz- und Defizienztheorie ist der, daß die Defizienztheorie auf die soziale Entschädigung des Verletzten, die Devianztheorie auf die Einwirkung auf den Verletzer abstellt. Eine solche Einwirkung setzt aber eine viel weiter entwickelte formalisierte soziale Kontrolle voraus, als dies in primitiven Sozietäten der Fall war. Solche Vorstellungen entwickelt sich erst später und stellen eine Verschiebung vom Verletzten auf den Verletzer im Rechtsdenken dar. Wenn das primitive Recht wirklich von dem

Begriff eines Vernunftmäßigen ausgeht, dann steht im Vordergrund der “reasonable man,” aus dem sich als effizientem Seins Modus die defizienten ableiten, indem das Recht ein Maßstab für das Vernünftigein wird, ist es ein Substitut oder eine Kompensation eingetretener defizienter Seins Modi. Daß das Recht einerseits zum Schutz solcher Seins Modi auftritt, andererseits aber solche defizienten Seins Modi auch wieder verwerfen kann, liegt an dem Gut-Böse-Schema als einem fundamentalen Prinzip menschlicher Ordnung.

4. Das Recht als Substitut defizienter Seins Modi erscheint auch in eine verbreiteten afrikanischen Erzählgut. In der Erzählung “La Fille sans Mains” (Märchentyp 706), die in 19 verschiedenen Versionen in West- und Zentralafrika angesprochen. Die Behinderung erscheint zunächst –vor allem, da es sich um eine jungverheiratete Frau handelt–, als Bedrohung der Fertilität. Da dieser Mangel bei der Heirat verschwiegen wurde, wird der Tod der Jungverheirateten verlangt. (In manchen Erzählungen dieser Art tritt an die Stelle des verstümmelten Mädchens ein junger Mann, der als Mädchen verheiratet wird). Drei Elemente bewirken nun in allen Erzählungen die Wiederherstellung des sozialen Equilibriums, das durch den defizienten Seins Modus gestört war: Es tritt ein Verbündeter auf. Er handelt durch Symbole oder besondere Räume und verlangt von der Trägerin des defizienten Seins bestimmte Handlungen. Als Verbündete treten auf: Tod, Schöpfer, Tiere (wie Fische, Python, Schildkröte, Rabe), Ehemann und der Wassergeist. Als besondere Örtlichkeiten dieser Symbole treten in Funktion: Zauberer, Waffenschmied, Wasser, Adoptivfamilie und Baum. Die rituellen Handlungen sind verschieden. Die “Rehabilitation” erfolgt durch die Heilung der Hand durch den Ehemann, durch künstliche Hand. Neben sehr merkwürdigen Rehabilitationsverfahren, wie z.B. das Einführen des Stummels in den Anus oder die Vagina des Todes stehen zwei Erklärungen, die für unsere Interpretation interessant sind. Sowohl die Haussa-Version wie die Suaheli-Version ermöglichen die Rehabilitation durch Rückgabe der Dot des Brautpreises oder von anderen Vermögensgegenständen. Hier steht ebenfalls die Funktion des Rechtes im Rahmen ritueller Handlungen zur Diskussion, denn der Zustand wird nicht als rein magische religiöse Heilung dargestellt, sondern als eine Störung des sozialen Gleichgewichtes, die nicht nur durch die Behinderung, sondern auch durch die Anschuldigungen der anderen Frauen hervorgerufen wurde. Deshalb steht bei vielen dieser Versionen auch die Rache oder die Bestrafung der schuldigen Verleumderin am Ende der Erzählung. Mit Hilfe eines ritualisierten Rechtes gelingt es wieder, Gleichheit, Harmonie und Fruchtbarkeit herzustellen. Neben den Formen einer

quasi-Naturalrestitution substituiert das Recht oder das rechtliche Verfahren die Defizienz.