

DIE CHANCEN DER GERECHTIGKEIT

– WIE VERSTAND UND GEFÜHL RICHTIGES RECHT
ENTSTEHEN LASSEN –



MEDUSA

MOSAİK STELLA RHENI 1893

Die allgegenwärtige Gerechtigkeit.....	4
Naturrecht, Technik und Natur der Sache	7
Konflikte in sozialen Systemen.....	11
Recht Macht Gerechtigkeit – eine paradoxe Beziehung.....	14
Gewaltmonopole.....	19
Politische Korrektheit.....	20
Ein Blick zurück.....	22
Die ältesten Gesetze	25
Die Entstehung der Rechtssysteme	32
Schuld , Sühne und freier Wille	36
Krieg und Frieden	42
Die Chancen der Gerechtigkeit	46
Gerechtigkeit ist ein relativer Begriff	46
Die Bedeutung des Rechtsgefühls.....	51
Logik und Sehnsucht	60
Fairness , Harmonie und andere Werte.....	64
Verfahrensgerechtigkeit.....	73
Das Verfahren der Rechtsgewinnung	92
Analogie ist unlogisch.....	93
Die Inhalte der Gerechtigkeit	99
Nutzen, Gleichheit Freiheit und Glück kunstvoll abwägen	99
Eine Leerstelle: die Seele der Gerechtigkeit	121
Die Rahmenbedingungen der Gerechtigkeit.....	126

Absolute Gerechtigkeit ist ein irrationales Ideal

Hans Kelsen

Man muss rational mit dem Irrationalen rechnen

Winfried Hassemer

Die allgegenwärtige Gerechtigkeit

Die Suche nach der Gerechtigkeit durchzieht fast alle Teile unseres sozialen Lebens. Sie ist ein Vergleichsmaßstab für die unterschiedlichsten sozialen und moralischen Konzepte. Dabei spricht man von *der* Gerechtigkeit, obwohl jeder weiß, dass seine eigenen Vorstellungen von ihr sich mit jenen der anderen nicht immer decken – jedes Geschworenengericht erfährt das in den ersten Minuten der Diskussion. Plädiert der Staatsanwaltschaft später für eine Haftstrafe von zehn Jahren, der Verteidiger hingegen auf Freispruch und verurteilt das Gericht zu drei Jahren – auf welcher Seite liegt die Gerechtigkeit? Nicht immer können sich Mehrheiten bilden und dann verharrt jeder bei seiner eigenen Auffassung (the hung jury). Die Frage wird noch spannender, wenn das Berufungsgericht das erste Urteil aufhebt und dann seinerseits vom Revisionsgericht aufgehoben wird usw. Unzählige Kommentatoren befassen sich mit solchen Fällen und jeder hat eine andere Vorstellung vom Ergebnis. Wenn solche Unsicherheiten schon innerhalb verfahrensrechtlich genau geregelter Bereiche vorkommen, kann man sich vorstellen, wie umkämpft der Begriff in anderen Feldern des sozialen Lebens ist. Führt die Suche nach der Gerechtigkeit letztlich nur zu einem unendlichen Rekurs, der durch die Letzte Instanz willkürlich abgeschnitten wird?

Als Anwalt sollte man am Ende seines Berufslebens mit diesen Fragen vertraut sein. Das Thema hat mich schon früh interessiert. Zu den

ersten Büchern meiner kleinen Bibliothek gehörte 1962 neben Hemingways *Tod am Nachmittag* (auch ein Text zu Recht und Unrecht) eine Sammlung von Vorträgen mit dem Titel *Naturrecht oder Rechtspositivismus*¹? Ich scheiterte schon an den einfacheren Aufsätzen und ahnte: Wenn ich versuchen würde, die Gerechtigkeit ohne rechtliches Handwerkszeug zu finden, würde ich allenfalls einen Zufallsfund machen. Juristen können immerhin den Weg nachvollziehen, den sie gegangen sind. Wenn ich mich aber unter meinen Kollegen umhöre, ist die Meinungsvielfalt kaum geringer als unter anderen Leuten. Die Juristen sehen gewiss weit mehr Varianten der Gerechtigkeit als die Laien, aber vielleicht fällt es Ihnen gerade deshalb besonders schwer, klare Ansichten zu entwickeln. Das folgende Kapitel beschreibt meine eigenen Überlegungen auf dieser Suche, ich beschreibe den Weg des Anwalts, der nicht nur den Schrei nach Gerechtigkeit in der Öffentlichkeit hört, sondern auch das Flüstern von Mandanten, deren Stimme sonst niemand vernimmt. Die Mühe, die wir uns dabei geben, wird selten gedankt².

Viele suchen nach der Gerechtigkeit wie nach einem verborgenen Schatz, den man mit genügend Mühe schon finden wird. Diese Metapher führt aber in die Irre. Schon Plato hat erkannt, dass die Gerechtigkeit kein Fixstern ist, nach dem man sich unabhängig von Raum,

¹ Werner Maihofer (Herausgeber) Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt Wege der Forschung Bd. XVI, XIX 1962

² Christoph Schönberger, Lästig, kränkend und unersetzlich – die Expertise der Juristen, Merkur 2012, 788

Zeit und Wetterlage orientieren kann, für ihn war sie ein scheues Wild – ein Igel würde Ronald Dworkin³ sagen: »Wir müssen wie Jäger den Busch rings umstellen, dass uns die Gerechtigkeit nicht etwa ent- schlüpfe und dann, wenn sie einmal verschwunden ist, nicht wieder zum Vorschein komme. Denn offenbar ist sie hier irgendwo⁴«. Aber auch diese Metapher vermittelt uns noch den Eindruck, als könnten wir die Gerechtigkeit erjagen, wenn wir uns nur genügend anstreng- ten. Im Lauf unserer weiteren Überlegungen werden wir erkennen, dass alle diese Bilder in die falsche Richtung führen. Wir werden se- hen, dass es auf die Frage nach der Gerechtigkeit nahezu immer mehrere Antworten gibt, die zueinander in einem paradoxen Ver- hältnis stehen⁵. Schon die vielen denkbaren Verfahren, in denen man nach der Gerechtigkeit sucht, führen in die unterschiedlichsten Rich- tungen und jede Antwort, die wir finden, führt uns zu Widersprü- chen, die wir nicht auflösen können⁶.

Der wesentliche Grund dafür beruht auf der Tatsache, dass wir den Maßstab der Gerechtigkeit an Entscheidungen anlegen müssen, de- ren Qualität von unzähligen Faktoren beeinflusst wird, die keiner der Beteiligten wirklich bestimmen kann. Gelegentlich wird ein Mensch des Mordes angeklagt, ohne dass wir eine Leiche finden, ein An- spruch wird erhoben, den keine Beweismittel stützen, Richter und

³ Ronald Dworkin, Gerechtigkeit für Igel, Suhrkamp 2012

⁴ Plato, Der Staat IV (432 a), dazu auch : Hans Kelsen, Die Illusion der Gerechtig- keit,- Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons, Wien 1985

⁵ Beispiele : Michael J. Sandel, Gerechtigkeit, Ullstein 2012 S. 9 - 42

⁶ Es gilt dasselbe, was wir von der Pornographie sagen: »Ich kann sie nicht definie- ren, aber wenn ich sie vor mir sehe, gibt es keinen Zweifel.«

Schöffen können beeinflusst sein (auch unbewusst), nirgends wir zu intensiv gelogen, wie vor Gericht – und trotzdem muss in einem überschaubaren Rahmen von Zeit und Kosten eine Entscheidung getroffen werden. Wenn wir versuchen wollten, vor dem Urteil zu fliehen, hätte die Gerechtigkeit überhaupt keine Chance. Dazu eine story, die Richter unter sich erzählen: Der Kläger trägt vor und der Richter sagt: »Sie haben vollkommen recht«. Dann folgt der Beklagte. »Das klingt sehr überzeugend«. Da steht hinten im Zuhörerraum einer auf: »Aber Sie können doch nicht dem Kläger und dem Beklagten gleichzeitig Recht geben!« »Da kann ich Ihnen kaum widersprechen« sagte der Richter⁷.

Immerhin kann man mit einfachsten Mitteln sagen, was Gerechtigkeit *nicht* ist: Wo *Willkür* herrscht, kann man sie nicht finden, sie füllt ihr Haupt überall dort, wo ohne jede Maßstäbe entschieden und geurteilt wird. Es ist wie bei der Pornographie : Man kann sie schwer definieren, aber »ich erkenne sie, wenn ich sie sehe« (*Potter Stewart*⁸).

Naturrecht, Technik und Natur der Sache

In einem kleinen Teil der naturrechtlichen Diskussion wird bereits im Bereich der Naturgesetze nach Begriffen wie Schuld oder Sühne geforscht. Gerechtigkeit ist ein Begriff, der nur auf dem Feld menschl-

⁷ Diese Geschichte soll der Sufi-Meister *Mullah Nasreddin* aus Anatolien (ca. 1200 n. Chr). als erster erzählt haben. *Johann Peter Hebel* greift sie im Schatzkästlein des Rheinischen Hausfreundes wieder auf.

⁸ Supreme Court Justice (USA) im Fall *Jacobellis vs. Ohio* (1964)

chen Zusammenlebens Sinn ergibt. Die Bibel sagt sehr richtig: » Die Sonne scheint über Gerechte und Ungerechte«. Die Natur kann nicht selbst Gegenstand der Frage sein. Auch die Technik ist schuldlos, denn im Falle Tschernobyl – wie in vielen anderen – gibt es nur menschliches und kein technisches Versagen, auch wenn man das Kernkraftwerk unter seiner neuen Betonhülle am Ende ins Gefängnis gesteckt hat. Heute befasst man sich mit solchen Auffassungen nicht mehr.

Sinnvoll ist hingegen die Frage, ob der Gerechtigkeitssinn als Teil der biologischen Ausstattung zur Natur des Menschen gehört: Leidet jemand geradezu unter einem körperlichen Fehler, wenn er keinen »natürlichen« Gerechtigkeitssinn besitzt? Ist Mord, Diebstahl oder Ehebruch nicht in allen Gesellschaften strafbar? Überall wo Menschen mit Menschen kommunizieren, kooperieren, und vor allem dort, wo gegenläufige Interessen frontal aufeinanderstoßen, reagieren sie sehr ähnlich wie Tiere, die ihre Reviere verteidigen: Sie drohen, sie verteidigen sich, sie greifen an. Ist das ein »natürliches« Verhalten, so dass die Rechtsregeln, die sich damit befassen, letztlich nichts anderes als Natur abbilden?

Allerdings sind Menschen immer ein Teil der Natur, aber sie unterscheiden sich von ihr dadurch, dass sie sich selbst beobachten, Selbstgespräche führen und Selbstmord begehen können. Den Steinen und Pflanzen ist das nicht möglich. Bei Affen hat man beobach-

tet, dass sie die Gefühle anderer genauso wie wir spiegeln können⁹. Aber ihre Konflikte lösen sie ausschließlich in hierarchischen Modellen und da sie sich selbst nicht beim Denken beobachten können, sehen sie nie über die einfachsten Zuschreibungen von Ursache und Wirkung hinaus. Alle Regeln, die wir erfinden, beruhen auf Fähigkeiten, die Natur selbst auch in ihren am höchsten entwickelten Tieren, zu denen nicht nur Affen, sondern auch Tintenfische und Delphine gehören, nicht entwickeln konnte, weil sie die oben skizzierten menschlichen Qualitäten nicht haben. Allerdings erwerben wir mit sehr wenigen Ausnahmen bereits in der frühen Kindheit die Fähigkeit, Gleiches und Ungleiches voneinander zu unterscheiden und aus der Verletzung solcher Unterschiede moralische Schlüsse zu ziehen, wie der Psychologe Jean Piaget nachgewiesen hat¹⁰. Gerade seine Forschungen beweisen aber auch, dass diese Fähigkeiten sich vom ersten Tag der Geburt an aus dem frühkindlichen Umgang mit Eltern, Geschwistern und anderen Kindern entwickeln. Sie werden sozial gelernt und sind nicht etwa genetisch vorprogrammiert. Irritationen des Gerechtigkeitssinns beruhen auf Störungen dieser Lernvorgänge. Da sie nicht allzu oft vorkommen, können die meisten von uns sich relativ einfach über die Begriffe einigen, mit denen wir Gerechtigkeit

⁹ Joachim Bauer: „Warum ich fühle, was Du fühlst - Intuitive Kommunikation und das Geheimnis der Spiegelneurone“ Hamburg, 9. Auflage 2006, insbesondere Seite 21 ff. Dort Hinweis auf u. a. Rizzolatti / Craighero / Fadiga „The mirror system in humans.“ in: „Mirror neurons and the evolution of brain and language“ (Stamenov / Gallese (Hrsg.)), Verlag: John Benjamins, Amsterdam 2003, Seite 37 - 59).

¹⁰ Jean Piaget, Das moralische Urteil beim Kinde, Rascher, 1932 (1954).

beschreiben wollen (auch wenn die Inhalte, die damit gemeint sind, sehr unterschiedlich sein können).

»Man behauptet, dass das Recht nicht in diesen Gebräuchen liege, sondern in den Gesetzen des Naturrechts wohne, das allen Ländern gemeinsam sei. Sicher würde man hartnäckig auf dieser Ansicht bestehen, wenn die Willkür des Zufalls, die die menschlichen Gesetze unter die Menschen säte, wenigstens eines getroffen hätte, dass allgemein gültig ist; der Scherz aber ist, dass sich die Menschen aus Laune so gründlich unterschieden haben, dass es keines gibt. Der Raub, die Blutschande, der Mord an Kindern und Eltern, alles hat seinen Ort unter den tugendhaften Handlungen.¹¹«. Wir sollten uns diese Erkenntnisse Pascals ins Gedächtnis rufen, wenn wir über Ehrenmorde in islamischen Familie nachdenken: Die Menschen, die solche Morde für zulässig halten haben keine Probleme, sie aus »natürlichen Gesetzen« zu entwickeln, wie wir unsere Ablehnung aus dem natürlichen Recht der Menschenwürde begründen könnten! Das Modell eines Naturrechts hilft aus solchen Zirkelschlüssen nicht hinaus.

Wer die Idee eines Naturrechts verwirft, versucht oft, wenigstens in einem Querschnitt der kulturellen Auffassungen die Grundlinien eines Gerechtigkeitsverständnisses aus der »Natur der Sache« zu entwickeln: »Natur der Sache ist die Losung aller derer, welche den schroffen Dualismus von Sein und sollen, von Wirklichkeit und Wert

¹¹ Blaise Pascal, *Pensées*, Lambert Schneider 1978 Fragment 298

zu mildern bemüht sind, welche die Vernunft in den Dingen suchen..«

¹².

Nur Religionen können Sein und das Sollen in der Vernunft Gottes zusammenzuführen¹³. Versuche in der Rechtsprechung, das mit rechtlichen Mitteln nachzukonstruieren, müssen scheitern: Überall findet man Zirkelschlüsse und hohle Stellen, die andere Urteile längst zu Fall gebracht hätten. Kurz: Jeder Versuch, innerhalb von Rechtssystemen aus diesen breiten Balken des Allgemeinverständlichen eine Naturrechtslehre ohne Gesetze zu zimmern, ist gescheitert: Gerechtigkeit ist kein Maßstab, der allen Menschen weltweit in allen raum – zeitlichen Lagen in einer bestimmten Form oder Qualität zur Verfügung steht, ganz so, als sei sie in der Natur zu finden wie ein seltenes Mineral.

Konflikte in sozialen Systemen

Tatsächlich ist die Gerechtigkeit ein Maßstab, der nur innerhalb unserer sozialen Beziehungen einen Sinn ergibt, wenn es darum geht, gegenläufige Interessen und/oder Machtdifferenzen gewaltfrei zu ordnen. Dabei soll es keine Willkür geben. Eine solche Ordnungsfunktion ist nicht erforderlich, wenn Menschen den Konflikten, die sie miteinander haben, durch andere Strategien ausweichen können. Eskimos,

¹² Gustav Radbruch: Die Natur der Sache als juristische Denkform, GA Band 3, Seite 229 – dort auch eine kurze Skizze zu Geschichte des Begriffs

¹³ Benedikt XVI, Die Ökologie des Menschen: Die großen Reden des Papstes, 2012, hier: Rede vor dem Deutschen Bundestag 22.09.2011

Tundravölker oder die frühen Jägerkulturen.¹⁴ reagierten auf diese Weise, so dass es im Sommer nie zu Konflikten kam, wohl aber im Winter, wenn sie in den Iglus oder Winterlagern zusammenrücken mussten.

Auch gibt es Bereiche unseres Lebens, in denen zwar Meinungsverschiedenheiten eine große Rolle spielen, in denen aber niemand erwartet, dass sie von einem Dritten geregelt werden müssten: Es beruht auf Zufall, ob jemand seine Begabung in der Kunst erkennen und umsetzen kann, die Reaktion der Märkte auf seine Leistungen sind willkürlich, der Suchscheinwerfer des Ruhms trifft oft den Falschen: Warum lesen wir heute noch Theodor Fontane, nicht aber Paul Heyse, der immerhin den Nobelpreis erhalten hat? Nur eine dunkle Unterführung auf dem Bahnhofsgelände in München ist nach ihm benannt. Niemand kann das kritisieren. Willkür hat in der Kunst ihren Platz. Jeder kann Musik oder Malerei so beurteilen, wie es ihm richtig erscheint, er kann das ganze Leben zur Plastik machen, die ganze Kunst für DaDa erklären, eine Speisekarte zu einem Kunstwerk erklären (Ferran Adrià, Documenta 2007) oder und einem Hund ein rosa-farbenes Bein anmalen (Documenta 2012).

Für die Religion gilt das gleiche, es gibt keine Glaubensinhalte, über die einem Menschen gegenüber einem anderen ein Urteil zustünde. Das wird oft vergessen, weil die ethischen Lehren der Religionen ihre sonstigen Inhalte (die ihr eigentliches Zentrum darstellen) allzu oft

¹⁴ Näheres ist dargestellt bei John Keegan, Die Kultur des Krieges, Rowohlt 1997; s.auch Uwe Wesel, Geschichte des Rechts – von den Frühformen bis zur Gegenwart – 2. Auflage CH Beck 2001.

überwuchern. Die Gerechtigkeit darf nicht von der Ästhetik des Zufalls bestimmt werden.

Sie ist ein Teil der ethischen und sozialen Regeln, auf die wir uns einigen, wenn wir Konflikte nicht der willkürlichen Entwicklung überlassen wollen. Unter welchen Umständen das der Fall ist, kann nicht abstrakt gesagt werden, weil die damit verbundenen Wertentscheidungen von unzähligen Rahmenbedingungen abhängen. Wie wird es in zweihundert Jahren aussehen? Wie entsteht der Maßstab der Gerechtigkeit und wo soll er gelten?

Das weltweit anerkannte Symbol der Justitia zeigt uns immerhin die Symbole dieser Maßstäbe: In der linken Hand hält sie die Waage, um die Ausgewogenheit des Ergebnisses festzustellen, in der Rechten das Schwert, um dieses Ergebnis durchzusetzen. Ihre Augen sind verbunden, weil sie gegenüber ihren eigenen Interessen blind sein muss – deshalb kann sie nur hören, wie die Beteiligten auf ihre Entscheidung reagieren. Sie braucht Stabilität in ihren eigenen Systemen und muss teilweise ignorant bleiben. Über die Qualität ihrer Entscheidung kann sie kein höheres Wissen haben als wir selbst. Wir können Urteile sprechen, aber wir werden nie wissen, ob wir damit die »Seele der Gerechtigkeit« erfasst haben. Welche Rahmenbedingungen müssen wir schaffen, dass die Gerechtigkeit eine Chance hat?

Die Suche danach zeigt uns auf den ersten Blick, wie sehr sie von Zeit, Raum, kulturellen Auffassungen, Ritualen und unzähligen anderen

Faktoren abhängen. Deshalb ist der Begriff unscharf und die Regeln der Gerechtigkeit haben keinen Ewigkeitswert: Noch vor 200 Jahren gab es weltweit eine völlig einheitliche Auffassung darüber, dass die Todesstrafe die richtige Reaktion auf bestimmte Taten sei und in vielen Ländern, die sonst hohe Anforderungen an die Menschenwürde stellen (z.B. die USA) ist das auch heute noch so. Parallel dazu haben sich ganz andere Auffassungen darüber entwickelt. Ich will im Folgenden wenigstens die Umriss des Begriffs im Bereich der Rechtssysteme, der Verteilung sozialer Güter und der politischen Willensbildung nachzeichnen. Auffällig ist dabei, wie inflationären der Begriff gebraucht wird. Vor allem in der politischen Auseinandersetzung wird nahezu jede Sicht der Dinge damit begründet, sei gerechter als irgendeine andere Sicht. Dies geschieht ausgerechnet auf dem Feld, auf dem man am wenigsten für Gerechtigkeit sorgen kann, weil der politische Wille einen viel breiteren Ermessensspielraum haben muss, als wir ihn bei der Verteilung sozialer Güter oder gar im Rechtssystem anwenden dürfen. Im Grunde dürfte man im Bereich der Politik gar nicht von Gerechtigkeit sprechen und trotzdem geschieht es. Irgendetwas muss diese drei Felder miteinander verbinden.

Recht Macht Gerechtigkeit – eine paradoxe Beziehung

Das Bindeglied zwischen diesen Bedeutungen bildet die *Macht*, also „jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel, worauf diese

Chance beruht.“ (*Max Weber*¹⁵). Wo immer über Gerechtigkeit gestritten wird, geht es um den Ausgleich von Interessen – und Machtdifferenzen, die mithilfe dieses Maßstabes in fairer Weise ausgeglichen werden sollen. Sie darf keine stählerne Messlatte, aber auch keine Fahne im Wind sein. Der Begriff muss Flexibilität und Stabilität gleichermaßen verwirklichen. Das kann nur gelingen, wenn Logik und Gefühl in festgelegten Verfahren aufeinander reagieren, damit jeder Einzelfall mit Standardmodulen wie Rechtssicherheit, Gleichheit, Fairness usw. in Beziehung gesetzt werden kann.

Die Macht hat zwei Gesichter: das Recht zeigt uns ihre Ordnungsfunktion, die Willkür ihre Zerstörungskraft. Wer wie Hammurapi¹⁶ oder Ashoka¹⁷ als Herrscher ein Gesetz öffentlich macht, bindet nicht nur die anderen, sondern auch sich selbst daran, sobald es ans Licht tritt. Er beschränkt seine Willkür. So entsteht das unvermeidbare Paradox, dass nur das Gesetz uns Freiheit (vor der Willkür) geben kann, wie Goethe einmal in Bezug auf Inhalt und Form künstlerischer Werke bemerkt hat. Wer asiatische Denkstrukturen (Yin/Yang) kennt, wird das ohne weiteres verstehen. In Europa denkt man anders: Jherings Slogan vom »Kampf ums Recht« entsteht auf dem Hintergrund eines antagonistischen Bildes, bei dem einmal die Macht und ein anderes Mal das Recht »gewinnt«. Tatsächlich ist es aber ein Null-

¹⁵ *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie* (1922), Mohr Siebeck Studienausgabe 5. Auflage 2002, § 16

¹⁶ Babylonischer König (1792-1750 v. Chr.) Codex Hammurapi

¹⁷ Indischer König (304-232 v. Chr.) Die Säulen des Ashoka

Summen-Spiel. Sehr früh erkennt die Macht, dass sie sich in das Gewand des Rechts kleiden kann, um ihre Willkür zu verstecken.

Die Gerechtigkeit ist der einzige Maßstab, den wir haben, um die Grenzen zwischen beiden zu erkennen. »Macht korrumpiert und absolute Macht korrumpiert absolut« (Lord Acton). Wer – wie der tugendhafte Robespierre – absolute Macht anstrebt, um absolute Werte durchzusetzen, wird zum Schlächter. Gelegentlich sind die Machtlinien allerdings schwer zu erkennen, denn im Militär nehmen sie völlig andere Formen an wie im Theater; im Bereich der sozialen Verteilung oder gar der politischen Willensbildung gibt es andere Verhältnisse als in Rechtssystemen.

An ihnen können wir allerdings die Grundprinzipien am klarsten erkennen: Ein Rechtssystem, das die Macht nicht in ein Verhältnis zur Gerechtigkeit setzen und damit jeden Absolutheitsanspruch verhindern will, ist weder akzeptabel noch funktionsfähig: » Man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen¹⁸«. Wie soll ein Gericht auf »ungerechte Gesetze« reagieren? Mit dieser Frage ist einer der tiefsten Konflikte angesprochen, dem kein Rechtssystem ausweichen kann: Ohne Gesetze als Maßstäbe kann es nicht funktionieren, aber wenn die Gesetze unfair sind oder sich gar gegen das System selbst richten, muss ein Richter die Möglichkeit haben, das Gesetz anders zu interpretieren als ge-

¹⁸ Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946,105 (107).

wohnt oder es ganz zu verwerfen. Im englischen Rechtssystem ist dieses Spannungsverhältnis besonders klar zu bemerken. Der Fall wird zunächst nach den gesetzlich festgelegten Regeln des *common law* beurteilt und wenn diese Entscheidung nicht fair erscheint, kann sie nach den Regeln der *equity* korrigiert werden. In Deutschland finden wir dieses System von Check and Balance nicht. Hier schwankte man immer zwischen verschiedenen Extremen. Man kann für die ersten Jahre des NS-Regimes wohl davon ausgehen, dass eine klar erkennbare Mehrheit der Deutschen die zwischen 1933 und den Kriegsbeginn aufgestellten willkürlichen Anordnungen – vor allem gegen die Juden – gebilligt hat. Sie haben sie als ausgewogen und gut betrachtet («Du bist nichts, dein Volk ist alles») und bezeichneten jede Abweichung vom »gesunden Volksempfinden« als rechtswidrig. So verschwanden die Interessen des Einzelnen insgesamt – eine offensichtliche Ungerechtigkeit. Nicht nur die Gesetze, sondern auch die Urteile wurden an dem seltsamen Maßstab des »gesunden Volksempfindens« bemessen. Das damals vorherrschende rechtspositivistische Denken konnte diese Entwicklung nicht steuern, im Gegenteil: Hans Kelsen¹⁹ hatte 1934 in seiner Reinen Rechtslehre gesagt: »Jeder beliebige Inhalt (kann) Recht sein«, also auch ein Rechtssatz, der sich gegen das Recht selbst richtet. Dahinter steht der berühmte Satz von Thomas Hobbes : »Auctoritas, non veritas facit legem« (Die Autorität und nicht die Wahrheit macht die Gesetze).

¹⁹ Reine Rechtslehre (1934) Studienausgabe Mohr Siebeck 2008

Dagegen ist nichts zu sagen, wenn man den Begriff der Gesetze nicht mit jenem der Gerechtigkeit gleichsetzt und die Vorstellung akzeptiert, dass es ungerechte Gesetze geben kann. Gesetze sind stets der Spielball politischer Interessen, die sich zwar – wie wir aus Erfahrung wissen – aus nahezu jeder Position auf die Gerechtigkeit berufen, sie aber gerade deshalb allzu oft verfehlen. Alle einseitigen Regeln, die auf rassistischen, religiösen oder sonstigen ideologischen Gründen basieren, verweigern sich der angemessenen Abwägung einzelner Interessen. Kelsen kam zu seiner Auffassung, weil ihm bewusst war, wie unterschiedlich die Wertvorstellungen in einzelnen Kulturen über Raum und Zeit stets gewesen sind. So entschied er sich für ein formales, aber sicheres Kriterium, um den Begriff überhaupt fixieren zu können. Die Tragik seines Lebens besteht darin, dass er auf der Basis seiner eigenen Theorien aus dem Land vertrieben worden ist.

Das entscheidende Paradox ist: Obwohl der Begriff Gerechtigkeit eine mehrheitliche Tendenz nachzeichnet, ist die Entscheidung im Einzelfall *nicht* mehrheitsfähig: Oft weiß nur eine Minderheit, was in der konkreten Situation wirklich gerecht ist. Deshalb rechtfertigt auch eine eindeutige Mehrheit für eine bestimmte gesetzliche Regel nicht ihren Inhalt, wenn er den Maßstäben für die Gerechtigkeit nicht standhält. Anders als in den vom römischen Recht geprägten Systemen spielt der Richter dabei eine viel größere Rolle. Nicht ohne Grund nennt man noch heute die höchsten Richter in den angelsächsischen Systemen »Justice«, um damit anzudeuten, sie selbst verkörpern die Gerechtigkeit. Und schon damals muss sich gezeigt haben,

dass man eine grundlegende Antinomie nicht harmonisch auflösen kann: Die Interessen des Einzelnen (Individualgerechtigkeit) werden sich nicht immer mit den Interessen der Gemeinschaft (Rechtssicherheit) koordinieren lassen.

Gewaltmonopole

Auf diesem Hintergrund wird sofort verständlich, warum die Gestalt, die die Gerechtigkeit annimmt, untrennbar mit der Ausgestaltung der Gewaltverteilung im Staat verbunden ist. Ein Staat ist im Grunde genommen erst dann voll funktionsfähig, wenn er ein rechtsstaatlich ausgebildetes *Gewaltmonopol* bilden konnte, das willkürliche physische und psychische Eingriffe in die Freiheit der Person wirksam verhindern kann. Die Idee dazu ist viel älter als die Staatsidee. Sie beginnt bereits bei den ersten Versuchen eines »Landfriedens«²⁰ und verkörpert sich jetzt in der Idee der Vereinten Nationen.

Auch die staatliche Einheit, die das Ziel hat, die Gewaltsansprüche einzelner Personen einzuschränken ist häufig das Ergebnis gewalttätiger Auseinandersetzungen. Nur selten kommen – wie etwa in der alten Eidgenossenschaft (1291) oder in der Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten (1776) – Kompromisse zu Stande, die zu einer Einheit führen. Die USA mussten fast 90 Jahre später durch einen fünfjährigen Bürgerkrieg, um ihre Einheit zu erhalten, Deutschland hat hunderte von Jahren (und nach dem zweiten Weltkrieg nochmals

²⁰ Erster Mainzer Reichslandfriede im Jahre 1103, danach weitere Bündnisse/Erlasse bis zum "Ewigen Landfrieden" 1495

40 Jahre) darauf warten müssen und nur durch Zufall die Einheit ohne Krieg gewonnen. Erst das Gewaltmonopol des Staates ermöglicht die Konstruktion eines unabhängigen Rechtssystems, das ohne seine Existenz immer wieder von den konkurrierenden Teilmächten zerrissen werden würde. Das gilt besonders für den Bereich der Vollstreckung, die durch Korruption vollständig wirkungslos gemacht werden kann. In zerfallenden Staaten²¹ zerbricht als erstes das Gewaltmonopol des Staates, die Warlords kehren zurück und wo es kein Rechtssystem mehr gibt, hat auch die Gerechtigkeit keine Chance. Diese zwangsläufige Entwicklung übersehen alle, die in anarchistischen Modellen dem Staats den Anspruch auf das Gewaltmonopol entreißen wollen.

Diese Ideen wachsen natürlich auf dem Hintergrund der Erfahrung, dass der Staat der gefährlichste Gewalttäter wird, wenn er nicht fähig ist, sich selbst und sein Handeln rechtsstaatlich zu beschränken. Durch ein funktionsfähiges Rechtssystem und vor allem eine anerkannte Verfassungsgerichtsbarkeit kann er dieser Gefahr entgegenwirken. Gleichwohl ist niemals ausgeschlossen, dass er in einem Ausnahmezustand zerfällt.

Politische Korrektheit

Gewalt ist der willkürliche Angriff gegen die physische und psychische Integrität von Menschen. Er kann nicht nur im Bereich der Folter sub-

²¹ Ingo Liebach, Die unilaterale humanitäre Intervention im "zerfallenen Staat"(failed state),Heymanns 2004, Bd 32 Schriftenreihe Völkerrecht

tile Formen annehmen. Auch latente Angriffe gegen die Meinungsfreiheit entwickeln ohne weiteres die Tendenz, Gedanken zu kontrollieren und Meinungsäußerungen jeder Art einschließlich wissenschaftlicher Bewertungen an den Maßstäben der politischen Korrektheit zu messen und sie zu verurteilen, wenn sie dem nicht entsprechen. In der Gutenberg-Galaxis, in dem die Botschaft sich oft genug im Medium erschöpft (Marshall McLuhan) können wir mit geringem Aufwand Menschen genauso an den Pranger stellen oder steinigen (shitstorm), wie dies im Mittelalter geschah. Diese älteren Formen werden allgemein verachtet, vor allem wenn sie in einigen kulturellen Umfeldern, wie dem Islam noch gebilligt werden, die modernen Methoden hingegen entwickeln ihre Wirksamkeit oft gerade dadurch, dass sie intellektuell bekämpft werden. Besonders Minderheiten nutzen diese Möglichkeiten, um Aufmerksamkeit zu erzwingen und wenn der Staat in vorgeschriebenen Sprachregelungen selbst an diesen Tendenzen teilnimmt, dehnte er sein Gewaltmonopol unmerklich in eine Grauzone aus, die zu einer massiven Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit führen kann. Wozu das führt, hat George Orwell im Jahr 1948 in einem Roman beschrieben, dem er den Titel *1984* gab. Er sah damals das stalinistische Russland vor sich, nicht aber die Zeit des Kalten Krieges, in der sich die ersten Formen politischer Denkverbote entwickelten und schon gar nicht moderne westliche Staaten, die trotz aller institutionell gesicherten Freiheitsrechte keine Möglichkeit finden, Denkverbote und Gesinnungsterror zu verhindern.

Ein Blick zurück

In den frühesten Anfängen (vor etwa 35.000 Jahren), in denen Gruppen von Menschen versuchten, ihre Konflikte nicht mit Gewalt, sondern durch eine friedlich getroffene Entscheidung zu beenden, in einer Zeit vor der Erfindung der Schrift (vor etwa 7000 Jahren), in einer Zeit, in der es noch keine verfestigten Regeln für Ansprüche, Argumente oder Verfahren geben konnte, musste die Autorität eines einzelnen erfahrenen Menschen Frieden stiften – oder scheitern.

Versuchen wir diese Situation vorzustellen. Eine Gruppe von Jägern und Sammlerinnen lebt in den Höhlensystemen von Lascaux in Südfrankreich. Sie haben neben der Arbeit Zeit genug, Wandbilder zu malen, kleine Kunstgegenstände und Nadeln aus Elfenbein herzustellen, sich zu schmücken und abends am Lagerfeuer die Geschichten der Vorfahren zu erzählen. Sie kennen kein Gesetz, keinen Richter, keinen Text, keine Begriffe. Wie reagieren die Menschen in den frühesten Zeiten auf politische Ideen, wie pflegen sie ihre Alten, wie regeln sie ihre Konflikte? »Das Recht kommt von der Gerechtigkeit, gleichsam wie von seiner Mutter; also war die Gerechtigkeit vor dem Recht²²« - das ist eine naheliegende Überlegung, die aber - wie die Diskussion über das Naturrecht zeigt - nicht richtig ist. Ethnologische

²² Glosse zu Ulpian 1. 1 pr. Digesten

Forschungen²³ zeigen uns, dass zwei Faktoren die entscheidende Rolle spielen: Hierarchien und Kommunikation. In egalitären Gesellschaften sind es alte Leute, Schamanen oder der fähigste Jäger, deren besondere Fähigkeiten in all diesen Fragen angesprochen und deren Entscheidungen akzeptiert werden. In manchen Gesellschaften verfestigen sich solche Hierarchien, wie wir es vor allem in Asien beobachten, in anderen werden sie ständig kommunikativ hinterfragt – dort entwickeln sich Demokratien. Eine der tragenden Säulen ist das Prinzip von Check and Balance: es besagt, dass jedem Anstoß, den ein Beteiligter gibt, eine Reaktionsmöglichkeit für andere gegenüberstehen muss, weil sich nur so im Hin-und Herwogen der Machtlinien Strukturen herausbilden können, in denen jeder sich repräsentiert sieht. Fehlt es daran, entwickeln sich einseitige Machtverteilungen, die nur schwer oder nur mit revolutionären Mitteln verändert werden können.

Das Gespräch aller Beteiligten miteinander, bestimmte Rituale usw. sorgen dafür, dass die endlich gefundene Lösung von allen Beteiligten als »gerade und richtig« und damit auch als ausgewogen und gut – also als fair – *empfunden* und damit auch dann akzeptiert wird, wenn jeder nicht das bekommt, was er sich ursprünglich gewünscht hat. Es wird kein Urteil gesprochen, es entsteht kein Dokument, die Lösung ist morgen vergessen und muss bei jedem neuen Konflikt wieder gefunden werden – im Lauf der Zeit wird sie durch Erzählungen gesi-

²³ John Keegan, Die Kultur des Krieges, Rowohlt 1997 ; Uwe Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, Suhrkamp 1985 Seite 34 ff; Roman Herzog Staaten der Frühzeit CH Beck 1988

chert, an Beispielen befestigt, in Sprichworten überliefert und so entstehen im Laufe der Jahrtausende stabile Verfahren, die Entscheidungen ermöglichen, die die Machtverteilung regeln.

Man braucht kein ausdifferenziertes Rechtssystem, um aus den einfachsten Formen des Gebens und Nehmens all diese Wirkungen abzuleiten- so unterschiedlich diese Erscheinungsformen sein mögen, so werden sie doch im Kern durch den Tausch gekennzeichnet. *Marcel Mauss* bezeichnet dieses System als Austausch von »Gaben« und die neuere ethnologische Forschung weist es in den unterschiedlichsten frühen und vorstaatlichen Gesellschaften nach.

Dem sind – teilweise oben erwähnte – Forschungsprojekte auf den unterschiedlichsten Gebieten gefolgt, die die Bedeutung des Austausches in den modernen Gesellschaften nachweisen. In den asiatischen Kulturen betrachtet man die Ausgewogenheit der Dinge (yin und yang) nicht nur als ästhetische, sondern auch als politische Kategorie. Dahinter steckt die instinktive Suche nach dem menschlichen Maß und gleichzeitig die Gefahr des Mittelmaßes.

Dabei zeigt sich: Es ist ein Prinzip, das gleichzeitig von Anfang an und unbedingt die Begrenzung von Macht, vor allem die Grenzziehung zur Willkür zum Ziel hat. Für die Verteilung der Macht ist es entscheidend, von wem die Initiative ausgeht, wer die *Vorleistung* erbringt. Wer die Vorleistung trägt, übernimmt damit das Risiko, selbst keine Gegenleistung zu erhalten, aber er festigt seine eigene Position gerade dann, wenn das nicht geschieht: der Regelbruch des anderen ist für jeden, der den Vorgang kennt, offensichtlich, die soziale Akzep-

tanz dessen, der nur nimmt, aber nicht gibt, sinkt und so können unbegrenzte und unangemessene Vorleistungen ihrerseits zu Machtmitteln werden: bei den großen Potlach-Festen der nordamerikanischen Indianer verschenken wohlhabende Stammesmitglieder wesentliche Teile ihres Vermögens oder vernichten es sogar vor aller Augen, um damit zu demonstrieren, dass sie auf Gegenleistungen der anderen nicht angewiesen sind. Und genau das ist gleichzeitig die stärkste und überzeugendste Machtposition, die sie sichtbar machen können.

Die ältesten Gesetze

Die wesentlichen Grundzüge unserer modernen Rechtssysteme dürften über 10.000 Jahre alt sein, denn ihre Erfassung in der Schrift setzt voraus, dass sie vorher schon viele Generationen lang gepflegt worden sind. Die Erfindung der Schrift, die die mündlichen Traditionen ablöst, hat die bis dahin bestehenden Verfahren qualitativ auf ein neues Niveau gehoben²⁴. Vor etwa 7000 - 9000 Jahren wird sie (möglicherweise im Donaudelta) erfunden und um 2000 v. Chr. finden wir erstmals Gesetze auf Steinsäulen gemeißelt, um die Texte und damit die Einheitlichkeit der Urteile zu sichern

Wir können diese Entwicklung an drei historischen Meilenstein gut sichtbar machen:

- zwischen etwa 2201 und 1750 v. Chr. ließen die mesopotamischen Könige *Ur-Nammu*, *Lipit-Istar* und *Hammurapi* erstmals die von ihnen

²⁴ Harald Haarmann, *Geschichte der Schrift*. München: C.H. Beck, 3. Aufl. 2007

erlassenen Gesetze in Stelen meißeln, damit sie unvergänglich für jeden lesbar seien.

- 450 v. Chr. wurden in *Rom* 12 hölzerne Tafeln auf dem Forum errichtet, die maßgebende gesetzliche Grundlagen enthielten, es folgen fast zeitgleich zwischen 400 v. Chr. und 500 v. Chr. die großen Texte der Griechen (Aristoteles, Plato) und das Zwölftafelgesetz der Römer, vermutlich unabhängig davon (etwa 350 v. Chr.)

- Unter dem indischen König *Ashoka* (304-232 v. Chr.), der sich vom kriegerischen Eroberer zum friedlichen Herrscher wandelte, wurden zahlreiche Gesetze im ganzen Land auf mehreren tausend Säulen niedergeschrieben und damit publik gemacht.

Hier einige Auszüge aus den Gesetzen des Hammurapi:

»(Strafrecht) § 200: Angenommen, ein Mann hat einem anderen ihm gleichstehenden Mann einen Zahn ausgeschlagen, so wird man ihm einen Zahn ausschlagen.

(Gesellschaftsrecht) § 99: Angenommen, ein Mann hat einem anderen Geld zu gemeinschaftlichen Geschäften gegeben, so werden sie den entstandenen Gewinn oder Verlust vor einem Gott zu gleichen Teilen teilen.

(Vertragsrecht) § 122: Angenommen, ein Mann will einem anderen Silber, Gold oder irgendetwas (anderes) zur Aufbewahrung geben, so wird er alles, was er geben will, Zeugen zeigen, einen (schriftlichen) Vertrag abschließen und (es dann) zur Aufbewahrung (über) geben.

(Erbrecht) § 191: Angenommen, ein Mann hat ein minderjähriges Kind, das er an Kindes statt angenommen und aufgezogen hatte – dann hat er sich ein Haus gebaut und Kinder bekommen – sich vorgenommen, das Ziehkind

zu verstoßen, so wird jenes Kind nicht leer ausgehen. Sein Ziehvater wird ihm von seinem Besitz ein Drittel seiner Erbschaft geben und es wird gehen. Von dem Felde, Garten oder Haus braucht er ihm nichts zu geben.²⁵

(Schadensersatz) § 55: Angenommen, ein Mann hat seinen Graben zur Bewässerung geöffnet, hat aber seine Hände in den Schoß gelegt und so verursacht, dass das Feld seines Nachbarn vom Wasser fortgerissen wurde, so wird er seinen Nachbarn entsprechend Getreide zumessen.

(Arbeitsrecht) § 258 Angenommen, ein Mann hat einen Rinderknecht gemietet, so wird er ihm jährlich sechs Einheiten Getreide geben.

(Beweislast) § 10: Angenommen, der Käufer hat den Verkäufer und die Zeugen, vor denen er eine Sache gekauft hat, nicht herbei gebracht, der Eigentümer einer verlorenen Sache aber hat die Zeugen, die diese Sache kennen, so gilt der Käufer als Dieb.«

Etwa 1600 Jahre später erlässt Ashoka seine Edikte mit dem Anspruch, alle Teile des sozialen Lebens zu regeln. Die Spannweite reicht von der Religion bis zum Umweltschutz²⁶:

Strafrecht

»Es ist mein Bestreben, dass Gesetze und Bestrafungen einheitlich sein sollen. Ich gehe auch so weit, jenen die zum Tode verurteilt wurden einen dreitägigen Aufenthalt im Gefängnis zu erlauben. Während dieser Zeit können ihre Verwandten um eine Begnadigung ansuchen. Wenn niemand da ist um das Leben des Gefangenen zu bitten, darf der Gefangene Schenkungen tätigen um gute Verdienste für die nächste Welt zu sammeln oder fasten.“

„Während der sechszwanzig Jahre seit meiner Krönung, haben Gefangene zu fünfundzwanzig Gelegenheiten Amnestien erhalten.“

²⁵ www.edition-alpha-et-omega.de/hammurapi2.htm

²⁶ cit. n. wikipedia "Edikte des Ashoka"

Respekt für alle Lebewesen

„Hier (in meinem Reich) dürfen keine Lebewesen getötet oder als Opfer dargebracht werden.“

„Sechszwanzig Jahre nach meiner Krönung werden einige Tiere unter Schutz gestellt - Papageien, wilde Gänse und Enten, Fledermäuse, Ameisenköniginnen, Schildkröten, Fische, Porcupine (ein Nagetier), Eichhörnchen, Rehe, Rinder, wilde und Haus-Tauben, alle vierfüßigen Tiere, die weder nützlich noch essbar sind. Die Ziegen, Schafe und Säue, die Junge haben oder Jungen Milch geben, sind geschützt, wie auch die Jungen, wenn sie jünger als sechs Monate sind. Hähne dürfen nicht kastriert werden, Unterholz, in dem Tiere sich verbergen, darf nicht verbrannt werden und Wälder dürfen weder ohne Grund, noch um Lebewesen zu töten abgebrannt werden. Ein Tier darf nicht an ein anderes verfüttert werden.“

Gesundheitswesen

„Überall im Reich des Königs Piyadasi, und bei den Völkern jenseits der Grenzen, den Chola, den Pandya, den Satiyaputra, den Keralaputra, bis nach Tamraparni und wo der griechische König Antiochos herrscht, und unter den Königen die Nachbarn des Antiochos sind, überall hat Piyadasi Vorkehrungen für zwei Arten der medizinischen Behandlung getroffen: medizinische Versorgung von Menschen und medizinische Versorgung von Tieren. Wo medizinische Kräuter zur Behandlung von Menschen oder Tieren nicht vorhanden waren, habe ich sie eingeführt und pflanzen lassen.“

Straßennetz

„Entlang der Straßen habe ich Banyan-Bäume pflanzen lassen, damit sie den Menschen und Tieren Schatten spenden, und ich habe Mango-Haine pflanzen lassen. Im Abstand von acht Krosa ließ ich Brunnen graben und Rasthäuser bauen, und an verschiedenen Orten habe ich Wasserstellen für Menschen und Tiere einrichten lassen. Aber das sind nur kleine Errungen-

schaften. Solche Dinge wurden bereits früher von Königen getan um Menschen glücklich zu machen. Ich habe sie zu dem Zweck getan, damit die Menschen das Dharma praktizieren.“

Religiöse Toleranz

„Alle Religionen sollten überall verbreitet sein, denn sie alle streben nach Selbstkontrolle und der Reinheit des Herzens.“

„Kontakte [zwischen den Religionen] sind gut. Man sollte den Grundsätzen anderer zuhören und sie respektieren. König Piyadasi wünscht, dass jeder gut in den Grundsätzen anderer Religionen geschult sein soll.“

Religiöse Inhalte

„Piyadasi, König von Magadha, begrüßt die Sangha und wünscht ihnen Gesundheit und Glück und spricht: Ihr wisst, Verehrte, wie groß mein Glauben in den Buddha, das Dharma und die Sangha ist. Was immer, Verehrte, der Buddha gesprochen hat, ist alles recht gesprochen.“

„Diese Texte des Dharma - Auszüge aus den Regeln der Disziplin, über den rechten Weg des Lebens und die Furcht des Kommenden, das Gedicht über den schweigenden Weisen, der Diskurs über das Reine Leben, die Fragen des Upatissa und die Unterweisung des Buddha an (seinen Sohn) Rahula über die falsche Rede - diese Dharma-Texte, Verehrte, wünsche ich von allen Mönchen und Nonnen gelesen und erinnert zu werden. Ebenso von den Laien.“

Kreislauf der Wiedergeburten

„Man gewinnt in dieser Welt und erlangt große Verdienste für die nächste durch das Weitergeben des Geschenks des Dharma.“

„Glück in dieser Welt und der nächsten ist schwer zu erlangen ohne die Hingabe an das Dharma, viel Selbstbetrachtung, viel Respekt, viel Furcht (vor dem Bösen) und großem Enthusiasmus.“

Gesandte des Dharma

„In der Vergangenheit gab es keine Dharma Mahamatras, aber solche Gesandte wurden von mir dreizehn Jahre nach meiner Krönung benannt. Nun arbeiten sie unter allen Religionen, um das Dharma bekannt zu machen und für das Wohlergehen und das Glück all jener die Zuflucht zum Dharma nehmen. Sie arbeiten unter den Griechen, den Kamboja, den Gandhaern, den Rastrika, den Pitinika und anderen Völkern an den westlichen Grenzen. Sie arbeiten unter Soldaten, Fürsten, Brahmanas, den Besitzenden, den Armen, den Alten und jenen die das Dharma praktizieren - zu deren Wohlergehen und Glück - damit sie frei seien von Leid.“

Der entscheidende Schritt ist die *Veröffentlichung* der Regeln, die es dem Einzelnen erlauben, sich darauf nicht nur gegenüber den Beamten des Herrschers, sondern auch ihm selbst gegenüber zu berufen, denn er war es, der das Recht so beschrieben hat, wie es jetzt genutzt werden soll. Gesetzliche Vorschriften, die öffentlich bekannt sind, engen die Macht auch dort ein, wo sie ursprünglich vielleicht nur begründen wollten. Oft wird ein Recht oder eine Pflicht bestritten, aber schon die Diskussion darüber ist etwas anderes als eine gewaltsame Auseinandersetzung und wird damit für eine Eingrenzung der Willkür sorgen, nach der die Macht typischerweise drängt. So entsteht in den modernen Rechtsfunktionen sichtbar die Doppelfunktion des Rechts: Es verleiht der Macht Statik aber ist gleichzeitig » Kritik der Macht« (*Peter Noll*).

Aus diesen Traditionen werden etwa um 100 v. Chr. in Rom die Grundzüge eines Rechtssystems entwickelt, die auch heute noch die Basis unseres gesamten modernen Rechts darstellen. Es folgen die Texte des Alten Testaments und im Norden Europas entwickeln sich die ungeschriebenen Gesetze der Germanen, die sich im angelsächsischen Recht (Common Law) gegen die römischen Systeme (Civil Law) durchsetzen. Vieles von dem, was wir heute weltweit als rechtliche Werkzeuge benutzen, war damals schon in wesentlichen Grundzügen vorhanden. Die so veröffentlichten Regeln haben mit der Systematik heutiger Gesetze nichts zu tun. Sie erfassen aber schon viele Fälle, die auch heute noch geregelt werden müssen, wie etwa die Pflicht, vor Gericht zu erscheinen: *»wenn einer sich weigert oder flieht, muss man ihn festnehmen. Wenn er krank ist und nicht gehen kann, bekommt er eine Sänfte. Ein Regendach muss sie aber nicht haben«* (Zwölf Tafel Gesetz, Tafel I, Prozessregeln).

Schon diese kurzen Auszüge zeigen, auf welchem hohem theoretischen Niveau man schon vor mehr als 3000 Jahren Interessen, Chancen und Risiken verteilt hat. Wir stehen nicht so weit von diesen alten Überlieferungen entfernt, als wir zu denken geneigt sind. Allerdings haben wir uns von der Magie der Schrift abgelöst. In der jüdischen und der islamischen Tradition wird die Schriftrolle selbst als Teil der heiligen Botschaft verstanden, auch soweit sie Rechtsregeln enthält. Der Text und damit die wörtliche Auslegung genießen absoluten Vorrang, es handelt sich um Zauberworte, die wortgetreu gesprochen werden

müssen, um Wirkung zu entfalten. In unseren Eidesformeln haben solche Ansichten sich bis heute erhalten, aber sie können nicht mehr die Grundlage moderner Rechtssysteme sein.

Die Entstehung der Rechtssysteme

Wir sehen also: Die Gerechtigkeit ist nicht um 600 v. Chr. in der griechischen Demokratie »erfunden« worden und sie ist nicht an das Bestehen einer Demokratie gebunden: Eine Kodifikation wie das Preußische Allgemeine Landrecht (1792) erfüllt eine Vielzahl der Anforderungen, die der Katalog der Regeln und Inhalte aufstellt. Man befand sich damals in einem Rechtsstaat, aber nicht in einer Demokratie. »Wieviel« Demokratie wir brauchen, um Gerechtigkeit wirksam entstehen zu lassen, wird man nicht abstrakt beschreiben können. Seit wir schriftliche Zeugnisse über die Wertvorstellungen von Menschen haben, finden wir den Begriff, der offensichtlich einen Zustand beschreiben soll, der nicht einfach in unserem sozialen Leben aufgefunden werden kann, sondern eine kulturelle Errungenschaft darstellt. Wie ist sie entstanden²⁷ und welchen Inhalt hat der Begriff Gerechtigkeit über die Jahrtausende erlangt?

Jean-Jacques Rousseau hat 1762 diese Entwicklung intuitiv richtig in seinem Begriff contract social zusammengefasst und das ist der erste der unzähligen Verträge, die im Idealfall »hinter dem Schleier des Nichtwissens« abgeschlossen werden müssen, um der Gerechtigkeit

²⁷Paolo Prodi, Eine Geschichte der Gerechtigkeit: Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat, C.H.Beck, 2. Aufl 2005

eine Chance zu geben. Immer wieder ist gegen diese Vorstellung das Argument laut geworden, dass die Menschen sich bei ihren Vereinbarungen über politische und andere soziale Entscheidungen zu keiner Zeit bewusst seien, dass sie mit ihren Vereinbarungen »Verträge« abschließen. Wir können aber schon lange bevor es die Schrift gab, nachweisen, dass die Menschen sich gegenseitig zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen verpflichtet haben, dass immer dem Prinzip des Gebens und Nehmens als eines Grundgesetzes des sozialen Zusammenlebens folgen muss²⁸. Die Dokumentation dieser Vorgänge ist nur eine untergeordnete Beweisfrage. Bei den meisten dieser Vereinbarungen konnte man nicht vorhersehen, ob sie sich für oder gegen die einzelnen Vertragsparteien richten würden. Man sieht das deutlich bei den ersten Zusammenschlüssen Schweizer Kantone (Bundesbriefe²⁹), die ab 1291 nachweisbar sind oder auch bei dem Vertrag unter den Pilgervätern, die mit der Mayflower die erste nachhaltige Besiedlung von neu England zuwege brachten (Mayflower Compact³⁰). Von dort wollten sie noch freiere Welten finden³¹:

».....Nach der Gott zum Ruhme und zur Förderung des christlichen Glaubens sowie der Ehre unseres Königs und Landes durchgeführten Fahrt, um die erste Kolonie in den nördlichen Gegenden Virginias zu

²⁸ Marcel Mauss, Claude Levi-Strauss u.a., eine jüngere Zusammenfassung gibt Maurice Godelier, *Das Rätsel der Gabe*, CH Beck 1999.

²⁹ <http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesbriefe>

³⁰ Abgeschlossen am 21.11.1620 in Provincetown, Cape Cod

³¹ cit.n. : Wikipedia "Mayflower Vertrag", dort auch der Originaltext

gründen; verpflichten wir uns durch diese Anwesenden feierlich und wechselseitig vor Gott und voreinander, und vereinigen uns gemeinsam in einer bürgerlich geordneten Gesellschaft; mit dem Zweck, uns besser zu organisieren, zu schützen und die vorgenannten Ziele zu fördern; und vermöge hieraus solch gerechte und gleiche Gesetze, Verordnungen, Erlasse, Verfassungen und Ämter zu verabschieden, begründen und abzufassen, dies von Zeit zu Zeit, so wie es am angemessensten und günstigsten für das Gemeinwohl der Kolonie scheint: hierunter versprechen wir uns pflichtgemäß zu unterwerfen und zu gehorchen.....«

Die Pilgerväter wussten, dass frühere Versuche an mangelnder Führung und Einigkeit der Siedler gescheitert waren. Die Kolonie war zwar außenpolitisch englisches Hoheitsgebiet, aber der Arm des Königs, seine Truppen und Gerichte waren nicht vorhanden. Sie standen nur auf dem Papier. Also musste eine besondere Bindung erreicht werden, die es gestattete, diese fehlenden Institutionen zu ersetzen. An der Formulierung dieses Textes hat kein Jurist mitgewirkt und doch enthält er alle Schlüsselbegriffe, die wir in den rechtlichen Theorien dazu benötigen: Die Körperschaft soll Probleme lösen und den Bestand sichern helfen, soll Gesetze geben, die gleich und gerecht sind und stabile Strukturen, die dem Wohl aller dienen, die sich ihrerseits verpflichten, Gehorsam zu leisten – also vor allem, den Ämtern das Gewaltmonopol zu überlassen. Die Traditionen, die hinter jedem einzelnen dieser Begriffe stehen, kann man mit Händen greifen, es waren gelebte Traditionen und also Erfahrungen, deren Wert jeder

verstand und zu deren Umsetzung er etwas beitragen konnte. Dazu gehörte es vor allem, die Macht in den Händen weniger zu konzentrieren, denen die anderen gehorchen sollten. Am Anfang wurden nur zwei Posten besetzt: der Cordsamtweber William Bradford wurde Gouverneur der Kolonie Plymouth und der Berufsoffizier Miles Standish ihr Militärchef. Seine erste Amtshandlung bestand daraus, die ersten Hütten mit Befestigungen zu versehen und die männlichen Kolonisten täglich exerzieren zu lassen. Sie mussten sich jährlich der Wiederwahl stellen.

Auch das Rechtssystem wurde mit großer Schnelligkeit umgesetzt. Knapp 50 Jahre später wird dem (getauften) Indianerhäuptling Tobias und zwei anderen der Mord an dem Dolmetscher Sassamon vorgeworfen, den sie für einen Verräter hielten. Er wurde nicht gleich am nächsten Baum aufgehängt, sondern förmlich von acht Berufsrichtern und 18 Geschworenen zum Tode verurteilt, darunter sechs (getauften) Indianern³².

Die Schnelligkeit dieser Entwicklung zeigt, dass alle Beteiligten an tiefes Vorwissen anknüpfen konnten, auf das sie sich für ihr System und ihre Entscheidungen stützen konnten. Dieses Wissen kann jederzeit verloren gehen oder es kann nicht praktisch umgesetzt werden, weil das Gewaltmonopol des Staates nicht durchsetzbar ist: Während der Besiedlung des unendlichen Westens wurde die Ordnung nur durch »Regulatoren« aufrechterhalten, besoldete Killer, die im damals noch wilden Westen ihr Unwesen trieben, bis endlich Sheriffs

³² Nathaniel Philbrick Mayflower, Blessing 2006 S. 251

und reisende Richter für Ordnung sorgen konnten. So hat sich in dem Zeitraum bis zur Verabschiedung der amerikanischen Verfassung wieder ein Regelwerk eingestellt, das durch die Verfassung selbst als Vertrag festgeschrieben worden ist.

Wenn wir heute vom *contrat social* sprechen, stützen wir uns die Kenntnis solche Entwicklungen und Jahrtausende alte Traditionen die durch ständig wiederholte Rituale im öffentlichen Bewusstsein verankert sind. Dazu gehören vor allem – jedenfalls in der repräsentativen Demokratie – die politischen Wahlen. Wer an ihnen teilnimmt, bestätigt damit seine Zustimmung zu dem System, unter dem gewählt wird. Dem Angebot, wählen zu dürfen, folgt die Annahme durch die Ausübung des Wahlrechts oder die Entscheidung, daran nicht teilzunehmen. Die gewählten Repräsentanten beschließen dann die Gesetze, die jedermann binden, der der Staatsgewalt unterworfen ist. Dieses System kann jedenfalls für den Regelfall die Verabschiedung von Einzelfallgesetzen verhindern und kommt im Bereich der Gesetzgebung damit dem Modell sehr nahe, dass gerechte Entscheidungen »hinter dem Schleier des Nichtwissens« getroffen werden müssen. Im Bereich der Rechtsprechung sorgen die Befangenheitsvorschriften dafür, im Bereich der Verwaltung die öffentliche Kontrolle durch die Parlamente.

Schuld , Sühne und freier Wille

In den frühesten Rechtsordnungen hat man in erster Linie nach dem Verursacher einer störenden Handlung gefragt und ihn zum Schadensersatz verpflichtet oder bestraft, wenn Tat und Verursachung nachgewiesen worden sind. In vielen Fällen genügte auch einfach die »Nähe zur Tat«, die eine Verurteilung rechtfertigen konnte. Kriterien wie Vorsatz, Fahrlässigkeit, Anstiftung oder Beihilfe gab es nicht, die Strafmaße waren sehr grob (Talionsprinzip: Auge um Auge, Zahn um Zahn). Im Lauf der Jahrhunderte, spätestens seit der Aufklärung, wurden die Maßstäbe sehr viel differenzierter. Man richtete den Blick auf die »innere Tatseite« und knüpfte in erster Linie an die persönliche Schuld an, auch wenn hier und da Tatbestände der Gefährdungshaftung stehen geblieben sind (so etwa bei Verkehrsunfällen, bei der Produkthaftung, im Umweltschutz et cetera). Der freie Wille und die persönliche Verantwortung waren für die Beurteilung der Schuld entscheidend.

Neurobiologische Entdeckungen in den letzten Jahren stellten dieses Konzept infrage. *Gerhard Roth*, *Wolf Singer* und *Wolfgang Prinz* hatten intensive eigene Forschungsarbeiten an ein Experiment angeknüpft, das *Benjamin Libet* 1979 unternommen hatte, um Experimente von *Kornhuber* und *Deeke* (1965) zu überprüfen. Dabei hatte sich herausgestellt, dass bestimmte Gehirnregionen, die aktiv sein müssen, wenn man eine bestimmte Handlung vornehmen will (hier: Das Bewegen eines Fingers), Bruchteile von Sekunden früher aktiv waren, als den Menschen dies bewusst ist. Daraus schien sich die

Folgerung zu ergeben, dass wir von unserem Gehirn gesteuert werden, und nicht - wie wir dies naiverweise erleben - unsere Handlungen frei auswählen können. Auch *Jürgen Habermas* hat sich 2004 in seiner Rede zum „*Kyoto - Preis*“ zu der Debatte geäußert und wirft *Libet* und anderen Neurobiologen „*reduktionistische Forschungsstrategien*“ vor. (*Niklas Luhmann* hätte ihm wohl widersprochen.)

Ein Exkurs in *Gerhard Roths* Buch „*Fühlen, Denken, Handeln*“ (2003) befasste sich mit den rechtlichen Auswirkungen dieser Forschungsergebnisse. Da alle modernen Rechtssysteme an die Konzeption des freien Willens anknüpfen und davon ausgehen, dass der Mensch seine Handlungen bewusst steuern kann, bricht dieses Konzept zusammen, wenn es keinen freien Willen gibt.

Die Rechtswissenschaft reagierte auf breiter Front³³ und vielleicht ein bisschen vorschnell, denn einige Jahre später erschütterten neue Forschungsergebnisse in der Neurobiologie die ersten Interpretationen.

Ein Forschungsteam um *Giacomo Rizzolatti*, dem Chef des Physiologischen Instituts der Universität Parma hat in den Jahren 1992 - 2003

³³Eine Übersicht über diese grundsätzliche und in der Strafrechtswissenschaft auch in anderen Zusammenhängen intensiv diskutierte Frage, gibt *Lenckner* in *Schönke / Schröder: Kommentar zum Strafgesetzbuch* 27. Auflage, 2006, RN 107 ff. In Reaktion auf *Gunnar Spilgies* Buch „*Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht. Über die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts*“ (2004) hat sich eine heftige Diskussion mit *Kudlich* (HRRS 2004, 217 ff / HRRS 2005, 43 ff / HRRS 2005, 51 f) entwickelt. Eine Zusammenfassung des jüngsten Streitstandes unter Berücksichtigung der bisherigen strafrechtlichen Modelle gibt *Tonio Walter* in: „*Hirnforschung und Schuld begriff - Rückschau und Zwischenbilanz*“ in: „*Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*“ (2006) Seite 131 - 144.

Neues herausgefunden, über das uns *Joachim Bauer*, Internist, Psychiater und Prof. für Psychoneuroimmunologie in seinem jüngsten Buch berichtet ³⁴. *Rizzolatti* untersuchte Nervenzellen, um herauszufinden, welche Zellen genau für die Steuerung einzelner Handlungen (z. B. das Greifen) verantwortlich sind. Er ließ einen Affen nach einer Erdnuss greifen und konnte diese Zellen herausfinden. Wenn die Erdnuss fehlte oder wenn es keine Chance gab zuzugreifen, feuerten die zuständigen Neuronen nicht. Verschiedene Varianten dieses Experiments zeigten, dass die Identifizierung gelungen war. Eine ganz neue Erkenntnis drängte sich bei einer dieser Variationen auf: Man ließ den Affen beobachten, wie ein anderer nach der Nuss greift, eine Situation, in der der Affe selbst keinerlei Handlungen plant oder durchführt. Erstaunlicherweise feuerten auch in diesem Fall die Neuronen, sie „spiegelten“ den Vorgang. Damit waren die Spiegelneuronen identifiziert, also „*Nervenzellen der sensiblen Hirnrinde, die die Vorstellung von Empfindungen gespeichert haben.*“ ³⁵.

Rizzolattis Experimente legen die Vermutung nahe, dass es zwischen Denken und Handeln noch eine Zwischenphase gibt, in der wir von unseren unterbewussten Strömungen, den Gedanken, unseren Gefühlen, dem sozialen Druck, kurzfristig wechselnden Informationen

³⁴ *Joachim Bauer*: „*Warum ich fühle, was Du fühlst - Intuitive Kommunikation und das Geheimnis der Spiegelneurone*“ Hamburg, 9. Auflage 2006, insbesondere Seite 21 ff. Dort Hinweis auf u. a. *Rizzolatti / Craighero / Fadiga* „*The mirror system in humans.*“ in: „*Mirror neurons and the evolution of brain and language*“ (*Stamenov / Gallese* (Hrsg.), Verlag: John Benjamins, Amsterdam 2003, Seite 37 - 59).

Siehe auch: www.infonautik.de/rizzolatti.htm

³⁵ *J. Bauer* a. a. O. Seite 44

aus der Umwelt und Phantasien über die Absichten anderer hin und her gezogen werden wie durch ein Rudel Schlittenhunde kurz vor dem Start, wenn noch keiner weiß, in welche Richtung es gehen soll³⁶. Oder um ein anderes Bild zu gebrauchen: wir stehen vor einem großen Buffet, um das sich viele Menschen drängen, wir spüren dem Zeitdruck, wir wissen, dass bald die besten Sachen abgeräumt sind, wir wollen aber dem Nachttisch nicht vor der Suppe essen (nur, damit es noch einen gibt) – und das Endergebnis all dieser Wahlmöglichkeiten ist es, dass wir dem Raum verlassen, ohne irgendetwas zu essen. *Libets* Experiment hingegen scheint eine spätere Phase zu beschreiben, nämlich jene, in der wir diese heterogenen Elemente im Wesentlichen strukturiert haben und unmittelbar davor stehen, einen Entschluss zu fassen. Dann ist der Auswahlvorgang irgendwann abgeschlossen und dann dürfte die Erkenntnis wohl richtig sein, dass wir mit dem Ruf „Los geht's!“ nur noch einzelne „fest verdrahtete“ Programme abrufen können, ohne sie variieren zu können. Wer greift, kann zwar mitten im Griff innehalten und damit das Programm zum Absturz bringen, aber den Greifvorgang selbst steuern die Programme, die er im Laufe seines Lebens über die Gene, die er mitbringt oder Eigenschaften, die er durch Sozialisation und andere Faktoren entwickeln konnte, erworben hat.

Natürlich kann man auch an diesen Programmen aktiv arbeiten, ihren Umfang oder ihre Zahl erweitern und so seine Handlungsmöglichkeiten vergrößern (wenn man es kann). Wer aber eine schwere Jugend

³⁶ Dieses anschauliche Bild verdanke ich Diskussionen mit Yana Heussen (Stud. Soz.)

gehabt hat, dem wird das schwerer fallen, als jemandem, der frühzeitig gelernt hat zu lernen und dem traumatische Erfahrungen erspart geblieben sind. Wer als Jugendlicher in einem Ghetto aufwächst, kann auf Beleidigungen vielleicht nur mit Gewalt reagieren, weil ihm die Handlungsvariante „Ironie“ in seinem Programmbestand fehlt. Man kann aber vielleicht in bestimmten Situationen von ihm verlangen, sowohl Gewalt als auch Ironie zu unterlassen.

Bevor man sich auf weitere Details dieser naturwissenschaftlichen Diskussion einlässt, muss man sich fragen, welche Bedeutung sie für den Entwurf von Rechtssystemen haben. Zwei Argumente scheinen überzeugend:

– Rechtssysteme knüpfen notwendig an den Tatsachen an, sie fragen nach der Wahrheit des Geschehens und diese Wahrheit kann naturwissenschaftliche Tatsachen nicht einfach ignorieren. Da wir in unseren Verfahren aber immer nur die »prozessuale Wahrheit« erfahren werden, ergibt sich schon daraus die erste grundlegende Beschränkung. Darüber hinaus haben Begriffe wie Vorsatz, Fahrlässigkeit usw. nur innerhalb des Rechtssystems eine Bedeutung. Zwar knüpfen sie an einen Begriff wie den »freien Willen« an, aber sie tun es nur für ihre Zwecke und nicht mit dem Anspruch, damit stets etwas naturwissenschaftlich richtiges abzubilden. Der rechtliche Sprachgebrauch nimmt an vielen Stellen keine Rücksicht auf die naturwissenschaftliche Präzision. Die Tat geschieht auch heute noch »bei Sonnenuntergang«, obwohl die Sonne gar nicht untergeht. In den Bereichen unse-

res Rechtssystems, die ausschließlich nach den Regeln der Gefährdungshaftung konstruiert sind (Produkthaftung Verkehrsunfälle, Umweltschutz et cetera), spielt der freie Wille keine Rolle. Würden wir auf allen Rechtsgebieten nur mit der Gefährdungshaftung arbeiten, wäre er völlig bedeutungslos. Es ist eine politische Entscheidung, dass wir in den wichtigen Teilen des Rechtssystems die Frage nach der Schuld stellen, aber hinter ihr steht nie ein naturwissenschaftlicher Begriff.

– Würden wir uns anders entscheiden und den Begriff der Willensfreiheit im naturwissenschaftlichen Sinn ernst nehmen, dann hätte niemand einen freien Willen, der ein Verbrechen begeht oder einen Vertrag bricht. Aber der Richter, der ihn verurteilt, hat dann auch keinen und dann stehen sich im Rechtssystem nur Automaten gegenüber. Wie sollten wir sie programmieren? Es bliebe uns nichts anderes übrig, als geeignete Kriterien zu erfinden, so wie wir dies in der historischen Entwicklung der Rechtssysteme tatsächlich getan haben. Und diese Kriterien wären – wie oben gezeigt – keine naturwissenschaftlichen.

Krieg und Frieden

Gesetze dürfen das Entstehen von Gerechtigkeit nicht unmöglich machen. Daher hat das Grundgesetz sich selbst verboten, die Verfassung abzuschaffen. Es zwingt die politische Macht, den geplanten Rechtsbruch offen zu legen, also Gewalt anzuwenden und den Ausnahme-

zustand auszurufen, wenn es das System zerstören will. Bei schärferer Betrachtung kann man nicht von der Hand weisen, dass das Recht sich erst am Rand des Ausnahmezustandes bewährt, wenn es den äußersten Angriffen der Macht standzuhalten vermag.

Wir sind geneigt, die Möglichkeit, Gerechtigkeit durchzusetzen, als normal zu betrachten, aber wir dürfen nie vergessen: »das Normale beweist nichts, die Ausnahme beweist alles; sie bestätigt nicht nur die Regel, die Regel lebt überhaupt nur von der Ausnahme. In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer wiederholungserstarrten Mechanik³⁷«. Carl Schmitt, von dem dieser Satz stammt, teilte nicht die Ansichten von Radbruch, sondern rechtfertigte offenen Rechtsbruch mit der Formel »Der Führer schafft das Recht« – tatsächlich aber schaffte er nur Willkür. Diese Fehleinschätzung war ein schwerer moralischer Irrtum, den Carl Schmitt bitter bezahlen musste. Dieser Fehler ändert aber nichts an seiner richtigen Erkenntnis, dass sich die Tragfähigkeit von Systemen nur im Ausnahmezustand erweist, wenn sie also nicht mehr selbst für ihre Stabilität sorgen können. Diese Erkenntnis mag auf dem Hintergrund der Systemtheorie trivial erscheinen, aber wenn man die Entwicklung dieser Idee über Jahrtausende betrachtet, merkt man, wie wichtig sie ist und wie leicht sie vergessen wird. Die Gerechtigkeit und die Verfahren, in denen sie sich entwickelt, sind kulturelle Artefakte, eine

³⁷ Carl Schmitt, Politische Theologie – Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, (1934) 4. Auflage Berlin 1985 Seite 22.

dünne Schicht über der brodelnden Lava, die die Willkür kennzeichnet. Krieg ist der absolute Ausnahmezustand.

Er brach aus, wenn die Geduld der Parteien erschöpft war oder die Machtdifferenzen einen bewaffneten Konflikt nahe legten. Die Motive sind stets breit angelegt und reichen von der Aussicht auf materielle Gewinne bis hin zu reiner Ruhmsucht, häufig versteckt hinter rationaleren Fassaden. Schon früh greifen rechtliche Regelungen auch in das Kriegsgeschehen ein. Die Regeln der Fehde verpflichten zu einem förmlichen Verhalten vor Beginn der Auseinandersetzung, gleichzeitig werden Friedensordnungen verabschiedet, die das Gewaltmonopol des Staates absichern sollen, so der Erste Mainzer Reichslandfriede im Jahre 1103, dann der Große Reichslandfrieden, (1152 Friedrich Barbarossa) . Diesen Bündnissen (Staatsverträgen) folgten der Mainzer Landfrieden von 1235 und der Ewigen Landfrieden von 1495, der unbefristet den gesamten Bereich des Heiligen römischen Reiches Deutscher Nation umfasste.

Die Vorstellung, ähnliche Modelle auch nach außen hin in Richtung auf andere Nationen, Staaten oder Gesellschaften zu entwickeln, hat sehr viel länger gedauert³⁸. In der Haager Landkriegsordnung von 1899/1907 hat man erstmals eine Vielzahl schon früher geltender Regeln zusammengefasst, an die man sich bei künftigen Kriegen halten wollte. Die Erfahrungen der beiden Weltkriege zeigten, dass das meiste davon auf dem Papier stehen blieb und nicht umgesetzt wur-

³⁸ Immanuel Kant hat seine Schrift »Zum ewigen Frieden« 1795 als Utopie gesehen

de. Der Völkerbund und später die Vereinten Nationen entwickelten die Idee weiter und der Internationale Gerichtshof in Den Haag trägt ebenfalls dazu bei, Ausnahmestände durch die Anwendung des Rechts in den Griff zu bekommen. Seine Tätigkeit unterliegt zahlreichen Beschränkungen und seine Urteile können nur unter erheblichen Einschränkungen durch die Vereinten Nationen vollstreckt werden, was zu starken politischen Einflüssen auf die Tätigkeit des Gerichtshofes führt.

Die Chancen der Gerechtigkeit

»Gerechtigkeit ist der unwandelbare und dauerhafte Wille, jedem sein Recht zu gewähren³⁹«.

Gerechtigkeit ist ein relativer Begriff

In diesem Satz des Justinian ist eine über 500 jährige Rechtsentwicklung abgebildet, auf die wir uns noch heute stützen. Sie schließt die Erkenntnis ein, dass man von einem Rechtssystem im besten Fall den guten Willen, aber nicht ein »objektiv« richtiges Ergebnis erwarten kann. Wir können in den Verfahren, die wir einrichten, und in den Inhalten, die unsere Wertmaßstäbe abbilden sollen, Fehler und Widersprüche nicht vermeiden. – Aber wir brauchen den »unwandelbaren und dauerhaften Willen« jeden erkannten Fehler zu beseitigen. Einer der wichtigsten Fehler dieser Definition besteht darin, dass man die Mehrdeutigkeit der Formel nicht verstanden hat, »jedem *sein* Recht« (suum cuique) zu gewähren.



Die meisten verstehen darunter die Aufforderung, Strafe und Schuld an der Größe des Vergehens zu messen, oder im Bereich der sozialen Gerechtigkeit der Idee

³⁹ Justinian I, Römischer Kaiser, Institutionen 1,1,1, (533 n.Chr.)

von Karl Marx⁴⁰ zu folgen: Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen. Man hat sich nicht vorstellen können, wie er missbraucht werden könnte. Aber er stand auch auf den Toren des Konzentrationslagers Buchenwald!

Gerechtigkeit entsteht durch Entscheidungen, die getroffen werden *müssen* und die deshalb den unvermeidbaren Begrenzungen und Irrtümern unterliegen, die die jeweiligen Rahmenbedingungen von Raum, Zeit, Kultur et cetera Ihnen setzen. Sie entsteht nicht organisch (sie ist kein Teil der Natur), wir versuchen vielmehr sie in bestimmten Verfahren zu erreichen, deren Ausgang nichts darüber besagt, ob wir das Ziel wirklich getroffen haben: wird gegen ein falsches Urteil kein Rechtsmittel ergriffen, kann man die Fehler der letzten Instanz nicht mehr korrigieren, oder versteht das Gericht den Fall nicht, kann es kein »richtiges« Urteil sprechen.⁴¹ Fehltriteile gefährden aber die Gerechtigkeit nicht, denn wir halten uns *immer* innerhalb eines Systems von Versuch und Irrtum auf. Im naiven Verständnis der Gerechtigkeit hingegen bewertet jeder eine bestimmte Entscheidung nach seinen eigenen absoluten Wertmaßstäben, ohne sich die Mühe zu machen, auch die Positionen der anderen Beteiligten zu ermitteln und in ihrer jeweiligen Subjektivität zu verstehen: »Um wahrhaftig zu sein, müsste man jede überflüssige Demütigung finden,sie so mit Leben wieder erfüllen, dass sie als Pein besteht; und dann jede Zartheit, die einem eine Demütigung zu ersparen suchte: Sie gegen-

⁴⁰ Kritik des Gothaer Programms (1875)

⁴¹ z.B.: http://en.wikipedia.org/wiki/Central_Park_Jogger_case

einander halten, abwägen und wieder zur Auflösung bringen, die sie in einem erfahren haben. Das eine wie das andere und beide ineinander wären die Wahrheit«⁴². Wenn *alle* Beteiligten sich bereit finden, auf diese Weise mit ihren Widersprüchen umzugehen, werden sie in vielen Fällen ähnliche Perspektiven gewinnen und sich damit einig werden, was man als gerecht bezeichnen kann. Das bedeutet keinen Zwang zu Kompromissen, wohl aber gespannte Aufmerksamkeit für alle relevanten Perspektiven und die moralische Fähigkeit, Ergebnisse zu akzeptieren, die man nicht teilt und trotzdem *entscheidungsfähig* zu bleiben. In der Praxis gewinnt man solche Art von Sicherheit nur in den Standardfällen: Niemand wird ernsthaft widersprechen, dass Folterung gegen das Prinzip der Gerechtigkeit verstößt, aber ob die Drohung mit Folter diesem Verstoß gleichzusetzen ist, unter welchen Zeitpunkt und unter welchen Umständen man von einer Drohung sprechen kann, bleibt strittig. »Woraus wird der Mensch die Einrichtung der Welt, die er beherrschen will, gründen? Auf die Laune des Einzelnen? Was für eine Verwirrung! Auf das Recht? Er kennt es nicht! Sicherlich. Kennte er es, so würde man niemals diesem Grundsatz aufgestellt haben, der von allen Grundsätzen, die die Menschen kennen, der gewöhnlichste ist: Dass jeder den Sitten seines Landes folgen solle; der Glanz der wahren Gerechtigkeit würde alle Völker bezwungen haben die Gesetzgeber hätten nicht anstelle dieses unveränderlichen Rechts die Hirngespinnste und Launen von Persern und Deutschen zum Vorbild gewählt. Man würde

⁴²Elias Canetti, *Party im Blitz*, Hanser 2003 Seite 10

das Recht in allen Staaten und zu allen Zeiten gehegt finden, während man so kein Recht und kein Unrecht findet, dass nicht mit dem Klima das Wesen ändere. Drei Breitengrade näher zum Pol stellen die ganze Rechtswissenschaft auf den Kopf, ein Längengrad entscheidet über Wahrheit..... Spaßhafte Gerechtigkeit, die ein Fluss begrenzt! Diesseits der Pyrenäen Wahrheit, jenseits Irrtum.⁴³ «

Es ist für uns nicht schwer, zu akzeptieren, dass in früheren Zeiten andere Auffassungen von Gerechtigkeit geherrscht haben, als es heute der Fall ist. Majestätsbeleidigung und Homosexualität sind heute nur noch in wenigen Ländern strafbar, offenbar bewegen die Systeme sich aufeinander zu. Deshalb ist es schwierig, zu akzeptieren, dass nicht schon heute (geschweige denn in der Zukunft) weltweit einheitliche Auffassungen über den Inhalt der Gerechtigkeit erreicht werden können: Sind wir uns nicht alle einig, dass es keine Folter mehr geben kann oder dass man die Todesstrafe – wenn es sie denn gibt – wenigstens human vollstrecken soll?

Bevor diese Fragen in den Rechtssystemen beantwortet werden, müssen sie politische Prozesse durchlaufen und die Gesetze müssen in den meisten Fällen verfassungsrechtlichen Maßstäben genügen. Die Bandbreite, in der sie sich entfalten können, ist absolut und ausschließlich von den Machtverhältnissen abhängig, die zum Zeitpunkt der Entscheidung herrschen. Wer sie ändern will, muss die Machtverhältnisse ändern und wer das tun will, muss Krieg entfesseln. Tat-

⁴³ Blaise Pascal, Pensées, Lambert Schneider 1978 , Fragment 294

sächlich geschieht das gelegentlich (Libyen 2011; Mali 2013) und ebenso auffällig ist, dass es in anderen Fällen (Syrien 2012) nicht geschieht. Wenn wir unseren Blick nicht nur über einige Kernländer Europas, sondern weltweit schweifen lassen, liegt die Antwort auf der Hand: Es gibt keine einheitlichen Regeln. Und wenn es sie gibt, werden sie unterschiedlich praktiziert: Indische Anwälte haben sich 2013 geweigert, Vergewaltiger zu verteidigen, weil die Tat, die mit dem Tod des Opfers endete, so unvorstellbar grausam sei, dass die Täter keine Verteidigung verdienten. (um die Verteidigung von Saddam Hussein bewarben sich über 1000 Anwälte!).



Nach alldem liegt auf der Hand, dass die Chancen der Gerechtigkeit wesentlich von den Rahmenbedingungen abhängen, in denen sie sich entfalten kann. In jedem Kulturkreis aber muss sie jene drei Elemente aufweisen, ohne die sie nicht bestehen kann:

- Die Blindheit gegenüber den eigenen Interessen dessen, der die Entscheidung trifft
- die Ausgewogenheit der Entscheidung
- die Macht, die getroffene Entscheidung tatsächlich umzusetzen.

Ein bestochener Richter oder ein Richter dem die Exekutive Anweisungen geben kann, ein willkürlich entscheidender Beamter oder ein Rechtssystem, das seine Entscheidungen nicht gegen andere

Interessen durchsetzen kann, wird nie gerecht sein können. Die besten Chancen hat die Gerechtigkeit in einer parlamentarischen Demokratie, die die wesentlichen Rahmenbedingungen des Rechtsstaats unter allen Umständen gewährleistet. Sie ist aber kein Kernelement der Gerechtigkeit: Wer z.B. nur wenige Jahrzehnte vor die Entstehung der Demokratie in Deutschland zurückblickt (1919), wird im Kaiserreich ein voll entwickeltes und – schon zu Zeiten Friedrich des Großen – auch der Gewaltenteilung folgendes Justizsystem entdecken können. Wie der Blick ins römische Recht zeigt, sind auch zu den Zeiten, zu denen zeitlich begrenzte Diktatoren das Sagen hatte, die Rechte nicht etwa insgesamt mit Füßen getreten worden. In Arabien und Asien wird der Begriff der Gerechtigkeit anders gesehen als im Westen, teils folgt er religiösen Definitionen (Scharia), teils wird den individuellen Rechten einzelner wenig Wert beigemessen, weil der zentrale Wert der Gesellschaft in Asien die Harmonie, also die Konfliktvermeidung ist. trotzdem finden sich auch dort immer wieder einzelne Entscheidungen, die oben beschriebenen Maßstäben entsprechen.

Die Bedeutung des Rechtsgefühls

Diese Maßstäbe ergeben sich nicht allein aus der juristischen Logik oder abstrakten Prinzipien, sondern aus einem Werturteil, an dem die *Gefühle* beteiligt sind. Jeder Konflikt stürzt Menschen in emotionale Verwirrung der widersprüchlichsten Art. Nimmt er formale

rechtliche Formen an (Schreiben von Behörden, Anwaltsbriefe, gerichtliche Verfügungen et cetera), entwickeln sich in Sekunden gleichzeitig Angst und Aggression und zwar unabhängig davon, ob jemand angreift oder sich verteidigen muss. Wenn wir in Rechtssystemen leben, die gleichzeitig das Gewaltmonopol des Staates absolut durchsetzen, ist die Situation fast verwirrender, als wenn man die Gewissheit hat, dass man notfalls selbst zur Waffe greifen kann (wie etwa in den USA): Wir anderen wissen, dass uns die Hände gebunden sind, mit denen wir angreifen wollen und daraus entwickeln sich Angst, Unterlegenheitsgefühle, Abwehrhaltungen und teils überspannte Anforderungen an die Kräfte des Rechts und der Justiz. Ihr wesentlicher Beitrag zur Bewältigung des Konflikts ist es, ihre eigene Rolle innerhalb des unauflösbaren Netzwerks der Argumente und Emotionen aller Beteiligten zu verstehen. Nach der Soester Gerichtsordnung gelingt das, wenn der Richter mit übergeschlagenen Beinen wie ein „griesz-grimmiger Löwe“ dasitzt und - wie es in einem anderen Dokument heißt - „Scheltworte ... verbietet und dass niemand ohne seine Erlaubnis das Wort ergreifen darf“⁴⁴.

Auch die Anwälte dürfen sich nicht von den Gefühlen Ihrer Mandanten oder Gegner überwältigen lassen. Sie haben zwar einen größeren Spielraum, weil ihre Aufgabe die Interessenvertretung ist, so dass sie sich nicht auf die neutrale Position des Richters zurückziehen dürfen. Aber nach vielen Jahren Berufserfahrung wissen sie, dass sie den Er-

⁴⁴ cit. nach *Timothy Sodmann*: Ein mittelalterliches Rechtsgangformular aus dem 15. Jahrhundert aus Westmünsterland, in: Festschrift für Ruth Schmidt - Weigand, Essen 1996, Seite 179 f

wartungen Ihrer Mandanten am Ende nie entsprechen können («der schlimmste Feind des Anwalts ist der Mandant») und sie leben in einer ständigen Spannung zwischen den Anforderungen der Macht, die sie haben, den Grenzen, die das Rechtssystem ihnen zieht, ihren Qualitätsansprüchen und der Berufsethik, der sie folgen müssen.

Denken, Fühlen und Entscheiden

Bis Anfang des letzten Jahrhunderts waren die meisten Juristen sich sicher, dass die strenge Berufung auf die Logik der Rechtssysteme sie davor bewahren könne, in den Strudel der Gefühle gerissen zu werden, der die Parteien verwirrte. Man war überzeugt, dass auch in Bereichen, in denen der Richter ein Ermessen hat, sich (in geeigneten Fällen) dieses »Ermessen auf Null reduzieren« lasse. In der angloamerikanischen Rechtstradition kannte man schon längst den *sense of justice*, als Riezler⁴⁵ 1921 erstmals das Rechtsgefühl beschrieb. Er verstand darunter »das Gefühl für das, was Recht ist« oder »... dass nur das dem Recht Entsprechende geschehen soll« – Leerformeln, die allerdings erstmals deutlich genug auf das Problem hingewiesen, mit dem wir uns hier beschäftigen. Michael Bihler kam 1979 einen erheblichen Schritt weiter⁴⁶. »Das Rechtsgefühl ist die spontane Stellungnahme in einem juristischen Konflikt auf der Seite eines oder mehrerer Beteiligter.... Die Legitimierung der Gerechtigkeitsaussage durch

⁴⁵ Erwin Riezler, Das Rechtsgefühl - Rechtspsychologische Betrachtungen, Schweitzer 1921 (1969)

⁴⁶ Rechtsgefühl, System und Wertung, Münchner Universitätschriften Bd. 43, CH Beck 1979, Seite 59

ihre Verbindung mit als evident angesehenen rechtlichen Begründungen stellt eine Rationalisierung des Gefühls da und ermöglicht die Berufung auf das Gefühl in der öffentlichen Diskussion um die erfolgte Stellungnahme.« Hier sehen wir die Funktion des Rechtsgefühls im Verfahren: es soll für die Akzeptanz juristischer Entscheidungen durch die am Konflikt Beteiligten und die Allgemeinheit sorgen. Das Rechtsgefühl weiß nichts besser als der Verstand, aber es sorgt für kreative Unruhe, wenn die Differenz zwischen dem Rechtssystem und dem Gefühl der Allgemeinheit allzu groß wird: »Man sieht nur mit dem Herzen gut« – Antoine de Saint Exupery hat geahnt, wo die Lösung liegen muss: Man muss einerseits die innere Kraft aufbringen, genau hinzusehen (was auch heißt, die Erkenntniskraft, den Verstand und die Logik zu bemühen), dann seine Entscheidung aber nicht nur an der Logik auszurichten sondern Herz und Verstand miteinander zu verbinden. Der sense of justice ist ein sensibler Verstand, keine Gefühlsduselei.

Die jüngere neurobiologische Forschung zeigt uns, dass bereits das Erfassen der Wirklichkeit, aber auch alle Arten von logischen Schlüssen eng mit unserer Gefühlswelt zusammenhängen. Wir können also nicht, wie man sich das laienhaft denkt, zunächst gefühllos denken und dann emotional handeln – beides ist vielmehr von Anfang an

ebenso untrennbar miteinander verbunden⁴⁷ wie Denken und Sprechen miteinander verwoben sind. Das ist auch von außen bemerkbar; jede logische Argumentation, die sich nicht mit den Gefühlen des Sprechenden deckt, wird von den Zuhörern als Phrase erlebt: »Du kannst von dem, was Du nicht fühlst, nicht reden«⁴⁸. Absolut unmöglich aber ist es, ohne Gefühle Entscheidungen zu treffen⁴⁹.

Der hin – und herwandernde Blick

Gleichzeitig spüren wir aber, dass kein Richter ein Urteil fällen könnte, wenn er nur in der Welt der juristischen Logik verbliebe: »Verleih Deinem Knecht ein *hörendes Herz*, damit er Dein Volk zu regieren und das Gute vom Bösen zu unterscheiden verstehe« bittet Salomon (1 Buch der Könige 3,9). Die Vorstellung, dass der Verstand nichts entscheiden kann, wenn nicht auch das Herz – der Sitz der Gefühle – auf das Ergebnis einwirkt, ist in diesem einfachen Satz bereits voll ausgebildet.

Im Verfahren der Rechtsgewinnung, das wir unten noch im Detail betrachten werden, wechselt der Blick ständig von den Tatsachen zu den Rechtsfolgen, von Zweifel an der Glaubwürdigkeit von Parteien und Zeugen zu Fragen der Beweislast, vom eigenen technischen Verständnis zur Kritik daran durch Sachverständige usw. Als Schiedsrich-

⁴⁷ Antonio Damasio, *Descartes Irrtum: Fühlen, Denken und das menschliche Gehirn*, List 2004; *Selbst ist der Mensch: Körper, Geist und die Entstehung des menschlichen Bewusstseins* Siedler 2011

⁴⁸ William Shakespeare, *Romeo und Julia*

⁴⁹ Gerd Gigerenzer, *Bauchentscheidungen – die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition*, Bertelsmann 2007

ter habe ich oft bemerkt, dass ich mir zunächst anhand von Gesetz und Rechtsprechung einen logisch richtigen Lösungsweg erarbeitet habe, ihn aber inhaltlich veränderte, sobald ich merkte, dass das Ergebnis nicht zu den Tatsachen passen wollte, die im Verfahren ermittelt worden waren. Als Richter passt man (bewusst oder unbewusst) die Logik dem Gefühl an: »Gerechtigkeit hat mehr mit der juristischen Fantasie zu tun, als mit der juristischen Dogmatik⁵⁰«. Das ist solange in Ordnung, als man sich dieser Tatsachen bewusst und fähig ist, auch den umgekehrten Weg zu gehen, die Gefühle wieder durch die juristische Logik zu korrigieren und am Schluss die Durchsetzungskraft behält, eine Entscheidung zu treffen. Der Prozess entfaltet vor aller Augen eine Vielzahl von Landschaften, zwischen denen der juristische Blick wie bei einem Zeichner zwischen seinem Gegenstand und seinem Entwurf ständig »hin und her wandern« (Karl Engisch⁵¹) muss und so entsteht in den Jahren der Praxis ein immer klarer werdender Sinn für das, was gerecht und ungerecht ist: »Die Vielheit, die sich nicht zur Einheit zusammenschließt, ist Verwirrung, die Einheit, die nicht von der Vielheit abhängig ist, ist Tyrannei.« (Blaise Pascal).

Viel schwieriger ist es für Schöffen und Geschworenen, die keine juristischen Fachkenntnisse haben und nur in einem einzigen Fall entscheiden. Sie bilden im weltweiten Vergleich auch heute noch eine bedeutende zahlenmäßige Mehrheit gegenüber den Berufsrichtern.

⁵⁰ Herbert Rosendorfer, Interview mit Benno Heussen, Anwaltsblatt 12/2012 Seite 976.

⁵¹ Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. Kohlhammer 2005

Wir sind geneigt, darauf einen kritischen Blick zu werfen, übersehen dabei aber, dass der gelehrte Richter, wie wir ihn kennen, erst in der Moderne als Folge einer konsequent durchgehaltenen Gewaltenteilung entstehen konnte. In den USA sind die Geschworenengerichte im 17. Jahrhundert aus der Sorge entstanden, staatliche Richter könnten leichter bestochen werden. Heute werden sie aus tieferen Gründen aufrechterhalten: Die angelsächsischen Systeme vertrauen darauf, dass ein Urteil die Gerechtigkeit besser abbildet, wenn Menschen, die keine Rechtskenntnisse haben, das Ergebnis bestimmen. Liegt ihre Entscheidung weit ab von der Logik der Systeme, können die Berufungsgerichte sie korrigieren. Aber für den ersten Zugriff soll das Rechtsgefühl der Allgemeinheit den Ausschlag geben.

Auch in den Europäischen Gerichtshof werden viele Richter ohne jede gerichtliche Erfahrung berufen, die zuvor als Wissenschaftler oder Politiker tätig waren. Man will gerade diese Erfahrungen im Gremium haben (eine Ansicht, die in Deutschland nicht geteilt wird). Ihre Kollegen und Assistenten müssen ihr fehlendes Fachwissen ersetzen – ein schönes Beispiel für die stets fließenden Grenzen zwischen rechtlichen und politischen Maßstäben: Wer ein Richteramt übernimmt, muss wissen, dass ab jetzt seine Unabhängigkeit die zentrale Forderung darstellt.

Es wäre vermutlich besser, wie in der angelsächsischen Tradition vom Gerechtigkeitssinn (sense of justice) zu sprechen, statt vom Rechtsgefühl, denn damit wäre gleichzeitig gesagt, dass es ein Gefühl ist, das nicht unabhängig von rechtlichen Regeln ist, sondern sich erst im

Angesicht des Falles konkret entwickelt und keinen abstrakten Inhalt haben kann.

Die Wirkungen des Gerechtigkeitsinns

Es hängt von der Ausgestaltung des jeweiligen Rechtssystems ab, welchen Einfluss Gefühle auf ein Urteil nehmen können. Wo Entscheidungen im Rahmen rechtsstaatlicher Bedingungen erfolgen, überwiegt die Logik der Systeme und dem Gefühl ist nur die Rolle zugewiesen, das Ergebnis anhand vergleichbarer Fälle und der Lebenserfahrung der Beteiligten daraufhin zu überprüfen, ob ihr Empfinden der Logik völlig widerstreitet. Naturrechtliche und religiöse Strukturen bieten ebenfalls Einbruchsstellen für eine gefühlte Zustimmung⁵². Im Grundgesetz deutet sich das an der einen oder anderen Stelle an, aber die überwiegende Meinung hat diese Versuche zurückgewiesen. Als Leitlinie diente stattdessen die »Radbruchsche Formel: «dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so *unerträgliches* Maß erreicht, dass das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat«⁵³. Der hier angesprochene Maßstab der Unerträglichkeit ist nur im *Gefühl* verknüpft, nicht im Verstand, denn logische Fehler kann man beseitigen, sie werden nicht als unerträglich empfunden. Werturteile sind nach rechtspositi-

⁵² Maihofer(Hrsg), Naturrecht oder Rechtspositivismus, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Wege der Forschung, Band XVI.1962

⁵³ Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946,105 107.

vistischer Auffassung nur emotionale Bewegungen, die im Rechtssystem keine Funktion haben dürfen.

Man sieht es deutlich an dem Begriff der Menschenwürde⁵⁴, den Kant als unveräußerliches Gut jedes Einzelnen bezeichnet hat. Er ist unscharf, man kann ihn nur von Fall zu Fall unter den jeweiligen Raum/Zeit/Kultur-Bedingungen präzisieren, in denen er verwendet wird. Das zeigt uns die Diskussion über seinen Inhalt, die seit langem zwischen Europa und Asien geführt wird. Bei uns versteht man darunter eine Garantie des Staates, dass jeder Einzelne sich individuell so entwickeln kann, wie er dies (im Rahmen der Gesetze) für sich entscheidet, die asiatischen Kulturen hingegen heben hervor »dass die Quelle menschlicher Stärke in einer harmonischen Integration in die eigene Gruppe liegt und dass die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft das fundamentale menschliche Bedürfnis ist nur ein Mensch, der wahrhaft zu solch einer Gemeinschaft gehört, (kann) natürlich und unbewusst eine erfülltes, spontanes Leben führen⁵⁵«. Im Westen empfinden die meisten Menschen eine solche Sicht auf die Welt als romantisch und unrealistisch. Sie können schwer verstehen, dass der Inhalt des »Angemessenen und Guten« in Asien in erster Linie in dem Beitrag des Einzelnen zur harmonischen Stabilität des Ganzen gesehen wird, während man dort keinen Sinn darin sieht, die Idee der Selbstverwirklichung eines Einzelnen zu unterstützen, wenn

⁵⁴ +Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, Bd. 4 S. 434-436

⁵⁵ Sudhir Kakar, Die Seele der anderen, CH Beck 2012, Seite 235

dadurch die Harmonie des Ganzen irritiert wird. Solche Vorstellungen von »Harmonie« fordern einen hohen Preis auf der Seite der Individualität. Auch heute noch werden in Asien viele Ehen durch die beteiligten Familien arrangiert, unseren kritischen Begriff »Zwangsehe« für diesen Vorgang hält man für völlig unangemessen. Die Folge: Bereits politische Diskussionen werden als Störung der Harmonie empfunden, geschweige denn künstlerische Aktivitäten, die den allgemeinen ästhetischen Vorstellungen nicht entsprechen. Anders als bei uns genießt Kunst keinen Sonderschutz. So kommt es, dass selbst Künstler wie der Literatur-Nobelpreisträger (2012) Mo Yan sich mit staatlicher Zensur einverstanden erklären, sofern einzelne politische Äußerungen sich gegen den mainstream richten.

Eine solche Entwicklung kann in Ländern nicht eintreten, in deren Verfassung das Recht auf freie politische Meinungsäußerung und die Freiheit von Kunst und Wissenschaft fest verankert ist. Aber wir dürfen unsere Maßstäbe nicht ungeprüft an andere Rahmenbedingungen anlegen.

Logik und Sehnsucht

Die Mittel des Rechtssystems sind vermutlich deshalb so beschränkt, weil eine gerechte Entscheidung nur entstehen kann, wenn Logik und Gefühl in der ideal gedachten Sekunde der Entscheidung zusammenpassen. Es liegt auf der Hand, dass ein unlogisches Rechtssystem bald zusammenbrechen müsste. Die Grundregeln der Logik sind den Juris-

ten selbstverständlich, weil ihre Arbeitsweise sie Schritt für Schritt nachvollzieht. Deshalb reflektieren sie selten darüber. Mein zweites juristisches Buch, das ich 1965 in Berlin kaufte, war Egon Schneiders gerade erschienene »Logik für Juristen«⁵⁶. Ich dachte, das gehört in den Tornister jedes Rechtsstudenten. Aber außer mir besaß es niemand und in der Bibliothek wurde es nicht ausgeliehen. Keiner wollte den »Modus Barbara« lernen. Wir hatten ihn nämlich alle schon im Kopf, weil wir die Technik der Subsumtion beherrschten, in denen die wichtigsten dieser Denkgesetze praktisch angewendet werden. So lernt man genug über die vier Wurzeln des Satzes vom zureichenden Grund oder den Satz vom Widerspruch, ohne dass man sie theoretisch darstellen könnte. Juristen müssen sich an die allgemeinen Denkgesetze halten, weil ihre Urteile sonst keinen Bestand hätten. Aber jeder spürt auch, dass das Rechtssystem nicht allein in der Logik verankert sein kann. Kein logisches System kann zugleich vollständig und widerspruchsfrei sein (Kurt Gödel) und trotzdem müssen wir über unsere Konflikte eine Entscheidung treffen.

Alle Versuche, mithilfe von Computerprogrammen rechtliche Entscheidungen zu treffen, sind gescheitert⁵⁷. Außerhalb der juristischen Welt wissen selbst die Kinder instinktiv, dass es sich so verhält. Der Philosoph Karl Heinz Bohrer schreibt, wie er mit zwölf Jahren darüber

⁵⁶ jetzt: Egon Schneider/Friedrich E. Schnapp, Logik für Juristen: Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, Vahlen, 7. Auflage 2012

⁵⁷ 2006 wurde berichtet, dass in China Rechtsautomaten eingesetzt würden. Tatsächlich waren es aber nur die auch bei uns bekannten juristische Datenbanken, die als zusätzliche Funktion Vorschläge für ein angemessenes Strafmaß enthielten, um größere Abweichungen in den Strafmaß zu vermeiden.

gedacht hat: »Er... kam darauf, dass alles Leben, so auch der Grund für das Todesurteil, aus einer höheren und aus einer niederen Gerechtigkeit bestehe. Die höhere Gerechtigkeit aus dem Gefühl, die niedrige aus der Vernunft. Man müsse etwas Gutes oder Gerechtes tun, nicht nur weil das Gesetz es vorschreibt, sondern weil das innere Gefühl dabei beteiligt sei. Das sei die höhere Gerechtigkeit⁵⁸.«

Ingolf Toll-Ebel⁵⁹ ist der Frage nachgegangen, ob es ein *Grundgefühl* gibt, eine Art Generalbass, der die vielfältigen Melodien der Gefühle von Zorn, Schmerz, Ohnmacht usw. im allgemeinen (und damit natürlich auch bei rechtlichen Auseinandersetzungen) strukturiert und ihnen Rhythmus verleiht. Er hat die »Sehnsucht« vorgeschlagen, einen Antriebsmotor, der ohne jeden Zweifel alle denkbaren Motivationen beschreibt, die uns erfassen und die mit logischen Strukturen nicht begriffen werden können. Kein Mensch aber wird die »Sehnsucht nach Gerechtigkeit« für eine falsche Formel halten.

Die meisten Menschen vermissen im Rechtssystem die Abbildung solcher Gedanken und halten ein Urteil, das ihrem Rechtsgefühl nicht entspricht, für grausam und falsch. Sie übersehen dabei, dass wir niemals einen unmittelbaren Zugang zu den Gefühlen anderer Menschen haben können: Gefühle kann man nicht logisch vergleichen! Also muss das Recht sich darauf beschränken, in jedem Verfahren, dass es entwirft, über vielfältige Schnittstellen die rechtliche Logik, die Sehnsucht nach der Gerechtigkeit und die sie umgebenden wider-

⁵⁸ Karl Heinz Bohrer, *Granatsplitter*, Hanser 2012 Seite 124

⁵⁹ Dr.phil. Ingolf Toll-Ebel, *Fundamentale Paradoxien des Menschlichen*, Urania Berlin, unveröffentlichtes Manuskript (2012).

streitenden Gefühle miteinander zu verknüpfen. Diese winzigen Brücken sind von außen nicht leicht erkennbar.

Fairness , Harmonie und andere Werte

Am Anfang haben alle Rechtssysteme sich Schritt für Schritt und halb blind von Fall zu Fall nach vorn getastet, aber dann gelang es den Römern als ersten, die historisch entstandenen actiones zu einem System zusammenzuführen. In den angelsächsischen Rechtssystemen hat man die Fälle über Präjudizien aneinander gekettet und damit so gute Ergebnisse erzielt, dass man das römische System nicht übernehmen musste. Die außerhalb Europas entwickelten (oben grob skizzierten) Gesetze Hammurabis und Ashokas sind älter als jene der Römer und schon sehr differenziert. Aber offenbar gelang es auf der Ebene der rechtlichen Auseinandersetzungen nicht, die Qualitätsstufe zu erreichen, die in Europa schon im ersten Jahrtausend für *Prozesse* erreicht worden ist. Die Gründe dafür kann man in den völlig anderen Grundwerten sehen, die in Arabien und Asien für die Funktion des Rechts akzeptiert werden. Das europäische Rechtsdenken betont den individuellen Anspruch, das asiatische Denken leugnet diese nicht, relativiert sie aber mit der Forderung, solche Ansprüche müssten stets mit den Interessen des jeweiligen Umfeldes (Familie, örtliche Gemeinschaft, Berufsgruppen, Staat) zu einer stimmigen Harmonie koordiniert werden. Beide Auffassungen stellen die jeweiligen Extreme eines Spannungsfeldes zwischen individueller Gerechtigkeit und dem Rechtsfrieden dar, die innerhalb jedes Rechtssystems in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden müssen.

Es sind zwei grundsätzlich unterschiedliche Perspektiven, die das Verhältnis des Rechts zur Macht unterschiedlich deuten. In Europa sehen wir die Funktion des Rechts darin, die Macht zu legitimieren, sie gleichzeitig aber dadurch zu begrenzen, dass jeder die Chance hat, sich zu wehren, wenn die Macht ihre Grenzen überschreitet. Diese Doppelgesichtigkeit des Rechts wird in Asien als ungewöhnlich empfundenen, weil sie zu unvermeidbaren Kollisionen führt: Individuelle Gerechtigkeit und Rechtsfrieden entstehen hier in einem ständigen Widerspiel von Check and Balance. Dort weist man dem Recht in erster Linie die Aufgabe zu, Konflikte auf harmonischer Weise harmonie-stiftend zu wirken. Auch uns ist diese Perspektive keinesfalls fremd. Immer wieder hat es Phasen in der Geschichte gegeben, in denen man etwa in Deutschland die Aufgabe des Rechts darin gesehen hat, jedem einzelnen klarzumachen: »Du bist nichts, dein Volk ist alles«. In den kommunistischen Staaten hatte die PARTEI immer Recht und nicht der Richter. Wenn man das Rechtssystem mit solchen Werten identifiziert, ist man der jeweiligen politischen Macht schutzlos ausgeliefert.

Auch deshalb hat John Rawls aus dem europäischen Rechtsdenken heraus den Begriff der Fairness als das zentrale Kriterium der Gerechtigkeit definiert⁶⁰. Das war keine selbstverständliche Leistung, sondern eine ungewöhnliche Idee. Ihr besonderer Anspruch leitet sich daraus ab, dass Rawls's Begriff von der Gerechtigkeit alle Facetten abdeckt, die er von den weiten Feldern der Politik bis hin zu den en-

⁶⁰ John Rawls, Gerechtigkeit als Fairness – ein Neuentwurf, Suhrkamp 2006

gen Auslegungskriterien der Rechtssysteme annehmen kann. Der Begriff der Fairness muss in der Politik auch in homöopathischer Verdünnung noch etwas taugen, in dem er dafür sorgt, dass auch exzessive Klientenpolitik noch einen Blick dafür behält, anderen Interessen einen Mindestraum einzuräumen. Bei der sozialen Verteilung von Gütern muss er seine Schärfung der Unterschiede zwischen Gleichheit und Ungleichheit sorgen und bei Gerichtsentscheidungen dem Rechtsgefühl einen Weg zeigen.

Der Begriff der Fairness entwickelt diese Flexibilität, weil wir auf dem Gebiet des Sports tägliche Erfahrungen mit ihm machen können. Sport ist in gewisser Art eine Kunstform, die gleichwohl Konflikte abbildet. Die Fairness gewinnt dort tägliches Anschauungsmaterial, sie sorgt für Metaphern und Realitätsvorstellungen, die uns in anderen Bereichen des sozialen Lebens nützlich sind. Der Sport unterstützt unsere Assoziationsketten auch, wenn wir ihn in der Welt der Politik, der sozialen Verteilung oder des Rechts benutzen. Auch dort knüpfen wir stets an Elemente von Spiel und Regeln an, wir denken an Check and Balance (was auch das Recht einschließt, andere Leute bei Gelegenheit anzurempeln), wir stellen uns immer einen Schiedsrichter vor, der über die Einhaltung der Regeln wacht und wir akzeptieren gleichzeitig, dass seine Entscheidungen nicht immer richtig sein können. Das ist eine äußerst pragmatische Haltung, die außerhalb der angloamerikanischen Denkstrukturen schon in Europa, vor allem aber in Asien auf Zurückhaltung und Ablehnung stößt. Harmonie hat mit Spiel und Sport, die von Rankämpfen und Wettbewerben bestimmt

sind, nicht viel zu tun, im Gegenteil: Es bedurfte schon im klassischen Griechenland des ausdrücklichen Verbots politischer und religiöser Auseinandersetzungen während der Olympischen Spiele, weil man wusste, wie aufgewühlt die Leute auf die sportlichen Rangkämpfe reagieren würden.

In den Kernländern Europas haben manche mit dem Begriff der Fairness ein ganz anderes Problem. Fairness ist für uns inhaltsleer, sie mag zwar für Ausgewogenheit sorgen, suggeriert aber eine Form, die jeden Inhalt verträgt. Solche Kritiker verstehen die Gerechtigkeit als ewigen Wert den man nach der Empfehlung Platons nur lange genug suchen muss, um ihn zu finden. Sie sehen Gerechtigkeit als statischen und nicht als dynamischen – und schon gar nicht relativen – Wert.

Wenn man schon John Rawls Überlegungen richtig versteht, dann ist die Form selbst der erste und wichtigste Wert, der die Gerechtigkeit ausmacht. Eine gerechte Entscheidung ist ohne gerechte Formen der Auseinandersetzung nicht zu erreichen. Beide sind untrennbar miteinander verbunden. Beide müssen im Ergebnis Akzeptanz (Zustimmung von Verstand und Gefühl) finden, wenn sie Bestand haben sollen. Rawls sah die Lösung des Problems in dem täglich millionenfach erneuerten *contrat sociale*, wobei alle Entscheidungen (Gesetze, Urteile, Verwaltungsakte usw.) nur mit einem »Schleier des Nichtwissens« vor Augen getroffen werden sollten, der es verhindern würde, die Auswirkungen der Entscheidung auf die eigenen Interessen wahrzunehmen. Dieser Schleier des Nichtwissens ist oft genug eine reine

Fiktion, weil wir durch ihn hindurch blicken können. Im Kern ist es eine moralische Leistung, so zu tun, als habe man in einer bestimmten Situation keine eigenen Interessen. Das Beste, was man tun kann, ist es, solche Interessen zu identifizieren und sich zu entscheiden, sich nicht nach ihnen zu richten. Die Grundidee vom Schleier des Nichtwissens wirkt sich aus der Perspektive eines Gesetzgebers, der in die Zukunft blickt, anders aus, als aus der Perspektive des Richters, der zurückblickt. Der Richter kennt zwar nicht die absolute, wohl aber die prozessuale Wahrheit und seine moralische Anstrengung besteht im wesentlichen darin, die Unabhängigkeit seines Blicks zu sichern, soweit deren Gefährdung ihm bewusst wird. Es hängt von den jeweiligen Machtverhältnissen ab, ob diese moralische Leistung gelingt, oder nicht. In einer gut funktionierenden Demokratie, die gleichzeitig fähig ist, das *Gewaltmonopol des Staates* in angemessener Form unter Berücksichtigung aller Interessen wahrzunehmen, ist sie leichter zu erbringen, als in anderen Regierungsformen. Schon in Oligarchien oder stark religiös geprägten Staatsformen wird es schwierig, weil die Unabhängigkeit der Richter in ihnen kaum gesichert werden kann, in Diktaturen ist sie wohl nicht zu realisieren. Deshalb hatte man John Rawls vorgeworfen, er bilde in seinen Überlegungen letztlich nichts anderes dar ab, als die Idealform eines Rechtssystems innerhalb westlicher Demokratien, das unter anderen Rahmenbedingungen niemals funktionieren würde.

Diese Kritik verkennt, dass *Fairness* wie so viele Begriffe, die wir im Umfeld der Gerechtigkeit finden – so vor allem die Gleichheit und die

Ungleichheit –eine *Konstruktion* ist, die natürlich in sich leerläuft, wenn man versucht, sie mit abstrakten Begriffen zu fassen. Sie ist ein Teil moralischer Vorstellungen und keine Werkzeugmaschine, mit der man sich Begriffe schleifen kann. Nur der *konkrete* Weg ist gangbar und der pragmatische Begriff der Fairness ist gut geeignet, uns dabei unter allen Rahmenbedingungen als Kompass zu dienen. Auch unter ungünstigen Verhältnissen finden sich hier und dort mutige Richter und Rechtsanwälte, die ihr Leben für ihre Mandanten aufs Spiel setzen. Woher sollten sie ihre Maßstäbe gewinnen, wenn nicht aus einem Begriff wie Fairness? Er geht nicht von der Idee aus, dass die Gerechtigkeit ewig dauernde Inhalte hat, sondern davon, dass wir sie in jedem Konflikt neu definieren müssen. Er ist sehr komplex: Die Gerechtigkeit hat nur dann eine faire Chance, wenn die Entscheidung über einen konkreten Konflikt anhand der Maßstäbe für Inhalt und Verfahren entwickelt wird, die oben skizziert worden sind. Das kann sehr schwierig werden, denn der Weg zur Gerechtigkeit ist mit Widersprüchen gepflastert, die wir in den beiden Katalogen über Verfahren und Inhalte auf den ersten Blick entdecken (wurde rechtliches Gehör gegeben? Ist die Strafe angemessen?). In einigen Fällen kann man sie auflösen, in anderen muss man sie wie den gordischen Knoten durchschlagen. Ebenso wie das Geld ist die Gerechtigkeit ein Maßstab für Wertdifferenzen. Sie ist eine soziale Währung, deren Verteilung die einen als richtig, die anderen als falsch beurteilen und empfinden. Er setzt sich aus vielen einzelnen Werten zusammen, die jeder nach Absolutheit streben und deshalb ständig von der »Tyran-

nei der Werte«⁶¹ bedroht sind. Die Fairness sorgt dafür, zu verhindern, dass Nächstenliebe tyrannisch wird, z.B. in der Form, den Leuten das Rauchen zu verbieten, politisch korrekte Vokabeln zu benutzen und in jeder Phase ihres Lebens daran zu denken, dass ihre Existenz den Planeten vernichtet – eine Erbsünde, für die es nirgendwo Vergebung gibt. All diese Werte muss man bejahen, aber wir müssen sie gleichzeitig zwingen, sich in fairer Weise mit anderen Wertvorstellungen zu arrangieren (vor allem der Freiheit). Wo sie fehlt, lebt man wie in einer Gemeinde von Alt-Mennoniten oder in Nordkorea. Jede Tyrannei ist Willkür, auch die Tyrannei der Harmonie und nur die Fairness kann solche Fehlentwicklungen verhindern. Offenbar ist es nicht leicht, das zu verstehen: »Wir haben Gerechtigkeit gesucht und was wir bekommen haben, ist der Rechtsstaat« sagt die Bürgerrechtlerin Bärbel Bohley stellvertretend für alle, die nicht begreifen können, dass Gerechtigkeit nur eine Chance ist und dass man nie wissen wird, ob man sie auch wirklich gefunden hat.

Das wird auf dem Feld der politischen Korrektheit besonders deutlich. Russland, China und andere Staaten, die sich in den letzten Jahren an den Standard westlicher Rechtssysteme angenähert haben, benutzen die gleichen Begriffe, die wir für politisch korrekt halten, aber ignorieren deren Widersprüche, anstatt mit ihnen zu arbeiten: »Den Freunden alles, den Feinden *nur* das Gesetz« lautet einer der

⁶¹ Nicolai Hartmann, Ethik, de Gruyter Berlin 1962

Wahlsprüche der Oligarchen⁶². Es ist selbstverständlich, dass Asiaten und Europäer in vielen Fällen eine völlig andere Vorstellung von dem haben, was man in einem konkreten Fall als fair oder angemessen bezeichnen kann. Über die Inhalte der Gerechtigkeit wird es also immer Streit geben. Aber ihre formale Seite, die Verfahrensgerechtigkeit hängt davon nicht ab. Wenn etwa in China ein Importeur, dem Zollvergehen vorgeworfen werden, ein halbes Jahr ins Gefängnis kommt, ohne auch nur einen Anwalt sehen zu dürfen, dann hat diese Ignoranz nichts mit einer unterschiedlichen Auffassung von Fairness zu tun, es ist ein bewusster Verstoß gegen die Grundregeln, die ein Rechtssystem braucht, um überhaupt funktionieren zu können.

Die »ideale« Entscheidung soll aus naiver Sicht verschiedene Ziele mit einem einzigen Schuss treffen. Man spürt sofort, wie falsch diese Metapher ist, wenn man sich darüber im klaren ist, dass viele Ziele in genau gegensätzlichen Richtungen liegen. Richtig ist stattdessen die Vorstellung, dass jemand, der die Gerechtigkeit jagen wollte, nichts treffen kann, was er zuvor nicht angebunden hat. Bei der Suche nach der Gerechtigkeit sind wir Gärtner, nicht Jäger. Deshalb werden wir nie wissen, ob die jeweilige Entscheidung auch wirklich die richtige war. Fairness hat keinen absoluten Inhalt, weil sie von relativen Werten abhängig ist. Urteilen heißt Handeln und nicht nur Denken: wie immer ein Konflikt entschieden wurde, immer wird jemand sagen

⁶² Der autoritäre brasilianische Präsident *Getulio Vargas* (1883–1954) soll ihn erfunden haben („Aos amigos tudo, aos inimigos a lei.“), aber er ist gewiß Jahrtausende alt.

können, die Gerechtigkeit sei verfehlt worden. Auch ein falsches Urteil kann die Chancen der Gerechtigkeit erhöhen, solange es öffentlich diskutiert und geändert werden kann. Nur wenn wir uns davon frei machen, die Suche nach der Gerechtigkeit mit moralischen Vorwürfen zu verbinden, sondern lernen, in Chancen und Risiken zu denken, vermeiden wir ewigen Rekurs.

Verfahrensgerechtigkeit

Die Gerechtigkeit kann ihre Chancen nur realisieren, wenn wir das Handwerk⁶³ der Rechtsdurchsetzung richtig betreiben. Es besteht in erster Linie aus den Verfahren, also selbsttragenden Systemen, deren »Ablauf unabhängig ist von den Unterschieden unter den Handelnden, die es in Gang setzen⁶⁴«. Sie müssen wie die Inhalte den Anforderungen der Gerechtigkeit standhalten⁶⁵. Ein Verfahren ersetzt – wie jede Planung – den Zufall zwar oft genug nur durch Irrtum, aber nur so werden Systeme steuerbar, weil sie nach geraumer Zeit wenigstens ihrer eigenen Logik folgen. »Die Wahrheit ergibt sich eher aus Irrtum, als aus Verwirrung« (Francis Bacon⁶⁶).

Verfahren findet man überall: im Bereich der Politik, der Sozialsysteme und der Rechtssysteme. Ein Parlament, eine Verwaltungsbehörde, ein Gericht kann unter sehr wechselvollen Rahmenbedingungen funktionsfähig bleiben. Wenn sie nicht oder nur in schwachen Formen existieren, gibt es nur geringe Chancen für gerechte Entscheidungen. Schon in den Verfahrensregeln muss sich der Ausgleich der Interessen zwischen dem Einzelnen und der Gesellschaft ausdrücken, sie dürfen nicht wertneutral sein. Deshalb können anarchistische Modelle, die Verfahren verachten, nie für Gerechtigkeit sorgen. Verfahren sind stabiler und wichtiger als Inhalte. »Freiheitssicherung

⁶³ Zu dessen Bedeutung: Richard Sennett, *Handwerk*, Berlin Verlag 2009

⁶⁴ Stanley Fish, *Das Recht möchte formal sein*, Suhrkamp 2011, S. 114

⁶⁵ Roland Hoffmann (Theinert), *Verfahrensgerechtigkeit – Studien zu einer Theorie der prozeduralen Gerechtigkeit*, Schöningh 1992

⁶⁶ Englischer Lordkanzler Rechtsanwalt und Rechtsphilosoph (1561 - 1626)

liegt zu einem guten Teil in Formen und Verfahren, weit mehr als in materiellen Gewährleistungen«⁶⁷, oder, wie es im englischen Rechtssystem heißt: »remedies precede rights«. Die englische Rechtstradition knüpft dabei an Gedanken an, die sich schon in den ersten schriftlichen Zeugnissen über Rechtssysteme (Hammurabi, Zwölftafelgesetz et cetera) finden, lückenlos in die Theorie hinein fortsetzen (Aristoteles⁶⁸, Cicero⁶⁹) und schon auf theoretisch hohem Niveau in den Institutionen Justinians (1.1) formuliert sind:

»Gerechtigkeit ist der unmittelbare und dauerhafte Wille, jedem sein Recht zu gewähren.«

Über den Inhalt des Rechts wird damit (noch) nichts mitgeteilt. In den Rechtssystemen, die sich mehr auf das römische Recht stützen, entwickelt der Gedanke der inhaltlichen Gerechtigkeit im Lauf der Zeit eine höhere Bedeutung als die Verfahrensgerechtigkeit. Bis in die Zwanzigerjahre des 20. Jahrhunderts wurde sie geradezu übersehen, wenn nicht missachtet: »Der Prozess ist für mich das technische Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeit beherrscht, der Ewigkeitswerte bar⁷⁰. Erst in den sechziger Jahren rückte die Verfahrensgerechtigkeit als Thema stär-

⁶⁷ Ernst Wolfgang Böckenförde, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Interview mit Dieter Gosewinkel, Suhrkamp 2011 Seite 368

⁶⁸ Nikomachische Ethik V Z. 6 (1131a – B)

⁶⁹ De officiis 2, 21, 73; 2,22,78

⁷⁰ Friedrich Stein, Grundriss des Zivilprozessrechts, 1921 Vorwort Seite III

ker in ins Blickfeld⁷¹. Eines der wesentlichen Probleme unserer Gerechtigkeitsdiskussion beruht darin, nach einer unter allen Umständen absolut richtigen Lösung des Konflikts zu suchen. Das ist eine Überforderung jedes denkbaren Rechtssystems. Die angloamerikanische Sicht ist bescheidener als unsere, damit aber wohl realistischer.

Konfliktmanagement

Entschuldigung und Vergebung (Geben und Nehmen)

Verfahren im Bereich der Rechtssysteme

In Rechtssystemen – vor allem vor Gericht – rekonstruieren wir die Realität, die zum Konflikt geführt hat, wie auf einer Theaterbühne mit verteilten Rollen und hoffen, dass sich aus dieser Darstellung Einsichten ergeben, die uns eine gerechte Lösung ermöglichen. Hier befinden wir uns in der Situation von Schauspielern, die ihren Autor suchen und ihn sich – ohne es zu merken – erst erfinden (Pirandello hat das beschrieben). Im Verfahren *entwickeln* alle Beteiligten einschließlich der Richter die Gerechtigkeit *konkret* in jedem Einzelfall – wobei nur wenige Fälle sich völlig gleichen. Dazu brauchen wir zehn unverzichtbare *Verfahrensbedingungen*, ohne die ein gerechtes Urteil nicht entstehen kann. Jede einzelne steht unter der Grundregel der Fairness:

⁷¹ Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, Göttinger Universitätsreden 1966, Seite 25

- 1) Die Unabhängigkeit – und damit im Kern die Vertrauenswürdigkeit – der Richter muss absolut gesichert werden. Der Richter darf sich nicht von den Machtverhältnissen außerhalb des Verfahrens (Politik, Medien, Bestechung et cetera) beeinflussen lassen und darf nur ein Urteil sprechen, dessen Inhalt er – aus der Sicht eines Dritten – auch für und gegen sich selbst akzeptieren müsste.
- 2) Es muss ein Rechtssystem geben, das sich auf allgemein gültige, Gesetze stützt, auf deren Basis unabhängige Gerichte über Konflikte entscheiden und diese Entscheidungen wirksam durchgesetzt werden.
- 3) Solange sich Gesetze und Urteile nicht selbst gegen die Rahmenbedingungen über Inhalte und Verfahren richten, unter denen Gerechtigkeit entstehen kann, muss jedermann sie beachten,
- 4) Alle Gesetze und Entscheidungen, die Verfahren begründen oder ausführen, müssen hinter dem »Schleier des Nichtwissens« getroffen werden, dürfen also nicht dem konkreten Nutzen derjenigen dienen, die die Entscheidung treffen.
- 4) Alle Entscheidungen müssen hinreichend konkret sein, bekannt gemacht und überprüfbar sein.
- 5) Alle Elemente eines Rechtssystems müssen in einem Verhältnis von Check and Balance zueinander stehen, die Initiative muss Kontrolle dulden, die Kräfte müssen sich ausbalancieren.
- 6) Ziel jedes Verfahrens muss die Ermittlung der Tatsachen sein, soweit sie sich in zumutbarer Weise (Zeit/Kosten/Beweisregeln et cetera) ermitteln lassen (die prozessuale Wahrheit).

7) Das Verfahren muss die Rechte und Pflichten aller Beteiligten definieren und Rechtsmittel enthalten.

8) Es muss stabil sein, also vor allem viele kleine Fehler tolerieren und verarbeiten können⁷².

9) Staatliche Verfahren müssen (mit begründeten Ausnahmen im Bereich von Politik und Verwaltung) öffentlich sein, die Urteile ohne Ausnahme veröffentlicht werden, damit jedermann sich auf sie berufen kann.

10) Jeder muss in angemessenem Umfang sprechen dürfen: keine der Perspektiven, die jemand einnimmt, darf unterdrückt werden.

Politische Rahmenbedingungen

Bevor wir diese Rahmenbedingungen im Detail analysieren, werfen wir einen Blick auf die Rahmenbedingungen, die sie brauchen, um wirksam werden zu können. Auf den ersten Blick wirken die zehn Regeln jedenfalls aus der Sicht westlicher Rechtssysteme geradezu selbstverständlich: Gesetze werden in den meisten Kulturstaaten von Parlamenten verabschiedet, von unabhängigen Richtern beurteilt und bei inneren Widersprüchen immer an der Verfassung ausgerichtet usw. Wir identifizieren Rechtsstaatlichkeit regelmäßig mit dem uns bekannten verfassungsrechtlichen System, insbesondere der Demokratie, dem uns bekannten Katalog der Grundrechte und anderen Elementen der Staatsverfassung, die in engen Wechselwirkungen aufeinander reagieren. Aber nicht nur unter diesen günstigen Bedin-

⁷² Dietrich Dörner, Die Logik des Misslingens, Rowohlt 2003

gungen hat die Gerechtigkeit eine Chance. Wäre es anders, dann hätten die Menschen vor tausenden von Jahren, als es solche Rahmenbedingungen noch nicht gab, keine Gerechtigkeit erreichen können. Sie haben den Begriff aber schon früh geprägt und hinter ihm steht eine Erfahrung, die uns zeigt, dass auch in Monarchien (wie z.B. Saudi-Arabien) oder in Oligarchien (Russland, China usw.) Gerechtigkeit eine Chance hat – vermutlich nur seltener, als unter anderen Bedingungen. Aber auch wir leben nicht auf der Insel der Seligen: Wir waten geradezu in verfassungswidrigen Gesetzen, die allein deshalb noch gelten, weil über sie noch nicht entschieden worden ist (wo kein Kläger, da kein Richter).

Betrachten wir im folgenden die wichtigsten Elemente rechtlicher Verfahren.

Unabhängigkeit der Gerichte und unbefangene Richter

Es mag auf den ersten Blick erstaunen, dass das als erste Verfahrensbedingung die Unabhängigkeit des Richters genannt wird. Muss es nicht erst Gesetze geben, bevor man von einem Richter sprechen kann? Die geschichtliche Entwicklung zeigt uns, dass die Entscheidung über Konflikte durch eine, von einer Gruppe beauftragte Person (der Stammesälteste, der Häuptling, die Schamanin, die Priesterin usw.) ganz am Anfang steht, mit Sicherheit bereits vor Entstehung der Schrift (ca. 5000-7000 v. Chr.). Schriftliche Gesetze sind Ausdruck mündlicher Traditionen, in denen solche Entscheidungen in allgemein gültiger und abstrakter Form zusammengefasst worden sind. Sie

wurden bekannt gemacht, damit sich jedermann auf sie berufen konnte, stehen aber auf dem Boden einer Jahrtausende alten Entwicklung. Auch heute noch gibt es im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit Formen der Entscheidung, die sehr nahe an diesen uralten Verfahrensregeln stehen. Wenn die Parteien z.B. lediglich vereinbaren, ein einzelner Schiedsrichter solle den Fall entscheiden und zwar unabhängig von einer bestimmten Rechtsordnung und damit ohne Bindung an konkrete Gesetze über Verfahren und/oder Inhalte, dann ist und bleibt sein Urteil auch heute noch wirksam, wenn es im Ergebnis nicht gegen Grundprinzipien der Rechtsordnung verstößt, in der das Schiedsurteil vollstreckt werden soll.

Die Gerechtigkeit hat nur eine Chance, wenn die Richter alle Konstruktionen durchschauen, die die Prozessbeteiligten ihnen anbieten (einschließlich ihrer eigenen Befangenheiten) und Rahmenbedingungen vorfinden, die ihre Neutralität sichern. Von Richtern stammt die Selbsterkenntnis: »Hier bekommen Sie keine Gerechtigkeit, sondern nur ein Urteil«. Der Satz wird meist negativ interpretiert, sagt aber nichts anderes, als dass Gerechtigkeit nur im Verfahren geboren werden kann und gleichzeitig durch das Verfahren beschränkt wird. Die Unabhängigkeit des Richters ist dabei das entscheidende Element. Sie hat eine lange geschichtliche Entwicklung hinter sich. Der alte griechische Prozess (um 400 v. Chr.) wurde von allen stimmberechtigten Bürgern entschieden : in privaten Angelegenheiten waren Gruppen

von 51-401 Geschworenen tätig, in politischen 500-6000⁷³, die sich in einem Stadion versammelten und alles andere als eine neutrale Auffassung zu den jeweiligen Konflikten hatten. Rechtliche und politische Auseinandersetzungen wurden nicht klar unterschieden, viele Schauprozesse waren reine Machtkämpfe. Die offensichtliche Befangenheit der Richter wurde nur durch das ebenso offene Verfahren einigermaßen austariert. 1600 Jahre später war das Problem aber schon in aller Klarheit erkannt. Die erste schweizerische Verfassung (Bundesbrief) der Urkantone Uri Schwyz und Unterwalden (1291) sagt:

» Wir haben auch einhellig gelobt und festgesetzt, daß wir in den Tälern durchaus keinen Richter, der das Amt irgendwie um Geld oder Geldeswert erworben hat oder nicht unser Einwohner oder Landmann ist, annehmen sollen«.

Urteile brauchen Anerkennung durch die Beteiligten. In diesem Begriff fließen die logische Richtigkeit und die Möglichkeit, sie emotional zu akzeptieren zusammen. Das ist nur zu erwarten, wenn jede Person, die an der Entscheidung mitwirkt, das Vertrauen der Beteiligten genießt, also kein eigenes Interesse an dem Fall hat. Selbst inhaltlich fehlerhafte Urteile bestehen diesen Test, wenn die Beteiligten sich am Ende entscheiden, mit diesen Fehlern zu leben. Die Unabhängigkeit des Richters wird nicht allein dadurch gesichert, dass entsprechende Gesetze bestehen. Vielmehr muss die Exekutive die Neutralität der Gerichte aktiv absichern. Ob das geschieht, hängt nur

⁷³ Gerhard Thür, Das Gerichtswesen Athens im 4. Jahrhundert v. Chr. in: Große Prozesse im antiken Athen (Burckhardt/von Ungern Sternberg) CH Beck 2000

von den politischen Machtverhältnissen ab, wie wir in der Vergangenheit an dem skandalösen Verhalten der deutschen Richter nach 1933 sehen konnten⁷⁴. In vielen modernen Staaten, in denen die Gewaltenteilung noch keine gelebte Selbstverständlichkeit ist (Russland, China), sind die Verhältnisse auch heute nicht anders. In noch weit mehr Staaten existiert keine Demokratie, womit weitere wichtige Elemente des Rechtsstaates fehlen oder sie bestehen vielleicht pro forma, werden aber nicht in die Realität umgesetzt. Das bedeutet aber nicht, dass unter all diesen sehr eingeschränkten Umständen die Gerechtigkeit keine Chance hat. Diese Chance fehlt ihr nur, wenn es keinen wirklich unabhängigen Richter gibt.

Die zentrale Wichtigkeit des Vertrauens in den unabhängigen Richter zeigt sich trotz der Leistungsfähigkeit moderner Rechtssysteme auch heute noch jeden Tag. Beim *Forum Shopping* geht es etwa darum, schon beim Abschluss eines Vertrages (Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung), spätestens aber beim Beginn eines Konflikts dafür Sorge zu tragen, ein geeignetes Gericht ausfindig zu machen. Wäre das Vertrauen in alle Richter, die im formal eingerichteten Rechtsstaaten tätig sind, weltweit gleich, wäre es kaum zu erklären, dass ein deutscher Kläger lieber vor den Frankfurter als vor den Pariser Gerichten verhandeln will. Und umgekehrt wird der französische Beklagte versuchen, den Fall in sein Land zu ziehen. Bei Schiedsgerichten ist die Klärung solcher Vorfragen, die auch mit der

⁷⁴ Ingo Müller, *Furchtbare Juristen - Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Knauer 1989; Bernd Rüthers, *Entartetes Recht*. C.H.Beck, München 1989,

Nationalität, den Sprach – und sonstigen Fachkenntnissen eines ins Auge gefassten Schiedsrichters zusammenhängt, von besonderer Bedeutung.

Kurz: Richter müssen die Fähigkeit haben, ihre eigenen Interessenkonflikte zu entdecken und die moralische Stärke, sie öffentlich zu machen. Das Verfahren muss gewährleisten, dass sie wegen Befangenheit abgelehnt werden können, wenn sie dazu nicht fähig sind.

Rechtssysteme: Rechtssicherheit, gesetzliches Recht und Präjudizien

Wenn wir hier und im folgenden von Rechtssystemen sprechen, dann fasst dieser Begriff alle Regeln zusammen, aus denen Verfahren und Inhalte bestehen, die eingerichtet sind, um gerechte Entscheidungen zu ermöglichen. Seit etwa 4000 Jahren hat es sich bewährt, diese Regel als »Gesetze« zu definieren, wobei in Demokratien diese Gesetze durch Parlamente verabschiedet werden und weitere Elemente des modernen Rechtsstaats für die Realisierung der anderen Verfahrensbedingungen sorgen, die oben beschrieben worden sind. Zu ihren die wichtigsten Platz die Regel, dass nicht nur eine Entscheidung getroffen, sondern dass sie auch durch Zwangsvollstreckung praktisch durchgesetzt wird. Wenn ein Rechtssystem nur ein Urteil garantierte, die Vollstreckung aber wieder den Parteien überließe, wäre schon das Urteil nichts weiter als wertloses Spiel. Hier berührt sich jedes Rechtssystem mit der Art und Weise, wie in einem Staat die Gewaltverhältnisse verteilt sind. Steht das staatliche Gewaltmonopol

nur auf dem Papier, wird auch das Rechtssystem bald in sich zusammenfallen. Auf dieses Kriterium reagieren alle besonders sensibel.

Es liegt auf der Hand, dass der Grad der Wirksamkeit eines Rechtssystems nicht nur von der Qualität der Texten oder eingerichteter Institutionen, sondern vor allem vom Verhalten der jeweils beteiligten Menschen abhängig ist, die diese Rahmenbedingungen nutzen. Aus den Zeiten der Monarchie gibt es immer wieder rührende Erzählungen über einen gnädigen König, der einem armen Menschen sein Recht gegen die Reichen und Mächtigen verschafft. Wenn die Gerechtigkeit in dieser Form anekdotisch bleibt, ist der Wirkungsgrad gering, weil der Zufall nicht steuerbar ist. Es gibt bedauerlicherweise kaum soziologische Untersuchungen darüber, welchen Wirkungsgrad einzelne Rechtssysteme erreichen und wie ihre Qualität von den Menschen wahrgenommen wird. Aus China oder Russland (und natürlich aus Nordkorea) hört man, dass das Vertrauen nicht groß sein kann.

Die Qualität eines Rechtssystems hängt davon ab, inwieweit es die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass gerechte Entscheidungen getroffen werden. Die Grundlagen dazu schafft notfalls der Richter selbst: »Da mihi facta, dabo tibi ius« – gib mir die Tatsachen und ich gebe dir das Recht. Unter ius hat das römische Recht nicht nur die Entscheidung des Richters sondern – einen Schritt früher – die Definition des möglichen Anspruchs (actio) verstanden. Der Leitsatz zeigt daher den Weg zur Gerechtigkeit sogar dann, wenn es weder Gesetze noch

Präjudizien gibt. In den angloamerikanischen Rechtssystemen ist dieser Gedanke selbstverständlich: in England gibt es keine geschriebene Verfassung und in den USA ist das statutory law weit lückenhafter, als wir es gewöhnt sind. In diesen Systemen »stolpert man in die Weisheit«. ⁷⁵ und das gibt der Gerechtigkeit nur Chancen, wenn die einzelnen Schritte die Rechtssicherheit verbessern. Diese Idee ist zusammen mit dem geschichtlichen Denken entstanden, mit der Forderung nach Kontinuität, nach Bewahrung des Bewährten. Das Verhalten jedes Einzelnen soll sich nach Regeln richten, die unter vergleichbaren Umständen vergleichbar verstanden werden können. Das Präjudiz entsteht aus einer Kette von Entscheidungen über gleiche oder ähnliche Fälle – es ist die Mutter der Gesetze, denn erst wenn Regeln erkannt werden, kann man sie in Worte fassen. Die Idee der Rechtssicherheit unterscheidet moderne Rechtssysteme von früheren. Nur sie ermöglicht es, das Ziel der Gleichheit zu erreichen.

Aber auch in Deutschland, Österreich oder der Schweiz, die die technisch besten Rechtssysteme der Welt haben, entstehen auf einmal im Internet, im Umweltschutz, im Datenschutz völlig neue Welten, die rechtlich noch nicht durchdacht sind. Trotzdem müssen die Konflikte vor den Gerichten ausgetragen werden und das hat Folgen: die Urteile werden voneinander divergieren, der Ruf nach Einheitlichkeit wird laut, all diese Unsicherheiten führen zu parlamentarischen Reak-

⁷⁵ Gustav Radbruch, *Der Geist des Englischen Rechts*, Gesamtausgabe Bd. 15, Seite 25 (68-71).

tionen, dann zu gesetzlichen Regelungen und schließlich zu immer sicherer werdenden Urteilen.

Rechtswidrige Gesetze und gesetzwidrige Urteile

Die dritte Rahmenbedingung gehört zu den schwierigsten, denn sie beschäftigt sich mit dem Paradox rechtswidriger Gesetze und/oder gesetzwidriger Urteile.

Rechtswidrige Gesetze sind solche, die gegen die Grundwerte verstoßen, die in einem Staat vereinbart worden sind. Wir werden uns im zweiten Teil dieser Untersuchung mit diesen Werten beschäftigen. Wenn Verfassungen und Verfassungsgerichte eingerichtet worden sind, lässt sich die Gesetzwidrigkeit von Gesetzen innerhalb dieser Verfahren prüfen. In der Bundesrepublik finden wir einen Rechtsstaat auf sehr hohem funktionalen Niveau. Umso erstaunlicher ist es, wie viele verfassungswidrige Gesetze es gibt und wir dürfen vermuten, dass nur ein gewisser Teil von ihnen überhaupt entdeckt wird. Wie wird die Situation in der Ukraine sein?

Ohne institutionelle Mittel, die dazu dienen, gesetzwidrige Gesetze zu enttarnen muss man auf die allgemeinen Grundregeln zurückgreifen, die oben erläutert worden. So ist es z.B. offensichtlich, dass Einzelfallgesetze, die nur deshalb erlassen worden sind, um einen individuellen Interessenkonflikt zu Gunsten einer Seite vorab zu entscheiden, rechtsunwirksam sein müssen, weil der »Schleier des Nichtwissens« sie nicht verhüllt hat.

Gesetzwidrige Urteile sind nicht einfach zu entdecken, wenn das Urteil keine offensichtlichen logischen Fehler hat, bestimmte Regeln,

wie das rechtliche Gehör verletzt und man nicht davon ausgehen kann, dass der Richter befangen war. In modernen Rechtssystemen besteht die Chance, solche Fehler durch eine zweite Instanz aufzufangen. Wenn ein Gericht aber die Tatsachen unvollständig oder fehlerhaft ermittelt hat und dieser Fehler niemandem auffällt, muss es z.B. Wiederaufnahmeverfahren geben, um auch solche Fehler zu korrigieren. Urteile können aber die gegebenen Gesetze formal vollkommen einhalten und trotzdem ungerecht sein. Das galt z.B. für einen wesentlichen Teil der Gerichtsurteile, die nach dem 30.01.1933 bis zum 08.05.1945 in Deutschland während der NS-Zeit erlassen worden sind. An solchen Urteilen wirkte etwa der spätere baden-württembergische Ministerpräsident Hans Filbinger mit. Zu seiner Rechtfertigung führte er aus⁷⁶: »Was damals rechtens war, kann heute nicht Unrecht sein!«. Wer einen so formalen Rechtsbegriff verwendet, erklärt alles für gerecht, was durch formale Regeln (oft genug nur notdürftig) als Rechtssatz abgeleitet werden kann. Recht besteht aber nicht nur aus der formalen Richtigkeit, sondern auch aus einer inneren Rechtfertigung. Wenn Gesetze den Gerechtigkeitsgedanken nicht mehr repräsentieren, kann man das in modernen und leistungsfähigen Rechtssystemen z.B. über Verfassungsbeschwerden korrigieren, aber wo das nicht der Fall ist (wie z.B. im Dritten Reich, oder in anderen Diktaturen), bleiben Urteile zunächst einmal formal bestehen, auch wenn die politischen Machtverhältnisse sich geändert haben und die Urteile überprüfbar machen. Wie kommt man über

⁷⁶ SPIEGEL v. 15.5.78

die formale Hürde der Rechtskraft des Urteils hinweg? Dazu gibt es einen Verfahrensweg und einen inhaltlichen Weg. Der Verfahrensweg besteht darin, Urteile formal aufzuheben, die sich auf Gesetze und Verfahren stützten, die der Gerechtigkeit keine Chance geben wollten. Was darunter zu verstehen ist, werden uns die inhaltlichen Bedingungen zeigen, die wir weiter unten diskutieren. Ohne formale Aufhebung bleibt ein Urteil aber in der Welt und bedeutet für jeden, der von ihm betroffen ist, schon deshalb eine erhebliche Ungerechtigkeit: Wer in der NS-Zeit strafrechtlich verurteilt worden ist oder durch z.B. rassistische Zivilrechtsurteile rechtswidrig enteignet wurde, musste diese Urteile im Nachhinein einzelnen anfechten und trug die volle Beweislast dafür, dass ihm Unrecht geschehen war. Es hat über 50 Jahre gedauert, bis das Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischen Unrechts (1998) diese Unrechtsurteile insgesamt beseitigt hat. Auch zu diesem Zeitpunkt war es nicht ganz einfach, das Gesetz durchzusetzen. Im Bereich dem Militär-Straftaten (Desertion et cetera), die in Armeen weltweit strafbar sind und nicht gegen allgemeine Gerechtigkeitsgedanken verstoßen, haben Teile des Bundestages die allgemeine Aufhebung entsprechender Urteile für problematisch angesehen. Für den historischen Einzelfall war die Entscheidung gleichwohl richtig.

Der Schleier des Nichtwissens

Instanzenzüge

Check and Balance

Tatsachenermittlung: Die prozessuale Wahrheit

Am Anfang jedes Verfahrens steht die Ermittlung der Wahrheit. Ohne sie kann es keine Gerechtigkeit geben, denn auf dem Boden der Lüge wird sie nie entstehen. Lüge ist jede Aussage, die der Sprechende aus seiner eigenen Perspektive für falsch halten muss. Aber was ist Wahrheit? Der Richter Pilatus hat diese Frage nicht als erster und nicht als letzter aufgeworfen. Wir müssen ihn für die Radikalität, in der er sie vor 2000 Jahren gestellt hat, bewundern⁷⁷, denn auch heute können wir sie nicht beantworten: Wahrheit ist von Tatsachen abhängig und über diese Tatsachen können wir uns nur in wenigen sehr einfach gelagerten Standardfällen einigen. Wer versucht, eine Antwort zu finden, die von allen zu jeder Zeit unter allen Umständen akzeptiert werden kann, wird in die Irre gehen. »Es gibt keine genaue Unterscheidung zwischen der Wirklichkeit und dem Unwirklichen. Auch nicht zwischen dem, was Wahrheit und Irrtum ist. Eine Sache ist nicht notwendigerweise wahr oder unwahr, sie kann das eine und zugleich das andere sein.«⁷⁸

⁷⁷ Gelegentlich ist zu lesen, in der Äthiopischen Kirche werde Pilatus als Heiliger verehrt. Tatsächlich rechnet man ihn dort zu den »Gerechten«, weil er die Unschuld Christi erkannt hat, auch wenn er sich fälschlich für unzuständig erklärte – eine Schwäche, mit der jeder rechnen muss, der sich um Gerechtigkeit bemüht (Auskunft von Prinz Asfa Wossen Asserate im Dezember 2012).

⁷⁸ Harold Pinter, Nobelpreis Rede cit.n. FAZ vom 27. Dezember 2008 Seite 29.

Die Antwort ist immer das Ergebnis eines offenen Verfahrens, in dem die von jedem einzelnen »konstruierten« Wahrheiten erkannt, koordiniert und gegeneinander abgewogen werden.

Diese Verfahren unterliegen notwendig vielen Beschränkungen, die man nicht überwinden kann: der wichtigste Zeuge ist tot, man findet keinen Sachverständigen, Verwandte und Priester haben Zeugnisverweigerungsrechte usw. Die Parteien tragen ihre jeweiligen Perspektiven vor, Zeugen und Sachverständige steuern das ihrige bei und auch die Richter haben ein Vorverständnis aus anderen Fällen, aus ihrer Lebenserfahrung oder aus der schrittweisen Meinungsbildung, die sie durchlaufen. Im Prozess finden wir nicht die Wahrheit des Geschehenen, sondern erhöhen nur (hoffentlich) die Wahrscheinlichkeit, sie herauszufinden. Am Ende finden wir nur die Wahrheit, die der Prozess uns zu sehen erlaubt. Diese *prozessuale Wahrheit* ist das Ergebnis all dieser Elemente unter Berücksichtigung ihrer Beschränkungen, von denen einige auch zur Manipulation verwendet werden können. Aber sie liefert innerhalb der Grenzen des Systems immerhin mehr als die Summe der subjektiven Perspektiven, die Einzelne zu dem Verfahren beigetragen haben. Der wesentliche Fehler von Gerechtigkeitsfanatikern besteht darin, diese Begrenzungen nicht zu akzeptieren und von den Verfahren mehr zu verlangen, als sie geben können. Sie übersehen dabei, dass es uns außerhalb der Verfahren noch weniger möglich ist, die Tatsachen vollständig zu ermitteln. »Die Wahrheit ist die Menschen zumutbar« (Ingeborg Bachmann), aber nur die Verfahren haben die Möglichkeit, diese Zumu-

tung zu erzwingen. Nicht nur bei den Tätern ist das schwer, auch die Opfer haben die größten Schwierigkeiten, diese Erfahrungen zu verarbeiten, wie man vor allem in den Fällen des Kindesmissbrauchs, der Vergewaltigung und anderer Angriffe gegen den Kern unserer Persönlichkeit erfahren müssen.

Rechte und Pflichten der Beteiligten

Stabilität

Öffentlichkeit

Rechtliches Gehör

Die Fairness gebietet es, dass jeder, der an einem Konflikt beteiligt ist, seine Ansichten vortragen kann, wie abwegig sie auch sein mögen. Wenn Konflikte nicht in einem gerichtlichen Verfahren, sondern im Palaver geregelt werden, besteht der Kern dieses Verfahrens aus nichts anderem als dem Vortrag unterschiedlicher Auffassungen. Das rechtliche Gehör ist also älter als förmliche Verfahren und wir finden es schon in den ersten Anfängen des griechischen Prozesses. Dort zeigte sich aber auch, dass die Fähigkeit der Menschen, sich anderen gegenüber verständlich zu machen, sehr unterschiedlich ist. Also boten rhetorisch erfahrene Leute ihre Dienste an und der Kläger lernte seinen Vortrag auswendig. Sehr schnell haben alle begriffen, dass das Unsinn ist – der Beruf des Rechtsanwalts (dikigoros) wurde erfunden. Rechtliches Gehör ohne Beistand ist nichts wert.

Verfahren bei der Verteilung sozialer Güter

Im Bereich der sozialen Systeme gelten alle diese Regeln nur mit erheblichen Veränderungen. Hier gibt es viel freies Ermessen, das es erlaubt, die Verteilung einmal so und einmal anders vorzunehmen. Die Logik ist nicht mehr zwingend, mit der Folge, dass auch der Begriff an Schärfe verliert.

Die Auffassung, jemand habe einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf soziale Güter, ja, er könne sie sogar gerichtlich durchsetzen, ist in Deutschland erst in den sechziger Jahren selbstverständlich geworden. In anderen Ländern herrscht noch heute eine weit größere Beliebigkeit nicht zuletzt in den Ermessensspielräumen, die hier auch breit genug sein müssen, damit die Verwaltung funktionieren kann. Auch an die Tatsachenermittlung, die Öffentlichkeit von Verfahren, oder das Controlling können nicht die gleichen Ansprüche gestellt werden, wie sie bei Rechtssystemen berechtigt sind.

Verfahren im Bereich der Politik

Politische Entscheidungen finden im Rahmen von Institutionen (Parlamenten, Ausschüssen, Wahlen et cetera) in den dort festgesetzten und häufig von der Verfassung vorgegebenen Verfahren statt. Diese Verfahren dienen der Verteilung von Macht und dem Ausgleich von Machtdifferenzen. Schon daraus ergibt sich, dass nur Kernbestandteile der Fairness eine Rolle spielen können. Der Gleichheitssatz kann nur formal gelten (z.B. durch die Einrichtung einer Frauenquote), und trotzdem sehen wir im Bereich der Politik ein seltsames Paradox:

Nirgendwo wird mehr Gerechtigkeit gefordert als gerade hier und ist weniger davon praktisch möglich.

Das Verfahren der Rechtsgewinnung

Die Umsetzung dieser einzelnen Elemente in einem geordneten prozessualen Ablauf ist in den jeweiligen Rechtssystemen sehr unterschiedlich gestaltet. In den USA ist sehr oft eine Art Beweisermittlungsverfahren vorgeschrieben, in dem die Parteien den Prozessstoff unter Aufsicht des Gerichts zusammentragen müssen, bei uns wird erwartet, dass schon die ersten Schriftsätze alles Relevante vollständig ausbreiten. Jedes Verfahren hat dabei tragende Elemente, die wir in jedem Rechtssystem finden. Arthur Kaufmann hat festgestellt, dass es in jedem Fall vier Phasen gibt ⁷⁹:

- Zunächst werden die Tatsachen ermittelt und eine Hypothese aufgestellt, welche denkbaren Alternativen ein Urteil annehmen kann (z.B. Verurteilung oder Freispruch: Abduktion).
- Nun werden Gesetze, Präjudizien, Auslegungsgrundsätze et cetera zusammengetragen, die zu den jeweiligen Alternativen passen (Ermittlung der Norm: Induktion).
- Dann wird der Fall mit den denkbaren Entscheidungsalternativen verglichen (Analogie)

⁷⁹ Arthur Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse
CH Beck 1999 Seite 70 ff

– Und schließlich werden diese Erkenntnisse wieder in der logischen Frage zusammengeführt, aus welcher Tatsache sich welche Alternative und welche Norm – und damit eine bestimmte Entscheidung ergibt (Subsumtion/Deduktion).

Die ersten beiden Schritte folgen den Gesetzen der Logik mit mehr oder weniger »problematischen« Ergebnissen, sind aber keinesfalls frei von Gefühlen, denn ob man eine Tatsache für erwiesen oder widerlegt hält, setzt eine Entscheidung voraus, die sich dem Einfluss des Gefühls nicht entziehen kann. Die Prozessordnungen sorgen bewusst dafür, Einbruchstellen für die Gefühle zu sichern. Zwei Beispiele:

- Im Strafprozess hat der Angeklagte das *letzte* Wort, eine überragende Chance, den Richtern sein persönliches Schicksal vor Augen zu führen und sie damit zu beeindrucken
- Testamente, die in allen möglichen freien und strengen Formen abgefasst werden können, sind immer so auszulegen, dass der Wille des Sterbenden, so wie er ihn in seinen letzten Stunden zum Ausdruck gebracht hat, sich gegenüber anderen Interessen durchsetzen kann,⁸⁰ auch wenn er unlogisch erscheint.

Analogie ist unlogisch

Noch stärker ist der Einfluss der Emotionen in der Phase der Analogie, die jeder rechtlichen Entscheidung in der dritten Phase zugrundeliegt. Sie besteht aus dem *Vergleich* zweier (oder mehrerer) Sachver-

⁸⁰ Christoph Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, Duncker & Humblodt 1992

halte und/oder Ideen, die man mit einem vereinbarten Maßstab (z.B. einem gültigen Präjudiz) vergleichen und dann als mehr oder weniger identisch bezeichnen kann. Logisch gesehen ist sie ein Zirkelschluss, denn von entscheidender Bedeutung sind die *Gefühle* der Beteiligten, die sich bei der Arbeit am Vergleich entwickeln⁸¹. Sie geben letztlich den Ausschlag dafür, ob man den einen Sachverhalt im Verhältnis zu einem anderen als gleich oder ungleich bezeichnet. Man kann keinen Fall einfach »fotografieren«, er kann unendlich viele Dimensionen haben und so entstehen auch bei relativ übersichtlichen Situationen Bilder von großer Komplexität. Urteile entstehen in einem Meer von Zweifeln, die nicht logisch, sondern nur emotional überwunden und in die Überzeugung des Richters verwandelt werden können. Die Analogie enthält auch starke ästhetische Elemente: Die ausgewogenen Schalen der Gerechtigkeit bilden ein symmetrisches Bild, an dem wir uns unbewusst stets orientieren. Die Gefahr dabei: Ein Richter darf nicht in einer emotionalen Falle stecken bleiben, wie es den meisten Menschen ergeht, die versuchen, einen Konflikt außerhalb eines rechtlichen Systems zu entscheiden.

Um die Gefahr in den Griff zu bekommen, schließt sich die vierte Phase an, in der das Ergebnis, zu dem sein Rechtsgefühl den Richter drängt, wieder an Maßstäben gemessen werden muss, die den Gesetzen der Logik standhalten müssen. Erst in diesem vierten Schritt,

⁸¹ Hans Blumenberg, *Ästhetische und metaphorologische Schriften*. Auswahl und Nachwort von Anselm Haverkamp. Suhrkamp 2001,

der Subsumtion/Deduktion werden die Erkenntnisse aus den früheren drei Stufen mit logischen Mitteln wieder zusammengeführt.

Betrachten wir die entscheidende dritte Phase – die Analogie – etwas genauer. Wir spüren, dass wir mehr über sie wissen sollten, begreifen aber auch, dass unsere Werkzeuge uns dabei nicht helfen können. Karl Engisch⁸² sprach anschaulich vom »hin – und her wandernden Blick«, also dem schrittweisen Versuch, Regel und Fall in immer weiteren Details miteinander in Beziehung zu setzen. Dieses Verfahren folgt den Gesetzen des Wissens, aber nicht ihnen allein, sondern auch den Gesetzen der Erfahrung und der Ästhetik. In dieser Phase wird ein Verstoß gegen die Logik nicht deshalb berücksichtigt, weil er gegen die Denkgesetze verstößt, sondern weil das Gefühl sich dagegen wehrt. Der Richter muss nicht nur die »Anstrengung des Begriffs« (Hegel) aushalten, sondern auch »die Erziehung des Gefühls« (Flaubert) verarbeiten – Anwälte haben es in beider Hinsicht leichter.

Das ist der Kern des Rechtsgewinnungsverfahrens. Dieser Kern entwickelt sich aus einem Zusammenspiel der bis dahin gewonnenen logischen Erkenntnisse und dem Gefühl dafür, ob der Fall, der zu entscheiden ist, demjenigen gleicht, den das Gesetz im Auge gehabt hat, oder so ähnlich schon einmal unter anderen Umständen entschieden worden ist. Hier berühren sich Recht und Macht unmittelbar: die Möglichkeit zu behaupten, ein Gegenstand sei einem anderen gleich

⁸² Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 10. Auflage 2005

oder ungleich, hängt von den Machtverhältnissen ab⁸³ (manche sind gleicher als andere – George Orwell). Robert Gernhardt⁸⁴ zeigt die Probleme:

DAS GLEICHNIS

*Wie wenn da einer, und er hielte
ein frühgereiftes Kind, das schielte,
hoch in den Himmel und er bäte:
»Du hörst jetzt auf den Namen Käthe!« –
Wär' dieser nicht dem Elch vergleichbar,
der tief im Sumpf und unerreichbar
nach Wurzeln, Halmen, Stauden sucht
und dabei stumm den Tag verflucht,
an dem er dieser Erde Licht.....
Nein? Nicht vergleichbar? Na, dann nicht!*

Die Analogie ist auch das Feld, auf dem sich Ästhetik und Moral miteinander verbinden: man braucht einen Blick für ästhetische Zusammenhänge, um festzustellen, ob ein Fall oder eine Alternative einer anderen gleicht und man muss seine ganze moralische Kraft aufwenden, um diesen Vergleich unbefangen und unbeeinflusst von den Machtverhältnissen vorzunehmen. Das gelingt nur, wenn ein Richter die innere Größe hat, sein Urteil so zu fassen, dass er es auch gegen

⁸³ Arthur Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, Seite 59

⁸⁴ F.W. Bernstein (Hrsg) Neue Frankfurter Schule Seite, Arkana 1987,148 ,s.a. Besternte Ernte, Frankfurt am Main, 2001,

seine eigenen Interessen akzeptieren müsste, wenn er Partei wäre. Wie eine jüngere Studie zeigt, stellen 47 % der Richter sich diese Frage und 30 % schließen nicht aus, dass sich unbewusst von ihr bewegt werden⁸⁵. Nicht nur die Gesetze, auch die Urteile müssen »hinter dem Schleier des Nichtwissens« geschrieben werden. John Rawls Formulierung findet hier ein wichtiges Anwendungsfeld: ein Richter, der selbst Mieter ist, muss die moralische Stärke aufbringen, sich bei seiner Entscheidung über die Klage des Mieters nicht mehr mit ihm zu identifizieren als mit dem Vermieter. Rudolf Gerhardt u.a. zeigen in ihrer Studie auch, dass 70 % der Richter gelegentlich eine Divergenz wahrnehmen zwischen dem Urteil, das sie nach Recht und Gesetz sprechen müssen und ihrem eigenen Rechtsempfinden. Sie haben aber keine Chance, dieses Problem »wissenschaftlich« zu lösen, weil es in jedem Einzelfall in anderem Gewand erscheint.

Schon heute kann man mit Programmen, die näher an der Oberfläche liegen (Fuzzy-Logic) auch Abläufe abbilden, die nicht streng an der Logik haften müssen. Aber die entscheidende Frage ist, wie viele Parameter man erfassen muss, um zwei Fälle miteinander vergleichen zu können. Wird das Gefühl – das ein Computer (noch) nicht abbilden kann – im Verfahren der Rechtsgewinnung als wirksames Element anerkannt, wird es sich seiner Ergebnisse immer sicherer: Der Blick des Richters wandert zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen, von der Logik zu Analogie, von den Tatsachen zu den Meinun-

⁸⁵ Rudolf Gerhardt, Hans Mathias Kepplinger, Stefan Geiß (Universität Mainz), Die Kunst der richterlichen Urteilsfindung, noch unveröffentlichte Studie 2012, Vorbericht FAZ 13.6.2012.

gen. Nur das Gefühl wird dem Richter die Richtung zeigen können, wenn die Entscheidung auf Messers Schneide steht. Unsere Verfahrensordnungen sorgen dafür, dass diese Einbruchsstellen immer offen gehalten werden: im Plädoyer des Anwalts (das es auch in Zivilverfahren gibt) und dem letzten Wort des Angeklagten werden sie am Schluss des Verfahrens genutzt, genau an jener Schnittstelle, an der Logik und Gefühl zusammenfließen müssen.

Die entscheidende Rolle der Gefühle im Rechtssystem sieht man am Recht des Angeklagten, das letzte Wort zu sprechen. Wenn alle Tatsachen auf dem Tisch liegen und alle Argumente ausgetauscht sind, kann er mit seinen Worten als letzter an das Gefühl der Richter appellieren, die sich dann zu Beratung zurückziehen. Sie sollen das letzte Wort als letzten Eindruck in die Beratung mitnehmen. In diese Beratung treten sie stets mit gemischten Gefühlen und werden sich oft nicht einigen können. Dann wird das Urteil nur durch Abstimmung ermittelt – der beste Beweis, dass Gerechtigkeit nur einen relativen Wert darstellt.

Als Anwalt und später als Schiedsrichter habe ich – wie jeder von uns – in jeder Phase des Verfahrens gespürt, dass Recht nicht nur aus System und Logik besteht. Der Richter ist kein gefühlloser Entscheidungsautomat, wie manche Leute ihn sich vorstellen. Jede der Reportagen, die sich in diesem Buch finden, belegt das. Heute können wir uns mit der Bedeutung der Gefühle, die unsere Entscheidungen lenken, beschäftigen, weil wir sie experimentell erforschen.

Die Inhalte der Gerechtigkeit

Nutzen, Gleichheit Freiheit und Glück kunstvoll abwägen

Es dürfte heute kein Land auf der Welt geben, in dem man die Inhalte der Gerechtigkeit nicht aus den Gesetzen und der Rechtsprechung ablesen kann (soweit sie ihren Namen verdienen). Das verdeckt den Blick auf die Tatsache, dass jeden Tag Millionen von Konflikten durch Menschen entschieden werden, die nicht in irgendein Rechtssystem eingebunden sind soll, sondern ihre Entscheidungen nur aufgrund ihrer Autorität fällen, die andere Ihnen zubilligen. Welche Maßstäbe benutzen Sie dafür? Die Antwort gibt uns erneut der Blick in eine Vergangenheit, in der es keine Rechtssysteme gab.

Bei dem australischen Jägervolk der Walbiri spricht man von dem »geraden« oder »richtigen Weg«⁸⁶, bei den Römern von der »Kunst des Ausgewogenen und Guten« (ars aequi et boni)⁸⁷, in modernen Terminologien von Fairness⁸⁸. Was ist da auszuwiegen, wie trennt man Gut und Böse, wie unterscheidet man gerade und ungerade? Vielen Sprachen (so dem Englischen) fehlt ein Begriff für „Recht“, aber die Begriffe „Gerechtigkeit“ (justice) und „Gesetz“(law) sind stets vorhanden. Mit dem Begriff »justice« bezeichnet man in den angloamerikanischen Systemen auch die höchsten *Richter* und will damit ganz ausdrücklich sagen, dass dieses Amt (und damit gleichzei-

⁸⁶ Uwe Wesel, Geschichte des Rechts, 2. Aufl. 2000, S. 29

⁸⁷ Ulpian in den Digesten, Lehrbücher des Rechts ca. 150 n.Ch.).

⁸⁸ John Rawls, Gerechtigkeit als Fairness, ein Neuentwurf Suhrkamp 2006

tig: die Person, die das Amt ausfüllt) die Gerechtigkeit der Entscheidung in der Hand hat. Man denkt dort weit personaler als in den kontinentaleuropäischen Systemen, (civil law). Seit den frühesten Anfängen, in denen Aristoteles versuchte, in seiner Ethik geeignete Formen zu finden, sind zwar immer neue Begriffe entstanden, aber sie alle erschöpfen sich letztlich darin, die Auffassungen wiederzugeben, die in dem jeweiligen Raum, der Zeit und den kulturellen und sozialen Rahmenbedingungen, unter denen man sie definiert, allgemein anerkannt werden. Dabei stoßen wir auf vier Begriffe, die sich stets in neuen Kombinationen wiederholen, sprachlich oft gleich benannt werden, aber sehr verschiedene Inhalte umfassen können: Es sind Nutzen, Gleichheit und Freiheit, die alle am Maßstab des Glücks bemessen werden. Aber es zeigt sich, dass Nutzen, Gleichheit, und Freiheit einen *Kern* haben, der in universaler Betrachtung vielleicht sehr klein ist, sich aber innerhalb einzelner Kulturen und immer stärker dann in einzelnen Gruppen so vergrößern kann, dass viele Menschen darüber eine einheitliche Auffassung entwickeln. Glück ist ein Gefühl und daher mit logischen Kriterien nicht zu erfassen. Jeder wird seine eigenen Maßstäbe dafür haben. Ein guter Maßstab dafür, ob jemand glücklich ist, ist das Lächeln. Es ist in der internationalen Kommunikation in den meisten Kontexten unmissverständlich – wir lächeln, wenn wir glücklich sind. Allerdings gibt es Ausnahmen, vor allem in Asien: Dort ist es in tragischen Situationen ein Ausdruck der Hilflosigkeit, der Bitte um Mitgefühl, es zeigt den Willen zum Durchhalten usw. Wir wollen im Folgenden danach suchen, einigermaßen einheit-

liche Vorstellungen von Nutzen, Gleichheit, Freiheit und Glück zu analysieren. Nur, wenn wir sie finden, hat die Gerechtigkeit eine Chance, sich zu entfalten.

Nutzen und Glück

„Mit dem Prinzip des Nutzens ist jenes Prinzip gemeint, das jede beliebige Handlung gutheißt oder missbilligt entsprechend ihrer Tendenz, das Glück derjenigen Gruppe zu vermehren oder zu vermindern, um deren Interessen es geht [...] Mit ‚Nutzen‘ ist diejenige Eigenschaft an einem Objekt gemeint, wodurch es dazu neigt, Wohlergehen, Vorteil, Freude, Gutes oder Glück zu schaffen.“ (Jeremy Bentham).

Jeremy Bentham (1748–1832) und John Stuart Mill (1806–1873) haben gestützt auf die klassischen Schriftsteller (Seneca, Epikur et cetera), aber auch christliche Vorstellungen danach gefragt, wie Menschen Prioritäten setzen und die Handlungen andere beurteilen. Dass sie dies nach dem »Kosten – Nutzen Verhältnis« tun, war nie ein Geheimnis, aber die Utilitaristen sind häufig so missverstanden worden, dass sie den Nutzen nur in harten Fakten (Macht und Reichtum) sähen, nicht aber in »weichen Werten«. Unser Zitat zeigt aber, dass Nutzen und Glück untrennbar miteinander verbunden sind. Wenn unsere einfachsten Bedürfnisse (Essen, Trinken, Schlafen, Sex, soziale Beziehungen et cetera) befriedigt sind, sind mit dem täglich wiederholten Erreichen dieser Zustände immer weniger Glücksgefühle verbunden. Wir suchen dann auf höheren Ebenen, die Abraham Maslow

(1908-1970) definiert hat: Wenn wir darauf vertrauen, dass unsere Grundbedürfnisse wirklich gesichert und unsere sozialen Kontakte befriedigend sind, suchen wir (in den westlichen Kulturen) Erkenntnis und Selbstverwirklichung und überprüfen unser Verhältnis zur Transzendenz (Religionen), während wir ungefährdeten Verhältnissen Religion naiv als Werkzeug des Glücks verwenden. Nur sehr wenigen gelingt es, solche höheren Ziele auch unter existenzbedrohenden Umständen nicht aus dem Auge zu verlieren. Vergleichbare Modelle hat schon Plato entwickelt, sie sind aber auch kritisiert worden, vor allem, weil die empirische Basis fehlt. Man sieht auf den ersten Blick, dass sie in asiatischen Kulturen, deren wichtigster sozialer Wert die Harmonie der sozialen Beziehungen ist, nicht in ähnlicher Weise angewendet werden kann, wie in westlichen Gesellschaften, die Selbstverwirklichung für wichtiger halten als Harmonie. Darüber hinaus ist die »Bedürfnispyramide« mit Sicherheit nicht als Prozess »von unten nach oben« zu verstehen, sondern eher als ein modulares System zu deuten, bei dem, abhängig von der jeweiligen Lebenssituation – der eine oder andere Wert dominiert (Dietrich Dörners PSI-Theorie⁸⁹ weist in diese Richtung). Unabhängig von solchen Detailfragen steht aber fest: Gerechtigkeit, die den Nutzen einer Entscheidung für die Beteiligten außer acht ließe oder sich darüber hinwegsetzte, ob die Entscheidung sie glücklich macht oder verletzt, kann den Kern des Begriffs nicht treffen.

⁸⁹ *Dietrich Dörner: Die Mechanik des Seelenwagens. Eine neuronale Theorie der Handlungsregulation.* Hans Huber, Bern 2002.

Gleichheit und Glück

Die wichtigste Voraussetzung dazu ist die Fähigkeit, Gleiches vom Ungleichen zu unterscheiden. Das Problem ist allerdings: Jeder Mensch hat seinen eigenen Maßstab für Gleichheit oder Ungleichheit und muss ihn mit anderen Menschen abstimmen. Die jüngere neurobiologische Forschung lässt vermuten, dass wir – anders als die Primaten – schon in den ersten Lebensmonaten die Fähigkeit dazu entwickeln⁹⁰. Damit ist zweierlei gemeint:

- Wir tauschen im Alltag unendlich oft alle möglichen Gegenstände (Sachen, Informationen et cetera) ohne jedes Mal einen Rechenvorgang darüber anzustellen, ob uns das nutzt oder schadet. Allein der Abschluss dieser unsichtbaren Verträge ist emotional befriedigend,
- wenn nur alle Beteiligten darauf achten, dass das Grundgesetz der Gleichheit nicht verletzt wird.

Der Vorgang des Austausches und das Gefühl von Gleichheit/Ungleichheit hängen also eng miteinander zusammen. Vielleicht beruht das auf einem genetischen Quantensprung im Verhältnis zu Tieren, der uns die mentalen und emotionalen Fähigkeiten verleiht, Zusammenhänge über den Augenblick hinaus zu erkennen. Menschen können Hoffnung auf Gegenleistung entwickeln und haben die Fähigkeit, die Lusterfüllung hinauszuschieben, gewiss verstärkt (oder allein verursacht) durch die Interaktionen mit anderen Menschen.

⁹⁰ *Michael Tomasello, Warum wir kooperieren, Suhrkamp 2010 – dort auch zu kontroversen Thesen.*

Aus solchen einfachen Anfängen haben sich unendlich komplexe Formen des Gebens und Nehmens entwickelt, ohne die das moderne Wirtschaftssystem nicht aktionsfähig wäre. Ihr tragendes Gerüst sind die Verträge, mit denen man entweder Leistungen aller Art austauscht (Austauschverträge) oder in denen man sich zur Erreichung bestimmter Ziele zusammenschließt (Gesellschaftsverträge), was wiederum voraussetzt, dass (intern) gleichartige Beiträge ausgetauscht werden. Verträge haben das Ziel, die Beteiligten zu binden, einseitige Entscheidungen zu verhindern, die das Ziel des Austausches oder der gemeinsamen Anstrengung etwa gefährden könnten, vereinbarte Beiträge zu erzwingen, Sanktionen zu ermitteln usw..

Die Ausgewogenheit unserer Beziehungen ist so zu einem universalen Grundgesetz des sozialen Zusammenlebens geworden: Die ethnologische Forschung⁹¹ konnte zeigen, dass seit jeher ein gleichgewichtiges Geben und Nehmen für den sozialen Zusammenhalt einer Gruppe so wichtig ist, dass es als Ritual sogar dann gepflegt wird, wenn beide Seiten bei dem Austausch weder etwas zu gewinnen noch zu verlieren haben. Die Sozialpsychologie⁹² und die Systemtheorie⁹³ haben innerhalb ihrer Suchraster das gleiche gefunden. Im Lauf der Jahrtau-

⁹¹ Marcel Mauss, Die Gabe. Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften, Bd. 2 der Soziologie und Anthropologie Frankfurt 1989; Maurice Godelier, Das Rätsel der Gabe : Geld, Geschenke, heilige Objekte, CH Beck 1999

⁹² John Stacey Adams, Inequity in sozial exchange, in L. Berkowicz (Ed) Advances in experimental social psychology, (Vol 2, pp 267 - 299), New York Academic Press 1965

⁹³ Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Suhrkamp 1988, S. 47ff; Simon Fritz B., Radikale Marktwirtschaft - Grundlagen des systemischen Managements, Carl-Auer 2005, S. 42 ff

sende sind eine Reihe von Formeln entstanden, in deren Zentrum die Forderung nach gleicher Beurteilung vergleichbarer Sachverhalte steht. Einige Beispiele:

- Jedem das Seine (Plato, Cicero, Bibel, Corpus Juris civilis):
- Jedem nach seinen Fähigkeiten, jeder Fähigkeit nach ihren Leistungen (Claude-Henri Rouvroy de Saint Simon, 1820))
- Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen (Karl Marx, Kritik des Gothaer Programms, dritter Abschnitt (1875/1891))
- Jedem nach seinen Mindestbedürfnissen (Sozialstaatsprinzip)

Versucht man sie abstrakt (z.B. allein nach logischen Regeln) zu lösen, entstehen nichts als Leerformeln und Zirkelschlüsse. Das sieht man auf den ersten Blick an der berühmten Formel »Jedem das seine«, die man auch auf den Toren der Konzentrationslager gefunden hat. Um die Mühe der Definition kommt man nicht herum. Will man etwa bestimmen, wer »jeder« ist, muss man ihn von anderen Personen abgrenzen. Sollen alte Menschen eine Rente bekommen, muss man definieren, ab welchem Alter jemand alt ist. Sonst könnte jeder nach seiner Geburt Rente verlangen, was offensichtlich niemand will. Hinter der Forderung, Gleiches gleich zu behandeln steckt also immer auch die Erkenntnis, dass Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Das Gleichnis vom Weinberg (Matthäus 20,1-16) zeigt, dass eine logische Lösung nicht möglich ist: Der Arbeitgeber gibt jedem Arbeiter einen Denar, auch jenen, die statt acht Stunden nur eine Stunde gearbeitet haben. So gibt er jedem das Gleiche und behandelt doch alle un-

gleich. Da die Logik versagt, ist es stets eine Frage der (stets relativen) Bewertung der Positionen, die man vergleichen will. Deshalb ist – wie wir später noch genauer sehen werden – Gerechtigkeit niemals ein absoluter Begriff.

Freiheit und Glück

Das Ziel der Gleichheit hat ein natürliches Spannungsverhältnis zu dem der Freiheit. »Wenn Sklaverei kein Unrecht ist, gibt es überhaupt kein Unrecht« – mit diesen Satz fasste Abraham Lincoln den Kern der Debatte während des Unabhängigkeitskrieges zusammen⁹⁴. Heute klingt er völlig selbstverständlich, aber welcher langen verlustreichen Weg mussten die Amerikaner gehen, um ihre Streitigkeiten darüber zu beenden. Die Sklaverei wurde durch ihn tatsächlich abgeschafft, die Rassendiskriminierung aber nicht. Die Forderung nach Gleichheit ist oft genug ein Angriff gegen die Freiheit. Die naive Hoffnung der Französischen Revolution, man könne beides gleichzeitig haben, ist durch Erfahrung widerlegt. Man muss lernen, beide Werte in der jeweiligen Situation in ein angemessenes Verhältnis zu bringen⁹⁵. Dasselbe gilt für das Verhältnis von der Gerechtigkeit im Einzelfall und der Rechtssicherheit. Gerechtigkeitsfanatiker⁹⁶ vermögen es schwer einzusehen, dass eine verpasste Berufungsfrist auch einen berechtigten Anspruch vernichtet. Wäre es anders, könnte man kein

⁹⁴ Brief an Albert G.Hodges, Collected Works (1953), Bd 7, S. 281

⁹⁵ Wolfgang Fikentscher, Die Freiheit und ihr Paradox, FAZ Verlag 1997

⁹⁶ deren Handlungen auch auf psychischen Erkrankung beruhen können, BGH NSTZ-RR 2009, 169

Verfahren mehr planen – aber wir brauchen diese Planungssicherheit, um die Gerechtigkeit im Einzelfall realisieren zu können. Freiheit und Gleichheit befinden sich im ewigen Wechselspiel: Eine starre Verbindung würde an der stets wechselnden Realität zerbrechen. Aber die Leute wollen in jeder Situation von beidem alles und zwar sofort und ohne alle Kosten. Was sie tatsächlich erreichen können, ist ein, in einem empfindlichen Gleichgewicht, in dem wenige Ideallinie treffen, wohl aber die Chance haben, Fehleinschätzungen nach der einen oder anderen Seite zu korrigieren. Wenn das mit dem nötigen Augenmaß und zeitnah geschieht, kann man größere Ausschläge (wie z.B. Revolutionen) vielleicht vermeiden.

Fairness usw. das sucht sich alles sein Bett im Fluss der Wirklichkeit. Man muss nicht viel machen, weil die Gerechtigkeit sich selbst organisiert. Am besten zu beobachten bei den Indianern, von denen Everett berichtet: Sie machen es wie die Kinder – wer sich schlecht auführt, mit dem reden wir einfach nicht und er muss allein essen usw. »ich red nicht mehr mit dir, ich spiel nicht mehr mit dir, ich guck dich nicht mehr an«. An diesen Vers aus Kindheitszeiten erinnere ich mich. Er entspricht dem Strafgesetzbuch dieser Amazonasindianer. Denn jeder weiß: diese Isolation ist lebensgefährlich. Also kommt er recht bald und macht den Schaden wieder gut. Sonst : die Regulatoren von Arkansas !

Schönheit und Glück

Die römische Definition (*ars aequi et boni*) zeigt uns zwei weitere Aspekte des Begriffs der Gerechtigkeit: mit den Begriffen »angemessen und gut« werden auch Ästhetik und Moral miteinander verknüpft und im Begriff der Kunst (*ars*) verbinden sich Logik und Gefühl, weil Inhalt und Form miteinander in Beziehung treten. Ihr Mischungsverhältnis ist für die einzelnen Anwendungsfelder der Gerechtigkeit sehr unterschiedlich, aber – wie wir sehen werden – für ihren Inhalt von ausschlaggebender Bedeutung. Recht hat seine eigene Ästhetik (die Ausgewogenheit), aber es ist nicht die einzige, die uns beeindrucken kann. Das Gleichmaß ist die Ordnung des Rechts, die in andere Ordnungen eingreift und sie unplanbar verändert und verletzt. Auch ein Müllhaufen hat eine Ordnung, er hat eine Ästhetik (wie die moderne Kunst entdeckt hat), die nicht unbedingt dadurch besser wird, dass man sie verändert. Seit vielen Jahrhunderten sind wir dabei, die Natur aufzuräumen, und jetzt stellen wir fest, dass man die Schäden, die dabei entstanden sind, kaum mehr in den Griff bekommt: »Durch Nichthandeln bleibt nichts ungeordnet«.

Eine faire Entscheidung, ein gerechtes Urteil können sogar den glücklich machen, der verloren hat, wenn er die Fähigkeit besitzt, den Wert des Urteils gleichwohl zu akzeptieren (ein sehr seltener Fall). Vorbildlich ist Hans im Glück, der in immer wieder neuen Entscheidungen alles verlor, um erst so Zufriedenheit zu finden. Recht allein macht nicht glücklich.

Die Rahmenbedingungen der Inhalte

Die Interessen aller erkennbar Beteiligten abzuwägen bedeutet nicht, dass nur Kompromissformeln gerecht sind. In vielen Fällen kann das Einzelinteresse alle anderen so deutlich überragen, dass andere Interessen (auch die des Staates) zurücktreten müssen. Diese Abwägung gelingt umso besser, je mehr sie in unseren politischen, kulturellen und sozialen Systemen bereits als notwendiger Standard begriffen und nicht der jeweiligen Entscheidung des Einzelnen überlassen wird. Der Erlass von Gesetzen durch Parlamente oder der Schutz des Eigentums ist in den meisten Gesellschaften selbstverständlich, dort wird man nur noch über die Gestaltung solcher Institutionen streiten. Unter anderen Verhältnissen wird man erst die Basis legen müssen. Jede Lösung, die das Spannungsverhältnis zwischen einem Einzelnen und den anderen stabil lösen will, muss nach einem Interessenausgleich zwischen ihnen suchen, der von den Beteiligten auch dann anerkannt wird, wenn er sich gegen sie richtet. Dieses Anerkenntnis ist nur möglich, wenn jemand mit einer Beschränkung seiner Macht einverstanden ist. Der Schwache muss ebenso wie der Starke das Verfahren und das Ergebnis akzeptieren. Diese Zusammenhänge sind schwer zu verstehen. Man verwechselt die Suche nach der Gerechtigkeit oft mit religiösen Ansprüchen oder ähnlichen Ideen, die Absolutheitsansprüche definieren.

Die inhaltlichen Regeln bestehen im Kern aus der Forderung: »Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde« (Immanuel Kant), ergänzt um

die Erkenntnis John Rawls's, dass keiner wissen darf, ob die Regeln, die er aufstellt sich nicht auch gegen ihn richten können. (Schleier des Unwissens). Der inhaltliche Kern der Gerechtigkeit besteht entgegen viel verbreiteter Ansicht nicht aus bestimmten definierbaren Einzelwerten, sondern aus Zielen, die nur unter bestimmten *Rahmenbedingungen* definiert werden dürfen und dem unbedingten Willen, sie zu suchen und zu verwirklichen. Aus diesem Grundsatz lassen sich weitere Details entwickeln:

- Der Inhalt jeder Entscheidung muss »hinter dem Schleier des Nichtwissens« getroffen werden, er darf nicht den konkreten Interessen dessen nützen, der entscheidet.
- Alle erkennbaren und relevanten Interessen müssen berücksichtigt oder begründet verworfen werden.
- Die Interessen des Einzelnen sind gegen die Interessen anderer und die Rechtssicherheit abzuwägen, aber: Die Würde jedes einzelnen Menschen ist unantastbar.
- Gleiches muss gleich, Ungleiches ungleich behandelt werden: Was aber »gleich« oder »ungleich« ist, bestimmt sich – wie bei den Verfahrensregeln – nach der Spiegelung der Perspektiven aller Beteiligten gegeneinander.
- Gleichheit und Freiheit müssen in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.
- Wer Schaden verursacht hat, muss ihn – differenziert nach bloßer Gefährdung und der Art des Verschuldens – ausgleichen.

– Wer etwas haben will, muss etwas zurückgeben, zu dem er fähig ist
: Im Recht drückt dieser Grundsatz sich vor allem in der Pflicht aus, sich für Unrecht zu entschuldigen und demjenigen, der es tut, Vergebung zu erteilen. Anders kann kein Rechtsfrieden entstehen.

Dieser Katalog ist kleiner als jener, der die Verfahren betrifft und auch er legt keine bestimmte Lösung fest. So hilft etwa die abstrakte Formel »Jedem das seine« nicht weiter, wie schon Hans Kelsen erkannt hat, der sie als inhaltsleer bezeichnete. Deshalb finden wir sie nicht nur im Gleichnis vom Weinberg, sondern auch auf den Toren der Konzentrationslager. Andererseits sind die hier vorgestellten Formen nicht wertlos: Wer bei seinen Entscheidungen nur seine eigenen Interessen berücksichtigt, wem die Menschenwürde gleichgültig ist, wer die Willkür dem Problem vorzieht, Gleiches und Ungleiches zu definieren, wer die Freiheit mit den Füßen tritt oder sich weigert, Schaden auszugleichen, kann die Ziele der Gerechtigkeit weder finden noch verwirklichen.

Nimmt er jedoch die Rahmenbedingungen ernst, so erhält er Gerechtigkeit als dass (immer noch relative) Produkt eines Spannungsverhältnisses zwischen den Interessen eines Einzelnen (oder einer Gruppe) und den Interessen anderer Einzelner (oder Gruppen). Der Begriff beschreibt immer auch eine Machtdifferenz. Deshalb ist jeder der hier genannten Begriffe ist nur innerhalb seines konkreten politischen/kulturellen/sozialen et cetera Umfelds durch Menschen zu definieren, die die Macht haben, über den Konflikt zu entscheiden

(der menschliche Faktor). Die jeweiligen Kriterien, die die Prinzipien ausfüllen sollen, ändern sich abhängig von den jeweiligen kulturellen Rahmenbedingungen und Machtverhältnissen. Der Einzelne will »sein« Recht (Einzelfallgerechtigkeit), die Allgemeinheit kann es ihm aber nur auf einem Niveau geben, das für alle gleich ist und mit hoher Wahrscheinlichkeit stabil bleiben wird (Rechtssicherheit); oder: wer versucht, so tolerant zu sein, dass er auch den Angriff auf die Toleranz hinnimmt, wird alles verlieren (das Paradox der Freiheit⁹⁷). Und schließlich: Strafe muss im Verhältnis zur Schwere der Tat stehen, aber diese Regel kann uns heute nicht mehr zum Talionsprinzip führen (»Auge um Auge, Zahn um Zahn«).

Man sucht bis heute immer wieder nach einer »Grundnorm« (Kelsen), die alle Fallgestaltungen abstrakt erfassen könnte, aber man kann sie nicht finden, weil die Machtverhältnisse, die die kulturellen und sozialen Maßstäbe bestimmen, sich ständig ändern. Sind z.B. die Ressourcen in den Händen weniger, die Monopole bilden können, dann findet der Kampf um die Monopole vielleicht nur zwischen ihnen statt (der Kampf der Oligarchen), sind die Güter breit verteilt, geht es um soziale Konzepte, das richtige Verhalten im Wettbewerb usw. Die Zeit und die Kultur, in der wir leben, stellen immer neue Fragen. Popper ist mit seinem Satz: »Alles Leben ist Problemlösen« auf der richtigen Fährte⁹⁸. Trotzdem haben wir die Chance, innerhalb bestimmter Bandbreiten die Gerechtigkeit zu finden, denn wir kön-

⁹⁷ Wolfgang Fikentscher, Die Freiheit und ihr Paradox, FAZ Verlag 1997

⁹⁸ Noch klarer Arthur Schopenhauer: »Die unaufhörlichen Bemühungen, das Leiden zu verbannen, leisten nichts weiter, als dass es seine Gestalt ändert.«

nen abstrakte inhaltliche Regeln aufstellen, die uns dabei helfen werden, im konkreten Fall ein richtiges Ergebnis zu finden.

Das Testfeld der Menschenwürde

Versuchen wir, unsere bisherigen Überlegungen an der Frage zu testen, was zum Kern der Menschenwürde gehört. Wenn es auch unmöglich ist, ihn in den unterschiedlichsten Kulturen einheitlich zu interpretieren, kann man doch erkennen, ob ein bestimmter Wert jedenfalls als »kleinstes gemeinschaftliches Vielfaches« dazu gehört oder nicht. Hält jemand die geltenden Steuersätze für zu hoch, spricht er über ein anderes Problem als über die Todesstrafe! Die subjektive Sicht des Einzelnen ist dabei durchaus relevant: Wenn jemand lieber Folter, Gefangenschaft oder Tod hinnimmt, als eine bestimmte Behandlung zu akzeptieren, kann man annehmen, dass er um seine Menschenwürde – und nicht um geringere Werte – kämpft⁹⁹. Das ist ein starkes, aber nur subjektives Indiz dafür, wie wichtig dieser Wert dem einzelnen ist. Ob das auch auf andere zutrifft, kann nur der Vergleich mit der allgemeinen Auffassung unter den gegebenen Raum/zeitlichen Bedingungen zeigen. Niemand wird bestreiten, dass Mord, Diebstahl und Beleidigung Strafe verdienen, aber unter welchen Umständen diese Delikte verwirklicht sind, kann man nicht allgemein sagen. Wir können weder abstrakt sagen, ob die Einrichtung der Todesstrafe gegen die Menschenwürde verstößt oder

⁹⁹ Besonders beeindruckend: die Selbstverbrennungen buddhistischer Mönche als Anklagen gegenüber dem politischen System, etwa Thích Quảng Đức (* 1897; † 11. Juni 1963 in Saigon

nicht, aber dort, wo sie eingerichtet ist, muss diese Einrichtung sich mit den Grundwerten der Gesellschaft decken, und darf sich nicht allein aus zufälligen Machtverhältnissen herleiten. Da sie in vielen Staaten im Westen wie in Asien als angemessene Strafe betrachtet wird, ist sie für sich genommen kein Verstoß gegen die Menschenwürde. Auch die Frage, ob Drohung mit Folter schon Folter ist, findet keine klar erkennbaren Mehrheiten (nicht einmal in Deutschland). Unter kriegerischen Umständen gelten andere Maßstäbe als im Frieden und auch die Frage, ob man sich im Krieg befindet und daher das Kriegsrecht anwenden kann (Guantanamo) wird immer auf unterschiedliche Wertungen stoßen. Für die *Gegenwart* lassen sich daraus auch konkrete Werte entwickeln, die unabhängig von den politischen Verhältnissen von allen anerkannt werden müssen:

- Freiheit der Person (Verbot von Lohnsklaven, entrechteten Wanderarbeitern, Arbeiten unter lebensgefährlichen Bedingungen usw.)
- Gleiche Behandlung gleicher Interessen und Sachverhalte, ungleiche Behandlung unterschiedlicher Interessen und Sachverhalte
- Verbot der Folter
- Religionsfreiheit
- Meinungsfreiheit
- Schutz des persönlichen Eigentums
- Schutz der Sphäre der Persönlichkeit (Wohnung, Datenschutz et cetera)

- soziale Absicherung bei unverschuldeten Schicksalsschlägen durch die Gemeinschaft
- ein unabhängiges Rechtssystem, das eine Verletzung dieser Inhalte wirksam verhindert: Das ist nicht nur ein formaler, sondern auch ein inhaltlicher Wert, ohne den alle anderen tönendes Erz bleiben!

Wir sehen auf den ersten Blick, dass jeder einzelne dieser Werte unvermeidbaren Interpretationsspielräumen ausgesetzt ist. Was ist persönliches Eigentum? Ist die Scientology Bewegung eine Religion? Ist die Androhung von Folter bereits eine Folter? In China würde man über diese Ansicht lachen. Aber auch im chinesischen Rechtsverständnis wird man es heute nicht für gerecht halten, einem Menschen Stück für Stück die Glieder abzuschneiden, um ihn zu einem Geständnis zu bringen, wie es dort in den früheren Traditionen üblich war. Lohnsklaven sind in China und Indien bittere Realität und wir sehen vor Ort keinerlei Bemühungen, das zu ändern. Was gleich oder ungleich ist, werden wir, wie oben gezeigt, niemals »objektiv genau« wissen. Ebenso wird weltweit gefoltert, Religionen und Meinungen unterdrückt, Menschen entschädigungslos enteignet und die soziale Absicherung sowie die Funktionsfähigkeit der Rechtssysteme sind überall höchst unterschiedlich. Wie hoch muss die soziale Absicherung sein und wer kann sie unter welchen Bedingungen beanspruchen?

Wir sehen: Auch ein sehr kleiner Katalog unverzichtbarer Menschenrechte kann aus den unterschiedlichsten Perspektiven zerfleddert werden. Was er wirklich wert ist, wird uns nur die Praxis zeigen.

Wer in den Katalog der deutschen Grundrechte und vor allem auf die Garantie des demokratischen und sozialen Rechtsstaates blickt, wird eine Absicherung der Demokratie vermissen. Er wird aber erkennen, dass viele Werte der Gerechtigkeit auch in Oligarchien, patriarchalischen Gesellschaften (arabischen Scheichtümer usw.) , Monarchien und anderen Staatsformen realisiert werden können. Denken wir nur an das Entstehen der großen europäischen Gesetzeswerke, von denen kein einziges unter demokratischen Verhältnissen heutiger Qualität entstanden ist. Wir müssen daher auch akzeptieren, dass in anderen Ländern eine Reihe weiterer bei uns unverzichtbarer Rechte nicht existieren, wie die Unverletzlichkeit der Wohnung, das Asylrecht, das Petitionsrecht, das Recht auf einen Verteidiger usw. Trotzdem ist es sinnvoll, diese Begriffe als Wegmarken zu verstehen, an denen wir uns in jedem Fall orientieren müssen.

Vertragsgerechtigkeit

Gelegentlich ist von Vertragsgerechtigkeit die Rede. Man meint damit, dass auch Verträge, mit denen stets unterschiedliche Interessen der Beteiligten ohne Hilfe staatlicher Institutionen ausgeglichen werden, bestimmte Gerechtigkeitsmaßstäbe einhalten müssen. Die Gesetze des Vertragsrechts kennen solche Maßstäbe (z.B. das Prinzip von Treu und Glauben oder das Wucherverbot). Auch im öffentlichen

Recht existieren präzise Vorschriften darüber, wie Verträge gestaltet werden müssen, um ihnen zu entsprechen. Über diesen Kern hinaus hat die Vertragsgerechtigkeit keinen weiteren Inhalt: Unfairness, die die gegebenen Machtdifferenzen nutzt, aber die Grenzen von Treu und Glauben noch nicht verletzt, muß hingenommen werden.

Inhaltliche Regeln bei der Verteilung sozialer Güter

Der Versuch, eine allgemein akzeptierte »Verteilungsgerechtigkeit« im Bereich der sozialen Systeme zu definieren, ist aussichtslos. Amartya Sen¹⁰⁰ hat sich sein Leben lang damit beschäftigt und gewiss alle Faktoren beschrieben, unter denen man eine faire Verteilung wirtschaftlicher Güter vornehmen kann. Im Zentrum seiner Überlegungen steht die Verpflichtung, jedem die Chance zu geben, seine Begabungen wenigstens soweit zu entwickeln, wie dies im allgemeinen möglich ist: Ein begabter Mensch sollte also in Indien wenigstens Lehrer werden können, im Westen hingegen der Vorstand einer Bank. Man sieht auf den ersten Blick, dass die Entscheidung darüber, wer anderen diese Chance einräumen soll, nur politisch getroffen werden kann und sich nur dann verwirklichen wird, wenn die Machtverhältnisse eine Realisierung zulassen, andernfalls können solche Versuche schon an ihren eigenen Kompromissen ersticken: »Vom Standpunkt rationaler Erkenntnis gibt es nur menschliche Interessen und daher Interessenkonflikte.... Wenn sozialer Friede als höchster Wert angenommen wird, mag die Kompromisslösung als gerecht er-

¹⁰⁰ Die Idee der Gerechtigkeit, dtb 2012

scheinen. Aber auch die Gerechtigkeit des Friedens ist nur eine relative, keine absolute Gerechtigkeit.¹⁰¹«.

Ganz anders funktioniert es, wenn es um die Verteilung von Gütern in den *Sozialsystemen* geht¹⁰². : Müssen wir nur für eine Gleichheit der Chancen oder auch für eine Gleichheit der Ergebnisse sorgen? Welchen Mindestbetrag müssen Bedürftige, die ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten können, vom Staat erhalten? Welche Mitwirkungsleistungen müssen sie erbringen¹⁰³? Wie hoch dürfen Steuern und Subventionen sein? Auch wenn über einzelne dieser Ziele Einigkeit erreicht wird, kann man sie nicht ohne breite Ermessensspielräume für die Verwaltung wirksam durchsetzen. Dadurch werden Beeinträchtigungen des Gleichheitssatzes unvermeidbar: eine Gesellschaft mag sich dafür entscheiden, nur eine Gleichheit der Chancen zu schaffen, eine andere wird Ergebnisse verteilen wollen. In beiden Fällen müssen geeignete Verfahren eingerichtet sein, um Rechte und Ansprüche zu klären, die erkennbaren Interessen müssen berücksichtigt werden, es muss Gleichheit herrschen usw. und schließlich: das Gesetz vom Geben und Nehmen ist überall unverzichtbar, aber es darf nicht durch Machtmonopole (Mafia) in sein Gegenteil verkehrt werden.

¹⁰¹ Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? Stuttgart 2000, Seite 49

¹⁰² Amartya Sen, Die Idee der Gerechtigkeit, C.H.Beck 2010

¹⁰³ Benno Heussen, Mutter Staat und Kevins Skibrille, Merkur 5/2011

Gerechtigkeit in der Politik

Politik ist das Handwerk der Machtverteilung. Sie folgt anderen Regeln als die Gerechtigkeit, deren Kern aus der *Begrenzung* der Macht besteht. Hier wird um die Macht gekämpft und nicht um die Gerechtigkeit, auch wenn alle Kombattanten ihre Ziele aus ihrer Sicht als gerecht bezeichnen: Sie benutzen die Begriffe des Rechts zur Tarnung politischer Absichten, was schon auf den ersten Blick daran zu erkennen ist, dass sie sich niemals der Beurteilung eines neutralen Dritten unterwerfen würden. Unter welchen Umständen politische Entscheidungen an den Regeln der Fairness gemessen werden dürfen, ist äußerst umstritten: Wenn etwa die Steuersätze vergleichbarer Staaten zwischen 40 und 50 % schwanken, dürfte im Grunde niemand das Gerechtigkeitsargument bemühen und doch wird es schon bei geringfügigen Differenzen aus dem Hut gezogen. Es dient als moralische Keule, aber nicht als vernünftiger Maßstab. Deshalb darf auf dem Feld der Politik jeder von jedem anderen behaupten, er habe kein Gefühl für Fairness.

Die Politik ist in ihrem Verhalten im besten Fall an die Grundwerte einer Verfassung gebunden und kann sich selbst dann bei entsprechender Machtverteilung willkürlich verhalten: Wenn sie die Möglichkeit hat, die Verfassungsgerichte zu besetzen, bleiben viele Klagen ergebnislos. In der Politik gibt es keine Gleichbehandlung: in Ägypten wird 2012 Präsident Mubarak verurteilt, in Syrien könnte man den Präsidenten Assad erst verurteilen, wenn man ihn inhaftieren kann. Aus Rebellen werden Präsidenten und umgekehrt. Soll man das Ein-

greifen der USA und seiner Verbündeten im Irak als Angriff oder Befreiung deuten? Die Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag (z.B. Bosnien, Ruanda) werden sich nie auf die USA, Russland oder China erstrecken, weil sie den Gerichtshof nur unter Vorbehalt anerkennen. Ob Völkerrecht mehr als Rhetorik ist, wissen wir nicht sicher.¹⁰⁴ Es dürfte kaum eine politische Entscheidung geben, bei der sich nicht alle Beteiligten irgendwann einmal darauf berufen, ihre Position werde durch die Idee der Gerechtigkeit gestützt, die der anderen aber verstoße dagegen. Politik benutzt den Begriff der Gerechtigkeit für ihre machtorientierten Zwecke, mit ihrem Inhalt hat sie nichts zu schaffen.

Gerechtigkeit als Selbstzweck

Man hat den Juristen gelegentlich vorgeworfen, sie hätten den Anspruch, Gerechtigkeit auch dann durchzusetzen, wenn dabei die Welt zu Grunde gehe. Aber so verirrt sind wir nicht: die landläufige Übersetzung dieses Satzes ist ebenso falsch¹⁰⁵ wie die dahinter stehende Behauptung: Unsere Aufgabe ist es, dem jeweiligen Begriff anhand des konkreten Falles eine ausgewogene Form zu geben. So fließen auch Elemente der Ästhetik in das Urteil. Das ist bei kleinen homoge-

¹⁰⁴ Volker Cremer, Völkerrecht – alles nur Rhetorik? ZaöRV 2007, 267

¹⁰⁵ »Mundus« bedeutet nicht die Welt in ihrer geographischen Gestalt oder ihren politischen Institutionen, sondern ihren überflüssigen Tand und Luxus, der nur durch die Gerechtigkeit in Grenzen gehalten werden kann – so Klaus Zaczyk :»Fiat iustitia – pereat mundus« - zu Kants Übersetzung der Sentenz « in: Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblodt Berlin 2006 S. 649.

nen Gruppen, die immer wieder die gleichen Verfahren benutzen und vergleichbare Wertmaßstäbe haben, relativ einfach und bei interkulturellen Konflikten oft nicht lösbar.

So bleibt als Ergebnis: Wenn wir dem Rechtssystem den einfach erscheinenden Befehl geben »Sei gerecht!« wird es sich selbst zerstören¹⁰⁶, weil es an den Widersprüchen zerbricht, die es mit simplen Begriffen nicht auflösen kann und ferner: außerhalb des Rechtsstaats mit all seinen Widersprüchen kann man die Gerechtigkeit nicht finden.

Eine Leerstelle: die Seele der Gerechtigkeit

»Die Gerechtigkeit liegt in einem tiefen See, dessen Boden noch niemand erreicht hat« sagt ein amerikanisches Sprichwort. Die frühesten Philosophen haben über sie nachgedacht, und alle ihre wesentlichen Elemente bereits gefunden, aber wenn man die letzten klassischen Texte, etwa Hegels Rechtsphilosophie zur Hand nimmt, merkt man, dass Theorien über Theorien zwar die Freude des Denkens erhöhen, aber praktisch nur als Sterne am Horizont brauchbar sind, an denen man sich ungefähr orientieren kann: »Theoriebildungen sind immer auch »Träume«, ja sie zeigen in ihrer Tendenz zu Analogiebildungen und Identifikationen mit Symbolen sogar Elemente der schizophrenen Obsession¹⁰⁷«. Gerechtigkeit muss als Theorie der Praxis

¹⁰⁶ Franz Kafka *In der Strafkolonie* (mit Kommentar von Peter Höfle, Suhrkamp 2006): ob man diese Novelle so lesen kann, ist umstritten.

¹⁰⁷ Karl-Heinz Bohrer, Sechs Szenen 68, Merkur 5/2008 Seite 416

verstanden werden. Die Spannung zwischen beiden Ansätzen deutet auf ein tiefer liegendes Problem, das juristische Fachleute nicht allein lösen können: Wenn wir uns vorstellen, die Rahmenbedingungen für Verfahren und Inhalte seien in idealer Weise eingerichtet, könnten wir dadurch die Chancen der Gerechtigkeit nur vergrößern, wir können aber nie garantieren, dass sie sich in jedem Einzelfall verwirklicht. Einer der großen Fälle der Rechtsgeschichte zeigt uns das: Der schwarze US-Schauspieler O.J. Simpson, der verdächtig war, seine weiße Frau ermordet zu haben, wurde 1995 im Strafverfahren von einer farbigen Jury freigesprochen, im Zivilverfahren über den daraus folgenden Schadensersatz jedoch von einer überwiegend weißen Jury zur Zahlung verurteilt¹⁰⁸. Es gibt mit Sicherheit kein Verfahren in der Rechtsgeschichte, das besser dokumentiert wäre als diese beiden: O.J. Simpson war schon vor der Tat als Sportler weltberühmt, sein Versuch, der Verhaftung zu entgehen, lief über alle US-Fernsehsender, das Verfahren wurde im Fernsehen übertragen und ist mit tausenden von Dokumenten im Internet veröffentlicht¹⁰⁹. Der Richter, drei Verteidiger, darunter Alan Dershowitz¹¹⁰, die Staatsanwältin, ein Geschworener und einer Heerschar von Journalisten haben es beschrieben, es wurde im Fernsehen gesendet und doch hat

¹⁰⁸ Robert Schnabl: *Der O. J. Simpson-Prozeß*. Duncker & Humblot, 1999; Michael Moore: *Querschüsse - Downsize This!*. Piper, 8. Auflage 2004

¹⁰⁹ Der Einfluss der Medien auf das Strafmaß ist signifikant, wie eine Studie von Hans Mathias Kepplinger/Thomas Zerback zeigt, *Publizistik*, Volume 54, Nr zwei (2009, Seite 216-232)

¹¹⁰ Alan Dershowitz, *Reasonable Doubts. The O.J. Simpson Case and the Criminal Justice System*, Simon & Schuster 1996

sich bis heute noch keine »Wahrheit« herausgestellt: Gerade erst wird berichtet, der wegen anderer Taten zum Tode Verurteilte Serienmörder Glen Rodgers habe sich selbst der Tat bezichtigt – und die Staatsanwälte wollten es ihm nicht glauben¹¹¹.

Alle Versuche, in solchen Fällen zum Kern der Sache vorzustoßen, müssen scheitern, denn sie drehen sich wie bei manchen technischen Konstruktionen (Wendeltreppen, Gewinden, Korkenziehern et cetera), um eine leere Mitte. Die Ingenieure nennen sie die »Seele« des Gewindes. Sie ist der unsichtbare archimedische Punkt, an dem das ganze System hängt. Wir können die Gerechtigkeit nur deshalb handhaben, weil wir nur für die Bedingungen ihres Entstehens verantwortlich sind, so wie der Gärtner, der den Garten anlegt, aber die Pflanzen nicht wachsen lassen kann.

Einige Fragen mit unterschiedlichen Antworten¹¹²:

- Dürfen Kruzifixe in Klassenzimmern hängen, auch wenn dort Kinder von Atheisten lernen? (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, NJW 2011,3755);
- Muss man Hassprediger Hass predigen lassen, solange sie nicht tätig werden? (Bundesverfassungsgericht, NJW 2005,3275);
- Soll man ein entführtes Flugzeug abschießen, um weiteren Schaden zu verhindern? (BVerfG 1 BvR 357/05, NJW 2006,448)

¹¹¹ Frankfurter Allgemeine Zeitung 23.11.2012

¹¹² Weitere Paradoxa: Klaus Lüderssen, Rechtsfreie Räume, Suhrkamp 2012 ; zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen : Ernst Wolfgang Böckenförde, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Suhrkamp 2011

- Darf ein Staatsanwalt mit Folter drohen? (Landgericht Frankfurt NJW 2005,692 – Daschner)
- Wie weit geht die Sterbehilfe? (BVerfG 2 BvR 1451/01, NStZ-RR 2002, 169)
- . Müssen wir respektieren, dass in einigen Ländern Menschen zu Tode gesteinigt werden? Sollen wir solche Länder überfallen, um die Verhältnisse zu ändern?
- Ist die Todesstrafe ein Verstoß gegen die Menschenwürde?

Auf jede dieser Fragen gibt es ganz eine Menge möglicher Antworten. Die Idee, mit juristischen Handwerkszeugen könne man die Widersprüche zwischen ihnen auflösen, ist eine Illusion. Gerechte Gesetze, unabhängige Richter und stabile Verfahren können Gerechtigkeit schaffen, ohne sie auch nur zu erwähnen: Die größte deutsche Gesetzessammlung, der Schönfelder, enthält den Begriff nicht als Stichwort, wie Herbert Rosendorfer bemerkt hat¹¹³, die Gesetze brauchen ihn nicht, um ihn gleichwohl zu verwirklichen; denn die Gerechtigkeit ist ein philosophischer Begriff, der *außerhalb* der Systeme verankert werden muss, für deren Konflikte er den Maßstab bilden soll. Die juristische Praxis weiß, dass einer, der »die Rechtslehre als ein Land (betrachtet), in dem die Vernunft ohne Philosophie leben will« (Montesquieu), scheitern muss. Er soll die Frage beantworten: »Was sollen wir tun?«, aber anders als die Moral beschränkt muss er in Konfliktsi-

¹¹³ Interview mit Benno Heussen, Anwaltsblatt 12/2012: Inhaltlich ist das nicht ganz richtig, denn im Bd. II findet sich der Begriff.

tuationen auch dann entscheiden, wenn er die Widersprüche nicht auflösen kann. Wenn der gordische Knoten durchgehauen werden muss, damit das soziale Leben seiner Orientierungspunkte findet, sind Fehler unvermeidbar. Das ist der tiefere Grund, warum es viele richtige Antworten auf die Frage nach der Gerechtigkeit gibt. Zusammengefasst führen unsere Überlegungen zu folgender Definition:

Gerechtigkeit ist die faire Chance, Konflikte in einem ergebnisoffenen und überprüfbaren Verfahren so zu lösen und das Ergebnis durchzusetzen, dass es von jedem Beteiligten jedenfalls dann anerkannt werden kann, wenn er fähig ist, es auch aus der Perspektive der anderen zu begreifen und zu akzeptieren.

Diese Definition legt im Unterschied zu anderen Versionen besonderen Wert auf einen Punkt: Eine gerechte Entscheidung hat man nicht schon dann erreicht, wenn streitende Parteien sich mit einer Entscheidung zufrieden geben. Jede einzelne Entscheidung hat Auswirkungen auf das soziale Gefüge, in dem wir leben und da die Öffentlichkeit ein unverzichtbares Element der Gerechtigkeit ist, wirkt sie immer auch in die Öffentlichkeit hinein – sie hat soziale Auswirkungen und prägt dadurch gleichzeitig unser Gespür für Gerechtigkeit (sense of justice). Die Wirkung einer Entscheidung nach außen kann man niemals absehen oder annähernd kalkulieren. Immer wird es Widersprüche geben und wir müssen akzeptieren, dass diese Widersprüche nicht auflösbar sind. Wer sich durch eine Entscheidung unge-

recht behandelt fühlt, muss daher vor einem abschließenden Urteil einen Blick in die Menge werfen und eine Vorstellung davon zu gewinnen versuchen, wie sein Fall in deren Augen zu entscheiden gewesen wäre. Dazu braucht er die moralische Stärke, andere Perspektiven nicht zu verachten und die eigenen Entscheidungen immer wieder an ihnen zu messen und mit ihnen zu vergleichen. Auch wer nur innerhalb des Systems, in dem er sich befindet, entscheiden kann, muss es von außen betrachten können. Das kann nur gelingen, wenn *Verstand* und *Gefühl* Brücken zwischen allen Beteiligten schlagen, die es ermöglichen, eine bestimmte Entscheidung »anzuerkennen«. In diesem Begriff steckt nicht nur die logische Akzeptanz sondern auch die emotionale Zustimmung.

Die Rahmenbedingungen der Gerechtigkeit

Gerechtigkeit kann man nicht absolut garantieren, aber sie ist auch kein Zufall. Unter den hier skizzierten Rahmenbedingungen hat sie bessere Chancen:

– Eine gerechte Entscheidung beruht auf allgemeinen Gesetzen, die »unter dem Schleier des Nichtwissens« entstanden sind, setzt sie oder andere soziale Vereinbarungen in fairen Verfahren und auf faire Weise um und setzt die Ergebnisse durch. In diesen Verfahren entstehen Maßstäbe für unser gesamtes soziales Verhalten vor allem bei

der Lösung von Konflikten, der Verteilung von Gütern und politischen Entscheidungen.

– Entscheidungen sind fair, wenn die Menschen, die sie treffen, einen Sinn für die Ausgewogenheit der Rahmenbedingungen haben, innerhalb deren sie handeln und fähig sind, hinter einem »Schleier des Nichtwissens« eine genügende Distanz zwischen ihren Entscheidungen und ihren Interessen einzuhalten.

– Der Begriff gibt keine absoluten Inhalte vor. Er ist immer relativ abhängig von den konkreten Rahmenbedingungen (Raum/Zeit/Kultur/Rechtssysteme usw), in denen er verwendet wird.

– Er ist aber nicht inhaltsleer: Jede gerechte Entscheidung muss alle zum Zeitpunkt der Entscheidung allgemein für relevant gehaltenen (gegebenenfalls auch ethische) Regeln berücksichtigen, sofern sie sich nicht selbst gegen die Chancen der Gerechtigkeit richten.

– Entscheidungen müssen Verfahren und Inhalte der vorhandenen Rechtssysteme spiegeln und gleichzeitig von allen Beteiligten als fair, angemessen und in überwiegender Übereinstimmung mit den Grundwerten der Gesellschaft *empfunden* werden können - auch von denen, gegen die sich die Entscheidung richtet.

– Wer entscheidet, muss Wissen und Erfahrung haben, die relevanten Interessen aller Beteiligten aufnehmen und unabhängig sein.

– Die Analogien, die er bildet, erfordern die logische Verbindung abstrakter Sätze mit einem Gefühl für die Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit der Tatsachen mit ihnen. Hier liegt das Zentrum der Machtverteilung,

denn hier wird über Gleichheit und Ungleichheit entschieden («Einige sind gleicher als andere» (George Orwell)).

– Ein gerechtes Ergebnis setzt voraus, dass der Vergleich zwischen den Tatsachen und den theoretischen Modellen gelingt, die den Inhalt der jeweiligen Entscheidung bestimmen.

– Die ständigen Widersprüche, die zwischen Verfahren, Inhalten und Interessen auftreten sind unvermeidbar, denn Gerechtigkeit ist gleichzeitig das Gerüst und die Grenze von Recht und Macht.