Juristische Kurz-Lehrbücher

Rechtsphilosophie

Ein Studienbuch

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Uwe Volkmann

1. Auflage 2018. Buch. VIII, 276 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 72424 4
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 516 g

Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen > Rechtsphilosophie

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

§ 2 Der Sinn des Rechts

Die Erkenntnisse des vorangegangenen Abschnitts lassen sich auch so formulieren, dass heute nur noch eine solche politische Gemeinschaft Legitimität beanspruchen kann, in der ein liberales, ein egalitäres und ein demokratisches Moment zusammenkommen: Sie muss auf dem Prinzip gleicher Freiheit beruhen (liberales Moment) sie zielt auf die Gewährleistung gleicher Lebenschancen für alle (egalitäres Moment), und sie gibt der kollektiven Selbstbestimmung ihrer Mitglieder Raum (demokratisches Moment). Gerade darin beweist sie sich als eine politische Gemeinschaft, und zwar nicht als die homogene, einer gemeinsamen Glücksvorstellung verhaftete Gemeinschaft früherer Tage, sondern als eine prinzipiell liberale Gemeinschaft, die sich gerade im Bewusstsein der Verschiedenheit ihrer Mitglieder einig weiß. Über allem und gleichsam als Grundvoraussetzung des Ganzen gilt innerhalb dieser Gemeinschaft die Herrschaft des Rechts. Damit ist allerdings die Frage nach dem spezifischen Sinn des Rechts nicht beantwortet, also die *Frage nach den Zwecken,* denen es zu dienen bestimmt ist, und *der Art und Weise,* durch die es diese Zwecke zu verwirklichen versucht. Als solche stellt sie sich sowohl innerhalb der so umrissenen politischen Gemeinschaft und für diese als auch ganz generell und unabhängig von ihr. **1**

Innerhalb einer politischen Gemeinschaft würde man zunächst sagen, dass das Recht im Wesentlichen denselben Zwecken dienen soll, die auch die Zwecke der jeweiligen Gemeinschaft selbst sind; es wäre in diesem Sinne vielleicht nicht das einzige, aber doch ein relativ wichtiges Mittel, um diese Zwecke zu verwirklichen. In diesem Sinne hätte etwa das Recht einer liberalen, egalitären und demokratischen Gemeinschaft vor allem die Aufgabe, Freiheit zu ermöglichen und zu sichern, die Bedingungen für eine chancengleiche Teilhabe an den gesellschaftlichen Gütern bereitzustellen und Verfahren demokratischer Willensbildung einzurichten. Allerdings ist gerade für eine demokratische Gemeinschaft leicht zu sehen, dass damit die Rolle des Rechts nicht erschöpfend beschrieben ist, sondern dieses seinerseits für immer noch weitere Aufgaben in den Dienst genommen wird: In Demokratien kann prinzipiell jedes Thema politisch werden mit der Folge, dass es dann auch mit rechtlichen Mitteln bearbeitet wird, von der Ordnung des Raumes über den Umwelt-, Natur- oder Tierschutz bis hin zur Migrationssteuerung oder der Unterhaltung von Opernhäusern und Schwimmbädern; die Liste ist prinzipiell unbegrenzt. Insoweit hat die für das 20. Jahrhundert zu beobachtende Vervielfältigung der Staatsaufgaben, wie sie schon zum Ende des Vorabschnitts angesprochen war, auch zu einer entsprechenden Vervielfältigung der Zwecke des Rechts geführt, die sich nicht allesamt ohne weiteres den grundlegenden Zielwerten der Gemeinschaft selbst zuordnen lassen[1]. Aber daneben hat das Recht ganz offensichtlich auch eine Reihe von Zwecken zu erfüllen, die ganz unabhängig von einem bestimmten Typus politischer Gemeinschaften sind – es ist ja ein ganz altes und keineswegs erst ein Phänomen liberaler Demokratien. Selbst in Diktaturen lassen sich insoweit noch sinnvolle Aufgaben für das Recht erkennen. **2**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Insofern kann man neben dem spezifischen Sinn des Rechts für eine durch bestimmte inhaltliche Merkmale gekennzeichnete politische Ordnung auch von einem ganz allgemeinen Sinn des Rechts sprechen. Gustav Radbruch fasste diesen in den Begriff der „Rechtsidee" und definierte auf dieser Grundlage kurz und knapp: **3**

„Recht ist, was seinem Sinne nach der Rechtsidee zu dienen bestimmt ist"[2].

---

[1] Deutlich wird dies, um ein Beispiel zu nennen, etwa bei Regelungen zum Tierschutz: Dabei geht es eben nicht um die Sicherung und Ermöglichung individueller Freiheit, soziale Gleichheit etc., und dies auch dann nicht, wenn man von einem – heute ohnehin zusehends in die Defensive geratenen – anthropozentrischen Ansatz aus das eigentliche Ziel des Tierschutzes in einem mittelbaren Schutz menschlicher Interessen sehen wollte.

[2] G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Auflage 1932, in: ders., Gesamtausgabe, Band 2, 1993, hrsgg. u. bearb. v. A. Kaufmann, S. 255.

4 Diese Rechtsidee gliedert Radbruch in drei inhaltliche Bestandteile auf; gleichbedeutend spricht er auch von den „Rechtswerten" im Sinne der Werte, die das Recht zu verwirklichen hat, oder eben den Zielen des Rechts. Diese Werte sind die *Gerechtigkeit,* die *Zweckmäßigkeit für das Gemeinwohl* und die *Rechtssicherheit,* wobei die Zweckmäßigkeit für das Gemeinwohl sich gerade für die Relativität der unterschiedlichen Zielvorstellungen einer politischen Gemeinschaft öffnet. Unter Gerechtigkeit versteht Radbruch demgegenüber in erster Linie das Gebot der gleichen Behandlung gleicher Fälle, während die Rechtssicherheit die Bedeutung des Rechts als stabile und verlässliche Grundlage menschlichen Zusammenlebens betont[3]. Im Großen und Ganzen gilt das als eine auch heute noch zutreffende Beschreibung der Funktionen des Rechts, der auf dieser Ebene der Allgemeinheit wenig hinzuzufügen ist. Allenfalls lässt sich über das Rangverhältnis zwischen den einzelnen Zielen oder den Stellenwert von Gerechtigkeit diskutieren, aber dass jedenfalls Gerechtigkeit in der reduzierten Bedeutung, in der sie hier bei Radbruch verwendet wird, zum Recht irgendwie dazugehört, würde auch heute kaum jemand ernsthaft bestreiten, sondern vielleicht nur fragen, ob damit so viel gewonnen ist[4]. Neuere Funktionsbeschreibungen laufen dementsprechend eher auf eine nähere Entfaltung oder interne Ausdifferenzierung der von Radbruch angenommenen Rechtswerte hinaus, stellen diese aber nicht grundsätzlich in Frage; eher geht es darum, näher zu erläutern, wie und wodurch die betreffenden Ziele erreicht werden. Eine besonders einprägsame, sich zudem ausdrücklich in die Kontinuität der Radbruchschen Trias einordnende Auflistung kommt in diesem Sinne zu den folgenden drei Funktionen[5]:

5 (1) Die erste Funktion des Rechts, bei Radbruch im Begriff der Rechtssicherheit erfasst, ist die *Friedensfunktion;* sie ergibt sich aus einem Vergleich mit dem Zustand, der ohne das Recht herrschte. Wie es in einem solchen aussähe, ist in den Vertragslehren von Thomas Hobbes oder John Locke anschaulich ausgemalt (→ § 1 Rn. 105 ff., 120 ff.): Infolge der Abwesenheit aller Regeln und der Annahme einer prinzipiell unbeschränkten Handlungsfreiheit kann man nie sicher sein, wie sich der andere verhalten wird; bei Konflikten um knappe Güter setzt sich stets der Stärkere durch; ohne entsprechende Begrenzungen tendieren Menschen dazu, ihre eigenen Interessen auf Kosten anderer durchzusetzen[6]. Bereits das Vorhandensein moralischer Normen kann, wie ebenfalls schon bei Hobbes und Locke nachzulesen ist, dazu beitragen, diese Probleme zu entschärfen, indem diese etwa die Zahl der Verhaltensalternativen begrenzen oder dafür sorgen, dass etwaige Konflikte friedlich ausgetragen werden. Aller-

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[3] Radbruch, a. a. O.

[4] So jedenfalls, wenn Gerechtigkeit auf die Gerechtigkeit der politischen Ordnung insgesamt bezogen wird und dann auch bestimmte inhaltliche Forderungen (Menschenrechte, Kriterien gerechter Güterverteilung, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit etc.) einschließt. Radbruch selbst hat seinen Gerechtigkeitsbegriff dafür später ausdrücklich geöffnet, s. ders., Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: ders., Gesamtausgabe, Band 3, hrsgg. v. A. Kaufmann, bearb. v. W. Hassemer, 1990, S. 78 (79). Andere würden bei einer solchen Aufladung des Gerechtigkeitsbegriffs allerdings einen notwendigen Zusammenhang mit dem Recht bestreiten; dies führt dann hinein in den Streit zwischen den Anhängern eines formalen bzw. positivistischen und eines materialen bzw. naturrechtlichen Rechtsbegriffs. S. dazu noch unten → Rn. 35 ff., 51 ff.

[5] P. Koller, Theorie des Rechts, 2. Auflage 1997, S. 57 ff. Noch stärkere Ausdifferenzierung, dann aber auch mit entsprechenden inhaltlichen Überschneidungen bei B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie, 8. Auflage 2015, § 3.

[6] Koller (Fn. 5), S. 54 ff.

dings sind moralische Normen von ihrem Inhalt her zu wenig instruktiv und zudem durchsetzungsschwach; sichergestellt wird ihre Einhaltung allenfalls durch einen diffusen sozialen Druck. Und manchmal lassen sie uns ganz allein: Ob wir auf den Straßen rechts oder links fahren sollen, lässt sich aus keiner Vorschrift der Moral entnehmen. Diese Defizite kompensiert ein System von Regeln, die das geforderte Verhalten verbindlich bestimmen[7]. Dieses System ist eben das, was wir Recht nennen.

(2) Die zweite Funktion liegt in einer allgemeinen *Ausgleichsfunktion;* in ihr kommt zugleich ein Element der Gerechtigkeitsidee zum Ausdruck. Das Recht hat danach, wie unmittelbar aus der Bezeichnung hervorgeht, die Aufgabe, zwischen konkurrierenden menschlichen Interessen und Belangen zu vermitteln und einen Ausgleich zwischen ihnen herzustellen[8]. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass das Recht bestimmten Interessen den Vorrang einräumt und anderen – etwa dem Interesse, andere zu bestehlen oder zu betrügen – die Durchsetzung verwehrt, es kann dadurch geschehen, dass das Recht die beteiligten Interessen einander kompromisshaft zuordnet, oder es kann dadurch geschehen, dass das Recht – etwa durch Bereitstellung der Vertragsform – den Interessenausgleich den Beteiligten selbst überlässt; auch im letzten Fall sind aber – beispielhaft im als Arbeitnehmerschutzrecht konzipierten Arbeitsrecht oder dem sozialen Mietrecht – Beschränkungen zugunsten der ungehinderten Interessendurchsetzung einer Seite möglich. Der Ausgleich als solcher kann dabei im Ausgangspunkt ganz beliebig vorgenommen werden. Je stärker er bestimmten inhaltlichen Anforderungen unterworfen wird, wie sie sich im Verfassungsstaat typischerweise aus einer Verfassung ergeben, desto stärker wird andererseits das Recht auch auf eine inhaltliche Idee von Gerechtigkeit hingeordnet, die noch über die engere Bestimmung bei Radbruch hinausgeht; es gilt dann eben ein Gebot der gerechten Abwägung oder des gerechten Ausgleichs[9]. 6

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

(3) Eine dritte Funktion des Rechts lässt sich die *Gestaltungsfunktion* nennen; bei Radbruch ist sie in der weiten und vorerst noch ganz offenen Formulierung von der Zweckmäßigkeit für das Gemeinwohl eingefangen. Dabei geht es im Wesentlichen darum, dass derjenige, der befugt ist, das Recht zu setzen, heute also vor allem der Gesetz-, Verordnungs- oder Satzungsgeber, dieses auch einsetzen kann, um von ihm selbst bestimmte Ziele zu erreichen[10]. Zumal in Demokratien sind Rechtsnormen in diesem Sinne immer auch Mittel zur Umsetzung politischer Programme, für die ihre Vertreter auch gewählt wurden. Zu diesem Zweck regelt das Recht (nicht ausschließlich, aber doch typischerweise) individuelles Verhalten, etwa durch entsprechende Ge- oder Verbote, aber indem es dies (jedenfalls als Gesetz) generell und für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen tut, gestaltet es zugleich Gesellschaft. Der Vorteil des Rechts ist dabei, dass man es jederzeit wieder ändern kann; dadurch lässt es sich immer von neuem auf veränderte Lagen oder auch veränderte Zielvorstellungen einstellen. 7

[7] Zu der entsprechenden Ergänzungsfunktion des Rechts im Verhältnis zur Moral zusammenfassend Habermas, s. oben → § 1 Rn. 289.

[8] Für D. von der Pfordten liegt darin sogar das zentrale Ziel des Rechts überhaupt, vgl. ders., Was ist Recht?, ZphF 63 (2009), 173 (188 ff.); ders., Rechtsphilosophie, 2013, S. 53 ff., dort auch die Verbindung zur Gerechtigkeit „in einem abgeschwächten Sinne", S. 57.

[9] Vgl. etwa BVerfGE 100, 226 (240), dort für die Abwägung zwischen den Interessen des Eigentümers und den Belangen des Gemeinwohls im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 GG.

[10] Koller (Fn. 5), S. 58 f.; Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 5), § 3 Rn. 78 f.

8 Über all dies wird man im Ergebnis relativ schnell Konsens herstellen können, es ist dann aber auch in gewissem Sinne trivial. Komplizierter wird es, wenn man sich den Einzelheiten zuwendet und den Sinn des Rechts in verschiedenen spezifischen Zusammenhängen zu entfalten versucht, in denen er traditionell eine Rolle spielt. Diese Zusammenhänge sind: der Zusammenhang zwischen *Recht und Gewalt,* der Zusammenhang zwischen *Recht und Moral,* der Zusammenhang zwischen *Recht und Gerechtigkeit* und zuletzt ganz allgemein der Zusammenhang zwischen *Recht und Gesellschaft.* In deren näherer Betrachtung wird zugleich deutlich, dass das Recht sich nicht unter einige wenige simple Leitideen oder überhaupt auf einen klaren und einheitlichen Begriff bringen lässt; stattdessen lebt und entfaltet es sich seit jeher in verschiedenen Ambivalenzen, Paradoxien oder auch Widersprüchen, wie sie im Ansatz ebenfalls schon von Radbruch als „Antinomien der Rechtsidee" angesprochen worden sind[11]. Sie werden im Folgenden, einem klassischen philosophischen Darstellungsschema entsprechend, jeweils für die genannten Zusammenhänge in Form von These und Gegenthese entfaltet, die je für sich auf ihre Stichhaltigkeit befragt und anschließend in einer Art Synthese zusammengeführt werden. Irgendeine Art von Vollständigkeit ist dabei weder angestrebt noch erreichbar; es geht nur darum, in den verschiedenen Gegensatzpaaren eine Vorstellung vom möglichen Sinn des Rechts zu bekommen, die zugleich einige Erkenntnisse des vorherigen Durchgangs durch die Philosophiegeschichte zusammenführt.

A. Recht und Gewalt

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

9 Der erste elementare Zusammenhang ist der Zusammenhang zwischen Recht und Gewalt; er betrifft den tiefsten Grund des Rechts überhaupt. Das Recht ist – und soll es seinem Sinn nach sein – einerseits Begrenzung, Zurückdrängung und Domestizierung der Gewalt, so wie es im hehren Wort von der Friedensfunktion ganz elementar ausgedrückt ist. Andererseits arbeitet das Recht zu diesem Zweck auch mit Gewalt und ist insoweit „selbst gewaltsam"[1]: Das Recht ist, hat schon Kant gemeint, notwendig mit der Befugnis zu zwingen verbunden[2]. Besonders anschaulich wird diese prinzipielle Ambivalenz seit jeher im Strafrecht, an dessen Anfang immer ein Akt der Gewalt steht: Ein Mensch ist getötet, geschlagen oder beraubt worden; man hat ihm sein Eigentum genommen, ihn in seiner Ehre verletzt etc. Das Strafrecht reagiert auf diese Gewalt und soll vor ihr schützen, braucht dazu aber selbst auch Gewalt, die bis heute nach außen für jedermann sichtbar wird: Der Täter kann unter Einsatz von Waffen überwältigt werden, er wird gegebenenfalls in Handschellen vorgeführt, später in eine Zelle gesperrt; in manchen Staaten wird er bei bestimmten Verbrechen noch heute getötet. Insofern kommen die beiden Seiten des Rechts in seinem Verhältnis zur Gewalt nirgends so deutlich zusammen wie im Strafrecht, in dem man deshalb durchaus so etwas wie einen ersten und ursprünglichen Ort des Rechts sehen kann. Tatsächlich sind gerade viele klassische Rechtsbegründungen, wenn man sie sich noch einmal unter diesem Gesichtspunkt vornimmt, mehr oder weniger deutlich auf strafrechtliche

[11] Radbruch (Fn. 2), S. 302 ff.

[1] C. Menke, Kritik der Rechte, 2015, S. 403, dort auch die prinzipielle Ambivalenz in wenigen Sätzen zusammengefasst.

[2] I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, Theorie-Werkausgabe Immanuel Kant, hrsgg. v. W. Weischedel, Bd. VIII, 1968, AB 35; s. dazu bereits → § 1 Rn. 197.

Normen bezogen und gewinnen gerade daraus ihre suggestive Kraft. Von daher lässt sich gerade aus einer Betrachtung des Strafrechts viel über den ersten und ursprünglichen Sinn des Rechts lernen, so wie man aus der zwischenzeitlichen Wandlung seines Verständnisses viel über den heutigen Sinn des Rechts lernen kann.

I. These: Recht als Zivilisierung der Gewalt

In dieser Ambivalenz betont die klassische Erzählung seit jeher die begrenzende Funktion des Rechts und entfaltet den Begriff selbst geradezu als den „Gegensatz der Gewalt“: Im Recht wird der Zustand der Gewalt und des Unfriedens überwunden, der ohne es herrschen würde[3]. In der Entgegensetzung vom Naturzustand und dem staatlichen, rechtlich geordneten Zustand hat diese Erzählung ihre vielfach bis heute als gültig empfundene Form erhalten: Der Naturzustand ist der „Krieg aller gegen alle“ (Hobbes), der „wilden Gewalt“ (Kant) oder „der Gewalt und des Unrechts“ (Hegel), der staatliche, rechtlich geordnete Zustand dagegen der Zustand einer größtmöglichen Freiheit für alle, in dem die Gewalt im gegenseitigen Verkehr gerade aufgehoben ist[4]. Eine literarische, nicht weniger eindrucksvolle und für den Sinn des Rechts bis heute lehrreiche Variation des Themas findet sich demgegenüber bereits in der griechischen Tragödie, und zwar in der „Orestie“ des Aischylos[5]. Die Geschichte darin, ein uraltes Verhängnis von Blut, Mord und Rache, geht etwa so: Agamemnon aus dem fluch- und schuldbeladenen Geschlecht der Atriden, Oberbefehlshaber des griechischen Heeres bei der zehn Jahre dauernden Belagerung von Troja, kehrt nach siegreichem Kampf in seine Heimat Argos zurück und wird dort von seiner Ehefrau Klytämnestra und deren Liebhaber Ägisthos heimtückisch umgebracht. Zuvor hatte Agamemnon seine Tochter Iphigenie auf Geheiß der Götter opfern, also wie ein Tier schlachten müssen, womit er sich auf ewig den Hass Klytämnestras zugezogen hatte; und noch weiter zuvor hatte der Vater Agamemnons, Atreus, seinem Bruder Thyestes, aus Rache für ein ehebrecherisches Verhältnis mit seiner Frau, dessen eigene Kinder beim Nachtmahl zum Verspeisen vorgesetzt, was wiederum der Grund dafür war, dass Ägisthos, der einzig überlebende Sohn des Thyestes, in die Ehe Agamemnons einbrach und diesen zuletzt zusammen mit Klytämnestra tötete. Orest, der Sohn Agamemnons und Klytämnestras, nimmt daraufhin seinerseits Rache für die Ermordung des Vaters, indem er seine Mutter und ihren Liebhaber Ägisthos ersticht. Verfolgt, durch die Lande gehetzt und fast in den Wahnsinn getrieben wird er dafür nun wieder von den Erinnyen, furiosen Rachegöttinnen, die Sühne für den Mord an der Mutter fordern. Vor ihnen flüchtet sich Orest schließlich in das Heiligtum des Apollon in Delphi und von hier aus dann nach Athen in den Tempel der Athene, die schließlich einen Gerichtshof, den Areopag, zur Entscheidung des Streites einsetzt: 10

„Das Urteil ist zu schwierig, dass es könnt' ein Mensch
zu fällen meinen. Selbst mir steht es nicht zu,
zu schlichten solchen zornempörten Streit um Mord […]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[3] Kant (Fn. 2), Die Metaphysik der Sitten, AB 157.
[4] Kant (Fn. 2), Die Metaphysik der Sitten, B 158; zu Hobbes und Hegel s. oben → § 1 Rn. 105, 205.
[5] Der Zusammenhang ist vielfach herausgearbeitet, s. etwa C. Meier, Die politische Kunst der griechischen Tragödie, 1988, S. 75 ff.; H.-G. Nesselrath, Die Orestie des Aischylos, in: W. Frick (Hrsg.), Die Tragödie, 2003, S. 9 (24 ff.); zuletzt C. Menke, Recht und Gewalt, 2. Auflage 2012, S. 13 ff.

Doch da die Sache jetzt zu uns hat her gedrängt,
geschworne Richter wähl ich aus im Mordprozess
und ihre Satzung setz ich fest für alle Zeit"[6].

11 Vor dem Gericht tragen nun beide Seiten ihre Argumente vor, der ganze Berg von Schuld und Verhängnis wird mitverhandelt, am Ende wird Orest freigesprochen, weil die für eine Verurteilung erforderliche Mehrheit nicht zustande kommt; den letzten Stein für ihn hatte Athene selbst in die Urne der Stimmen gelegt. Die Erinnyen, zunächst außer sich vor Wut und aufbegehrend, akzeptieren das Urteil schließlich; sie verwandeln sich in die Eumeniden, die „Wohlgesinnten", die fortan walten als die Schützerinnen von Recht und Staat in Athen.

12 Bis heute wird dies als die Geburt des Rechts und des Rechtsstaats in der Tragödie gefeiert, und diese Interpretation hat nach wie vor ihren berechtigten Kern: Statt dass die Beteiligten in alle Ewigkeit weiter streiten, unterwerfen sie sich einem unparteilichen Gericht, dessen Urteil sie schließlich – wenn auch die Unterlegenen zunächst nur widerstrebend – alle hinnehmen[7]. Der Rechtsspruch durchbricht so den unendlichen Kreislauf aus Vergeltung und Wiedervergeltung, aus Gewalt und neuer Gewalt, an die Stelle der rohen naturhaften Gerechtigkeit der Rache tritt die ewige („und ihre Satzung setz ich fest für alle Zeit") Herrschaft des Rechts. Der Prozess, in dem dies geschieht, ist nicht ohne Grund ein Strafprozess: Die Erinnyen treten darin als Anklägerinnen auf, während Orest, unterstützt von seinem Mentor und Anwalt Apollon, sich gegen ihre Vorwürfe zu verteidigen versucht; am Ende entscheidet – wie noch heute etwa in den Vereinigten Staaten – eine Bank von Geschworenen. In der Tat sind es zunächst und vor allem die Normen des Strafrechts, die die Gewalt der Gesellschaft an einem ersten und ursprünglichen Ort zurückdrängen. Aber wodurch tritt dieser zivilisierende Effekt ein? Sieht man näher hin, so lassen sich zunächst zwei Momente benennen, an denen er festgemacht werden kann:

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

13 (1) Auf einer ersten Ebene wird die Gewalt durch das Verfahren gleichsam isoliert; aus einer Kette aufeinander verweisender Gewalthandlungen wird eine einzelne herausgegriffen, über die dann verhandelt wird. Noch heute lässt sich der Sinn der Strafe deshalb in einer Geschichte von Handlungsketten erklären, die an einem bestimmten Zeitpunkt unterbrochen werden[8]: Ein Fahrrad wird seinem Eigentümer gestohlen, die Polizei unternimmt nichts, woraufhin der es sich mit Gewalt beim Dieb zurückbesorgt; dieser erkämpft es sich mit einem Trupp von Leuten vom Eigentümer zurück, der daraufhin seinerseits noch einmal stärkere Bataillone mobilisiert etc. Ein entschiedenes Dazwischentreten des Strafrechts hätte diesen Zusammenhang frühzeitig unterbrochen; der ursprüngliche Diebstahl des Fahrrades wäre dann ein singuläres Ereignis geblieben und als solches auch ohne weitere Folgen.

14 (2) Ein die Gewalt des ursprünglichen Konflikts begrenzendes und zurückdrängendes Moment wohnt darüber hinaus dem Verfahren selbst inne. Es verwandelt die Beteiligten

[6] Aischylos, Die Orestie Teil 3: Die Eumeniden, Vers 470 ff.; hier in der Übersetzung von F. Stoeßl auf der Grundlage der Übersetzung von J. G. Droysen.

[7] Meier (Fn. 5), S. 122; knapp zusammenfassend Nesselrath (Fn. 5), S. 24 ff.; den Akzent stärker auf die Einrichtung von Demokratie legend J. Grethlein, Asyl und Athen, 2003, S. 201 ff.

[8] Die folgende stammt in Anlehnung an E. Schmidhäuser von D. Rössner, Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle, in: FS für Claus Roxin, 2001, S. 977 (983 f.); die entsprechende Funktion bezeichnet Rössner als „Isolierung des Normbruchs durch die Sanktion".

von Göttern, Halbgöttern oder Menschen mit ihren Emotionen, seelischen Zerstörungen, Angst- oder Rachegelüsten in die Parteien eines Rechtsstreits, in dem auch die andere Partei gehört und als solche anerkannt werden muss[9]. Sie werden dadurch zugleich in ein Rollenspiel eingebunden, an dessen Ende sie dazu gebracht werden, das Ergebnis zumindest hinzunehmen. Das Verfahren stellt so auch einen Lernprozess dar, innerhalb dessen die Erwartungen der Beteiligten schrittweise umgebrochen werden, bis am Ende das Aufbegehren sinnlos erscheint[10]. Mit seinen formalisierten Regeln von Rede und Gegenrede, der Zergliederung in einzelne konkrete Schritte und der Subsumtion unter die nüchterne Sprache von Tatbeständen entfaltet es zudem eine spezifische Rationalität, zu der die ursprüngliche Gewalttätigkeit bereits in eine eigentümliche Distanz rückt[11].

II. Gegenthese: Recht als Gewalt

Andererseits steckt in der Strafe, wenn sie denn einmal ausgesprochen wird, das Verfahren **15**
also nicht wie im Fall des Orestes mit einem Freispruch endet, selbst ein Moment der Gewalt, der Staats- oder eben der Strafgewalt, die als solche möglicherweise auch nur eine – vielleicht rationalisierte und domestizierte, aber am Ende eben doch: – Form der Rache ist. So haben es jedenfalls die klassischen Straftheorien gesehen, die Strafe vor allem als Vergeltung gedeutet haben, als Vergeltung eines Übels mit einem anderen, gleichen Übel. Die klassische Begründung dafür findet sich bis heute bei Immanuel Kant:

„Richterliche Strafe […] kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gutes zu befördern, für den Verbrecher selbst oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muss jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt […] Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Prinzip und Richtmaße macht? Kein anderes, als das Prinzip der Gleichheit (im Stande des Züngleins an der Waage der Gerechtigkeit) sich nicht mehr auf die eine, als auf die andere Seite hinzuneigen. Also: was für unverschuldetes Übel du einem anderen im Volk zufügst, das tust du dir selbst an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst; schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst; tötest du ihn, so tötest du dich selbst. Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis) […] kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen sind hin und her schwankend, und können, anderer sich einmischenden Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten […] Hat [der Täter] aber gemordet, so muss er sterben. Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit.“[12]

In der Begründung der Strafe als solche folgt dies Kants eigenen moralphilosophischen **16**
Grundannahmen, insbesondere dem kategorischen Imperativ; der Täter hat sich durch seine Tat anderen gegenüber eben anders verhalten, als er sich seiner eigenen Person gegenüber verhalten würde. Auch die deutlich zu erkennende Wendung gegen den Einsatz der Strafe etwa zur Abschreckung anderer erklärt sich daraus – im Ergeb-

[9] Dieser Gedanke anschaulich bei Menke (Fn. 5), S. 23f.
[10] Dies ist die Kernthese von N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1983, insbes. S. 38ff., für das Gerichtsverfahren S. 55ff.
[11] Rössner (Fn. 8), S. 986f.
[12] Kant (Fn. 2), Die Metaphysik der Sitten, A 195ff./B 225ff.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

nis würde der Täter dadurch zu einem bloßen Objekt oder Mittel degradiert (→ § 1 Rn. 185 ff.)[13]. Aber im Urteil selbst, in der Bestimmung der Art der Strafe und ihrer konkreten Bemessung, kommt zuletzt doch nur wieder die archaische Gerechtigkeit der Rache zum Ausdruck, die die Gewalt der Tat im Vollzug des Urteils wiederholt. Auch rein äußerlich, also allein von der zur Bestrafung vorgenommenen Handlung her, ist ein Unterschied zwischen der Gewalt des Rechts und der Gewalt der Rache nicht zu erkennen[14]. Für Friedrich Nietzsche geht die Strafe sogar noch darüber hinaus; durch den Akt ihrer Verhängung wird, meint er,

„*der Frevler* erinnert, *dass er mit seiner Handlung aus der Gemeinde und deren Moral*-Vorteilen *ausschied: sie behandelt ihn wie einen Ungleichen, Schwachen, außer ihr Stehenden; deshalb ist Strafe nicht nur Wiedervergeltung, sondern hat ein* Mehr, *ein Etwas von der* Härte des Naturzustandes; *an* diesen *will sie eben* erinnern. "[15]

17 Von hier aus ließe sich möglicherweise eine Brücke schlagen zu einer radikaleren Rechtskritik wie der marxistischen oder der neuen Bewegung der Critical Legal Studies, für die letztlich alles Recht nur ein Unterdrückungs- und Gewaltinstrument einer je herrschenden Klasse ist (→ § 1 Rn. 298 ff.)[16]. In einer nochmals zugespitzten Variante begegnet dieser Vorwurf in einem kleinen, erstmals im Jahre 1921 erschienenen Aufsatz von Walter Benjamin, der mit „Zur Kritik der Gewalt" überschrieben und mittlerweile zu einem Schlüsseltext der postmodernen Auseinandersetzung mit dem Recht geworden ist[17]. Über die marxistische Rechtskritik geht Benjamins Bestimmung des Verhältnisses von Recht und Gewalt insofern hinaus, als es für ihn völlig gleichgültig ist, von wem und für welche Zwecke das Recht eingesetzt wird. Dementsprechend ist das Problem auch noch nicht dadurch aus der Welt, dass das Recht – sichtbar etwa im Gewaltmonopol des Staates – von seiner Idee her dazu da ist, die Gewalt innerhalb der Gesellschaft (etwa durch Rächen) entweder ganz auszuschließen oder (wie in der Kindererziehung) zumindest zurückzudrängen[18]. Andererseits handelt es sich für Benjamin aber auch nicht um ein bloßes Problem der Mittel, mit denen das Recht arbeitet. Stattdessen macht die Gewalt für Benjamin das innere Wesen des Rechts aus, sie ist sein geheimer und dunkler Untergrund, von dem es in jeder einzelnen Anwendung heimgesucht wird. Die Verbindung liegt, wenn man es auf den wesentlichen Kern reduziert, in der ersten und ursprünglichen Einsetzung des Rechts, also in dem neuen Anfang, der mit jeder solchen Einsetzung gemacht wird: Dieser Anfang ist, ob als Revolution oder nach einem gewonnenen Krieg, immer ein Akt der Gewalt, durch den die Macht des Rechts erst begründet wird, und diese Gewalt wird gleichsam in jedem einzelnen Fall seiner Anwendung wiederholt. Seinen sichtbarsten Ausdruck findet dieser Zusammenhang wiederum im Bereich der Strafen, und hier vor allem in der ex-

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[13] Zur heutigen Einordnung noch unten → Rn. 20 f.

[14] Menke (Fn. 5), S. 33 f.

[15] F. Nietzsche, Menschliches, Allzumenschliches, in: ders., Werke in drei Bänden, 1994, Bd. 1, S. 886 f. Nr. 22, dort begründet u. a. mit der in der Strafe immer auch enthaltenen „Schande".

[16] S. dazu nun Menke (Fn. 5), S. 33 f.; zur entsprechenden Variante der Rechtskritik s. → § 1 Rn. 298 ff.

[17] Jetzt in: W. Benjamin, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, 1965, S. 29 ff.; zentraler Bezugspunkt nun etwa bei J. Derrida, Force de Loi, 1990, dt. Gesetzeskraft, 1991, S. 60 ff.; G. Agamben, Ho mo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, 1995, dt. Homo Sacer – Die souveräne Macht und das nackte Leben, 2002, S. 42 ff; ders., Ausnahmezustand, Nachdruck 2006, S. 88 ff.

[18] Benjamin (Fn. 17), S. 34 ff.; weiter veranschaulicht wird das von Benjamin am Beispiel des von der Rechtsordnung zugelassenen Streiks.