

Rechtsphilosophie

Volkmann

2. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-80571-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Entsprechend wird auch das Grundgesetz bis heute stärker als eine gewisse Synthese zwischen Individualismus und Gemeinschaftlichkeit interpretiert, so wie es in der bekannten Menschenbildformel des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt: Das Menschenbild des Grundgesetzes sei „nicht das eines isolierten souveränen Individuums“; vielmehr ziele das Grundgesetz auf die „in der Gemeinschaft stehende und ihr vielfältig verpflichtete Persönlichkeit“ und habe „die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“¹⁹.

(2) Die zweite Anfrage betrifft die politische Ordnung als Ganzes, in klassischer Sicht also den Staat als eine Form der Selbstorganisation der Gesellschaft. Auch für ihn muss geklärt werden, ob er als bloßer Rahmen und Zweckverband, also als Ansammlung atomisierter Einzelner wirklich vollständig begriffen ist oder ob es nicht doch zumindest einer Imagination von Gemeinschaftlichkeit bedarf, die das ganze Gebilde trägt und erhält. Muss nicht auch der moderne Staat auf einem Mindestmaß an gemeinsamen Wertorientierungen, einer verbindenden Wir-Identität oder bestimmten entgegenkommenden Grundeinstellungen der Bürger aufrufen, die dann auch in seinen Begriff einzugehen hätten? In periodischen Abständen kommt dieses Thema – ob in der Suche nach einer verbindenden Leitkultur, den verbleibenden Gemeinsamkeiten einer multireligiösen und multikulturellen Gesellschaft oder der Reichweite und Bindekraft eines Verfassungspatriotismus – jedenfalls immer wieder auf die Tagesordnung. Auch die Deutung der Verfassung und speziell des in den Grundrechten aufgehobenen Systems gleicher Freiheiten als „Wertordnung“ und damit als mögliche Grundlage politischer Integration gehört in diesen Zusammenhang²⁰, so wie von der Verfassung selbst heute gesagt wird, sie konstituiere eine „kollektive Einheit politischer Willensbildung und Entscheidung“ und sei das „Selbstzeugnis kollektiver Existenz und Identität“²¹. Natürlich ließe sich dieses Verbindende oder – um an einen hegelischen Begriff anzuknüpfen – „Haltende“ der politischen Ordnung heute nicht mehr substanzhaft aus bestimmten vopolitischen Gemeinsamkeiten (der Religion, der Nation, einer bestimmten ethnischen Zugehörigkeit) begründen; auch zu diesen gibt es kein Zurück. Aber das Problem als solches ist damit nicht aus der Welt; es müsste dann eben darum gehen, die verbleibenden Gemeinsamkeiten stärker prozedural und dynamisch zu verstehen und gerade auf die Pluralität und Differenz moderner Gesellschaften einzustellen²².

(3) Die dritte Anfrage hängt damit nur mittelbar zusammen; sie folgt aus dem gewandelten Aufgabenprofil des Staates. Der moderne Staat ist, mit markanten Unterschieden zwischen den USA einerseits und den meisten europäischen Staaten andererseits, heute nicht mehr nur Sicherheitsstaat oder auch nur Sozialstaat in dem klassischen Sinne, dass er seine Bürger gegen ausgewählte Wechselfälle des Lebens – Unfall, Krankheit, Arbeitslosigkeit oder Alter – absichert. Stattdessen entfaltet er eine weit ausgreifende Ordnungs- und Regulierungstätigkeit, die keinen Bereich des menschlichen Daseins mehr ausspart und oft tief in die Bereiche privater Lebensführung hin-

¹⁹ S. BVerfGE 4, 7 (15f.) sowie 45, 187 (227).

²⁰ Grundlegend BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (138f.); 7, 198 (205ff.); die Wurzeln bei R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928; jetzt in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und anderer Aufsätze, 4. Auflage 2010, S. 260ff.

²¹ H. Hofmann, Das Wesen der Verfassung, JöR 51 (2003), 1 (14); E. Denninger, Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, S. 10.

²² Auch hierzu finden sich in der neueren politischen Philosophie entsprechende Ansätze, s. etwa zur Diskurstheorie → Rn. 279ff.

einreicht. In diesem Sinne fasst er seine Bürger in als Zwangsverbänden organisierten Sozialversicherungen zusammen, warnt sie vor den Risiken des Rauchens und legt ihnen eine gesunde Lebensführung nahe, ordnet das Privatrecht auf ein diskriminierungsfreies Miteinander oder reformiert das Ehe- und Familienrecht auf ein Leitbild gleichberechtigter Partnerschaft hin, von der auch als Wertevermittlung begriffenen Erziehung in den Schulen ganz zu schweigen; dies alles letztendlich demokratisch beschlossen und entsprechend vom Willen einer jeweiligen Mehrheit der Bevölkerung getragen. Liegt darin aber nicht doch eine bestimmte Vorstellung vom guten und gelingenden Leben zugrunde, nur dass es sich dabei nicht um das gute und gelingende Leben im Sinne vorneuzeitlicher Tugendmodelle handelt, sondern um das gute und gelingende Leben in einer Gemeinschaft von Freien und Gleichen?

Vom Standpunkt eines einseitigen normativen Individualismus aus lässt sich dies alles nicht oder nur dadurch erfassen, dass man die entsprechenden Aktivitäten, weil sie nicht in das eigene Schema passen, für illegitim, grundsätzlich fragwürdig oder nicht begründbar erklärt. Ebenso könnte man auch zu den Fragen der sozialen Konstituierung des Individuums oder den Notwendigkeiten einer verbleibenden gemeinschaftlichen Integration einfach schweigen und so tun, als stellten sie sich gar nicht. Aber es könnte darin auch ein Hinweis liegen, dass der normative Individualismus für sich genommen das Selbstverständnis der modernen Gesellschaft seinerseits nicht angemessen oder jedenfalls nicht vollständig zum Ausdruck bringt. So wie es ist, existiert auch das Individuum nur in der Gesellschaft und entfaltet sich in ihr.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 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 lassen¹. 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

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 betont³. 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 ist⁴. 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 Funktionen⁵:
- 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. 105ff., 120ff.): 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 durchzusetzen⁶. 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-

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. 35ff., 51 ff.

⁵ P. Koller, Theorie des Rechts, 2. Auflage 1997, S. 57ff. Noch stärkere Ausdifferenzierung, dann aber auch mit entsprechenden inhaltlichen Überschneidungen bei B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie, 12. Auflage 2022, § 3.

⁶ Koller (Fn. 5), S. 54ff.

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 bestimmen⁷. 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 herzustellen⁸. 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 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 Ausgleichs⁹.

(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 erreichen¹⁰. 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 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.; Rütters/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 sind¹¹. 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

- 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 verbunden². 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 würde³. 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 ist⁴. 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 Aischylos⁵. 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:

*„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 [...]*

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, 3. Auflage 2018, S. 15 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 hinnehmen⁷. 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:
- 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 werden⁸: 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.

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“.