

Im Angesicht der Katastrophe. Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit

von Amadou Korbinian Sow und Christian Becker

I. Einleitung

Unsere Vergangenheit war grausam und ungerecht. Unsere gegenwärtige Ordnung hat die Knochen Unzähliger als Fundament.¹ Wer nach Wiedergutmachung fragt – nach Gerechtigkeit –, wird sich unweigerlich zu dieser Tatsache verhalten müssen.² Stellt er die Frage nach Gerechtigkeit gar auf der globalen Ebene, so wird er eine besonders wirkmächtige Form der vergangenen Grausamkeit vorfinden, die in unsere Gegenwart hineinwirkt: den Kolonialismus.³ Das ist i. w. S. das Thema de- und postkolonialer Ansätze⁴. Die koloniale Vergangenheit setzt sich in gegenwärtigen Strukturen

-
- 1 Vgl. etwa für die US-amerikanische Gegenwart, die aufgrund der (jedenfalls kulturellen) Hegemonie der Vereinigten Staaten den globalen Norden insgesamt prägt *J. Baldwin*, *The Fire Next Time*, New York 1963; dazu differenziert *R. Rorty*, *Achieving Our Country*, Cambridge (Mass.) 1998, S. 7 ff. Für Deutschland ist in diesem Zusammenhang das Konzept der Erinnerungskultur anzuführen, das sowohl die Singularität der Schoa als auch die mannigfaltigen personellen und institutionellen Kontinuitäten zwischen der NS-Diktatur und den Figuren der deutschen Nachkriegszeit – dazu exemplarisch für die Justiz *B. Lahusen*, «Der Dienstbetrieb ist nicht gestört», München 2022 – im kollektiven Gedächtnis halten muss, um wirksam zu bleiben; vgl. hierzu kritisch *D. Diner*, *Gegenläufige Gedächtnisse*, Göttingen 2020 (Neuaufl.).
 - 2 Besonders weit geht hier *Q. Meilloux*, *Trassierungen*, Berlin 2017, S. 173 ff., der Gerechtigkeit nur dann als erreichbar ansieht, wenn die Toten physisch wiederaufstehen, damit wir das an ihnen verübte Unrecht wiedergutmachen können.
 - 3 Konzise zur Geschichte des Kolonialismus *J. Osterhammel/J. C. Jansen*, *Kolonialismus*, 9. Aufl., München 2021; für Deutschland *S. Conrad*, *Rethinking German Colonialism in a Global Age*, *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 2013, 543 ff.; s. auf Frankreich fokussiert *O. Le Cour Grandmaison*, *Coloniser. Exterminer*, Paris 2005; für Großbritannien *K. Grant*, *A Civilised Savagery*, New York 2005; mit Blick auf das internationale Recht und die Kolonialisierung Afrikas vgl. *M. van der Linden*, *The Acquisition of Africa (1870–1914)*, Leiden/Boston 2014.
 - 4 Wir verstehen diese im Einzelnen differenzierten und teils gegenläufigen Ansätze (s. für derlei Auseinandersetzungen paradigmatisch *V. Chibber*, *Postcolonial Theory and the Specter of Capital*, London/New York 2013) in ihrer Gesamtheit als jene, die dem Anspruch der westlichen Welt auf die Universalität ihrer Werte und Normen die

fort. Das gilt auch und gerade für das Recht. Denn dieses strukturiert die Welt immer schon mit Blick auf ihm vorausgehende Machtverhältnisse. Es verfestigt sie *nolens volens*.⁵ Zugleich spricht aber auch vieles dafür, dass das Recht das einzige Medium ist, in dem die bis heute durch die postkoloniale Konstellation Entrechteten ihre Gerechtigkeitsansprüche wirksam formulieren können.⁶ Auch wenn der Kampf für Gerechtigkeit in erster Linie politisch ist, bedürfen politisch errungene Erfolge doch der Umsetzung in die Rechtsform, wenn sie dauerhaft und abgesichert sein sollen.

Wir bringen gegenüber diesen der Sache nach berechtigten Ansprüchen eine grundlegende Aporie der Gerechtigkeit in Anschlag. Wir behaupten, dass das Recht nicht nur sich gewissermaßen imperialistisch⁷ der Gerechtigkeit bemächtigt hat – als modernes positiviertes Recht tut es das nicht, indem es die Gerechtigkeit aus sich ausschließt, sondern sie im Gegenteil zu seiner Sache macht, sie arrondiert, deformiert und so in die rechtliche Form bringt. Vielmehr wollen wir zeigen, dass dieser Arrondierung entgegen den Hoffnungen mancher neomarxistischer⁸ oder postkolonialer Denker keine echte Alternative der reinen, wahren globalen Gerechtigkeit gegenübersteht. Eine Gerechtigkeit, die auf eine angemessene oder maßvolle Verteilung von Gütern und Verantwortung abzielt,⁹ nimmt selbst eine katastrophale Wendung angesichts einer Vergangenheit, die in einem Maße

vergangenen und andauernden globalen Ungerechtigkeiten aus der Hand des Westens entgegenhalten. Sie betonen dabei die Gegenwärtigkeit und Permanenz von kolonialen Herrschaftsmustern in der formell entkolonialisierten Welt. Vgl. aus der Fülle der Literatur nur *B. Ashcroft/G. Griffiths/H. Tiffin*, Postcolonial Studies, 3. Aufl., London 2013. Zu den derzeit kontrovers geführten Debatten um antisemitische Affekte innerhalb postkolonialer Ansätze s. nur *M. Brumlik*, Postkolonialer Antisemitismus?, Hamburg 2021.

- 5 Dazu aus der postkolonialen Literatur bspw. *K. B. Nunn*, Law as a Eurocentric Enterprise, Law & Inequality 1997, 323 ff.
- 6 Vgl. zu dieser Ambivalenz des Rechts *A. K. Sow*, Vom emanzipatorischen Potential der Rechtsdogmatik, RphZ 2022, 301.
- 7 Zu diesem Effekt *G. Agamben*, Das Geheimnis des Bösen, Berlin 2015, S. 11; dazu *I. Augsberg/S. Augsberg/L. Heidbrink*, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht, Weilerswist 2020, S. 7 ff. und die weiteren Beiträge dort sowie *A. K. Sow*, Das Recht auf der Suche nach seiner Einheit, in: *K. Peters/N. Schrott* (Hrsg.), Eine Theorie von der Wissenschaft des Rechts, Baden-Baden 2023, S. 87 (99 ff.).
- 8 Bspw. die im Anschluss an *Walter Benjamin* entstandenen Rechtskritiken von *C. Menke*, Kritik der Rechte, Berlin 2015 & *D. Loick*, Juridismus, Berlin 2017; dazu bereits früh kritisch *K.-H. Ladeur*, Recht – Wissen – Kultur, Berlin 2016, S. 68 ff.
- 9 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, in: Werke in deutscher Übersetzung, hrsg. v. *C. Rapp*, Band VI/1, Darmstadt 2020, S. 581 ff.

ungerecht war, dass der „Ausgleich“ dieser Ungerechtigkeiten jedes Maß sprengen würde.

Wir zeigen das in drei Schritten. Zunächst skizzieren wir erstens eine (Rechts-)Theorie des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit in der vollpositivierten Rechtsordnung. Dabei wird der Effekt der juridischen Monopolisierung der Gerechtigkeit greifbar werden. Sodann führen wir zweitens die Perspektive des Kolonialismus und seiner gegenwärtigen Konsequenzen in das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit ein. Dabei erläutern wir: Die koloniale Vergangenheit lastet wie ein Alb auf der Ordnung des Rechts. Sie unterläuft seinen Anspruch, alleinig für die Gerechtigkeit zu sprechen und diese rechtsförmig durchzusetzen, permanent. Schließlich ziehen wir drittens die der ersten Intuition womöglich gegenläufigen Schlüsse aus der Tingierung der Welt von Recht und Gerechtigkeit mit den Ungerechtigkeiten der (post-)kolonialen Konstellation.

II. Gerechtigkeit und ihre juridische Monopolisierung

Gerechtigkeit ist ein Begriff, der in der Selbstbeschreibung des Rechtssystems eine bestenfalls untergeordnete Rolle spielt. *Kelsen* stellt aus dieser gewissermaßen internen Perspektive des Rechts ganz richtig fest, dass „das Problem der Gerechtigkeit [...] außerhalb einer Rechtstheorie liegt, die sich auf eine Analyse des positiven Rechts [...] beschränkt“¹⁰. Gerechtigkeit finde in der Welt der Moral statt,¹¹ sie sei bedeutsam für die „Rechtspolitik“, nicht aber für Verständnis und Anwendung des positiven Rechts.¹²

10 *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre (Studienausgabe der 2. Aufl. 1960), hrsg. v. M. Jestaedt, Tübingen 2017, S. II.

11 *H. Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *ders.*, Rechtslehre (Fn. 10), S. 611 (613 f.).

12 *Kelsen*, Rechtslehre (Fn. 10), S. II, der sich hier, in der zweiten Auflage seiner *Reinen Rechtslehre*, primär gegen „die wiedererwachte Metaphysik der Naturrechtslehre“ in der Nachkriegszeit wendet (ebd.). In der rechtstheoretischen Ära der Offenheit und der Neugierde der Jahrhundertwende gab es durchaus auch gegenläufige Strömungen, etwa die sog. Freirechtsbewegung, die sich in der Geschichte der Rechtswissenschaft jedoch nicht durchsetzen konnten, vgl. bspw. *Cn. Flavius* [= *H. Kantorowicz*], Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906, S. 46 f.: „So strebt denn die Bewegung mit allen ihren Kräften einem Ziele zu, das alle die genannten in sich schließt, – dem höchsten Ziele alles rechtlichen Geschehens – *Gerechtigkeit*.“ (Herv. i. Orig.) Zu den Gründen des Scheiterns vgl. A. K. Sow, Eine Praxistheorie für das Recht, RphZ 2019, 142 ff. sowie allgemein zu den Ursprüngen der Kritik an der Austreibung der Gerechtigkeit aus der Rechtswissenschaft *H.-P. Haferkamp*, Legal

Auch nach einem solch klar trennenden Verständnis gibt es jedoch in unserer modernen Rechtsordnung einen Raum für Gerechtigkeit.¹³ Sie wird nicht schlichtweg aus der Welt des Rechts verwiesen. Die Gerechtigkeit wird vielmehr gerade in das Rechtssystem integriert und dadurch rechtlich eingehetzt.¹⁴ Eine manifest ungerechte Norm etwa wäre aller Voraussicht nach auch verfassungswidrig.¹⁵ Dabei erhebt das Recht in seiner heutigen Form keineswegs den Anspruch, *absolute* Gerechtigkeit zu erzielen. Das Recht im Rechtsstaat „will [...] nicht die Totalität des Lebens wiedergeben“, denn es ist „aller totalen Erfassung feind“ und setzt „solchen Bestrebungen die Gliederung und das Maß entgegen“¹⁶. Es gewährleistet vielmehr vertretbare Entscheidungen innerhalb vertretbarer Zeit in der (wirkmächtigen) Form des Rechts. Im Rechts- und Verfassungsstaat umschreibt die Welt des Rechts den Raum, in dem sich Gerechtigkeitsansprüche mit dem höchsten Maß an Wirksamkeit durchsetzen lassen.¹⁷ Alles, was an Gerech-

Formalism and Its Critics, in: H. Pihlajamäki/M. D. Dubber/M. Godfrey (Hrsg.), The Oxford Handbook of Legal History, Oxford 2018, S. 928 ff.

- 13 S. C. Becker, Die normativ verweise Gesellschaft, in: J. C. Joerden/J. C. Schuhr (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Berlin 2019, S. 39 ff.
- 14 Sei es als Topos der „Billigkeit“ – s. die Beiträge in M. Armgardt/H. Busche (Hrsg.), Recht und Billigkeit, Tübingen 2017 – oder als Erwägung, die gewissermaßen hinter bestimmten Normen, insbesondere des Grundgesetzes, etwa Art. 1 GG oder Art. 3 GG – zum Gleichheitssatz insoweit ausdrücklich BVerfGE 21, 362 (372) – steht und bei ihrer Auslegung und Anwendung zumindest mittelbar virulent wird; dazu im Einzelnen H. Schulze-Fielitz in H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 20 Rn. 50 f. Dieser Prozess der juridischen Arrondierung eines prinzipiell extrajuridischen Belangs lässt an jenen Juridismus denken, den bereits Heidegger kritisch reflektiert hat, s. etwa M. Heidegger, Parmenides, in: ders., Gesamtausgabe, Band 54, hrsg. v. M. S. Frings, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, insbes. S. 64 ff.; dazu eingehend E. Hörl, Römische Machenschaften, in: C. Vismann/T. Weittin (Hrsg.), Urteilen/Entscheiden, München 2006, S. 236 ff.
- 15 Nicht aber, wie R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, erw. Ausg., Freiburg im Breisgau/München 2020, S. 65 ff. meint, weil sie rechtsexternen Maßstäben der Rationalität oder Richtigkeit nicht genügt, sondern vielmehr bereits aufgrund rechtsinterner Gründe. Das ist gewissermaßen der Clou des modernen Positivismus.
- 16 E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 26 Rn. 24.
- 17 S. C. Waldhoff, Rechtliche Verfasstheit des Staates, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HdbStR, Heidelberg 2023, § 5, insbes. Rn. 60 sowie Schmidt-Aßmann, Rechtsstaat (Fn. 16), Rn. 21 & 23: Der Staat als Rechtsstaat ist eine „Entscheidung für eine spezifische Struktur staatlichen und auch gesellschaftlichen Lebens: für eine Gestaltung nach Maßgabe des Rechts“. Durch sie wird „die Sozialordnung zur Rechtsordnung, das Individuum zum Rechtssubjekt, sein Verhältnis zu anderen Individuen“ sowie „zum Staat zum Rechtsverhältnis“. Die zunehmende Verbreitung und erfolgreiche Anwen-

tigkeitswünschen innerhalb des Rechts nicht oder jedenfalls derzeit nicht durchgesetzt werden kann, muss zu Gunsten des vom Recht und seinen Verfahren gesicherten Friedens¹⁸ weichen. Zwar werden Gerechtigkeitsfragen auch politisch oder moralisch verhandelt, aber sie bedürfen zu ihrer Durchsetzung doch einer Überführung in das Recht, soll derjenige, der Gerechtigkeit beansprucht, nicht auf Macht und Gewalt verwiesen werden. Gerechtigkeitsansprüche, die in den vom Recht bereitgestellten Formen nicht erfolgreich geltend gemacht werden können, fallen „hinten über“. Die Betroffenen müssen mit der Nichterfüllung dieser Ansprüche leben und gegebenenfalls den langen und unsicheren Weg des politischen Streits für mehr Gerechtigkeit wählen.

Zwangsläufig stellt sich in einem solchen Verfahren ein gewisser Agnostizismus des Rechts gegenüber seinen Ergebnissen ein. Probierstein des Rechts ist nicht, in welchem Maße es eine – spätestens seit dem 19. Jahrhundert ohnehin als historisch und kulturell kontingent empfundene¹⁹ – Gerechtigkeit erreicht, sondern lediglich (vermeintliche²⁰) systemische Kohärenz. Statt Form und Macht des Rechts durch einen substantiellen Gerechtigkeitsbezug seiner Ergebnisse zu rechtfertigen, fällt der Fokus auf das Verfahren des Rechts selbst. Der moderne Verfassungsstaat trifft seine Entscheidungen nach rechtlichem Maß, nicht etwa nach moralischem oder ethischem.²¹ Das Verfahren, sein Vokabular und seine Zwänge mediatisieren die Gerechtigkeit.²² Hierin liegt eine grundlegende „Rationalisierungsleistung“ von Verrechtlichung.²³

dung strategischer Prozessführung ist insoweit eine konsequente Folge der Einsicht in die rechtliche Formbedürftigkeit politischer Belange; vgl. dazu *S. Buckel/M. Pichl/C. Vestena*, Rechtskämpfe, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2021, 45 ff.; s. kritisch zu dieser Juridifizierung politischer Konflikte *Sow*, Einheit (Fn. 7), S. 99 ff.

18 S. Schmidt-Aßmann, Rechtsstaat (Fn. 16), Rn. 1.

19 S. etwa schon *F. Nietzsche*, Menschliches, Allzumenschliches, Chemnitz 1878.

20 Dass diese tatsächlich weitgehend illusorisch ist, versteht sich – s. dazu statt aller *I. Augsberg*, Die Lesbarkeit des Rechts, 2. Aufl., Weilerswist 2020. Es geht uns hier demgegenüber primär um die Selbstbeschreibung des Rechts und seiner Ordnung, nicht um eine Art Entlarvung seiner „eigentlichen“ Charakteristika (vgl. *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995, S. 496 ff.).

21 So bereits *Becker*, Gesellschaft (Fn. 13), S. 39.

22 S. *Luhmann*, Recht (Fn. 20), S. 217 f.

23 *Waldhoff*, Verfasstheit (Fn. 17), Rn. 62.

III. (Post-)Kolonialismus und juridische Gerechtigkeit

Die Zurückweisung weitergehender Gerechtigkeitsansprüche hat auch eine zeitliche Dimension, die gerade bei der Konfrontation des Rechts mit vergangenem Unrecht einschlägig ist: Das Recht gilt immer ab einem bestimmten (in der Regel logischen, nicht historischen²⁴) Zeitpunkt, von dem an alle Gerechtigkeitsforderungen der Transformation in das Recht bedürfen.²⁵ Ab dem Moment der Rechtsgeltung sind *formal* alle gleichermaßen dem Recht unterworfen. Von hier an sind alle (vor dem Recht) gleich.²⁶

Das moderne Recht erscheint zugleich ursprungslos.²⁷ Was vor dem Moment der Geltung war, spielt aus der Sicht des Rechts keine Rolle. Ein Vorher kann das Recht nicht in sich einschließen.²⁸ Der hobbesianische Naturzustand ist keine reale historische Vergangenheit des bürgerlichen Zustands, sondern eine im historisch-zeitlichen Nirgendwo angesiedelte

-
- 24 Vgl. nur die klassisch gewordene Formulierung einer axiomatisch nötigen ersten Norm bei *Kelsen*, Rechtslehre (Fn. 10), S. 360 f.: Die Grundnorm könne als „transzental-logische Bedingung“ der „Deutung“ der Verfassung „und der der Verfassung gemäß gesetzten Tatbestände [...] als objektiv gültige Rechtsnormen“ bezeichnet werden. Dazu kritisch-erhellend *M. Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System, JZ 2013, 1009 ff.
- 25 Das ist relativ eindeutig beim Nationalstaat mit seinem Gewaltmonopol – vgl. *T. Guttmann*, Die Grenzen staatlicher Gewalt, in: ders./B. Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, Baden-Baden 2011, S. 33 ff. Mit gewissen Einschränkungen gilt das so umrissene Gerechtigkeitsmonopol des Rechts ebenfalls in der internationalen Sphäre, mag hier auch die Rechtssetzung komplexer und die Durchsetzbarkeit schwieriger sein. Dazu klassisch *H. Kelsen*, Probleme der Souveränität, 2. Aufl., Aalen 1928; den Moment der Institution der internationalen Rechtsordnung reflektiert kritisch *A. Anghie*, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, Cambridge 2005.
- 26 Zusätzlich verkompliziert wird das Versprechen der formalen Gleichheit dadurch, dass es – auf internationaler Ebene – zwischen Staaten gilt sowie dass es – auf nationaler Ebene – zwischen Bürgern desselben Nationalstaates gilt. Die dadurch entstehende Leerstelle ist die der bereits formellen Ungleichbehandlung von Ausländern und Staatsbürgern innerhalb eines Nationalstaats. Universelles Recht gilt formell gleich nur für alle, die gemäß den ihrerseits rechtlichen Regeln derjenigen Institution, die das Recht durchsetzt (i.d.R. der Nationalstaat), dazugehören; weiterführend hierzu *D. Schmalz*, Refugees, Democracy and the Law, London 2020.
- 27 Dazu schon *Becker*, Gesellschaft (Fn. 13), S. 39; s. mit Blick auf das internationale Recht *F. Mégret*, From ‘savages’ to ‘unlawful combatants’, in: *A. Orford* (Hrsg.), International Law and Its Others, Cambridge 2006, S. 265 ff. (insbes. 269 ff.).
- 28 Es kann es allenfalls referenzieren – so verfährt etwa das Grundgesetz mit dem NS-Regime.

fiktive Welt.²⁹ Deshalb muss der die Geltung des staatlichen Rechts in Kraft setzende Gesellschaftsvertrag sich keine Gedanken darüber machen, was „vorher“ war. Denn vorher war der ewige Naturzustand, keine reale Geschichte mit Ungleichheit und Ungerechtigkeit, deren gerechter Ausgleich abgeschnitten zu werden droht, wenn *tabula rasa* gemacht wird und „von jetzt an“ alle gleich behandelt werden.

In der Realität trifft das Recht aber immer auf ungleiche Lebensverhältnisse, die „schon da waren“, als das Recht sein Gerechtigkeitsmonopol eingesetzt hat. Ihr Fortwirken stellt die Gleichheit vor dem Recht unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten in Frage.³⁰

Vermutlich ist formale Rechtsgleichheit deshalb immer dann gesellschaftlich eher annehmbar, wenn vergangene Ungerechtigkeiten und deren Fortwirken in den ungleichen Lebensverhältnissen begrenzt sind. Ein solcher Zustand besteht (noch?) in einer Reihe von Nationalstaaten der nördlichen Welt, in denen Ungleichheit sozialstaatlich und durch ökonomischen Wohlstand abgemildert ist.

In diese Konstellation bricht die grausame Vergangenheit des Kolonialismus mit katastrophalen Folgen herein. Dass der Kolonialismus, während er bestand, grausam war, liegt auf der Hand. Wir müssen hier nicht die zahllosen Kolonialverbrechen nacherzählen, um das auszuführen. Wir weisen nur paradigmatisch hin auf die Gräuel im Kongo um 1900, als die Belgier zur Kautschukgewinnung die Kongolese versklavten, dabei Millionen starben und die den Afrikanern abgehackten Hände sinnbildlich zum blutigen Wappenschild des unmittelbar dem belgischen König Leopold II. unterstellten *État independent du Congo* wurden.³¹ Die umfassenden Folgen einer solchen Kolonialisierung sind offenkundig nicht verpufft, als mit der Entkolonialisierung die formale Gleichheit zwischen den Staaten und ihren Menschen verkündet wurde. Als sich beispielsweise die Demokratische Republik Kongo 1960 von Belgien unabhängig machte, befanden sich unter einer Bevölkerung von ca. 13 Mio. gerade einmal eine Handvoll Kongolese mit abgeschlossenem Hochschulstudium.³² Die Proklamation

29 Vgl. I. Därmann, Theorieszenen, in: A. Pechriggl/A. Schober (Hrsg.), Hegemonie und die Kraft der Bilder, Köln 2013, S. 44 ff.

30 Vgl. V. Nesiah, Crimes Against Humanity – Racialized Subjects and Deracialized Histories, in: I. Tallgren/T. Skouteris (Hrsg.), The New Histories of International Criminal Law, Oxford 2019, S. 167 ff.

31 Vgl. nur R. B. Edgerton, The Troubled Heart of Africa, New York 2002.

32 F. Buelens/D. Cassimon, The Industrialization of the Belgian Congo, in: E Frankeema/F. Buelens (Hrsg.), Colonial Exploitation and Economic Development, London

der Gleichheit in diesem Moment klingt schal für jeden, der den tatsächlichen Verhältnissen Gehör schenkt. Je mehr Ungerechtigkeiten sich in der Vergangenheit zugetragen haben und je unterschiedlicher die Rechtsunterworfenen von diesen betroffen waren, desto weniger akzeptabel erscheint uns also die formal-rechtliche Gleichbehandlung aller.

Das Gerechtigkeitsdefizit zu Lasten der ehemaligen Kolonien hat ein Ausmaß, das es *ethisch* unvertretbar erscheinen lässt, die Zurückstellung daraus erwachsener Ansprüche auf Ausgleich zu fordern. Die hier in Rede stehenden Grausamkeiten und Ungerechtigkeiten sind über Jahrhunderte gewachsen, die dadurch entstandenen Verhältnisse sind unauflösbar ineinander verschlungen und haben sich über Generationen fortentwickelt. In dieser Situation ist es praktisch unmöglich, einen Standpunkt gegenüber diesen Verhältnissen einzunehmen, von dem aus sich eine „angemessene“ und „gerechte“ Regelung finden lässt.

IV. Aporien der Gerechtigkeit

So nimmt die „klassische“ Gerechtigkeitskonzeption, die auf eine *angemessene* oder *maßvolle* Verteilung von Gütern und Verantwortung abzielt,³³ eine katastrophale Wendung angesichts einer Vergangenheit, die in einem Maße ungerecht war, dass der „Ausgleich“ dieser Ungerechtigkeiten jedes Maß sprengen würde. Individuelle und strukturelle Verantwortung können nicht mehr angemessen auseinandergehalten und verteilt werden, wenn mehrere Generationen im globalen Norden keinerlei „unmittelbare“ Ver-

2013, S. 229 (242): „Not a single [Congolese] African was allowed to follow university courses until 1954 [...]“

33 Klassisch *Aristoteles*, Rhetorik, hrsg. v. G. Krapinger, Stuttgart 1999, S. 42f., der die Gerechtigkeit als Tugend, „durch die jeglicher das Seinige erhält“ fundierte. Jedem wird das, was ihm zusteht, gegeben, es herrscht eine Art geometrisch geordnete Verteilung von Ansprüchen. Das je zuzuteilende Maß kann dabei unterschiedlich ausfallen – eine aristotelische distributive Gerechtigkeit lässt Ungleichheit durchaus zu. Diese Konzeption, wenngleich ihre Darstellung hier natürlich eine Verkürzung bzw. Verengung auf das Maß als zentrales Element der meisten Gerechtigkeitsbegriffe ist, bleibt doch bis heute wirksamäßig in Gerechtigkeitstheorien, sei es in der Philosophie (s. etwa *J. Rawls*, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.) 1971, S. 65 ff. mit dem „difference principle“), sei es in der (post-)modernen Rechtstheorie; für Letztere exemplarisch *G. Teubner*, Dreiers Luhmann, in: *R. Alexy* (Hrsg.), *Integratives Verstehen*, Tübingen 2005, S. 199 (insbes. 202); dazu differenziert *I. Augsberg*, *Gerechtigkeit als Transzendenzformel*, in: *L. Viellechner* (Hrsg.), *Verfassung ohne Staat*, Baden-Baden 2019, S. 81 (96 ff.).

antwortung mehr für das vergangene Leid tragen, gleichzeitig aber von dessen Fortwirken profitieren. Und wenn im globalen Süden heute Verhältnisse herrschen, die nach wie vor Ausdruck und Folge der vom Kolonialismus dort verübten Gewalt und Grausamkeit sind, kann der globale Norden aus ethischer Sicht schwerlich die individuelle Schuld jener geltend machen, die ohne Schuld in diesen Verhältnissen aufgewachsen und von ihnen geprägt werden.

So wird das Umschlagen der Gerechtigkeit in Ungerechtigkeit unausweichlich. Die gerechte Berücksichtigung struktureller historischer Ungerechtigkeiten negiert individuelle Verantwortung und umgekehrt. Gerechtigkeit ist nicht mehr ohne katastrophale Folgen denkbar. Sie ist nur noch als Katastrophe zu denken. Wenn in der Vergangenheit den einen so viel weggenommen wurde, dass beim Versuch eines Ausgleichs jedes Maßhalten unmöglich wird, ist der „gerechte“ Ausgleich nur durch die Aufhebung aller Maßstäbe zu haben.

Der Gerechtigkeitsbegriff selbst bleibt hier identisch und wird dennoch zu etwas anderem. Seine Selbstumkehr angesichts maßlosen Leids bezeichnen wir als Katastrophe der Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit, als die Kategorie des Maßes, kippt ihrerseits ins Unermessliche. Unermessliches kann nicht maßvoll vergolten oder ausgeglichen werden. Aus diesem Grund gibt es berechtigte Zweifel daran, dass eine universelle und unterschiedslose Rechtsgeltung legitimierbar ist angesichts der Grausamkeiten der kolonialen Vergangenheit und ihres Fortwirkens in gegenwärtigen Strukturen. Das Gerechtigkeitsdefizit zu Lasten der ehemaligen Kolonien ist schlicht zu hoch, als dass wir ethisch berechtigt wären, von ihnen die Zurückstellung ihrer Gerechtigkeitsansprüche zu Gunsten formalrechtlicher Verfahren zu fordern. Das Recht, das *als Recht* nicht ohne irgendwelche Maßstäbe existieren kann,³⁴ kann dieser überbordenden Gerechtigkeit als Katastrophe nicht entsprechen.

Wahre Gerechtigkeit würde die „entsühnend[e]³⁵ Gewalt im Sinne *Walker Benjamins* fordern. Das ist eine gewissermaßen alttestamentarische, schicksalhafte, „göttliche“ Gewalt. Sie ist „rein“, weil sie das Maß-Schema des Rechts transzendierte. In ihrer Konsequenz ist sie zornig³⁶ und „rechts-

34 Vgl. *W. Benjamin*, Zur Kritik der Gewalt, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Band II/1, hrsg. v. R. Tiedemann/H. Schweppenhäuser, Frankfurt am Main 1991, S. 179.

35 *Benjamin*, Gewalt (Fn. 34), S. 199.

36 *Benjamin*, Gewalt (Fn. 34), S. 196.

vernichtend“. Sie „vernichtet [...] grenzenlos“³⁷. Ihre Folgen sind umfassend – die alttestamentarische Rotte Korach, die *Benjamin* als Beispiel für ein Objekt reiner Gewalt anführt, wird vom „Rachen“ der Erde, der sich öffnet, völlig verschlungenen.³⁸ In ähnlicher Weise ließe sich Kleists „Erdbeben in Chili“ anführen, das die fiktive Hauptstadt St. Jago völlig zerstört. Aleatorisch entsetzt das Erdbeben jede weltliche Ordnung.³⁹

Was bedeutet das aber nun für das Recht, wenn in der postkolonialen Konstellation Gerechtigkeit nicht mehr unter Beibehaltung von Maßstäben, sondern allenfalls in Form einer katastrophalen Maßlosigkeit zu haben ist? Es folgt daraus zunächst kein Plädoyer für einen Verzicht auf das Bemühen um rechtliche Maßstäbe, kein Völkerstrafrechtsabolitionismus⁴⁰. Es wäre ein Irrglaube anzunehmen, dass das Recht sich gleichsam selbst aufgeben und so die katastrophale Gerechtigkeit heraufbeschwören könnte.⁴¹ Die Katastrophe kommt oder sie kommt nicht und wenn sie kommt, bringt sie Gerechtigkeit oder nicht. Forcieren lässt sie sich nicht.⁴² Das Recht kann gar nicht anders als weiterhin den Frieden – oder zumindest das Bemühen um Frieden, Maßstäbe und Verfahren – so lange der Gerechtigkeit vorzuziehen, bis es womöglich irgendwann von der Geschichte überholt wird. Ihm bleibt gegenüber der darüber hinausgehenden Gerechtigkeit nur eine letztlich resignative Haltung, ein Achselzucken – und bestenfalls ein verschämter Blick in Richtung von Politik und Gesellschaft, denen das Streben nach mehr Gerechtigkeit aufgebürdet wird.

Gerade im Bereich des internationalen Rechts werden die Aussichten der Entrechteten auf Gerechtigkeit wohl eher besser als schlechter werden, wenn reine Machtstrukturen zu Gunsten von Recht verringert werden. Aber das sollte uns nicht blind dafür machen, dass die Präferenz für Frie-

37 *Benjamin*, Gewalt (Fn. 34), S. 199.

38 Num 16, 31–33.

39 Dazu *W. Hamacher*, Das Beben der Darstellung, in: D. E. Wellbery (Hrsg.), Positionen der Literaturwissenschaft, München 1985, S. 149 ff.

40 Dazu *S. Vasiliev*, The Crises and Critiques of International Criminal Justice, in: K. Heller et al. (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Criminal Law, Oxford 2020, S. 626 ff.

41 So aber die neomarxistische Idee, s. Fn. 8.

42 Vgl. *W. Benjamin*, Über den Begriff der Geschichte, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Band 1/2, hrsg. v. R. Tiedemann/H. Schweppenhäuser, Frankfurt am Main 1991, S. 691 (697 f.). In der berühmten Passage über *Paul Klees* „Angelus Novus“, den *Benjamin* als den „Engel der Geschichte“ auftreten lässt, beschreibt der Philosoph die Unmöglichkeit der historischen Gerechtigkeit. Der „Engel“, der „das Antlitz der Vergangenheit zugewendet“ hat, sieht dort „eine einzige Katastrophe, die unablässig Trümmer auf Trümmer häuft“.

den, Verfahren und Maßstäbe jedenfalls auch geprägt ist von dem Privileg, von der Friedensordnung profitieren zu dürfen. Die Vorzüge, die eine rechtlich verfasste Ordnung internationaler Verhältnisse ganz ohne Frage auch und gerade für die Entrechteten in den ehemaligen Kolonien hat, werden wohl nicht ausreichen, um die Grausamkeiten der Vergangenheit in einem wahrhaft „gerechten“ Sinne zu korrigieren. Wollten wir den vom Kolonialismus entrechteten Menschen im globalen Süden „das Ihre“ geben, würden sie erhalten, was ihnen mit Blick auf die Jahrhunderte der Grausamkeit „zusteht“, wäre dies realistisch betrachtet vermutlich nicht ohne den katastrophalen Zusammenbruch „unserer“ Lebensweise im globalen Norden zu haben. Und auch wenn wir mit guten Gründen alles daran setzen, einem solchen katastrophalen Zusammenbruch entgegenzuwirken, hätten wir vermutlich nicht das Recht uns zu grämen, sollte es irgendwann doch so kommen.

