

# Forum „Interdisziplinäre Perspektiven der Rechtskritik“

Walter Fuchs

## „Drakonisches Recht“ und Ursprungskritik

qui omnia legibus determinare vult, vitia irritabit potius, quam corriget.  
(Baruch Spinoza, *Tractatus Theologico-Politicus*)

Rechtskritik setzt immer wieder an der Frage der Gewalt an. Recht legitimiert sich dadurch, dass es die Gewalt als sein „Anderes“ einzuhegen und aufzuheben beansprucht. Gleichzeitig scheint keine rechtliche Ordnung der Gewalt gänzlich entraten zu können. Die Macht des Rechts wird durch Gewalt nicht nur durchgesetzt, sondern auch stets aufs Neue bestätigt. Schließlich liegt der Ursprung des berechtigten Rechtszwangs selbst in der Gewalt. So problematisieren rechtskritische Diskurse die Reproduktion dieser „ursprünglichen“ Gewalt durch das Recht – ohne die behaupteten Ursprünge jedoch wirklich historisch nachzuzeichnen. Dieser Beitrag möchte den Aporien des Verhältnisses von Recht und Gewalt nachspüren, indem er anhand des rechtsgeschichtlichen Beispiels des Gesetzgebers Drakon im frühen Athen (621 v. Chr.) eine Paradoxie entfaltet und mögliche Lösungsversuche vorstellt: Einerseits steht das „Drakonische“ sprichwörtlich für ein „primitives“, gewaltförmig-strenges Recht, für das Andere einer rationalen, fairen, verhältnismäßigen, durch Argumente begründeten rechtlichen Ordnung. Andererseits gibt es für solche „in Blut geschriebenen Gesetze“ (Plutarch) keine historischen Anhaltspunkte. Im Gegenteil: Das Drakon zugeschriebene, tatsächlich überlieferte Gesetzeswerk versuchte, die Legitimität der gewalttätigen Selbsthilfe an ein obligatorisches diskursives Gerichtsverfahren mit freier Beweiswürdigung zu binden und dadurch zu begrenzen. Die Rede vom „drakonischen Recht“ ist daher ein anachronistisches Missverständnis – allerdings, so die hier vertretene These, ein bezeichnendes, das für rechtskritische Diskussionen fruchtbare gemacht werden kann.

### I. Recht, Gewalt und Rechtskritik

Recht und Gewalt stehen in einem heiklen Verhältnis zueinander. Dies lässt sich anhand zweier Widersprüche jeglicher rechtlicher Ordnung verdeutlichen. *Ers-tens* dient Recht auf der einen Seite ganz wesentlich der Abwehr und Begrenzung ausufernder Gewalt.<sup>1</sup> Auf der anderen Seite ist dem Recht – wie auch den archaischen, uns heute oft schwer verständlichen Mitteln der Gewaltbewältigung

1 Zu deren Entgrenzung die durch Ihresgleichen stets verletzbaren Menschen grundsätzlich immer – und gerade auch in der Moderne – fähig zu sein scheinen; vgl. Popitz, Phänomene der Macht, 1992, S. 43 ff.; Reemtsma, Vertrauen und Gewalt. Versuch über eine besondere Konstellation der Moderne, 2008.

– die Gewalt selbst keineswegs fremd.<sup>2</sup> Dies betont der Religionsphilosoph René Girard: Ein entwickeltes Rechtswesen sei dabei so „unendlich viel effizienter“ als seine religiös grundierten funktionalen Äquivalente der Opfer- und Versöhnungsrituale, dass wir nicht ahnen, wie stark der jederzeit mögliche Teufelskreis der Blutrache auf Stammesgesellschaften laste.<sup>3</sup> Anstatt die der Rache innenwohnende Gewalt bloß zu verhüten, zu besänftigen oder auf ein zweitrangiges Ziel zu verschieben, werde sie vom Gerichtswesen *rationalisiert*.<sup>4</sup> Girard übertreibt wohl die Bedeutung der Blutrache, die ja Konzepte wie Reziprozität und verwandtschaftlichen Zusammenhalt und damit bereits beträchtliche soziale Ordnungsfähigkeiten voraussetzt. Endlose Spiralen der Fehde sind in vorstaatlichen Gesellschaften durchaus nicht die Regel<sup>5</sup> – gerade auch weil angesichts des Damoklesschwertes der Gewalteskalation Friedensstiftung zu einem überlebenswichtigen Ziel wird.<sup>6</sup> Den Befund, dass staatlich organisierte Rechtsordnungen, die das Monopol der Entscheidung über die Legitimität physischer Gewaltsamkeit erfolgreich für sich beanspruchen, sich der Gewalt auf eine spezifisch *instrumentelle* Weise bedienen, wird man allerdings nicht bestreiten können: Das Recht ist also gar nicht das Andere der Gewalt. Im Gegenteil: „Das Recht ist selbst Gewalt; auch rechtliche Formen des Entscheidens üben Gewalt aus – äußere Gewalt, die am Körper angreift, ebenso wie innere Gewalt, die die Seele, das Sein des Verurteilten versehrt.“<sup>7</sup> Iustitia trägt eben nicht nur Augenbinde und Waage, sondern auch ein Schwert.<sup>8</sup>

Zweitens gibt Recht als normatives System an, was Recht und Unrecht ist. Ob diese Unterscheidung – die immer auch eine Unterscheidung zwischen berechtigter und unberechtigter Gewalt nach sich zieht – jedoch ihrerseits *zu Recht* erfolgt, vermag mit Mitteln des Rechts selbst nicht entschieden zu werden.<sup>9</sup> Die moderne Jurisprudenz entschärft diese Paradoxie durch Hierarchisierung und

2 Vgl. dazu grundlegend Menke, Recht und Gewalt, in: Callies/Fischer-Lescano/Wielsch/Zumbansen (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, 2009, S. 83 ff.

3 Girard, Das Heilige und die Gewalt (1972), 1994, S. 39. Girards funktionaler Betrachtungsweise lässt sich freilich entgegenhalten, dass sich die sozialen Zwecke von Recht und Religion auch in ihren frühen Formen nicht in Gewaltabwehr erschöpfen; Barta, Recht, Religion und Gerechtigkeit in frühen Gesellschaften. Zur Bedeutung von Herrschaft und Staat für diese Gesellschaftsprägnanzen, in: Barta/Rollinger/Lang (Hrsg.), Recht und Religion. Menschliche und göttliche Gerechtigkeitsvorstellungen in den antiken Welten, 2008, S. 18. Girard geht es auch gar nicht um Rechtstheorie, sondern darum, „die Emergenz sozialer Ordnung aus der Sicht des Sakralen nachvollziehbar zu machen“; Amstutz, Rechtsgenesis: Ursprungsparadox und *supplément*, Zeitschrift für Rechtssociologie 2008, S. 137.

4 Girard (Fn. 3), S. 29 ff. und 38.

5 Paul, Die Rache und das Rätsel der Gabe, Leviathan 2005, S. 242 ff.; Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, 1985, S. 129 ff. und 328 f. Den *bellum omnium contra omnes*, den sich Hobbes als Naturzustand vorstellte, hat es nie gegeben – schließlich hat die Gattung *homo sapiens* überlebt. Ein Krieg aller gegen alle wäre auch „viel zu schwierig zu kämpfen. In allen Kämpfen müssen sich, und sei es nur des Überblicks halber, Fronten bilden, müssen also soziale Ordnungsleistungen erbracht werden, und zwar nicht erst im Getümmel, sondern schon vorher“; Luhmann, Legitimation durch Verfahren (1969), 1997, S. 101. Clastres, Archäologie der Gewalt (1977), 2008, S. 33 ff., hat Hobbes diesbezüglich in origineller Weise vom Kopf auf die Füße gestellt. Primitive Gesellschaften würden Kriege *nach außen* systematisch praktizieren, damit sich in ihrem inneren eine radikal egalitäre, ungeteilte und autonome Totalität erhalte. Dadurch solle die Entstehung des Staates gerade verhindert werden.

6 Vgl. Colson, Tradition and Contract. The Problem of Order, 1974, S. 37.

7 Menke (Fn. 2), S. 83; vgl. auch Trotha, Was ist Recht? Von der gewalttätigen Selbsthilfe zur staatlichen Rechtsordnung, Zeitschrift für Rechtssociologie 2000, S. 344 f., der den fundamentalen Unterschied zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Streitregelungsordnungen sehr deutlich herausarbeitet – und überbewertet: In vielen Fällen regeln Menschen ihre Konflikte, ohne dabei an den Einsatz von Gewaltressourcen auch nur zu denken – oder sie lassen sie einfach versickern (z.B. durch schlichtes Nichtstun oder durch ein Umdefinieren in „Pech“), egal ob sie im Schatten des Leviathan oder der gewalttätigen Selbsthilfe leben; vgl. Hanak/Stehr/Steinert, Ärgernisse und Lebenskatastrophen. Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität, 1989; Wesel (Fn. 5), S. 129 ff.

8 Im Wiener Justizpalast, Sitz des österreichischen Obersten Gerichtshofs, trägt die Göttin der Gerechtigkeit und des Rechtswesens weder Augenbinde noch Waage, dafür aber ein Gesetzbuch und ein besonders langes Schwert. Was das wohl über das Selbstverständnis der österreichischen Justiz aussagt?

9 Amstutz (Fn. 3), S. 126.

Auslagerung:<sup>10</sup> Es geschieht zu Recht, dass Sachverhalte nach bestimmten Regeln als ‚erlaubt‘ oder ‚rechtswidrig‘ beurteilt und mit Rechtsfolgen belegt werden, wenn diese Normen in der Verfassung Deckung finden. Die Geltung der Verfassung wiederum, in der die Rahmenbedingungen der politischen Produktion von Recht ihrerseits *rechtlich* geregelt werden, wird dann – sofern man sie nicht mit überpositiven Prinzipien begründen möchte (Gott, Natur, Vernunft, Volksgeist etc.) – auf faktische Setzungen des *politischen* Souveräns zurückgeführt bzw. unter Rückgriff auf eine hypothetische Grundnorm schlicht *vorausgesetzt*. Letzteres war Hans Kelsens Lösung, der – gegen Carl Schmitt<sup>11</sup> – in der Positivität der Rechtsordnung selbst die nicht mehr weiter ableitbare höchste souveräne Norm erblickte. Die Geltung des Rechts wird in seiner Reinen Rechtslehre gar nicht mehr von außen bestimmt. Damit gibt es auch keine rechtserzeugende souveräne Gewalt, die außerhalb der Rechtsordnung stünde.<sup>12</sup> Auch Kelsen räumt freilich freimütig ein, dass jedes System tatsächlich gültiger Rechtsnormen faktisch darauf angewiesen ist, das Befolgen ihrer Normbefehle im Konfliktfall erzwingen zu können. Wie „rein“ (und von gesellschaftlich-politischen Fragen abgekoppelt) die positivistische *Lehre* des Rechts auch sein mag: jede gegebene *Rechtsordnung* muss für sie, um eine solche zu sein, eine „im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung“<sup>13</sup> darstellen. So formuliert denn auch Niklas Luhmann, dessen autopoietische Rechtstheorie Kelsens Verweigerung extralegaler Begründungen aus einer soziologischen Beobachterperspektive heraus noch auf die Spitze treibt,<sup>14</sup> dass „Politik und Recht nur möglich sind, wenn sie zu ihrer Durchsetzung auf physische Gewalt zurückgreifen und Gegengewalt wirksam ausschließen können“.<sup>15</sup> Auch bei Ansätzen, die davon ausgehen, dass das Recht auf außerrechtliche Weißen souveräner Gewaltgestaltung ganz gut verzichten kann, erscheint die Gewalt also nicht nur nicht als das Andere, sondern geradezu als eine Voraussetzung des Rechts.

Diese Widersprüche verweisen letztlich beide auf ein Grundproblem menschlicher Vergesellschaftung überhaupt, das Heinrich Popitz als *circulus vitiosus der Gewalt-Bewältigung* bezeichnet hat: „Soziale Ordnung ist eine notwendige Bedingung der Eindämmung von Gewalt – Gewalt ist eine notwendige Bedingung zur Aufrechterhaltung sozialer Ordnung“.<sup>16</sup> Was bedeutet das nun für die Rechtstheorie? Seit dem Zusammenbruch der naturrechtlichen Vertragskonstruktionen bleibe ihr, so Luhmann, konsequenterweise nichts anderes übrig als zuzugeben, dass „das Recht aus der Gewalt entstanden ist und sich dann durch Funktion und Verfeinerung selbst rechtfertigt. Die Entstehungsursache mag dann vergessen werden.“<sup>17</sup> Die Geburt des Rechts aus dem Geist einer überlegenen Gewalt und die Reproduktion dieser ursprünglichen als legitime Gewalt durch das Recht werden immer wieder von rechtskritischen Ansätzen skandalisiert. So sah Walter Benjamin „schicksalhaft gekrönte Gewalt“<sup>18</sup> als den Ursprung des Rechts an und ersehnte eine gleichermaßen rechtsvernichtende wie unblutige „göttliche Gewalt“, die „um des Lebendigen willen“ entsühnt statt sühnt. Auch für Jacques Derrida, der Benjamin einer dekonstruktiven Lektüre

10 Vgl. Luhmann, Die Rückgabe des zwölften Kamels, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2000, S. 7 f.

11 Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 75 ff.

12 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, S. 289 ff.

13 Kelsen (Fn. 12), S. 204.

14 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 73; vgl. dazu Buckel, Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts, 2007, S. 22.

15 Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S. 154.

16 Popitz (Fn. 1), S. 63.

17 Luhmann (Fn. 10), S. 6.

18 Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, 1965, S. 42.

unterzogen hat, sind der „Ursprung der Autorität, die (Be)gründung oder der Grund, die Setzung des Gesetzes in sich selbst eine grund-lose Gewalt(tat)“.<sup>19</sup> Auf diese Gründungsakte könnte die Unterscheidung zwischen rechtmäßig und unrechtmäßig gar nicht angewandt werden. Ganz ähnlich erscheinen bei Giorgio Agamben im Moment der Souveränität Gewalt und Recht ununterscheidbar vermengt; der Souverän sei die „Schwelle, auf der Gewalt in Recht und Recht in Gewalt übergeht“.<sup>20</sup>

Das Gemeinsame dieser Art von Rechtskritik – für die den drei genannten Werken ein mittlerweile fast kanonischer Status zukommt<sup>21</sup> – bildet das Bestreben, über das Ausleuchten der ansonsten meist im Dunkeln belassenen anfänglich gewalttätig-kontingenten Konstituierung des Rechts seine Gültigkeit in Zweifel zu ziehen. Eine solche Kritik zu formulieren, so Judith Butler in ihrer Lesart Benjamins, heißt, sich vom geltenden Recht zu distanzieren, um nach der Gewalt zu fragen, die das Recht mit Legitimität ausstattet, heißt, „die rechtserhaltende Macht zu unterbrechen und ihr zuwiderzuhandeln, dem Recht die Befolgung zu entziehen und eine vorübergehende Form der Kriminalität in Anspruch zu nehmen, die das Recht gerade nicht unterstützt und damit seine Zerstörung unternimmt“.<sup>22</sup>

Aber ist es denn auch wahr, dass der Ursprung „des“ Rechts in „der“ Gewalt zu suchen ist? Und wie hat man sich das konkret vorzustellen? Alle drei Ansätze gehen philosophisch vor; sie suggerieren die Existenz geschichtlicher Gründungseignisse, sind selbst jedoch im Grunde unhistorisch: Benjamins politisch-theologischer Text, mit seinen disparaten Diskurssträngen ohnehin „notorisch schwierig“<sup>23</sup> zu lesen, kippt ins Messianisch-Transzendentale, Derridas Dekonstruktionen verbleiben auf einer abstrakt-theoretischen Ebene, und Agamben dient seine dem römischen Recht entnommene Denkfigur des *homo sacer* vor allem als Folie für eine Kritik der *modernen* Biopolitik. Für eine im wahrsten Sinn des Wortes radikale, bis zu den Wurzeln gehende Kritik ist diese Ahistorizität aber kein ganz geringes Problem, will sie nicht Gefahr laufen, Recht und Gewalt selbst „mythisch“ zu vermengen. Ihr kann über das Bestreiten der behaupteten Anfänge leicht die Grundlage entzogen werden. Aus der Sicht der Systemtheorie lässt sich sogar sagen, das Recht *habe gar keinen Ursprung*:

„Im Kontext von Legitimationsmythen, also von Selbstbeschreibungen bestimmter Art, mag der Ursprung des Rechts eine Bedeutung haben als eine Art Unterbrechung des Zirkels – etwa die göttliche Gabe der Zehn Gebote als gemeinsame Orientierung einer tribalen Gesellschaft oder die göttliche Einsetzung des Areopag als Unterbrechung des Circulus vitiosus einer Recht in Unrecht transformierenden Rache. Die Rechtspraxis operiert stets in einer Situation mit historisch gegebenem Recht, denn anders könnte sie gar nicht auf die Idee kommen, sich selbst als Rechtspraxis zu unterscheiden. Entsprechend gibt es, historisch gesehen, keinen Anfang des Rechts, sondern nur Situationen, in denen es hinreichend plausibel war, davon auszugehen, dass auch schon früher nach Rechtsnormen verfahren worden ist.“<sup>24</sup>

19 Derrida, Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, 1991, S. 29.

20 Agamben, *Homo sacer*. Die souveräne Macht und das nackte Leben, 2002, S. 42.

21 Vgl. Fögen, Römische Rechtsgeschichten, 2002, S. 99; Lindemann, „Ein Wort gegen das Recht“. Walter Benjamins „Zur Kritik der Gewalt“, Kritische Justiz 2010, S. 113.

22 Butler, Kritik, Zwang und das heilige Leben in Walter Benjamins „Zur Kritik der Gewalt“, in: Krasmann/Martschukat (Hrsg.), Rationalitäten der Gewalt. Staatliche Neuordnungen vom 19. bis zum 21. Jahrhundert, 2008, S. 43.

23 Butler (Fn. 22), S. 20.

24 Luhmann (Fn. 14), S. 57; vgl. dazu Amstutz (Fn. 3). In anderen Kontexten (siehe oben Fn. 17) spricht Luhmann freilich sehr wohl von der „Entstehungsursache“ des Rechts – nämlich der Gewalt.

So sinnlos die Frage nach dem absoluten Anfang „des“ Rechts sein mag, „historisch gesehen“, also etwa in der Beobachtung durch einen rechtsgeschichtlich interessierten Rechtssoziologen (so wie in diesem Artikel) – und eben nicht aus der systeminternen Perspektive – können empirisch gegebene rechtliche Konstellationen, Diskurse und Praktiken durchaus anfangen und aufhören. Vor allem können sie sich verändern, und zwar oft ruckartig (und ohne innere Notwendigkeit). Besonders spannend kann es sein, dabei nach der Rolle der Gewalt zu fragen und Mythen über solche Rechtsinnovationen mit plausiblerer historischer Evidenz zu konfrontieren. Dies sei im Folgenden am Beispiel des antiken Athen und dem ältesten Dokument seiner Rechtsgeschichte versucht: der Gesetzgebung des Drakon, die sprichwörtlich für besondere Härte und Grausamkeit (also für einen gewalttätigen Ursprung!) steht, was, wie zu zeigen sein wird, mit den Ergebnissen der rechtsgeschichtlichen Forschung nicht in Einklang zu bringen ist. Dabei möchte ich der möglicherweise verborgenen Wahrheit dieser falschen Überlieferung nachspüren und dergestalt ein wenig der „Einladung zur Befehlsverweigerung“ der Rechtshistorikerin Marie Theres Fögen folgen, Fakten nicht strikt von Fiktionen zu trennen.<sup>25</sup> Diese Überlegungen beabsichtigen eine exemplarisch-historische Erörterung gewalttätiger Anfänge rechtlicher Ordnungen, an die philosophische Diskurse der Rechtskritik anknüpfen können. Die Wahl des Beispiels verweist indessen auf eine Ursprungsdekonstruktion ganz anderer Art: neuesten Forschungen zufolge stammen viele Blüten der abendländischen Rechtsentwicklung, die gemeinhin den Römern originär zugeschrieben werden, eigentlich aus dem antiken Griechenland<sup>26</sup> – ein Grund mehr, sich der Frage nach den Ursprüngen des Rechts nicht nur philosophisch oder anthropologisch anzunähern, sondern auch die geschichtlich greifbaren Anfänge der eigenen Rechtskultur in den Blick zu nehmen.

## *II. „Drakonisches Recht“ und Kritik*

Als „drakonisch“ gelten uns im heutigen Sprachgebrauch besonders strenge, rücksichtslose und unverhältnismäßige Anordnungen oder Sanktionen, seien es abstrakte gesetzliche Strafbestimmungen (Hände abhauen im Recht der Scharia), konkrete Urteile (generalpräventiv-strenge Strafen für die „Münchener U-Bahn-Schläger“), besonders rigoros durchgreifende faktische Maßnahmen (gegen Demonstranten im Iran, gegen die Schweinegrippe oder an Flughäfen nach 9/11), politische Strategien (Sparmaßnahmen in der Finanzkrise) oder Verhaltenskalküle (Diät- oder Therapieprogramme). Auffällig am Spektrum der Wortbedeutungen ist die enge Verklammerung von Recht mit Eingriffen, die sich auf die Situation Betroffener unmittelbar drastisch auswirken.

Im Deutschen wird das Wort „drakonisch“ offenbar seit Ende des 18. Jahrhunderts verwendet;<sup>27</sup> die Vermutung liegt nahe, dass die Graecophilie des Deutschen Idealismus sein Aufkommen begünstigt hat. Niemand anderer als Friedrich Schiller gibt ein Jahr nach der Französischen Revolution die der sprichwörtlichen Härte zugrundeliegende Überlieferung der Gesetzgebung Drakons wieder.

25 Fögen (Fn. 21), S. 19.

26 Und, noch eingehender betrachtet, zum Teil auch aus dem Alten Orient; Barta, „Graeca non leguntur“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Band 1, 2010.

27 Köster, Eigennamen im deutschen Wortschatz, 2003, S. 40.

„Man warf endlich, um diesen Unruhen zu steuern, die Augen auf einen unbescholtenen und allgemein gefürchteten Bürger, dem die Verbesserung der Gesetze, die bis jetzt nur in mangelhaften Traditionen bestanden, übertragen ward. *Drako* hieß dieser gefürchtete Bürger – ein Mann ohne Menschengefühl, der der menschlichen Natur nichts gutes zutraute, alle Handlungen bloß in dem finstern Spiegel seiner eignen trüben Seele sah, und ganz ohne Schonung war für die Schwächen der Menschheit; ein schlechter Philosoph und ein noch schlechterer Kenner der Menschen, mit kaltem Herzen, beschränktem Kopf, und unbiegsam in seinen Vorurtheilen. Solch ein Mann war vortrefflich, Gesetze zu *vollziehen*, aber sie zu *geben* konnte man keine schlimmere Wahl treffen. Es ist uns wenig von den Gesetzen des Drako übrig geblieben, aber dieses Wenige schildert uns den Mann, und den Geist seiner Gesetzgebung. Alle Verbrechen strafte er ohne Unterschied mit dem Tode, den Müssiggang wie den Mord, den Diebstahl eines Kohls oder eines Schaafs, wie den Hochverrath und die Mordbrennerey. Als man ihn daher fragte, warum er die kleinen Vergehnungen eben so streng bestrafe, als die schwersten Verbrechen, so war seine Antwort: „Die kleinsten Verbrechen sind des Todes würdig; für die Größern weiß ich keine andre Strafe, als den Tod – darum muß ich beide gleich behandeln.“ Drakos Gesetze sind der Versuch eines Anfängers in der Kunst, Menschen zu regieren. *Schrecken* ist das einzige Instrument, wodurch er wirkt. [...] Seine Gesetze sind doppelt zu tadeln, weil sie nicht allein die heiligen Gefühle und Rechte der Menschheit wider sich haben, sondern auch weil sie auf das Volk, *dem* er sie gab, nicht berechnet waren. War ein Volk in der Welt ungeschickt, durch *solche* Gesetze zu gedeyhen, so war es das atheniensische. Die Sklaven der Pharaonen, oder des Königs der Könige würden sich endlich vielleicht darein gefunden haben – aber wie konnten Athenienser unter ein solches Joch sich beugen.“<sup>28</sup>

Dieser Text ist, mit all seinem Psychologismus und seiner Idealisierung der edlen „Athenienser“, ein charakteristisches Zeugnis seiner Epoche und seines Autors. So vernichtend die Diagnose für den „Mann ohne Menschengefühl“ auch ausfällt, Schiller bleibt einer – im Sinne Nietzsches<sup>29</sup> – unkritischen, „monumentalen“ Betrachtung der Vergangenheit verhaftet: Geschichte wird von großen oder manchmal eben nicht ganz so großen Männern gemacht. Auf den „Anfänger“ Drakon (wieder ein Anfang!) folgt der Körner Solon, der die Dinge wieder ins Lot bringt. In anderer Hinsicht ist Schillers Herangehensweise jedoch sehr wohl als ausgesprochen *kritisch* zu bezeichnen. Es geht ihm um die „Kunst, Menschen zu regieren“, die Drakon mit seinem Schreckensregime eben mangelhaft beherrscht habe. Damit bringt Schiller fast wortwörtlich genau das zum Ausdruck, was Michel Foucault die „kritische Haltung“ nennt, nämlich die „Kunst, nicht dermaßen regiert zu werden“, die als Gegenstück zur Frage nach der richtigen Regierung entstanden sei: „Wie ist es möglich, dass man nicht derartig, im Namen dieser Prinzipien da, zu solchen Zwecken und mit solchen Verfahren regiert wird – dass man nicht so und nicht dafür und nicht von denen da regiert wird?“<sup>30</sup> Passend zu Schillers „heiligen Rechten der Menschheit“ erwähnt Foucault als eine mögliche Ausformung solcher Kritik explizit einen *naturrechtlichen* Ansatz. Nicht dermaßen regiert werden zu wollen heiße auch, „diese Gesetze da nicht mehr annehmen zu wollen, weil sie unter ihrer Altehrwürdigkeit oder unter dem bedrohlichen Glanz, den ihnen der heutige Souverän verleiht, eine wesenhafte Unrechtmäßigkeit bergen“; diese Kritikform ziele darauf ab, „der Regierung und dem von ihr verlangten Gehorsam universale und unverjährbare Rechte entge-

28 Schiller, Die Gesetzgebung des Lykurgus und Solon, Thalia, 3. Band, Heft 11, 1790, S. 56 f.

29 Nietzsche, Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben (1874), 1970.

30 Foucault, Was ist Kritik?, 1992, S. 11 f.; vgl. dazu Butler, Was ist Kritik? Ein Essay über Foucaults Tugend, in: Jaeggi/Wesche (Hrsg.), Was ist Kritik?, 2008, S. 232 ff.

genzusetzen, denen sich jedwede Regierung, handle es sich um den Monarchen, um das Gericht, um den Erzieher, um den Familienvater, unterwerfen muss“.<sup>31</sup> Foucault stellt das Aufkommen einer solchen Art von Kritik in den Kontext der europäischen Neuzeit, als Individuen und Gesellschaften in zuvor ungekanntem Ausmaß regierbar gemacht wurden. Schillers Kritik an Drakon (und Schwärmerei für Solon) kann zweifellos unter dem Gesichtspunkt eines intensivierten Regierungszugriffs gelesen werden – schließlich musste der „Sartre des späten 18. Jahrhunderts“<sup>32</sup> selbst vor landesfürstlicher Willkür fliehen. Sie greift allerdings auf antike Quellen zurück. Bereits Aristoteles berichtet, an Drakons Gesetzen sei außer der „Härte zufolge des Strafausmaßes“ nichts der Erwähnung wert.<sup>33</sup> In der griechischen Poliskultur mit ihrem Interesse an Verfassungsvergleichen dürfte es recht genaue Vorstellungen davon gegeben haben, wie man *nicht* regiert werden will.<sup>34</sup> Das „Drakonische“ steht spätestens seit der klassischen Epoche für Rechtskritik im Namen einer höheren Gerechtigkeit. So erwähnt Plutarch – ähnlich wie Schiller – Drakon im Rahmen einer Solon gewidmeten Abhandlung:

„Zuerst hob er nun alle Gesetze Drakons auf – außer denen über Mord und Totschlag – wegen ihrer Härte und der Strenge der Strafen. Denn beinahe auf alle Verfehlungen war nur eine Strafe gesetzt: der Tod, sodass auch die des Müßigganges Überführten sterben mussten und, wer Gemüse oder Feldfrüchte stahl, ebenso bestraft wurde wie Tempelräuber und Totschläger. Daher erntete Demades später Beifall für sein Wort, Drakon habe seine Gesetze mit Blut, nicht mit Tinte geschrieben. Er selbst soll auf die Frage, warum er auf die meisten Vergehen die Todesstrafe gesetzt habe, die Antwort gegeben haben, er hielte die kleinen Vergehen dieser Strafe für Wert, und für die großen wisse er keine größere Strafe“<sup>35</sup>

Schiller hat wie sein Karl Moor in den „Räubern“ offensichtlich „seinen Plutarch gelesen“<sup>36</sup> und die bereits in der Antike eingesetzt habende Legendenbildung über Drakon mit blühender Phantasie ausgeschmückt. Aus „beinahe allen Verfehlungen“ werden „alle Verbrechen ohne Unterschied“; von „Hochverrat“ und „Mordbrennerey“, die eher nach Sturm und Drang als nach dem archaischen Athen klingen, ist bei Plutarch keine Rede – ganz zu schweigen von der „trüben Seele“ des „schlechten Philosophen“.

Allen Schilderungen gemeinsam ist jedoch die Vorstellung, die erste Gesetzgebung Athens habe tatsächlich besonders strenge, eben drakonische Strafen gekannt. Die sprichwörtliche Redensart befördert bis heute das eingängige Bild blutiger, unzivilisierter und unfairer Anfänge des Rechts in uralten Gesellschaften.<sup>37</sup> Möglicherweise hat es auch Benjamins berühmten Essay beeinflusst: Wenn das Recht seinen Ursprung in der Gewalt habe, dann liege, so schreibt er, die Vermutung nahe, „dass in der höchsten Gewalt, in der über Leben und Tod, wo sie in der Rechtsordnung auftritt, deren Ursprünge repräsentativ in das Bestehende hineinragen und in ihm sich furchtbar manifestieren. Hiermit stimmt überein, dass die Todesstrafe in primitiven Rechtsverhältnissen auch auf Delikte wie Eigentumsvergehen gesetzt ist, zu denen sie ganz außer ‚Verhältnis‘ zu stehen scheint. Ihr Sinn ist denn auch nicht, den Rechtsbruch zu strafen, sondern das

31 Foucault (Fn. 30), S. 13 f.

32 Safranski, Schiller oder Die Erfindung des Deutschen Idealismus, 2004, S. 12.

33 Aristoteles, Politik, 1274b.

34 Vgl. Popitz (Fn. 1), S. 13.

35 Plutarch, Solon 17.

36 „Mich ekelt vor diesem tintenklecksenden Säkulum, wenn ich in meinem Plutarch lese von großen Menschen“; Schiller, Die Räuber (1. Akt, 2. Szene) (1781), 1991, S. 19.

37 Vgl. Schmitz, „Drakonische Strafen“. Die Revision der Gesetze Drakons durch Solon und die Blutrache in Athen, Klio 83, 2001, S. 9.

neue Recht zu statuieren.“<sup>38</sup> War Drakons angeblich unterschiedloses Hinrichten von Mördern und Gemüsedieben nichts anderes als das Krönungsfest einer strafenden Gewalt, die brutale Inthronisation einer neuen Rechtsordnung?

### *III. Das Gesetz des Drakon: Überlieferung, Entstehungskontext, Inhalt, Bedeutung*

Im Jahr 1843 entdecken Bauarbeiter bei Grabungen in Athen eine Marmorstele, die einem mittelalterlichen Gebäude als Baustein gedient hatte. Darauf befindet sich eine Inschrift aus dem Jahr 409/8 v. Chr.,<sup>39</sup> die sich nach ihrer epigraphischen Erschließung als eine Art Wiederverlautbarung der Gesetzgebung Drakons herausstellt. Nach dem Ende des oligarchischen Staatsstreichs „der Vierhundert“ mit blutigen Terrorakten war Athen zur Demokratie zurückgekehrt. Die alten rechtlichen Grundlagen der *polis* sollten nun buchstäblich in Stein gemeißelt und durch ihr öffentliches Aufstellen bekräftigt werden.<sup>40</sup> Das *ursprüngliche* „Gesetz Drakons über die Tötung“, das auf der Stele wahrscheinlich tatsächlich originalgetreu wiedergegeben ist,<sup>41</sup> wird auf das Jahr 621 v. Chr. datiert. Seine Entstehung fällt ebenfalls in eine Zeit politischer und sozialer Unruhen.

Das Griechenland des 7. Jahrhunderts v. Chr. kennt indes noch keine „staatlichen“ Gerichte, die Todesstrafen verhängen oder gar vollstrecken könnten. Es ist eine archaische, stark bäuerlich geprägte Sozialordnung, in der Abweichungen von Verhaltenserwartungen innerhalb dörflicher Strukturen durch „Rügebräuche“ geahndet werden.<sup>42</sup> Gewalttätige Selbsthilfe ist in detaillierte soziale Regulationsmechanismen eingebettet. Durch das Zahlen von Entschädigungen wird sie oft unnötig; sie kann ihrerseits als Übergriff erscheinen. Für solche Fälle gibt es die Möglichkeit schiedsrichterlicher Streitschlichtung durch adelige „Priesterkönige“ (*basileis*).<sup>43</sup> Das sind keine Monarchen mit Herrschaftsgewalt, man muss sie sich eher wie die aus der Ethnologie bekannten *big men* vorstellen. Ihre Autorität ist nicht unbedingt auf Dauer gestellt, sie beruht auf persönlichen Verdiensten, Charisma, Ansehen und Überzeugungskraft.<sup>44</sup> Hesiod bezeichnet sie als „geschenkfressend“ – die „Geschenke“ sind wohl so etwas wie Gebühren oder aber auch Bestechungsgelder – und beklagt ihre „krummen Urteile“.<sup>45</sup> An gesichts des altägyptischen Charakters des Verfahrens – eine Art Palaver mit formalem Beweisgang durch Eid, in dem der gesamte soziale Kontext des Falles und der Kontrahenten erörtert und dessen Ergebnis als göttlich eingegeben vor gestellt wurde – dürften die Schiedsrichter vor allem bei ungeklärter Tatfrage häufig überfordert gewesen sein.<sup>46</sup>

Dies wird erst recht auf viele Konflikte zutreffen, die Athen in den Jahrzehnten der sozialen Krise vor den Gesetzgebungen Drakons und Solons erlebt. Die stra-

38 Benjamin (Fn. 18), S. 42 f.

39 Stroud, Drakon's Law on Homicide, 1968, S. 2 ff.

40 Vgl. Gallia, The Republication of Draco's Law on Homicide, Classical Quarterly, 2004, S. 457; Schmitz (Fn. 37), S. 19 f.

41 Gagarin, Drakon and Early Athenian Homicide Law, 1981, S. 68 ff.; Schmitz (Fn. 37), S. 16; Stroud (Fn. 39), S. 60 ff.; Tulin, Dike Phonou. The Right of Prosecution and Attic Homicide Procedure, 1996, S. 9 f.

42 Schmitz, Nachbarschaft und Dorfgemeinschaft im archaischen und klassischen Griechenland, 2004, S. 259 ff.

43 Cantarella, Private Revenge and Public Justice. The settlement of disputes in Homer's Iliad, Punishment & Society 2001, S. 473 ff.; Carawan, Rhetoric and the Law of Draco, 1998, S. 49 ff.

44 Stahl, Gesellschaft und Staat bei den Griechen. Archaische Zeit, 2003, S. 133 ff.

45 Lotze, Griechische Geschichte, 2002, S. 24.

46 Welwei, Die griechische Polis. Verfassung und Gesellschaft in archaischer und klassischer Zeit, 1998, S. 69.

tifikatorische Differenzierung der Gesellschaft nimmt zu; starkes Bevölkerungswachstum führt zu dichterem Zusammenleben. Grundstücke werden durch Erbteilung in kaum rentable Einheiten aufgesplittert, was Verarmung und Überschuldung weiter Teile des Kleinbauerntums nach sich zieht. Aufgrund der üblichen Personalexekution erwartet viele Schuldner am Ende das Schicksal der Sklaverei. Hinzu kommt, dass durch die Einführung einer neuen Militärtechnik (der „Hopliten“) breite Bevölkerungsschichten mit schweren Waffen – deren Gebrauch auch geübt werden muss – ausgestattet werden. Als Konsequenz dieser Entwicklungen wird die Zahl der unabsichtlichen und absichtlichen Tötungen deutlich angestiegen sein.<sup>47</sup>

Auch zwischen den Familien der Oberschicht gibt es gewalttätige Konflikte. Möglicherweise versuchen einzelne Adelige, durch soziale Versprechungen breite Unterstützung im Volk zu gewinnen, um eine hegemoniale Stellung zu erlangen. Um 630 kam es der Überlieferung zufolge schließlich zu einem Versuch der Errichtung einer Tyrannis: Der Olympiasieger Kylon besetzte mit Freunden die Akropolis, wurde jedoch dort eingeschlossen. Er selbst konnte entkommen; seine Anhänger suchten Asyl in einem Tempel und ergaben sich. Trotz gegenteiliger Zusagen wurden sie schließlich getötet („Kylonischer Frevel“), was erbitterte Fehden zur Folge gehabt haben scheint.<sup>48</sup> Dies könnte ein Anlass für das Gesetz des Drakon gewesen sein.<sup>49</sup> Sein Text ist teilweise aus Reden des Demosthenes bekannt, mit deren Hilfe die – leider stark beschädigte – Inschrift auf der Marmorstele von 409/8 wie folgt entziffert werden kann:

„Auch wenn einer einen ohne Vorsatz tötet, soll er in die Verbannung gehen. Die *basileis* sollen den Ausführenden oder den Planenden als für die Tötung verantwortlich erklären. Die *ephetai* sollen den Fall beurteilen. Wenn Vater oder Brüder oder Söhne des Getöteten am Leben sind, muss Verzeihung von allen zusammen gewährt werden. Ansonsten soll der eine, der dagegen ist, maßgebend sein. Wenn keiner von diesen am Leben ist, kann Verzeihung gewährt werden von denen bis zum Grad des Sohnes des Vetters und des Vetters, wenn alle gewähren wollen. Der, der dagegen ist, soll maßgebend sein. Wenn auch von diesen keiner lebt, und wenn der Täter ohne Vorsatz getötet hat, und die 51, die *ephetai*, entscheiden, dass er ohne Vorsatz getötet hat, dann kann er mit Zustimmung von zehn Mitglieder der *phratris* des Getöteten wieder ins Land gelassen werden. Die 51 sollen diese Männer nach ihrer Würdigkeit aussuchen. Und auch die, die vorher getötet haben, sollen durch dieses Gesetz gebunden sein. Eine Anzeige gegen den Täter soll auf der *agora* verkündet werden, und zwar von den Verwandten des Getöteten bis zum Grad des Sohnes des Vetters und des Vetters. Die Verfolgung des Täters soll gemeinsam geschehen durch Vettern, deren Söhne, die Schwiegersöhne und Schwiegerväter und die Mitglieder der *phratris*. [...] Wenn jemand den Täter tötet oder für seinen Tod verantwortlich ist, solange er sich von den Märkten an der Grenze, den Spielen und den amphiktyonischen Heiligtümern fernhält, soll er nach den selben Bedingungen wie einer behandelt werden, der einen Athener getötet hat. Die *ephetai* sollen den Fall beurteilen. Es ist erlaubt, Täter zu töten oder festzuhalten, wenn sie innerhalb des Territoriums erwischt werden [...] Wenn jemand einen in unmittelbarer Selbstverteidigung tötet, der sein Eigentum ungerechtfertigt und mit Gewalt wegbringt, dann soll es für den Getöteten keine Entschädigung geben. [...]“<sup>50</sup>

Das Tötungsgesetz des Drakon regelt Verfahren, Zuständigkeit, Anklage, Sanktion, Entschädigungsmöglichkeiten und Rechtfertigungsgründe für unvorsätz-

47 Stahl (Fn. 44), S. 219 f.; vgl. Welwei (Fn. 46), S. 72 ff. und 140 ff.

48 Lotze (Fn. 45), S. 41; Welwei (Fn. 46), S. 140 ff.

49 Humphreys, A Historical Approach to Drakon's Law on Homicide, in: Gagarin (Hrsg.), Symposium 1990, 1991, S. 17 ff.; vgl. Carawan (Fn. 43), S. 4; Schmitz (Fn. 37), S. 35; Stroud (Fn. 39), S. 70 ff.

50 Gagarin (Fn. 41), S. xvif.; Stroud (Fn. 39), S. 5 ff.; vgl. Stahl (Fn. 44), S. 221. Die Auslassungen beziehen sich auf Lücken der Inschrift.

liche, möglicherweise implizit auch für vorsätzliche<sup>51</sup> Tötungen. Seine „Strafe“ war das Exil; innerhalb Attikas durfte der Täter getötet werden. Blutrache außerhalb des athenischen Territoriums wurde jedoch ihrerseits wie Mord behandelt. Ausnahmen waren stark frequentierte „internationale“ Plätze wie Märkte, Kultstätten und Spiele. Offensichtlicher Zweck dieser Bestimmungen waren Kontaktvermeidung und Deeskalation, wodurch es den betroffenen Familien ermöglicht werden sollte, über Entschädigungszahlungen zu verhandeln. Dem Ziel der Befriedung dient auch die detaillierte Regelung des Verwandtenkreises (entweder zwei Kategorien von Familienmitgliedern oder zehn angesehene Mitglieder der *phratrerie*, eines erweiterten patrilinearen Sippenverbandes), der einer Buße einstimmig zustimmen muss.

Obwohl die Gesetzesinschrift der historischen Forschung einige Rätsel aufgegeben hat und im Detail vieles umstritten ist,<sup>52</sup> werden Drakon in aller Regel zwei Rechtsinnovationen zugeschrieben:<sup>53</sup> der *Gerichtszwang* und die *Unterscheidung der Willensrichtung*. Sein Gesetz sieht ein obligatorisches Verfahren mit zwei Spruchkörpern vor. Die Rolle der *basileis* beschränkt sich nunmehr auf formale Aufgaben, die vielleicht auch obligatorische Schlichtungsversuche umfassen. In der Sache selbst entscheiden jetzt die *ephetai*:<sup>54</sup> Das sind 51 Bürger, die nicht nur über die Tatfrage, sondern auch darüber abzustimmen haben, ob die Tötung vorsätzlich, unvorsätzlich oder im Zuge erlaubter Selbstverteidigung (wie bei auf frischer Tat ertappten Dieben) geschehen ist. Die Legitimität der gewalttätigen Selbsthilfe hängt nun von ihrem Urteil ab, das sie in freier Würdigung der vorgebrachten Beweise fällen.<sup>55</sup> Die beiden Institutionen stehen für verschiedene Rechtsschichten, für zwei unterschiedliche Techniken der Rechtsfindung: Im Gegensatz zu den „geschenkefressenden Königen“ können sich die *ephetai* nicht mehr einfach auf ihre Weisheit, auf göttliche Eingebung oder auf bestimmte Interessenlagen berufen. Sie müssen den Streitfall in einem Modus diskursiver Rationalität nach Kriterien entscheiden, die abstrakt im Recht festgelegt sind. Damit habe Drakon, so der Althistoriker Edwin Carawan, eine „neue soziale Realität“ geschaffen, auf deren Grundlage die Rhetorik als diskursive Technik gedeihen konnte.<sup>56</sup> Systemtheoretisch betrachtet ist dies ein wesentlicher Schritt zur Ausdifferenzierung eines Rechtssystems, in dem mitunter auch gegen *Moral* und *common sense* entschieden werden muss: „Der entscheidende Bruch mit älteren Gesellschaftsformationen tritt ein, wenn in den für Entscheidungsselektion ausdifferenzierten Rechtsverfahren *nicht mehr nur ad hoc und nicht mehr nur ad hominem* argumentiert wird“.<sup>57</sup> So gesehen ist es kein Zufall,

51 Gagarin (Fn. 41), S. 96 ff.; dagegen Humphreys (Fn. 49), S. 36; Schmitz (Fn. 37), S. 24 ff.

52 Vgl. die Übersicht der strittigen Punkte bei Schmitz (Fn. 37), S. 20 ff.

53 Vgl. jüngst Phillips, Avengers of Blood. Homicide in Athenian Law and Custom from Draco to Demosthenes, 2008, S. 56 f.

54 Im Gegensatz zur Tätigkeit der *ephetai (diagnonai)* ist es umstritten, welche Rolle das Tun der *basileis (dikazein)* im Recht Drakons spielte. Die ältere Forschung glaubte, die „Könige“ würden das Urteil der *ephetai* bloß „verkünden“; vgl. Stroud (Fn. 39), S. 44; Gagarin (Fn. 41), S. 47. Neuere Interpretationen gehen davon aus, dass sich *dikazein* – wie in den Schiedsverfahren vor Drakon – auf das Formulieren des (jetzt nicht mehr prozessentscheidenden) Eides bezieht, den der Kläger schwören muss; im neuen Verfahren kann der Beschuldigte nun seinerseits mit einem Eid seine Unschuld beteuern, worauf die *ephetai* dann darüber abstimmen, wessen Eid der bessere sei; Thür, Oaths and Dispute Settlement in Ancient Greek Law, in: Foxhall/Lewis (Hrsg.), Greek Law in its Political Setting, 1996, S. 71; vgl. Carawan (Fn. 43), S. 81; Schmitz (Fn. 37), S. 17.

55 Vgl. die übersichtliche Darstellung bei Stahl (Fn. 44), S. 222.

56 Carawan (Fn. 43), S. 5.

57 Luhmann (Fn. 14), S. 262. Dem steht nicht entgegen, dass Drakons Gesetz wahrscheinlich aus einer ganz spezifischen historischen Konstellation des politischen Konflikts heraus entstanden ist (vgl. Fn. 49): Die Systemtheorie betont ja gerade das Unwahrscheinliche und Ungeplante solcher Entwicklungen; vgl. Fögen (Fn. 21), S. 16 ff.

dass – wie auch im Alten Rom<sup>58</sup> – die Kontrolle der Eigenmacht mit der Unterscheidung der Willensrichtung einhergeht. Obwohl Fragen der Vorsätzlichkeit auch in „vorstaatlichen“ Schiedsverfahren eine Rolle spielen können, folgt deren kontextorientierte Logik doch eher einer Art strikten Gefährdungshaftung, die ausschließlich an objektive Tatbestände anknüpft.<sup>59</sup> In einem rein formalen Beweisverfahren lässt sich die Willensrichtung auch gar nicht ermitteln.<sup>60</sup>

Dass Drakon wirklich den Gerichtszwang – „ein Stadium, das das deutsche Recht erst mit dem Landfrieden vom Jahre 1234 erreicht hat“<sup>61</sup> – eingeführt habe, wird neuerdings mit überzeugenden Argumenten von Winfried Schmitz bestritten.<sup>62</sup> Er betont freilich ebenfalls den pazifizierenden Effekt des Gesetzes, in dem auch nach seiner Deutung die gewalttätige Selbsthilfe reglementiert und eingedämmt wird: „Die Unterscheidung zwischen vorsätzlicher und nichtvorsätzlicher Tötung, die verbindlichen Regeln einer Aussöhnung, der Schutz der ins Ausland geflohenen Täter vor weiterer Verfolgung bilden Kernpunkte dieser ersten Gesetzeskodifikation in Athen. Drakon hat mit diesem Gesetz einen Beitrag zu einer unblutigen Konfliktlösung geleistet. *Dies* kennzeichnet seine Gesetzgebung, nicht die Härte und Strenge der Strafen.“<sup>63</sup>

Das Recht Drakons veranstaltete also kein „Theater des Schreckens“.<sup>64</sup> Es feierte kein „Fest der Martern“.<sup>65</sup> Es ging ihm auch nicht um die „ursprüngliche Erfindung des Verbrechens“<sup>66</sup> oder um ein „governing through crime“.<sup>67</sup> Auch eine „Enteignung der Konflikte“<sup>68</sup> durch den strafenden Staat findet noch nicht wirklich statt – das Gesetz setzt sogar primär auf interfamiliäre Aushandlung. Die dem „Drakonischen“ semantisch eingeschriebene Kritik am Recht kann sich gar nicht auf *Kriminalstrafen* bezogen haben – die gab es zur betreffenden Zeit genauso wenig wie einen staatlichen Erzwingungsstab.

#### *IV. „Drakonische Strenge“: Rechtskritische Lesarten*

Warum haben sich die Athener bereits in klassischer Zeit die Geschichte vom grausamen ersten Gesetz erzählt? Wie lässt sich die auf den ersten Blick paradoxe Überlieferung erklären, dass ausgerechnet die Kodifikation, die eine gewaltbegrenzende „Entfaltung der Rationalität“<sup>69</sup> verkörpert, als „in Blut geschrieben“ erinnert wurde? In der rechts- und althistorischen Literatur gibt es dafür zwar Anhaltspunkte, insgesamt wird diesen Fragen aber erstaunlich wenig Aufmerksamkeit geschenkt – Plutarchs Überlieferung (und unsere Redensart) erscheinen

58 Jakab/Manthe, Römische Antike, in: Manthe (Hrsg.), Die Rechtskulturen der Antike, 2003, S. 244.

59 Wesel (Fn. 5), S. 346 f.

60 Ruschenbusch, ΦΟΝΟΣ. Zum Recht Drakons und seiner Bedeutung für das Werden des athenischen Staates, Historia IX, 1960, S. 153.

61 Ruschenbusch (Fn. 60), S. 152.

62 Demnach kam es nur zu einem Verfahren, wenn jemand ohne Vorsatz oder gerechtfertigt getötet hatte und in ein Heiligtum geflüchtet war. Die jeweiligen „Priesterkönige“ (*basileis*) beriefen dann die *ephe-tai* zur Entscheidung ein. Das plausible Einbeziehen der Praxis des Tempelasyls – für die es eindrucksvolle Parallelen im hebräischen Recht des Alten Testaments gibt (Ex 21,12, Nm 35,11-34; Dt 19,4-12) – vermag einige Deutungsschwierigkeiten des Gesetzes Drakons auszuräumen; Schmitz (Fn. 37), S. 24 ff.

63 Schmitz (Fn. 37), S. 18 f.

64 Van Dülmen, Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit (1985), 1995.

65 Foucault, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses (1975), 1977.

66 Hess/Stehr, Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens, in: Smaus (Hrsg.), Kriminologie und Geschichte, Kriminologisches Journal, 2. Beiheft, 1987, S. 18 ff.

67 Simon, Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear, 2007.

68 Christie, Conflicts as property, British Journal of Criminology 1977, S. 1 ff.

69 Reichardt, Recht und Rationalität im frühen Griechenland, 2003, S. 149.

dann einfach als „Fehlurteil“.<sup>70</sup> Im Folgenden sollen dagegen drei – sich nicht notwendigerweise völlig ausschließende – *rechtskritische* Deutungen skizziert werden, die nahe legen, dass es sich bei der anachronistischen Rede von den „drakonischen Strafen“ zwar um ein Missverständnis handelt, allerdings um ein sehr bezeichnendes. Die verwendeten theoretischen Ansätze können dies plausibel machen und erfahren dabei umgekehrt eine beispielhafte Historisierung.

### 1. Gewalt als erste Rechtshandlung

Eine an Agamben anknüpfende *souveränitätskritische* Lesart könnte darauf abstellen, dass sich Drakons neue rechtliche Ordnung über eine Art Ausnahmezustand konstituiert, in dem Gewalt und Recht zunächst ununterscheidbar sind. Die Antwort auf die erste Tat, auf die das Gesetz angewandt wird, kann in den Augen der Betroffenen noch nichts anderes als eine rächende Antwort sein. Die nun gesetzlich erlaubte Eigenmacht wird als Rache erfahren, die aber ihrerseits nicht mehr gerächt werden darf. Der Unterbrechung des Rachezirkels korrespondiert eine neue Qualität der Gewaltgestattung – der Skandal des neuen Rechts. Gleichermaßen kann nicht mehr mit Gleichermaßen vergolten werden. Das alte Reziprozitätsprinzip kommt gewaltsam an sein Ende: „Wenn das Recht ursprünglich die Form einer *lex talionis* [...] hat, dann bedeutet das, dass die Rechtsordnung nicht einfach mit der Sanktion einer Überschreitung steht, sondern sich eher mittels Wiederholung derselben Handlung ohne jede Sanktion konstituiert, das heißt als Ausnahmefall. Dieser ist keine Bestrafung der ersten Handlung, sondern vollzieht die Einschließung in die Rechtsordnung, setzt die Gewalt als ursprüngliche Rechtshandlung“.<sup>71</sup>

Auch wenn Agambens souveränitätstheologisch raunende Argumentation<sup>72</sup> mit ihrer „Überhöhung des repressiven Staatsapparates“<sup>73</sup> ansonsten wenig zu einer historischen Klärung der Entstehung rechtlicher Ordnungen beitragen kann, so verweist ihr Betonen der *Ausnahme* als konstitutives Element des neuen Rechts doch auf eine Eigenschaft des Gesetzes Drakons, die es verständlich machen könnte, warum ihm besondere Härte zugeschrieben wurde. Plutarch und andere Quellen berichten, dass Solon alle Gesetze Drakons „außer den Mordgesetzen“<sup>74</sup> wegen ihrer Strenge aufgehoben habe. Es ist indes wenig wahrscheinlich, dass es überhaupt andere Gesetze Drakons gegeben hat.<sup>75</sup> Sein „Gesetz über die Tötung“ enthält jedoch auch eine *Ausnahmebestimmung*: Der in flagranti erwischte Dieb darf getötet werden. Im nicht erhaltenen Teil der Inschrift könnte es ähnliche Regelungen in Bezug auf andere Handlungen wie Ehebruch oder sogar das Errichten einer Tyrannie gegeben haben.<sup>76</sup> Wenn das zutrifft, dann hätte „Drakon in der Form des Blutrechts ein ganzes Deliktsrecht gegeben“.<sup>77</sup> Demnach hätte die spätere Überlieferung – in moderner Terminologie gesprochen – Rechtfertigungsgründe als Straftatbestände missverstanden. „Aus der Tatsache, dass in bestimmten Fällen eine Tötung straffrei bleiben solle, darf nicht abgeleitet werden, dass Drakon für die zugrunde liegenden Delikte des Diebstahls, des Ehebruchs usw. den Tod als einzige angemessene Strafe befürwortete“.

70 Schmitz (Fn. 37), S. 36.

71 Agamben (Fn. 20), S. 36 f.

72 Vgl. Narr, Staatsgewalt. Politisch-soziologische Entbergungen, Das Argument 263, 2005, S. 69.

73 Buckel (Fn. 14), S. 186.

74 Aristoteles, Der Staat der Athener, 7,1.

75 Humphreys (Fn. 49), S. 17 ff.; Schmitz (Fn. 37), S. 19.

76 Gallia (Fn. 40), S. 459; Schmitz (Fn. 37), S. 14 f.

77 Ruschenbusch (Fn. 60), S. 151.

tet.“<sup>78</sup> Todesstrafe und Straffreiheit für die Blutrache laufen im Ergebnis aber auf dasselbe hinaus, sie können in archaischen Gesellschaften noch kaum auseinandergehalten werden. Die Regelungstechnik eines noch ganz ungeschminkten und undifferenzierten Erlaubens von Gewalt wurde also später als unverhältnismäßige Gewalt des Gesetzes selbst wahrgenommen. Die – freilich spekulative – Tyranniebestimmung erinnert unterdessen an *politische Kämpfe* als den „Ursprung“ des Rechts: Drakons Gesetz wurde nach gescheiterten Putschversuchen erlassen und wiederverlautbart.<sup>79</sup>

## 2. Gleches Zulassen ungleicher Gewalt

Eine sich an Benjamin anlehnende *materialistische* Deutung<sup>80</sup> würde Aspekte sozialer Ungleichheit – die in der Zeit vor Drakon rapide zugenumommen hatte – betonen. Das Gesetz baut auf der Eigenmacht der Betroffenen auf. Gewalttätige Selbsthilfe muss man sich indes als ein ziemlich voraussetzungsreiches Unternehmen vorstellen, das von der Familie ausgeführt wird, die auch für das Zahlen von Entschädigungen zuständig ist. Dieses Unterstützungs- und Solidaritätspotenzial ist allerdings ungleich verteilt: Mächtigere Familien können leichter Selbsthilfe üben – und abwenden. Obwohl das neue Recht, so der Althistoriker Karl-Wilhelm Welwei, im Prinzip die „Gleichstellung aller Athener vor dem Gesetz“ bedeutete, „hat der Adel im Wirken Drakons wohl kaum eine Einschränkung seines Herrschaftsinstrumentariums gesehen. Aus der Perspektive der adeligen Führungsschicht schien die Gesetzgebung zunächst eher eine Stabilisierung der von ihr kontrollierten Polisorganisation zu garantieren.“<sup>81</sup> Im klassischen Athen wird dies als ungerecht und undemokratisch empfunden worden sein.<sup>82</sup> So lässt sich Drakons Gewaltbegrenzung mit Benjamin als „Urphänomen rechtsetzender Gewalt“ lesen:

„Rechtsetzung ist Machtsetzung und insofern ein Akt von unmittelbarer Manifestation der Gewalt. [...] Wo Grenzen festgesetzt werden, da wird der Gegner nicht schlechterdings vernichtet, ja es werden ihm, auch wo beim Sieger die überlegenste Gewalt steht, Rechte zuerkannt. Und zwar in dämonisch-zweideutiger Weise ‚gleiche‘ Rechte: Für beide Vertragschließenden ist es die gleiche Linie, die nicht überschritten werden darf. Hiermit tritt in furchtbarer Ursprünglichkeit dieselbe mythische Zweideutigkeit der Gesetze, die nicht ‚übertreten‘ werden dürfen, in Erscheinung, von der Anatole France satirisch spricht, wenn er sagt: Sie verbieten es Armen und Reichen gleichermaßen, unter Brückenbogen zu nachtigen.“<sup>83</sup>

## 3. Die Gewalt des Entscheidens als Ursprungsmythos

Eine systemtheoretisch oder auch poststrukturalistisch inspirierte *dekonstruktive* Interpretation könnte zunächst die Historizität Drakons und seines Gesetzes in Zweifel ziehen und es als Legitimationslegende dechiffrieren. Da nach dieser Sichtweise – wie bereits dargelegt – das Recht immer schon angefangen hat, „angefangen haben muss, um seine Operationen aus eigenen Produkten reproduzieren zu können“,<sup>84</sup> wäre das in Blut geschriebene Gesetz der mythische Urknall des Rechts, „ein im System selbst gefertigter Mythos“,<sup>85</sup> der seine Autopoiesis

78 Schmitz (Fn. 37), S. 15 f.

79 Vgl. Gallia (Fn. 40).

80 Zur Möglichkeit und Rekonstruktion einer materialistischen Rechtstheorie siehe Buckel (Fn. 14).

81 Welwei (Fn. 46), S. 72 f.; vgl. Phillips (Fn. 53), S. 45.

82 Carawan (Fn. 43), S. 2.

83 Benjamin (Fn. 18), S. 57 f.

84 Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 440.

85 Luhmann (Fn. 83), S. 441; vgl. dazu in Bezug auf das römische Recht Fögen (Fn. 21), S. 78.

ermöglicht, seine Ausdifferenzierung von Moral und Religion – also auch eine Art Sündenfall. In der älteren altgeschichtlichen Forschung wurde, da Drakon als Person völlig ungreifbar bleibt, tatsächlich ernsthaft die These vertreten, er sei für die Athener eine göttliche *Schlange* auf der Akropolis gewesen: „So werden wir denn zu dem Schluß geführt, [...] daß Drakon gleich so vielen anderen Gesetzgebern der älteren Zeit keine historische, sondern eine Sagengestalt ist, geschaffen aus dem Bedürfnis, für die älteste Gesetzgebung Athens einen Urheber zu haben. Nun hat Drakon allerdings, soviel wir wissen, in Athen keinen Kultus gehabt. Wohl aber wurde eine heilige Schlange auf der Burg [...] gehalten, nach dem ältesten Glauben ohne Zweifel eine Inkarnation des Gottes selbst, den man auch später noch mit Schlangenfüßen sich vorstelle“.<sup>86</sup> Das mystische Reptil, der *Unmensch* Drakon<sup>87</sup> bildet dergestalt eine Folie, vor der die menschliche Lichtgestalt Solon umso heller erstrahlen kann. Mit Drakons Gesetz hat das Rechtssystem schon angefangen; zur *guten* Ordnung (*eunomia*) wird es erst mit den Reformen des Solon, der „Zwang und Recht“<sup>88</sup> auf sozial ausgewogene Weise (Lastenabschüttung, Schuldenerlass!) verbindet. Die Dopplung Drakon/Solon steht also für eine „Einheit der Differenz“ des Rechtssystems,<sup>89</sup> da sie zwei dem Recht eigene antithetische Prinzipien verkörpert: Gewalt und Gerechtigkeit.

Der Tragödiendichter Aischylos erwähnt in seiner „Orestie“ Schlangen, *drakontes* in den Haaren der Erinnyen, der Rachegöttinnen.<sup>90</sup> Möglicherweise ist das eine Anspielung auf Drakon, der mit überkommenen Formen der Blutrache assoziiert wird, die mit der Einsetzung des Areopags durch die Göttin Athene überwunden werden.<sup>91</sup> Im neuen Gericht *entscheiden* nun Menschen, die sich von rasender Göttergewalt und endlosen Kreisläufen der Vergeltung emanzipieren.<sup>92</sup> Historisch ist dieser Fortschritt mit dem Namen Drakon verbunden, der den Furor der Vergeltung *verrechtlicht*. Dies führt zum zweiten Aspekt einer dekonstruktiven Deutung: zur „Heimsuchung durch das Unentscheidbare“.<sup>93</sup> Aischylos‘ Text, der die Einführung des Gerichtszwangs reflektiert,<sup>94</sup> wird bis heute als Zeugnis eines humanisierenden Fortschritts, ja geradezu als Gründungsmanifest einer vernünftigen öffentlichen Strafgewalt gelesen.<sup>95</sup> Demgegenüber hat es Fögen in ihrer originellen Auslegung des antiken Dramas<sup>96</sup> als *Tragödie* dargestellt, dass nunmehr Menschen nach rechtlichen Kriterien entscheiden müssen. Entscheidungen wohne etwas Seltsames inne: Sie seien nur notwendig, wenn man nicht mit Gewissheit feststellen, nicht logisch ableiten könne, was sein soll. Wenn die richtige Lesart immer schon feststünde, bräuchte es eben keine Entscheidung mehr.<sup>97</sup> Die Menschen vermögen bei Aischylos nach Fögens Lesart aber (noch) gar nicht zu entscheiden: Sie stimmen – wie die *ephetai* – mit Stimmsteinen ab, haben aber (noch) keine *Gründe*; zudem kommt es zum Patt, das wiederum nur die Göttin auflösen kann. Die Paradoxie der Entscheidung des

<sup>86</sup> Beloch, Griechische Geschichte, 1913, S. 260; kritisch dazu Stroud (Fn. 39), S. 65.

<sup>87</sup> *drakon* bedeutet im Altgriechischen Schlange bzw. Drache, ist aber im antiken Griechenland ein durchaus gebräuchlicher Name; siehe Stroud (Fn. 39), S. 65 f.

<sup>88</sup> Aristoteles, Der Staat der Athener, 12,4.

<sup>89</sup> Vgl. Fögen (Fn. 21), S. 53 f.

<sup>90</sup> Aischylos, Die Totenspende, 1048-1050.

<sup>91</sup> Schmitz (Fn. 37), S. 9.

<sup>92</sup> Vgl. Aischylos, Die Eumeniden, 470 ff.

<sup>93</sup> Derrida (Fn. 19), S. 49.

<sup>94</sup> Vgl. Stahl (Fn. 44), S. 224.

<sup>95</sup> Siehe z.B. Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch, 1999, S. 59 ff.

<sup>96</sup> Fögen, Die Tragödie des Entscheidens. Eine Anmerkung zu den „Eumeniden“ des Aischylos, Ancilla Juris 2007, S. 42 ff.

<sup>97</sup> Vgl. Derrida (Fn. 19), S. 49: „Eine Entscheidung, die sich nicht der Prüfung durch des Unentscheidbaren unterziehen würde, wäre keine freie Entscheidung, sie wäre eine programmierbare Anwendung oder ein berechenbares Vorgehen.“.

Unentscheidbaren sei die Tragödie selbst, „die, indem sie Freiheit *und* Notwendigkeit walten lässt, indem sie Schuld *und* Schicksal postuliert, Paradoxien schafft und sich an ihnen abarbeitet.“<sup>98</sup> So wird die Gewalt des Schicksals schließlich zur Gewalt der unentscheidbaren Entscheidung.<sup>99</sup>

## V. Ausblick

Was bedeuten diese Perspektiven auf das „drakonische Recht“ für die Möglichkeit einer *Rechtskritik* über Ursprünge? Zum einen verdeutlicht das Beispiel des antiken Athens, dass es für gewalttätige Anfänge eines *Rechts*, das Stadien anlassbezogener Streitschlichtung hinter sich lässt, tatsächlich historische Evidenz gibt – und sei es nur als Mythos. Diese Ursprünge hängen mit Fragen der Staatsentstehung zusammen, lassen sich aber nicht auf sie reduzieren. Ein Schritt in Richtung Gerichtszwang ist noch kein „Gewaltmonopol“. Sanktioniert wird zunächst die Gewalt der Familienverbände. Gleichwohl ist die Ausdifferenzierung des Rechts eine umstrittene, hochpolitische Angelegenheit. Das „Drakonische“ steht also für die dem Recht immer auch eingeschriebene Gewalt, an die eine radikale Kritik von *außen* „im Namen des Lebendigen“<sup>100</sup> erinnern kann. Ein solcher Blick auf das Recht würde Strategien zivilen Ungehorsams ausloten, auf andere als rechts- bzw. staatsförmige gesellschaftliche Aushandlungen hinweisen und die unintendierten Konsequenzen von Verrechtlichung betonen. Eine Kritik von *innen* würde dagegen auf besseres, gerechteres, sozial ausgewogeneres Recht abzielen. Sie hätte eine Form des rechtlichen Urteilens im Auge, „das sich selbst reflektiert und darin selbst begrenzt.“<sup>101</sup> Sie würde darauf bestehen, dass zumindest dem modernen Recht auch Vorstellungen von emanzipierender Ermächtigung, gutem Leben und Freiheit inhärent sind. Rechtskritik kann von einer historisch-rechtstheoretisch informierten Verknüpfung beider Standpunkte profitieren, braucht transzendente *und* immanente Kritik,<sup>102</sup> Einsicht in die Gewaltförmigkeit des Rechts *und* Visionen rechtsförmiger Gerechtigkeit – um die unauflösbar Widersprüche menschlichen Zusammenlebens auszuhalten, *um des Lebendigen willen*.

98 Fögen (Fn. 96), S. 45.

99 Eine vergleichbare „tragische“ Transformation beschreibt auch Christoph Menke in seiner Interpretation von Sophokles‘ *König Ödipus*: Die Verrechtlichung des Orakels durch Ödipus scheitert, freies Urteilen schlägt in Fluchgewalt um; Menke, Die Gegenwart der Tragödie, 2005, S. 26 ff. und 67 ff.; siehe auch Menke (Fn. 2), S. 88 ff.

100 Butler (Fn. 21), S. 43.

101 Menke (Fn. 2), S. 96.

102 Vgl. Wesche, Reflexion, Therapie, Darstellung. Formen der Kritik, in: Jaeggi/Wesche (Hrsg.), Was ist Kritik?, 2009, S. 203 ff.