

*Heide Gerstenberger*

## **Wessen Recht?**

### **Vom Recht als Resultat sozialer und politischer Bewegungen**

Als Bevölkerungen sich das Recht erkämpften, Gesetze zu beschließen, beseitigten sie damit auch jene Einheit von Recht und Eigentum, die zuvor für bestimmte Personen und bestimmte Personengruppen (Korporationen) gegolten hatte. Aber auch in den neu geschaffenen bürgerlichen Gesellschaften war Recht nicht allgemein. Arme und Frauen waren von den neu erworbenen Rechten der politischen Mitwirkung ausgeschlossen. In Deutschland bedeutete eine Unterstützung aus der Armenkasse auch den Verlust des Rechts, eine Ehe einzugehen.

Die soziale Erweiterung des Eigentums an „bürgerlichen Rechten“ und die Einführung neuer – als „sozial“ bezeichneter – Rechte wurde fast immer sehr mühsam erkämpft. Im Ausnahmefall wurden solche Rechte aber auch beschlossen, um politischen und sozialen Auseinandersetzungen vorzubeugen. Und keines der einmal erkämpften oder zugestandenen Rechte war und ist dagegen gefeit, dass seine Geltung geschmälert oder aufgehoben wird. Um zu verhindern, dass einmal durchgesetzte Rechte Buchstaben bleiben oder werden, müssen sie in Anspruch genommen und verteidigt werden.

## Vom Recht als Instrument kolonialer Ausbeutung

In allen europäischen Kolonien, insonderheit in den modernen, fungierte Recht als Fortsetzung der Kriege gegen Einheimische mit anderen Mitteln. Gesetze regelten die Enteignung von Land, die Verpflichtungen zu Abgaben und zu Arbeitsdiensten. Vor allem aber machten die Gesetze und Verordnungen der Kolonialstaaten die Einheimischen eines Gebietes zu Eingeborenen, will sagen, zu Menschen, denen von Staats wegen ein niederer Wert zugesprochen wurde. Durch „Lawfare“ (Comaroff) wurden die Eroberungen in einen Zustand überführt, der auf Dauer angelegt war. In den französischen Kolonien wurde diese Praxis nicht nur in ausdrücklichen Gesetzestexten realisiert, sondern auch in der gesonderten Regelung für die Judikative. So konnten noch bis 1921 Richter abgesetzt werden, wenn sie es gewagt hatten, von der offiziellen Strategie der rechtlichen Unterordnung Einheimischer abzuweichen. Für Einheimische in den Kolonien Englands war die formale Einführung eines minderen Rechtsstatus ausgeschlossen, weil offiziellem englischem Staatsverständnis zufolge auch für sie das englische Common Law in Geltung war. Faktisch wurden rechtliche Benachteiligung und Entrechtung vor allem durch Regelungen für die jeweiligen Gerichte und deren Praxis erreicht. Durch sie wurde das in England lange verbreitete Vorurteil, dass sich die Untertanen im gesamten britischen Weltreich auf die Geltung der im „rule of law“ zusammengefassten grundlegenden Rechte berufen konnten, gründlich widerlegt.

So sehr in den modernen europäischen Kolonien ein Recht praktiziert wurde, das von den in Europa weithin durchgesetzten liberalen Rechten grundlegend geschieden war, in einem Punkt stimmten diese Rechtsentwicklungen überein: Privateigentum wurde gegen vorher dominante Eigentumsverhältnisse durchgesetzt und Gerichte tendierten dazu, die Verfügungsgewalt über privates Eigentum großzügig zu interpretieren.

## Vom Recht als Produkt der Rechtsprechung

Gerichte können einmal erworbene Rechte sichern und durch ihre Interpretation auch deren Geltung ausweiten. Sie können aber auch mit dazu beitragen, einmal erworbene Rechte auszuhöhlen. So haben etwa Gerichte in den Südstaaten der USA nach dem Bürgerkrieg eine Interpretation des Schuldrechts entwickelt, die es möglich machte, die aus der Sklaverei befreiten Menschen beim kleinsten Verzug einer Zahlungsverpflichtung in Schuldknechtschaft (*peonage*) zu zwingen. Sie unterstützten damit das Bestreben früherer Sklavenbesitzer, die rechtlich frei gewordenen Arbeitskräfte daran zu hindern, selbständige Farmer zu werden und sie stattdessen in ihre vorherige Arbeits- und Lebenssituation zurück zu zwingen.

Keine eigene Rechtssetzung, wohl aber die Anwendung von Gesetzen, die bisher geltendem Recht widersprachen, praktizierten Gerichte in Deutschland ohne Widerspruch, als in den 1930er Jahren Menschen, die von der nationalsozialistischen Regierung als Juden definiert wurden, ihrer bürgerlichen Rechte beraubt wurden. In Breslau immerhin reagierte ein Gericht auf die Anweisung, jüdische Richter und jüdische Rechtsanwälte auszuschließen, mit einer Unterbrechung seiner Rechtsprechung. Es war aber das einzige.

Welche Wirkungen die fortdauernde Beschäftigung der zuvor regimehörigen Richter für die Entwicklung der Rechtsprechung in der Bunderepublik hatte, ist vielfach analysiert worden. Das hat sehr deutlich gemacht, dass die Entscheidungen von Gerichten – und damit die faktische Wirkung rechtlicher Bestimmungen – auch in einer parlamentarischen Demokratie von der politischen Einstellung ihres Personals beeinflusst wird. Die offizielle und im öffentlichen Bewusstsein verbreitete Auffassung von der politischen Neutralität gerichtlicher Verfahren samt der in solchen Verfahren genutzten juristischen Argumentation ist durch solche Analysen nicht grundlegend erschüttert

worden. Der englische Terminus „rule of law“ bringt sehr deutlich zum Ausdruck, dass in einem Land, in dem Rechtsstaatlichkeit Verfassungsgrundsatz ist, das Recht „herrschen“ soll. Wenn im Deutschen von „Recht sprechen“ die Rede ist, so entspricht dies der weithin anerkannten Auffassung, dass die politische Neutralität der Gerichte ihren Ausdruck in der Sprache findet, die in rechtlichen Argumentationen gebräuchlich ist. Sie bestätigt – beziehungsweise soll bestätigen –, dass die Justiz von der Politik getrennt ist.

Dass Gerichte nicht nur ausführende Organe von Regierungen sind, sondern auch rechtspolitisch agieren, machen sich politische Parteien und Instanzen in der Bundesrepublik zunutze, wenn sie das Bundesverfassungsgericht anrufen, nachdem ihre Position in politischen Entscheidungsgremien unterlegen ist. Das war, um hier ein eher untypisches Beispiel anzuführen, der Fall als die Regierungen von Bremen und Schleswig-Holstein ein Normenkontrollverfahren gegen den Beschluss beantragten, ein internationales Schiffsregister einzurichten (populär als „Billigflagge“ bezeichnet, weil Besatzungsmitglieder auf Schiffen unter deutscher Flagge nun nicht mehr dem deutschen Recht unterlagen, wenn sie keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in Deutschland hatten). Auch die Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr legte Verfassungsbeschwerde gegen diesen Beschluss ein. Beides hat der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts 1995 abgewiesen und dies damit begründet, dass nur die Minderung des Grundrechtsstandards für ausländische Seeleute hinreichende Anreize für Schiffseigner schaffen würde, ihre Schiffe weiter unter deutscher Flagge zu betreiben. Dass ausländische Seeleute weiterhin nach deutschem Recht sozialversichert sein sollten, wurde später stillschweigend missachtet.

Ganz offensichtlich lag dem Spruch des Verfassungsgerichts die politische Auffassung zugrunde, dass eine Nation eine eigene Flotte brauche. Das ist aber keine juristische, sondern eine politische Argumentation. Im konkreten Fall hat der Markt die

Entscheidung ausgehebelt. Die nationalpolitisch begründete Minderung der Grundrechte ausländischer Arbeitskräfte hat der Ausflagung von Schiffen in deutschem Eigentum keinen Einhalt geboten. Dass Menschenrechte international gelten, verhindert auch andernorts nicht, dass Gerichte deren Minderung im nationalen Interesse akzeptieren.

## Vom Recht als Verhandlungssache

In der Anwendung von Steuerrecht sind Verhandlungen keine Seltenheit. Während die jeweiligen Beteiligten kaum daran interessiert sind, diesen Sachverhalt zu veröffentlichen, ist dies bei der Einrichtung von Offshore-Gebieten des Rechts nicht der Fall. Sie kommen zustande, wenn Regierungen souveräner Staaten Enklaven nationaler Rechtsräume schaffen, um dadurch ausländisches Kapital anzulocken. Während Bedingungen für Finanzinvestitionen zumeist von Regierungen entschieden und anschließend veröffentlicht werden, sind Offshore-Bedingungen für Investitionen in Produktion eher Resultate von Aushandlungen zwischen Regierungen und einflussreichen Investoren. Nationale und internationale Proteste haben inzwischen bewirkt, dass Regierungen nur noch selten formal zustimmen, dass ausländischen Investoren zugestanden wird, ihren Beschäftigten die Mitgliedschaft in Gewerkschaften zu untersagen. Das gegenseitige Interesse kommt dann eher im Verzicht auf die Verfolgung von Rechtsverstößen zum Ausdruck.

## Schlussfolgerungen aus Rechtskritik?

Dass Recht und Rechtsprechung nicht in dem Maße von Politik getrennt sind wie dies in den Verfassungsprinzipien der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit unterstellt ist, bedeutet nicht, dass sich Rechtskritik vorzugsweise darauf richten sollte,

eine solche Trennung zu fordern. So unabdingbar die öffentliche Kritik an konkreten Rechtslagen und an konkreten gerichtlichen Entscheidungen auch ist, die Zielsetzung einer völlig von Politik getrennten Justiz wäre nicht nur nicht realistisch, sie ist auch nicht wirklich wünschenswert. Denn nicht nur für die Entwicklung neuer Gesetze, sondern auch für die Interpretation bestehender Gesetze durch Gerichte ist durchaus anzustreben, dass die in einer Gesellschaft neu vertretenen Auffassungen mit bedacht werden – sofern diese mit den jeweiligen Verfassungen und mit den international vorliegenden Erklärungen der Menschenrechte übereinstimmen. Nicht die Forderung einer unpolitischen Rechtsprechung, sondern die Analyse der Politik, die in konkrete Urteile Eingang gefunden hat, ist Aufgabe von Rechtskritik.