

536a/677 zu begreifen Da die Gesetzgeber wissen, dass sie ihren Herrschaftsanspruch einbüßen, wenn sie ihn nicht durchsetzen, für ihr Recht also gilt: *use it or lose it!*, werden in jeder Rechtsordnung Aktionsnormen durch Reaktionsnormen und diese durch Reaktionsnormen einer jeweils höheren Ordnung ergänzt. Selbst bei der Zwangsvollstreckung und im Strafvollzug kommen Regelverstöße vor, die in rechtlich geregelter Weise geahndet zu werden pflegen.

Die Systemstruktur des BGB operiert bei dem scheinbar simplen, tagtäglich erlebbaren Vorgang des Kaufens und Verkaufens mit Normen auf mindestens viererlei Abstraktionsstufen: Den *Einzelnen Schuldverhältnissen*, zu deren Untertypen (neben dem Tausch-, dem Miet-, dem Pacht-, dem Darlehens-, dem Arbeits- und dem Werkvertrag) auch der Kaufvertrag gehört, sind die *allgemeinen Schuldverhältnisse* und innerhalb dieser noch Schuldverhältnisse *aus Verträgen* vorgegliedert, und allen diesen Regelungen wiederum ein *Allgemeiner Teil* des ganzen Gesetzes. Konkret heißt das: Jeder auf Gesetzlichkeit seines Verhaltens erpichte Leser des Paragraphentextes (p) über den Kauf irgendeines Gegenstandes müsste zusätzlich wissen, dass er es mit einer nur scheinbar vollständigen Regelung zu tun hat, deren Verständnis in Wirklichkeit die Kenntnis anderer einschlägiger Regelungen zuhaufl voraussetzt, die in den Abschnitten über allgemeine Schuldverhältnisse (§§ 241ff.), über Schuldverhältnisse aus Verträgen (§§ 311ff.), über Verträge allgemein (§§ 145ff.) zu finden sind, und in den §§ 1 und 104 erfährt er, wer überhaupt Käufer und Verkäufer sein darf, in den §§ 116ff., wie eine vertragsgemäße Willenserklärung auszusehen hat, im § 90, was eine ›Sache‹, im § 854, was eine ›Übergabe‹ ist, und im § 929, wie der eigentliche Sinn eines Kaufvertrages, die Eigentumsübergabe des verkauften Gegenstandes, zu erfolgen hat. Jeder Laienleser juristischer Texte entgeht nur mit Mühe der Gefahr, als Opfer einer Abart des hermeneutischen Zirkels auf dem Altar von Gerichten zu enden.

Gesetz, Gericht und Unrecht | Wissen aber zumindest die Juristen, *von* denen und *für* die solch ein raffinierter (aus der Sicht von Laien:) Normenwirrwarr erdacht wurde, was im Einzelfall Recht und was Unrecht ist? Offeriert wenigstens das Strafrecht mit seinen brutalen Eingriffsmöglichkeiten des Staates in die persönliche Freiheit und das private Eigentum eine gewisse Eindeutigkeit seiner Ge- und Verbote, und damit Rechtssicherheit? Der

Codex Justinianus (7, 45, 13) untersagte in einer allerdings nicht für das Recht Roms zu verallgemeinernden Bestimmung aus dem Jahre 529 den Gerichten ein Urteilen nach Präjudizien, denn: »Cum non exemplis, sed legibus iudicandum est« (Denn nicht nach Beispielen, sondern nach Gesetzen solle gerichtet werden).

Das Problem der
Unterscheidung
von Recht und
Unrecht

Dass Rechtssicherheit vor allem durch Gesetzlichkeit garantiert werde, war die wohlbegründete Meinung der europäischen Aufklärungsdenker. Da Recht von Unrecht zu unterscheiden, bereits Sache des Gesetzes gewesen sei, habe das Gericht diese Unterscheidung nur noch im Einzelfall zu vollziehen. Nicht nach eigenem Ermessen, sondern nach dem des Gesetzgebers habe es zu entscheiden, ob eine bestimmte Tat ein Verbrechen und deren Täter demzufolge als ein Verbrecher zu bestrafen, ob der Kläger oder der Beklagte Eigentümer eines zwischen ihnen umstrittenen Grundstückes ist. Das Urteil des Gerichts habe lediglich das Vor-Urteil des Gesetzes zu exekutieren. Ein Richter dürfe keineswegs – wie einst Salomo in dem bekannten Huren- alias Kreidekreisfall (*Altes Testament*, 1. Buch der Könige III, 28) – seine innere Stimme oder diejenige eines Gottes befragen, wer von zwei Frauen eines von beiden beanspruchten Kindes Mutter ist, sondern ausschließlich der Menschen Gesetz, den einzigen »standard of right and wrong«.³² Der bedeutende Jurist, Philosoph und Staatsmann Francis Bacon (1561–1626) hatte es zuvor auf den Punkt gebracht: »Judges ought to remember that their office is *jus dicere*, and not *jus dare*: to interpret law, and not to make law or give laws«.³³

Auch nach dem *BRD-Grundgesetz*, Art. 97, Abs. I, und dem *Gerichtsverfassungsgesetz*, § 1, soll der Richter unabhängig und dem Gesetz, und »nur dem Gesetz unterworfen« sein. Diese Rückbindung der richterlichen an die gesetzgebende Gewalt wird noch verschärft durch das im *Grundgesetz*-Art. 103, Abs. II, und im *StGB*, § 1, geregelte Rückwirkungsverbot im Strafrecht: Eine Tat dürfe nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, *bevor* die Tat begangen wurde. Auch diese Regelung ist auf das juristisch relevante Denken der europäischen

32 | John Locke, *Two Treatises of Government* [1689/1690], Cambridge 1988, S. 351 (deutsch: Frankfurt/Main 1992, S. 278).

33 | Francis Bacon, *The Essays* [1625], Harmondsworth 1985, S. 222 (deutsch: Leipzig 1979, S. 226).

Aufklärer zurückzuführen: »No law, made after a fact done, can make it a crime.«³⁴ Vermittelt durch die französisch-revolutionären Menschen- und Bürgerrechtserklärungen von 1789 (Art. 8), von 1793 (Art. 14) und von 1795 (Art. 14) hat dann Anselm Feuerbach (1775–1833) das strafrechtliche Rückwirkungsverbot in die klassisch gewordene Formel gebracht: »Nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali.«³⁵ Deren Quintessenz ist von der *Universalen Menschenrechts-erklärung* von 1948 (Art. 11), von der *europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* von 1950/1994 (Art. 7) und vom *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte* der Vereinten Nationen von 1966/76 (Art. 15) rezipiert worden. Frankreichs *Code civil* von 1804 (Art. 2) hatte das Rückwirkungsverbot auch auf das Zivilrecht ausgedehnt.

Sind aber die Richter eines Staates von dessen Obrigkeit be-
rufen und bei ihrer Rechtsprechungstätigkeit an dessen Gesetze
gebunden (solange diese nicht in einem gesetzlich vorgesehenen
Verfahren verändert worden sind), dann teilen sie auch sein
Schicksal und seine Evaluierung. In einer hierarchisch geordne-
ten Gesellschaft kann deren Ordnungsreglement, das Recht, kei-
ne Alternative zu Macht und Gewalt sein, sondern nur deren Mit-
tel und Maß. Und so sind auch diejenigen, denen die rechtspre-
chende Gewalt anvertraut ist, die Richter, als Bestandteil der
Staatsgewalt eine Komponente der bestehenden Hierarchie.
Rechtsprechung in einer von sozialen Ungleichheiten größten
Ausmaßes geprägten Gesellschaft ist auch dann, wenn sie geset-
zesgetreu die Gleichheit (der sozial Ungleichen) vor dem Gesetz
respektiert, eine Fortschreibung der gesellschaftlichen Gegensät-
ze mit juristischen Mitteln. Die Ungleichheit *unter* dem Gesetz
wird perpetuiert, wenn die Gleichheit *vor* dem Gesetz sie ignoriert.
Klassenjustiz, wie sie von Karl Liebknecht (1871–1919) erfahren
und auf den Begriff gebracht wurde³⁶, entsteht nicht, weil die
Richter als Hüter von Ordnung und Moral parteiisch seien, son-

Recht als
Fortschreibung
gesellschaftlicher
Verhältnisse

34 | Hobbes, *Leviathan*, Cambridge 1994, S. 203 (deutsch: Hamburg 1996, S. 249).

35 | Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* [1801], Gießen 1812, S. 22.

36 | Liebknecht, *Gesammelte Reden und Schriften*, Bd. 2, Berlin 1960, S. 17–43 [1907]; weitere Belege bei Klenner, *Die Geschichtlichkeit des Rechts*, Köln 2003, S. 154f.

dern weil ihre pflichtgemäße »Parteilichkeit für das Recht«³⁷ die bestehende Klassenspaltung in der Gesellschaft aufrecht zu erhalten hilft. Wenn, um Ernst Bloch (1885–1977) zu bemühen³⁸, das Auge des Gesetzes im Gesicht der herrschenden Klasse sitzt, dann ist es dieses Auge, mit dem das Gericht sieht.

Recht und formale Logik Da die Gerichte an die Gesetze gebunden sind, erscheint allerdings die Gerichtsentscheidung als bloße Konsequenz einer vorherigen Gesetzgeberentscheidung. Handelt es sich nur um ein Erkennen des bereits Erkannten? So der *modus procedendi* des Gerichts, hier am Beispiel von Text (i):

1. alle, die sich an einem fremden Mädchen gewaltsam vergehen, sollen zu einer Geldstrafe von 62 1/2 Schillingen verurteilt werden;
2. die Person P hat sich an einem fremden Mädchen M gewaltsam vergangen;
3. also wird P zu einer Geldstrafe von 62 1/2 Schillingen verurteilt.

Die jeden Gerichtsprozess abschließende Subsumtion vom Typ 3. des konkreten Sachverhalts 2. unter den generellen Tatbestand des Gesetzes 1. ist von Arthur Schopenhauer (1788–1860) als »großartigster Syllogismus« geehrt worden.³⁹ Seinem logischen Status nach ist dieser Justizsyllogismus ein Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere, wie ihn Aristoteles im 24. und 25. Kapitel des 1. Buches seiner *Ersten Analytik* beschrieben und die Scholastik als *modus barbara* bezeichnet hat.

Ließe sich die gerichtliche Urteilsfindung unter rechtsstaatlichen Verhältnissen auf Subsumtionsschlüsse obiger Art aus dem jeweils geltenden Rechtssystem reduzieren, gäbe es zwar Klassen-, aber keine Willkürjustiz. Schließlich liefert die Logik absolute Wahrheiten. Anders als die Legislative und die Exekutive wäre dann die Judikative keine Ausübung eigener Macht, sondern, wie es Charles-Louis Montesquieu (1689–1755) für möglich und erforderlich gehalten hatte, »en quelque façon nulle«⁴⁰, ei-

37 | Hegel, Werke in 20 Bänden, Bd. 10, Frankfurt/Main 1986, S. 349.

38 | Vgl. Bloch, Naturrecht und menschliche Würde [1961], Frankfurt/Main 1985, S. 206.

39 | Schopenhauer, Sämtliche Werke, Bd. 3, Leipzig 1877, S. 120.

40 | Montesquieu, De l'esprit des lois [1748], Bd. 1, Paris 1979, S. 298 (deutsch: Tübingen 1992, S. 220: »Die richterliche Gewalt ist in gewisser Weise nicht vorhanden.«).

ne bloß »logische Funktion«. ⁴¹ Der Richter, heißt es bei Johann Gottlob Fichte (1762–1814), habe lediglich zu entscheiden, was geschehen ist und das dazu passende Gesetz anzuführen, denn der Urteilspruch müsse schon im Gesetz enthalten sein, wenn die Gesetzgebung eindeutig und vollständig ist, wie sie sein solle. ⁴² Kann aber eine Gesetzgebung solchen Ansprüchen genügen? Kann die Rechtsordnung einer Gesellschaft die Gestalt eines vollständigen Rechtssystems eindeutiger Elemente annehmen?

Es sei das Signum einer gebildeten Nation, meinte Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831), daß ihr Recht »denkend gewußt« werde, weshalb es ein »System in sich selbst sein« müsse. ⁴³ Womit er einerseits in beleidigender Absicht auf seinen bedeutendsten Gegenspieler an Berlins Universität, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), zielte, der die Entwicklung des Rechts, derjenigen der Sprache vergleichbar, nicht einem Gesetzgeber ausliefern, sondern den »stillwirkenden Kräften« von Sitte, Gefühl, Volksglaube und höchstens der Rechtswissenschaft anvertrauen wollte. ⁴⁴ Gleichzeitig spielte Hegel in entgegengesetzter Absicht auf Frankreichs gesetzgeberisches Revolutionsergebnis, den *Code civil* von 1804, an, der tatsächlich darauf bestanden hatte, in einem in sich geschlossenen System von 2.281 Paragraphen das ganze Zivilrecht so geregelt zu haben, dass die Gerichte in allen künftig vorkommenden Streitfällen ihre Urteile über Recht und Unrecht aus dieser Kodifikation und nur aus ihr zu deduzieren vermögen; deshalb dürfe sich auch kein Richter unter dem Vorwand des Schweigens, der Dunkelheit oder anderer angeblicher Unzulänglichkeiten des Gesetzes weigern, prozessentscheidend zu urteilen (so Art. 4 *Code civil*). Auch wenn das um zehn Jahre ältere *Allgemeine Landrecht* Preußens mit seinen nahezu zwanzigtausend Paragraphen kein Konglomerat war, so beanspruchte es jedoch nicht, ein lückenloses Normensystem zu bieten; § 47 seiner Einleitung zog die Notbremse: Wenn ihnen

41 | So Carl von Rotteck, »Konstitutionelles Prinzip« [1836], in: Rechtsphilosophie bei Rotteck/Welcker: Texte aus dem Staats-Lexikon, Freiburg 1994, S. 353.

42 | Fichte, Grundlage des Naturrechts [1796], Hamburg 1991, S. 103.

43 | Hegel, Grundzüge der Philosophie des Rechts [1821], Berlin 1981, S. 244, 490 (§ 211).

44 | Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 8–14.

der Inhalt dieses Gesetzbuches zweifel- oder lückenhaft erscheinen, seien die preußischen Richter verpflichtet, sich an die Gesetzkommission zu wenden.

Wäre das Rechtssystem einer Gesellschaft wirklich eine vollständige und widerspruchsfreie Menge von unterschiedlich abstrakten Rechtsnormen, aus der ohne Zuhilfenahme von Empirie mit ausschließlich logischen Mitteln wie aus einem entscheidungsdefiniten Handlungsprogramm lückenloser Regeln, alle als rechtmäßig zu charakterisierenden Gerichtsurteile und Verwaltungsentscheidungen über Recht und Unrecht abgeleitet werden können, stünde einer vollständigen Axiomatisierung und Automatisierbarkeit der Verwaltungs- und Gerichtstätigkeit nichts Grundsätzliches im Wege. In diese Richtung weisende Theorien liegen vor: Das Rechtssystem jeder Gesellschaft sei als Stufenbau einer in sich geschlossenen, von allem Soziologischen, Historischen, Politischem und Ideologischen abschließbaren Normenordnung, eben als »reines Recht«, angemessen zu begreifen.⁴⁵ Oder, in hochgestochener, geradezu dialektisch anmutender Form: Die Rechtsordnung einer Gesellschaft in Gestalt ihrer Normen, Institutionen und Dogmatiken sei ein sich selbstprogrammierendes »autopoietisches System«, das sich in Reaktion auf seine eigenen Impulse, auch Außerrechtliches verarbeitend, selbstreferenziell weiterentwickeln könne.⁴⁶

Reflexivität und Kausalität des Rechts Gewiss ist in allen modernen Gesellschaften auch das Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsverfahren samt den Gesetzgebungs- und Gerichtszuständigkeiten rechtlich geregelt (etwa: BRD-Grundgesetz, Art. 70–82, 92–104; *Gerichtsverfassungsgesetz*; *Zivil- und Strafprozessordnungen*; *Verwaltungsgerichtsordnung*; *Arbeitsgerichtsgesetz*), aber eine diese (rechtsstaatlich unverzichtbare!) *formale* Rationalität übergreifende *materiale* Rationalität bei der Rechtsentstehung widerspräche dem fundamentalen Abhängigkeitsverhältnis der Rechts- von der Gesellschaftsentwicklung: Wenn es hart auf hart kommt, dann determiniert nicht das Recht die Gesellschaft, sondern diese jenes. Die für alle Varianten des Rechtspositivismus charakteristische Selbstbeschränkung auf das innersystemare Strukturgefüge einer Normenordnung versagt spätestens dann, wenn eine Inhaltsentwicklung

45 | Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* [1934/1960], Wien 1976.

46 | Vgl. Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt/M. 1981; Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M. 1989.

des Rechts in Vergangenheit und Gegenwart oder *de lege ferenda* wissenschaftlich zu erörtern begonnen werden soll. Bei einer restriktiven Betrachtung der aus einer Gesellschaftstotalität herausgebrochenen Systemstruktur einer Normenordnung treten die eigentlich determinierenden Faktoren fundamentaler Rechtsveränderungen gar nicht erst ins Blickfeld. Das wäre etwa so, als ob man die einem Krieg vorangegangene Kriegserklärung für die Ursache des Krieges ausgäbe. Einer ihrem Forschungsobjekt angemessenen dialektischen Vorgehensweise ist es unverzichtbar, das Recht in genetischer, struktureller und funktionaler Beziehung als Material für Abstraktionen und Konklusionen zu bewahren. Verabsolutiert man auch nur eine der drei Fundamentalattribute des Rechts: seine *Reflexivität*⁴⁷ (Gesellschaftsverhältnisse widerzuspiegeln), oder seine *Normativität* (diese Verhältnisse zu regulieren), oder seine *Funktionalität* (als Mittel von Macht zu wirken), dann lässt sich kein realitätsadäquater Rechtsbegriff bilden. Die verblüffenden (und, absolut genommen, falschen) Behauptungen, dass das Recht »keine eigene Geschichte« habe und »in sich selbst einer systematischen Darstellung« unfähig sei⁴⁸, verlieren ihre irritierende Wirkung, wenn man sie als Kontraposition zum positivistischen Reduktionismus mit seiner als methodologische Tugend ausgegebenen Unfähigkeit versteht, die Funktionalität von Verhaltensregeln auf ihre *Kausalität* zu hinterfragen und diese auf jene zurückzubeziehen. Das historisch reale Recht ist weder ein Absolutum noch eine institutionalisierte Beliebigkeit seiner von ihm vorgegebenen Entscheidungen und jedenfalls keine Totalität. Eine der Dialektik verpflichteten Vorgehensweise verlangt, Kausalität und Funktionalität zu vereinigen.

Ohne die in allen Ländern und zu allen Zeiten nachweisbaren Rechtsbrüche durch Gerichte bagatellisieren oder den Verdacht nähren zu wollen, dass sie unter rechtsstaatlichen Bedingungen entscheiden können, nicht wie es die Gesetze vorschreiben, sondern wie sie selbst Recht von Unrecht zu unterscheiden für richtig halten, wäre die Annahme doch grundverkehrt, dass die richterliche Tätigkeit ausschließlich in angewandter Subsumtionslogik bestehen könne. Selbst ein eindeutig scheinender Gesetzeswortlaut bietet bloß eine Bandbreite rechtlich zulässigen Argu-

Interpretation
des Rechts

47 | Zum Reflexionsbegriff siehe Jörg Zimmer, Reflexion, in: Bibliothek dialektischer Grundbegriffe, Band 11, Bielefeld 2004.

48 | Vgl. MEW 3/63, 539; 20/574; 21/302; 39/97.

mentierens und Entscheidens. Im besten Fall sind Gesetze korrekte Momentaufnahmen einer sich schließlich weder in ihrer Makro- und Mikrostruktur noch in ihrer künftigen Entwicklung vollständig reflektierbaren Wirklichkeit. Sogar an banalen Beispielen lässt sich demonstrieren, dass das Recht einer Gesellschaft zu keinem abgeschlossenen System lückenloser Regeln dergestalt perfektioniert werden kann, dass die Gerichte, um zu stringenten Urteilen zu gelangen, sich damit begnügen könnten, ausschließlich deduktivlogisch zu operieren.

Erstens: In nahezu jedem Gesetz finden sich Wörter mit umfangreichen Bedeutungszonen, deren Auslegungsbreite durch Gesetzgebung und Gerichtsurteile zwar eingengt, aber nicht unmissverständlich gemacht werden kann. Selbst begnadete Hermeneutiker, erprobt in der Kunst, aus Texten herauszulesen, was nicht in ihnen steht, würden versagen, wenn sie das »to behave badly« im Text (e₁), das »unkeusch« im Text (k) oder die »just conditions of work« im Text (s) als einen eindeutigen Wortlaut darstellen wollten. Wo könnte die Wunderbox stehen, der eine präzise Interpretation von BGB § 1631, der »seelische Verletzungen« von Kindern für unzulässig erklärt, entnommen werden kann? Die Kommentierung der so genannten königlichen BGB-Paragraphen 138 (»Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.«) und § 242 (»Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.«) ist inzwischen auf mehr als eintausend Seiten im Lexikonformat angewachsen, ohne dass auch nur die geringste Chance bestünde, »Treu und Glauben« oder »gute Sitten« so zu definieren, dass eine logisch zwingende Ableitung für künftige Zivilprozesse zu erhoffen wäre. Nicht durch längere Gesetze oder ausufernde Durchführungsbestimmungen lässt sich deren Vagheitsgrad auf einen Nullwert reduzieren. Eher im Gegenteil. Heißt es doch schon bei Hobbes: »All words are subject to ambiguity; and therefore multiplication of words in the body of the law, is multiplication of ambiguity.«⁴⁹

Zweitens: Gerade im Strafrecht, jenem Rechtsgebiet, dem man im Interesse der Rechtssicherheit der Bürger die präzisesten Ermessenslimitierungen zu wünschen versucht ist, sind die Sanktionen für rechtswidriges Verhalten im Allgemeinen nur durch einen Strafraum vorgegeben, der vom Gericht in einem zu be-

49 | Hobbes, Leviathan, Hamburg 1996, S. 295.

gründenden Urteil auf den konkreten Fall zugeschnitten werden darf und muss. So können laut gegenwärtigem deutschen Strafrecht der Hochverräter wie der Terrorist mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren rechnen (StGB §§ 82, 129a), der Volksverhetzer mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren; auch wenn bei den Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit in den §§ 223–231 zwischen Körperverletzung, Gefährlicher Körperverletzung, Misshandlung von Schutzbefohlenen, Schwerer Körperverletzung, Körperverletzung mit Todesfolge, Eingewilligter Körperverletzung, Fahrlässiger Körperverletzung sowie Beteiligung an einer Schlägerei (mit jeweils anderem Strafraum von einer geringen Geldstrafe bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe) unterschieden wird, lässt sich keine Differenzierung ausdenken, die eine eindeutige Zuordnung einer exakt bestimmten Strafe auf jede denkbare Form von Körperverletzungen erlauben würde.

Drittens: In allen vor Gericht anstehenden Fällen, die der Gesetzgeber versehentlich oder absichtlich ungeregelt gelassen oder jedenfalls nicht direkt geregelt hat, bieten sich häufig sowohl der Umkehrschluß als auch der Analogieschluss zur Lückenschließung an. Allerdings sind das *argumentum e contrario* und das *argumentum a simile* logische Mittel mit entgegengesetztem Ergebnis, woraus sich ergibt, dass deren Verwendung nicht oder jedenfalls nicht ausschließlich durch logisch zwingende Verfahren definiert werden kann.⁵⁰ Am Beispiel von Text (w): Lässt sich aus der vom *Bundesverfassungsgericht* festgestellten *Grundgesetz*swidrigkeit der bayerischen Schulordnung von 1983, insoweit diese alle Volksschulen verpflichtet hatte, in jedem Klassenzimmer ein Kreuz anzubringen, mittels Analogie schlussfolgern, dass damit auch eine landesrechtliche Anordnung für verfassungswidrig gehalten wird, die das Anbringen eines Kreuzes (oder eines jüdischen oder islamischen Religions-symbols) in einem Gerichtssaal vorschreibt, oder müsste man mittels Umkehrschluss folgern, dass solch ein Gebot gestattet sei? Ergeben sich aus Text (w) Schlussfolgerungen für eine landesrechtliche Bestimmung, die es den Professoren und Studenten untersagt, während der Vorlesungen und Prüfungen Kopftuch, Kreuz oder Kippa zu tragen?

Wie also sollen die Gerichte entscheiden, wenn regelungs-

50 | Vgl. Ulrich Klug, Juristische Logik, Berlin 1982, S. 109, 137.

Fraglicher wissenschaftlicher Charakter des Rechts bedürftige Verhältnisse ungeregt bleiben, weil das Gesetz schweigt? Sollen sie die Konflikte in der Gesellschaft dem Faustrecht überlassen? Soll Recht ununterscheidbar von Unrecht bleiben? Im heutigen, wegen der Volkstümlichkeit seiner Ausdrucksweise gerühmten *Schweizerischen Zivilgesetzbuch* von 1907, dem das deutsche BGB auch aus anderen Gründen nicht das Wasser reichen kann, heißt es im Art. 1, Abs. II: »Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht, und wo ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde«. Sind damit die ihr Recht Suchenden, da doch kein Gesetz vollkommen sein kann und jedes Recht entwicklungsbedürftig ist, dem bloßen Willen, schlimmstenfalls der Willkür eines Richters ausgesetzt? Keine Voraussehbarkeit der Entscheidungen des Gerichts aus den Vorentscheidungen des Gesetzes?

Tatsächlich hat einer der bedeutendsten Rechtsgelehrten seines Landes und von 1902–1932 Richter am US *Supreme Court*, Oliver W. Holmes (1841–1935), das Recht folgendermaßen definiert: »The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.«⁵¹ Unterscheidbarkeit von Recht und Unrecht auf Prophezeiungsniveau? Nur zu wissen, dass die zuständigen Richter entscheiden werden, aber nicht wie? Katzenjammer statt Klarheit bei all denen, die, bevor sie handeln, wissen möchten, ob ihr Verhalten als legal oder als illegal bewertet werden wird? Wer sich mit der Behauptung eines der einflussreichsten Rechtstheoretikers unserer Zeit zufrieden gibt, dass »Judges should decide what the law is by interpreting the practice of other judges deciding what the law is«⁵², hat sich damit abgefunden, dass es für das Volk, den angeblichen Souverän des Staates und jedenfalls den Adressaten des Rechts, keine Voraussehbarkeit der Gerichtsurteile gibt. Deren inhaltliche Voraussehbarkeit ist aber ein unverzichtbares Moment von Rechtssicherheit. Welch Trost, dass für jedermann, der sein Recht zu erstreiten gewillt ist, in Hunderten von Bänden frühere Gerichtsurteile, in einer mehr irritierenden als orientierenden Sprache geschrieben, zugänglich sind!

Dass das Erwartungsgefühl vor einer gerichtlichen Streitent-

51 | Holmes, *The Path of the Law* [1897], in: ders., *Selected Legal Papers*, New York 1921, S. 173.

52 | Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, S. 410.

scheidung von Rechtsunsicherheit und nicht, wie man meinen möchte, von Rechtssicherheit geprägt ist, spiegelt sich, wie auch der abgestufte Zweifel am Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz überhaupt⁵³, nett übertrieben in den unterschiedlichen Antworten auf die »weltbewegende« Frage wider, was wohl zwei mit zwei multipliziert ergebe? Sagte der Mathematiker (nach einigen Tagen angestrengtester Denkarbeit): »Das Problem ist lösbar«; sagte der Politiker: »Ich verstehe die Frage nicht«; sagte der Psychiater: »Weiß ich nicht, aber gut, dass wir darüber geredet haben«; der Rechtsanwalt aber antwortete: »Wie jeder weiß, ist zwei mal zwei vier; was ich aber nicht weiß, ist, ob wir damit vor Gericht durchkommen.«

Gerechtigkeit als Maß für Recht und Unrecht? | Mit dem Was legitimiert Recht?
Ordnungsreglement herrschaftsförmig organisierter Gesellschaften werden deren Mitglieder zu einem den Anforderungen dieses Rechts gemäßen Tun und Unterlassen verpflichtet und berechtigt. Was aber berechtigt die Obrigkeit, die ihr Untergebenen zu berechtigen? Nur deren Macht über die weniger Mächtigen oder gar über die Machtlosen? Ähnlich etwa, wie es nach Baruch de Spinozas (1632–1677) ernüchternder Feststellung die Naturbestimmung und daher das Recht der größeren Fische ist, die kleineren Fische zu fressen?⁵⁴ Anders hinterfragt: Wenn das Recht der Staatsmacht Maß ist, mit dem vergangenes Verhalten beurteilt wird, um es erforderlichenfalls als Unrecht zu maßregeln, und an dem sich künftiges Verhalten orientieren soll, um nicht als Regelverstoß geahndet zu werden, dann bleibt das Problem, an welchem Maß das Recht selbst gemessen wird? Das Recht legalisiert, was aber legitimiert das Recht? Das Recht illegalisiert, was aber illegitimiert das Recht? Es geht um die Dialektik von Wille und Willkür des Gesetzgebers, um das sich im Gesetzgebungsprozess offenbarende Wechselverhältnis zwischen Objektivität und Subjektivität, aber damit auch um objektivierbare Kri-

53 | Vgl. Julius H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* [1847], Freiburg, Berlin 1990.

54 | Spinoza, *Tractatus theologico-politicus* [1670], Darmstadt 1979 (lat./dt.), S. 466. Vgl. A. Kaufmann, »Es ist das Recht der Fische zu schwimmen, und das der größeren die kleineren zu fressen«, in: Volkmar Schöneburg (Hg.), *Philosophie des Rechts und das Recht der Philosophie*, Frankfurt/Main 1992, S. 7–14.