

WOLFGANG GAST

Rechtsverständnis
Nachdenken über das Recht

Ein Lehrbuch



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

WOLFGANG GAST

Rechtsverständnis – Nachdenken über das Recht

Rechtsverständnis Nachdenken über das Recht

Ein Lehrbuch

Von

Wolfgang Gast

Dr. jur. utr.

Professor an der Universität Mannheim



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Gast, Wolfgang:

Rechtsverständnis — Nachdenken über das Recht:

e. Lehrbuch / von Wolfgang Gast. —

Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

ISBN 3-428-05451-2

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 05451 2

TH APKTΩ

Vorwort

Dieses Buch soll helfen, das Recht zu *verstehen*.

Rechtsverständnis ist mehr als nur Kenntnis der Gesetze; mehr auch als einiges Geschick in der Gesetzesanwendung. Wer „etwas von einer Sache versteht“, weiß Fragen zu beantworten nach dem Warum, Wozu, Cui bono (oder Cui malo). Der Sachverständige wird Ereignisse und Handlungen *durchschauen*, das eigene professionelle Handeln eingeschlossen. Auch der Jurist hat seine berufsnotwendigen Techniken, seine „Griffe“, und der Rechtsstudent *muß* sie erwerben. Aber er darf sich nicht darauf beschränken; dies um so weniger, als das *Rechtsverständnis* eine besondere Funktion hat: es stellt den Gegenstand Recht überhaupt erst richtig her. Denn mit Gesetzen und Rechtsbegriffen kann man, wie jeder weiß, vieles machen. Wann aber wird *Recht* daraus, *das seinen Namen verdient*?

Verständnis läßt sich nicht auswendig lernen wie ein Textstück und nicht antrainieren wie eine technische Fertigkeit. Es bildet sich in der Reflexion: im Bedenken des Gegenstandes aus möglichst vielen Perspektiven. Zu solcher Beschäftigung mit dem Recht soll das Buch anregen und anleiten. Eine Beschäftigung, mit welcher der Jurastudent nicht früh genug anfangen kann! Er muß nicht schon im Detail Fachmann sein, um sich legitimiert zu fühlen für „Wesensfragen“ des Faches. Und noch den Examenskandidaten sollte kein „Leistungsdruck“ ablenken, kein Repetitorium abhalten davon; man ist noch lange kein guter Jurist, nur weil man seine Schulfälle lösen kann. Was der Repetitor beibringt, ist notwendige Grundlage für das Examen, aber nie zureichende Grundlage der Jurisprudenz (und nicht einmal der „Juristerei“).

An Jurastudenten, gleichgültig welchen Semesters, ist das Buch zu allererst gerichtet. Aber natürlich ist dies kein numerus clausus; Anregung und Anleitung kann hier finden, wer immer das Recht zu verstehen sucht. Im Unterricht über Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Juristische Methodenlehre ist das Buch verwendbar, ebenso aber schon zur Einführung in die Rechtswissenschaft. Wem die Zumutung zu groß erscheint, so viel Text „systematisch“ durchzulesen: der Einstieg ist überall möglich, auch im Lehrbuch läßt sich gut schmökern. Einer weiß nicht recht, blättert, liest an, liest sich fest: dies wäre nicht die schlechteste Art, der Sache auf die Spur zu kommen. Ein Verfahren, das sich

ohnehin öfter empfiehlt — zu viele Jurastudenten büffeln zu viel und lesen zu wenig.

Im Nachdenken will jeder, der es betreibt, auch weiterkommen. Dem Autor werden dabei alle Leser helfen, die ihn ihre Kritik wissen lassen.

Mannheim, Mai 1983

W. G.

Inhaltsverzeichnis

Anstöße	13
I. Anfänglich	13
II. Recht ist	14
III. Ent-täuschungen	16
IV. Ein Denkweg	18
1. Anhaltspunkte	18
2. Ideales oder erreichbares Recht?	20
V. Erstes Nachdenken	23

Erstes Kapitel

Rechtsbedürfnis und Rechtserwartungen	25
I. Nicht immerwährende Idylle	25
II. Skandale	28
1. Geliebte Oldtimer. Die späte Leidenschaft der Gebrüder Schlumpf	28
2. Risse im Gebälk der Gesellschaft	30
3. Der Fall Michael K.	30
III. Die Fruchtbarkeit der Konflikte	31
1. Zur Affaire Schlumpf	31
a) Akute Fassung des Streits?	31
b) Der Rumpf eines Eisbergs	37
c) Allzu gemäßigt erwarten?	39
2. Zum KKW-Fall	41
a) Mißlingende Reduktion	42
b) Alle Wege nach Gordion?	44
3. Zu Michael K.	51
IV. Leitfaden des Weiterdenkens: Die Große Alternative	56
V. Einerseits: Das Recht des Stärkeren	58
1. Vorbild Herakles	58

2. Moderneres Lob der Gewalt: v. Iherings darwinistische Weltgeschichte	61
a) Gewaltkultur	62
b) Zum Beispiel Dienstmiete	66
c) Ihering und das KKW	69
3. Dasselbe bei Marx?	71
4. Die Kategorien Gewalt, Macht, Herrschaft	74
a) Gewalt	75
b) Macht	79
c) Herrschaft	79
VI. Andererseits: Das gleiche Recht	80
1. Am Steg von Masirah	80
2. Thomas Hobbes' Wegweisung aus der Gewalt	81
a) Vertragskultur	82
b) Rettung bei Masirah	85
c) Verlust des Vertragsprinzips bei Hobbes; Wiederauffindung ..	86
3. Die Kategorien Positivität, Gleichheit, Freiheit	90
a) Positivität — also doch Gewalt?	90
b) Gleichheit	92
c) Freiheit contra Gleichheit?	99

Zweites Kapitel

De lege lata (nach geltendem Gesetz). Zum Beispiel das Arbeitsrecht

	101
I. Die gesetzlich vorbereitete Lösung der Affaire S.	101
II. Merkmale der Gesetzlichkeit	111
1. Affirmation durch Gesetz	112
2. Allgemeinheit des Gesetzes	121
a) Generalisierung	122
b) Abstraktheit	123
c) Auslegung und Subsumtion	125
d) Das Generelle als Gleichheit	130
e) Die Abstraktheit als Freiheit	132
3. Verwirklichung der Gesetzlichkeit	135
a) Private Auslegung	136
b) Auslegungsmittler	137
c) Das Gericht	139

d) Notwendige Zwischenbemerkung über: Richtigkeit und Freiheit	142
e) Instanzenzug	146
f) Vollstreckung	150
g) Rechtsdogmatik	152
4. Reglement und Regulierung	155
5. Gesetzlichkeit und Herrschaft	157
a) Herrschaft an der Rechtsquelle	158
b) Die Zumutung, sich zu wehren	160
c) Herrscherliches am Richter	164
d) Herrschaft über den Richter	169
e) Hinter Konsensfassaden	171
III. Rechtsregeln für die „kapitalistische“ („marktwirtschaftliche“) Arbeitswelt	176
IV. Schlußbemerkung zur Universalität des Vertrags	186

Drittes Kapitel

Recht auf Unrecht hin (Strafrecht)	190
I. In Aporien	191
1. Anstoß wozu?	191
2. Vernünftige Antworten?	192
3. Heißes Recht?	196
4. Noch mehr Fragen	197
II. Recherche du temps perdu	199
1. Wiedergewinnung des Friedens	199
2. Wiedergewinnung des Wirklichen	202
3. Wiedergewinnung des Rechts	205
4. Rechtsphilosophische Wegweisung	207
5. Wiederum: Rechtssuche als Gesetzesanwendung	209
III. Rächendes Recht	210
1. Natürliche Neigung zur Rache?	211
2. Zur Kulturgeschichte des Rächens	214
a) Lamechs Erben	215
b) Das Paradigma Kain	225
3. Angeblich logischer Zwang zur Rache: das ius talionis	232
IV. Bessere Gründe?	241

1. Schuld und Sühne	242
2. Prävention	244
a) Die „negative oder spezielle Generalprävention“	245
b) Die „positive oder allgemeine Generalprävention“	249
c) Die „negative Spezialprävention“	251
d) Die „positive Spezialprävention“	253
3. Resozialisierung	254
V. Keine Lösung	255

Viertes Kapitel

L'Etat, c'est nous (Öffentliches Recht)	257
I. Der rechtsstaatliche Aspekt: Zum KKW durch Gesetzesanwendung ..	257
1. Die Prozedur	258
2. Radikaler gesehen	263
II. Der demokratische Zusammenhang	265
1. Der Souverän	266
a) Vorbemerkung gegen falsche Bescheidenheit	267
b) Direkte Demokratie	268
c) Mediatisierung	275
d) Von falschem Verrichterbewußtsein	284
2. Das politische Meinen	286
a) Rechtgemäßes Meinen	286
b) Verfassungswidriges Meinen; „Radikalenfrage“	291
c) Der Protest	296
3. Der Gesellschaftsvertrag	298
4. Resümee: Ein KKW im demokratischen Rechtsstaat	304
III. An der Staatsgrenze	306
Namenverzeichnis	311
Sachverzeichnis	313

Anstöße

I. Anfänglich

„Anfänglich wohnten die Menschen zerstreut, Städte gab es nicht. Daher wurden sie von den wilden Tieren ausgerottet, weil sie in jeder Art schwächer waren als diese ... Sie (die Menschen) versuchten also, sich zu sammeln und zu erretten durch Erbauung der Städte; wenn sie sich aber gesammelt hatten, so beleidigten sie einander ..., so daß sie wiederum sich zerstreuend auch bald wieder aufgegeben wurden. Zeus jedoch, um unser Geschlecht besorgt, daß es nicht etwa gar untergehen möchte, schickte den Hermes ab, um den Menschen Scham und Recht (aidòs kal díke) zu bringen, damit diese der Städte Ordnungen und Bande würden, der Zuneigung Vermittler.“

Protagoras aus Abdera, der sich selbst „Sophist“ nannte, „Lehrer der Weisheit“, und als erster aus seiner Zunft für seinen Unterricht Stundenlohn verlangte: er fand diese Erklärung für die Herkunft und den Zweck des Rechts (nachzulesen bei Platon, Protagoras 322).

An der Rechtsquelle: Zeus, vertreten durch Hermes, begann der Lehrer bald selbst zu zweifeln. „Von den Göttern vermag ich nichts festzustellen, weder, daß es sie gibt, noch daß es sie nicht gibt ...“¹ Die altgläubigen (orthodoxen) Kreise Athens machten dem Ketzler daraufhin den Prozeß; Protagoras wurde zum Tode verurteilt, seine Schriften wurden den Besitzern abgenommen und auf dem Markt verbrannt. Der Verurteilte starb auf der Flucht nach Sizilien, 70jährig, im Jahr 411 v. u. Z.

„Der Städte Ordnungen und Bande“: Zensur, Bücherverbrennung, Berufsverbot oder, wirkungsvoller, Liquidation, im Glücksfall Flucht und Exil ...???

(Und um der Theorie willen hätte den flüchtigen Schamlosen ein wildes Tier zerreißen müssen.)

¹ Fragment 4. — Die Werke des Protagoras, überhaupt der griechischen Philosophen vor Platon (der sogenannten Vorsokratiker, die zwischen 600 und 400 v. u. Z. ein die Mythologie sprengendes Weltverständnis begründeten) sind nicht überliefert. Nur Bruchstücke dieser frühen Lehren sind, zitiert und erörtert in Schriften der Späteren, erhalten geblieben: die *Fragmente der Vorsokratiker*. Dabei stellen Platons Diskurse eine wichtige Quelle dar. Sie fingieren oder rekonstruieren etliche Streitgespräche, die Sokrates mit den jüngsten „Vorsokratikern“ geführt habe, desgleichen Gespräche über ältere Vorläufer. Im Buch „Protagoras“ berichtet Sokrates einem Freund von einem Besuch in der Schule des Sophisten und von der Auseinandersetzung mit diesem über den Ursprung der Tugenden. Im Lauf des

II. Recht ist ...

- ... Not von Menschen, auf kalte Formeln gebracht.
- ... Dogma; und Dogmen dürfen nicht bezweifelt, sie müssen hingenommen, befolgt, vollstreckt werden.
- ... Gerechtigkeit in ihrem Abstieg zu Gesetz und Justiz.
- ... Ideologie, die das wirkliche Gesicht einer Gesellschaft beschönigend zudeckt.
- ... die marktgerechte Art der Gewalt.
- ... die Banalität des Bösen, zum System erhoben.
- ... Konservierung des Schreckens in der Gesellschaft, der jederzeit belebt werden kann mit Hilfe der zitierbaren Vorschrift.
- ... *in Wahrheit* das Naturrecht, das, weder verwirklicht noch verfährt, die Unwahrheit der Gesetze bezeugt ...

Urteile über Recht, die verurteilen: nicht das Recht überhaupt, „nur“ das sogenannte positive Recht, jenes der geltenden Gesetze, also immerhin die erfahrbare, reale Seite des Rechts. Sie sind aus Theodor Adornos „Negativer Dialektik“ teils entnommen, teils legt die dort umrisssene Rechtslehre sie als Schlüsse nahe². Unter den Verdikten, zu denen der Zweifel am Recht fand — oder zu denen Verzweiflung am Recht Zuflucht nahm? — sind sie nicht einmal die heftigsten. Für die Klassiker des Anarchismus bedeuten Recht und Staat totale Gewalt gegen die menschliche Natur; eine Vergewaltigung, die nur durch Zerstörung der Institutionen überwunden werden könne³. Läßt dieser wildeste Angriff auf das Recht sich noch (in der Theorie) abtun durch Hinweis auf den illusionären Charakter seiner Grundlagen: daß die befreite Menschheit dank ihrer „guten Natur“ sogleich friedlich und solidarisch leben werde, ist allzu unwahrscheinlich — Kritik wie in Adornos Rechtsbeschreibungen wiegt schwerer. Sie rügt Mängel, die das Recht

Gesprächs habe Protagoras den (eingangs zitierten) Mythos von der Herkunft des Rechts verkündet. Aus der damit unvereinbaren Schrift „Von den Göttern“ stammt das skeptizistische Fragment 4.

Die noch erhaltenen Ansätze, Meinungen, Gedankensplitter der Vorsokratiker — Sokrates seinerseits fand in Platon einen Berichterstatter — wurden gesammelt von *Hermann Diels / Walter Kranz*, Fragmente der Vorsokratiker, 6. Aufl. 1972 und Nachdrucke. Eine deutschsprachige Ausgabe erarbeitete *Wilhelm Capelle*, Die Vorsokratiker, 4. Aufl. 1953 (Kröners Taschenausgabe Band 119).

² Negative Dialektik, 1970, S. 301 - 304.

³ *Daniel Guérin*, Anarchismus, 2. Aufl. 1968 (edition suhrkamp 240), S. 14 ff.; *James Joll*, Die Anarchisten, 1969 (Ullstein Taschenbuch 4024), S. 17 ff., 54 f. Exemplarisch dazu die Texte von Bakunin und Kropotkin in: Anarchismus, Grundtexte zur Theorie und Praxis der Gewalt, ed. *Otthein Rammstedt*, 1968, S. 44 ff., 59 ff. und 74 ff.

„eigentlich“ nicht aufweisen müßte. Gesetze könnten „gut“ sein; schlecht seien sie geraten, weil sie als Machtworte gegen die Ideale der Gerechtigkeit aufgebieten würden. Das positive Recht: ein Sündenfall; ein verkommenes Ideal, gebrochenes Versprechen . . . Offenbar ist es *so erlebbar*, sind dort Belege für all die herben Sätze zu finden. Jeder Beleg wird den Verriß erhärten, und daß es *schlimme* Wahrheiten wären, genügt nicht schon zum Gegenbeweis. (Gemäß der beliebten „Beweis“-führung, daß nicht ist, was nicht sein darf.)

Dennoch: Auch wenn Recht sich so darstellt, so erlebt werden kann, die Sicht könnte verkehrt — der Standpunkt falsch gewählt, die Perspektive unzulässig verengt — sein. Recht könnte zwar ein Übel sein, doch immerhin ein notwendiges, weil es das Leben schützt, Gesellschaft erst ermöglicht. Oder nur bei verkürzter Sicht ein Übel, in Wahrheit ein nützlicher *modus vivendi* (und daß friedliches Handeln dem Recht zu verdanken ist, ging in Verkennungen der „menschlichen Natur“ bloß unter). Recht könnte . . . — aber so beginnen Gegenthesen, zu denen das negative Bild provoziert. Erfahrungen aus anderer Sichtweise machen sich geltend; vielleicht auch nur Erwartungen, Ansprüche ans Recht, die ihrerseits überzogen sein mögen oder im Gegenteil unbedingt einzulösen sind. Kritik belebt das Gespräch, vielmehr: sie *sollte* so wirken; und Kritik, die an die Wurzel geht, wirft die Sinnfrage auf: Was ist Recht? Wozu eigentlich Recht?

Wo immer es Anstoß zu diesen Fragen gibt — und Steine dazu legt das Recht dauernd — wären Ausflüchte verkehrt. Recht ist zu teuer (die Kosten des Staatsapparats, der Recht setzt und durchsetzt), als daß es etwas Selbstverständliches sein könnte. Es ist auch zu lästig dafür; es durchkreuzt Pläne, fordert Verzicht, droht mit Übeln, schickt der Übertretung Sanktionen nach. Und — vielleicht — ist Recht doch zu lebensnotwendig, als daß es dem Zweifel überantwortet bleiben dürfte; (vielleicht) ist es alle Anstrengung wert, die den Verruf zu widerlegen und es, das Recht, zu rechtfertigen sucht. Wobei Rechtfertigung nicht mit bornierter Verteidigung (Apologie) zu verwechseln ist; auch die Korrektur des zutreffend Kritisierten geschähe *für* das Recht. Gegen Angriffe sich auf die *Positivität* des Rechts zurückzuziehen: darauf, daß seine Durchsetzung gesichert ist, der rechtliche Hebel der längere sei — dies wäre reine Arroganz der Macht. Wenn Zweifel am Recht nicht doch recht behalten soll, gibt es gegen ihn keinen Rechtsweg, nur Denkwege.

Sie zu begehen, scheint zu allererst Aufgabe des Juristen. Da er das Recht verwaltet, es betreibt, trifft ihn besondere Verantwortung für die verrechtlichte Wirklichkeit . . .