

## Launische Natur, ständige Rechtsprechung und Sicherheit der Bürger

Meine Damen und Herren,

der Sonderforschungsbereich 980 der Freien Universität Berlin, auf dessen Wunsch ich heute zu Ihnen spreche, befasst sich mit dem Phänomen „Wissenswandel“.

Wandel ist eine vorwiegend geisteswissenschaftliche Kategorie: Stilwandel, Lebenswandel, Paradigmenwandel, Politikwandel, Gesinnungswandel, Wertewandel usw. Bezeichnet wird eine Veränderung, der allmähliche Übergang eines Zustandes in einen anderen, ein Vorgang, an den sich allerlei schwierige und interessante Fragen der Identität, der Sichtbarkeit, der Bewusstheit usw. anknüpfen lassen.

„Wissenswandel“, so sagen uns die Sonderforscher, ist nicht zuletzt deshalb interessant, weil er sich häufig so langfristig und unter der Hand ereignet, dass er mit den traditionellen Mitteln der Wissensgeschichte, etwa Bruch, Revolution, Fortschritt überhaupt nicht zu beschreiben ist, sondern aufgespürt, das heißt erforscht werden muss.

Dem Juristen - und als solcher spreche ich zu Ihnen – dürfte, wenn er befragt wird, ob er zu diesem Gegenstand etwas beizutragen in der Lage sei, vermutlich als erstes Stichwort der „Rechtsprechungswandel“ einfallen.

### I.

Rechtsprechungswandel, nicht Rechtswandel.

Rechtsänderung geht zwar häufig der Rechtsprechungsänderung voraus, ist aber anders als diese keine sonderlich aufregende Sache. Denn sie wird in der Regel durch den zu solchem Tun legitimierten Gesetzgeber bewerkstelligt. Der ist Kraft Verfassung durch das Volk, den mächtigen Souverän, dazu bestellt, das Recht zu „geben“ und auch – jederzeit – zu ändern.

Der Richter, der Rechtsprecher, ist dazu nicht befugt. Er hat das gegebene Recht nur anzuwenden, aber nicht zu ändern. Jedenfalls theoretisch und im Prinzip. Dass er trotzdem am Wandel mitwirkt, ohne Auftrag das Recht ändert, macht sein Handeln spektakulär.

Schon den schlichten, routiniert erfolgenden Spruch könnte man, bei strikter Betrachtung als „Änderung“ interpretieren. Denn was der Gesetzgeber als Recht erlassen hat, steht bloß als leblose Satzmenge druckschwarz auf weißem Papier.

Erst im Richter wird das Recht lebendig. Erst sein Spruch formt aus den Buchstaben des Rechts den Rechtszustand. Was vorher lediglich Annonce oder Verheißung war, gewinnt im Richterspruch performativ Gestalt. Nicht selten eine Gestalt, die der Laie niemals hinter den Buchstaben vermutet hätte und die auch den Gesetzgeber überrascht.

Aber diese Transformation ist nicht der Wandel, den derjenige meint, der den Rechtsprechungswandel tadelt oder preist. Rechtsprechungswandel heißt: eine Routine hat sich geändert. Was vorher so entschieden wurde, wird jetzt anders be-urteilt. Früher wurde ein bestimmtes Verhalten bestraft, jetzt nicht mehr. Einst musste wurde ein bestimmter Schaden nicht ersetzt werden, heute aber doch.

Aufsehen erregt ein Rechtsprechungswandel auch deshalb, weil keineswegs immer eindeutig ist, ob ein solcher vorliegt oder nicht. Die Justiz behauptet, sie habe diesen oder jenen Fall „in ständiger Rechtsprechung“ immer schon in dieser oder jener Weise entschieden. Die Justizkritik hält dagegen, daß der soeben entschiedene Fall früher anders oder überhaupt noch nicht entschieden worden sei. Die Rechtsprechung habe sich also geändert oder zumindest habe der Pool der Präjudize einen Wandel erlebt. Die delikate Diagnose „Wandel oder nicht?“ steht auf der Tagesordnung der Rechtsbeobachter.

Schließlich ist an den Fall zu denken, daß ein erwünschter oder geforderter Rechtsprechungswandel ausbleibt. Die Justiz verweigert sich einem Wandel und frustriert die Erwartungen der Bürger, die sich Änderungen erhofft haben. Oder gerade umgekehrt. Die Justiz teilt offen und hoheitsvoll einen Wandel in ihrer Rechtsprechung mit und frustriert damit ebenfalls die Erwartungen ihrer Bürger – mögen es auch nicht dieselben sein, sondern jene, die auf Unwandelbarkeit der Richtersprüche vertraut haben.

Rechtsprechungswandel ist also ein großes Juristenthema. Aber hat es auch etwas mit Wissenswandel zu tun?

Was sich wandelt sind Entscheidungen. Entscheidungen sind Handlungen, die zweifellos auch – wenn auch sicher nicht ausschließlich – auf einem bestimmten normativen Wissen beruhen und auf Methoden, die mit diesem Wissen operieren. Dieses Wissen, wir nennen es abgekürzt „das Recht“, sein Einsatz, der modus operandi und was es dabei an Wandel zu beobachten gibt, ist vielleicht eine kurze Betrachtung wert.

## II.

Wir wenden uns zunächst an den Urteiler, den Entscheider, den Richter.

Sein Feld ist das Recht, seine Profession das Wissen um dieses. Ändert sich das Recht, folgt ihm das Wissen auf dem Fuße, es wird neu erkannt, entdeckt und in Voten und Entscheidungen realisiert. Rechtsfindung nennen wir diesen Vorgang.

Ändert sich nichts und hat sich länger nichts geändert, dann ist die Findung Routine. Sie folgt auf ausgetretenen Pfaden den Spuren früherer Sucher und Finder. Eine endlose, öde Kette von Ordnungswidrigkeiten, Scheidungen, Kündigungen, Freiheitsstrafen, Ersatzleistungen usw. Dieser graue Takt der Gleichförmigkeit, das eintönige Nicken der Vernunft, ist gleichwohl unser Ideal, unsere regulative Idee, der erwünschte, der erstrebte, der (notfalls sogar fälschlich als existent beschworene) Normalzustand.

Denn das Recht will und soll nicht nur ewig, sondern auch unverändert und unwandelbar sein. Die Waage ruht in der Hand der richtenden Gerechtigkeit. Unerbittlich fallen die immer

gleichen Gewichte, die gläsernen Kugeln des Rechts in die zählende, objektive Schale und gelassen sieht Justitia zu, ob ein vor sie gebrachtes Leben bestehen kann oder ob es – weil zu leicht befunden – außerstande ist, die Schale des Rechts am Niedersinken zu hindern.

Natürlich kennt der Urteiler den Bruch, die Revolution.

Zum Beispiel, wenn der Gesetzgeber eingreift und die Normenwelt verändert, weil er den geänderten Ansichten einer Mehrheit seines Volkes nachgibt und die zuvor als sündhaft und naturwidrig vorgestellte Homosexualität neu als eine Frage der „Orientierung“ beschreibt; als anderen Weg zu anderem Ziel; nicht mehr als Verirrung auf dem Pfad zum einzig richtigen, dem naturverordneten Ziel der Mehrung der Menschheit.

Oder wenn ein höchstes Gericht, das befugt ist, die Normenwelt zu justieren, auszurichten und fortzubilden, reflektiert und entdeckt, dass die Ehre eines Mannes, die, noch 100 Jahre zuvor, angesehen wurde als nicht aufzuwiegen in Geld und Gold, jetzt, aus der Perspektive des rheinischen Kapitalismus, doch als wägbare erscheint, wie jedes andere weltliche Gut, sei es fleischlich oder nicht, so dass die leichthin Entehrten sich fortan durch ein „Schmerzensgeld“ an unverfrorenen Bildverwertern schadlos halten dürfen.

Das sind Fälle, in denen sich das Wissen der Urteiler abrupt und erzwungen verändert. Der Bestand wird verkürzt oder erweitert. Manche Felder bleiben liegen und werden nie wieder bearbeitet. Aber auch neue Chancen tun sich auf. Verrechtlicht das Gefängnis, das Militär, die Schule! Dem Straftäter wird Menschenwürde zugebilligt, den Soldaten ein Recht auf Freizeit und Kinderbetreuung. Die Backpfeife wird nachprüfbar, die Schulzensur ist nicht nur Einstufung, sondern auch anfechtbar.

Das sind aber Ausnahmen: Gewaltsame Einschnitte, Zertrümmerung des Eingeübten, des immer schon Gewohnten, der bewährten Praxis. Damit ist immer zu rechnen. Damit kann man leben. Neue Ordnung ist Eingriff, kein Wandel.

Anders steht es mit der schleichenden Änderung, dem subkutanen Wandel.

Der Rechtswandel ist dem Richter prinzipiell verhasst. Er sieht sich verpflichtet, ihn zu verhindern. Nur ungern und unwillig bildet er weiter und fort. Denn er weiß sich an die vorgegebene Norm gebunden, weil ihn die Bindung entlastet. Die Bindung schützt sein Handeln und ihn vor dessen Folgen. Nicht er war es, der gehandelt hat, sondern das Recht. Wenn er sich zur Änderung gezwungen sieht, wenn er fühlt, dass er ändert, wo er doch weder ändern will noch ändern darf, wird er verführt, die Änderung zu leugnen. Denn wie kann ein Wandel eingestanden werden, wenn doch das Recht unwandelbar sein soll und sein muss?

Wieso muss?

Nur die Unwandelbarkeit garantiert, was alle sich wünschen.

Gleichheit: Der Fundamentalsatz aller Rechtsträume. Dass Gleiches gleich behandelt werde. Dass keiner gleicher sei als der andere. Dass der Schlag auf den Kopf und der Griff in die

fremde Tasche in München nicht kostspieliger sei als in Hamburg. Oder in Neukölln billiger als in Charlottenburg. Gleichheit auch auf der Zeitachse: heute nicht anders als gestern.

Mit der Gleichheit kommt die Einheitlichkeit. Einheitlichkeit ist der Garant von Beweglichkeit. Wem an jeder Ecke etwas anderes bevorsteht, der bleibt zuhause. Auf unwandelbares Recht setzt, wer sich vorbereiten will, auf das, was er zu erwarten hat.

Aus Unwandelbarkeit folgt Rechtsicherheit. Rechtssicherheit ist die Basis jeder Kalkulation, aller Verträge und allen Vertrauens. Deshalb muss das Recht unwandelbar sein und von blinder Routine, ohne Ansehen von Ort und Person gleichförmig gehandhabt werden.

Die Philosophen platzieren Gleichheit, Einheit und Sicherheit gern in die Rechtsidee, wodurch unsere Träume metaphysisch geadelt werden. Aber eine „Rechtsidee“ braucht man für praktische Wünsche so wenig wie den Petrus für den Wunsch nach Regen.

### III.

Gleichheit, Einheit und Sicherheit: Erhoffte Rechtsleistungen, erträumte Rechtsgewährungen von alters her. Keine Erfindungen der Neuzeit.

Wir wenden uns jetzt einmal an den Gesetzgeber.

Kaiser Justinian, der im 6. Jahrhundert n. Chr. alles sammelte, zusammenfasste und uns hinterließ, was wir heute noch vom Recht der Römer haben und wissen, war ein großer Liebhaber des Rechts. Er liebte es wie seine Soldaten, denn er kannte nur zwei Herrschaftsinstrumente: Waffen und Gesetze, *arma et leges*.

*Armis legibusque gubernare*, mit Militär und Recht regieren, das war sein Wahlspruch und bezeichnete sein Arsenal.

Deshalb schuf er das Corpus Iuris mit dem auch er bereits wollte, was wir heute noch wollen:

Sicherheit! Nur seine eigene Sammlung von Kaiserrecht und Juristenrecht, der Codex und die Digesten, sollten noch Gültigkeit besitzen. Alle anderen Rechtstexte wurden verboten. Und gingen deshalb – leider – in der Folge auch verloren. Jede Kommentierung seiner Sammlung, d.h. jede Interpretation, jede durch Distinktion erzielte Neuerung, wurde vom Kaiser untersagt. Verbotener Wandel: Triumph der Rechtssicherheit.

Einheitlichkeit! Er schickte sein großes Gesetzeswerk überall hin in sein Reich, damit überall dasselbe Recht gelte und zur Anwendung komme. Aus dem griechischen Konstantinopel gelangte das Gesetzbuch glücklich auch nach Italien, wo es, weil lateinisch, erhalten blieb. Denn Griechisch ging im Westen schon im 7. Jahrhundert ebenso rapid verloren wie Latein im Osten.

Dass schließlich Gleiches gleich zu entscheiden sei, war ohnehin völlig klar. Was natürlich Unterschiede und Privilegierungen keineswegs ausschließt. Denn sind sie erst einmal begründet oder erteilt, steht der Rechtsanwender nicht mehr vor Gleichem, sondern vor Ungleichem, und das ist nicht gleich, sondern ungleich zu behandeln.

Dennoch: dieser dem Wandel so abgeneigte, auf Stabilität und Sicherheit erpichte Kaiser erließ, kaum daß er das große Kodifikationswerk abgeschlossen hatte (534 n. Chr.) fortlaufend bis zu seinem Tod (565 n. Chr.) – also noch rund 30 Jahre lang –, Jahr für Jahr neue Gesetze.

Novellen nannte er sie. 168 Novellen sind uns erhalten. Zusammen ein Buch, fast so dick wie seine Sammlung aller Kaisergesetze seit Diokletian.

Also: dieser Justinian, dieser Garant der Unwandelbarkeit, dieser aller Rechtsänderung abholde Feind von Interpretation und Kommentierung erklärte, vertiefte, unterschied und verbesserte unermüdlich seine Gesetzgebung, womit er das Vertrauen in die Beständigkeit des Gegebenen ebenso beständig fortlaufend unterminierte und erschütterte.

Aber: er tat es mit schlechtem Gewissen und jammerte ausführlich über sein (zweifellos lustvoll genossenes) Geschick, unablässig den riesigen Wissenspool auszuweiten, einzuengen und reorganisieren zu müssen. Verantwortlich machte er aber nicht sich selbst und seine wütende Regelungslust, sondern die Natur. Launisch sei sie, betonte er immer wieder, ständig produziere sie neue unerwartete, unvorhergesehene, unvorhersehbare Situationen, die der Regelung bedürften, da entweder keine Regelung für den jeweiligen Fall vorhanden sei oder die vorhandene Regel nicht ausreiche, so dass der Kaiser unfreiwillig, ja sogar zu Lasten seines verdienten Schlafes, sich ständig genötigt sehe, einzugreifen.

Der Wandel des Rechts wird ihm durch den unsteten Wandel der Sachlagen aufgezwungen.

#### IV.

Was Justinian hier letztlich beklagt, ist der Umstand, dass kein Ereignis dem anderen gleicht. Au Fond ist das trivial. Schließlich sind zwei Begebenheiten, auch wenn man sie vollständig, einschließlich ihrer örtlichen und zeitlichen Diversität, aller Besonderheiten entkleidet, immer noch ungleich, weil es eben zwei sind. Je mehr Spezifisches man jedoch dazu gibt, umso verschiedener und damit unvergleichlicher werden die Sachverhalte.

Zwar sind zu gleicher Uhrzeit, an gleicher Stelle zwei Kraftzeuge gleichen Typs und gleichen Alters, in genau gleicher Weise zusammengestoßen, aber der eine Fahrer war eine Frau und der andere ein Mann. Sollten es jedoch wundersamer Weise zwei gleichaltrige Männer gewesen sein, dann wurden sie doch von verschiedenen Müttern geboren. Und fegt man auch noch diese Differenz mit dem Bild der eineiigen Zwillinge aus der Welt, dann hatte doch der eine gefrühstückt und trug einen braunen Hut und der andere war nüchtern und hatte einen Bart.

Das bedeutet: Wer nicht in der Vielfalt der Erscheinungen untergehen will, wer die Launen der Natur sortieren, die Fülle ordnen und präskriptiv unter sein Regiment zwingen möchte, muss Relevanzen festlegen, Regeln bilden und Normen entwerfen.

Diese Regeln dürfen den Reichtum der Welt aber nicht abbilden, wenn sie wirklich ordnen sollen. Wer der unendlichen Verschiedenheit beizukommen strebt, wer die bunte Welt der Ereignisse und Eigenschaften auf den Begriff bringen und in die Marschordnung einer

taxonomischen Vision zwingen will, der muss abstrahieren. Muss in einer geplanten Norm die Vielgestaltigkeit minimieren und das Detail verhüllen, auflösen in der generellen Form. Die generelle Form reduziert nicht nur die Welt der Varianzen sondern bringt auch deren Wandel zum Verschwinden.

Unterstellen wir, Justinian habe angeordnet, dass wenn ein Mensch namens *Theodor* einen *Esel* leihe, er diesen zurückgeben müsse, dann scheitert er mit seiner Regel bereits dann, wenn ein Mensch namens *Johannes* ein *Pferd* borgt. Also wird er verfügen, dass *wer auch immer* ein *Reittier* borge, dieses zurückgeben müsse. Womit er zwar ein deutlich größeres Stück Welt eingefangen, aber immer noch offen gelassen hat, was geschehen soll, wenn ein Hut oder ein Regenschirm geborgt wurden, weswegen er seiner Norm vielleicht die Fassung gibt: *Wer sich von einem anderen eine Sache borgt, muss diese zurückgeben.* Jetzt hat der Normsetzer schon sehr viel mehr Wirklichkeit mit seinen Wörtern ergriffen. Vielleicht bereits zu viel. Denn sicher wird im Streitfall ein listiger Advokat vorbringen, ein Esel sei keine Sache, womit das Elend der Auslegung beginnt. Und zu allem Überdross kommt die launische Natur und beschert ihm den Sachverhalt, dass Frau Helena drei Eier für das Frühstück geborgt hat, die sie am Nachmittag, da sie verzehrt wurden, nicht mehr zurückgeben kann, so dass die Frage entsteht, ob sie anstelle der geborgten Eier drei andere zurückgeben darf oder muss oder ob sie sich auch mit barer Münze entschulden kann.

Justinian hat die Sachverhalte, so nenne ich die in Berichtsform gefassten Segmente eines Geschehens, die ihm die Natur zuspielte, meist direkt entschieden und den Untertanen, wie berichtet, erklärt, dass die wandelbare, unstete Natur, die zu seinem Ärger stets neue Ereignisse erfinde, ihn zum Handeln gezwungen habe.

Statt zu entscheiden, hätte er natürlich auch an der Regelbildung arbeiten, seine alte Norm verändern können – z.B. indem er eine Ausnahme eingefügt hätte. In unserem simplen Modell etwa der Art, dass dann, wenn das geborgte Gut verbraucht sei, natürlich nicht dieses, sondern ein anderes, gleichwertiges zurückzugeben sei. Dann hätte er einen noch größeren Ausschnitt möglicher Realität erfasst und würde, wenn es der Natur einfallen sollte, ihm den Fall eines geborgten Brotes zu präsentieren, nicht neu entscheiden müssen.

Er hätte auch, was einem Juristen der Gegenwart einfallen würde, statt seine Norm zu optimieren, versuchen können, sie auszulegen, sie zu interpretieren, indem er etwa dargelegt hätte, dass die Rückgabepflicht bei geborgtem Gut, dem natürlichen Empfinden gemäß, sich an der Natur des Gutes orientieren müsse. Sei es ein bloß nutzbares Einzelstück, müsse dieses selbst, sei es eine verbrauchbare Massenware, müsse Gleichwertiges zurückgegeben werden.

Aber von solchen Chancen der Normoptimierung oder der Norminterpretation hat der byzantinische Kaiser nur selten Gebrauch gemacht. Statt Besserung oder Auslegung der Regeln, wählt er die erneute Entscheidung. Er verzichtet auf Normarbeit. Er unterwirft sich dem Wandel der Verhältnisse statt ihn durch die generelle Form zu eliminieren.

Sieht man auf die kognitive Operation, heißt dies, dass Justinian, obwohl doch einer der großen Gesetzgeber der Geschichte, vorwiegend konkret, fallbezogen oder kasuistisch denkt und nicht abstrakt, normorientiert, formal.

V.

Wer kasuistisch operiert, jedes Geschehen ungleich jedem anderen erachtet, wird sich schwer tun, Gleiches als solches zu erkennen und gleich zu behandeln. Denn er sieht nichts Gleiches, so dass er, trotz expliziten Bekenntnisses zu jenem Fundamentalsatz der Rechtsidee willkürlich schalten kann, schalten muss und schalten wird.

Er wird auch der Beständigkeit und Unwandelbarkeit des Rechts und damit der Rechtssicherheit keinen großen Kredit einräumen, denn ohne die zum System tendierende, abstrakt-generelle Norm bleibt unklar, wo der keinem andern gleichende Fall einzuordnen – zu „subsumieren“ sagen die Juristen – sein könnte.

Auch um die Einheitlichkeit ist es nicht gut bestellt, denn sie beruht sichtlich auf der Vorstellung, dass es eine über die jeweilige Episode und ihre Entscheidung hinausgehende normative Einheitsidee und Entscheidungskultur geben könne.

Es entsteht eine, um den singulären Fall irrlichternde Entscheidungspraxis, die hierzulande mit pejorativem Akzent Kadijustiz genannt wird, weil wir den Kadi traditionell als einen Richter referieren, der eine den Einzelfall letztlich nach Belieben erledigende Spruchpraxis pflegt. Jede Entscheidung wird schließlich so bunt wie jedes Ereignis.

Wobei angemerkt werden darf, daß auch einer normorientierten Praxis gleiche und gleichförmige Entscheidungen schwer fallen, weil das erlebte, das detailgetreue Bild der kühlen Objektivität einer entscheidungsleitenden Norm ständig in die Quere kommt.

Das formal-abstrakte Denken konsumiert demgegenüber die Varianten und die Petitesse der Realität. Die einem bestimmten *genus* subsumierten *species* sind unter der Herrschaft eines allgemeinen Begriffs notwendig gleich. Äpfel, Birnen, Pflaumen, Pfirsiche - alles „Obst“, das als solches behandelt werden kann und zwar (auch) gleich.

Ein normorientiert, moderat zum Rechts-„Fall“ abstrahierter „Sachverhalt“ bleibt nicht mehr singulär und passt notwendig mit noch manchem anderen „Fall“ unter dieselbe Norm.

*A schüttet der B in der Absicht, mit ihr zu schlafen, ein Betäubungsmittel in den Wein,* formulieren die Juristen und schon gleicht die solcher Maßen reduzierte Realität vielen anderen, aller Orts-, Zeit- und Persönlichkeitselemente entkleideten Wirklichkeiten und kann mit ihnen gleichförmig unter die Norm „sexueller Missbrauch“ subsumiert und – wenn es denn gewollt ist – ebenso gleichförmig entschieden werden.

*In solchen Fällen geben wir drei Jahre,* sagt der Vorsitzende einer Strafkammer und hängt seinen Fall damit ans Ende einer langen Kette ähnlicher Verfahren: Rechtssicherheit und Gleichheit.

Wie sich die Launen der Natur durch normativ-abstraktes Denken eliminieren lassen, begreift man allerdings so richtig erst dann, wenn man den Blick von der Regelbildung weg und auf den Sachverhalt richtet, den Sitz der Buntheit, das pralle Leben.

Denn Gleichheit und Sicherheit bedürfen nicht nur der erfolgreichen Herstellung eines Netzes von abstrakten Normen, sondern auch der Erzeugung jenes Konstrukts, das ich soeben, beiläufig und vorgreifend, den aus dem Sachverhalt „moderat abstrahierten Fall“ genannt habe.

„Sachverhalt“ nenne ich (manche Juristen machen es anders) einen beliebigen Ausschnitt aus der bunten Welt allen Geschehens. Seine Reduktion auf den „Fall“, der dann ein „Rechtsfall“ ist, wird vom dogmatisch arbeitenden Juristen einerseits, vom juristischen Entscheider andererseits bewerkstelligt.

Rechtsdogmatiker sind - siehe Dogmen - die Verfertiger von normativen Lehr- und Glaubenssätzen, die sie vorwiegend durch Interpretation, Bewertung, Kombination und Systematisierung von vorgegebenen Gesetzen, Rechtssätzen und Prinzipien erzeugen.

Die juristischen Entscheider sind die Richter der Instanzgerichte, die in täglicher Arbeit gezwungen sind, aus der aus Akten und Kommunikation quellenden wirren Welt, die Fälle zu destillieren.

Theoretiker und Praktiker. Theoretiker, die ihre Spracharbeit aus historischen und standespolitischen Gründen gern Wissenschaft nennen, obwohl sie eine subtile Kunst ist; Praktiker, die sich an zentralen Punkten von der „Wissenschaft“ zu Recht als vorgeführt statt eingeführt, und jedenfalls überhaupt nicht angeführt fühlen. Beide arbeiten weitgehend mit identischen Methoden, zentraler Unterschied ist, dass der Praktiker den Fall erlebt, während der Theoretiker ihn ersinnt oder vom Praktiker erzählt bekommt.

Die Reduktion eines realen Geschehens auf das, was der Fall ist oder sein soll, geschieht durch Abstraktion. Man muss weglassen. Nicht zu viel und nicht zu wenig. Das Weglassen kann nicht beliebig von statten gehen, sondern muss sich an Kriterien orientieren.

Alle Berichterstatter folgen irgendwelchen Kriterien. Ein Vorgang, den die Polizei als Verkehrsunfall beschreibt, erscheint in der Abstrahierungsarbeit einer psychologisierenden Beobachterin vielleicht als „jäger Abbruch des Traumes eines alten Mannes beim Anblick einer schönen Frau“ erscheinen, in der Sicht eines Macho als „schlagartiger Beginn der inneren und äußeren Veränderung des Zustands einer Blondine“ und bei einem zynischen Physiker als „ungesteuerter Zusammenprall und Verformung zweier träger, mit verschiedengeschlechtlichen Hominiden besetzter Massen, bei Geschwindigkeit  $x$ , zum Zeitpunkt  $t^1$ , am Ort  $O^1$ “ usw., usf.

Die unverzichtbaren Reduktionskriterien werden jedem aus seiner Lebenswelt geliefert. Den Juristen durch die Norm, das Gesetz, den Rechtssatz, die als Relevanzstation fungieren, welche die Gesichtspunkte benennen, auf die es dem Recht ankommt. Vom Geschehen wird



normorientiert abstrahiert. Laien abstrahieren ein Geschehen nach anderen Gesichtspunkten und Regeln.

Es liegt auf der Hand, dass der dergestalt in Bewegung gesetzte Vorgang der Eliminierung von beobachteter und kommunizierter Wirklichkeit nahezu beliebig ausgedehnt oder abgebrochen werden kann. Von einem willkürlich gewählten Ausgangspunkt an (man beginnt erst mit dem fatalen Ereignis der Kollision oder aus guten Gründen vielleicht bereits mit dem morgendlichen Aufbruch der Beteiligten) kann der Strom der Erzählung breit dahin fließen oder sich bis auf einen dünnen, singulären Beobachtungssatz verkürzen: „A und B kollidierten mit ihren Kraftfahrzeugen“.

Die Frage, wann der Vorgang abgebrochen werden kann, abgebrochen werden soll oder sogar muss, wird von den Juristen ebenso salomonisch wie vage und listig dahin gehend beantwortet, dass dies dann gegeben sei, wenn Fall und Regel einander angenähert seien, wenn sie zur Deckung gebracht werden könnten, wenn Subsumierbarkeit hergestellt sei bzw. sich die Erkenntnis eingestellt habe, dass der entstehende Fall X ein Anwendungs-Fall der Regel Y sei usw.

Da in allen diesen Umschreibungen die verschwiegene Einsicht waltet, dass bei diesem Vorgang nicht nur normorientiert ein Geschehen zu einem „Fall“ abstrahiert, sondern auch wechselwirksam die Norm fallorientiert ausgelegt, interpretiert, konkretisiert wird - oder wie immer die theoriesatten Kennzeichnungen auch lauten - ergibt sich an dieser Stelle die verblüffende Einsicht, dass die Juristen ganz offensichtlich den Wandel selbst in die Hand nehmen.

Sie können, das haben wir gesehen, ihren Wissenspool, der ihnen doch vom Gesetzgeber prinzipiell diktiert sein sollte und ja auch diktiert wird, ändern, indem sie die Norm so umbauen, dass sie eine gewandelte Wirklichkeit erfasst oder exkludiert. Sie können aber auch die Wirklichkeit so radikal abstrahieren bzw. mit der Abstraktion so schnell aufhören, dass kein Wandel zu beobachten ist und dem staunenden Beobachter ein, wie er findet, von ihm (jedenfalls so) überhaupt nicht wahrgenommener Fall gezeigt wird. Oder sie steuern den Beschreibungsprozess so, dass der entstehende Fall einem anderen Fall derart ähnelt, dass er für gleich erklärt werden kann.

Genau dies wussten und taten die praktisch tätigen Juristen schon immer, überall und bis heute. Im Mittelalter redete man von *distinctio*, der Kunst der Unterscheidung, mit welcher schon die Glossatoren Widersprüche in ihren Quellen beseitigten, indem sie darlegten, dass entdeckte Antinomien nur scheinbare waren, da es sich in Wahrheit um zwei verschiedene Fälle handeln würde. Angelsächsische Case-Law-Juristen, naturgemäß Weltmeister in der Fallherrichtung und Fallzurichtung, verhexen ihre Umwelt mit den eingeübten Mitteln des *distinguishing*, und unsere Gerichte entdecken, daß bei feiner Unterscheidung der zur Beurteilung anstehende Fall doch ein ganz anderer ist als man nach „ständiger Rechtsprechung“ glauben zu dürfen.

Das mag unerfreulich sein für die Betroffenen, ist aber per se nicht verwerflich. Denn die Überzeugung und auch das Wissen von dem, was richtig und gerecht ist, wandeln sich. Wenn dann viele oder gar alle eine Änderung wünschen, wenn sich die bisherigen Anschauungen überlebt haben und weithin als nicht mehr tragbar empfunden werden, dann kann ein entsprechender Fall als „neuer“, eine judikative Innovation einleiten und als Speerspitze eines sich angemessen wandelnden Wissensbestandes auftreten. Denn die sogenannte Rechtsfortbildung gilt nicht zu Unrecht als vornehmste Prämrogative einer flexiblen und umsichtigen Justiz.

Die Fallarbeit mit Hilfe der Distinktion hält also die Justiz flexibel, was gewiss wünschenswerter ist, als wenn sie, weil sie den Wandel perhorresziert, mit den gleichen Mitteln, einen neuen Sachverhalt zum Routinefall erklärt und ihn in „ständiger Rechtsprechung“ stillstehend als gleichen Fall gleich entscheidet.

Wobei allerdings in diesem Fall (zumindest deklaratorisch) die heiligen Güter der Gleichheit, Sicherheit und Einheitlichkeit ihre unantastbare Würde behalten.

Nur mit dieser einzigartigen und nur bei Juristen vorfindlichen Kombination von *normativ*-abstrakter und *deskriptiv*-abstrakter Denkweise ist es zum Beispiel gelungen, ein großes Gesetzeswerk wie das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Jahre 1900, von dem inzwischen nahezu kein Satz mehr so gilt wie seinerzeit beabsichtigt, ständig zu wandeln und doch gleichzeitig als unverändert und jedem Wandel gewachsen erscheinen zu lassen. Die legislatorischen Eingriffe in die Kodifikation waren, von verschwindenden Ausnahmen abgesehen, nicht sinnlos, aber überflüssig.

Wie gleiche „Fälle“ in ungleiche verwandelt oder durch normative Innovation ungleich entschieden werden können, lässt sich eindrucksvoll am Umgang der Justiz mit gesellschaftlich nicht tolerierten Gruppen, z.B. den Neonazis, studieren.

Hier wird sichtbar, dass die Justiz, die gern als dritte Gewalt (neben Legislative und Exekutive) auftritt, tatsächlich eine Gewalt ist – so gewaltig, dass sie über Wandel oder Stillstand in der Konzeption von Wirklichkeit und Recht befinden kann. Dass sie obendrein eine „stille Gewalt“ ist, wie sie vormals der Jurist und Soziologe Rüdiger Lautmann beim Studium des Beratungsgeheimnisses nannte, erhöht noch ihren Rang und ihre politische Wirksamkeit.

## VII.

Nach so viel Hinweisen auf Steuerung, Stilisierung, Instrumentalisierung und intentionale Verhüllung von Wissenswandel abschließend erneut die bereits angedeutete Frage, ob wir in der Welt der Rechtsarbeiter, bei Dogmatikern und Richtern, nicht doch irgendwo einen subkutanen, will sagen, einen vielleicht nicht unmerklichen, aber doch wenig bemerkten, jedenfalls nicht aufmerksam erörterten Wissenswandel entdecken können.

Wir werden fündig, wenn wir uns noch einmal an Justinians verlorenen Kampf gegen die Launen der ständig neue Ereignisse, unvorhergesehene Sachverhalte, produzierenden Natur

erinnern. Als Ursache für seine Niederlage haben wir sein kasuistisch-fallbezogenes Denken, ein gewisses Defizit oder besser: eine nicht hinreichend ausgeprägte Quantität an formaler, normativ-abstrakter Potenz kennengelernt.

Knapp 13 Jahrhunderte nach Justinian hat der formale Normativismus, wie wir dieses normativ-abstrakte Denken nennen können, eine historisch einmalige Chance bekommen.

Der Normativismus taucht im Gefolge des sich seit dem 18. Jahrhundert in allen Wissenschaften rapide ausbreitenden Positivismus bei den Juristen als Epiphänomen des Gesetzespositivismus auf. Dessen Idee, das Recht, wenn nicht ausschließlich, so doch so vollständig wie möglich, in die setzende Hand des Gesetzgebers zu legen und aus dieser wieder zu schöpfen, verhiess die Erfüllung aller alten und vieler neuer Hoffnungen.

Nicht nur Säkularisation, Selbstbestimmung und Rechtsstaat, sondern auch die Befriedigung der ständigen Sehnsucht aller nach dem Gesetz lebenden Menschen nach Sicherheit, Berechenbarkeit, Gleichheit, Einheitlichkeit und damit letztlich Gerechtigkeit, bei gleichzeitiger Ausrottung oder wenigstens weitgehender Vermeidung von Subjektivität und Willkür.

Die Norm, gefasst als allgemeine, allgemein verständliche und vom Einzelnen absehende Regelung: kurzum das abstrakt-generelle Gesetz tritt als schriftlich gefasster Wille des Souveräns tendenziell die Alleinherrschaft auf der Rechtsbühne an.

Der Fall verblasst zum Beispiel und zum Beleg.

Die Rechtssätze, von Juristen in ein System geordnet oder eingebettet in eine ständig ergänzte und verfeinerte Kodifikation, werden einer unabhängigen, dafür aber streng an die Norm gebundenen Justiz überantwortet, die, methodisch angeleitet und geführt, Gleichheit und Gleichförmigkeit der Anwendung garantiert. Ein methodisch gesichertes, im besten Fall nahezu mechanisches, jedenfalls aber quasi rechenhaftes, schlussfolgerndes Zusammenwirken von Regelerkenntnis und Anwendung gewährleisten Sicherheit, Beständigkeit und Gleichheit.

Eine großartige Idee, der sich die Juristenwelt begeistert und uneingeschränkt widmete.

Rechtswissenschaft heißt jetzt Arbeit an der Norm und nur an dieser. Wissenschaftler ist der an den Lehrsätzen seiner Disziplin feilende und sie zum System verwebende Dogmatiker. Er steigt auf Augenhöhe zum Gesetzgeber empor und ist ein wenig gekränkt, weil seinem Produkt letztendlich der Rang einer Rechtsquelle versagt bleibt.

Im Hörsaal triumphiert die Norm und der mit ihrer Hilfe ad usum delphini zum Fall zugerichtete Sachverhalt. Der lebendige Sachverhalt selbst residiert nur in der Praxis der Gerichte.

Die Methodik, d.h. die Wegweisung zur Findung einer Entscheidung, schrumpft zur Auslegungslehre von Rechtssätzen, zur hermeneutischen Entfaltung von Normen, methodologisch ergänzt und verziert durch ein bisschen idealistische Rechtsphilosophie oder

von ihr abhängige Rechtstheorie, damit das Urteil auch den Wertvorstellungen seiner Zeit genügt.

Die deskriptiv-abstrakten Operationen finden ihren Platz allenfalls noch in der Relationstechnik oder in vergleichbaren praktischen Leitfäden zur Reduktion von Sachverhalten bzw. zur Fallherstellung.

Ein faszinierendes Konzept, an dem sich die Rechtswissenschaft des ganzen 20. Jahrhunderts abarbeitet; abarbeitet in dem Sinne, dass eine eher konservativ-verbissene Verteidigung der großartigen Idee sich mit pathetischer Gestik gegenüber bald höhnischen, bald wütenden, bald analytisch kalten Angriffen zur Wehr setzt.

#### VIII.

Ohne sonderlich zu übertreiben, kann man behaupten, daß Rechtstheorie und Rechtskritik rund 100 Jahre lang gegen den formalen Normativismus anrennen, der seinerseits in Erinnerung an und unter Berufung auf seine Verheißungen versucht, die von ihm eingenommene Position ständig zu verbessern und zu festigen.

Es ist weder nötig noch möglich, hier die einzelnen Stationen dieses Kampfes nachzuzeichnen. Entscheidend für unsere Perspektive ist der Umstand, daß die Auseinandersetzungen, aus denen – bis heute – stets der formale Normativismus als Pyrrhus-Sieger hervorgegangen ist, zu einem erheblichen Wandel in den Anschauungen und Prozeduren des Rechtswissens und seiner Verwalter geführt haben.

Das begann schon mit den Angriffen und Beschuldigungen der so genannten Freirechtsbewegung, die anfangs des 20. Jahrhunderts die bei der Herstellung des Falls mitwirkenden Vorurteile, kryptosozologischen Annahmen und Alltagstheorien erbarmungslos aufdeckte. Sie wies auf die politischen Überzeugungen hin, die für die Erfassung des Sachverhalts und die daraus fließende Gestaltung des Falles relevant werden und geißelte die bedenklichen Folgen mangelnder ökonomischer oder sittlicher Reflektion.

Der Formalismus musste den Einfluss von Interessen einräumen, die Berufung auf Werte tolerieren, konnte nur kraftlos dem Einzug materialer, ethischer Normen ein wenig den Weg verstellen. Noch der Nationalsozialismus hat mit seinem derben und oft schurkischen Dezisionismus dazu beigetragen, daß in den Denkansätzen und dem Wissens- und Argumentationspotenzial der dem strikten formalen Normativismus verpflichteten Entscheider tiefgreifende Wandlungen eintraten.

Munitioniert und legitimiert haben sich diese Strömungen fast immer durch Rückgriffe auf die Sachverhalte, auf das Leben vor seiner Abstrahierung, wo sich Armut und Privileg, Ausbeutung, Klassenpolitik, Rassismus, Exklusion, Plutokratie noch zeigen, bevor sie reduziert und im bloßen Fall „A bestiehlt B“ verschwunden, weil abstrahiert, d.h. „abgezogen“ worden sind.

Vor allem die Rhetorik, deren Urheimat und Stammsitz immer der Sachverhalt und dessen plausibilisierte Rekonstruktion war, hat die, praktisch ohnehin im Vordergrund stehende

Tatfrage, nachdrücklich vor der Rechtsfrage privilegiert. Die Norm findet demgegenüber dort nur geringes Interesse und wurde, womit schon die Hermeneutik einen ersten Anfang gemacht hatte, endgültig zum Argument herabgewürdigt, dem lediglich noch die Dignität zukommt, eine besondere rechtsstaatliche Aufmerksamkeit zu verdienen.

So besehen, darf man die Brüche, Verwerfungen und Wandlungen in den methodischen Konzepten und rechtsmethodologischen Reflektionen des 20. Jahrhunderts durchaus auch als Resultat einer Revolte des Sachverhaltes deuten, einer Revolte aus dem Trachten und Schmachten der durch den Formalismus des normativ-abstrakten Denkens exorzierten Realität.

Einen schönen Beleg für die Rückkehr des Sachverhalts geben Entwicklung und Verlauf der dogmatischen Präsentation des Rechts in den Lehrbüchern der Zukunft. In den Darstellungen aus dem letzten Viertel des 19. Jahrhunderts spielt der singuläre Fall keine Rolle. Er kommt nicht vor. Nur wo die Exegese und Konstruktion der Norm einer gewissen Wirklichkeit bedarf, um verständlich zu sein, greift die Wissenschaft – und auch da nur gelegentlich – zu jenem moderat abstrahierten Falltyp, von dem die Rede war. Seit der Mitte des 20. Jahrhunderts tritt der Fall – gelegentlich schon mit einem eigenen Namen (Badewannenfall) versehen – zunehmend als Beispiel und Probierstein für die Dogmatik in Erscheinung. Gegen Ende des Jahrhunderts dominiert er die Norm, die aus ihm entwickelt (Herrenreiterfall, Soraya) und deren Berechtigung und Richtigkeit deshalb auch an ihm gezeigt wird.

Sah es gegen die Mitte des vorigen Jahrhunderts noch so aus, als könne der normative Formalismus den Angriffen fallbezogener Denkweisen mit Hilfe einer verfeinerten Rechtsanwendungsideologie Herr werden, hat sich das Bild in den letzten dreißig Jahren unter dem Einfluss von Sprachphilosophie und radikalem Konstruktivismus, die die letzte Bastion des Normativismus, die Bindung des Richters an das Gesetz, geschleift haben, entschieden verändert.

Die Versprechungen des Positivismus, die der normative Formalismus zu erfüllen versprach, haben sich als Utopie erwiesen und sind als Utopie durchschaut. Schön und gewiss nicht falsch, aber ohne einen Platz auf dieser Erde.

Ein eher unauffälliger Ausdruck belegt, daß das seit 200 Jahren vorherrschende Verständnis vom Verhältnis von Sachverhalt und Norm sich umgekehrt und das formale, normativ-abstrakte Rechtsdenken auf breiter Front seine Stellung geräumt hat.

Es handelt sich um den Ausdruck „Abwägung“, womit, wie in schöner Naivität geschrieben steht, ein die ganze Rechtsordnung beherrschendes Prinzip bezeichnet sei. Tatsächlich kommt die Sache inzwischen im öffentlichen Recht – wovon es seinen Ausgang nahm – im Strafrecht, Zivilrecht und weiteren Rechtsdisziplinen in schnell anschwellendem Modus vor.

Dabei wird mit „Abwägung“ ein Begründungsmuster zitiert, welches es erlaubt, im ubiquitären Falle der Kollision zweier Rechtsgüter mit Hilfe der nicht eigentlich rationalisierbaren Gesichtspunkte „Höherwertigkeit“ oder „Vorrang“ einem der beiden Güter bewertend den Vorzug zu geben.

Bezeichnenderweise ist es den Juristen bislang nicht gelungen für sich zu entscheiden, ob es sich bei der Abwägung um eine Rechtsfindungsform handelt, um einen weiteren methodischen Kanon oder ein formales Prinzip, über dessen Einordnung keine Klarheit besteht.

Jedenfalls signalisiert die Weisung, im Kollisionsfall alle Umstände des Einzelfalls abzuwägen und daran die Entscheidung auszurichten, den Verzicht auf abstrakt-normatives Denken. Der Richter handelt wie der Gesetzgeber, er begutachtet, bewertet und entscheidet welche Interessen in einer Konfliktsituation zurücktreten müssen. Während der Gesetzgeber aber um eine Norm ringt, die für alle analogen Konfliktfälle gelten soll, entscheidet der Richter von Mal zu Mal, d.h. durchaus und gewollt jedes Mal anders.

Was hier vorgeht, ist eine subkutane Umstellung des juristischen Denkens und der juristischen Argumentation. Die traditionelle Frage der Juristen, ob der Fall unter eine bestimmte Norm subsumierbar sei, wird im Abwägungsdenken abgelöst durch die Frage, ob die Umstände des Einzelfalls die Heranziehung der Norm erlauben.

Unterstützt durch ein tiefes Misstrauen in Sicherheit und Gewährleistungskraft der abstrakten Norm, die sich auch anderwärts im Rechtsbereich durch eine unübersehbare Hinwendung zur Konkretion und fallbezogenen Prosa entfaltet, kehrt die launische Natur zurück.

Ein wahrhaft dramatischer Fall von Wissenswandel, der, wie man vernimmt, der Einzelfall-Gerechtigkeit in hohem Maße dienlich sei. Das ist schön und dennoch kein Anlass zum Jubel, weswegen der Wandel vorerst auch noch im Schatten blühen muss.

Denn in der Absage an die abstrakte Norm liegt, wie unser Material gezeigt hat, nicht nur die Chance für Einzelfall-Gerechtigkeit, sondern auch für Einzelfall-Ungerechtigkeit. Der Verzicht auf die generell abstrakte Norm heißt schließlich zugleich: Verzicht auf das Streben nach Gleichförmigkeit, nach Sicherheit, Gleichheit und Beständigkeit.

Die Gerechtigkeit liegt nicht mehr im Recht, sondern im Richter.

Die Laune der Natur ist offenbar wieder da, meldet sich, hat sich durchgesetzt, ist nicht zu tilgen. Die ständige Rechtsprechung spricht ständig, aber unberechenbar und die Sicherheit der Bürger bleibt ein unerfüllbarer Traum.

Dieter Simon