

JOHANN BRAUN

---

# Einführung in die Rechtswissenschaft

4. Auflage



MOHR SIEBECK

MOHR LEHRBUCH

Johann Braun  
Einführung in die Rechtswissenschaft





Johann Braun

Einführung  
in die  
Rechtswissenschaft

4. Auflage

Mohr Siebeck

*Johann Braun*, geboren 1946 in Ludwigshafen a. Rh.; 1979 Promotion; 1982 Habilitation; 1983 Universitätsprofessor in Trier, seit 1988 Universitätsprofessor in Passau für Zivilprozeßrecht, Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie.

e-ISBN PDF 978-3-16-151304-6

ISBN 978-3-16-150770-0

1. Auflage 1997
2. Auflage 2001
3. Auflage 2007
4. Auflage 2011

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

## **Vorwort zur 4. Auflage**

Für die Neuauflage ist der Text insgesamt durchgesehen und stilistisch und sachlich überarbeitet worden. Dabei haben mich meine wissenschaftlichen Mitarbeiter Frau Karin Lobinger und Herr Thomas A. Heiß mit Rat und Tat unterstützt.

Für die sorgfältige Betreuung des Manuskripts der 4. Auflage danke ich meinen Sekretärinnen Frau Monika Hilbert und Frau Therese Saller, für die Anfertigung der Register Herrn Thomas A. Heiß.

Passau, im Januar 2011

## **Aus dem Vorwort zur 1. Auflage**

Wer sich anschickt, ein ihm unbekanntes Gelände zu erkunden, benötigt in der Regel Landkarte und Kompaß. Mit der Landkarte versucht er sich eine Vorstellung von der Struktur des Gebietes zu verschaffen, das vor ihm liegt; der Kompaß dagegen hilft ihm, die in der Karte enthaltenen Hinweise auf die Wirklichkeit zu übertragen. Beim Beginn eines juristischen Studiums verhält es sich ähnlich. Auch hier erwartet der Ratsuchende einen Überblick über den Rechtsstoff als solchen und eine Einweisung in die Kunst, sich darin zurechtzufinden und fortzubewegen. Die zahlreichen Bücher, die zu diesem Zweck verfaßt wurden, versuchen dieser Aufgabe auf unterschiedliche Weise gerecht zu werden. Die meisten enthalten eine kurz gefaßte Zusammenstellung dessen, was in den wichtigsten Gesetzen enthalten ist. Seltener ist der Versuch, den Anfänger auf dem Weg über die juristische Methodenlehre mit dem Recht vertraut zu machen. Beides, der Überblick ebenso wie die methodische Anleitung, erfüllt eine wichtige Funktion. Auf Dauer wird es niemand, der tiefer in das Recht eindringen will, erspart bleiben, sich sowohl mit dem Rechtsstoff

selbst als auch mit der Technik der juristischen Argumentation und Entscheidungsfindung näher zu befassen.

Dennoch ist das nicht alles. Es gibt noch einen weiteren, nicht minder wichtigen Aspekt, der in der gängigen Einführungsliteratur regelmäßig zu kurz kommt. Was zu Beginn eines juristischen Studiums not tut, ist zunächst einmal eine Antwort auf die Frage, warum man sein Leben überhaupt dem Recht widmen soll und was dies heißt. Das ist nicht durch einen vagen Grundriß des positiven Rechts zu leisten und auch nicht durch das Vordemonstrieren der sogenannten Rechtsanwendung, sondern nur durch eine anschauliche Erzählung der Gründe, die einen solchen Schritt rechtfertigen und auf Dauer allein tragen. Wer eine solche Antwort versucht, muß sich in anderer Weise aus der Reserve wagen als ein Autor der sonst üblichen Rechtsliteratur. Denn er muß offenlegen, was ihn selbst am Recht fasziniert, er muß zeigen, wie das Recht mit den geistigen Strömungen und den Bedürfnissen des wirklichen Lebens zusammenhängt, er muß deutlich machen, in welchem Maße Nöte und Ängste, Hoffnungen und Visionen in dem scheinbar so spröden Stoff des Rechts immer wieder wirksam sind, und kann sich bei all dem weder hinter dem Rücken des Gesetzgebers noch einer herrschenden Meinung verbergen. Nirgendwo zeigt sich besser als hier, was ein Lehrer von seinen Schülern hält, und nirgendwo besser, was er selbst zu geben hat.

Das eigentliche Anliegen des vorliegenden Buches zielt daher mehr auf eine Einführung in das *Rechtsdenken* als in die Rechtswissenschaft im herkömmlichen Sinn. Seine Lektüre soll nicht so sehr positive Kenntnisse oder Fertigkeiten als vielmehr Verständnis des Rechts und Einsicht in die tieferen Zusammenhänge vermitteln.

Natürlich ist dieser Versuch nicht ohne Vorgänger. Überhaupt ist der Inhalt des Buches viel weniger durch den Autor geprägt, als es auf den ersten Blick scheinen könnte. Das meiste von dem, was hier an Gedanken und Beispielen ausgebreitet wird, ist mir im Rahmen meiner Tätigkeit aus vielerlei Quellen zugeflossen und hat sich im Laufe der Zeit fast wie von selbst zu einem Buch zusammengefügt. Im Grunde hat das, was dabei entstanden ist, also viele Urheber. Ich habe mich bisher nicht entschließen können, darin einen Mangel zu erblicken.

Den äußeren Anstoß zu diesem Buch haben die Vorlesungen gegeben, die ich seit 1982 in Trier, Leipzig und Passau über diesen Gegenstand regelmäßig gehalten habe. Es ist daher auch durch die unterschiedlichen Erfahrungen geprägt, die ich an diesen drei Orten machen durfte: durch den Einblick in die historischen und philosophischen Grundlagen des Rechts, durch die Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen und Folgen des Sozialismus und durch den Blick über die Grenzen des eigenen Landes hinaus. Mein Dank gilt vor allem denjenigen Studenten, die mich in all diesen Jahren durch ihren Zu-

spruch darin bestärkt haben, mancherlei Widrigkeiten zum Trotz an dieser Vorlesung festzuhalten und sie schließlich zum Druck zu bringen. Mein Gruß aber richtet sich über die Generationen hinweg an diejenigen, die dieses Buch zur Hand nehmen, weil sie sich den Herausforderungen des Rechts mit ihrer ganzen Kraft stellen wollen.





# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Vorwort . . . . .  | V  |
| § 1 Vor dem Gesetz . . . . .                                 | 1  |
| I. Eine merkwürdige Geschichte . . . . .                     | 1  |
| II. Der Mythos des Rechts . . . . .                          | 3  |
| III. Die Mühsal des Rechts . . . . .                         | 6  |
| IV. Hindernisse, Irrtümer und Umwege . . . . .               | 9  |
| <br>1. Teil: Grundfragen<br><br>                             |    |
| 1. Abschnitt: Juristische Anthropologie . . . . .            | 15 |
| § 2 Die Gewohnheit . . . . .                                 | 15 |
| I. Die Macht der Gewohnheit . . . . .                        | 15 |
| II. Normalität und soziale Erwartung . . . . .               | 19 |
| III. Sitte und Recht . . . . .                               | 24 |
| § 3 Das Rechtsgefühl . . . . .                               | 26 |
| I. Der Mensch als Rechthaber . . . . .                       | 26 |
| II. Recht und Wahrheit . . . . .                             | 31 |
| III. Die Transformation des Rechtsgefühls in Recht . . . . . | 35 |
| § 4 Die Lehre von den Rechtsquellen . . . . .                | 38 |
| I. Idealität und Realität des Rechts . . . . .               | 38 |
| II. Der Positivismus . . . . .                               | 42 |
| III. Das Naturrecht . . . . .                                | 46 |
| IV. Rechtliche Aporien in der Praxis . . . . .               | 49 |
| 2. Abschnitt: Die Gerechtigkeit . . . . .                    | 53 |
| § 5 Strafende Gerechtigkeit . . . . .                        | 54 |
| I. Vergeltung und Rache . . . . .                            | 54 |
| II. Der Grund der Vergeltung . . . . .                       | 59 |

|   |     |
|---|-----|
| III. Der Zweck der Strafe . . . . .                       | 61  |
| IV. Gnade und Vergebung . . . . .                         | 65  |
| § 6 Formelle Gerechtigkeit . . . . .                      | 67  |
| I. Der Gleichbehandlungsgrundsatz. . . . .                | 67  |
| II. Gleichheit der Person . . . . .                       | 70  |
| III. Dialektik der Gleichheit. . . . .                    | 75  |
| § 7 Materielle Gerechtigkeit . . . . .                    | 81  |
| I. Angemessenheit. . . . .                                | 82  |
| II. Konsensuale Richtigkeit . . . . .                     | 88  |
| III. Die Billigkeit . . . . .                             | 91  |
| 3. Abschnitt: Das soziale Umfeld des Rechts . . . . .     | 96  |
| § 8 Recht und Politik . . . . .                           | 96  |
| I. Das Recht im Einflußbereich der Politik . . . . .      | 96  |
| II. Gesetzliche Handlungssteuerung und Freiheit . . . . . | 102 |
| III. Die richterliche Unabhängigkeit . . . . .            | 105 |
| IV. Politische Justiz . . . . .                           | 107 |
| § 9 Recht und Moral . . . . .                             | 109 |
| I. Innen- und Außensteuerung . . . . .                    | 109 |
| II. Der historische Kontext. . . . .                      | 112 |
| III. Ethischer Pluralismus. . . . .                       | 115 |
| IV. Konsens als Rechtsgrundlage. . . . .                  | 119 |
| § 10 Recht und Wirtschaft. . . . .                        | 122 |
| I. Die Ordnung der Wirtschaft . . . . .                   | 122 |
| II. Tendenzen und Erfahrungen . . . . .                   | 128 |
| III. Die soziale Marktwirtschaft . . . . .                | 131 |
| IV. Recht als Kostenfaktor . . . . .                      | 134 |

## 2. Teil: Die Rechtsordnung

|   |     |
|---|-----|
| § 11 Juristische Denk- und Ordnungsmuster . . . . . | 137 |
| I. Schubladen- und Registerdenken . . . . .         | 137 |
| II. Normenpyramide und Normenkreis . . . . .        | 140 |
| III. Objektives und subjektives Recht. . . . .      | 146 |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Abschnitt: Privatrecht . . . . .                           | 151 |
| § 12 Privatrecht als Rechtsgebiet und Denkform . . . . .      | 151 |
| I. Privatrecht und öffentliches Recht . . . . .               | 151 |
| II. Staat und Gesellschaft . . . . .                          | 155 |
| III. Die Person. . . . .                                      | 157 |
| IV. Vorblick. . . . .   | 162 |
| § 13 Eigentum. . . . .  | 162 |
| I. Eigentum und Freiheit . . . . .                            | 162 |
| II. „Eigentum an sich selbst“. . . . .                        | 167 |
| III. Eigentumsgebrauch und Umweltmißbrauch . . . . .          | 172 |
| § 14 Vertrag. . . . .   | 175 |
| I. Der Vertrag als Regelungsinstrument. . . . .               | 175 |
| II. Die Vertragsfreiheit . . . . .                            | 180 |
| III. Grenzen der Vertragsfreiheit . . . . .                   | 184 |
| § 15 Zivilprozeß . . . . .                                    | 188 |
| I. Streitentscheidung durch Dritte. . . . .                   | 188 |
| II. Zivilprozeß und Privatautonomie. . . . .                  | 192 |
| III. Prozessuales Denken . . . . .                            | 197 |
| 2. Abschnitt: Private Organisationen und Verbände . . . . .   | 200 |
| § 16 Die Familie . . . . .                                    | 200 |
| I. Die Stellung der Familie im Rechtssystem . . . . .         | 200 |
| II. Die Regelung der Geschlechtsbeziehungen . . . . .         | 202 |
| III. Ehevermögensrecht . . . . .                              | 206 |
| IV. Das Verhältnis zwischen den Generationen. . . . .         | 208 |
| § 17 Das Recht der Arbeit . . . . .                           | 213 |
| I. Kapital und Arbeit . . . . .                               | 213 |
| II. Tarifvertragsrecht. . . . .                               | 216 |
| III. Betriebsverfassungsrecht . . . . .                       | 220 |
| IV. Individualarbeitsrecht. . . . .                           | 223 |
| § 18 Nichtstaatliche Verbände. . . . .                        | 225 |
| I. Die Funktion privater Vereinigungen . . . . .              | 225 |
| II. Juristische Personen und Personengesellschaften . . . . . | 229 |
| III. Die innere Ordnung der Verbände . . . . .                | 234 |

|   |     |
|---|-----|
| 3. Abschnitt: Öffentliches Recht . . . . .                            | 238 |
| § 19 Öffentliches Recht als Rechtsgebiet und Denkform . . . . .       | 238 |
| I. Die Staatsgewalt . . . . .   | 238 |
| II. Die Entstehung des Staates . . . . .                              | 244 |
| III. Der Inhaber der Souveränität . . . . .                           | 247 |
| IV. Die Handlungsformen des öffentlichen Rechts . . . . .             | 251 |
| § 20 Der Rechtsstaat . . . . .  | 254 |
| I. Freiheit als Freiheit vom Staat . . . . .                          | 254 |
| II. Formelle Begrenzung des staatlichen Handelns . . . . .            | 258 |
| III. Materielle Begrenzung des staatlichen Handelns . . . . .         | 262 |
| IV. Gerichtliche Kontrolle . . . . .                                  | 263 |
| V. Grenzen des Rechtsstaats . . . . .                                 | 265 |
| § 21 Der Sozialstaat . . . . .  | 268 |
| I. Freiheit als Freiheit von materieller Not . . . . .                | 268 |
| II. Das System der sozialen Sicherheit . . . . .                      | 272 |
| III. Soziales Privatrecht . . . . .                                   | 275 |
| IV. Grenzen des Sozialstaats . . . . .                                | 278 |
| § 22 Der Umweltstaat . . . . .  | 281 |
| I. Freiheit als Freiheit von bedrohlichen Lebensbedingungen . . . . . | 281 |
| II. Das Umweltrecht . . . . .   | 284 |
| III. Umweltschutz und rechtliche Ordnung . . . . .                    | 290 |
| IV. Die Grenzen des Umweltstaates . . . . .                           | 292 |
| § 23 Die Staatsverfassung . . . . .                                   | 295 |
| I. Verfassung und Verfassungsurkunde . . . . .                        | 295 |
| II. Die Gewaltenteilung . . . . .                                     | 298 |
| III. Das Repräsentativsystem . . . . .                                | 303 |
| IV. Das Prinzip der Öffentlichkeit . . . . .                          | 307 |
| 4. Abschnitt: Internationales und übernationales Recht . . . . .      | 310 |
| § 24 Internationales Privatrecht . . . . .                            | 310 |
| I. Sachrecht und Rechtsanwendungsrecht . . . . .                      | 310 |
| II. Kollisionsrechtliche Fragen . . . . .                             | 314 |
| III. Internationales Zivilprozeßrecht . . . . .                       | 318 |
| § 25 Völkerrecht . . . . .  | 323 |
| I. Recht zwischen Rhetorik und Realität . . . . .                     | 323 |
| II. Grundlagen der Völkerrechtsgemeinschaft . . . . .                 | 327 |
| III. Universalismus und Nationalismus im Widerstreit . . . . .        | 334 |

|   |     |
|---|-----|
| § 26 Europarecht . . . . .                  | 337 |
| I. Ursprünge und Entwicklungen . . . . .    | 337 |
| II. Europa als Rechtsgemeinschaft . . . . . | 342 |
| III. Zukunftsperspektiven. . . . .          | 347 |

### 3. Teil: Rechtsdogmatik und Methodenlehre

|   |     |
|---|-----|
| § 27 Rechtswissenschaft . . . . .                       | 353 |
| I. Der Streit um die Rechtswissenschaft. . . . .        | 353 |
| II. Rechtsdogmatik und Rechtssystem . . . . .           | 357 |
| III. Die juristische Methodenlehre . . . . .            | 362 |
| IV. Ausblick. . . . .                                   | 365 |
| § 28 Der Rechtssatz und seine Anwendung . . . . .       | 366 |
| I. Rechtsfindung durch Subsumtion. . . . .              | 366 |
| II. Die Auslegung „klarer“ Rechtsnormen . . . . .       | 370 |
| III. Die Auslegung „unbestimmter“ Rechtsnormen. . . . . | 375 |
| IV. Gesetz und Vernunft . . . . .                       | 378 |
| § 29 Die Rechtsprechung. . . . .                        | 380 |
| I. Gesetzestreue und Gerechtigkeit . . . . .            | 380 |
| II. Der Rechtsprechungspositivismus . . . . .           | 383 |
| III. Von Fall zu Fall . . . . .                         | 387 |

### 4. Teil: Die Gesetzgebung

|   |     |
|---|-----|
| § 30 . . . . .                              | 393 |
| I. Die Funktionen des Gesetzes . . . . .    | 393 |
| II. Die Realität der Gesetzgebung . . . . . | 395 |
| III. Gesetzgebungslehre . . . . .           | 399 |
| IV. Vor dem Gesetz . . . . .                | 405 |
| Nachweise der Zitate . . . . .              | 407 |
| Personenregister . . . . .                  | 415 |
| Sachregister . . . . .                      | 417 |

## § 1 Vor dem Gesetz

### I. Eine merkwürdige Geschichte

#### 1. Die Tür zum Gesetz

In Franz Kafkas Roman „Der Prozeß“ ist eine kleine Geschichte eingebaut, die folgendermaßen lautet:

„Vor dem Gesetz steht ein Türhüter. Zu diesem Türhüter kommt ein Mann vom Lande und bittet um Eintritt in das Gesetz. Aber der Türhüter sagt, daß er ihm jetzt den Eintritt nicht gewähren könne. Der Mann überlegt und fragt dann, ob er also später werde eintreten dürfen. ‚Es ist möglich‘, sagt der Türhüter, ‚jetzt aber nicht.‘ Da das Tor zum Gesetz offensteht wie immer und der Türhüter beiseite tritt, bückt sich der Mann, um durch das Tor in das Innere zu sehen. Als der Türhüter das merkt, lacht er und sagt: ‚Wenn es dich so lockt, versuche es doch, trotz meinem Verbot hineinzugehen. Merke aber: Ich bin mächtig. Und ich bin nur der unterste Türhüter. Von Saal zu Saal stehen aber Türhüter, einer mächtiger als der andere. Schon den Anblick des dritten kann nicht einmal ich mehr vertragen.‘ Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet, das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein, denkt er, aber als er jetzt den Türhüter in seinem Pelzmantel genauer ansieht, seine große Spitznase, den langen, dünnen, schwarzen, tartarischen Bart, entschließt er sich doch, lieber zu warten, bis er die Erlaubnis zum Eintritt bekommt. Der Türhüter gibt ihm einen Schemel und läßt ihn seitwärts von der Tür sich niedersetzen. Dort sitzt er Tage und Jahre. Er macht viele Versuche, eingelassen zu werden und ermüdet den Türhüter durch seine Bitten. Der Türhüter stellt öfters kleine Verhöre mit ihm an, fragt ihn nach seiner Heimat aus und nach vielem anderen, es sind aber teilnahmslose Fragen, wie sie große Herren stellen, und zum Schlusse sagt er ihm immer wieder, daß er ihn noch nicht einlassen könne. Der Mann, der sich für seine Reise mit vielem ausgerüstet hat, verwendet alles, und sei es noch so wertvoll, um den Türhüter zu bestechen. Dieser nimmt zwar alles an, aber sagt dabei: ‚Ich nehme es nur an, damit du nicht glaubst, etwas versäumt zu haben.‘ Während der vielen Jahre beobachtet der Mann den Türhüter fast ununterbrochen. Er vergißt die anderen Türhüter, und dieser erste scheint ihm das einzige Hindernis für den Eintritt in das Gesetz. Er verflucht den unglücklichen Zufall in den ersten

Jahren laut, später, als er alt wird, brummt er nur noch vor sich hin. Er wird kindisch, und da er in dem jahrelangen Studium des Türhüters auch die Flöhe in seinem Pelzkragen erkannt hat, bittet er auch die Flöhe, ihm zu helfen und den Türhüter umzustimmen. Schließlich wird sein Augenlicht schwach, und er weiß nicht, ob es um ihn wirklich dunkler wird oder ob ihn nur die Augen täuschen. Wohl aber erkennt er jetzt im Dunkel einen Glanz, der unverlöschlich aus der Türe des Gesetzes bricht. Nun lebt er nicht mehr lange. Vor seinem Tode sammeln sich in seinem Kopfe alle Erfahrungen der ganzen Zeit zu einer Frage, die er bisher an den Türhüter noch nicht gestellt hat. Er winkt ihm zu, da er seinen erstarrenden Körper nicht mehr aufrichten kann. Der Türhüter muß sich tief zu ihm hinunterneigen, denn die Größenunterschiede haben sich sehr zuungunsten des Mannes verändert. ‚Was willst du denn jetzt noch wissen?‘ fragt der Türhüter, ‚du bist unersättlich.‘ ‚Alle streben doch nach dem Gesetz‘, sagt der Mann, ‚wie kommt es, daß in den vielen Jahren niemand außer mir Einlaß verlangt hat?‘ Der Türhüter erkennt, daß der Mann schon am Ende ist, und um sein vergehendes Gehör noch zu erreichen, brüllt er ihn an: ‚Hier konnte niemand sonst Einlaß erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn.‘<sup>1</sup>

## 2. *Der Grund des Scheiterns*

Soweit Kafka. Wenn es der Sinn von Geschichten ist, Deutungen zu provozieren, so hat diese Geschichte ihren Sinn erfüllt. Jedenfalls ist keine andere Geschichte Kafkas so häufig interpretiert worden wie diese. Bereits in dem Roman selbst werden verschiedene Deutungen versucht. Das soll uns indessen nicht davon abhalten, hier einen weiteren Versuch zu unternehmen. Gute Geschichten ergeben für jede Situation, in der sich der Interpret befindet, einen anderen Sinn. Noch dazu will es scheinen, als ob sich diese Geschichte in besonderer Weise dazu eignet, die Lage zu erhellen, der man am Beginn eines Rechtsstudiums gegenübersteht. Daher soll im folgenden eine Deutung versucht werden, die ganz auf diese Situation abstellt.

Wer sich dem Studium des Rechts zuwendet, sucht zweifellos das „Gesetz“, ähnlich wie auch Kafkas Mann vom Lande das „Gesetz“ gesucht hat. In einer Rechtsordnung wie der unseren, die vor Gesetzen geradezu überquillt, sollte man anstelle von „Gesetz“ allerdings besser das Wort „Recht“ verwenden; denn gemeint ist in diesem Zusammenhang nicht ein bestimmtes Gesetz, wie es deren viele gibt, sondern die Gesamtheit aller Gesetze, die man gewöhnlich als „Recht“ bezeichnet, oder aber das, was diesen Gesetzen zugrunde liegt und ihnen überhaupt erst Rechtscharakter verleiht. Beunruhigend für jeden, der das Recht sucht, dürfte sein, daß die Geschichte tragisch endet: der Mann scheitert, denn er stirbt, ohne dieses Recht gefunden zu haben. Warum scheitert der Mann? Das ist eine Frage, die jeden interessieren sollte.



## II. Der Mythos des Rechts

### 1. *Das Recht als unerreichbares Ideal*

Eine mögliche Antwort könnte lauten, daß der Mann scheitert, weil das Recht ein *Ideal* ist, das einer andern Welt angehört als der, in der wir leben, einer Welt nämlich, zu der wir letztlich keinen Zugang haben, so sehr wir uns auch darum bemühen. In seinem bekannten Höhlengleichnis hat Platon das Bild von Menschen benutzt, die in einer Höhle leben, wo sie nur Schatten wahrnehmen können, die Urbilder der Schatten – die Ideen – jedoch nicht. Da sie außer diesen Schatten sonst nichts kennen, halten sie die Schatten selbst für die Realität. Würden diese Menschen ins helle Licht gestellt, wären sie geblendet und könnten zunächst überhaupt nichts mehr sehen. Verhält es sich mit dem Recht vielleicht ähnlich? Können wir es womöglich deshalb nicht erkennen, weil in unsere triste Lebenswelt allenfalls ein schwacher Abglanz davon dringt oder weil uns das Sensorium fehlt, um das Urbild des Rechts, die Gerechtigkeit, unmittelbar wahrzunehmen?

In der Vergangenheit hat man das nicht selten so empfunden. Für antike Völker war das Recht nicht Menschenwerk, sondern kam aus der Hand der Götter, war also ein Geschenk aus einer anderen und besseren Welt. Das bekannteste Beispiel eines solchen Mythos sind die Zehn Gebote: Moses macht sie nicht selbst, sondern empfängt sie auf dem Berg Sinai aus dem Mund Gottes. Bei den Hindus kam Manu, bei den Ägyptern Menes eine solche Vermittlerfunktion zwischen Gott und den Menschen zu. Und wenn es nicht Götter waren, die dabei als Gesetzgeber auftraten, dann wenigstens Halbgötter oder andere legendäre, über jede Anfechtung erhabene Gestalten. Zweifellos haben solche Mythen auch die Funktion gehabt, das Recht gegen Kritik zu immunisieren. Platon hat geradezu einmal vorgeschlagen, den göttlichen Ursprung der Gesetze öffentlich zu lehren, damit man nicht an ihnen herumdeuten würde. Geglaubt wurden solche Mythen aber nur deshalb, weil das Recht den meisten Menschen in der Tat so unerreichbar schien wie Gott selbst, den man auch nicht schauen, sondern nur in Form einer Hoffnung oder Sehnsucht in sich tragen kann.

Es gibt eine Variante zur Genesis, dem Schöpfungsbericht der Bibel, die dem einen unnachahmlichen Ausdruck verleiht: Als am Abend des fünften Schöpfungstages die Welt fertig war und Gott daran dachte, nach seinem Bilde nun auch den Menschen zu schaffen, rieten ihm seine Engel davon ab. Der Engel der Liebe warnte, daß der Mensch nur sich selber lieben werde. Der Engel der Wahrheit prophezeite, daß er nur der Lüge folgen werde und nur das erkennen wolle, was ihm nützt. Der Engel der Gerechtigkeit schließlich sagte: „Der Mensch wird Macht vor Recht ergehen lassen, deine Gerechtigkeit wird

er verachten.“ Der Teufel jedoch, der wußte, daß der Mensch eher ihm als Gott gleichen würde, riet Gott zu: „Herr, du mußt den Menschen schaffen, denn sonst fehlt deiner Schöpfung die Krone.“ Da bedachte sich Gott und beschloß: „Gut, ich werde ihn schaffen. Aber als einziges aller Wesen soll er ewig unfertig bleiben. Immer soll er Liebe, Wahrheit und Gerechtigkeit als Bild von mir in sich tragen, nie wird er es verwirklichen.“

## 2. Deskriptive und präskriptive Gesetze

Unsere nüchterne eigene Zeit ist gegenüber hochgreifenden Bildern und Geschichten dieser Art eher skeptisch gestimmt. Tatsache jedoch ist, daß man das Recht nach wie vor nicht so leicht in den Griff bekommt wie die Dinge der materiellen Welt, die man auf die eine oder andere Weise sinnlich wahrnehmen kann. Wir neigen heute dazu, das damit zu erklären, daß die Gesetze, mit denen man es im Recht zu tun hat, von anderer Beschaffenheit sind als die Naturgesetze. Diese sind *deskriptiv*, das heißt sie sagen, wie es *ist*, und können daher im Wege der Beobachtung ermittelt werden. Die Rechtsgesetze dagegen sind *präskriptiv*, sie sagen, wie es *sein soll*, auch wenn es nicht so ist. Da sie keine Tatsachen beschreiben, können sie auch nicht durch bloße Beobachtung von Tatsachen gewonnen werden. Also – so könnte man folgern – können sie in letzter Instanz nur aus einer anderen, rein geistigen Welt stammen.

Wer nur das als Realität anerkennt, was sich sinnlich wahrnehmen läßt, wird sich mit solchen Vorstellungen nur schwer anfreunden können. Wenn der Materialist konsequent ist, muß er dem Recht eine eigene Existenz absprechen. Das ist leicht zu machen; denn es gibt nichts, was dem unreflektierten Alltagsverstand mehr einleuchten würde. Das „Recht an sich“, das reine Sollen des Richtigen ohne Ansehung der Realität, kann man weder sehen noch hören, weder riechen noch schmecken oder fühlen – wie soll man also beweisen können, daß es so etwas wie „Recht an sich“ überhaupt gibt? Wer das Recht leugnet, kann sich auf namhafte Vorgänger berufen. Nach Auffassung des Marxismus war Recht nichts anderes als ein bloßes Abbild der realen Machtverhältnisse oder ökonomisch gewendet: der Produktionsverhältnisse. Es war folglich nicht das Fundament, sondern nur der ideologische Überbau der Gesellschaft. Von anderen Voraussetzungen herkommend, aber in der Sache nicht weniger materialistisch, hat Nietzsche das Recht auf eine einsichtige Selbsterhaltung zurückgeführt, deren ursprünglicher, rein egoistischer Zweck im Laufe der Zeit in Vergessenheit geraten sei. „Wie wenig moralisch sähe die Welt ohne die Vergeßlichkeit aus!“, rief er einmal aus. „Ein Dichter könnte sagen, daß Gott die Vergeßlichkeit als Türhüterin an die Tempelschwelle der Menschenwürde hingelagert habe.“<sup>2</sup> Eine moderne Variante dieser Lehre findet sich in der Soziobiologie, die freilich nicht auf den egoistischen Einzelnen,

sondern auf das Gen-Set abstellt, von dem das Individuum nur der vorübergehende Träger ist. Reale Basis des Rechts sind nach dieser Auffassung die Regeln, die sich im Kampf der Gene um ihre möglichst weite Verbreitung als erfolgreich erwiesen haben. Für sich genommen sind all diese Ansichten von hoher Überzeugungskraft. Wer sich erst einmal auf die Voraussetzungen solcher materialistischen Erklärungsmodelle einläßt, kann ihnen daher nur schwer widerstehen. Der Glaube an eine eigene Existenz des Rechts erscheint dann leicht als Selbsttäuschung, als weltfremde Illusion, die sich nur in den Elfenbeintürmen der Philosophen am Leben erhält.

Dennoch stößt der Materialismus auf dem Gebiet des Rechts immer wieder auf eine offenbar unüberwindliche Schranke. So oft die Existenz des *Rechts* nämlich auch geleugnet worden ist, so hat bisher noch niemand die Existenz des *Unrechts* in Frage gestellt. Auch wer vorgibt, das Recht nicht sehen oder fühlen zu können – Unrecht sehen und fühlen offenbar alle, und sei es auch nur das Unrecht, das ihnen selbst widerfährt. Es ist daher kein Zufall, daß gerade die Erfahrung des Unrechts in der Geschichte immer wieder den Anstoß gegeben hat, dem erlebten Unrecht die Forderung nicht etwa nach Macht, sondern nach Recht und nichts als Recht entgegenzusetzen. „Das zertretene Recht muß wieder aufgerichtet und zur Herrschaft über alle Ordnungen des menschlichen Lebens gebracht werden“, heißt es in einem Protokoll des Kreisauer Kreises, einer der bekanntesten deutschen Widerstandsgruppen, aus dem Jahr 1943. „Unter dem Schutz gewissenhafter, unabhängiger und von Menschenfurcht freier Richter ist es Grundlage für alle zukünftige Friedensgestaltung.“<sup>3</sup> Für den Glauben an dieses Recht waren einmal die Mutigsten unserer Nation bereit, ihr Leben aufs Spiel zu setzen. Auge in Auge mit dem ruchlosesten Unrecht waren sie der Überzeugung, daß es so etwas wie Recht einfach geben muß, wenn nicht alles menschliche Streben wertlos sein soll. Waren sie damit im Irrtum? Waren sie zu naiv, ihre anerzogenen Illusionen zu durchschauen? Hätten sie sich besser anpassen und mitmachen sollen? Doch wohl nicht. Aber warum sieht man das Recht nur dann so deutlich, wenn das Unrecht so groß ist? Warum ist der Glanz, der aus der Tür des Gesetzes hervorbricht, im normalen Leben so schwach? Brauchen wir das Unrecht etwa, damit es uns an die Aufgabe erinnert, die uns eigentlich gestellt ist, nämlich die, ständig nach der Gerechtigkeit zu suchen, ohne sie jemals zu finden?

### 3. *Fakten und Werte*

Eine moderne Antwort auf das Problem, daß das Recht, an dessen Existenz wir trotz aller Zweifel immer wieder glauben, in der Wirklichkeit unmittelbar nicht zu finden ist, geht dahin, daß es zwei unterschiedliche Welten gibt, die der *Fakten* und die der *Werte*, und daß das Recht wesentlich der Wertewelt

angehört. Mit Hilfe dieser Vorstellung kann man sich die besondere Seinsweise des Rechts auf eine wissenschaftlich akzeptable Weise erklären. Es geht danach im Recht nicht um die Feststellung von Tatsachen, die man lokalisieren und vermessen kann. In letzter Instanz geht es vielmehr um die Ermittlung von *Maßstäben*, an denen bestimmte Tatsachen, namentlich Handlungen, gemessen und bewertet werden können. Daß das Recht selbst als das Richtmaß der Wirklichkeit auf der Ebene der Tatsachen in Erscheinung tritt, ist danach schon deshalb nicht zu erwarten, weil es den Tatsachen gerade gegenübersteht und über sie hinausweist. Zusammen mit dem Schönen und dem Wahren ist es Teil einer eigenen Welt, die auch nur einer eigenen Erkenntnisweise zugänglich ist.

Aber damit sind die Schwierigkeiten, denen wir begegnet sind, nicht behoben, sondern nur auf eine besondere Weise beschrieben und klassifiziert. Denn wie man erfährt, *was* wertvoll ist und was nicht, *was* gut und böse, *was* recht und was unrecht ist, darüber sagt die Gegenüberstellung von Fakten und Werten für sich allein im Grunde wenig. Um dies feststellen zu können, muß man offenbar selbst bereits diesen beiden Welten angehören, darf also nicht nur auf dem Boden der materiellen Welt stehen, sondern muß zugleich in der geistigen Welt zu Hause sein, der die „Werte“ angehören. Wie man dahin gelangt, wenn man es nicht einfach voraussetzt, bleibt dunkel. Am Ende bleibt daher nur die resignierende Einsicht, daß man entweder in der Lage ist, die maßgebenden Werte zu schauen oder zu fühlen, oder man ist es nicht. Es ist wie eine Gabe, die ohne eigenes Verdienst zuteil wird oder aber nicht zuteil wird. Dem Mann vom Lande wurde sie nicht zuteil.

### III. Die Mühsal des Rechts

#### 1. *Kampf ums Recht*

Allerdings könnte der Mann auch aus einem ganz anderen Grund gescheitert sein: nämlich deshalb, weil er sich nicht aufraffen konnte, einfach an dem Wächter vorbei durch die geöffnete Tür hineinzugehen. Immerhin war die Tür für ihn bestimmt, und der Türhüter, der sie für ihn offenhielt, hätte ihn kaum wirklich abgehalten.

In diesem Fall wäre die Botschaft der Geschichte eine ganz andere. Was den Mann vom Recht trennte, wäre dann nicht eine unüberbrückbare Kluft gewesen – er war dem Recht ja in Wahrheit ganz nahe; was ihn trennte, wäre sein fehlender persönlicher Einsatz gewesen. Was Kafka sagen wollte, könnte man dann so ausdrücken: Wer darauf wartet, daß das Recht zu ihm kommt oder daß andere ihn hinführen, gelangt nie in den Besitz des Rechts; Recht muß erarbeitet und erkämpft werden, man muß sich voll und rückhaltlos dafür

einsetzen. „Das Element des Streites und Kampfes“, heißt es ganz in diesem Sinn bei Rudolf von Jhering (1818–1892), einem der bedeutendsten Juristen des 19. Jahrhunderts, „ist sein ureigenes, ihm ewig immanentes – *der Kampf ist die ewige Arbeit des Rechts*. Dem Satz: ‚*Im Schweiß deines Angesichts sollst du dein Brot essen*‘, steht mit gleicher Wahrheit der andere gegenüber: *Im Kampfe sollst du dein Recht finden*. Von dem Moment an, wo das Recht seine Kampfbereitschaft aufgibt, gibt es sich selber auf, denn für das Recht gilt der Spruch des Dichters:

„Das ist der Weisheit letzter Schluß:  
Nur der verdient sich Freiheit wie das Leben,  
Der täglich sie erobern muß.“<sup>44</sup>

Dem Mann vom Lande waren Ruhe, Bequemlichkeit und Sicherheit lieber; deshalb ist er nicht bis zum Recht vorgedrungen, sondern zeitlebens vor der Tür sitzen geblieben.

## 2. Späte Frucht der Erkenntnis

Auch darin liegt sicher etwas Wahres. Das Recht kommt nicht von selbst in die Welt; es muß verwirklicht werden, wenn es mehr als eine bloße Idee sein soll. Allerdings ist das leichter gesagt als getan. Wo unterschiedliche Rechtspositionen einander gegenüberstehen, kann man das Recht nicht gleichsam nebenbei verwirklichen. Verwirklicht wird es nur von dem, der bereit ist, all seine Energie und Kraft dafür einzusetzen.

Ein klein wenig hiervon macht sich selbst noch im Alltag des universitären Lehrbetriebs bemerkbar. Es entspricht einer alten Erfahrung, daß junge Menschen am Studium des Rechts oft verzweifeln, weil ihnen hier Anstrengungen abverlangt werden, mit denen sie nie gerechnet haben. Das Studium des Gesetzes läßt sich entgegen einer verbreiteten Vorstellung nicht mit der linken Hand erledigen. Es setzt vielmehr den unentwegten Einsatz aller geistigen Kräfte voraus. Wer sich vor dem Forum des Rechts bewähren will, muß sich auf eine Auseinandersetzung einlassen, die das Äußerste von ihm abverlangt. Dem fühlen sich viele auf lange Sicht nicht gewachsen. In weiser Einschätzung dieses Zusammenhangs hat einer meiner eigenen Rechtslehrer seinen Schülern am Anfang des Studiums daher vorausgesagt, daß sie bald in geistige Not und Verzweiflung geraten würden. Er hat ihnen zugleich aber den Trost mitgegeben, daß in derselben Weise, wie bestimmte chemische Reaktionen nur bei einer erhöhten Temperatur stattfinden, auch diese Verzweiflung erforderlich sei, weil sie anders nie zu einer wirklichen Erkenntnis des Rechts gelangen würden. Verstanden hat das zunächst niemand. Aber vielen hat diese Bemerkung in der Folge sehr geholfen. Ein Repetitor – wie die Examenseinpauker bei den Juristen heißen – hat diesen Zusammenhang einmal auf andere Weise

beschrieben und den typischen Rechtsstudenten humorvoll mit einem Frosch im Milchglas verglichen: er strampelt und strampelt, und endlich, nach langer Zeit, sitzt er auf einem Stück Butter. Ich nehme an, daß damit dasselbe gemeint war.

Aus beidem erhellt: der Weg zum Recht ist mühevoll und lang. Wenigstens das letztere kommt auch in unserer Geschichte zum Ausdruck: Erst am Ende seines Lebens bekommt der Mann vom Glanz des Rechts etwas mit. In der Tat hat man die Rechtswissenschaft eine Alterswissenschaft genannt. Sie setzt viel Erfahrung und Weisheit voraus, die erst einmal erworben werden muß. Das Interesse an fremden menschlichen Belangen, die Anteilnahme an fremdem Schicksal und fremder Not, die gelassene und überlegene Haltung fremden Leidenschaften und Interessen gegenüber, all das ist nicht Sache der Jugend. Während herausragende Leistungen in den Naturwissenschaften häufig von sehr jungen Leuten erbracht werden, stammen die großen Werke der Rechtsliteratur in der Regel von gereiften Wissenschaftlern: die Erkenntnis des Rechts ist eine späte Frucht. Platon hat daher geradezu einmal den Vorschlag gemacht, die Jugend bei der Erörterung der Staatsangelegenheiten nicht mitreden zu lassen. So etwas hört man heute nicht gern. Aber auch heute noch wünscht sich niemand, der sich vor Gericht verantworten muß, einen an Lebensjahren jungen Richter, mögen auch seine Zeugnisse noch so brilliant sein. Junge Menschen, mit blendendem Verstand ausgestattet, aber ohne das in Erfahrung gereifte Wissen, wie schwer es ist, in menschlichen Angelegenheiten das rechte Maß zu finden, können in juristischen Berufen Schlimmes anrichten. Den rechtskundigen, weisen Richter stellt man sich daher zu recht alt vor, und nur in einem Lustspiel verbirgt sich hinter der Maske des weisen Richters auch einmal eine gewitzte junge Frau wie Porcia in Shakespeares Kaufmann von Venedig.

### 3. *Der eigene Weg zum Recht*

Aber noch etwas klingt in der Geschichte an: Der Weg zur Erkenntnis des Rechts ist nicht nur lang und mühevoll – es gibt noch dazu für jeden einen *eigenen* Weg, und nur auf diesem und keinem anderen kann er zum Recht gelangen. Wer sich dem Rechtsstudium widmet, wünscht sich oft einen Königsweg, der garantiert zum Ziel führt, und viele Repetitoren machen sich dies zunutze und bieten entsprechende Erfolgsrezepte an. Wenn ich Kafka recht verstehe, will er jedoch sagen, daß es für jedermann Rechtserkenntnisse gibt, die nur von ihm persönlich gefunden werden können, und zwar auf einem Weg, den nur er selbst gehen kann. Wer diesen Weg nicht geht, enthält dem Recht gerade den Beitrag vor, den er selbst dazu leisten sollte. Kein anderer wird die Einsichten, die für ihn vorgesehen waren, an seiner Stelle ans Licht

bringen; denn nach ihm wird der einzige Zugang, der dahin führt, für immer verschlossen werden.

Liest man die Geschichte so, dann sagt sie unter anderem, daß niemand über den Weg, der ihn zum Recht führt, andere um Rat zu fragen braucht, daß er auch nicht umständlich danach suchen muß: er befindet sich vielmehr unmittelbar davor, wenn er nur sehen will. Dahinter steht eine feinsinnige Beobachtung: Jeder hat seinen eigenen Hunger nach dem Recht, jeder ist auf seine besondere Weise damit konfrontiert. Hier, wo uns das Recht mit seinen Verheißungen und Anforderungen in unseren jeweiligen Verhältnissen entgegentritt, beginnt für jeden der persönliche Weg. Jeder, so könnte die Botschaft der Geschichte daher lauten, soll sich also zunächst einmal da bewähren, wo er gerade steht, dann wird er von selbst zu derjenigen Erkenntnis des Rechts gelangen, die für ihn reserviert ist. Es scheint fast, als ob Kafka dabei ein Wort Hegels im Auge gehabt hätte: „Was der Mensch tun müsse, *welches* die Pflichten sind, die er zu erfüllen hat, ... ist in einem sittlichen Gemeinwesen leicht zu sagen, – es ist nichts anderes von ihm zu tun, als was ihm in seinen Verhältnissen vorgezeichnet, ausgesprochen und bekannt ist.“<sup>5</sup>

#### IV. Hindernisse, Irrtümer und Umwege

In der Geschichte sieht der Mann den Weg, der für ihn bestimmt ist, sehr wohl; aber er geht ihn dennoch nicht. Warum nicht? Denkbar sind mehrere Gründe.

##### 1. *Unkenntnis der eigenen Aufgabe*

Möglicherweise geht der Mann diesen Weg deshalb nicht, weil er zwar sieht, daß hier ein Weg ist, aber nicht weiß, daß es sich um *seinen* Weg handelt. Das würde bedeuten, daß er nicht weiß, was seine *Aufgabe* und das heißt letztlich, daß er nicht weiß, wer er selbst ist. Was seine Aufgabe gewesen wäre, erfährt er erst, als es so spät ist, daß er sie nicht mehr erfüllen kann. Das mag vielen so gehen, in gewissem Sinn vielleicht sogar allen. Dennoch gefällt mir diese Deutung nicht; denn sie läßt dem Mann keine Chance. Wenn er durch eine unglückliche Fügung des Schicksals nicht weiß, wo sein Weg zum Recht liegt, gibt es für ihn keine Möglichkeit, dies auf andere Weise zu erfahren. Aus seiner Sicht wäre es dann gleichgültig, was er tut. Er könnte sich daher ebenso gut für einen Weg entscheiden, der zum Unrecht führt. Niemand könnte ihm einen Vorwurf daraus machen. Damit kann man sich schwer anfreunden. Das schließt freilich nicht aus, daß es sich dennoch so verhält und daß es, allen Anstrengungen zum Trotz, letztlich vom Zufall abhängt, ob wir zum Recht finden.

## 2. *Vergebliche Hoffnung auf bequeme Umwege*

Denkbar wäre freilich auch, daß der Mann sich deshalb abhalten läßt, den für ihn bestimmten Weg zu gehen, weil ihm dieser zu schwierig erscheint und weil er auf einen bequemeren Umweg hofft. In der Wirklichkeit gibt es dafür mehr Beispiele als genug, und sie zeichnen sich in der Regel dadurch aus, daß sie alle auf ähnliche Weise enden. In der Geschichte versucht es der Mann zunächst mit Bestechung. Als dies nichts hilft, bittet er die Flöhe um Hilfe. Das ist ein lächerliches Bild. Aber es könnte sein, daß Kafka es nur benutzt, um zu zeigen, wie abwegig es ist, auf fremde Hilfe zu rechnen, wo es einzig und allein auf uns selbst ankommt. Während der Mann hofft, daß die Bedingungen günstiger werden, verstreicht die Zeit, bis die Tür, die ihn allein zum Gesetz führen würde, am Ende verschlossen wird.

## 3. *Recht im Spannungsfeld von Innen und Außen*

Vielleicht ist der Mann aber auch nur so sehr auf sich selbst fixiert, daß er für alles, was sich auf andere bezieht, keinen Sinn hat. Auch dies würde erklären, warum er den einzigen Weg zum Recht sehenden Auges verschmäht. Denn das Recht ist nicht für Einsiedler da; es setzt die soziale Gemeinschaft mit anderen voraus, ja es ist im Grunde nichts anderes als die Regelung unseres Verhaltens zu den vielen andern, die die Welt mit uns teilen. Wer sich allein fühlt, mag in Gott und Gewissen eine Richtschnur haben. Das Recht ist dagegen nur demjenigen zugänglich, der sich in der Gemeinschaft mit anderen sieht und über die Bedingungen dieses Zusammenlebens reflektiert.

Richtig ist zwar, daß jeder eine eigene Welt in sich aufbaut; aber er lebt und handelt zugleich in einer Welt, die er mit anderen gemeinsam hat. Beides ist nicht unabhängig voneinander: Wer nichts in sich hat, kann auch andern nichts geben; wer von anderen nichts bekommen hat, greift auch in sich selbst nicht sehr tief. Wo Äußeres und Inneres nicht in Wechselwirkung stehen, kommt im allgemeinen nicht viel heraus. In diesem Spannungsfeld von Innen und Außen ist auch das Recht angesiedelt. Es ist die Ordnung der wechselseitigen Lebensbeziehungen zwischen mehreren Individuen, von denen jedes eine Welt für sich ausmacht. Wer sich der daraus resultierenden Spannung glaubt entziehen zu können, wer sich ganz in seiner selbstgeschaffenen Welt verschließt und darin sein Genügen findet, ist nur scheinbar am Recht interessiert. Er kann das, was das Recht ausmacht, in Wahrheit gar nicht wollen, weil er sein Leben an der sozialen Seite des Rechts vorbei führt.



#### 4. *Das Hindernis des Türhüters*

Die Geschichte enthält aber noch etwas anderes. Kafka verarbeitet darin ein Motiv, das dem Chassidismus entlehnt ist, einer jüdischen Glaubensrichtung, die im 18. Jahrhundert entstand und die Verinnerlichung des jüdischen Glaubens bezweckte. Eine wichtige Rolle spielten dabei die „Gerechten“ oder Azdaks. Diese waren bezahlte Mittler, welche die Menschen zum richtigen Verhältnis zu Gott führen wollten. Ohne den Einsatz solcher „Gerechten“ war die Bestimmung des Lebens nicht erreichbar. Das verdeutlicht ein Gleichnis, das wir dem Enkel des Gründers des Chassidismus verdanken. Es spricht davon, daß „die Gerechten als Türhüter bei den Göttern zu vergleichen sind mit den Türhütern eines Königspalastes. Wenn jemand vom König empfangen werden will, wird er zunächst von einem Türhüter niederen Rangs angehalten, und er kann die erste Tür erst dann durchschreiten, nachdem er ihm ein Geldstück zugesteckt hat. Je mehr man sich den königlichen Gemächern nähert, um so höher ist der Grad des Türhüters und um so höher wird die ihm zustehende Summe. Wenn man vor den obersten Türhüter gelangt, der sich an der Schwelle zu den königlichen Gemächern aufhält, muß man verschwenderisch mit seinem Geld umgehen, um beim König eintreten zu können.“<sup>6</sup>

In Kafkas Geschichte ist der Türhüter zwar nicht bestechlich. Dafür aber verstärkt Kafka einen anderen Aspekt des Gleichnisses bis ins Absurde: Der Türhüter, der die Tür für den Mann offenhält, erweist sich als das größte Hindernis, um hineinzugelangen. Der Mittler, der den Zugang zum Recht vermitteln soll, hält gerade durch seine Vermittlungstätigkeit davon ab.

Wer der schlechte Türhüter ist, wird in der Geschichte nicht gesagt. In der Praxis der Juristenausbildung werfen häufig die Rechtsprofessoren den Repetitoren vor, solche schlechten Türhüter zu sein; umgekehrt wird den Professoren von Repetitoren dasselbe nachgesagt.

Alles in allem ist das sicher keine vertrauenerweckende Geschichte für den Anfang. Aber vielleicht ist es eine Geschichte, die gegen allzu schnelle Antworten mißtrauisch macht. Dann wäre es trotz allem eine gute Geschichte.



## 1. Teil: Grundfragen

Die Frage, was Recht ist, setzt nach einem vielzitierten Wort Immanuel Kants die Juristen ebenso in Verlegenheit wie die Frage nach der Wahrheit den Logiker. Daran hat sich im Grunde bis heute nicht viel geändert. Fragt man einen Juristen nach dem Recht, so verweist er in der Regel auf die Gesetze, mit denen er täglich zu tun hat, führt also lediglich Beispiele an, gibt jedoch keinen Begriff. Wer es genauer wissen will, wird durch dieses empirische Verfahren kaum befriedigt werden. Nach der Auffassung Kants ist eine „bloß empirische Rechtslehre“ nichts als ein „Kopf, der schön sein mag, nur schade, daß er kein Gehirn hat“<sup>1</sup>. In der Tat zeigt der Verweis auf die geltenden Gesetze nur das *Gehäuse* des Rechts, während das Zentrum, von dem alles gesteuert wird, im dunkeln bleibt.

Wer nach diesem Zentrum fragt, muß wenigstens ungefähr wissen, *wonach* er fragt; sonst kann er nämlich nicht feststellen, ob die Antwort eine Antwort ist. Glücklicherweise bringen alle, die nach dem Recht fragen, zwei, wenn auch einander entgegengesetzte, Vorurteile mit, an denen man anknüpfen kann. Das eine geht dahin, daß uns das Recht als eine fremde und im Grunde bedrohliche Macht entgegentritt; das andere dagegen besagt, daß es zum Kern unseres Wesens gehört.

*Fremd* erscheint uns das Recht in vielen Gesetzen, deren Sprache wir nicht verstehen, im Kleingedruckten der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, die man uns aufdrängt, im Chaos der behördlichen Zuständigkeiten, im undurchschaubaren Gang des Prozesses, der für viele etwas Beängstigendes hat. Auf all dies reagiert der Bürger gewöhnlich mit Unbehagen. Den Experten, die den juristischen Paragraphenschwanz verwalten, wird kein Dank zuteil. Man fühlt sich an sie ausgeliefert und betrachtet sie daher mit Mißtrauen. Nur allzu oft müssen die Juristen die Kritik einstecken, die an sich auf das als fremd empfundene Recht selbst gemünzt ist. Als Friedrich Wilhelm I. von Preußen im 18. Jahrhundert vorschrieb, daß die Advokaten Roben zu tragen hätten, soll er zur Begründung angeführt haben: „damit man die Spitzbuben schon von weitem erkennen und sich vor ihnen hüten könne“<sup>2</sup>. Wenn so schon der oberste Gesetzgeber dachte, was mögen da erst die einfachen Bürger empfunden haben?

Auf der anderen Seite erscheint uns das Recht aber als das *Nächste* und *Eigenste*. Wir kaufen und schenken, weisen Zahlungen an, verfassen Testamente und widerrufen sie wieder, erwerben den Führerschein oder die Mitgliedschaft in einem Verein mit der gleichen Selbstverständlichkeit, mit der wir essen oder trinken. Selbst da, wo uns das Recht zunächst fremd und unverständlich erscheint, halten wir uns letztlich doch für kompetent, auf unsere Weise dabei mitzureden und unser Urteil darüber abzugeben. Es entspricht einer alten Erfahrung, daß fast niemand bereit ist, eine Rechtsauskunft zu akzeptieren, die ihn selbst ins Unrecht setzt. Auch wenn er sich faktisch beugen muß, glaubt er es insgeheim doch besser zu wissen. All dies bestärkt uns immer wieder in der Auffassung, daß uns das Recht in irgendeinem Sinne ursprünglich angehört. Es hat seinen Sitz im täglichen Tun und Lassen, im aufrechten Sinn, in der Überzeugung, daß man das, was uns seit langem als gut und richtig erscheint, nicht einfach für falsch erklären kann. Insofern steht es uns in der Tat so nahe, daß es scheinbar niemand gibt, der uns im Grundsätzlichen darüber belehren könnte.

Natürlich ist Recht weder das eine noch das andere allein, sondern *beides zugleich*. Es ist der permanente *Widerspruch* zwischen dem, was uns als fremde Macht entgegentritt, und dem, was als immanentes Prinzip unser eigenes Denken und Handeln bestimmt. Man kann diesen Widerspruch nicht aufheben, man kann ihn nur der Tiefe nach ausloten und in der Breite entfalten. Im gleichen Maße, wie dies gelingt, kommt man dem Recht näher. Denn nur aus der ständigen Spannung und Bewegung von Eigenem und Fremdem läßt es sich begreifen, nicht aber aus den Merkmalen eines dünnen Begriffs.

## 1. Abschnitt: Juristische Anthropologie

Um diese Aufgabe in Angriff zu nehmen, gibt es im Prinzip zwei Möglichkeiten. Man kann einmal von der Rechtsordnung ausgehen, wie sie nun einmal ist, und versuchen, sie dem Betrachter zu erläutern und näherzubringen. Man kann aber auch umgekehrt versuchen, die fremde Welt des Rechts von dem her zu erschließen, was alle bereits wissen oder stillschweigend voraussetzen. Das letztere ist der Weg, den wir hier einschlagen wollen. Methodisch zwingt dieses Vorgehen dazu, sich zunächst einmal mit dem Menschen selbst und seinem „ursprünglichen“ Verhältnis zum Recht zu befassen. Wer mehr an Rechtskenntnis als an Rechtsverständnis interessiert ist, könnte meinen, daß dies vom eigentlichen Thema abführt. Aber dieser Eindruck täuscht. Der konkrete Mensch mit seinem Widerspruch ist vielmehr derjenige Punkt, an dem alle Ideen und daher auch die Idee des Rechts die Wirklichkeit berühren. Er ist – in einem anderen Bild – die Tür, durch die die Rechtsidee hindurch muß, um in die Realität Einlaß zu finden. Unbestreitbar werden alle Rechtsgesetze von Menschen gemacht und nicht umgekehrt. Es sind Menschen, welche die Gesetze ausdenken, aufschreiben, auslegen, anwenden, und zwar so, wie sie es jeweils für richtig halten. Daran kommt auch derjenige nicht vorbei, der außer von Gesetzen im Recht von sonst nichts wissen will. Für das Verständnis des Rechts muß es daher erhellend sein, einmal den Punkt ins Auge zu fassen, in dem die Idee des Rechts unmittelbar in die Rechtswirklichkeit übergeht.

### § 2 Die Gewohnheit

#### I. Die Macht der Gewohnheit

##### 1. Wiederholungszwänge und ihre Funktion

Seinem Selbstbild nach ist der Mensch vor allem durch seine *Freiheit* bestimmt. Von allen Vorurteilen, die wir über uns selbst haben, gibt es keines, das sich größerer Beliebtheit erfreuen dürfte als dies, daß wir unserem Wesen nach frei sind. Freiheit ist das Losungswort, mit dem seit Jahrhunderten fast alle politi-

schen Forderungen begründet werden. Frei sein aber heißt nichts anderes, als Herr über sein eigenes Handeln zu sein. Vor dem geistigen Auge eines jeden, der sich für frei erklärt, tut sich ein Horizont von Möglichkeiten auf, zwischen denen er, wie er glaubt, frei wählen kann. Von äußeren Umständen abgesehen, gibt es scheinbar nichts, das diese freie Wahl hindern könnte. Wenn es nur auf den eigenen Willen ankommt, hält sich im Grunde jeder für fähig, von jetzt auf nachher anders zu handeln, als er es bisher getan hat.

Gäbe es diese Freiheit wirklich und würden die Menschen davon Gebrauch machen, wäre die Welt ein Chaos. Tatsächlich jedoch sind die meisten der Möglichkeiten, an die wir glauben, in Wahrheit Unmöglichkeiten; oder jedenfalls werden sie doch nur selten aktualisiert. Wer sich ein wenig umsieht, wird rasch erkennen, daß die Qual der Wahl, vor welche die Freiheit uns stellen könnte, sich meist in bescheidenen Grenzen hält. Die meisten wählen in den wiederkehrenden Situationen des Lebens ohne viel nachzudenken immer dieselben Möglichkeiten. Ein seltsamer Wiederholungszwang scheint unser Handeln zu beherrschen, dergestalt, daß unsere Freiheit sich häufig darin erschöpft, unter den vielen Möglichkeiten, die sich uns bieten, nur eine ganz bestimmte zu wählen: nämlich jeweils dieselbe. Wer zugespitzte Formulierungen liebt, könnte geradezu sagen, daß wir weniger durch die Freiheit bestimmt sind, anders handeln zu können, als wir gehandelt haben, als vielmehr durch die *Gewohnheit*, von dieser Freiheit keinen Gebrauch zu machen. Die Freiheit bestimmt zwar unser Selbstbewußtsein, die Gewohnheit dagegen unsere Praxis. Der Volksmund sagt es lapidar: der Mensch ist ein Gewohnheitstier.

Um zu sehen, welche Macht die Gewohnheit über uns hat, braucht man sich nur selbst zu beobachten. Von früh bis spät ist unser Verhalten von Gewohnheiten bestimmt. Kein Bereich ist davon ausgenommen, fast alles geschieht auf gewohnte Weise und hat so eine feste, meist unbewußte Ordnung. Unwillkürlich geht man beim Einkaufen immer wieder in dasselbe Geschäft, man geht zum selben Friseur und in dasselbe Lokal. Wer erst einmal den Lauf in ein Stammlokal hat, sitzt in der Regel auch bald an einem Stammtisch und womöglich an einem Stamplatz, und selbstverständlich weiß auch die Bedienung dann schon im voraus, was man gewöhnlich trinkt oder ißt. Sogar die Abwechslung von den Gewohnheiten des Alltags nimmt bei vielen Menschen wiederum die Form der Gewohnheit an. Das äußert sich etwa im bekannten Sonntagsspaziergang, im regelmäßigen Kegelabend oder im gewohnten Kaffeekränzchen. Jeder kennt Leute, die ihren Urlaub seit zwanzig Jahren immer wieder am selben Ort verbringen. Fragt man, warum, so erhält man stereotyp dieselbe Antwort: „Ach, wissen Sie, wir fühlen uns hier wie zu Hause.“ Das wird so falsch nicht sein. „Denn aus Gemeinem ist der Mensch gemacht“, wußte bereits Schiller, „und die Gewohnheit nennt er seine Amme“<sup>1</sup>.