

EINIGE GEDANKEN UEBER RECHT UND GERECHTIGKEIT

Das Rechtsstudium hat oft den schlechten Ruf, verstaubt, auf jeden Fall ziemlich langweilig zu sein. Die Studenten müssen, so sagt man, Seiten und Seiten von Büchern (ehemals) oder von Computern (heutzutage) auswendig lernen. So werden sie, so fährt man weiter, sehr konservativ. Und es ist, man muss es zugeben, nicht selten wahr, dass Berufsjuristen in dieser Haltung stecken bleiben. Trotzdem möchte ich Ihnen zeigen, dass dieser Ruf auch ungerecht sein kann, dass da gar keine Fatalität am Werk ist, und vielleicht sogar dass ein Jurist, der sich mit dem Auswendiglernen begnügt, nur ein Halbjurist ist.

Um diese These zu begründen werde ich Ihnen zuerst eine Geschichte erzählen, und dann eine Frage stellen.

Die Geschichte ist bekannt. Zwei Frauen schliefen im selben Bett, jede mit ihrem Kind. Als sie aufwachten, war eines der Kinder tot: es erstickte während der Nacht. Beide Mütter behaupteten, das verstorbene Kind wäre das Kind der anderen. Sie traten vor Salomon. Der König der Könige ordnete an, das überlebende Kind in zwei zu teilen, so dass jede Frau ihre Hälfte bekäme. Die eine stimmte zu, die zweite schrie auf: «Gib das Kind der anderen!» Und wie Sie sich erinnern, gab Salomon das Kind — den Streitgegenstand, hätten die Juristen gesagt — der zweiten.

So die Geschichte. Und jeder wird einverstanden sein: Salomon zeigte sich als ein gerechter König. Aber jetzt die Frage: war es Recht? Persönlich möchte ich meinen, dass es Gerechtigkeit war, aber kein Recht. Und ich würde es besser auf französisch sagen, denn die französische Sprache hat zwei Wörter — «justice» und «droit», jedes Wort mit seiner eigenen Wurzel — , wo die zwei deutsche Wörter — «Gerechtigkeit» und «Recht» — die gleiche Wurzel haben, was den Unterschied weniger scharf ausdrückt. Also auf französisch würde ich sagen «Salomon a posé un acte de justice, mais non pas de droit» — und ich werde im folgenden das französische Wort «justice» anstatt «Gerechtigkeit» weiterbenützen.

Warum war das «justice» und nicht Recht?

Offensichtlich war es eine gute «justice», aber es war kein Recht, weil Salomon gar keinen Bezug nahm auf eine generelle normative Ordnung, die als Gesetz eine seiner Entscheidung übergeordnete Geltung hätte. Gegen diese Erwägung könnte man aber vielleicht anführen, dass es (jedenfalls in Salomons

Kopf) ein generalisierbares Argument gab: zum Beispiel, dass die Kinder, deren mütterliche Abstammung ungewiss ist, der Frau zugesprochen werden sollen, die für sie die bessere Mutter sein wird. Dieses Argument kann, so wie es Salomon gehandhabt hat, jedoch nicht als juristisch qualifiziert werden, und die befolgte Methode kann nicht die getroffene Entscheidung juristisch rechtfertigen: denn die in dieser Weise gesprochene «justice» kann nur zufällig «juste» sein. Nehmen wir an, dass ein bisschen später das gleiche Unglück wieder vorkommt: die Methode wäre nicht wiederholbar, weil beide Frauen, die den Präzedenzfall kennen würden, die Halbierung des überlebenden Kindes mit Entsetzen zurückwerfen würden. Die Einbildungskraft des Königs hätte etwas anderes finden müssen; die salomonische «justice» ist gezwungen, immer einen neuen Weg aufzusuchen, immer zu erneuern, ohne je wiederholen zu können. Gegen diese Erwägung möchte man vielleicht aber einwenden, dass das erste Urteil — die Zweiteilung des Streitgegenstandes — nur ein Test war, um die oben angeführte Regel anzuwenden. Es war aber ein fragiler Test: nehmen wir einfach an, eine der beiden Frauen wäre so emotiv gewesen, dass sie durch diesen grausamen Test gelähmt geblieben wäre — und stumm —, oder dass die andere, noch bessere Psychologin — oder perverser — als Salomon, erraten hätte, wohin er tendierte, und folglich die gute Antwort gegeben hätte, ohne sich im geringsten um das Wohl des Kindes zu kümmern. Oder nehmen wir an, beide wären aus irgendeinem Grund stumm geblieben: Salomon hätte die Tötung des Kindes vollstrecken lassen müssen und würde heute für einen unmenschlichen Tyrannen angesehen. Auch mit der Hypothese, dass das Urteil auf einer Argumentation basierte, sehen wir also trotzdem, dass diese nicht wiederholbar war, sondern wesensmässig vollständig und ausschliesslich von den konkreten Umständen abhängig war. Und mit konkreten Umständen meine ich nicht nur die Psychologie der beiden Frauen, sondern auch jene des Salomon: denn ein anderer König hätte vielleicht die schönere oder die reichere gewählt.

Der König gibt die «justice», «il rend la justice», aber nur wenn er ein weiser König ist (was eher selten vorkommt!), und wenn darüber hinaus ihm die Situation zu Hilfe kommt. Im Gegensatz dazu spricht der Richter Recht. Und «sprechen» könnte durch «entdecken» ersetzt werden: «entdecken» heisst, die Decke wegnehmen, die versteckt, was aber schon existiert. Dieses Verb «entdecken» meint nicht nur, dass das Recht ausserhalb der Gewaltsphäre des Richters existiert, sondern auch dass es ausserhalb dieser Sphäre existieren muss. Die rechtliche Ordnung entwickelt das Recht, indem sie es durch eine Entdeckungsarbeit an schon Existierendem enthüllt. Unter diesem Blickwinkel dürfte man sagen, dass Recht auf stetige Wiederholung(en) aufbaut. Der Richter wiederholt konkret, was das Gesetz ihm abstrakt diktiert: kraft Artikels so und so wird so und so entschieden. Er wiederholt in seinem Urteil, was frühere Richter in früheren Urteilen schon ausgesprochen haben: wie das Bundesgericht es in BGE so und so schon entschieden hat, urteilt er heute. So können die Gefahren der

Willkür, das heisst der menschlichen Subjektivität beseitigt werden. Die Weisheit der Gesetze oder der Jurisprudenz anstatt jener des Königs.

Somit: um ein guter Jurist zu sein, bräuchte es demnach nur ein gutes Gedächtnis. Und viel Auswendiglernen.

Aber jetzt eine andere Geschichte. In den zürcherischen Schulen ist der Schwimmunterricht obligatorisch; und die Klassen sind gemischt. Der muslimische Vater eines Mädchen verlangt, sein Kind sei vom Unterricht zu dispensieren, da der Koran den weiblichen Personen verbiete, öffentlich aufzutreten, ohne bekleidet zu sein. Die Schule lehnt den Antrag ab.

Wenden wir die Texte an mit der Methode der Wiederholung! Welche sind die zu beantwortenden Rechtsfragen?

Der Vater beruft sich auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Artikel 15 Abs. 1 der Bundesverfassung lautet wie folgt:

«Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gewährleistet.»

So eine erste Frage: ist hier diese Garantie anwendbar? Genügt es, dass ein heiliges Buch Kleidungs Vorschriften enthält, um den Respekt dieser Vorschriften unter dem Schutz der religiösen Freiheit zu stellen? Es ist unmöglich, diese Frage einfach durch Wiederholung zu lösen. Auf der einen Seite ist die Formulierung der Bundesverfassung zu unbestimmt; man kann ihr nicht einfach entnehmen, dass — ja oder nein — das Obligatorium des Schwimmunterrichts die religiöse Freiheit in diesem Fall tangiert. Auf der anderen Seite gibt es auch keinen Präzedenzfall, dem man einfach folgen könnte.

Geben wir dieser Frage — wie es das Bundesgericht in BGE 119 Ia 187 getan hat — eine positive Antwort. Es bleiben noch andere Fragen zu beantworten. Ich zitiere sie nicht alle. Hauptsächlich: gibt es ein öffentliches Interesse, dass alle Kinder, was immer ihre Religion ist, gezwungen werden, Schwimmunterricht zu haben? Ist dies verhältnismässig? Nein, hat das Bundesgericht gesagt: eine Ausnahme hätte gewährt werden sollen. Aber auch hier konnte es nicht einfach eine vorgegebene Lösung wiederholen; es konnte nicht einfach in einer höheren Norm nachlesen; es musste zutreffende, topische Argumente herausfinden, und dies aus der Sache selbst. Argumente, die geeignet sind, eben diese Sache in Verbindung mit der einschlägigen Norm zu setzen. Argumente, die nicht aus der Norm logisch notwendig deduzierbar sind, aber doch überzeugend ihren Sinngehalt weiter fortentwickeln.

Im gleichen Jahr fällt das Bundesgericht ein anderes Urteil, das auch Kleidungs Vorschriften betraf: im Sikhismus — Sikhismus ist, wie Sie wissen, eine in Nordindien verbreitete Religion — gibt es eine «religiöse» Vorschrift, die es

den Männern verbietet, mit nacktem Haupt in der Öffentlichkeit aufzutreten. Frage: dürfen sie gezwungen sein, einen Motorradhelm zu tragen, was bedeutet, dass sie ihren Turban auf der Strasse — d.h. öffentlich — abnehmen müssen? Ja, sagte das Bundesgericht (BGE 119 IV 260). Vier Jahre später entschied es, dass man den Lehrerinnen das Tragen des islamischen Kopftuches in der Schule verbieten darf (BGE 123 I 296).

Also drei Variationen über das gleiche Thema — Kleidung und Religion —, mit je verschiedenen Antworten. Jedesmal muss der Jurist — sei er Richter oder Anwalt oder einfach Berater — die «guten» Argumente herausfinden. Und diese drei Beispiele zeigen, dass sogar die Jurisprudenz sich auch nicht einfach wiederholen lässt: die Analogien und die Differenzen müssen herausgefunden werden, d.h. man hat zu rechtfertigen, ob eine Analogie (dann kann man wiederholen) oder eine Differenz (dann hat man zu innovieren) vorliegt.

Wohin führen uns diese Erwägungen? Vom Juristen darf man verlangen, dass er wiederholt: die Prinzipien der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit und des Willkürverbots fordern es, um die Gefahren einer aleatorischen «justice» zu vermeiden. Deswegen haben wir auch eine rechtliche Ordnung, die das soziale Leben eben zu ordnen hat. Man verlangt dies vom Juristen, aber in den meisten Fällen ist dieser Weg unbegebar. Die Fakten erlauben es nicht, denn in den meisten Fällen wiederholen sie sich nicht: sie sind einmalig, singulär, original — in einem Wort: sie sind neu. Schwimmunterricht, Motorrad, Rechte und Pflichten einer Lehrerin: es sind drei verschiedene Situationen, nicht nur faktisch. Die faktische Verschiedenheit verlangt nach einer rechtlichen Verschiedenheit. Und deswegen ist der Jurist rechtlich gezwungen, zu innovieren, will er die Singularität und die Originalität der Fakten rechtlich würdigen.

Anders gesagt: Recht sprechen ist fast immer ein Diskurs über ein Ereignis, das erst in seiner Historizität und in seiner Unvorhersehbarkeit ist, was es wirklich ist. Ein Ereignis, das heisst auch Einmaligkeit. Und noch ein Schritt weiter: die Möglichkeit, oder noch besser die Zuständigkeit, Neues zu schaffen, ist dem Recht unentbehrlich. Wenn der Richter es nicht dürfte, wenn der Norm eine gewisse Offenheit — d.h. eine gewisse Unvorhersehbarkeit — fehlen würde, wenn sie dem Richter nicht eine gewisse Freiheit überliesse, wäre er gezwungen, eine abstrakte «justice» zu sprechen. Und was ist eine abstrakte «justice»? Diejenige, die anordnet, das Kind sei in zwei zu teilen.

Mit dieser Illustration der abstrakten «justice» kehre ich nicht zufällig zum Beispiel der Geschichte der zwei Frauen zurück. Denn an diesen Punkt wollte ich eben gelangen: Salomon hat nicht Recht gesprochen. Aber jeder Jurist ist, mag er es oder nicht, in einer ähnlichen Stellung wie der König: er hat etwas zu finden, das, das Recht erneuernd, ihm erlaubt, die «justice» auszuüben.

Um zu erneuern ist das Gedächtnis wenig ertragreich: erforderlich ist vielmehr salomonische Einbildungskraft. Entgegen verbreiteter Ansicht ist intellektuelle Einbildungskraft eine notwendige Qualität eines Juristen, will er nicht ein Halbjurist (wie ich eingangs sagte) sein. Es braucht Vorstellungsvermögen, um zu suchen und herauszufinden, aus welchen Gründen es juristisch geboten ist, dem muslimischen Mädchen etwas zu gewähren, das man dem Sikh oder der ebenfalls muslimischen Lehrerin verweigert; oder — um ein Beispiel zu geben, das eine gewisse Analogie zum Fall Salomons hat —, aus welchen Gründen die elterliche Sorge über das Kind in einer Scheidung der Mutter und nicht dem Vater zugewiesen sein soll. Und öfters braucht es auch Einbildungskraft, um herauszufinden, welche Normen etwas zum Fall zu sagen hätten. So hat, und meines Erachtens mit guten Gründen, ein Teil der Lehre den Schwimmunterricht-Entscheid kritisiert: es wurde ihm vorgeworfen, das Prinzip der Gleichheit der Geschlechter (Art. 8 Abs. 2 BV) vollständig vergessen zu haben, und diese Kritik betrifft nichts anderes als ein Mangel an Einbildungskraft.

Einbildungskraft, um die Originalität und Singularität jeder neuen Situation zu würdigen. Gewiss nicht die Phantasie des Dichters. Es ist eine Einbildungskraft, die einem Zwang unterworfen ist. Denn die Finalität der rechtlichen Ordnung ist etwa paradox. Zweck der juristischen Demonstration ist es, zu zeigen, dass das, was als neu *erscheint*, *wahrhaftig* nur eine partikuläre Form von Vorgegebenem ist — anders gesagt: dass die im konkreten Fall gegebene Antwort nur die Anwendung einer höheren generellen Regel ist. Die Argumentation, die zur Antwort führt, muss überzeugend darstellen, dass eben diese Antwort bereits vor dieser Argumentation bestanden hat — und so in Wirklichkeit eine Wiederholung bildet. Der Zwang, für den Juristen, besteht darin, dass die Einbildungskraft zur Regel zurückkehren muss. So können die Prinzipien der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots als beachtet gelten.

Aufrichtig gesagt muss man sich jedoch fragen, ob es sich nicht um eine Illusion handelt — oder mindestens um eine Fiktion; die angeführten Beispiele zeigen es. Es hängt vom Platz ab, in welchem man im Satz die zwei Wörter «erscheinen» und «wahrhaftig» setzt — die zwei Wörter, die ich gerade hervorgehoben habe. Ich sagte eben: was als neu *erscheint*, muss sich am Ende der Argumentation *wahrhaftig* nur als eine partikuläre Form von Vorgegebenem aufdecken. Ich verschiebe jetzt den Platz der beiden Wörter und sage: was *wahrhaftig* neu ist, muss am Ende der Argumentation nur als eine partikuläre Form von Vorgegebenem *erscheinen*.

Meine These ist: diese zwei Sätze sind beide gleichzeitig wahr, obwohl sie widersprüchlich sind. Muss ein muslimisches Mädchen vom Schwimmunterricht dispensiert werden (oder nicht), muss ein Sikh einen Helm anstelle seines Turbans tragen (oder nicht), muss eine muslimische Lehrerin ihr Kopftuch in der Klasse abnehmen (oder nicht): wie auch die Antwort lauten mag, sie ist immer, unter dem

Blickwinkel der angewendeten Regel, gleichzeitig neu und nicht neu. Deswegen braucht es Gedächtnis *und* Einbildungskraft. Diese widersprüchliche Gleichzeitigkeit in der rechtlichen Arbeit bildet den geistigen Reichtum der juristischen Berufe — zwar unter der Bedingung, dass man sie effektiv ausnützt. Eine Arbeit, die zu dynamischen Wiederholungen und integrierten Erneuerungen führen kann — und deswegen auch soll.