

# Rechtsgeschichte

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg9>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 9 (2006)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg09/088-094>

Rg **9** 2006 88–94

**Rainer Maria Kiesow**

## West-östliche Fundamente

Diesseits und jenseits

---

Dieser Beitrag steht unter einer  
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0



## Abstract

Foundations are an old dream. Not only religions but also lawyers dream this dream. The latter have suffered from natural law's resigning and the loss of an earthly or heavenly order of values leaving behind nothing but positive law. These modern laws, reinterpreted again and again and once again are the expression of formalistic, relativistic, contradictory way of existence. Apart from politics, law is the second important social communication area, in which the uncertainty remains so persistent. These are reasons why ideas and literature come up in a time – that is simultaneously facing the upsurge of fundamentalism – and are filled with the longing for absolute, plain and uniform principles in law; a longing that deserves closer examination.



## West-östliche Fundamente

Diesseits und jenseits

Es ist wirklich nicht zum Lachen: ernsthaft aussehende Männer, bärtig, dunkel. Fundamentalisten nennt man sie, im Westen, und eine fundamentale Anspruchshaltung haben sie in der Tat. Der Mitgründer der Islamischen Heilsfront, der »Großinquisitor« oder auch »algerischer Savonarola« genannte Ali Benhadj, hat es nach seiner Entlassung aus langjähriger Haft in Alger klar gesagt: »Da wir ein muselmanisches Volk sind, kann es bei uns keinen Widerspruch geben wie im Westen. Der Koran ist die höchste Referenz ... Die Leute des Buches – die Christen und die Juden – dürfen in der muselmanischen Gesellschaft ihre Religion praktizieren. Aber wir sind gegen diejenigen unter ihnen, die sich unter Ausnutzung der Schwäche der Unwissenden in Kämpfer verwandeln und Muslime konvertieren ... Das sind Spione und Geheimagenten« (Interview *Le Monde* vom 4. April 2006). Widerspruch zwecklos. Ali Benhadj trägt keinen Bart.

Es war wirklich nicht zum Lachen: ernsthaft aussehende Männer, bärtig, dunkel. Fundamentalisten wurden sie zwar nicht genannt, aber als die Französische Revolution und der preußische Kulturkampf noch auf sich warten ließen, war wahrlich nicht mit ihnen zu spaßen, mit den schwarzen Männern der römisch-katholischen Kirche. Das Feuer fraß die Ungläubigen. Bei den Leuten des christlichen Buches und des Staates gab es keinen Widerspruch. Das hat sich geändert. Der Widerspruch hat sich nicht nur zwischen den Ständen breitgemacht, er ist zur höchsten Referenz auf allen Ebenen geworden.

Nicht nur der Karikaturenvulkan hat sie uns wieder einmal vor die Füße gespuckt: unsere formalistische, relativistische, gesetzliche, widersprüchliche Daseinsweise. Die Mohammed-Zeichnungen sind, ob geschmackvoll oder nicht, von den Verfassungen der westlichen Welten geschützt. Kunstfreiheit, Meinungsfreiheit, Pressefreiheit – gesetzlich geregelt und grundgesetzlich unantastbar, jedenfalls so ziemlich. Doch die formalen Gesetze sind von Menschenhand geschrieben. Sie hätten auch anders geschrieben werden können. Und sie wurden zu anderen Zeiten an den gleichen Orten anders geschrieben. Sie sind zeitlich und irdisch. Sie sind (inzwischen) diesseits.



Genau darin liegt ihr Problem. Die Gesetze der Menschen sind wandelbar. Sie beruhen auf Unsicherheit, auf Politik, auf dem Streit der Auffassungen. Ein Streit, der sich bei der Interpretation der aus dem Streit hervorgegangenen Gesetze ein weiteres Mal breit macht. Das Gesetze der Gesetze ist kaum mehr auszumachen. Der Ironie des Karikaturalen entspricht die Ironie des Gesetzes. Eines Gesetzes, das immer nur ausgelegt werden kann. So oder anders.

Muslime, wenn auch bei weitem nicht *die* Muslime, können mit dem legalistischen, jurisprudentiellen, rechtsdogmatischen »So oder anders«, mit dem Denken in künstlerischen, künstlichen und juristischen Alternativen und Möglichkeiten nichts anfangen. Da hilft auch kein Verweis in rückwärtsgewandtem Optimismus auf eine liberale Tradition des Islam. Der, wenn auch sicher nicht *der* Islam heute tritt uns in der Weltöffentlichkeit massenhaft als ein dogmatizistischer, eben fundamentalistischer entgegen, ohne Wenn und Aber, ohne so oder anders.

Dabei ist der Rekurs auf das Fundamentale keineswegs eine islamische oder allgemeinreligiöse Besonderheit. In Europa kennen wir uns historisch bestens aus mit Fundamentalismus, nicht nur dem der Christen, sondern vor allem auch dem der Vernunft. Der vielleicht juristischste der Juristen des 19. Jahrhunderts notierte: »Es ist ein alter, nie ausgeträumter Traum der Menschheit, dass es ein einiges, festes, unwandelbares Recht gebe. Dieses Recht sei das Recht der Vernunft. Was der Vernunft entspreche, sei eben deswegen Recht, notwendig, für alle Zeiten, an allen Orten.« Nun war Bernhard Windscheid selbst wahrlich kein Vernunftfundamentalist, er, der Jurist als solcher, meinte vielmehr ganz wissenschaftsfundamentalistisch, dass die Vernunft der Notwendigkeit und die Notwendigkeit der Vernunft »jetzt ... in der Wissenschaft als irrig erkannt« worden sind. Aber man sieht: Fundamente sind ein alter Traum, keineswegs nur für den Islam im Besonderen und Religionen im Allgemeinen.

Gerade der modernste Gegenspieler des islamischen Terrorfundamentalismus hat es da nicht besser. Just aus Amerika, dem Land der unbegrenzten Möglichkeiten, kommen immer wieder fundamentale Anstrengungen auf uns. Religiöser Eifer und Joggingkultur, eifernder Abtreibungshass und Gesundheitswahn, Menschenrechtsphilosophie und Dollarglaube. *In God we trust – ONE*. Das große Eine, das Differenzen, Abweichungen, Stile nicht zulässt, ist stets eine Versuchung, gerade auch in den USA und aus

den USA für die Welt. Der eine amerikanische *way of life* hat sich weltweit ausgebreitet und wird nicht erst seit 9/11 als ein westlich-nordamerikanischer Fundamentalismus wahrgenommen. Ein religiös tief verwurzelter Präsident, eine Kultur, die nicht nur Dollarscheine mit dem einen Gott bedrucken lässt, sondern in diesem eine gründende Superreferenz hat, eine fundamentale Freiheitsphilosophie, die eben auf amerikanisch verstandener Freiheit beruht, Sendungsbewusstsein und missionarischer Habitus – das ist alles sicher kein Imperialismus, wie ein allzu simpler Antiamerikanismus glauben machen möchte, aber es ist der Ausdruck des Selbstbewusstseins einer privaten, öffentlichen, religiösen und militärischen Kultur, die sich ihrer Kraft, ihrer Wurzeln, ihrer Ziele sicher ist und sicher bleiben will.

Nun gibt es neben der vermaledeiten demokratischen, also auf den vielen unerforschlichen Wählerwillen sich gründenden Politik einen zweiten wichtigen gesellschaftlichen Kommunikationsraum, in dem die Unsicherheit sich hartnäckig hält: das Recht. Und es ist vielleicht kein Wunder, dass in einem Land, dessen Rechtssystem so wenig auf sichere Gesetze und so sehr auf unsichere Gerichtsentscheidungen baut, die Sehnsucht, auch im Recht auf unverbrüchliche, eindeutige und einheitliche Prinzipien bauen zu können, sich immer wieder Bahn bricht. Der neueste Ausdruck einer Art von fundamentaler Sehnsuchtsliteratur ist nun prominent bei Harvard University Press erschienen: Roger Berkowitz, »The Gift of Science. Leibniz and the Modern Legal Tradition« (2005).

Zur Erinnerung: Die moderne Geschichte des Rechts wurde bislang eher als ein Prozess der Rationalisierung, Säkularisierung, Demokratisierung beschrieben. Im 18. und 19. Jahrhundert trennte man sich von den alten Zöpfen Gott, Vernunft, Natur und Fürst. Das positive Gesetz brach sich Bahn und damit die von Windscheids Kollegen Rudolf von Jhering formulierte Einsicht: »Die ganze menschliche Welt mit Einschluss des Rechts und des Sittlichen ist die Schöpfung des Menschen.« Allen von den schrecklichen Taten eben dieses Menschen angestoßenen Naturrechtsrenaissancen zum Trotz: Das positive Gesetz war in Deutschland spätestens mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine willenslose, allzeit bereite Waffe, jederzeit änderbar, jederzeit interpretierbar, jederzeit anwendbar, so oder anders. Die Veränderlichkeit, die Mannigfaltigkeit, die Unsicherheit des Rechts, die Form des positiven Gesetzes, des immer prekären und immer vorübergehenden und

immer neuen, neu geschriebenen und neu ausgelegten Gesetzbuchs, die Vielfalt der Meinungen, der Urteile, der Theorien – all dies war nichts anderes als Ausdruck der Emanzipation des Rechts von seinen alten Stichwortgebern, den Herrschern über das Diesseits und Jenseits. Recht war nun Kampf, Interesse, Sieg oder Niederlage, auf Erden. Recht konnte nun jeder haben. Ob er es im Einzelfall bekommen würde, lag in der Hand des Richters. Dieses oder jenes Menschenrichters.

Die fortschrittliche Emanzipationsgeschichte des modernen Rechts mit seinen Gesetzen und Urteilen und Experten hat jetzt aus Amerika eine Gegengeschichte bekommen. Roger Berkowitz erzählt die Geschichte eines tiefen Falls, des Verfalls des Rechts zu bloßem Gesetz. Diese Verlustgeschichte ist die Geschichte eines Zerwürfnisses, einer Scheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit. Wie nicht selten bei Scheidungsgeschichten spielt ein Dritter, ein Eindringling, ein Liebhaber den üblen Part. Hier ist es die Wissenschaft, also gerade die ansonsten als säkulare Schrittmacherin für die moderne Ausdifferenzierung des autonomen Funktionsbereichs »Recht« angesehene Wissenschaft des Rechts, die Schuld am Niedergang trägt. Von Leibniz' Legislationsprojekten angefangen, der bei allen kombinatorischen Rechenspielen aber immerhin noch eine Idee von Metaphysik, Weisheit und göttlicher Wohltätigkeit hatte, über das Allgemeine Landrecht Preußens und die deutsche Pandektistik bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, von 1670 bis 1900 – am Ende hat das Geschenk der Wissenschaft wie ein Gift gewirkt. Die Gerechtigkeit liegt seither danieder, und ein technokratisches, sozialingenieurales, szientistisches Gesetzesrecht herrscht auf einer (europäischen, aber teils auch amerikanischen) Erde, der das Jenseits abhanden gekommen ist.

Ob diese Verfallsgeschichte historisch zutreffend ist, ob hier nicht Wissenschaft (für das Recht) zu stark und zu universell gesehen wird, ob nicht die Bedeutung universitärer Rechtswissenschaft für politische Gesetzgebung geradezu extrem übertrieben wird – es sei dahingestellt und dem prinzipiell nicht enden wollenen Streit der Rechtsgeschichtler und Rechts theoretiker überlassen. Jedenfalls spricht in den historischen Textanalysen wie in den Beobachtungen der gegenwärtigen Rechtspraxis aus jeder Zeile des Buches der Durst nach Transzendenz.

Gerechtigkeit – so die These – darf nicht Wissenschaftlern und Experten, Politikern und Polizisten, Vertragsrechtlern und Rechts-

technikern überlassen bleiben. »The just, the true, and the beautiful«, »connection with transcendence«, »the legal idea of justice« – schon lange hat man nicht mehr ein solch engagiertes und ernstzunehmendes Plädoyer für ein gerechtes, prinzipielles, ja fundamentales Recht lesen können.

Auf die Fundamente kommt es an. »Es ist ein alter Wunsch, der, wer weiß wie spät, vielleicht einmal in Erfüllung gehen wird: dass man doch einmal, statt der endlosen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Gesetze, ihre Prinzipien aufsuchen möge«, schrieb der alte Kant in seiner Kritik der reinen Vernunft. In den Stücken der modernen Welten brennt der Verlust des Einen in den Augen. Vielleicht liegt darin die eigentliche Brisanz des jüngsten Karikatureninfernos. In der Anrufung der transzendenten Instanz ist das Reale, die Kenntnis dessen, was passiert (ist), gleichgültig. Gegenüber den Einzelheiten, die nicht aufhören wollen, solche zu sein, steht der Glaube – an Gott, an Gerechtigkeit.

Gerechtigkeitsdürstender Transzendentalismus – das ist das rechtspolitische Programm von Roger Berkowitz. Ein, typisch US-amerikanisch, auf das Individuum zugeordnetes Programm, für das nicht allgemeine, immer auslegungsbedürftige, prekäre Gesetze entscheidend sind, sondern prinzipiell der gute Wille des Einzelnen. Nicht der gesetzlichen Sozialhilfe und Krankenversorgung für jedermann gilt Berkowitz' Augenmerk, seine Bewunderung gilt dem Arzt, der ein krankes, unversichertes Kind kostenlos behandelt. Doch ist dieser wohltätige Heroismus des einzelnen Gerechten kein praktikables und realistisches Konzept für den Aufbau einer gerechten Gesellschaft. Das Prekäre des allgemeinen Gesetzes wird hier durch das Prekäre des individuellen Charakters ersetzt. Nur dass der Charakter – ganz abgesehen von der Frage seiner Ubiquität – im Gegensatz zum Gesetz keinerlei Kontrollinstanzen ausgesetzt ist. Das Gute im Menschen ist kein Fundament, auf das man bauen kann. Berkowitz träumt den amerikanischen Traum, die Dinge in der Gesellschaft durch multiple einzelne charaktervolle Handlungen zum Guten richten zu können. Das ist – wenn auch politisch-intentional vollkommen konträr dazu – letztlich nichts anderes als das fundamentale Sendungsbewusstsein des amerikanischen Präsidenten. Infinite Justice.

Eine auf- und abgeklärte Kritik an fundamentalen Gerechtigkeitskonzepten, sei es à la Berkowitz oder à la Bush, vergisst jedoch regelmäßig eines: Gerechtigkeit ist ein Problem, das nicht einfach

wegphilosophiert werden kann. Alleine deshalb nicht, weil in der Realität der Welt nach Gerechtigkeit geschrien wird. Man kann dies lächerlich machen und wie unlängst Bernhard Schlink die »Vergerechtiglichung« der Welt einer so arroganten wie politisch fragwürdigen Kritik unterziehen. Man kann – mit Schlink (»Der Preis der Gerechtigkeit«, 2004/2005) – den Preis normativer Erwartungen nicht zahlen wollen und den Afrikanern und Palästinensern (und den Hungernden der Welt) zurufen: Habt Einsicht in eure traditionsgesättigten und veränderungsresistenten Zustände! Der Professor kann darauf bestehen, dass Natur- und Vernunftrecht für die Illusion verantwortlich sind, der Mensch sei mit natürlichen Rechten ausgestattet, die eben deshalb nicht erst geschaffen werden müssten, sondern schon immer da sind und vindiziert werden können. Doch aus dem amerikanischen Harvard und aus den Moscheen wird auf diese hochnäsige liberalistische Selbst-ist-der-Mensch-Haltung gepfiffen. Normativ ist eben auch die Kritik am Normativismus. Das Reale lacht immer zurück.

Zum Lachen sind die Äußerungen des iranischen Präsidenten allerdings nicht. Präsident Machmud Achmadinedschad leugnet den Holocaust, und Irans größte Zeitung richtet einen Wettbewerb mit Holocaustkarikaturen aus. Bei aller im Orient und im Okzident zu analysierender Widerständigkeit von Gesetz und Gerechtigkeit, von dem, was ist und dem, was sein soll, von Kunstfreiheit und Religionsfreiheit, von Diesseits und Jenseits, von Fundamentalismus und Realismus, bei allem pastoralen Verständnis für die Männer des Grundsätzlichen – die Witzbombe ist ekelerregend und irgendwie kindisch und geradezu biblisch. Wie du mir, so ich dir. Karikaturen gegen den Westen. Ob der Krieg karikatural wird?

Das allerdings wäre nachgerade ein Lichtblick in der Schlamm-schlacht der Zivilisationen. Die Gegenkarikatur ist für das fundamentale Projekt des Ostens nicht ungefährlich. Der Westen hätte sich eingemischt. Der Westen, der trotz dem eigenen Fundamentalismus, der trotz der Sehnsucht, die Welt nicht in Stücke zerfallen zu sehen, der trotz dem politisch rechten Evangelismus von George W. Bush und dem politisch linken Romantizismus von Roger Berkowitz, dieser Westen, der nach wie vor eine Bastion für Ironie, Witz, Pressefreiheit und den immer unsicheren Kampf ums Recht darstellt, dieser Westen wäre eingedrungen in den Osten, ganz unfundamental. Mit der Gegenkarikatur aus dem Osten würde das

von eben diesem Ausgeschlossene methodisch und bildlich wieder-  
eintreten: die Karikatur. Karikaturen sind nicht fundamental.  
Karikaturen sind widersprüchlich. In sich bergen sie den schlimmsten  
Gegner der Diktatur: das Lachen.

**Rainer Maria Kiesow**

