

# Konsequente Inkonsequenzen in Recht und Literatur?\*

Von Prof. Dr. Klaus Lüderssen, Frankfurt am Main\*\*

Spätestens durch *Luhmanns* lakonische Feststellungen ist der Begriff der Paradoxie auch den Juristen geläufig geworden. Was man bei unbefangener Betrachtung einfach für einen Widerspruch erklären möchte, wird zum Paradoxon heraufstilisiert und damit in eine Welt höherer, dem Anspruch logischer Arbeit entzogener Weisheitssphäre entrückt. Misstrauisch bemüht man sich, diesen Imaginationen auf den Grund zu gehen, und gerät dann leicht in die Stimmung, bei gehörigem Nachdenken und Berücksichtigung aller Tatsachen bleibe von den sogenannten Paradoxien nichts übrig, vielmehr seien die Widersprüche auf einer wenn auch entfernten höheren Ebene auflösbar. Auch unter rechtstheoretisch gut orientierten Juristen ist diese Meinung sehr verbreitet, man kann sie mit vielen Beispielen unterstützen. Wer aber erneut ganz genau hinsieht, erkennt doch Grenzen dieser Rationalisierung, schon beim praktischen Fortgang der Argumente, und in einem zweiten Anlauf wächst dann die Neigung, die große Literatur über Paradoxien, die Geschichte dieses Begriffes so ernst zu nehmen, wie sie das selbst tut.

Nicht ganz allerdings. An vielen spielerisch zugespitzten Dilemmata möchte man doch vorübergehen,<sup>1</sup> kann keine Verbindung sehen zu den konkreten Rechtsproblemen, die uns quälen. Wenn dann der Übergang hergestellt wird zu den „Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus“ – von einer neuen Frankfurter soziologischen Richtung jetzt zum Forschungsgegenstand erklärt<sup>2</sup> – nimmt die Skepsis zwar ab, aber es bleiben doch Widerstände, die sich teils speisen aus dem *déjà-vu* der gesamten Marxismus-Debatte, teils aber auch aus dem Misstrauen gegenüber der ökonomischen Orientierung, denen jene Sozialwissenschaftler folgen: zu abgehoben, zu sehr bezogen auf die enttäuschte Wahrnehmung der Abweichung des täglichen betriebswirtschaftlichen Geschehens von dem – offenbar immer noch gehegten – Ideal einer perfekten, Gleichheit und Freiheit gleichermaßen verbürgenden ökonomischen Vernunft.

Verbindlicher wird es, wenn wir uns den systemtheoretisch begründeten Paradoxien nähern. Jene den Spätkapitalismus studierenden Soziologen relativieren deren Bedeutung zwar, weil sie ihr Material dort nicht wiederfinden, die Juris-

ten hingegen haben allen Grund aufzumerken, denn hier gibt es nun wirklich einige Mitteilungen, die ihnen die Grenzen widerspruchsfreien Rechtsdenkens vor Augen führen.

I. Im Zentrum stehen dabei freilich ebenso einfache wie grundsätzliche Aussagen, denen gemeinsam ist, dass der praktisch arbeitende Jurist an ihnen nicht interessiert zu sein braucht, zum Beispiel, wenn behauptet wird, dass der Code Recht/Unrecht „nicht auf sich selbst angewandt“ werden kann, „ohne dass eine Paradoxie entstünde, die das weitere Beobachten blockierte“<sup>3</sup>.

Damit ist – etwas konkreter – gemeint, dass „die Regel, die Geltung erkennbar macht, nicht eine der geltenden Regeln sein“ kann. „Überhaupt kann es im System keine Regel geben, die die Anwendbarkeit/Nichtanwendbarkeit aller Regeln regelt“<sup>4</sup>. Anschaulicher wird das dann, wenn auf das Verfassungsrecht hingewiesen wird, das Normen kenne, „die festlegen, dass bestimmte Normen, sie selbst eingeschlossen, nicht geändert werden können“. Das laufe, heißt es dann weiter, „auf eine vieldiskutierte Paradoxie hinaus“<sup>5</sup>. Daraus folge, dass Unrecht erst einmal „in eine Rechtsform gebracht werden“ müsse, „um es rechtmäßiger Behandlung zu unterwerfen“<sup>6</sup>.

Weniger zugespitzt, aber näher am Rechtsleben sozusagen bewegen sich quer durch die ganze Rechtsgeschichte Äußerungen, die eine gewisse Ratlosigkeit zwar nicht zum Programm, wohl aber zu einer Art Hintergrundmusik machen, so dass den Juristen nicht recht wohl ist bei ihrer Arbeit. Die sich einstellenden Assoziationen oszillieren zwischen mehr oder weniger Gutes verheißendem Tiefsinn und fröhlichem bis bitterem Zynismus.

Zur ersten Gruppe gehört *Radbruchs* Verkündung der Antinomien der Rechtsidee. Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit behindern oder steigern einander – das ist eine Sache der Perspektive, und die ist am Ende von ganz persönlichen Erfahrungen, Hoffnungen und Ängsten bestimmt.

Das Zynische ist präsent in den „Eristischen Tricks“<sup>7</sup>. Eristik rangiert eine Stufe unter der Paradoxie. Das Historische Wörterbuch der Philosophie definiert Eristik als „Die leere Diskutierkunst der Sophisten“<sup>8</sup>. Sie bereitet das Erlebnis des Paradoxen vor, etwa mit Argumentationsfiguren wie die der „Inklusion“. Der topos lautet: „Was für das Ganze gilt, gilt auch für den Teil“, andererseits ist mit der „Betonung der Eigenfigur“ zu rechnen. Oder die Konfrontation von Meinungstreue und Denunziation eines Ergebnisses, dessen Widersprüchlichkeit die Folge seiner Lösung aus dem Kontext ist. Oder „Transitivität, wobei der argumentative Vorsprung davon abhängt, inwieweit man in der Lage ist, die qualifi-

\* Der Text beruht zum Teil auf wörtlicher Übernahme von Partien aus älteren Veröffentlichungen (*Lüderssen*, in: Kiewow/Ogorek/Simitis [Hrsg.], *Summa*, Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 367; *ders.*, *Produktive Spiegelungen* Bd. 2, *Recht in Literatur, Theater und Film*, 2007, S. 32 ff., 141 ff.; *ders.*, in: Roxin/Widmaier [Hrsg.], *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. 4, *Strafrecht, Strafprozeßrecht*, 2000, S. 883) und bringt diese mit Blick auf die zugespitzte Fragestellung des Symposiums und in Auseinandersetzung mit neuerer rechtstheoretischer Literatur à jour.

\*\* Der *Autor* ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie.

<sup>1</sup> Vgl. bei *Sainsbury*, *Paradoxien*, 1993, etwa S. 24 ff., 38 ff., 102 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Honneth (Hrsg.), *Befreiung aus der Mündigkeit*, 2002.

<sup>3</sup> *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 72.

<sup>4</sup> *Luhmann* (Fn. 3), S. 102.

<sup>5</sup> *Luhmann* (Fn. 3), S. 104 mit weiterer Literatur.

<sup>6</sup> *Luhmann* (Fn. 3), S. 170.

<sup>7</sup> *Simon*, *Eristische Tricks*, unveröffentlichtes Manuskript.

<sup>8</sup> *Waldenfels*, in: Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 2, 1972, S. 643.

zierbaren Faktoren herauszubekommen, von denen das jeweilige Verhältnis abhängt (topos: „Die Freunde meiner Freunde sind auch meine Freunde“).

Man sage nicht, Paradoxien seien etwas völlig anderes. Verfolgt man deren Fixierung weit zurück, so tauchen sehr vorsichtige Wendungen auf. „Paradox“ sind „Sachverhalte oder Aussagen über Sachverhalte, die der allgemeinen Meinung oder Erwartung zuwiderlaufen und deshalb zunächst unverständlich bleiben“. Dafür wird *Cicero* zitiert.<sup>9</sup> Später wird es zwar dialektischer, „deus a peccato per peccatum liberat“ („Gott befreit von der Sünde durch die Sünde“<sup>10</sup>). Aber das ist Theologie, und so warten wir auf „Aufklärung und Romantik“. „Zwischen dem Ich, das sich weiß, und dem Ich, das mit dem Selbstbewusstsein gegeben ist, tut sich ein Abgrund auf, der es ausschließt, beide Identitäten als mit sich identisch zu begreifen“<sup>11</sup>. Die folgende Epoche zieht sich wieder auf den „heuristischen Wert des Paradoxons“ zurück – berühmt und einflussreich ist die Definition *Goethes*: er spricht von Resultaten, „die, wenn wir nicht ihre Veranlassung wissen, als paradox erscheinen, uns aber nötigen, vermittelst eines umgekehrten Findens und Erfindens rückwärts zu gehen und uns die Filiation solcher Gedanken von weit her“ zu vergegenwärtigen.<sup>12</sup> Erst die moderne Logik und Mathematik gelangen wieder in die Nähe der Ausweglosigkeit der Theologie. Die Juristen aber sollten, darüber froh werdend, dass sie allmählich doch der alten Theologie entrinnen, sich nicht von einer neuen einfangen lassen; sie haben deren Puzzle-Spiele gar nicht nötig.

II. Denn sie stoßen in der Stufenfolge immer schwieriger und komplexer werdender Widersprüche tangential gleichsam zu Phänomenen vor, die durchaus jenen gleichen, die durch divinatorischen Zugriff, buchstäblich von oben also, zu Paradoxien erklärt werden. Der induktive Weg, auf dem die Juristen diese Einsicht gewinnen, bewahrt sie vor dem Vorwurf, sich hochgemuten Spekulationen zu überlassen, entzieht sie der wohlfeilen, die Lacher sofort auf ihre Seite ziehenden, versnobten Intellektualität.

1. Beginnen wir mit jener Sorte von Widersprüchen, für die sich inzwischen der topos „Missglückte Gesetze“ eingebürgert hat. Mit diesem Begriff eröffnet man sich den Zugang zu den Problemen besonders leicht, weil offensichtlich zu sein scheint, wie sie besser hätten gelöst werden können. Ein spezielles materielles Kriterium, das andeutet, man sei auf dem Wege zum Paradoxon, ist damit noch nicht benannt. Begibt man sich auf die Suche danach, welche Kriterien es denn sein könnten, die ein Gesetz zum misslungenen machen, so kann es freilich passieren, dass die Entscheidung für ein bestimmtes Kriterium den nächsten Fehler impliziert: ist das Kriterium falsch, so ist das Gesetz auf einmal nicht mehr misslungen. Unter den Kriterien, die gewöhnlich aufgezählt werden, sind unter anderem Klarheit, Kohärenz, Gerechtigkeit,

Zweckmäßigkeit, Wirksamkeit.<sup>13</sup> Doch jeder dieser Begriffe ist seinerseits interpretationsbedürftig und fehleranfällig, so dass, bleibt man auf dieser allgemeinen Stufe, kein Erkenntnisgewinn zu erwarten ist. Daher empfiehlt es sich vielleicht, einfach mit einer Behauptung zu beginnen, um dann zu sehen, wie weit sie trägt.

a) Nehmen wir als Beispiel die akzessorische Regelung der Strafbarkeit der Teilnahme einer Person an der Tat eines anderen. Die einschlägige Vorschrift des Strafgesetzbuchs setzt für die Haftung des Teilnehmers voraus, dass die Tat des Haupttäters ihrerseits Unrecht ist. Unrecht existiert nicht abstrakt, sondern immer nur als Ergebnis der Handlung einer Person. Wenn zwei dasselbe tun, so ist es nicht dasselbe, und so kann es geschehen, dass in der Person des Haupttäters etwas Unrecht ist, was in der Person des Teilnehmers kein Unrecht ist, etwa, wenn der Teilnehmer den Haupttäter veranlasst, seine, des Teilnehmers, Sache wegzunehmen (im Zuge einer der Verbrechensaufklärung dienenden Provokation). Für den Teilnehmer ist die Sache nicht fremd, also liegt für ihn keine Verletzung fremden Eigentums vor, während der Haupttäter fremdes Eigentum verletzt, denn für ihn ist die Sache fremd. Der Gesetzgeber hat auf diese Differenz keine Rücksicht genommen. Er hätte es auch nicht tun müssen, wenn seine Vorstellung vom Strafgrund der Teilnahme dahin gehen würde, dass man auch für die Hervorrufung oder Beteiligung an fremdem Unrecht haftet. Diese Position ist aber – wenn auch unter dem im Ganzen weiter gefassten Begriff der Teilnahme nicht nur an fremdem Unrecht, sondern an fremder Schuld – immer (von verschwindenden Ausnahmen abgesehen) abgelehnt worden. Die Erklärungen dafür, dass für die Realisierung des eigenen Unrechts des Teilnehmers auch erforderlich sein könnte, dass zusätzlich ein anderer – der Haupttäter – seinerseits Unrecht begeht, sind alle mehr oder minder verzweifelt. Niemand kann diese gesetzgeberische Regelung auf einen Begriff bringen. Seit 150 Jahren, etwa mit Beginn der Geltung des Reichsstrafgesetzbuchs, dem das zwanzig Jahre ältere Preußische Strafgesetzbuch zugrunde lag, ist das umstritten.

Man ist deshalb versucht, schon hier nach einer höheren Weisheit zu suchen, welche die Verneinung der Haftung für fremdes Unrecht harmonisiert mit der – Bestandteile der Haftung für fremdes Unrecht einbeziehenden – Haftung für eigenes Unrecht. Offensichtlich ein Paradoxon. Doch so lange alternative Lösungen, die in sich kohärent sind, möglich erscheinen – entweder die Einheitstäter-Lösung unter Verzicht auf jenen Bestandteil der Haftung des Teilnehmers auch für fremdes Unrecht, oder die alte Schuldteilnahmelösung, also die Herauslösung des Begriffs der Teilnahme aus dem Prinzip der Haftung für eigenes Unrecht – könnte man sagen, dass das geltende Recht nicht das letzte Wort hat. Freilich wird seine Interpretation an beiden Alternativen vorbei zäh aufrechterhalten. Ganz auszuschließen ist also nicht, dass hier schon das Paradoxon als letzte Auskunft

<sup>9</sup> *Probst*, in: Ritter (Fn. 8), Bd. 7, 1989, S. 82.

<sup>10</sup> *Probst* (Fn. 9), S. 85.

<sup>11</sup> *Hörisch*, Athenäum 13 (2003), 43 (48).

<sup>12</sup> *Probst* (Fn. 9), S. 87.

<sup>13</sup> *Dreier*, in: *Diedrichsen/Ders.* (Hrsg.), *Das missglückte Gesetz*, 1997, S. 1 (S. 2); *Arzt*, in: *Diedrichsen/Dreier* (a.a.O.), S. 17 (S. 17, 18), meint, man müsse auf die Intention des Gesetzgebers abstellen.

erreicht ist. Dann müsste man allerdings versuchen, dafür eine spezielle Legitimation zu finden. Das würde uns jetzt aber in den Sog der unendlichen „Strafgrund der Teilnahme“-Diskussion ziehen und soll deshalb offen bleiben.

b) Eine ähnliche Problematik kann man registrieren auf dem Gebiete der notwendigen Verteidigung oder, wie man auch sagt, der Pflichtverteidigung im Strafprozess. Hier gibt es zwei Fallgruppen. Einmal die Beschuldigten, die das Geld nicht haben, einen Wahlverteidiger zu bezahlen, zum anderen die Beschuldigten, die einen Verteidiger nicht haben wollen, aber haben sollen. Es liegt auf der Hand, welche Unterschiede hier bestehen. Die Regelung der Strafprozessordnung macht jedoch keinen Unterschied, sondern stellt für beide Fallgruppen dieselben Voraussetzungen auf. So lange es so war, dass auch den armen Beschuldigten keine Möglichkeit eingeräumt wurde, einen Verteidiger ihrer Wahl für die Bestellung zum Pflichtverteidiger vorzuschlagen, fiel das nicht auf. Inzwischen hat die Einsicht an Boden gewonnen, dass man bei der Zubilligung eines, wie man im Grunde sagen müsste, Armenrechtsverteidigers, großzügig sein muss, bei der Bestellung eines Zwangsverteidigers – dieser Begriff ist bereits eingeführt – aber restriktiv. Das Gesetz bietet dafür aber keine Handhabe, weil es eben unter einer Chiffre zwei verschiedene Fallgruppen regelt. Obwohl die Zwangsverteidigung nur ausnahmsweise stattfindet, während die Armenrechtsverteidigung in der Praxis die Regel ist, wird nicht die Armenrechtsverteidigung zum gemeinsamen Dach der Verteidigung gemacht, sondern die Zwangsverteidigung – unter der Devise, dass sie aus rechtsstaatlichen Gründen erforderlich sei. Damit kann nur gemeint sein, dass der Beschuldigte gleichsam vor sich selbst geschützt werden soll, während das bei den dem Beschuldigten willkommenen Pflichtverteidigern ja gar kein Argument ist.

Hier fragt sich, weshalb der Gesetzgeber nicht die erforderliche Klarheit schafft. Wieder ist nach der geheimen Weisheit zu forschen, die hinter der Vereinheitlichung des Unterschiedlichen stehen könnte. Noch schwieriger wird es, wenn eine weitere Prämisse bemüht wird, nämlich, dass Wahl- und Pflichtverteidiger dieselben Aufgaben haben. Wenn man diese Gemeinsamkeit ableiten würde aus dem Recht des Beschuldigten, sich jederzeit eines Verteidigers zu bedienen, gleichviel, ob er ihn bezahlen kann oder nicht, hätte sie ein ganz anderes Gesicht, als wenn der Typus der Verteidigung Pate stünde, die aus rechtsstaatlichen Gründen notwendig ist. Die Forderung, dass der Verteidiger gewisse Parteilichkeiten zu unterlassen habe (etwa zur Wahrheit verpflichtet sei, während der Beschuldigte das nicht ist), wird im Namen des Prinzips erhoben, dass der Verteidiger Organ der Rechtspflege sei. Das ist aber nur verständlich mit Blick auf den fürsorglich tätigen Verteidiger, also jenen ausnahmsweise dem Beschuldigten aufgezwungenen Verteidiger. Gäbe es diesen Verteidiger nicht, wäre die Idee, der Verteidiger könne ein Organ der Rechtspflege sein, gar nicht aufgekommen, sondern selbstverständlich würde man den Verteidiger wie andere Anwälte auch in erster Linie als Vertragspartner des Beschuldigten sehen.

Merkwürdig ist, warum diese Entwicklungen nicht wenigstens durch die Rechtsprechung korrigiert werden. Ähn-

lich wie beim Strafgrund der Teilnahme sind die alternativen Regelungen sichtbar, aber wiederum drängt sich die Vermutung auf, man habe es, weil der Widerstand gegen diese Verbesserungen so zäh ist, vielleicht doch mit versteckten Paradoxien zu tun. Oder liegt der Leugnung jener deutlich gemachten Differenzierungen die Strategie zugrunde, Fallgruppen, die für sich genommen dem Zugriff einer staatlich fürsorglichen Verteidigungskonzeption entzogen sind, ihr auf diesem Umwege dann doch zu unterwerfen? Widersprüche werden dann sozusagen in strategischer Absicht aufrechterhalten. Dass sie zu einer paradoxen Situation führen, wäre dann nur ein Schein.

2. Näher an eine reale Paradoxie rücken dann aber die Fälle, in denen der Widerspruch nicht nur strategisch aufrechterhalten wird, sondern eine sachliche Funktion hat. Dafür möchte ich nicht auf Beispiele schon vollzogener Gesetzgebung zurückgreifen, sondern die gegenwärtige, künftige Gesetzgebungen vielleicht vorbereitende, jedenfalls aber schon in den Gefilden der Justiz angelangte Rechtspolitik heranziehen. Gemeint sind Grenzfälle wie die so genannte Rettungsfolter und der Abschuss eines von Terroristen, in der Absicht, viele Menschen zu töten, eingesetzten Flugzeuges mit vielen unbeteiligten Passagieren an Bord. Hier ist die Strategie der Politiker zu beobachten, ein Verbot aufrecht zu erhalten und gleichzeitig seine Übertretungen zu programmieren. Das heißt, das Nebeneinander ist beabsichtigt. Ausnahmen vom dem Verbot sollen nicht nur zugelassen werden, vielmehr soll das Verbot auch für die Fälle, in denen man seine Verletzung sanktionslos lassen möchte, aufrecht erhalten bleiben. Im Strafrecht ist das technische Instrument dafür der Entschuldigungsgrund. Aber sowohl bei der „Rettungsfolter“ wie bei dem „Abschuss“ soll ja die Entschuldigung nicht nur das Zugeständnis an ein Nicht-anders-Handelnkönnen des jeweiligen Akteurs sein, vielmehr soll ihre Antizipation ihn zum Handeln ermutigen.

Man könnte dieses Paradoxon zum Anlass nehmen, jene Argumente zu Gunsten der Folter und des Abschusses endgültig zu verabschieden. Wer das anders sieht, muss die Inkorporation des Paradoxons in den Rechtsbetrieb akzeptieren. Nach dem Stand der Diskussion wäre das freilich noch relativ theoretisch.

3. Die Praxis ist dort erreicht, wo das Nebeneinander des Unvereinbaren bereits auf weiter Strecke anerkannt wird.

a) Hierfür steht die wohlbekannt Disharmonie zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten. Das Bundesverfassungsgericht verbietet mit starken Worten die Erhebung bestimmter Beweise – der Fall Sedlmayer: Die Zeugen werden auf unzulässige Weise getäuscht, und so kommt die Tatwaffe zum Vorschein – lässt aber die Verwertung dieser Beweise zu. Das ist nicht etwa das Ergebnis einer Abwägung, die ein Rechtsgut einem anderen vorzieht. So wäre es, wenn man mit Blick auf die Notwendigkeit der Aufklärung schwerster Verbrechen auch schon die an sich illegale *Beweiserhebung* zulassen würde. Vielmehr soll beides nebeneinander gelten, das Erhebungsverbot und die Verwertungserlaubnis. Eine Auflösung dieses Paradoxons wird gelegentlich mit dem Hinweis versucht, die Gerichte könnten sich auf diese Weise die Entscheidung für jeden Einzelfall offen hal-

ten: Erst einmal verbieten und dann sehen, was man am Ende wirklich macht. Die Paradoxie läge dann aber in dem Argument, das diese Strategie offen zu legen verbietet. Ginge es nur um ihre Verheimlichung, wären wir wieder bei jener schon besprochenen Vorstufe des Paradoxen. Aber was hier passiert, ist etwas anderes. Denn die *Absolutheit* des Nebeneinanders der beiden Bewertungen macht es den Gerichten ja gerade erst *möglich*, die Entscheidung offen zu halten.

b) Ein weiterer Anwendungsfall der in Kauf genommenen Widersprüchlichkeit ist die Geldwäsche-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Das aus einer Straftat des Mandanten stammende Honorar des Verteidigers soll zwar weiter unter den § 261 StGB fallen, die freie Berufsausübung des Wahlverteidigers soll aber dadurch nicht beeinträchtigt werden. Also stellt man so hohe Anforderungen an den Vorsatz des Anwalt-Täters, dass die Vorschrift ihn nicht erreicht, obwohl sie ihm weiterhin gilt.

c) Aber auch Fragen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, deren Antwort nicht kodifiziert ist, gehören hierher.

aa) Das ist einmal das Verhältnis von Schuld und Prävention. An sich ist Schuld etwas, wonach man retrospektiv fragt, so dass es im Zusammenhang mit Prävention *prima vista* nicht einleuchtet. Trotzdem hat sich die Konzeption entwickelt, die Valutierung der Schuld im konkreten Fall von präventiven Erwägungen abhängig zu machen, etwa so: Ein Verbotsirrtum – klassischer Fall eines Schuldproblems – wird für irrelevant erklärt, wenn man sagen kann, dass derjenige, dessen Fehlvorstellungen man zu beurteilen hat, mit Blick auf Genese und Intensität dieser Fehlvorstellungen als nicht resozialisierungsbedürftig erscheint. Das Paradoxe liegt darin, dass man die präventive Erwägung nicht anstellen kann, ohne gleichzeitig retrospektiv zu denken. Nun könnte man die retrospektive Rekonstruktion als Frage nach einer empirischen Voraussetzung für gelingende Resozialisierung auffassen. Man kann niemanden resozialisieren, der nicht einsieht, dass er sich für das, was ihm die Verurteilung eingetragen hat, verantwortlich fühlt. Aber so ist die dogmatische Verknüpfung von Schuld und Prävention nicht gemeint. Vielmehr wird schon die Entstehung der Schuld gleichsam präventiv organisiert, und damit der retrospektive Charakter des Vorwurfs eigentlich gestrichen. Die Gegner dieser Verknüpfung der beiden Aspekte werden auch nicht müde, darauf hinzuweisen. Aber in der Praxis setzt sich der Gedanke, man brauche jemanden nichts vorzuwerfen, wenn er keiner Sanktion bedürftig sei, doch durch. Wahrscheinlich, weil wir ein Verfahren, dass sich mit der Feststellung der Schuld ohne Sanktion begnügt, noch nicht haben. Man muss daher, wenn man diese Sanktion im Ergebnis nicht will, ein Vehikel finden, womit man Feststellungen, die nach dem geltenden Recht eine Sanktion nach sich ziehen muss, gar nicht trifft. Das Interessante ist nun, dass selbst bei Durchsichtigkeit dieses Motivs, das Konzept, nun endlich doch ein reines Feststellungsverfahren zu etablieren, nicht entwickelt wird. Offenbar, weil man einen solchen Einschnitt in die Strafprozessordnung nicht wünscht. Die Sanktion ist das Wichtigste und einzig Relevante im Strafprozess; man will sie deshalb nur dann nicht verhängen, wenn die Voraussetzungen dafür

wirklich nicht vorliegen. Unrecht und Schuld feststellen und dann doch keine Sanktion verhängen, widerstrebt einer festgefahrenen Vorstellung davon, dass Strafe sein muss. Da hilft man sich, indem man die Rechtsfolge, Strafe muss nicht sein, nicht selbständig begründet aus allerlei sozialen und vielleicht auch rechtspolitischen Erwägungen, sondern eine Konzeption findet, die in diesen Fällen erlaubt, auch das Vorliegen der Voraussetzungen für die Sanktion zu verneinen. Das ist eine Hypokrisie, aber sie ist gewollt – aus rechtspolitischen Motiven, denen man nachgehen müsste. Vorläufig bleibt es bei einer Paradoxie.

bb) Vergleichbares gibt es mit Blick auf das Verhältnis von Erfolg und Handlung. Sieht man einmal darüber hinweg, dass die Bezeichnung einer Rechtsgutsverletzung als „Erfolg“ eigentlich nicht angemessen ist, stellt sich das Problem, dass der Eintritt dieses Erfolges nicht etwas ist, was verboten werden kann. Verboten werden kann nur eine darauf gerichtete Handlung. Wenn dann der Zufall darüber entscheidet, ob diese Handlung auch zum „Erfolg“ führt, muss man die Relevanz dieses Umstandes extra begründen. Unrecht und Schuld liegen bereits vor, wenn die Handlung abgeschlossen ist, und erfahren durch das, was später passiert, weder eine Steigerung noch eine Abschwächung. Die Missachtung des Verbots ist jeweils die gleiche. Und doch unterscheiden wir zwischen Versuch und Vollendung in diesen Fällen mit Folgen für die Sanktion. Die landläufigen Erklärungen, die etwas utilitaristisch klingen, dass – wenn „jeder“ Handlungsunwert „bestraft würde – die Masse des zu verfolgenden strafbaren Verhaltens ins Unerträgliche wüchse, die Strafbarkeit des Versuchs also nur in relativ wenigen Fällen angeordnet wird (allerdings immer bei Verbrechen, während bei Vergehen eine Regelungsfreiheit besteht), ignoriert die verbreitete und starke Empfindung, dass „nach dem Erfolg geurteilt wird“. Zwei Paradigmen treffen hier aufeinander: Nur was von einem Verbot erfasst werden kann, kann Unrecht und Schuld sein. Bei einer gewissen Schwere der Rechtsgutsverletzung will man das aber nicht genügen lassen, sondern noch einen *malus* dazu nehmen. Nun könnte man sagen, dass dieser *malus* das Entscheidende ist und nur an die zusätzliche Voraussetzung einer vorhergehenden unrechten und schuldhaften Handlung geknüpft sein soll. Diese Kumulation der Haftungsvoraussetzungen wäre noch nicht widerspruchsvoll, wenn man überzeugende Gesichtspunkte dafür finden könnte, dass die schuldhafte Übertretung des Verbotes gewissermaßen nicht alles ist, vielmehr im Falle des eingetretenen Erfolges noch ein zusätzlicher Haftungsgrund besteht. Er könnte in dem Satz gefunden werden, „*versanti in re illicita omnia imputantur quae ex delicto sequuntur*“. Dieser Satz wird aber von der Schuld dogmatik kategorisch abgelehnt, weil er auch Fälle umfasst, in denen die Schuld sich auf das, was wirklich passiert, nicht erstreckt; der Täter hat diesen Erfolg nicht gewollt und auch nicht fahrlässig bewirkt. Das der Satz „*versanti in re illicita [...]*“ aber auch darüber entscheidet, es nicht bei der Sanktion für den abgeschlossenen Versuch zu belassen, womit also der schuldhafte Verbotsübertritt eigentlich abgeschlossen ist, darf nicht sein, denn dann könnte man diesen Satz nicht mehr ablehnen. Man will das aber, und trotzdem jenseits der Verbotsmaterie den Eintritt des Erfolges

zusätzlich bewerten. Noch einmal: Wenn man dafür eine jenseits der Verbotsmaterie sich bewegende überzeugende Erklärung fände, wäre ja alles in Ordnung. Dass man diese Erklärung nicht nur nicht findet, sondern auch nicht finden will, bezeichnet die Paradoxie. Der Satz, dass die Verbotsmaterie alles entscheidet, soll auch dann unangefochten bleiben, wenn seine Gültigkeit eigentlich durch andere Gesichtspunkte relativiert wird.<sup>14</sup>

4. Darüber hinaus gehen die Fälle, in denen das Neben- einander des Unvereinbaren nicht nur in Kauf genommen wird, sondern beabsichtigt ist. Das gilt für die Aufgaben, die ein agent provocateur im Rahmen der Strafverfolgung übernimmt. Dabei soll Material verwertet werden, dessen Effekt gerade in seiner Rechtswidrigkeit liegt. Der Provozierte muss überführt worden sein und strafbar, anderenfalls ist der Erfolg – im größeren Rahmen der Verbrechensbekämpfung eine „gefährliche Person aus dem Verkehr gezogen zu haben“ – nicht erreicht. Noch einmal und mit anderen Worten: Wenn die Verletzung von Rechtsnormen der einen Ordnung unumgänglich wäre, um die Ziele, die sich Rechtsnormen einer anderen Ordnung setzen, zu realisieren, könnte man geringeres Unrecht gegen größeres Recht gleichsam abwägen und das Ergebnis im Namen einer höheren Gerechtigkeit gutheißen. Aber die intendierte Strafbarkeit passt nicht in dieses Konzept. Denn ist für die Erreichung des höheren Rechtszieles erforderlich, dass gerade die Verletzung einer Rechtsnorm stattfinden muss, stehen sich nicht mehr unterschiedliche Rechtsgüter gegenüber, sondern einander ausschließende Zielsetzungen – dies allerdings unter der Voraussetzung, dass man die Rechtsordnung als eine Einheit begreift. Lässt man diese Voraussetzung fallen, dann gibt es Rechtsinseln, die miteinander nichts zu tun haben und sich frei bekämpfen. Damit wäre man aber erst recht außerhalb rechtlicher Ordnung. Ein Staat, der trotzdem auf agents provocateurs nicht verzichten und sie auch nicht mit halber Kraft arbeiten lassen will, befindet sich also entweder partiell im Krieg, oder definiert an dieser Stelle seine Rechtsordnung paradox.<sup>15</sup>

5. Das moderne Recht jedenfalls geht davon aus, dass Rechtsfragen einer dem Einzelfall vorweg gehenden mehr oder weniger allgemeinen Regelung zugänglich sind. Dort, wo das nicht der Fall ist und der Staat gleichwohl Regeln erlässt – sehenden Auges, dass eine Regelung unmöglich ist – kann man einen Akt symbolischer Gesetzgebung vermuten, aber auch eine Kapitulation vor dem Paradoxon registrieren.

<sup>14</sup> Genauer dazu *Lüderssen*, in: Putzke (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 209.

<sup>15</sup> An anderer Stelle (*Lüderssen*, in: Roxin/Widmaier [Fn.\*], S. 883 [S. 902]) habe ich versucht, für die Inkonsistenz, die sich hier auftut, eine der beiden berühmten Radbruch-Formeln zu bemühen: „Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, [...] da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur“. Daran gemessen ist die Entscheidung für ein Paradoxon ein Euphemismus.

a) Ein Beispiel liefern die Vorschriften über „Verdeckte Ermittler“. Diese dürfen, damit sie im Milieu nicht auffallen, in gewissem Umfang Regeln übertreten. So sieht es die Strafprozessordnung in den §§ 110 ff. inzwischen vor. Jedes Milieu wird aber früher oder später Bescheid wissen, welche Regeln von den verdeckten Ermittlern übertreten werden dürfen und welche nicht und als „Keuschheitsprobe“ etwas verlangen, was ihnen nicht gestattet ist, also etwa die Teilnahme an handfesten Verbrechen (die Regelungs-Thematik berührt sich hier mit der, wie oben skizziert, ebenfalls zu paradoxen Rechtssituationen führenden sachlichen Problematik des agent provocateur). Keine Regelung wird diesen nach Art einer Spirale sich entwickelnden infiniten Regress des jeweils als nicht regelbar übrig gelassenen Stoffs einholen können. Eine Gesetzgebung, die sich damit abfindet, steuert also ein Paradox an.

b) Ähnlich verhält es sich bei der die moderne Gesetzgebung zunehmend beschäftigenden Regelung der sogenannten Absprachen. Man legt fest, unter welchen Voraussetzungen Vereinbarungen über die Beweislage und die zu verhängenden Sanktionen verbindlich sein sollen. Es liegt in der Natur der Sache, dass jenseits dieser Regelungen jeweils wieder neue Konsense gesucht werden, gerade weil man mit diesen Regeln genauso unzufrieden ist wie mit dem Rechtszustand vor der Regelung der Absprachen.

6. Vielleicht muss man am Ende sogar das ganze Strafrecht unter das Fragezeichen dieser Grenzfigur des Rechts stellen.

Denn eindeutige Verhältnisse haben wir nur in extremen Konstellationen.

Einmal in Gemeinwesen, die das Strafrecht ganz sichtbar instrumentalistisch handhaben. Also in totalitären Staaten. Jeder sieht, dass dieses „Strafrecht“ durch und durch politisiert ist und seinen Namen, soweit es sich dabei um Recht handelt, nicht verdient.

Zum anderen in Gesellschaften, die keinen Kampf mehr kennen, in denen ganz durchgehend anerkannt ist, was sein soll und was nicht sein soll, etwa vergleichbar einer harmonischen Familie. Der Strafgedanke ist hier ein Ungedanke. Wenn es ihn doch noch gibt, dann nur als perveres Rückbleibsel vergangener Kampfeszustände und insofern auch noch als Indiz dafür, dass es mit dem Krieg immer noch nicht ganz vorbei ist.

Das Dilemma ist nun, dass die Gesellschaft, in der wir leben, weder dem einen, noch dem anderen Extrem zuzuordnen ist, sondern genau jenen Mittelzustand repräsentiert, der auf Strafe nicht verzichtet und dafür auch eine Reihe rechtlicher Begründungen anführen kann, diese aber nicht konsequent durchzuhalten in der Lage ist. Für solche Gesellschaften gilt, dass sie den Abschied von der Dichotomie „Freund – Feind“ noch nicht erreicht haben, der es ihnen erlauben würde, vom Strafen als Kampfmittel abzusehen; die Befriedung ist aber insgesamt doch so weit fortgeschritten, dass diese Kampfsituation weitgehend verschleiert bleibt und deshalb der Schein der Legitimation der Strafe entsteht. Wenn solche Gesellschaften durch ungewöhnliche Situationen an ihre Grenzen geführt werden, sieht man genau, was gemeint ist. Entweder: das Strafen wird (wieder) oder bleibt (noch) Kampfinstru-

ment. Doch der Alltag des Strafens liegt zwischen diesen beiden Extremen, und seine Diagnose wird bestimmt durch jenen Verschleierungseffekt. In dem Moment, in dem der Mangel an gemeinsamer Legitimationsüberzeugung so stark ist, dass sich die einzelnen Gruppen einfach nur mit der Strafe *bekämpfen*, hat man nicht mehr jenes unerklärliche Phänomen vor sich, sondern etwas sehr leicht zu Erklärendes; dort indessen, wo eben die vollständige kommunikative Ruhe eingekehrt ist, muss man sich mit der Existenz der Strafe gar nicht mehr arrangieren, weil sie – allenfalls – marginalen Charakter hat. Nur die modernen, aufgeklärten, rechtsstaatlichen, demokratischen Rechtsgesellschaften sind es also, in denen die Strafe jene so schwer erklärbare Funktion – noch – hat; wegen der Fülle rechtsstaatlicher Begrenzungen bleibt dieser Tatbestand unentdeckt, und man denkt, man habe mit der Legitimation der Begrenzungen der Eingriffe eine Legitimation auch der Strafe. So lange die Gesellschaft das Recht noch braucht, ist das also ein Zeichen dafür, dass der Gegensatz von Macht und Partizipation nicht aufgehoben ist. Eine Strafrechtsgesellschaft ist mithin förmlich dadurch definiert, dass es auf der einen Seite überschießende, nicht kontrollierbare Machtanteile, und auf der anderen Seite das Recht gleichsam unterlaufende Partizipationsanteile gibt. Dieses Strafrecht ist demnach eine Organisationsform paradoxaler Kriminalpolitik.

III. Gegenwärtig scheint die allgemeine Rechtstheorie bei Paradoxien noch für „prinzipielle Unentscheidbarkeit“ zu optieren. Kollisionen hingegen könne man „durch Entscheidung zwischen Alternativen auflösen“; auch sei ein Kompromiss denkbar. „Beide Wege sind bei Paradoxien verstellt“. Andererseits heißt es: „Sie bergen destruktive, [...] Potentiale, zugleich aber auch produktive, schöpferische Möglichkeiten“<sup>16</sup>.

Wie soll man da herauskommen? *Luhmann*, der uns die moderne Version dieser verzweiferten Diagnose beschert hat, meint: „Paradoxien sind die einzige Form, in der Wissen *unbedingt* gegeben ist“. Deshalb sucht er nach etwas Vergleichbarem und findet es im transzendentalen Subjekt, „dem *Kant* und seine Nachfolger einen Direktzugang zu unkonditioniertem, a priori gültigem, aus sich selbst heraus einsichtigem Wissen zugemutet hatten“<sup>17</sup>. Für die positivistische Methodologie des 19. und 20. Jahrhunderts war das immer noch zuviel Metaphysik. Wenn wir schon darauf angewiesen sind, so mag *Luhmann* gedacht haben, mit letzten Unbegreiflichkeiten umzugehen, dann doch lieber wenigstens in der gesellschaftlichen Realität. Sie ist voller Paradoxien, und „sie

treten“, meint *Luhmann* deshalb, „an die Stelle des transzendentalen Subjekts“<sup>18</sup>. Aber dessen Absolutheit ist ja durch moderne Idealismus-Forschungen ziemlich in den Hintergrund gedrängt worden. Insbesondere die Empirie „zur Unhintergebarkeit von Individualität“<sup>19</sup> hat die Akzente verschoben. Die Psychologie der Introspektion führt an die Quellen des Selbstbewusstseins, das schon „Geist und Gesellschaft“ des letzten Jahrzehnts im 18. Jahrhundert zum Mittelpunkt des Interesses machten.<sup>20</sup> Wenn die Entzauberung des transzendentalen Ichs fortschreitet, ist vielleicht auch für die „Parallelerscheinung“ des Paradoxon etwas zu erwarten, im Sinne einer zu neuen Erfahrungen einladenden Intuition, mit einem Anspruch, den die Wissenschaft nicht, wohl aber vielleicht die Kunst einlösen kann.

Schon vor Jahren hat *Dieter Simon* das Buch von *Daniel Fulda*, „Wissenschaft aus Kunst“<sup>21</sup>, vorgestellt<sup>22</sup>, und – sich darauf beziehend – von einem „Maximalprogramm [...] für konstruktivistisch aufgeklärte Untersuchungen“ gesprochen, das darauf hinausläuft, „die Differenz zwischen wissenschaftlichem und literarischem Diskurs überhaupt zu negieren“<sup>23</sup>. Das kann man ja einmal versuchen.

In der Tat, die Literatur hat es immer gewusst.

1. „Richtiges Auffassen einer Sache und Missverstehen der gleichen Sache schließen einander nicht aus“, sagen „die Erklärer“ in der Erzählung vom Türhüter.<sup>24</sup> Dies ist die „Logik“ des Traumes, der *Franz Kafkas* Roman „Der Prozess“ folgt. Sie entwickelt wie kein Text zuvor die Paradoxien,<sup>25</sup> denen die Welt des Strafrechts nicht ausweichen kann.

Im Zentrum steht die Situation, dass der Beschuldigte nicht weiß, was ihm vorgeworfen wird. Damit beginnt die Geschichte im „Prozess“. In vielen Varianten erneuert sich diese Situation, auch mit Blick auf die Handlungsmöglichkeiten, niemand weiß, wogegen sich die erste Eingabe zu richten hat, sie kann daher nur zufälligerweise etwas enthalten, was für die Sache von Bedeutung ist. „Unter diesen Verhältnissen ist [...] die Verteidigung in einer sehr ungünstigen und schwierigen Lage, aber auch das ist beabsichtigt“<sup>26</sup>. Das sind die bekannten Muster machtorientierter Justiz, in Europa durch die totalitären Regime des vergangenen Jahrhunderts noch einmal grell ins Bewusstsein gehoben und für die Zukunft keineswegs überwunden, sondern womöglich in die mühsam erkämpfte rechtsstaatliche übersichtlicher gewordene Ordnung zurückflutend.

<sup>18</sup> *Luhmann* (Fn. 17), S. X.

<sup>19</sup> *Frank*, Die Unhintergebarkeit von Individualität, 1986.

<sup>20</sup> *Ziolkowski*, Das Wunderjahr in Jena, Geist und Gesellschaft 1794-1795, 1998.

<sup>21</sup> *Fulda*, Wissenschaft aus Kunst, Die Entstehung der modernen deutschen Geschichtsschreibung 1760-1860, 1996.

<sup>22</sup> *Simon*, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 220.

<sup>23</sup> So der Bericht bei *Fulda* (Fn. 21), S. 464.

<sup>24</sup> *Kafka*, Der Prozess, Fischer Taschenbuch Verlag, 1976, S. 142.

<sup>25</sup> Generell zur Bedeutung der Paradoxie für Kafkas Perspektive auf das Recht: *Hiebel*, Die Zeichen des Gesetzes, Recht und Macht bei Franz Kafka, 2. Aufl. 1989, S. 21 ff.

<sup>26</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 73.

<sup>16</sup> *Teubner*, in: Joerges/ders. (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2004, S. 25 (S. 28 bzw. 31); s. auch *Kevelson*, Peirce, Paradox, Practice – The Image, The Conflict and the Law, 1990; *Kiesow*, Das Alphabet des Rechts, 2004, S. 247, ferner S. 33, 145, 151, 254, 274: zur fächerübergreifenden Diskussion s. Gumbrecht/Pfeiffer (Hrsg.), Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen einer offenen Epistemologie, 1991; s. ferner *Amstutz*, in: Teubner (Hrsg.), Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit, 2008, S. 125 ff.

<sup>17</sup> *Luhmann*, Die Religion der Gesellschaft, 2000, S. 231.

Da die Akteure Menschen sind, lässt sich die Abstraktion des Ungewissen nicht ganz durchhalten, und so entstehen die schiefen Situationen: „Dann aber einmal, überraschenderweise und ohne besonderen Grund lassen sie sich durch einen Scherz, den man nur deshalb wagt, weil alles aussichtslos scheint, zum Lachen bringen, und sind versöhnt“<sup>27</sup>. Aber diese flüchtigen „Beziehungen zu den Beamten“ helfen nicht lange, „denn sie selbst wissen nichts“.

Irgendwann tritt bei *Kafka* der Prozess in ein Stadium, „wo keine Hilfe mehr geleistet werden darf, wo ihn unzugängliche Gerichtshöfe bearbeiten, wo auch der Angeklagte für den Advokaten nicht mehr erreichbar ist“<sup>28</sup>. Dem entspricht es, dass „nicht anerkannte Stellungen einflussreicher als die anerkannten“ sind,<sup>29</sup> etwa die des Gerichtsmalers. Dazu passt ferner, dass keine öffentlichen Folgerungen aus dem gezogen werden, „was zwischen vier Augen gesagt ist“<sup>30</sup>. Das kennt man von den „Absprachen“ im gegenwärtigen Strafjustizsystem und sieht sich auf einmal im Sog einer aus unbegrenzten Phantasien kommenden Kritik an dieser eigentlich eher pragmatisch aufgefassten Praxis. Die Gewissheitsverluste führen allerdings nicht nur zu einer sich auf Erfahrbares beschränkenden Bescheidenheit, sondern auch ins Dunkle. K. weiß inzwischen: „Meine Unschuld vereinfacht die Sache nicht. [...] es kommt auf viele Feinheiten an, in denen sich das Gericht verliert. Zum Schluss aber zieht es von irgendwoher, wo ursprünglich gar nichts gewesen ist, eine große Schuld hervor“<sup>31</sup>.

Sind die Entwicklungen so unwägbar, dann überrascht auch die Feststellung nicht mehr, dass die Angeklagten in der Zeit des Prozesses „zuversichtlicher“ sind, „als nach dem Freispruch“<sup>32</sup>. Der Prozess ist das eigentliche Leben. Dass die Richter „ja schon beim Freispruch“ die nächste „Verhaftung vorhergesehen“ haben,<sup>33</sup> erinnert an die Gewohnheit der Gestapo, freigesprochene oder mild bestrafte Angeklagte anschließend ins KZ zu bringen. Das Praktische am Totalitären stellt die Verbindung zum Nicht-Totalitären her, eröffnet einen Zugang zu Grauzonen, worauf etwa die in den Medien kolportierten Ideen aus Regierungskreisen deuten, man müsse im Kampf gegen den Terrorismus auch Menschen festnehmen, bei denen sich der Verdacht noch nicht auf eine bestimmte Tat beziehe.

Diese Grauzonen provozieren Ambivalenzen. „Die Verschleppung besteht darin, dass der Prozess dauernd im niedrigsten Prozess-Stadium erhalten wird“<sup>34</sup>. Andererseits: „Der Prozess hört zwar nicht auf, aber der Angeklagte ist vor einer Verurteilung fast ebenso gesichert, wie wenn er frei wäre. Gegenüber dem scheinbaren Freispruch hat die Verschleppung den Vorteil, dass die Zukunft des Angeklagten weniger unbestimmt ist, er bleibt vor dem Schrecken der plötzlichen

Verhaftung bewahrt“<sup>35</sup>. Allerdings kann der Prozess „nicht stillstehen, ohne dass wenigstens scheinbare Gründe dafür vorliegen. Es muss deshalb im Prozess nach außen hin etwas geschehen. Der Prozess muss eben immerfort in dem kleinen Kreis, auf den er künstlich eingeschränkt worden ist, gedreht werden“<sup>36</sup>.

Die Apotheose des Prozesses geht so weit, dass der Advokat<sup>37</sup> meint, wenn man den richtigen Blick dafür habe, finde „man die Angeklagten wirklich oft schön [...]. Es kann nicht die Schuld sein, die sie schön macht [...], es sind doch nicht alle schuldig, es kann auch nicht die künftige Strafe sein, die sie jetzt schon schön macht, denn es werden doch nicht alle bestraft, es kann also nur an dem gegen sie erhobenen Verfahren liegen, das ihnen irgendwie anhaftet“<sup>38</sup>. Später sagt – im Dom – der Geistliche, „das Urteil kommt nicht mit einem Mal, das Verfahren geht allmählich ins Urteil über“. Und so erklärt sich auch die „Einfalt des Türhüters [...]. Man sagt, dass er das Innere des Gesetzes nicht kennt, sondern nur den Weg, den er vor dem Eingang immer wieder abgehen muss“<sup>39</sup>.

Der Schluss des Romans scheint allerdings eindeutig zu sein. „[...] an K.'s Gurgel legten sich die Hände des einen Herrn, während der andere ihm das Messer ins Herz stieß und zweimal dort drehte. Mit brechenden Augen sah noch K., wie nahe vor seinem Gesicht die Herren Wange an Wange aneinandergelehnt die Entscheidung beobachteten. ‚Wie ein Hund‘ sagte er, es war als wollte die Scham ihn überleben“. Doch man weiß, dass K. sich längst mit seinen Richtern heimlich zu identifizieren begonnen hat. Dem entspricht, dass er am Ende glaubt, „dass es seine Pflicht gewesen wäre, das Messer, als es von Hand zu Hand über ihm schwebte, selbst zu fassen und sich einzubohren“<sup>40</sup>. Es passiert nur nicht. Das quittiert *Kafka* mit der Bemerkung: „Die Logik ist zwar unerschütterlich, aber einem Menschen, der leben will, widersteht sie nicht“<sup>41</sup>. Selbst das ist nicht die letzte Reduktion. Vielmehr bürdet *Kafka* den Fehler, der darin liegen könnte, dass er sich retten möchte, dem auf, „der ihm den Rest der dazu nötigen Kraft versagt hatte“<sup>42</sup>. Der Schöpfer des Lebens ist es offenbar, der das „ich in der absurden Welt“<sup>43</sup> des Rechts allein lässt und damit die Paradoxie besiegelt. Dem Urvertrauen, das nach *Freud* eine Mindestvoraussetzung für ein gelingendes Leben ist, steht hier also das Ur-Misstrauen

<sup>27</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 77.

<sup>28</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 78.

<sup>29</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 95.

<sup>30</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 75.

<sup>31</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 96.

<sup>32</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 102.

<sup>33</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 103.

<sup>34</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 104.

<sup>35</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 104.

<sup>36</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 104.

<sup>37</sup> Seine Gestalt im „Prozess“ hat eine spezielle Literatur hervorgebracht, dazu: *Sterzenbach*, in: Weber (Hrsg.), *Recht und Juristen im Bild der Literatur, Recht, Literatur und Kunst in der Neuen Juristischen Wochenschrift*, 2005, S. 165 ff.

<sup>38</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 120.

<sup>39</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 142.

<sup>40</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 149.

<sup>41</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 149.

<sup>42</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 149.

<sup>43</sup> *Hebell*, *Rechtstheoretische und geistesgeschichtliche Voraussetzungen für das Werk Franz Kafkas*, 1993, S. 140.

gegenüber: Das Leben hat „vor lauter Überzeugungskraft keinen Platz in sich für Recht und Unrecht“<sup>44</sup>.

Die Paradoxien sind für *Kafka* der Beleg für die Unmöglichkeit des Rechts.

Als interpretatorisches Problem bleibt die Verknüpfung der persönlich okkupierten Semantik des Rechts mit dessen von *Kafka* ebenfalls reflektierten substanziellen Gehalt. Man kann darin sowohl eine Re-Archaisierung sehen wie eine Antizipation ganz modernen Rechtsdenkens, etwa unter Bezugnahme auf *Niklas Luhmann*, der die Inkompatibilität „reiner“ Systeme denunziert und damit eine Welt des Paradoxen etabliert. Begünstigt werden gesellschaftliche Wahrnehmungen dieser Art sicher durch bei *Kafka* häufig belegte persönliche Erlebnisse von der „Unreinheit“ rechtlicher Verhältnisse, auf der Basis eines durch die Sensibilität des poetischen Talents beförderten Rechtsgefühls. In dessen Perfektion liegt aber gleichzeitig auch die Gefahr der Überforderung, wie uns *Kleist*s „Michael Kohlhaas“ lehrt. Der „kraftsparende Trieb nach Einheitlichkeit des Vorstellens“ (*Georg Simmel*) ist nicht die reifste Position. Paradoxie kann auch ein Ausdruck gesteigerter, einfacher Auflösung sich entziehender Komplexität sein, gerade auch wegen des Anteils des Persönlichen.

2. Das wird in einem sehr lesenswerten Roman anschaulich, der knapp ein halbes Jahrhundert nach *Kafka* vergleichbare Umstände der kirchlichen Gerichtsbarkeit analysiert – wiederum nicht abstrakt, sondern anhand des Schicksals der Intervention, die ein aus dem kommunistischen Polen kommender junger Mann für seinen Vater, der als kirchlicher Justitiar Schwierigkeiten mit seinem Bischof hat, bei der Rota in Rom unternimmt. „Das Amt“ heißt dieses 1962 in Deutschland unter dem Titel „Audienz in Rom“ im Verlag Volk und Wissen erschienene Buch. Sein Verfasser ist *Tadeusz Breza* (1905-1970), ein in Polen hoch geschätzter Autor, der von 1955 bis 1959 Kulturattaché der polnischen Regierung in Rom war. Auch hier gibt es einen Advokaten, der seinem Klienten die Maschinerie des Rechts erklärt: „Sie stellt eine imposante Wirklichkeit für sich dar, die alle anderen ihrer Art durch ihre Tiefe, durch ihre Abstraktheit, durch ihre Vielschichtigkeit übertrifft. Denn bedenke, außer allen irdischen und menschlichen Dimensionen berücksichtigt sie noch eine weitere: die ‚mystische‘, so dass sich „die augenblickliche Wirklichkeit mit der unsterblichen kreuzt“<sup>45</sup>.

Im Kern geht es darum, dass man zuerst wissen muss, „was die Monsigniori in der Rota und außerhalb der Rota als Wahrheit hinzunehmen bereit sind, ehe man irgendeine Wahrheit [...] zu lancieren beginnt“<sup>46</sup>. Angesichts dessen, dass „die Curie [...] ein Labyrinth, ein Mechanismus mit hundert, mit tausend Unbekannten“ ist,<sup>47</sup> sind die Aussichten, in dieses letzte Stadium des Verfahrens zu gelangen, gering. Aber damit nicht genug: „Außer der Gerechtigkeit, von der Du sprichst, gibt es noch Dutzende andere Rücksichten. Kei-

ne davon außer Acht zu lassen – das ist das Wesen unserer Arbeit und unserer Berufung“<sup>48</sup>. Auch bei *Breza* ist es vor allen Dingen der Advokat, der hier Bescheid weiß, der „eine unvergleichliche Übung darin hat, den eigentlichen Sinn der Worte meiner Partner zu erfassen. Stellen, die mir dunkel schienen, erhellte er rasch und untrüglich. Da er den Text überschaut, musste ich annehmen, dass er auch die Begleitumstände, alle jene Pausen und Kleinigkeiten, die sich während meiner Gespräche ergeben hatten, richtig einschätzte“<sup>49</sup>. Dazu gehört ein gleichzeitiges Vorgehen auf vielen Ebenen, und der Anwalt gibt zu, dass „die Zufälle und die Unberechenbarkeit bei dieser Taktik unerträglich“ seien. „Aber wer sich daran gewöhnt hat, der wird sie nicht aufgeben wollen. Bei diesem Modus ist niemals etwas vorzeitig entschieden, unwiderruflich erledigt oder von Ausnahmen ausgenommen. Nie hat man völlige Gewissheit, aber man bleibt auch nie ohne einen Funken Hoffnung. Das ist wunderbar“<sup>50</sup>.

In dem Roman von *Breza* ist gleichwohl vieles konkreter als bei *Kafka* – nicht nur der Ausgangspunkt –, sondern auch die Reaktion des Klerus. Dabei spielt eine Rolle, dass der Bittsteller aus einem Lande kommt, „in dem die Feinde unserer Kirche herrschen“<sup>51</sup>, woraus sich Verdachtsmomente ergeben, die pikanterweise von der polnischen Emigration in Rom geäußert werden: Die Befremdung „ist durchaus begreiflich, wo es sich um Menschen handelt, die hinter dem Eisernen Vorhang hervorkommen“, sagt die polnische Frau des Advokaten, und der polnische Schwiegersohn ergänzt: „die bemüht sind, hinter den Vorhang aus Weihrauch zu gelangen“<sup>52</sup>. Der Bischof stirbt, und man spricht im Vatikan eine Weile von dem Plan seiner Seligsprechung. Damit sinken die Aussichten für die Rehabilitierung des Vaters auf null. Aber es gibt Gegenströmungen, und sein Sohn bleibt optimistisch. Die schließlich ergehende scheinbar günstige, in Wahrheit nichtssagende Entscheidung lässt den Fall immerhin in der Schwebe.

3. Alle Hoffnung aber verliert man wieder dort, wo sich kirchliche Traditionen mit archaischen Verhältnissen verbinden. *Salvatore Satta* (1902-1975) beschreibt in seinem – in Italien 1979, auf Deutsch 1983 bei Suhrkamp publizierten und von *Walter Boehlich* alsbald in den Rang großer Literatur gerückten – Roman „Der Tag des Gerichts“ unbedeutende Advokaten in Nuoro, einer kleinen Stadt im Inneren Sardinien, die nie ein Gesetzbuch aufgeschlagen haben, wie sie nachmittags im Café Tettamanzi parlieren. Zusammen mit den vielen, nur institutionell legitimierten Priestern, ohne Aufgabe und Glauben, in armen Verhältnissen, repräsentieren sie eine Gesellschaft, für deren Mitglieder es am wichtigsten ist, „einen Prozess zu haben. Es ging nicht darum, ihn zu gewinnen oder zu verlieren, denn dann wäre der Prozess zuende gewesen. Der Prozess war ein Teil der Persönlichkeit“<sup>53</sup>, für die es keine Wahrheit gibt, sondern nur Notwen-

<sup>44</sup> Brod (Hrsg.), Franz Kafka, Tagebücher 1910-1920, 1986, S. 408; dazu *Ferk*, Recht ist ein Prozess, Über Kafkas Rechtsphilosophie, 1999, S. 60.

<sup>45</sup> *Breza*, Audienz in Rom, 1963, S. 329.

<sup>46</sup> *Breza* (Fn. 45), S. 107.

<sup>47</sup> *Breza* (Fn. 45), S. 329.

<sup>48</sup> *Breza* (Fn. 45), S. 330.

<sup>49</sup> *Breza* (Fn. 45), S. 103.

<sup>50</sup> *Breza* (Fn. 45), S. 106.

<sup>51</sup> *Breza* (Fn. 45), S. 185.

<sup>52</sup> *Breza* (Fn. 45), S. 75.

<sup>53</sup> *Satta*, Der Tag des Gerichts, 1983, S. 295.



digkeit. Diese letzte Wendung stammt freilich aus *Kafkas* „Prozess“<sup>54</sup>.

Sie könnte auch von *Salvatore Satta* sein (einem Rechtsprofessor, den seine Kollegen zum Mythos erklärt haben)<sup>55</sup>, eine Allusion vielleicht auf sein etwas aus dem Rahmen des juristischen Handwerks fallendes Werk: „Il mistero del processo“<sup>56</sup>. Davon ausgehend, dass das Recht sich immer am wirklichen Leben zu orientieren habe, wendet *Satta* eine Methode des „non so come“ (ich weiß nicht, wie) an, um die Vereinbarkeit von Staat und Realität oder Staat und Mensch zu erreichen. Eingedenk der Äußerung *Goethes*, dass die Natur „so wenig systematisch“ sei, scheint ihm die Distanz zwischen ‚Leben‘ und ‚Recht‘ immer größer zu werden. Unter dem Eindruck der Nürnberger Prozesse spricht er von einem „schmerzlichen Rätsel“ (mistero doloroso). Jeder Prozess sei mit einer Eigendynamik ausgestattet, die ihn dem Leben selbst entfremde. Die offiziellen Zwecke des Prozesses, nämlich der Wille des Gesetzes (volontà della legge) und die Verteidigung des Rechts des Individuums (difesa del diritti soggettivo), sind sekundär; *Satta* kommt zu dem Schluss, dass der Zweck des Prozesses zwar das Urteil sei. Dieses aber sei mit dem Prozess wiederum identisch, woraus folge, dass der Prozess dann doch ein Selbstzweck sei. Somit sind Prozess und Urteil die einzigen Akte ohne Zweck: Darin sieht *Satta* das Paradoxon des Prozesses und auch des Lebens. Ein Beweis für diese These ist das Jüngste Gericht (giorno del giudizio), das den Menschen einen Begriff von der „göttlichen“ und damit „anti-humanen“ Natur des Prozesses gebe, die auch im irdischen Prozess präsent sei.

Im Roman freilich ist die Ideologie des ewigen Prozesses in eine grelle Normalität getaucht. Das Mysterium beginnt beim Einzelnen und endet bei ihm. „Dass er geboren wurde und starb [...], das verleiht ihm eine Wirklichkeit im Konkreten, denn die Geburt und der Tod sind die beiden Augenblicke, in denen das Unendliche endlich wird [...]“.

IV. In dem erstaunlich avancierten Buch von *Thomas Vesting*, „Rechtstheorie“<sup>57</sup>, werden theoretische Folgerungen, die man an diese literarischen Analysen anschließen könnte, deutlich, die hier ein wenig ausgebreitet werden sollen. „Mit dem Rekurs auf Momente wie ‚Unentscheidbarkeit‘ und ‚Ungewissheit‘ verfolgen wir keine Neuauflage des Dezisionismus“, schreibt *Vesting*.<sup>58</sup> „Die einzelne Entscheidung“, heißt es weiter, sei „immer durch die Anschlussträger eines Netzwerks an Entscheidungen gebunden; das Mysterium der Entscheidung liegt allein darin, dass der Augenblick der Entscheidung selbst dunkel, uneinholbar, abwesend bleibt. Die Funktion der Deliberation ist daher nur paradox zu fas-

sen: Sie dient der provisorischen Bindung an Ungewissheit, d.h. dem Schutz in das Vertrauen der Stabilität der rechtlichen Regelbestände (Erwartungssicherheit), aber zugleich, ja in einem in einer dynamischen Gesellschaft vielleicht sogar primär, der Ermöglichung des Neuen (Variation)“<sup>59</sup>. Daraus zieht *Vesting* den Schluss, dass die neuere Methodendiskussion zeige, „am ‚Anfang‘ stehe nicht Rationalität und Gerechtigkeit, die vorausgesetzt oder gefunden werden können, sondern das Mysterium der Entscheidung“, und dann wird *Walter Benjamin* zitiert mit seinem berühmten Artikel über die Kritik der Gewalt, mit seinem Hinweis auf die „entmutigende Erfahrung von der letzten Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme“<sup>60</sup>. Bis in die Wortwahl hinein ist das die Thematik des später *Salvatore Satta*. Ist es ein Zufall, dass gerade dieser Autor am Ende seines Lebens eine sehr persönlich gefärbte, in die frühe Jugend rückreichende Autobiographie schreibt, die obendrein große literarische Anerkennung erfahren hat?<sup>61</sup>

V. Deshalb kann man verstehen, dass die Praxis, ohne sich darüber freilich ausdrücklich Rechenschaft zu geben, angesichts derartiger mehr oder weniger, vielleicht auch antizipierter Probleme in einen narrativen Argumentationsstil flüchtet, bei dem man sich natürlich fragen muss, ob die narrativen Anteile auf Larvierung der eigentlichen Schwierigkeiten hinaus laufen, oder aber ein Ausdruck sich selbst befreiender Kreativität sind. Wir sind insofern in einer günstigen Ausgangslage, als gerade die – oben als Anwendungsfall für paradoxes Entscheiden aufgeführte – Praxis der Einsetzung von agents provocateurs die höchstrichterliche Rechtsprechung zu dem Argumentationsstil hat greifen lassen, der hier zur Überprüfung ansteht. Die Rechtsprechung hat sich nie zu einer völligen Verwerfung der Einsetzung von agents provocateurs bestimmen lassen, wohl aber gleichsam Abschwächungsmechanismen entwickelt, indem sie ihre entscheidenden Argumente in die Strafzumessung und die Beweiswürdigung verlagert, also dorthin, wo nicht dogmatisch-begriffliche Abgrenzung den Ausschlag gibt, sondern eben etwas anderes.

1. Lassen wir zunächst die Strafzumessungsentscheidungen auf uns wirken. Ihre „Gründe“ sind eine gleitende Skala von Darstellung und Würdigung der Sachverhalte. Hier ein Beispiel:

BGH, Urt. v. 20.3.1985<sup>62</sup>.

Die Entscheidung formuliert zunächst einige Prämissen:

„Die Grenzen zulässiger Tatprovokation können überschritten sein, wenn der Lockspitzel in nachhaltiger Weise – etwa durch wiederholte, länger andauernde Überredungsversuche, intensive und hartnäckige Beeinflussung – auf den Täter einwirkt“.

Dann geht sie zum Sachverhalt über:

<sup>59</sup> *Vesting* (Fn. 57), S. 118. Dort auch weitere sehr interessante Ausführungen über die Rolle, welche der französische Philosoph *Derrida* in diesem Zusammenhang in der Auseinandersetzung mit *Luhmann* spielt.

<sup>60</sup> *Benjamin*, Zur Kritik der Gewalt (1921), 1965, S. 54.

<sup>61</sup> S. dazu *Lüderssen* (Fn. 28), S. 131 ff.

<sup>62</sup> BGH StV 1985, 272.

<sup>54</sup> *Kafka* (Fn. 24), S. 144.

<sup>55</sup> Ausführlicher hierzu *Lüderssen*, Produktive Spiegelungen, Bd. 2, Recht in Literatur, Theater und Film, 2007, S. 131 ff.

<sup>56</sup> Erst nach seinem Tode 1994 veröffentlicht; in der Biographie, die in dem Buch von *Stacchini*, Come in un giudizio, vita di Salvatore Satta, 2002, auf S. 169 vor allem mitgeteilt ist, wird das Buch unter die „literarischen“ Werke *Salvatore Sattas* gerechnet.

<sup>57</sup> *Vesting*, Rechtstheorie, 2007.

<sup>58</sup> *Vesting* (Fn. 57), S. 118.

„Diese Merkmale lagen im hier zur beurteilenden Falle nicht vor. Allerdings hatte der Angekl., erstmals von Z. auf die Besorgung von Heroin angesprochen, erklärt, er kenne weder Leute, die ihm Heroin beschaffen könnten, noch wolle er etwas damit zu tun haben. Als er aber erneut von Z. auf die Möglichkeit, Heroin zu beschaffen, angesprochen wurde, lehnte er weder ab noch sagte er zu, sondern reagierte mit inhaltlichen Erklärungen, weil er in der Hoffnung, doch noch eines Tages Arbeit vermittelt zu bekommen, den Kontakt zu K. und Z. nicht völlig abbrechen wollte. Kurz darauf bekam er Kontakt zu einem Landsmann, der erklärte, Heroin besorgen zu können, rief daraufhin Z. an, vereinbarte mit ihm ein Treffen, lieh sich ein Kfz und fuhr, zusammen mit dem Heroinlieferanten, zum verabredeten Treffpunkt, wo er alsdann über den Verkauf von 1 Kilogramm Heroin verhandelte“.

Jetzt kommt ein Stück Wertung:

„Angesichts dieses Verlaufs kann von einer nachhaltigen, intensiven und hartnäckigen Beeinflussung des Angekl. durch den Lockspitzel hier keine Rede sein,“

Aber das ist nur ein Satz, sofort geht es mit dem Sachverhalt weiter.

„denn der Angekl. hat Zs. Ansinnen, ihm Heroin zu besorgen, nur beim ersten Mal ausdrücklich abgelehnt, der bloßen Wiederholung dieses Vorschlags dann aber keinen Widerspruch mehr entgegengesetzt und – ohne besonders bedrängt oder unter Druck gesetzt worden zu sein – alsbald eine sich ihm bietende Gelegenheit wahrgenommen und eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten entfaltet, um ein Rauschgiftgeschäft beträchtlichen Umfangs zustande zu bringen“.

Nunmehr folgt eine Einschränkung der zunächst aufgestellten Prämisse:

„Allerdings kann eine Tatprovokation auch ohne bedrängende Einwirkung auf den Täter unzulässig sein, wenn der Lockspitzel sich zur Herbeiführung des Tatentschlusses unlauterer Mittel bedient“.

Dann geht es wieder mit dem Sachverhalt weiter, aber wiederum nicht ganz rein, kleine Wertungen werden dazwischen geschoben:

„Dass der Angekl. seinerzeit arbeitslos war und sich von dem Kontakt zu Z., der ein Büro für Arbeitsvermittlung betrieb, den Nachweis einer Arbeitsstelle versprach, genügt nicht, um seine Bestimmung zur Tat durch Z. als arglistige Ausnutzung einer Not- oder Zwangslage erscheinen zu lassen. Seine wirtschaftlichen Verhältnisse waren zur Tatzeit angespannt – er hatte aus einem Bankdarlehen etwa 9000 DM Schulden und bezog etwa 1000 DM Arbeitslosengeld monatlich –, eine Notlage in dem hier vorausgesetzten Sinne bestand aber nicht. Freilich mag der Tatbeitrag des Lockspitzels auch dann ein unvertretbares Übergewicht erlangen, wenn dieser eine zwar noch unterhalb der Schwelle einer Not- oder Zwangslage liegende, aber schwierige Situation des Täters arglistig ausnutzt und außerdem in beträchtlichem – wiewohl der bloßen Intensität nach noch unbedenklichen – Maße auf ihn einwirkt. Setzt er beide Mittel zur Herbeiführung des Tatentschlusses ein, so kann sich die Tatprovokation bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände als unzulässig erweisen.“

Ein solcher Fall liegt indessen nicht vor. Die Einwirkung des Lockspitzels war nicht so beträchtlich, dass sie – im Zusammenwirken mit einer Ausnutzung der Arbeitslosigkeit des Angekl. – ein Verfahrenshindernis zu begründen vermochte. Wie der festgestellte Geschehensablauf zeigt, hatte hier bereits die bloße Wiederholung des Vorschlags, Heroin zu besorgen, bei dem Angekl. die innere Bereitschaft geweckt, sich auf ein entsprechendes Rauschgiftgeschäft einzulassen, ohne dass es dazu noch besonderer Überredung oder weiterer Beeinflussung bedurfte“.

Sachverhaltsschilderung und würdigende Erörterung sind kaum noch zu trennen. Unseren Studenten verbieten wir ein derartiges Durcheinander und schreiben an den Rand: „Unnötige Wiederholung des Sachverhalts“, manchmal freilich von dem Zweifel beschlichen, ob hier nicht doch mit der jeweiligen Platzierung von Sachverhaltsstücken der Gang der Lösung plausibler wird. Wenn ja, müssen wir konstatieren, dass der Sachverhalt sich gleichsam selbst entscheidet, und stoßen damit auf eine seit langem in der Methodologie der Subsumtion erörterte Argumentationsfigur.<sup>63</sup> In der modernen Rechtsmethodologie wird angesichts vergleichbarer Vorgänge von „Narrativität“ gesprochen. Jurisprudenz – das sind Geschichten, und sie überzeugen, indem man sie auf bestimmte Weise erzählt; abstrakte Argumente haben eine untergeordnete, jedenfalls nur noch schwer zu definierende Funktion.

Es mag zunächst noch offen bleiben, ob hier ein neuer Irrationalismus erscheint oder nicht doch besser als bisher reflektiert wird, wie häufig oder geradezu regelmäßig die „reine Wissenschaft“ dem aufsitzt, was man ein in anderen Zusammenhängen berühmt gewordenes dictum abwandelnd „falsche Abstraktion“ nennen könnte.

2. Vielmehr muss nun erst einmal gefragt werden, ob auf dem anderen hier interessierenden Gebiet – Stichwort: Beweiswürdigung – ähnliches zu beobachten ist.

Wieder zunächst ein Beispiel:

BGH, Beschl. v. 2.8.1983<sup>64</sup>.

„Nach den Feststellungen haben die Angekl. mehrfach Heroin in kleineren Mengen an die Zeugen S. und B. sowie 6,28 g Heroin an die Zeugin R. und einen Vertrauensmann der Polizei verkauft. Der ihnen unter dem Namen ‚Jonny‘ bekannt geworden ist. Das Rauschgiftdezernat der Hamburger Polizei hatte diesen Vertrauensmann beauftragt, Kontakt zu den Angekl. herzustellen, weil ihm bekannt geworden war, dass beide Heroingeschäfte durchführten und eine nach § 100a Nr.4 StPO angeordnete Telefonüberwachung diesen Verdacht erhärtet hatte. ‚Jonny‘ traf sich zunächst allein mit beiden Angekl. in Frankfurt, wobei sich der Angekl. J. ohne zu zögern bereit erklärte, Heroin an ‚Jonny‘ zu verkaufen. Bei den weiteren Verhandlungen mit den Angekl., bei denen diese das Heroin verkauften und sich bereit erklärten, Heroin in einer Größenordnung von einem bis zwei Kilogramm gegen eine Vermittlungsgebühr zu besorgen, wurde ‚Jonny‘ von der Zeugin R. begleitet, einer Polizeibeamtin, die sich als Prostituierte ausgab. Da die Verhandlungen über die weiteren

<sup>63</sup> Beginnend mit *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968.

<sup>64</sup> BGH StV 1983, 403.

Heroinlieferungen letztlich ohne Ergebnis blieben, wurden die Angekl. drei Tage später verhaftet.

Die Angekl. behaupten, Heroin nur in kleineren Mengen für den Eigenbedarf des Angekl. J. erworben zu haben, da er sich das Heroinrauchen habe abgewöhnen wollen. Das Heroin hätten sie nur deshalb an ‚Jonny‘ und die Zeugin R. verkauft und sich auf die Gespräche über den weiteren Verkauf von Heroin eingelassen, weil ‚Jonny‘ sie ‚während eines längeren Zeitraumes gedrängt‘, ‚sie wochenlang genervt‘ habe, für ihn Heroin zu besorgen“.

Die Ausgangslage ist klar: Indizien für das zu verwaltdende „Unzulässigkeitspotential“ liegen auf dem Tisch. Prozessual hätte man nun durch die Aussage des „Jonny“ eine Lösung finden können, die verfahrensrechtlich befriedigt. Aber jetzt kommt die zweite Hürde. Der V-Mann wird nach § 96 StPO „gesperrt“. Wiederum hätte es sich angeboten, nunmehr die Akten zu schließen und den Prozess unter Hinweis auf ein unüberwindbares Verfahrenshindernis zu beenden. Aber das findet eben nicht statt, sondern eine „indirekte Befragung durch Vernehmung des Kriminalbeamten, der den V-Mann geführt hat, als Zeugen“. Dieser Kompromiss wird dann relativiert durch den Hinweis darauf, dass „in diesem Falle [...] der Trichter jedoch gehalten“ sei, „den Beweiswert dieses weniger sachnahen Beweismittels bei seiner Überzeugungsbildung besonders sorgfältig und vorsichtig zu prüfen und zu würdigen“. Woraus ergibt sich die Überzeugungskraft dieser „Zwischenlösung“? Ein sprachliches, logisches, systematisches Argument ist nicht sichtbar. Teleologisch – Sinn und Zweck der Normen hier und jetzt – dieses Eingangstor bleibt immer. Aber jetzt müssten doch die Abwägungen kommen. Die Aussage des Kommissars soll entscheiden, aber nicht ganz sozusagen. Für diese halbherzige Option gibt es keinen anderen Beleg als die „Geschichte“. Man liest sie und denkt: Bei dieser Schieflage gibt es nur – assoziativ und spontan gedacht – die Antwort mit einer anderen Schieflage. Das kann Jurisprudenz sein, wenn man sich auf „Überzeugungsgewinnungsmuster“ (Denk- oder Argumentationsmuster kann man eigentlich nicht mehr sagen) einlässt, die mit im Detail nicht mehr nachprüfbar Suggestionen arbeiten, so wie es die Literatur tut, man nehme die Vorgänge auf dem [...] See, die *Theodor Dreiser* so schildert, dass man genau nachvollziehen kann, weshalb Clyde eigentlich gar nichts tut und doch möglicherweise das Entscheidende unterlässt. Kann man das, so ist das vielleicht mehr wert als eine schulgemäße Anwendung der Grundsätze über das unechte Unterlassungsdelikt.

Man kann bei dieser Sachlage gut verstehen, dass *Derrida* meint, in jeder Generalisierung, in jeder Abstraktion stecke ein Stück Gewalt, denn kein Sachverhalt gleiche einem anderen, und Egalisierungen durch generalisierte Begriffe vernichten diesen Unterschied.

VI. Das Problem ist in der rechtsmethodologischen Literatur seit langem bekannt. Die Debatten über „Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken“<sup>65</sup> füllen ganze Bücher. Aber die Eindringlichkeit, mit der unter Bezug auf die Literatur und die Literaturwissenschaft, die mit diesem

Problemen eben ganz anders umgeht, die Jurisprudenz zur Überwindung dieser Diskrepanzen aufgefordert wird, ist doch ein neuen Ton.

1. Mehr Individualisierung – das kann auch heißen, dass man nicht nur den abgestuften Bedürfnissen und Ansprüchen einer Person besser Rechnung tragen soll, sondern auch, dass institutionelle Gegebenheiten und die Dynamik von Verfahren für sich sprechen sollen und damit subtiler wahrgenommen werden können als das geschehen kann, wenn man sie unter herangetragenem Prämissen betrachtet. Ganz kann natürlich die Außenperspektive nicht aufgegeben werden, gleichsam bis hin zu autopoietischen Blindheit. Aber die Abstände zwischen Allgemeinem und Besonderen sollten kleiner werden. Das Besondere, das die hier apostrophierte Amalgamisierung von Sachverhalt und Begründung hervorbringt, ist die Relativierung von Unrecht im Namen des Rechts. Am deutlichsten ist es dort, wo man das Strafbare braucht für die Bekämpfung des Strafbaren. Das hat beim agent provocateur zur Strafzumessungslösung geführt. Mit der Abtrennung der Logik des Verwertungsverbot von der Logik des Erhebungsverbot, die zur Beweiswürdigungslösung führt, steht es aber nicht anders. Die unzulässigen Beweiserhebungen sind ja kein Missgeschick, das man, um nicht einer doktrinären Perfektion zu verfallen, später dann doch korrigieren darf. Vielmehr sind die Vorgänge, die eine Beweiserhebung unzulässig machen, kriminalistisch gerade deshalb so ergiebig, weil sie durch ihre Milieuangemessenheit erst das Material hervorbringen, das zu verwerten sich lohnt. Nur die Mitwirkung im Unerlaubten schafft das Vertrauen, das zu den Mitteilungen führt, die man braucht. Mit anderen Worten, auch hier ist es so, dass die auf die Unzulässigkeit gerichtete Intention Voraussetzung ist für das spätere, mit dem Stempel der rechtlichen Zulässigkeit versehene Ergebnis.

2. Lehrt uns die Literatur hier eine andere Grammatik, die uns erlaubt, mit Widersprüchen zu leben? Der Schriftsteller *Martin Walser* lässt den Protagonisten seines Romans „Verteidigung der Kindheit“<sup>66</sup> im Text am Schluss sagen: „Je tiefer er sich in einen Fall einarbeitet, um so deutlicher wird die Unlösbarkeit. Jeder hat recht. Das ist seine Erfahrung. Aber wenn man das gelten ließe, hörte die Welt morgen auf zu atmen. Sie würde im gegenseitigen Rechthaben erstarren. Also muss man für eine glimpfliche Täuschung sorgen. Für eine Problemanästhesie sozusagen. Die Positionen dürfen sich nicht mehr so deutlich empfinden. Dass sie voneinander lassen können, dass es auf etwas, worauf es vorher ausschließlich ankam, nicht mehr so ankommt“. *Walser* zieht aus dieser Situationsbeschreibung dann freilich den Schluss, „Je dieser Anästhetisierung gibt es das Gesetz oder: die Verallgemeinerung des Einzelnen“. Das ist der typische Glaube des kultivierten Nicht-Juristen an die große Weisheit der Rechtsordnung.<sup>67</sup> Der juristische Leser dieser Passage sieht aber, dass sie klüger ist als sein Autor. Das Absolute und Generalisierende stellt dieser Text ja gerade – mit Recht – in Frage.

<sup>66</sup> *Walser*, Verteidigung der Kindheit, 1991.

<sup>67</sup> Genauer dazu *Lüderssen* (Fn. 28), Bd. 1, Recht und Kriminalität in der Literatur, 2. Aufl. 2002, S. 135 ff.

<sup>65</sup> So der Titel des 45. Beiheftes des ARSP.

Es gibt andere Beispiele. Für das „Unheilige Reich des Reineke Fuchs“ hat *Peter Schneider*<sup>68</sup> die These aufgestellt, dass die Juristen vorsichtig sein sollten, es ganz und gar zu verdammern; vielmehr offenbare sich hier möglicherweise ein Stück höherer Weisheit im Spiel zwischen Macht und Recht. Das kann hier aber nicht vertieft werden.<sup>69</sup>

3. Wie muss man das beurteilen? *Vesting* meint – nicht bezogen auf diese Beispiele, aber generell – mit großer Entschiedenheit, dass es in diesen Fällen nicht darum gehe, „Richtern in einem Entlarvungsgestus die Unbegründbarkeit ihres Tuns vorzuhalten [...]“. Eine „postmoderne“ Methodenlehre [...] wäre vielmehr der Versuch, die Entscheidungsparadoxie zu entparadoxieren<sup>70</sup>. Wie das – ohne Rückgriff auf das Assoziationspotential des Narrativen in einer „rein“ dogmatischen Argumentation soll stattfinden können, bleibt offen. Vielleicht ist es wirklich so, dass hier nicht nur eine Möglichkeit der Amalgamierung von Recht und Literatur besteht, sondern eine Notwendigkeit. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Anstöße, die das Law and Literature Movement insoweit gegeben hat, tatsächlich einmal so etwas hervor bringen wie einen Stil genuiner narrativer Argumentation, und künftige Zeiten mitleidig auf jene Epochen zurück blicken werden, die geglaubt haben, mit Logik und Deduktion alles erreichen zu können, auf der Basis eines einfältigen Begriffes von Konsistenz.

VII. Dass man damit nicht nur im Alltag rechtlicher Entscheidungen, sondern auch dort, wo es um grundlegende Fragen über das Verhältnis von Recht und Macht geht, scheitert, hat – und mit diesem literarischen Beispiel möchte ich schließen – *Schiller* gezeigt. Dafür mögen ein paar Passagen aus „Wallenstein“ stehen.<sup>71</sup> Hier treten zwei Positionen einander gegenüber, die jede für sich eine vertretbare moralisch-rechtliche Legitimation beanspruchen kann:<sup>72</sup> Der Kaiser – dynastisch-traditionell, einschließlich des Katholizismus; Wallenstein – visionär, Einheit stiftend, dem Neuen, wenn es sein muss, auch dem Protestantismus zugewandt. Es geht

nicht nur darum, dass jede dieser Positionen ihrerseits unterminiert ist durch trübe Motive: Machterhaltung beim Kaiser – Machtzugewinn bei Wallenstein, einschließlich jeweils übler Manöver – Octavios Hinterlist,<sup>73</sup> Wallensteins Gemeinheit gegenüber Buttler<sup>74</sup> – sondern darum, dass die gleichsam höhere Wahrheit, aber die ist eben paradox, in der Akzeptanz der Widersprüche besteht. Dass dabei den Protagonisten dieser Konfrontation Spannungen auch dort, wo ihre moralische Motivation noch einwandfrei ist, bewusst sind, ist ein starker Indikator dafür. Bezeichnenderweise wird das dann offenbar, wenn sie sich jeweils Max Piccolomini verständlich machen wollen – zunächst der Vater:

„Octavio:

Mein bester Sohn! Es ist nicht immer möglich,  
im Leben sich so Kinderrein zu halten,  
Wie’s uns die Stimme lehrt im Innersten.  
In steter Notwehr gegen arge List  
bleibt auch das redliche Gemüt nicht wahr [...].<sup>75</sup>

Und dann der Freund und Mentor Wallenstein:

„Doch, wo von zwei gewissen Übeln eins  
Ergriffen werden muss, wo sich das Herz  
Nicht ganz zurückbringt aus dem Streit der Pflichten,  
da ist es Wohltat, keine Wahl zu haben [...].“<sup>76</sup>

Das Unerlöste dieser persönlichen Positionen und die auch nicht auflösbare Gleichberechtigung jener auseinander strebenden politisch-rechtlichen Zielsetzungen gipfeln in der Parallelität der Beschwörung alter und neuer Ordnung. Octavio (wieder zu Max):

„Mein Sohn! Laß’ uns die alten, engen Ordnungen  
gering nicht achten! Köstlich unschätzbare Gewichte sind’s,  
die der bedrängte Mensch  
an seiner Dränger Willen band.  
Denn immer war die Willkür fürchterlich.  
Der Weg der Ordnung, ging er auch durch Krümmen,  
er ist kein Umweg. Gradaus geht des Blitzes,  
geht des Kanonenballs fürchterlicher Pfad –  
schnell, auf dem nächsten Wege, langt er an,  
macht sich zermalmend Platz, um zu zermalmern.  
Mein Sohn! Die Straße, die der Mensch befährt,  
worauf der Segen wandelt, diese folgt  
der Flüsse Lauf, der Täler freien Krümmen,  
umgeht das weite Feld, den Rebhügel,  
des Eigentums gemess’ne Grenzen ehrend –

<sup>68</sup> Vgl. seinen gleichnamigen Aufsatz: *Schneider*, in: Lüderssen (Hrsg.), *Goethe und die Jurisprudenz*, 1999, S. 195.

<sup>69</sup> Vgl. auch *Lüderssen* (Fn. 67), S.103 ff.

<sup>70</sup> *Lüderssen* (Fn. 67), S. 119.

<sup>71</sup> Ausführlicher dargestellt, auch mit Blick auf „Don Carlos“ und „Maria Stuart“, in: *Lüderssen*, „Dass nicht der Nutzen des Staates Euch als Gerechtigkeit erscheine“, *Schiller und das Recht*, 2005, S. 145-182.

<sup>72</sup> Das mag streitig sein; es gibt die frühe Äußerung *Schillers*, dass an Wallenstein durchaus nichts Edles sein dürfe. Allerdings hat er diese Position später aufgegeben, sie hätte nicht zu dem im engen Austausch mit *Goethe* entwickelten Konzept gepasst, Wallenstein zur tragischen Persönlichkeit zu machen (darüber mit Belegen jetzt sehr präzise *Müller-Seidel*, *Friedrich Schiller und die Politik*, 2009, S. 125 f.); verfehlt ist insoweit die berühmte Inszenierung, die Peter Stein im Jahre 2007 in Berlin produziert hat: Brandauer als ein Wallenstein, der eigentlich nur listig und landsknechtsmäßig ist, gelegentlich, dort wo es darum geht, blitzartig eine Situation richtig zu erfassen oder auch zu verkennen, freilich ungewöhnlich geistreich und tiefgründig.

<sup>73</sup> „Befiehlt nur gleich die Klugheit und die Pflicht,  
die ich dem Reich, dem Kaiser schuldig bin.  
Dass ich mein wahres Herz vor ihm verberge,  
Ein falsches hab’ ich niemals ihm geheuchelt.“  
(*Schiller*, in: Kutscher [Hrsg.], *Schillers Werke*, Bd. 4, S. 68).

<sup>74</sup> Er sendet dem Kaiser nicht den befürwortenden Brief, den er Buttler zu lesen gegeben hat, sondern einen anderen, Buttlers Bitte um den Grafentitel verwerfenden Brief.

<sup>75</sup> *Schiller* (Fn. 73), S. 143 (V. 2447-2451).

<sup>76</sup> *Schiller* (Fn. 73), S. 71 f. (V. 697-700).

so führt sie zu später, sicher doch zum Ziel.<sup>77</sup>

Nun aber Wallenstein (jetzt, „mit sich selbst redend“, wie die Regieanweisung für den großen Monolog lautet):

„Und was ist Dein Beginnen? Hast Du Dir's  
auch redlich selbst bekannt? Du willst die Macht,  
die ruhig, sicher thronende erschüttert,  
die in verjährt geheiligtem Besitz  
in der Gewohnheit fest gegründet ruht,  
die an der Völker frommen Kinderglauben  
mit tausend zähen Wurzeln sich befestigt.  
Das wird kein Kampf der Kraft sein mit der Kraft, [...]  
Ein unsichtbarer Feind ist's, den ich fürchte,  
der in der Menschen Brust mir widersteht.  
Durch feige Furcht allein mir fürchterlich.  
Nicht was lebendig, kraftvoll sich verkündigt  
ist das gefährliche Furchtbare. Das ganz  
Gemeine ist's, das ewig Gestrige,  
was immer war und immer wieder kehrt,  
und morgen gilt, weil's heute hat gegolten!  
[...]  
Das *Jahr* übt eine heiligende Kraft,  
was grau für Alter ist, das ist ihm göttlich.  
Sei im Besitze, und Du wohnst im Recht,  
und heilig wird's die Menge Dir bewahren.“<sup>78</sup>

Noch einmal: keiner von beiden erreicht eine widerspruchsfreie Rechtsposition, könnte sie auch nicht erreichen.

VIII. Möglicherweise gibt es in der Geschichte etwas, was ich zögern würde, ein unsichtbares Gesetz zu nennen, wonach die höhere Weisheit im unentwirrbaren Voranschreiten von Gegensätzen liegt. Das gemahnt keineswegs an *Hegel*, der sucht ja nach Auflösungen, sondern mehr an das, wovon schon die Rede war, die *Schiller/Sartre*'sche Dialektik der Freiheit,<sup>79</sup> und letztlich wird man nicht sagen, die Wahrheit ist das Ganze, sondern: das Ganze ist das Unwahre,<sup>80</sup> und dazu gehören oder das sind sogar – wie ich ergänzen möchte – die unaufgelösten Paradoxien. Ist das der Geist der Romantik, die Paradoxien nicht „für ein vermeidbares, durch logisches Argumentieren austreibbares Problem“ hielt, sondern „für Manifestationen hartnäckiger Widerspruchsstrukturen – und für das unwiderstehliche Ingredienz eines nicht langweiligen Lebens“?<sup>81</sup>

Die Unbekannten in der Rechnung sind jene unsichtbaren Vorgaben, die erst im Moment des Entscheidens präsent sind. „Die Wirklichkeit der Person wird nur in dem manifest, wozu sie sich entscheidet“<sup>82</sup>. Wallenstein formuliert jene Vorgaben pessimistisch, Octavio optimistisch. Gleichwohl obsiegt dieser nicht, denn keineswegs ist es ja mit Wallensteins Tod –

<sup>77</sup> *Schiller* (Fn. 73), S. 178 (V. 463-478).

<sup>78</sup> *Schiller* (Fn. 73), S. 160 ff.

<sup>79</sup> Darüber genauer: *Lüderssen* (Fn. 28), S. 60 ff.

<sup>80</sup> *Adorno*: *Minima Moralia*, Reflexionen aus dem beschädigten Leben, 1951, S. 80.

<sup>81</sup> *Hörisch*, *Athenäum* 13 (2003), 43 (45).

<sup>82</sup> *Wölfel*, *Friedrich Schiller*, 2004 (mit Blick auf „Maria Stuart“ und „Wallenstein“), S. 148.

trotz *Hegels* bekannter depressiver Deutung des Stückes – mit dem zu Ende, was Wallenstein gewollt hat, wie der weitere Verlauf der europäischen Geschichte zeigt. Die narrative Argumentation macht das Paradoxe  *kreativ*.

Für die Rechtstheorie könnte man daraus folgern: „Unter Bedingungen höherer Komplexität der Rechtskonflikte [...] können die canones der traditionellen Auslegungslehre [...] allein nicht mehr als überzeugend angesehen werden“<sup>83</sup>. Daraus folgert *Vesting*, dass „eine Selbstbindung der Rechtsinterpretation“ nur eintreten könne, „wenn diese Selbstbindung evolutionäre Fortentwicklungen zulässt“<sup>84</sup>. „Evolution“ ist daher auch die Überschrift des letzten Kapitels<sup>85</sup> der von *Vesting* vorgelegten Rechtstheorie. „Der neuzeitliche moderne Geschichtsbegriff konnte erst entstehen, nachdem die Welt nicht mehr in einer unverfügbaren (metaphysischen) Transzendenz wurzelte, sondern zum Gegenstand ihrer eigenen Entwicklung geworden war“<sup>86</sup>. Damit ist ein Historismus programmiert, der die „prinzipielle Zugehörigkeit des Subjekts der Geschichtserkenntnis zu seinem Gegenstandsbe- reich“ erkennt<sup>87</sup>. In Verbindung mit dem Evolutionsgedanken kann das nur heißen, dass die Relevanz von Einigungsprozessen ihrerseits das Ergebnis von für relevant gehaltenen historischen Entwicklungen ist, deren Wahrnehmung die Gestalt – Intersubjektivität verbürgender – menschlicher Selbsterkenntnisse annimmt<sup>88</sup>. Der Beitrag, den die schöne Literatur dazu leisten kann, ist unendlich.

<sup>83</sup> *Ladeur/Augsberg*, *Rechtstheorie* 36 (2005), 143 (176).

<sup>84</sup> *Vesting* (Fn. 57), S. 124, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Ladeur/Augsberg*, *Rechtstheorie* 36 (2005), 143 (170).

<sup>85</sup> *Vesting* (Fn. 57), S. 128. <sup>85</sup> *Vesting* (Fn. 57), S. 124, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Ladeur/Augsberg*, *Rechtstheorie* 36 (2005), 143 (170).

<sup>59</sup> *Vesting* (Fn. 57), S. 128.

<sup>87</sup> *Schnädelbach*, *Geschichtsphilosophie nach Hegel*, Die Problematik des Historismus, 1974, S. 183.

<sup>88</sup> Dazu genauer *Lüderssen*, *Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, 1996, S. 61 ff.