

Analogie ist unlogisch

Über die Funktion der Gefühle im Verfahren der Rechtsgewinnung

Professor Dr. Benno Heussen*

Im Verfahren der Rechtsgewinnung nehmen wir in erster Linie die logischen Werkzeuge wahr, mit denen wir arbeiten. Aber schon bei der Feststellung der relevanten Tatsachen, der in Frage kommenden Normen, der Auswahl und Würdigung von Beweisen, vor allem aber bei der Bildung von Analogien und Metaphern werden wir von Gefühlen geleitet, die unsere Arbeit begleiten. Dabei folgen wir auch ästhetischen und moralischen Regeln; vieles bleibt im Unterbewussten, und die Richtigkeit unserer Ergebnisse wird von anderen Gefahren bedroht als Fehlern der Logik.

I. Das Verfahren der Rechtsgewinnung – sechs Phasen

Jedes rechtliche Verfahren muss die komplexen Strukturen, die jeden Fall kennzeichnen, soweit reduzieren, dass wir entscheidungsfähig werden. Alle diese Verfahren sollen die Frage lösen, was Recht und was Unrecht ist. Das zentrale Problem entsteht aus den Widersprüchen, die sich zwischen der gerechten Entscheidung des Einzelfalls und der Systemstabilität – also der Rechtssicherheit – ergeben. Selten trifft eine Entscheidung beide Ziele mit einem Schlag. Und immer wird es rechtsfreie Räume geben, auch solche, die nie geschlossen werden können.¹ In ihnen werden die Entscheidungen ausschließlich von Macht und Moral – nicht aber vom Recht – bestimmt.

Die Bandbreite der Verfahren reicht von der Verabschiedung der Gesetze bis hin zur Vollstreckung. Sie können in jeder denkbaren Rechtsordnung in sechs Phasen aufgeteilt werden, die gelegentlich parallel nebeneinander ablaufen, und sind hier anhand einiger – inhaltlich teilweise abweichender – Vorschläge von *Arthur Kaufmann*² gebildet, deren Funktionsweise anhand streitiger Urteilsverfahren dargestellt wird.

Phase 1 beginnt in jedem Prozess mit einem Antrag, der Tatsachen³ behauptet und daraus bestimmte Rechtsfolgen herleitet. Wir beurteilen sie im Groben und suchen intuitiv nach Rechtsquellen, die vermutlich relevante Normen enthalten. Die Gefahr: Wer die falschen Normen für relevant hält, liegt von Anfang an völlig neben der Sache. Diesen Fehler kann man nur im Griff halten, wenn man sich während des gesamten Verfahrens angewöhnt, alle Einsichten für Zwischenergebnisse zu halten, die jederzeit korrigiert werden können. Um unsere Ideen offen zu halten, setzen wir auf unser *hermeneutisches Vorverständnis*.⁴

Heussen: Analogie ist unlogisch(NJW 2016, 1500)

1501

In Phase 2 suchen wir – wiederum induktiv – nach dem relevanten Normfall⁵ (*Fritjof Haft*), also jenem Falltypus, der dem zu entscheidenden Fall am nächsten steht und bei Anwendung anerkannter Auslegungsmethoden die Rechtsfolgen hergibt, die in Frage kommen. Gegen dieses „Falldenken“, das *Fritjof Haft* aus dem angloamerikanischen Rechtskreis übernommen und *neben* unsere systematischen Logiken gestellt hat, ist gesagt worden, der „typische Fall“ lasse sich nicht bilden, denn es gebe „kein Kriterium dafür, welche Fälle man miteinander vergleichen soll. Da alles mit allem in Beziehung steht, kann man ja auch alles mit allem vergleichen“⁶. Das ist logisch nicht angreifbar, aber wir nutzen den Normfall nicht als Werkzeug für logische Schlüsse, sondern erneut als heuristisches Modell, das weder absolut genau sein muss noch die Wirklichkeit ersetzen kann. Aber es definiert ein Testfeld für unsere weiteren Ideen. Die relativ groben Ausschlussverfahren, die wir in den ersten beiden hermeneutisch geprägten Verfahren

verwenden, zeigen uns, dass der Gegenstand der Untersuchung „nicht mehr derselbe [ist] wie zu Beginn. Er ist vielmehr reflektierter geworden; sowohl seine innere Stimmigkeit wie seine Kontextgebundenheit treten deutlicher hervor.“⁷

Das Verfahren durchläuft nun Phase 3, die Schlüssigkeitsprüfung (zB im Rahmen der Voraussetzungen des § 114 ZPO⁸): Hier werden alle Fälle ausgeschaltet, bei denen die behaupteten Tatsachen nicht zu den angestrebten Rechtsfolgen passen. So verbleiben nur noch Fälle, die theoretisch passen könnten. Bevor wir aber die Schlussphase der Deduktion erreichen, prüfen wir sie anhand der Frage, ob das, was zum System passt, auch mit dem Normfall in Übereinstimmung zu bringen ist.

Das geschieht in Phase 4 – der Analogie. Gemeinsam mit *Arthur Kaufmann* wird hier der Begriff nicht nur für die Schließung planwidriger Regelungslücken verwendet, denn die Frage nach der Vergleichbarkeit stellt sich für jeden Begriff auf allen drei Sprachebenen,⁹ aus denen wir die Brücke zwischen dem konkreten Fall und der Welt des Rechts bilden. Wir können sie zum Beispiel bei einem Urteil, das sich mit Gewährleistungsfragen beschäftigt, leicht identifizieren: Der Bericht über die Tatsachen nutzt die Umgangssprache, die Frage, welche Fehler die Sache hat, werden in der Sprachwelt der Naturwissenschaften erörtert und in den Entscheidungsgründen übersetzt die Rechtssprache die zuvor entwickelten Bilder und Begriffe in ihre eigene Begriffswelt.

Auf jeder dieser drei Sprachebenen suchen wir nach einem „Deutungsschema“,¹⁰ mit dem wir die Tatsachen über den Normfall mit dem konkreten Fall verbinden können. Dazu dienen unterschiedliche Methoden der Auslegung, bei der wir auch logische Operatoren einsetzen.¹¹ Aber diese Werkzeuge haben nur die Funktion, sicherzustellen, dass man bei kritischer Analyse der Argumentation ohne Weiteres die Stelle finden kann, an der etwa unlogische oder willkürliche Vergleiche zugelassen worden sind. Der Analogieschluss selbst, also die Frage, ob etwas ähnlich oder unähnlich ist, „ist kein logisches Verfahren im Sinne einer formalen („mathematischen“) Denkoperation. Es geht um ein auf Normzwecke gegründetes Werturteil. Die Logik hat nur insoweit Bedeutung, als sie die formale Struktur des Analogieschlusses analysiert hat“¹².

Jetzt schweift unser Blick hin und her (wie *Karl Engisch* beobachtet hat) und wir versuchen hochzurechnen, welchen Einfluss die Zuordnung zu einzelnen Prämissen, Falltypen oder systematischen Annahmen im konkreten Fall haben wird und wie sich die künftige Entscheidung später als Präjudiz auswirken könnte. Die Bedeutung der Phase 4 wird oft übersehen, aber nur in ihr werden unvermeidbar die Machtverhältnisse neu definiert¹³ und nur so können sich neue Rechtsprechungslinien entwickeln:

„Die Bestimmung des Vergleichspunktes beruht vorwiegend nicht auf einer rationalen Erkenntnis, sondern weitgehend auf Dezision und damit auf Ausübung von Macht, was allermeist auch unreflektiert geschieht.“¹⁴

George Orwell hat es einfacher ausgedrückt: „Einige Schweine sind gleicher als andere.“

Phase 5 des Verfahrens, die Subsumtion, ist dadurch gekennzeichnet, dass wir vom induktiven und vergleichenden Vorgehen nun zur Deduktion kommen. Sie ist der zentralperspektivische Punkt, in dem alle denkbaren Analogien zusammenlaufen und auf dem Prüfstand stehen. Jetzt werden die Erkenntnisse aus den früheren vier Stufen mit logischen Mitteln wieder zusammengeführt. Auch fehlverstandene Analogien (zB bei unbestimmten Rechtsbegriffen) werden dabei überprüft.¹⁵ Erst wenn das induktiv ermittelte vorläufige Ergebnis sich auch deduktiv rechtfertigen lässt, zeigt ein Urteil sich nicht nur als im Einzelfall gerecht, sondern unterstützt die Statik des Rechtssystems. Im Bereich der Wissenschaft, der Gutachten und Meinungen enden unsere Überlegungen in dieser Phase.

Der Richter hingegen ist zur *Entscheidung* verpflichtet (§ 17 II GVG), und so wird die Phase 6 des Verfahrens eröffnet. Sie beginnt mit einer Beweisaufnahme, wenn Tatsachen streitig sind. Hier ermitteln wir die „prozessuale Wahrheit“, die keinesfalls identisch mit dem Geschehen ist, das sich wirklich ereignet hat: Die Erkenntnis der Tatsachen wird durch Lügen,¹⁶ Beweisprobleme, Beweisverbote und verfassungsrechtliche Grenzen verhindert, jede Entscheidung ist starken Einflüssen aus dem Unterbewusstsein ausgesetzt¹⁷ und wir haben keine Chance, dagegen zu steuern.

In den meisten Methodenlehren wird die Phase der Entscheidung nicht besonders erwähnt, aber die Erfahrung zeigt uns, dass die Subsumtion nicht identisch mit der Entscheidung ist: Gerade wenn man schon glaubt, ein sicheres Ergebnis gewonnen zu haben, eröffnen sich aus dem Nichts immer wieder neue Argumente und Perspektiven.

II. Der Gerechtigkeitssinn

Das liegt an den wechselnden – und oft genug widersprüchlichen – Gefühlslagen, in die unser Gerechtigkeitssinn uns

Heussen: Analogie ist unlogisch(NJW 2016, 1500)

1502

treibt, wenn wir die unterschiedlichen Muster und Varianten betrachten, zwischen denen wir uns entscheiden müssen.

„Logisches Denken ist ein fataler Fehler während der Beobachtung, aber ebenso notwendig vorher, wie nützlich danach.“¹⁸

Ästhetische Muster sind weit schwerer zu vergleichen und zu überprüfen als logische Schlüsse. Das wichtigste Werkzeug, das wir für diese Aufgabe benutzen können, ist die Fähigkeit, Logik und Gefühle richtig miteinander zu verbinden – der Gerechtigkeitssinn. Anders als in der politischen Welt sprechen wir hier nur von Gefühlen, die innerhalb der Rechtssysteme Relevanz haben. *John Rawls* hat den sense of justice im Rückgriff auf *Justitiam*¹⁹ als das strategische Ziel definiert „gemäß den geltenden Regeln zu handeln und jedem das zu gewähren, worauf er Anspruch hat“²⁰. Der Gerechtigkeitssinn hat demnach zwei tragende Elemente:

- Die innere Entschlossenheit, das Handwerk der Rechtsdurchsetzung unbeeinflusst von inneren und äußeren Faktoren zu betreiben und dabei praktisch brauchbare Ergebnisse zu erreichen;
- ein sensibles Gespür dafür, wie ein faires Verhältnis der unterschiedlichen Werte, die im Rechtssystem ihren Ausdruck finden, gestaltet werden muss.

Im Folgenden soll die *vierte* Phase, in der die Analogien gebildet werden und in der der Gerechtigkeitssinn eine zentrale Rolle spielt, etwas näher betrachtet werden.

III. Analogie: Die Brücke zwischen Denken und Fühlen

Das Rechtssystem muss „den eigenen Komplexitätsaufbau durch hohe Mauern der Indifferenz schützen“²¹ – ein schmerzhafter Vorgang für jeden, der erlebt, dass die konsequente Durchsetzung juristischer Logik mit dem wirklichen Leben nicht immer etwas zu tun hat. Wir können diesen Schmerz nur aushalten, weil wir wissen, dass sich die relevanten Interessen²² nur im Rahmen einigermaßen unabhängiger Rechtssysteme durchsetzen können, wenn wir nicht in einer Welt der Gewalt leben wollen.

Die Aufgabe der Analogie, die man zu Recht „das Herz des Denkens“ genannt hat,²³ besteht darin, das Spannungsfeld zwischen Verstand und Gefühl so aufzulösen, dass ein angemessenes Verhältnis zwischen beiden entsteht: „Diese Spannung macht den Reiz der Metapher aus.“²⁴ Erst

wenn Verstand und Gefühl sich miteinander in Einklang befinden, können wir die Wahrheit erkennen und Entscheidungen treffen.

Den Beweis für diese These findet man immer wieder bestätigt, wenn man vor einem großen Buffet mit unzähligen Gerichten zur Auswahl steht, und das Endergebnis all dieser Wahlmöglichkeiten ist es manchmal, dass man den Raum verlässt, *ohne* irgendetwas zu essen. Das „Auswahl-Paradox“²⁵ hat verhindert, dass wir eine Entscheidung treffen konnten, weil das Übermaß des Angebots eine klare Orientierung des Gefühls verhindert hat. Es ist absolut unmöglich, ohne Gefühle Entscheidungen zu treffen,²⁶ also auch: Urteile zu fällen. Der Begriff „Bauchentscheidungen“, der in diesem Zusammenhang oft verwendet wird, ist insoweit irreführend, als der Bauch genauso wenig allein entscheidet wie der Kopf – beide müssen zusammenwirken, und das tun sie im Unbewussten. Einige Elemente allerdings dringen ins Bewusstsein, denn rechtliche Entscheidungen bedienen sich der Sprache²⁷ und jede logische Argumentation, die sich nicht mit den Gefühlen des Sprechenden deckt, wird von den Zuhörern als Phrase erlebt: „Du kannst von dem, was Du nicht fühlst, nicht reden.“²⁸ Im Verfahren zeigt sich der Rückgriff auf Emotionen an vielen Stellen. Wer die Glaubwürdigkeit eines Zeugen beurteilen muss, wird sich im Lauf der Jahre auf seine hundertfachen Interpretationen der Körpersprache und anderer Kriterien stützen, die ihm sagen, was von der Aussage zu halten ist: „Wer Augen hat zu sehen und Ohren zu hören, überzeugt sich, dass die Sterblichen kein Geheimnis verbergen können. Wessen Lippen schweigen, der schwatzt mit den Fingerspitzen. Aus allen Poren dringt der Verrat.“²⁹

Jüngere psychologische und neurobiologische Forschungen³⁰ zeigen uns, wie komplex diese Vorgänge sind. Wie oben gezeigt, verhalten wir uns im Verfahren der Rechtsgewinnung genauso wie in allen anderen Situationen. Wir arbeiten zunächst mit dem „schnellen Denken“³¹, wie es *Daniel Kahneman* genannt hat, verwenden also heuristische Suchstrategien, die mit groben Mustern arbeiten. Wir kennen die Fehleranfälligkeit der Methode, nehmen sie aber einstweilen hin, weil wir wissen, dass wir in der Phase der Subsumtion zum systematischen, also dem „langsamen Denken“ gezwungen sind.

Das wesentliche Problem jeder Analogiebildung besteht in der Schwierigkeit, genau zu beschreiben, *warum* wir das Muster, das der Normfall vorgibt, dem tatsächlichen Geschehen als „ähnlich“ bezeichnen. Die logischen Operatoren, von denen oben die Rede war, helfen uns nur, fehlerhafte Muster zu erkennen,³² aber sie verlieren ihre Kraft, wenn es in den Bereich der Empfindungen geht. Die Spieltheorie,³³ die immer dann relevant wird, wenn mehrere Entscheider gemeinsam ein Ergebnis herbeiführen müssen, zeigt uns jedoch, wie berechenbar unser Verhalten trotz aller Zufälle ist.

IV. Analogie und Ästhetik

Analogie braucht Kreativität, denn wir müssen die Bilder, die das Szenario der Tatsachen uns liefert, mit den Begriffen ver

Heussen: Analogie ist unlogisch(NJW 2016, 1500)

1503

gleichen, die sich in den Rechtsquellen finden – aus Begriffen werden Bilder, aus Bildern Begriffe. Nur so können wir die Tatsachen in die Begriffswelt des Rechts integrieren und zur Sprache bringen.³⁴

Deshalb ist die oft gehörte Forderung, juristische Begriffe müssten allgemein verständlich sein, nur unsinnig zu nennen: Ein Rechtssystem kann die nötige Verbindung von Statik und Flexibilität nur entwickeln, wenn die Rechtsbegriffe in sich selbst so viel Stabilität entwickeln, dass sich die

Tatsachen und die Analogien sinnvoll auf sie beziehen können³⁵ – sie dürfen keine beweglichen Ziele werden.

Bei der Analogie fühlt man sich manchmal verführt zu glauben, „Gerechtigkeit [habe] mehr mit der juristischen Phantasie zu tun, als mit der juristischen Dogmatik“, wie *Herbert Rosendorfer*³⁶ einmal gesagt hat. Vielleicht wollte er uns mit diesem provozierenden Satz nur bewusst machen, dass Dogmatik nicht fantasielos sein muss. Wer aber ihre Grenzen überschreitet, gefährdet die Stabilität des Systems, die allein die Chancen der Gerechtigkeit absichert.

Zunächst sehen wir handwerkliche Gefahren: Wenn man Begriffe in Bilder übersetzt oder umgekehrt die Beschreibung von Tatsachen in Bildern zusammenfasst, die sich auf bestimmte Begriffe beziehen lassen, begegnet man all den Fehlerrisiken, denen ein Übersetzer täglich ausgesetzt ist.³⁷ Die Übersetzung von hier nach da kann technisch, sprachlich, inhaltlich und logisch falsch sein – um nur einige Faktoren zu nennen. Der Revisionsgrund des „Verstoßes gegen die Denkgesetze“ (§ 337 II StPO) erfasst nur einige von ihnen. Viele verstecken sich hinter zulässigen Ermessenserwägungen. Deshalb verbietet es das Grundgesetz, Taten aufgrund von Analogiebildungen für Straftaten zu erklären, wenn sie keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage haben.³⁸ Dieser Gedanke ist auf eine Vielzahl vergleichbarer Sachverhalte ausgedehnt worden,³⁹ so vor allem auf die vielfältigen Vorlagepflichten der Gerichte (zB Art. 100 GG; Art. 267 AEUV).

Die zweite Fehlerquelle ergibt sich aus dem Meer von Zweifeln, in dem jedes Urteil entsteht. Sie können nicht allein logisch, sondern nur durch den Gerechtigkeitssinn überwunden werden. Der Richter darf nicht in einer emotionalen Falle stecken bleiben, wie es den meisten Menschen ergeht, die versuchen, einen Konflikt außerhalb eines rechtlichen Systems zu entscheiden. Er muss nicht nur die „Anstrengung des Begriffs“ (*Hege*l), sondern auch „die Erziehung des Gefühls“ (*Flaubert*) aushalten lernen.

V. Einige Gefahren der Analogie

Das entscheidende Problem, das man dabei immer wieder überwinden muss: Das gerechte Ergebnis deckt sich oft nicht mit den eigenen Interessen. Der Gerechtigkeitssinn ist leicht irritierbar und geht oft genug fehl, wie uns Literaturen der Justizkritik⁴⁰ seit Jahrhunderten berichten. Der Grund: Die Verfahren der Rechtsgewinnung sind keine logisch geschlossenen Systeme.⁴¹ Sie dürfen es auch nicht sein, weil wir sonst nichts mehr entscheiden könnten. Das gelingt nur, wenn man die innere Größe hat, sich so zu entscheiden, dass man das Ergebnis auch gegen seine eigenen Interessen akzeptieren kann, ob sie nun abstrakt oder – schlimmer noch – ganz konkret vorliegen.⁴²

Wie eine jüngere Studie zeigt, sind 47 % der Richter sich dieses Problems bewusst und 30 % schließen nicht aus, dass ihre Entscheidungen unbewusst von Interessenkonflikten beeinflusst werden.⁴³ Das zeigen spontane Äußerungen von Richtern, die sie selbst meist nicht wahrnehmen. Nicht nur die Gesetze, auch die Urteile müssen also „hinter dem Schleier des Nichtwissens“ geschrieben werden. *John Rawls* Formulierung findet hier ein wichtiges Anwendungsfeld: Bei unbewussten Einflüssen kann man seiner Formel ohne Weiteres folgen, bei den bewussten hingegen kann es auch in den abstrakten Fällen sehr schwierig sein, so zu entscheiden, als ob es keinen Interessenkonflikt gäbe.

VI. Gelenkte Gefühlsstürme

Allerdings: Wie der Gerechtigkeitssinn sich konkret entfaltet, hängt von seinen Rahmenbedingungen ab. Das wird im angloamerikanischen Rechtskreis überdeutlich, wenn es um Entscheidungen von Geschworenen geht. *Sonia Sotomayor*, seit 2009 Mitglied des *Supreme Court*

in Washington, schreibt über eine Szene als Staatsanwältin in New York, als es ihr nicht gelungen war, die Geschworenen von der Schuld des Angeklagten zu überzeugen.⁴⁴ Ihr Vorgesetzter erklärte ihr, was sie falsch gemacht hatte:

„Ich hatte an die Logik appelliert, statt an die Moral und damit die Geschworenen praktisch vom Haken gelassen. ‚Sie müssen glauben, dass sie moralisch verpflichtet sind, einen Schuldspruch zu fällen‘, sagte *Warren*. Wenn man nur logisch argumentiere, entstehe bei den Geschworenen der Eindruck, dass es um ihr eigenes Ermessen gehe, nicht um die Erfüllung einer unabweisbaren Pflicht. (...)“

Eine Pflicht zur Verurteilung! Nichts in dieser Passage lässt erkennen, dass das Verhalten der Staatsanwältin noch irgendeinen Bezug zum Recht hat. Trotz solcher Mängel sind die Verfahren des Civil Law und des Common Law noch Lichtjahre näher an unserem Ideal der Verfahrensgerechtigkeit, als wir sie etwa bei Prozessen in Russland, China oder Arabien finden, auch wenn die dortigen Verfahren sich formal teilweise an unseren Strukturen orientieren. Sie werden aber auf dem jeweiligen kulturellen Hintergrund nicht in der nötigen Tiefe verstanden: „Den Freunden alles, den Feinden nur das Gesetz“, lautet dort die richtige Formel.⁴⁵ Dazu passt die offene Weigerung, sich internationalen Gerichten

Heussen: Analogie ist unlogisch(NJW 2016, 1500)

1504

und Schiedsgerichten zu unterwerfen. Unter solchen Bedingungen kann sich kein Vertrauen in das Rechtssystem entwickeln, denn „Vertrauen ist eine Oase des Herzens, die von der Karawane des Denkens nie erreicht wird“⁴⁶. Man kann das mit *Niklas Luhmann* auch weniger emotional sagen: Vertrauen reduziert Komplexität. Und so hängt am Ende nicht nur der Einzelfall, sondern die Wirksamkeit und Stabilität unserer gesamten Rechtsordnung von emotionalen Faktoren ab.

VII. Die Grenzen der Analogie

Analogien haben eine wesentliche konzeptionelle Grenze – es ist das Ausmaß der Komplexität, das wir als Menschen gerade noch verarbeiten können. Hat man zehn Faktoren, die in einem Prozess zu berücksichtigen sind, also zum Beispiel vier Tatbestandsvarianten, drei denkbare Verursacher, drei rechtliche Alternativen usw., können mindestens 45 Varianten entstehen, die man im Zeitpunkt der Entscheidung alle in der Hand haben müsste.⁴⁷ Aus psychologischen Untersuchungen⁴⁸ wissen wir, dass kein Mensch gleichzeitig mehr als sieben (+/- 2) Alternativen überblicken kann. Das führt zu der Tendenz, eine große Zahl theoretisch denkbarer Alternativen – gestützt auf Erfahrungswerte – auszuschneiden und in Standardfällen sehr schnell auf nur zwei herunterzubrechen. Rechtsmittel werden in erster Linie gebraucht, um dabei entstehende (teilweise unvermeidbare) Fehler korrigieren zu können.

Die naheliegende Idee, unsere mangelnden Fähigkeiten durch Computer ersetzen zu lassen, erweist sich als konzeptionell wie praktisch unmöglich: *Kurt Gödel*⁴⁹ hat gezeigt, dass kein System – also auch kein Rechtssystem und schon gar nicht ein Mensch – zugleich vollständig und widerspruchsfrei sein kann. „Das Gehirn ist keine Turing-Maschine“ – diese Feststellung von *Gerald Edelman*⁵⁰ ist umstritten, aber den Gegenbeweis kann derzeit niemand antreten.

Trotzdem müssen wir die Fälle entscheiden, und dabei können uns Computer in jeder Stufe des Verfahrens der Rechtsgewinnung (nicht aber bei der Entscheidung) in vielfältiger Weise unterstützen.⁵¹ Vielleicht ändert sich die Situation, wenn wir demnächst die Welt der *von-Neumann*-Architekturen⁵² verlassen können. Aber dann müssten wir gleichzeitig fähig werden, Gefühlslagen, die überwiegend im Unterbewusstsein verankert sind, zu Tage zu fördern. Einen Trost haben wir immerhin: Die Dichter haben noch größere Schwierigkeiten im Kampf mit der

Analogie als wir. *Robert Gernhardt* gibt uns in seinem Gedicht „Das Gleichnis“ einen Einblick, der Sie aufmuntern wird:⁵³

Wie wenn da einer, und er hielte
ein frühgereiftes Kind, das schielte,
hoch in den Himmel und er bäte:
„Du hörst jetzt auf den Namen Käthe!“ –
Wär' dieser nicht dem Elch vergleichbar,
der tief im Sumpf und unerreichbar
nach Wurzeln, Halmen, Stauden sucht
und dabei stumm den Tag verflucht,
an dem er dieser Erde Licht...
Nein? Nicht vergleichbar? Na, dann nicht!

VIII. Gerechtigkeit: Das Gleichgewicht widersprüchlicher Elemente

In Rechtssystemen müssen wir anders als in der Dichtung das Risiko von falschen Analogien so wirksam begrenzen wie möglich. Wir verwenden dazu viele Werkzeuge: Wir konstruieren Systeme aus positiven Gesetzen,⁵⁴ die aber *gleichzeitig* geeignet sein müssen, im individuellen Einzelfall das Gleiche, das Angemessene⁵⁵ zu treffen. Hier wie in jeder denkbaren Rechtsordnung „stolpern wir in die Weisheit“, wie man im angloamerikanischen Rechtskreis sagt.⁵⁶

Frühere Theorien haben seit *Plato* in der Gerechtigkeit einen *Gegenstand* gesehen, den wir im Urwald der Tatsachen und Konflikte finden könnten. Für ihn war sie ein scheues Wild – ein Igel würde *Ronald Dworkin*⁵⁷ sagen:

„Wir müssen wie Jäger den Busch rings umstellen, dass uns die Gerechtigkeit nicht etwa entschlüpfe und dann, wenn sie einmal verschwunden ist, nicht wieder zum Vorschein komme. Denn offenbar ist sie hier irgendwo.“⁵⁸

Das ist eine starke, aber *falsche* Analogie. Sie vermittelt uns den Eindruck, als könnten wir die Gerechtigkeit erjagen, wenn wir uns nur genügend anstrengten. Tatsächlich müssen wir sie in jedem Einzelfall erzeugen, denn sie ist kein Gegenstand, sondern ein – stets empfindlicher und oft nur vorübergehender – Zustand des Gleichgewichts zwischen den divergierenden Kräften, die gegeneinander streiten. Wenn ein Rechtssystem⁵⁹ die Rahmenbedingungen dafür schafft, hat die Gerechtigkeit eine Chance. Wenn es kein Rechtssystem gibt, in dem eine Rangordnung von Werten definiert werden kann, können auch die divergierenden Kräfte nicht bestimmt werden. Deshalb sind Begriffe wie „globale Gerechtigkeit“ nichts anderes als virtuelle Leitlinien, und zwar auch bei zentralen Werten wie den Menschenrechten. Wir arbeiten nicht als Jäger, sondern als Töpfer, die dem rauhen Material, das die Realität uns liefert, unter den jeweiligen Rahmenbedingungen von Raum, Zeit, Kultur usw. Form geben und Leben einhauchen.

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Schiedsrichter und Honorarprofessor an der Leibniz-Universität Hannover. Der Beitrag geht auszugsweise zurück auf seine dortige Abschiedsvorlesung.

¹ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, 226 ff.

² *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999, 70 ff.

³ Zur Trennung zwischen Tatsachen und Meinungen im römischen Prozess *Broggini*, NJW 1962, 1649; *N. J. Groß*, NJW 1988, 302.

- 4 Die Kunst der Deutung der Muster der Welt; *Spoerhase/Werle/Wild*, Unsicheres Wissen – Skeptizismus und Wahrscheinlichkeit 1550–1850, 2009; zur rechtlichen Hermeneutik *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 64 ff., 67.
- 5 *Haft*, Falldenken statt Normdenken in: Der öffentliche Sprachgebrauch Bd. III: Die Sprache des Rechts und der Verwaltung, 1981, 153 ff.; *ders.*, Juristische Methodenschule, 2014.
- 6 *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 25.
- 7 *Joas*, Die Entstehung der Werte, 6. Aufl. 2013, 252.
- 8 *BVerfG*, NJW 2003, 1857.
- 9 Zu technischen und juristischen Sprachebenen im Prozess *Heussen* in *Bartsch/Hildebrand*, Der EDV-Sachverständige, 1987, 45.
- 10 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, 2008, 18.
- 11 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1983.
- 12 *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, Rn. 893; ebenso *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 60, 91 ff.
- 13 *Jhering*, Der Kampf ums Recht, 1872 (Nachdruck Haufe 1992), hat uns auf diese jahrtausendalte Funktion wieder energisch aufmerksam gemacht.
- 14 *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 59; *Menke*, Die Ideologie des Ästhetischen, 1993.
- 15 *BGHZ* 28, 251 = NJW 1959, 34 – Analogie zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag.
- 16 *Salditt*, AnwBl 1999, 134.
- 17 *Roth*, Persönlichkeit, Entscheidung und Verhalten, 2. Aufl. 2007, 132 ff., 276 ff.
- 18 *Darwin*, Mein Leben, 1993, Anh. 182.
- 19 *Justitian*, Digesten D.1.2 (Ulpian): „Gerechtigkeit ist der unwandelbare und dauerhafte Wille, jedem sein Recht zu gewähren“, zit. nach *Behrends* ua: Corpus civilis Text und Übersetzung, Institutionen, Band II, 1997, 94.
- 20 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979, 346.
- 21 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, 225 ff., 565 ff.; *ders.*, Vertrauen, 4. Aufl. 2000.
- 22 *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, in Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, 1968.
- 23 *Hofstadter/Sander*, Die Analogie – das Herz des Denkens, 2014.
- 24 *Weinrich*, Linguistik der Lüge, 1964, jetzt 7. Aufl. 2006, 45.
- 25 *Kast*, Ich weiß nicht, was ich wollen soll, 3. Aufl. 2013 (Populärwissenschaftlicher Überblick).
- 26 *Gigerenzer*, Bauchentscheidungen – die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 2007; *Thaler/Sunstein*, Nudge – wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2008.
- 27 *Lerch*, Die Sprache des Rechts – Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, 2004, 3 Bände; *Forgó*, Recht sprechen – zur Theorie der Sprachlichkeit des Rechts, 1997.
- 28 *Shakespeare*, Romeo und Julia, 3. Akt, 3. Szene – Lorenzo und Romeo.
- 29 *Freud*, Bruchstücke einer Hysterie – Analyse 1905, Studienausgabe 1982, Band VI, 83, 148.
- 30 *Damasio*, Descartes Irrtum: Fühlen, Denken und das menschliche Gehirn, 2004; Selbst ist der Mensch: Körper, Geist und die Entstehung des menschlichen Bewusstseins, 2011.
- 31 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, 117 ff., 289 ff.
- 32 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1983.

- 33 *Émile Borel/John von Neumann* ua entwickelten am Beispiel des Spielverhaltens generelle Theorien über das Entscheidungsverhalten von Menschen; *Rieck*, Spieltheorie – eine Einführung, 2012; *Ockenfels*, Fairness, Reziprozität und Eigennutz: Ökonomische Theorie und experimentelle Evidenz, 1999; *von Arnald*, Recht und Spielregeln, 2003.
- 34 *Klatt* in *Lerch*, Die Sprache des Rechts – Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht, 2004, II, 343 ff. (345 f.).
- 35 *Forgó*, Zauberkunst ist keine Kunst oder die eigentümliche Bedeutung der Worte in *Somek/Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken, 1996, 111 ff.
- 36 *Rosendorfer*, Interview mit *Benno Heussen*, AnwBl. 2012, 976. Das ist klassische Freirechtsschule (1900–1930): *Eugen Ehrlich*, *Ernst Fuchs* ua. Sie bewegt sich außerhalb unseres Rechtssystems.
- 37 *Eco*, Quasi dasselbe mit anderen Worten – über das Übersetzen, 2006; *Trabant*, Mithridates im Paradies – kleine Geschichte des Sprachdenkens, 2003, 272 ff.
- 38 Art. 103 II GG; *BVerfG*, Beschl. v. 19.12.2002 – 2 BvR 666/02, BeckRS 2003, 21388.
- 39 *BFH*, DStRE 2014, 915 = *BFH/NV* 2014, 1035 – Bezugsdauer des Kindergeldes; *BVerwG*, Beschl. v. 12.1.2009 – 8 B 84/08, BeckRS 2009, 31226 – Vermögensgesetz; *BGHZ* 196, 190 = *NJW* 2013, 1732.
- 40 Sie ist besonders wirkungsvoll, wenn sie von ehemaligen Richtern geübt wird wie etwa *Egon Schneider*, FS Christian Richter II, 2006, 465.
- 41 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 44 ff.
- 42 *Böckenförde*, Vom Ethos der Juristen, 2010, 34: Der „Kern des Ethos der Juristen ... zielt zunächst auf das jus suum cuique tribuere und den Parteilichkeit abwehrenden Grundsatz audiatur et altera pars; ferner auf das klare Erfassen nicht nur des jeweiligen Sachverhalts und seiner Probleme, sondern auch der sozialen Wirklichkeit in ihrer Gestalt und Veränderung, die das Recht ja ordnen will; schließlich auf die so wichtige Reziprozität, die Gegenseitigkeit des Rechts sowie den Sinn für die befriedigende Kraft geordneter Verfahren, die jedweden unmittelbaren Zugriff abwehren.“
- 43 *Gerhardt/Kepplinger/Geiß*, Die Kunst der richterlichen Urteilsfindung, noch unveröffentlichte Studie 2012, Vorbericht FAZ 13.6.2012.
- 44 *Sotomayor*, Meine geliebte Welt, 2014, 226 ff.
- 45 Eine Formel russischer Oligarchen. Der autoritäre brasilianische Präsident *Getulio Vargas* (1883–1954) soll sie erfunden haben („Aos amigos tudo, aos inimigos a lei.“), aber sie ist gewiss Jahrtausende alt.
- 46 *Khalil Gibran* (1883–1931). So erklärt sich auch das Gebet des Richters *Salomon* „Verleih Deinem Knecht ein hörendes Herz, damit er Dein Volk zu regieren und das Gute vom Bösen zu unterscheiden verstehe“, *Salomon*, 1. Buch der Könige 3,9.
- 47 Eine der einfacheren Komplexitätsformeln lautet: $x = n(n - 1)/2$, hier also: $10(10 - 1)/2 = 45$. Tatsächlich kann die Zahl der Faktoren aber weit höher sein und sich nach Zufallsprinzipien ändern. Einen Überblick gibt *Mainzer*, Die Berechnung der Welt (bes. Kap. 11), 2014.
- 48 Grdl. *Miller*, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information, in *The Psychological Review* 63 (1956), 81–97; *ders./Galanter/Pribram*, Strategien des Handelns, 1991.
- 49 Gödel'scher Unvollständigkeitssatz: „Jedes hinreichend mächtige, rekursiv aufzählbare formale System ist entweder widersprüchlich oder unvollständig.“ (*Hoffmann*: Die Gödel'schen Unvollständigkeitssätze: Eine geführte Reise durch Kurt Gödels historischen Beweis, 2013).
- 50 Medizin-Nobelpreisträger 1972; www.dctp.tv/filme/gespraech-mit-gerald-edelman/.
- 51 *Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung – methodenorientierte Vorstudie, 1974; *Haft*, Rechtsprechungslehre 1992, 589–597 (dort zum Lex-Projekt mit IBM); *P.*

Leith, Fundamental Errors in Legal Logic Programming, The Computer Journal, Vol. 9, No. 6, 1986, 545552.

52 *John von Neumann* (1903–1957) entwickelte 1945 das Konzept der seriellen Abarbeitung einzelner Computerbefehle in logischer Folge.

53 *F.W. Bernstein*, Neue Frankfurter Schule, 1987, 148, s. auch Besternte Ernte, 2001 (Abdruck mit freundlicher Genehmigung der Agentur Schlück, Garbsen).

54 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik V,2 (vor 1129 b) 2001, 189: „to nomimon *kai* to ison“ – „demgemäß wird gerecht sein, wer die Gesetze beachtet *und* sich an die Gleichheit hält“.

55 *Ulpian* cit. *Celsus* in den Digesten, 1,1,1. (ca. 150 n. Ch.) Text: Corpus civilis, Digesten 1–10, *Okko Behrends*, 1995, 91: ars boni et aequi.

56 *Radbruch*, Der Geist des Englischen Rechts, Gesamtausgabe (Hrsg. *Kaufmann*), Bd. 15 (Bearb. *Heinrich Scholler*), 1999, 30 unter Berufung auf *Frederic William Maitland* (1850–1906): „stumbling forward in our empirical fashion, blundering into wisdom“.

57 *Dworkin*, Gerechtigkeit für Igel, 2012 – er kommentiert einen Satz des *Archilochos* (680–645 v. Chr.): „Der Fuchs weiß viele Dinge, aber der Igel weiß eine große Sache.“

58 *Plato*, Der Staat IV (432 c), Werke in acht Bänden, 1971, Bd. 4, 319.

59 *Fikentscher*, Modes of Thought, 1995, Chapter 4 und 5; *ders.* Globale Gerechtigkeit zwischen Rechtsangleichung und Kulturenvielfalt in Globale Gerechtigkeit, 2001, 48 ff.