

**Zeitschrift:** Bulletin / Vereinigung der Schweizerischen Hochschuldozierenden =  
Association Suisse des Enseignant-e-s d'Université

**Herausgeber:** Vereinigung der Schweizerischen Hochschuldozierenden

**Band:** 42 (2016)

**Heft:** 1

  

**Artikel:** Das Gute in der Rechtswissenschaft : gutes Recht ist wirksames  
Recht?

**Autor:** Rindlisbacher, Nina / Niggli, Marcel

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-893860>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 15.03.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

## Das Gute in der Rechtswissenschaft – Gutes Recht ist wirksames Recht?

Marcel Niggli\* und Nina Rindlisbacher\*\*

Fragt man nach dem Guten im Recht, so könnte man ebenso gut danach fragen, was das Gute, wie danach, was das Recht sei. Wir wollen aber beide Fragen einmal beiseite lassen und uns dem Thema tangential annähern, namentlich indem wir «gut» als eine Bewertung betrachten und vorerst nach Evaluationen und Zielsetzungen fragen.

Die durchgreifende Ökonomisierung unserer Gesellschaft hat weitreichendere Konsequenzen, als man auf den ersten Blick vermuten könnte. Das ökonomische Verständnis der Welt bewirkt, dass Recht und Justiz daraufhin analysiert und bewertet werden, was sie kosten und leisten – ein ganz und gar absurder Gedanke, weil eine kostengünstigere Justiz nicht nur keine bessere sein muss, sondern es auch nicht sein kann, und zwar grundsätzlich nicht und niemals, da

ja der «Preis» für die «Leistung» der Justiz ganz unbeachtlich bleiben muss – nicht nur weil eine Quantifizierung scheitert (und scheitern muss), sondern auch weil ein Bezug zu einer ökonomischen Grösse grundsätzlich fehlt. Die «Leistung» des Rechts – völlig egal ob man sie nun in der «Gerechtigkeit» oder auch nur in «Ordnung», «Sicherheit» oder anderem verorten will – hat ökonomisch bedeutungslos zu bleiben. Dies deshalb, weil die Essenz der Norm kontrafaktisch ist: Die Verhaltenserwartungen, die wir Normen nennen, passen wir gerade nicht an die tatsächlichen Entwicklungen an (wie bei kognitiven Erwartungen). Wenn aber die Verhaltenserwartung normativer Art ist, d.h. kontrafaktisch, kann ich deren «Leistung» auch nicht mit «besseren» oder «schlechteren» tatsächlichen Entwicklungen in Bezug setzen, sondern kann höchstens die Intensität oder Bedeutung (bzw. deren Veränderung über die Zeit) dieser Erwartungen messen, die aber – und darin besteht eben das Problem – gerade nicht (und zwar deklarierterweise nicht) in einem Bezug stehen zu tatsächlichen Entwicklungen oder Zuständen. Das heisst Recht und Justiz «leisten» das, was sie «leisten», quasi losgelöst von den anderen Entwicklungen, weshalb es nicht nur widersinnig ist, sie auf einen skalierbaren, quantifizierbaren Massstab zu beziehen, als vielmehr ein solches Unterfangen ihren ureigensten Charakter (und ihre ureigenste «Leistung») aufhebt bzw. zerstört.

Viel umfassendere, wenn auch meist unbemerkte oder jedenfalls vernachlässigte Konsequenz der angesprochenen Ökonomisierung ist, dass praktisch alles auf bestimmte Zwecke hin orientiert wird, alles etwas anderem «dient» oder jedenfalls dienen sollte. Diese zweckrationale Perspektive dominiert so sehr, dass alleine schon die Frage nach Bedeutung und Gehalt eines Wertes oder einer Struktur (ohne sie auf ein aliud zu beziehen und damit einer Zweckorientierung zu unterwerfen), allgemein Verwunderung auslöst und als wirklich veraltet empfunden wird – ganz ebenso wie der Wunsch, einen bestimmten Bereich der skalierten ökonomischen Bewertung zu entziehen.

Ganz folgerichtig wird – trotz der offensichtlichen Unmöglichkeit des Unterfangens – das Recht heute zunehmend einem instrumentellen Rechtsparadigma zugeordnet: Rechtsnormen werden als Instrumente, als Mittel zur Erreichung bestimmter Zwecke

\* Universität Freiburg, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Av. de Beauregard 13, 1700 Fribourg.

E-mail: [lehrstuhl-niggli@unifr.ch](mailto:lehrstuhl-niggli@unifr.ch)  
[www.unifr.ch/ius/niggli](http://www.unifr.ch/ius/niggli)



**Marcel Alexander Niggli**, Dr. iur., ist Ordinarius für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg, der er während einigen Jahren auch als Dekan vorstand; 1998 an der Universität Zürich habilitiert (Habilitationsschrift: *Menschliche Ordnung. Zu den metaphysischen Grundlagen der modernen Gesellschafts-, Norm- und Straftheorie*). Niggli's Forschungsinteressen liegen im Bereich des Strafrechts, des Strafprozessrechts, der Kriminologie und der Rechtsphilosophie; er ist Mitherausgeber zahlreicher Kommentare zum Strafrecht, erschienen in der Reihe der Basler Kommentare (bspw. zum Strafrecht, zur Strafprozessordnung, BGG und SVG); Autor eines umfassenden Kommentars zur Rassendiskriminierung. Ausführliche Publikationsliste unter <http://www.unifr.ch/ius/niggli/forschung/publications/marcel-alexander-niggli>.

\*\* Universität Freiburg, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Av. de Beauregard 13, 1700 Fribourg.

E-mail: [lehrstuhl-niggli@unifr.ch](mailto:lehrstuhl-niggli@unifr.ch)  
[www.unifr.ch/ius/niggli](http://www.unifr.ch/ius/niggli)



**Nina Rindlisbacher**, MLaw, ist Doktorandin und Assistentin am Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg (Arbeitstitel der Dissertation: *Strafrecht, instrumentell oder symbolisch?*). Sie schloss 2002 die Ausbildung zur dipl. Pflegefachfrau ab und arbeitete während einiger Jahre in der Frauenklinik am Inselspital; danach Studium der Rechtswissenschaften mit dem Abschluss Master of Law (2012). Rindlisbacher arbeitete unter anderem in einer Anwaltskanzlei als administrative Mitarbeiterin und am Jugendgericht in Bern.

verstanden, als Mittel der Verhaltens- bzw. der Gesellschaftssteuerung. Recht wäre – so betrachtet – also ein Mittel zur Erreichung eines Ziels. In solcher Perspektive, und wirklich nur in solcher Perspektive, erscheinen ausschliesslich *wirksame Gesetze als gute Gesetze*. Rechtsregeln werden so (auch) zu Massnahmen, welche die Menschen zu rechtskonformem Verhalten erziehen sollen, wobei diese Erziehung dem übergeordneten Zweck der Konformität dienen soll, Konformität ihrerseits indes nicht weiter legitimiert oder begründet wird. Damit einher geht auch, dass rein äusserlich wahrnehmbares rechtskonformes Verhalten nicht mehr allein massgebend ist. Rechtsnormen sollen verinnerlicht werden und das rechtskonforme Verhalten wegen der entsprechenden Rechtsregel realisiert werden. So wurden etwa die verschärften Strafbestimmungen für *«besonders krasse Missachtungen der zulässigen Höchstgeschwindigkeiten»* – so der Gesetzestext, der die besonders krassen Überschreitungen der Geschwindigkeitslimiten in mathematisch exakter Weise definiert (Artikel 90 Absätze 3 und 4 des Strassenverkehrsgesetzes) – auch damit begründet, dass die Verkehrssicherheit so erhöht werde. Durch harte Strafen, so die Annahme, würden die Verkehrsteilnehmer zu regelkonformen Verhalten gebracht und so letztlich eine Abnahme von Verkehrsunfällen mit schwerwiegenden Konsequenzen für Leib und Leben von Menschen bewirkt. Mit der Strafbestimmung soll also eine eigentliche Wirkungskaskade in Gang gesetzt werden.

Doch oft bereitet schon die Identifikation des vorgeblichen Zieles Schwierigkeiten. Nicht immer ist es nämlich möglich, ein genaues Ziel zu formulieren, da verschiedene, divergierende Interessen zu berücksichtigen sind. Als Beispiel sei an dieser Stelle das Raumplanungsgesetz genannt, das in Artikel 1 im ersten Absatz folgende Zielbestimmungen festhält: *«Bund, Kantone und Gemeinden sorgen dafür, dass der Boden haushälterisch genutzt und das Baugebiet vom Nichtbaugebiet getrennt wird.»* Die föderalistische Struktur der Schweiz erfordert, dass die Raumplanung auf den verschiedenen Ebenen der Staatsorganisation koordiniert wird. Dabei dürften die Interessen des Bundes, der Kanton und Gemeinden nicht immer deckungsgleich sein. Weiter heisst es: *«Sie stimmen ihre raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander ab und verwirklichen eine auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung. Sie achten dabei auf die natürlichen Gegebenheiten sowie auf die Bedürfnisse von Bevölkerung und Wirtschaft.»* Bereits hier zeichnet sich ein möglicher Interessenskonflikt ab, ist doch die Schaffung von Zonen, welche die Ansiedlung von Industriebetrieben ermöglichen, aus wirtschaftlicher Sicht allenfalls wünschenswert, weil damit beispielsweise

Arbeitsplätze geschaffen und Steuereinnahmen generiert werden, sind damit andererseits unter Umständen Belastungen für die ansässige Bevölkerung verbunden durch verschiedene Emissionen wie Lärm, Geruch, Verkehrsaufkommen etc. In der Rechtsetzung, aber auch in der Rechtsanwendung stehen sich häufig verschiedene Interessen gegenüber, die gegeneinander abgewogen werden müssen. Zudem drehen sich politische Diskussionen oft gerade um die Frage, in welche Richtung die Gesellschaft sich entwickeln soll, welches die erstrebenswerten Ziele sind. Selbstverständlich kann man sich auf allgemeine Formeln wie Sicherheit, Stabilität und ein friedliches Zusammenleben beziehen (denn wer würde sich schon *für* Unsicherheit und Instabilität aussprechen?), doch ist das Augenwischerei. Der Teufel steckt im Detail, nämlich in der Frage, wie konkret diese vagen Zielangaben erreicht werden sollen.

Eine instrumentelle Sichtweise degradiert Recht zu einer rein technischen Angelegenheit. Ein Problem wird identifiziert, eine Massnahme (Gesetz) ergriffen, die zur Problemlösung geeignet erscheint. Nach einiger Zeit wird gemessen, inwiefern die Massnahme (das Gesetz) das Problem gelöst hat. Gänzlich offen bleibt dabei, wie dies geschehen sollte, weil ja überhaupt keine (von der einwirkenden Variable – nämlich dem Gesetz) unabhängige Entwicklung besteht, also keine Vergleichsgruppe, die überhaupt Aussagen erlauben würde. Diesem Problem begegnen Evaluationsfreunde zuweilen mit dem Argument, eine Evaluation sei auch möglich ohne Zielvorgabe. Das kann man natürlich so sehen, doch führt es notwendig dazu, dass die eigentliche Frage (nämlich diejenige nach der Wirksamkeit des Rechts hinsichtlich eines zu erreichenden Zieles) gerade nicht erfasst wird. Denn wenn nicht eine Zielvorgabe als Kriterium besteht, was sollte dann Kriterium einer (wohl gemerkt empirischen) Beurteilung sein? Wenn kein solches Kriterium existiert, sondern die Evaluation sich in der Beschreibung erschöpft, dann ist sie im Kern überflüssig, denn jede wissenschaftlich valide Aussage müsste ja auch falsch sein können. Besteht diese Möglichkeit nicht, ist die Frage unvermeidlich (aber auch nicht zu beantworten), was denn eigentlich evaluiert und nicht bloss behauptet wird. Nicht so eilig, werden wohl die Evaluationsfreunde einwenden, dasselbe trifft ja auch auf das Recht selbst zu (Unmöglichkeit, eine konkrete Zielsetzung zu fixieren). Und natürlich werden wir dem nicht widersprechen. Gerade darin erkennen wir die Besonderheit des Rechts. Denn was ist ein gutes Gesetz? Eines, das seine Zielsetzung verwirklicht? Wie eben erläutert, ist meist gar nicht möglich anzugeben, worin die bestehen könnte. Wenn nun aber auf eine Zielsetzung verzichtet wird, worin könnte das «gute» Gesetz

sich vom «schlechten» unterscheiden? Sicherlich nicht dadurch, dass es befolgt oder nicht befolgt wird, denn das ist ja eine Frage der Durchsetzung, nicht des Rechts. Vielleicht dadurch, dass es klar und verständlich formuliert ist? Schon eher, auch wenn wir nicht wirklich anzugeben vermöchten, was klar ist und was nicht. Und worin bestünde dann biteschön das Problem, wenn das Recht selbst keine Kriterien anzugeben vermag, was richtiges und was falsches Recht ist, warum sollte dies dann für seine Bewertung bzw. Evaluation nicht auch gelten? Die Antwort darauf ist recht einfach: Das Recht unterscheidet zwischen richtig und falsch dadurch, dass es entscheidet. Darin besteht sein Kern und seine Essenz. Es gibt eben gar nicht vor, einem objektiven oder objektivierbaren Massstab zu folgen, es bezieht sich nicht auf eine (wie immer geartete, empirisch wahrnehmbare) Wirklichkeit, sondern entscheidet Sollensfragen. Natürlich haben das Recht und jedes seiner Bestandteile Folgen und (manchmal auch sehr unangenehme) Konsequenzen im Sein, in der «Wirklichkeit». Der normative Charakter des Rechts aber entzieht es eben gerade der Sphäre dieses Seins (in dem es so gewaltig wirkt), und entzieht es damit auch einer Bewertung anhand von empirischen Faktoren. Genau besehen setzt das Verständnis der Gesetzgebung als Problemlösungsmechanismus und Instrument der Verhaltenssteuerung eine weitere Annahme voraus, die mehr als nur nebensächlich ist, nämlich dass Gesetze menschliches Verhalten determinieren, indem sie vorzugsweise auf das Bewusstsein und die Vernunft der Akteure einwirken. Doch setzt dies seinerseits eine sehr unsichere Annahme voraus, nämlich dass unsere Handlungen primär bewusst entschieden und rational geplant werden. Angesichts der empirischen Belege dürfte diese Annahme zumindest als gewagt erscheinen. Eine Verhaltenssteuerung ergibt sich wohl ansatzweise in jenen Bereichen, in welchen das Recht dem Menschen Pflichten auferlegt, die er ohne die entsprechende Regelung nicht hätte und deren Erfüllung einfach zu kontrollieren ist. Es würde wohl niemand von selbst auf die Idee kommen, eine Steuererklärung einzureichen, gäbe es keine Pflicht, dies zu tun. Hier kann auch relativ einfach gemessen werden, ob alle registrierten Steuerpflichtigen ihrer Verpflichtung nachkommen. Umgekehrt aber sagt eine derartige Messung nichts darüber aus, ob die Menschen ihre Einkünfte und ihre Vermögenswerte wahrheitsgemäss deklarieren. Das Einreichen der Steuererklärung ist nicht Selbstzweck, es dient der Steuerbehörde als Datengrundlage für die Besteuerung.

Um zu zeigen, dass eine instrumentelle Rechtsauffassung zu kurz greift, muss man nicht auf die jüngeren Diskussionen um die Willensfreiheit, die Experimen-

te von Libet und anderes verweisen. Vielmehr reicht dazu ein einfaches Gedankenexperiment: Wenn die Menschen tatsächlich für einen erheblichen Teil ihrer Handlungen auf bewusste Entscheidungen angewiesen wären, so wären sie wohl schon lange ausgestorben. In vielen, wenn nicht den meisten Fällen, sind relevante Informationen entweder gar nicht verfügbar bzw. nicht als solche erkennbar, oder umgekehrt besteht eine Überfülle an solchen Informationen, die zu überdenken schlicht ineffizient oder gar unmöglich wäre. Häufig wird das Handeln von Menschen deshalb recht gut vorhersehbar sein, wenn man die Handlungen der Bezugsgruppen des Handelnden kennt. Menschen verhalten sich meist wie Herden oder Schwärme, sie richten ihr Verhalten also vor allem an ihren Nachbarn aus. Von den meisten anderen Herden oder Schwärmen unterscheiden sich Menschen in erster Linie durch die Freiheitsgrade, also dadurch, dass sie immer und überall eine Zahl vielfältiger und bemerkenswerter Ausreisser kennen, Abweichler, Protestler, Kranke, Überhebliche, Sorglose, Gläubige oder Künstler, um nur einige zu nennen. Das instrumentell-utilitaristische Verständnis repräsentiert daher ein sehr übermässig reduziertes Modell menschlicher Verhaltensweisen als determiniert durch Rechtsregeln. Ausgeblendet wird dabei eine Unzahl von Faktoren: Das soziale Umfeld, zwischenmenschliche Beziehungen, Affekte, konkrete Situationen (etwa Situationen, die den Regelbruch erleichtern: Nicht von ungefähr sagt man etwa, dass Gelegenheit Diebe mache. Umgekehrt stehlen viele Menschen aber auch dann nicht, wenn sie die Gelegenheit dazu hätten, und auch dann nicht, wenn es sogar höchst unwahrscheinlich ist, dass die Tat entdeckt wird). Insbesondere die Vorstellung, dass Menschen aufmerksam Gesetzesbücher lesen und ihre jeweilige Einstellung und ihr Verhalten danach ausrichten, ist wohl mehr Wunsch als Realität. Hinzu tritt der Umstand, dass kaum einer alle Gesetze kennt. Nicht einmal Juristen, die ja tagaus tagein damit arbeiten, kennen sie alle, geschweige denn die zugehörige Rechtsprechung.

Sodann wenden sich Rechtsregeln nicht selber an; sie werden von den zuständigen Instanzen, also von Menschen, angewendet. Die Sanktionsgeltung einer Norm – eine Rechtsnorm entfaltet dann Sanktionsgeltung, wenn ihre Verletzung tatsächlich sanktioniert wird – ist im Strafrecht zum einen davon abhängig, ob die Polizei, die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte überhaupt Kenntnis von der Straftat erhalten, was wiederum davon abhängt, ob die entsprechende Tat angezeigt, von der Polizei entdeckt, zur Anklage gebracht und abgeurteilt wird, zum anderen aber (angesichts knapper Ressourcen) auch davon, welche Verfolgungsprioritäten die Strafverfolgungsorgane gewählt haben.



Die Wirksamkeit von Gesetzen überprüfen zu wollen, wird regelmässig daran scheitern, dass für diese «Wirksamkeit» überhaupt keine Operationalisierung zur Verfügung steht. Was genau ist ein sehr wirksames Gesetz, was ein bloss schwach wirksames? POPPER folgend muss – wissenschaftstheoretisch einfach ausgedrückt – der Satz «Dieses Gesetz wirkt» falsch sein können. Kann ich kein Kriterium angeben, keine Bedingung, unter welcher der Satz je falsch sein könnte, ist er wissenschaftlich inhaltsleer bzw. enthält nichts anderes, als schlicht ein beliebiges, persönliches Urteil. Allein, an solchen Kriterien mangelt es vollständig. Nicht zuletzt deshalb natürlich, weil aus ethischen und sozialpolitischen Gründen keine Kontrollgruppen möglich sind, für die – bis auf die in Frage stehende Variable – alle (oder jedenfalls viele) der übrigen Bedingungen kontrolliert, also stabil gehalten werden können. Trotz alledem sieht die Bundesverfassung die Evaluation der Wirksamkeit von Gesetzen explizit vor. Die Evaluation scheint also von staatstragender Bedeutung (Art. 170 Bundesverfassung; natürlich gibt die Verfassung nicht an, wie diese Chimäre zu gebären wäre, und natürlich werden dies auch keine Ausführungserlasse tun können). Diesen Vorgaben entsprechend wurde etwa die Wirksamkeit des revidierten allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches hinsichtlich der Frage evaluiert, ob das neue Sanktionsrecht weniger kriminalpräventiv wirke als das alte. Unter Beschuss war insbesondere die neu eingeführte Geldstrafe geraten, die bedingt ausgesprochen werden kann, also nicht bezahlt werden muss, wenn sich der Täter in der vom Gericht festgesetzten Probezeit bewährt. Noch bevor aber die Ergebnisse vorlagen, wurde eine erneute Revision des Sanktionenrechts in die Wege geleitet, also die zu überprüfende reduzierte Wirksamkeit schlicht und ergreifend unterstellt. Insofern schien die Wirksamkeit nicht so wirklich bedeutsam.

Fehlt es an exogenen Faktoren (externes Bewertungskriterium und Vergleichsgruppe), soll aber die Wirksamkeit dennoch zum eigentlichen Legitimationsstopos erhoben werden, dann bleiben als Massstab der Wirksamkeit einzig endogene Faktoren, namentlich die vom Gesetz selbst statuierten Ziele, an welchen man messen könnte, ob und inwiefern sie erreicht wurden. Mit dem Übergang zu einer solchen endogenen Perspektive, also quasi zur selbstbezogenen Konsistenz als Wirksamkeitsbeschreibung, werden wir notwendig auf den Prozess der Evaluation zurückgeworfen: Was kann, was soll Wirksamkeits-Evaluation von Rechtsnormen überhaupt bezwecken (einmal unterstellt wir hätten Kriterien und könnten es tatsächlich messen)? Was also ist Ziel und der Zweck von Evaluation? Eine erste Antwort könnte lauten: Evaluation dient nicht selten der

Qualitätsverbesserung, zumindest vorgeblich. Damit mutiert die Frage der Wirksamkeit eines Gesetzes zu einer nach seiner Qualität. Wie aber könnte man die Qualität eines Gesetzes messen, wie also könnten wir feststellen, ob wir ein gutes Gesetz vor uns haben? Neben den Schwierigkeiten, die sich teilweise bereits daraus ergeben, das Ziel eines Gesetzes so zu definieren, dass eine Überprüfung überhaupt möglich wird, stellen sich noch ganz andere Probleme. Am Beispiel des Strafrechts kurz erläutert:

Wie das übrige Recht werden im Zuge einer universalen Ökonomisierung auch Strafe und Strafrecht auf bestimmte Ziele bezogen und verstanden als utilitaristisches Mittel zur Erreichung konkreter (sozialpolitischer) Ziele. Dabei hat «Sicherheit» (auch dies natürlich in einer ökonomischen Perspektive kein Zufall) praktisch alle anderen Zielsetzungen, insbesondere aber Gerechtigkeit, verdrängt. Strafe und Strafrecht werden konzipiert als Mittel, um das Kriminalitätsniveau zu senken, als Präventionsinstrumente, die letztlich tatsächliche Sicherheit produzieren. Wie aber sollten wir das messen? Lassen wir einmal die tückische Frage der Zuverlässigkeit und Aussagekraft von Kriminalstatistiken beiseite (polizeilich bekannt gewordene mutmassliche Straftaten, Strafurteilsstatistiken, Strafvollzugsstatistiken, Opfer- und Täterbefragungen), so wissen wir über das tatsächliche Ausmass von Kriminalität relativ wenig bzw. nur unpräzises. Entsprechend ist es natürlich schwierig, den Einfluss von einzelnen Strafen oder Strafarten zu messen. Selbstverständlich können wir beobachten, wie sich etwa die Anzahl der Strafurteile insgesamt oder bezogen auf einzelne Delikte über einen gewissen Zeitraum verhält. Die Ursachen der Entwicklung bleiben uns aber weitgehend unbekannt. Über die angestrebte äussere Zielerreichung gelingt es uns kaum etwas Zuverlässiges auszusagen. Keineswegs besser aber geht es uns mit den endogenen Faktoren: Einer extrem effizienten Strafjustiz stehen auch die strafprozessualen Garantien entgegen, die dem Schutz der angeklagten Person dienen. Ihr muss nachgewiesen werden, dass sie die Tat begangen hat, was unter Umständen zu langwierigen Verfahren führt. Im Zweifel muss für den Angeklagten entschieden werden (in dubio pro reo), was verhindern soll, dass Menschen bestraft werden, obwohl sie die ihnen vorgeworfene Tat gar nicht begangen haben. Umgekehrt muss das natürlich dazu führen, dass jemand freigesprochen wird, der die Tat begangen hat, dem sie aber nicht nachgewiesen werden kann. Dies ist nicht nur eine blosser Möglichkeit (ursprünglich hatten wir geschrieben: "kann das natürlich dazu führen"), sondern eine notwendige Konsequenz. Wenn wir sicherstellen wollen, dass in allen Fällen ein Freispruch ergeht, in welchen

wir nicht mit Sicherheit ausschliessen können, dass ein Unschuldiger verurteilt wird, müssen wir in Kauf nehmen, dass auch Schuldige freikommen. Wir können diese Konsequenz nicht umgehen, auch nicht mit Risikoanalysen oder Stochastik, so gut sie auch sein mögen. Für Prognosen gilt, was immer galt: Die Zukunft wird erst in der Zukunft endgültig bestimmt. Für die Gegenwart gilt analog: Was wir nicht klären können, bleibt unklar. Am Beispiel: Stehen bei einer Vergewaltigungsanklage Wort gegen Wort und haben wir keine Möglichkeit, die Sache anders zu klären (beispielsweise über technische oder naturwissenschaftliche Nachweise oder logische Unmöglichkeiten etc.), bleibt sie unklar. Auch Glaubhaftigkeits- und Glaubwürdigkeitsgutachten ändern an dieser Sachlage grundsätzlich nichts, denn sie liefern bloss Gründe dafür, die eine Aussage anzuzweifeln oder eben nicht. Ist also die Sache nicht restlos zu klären, bleibt auch nur eine minimale Unklarheit, so müssen wir in diesen Fällen entscheiden, ob es uns wichtiger ist, eine möglicherweise schuldige Person freizusprechen, oder umgekehrt in Kauf zu nehmen, einen Unschuldigen zu verurteilen. Das könnten wir nur vermeiden, wenn wir klären könnten, was wir eben nicht klären können, wenn wir das Unbestimmbare bestimmen könnten. Vermöchten wir dies aber, würde sich die Frage gerade nicht stellen.

Letztlich sind wir damit fast vollständig gescheitert: Exogene Kriterien zur Bewertung des Rechts und seiner Wirksamkeit fehlen und sind auch nicht aufzufinden, und selbst wenn sie es wären, würde es an ihrer Messbarkeit mangeln. Eine Analyse der endogenen, vom Recht selbst vorgegebenen Ziele und Zwecke erbringt kein besseres Resultat. Nicht nur bleiben diese Ziele und Zwecke oft genug vage oder sogar im Dunkeln, wir verfügen auch über keine Möglichkeit, ihre Verwirklichung (ja nicht einmal ihre Verfolgung) zu eruieren. Wir können höchstens Inkonsistenzen zwischen Zielsetzung und gewähltem Mittel feststellen. Doch selbst hier scheitern wir: Denn wenn etwa Prävention und Verhaltenssteuerung offen als Ziel von Strafe deklariert werden, so bleibt *die* zentrale Bedingung für die Verwirklichung dieser Ziele, namentlich eine irgendwie geartete verhaltenssteuernde Kraft des Rechts, blosser Annahme. Ein vernünftiges Wesen würde ja erwarten, dass wenn wir ein bestimmtes Ziel anstreben und dazu ein bestimmtes Mittel wählen, wir über sehr gute Gründe und Belege verfügen, die Verwirklichung dieses Zieles mit diesem Mittel auch für möglich zu halten. Entsprechend würden wir erwarten, dass Abschreckungs- und Präventionswirkungen empirisch überwältigend nachgewiesen wären. Pustekuchen. Vereinzelt Hinweise bestehen, dass auch das Recht unser Verhalten beeinflusst. Die erklärte Varianz auch der besten kriminologischen

Erklärungsmodelle kommt über 35 Prozent kaum hinaus. Einfach gesagt: Zwei Drittel unseres Verhaltens bleiben unerklärt. Das halten die Sozialwissenschaften aber bereits für ein gutes Resultat. Und nur pro memoria: 50 Prozent entsprächen einem Zufallsresultat. All dies aber scheint überhaupt niemanden zu stören. Es erscheint ja so offensichtlich und selbstverständlich, dass man Verhalten über Rechtsnormen steuern kann, über Strafe und Belohnung, dass alleine die Frage schon Verwunderung auslöst. Auch eine endogene Bewertung scheitert also auf der ganzen Linie.

Dies nun müsste eigentlich – wären wir vernünftig – zu zweierlei führen: Zum einen zur dringenden Frage, was denn Zweckorientierung überhaupt soll, wenn sie nichts anderes kann, als sich selbst zu inszenieren, indem sie Versprechungen macht, die sie nicht einhalten kann. Viel bedeutsamer aber wäre die zweite Konsequenz, nämlich die Frage danach, was das Gute sei (eine Frage, die wir bereits aus der altgriechischen Philosophie kennen, die aber ein wenig verloren gegangen zu sein scheint auf dem Weg zu uns) – und bezogen auf das Recht natürlich, wie dieses Gute mit dem Recht zu verwirklichen wäre. Wenn wir uns, unserer Aufgabe entsprechend, auf die zweite Frage beschränken, so wäre unsere Antwort eine ganz schlichte: Derjenige Aspekt des Guten, mit dem das Recht befasst ist, heisst Gerechtigkeit. Wir wollen und können hier nichts ausführen zu Eudämonie, Autarkie, Arete, Phronesis und Sophia, und auch über *iustitia*, *temperantia*, *fortitudo* und *sapientia* wollen und können wir nicht sprechen. Dazu fehlt uns schlicht der Platz. Es mag vorliegend ausreichen, dass wir Gerechtigkeit als spezifischen Aspekt des Guten erachten, und dass das Recht (wenn auch nicht nur es) damit befasst ist. Uns ist bewusst, dass eine grosse, ja möglicherweise eine sehr grosse Zahl der heute lehrenden Rechtsprofessoren möglicherweise die gegenteilige Position vertritt, nach welcher Recht und Gerechtigkeit klar zu scheiden wären, doch erscheint uns dies – mit allem Respekt – abwegig. Weist eine Rechtsnorm keinen (zumindest indirekten) Bezug zur Gerechtigkeit auf, handelt es sich nicht um eine Rechtsnorm, sondern um blosser Technik, um einen Entscheid-Schalter. Soweit eine «Norm» (also ein Sollens-Programm) nämlich keine Abwägung im einzelnen Fall zulässt, stellt sie bloss einen einfachen binären Schalter dar. Das kann man Recht, wir aber würden es Mechanik nennen. Soweit eine Rechtsordnung keinen Bezug zur Gerechtigkeit aufweist (und zu den Gerechtigkeitsvorstellungen der Rechtsunterworfenen), ist sie Diktatur. Denn Entscheidungen, die keine Abwägung kennen und den Einzelfall überhaupt nicht als Spezifikum wahrnehmen, sind mechanischen Charakters und kön-

nen gar keine normative Komponente aufweisen. Enthält eine Entscheidung aber eine Abwägung und Würdigung des einzelnen zu entscheidenden Falles, wird diese Abwägung aber ohne Bezug zu den Gerechtigkeitsvorstellungen der Rechtsunterworfenen getroffen, so handelt es sich um blossen Zwang. Eine Legitimation solchen Zwanges ohne Bezug zu den Entscheidungen (und damit ihren Gerechtigkeitsvorstellungen) aber muss scheitern.

Sowohl rein mechanische Entscheidungen als auch «gerechtigkeitsfreie» Entscheidungen können keine Rechtsentscheidungen sein. Weder Lichtschalter noch Transistoren, weder Glücksräder noch Diktatoren treffen *Rechtsentscheidungen*. Wenn man denn bei Lichtschaltern, Transistoren, Glücksrädern oder Computern überhaupt von «Entscheidungen» sprechen will, denn selbst der komplizierteste Algorithmus ist determiniert und enthält damit keine Entscheidung; die nämlich trifft derjenige, der den Algorithmus anwendet – und ist dies nicht ein Akteur mit Entscheidungsfreiheit, so ist die Entscheidung eben bereits zuvor (etwa bei der Programmierung)

gefallen. Die Unterscheidung von Algorithmus und Entscheidung ist eigentlich auch recht einfach: Für einen Algorithmus stellt sich die Frage von richtig/falsch nicht. Erbringt der Algorithmus nicht das erwünschte Resultat, so hat er nicht falsch «entschieden», sondern wurde falsch eingesetzt oder falsch angewandt. Ein Lichtschalter, der nicht funktioniert, ist nicht gut oder böse, sondern kaputt. Letztlich ist also das «*Gute im Recht*» das Recht selbst, sofern es sich denn tatsächlich um Recht handelt, also Einzelfall-Entscheidungen nach Massgabe einer allgemeinen Regel leistet. Oder präziser: Letztlich liegt das «*Gute im Recht*» in denjenigen, die es anwenden, indem sie bei ihrer Entscheidung die «*Regel*», die sie als Basis ihrer Entscheidung verwenden, tatsächlich als *Rechtsregel* behandeln, also als eine Vorgabe, die zwar abstrakte Handlungsanleitung für die konkrete Entscheidung darstellt, die aber Verwirklichung von Gerechtigkeit auch in diesem Fall gerade nicht ausschliesst, als Regel also, welche die Verantwortung für die konkrete Entscheidung den Entscheidenden gerade *nicht* abnimmt. ■