Gerechtigkeit & Beschleunigung

Marcel Alexander Niggli

Recht & Mediengesellschaft 2

I. Auswirkungen der Mediengesellschaft auf das Recht

A. Wuchern der Rechtsmasse

In einer Mediengesellschaft (vgl. zum Konzept: M. A. Niggli, Mediengesellschaft, ContraLegem, 2018/2, 13-25) hängen politische Forderungen von medialer Aufmerksamkeit ab. Sie gehen fast selbstverständlich einher mit einem Verständnis des Rechts als grundsätzlich verbesserungsbedürftig. Das ergibt sich ganz zwanglos bereits dadurch, dass die Darstellung bestehender Regelungen als ungenau und ungenügend, also präzisierungsbedürftig, erlaubt, nicht nur die Notwendigkeit des Erlasses neuer und erweiterter Regelungen, sondern zwanglos auch die eigene Kompetenz dazu vorzubringen. Unglücklicherweise schafft aber *weder* eine Zunahme der Anzahl, *noch* eine des Umfangs der einzelnen Regelungen mehr Klarheit, vielmehr erhöht sich damit im Gegenteil *notwendig* das Potential für Interpretation (denn jede Regel muss ja ausgelegt und angewendet werden) und bewirkt damit notwendig genau das Gegenteil des angestrebten Zieles und vergrössert damit namentlich die Unklarheit, was so offensichtlich ist, dass es bereits vor 500 Jahren von Montaigne beschrieben und gerügt wurde (*Essais III/13, De l'experience*). Trotz dieser eigentlichen Selbstverständlichkeit ist die Klage über das Ungenügen des gegenwärtigen Rechtszustandes ausserordentlich erfolgreich, und sie ist es gerade deshalb, weil sie Teil eines Mechanismus bildet, der sich selbstreferentiell verstärkt: Das andauernde Klagen über das Ungenügen bestehender Regelungen gibt den Klagenden Existenzgrund und Bedeutung. Gleichzeitig bewirkt es genau das, was beklagt wird, nämlich eine Zunahme des Rechtsstoffes und damit eben auch eine Zunahme der Unklarheiten, die ja beklagt wird. Das bewirkt einerseits, dass sich alle Unterscheidungen in ziselierten immer weiter wachsenden Unterkategorien auflösen. Andererseits gewinnen die Klagenden stetig an Bedeutung, sodass mit und durch ihr Klagen das Ermessen des Klagenden ins Unermessliche wächst.

B. Bedeutungsverlust des Rechts

Paradoxerweise geht gerade das eben beschriebene Wuchern der Rechtsmasse einher mit seinem Bedeutungsverlust. In der Mediengesellschaft löst sich das Recht als Entscheidmechanismus auf oder wird zumindest zurückgedrängt.

1. Zeit & Beschleunigung

Recht ist *prinzipiell* langsam und entwickelt sich nur bedächtig. Eine der Kernfunktionen des Rechts ist gerade diese *retardierende Wirkung* auf gesellschaftliche Entwicklungen. Anders als häufig moniert ist die Langsamkeit und Bedächtigkeit rechtlicher Entwicklungen und Entscheidungen kein Defizit, das es zu bekämpfen und korrigieren gälte, sondern eine seiner essentiellen Leistungen. In der Verlangsamung nämlich ergeben sich erst die Möglichkeit und der Raum für gründliche Reflexion und Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Optionen und Interessen, während sich gleichzeitig die Gemüter der widerstreitenden Parteien abzukühlen vermögen.

In puritanischem Furor wird in jüngerer Zeit gebetsmühlenartig vorgebracht, die Effizienz des Rechts müsse gesteigert werden. Gänzlich offen bleibt dabei allerdings, warum dies nötig

sein sollte, ebenso wie, was denn mit Effizienz gemeint sein könnte. Als Selbstverständlichkeit, und daher scheinbar keiner Begründung bedürftig, wird dabei die Annahme behandelt, schneller sei effizienter und daher besser (beschleunigte Gesetzgebung, kürzere Verfahren etc.).

Allerdings gilt dabei, was immer gilt bei Fragen der Effizienz: Eine Beurteilung der Effizienz ist nicht möglich, ohne dass angegeben wird, was denn *Ziel* des fraglichen Prozesses sei. Effizienz nämlich lässt sich nicht allgemein oder abstrakt definieren, sondern immer nur im Hinblick auf ein Ziel, das angestrebt wird. Bezogen auf dieses Ziel lassen sich einzelne Massnahmen als mehr oder weniger effizient bewerten. Das aber scheitert notwendig, wenn das Ziel unklar bleibt.

Wird Recht beschleunigt (Gesetzgebung oder Anwendung), dann wird damit nicht zwingend dasselbe Resultat in weniger Zeit erreicht, was tatsächlich einer Leistungssteigerung gleichkäme (Leistung = Arbeit in der Zeit). Zu vermuten ist zumindest, dass der Geschwindigkeitsgewinn mit der Verringerung anderer Qualitäten und Leistungen des Rechts bezahlt wird. Im Bereich des Strafprozesses etwa wird das offensichtlich: Beschleunigte Verfahren (Strafbefehl, abgekürzte Verfahren) nehmen weniger Zeit in Anspruch, sie bieten daher auch weniger Qualität. Typischerweise geht das gerade im Strafrecht zulasten der Verteidigungsrechte.

Unter Umständen vergrössert sich die «Leistung» des Rechts durch seine Beschleunigung also gar nicht, sondern bleibt gleich oder sinkt sogar.

C. Kosten der Beschleunigung

1. Beschleunigte Gesetzgebung

Unstrittig sein dürfte, dass Beschleunigung der Gesetzgebung notgedrungen einhergeht mit einer Reduktion von Reflexion und Abwägung. Das verstärkt den Einfluss des jeweils gerade aktuellen Momentes, steigert Emotionalisierung und erhöht die Moralisierung und – in einer Mediengesellschaft – die Skandalisierung. Beschleunigung der Rechtsanwendung mag demgegenüber wünschenswerter erscheinen (was im häufig angerufenen Beschleunigungsgebot auch zum Ausdruck kommt), doch ist auch sie – wie alles auf der Welt – eben nicht kostenlos zu haben. Gerade die Tatsache, dass sich zunehmend die Strafverfolgung auf das Beschleunigungsgebot beruft, sollte hellhörig werden lassen, denn das Argument wird natürlich nicht vorgebracht im Interesse der Beschuldigten, sondern meint nichts anderes denn die Forderung nach einer Reduktion der Beweislast der Behörden.

> Eine der Kernfunktionen des Rechts ist gerade diese retardierende Wirkung auf gesellschaftliche Entwicklungen.

2. Beschleunigung der Rechtsanwendung

a. Vorbedingung: Gleichheit & Gerechtigkeit

Eine Rechtsentscheidung bildet immer eine Brücke zwischen allgemeinen Vorstellungen und Konzepten einerseits (der Regel) und einem konkret zu entscheidenden Fall andererseits. Die Entscheidung versucht, Gerechtigkeit herzustellen, indem sie gleiche Fälle gleich behandelt. Und Gleichheit ist ja auch der Kern der Gerechtigkeit, wie Radbruch korrekt feststellt. Aus dieser Feststellung folgt aber weder, dass die Form der Gerechtigkeit die Allgemeinheit sei, noch dass eine individualisierende Gerechtigkeit ein Widerspruch in sich sei (so

aber Gustav Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie [1948], in: Gesamtausgabe Bd. 3, Heidelberg 1990, 143, und ihm viele nachfolgend). Gerechtigkeit ist nicht identisch mit Gleichheit. Denn Gleichheit, zumindest nicht in einem umfassenden, vollständigen Sinn, also absolute Gleichheit, gibt es nicht, kann es nicht geben. Zwei in jeder Hinsicht vollständig Gleiche sind nicht unterscheidbar. Zwei Entitäten müssen sich notwendig zumindest hinsichtlich bestimmter Faktoren unterscheiden, damit es zwei sind. Gleichheit kann deshalb immer nur den Vergleich von zwei (zumindest teilweise) Ungleichen meinen.

Gibt es keine abstrakte, also absolute Gleichheit, kann auch keine abstrakte, also allgemeine, d.h. vom konkreten Fall vollständig losgelöste Gerechtigkeit bestehen (so schon völlig korrekt Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit (1953), 2. Aufl. 1975, 43). Allemal muss Gleichheit hergestellt bzw. konstruiert werden, indem von konkreten Aspekten und Bedingungen abstrahiert bzw. abgesehen wird. Denn jedes Ding ist zugleich gleich und ungleich einem anderen. Zwei Äpfel sind gleich im Verhältnis zu einer Birne, Äpfel und Birnen sind gleich im Verhältnis zu einer Kuh, und Obst und Kuh wiederum sind gleich im Verhältnis zu einem Auto. Das Allgemeine, das die konkreten einzelnen Fälle verbindet, ist eine Konstruktion. Unterschiedliche Sachverhalte können nur deshalb als gleich qualifiziert werden, weil diejenigen Aspekte, die sie unterscheiden, für irrelevant oder bedeutungslos erklärt werden. Eine vom konkreten Fall unabhängige Gerechtigkeit ist nicht zu haben.

> *«Das Strafgesetz ist nicht für einen, sondern für alle da. Nur trifft es eben immer einen Menschen, der keinem anderen gleicht, und richtet es stets über einen Fall, der ohne Beispiel ist.» (Uwe Nettelbeck, Prozesse. Gerichtsbericht 1967-1969, Berlin 2015, 20).*

Der Begriff der «Regelfallgerechtigkeit» ist deshalb nichts als Rhetorik, soweit Einzelfallgerechtigkeit als «Abweichen von der generellen Norm» (Reinhold Zippelius, Das Wesen des Rechts, 5. A., München 1997, 112) verstanden wird. Denn in der konkreten Entscheidung wird nicht von einer generellen Norm abgewichen, es sei denn man verstehe die «generelle Norm» als etwas völlig Starres und Rigides. Vielmehr wird die generelle Norm auf einen konkreten Fall *angewandt*. Das aber kann nur insofern gerecht sein, als der Fall ihr entspricht. Gerechtigkeit verlangt Gleichbehandlung von Gleichem eben nur nach Massgabe seiner Gleichheit. Gleichbehandlung dort, wo keine Gleichheit besteht, ist notwendig ungerecht. Gerechtigkeit verlangt also gerade, und zwar immer und überall, dass Unterschiedliches nicht gleich behandelt werde. Die unterschiedslose, strikt mechanische Anwendung einer generellen Norm muss notwendig ungerecht sein (M. A. Niggli/L. F. Muskens, Mechanical Justice, in: V. Bühlmann/L. Hovestadt (eds.): Domesticating Symbols. Metalithikum II. Applied Virtuality Book Series. Vienna 2014: 20-46). Oder abstrakter: Je mehr Gleichbehandlung, desto grösser die Ungerechtigkeit.

Gerechtigkeit fordert «allgemeine Normen», d.h. abstrakte strikte Gleichheit, nur dort, wo überhaupt Gleichheit bzw. Vergleichbares besteht. Ob das zutrifft, hängt davon ab, welche Kriterien der Entscheidende für relevant bezeichnet. Die aristotelische Vorstellung von «Recht und Billigkeit» meint deshalb mit «Billigkeit» nicht etwa ein Abweichen von einer (abstrakten, völlig gleichförmigen) Gerechtigkeit zugunsten des einzelnen Falles. Billigkeit meint nicht irgendeine Form der «Gnade» oder der Ausnahmeregelung, sondern Gerechtigkeit selbst. Die billige weicht nicht von der gerechten Entscheidung zugunsten des einzelnen Falles ab, sie weicht vielmehr von der strikten, mechanischen Vorstellung der Regel, des Rechtes ab, die gerade ungerecht wäre. Billigkeit steht also nicht gegen Gerechtigkeit, sondern gegen Mechanik.

Der Begriff der «Einzelfallgerechtigkeit» erlangt daher eigenständigen Sinn erst dort, wo der Einzelfall gegen die abstrakte, mechanische Entscheidung gesetzt wird, d.h. die Gerechtigkeit der konkreten Entscheidung gegen abstrak-

te Prinzipien steht, also gegen Rechtssicherheit. Eine abstrakte «Regelfallgerechtigkeit» gibt es nicht und kann es nicht geben. Bezeichnet wird damit vielmehr die absolute, strikte Gleichheit, also letztlich Ungerechtigkeit. Korrekterweise müsste das Konzept deshalb Regelfall-*Un*gerechtigkeit heissen.

b. Konsequenzen

Damit lässt sich nun leicht erkennen, welche Wirkungen eine Beschleunigung der Rechtsanwendung notwendig zeitigt. Wird Rechtsanwendung nämlich beschleunigt, so geht das nur, wenn die konkreten Bedingungen des einzelnen Falles weniger genau und weniger detailliert abgeklärt werden. Die Entscheidungen werden also abstrakter, allgemeiner. Sie werden automatisiert und mechanisiert. Dies aber macht sie notwendig ungerechter, denn ein Abstrahieren von den Bedingungen des einzelnen Falles bedeutet eben zwingend eine Gleichbehandlung von Ungleichem, also notwendig eine Reduktion der Gerechtigkeit (Niggli/Muskens, Mechanical Justice). Und zwar nicht etwa nur der «Einzelfallgerechtigkeit», wie beschönigend vielleicht behauptet werden könnte, sondern der Gerechtigkeit überhaupt. Es existiert keine abstrakte Gerechtigkeit und sie ist aus den vorstehend erläuterten Gründen auch nicht möglich. Die Reduktion der Gerechtigkeit einer konkreten Entscheidung, mindert die Gerechtigkeit selbst. Gewonnen wird damit nicht etwa eine wie immer geartete, andere Spielart oder Form von Gerechtigkeit, etwa eine «allgemeine oder generelle» Gerechtigkeit, die eben nicht bestehen kann. Was zunimmt, ist vielmehr Gleichbehandlung, also Rechtssicherheit. Natürlich lässt sich behaupten, damit vermehre sich allgemein die Gerechtigkeit, doch muss man dazu vollständig ausblenden, dass die Gleichbehandlung von Ungleichem eben höchst ungerecht ist. Durch ungerechte Entscheidungen aber lässt sich die allgemeine Gerechtigkeit wohl kaum mehren. Eine Entscheidung des Rechts wird nur dort notwendig, wo zumindest zwei mögliche, gleich valide Positionen bestehen. Die Rechtsentscheidung kann also – aus ihrem Charakter heraus – immer auch anders ausfallen. Sie trägt gleichsam quantenphysikalischen Charakter. Das ist kein Defekt, sondern eigentlicher Kern der Rechtsentscheidung und ihre Leistung. Die Mechanisierung des Rechtes, also die strikte Reduktion der konkreten Entscheidung auf bestimmte, festgelegte Faktoren und Algorithmen schafft nicht Gerechtigkeit, sie schafft das Recht ab.