

Je mächtiger, desto menschlicher

Zum Verhältnis von Recht und Macht bei Nietzsche

Von Rechtsreferendar **Cyril Freitag**, Maître. en Droit (Paris X), Wuppertal*

„Es wäre ein Machtbewußtsein der Gesellschaft nicht undenkbar, bei dem sie sich den vornehmsten Luxus gönnen dürfte, den es für sie gibt – ihren Schädiger straflos zu stellen.“¹

I. Einleitung

In der Rechtsphilosophie ist das Verhältnis von Recht und Macht eine der ältesten Fragestellungen. Auch im heutigen gesellschaftlichen Bewusstsein scheint die Abhängigkeit des Rechts von Machtmechanismen durchaus präsent zu sein und schlägt sich nicht zuletzt im geflügelten Wort vom „Recht des Stärkeren“ nieder. Diese Gleichung erscheint auf den ersten Blick verlockend, ermöglicht sie doch vereinfachend das Recht als den Willen der Mächtigen hinzustellen. Eine solche kategorische Gleichstellung ist in der modernen Philosophie allerdings nicht mehr vertretbar.² Denn eine zentrale Eigenschaft lässt sich damit nicht erklären: die Normativität des Rechts.

Friedrich Nietzsche, der sich in seinen Schriften auch mit der Frage des Verhältnisses von Recht und Macht auseinandergesetzt hat, steht in dem Ruf, ein solches reduktionistisches Rechtsverständnis vertreten zu haben.³ Dies hat wohl unter anderem dazu beigetragen, dass seine Rechtstheorie bisher auf nur wenig Interesse von Seiten der Rechtswissenschaft gestoßen ist. Eine Auseinandersetzung mit *Nietzsches* Gedanken zum Recht ist allerdings auch aus heutiger Perspektive noch aufschlussreich.

Nietzsche hat keine zusammenhängende, systematische Untersuchung des Rechts vorgelegt. Äußerlich aphoristisch, ist *Nietzsches* Arbeit kein systematisches Gesamtwerk.⁴ So findet sich auch kein Buch oder Kapitel, welches sich umfassend mit Fragen des Rechts auseinandersetzt. Um ein einheitliches Bild der Rechtsphilosophie *Nietzsches* wiedergeben zu können, müssen aus verschiedenen Werken jeweils einschlägige Aphorismen untersucht und in einen Zusammenhang gebracht werden. Dies darf aber nicht zu der voreiligen Folgerung verleiten, dass *Nietzsche* das systematische Denken an sich als wissenschaftliche Methode ablehnte.⁵ Seine Skepsis gegenüber dem Formalismus seiner Zeit beruhte vielmehr auf dem Vorwurf der mangelnden „intellektuellen Rechtschaf-

fenheit“⁶, also gerade auf einem Mangel an systematischem Denken.

Die vorliegende Untersuchung soll den doch schwerwiegenden Vorwurf des reduktionistischen Rechtsverständnisses, das *Nietzsche* gehabt haben soll, einer Überprüfung unterziehen. Dabei verlangt eine Auseinandersetzung mit *Nietzsches* Gedanken zum Verhältnis von Recht und Macht einen Blick zurück zu den Ursprüngen des Rechts. *Nietzsche* fragt sich, wie es eigentlich zur Entstehung von Recht gekommen ist, was die Voraussetzungen hierfür waren und was dies über die Eigenschaften des Rechts aussagt. Diese wissenschaftliche Herangehensweise hat *Nietzsche* auch auf andere gesellschaftliche Phänomene, die er zu dekonstruieren versuchte, angewandt. *Nietzsche* legt hier in gewisser Weise eine „Genealogie des Rechts“ vor. Diese Genealogie ist für ihn aber nicht nur von historischem Interesse, sondern zeigt in erster Linie auf, was für das Recht konstituierend war und weiterhin ist.⁷ Damit legt *Nietzsche* die Grundlagen für eine kritische Reflexion über das Phänomen Recht und es zeigt sich, dass *Nietzsches* Überlegungen zum Recht wesentlich moderner sind als gemeinhin angenommen. Und nicht zuletzt eröffnet das *nietzscheanische* Rechtsverständnis eine neue Perspektive auf das Strafrecht, dessen Verhältnis zur Macht ebenfalls untersucht werden soll.

II. Das Verhältnis von Recht und Macht aus philosophiehistorischer Perspektive

Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Macht hat schon bei den antiken Philosophen eine bedeutende Rolle gespielt. So geht es in den sogenannten sokratischen Dialogen *Platons* immer wieder um die Frage, was als recht, bzw. gerecht anzusehen ist und wie dieses Recht sich zur Macht, d.h. im damaligen Verständnis zum durch Stärke und Intelligenz Mächtigen, verhält. Dabei werden zwei philosophische Grundpositionen gegenübergestellt, die bis heute Einfluss haben. Die sophistische Lehre setzt Recht und Macht gleich und geht in unterschiedlichen Spielarten grundsätzlich vom Prinzip des „Rechts des Stärkeren“ aus. Dem entgegengesetzt ist die Ansicht, die u.a. *Sokrates* vertritt und die Recht und Macht gerade als entgegen gesetzte Kräfte ansieht, wobei die Rolle des Rechts in der Beschränkung der zu Missbrauch neigenden Macht gesehen wird.

Insbesondere die moderne Forschung des 20. Jahrhunderts hat weitere Machttheorien aufgestellt, die insbesondere dadurch gekennzeichnet sind, dass sie nicht mehr von der „einen“ Macht ausgehen. Macht wird als sehr komplexes Phänomen begriffen, das je nach Perspektive unterschiedlich mit dem Recht interagiert.

* Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Wuppertal.

¹ *Nietzsche*, Zur Genealogie der Moral, in: Colli/Montinari (Hrsg.), Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe in 15 Bänden, Bd. 5, Jenseits von Gut und Böse, Zur Genealogie der Moral, 2007, S. 245 ff., II 10.

² *Gerhardt*, Das Princip des Gleichgewichts, 1983, S. 111.

³ *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, 1977, S. 106.

⁴ *Jaspers*, Nietzsche – Einführung in das Verständnis seines Philosophierens, 1947, S. 9.

⁵ *Petersen*, Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit, 2008, S. 16.

⁶ *Nietzsche*, Wille zur Macht, 13. Aufl. 1996, S. 460.

⁷ *Petersen* (Fn. 5), S. 87.

1. Kallikles, Thrasymachos und das „Recht des Stärkeren“

Eine der ältesten Grundpositionen ist wohl die des „Recht des Stärkeren“, die der sophistischen Lehre entspringt und in den sokratischen Dialogen *Platons* von Kallikles im „Gorgias“⁸ und von Thrasymachos im ersten Buch der „Politeia“⁹ vertreten wird. Dieser Idee folgend sind Macht und Recht gleichzusetzen. Der „Bessere“ soll über den „Schlechteren“ herrschen und mehr haben. Aus der natürlichen Ungleichheit der Menschen werden Schlussfolgerungen auf normative Regeln gezogen.¹⁰ Ist der Stärkere faktisch in der Lage mehr zu haben als andere, so soll dies auch sein gutes Recht sein. Kallikles begründet dies mit den Naturgesetzen, die für die Tiere genauso wie für die Menschen gelten.¹¹ Die menschlichen Gesetze hingegen, begleitet von Erziehung und Moral, dienen lediglich den Schwachen, die aus Angst vor den Stärkeren diese in Schranken zu halten versuchen.¹² Dieser Gedanke taucht auch bei *Nietzsche* wieder auf, der das Recht einmal als „Burg der Schwachen“ bezeichnete.¹³ Hier wird also eine frühe Form der Naturrechtstheorien vertreten, die allerdings den auch als Vernunftrechtstheorien der Aufklärung bekannten Naturrechtstheorien diametral gegenüber steht.¹⁴

Eine andere Spielart der Theorie des „Recht des Stärkeren“ wird von Thrasymachos vertreten. Danach sei alles gerecht, was dem Vorteil des Stärkeren diene.¹⁵ Der vermeintlich Gerechte hat gegenüber dem Ungerechten in allem das Nachsehen, denn er versteht es nicht, dem eigenen Vorteil nach zu handeln. Der Gerechte unterliegt also einem Trugschluss, wenn er meint durch Befolgung des Rechts gut und recht zu handeln. Denn dieses Recht ist vom Herrschenden zu dessen Vorteil aufgestellt.

Auch der altgriechische Geschichtsschreiber *Thukydides* beschreibt in seinen Erzählungen Ausprägungen der sophistischen Lehren vom „Recht des Stärkeren“. Diese Erzählungen haben *Nietzsche* stark beeinflusst, so dass sie auch als Ausgangspunkt seiner Theorie zum Verhältnis von Recht und Macht gesehen werden können.¹⁶ *Nietzsche* nimmt in dem Aphorismus „Ursprung der Gerechtigkeit“¹⁷ Bezug auf *Thukydides* und insbesondere auf den von ihm wiedergegebenen sogenannten „Melier Dialog“: Als die Athener mit ihren Schiffen die Insel Melios erreicht hatten, sandten sie eine

Gruppe von Unterhändlern auf die Insel. Diese sollten die Melier, die im Krieg zwischen den Athenern und den Lakedaemoniern nicht Partei ergriffen hatten, überreden, sich den Athenern zu unterwerfen. Bei dem Versuch, die Melier von der Sinnlosigkeit des Widerstandes zu überzeugen, fällt der Satz, der eine der Hauptthesen der sophistischen Machtphilosophie zusammenfasst:

„[...] Recht [kommt] im menschlichen Verkehr nur bei gleichem Kräfteverhältnis zur Geltung, die Stärkeren aber [setzen] alles in ihrer Macht Stehende [durch] und die Schwachen [fügen] sich.“¹⁸

Die Kurzformel des „Recht des Stärkeren“ bedeutet hier demnach nicht das Aufstellen von Rechtsnormen durch den Stärkeren. Ebenso wenig bedeutet sie, dass das Recht den Willen des Mächtigeren ausdrückt. Vielmehr ist dort kein Recht, wo der Mächtigere seinen Willen durch Gewalt durchsetzen kann. Treffen allerdings gleich Mächtige aufeinander, bedarf es des Rechts, da das Durchsetzen der jeweiligen Interessen zur gegenseitigen Zerstörung oder zumindest Schwächung führen würde.

Diese Idee des Gleichgewichts zwischen gleich Mächtigen als Voraussetzung für das Entstehen von Recht taucht bei *Nietzsche* im ersten Band von „Menschliches, Allzumenschliches“ aus dem Jahr 1878 auf. Entscheidend erscheint daher die Frage, wie *Nietzsche* den Begriff des Gleichgewichts versteht, beziehungsweise ab wann er diese für das Entstehen von Recht vorausgesetzte Machtgleichheit annimmt. Darauf wird später noch zurückzukommen sein.

2. Einwände gegen die sophistischen Lehren

Die sophistischen Lehren vom „Recht des Stärkeren“ haben bereits in der Antike starken Widerstand hervorgerufen. So wendet *Sokrates* gegen seine Gesprächspartner ein, dass die Herrscher nicht um des Herrschens willen regieren, sondern weil sie nicht unter einer schlechten Regierung leiden wollen. Lieber nehmen sie die Regierungsgeschäfte selbst in die Hand. Dabei ist das Maß ihrer Handlung nicht der eigene Vorteil, sondern das Wohlergehen der Regierten.¹⁹ Dadurch wird auch erst die Herrschaft legitimiert, nämlich durch ihren Nutzen für die Untertanen. Eine ungerechte Herrschaft, die nur auf den Vorteil des Herrschenden ausgerichtet ist, hat etwas Selbstzerstörerisches, da es das gemeinsame Band einer Gruppe zerreißt und zu Widerstand von Seiten der Regierten führt.²⁰

Eine ähnliche Argumentation lässt sich bei *Spinoza*, Philosoph des 17. Jahrhunderts, wieder finden. Dabei scheint *Spinoza* auf den ersten Blick eher den sophistischen Machtphilosophen beizupflichten. Das Recht spiegelt eine bestimmte Machtlage wider.²¹ Jeder ist aber auch grundsätzlich berechtigt, seinen Willen durchzusetzen, wenn er dazu über genug Macht verfügt. Selbst ein Verbrechen zu begehen, hält

⁸ *Platon*, *Gorgias*, in: König (Hrsg.), *Sämtliche Werke*, Bd. 1, 30. Aufl. 2002, S. 35 a) ff.

⁹ *Platon*, *Politeia*, in: König (Fn. 8), Bd. 2, 32. Aufl. 2004, S. 12 ff.

¹⁰ *Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, Ein Studienbuch, 2007, S. 70.

¹¹ *Henkel* (Fn. 3), S. 106.

¹² *Platon* (Fn. 8), S. 35 b).

¹³ *Nietzsche*, *Menschliches Allzumenschliches*, in: Colli/Montinari (Fn. 1), Bd. 2, *Menschliches, Allzumenschliches I und II*, 3. Aufl. 2005, S. 39.

¹⁴ *Adomeit*, *Rechts- und Staatsphilosophie*, Bd. 1, 3. Aufl. 2001, S. 16.

¹⁵ *Platon* (Fn. 9), S. 12.

¹⁶ *Ottmann*, *Philosophie und Politik bei Nietzsche*, 1999, S. 221.

¹⁷ *Nietzsche* (Fn. 13), S. 92.

¹⁸ *Thukydides*, *Der peloponnesische Krieg*, in: Vrestka/Rinner (Hrsg.), *Der peloponnesische Krieg*, 2004, V 89.

¹⁹ *Platon* (Fn. 9), 19.

²⁰ *Engisch*, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit – Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, 1971, S. 117.

²¹ *Engisch* (Fn. 20), S. 118.

Spinoza unter diesen Umständen für gerechtfertigt, entscheidet doch erst das aufgestellte Recht über Recht und Unrecht.²² Wie wir noch sehen werden, ähnelt *Spinozas* Theorie in erstaunlicher Weise der von *Nietzsche*, so dass man wohl davon ausgehen kann, dass *Nietzsche* stark von der Lektüre *Spinozas* beeinflusst worden ist. Aber auch *Spinoza* erkennt, dass eine willkürliche Macht sich selbst gefährdet, indem es die Beherrschten gegen sich aufbringt. Der Herrschende muss, um dies zu vermeiden, seine Herrschaft und das von ihm gesetzte Recht mit der Vernunft begründen können.²³ Genau betrachtet scheinen diese Einwände aber nicht den sophistischen Lehren entgegengesetzt zu sein. Das vernünftige Recht dient doch letztlich dem Vorteil des Herrschenden, da es seine eigene Macht erhält. Diese Gemeinsamkeit liegt möglicherweise in dem Umstand begründet, dass bei den antiken Philosophen und auch bei *Spinoza* Macht als durchaus positives Phänomen begriffen wird. Es ist eine gestaltende, schaffende Kraft, die grundsätzlich die Menschen bewegt.

Zu ganz anderen Ergebnissen kommt man hingegen, wenn man mit *Jacob Burckhardt* Macht als das „an sich böse“ ansieht.²⁴ Aus dieser moralischen Perspektive bekommt das Recht im Verhältnis zur Macht eine gänzlich andere Bedeutung. Die Macht wird verstanden als eine böse Kraft, die unweigerlich zum Machtmissbrauch verleitet.²⁵ Gleich einem natürlichen Gesetz führt eine Konzentration an Machtmitteln zum willkürlichen Gebrauch der Macht und damit zur Schädigung der Machtunterworfenen. Das Recht hat daher die Aufgabe, die willkürliche Machtausübung in Schranken zu halten. Können die sophistischen Lehren als positivistisch und utilitaristisch bezeichnet werden,²⁶ so spiegelt sich hier eine normativistische Theorie des Rechts wider. Danach soll das Recht an bestimmten Maßstäben, u.a. der Gerechtigkeit gemessen werden können. Das Recht ist aus dieser Perspektive das Gegenteil von Macht.

3. Moderne Machttheorien und ihre Bedeutung für die Rechtsphilosophie

In den bisher vorgestellten Theorien zu Recht und Macht wurde ganz selbstverständlich von „der“ Macht gesprochen, deren Rolle in Bezug auf das Recht unterschiedlich interpretiert wurde. Die Macht setzt sich hier aus bestimmten Eigenschaften wie Stärke und Intelligenz zusammen, mithin aus Mitteln, mit denen der eigene Wille durchgesetzt werden kann.²⁷ Dabei wird diese Vorstellung der Komplexität des Phänomens Macht nicht gerecht. Vielmehr hat die Macht eine „Vielfalt der Erscheinungsformen“,²⁸ deren Erforschung erst im Laufe des 20. Jahrhunderts an Umfang und Tiefe gewon-

nen hat. Seit der bedeutenden Definition von *Max Weber*²⁹ hat die Forschung in der Tat eine nicht mehr zu überblickende Zahl an Machtdefinitionen und -theorien hervorgebracht,³⁰ wobei auch hier noch kein Ende der Diskussion in Sicht ist.

Theorien, die an die sophistische Vorstellung von Machtmitteln anschließen, werden auch heute noch vertreten. Sie können zusammengefasst als „Machtquellenmodelle“ bezeichnet werden, wobei die heutigen Modelle zum einen differenzierter die einzelnen Quellen erfassen, zum anderen ihr Augenmerk verstärkt auf die Transformation dieser Machtmittel legen.³¹ *Christine Bauer-Jelinek* beispielsweise arbeitet acht Quellen der Macht heraus, unter denen eine die Macht der Überzeugung ist.³² Diese hat entscheidenden Einfluss auf das positive Recht, welches nach dem Konsensprinzip der Überzeugung der Gesellschaft als gerechtes Wertesystem unterliegt. Dementsprechend ist das geltende Recht ständiger Veränderung unterlegen, je nachdem welche Überzeugung die gerade Einflussreichste ist.

Dass die Anerkennung und damit einhergehend die Durchsetzung des positiven Rechts von der Überzeugung der Gesellschaft abhängt, sieht auch *Bertrand Russell* in seiner Analyse der Macht.³³ Die Beeinflussung von Meinungen ist dabei eine Form der Machtausübung, durch die z.B. der Staat Macht über seine Bürger ausübt.³⁴ Recht, welches nicht von den Überzeugungen der Bürger unterstützt wird, ist machtlos.³⁵ Dabei versteht *Russell* Macht als „soziale Energie“.³⁶ Sie ist die treibende Kraft in den sozialen Beziehungen und tritt auch nur dort auf. An *Nietzsches* „Willen zur Macht“ erinnernd spricht *Russell* vom „Trieb zur Macht“, wonach der Mensch von Natur aus nach Macht strebt und dieses Streben die sozialen Beziehungen entscheidend prägt.³⁷

Michel Foucault spricht zwar nicht von einem Trieb oder Willen zur Macht. Aber er sieht in der Macht Kräfteverhältnisse, die die gesamte Gesellschaft durchdringen.³⁸ Moderne Macht ist gekennzeichnet durch „Heterogenität und Pluralität“.³⁹ Dabei analysiert *Foucault* das Verhältnis von Macht und Recht historisch und stellt fest, dass das Recht seit dem Mittelalter in den westlichen Gesellschaften immer das

²² *Engisch* (Fn. 20), S. 119.

²³ *Engisch* (Fn. 20), S. 119.

²⁴ *Burckhardt*, Weltgeschichtliche Betrachtungen, 1905, S. 97.

²⁵ *Henkel* (Fn. 3), S. 105.

²⁶ *Engisch* (Fn. 20), S. 116.

²⁷ *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten – Zurechnung und Freistellung durch Macht, 2007, S. 55.

²⁸ *Henkel* (Fn. 3), S. 107.

²⁹ „Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel, worauf diese Chance beruht.“ in *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1980, § 16, S. 28.

³⁰ *Sinn* (Fn. 27), S. 52.

³¹ *Sinn* (Fn. 27), S. 66.

³² *Sinn* (Fn. 27), S. 74.

³³ *Sinn* (Fn. 27), S. 80.

³⁴ *Sinn* (Fn. 27), S. 80.

³⁵ *Sinn* (Fn. 27), S. 80.

³⁶ *Gerhardt*, Vom Willen zur Macht – Anthropologie und Metaphysik der Macht am exemplarischen Beispiel Friedrich Nietzsches, 1996, S. 24.

³⁷ *Sinn* (Fn. 27), S. 79.

³⁸ *Foucault*, Histoire de la sexualité I – La volonté de savoir, 1976, S. 121 f.

³⁹ *Biebricher*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, S. 135 (S. 145).

Sprachrohr der Macht war.⁴⁰ *Foucault* sieht aber in seiner Analyse der modernen Gesellschaften das Auftreten einer neuen Form der Macht. Die subtilere Disziplinarmacht bewirkt, dass die Menschen letztlich „wollen, was sie sollen“.⁴¹ Herrschaft funktioniert also für *Foucault* über die Disziplinierung der Gesellschaft. Das Recht kann diese Disziplinierung nicht bewirken, da es eines Zentrums bedarf, aus dem heraus es seine Macht entfaltet. Die Disziplinarmacht hingegen wirkt dezentral, sie durchdringt alle gesellschaftlichen Beziehungen.⁴² Das Recht erfährt aus dieser Perspektive eine „radikale Entwertung“ und verbleibt nur noch als „Momentaufnahme“ gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse;⁴³ ein Gedanke, der bereits bei *Nietzsche* auftaucht. Allerdings erfährt das Recht bei *Foucault* im weiteren Verlauf seiner Arbeiten eine erneute Aufwertung. Grundvoraussetzung für eine Machtbeziehung ist nach *Foucault* die Freiheit. Ohne Freiheit bedarf es keiner Macht, da Macht immer auch bedeutet, bei einem anderen Subjekt etwas zu bewirken oder zu überwinden.⁴⁴ Gleichzeitig ist Freiheit aber auch das Einzige, was der Macht entgegensteht, ihr Widerstand leistet.⁴⁵ Hier gesteht *Foucault* dem Recht wieder eine wichtige Rolle zu. Das Recht soll die Freiheit durch die sogenannten Freiheitsrechte absichern.⁴⁶ Insgesamt zeichnet sich bei *Foucault* mithin ein komplexes Beziehungsgeflecht ab, in dem Recht und Macht sich zum Teil durchdringen, aber zum Teil auch radikal gegenüberstehen.

Welche Perspektive *Nietzsche* für seine Analyse der Beziehung von Recht und Macht einnimmt, wird im Folgenden noch genauer untersucht werden. Was *Nietzsche* unter Macht allgemein versteht, soll hier aber kurz vorweggenommen werden.

In seinen frühen Schriften vertritt *Nietzsche* noch ein archaisches Bild der Macht. Sie ist schlichte Gewalt. Diese „gibt das erste Recht“,⁴⁷ welches „in seinem Fundament Annaßung, Usurpation, Gewaltthat“ ist.⁴⁸ Dieses Machtverständnis erinnert an die auf Stärke begründete Machtkonzeption der Sophisten. Daher verwundert es wenig, dass *Nietzsche* noch heute streckenweise in einem Atemzug mit diesen genannt wird.⁴⁹ Im Laufe der 1870er Jahre ändert sich allerdings *Nietzsches* Verständnis der Macht. Die Macht eines Menschen geht, allgemein verstanden, als die Möglichkeit bestimmte Handlungen vorzunehmen, soweit, wie er anderen Menschen zu diesen Handlungen fähig erscheint.⁵⁰ Macht ist eine Erscheinung, die Summe des eigenen Selbstbilds und

des Eindrucks auf andere. Sie entfaltet ihre Wirkung nur dort, wo sie beeindruckt und anerkannt wird.⁵¹ Insofern ist die äußere Macht immer nur ein Ausdruck eines psychologischen Phänomens, nämlich der Machtanerkennung beruhend auf subjektiven Eindrücken.⁵² Dieses psychologische Verständnis von Macht wird für *Nietzsches* Rechtsverständnis von entscheidender Bedeutung sein.

III. Der messende Mensch und die Entstehung des Rechts

Der Ausgangspunkt von *Nietzsches* Überlegungen zur Entstehung des Rechts ist zunächst soziologischer Natur. Recht ist als Ergebnis menschlicher Auseinandersetzung ein soziales, mithin kommunikatives Phänomen.⁵³ Recht entsteht dort, wo sich Menschen vertragen.⁵⁴ Es ist also der Schritt aus dem kriegerischen Naturzustand heraus,⁵⁵ ein Schritt in Richtung Zivilisation. Die Existenz eines Natur- oder Vernunftrechtes wird von *Nietzsche* kategorisch abgelehnt⁵⁶ – „ohne Vertrag kein Recht“.⁵⁷ Recht entsteht dort, wo Menschen sich einen gegenseitigen, kampffreien Handlungs- und Lebensraum schaffen wollen.

Allerdings scheint bei der ersten Lektüre eines der entscheidenden Aphorismen – „Rechtszustände als Mittel“⁵⁸ – Recht nicht zwischen beliebigen Menschen zu entstehen. Vielmehr müssen die aufeinander treffenden Personen gewisse Eigenschaften mit sich bringen. Die friedenssichernden Verträge als erste Erscheinungsform des Rechts werden, so schreibt *Nietzsche*, „zwischen Gleichen“ geschlossen.⁵⁹ Insofern scheint sich auf den ersten Blick *Nietzsches* Verständnis von Recht nicht von dem der Sophisten zu unterscheiden. Jedoch kann man bei einer Analyse von *Nietzsches* Aussagen zum Recht nicht zu einer fundierten Aussage kommen, wenn nicht alle relevanten Aphorismen in einen Deutungszusammenhang gestellt werden. Hieraus wird sich letztendlich ein wesentlich differenzierteres Bild ergeben.

Zur Beantwortung der Frage, ob *Nietzsche* den Begriff der „Gleichheit“ im sophistischen Sinne gebraucht, ist eine Auseinandersetzung mit dem Prozess des Sich-Vertragens notwendig. Ab wann halten sich Menschen für derart gleich, dass sie ihre Beziehungen in Verträgen, also in Rechtsverhältnissen, festhalten, anstatt zu versuchen, ihren Willen durch gewalttätige Auseinandersetzung durchzusetzen? Welcher psychologische Prozess liegt dem zugrunde und welche Rolle spielt die vermeintliche Macht der Sich-Vertragenden?

⁴⁰ *Foucault* (Fn. 38), S. 115.

⁴¹ *Sinn* (Fn. 27), S. 117.

⁴² *Biebricher* (Fn. 39), S. 151.

⁴³ *Biebricher* (Fn. 39), S. 145.

⁴⁴ *Sinn* (Fn. 27), S. 120.

⁴⁵ *Sinn* (Fn. 27), S. 119.

⁴⁶ *Biebricher* (Fn. 39), S. 159.

⁴⁷ *Nietzsche*, in: Colli/Montinari (Fn. 1), Bd. 1, Die Geburt der Tragödie, Unzeitgemäße Betrachtungen I-IV, Nachgelassene Schriften 1870-1873, 7. Aufl. 2007, S. 770.

⁴⁸ *Nietzsche* (Fn. 47), S. 770.

⁴⁹ *Henkel* (Fn. 3), S. 106.

⁵⁰ *Nietzsche* (Fn. 13), I 93.

⁵¹ *Gerhardt* (Fn. 36), S. 154.

⁵² *Gerhardt* (Fn. 36), S. 155.

⁵³ *Ottmann* (Fn. 16), S. 223.

⁵⁴ *Nietzsche* (Fn. 13), II 26.

⁵⁵ *Nietzsche*, in: Colli/Montinari (Fn. 1), Bd. 3, Morgenröte, Idyllen aus Messina, Die fröhliche Wissenschaft, 6. Aufl. 2003, S. 112.

⁵⁶ *Petersen* (Fn. 5), S. 182.

⁵⁷ *Nietzsche* (Fn. 13), I 446.

⁵⁸ *Nietzsche* (Fn. 13), II 26.

⁵⁹ *Nietzsche* (Fn. 13), II 26.

1. Ein kriegerischer Naturzustand als Ausgangspunkt des Vertragens

Nietzsche geht davon aus, dass vor den ersten Rechtsbeziehungen ein Naturzustand herrschte, in dem der tägliche Kampf ums Überleben das Handeln der Menschen bestimmte. Dieser Kampf lag, anders als bei *Hobbes*, in der grundsätzlichen Ungleichheit der Menschen in Bezug auf ihre Macht und Stärke begründet.⁶⁰ Es war ein rechtsloser Raum, in dem allein die Sprache der Gewalt herrschte. Sie war die erste Form der Mitteilung, zu der man Macht brauchte.⁶¹ Die Prägung des Anderen, dessen Beeinflussung, wurde in frühester Zeit mit dem Mittel der Körpersprache der Verletzung erwirkt, eine „Zeichensprache des Stärkeren“, die auf Herrschaft ausgerichtet war.⁶² Es war die Zeit der absoluten Herrschaft der Stärkeren.

Die ersten Angebote zu einem Sich-Vertragen gingen daher möglicherweise von den Schwächeren aus, die auf den ersten Blick allein von solchen Abkommen profitieren würden. Aber auch dem Stärkeren schien nach *Nietzsche* diese Art der Kommunikation der Gewalt vorzugswürdig. Es war dabei nicht ausschließlich die „Klugheit“, die das Recht geschaffen hat,⁶³ sondern auch die „Furcht“ und die „Vorsicht“.⁶⁴ Zum einen beruhte die Entstehung des Rechts auf der Einsicht, dass die Kräfte und Ressourcen der gewaltsamen Auseinandersetzung zur Durchsetzung eigener Interessen durch eine vertragliche Gestaltung des Miteinanders eingespart werden können.⁶⁵ Diese Klugheit wurde zum anderen unterstützt durch die Angst vor einer gewalttätigen Auseinandersetzung, sowie der Befürchtung ihrer Unzweckmäßigkeit.⁶⁶

Das Recht ermöglicht aber auch ein gesichertes System von Rechten und Pflichten, ein System des Austausches („Wir geben zurück, in dem Maasse, als man uns gab“⁶⁷). Die Menschen haben sich also ihrer „Sicherheit wegen“ gegenseitig Rechte und Pflichten zugesprochen,⁶⁸ worauf später noch einzugehen sein wird.

2. Recht als Festsetzen anerkannter Machtgrade

Erste Erscheinungsform des Rechts ist das Rechtsverhältnis zwischen Personen in Form von Verträgen. Das Recht entsteht also bei *Nietzsche* in der kleinst möglichen menschlichen Beziehung, der zwischen zwei Personen. Hier trifft „Person gegen Person“, hier „[misst] sich zuerst Person an Person“.⁶⁹ Zwei Parteien schließen einen solchen Vertrag unter der Voraussetzung, dass dieser ihnen billig und ausgeglichen erscheint. Die eigenen Rechte spiegeln sich dabei in

den Pflichten des jeweiligen Gegenübers wider. Diese Pflichten wiederum können sich nur auf das beziehen, was in der Macht des Anderen steht.⁷⁰ Den Grad der Macht des Anderen zu bestimmen, ist das Ziel einer gegenseitigen Abschätzung. Erst wenn beide Parteien überzeugt sind, dass ihr jeweiliges Gegenüber mächtig genug ist, um bestimmte Pflichten zu erfüllen, erachten sie sich als vertrags- und vergeltungsfähig.⁷¹

Das ist der erste Akt, der den Menschen zur Rechtssetzung befähigt. Dieses gegenseitige Maßnehmen, Abschätzen, ist es, welches den Menschen von den übrigen tierischen Lebewesen abhebt als das „abschätzende Tier an sich“⁷². Beruhen diese ersten menschlichen Auseinandersetzungen zwar zunächst auf primitiven Formen des Tausches, so findet aber auch hier bereits bei jedem Einzelnen ein Vergleichen, Messen und Berechnen der Macht, d.h. der Handlungsmöglichkeiten des Anderen statt.⁷³

Hier wird deutlich, worauf es *Nietzsche* bezüglich der Rolle der Macht beim Entstehungsprozess des Rechts ankommt. Macht ist nicht die Anwendung bloßer Gewalt, sondern lediglich die physische und psychische Möglichkeit bestimmte Handlungen zu vollziehen.⁷⁴ Die Bestimmung des Machtgrades des Gegenübers ist also nicht nur auf die Möglichkeit der vertraglichen Pflichterfüllung gerichtet, sondern umfasst alle Fähigkeiten einer Person zur Realisierung seines Willens.

Problematisch ist hierbei jedoch, dass lediglich ein objektiver, allwissender Beobachter, der sowohl das Selbstbild als auch das Fremdbild kennt, den realen Machtgrad eines Menschen bestimmen könnte. *Nietzsche* ist wohl bewusst, dass dies dem Menschen nicht möglich ist.⁷⁵ Das gegenseitige Vergleichen ist beschränkt durch die begrenzte menschliche Erkenntnisfähigkeit. Daher sind für das Entstehen von Recht nicht die objektiven Machtgrade der sich vertragenden Personen maßgebend. Auch die gewalttätige Machtentfaltung bringt keine Klärung der Machtfrage. *Nietzsche* distanziert sich damit von der oben genannten Gleichsetzung von Macht und Recht.⁷⁶

Entscheidend für die Entstehung von Recht ist vielmehr die subjektive Einschätzung der Macht des Anderen. Das aus dem Vertrag resultierende Recht des Einzelnen geht soweit, als der Andere ihm mächtig „erscheint“.⁷⁷ Recht entsteht aufgrund wechselseitiger Machteinschätzung, aufgrund einer Beurteilung möglicher Effekte und der Handlungsmöglichkeiten des Anderen.⁷⁸

Dabei müssen die Vertragspartner die gegenseitige Machteinschätzung teilen. Die Rechte beziehen sich auf das,

⁶⁰ Ottmann (Fn. 16), S. 228.

⁶¹ Byung-Chul, Was ist Macht?, 2005, S. 38.

⁶² Byung-Chul (Fn. 61), S. 39.

⁶³ Nietzsche (Fn. 13), II 26.

⁶⁴ Nietzsche (Fn. 55), S. 112.

⁶⁵ Nietzsche (Fn. 13), II 26.

⁶⁶ Nietzsche, Morgenröte, 112.

⁶⁷ Nietzsche (Fn. 55), S. 112.

⁶⁸ Nietzsche (Fn. 13), II 31.

⁶⁹ Nietzsche (Fn. 1), II 8.

⁷⁰ Nietzsche (Fn. 55), S. 112.

⁷¹ Nietzsche (Fn. 55), S. 112.

⁷² Nietzsche (Fn. 55), S. 112.

⁷³ Nietzsche (Fn. 1), II 8.

⁷⁴ Kerger, Autorität und Macht im Denken Nietzsches, 1988, S. 25.

⁷⁵ Gerhardt (Fn. 36), S. 147.

⁷⁶ Gerhardt (Fn. 36), S. 150.

⁷⁷ Nietzsche (Fn. 13), I 93.

⁷⁸ Gerhardt (Fn. 36), S. 151.

wozu der Andere einen für vergeltungsfähig hält, soweit man selbst diese Einschätzung teilt.⁷⁹ Beide Vertragspartner müssen also den „selben Glauben“⁸⁰ bezüglich des Machtgrades des jeweils Anderen haben. Erst dann entsteht eine „Art Gleichstellung, auf Grund welcher Rechte festgesetzt werden können“.⁸¹

3. Gleichheit oder Gleichstellung als Voraussetzung des Vertragens?

Diese Gleichstellung von der *Nietzsche* im ersten Band von „Menschliches, Allzumenschliches“ spricht, kommt auch im zweiten Band wieder vor, allerdings in absoluter Form einer Gleichheit. Hier wird Recht definiert als auf Verträgen „zwischen Gleichen“ beruhend.⁸² Dies ähnelt auf den ersten Blick einer Feststellung, die *Nietzsche* in seiner Streitschrift „Zur Genealogie der Moral“ trifft. Dort heißt es, dass Gerechtigkeit entsteht, wenn ungefähr Gleichmächtige sich durch einen Ausgleich miteinander vertragen.⁸³ Gerechtigkeit setzt ein „erreichtes Gleichgewicht“ voraus.⁸⁴ Mit Blick insbesondere auf das Abstellen auf eine „Gleichstellung“ in der früheren Schrift „Menschliches, Allzumenschliches“ erscheint es allerdings fragwürdig, ob *Nietzsche* in Bezug auf die Entstehung von Recht und Gerechtigkeit von den gleichen Grundvoraussetzungen ausgeht.⁸⁵

In dem Aphorismus „Vom Rechte des Schwächeren“⁸⁶ stellt *Nietzsche* fest, dass Rechte grundsätzlich auch zwischen Stärkeren und Schwächeren festgesetzt werden können. Auch der Stärkere hat ein Interesse an Handlungssicherheit. Dabei ist die Möglichkeit des Schwächeren, den Stärkeren zu schädigen, seine Verhandlungsbasis. Die Einigung resultiert also aus einer Abwägung von Gefahr und Nutzen. Diese Art Gleichstellung gründet auf der gegenseitigen Zusprechung von nützlichen Handlungsmöglichkeiten. Das Recht zwischen Stärkerem und Schwächerem geht also soweit, als dass Letzterer Ersterem „werthvoll, wesentlich, unverlierbar, unbesiegbar und dergleichen erscheint“.⁸⁷

Auch in „Der Wanderer und sein Schatten“ schränkt *Nietzsche* die für eine Rechtssetzung erforderliche Gleichheit ein. Recht besteht eben soweit die Machtverhältnisse der Parteien zumindest „ähnlich“ sind.⁸⁸ Der entscheidende Hinweis auf *Nietzsches* Verständnis der Gleichheit als Voraussetzung des Sich-Vertragens findet sich aber in dem Aphorismus „Zur Naturgeschichte von Pflicht und Recht“.⁸⁹ Unter der „Art Gleichheit“ versteht *Nietzsche* das gegenseitige Zusprechen der Fähigkeit, Verträge zu schließen, das heißt die jeweiligen Pflichten durch „Wiedervergeltung“ zu erfül-

len. Die Gleichstellung bezieht sich also bei *Nietzsche* auf eine Eigenschaft, die nötig ist, um grundsätzlich am Rechtsverkehr teilnehmen zu können: nämlich die Anerkennung des anderen als Rechtssubjekt.⁹⁰ Es geht um die grundsätzliche Fähigkeit einer Person, bestimmte, für andere nützliche Handlungen zu gewährleisten, sei es direkt durch ein Tun oder ein Unterlassen oder sei es mittelbar wie etwa in Bezug auf Dritte.

Erst aufgrund dieser Gleichstellung kann ein Vertrag geschlossen werden. Das vermeintliche Machtverhältnis der Parteien wird in Rechte und Pflichten übersetzt. Dabei muss aus zwei Perspektiven ein Gleichgewicht erreicht werden: zwischen den eigenen Rechten und Pflichten und zwischen den Rechten des einen und den Pflichten des anderen. Denn „nur auf das, was in unserer Macht steht“, was wiederum als eigene Pflicht im Vertrag festgehalten wurde, „können sich die Rechte Anderer beziehen“.⁹¹ Es wird also eine Ausgewogenheit, ein Gleichgewicht zwischen den reziproken Rechten und Pflichten erst hergestellt. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass Grundlage des Rechts nicht ein Gleichgewicht von Machtgraden ist, sondern die oben angesprochene Gleichstellung der Vertragspartner, nämlich bezüglich ihrer Fähigkeit, Rechte und Pflichten anzuerkennen.⁹² Das durch Rechtssetzung entstandene Gleichgewicht ist dann, wie *Nietzsche* schreibt, durchaus ein „wichtiger Begriff“⁹³ für die älteste Rechtslehre, wird von ihm aber nicht für die Grundlage der Entstehung von Recht gehalten. Vielmehr ist das Prinzip des Gleichgewichts für *Nietzsche* die „Basis der Gerechtigkeit“⁹⁴, welche aber nicht mit dem Recht identisch ist.

Entsteht das Recht also durch das Vertragen, das gegenseitige Recht-Zusprechen und Pflichten-Auferlegen im Rahmen gemutmaßter Handlungsmöglichkeiten, so entfällt es auch wieder, wenn eine Partei ihre Versprechungen nicht mehr einhalten kann, wenn ein Teil „entschieden schwächer“ geworden ist.⁹⁵ Der einstige Vertragspartner wird nicht mehr als vertrags- und insbesondere vergeltungsfähig angesehen.⁹⁶ Der Zustand der Gleichstellung wird aufgegeben. Das einstige Abkommen wird aufgelöst, da es nicht mehr den gegenwärtigen Verhältnissen entspricht. Allerdings heißt das nicht, dass der Schwächere in seiner Existenz gefährdet sein muss. Vielmehr gebietet es die Vernunft des Stärkeren, den Schwächeren „zu schonen und nicht nutzlos zu vergeuden“.⁹⁷

IV. Von der konzeptionellen Parallelität von Vertragsrecht und Gesetzesrecht bei Nietzsche

Die Schwankungen der Handlungspotentiale des Einzelnen sind somit ein gewichtiges Problem für die miteinander handelnden Vertragspartner. Das Recht, zunächst in Form des

⁷⁹ *Nietzsche* (Fn. 55), S. 112.

⁸⁰ *Nietzsche* (Fn. 55), S. 112.

⁸¹ *Nietzsche* (Fn. 13), I 93.

⁸² *Nietzsche* (Fn. 13), II 26.

⁸³ *Nietzsche* (Fn. 1), II 8.

⁸⁴ *Nietzsche* (Fn. 13), II 22.

⁸⁵ Kerger (Fn. 74), S. 30.

⁸⁶ *Nietzsche* (Fn. 13), I 93.

⁸⁷ *Nietzsche* (Fn. 13), I 93.

⁸⁸ *Nietzsche* (Fn. 13), II 26.

⁸⁹ *Nietzsche* (Fn. 55), S. 112.

⁹⁰ Kerger (Fn. 74), S. 31.

⁹¹ *Nietzsche* (Fn. 55), S. 112.

⁹² *Nietzsche* (Fn. 1), II 5.

⁹³ *Nietzsche* (Fn. 13), II 22.

⁹⁴ *Nietzsche* (Fn. 13), II 22.

⁹⁵ *Nietzsche* (Fn. 13), II 26.

⁹⁶ Kerger (Fn. 74), S. 30.

⁹⁷ *Nietzsche* (Fn. 13), II 26.

Personenrechts soll also auch die Aufgabe übernehmen, Machtgrade der Vertragsparteien zu erhalten. Zugespißt könnte man also sagen: Hat zunächst das Sein das Sollen bestimmt, scheint sich im Folgenden das Verhältnis umzudrehen. Das Sollen wird nun tatsächlich das Sein bestimmen. Hieraus ergibt sich ja erst die ersehnte Sicherheit im Verhältnis der Vertragsparteien. Das Bedürfnis nach Sicherheit bestimmt aber darüber hinaus auch die gesamte Gesellschaft. Diese akzeptiert die gewalttätige Staatsgründung,⁹⁸ verlangt vom Staat aber im Gegenzug, durch Gesetze die Sicherheit zu garantieren. Die Gesetze sind Ausdruck eines Machtgleichgewichts zwischen der Gesellschaft und dem Staat.⁹⁹ Hier wird eine konzeptionelle Parallelität von Vertragsrecht und Gesetzesrecht erkennbar, die *Nietzsches* Rechtskritik im weiten Sinne trägt.

1. Recht als Perpetuierung schwankender Machtgrade

Ein Rechtsverhältnis ist nicht nur die gegenseitige Anerkennung und Zuspriechung von Machtgraden, sondern geht noch darüber hinaus. Die zugesprochenen Rechte und Pflichten sind Abbild dessen, was die Vertragspartner jeweils beim anderen „erhalten wollen“.¹⁰⁰

Verträge wurden also auch aufgrund der Erkenntnis geschlossen, dass Machtgrade sich verändern. Die Handlungsmöglichkeiten einer Person sind objektiv, sowie subjektiv insbesondere aus der Sicht der anderen Personen, niemals stabil. Sie ergeben sich wie oben bereits angedeutet nicht nur aus der Beziehung zum Vertragspartner, sondern auch aus den Beziehungen zu Dritten. Durch die Interaktion mit letzteren können die Machtgrade einer Person in dem Maße steigen oder fallen, dass sich „das Gefühl Derer [verändert], welche bisher [ihr] Recht gewährleisteten“.¹⁰¹ Mithin ist ein Rechtsverhältnis immer nur ein kurzzeitiges Abbild einer bestimmten Machtkonstellation. Es ist ein „Ausnahmestand“.¹⁰²

Dieser soll aber gerade möglichst lange erhalten bleiben, denn er dient allen Parteien. Ohne ihr Zutun, so *Nietzsche*, würden bei wesentlichen Veränderungen der Machtverhältnisse alte Rechte wegfallen und neue Rechte entstehen, wie dies im Völkerrecht der Fall ist.¹⁰³ Wird eine Person schwächer, so verliert sie Rechte, wird sie stärker, so verlieren andere ihre Rechte. Aber wenn Rechtsverhältnisse dazu dienen sollen, Handlungssicherheiten für die Vertragspartner zu garantieren, dann müssen sie möglichst lange stabil bleiben. Deshalb sind alle Parteien daran interessiert, die Macht des anderen in dem Maße zu erhalten, wie es zur Einhaltung der Pflichten aus dem Vertrag notwendig ist. Sinkt die Macht einer Person, so wird ihr Vertragspartner versuchen, Erstere wieder in den „alten Vollbesitz“ ihrer Macht zu bringen.¹⁰⁴ Machtgrade werden durch den Eingriff des Vertragspartners,

sich auf das Recht, bzw. den Vertrag berufend, festgehalten, aufrechterhalten.

Was *Nietzsche* allerdings nicht explizit anspricht, aber in seiner Analyse des Gesetzesrechts als Rechtsordnung doch anklingt, ist die Umkehrbarkeit dieses Verhaltens einer Vertragspartei. Der im Machtverhältnis Schwächere kann auch an Macht hinzugewinnen und so die Vertragsrechte des Stärkeren gefährden. Das wird der Stärkere im eigenen Interesse zu verhindern versuchen. Somit hat das Recht nicht nur einen konstruktiven, sondern eben auch einen repressiven Charakter.

Es ist für *Nietzsche* nichts weiter als die zeitweilige, berechnende Restriktion des menschlichen Willens zur Macht; Recht ist nicht Natur-, sondern Machtrecht.¹⁰⁵ Das Recht ist ein Mittel des eigentlichen Lebenswillens, der auf Macht aus ist, und dient schließlich der Schaffung größerer Machtkomplexe.¹⁰⁶

2. Vom Vertragsrecht zum Gesetzesrecht

Das Recht bietet somit die Sicherung eines dauerhaften Zustandes, der dem Menschen Handlungs- und Planungssicherheit gewährt. Er eröffnet Menschen gewisse Freiheiten, schränkt aber auch andere wiederum ein. Dies ist zunächst der Fall für das Personenrecht bezüglich der Interaktion zwischen zwei Vertragspartnern. Die Idee des Vertragsverhältnisses überträgt *Nietzsche* auf das Verhältnis zwischen den einzelnen Individuen und dem Gemeinwesen. Dieses steht im Verhältnis zu den Individuen, wie der Gläubiger zu seinem Schuldner.¹⁰⁷ Das Gemeinwesen als Gläubiger sichert den Frieden und die Sicherheit innerhalb der Gesellschaft und für alle ihre Mitglieder, indem sie „dem unsinnigen Wüten des Ressentiments ein Ende“ setzt.¹⁰⁸ Im Gegenzug erkennen die Individuen die gesellschaftliche Ordnung des Gemeinwesens an.¹⁰⁹ Die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft haben sich „in Hinsicht auf diese Schädigungen und Feindseligkeiten der Gemeinde verpfändet und verpflichtet“.¹¹⁰

Auch hier kann nicht von einem Machtgleichgewicht von Gemeinwesen und Individuen gesprochen werden. Anfänglich wurde, so sieht es *Nietzsche*, der Staat gerade durch Gewalt den schwächeren Machtkomplexen aufgezwungen.¹¹¹ Aber beide, Staat und Gesellschaft, bleiben rechtsfähig. Sie können versprechen, Rechte und Pflichten einzuhalten. Die Staatsgewalt, bzw. die gesellschaftliche Ordnung wird von der Gesellschaft als Recht des Staates anerkannt, um mit ihrer Hilfe die Befriedung im Innern und nach außen zu sichern.¹¹² Das vom Staat erlassene Gesetzesrecht ist mithin Ausdruck des Machtverhältnisses zwischen diesem und der Gesellschaft. Das Gemeinwesen ist aber auch notwendigerweise als

⁹⁸ Petersen (Fn. 5), S. 150.

⁹⁹ Kerger (Fn. 74), S. 78.

¹⁰⁰ Nietzsche (Fn. 55), S. 112.

¹⁰¹ Nietzsche (Fn. 55), S. 112.

¹⁰² Nietzsche (Fn. 1), II 11.

¹⁰³ Nietzsche (Fn. 1), II 11.

¹⁰⁴ Nietzsche (Fn. 1), II 11.

¹⁰⁵ Ottmann (Fn. 16), S. 227.

¹⁰⁶ Nietzsche (Fn. 1), II 11.

¹⁰⁷ Nietzsche (Fn. 1), II 9.

¹⁰⁸ Nietzsche (Fn. 1), II 11.

¹⁰⁹ Kerger (Fn. 74), S. 20.

¹¹⁰ Nietzsche (Fn. 1), II 9.

¹¹¹ Petersen (Fn. 5), S. 150.

¹¹² Kerger (Fn. 74), S. 20.

Staatsgewalt den Individuen „übergeordnet.“¹¹³ Erst dann kann es Gesetze aufstellen und deren Einhaltung gewährleisten. Die aufgestellte Rechtsordnung bleibt aber nur ein Ausnahmezustand im Kampf zwischen Machtkomplexen. Deshalb dürften, so *Nietzsche*, Rechtsordnungen auch nicht als „souverän und allgemein“ gedacht werden.¹¹⁴ Sie seien dann nur „Mittel gegen allen Kampf überhaupt“, lösten menschliche Handlungsprinzipien auf und stellten daher ein „lebensfeindliches Prinzip“ dar.¹¹⁵

Hieraus lässt sich eine konzeptionelle Parallelität zwischen Vertragsrecht und Gesetzesrecht bei *Nietzsche* feststellen. Er unterscheidet zunächst Vertragsrecht als Abkommen zwischen Personen und Gesetzesrecht als „imperativische Erklärung [des Gemeinwesens, des Staates] darüber, was [...] als erlaubt [...] und] was als verboten“¹¹⁶ gilt. Aber auch wenn beide, wie wir sehen konnten, in ihrer Entstehung unterschiedlich sind, unterliegen Vertragsrecht und Gesetzesrecht doch den gleichen Prinzipien. Beide stellen den Ausdruck eines Machtgleichgewichts dar. Auch das Gesetz ist als Ausdruck eines Machtgleichgewichts zwischen dem Staat und der Gesellschaft, mithin ein Ausnahmezustand, der in regelmäßigen Abständen einer Neujustierung bedarf. Das Gesetzesrecht ist bedingt durch die gesellschaftliche Macht.¹¹⁷

Diesen Gedankengang beendet *Nietzsche* mit einer spekulativen Schlussfolgerung, die auch im Lichte aktueller Debatten durchaus bedenkenswert ist:

„Es wäre ein Machtbewußtsein der Gesellschaft nicht undenkbar, bei dem sie sich den vornehmsten Luxus gönnen dürfte, den es für sie gibt – ihren Schädiger straflos zu stellen. ‚Was gehen mich eigentlich meine Schmarotzer an?‘ dürfte sie dann sprechen. ‚Mögen sie leben und gedeihen: dazu bin ich noch stark genug!‘“¹¹⁸

V. Wie sich die Macht einer Gesellschaft am Strafrecht messen lässt

Nietzsche sagt in dem letztgenannten Zitat implizit etwas Interessantes zur Bedeutung des Machtgleichgewichts zwischen Gesellschaft und Staat für die Härte des Strafrechts. Man kann dort herauslesen, dass das Strafrecht umso milder sei, je mächtiger die Gesellschaft gegenüber dem Staat aufträte. Die Machtverhältnisse scheinen hier von entscheidender Bedeutung für den Charakter des Strafrechts zu sein. Daraus folgt auch, dass das Strafrecht letztlich ein Gradmesser gesellschaftlicher Macht sein kann. Der Zusammenhang von Macht und Strafrecht soll im Folgenden aus *nietzscheanischer* Perspektive betrachtet werden. Dabei lassen sich hauptsächlich in „Zur Genealogie der Moral“ Aussagen *Nietzsches* zu diesem Zusammenhang finden.

Zur Strafe im Allgemeinen und zum Umgang mit dem Verbrecher hat *Nietzsche* noch in anderen Werken mit durch-

aus kritischem Unterton Stellung genommen, zum Teil auch sehr provozierend und aus heutiger Sicht inakzeptabel über Alternativen zur Strafe nachgedacht. Um im vorliegenden Beitrag aber nicht das im Zentrum der Betrachtung stehende Verhältnis von Macht und Recht aus den Augen zu verlieren, wird hier keine umfassende Darstellung der Überlegungen *Nietzsches* zur Strafe vorgenommen. Um zu verstehen, aus welchem Grund die Macht der Gesellschaft den Charakter des Strafrechts entscheidend prägt, ist allerdings zunächst auf den Begriff des Verbrechers näher einzugehen.

1. Der Verbrecher als Vertragsbrüchiger

Der Begriff des Verbrechers ist bei *Nietzsche* kein moralischer.¹¹⁹ Denn auch hier ist *Nietzsche*, zumindest was den gemeinhin üblichen Verbrechensbegriff betrifft, Positivist.¹²⁰ Sowie für *Nietzsche* Recht und Unrecht erst durch das Aufstellen von Gesetzen erfunden wurde, so verhält es sich auch mit dem Verbrecher. Dieser wird erst durch das Normieren bestimmter Tatbilder zum Verbrecher gemacht, indem seine Handlungen als Straftaten im Sinne des Gesetzes interpretiert werden. Durch diese Handlung bewegt sich der Handelnde außerhalb des gesellschaftlich vorgeschriebenen Normalverhaltens. Der Verbrecher ist ein „Vertrags- und Wortbrüchiger gegen das Ganze“.¹²¹ Durch den Verstoß gegen die geltende Rechtsordnung macht sich der Verbrecher gegenüber der gesamten Gesellschaft schuldig. Dieser Überlegung liegt das zivilrechtliche Verständnis *Nietzsches* vom Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Mitgliedern zugrunde. Der Einzelne steht im Verhältnis zur Gesellschaft wie ein Schuldner zu seinem Gläubiger. So ist der Verbrecher jemand, „der die ihm erwiesenen Vorteile und Vorschüsse nicht nur nicht zurückzahlt, sondern sich sogar an seinem Gläubiger vergreift“.¹²² Das sich in der Rechtsordnung widerspiegelnde Gleichgewicht wird durch den Verbrecher zerstört.¹²³ Die Tat wird damit zum Gesetzesverstoß abstrahiert. So erscheint nun auch der Staat legitimiert, den Verbrecher zu strafen.

Das Verbrechen verstanden als Auflehnung gegen die Rechtsordnung wird von *Nietzsche* nicht grundsätzlich negativ gesehen.¹²⁴ Es ist vielmehr Ausdruck des Willens zur Macht. Das Verbrechen ist ein Aufstand gegen die gesellschaftliche Ordnung.¹²⁵ *Nietzsche* lehnt wie oben gesehen eine absolute Rechtsordnung ab. Eine solche wäre geradezu lebensfeindlich, denn sie würde jeden Wettstreit der Mächte, den Lebenswillen der Menschen, im Keim ersticken. Letztlich bedeutet eine Auflehnung gegen eine bestehende Rechtsordnung lediglich das Aufkommen einer stärkeren Macht. Und den Wettstreit der Mächte, dieser aufeinander treffenden Lebens- und Machtwillen, muss eine menschliche Gesellschaftsordnung, so *Nietzsche*, gerade ermöglichen.

¹¹³ Kerger (Fn. 74), S. 33.

¹¹⁴ *Nietzsche* (Fn. 1), II 11.

¹¹⁵ *Nietzsche* (Fn. 1), II 11.

¹¹⁶ *Nietzsche* (Fn. 1), II 11.

¹¹⁷ Kerger (Fn. 74), S. 82.

¹¹⁸ *Nietzsche* (Fn. 1), II 10.

¹¹⁹ Kerger (Fn. 74), 1988, S. 173.

¹²⁰ Engelhardt, ARSP 71 (1985), 499 (510).

¹²¹ *Nietzsche* (Fn. 1), II 9.

¹²² *Nietzsche* (Fn. 1), II 9.

¹²³ Gschwend, ARSP-B 77 (2001), 127 (132).

¹²⁴ Gschwend, ARSP-B 77 (2001), 127 (133).

¹²⁵ Kerger (Fn. 74), S. 174.

Der schuldrechtliche Charakter des Verbrechens, spiegelt sich auch im Charakter der Strafe wider.¹²⁶ Jedes Verbrechen kann damit „abbezahlt“, wieder gut gemacht werden.¹²⁷ Dies könnte zumindest ein Zweck der Strafe sein. Insoweit lassen sich hier Parallelen zum deutschen Idealismus und zur absoluten Restitutionstheorie hegelianischer Prägung feststellen. Durch Zufügung der Strafe wird das begangene Unrecht neutralisiert.¹²⁸ Dies lässt sich durchaus mit *Nietzsches* Rechtsverständnis in Einklang bringen. Das dem Rechtsverhältnis, bzw. der Rechtsordnung zugrunde gelegte zerstörte Gleichgewicht wird durch die Strafe wiederhergestellt.

Nietzsche stellt allerdings explizit in Frage, dass es einen bestimmten Zweck der Strafe gebe. Es sei „heute unmöglich, bestimmt zu sagen, warum eigentlich gestraft wird.“¹²⁹ „Alle Zwecke [...] sind nur Anzeichen davon, daß ein Wille zur Macht über etwas weniger Mächtiges Herr geworden ist und ihm von sich aus den Sinn einer Funktion aufgeprägt hat.“¹³⁰ Eines stellt *Nietzsche* jedenfalls kritisch fest. „Ins große gerechnet, härtet und kaltet die Strafe ab; sie konzentriert; sie verschärft das Gefühl der Entfremdung; sie stärkt die Widerstandskraft.“¹³¹ Welchen Sinn und Zweck die Strafe zu einer bestimmten Zeit auch hatte, immer hat sich durch sie der Verbrecher noch weiter von der Gesellschaft entfremdet. Aus dieser Perspektive wirkt die Strafe einem auch heute offiziell verkündeten Ziel des Strafvollzugs entgegen. Der Verbrecher wird nicht gebessert, im Gegenteil, er wird sogar gestärkt in seinem Bestreben, sich gegen die Gesellschaftsordnung aufzulehnen. Die hohen Rückfallquoten zumindest im Jugendstrafvollzug sprechen hier durchaus für die Richtigkeit von *Nietzsches* Thesen.¹³²

2. Das Strafrecht als Gradmesser gesellschaftlicher Macht

Wird das Verbrechen als Aufstand gegen die gesellschaftlichen Ordnung gedeutet, so klingt hier schon an, inwieweit der Charakter des Strafrechts von den Machtverhältnissen innerhalb einer Gesellschaft abhängig ist.

Es sei hier noch einmal daran erinnert, dass Recht und Gesetz den Schritt aus dem Naturzustand und ein Leben in Sicherheit für die Mitglieder einer Gesellschaft ermöglichen. Dabei diene das Recht gerade der Herstellung konformen Verhaltens durch Unterdrücken des „Ressentiments“, d.h. der instinktiven Rachegefühle der Menschen.¹³³ Dieser zivilisatorische Fortschritt musste in früher Zeit noch den Menschen in Erinnerung gerufen werden. Der Verbrecher, der durch seine Tat die Rechtsordnung gefährdet, soll durch die Strafe daran

erinnert werden, wozu diese Rechtsordnung dient.¹³⁴ Er wird wieder in den Naturzustand zurückgeworfen, er wird von der Gesellschaft ausgestoßen und „nun darf sich jede Art Feindseligkeit an ihm auslassen.“¹³⁵ Diese Art der Strafe war z.B. dem römischen Recht als Ausschluss aus der Gens (lt. Sippe, später Volk) durchaus bekannt.¹³⁶ Der Verbrecher wird als Feind der Rechtsordnung, d.h. der Gesellschaft behandelt, der daher auch keine Gnade erwarten darf.¹³⁷ Grund für diese Art von Feindstrafrecht war, dass das Verbrechen die Gesellschaft noch in ihren Grundfesten erschütterte. Sie drohte auseinander zu brechen und in den Naturzustand zurückzufallen. Ihre Macht war noch nicht groß genug, um den Glauben ihrer Mitglieder an die Nützlichkeit der gemeinsamen Rechtsordnung aufrechtzuerhalten. So waren die „Aspekte ihrer Bräuche“ umso grausamer, „je schlechter die Menschheit bei Gedächtnis war.“¹³⁸

Festigt sich nun aber die Macht der Gesellschaft, so dass ihre Existenz nicht mehr von einzelnen Gesetzesverstößen gefährdet wird, stößt sie ihre Verbrecher nicht mehr aus.¹³⁹ Sie nimmt die „Vergehungen des einzelnen nicht mehr so wichtig.“¹⁴⁰ Auch hier zieht *Nietzsche* wieder Parallelen zum Zivilrecht. „Der Gläubiger ist immer in dem Grade menschlicher geworden, als er reicher geworden ist.“¹⁴¹ Heutzutage wird die Härte oder die Milde einer Strafe mit dem Verhältnis der Tat zur individuellen Schuld begründet. Für *Nietzsche* existiert dieser innere Zusammenhang aber nicht. Vielmehr entscheidet über Härte oder Milde das Machtverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern.¹⁴² Dabei setzte die Liberalisierung des Strafrechts eine institutionelle Verselbstständigung der Macht voraus.¹⁴³ Die Mitglieder mussten nicht mehr regelmäßig ihre Gesellschaftsordnung kollektiv bestätigen. Die Macht der repräsentativen Organe hat sich soweit vergrößert, dass sie sich selbst legitimiert und kein ablehnendes Votum von Seiten der Mitglieder mehr zu fürchten hat. Die kollektivierte Macht erhält ein „Selbstbewusstsein“, welches sie sogar in die Lage versetzt, den Verbrecher vor dem „Zorn [...] der Geschädigten“ zu beschützen.¹⁴⁴

Nietzsche glaubt, dass eine Gesellschaft vorstellbar sei, die derart mächtig wäre, den Verbrecher nicht mehr zu bestrafen, sondern ihn zu begnadigen und laufen zu lassen.¹⁴⁵ Aus heutiger Perspektive kann diese Vermutung nicht bestätigt werden. Zwar ist das Strafrecht im Vergleich zu früheren Jahrhunderten durchaus milder geworden. Aber die Rolle der Strafrechtspflege hat sich demgegenüber gewandelt von einem Vergeltungsinstrument zu einem Kontrollinstrument. Sie

¹²⁶ Kerger (Fn. 74), S. 173.

¹²⁷ *Nietzsche* (Fn. 1), II 10.

¹²⁸ Gschwend, ARSP-B 77 (2001), 127.

¹²⁹ *Nietzsche* (Fn. 1), II 13.

¹³⁰ *Nietzsche* (Fn. 1), II 12.

¹³¹ *Nietzsche* (Fn. 1), II 14.

¹³² Für das Jahr 1994 lag die Rückfallquote von Jugendlichen, die vorher eine Jugendarreststrafe abgesessen hatten, bei 77,8 %. Quelle: Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht – Kurzfassung, Bundesministerium des Innern und Bundesministerium der Justiz, 2006, S. 93.

¹³³ Engelhardt, ARSP 71 (1985), 499 (510).

¹³⁴ *Nietzsche* (Fn. 1), II 9.

¹³⁵ *Nietzsche* (Fn. 1), II 9.

¹³⁶ Kerger (Fn. 74), S. 172.

¹³⁷ *Nietzsche* (Fn. 1), II 9.

¹³⁸ *Nietzsche* (Fn. 1), II 3.

¹³⁹ *Nietzsche* (Fn. 1), II 10.

¹⁴⁰ *Nietzsche* (Fn. 1), II 10.

¹⁴¹ *Nietzsche* (Fn. 1), II 10.

¹⁴² Kerger (Fn. 74), S. 172.

¹⁴³ Kerger (Fn. 74), S. 173.

¹⁴⁴ *Nietzsche* (Fn. 1), II 10.

¹⁴⁵ *Nietzsche* (Fn. 1), II 10.

ist Teil der staatlichen Maßnahmen zur Kontrolle menschlichen Verhaltens.¹⁴⁶ Nicht mehr die einzelne Tat soll abgegolten werden, sondern derartige Taten sollen überhaupt verhintert werden. Inbegriff dieser neuen Art des Machterhalts ist das Gefängnis, welches alle übrigen Formen gesellschaftlicher Kontrolle, Schule, Fabrik, u.a. in sich symbolisch vereint.¹⁴⁷ Es ließe sich mithin *Nietzsches* These aus heutiger Sicht erweitern. Es ist in der Tat festzustellen, dass in einer erstarkten, mächtigen Gesellschaft die einzelnen Verbrechen milder bestraft werden. Aber diese Milderung des Strafrechts geht einher mit neuen Mitteln der Machterhaltung, in erster Linie der Kontrolle und Disziplinierung der Bevölkerung.

VI. Schlussbetrachtung

Zusammengefasst ist für *Nietzsche* der Ausgangspunkt der Entstehung von Recht die Interaktion von Individuen. Es ist zunächst einmal ein soziales Phänomen, welches auf dem menschlichen Leitprinzip der Sicherung der eigenen Existenz beruht. Gleichzeitig ist das Recht in seiner frühen, ursprünglichen Form des Vertrages das Ergebnis eines psychischen Aktes, nämlich der gegenseitigen Bewertung, Ab- und Einschätzung der jeweiligen Machtgrade und der Zusprechung der Rechtsfähigkeit, welche *Nietzsche* als Gleichstellung begreift. Auf der Grundlage eines gegenseitigen Einverständnisses bezüglich der jeweiligen Machtgrade beider Vertragsparteien wurden dann Rechte und Pflichten festgehalten, d.h. Recht gesetzt. Das Recht entsteht also für *Nietzsche* aus einem kommunikativen Akt und entspricht darin seinem kommunikativen Verständnis von Macht.¹⁴⁸

Nietzsche ist mithin kein neo-sophistischer Vertreter einer Philosophie des „Recht des Stärkeren“. Das Recht setzt weder eine Gleichheit an Macht voraus, noch wird es allein vom Stärkeren gesetzt. Vielmehr versteht *Nietzsche* unter der Gleichheit der Vertragsschließenden eine Gleichstellung, eine Rechtsfähigkeit, die den anderen vertrags- und vergeltungsfähig erscheinen lässt. Der Vertrag erst lässt ein Gleichgewicht zwischen den Vertragspartnern entstehen.

Diese Dekonstruktion des Rechts durch *Nietzsche* ist mithin auch eine Kritik an dem normativen Charakter, der ihm gemeinhin zugesprochen wird.¹⁴⁹ Sie geht einher mit seiner Kritik der abendländisch-christlichen Moral als Sklavenmoral und spiegelt sich in der Metapher des Rechts als „Burg der Schwachen“¹⁵⁰ wider. Beides sind für *Nietzsche* letztlich Mittel gegen den menschlichen Willen zur Macht, gegen seinen Lebenswillen. Das Recht tut dies, wie wir gesehen haben, indem es Ausnahmestände perpetuiert. Es ist ein Spiegelbild der aktuellen Machtverhältnisse, auf Ebene des Vertragsrechts ebenso wie auf Ebene des Gesetzesrechts. Das blinde Befolgen der Gesetze macht daher nicht den „billigen Menschen“ aus, sondern sein Gespür, sein Blick für die Rea-

lität.¹⁵¹ Die Frage nach der „Gerechtigkeit“, die bei *Nietzsche* eng mit dem Begriff der „Billigkeit“ verbunden ist, kann mithin nicht allein aus dem Recht heraus beantwortet werden.¹⁵²

Nietzsche entzaubert somit letztlich das Recht als nichts anderes als einen Ausdruck des Spiels der Mächte. Ganz im Sinne des Rechtsrealismus ist also auch für ihn Recht letztlich ein von politischen und sozio-ökonomischen Realitäten bestimmtes System.¹⁵³ Diese kritische Herangehensweise ist möglicherweise auch ein Grund, weshalb *Nietzsches* rechtsphilosophische Gedanken bis heute so wenig in der Rechtsphilosophie Beachtung gefunden haben. Wenn aber *Nietzsche* zwar in der Tat nicht Rechtswissenschaft oder Rechtsphilosophie im streng dogmatischen Sinne betrieben hat, so sind seine Überlegungen zum Recht doch zumindest für die kritische Rechtstheorie noch heute grundlegend. In der Ahnenreihe kritischer Rechtsdenker, zu der zweifelsohne *Marx*, *Weber* oder *Foucault* gehören,¹⁵⁴ sollte *Friedrich Nietzsche* deshalb nicht fehlen.

¹⁴⁶ Kerger (Fn. 74), S. 176.

¹⁴⁷ Foucault, in: Defert/Ewald (Hrsg.), Schriften in vier Bänden, Bd. 2, 2002, S. 669 (S. 765).

¹⁴⁸ Ottmann (Fn. 16), S. 225.

¹⁴⁹ Ottmann (Fn. 16), S. 230.

¹⁵⁰ Nietzsche (Fn. 13), II 39.

¹⁵¹ Nietzsche (Fn. 55), S. 102.

¹⁵² Zur Frage der Gerechtigkeit bei Nietzsche aus rechtsphilosophischer Perspektive: Petersen (Fn. 5), 2008.

¹⁵³ Frankenbert, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Fn. 39), S. 93 (S. 100).

¹⁵⁴ Frankenbert (Fn. 153), S. 97