

Hermann Klenner

## Gerechtigkeitstheorien in Vergangenheit und Gegenwart\*

In einer Zeit, da die Doppelillusion zugleich genährt - und zerstört und teuer bezahlt wird obendrein - daß nämlich der Weg zum Richter immer auch ein Weg zum Recht sei und das Recht deshalb Recht, weil es der Gerechtigkeit entspreche, mag es angemessen sein, einen Einblick in Gerechtigkeitstheorien der Vergangenheit und vor allem der Gegenwart zu geben. Solch ein Überblick ist mit dem Risiko der Oberflächlichkeit behaftet, denn ohne den Mut zur Lücke, zur Vereinfachung, zur Abstraktion ist er nicht zu haben. Andererseits wird der Erkenntnisschwund in der einen Richtung durch einen Erkenntniszuwachs in einer anderen Richtung (hoffentlich!) aufgewogen, und wenn es nur darum wäre, mittels Erfahrungsvermittlung und Plausibilitätslogik zu demonstrieren, daß kein binärer Code Recht/Unrecht, Gerechtigkeit/Ungechtigkeit auch nur die Spur einer Chance hat, universal Akzeptierbares zu liefern. Solch ein Code wäre nur um den Preis seiner Inhaltsleere zu haben.

Ein zeitlos gültiges Maß richtigen Verhaltens gibt es nicht, wohl aber hat es die Idee, die Illusion eines solchen Maßes gegeben, die Hoffnung, seine Anwendung zu erleben; wohl gibt es Gerechtigkeitsgefühle und Gerechtigkeitstriebe, und Gewissensbisse gibt es auch, wenn man internationalisierten Normenordnungen zuwiderhandelt. Bereits von hier aus dürfte einleuchten, daß der bundesdeutsche Richter-Eid: "Ich schwöre, nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen" (Deutsches Richtergesetz, 1961/1972, 38), seine heiklen Momente insofern hat, als es bisher noch niemandem gelungen ist, eine allgemein annehmbare Gerechtigkeitsdefinition vorzulegen, geschweige denn ein widerspruchsfestes Gerechtigkeitskriterium anzugeben. Und dann bleibt auch noch Bertolt Brechts böser Vorwurf, daß es in Deutschland unendlich mehr Richter gebe, die Unrecht tun, indem sie die Gesetze ausüben, als solche, die Unrecht tun, indem sie sie verletzen.<sup>1</sup>

Falls jemand, um auch das noch vorher zu sagen, der Auffassung sein sollte, daß "Juristen" diejenigen seien, die wissen, was Recht ist und was Unrecht, hat er sich geirrt. Man hätte damit die Juristen zugleich unter- wie über-

\* Nachträgliche Aufzeichnung des am 21 Januar 1993 vor den Mitgliedern der Leibniz-Sozietät e. V. in Berlin gehaltenen Vortrages. Erstveröffentlichung in: Beiträge zur Geschichte der Arbeiterbewegung 36/1994, Heft 1, S. 3 - 21

<sup>1</sup> B. Brecht (1898-1956): Werke, Bd. 21, Berlin/Frankfurt a. M. 1992, S. 261. Die Äußerung stammt von 1928.

schätzt. Es hat sich nicht viel geändert seit den Zeiten, da Kant behaupten konnte, daß die Juristen noch immer eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht suchten.<sup>2</sup> Gewiß erwartet man von Rechtsanwältinnen, daß sie ihren Mandanten in einem konkreten Konflikt das Rechte raten, und erhofft von Richtern, daß sie dem Recht gemäß urteilen. Was aber heute Recht ist, kann morgen Unrecht sein, so wie heutiges Unrecht gestern vielleicht noch Recht war. Und was in dem einen Land Recht ist, kann zum gleichen Zeitpunkt in einem anderen Land Unrecht sein. Es gibt fast nichts Rechtes und Unrechtes, sagt Blaise Pascal (und vor ihm mit fast den gleichen Worten Michel de Montaigne), das nicht mit dem Wechsel der Himmelsgegend seine Natur wechselte; drei Grad Polhöhe stürzten die ganze Jurisprudenz um; nach wenigen Herrschaftsjahren änderten sich die Grundgesetze; das Recht habe seine Epochen; eine lächerliche Gerechtigkeit sei es, die ein Fluß oder ein Berg begrenzt: Wahrheit diesseits der Pyrenäen, Irrtum jenseits.<sup>3</sup> Es müssen nicht die Pyrenäen sein, eine Mauer tat's auch.

Ein Jurist weiß also - günstigenfalls! - im wesentlichen nur, wie ihm Hier und Heute der Recht/Unrecht-Code lautet. Universaljuristen kennt das Universum nicht. Andererseits ist der ein schlechter Jurist, der nur das Recht seines Hier und Heute kennt, ohne sich zugleich darüber Gedanken zu machen, ob das, was Recht ist, auch Recht sein sollte, mit anderen Worten: ob das geltende Recht auch gerecht sei. Recht und Unrecht, deren endlosen Streit Gerechtigkeit vermittelt, heißt es bei Shakespeare (Troilus und Cressida, I/3: Right and Wrong/Between whose endless jar justice resides).

Sind aber Gesetzlichkeit und Gerechtigkeit nicht deckungsgleich, ist die tatsächliche Differenz zwischen diesen beiden Sachverhalten von allergrößter Bedeutung. Auch für Juristen! Wenn es stimmt, daß etwas nicht gerecht ist, weil es Gesetz ist, wohl aber sollte etwas Gesetz sein, weil es gerecht ist, dann muß der Jurist mehr noch als andere Bürger das Auseinanderklaffen von Gerechtigkeit und Gesetzlichkeit als eine Provokation empfinden. Mehr noch. Er muß die kritische Distanz zwischen Legalität und Legitimität wachhalten. Es sei denn, er ist mit dem geltenden Recht seines Landes vollständig einverstanden und identifiziert dessen *lex scripta* mit dem *jus justum et aequum* schlechthin.

Da sich aber in der Praxis noch immer gezeigt hat, daß kein Recht den unübersteigbaren Zenit von Rechtskultur darstellt, und daß Gerechtigkeit ohne Recht ohnmächtig ist wie Recht ohne Gerechtigkeit tyrannisch, gehört das

<sup>2</sup> I. Kant (1724 - 1804): Rechtslehre. Schriften zur Rechtsphilosophie, Berlin 1988, S. 34, 420. Zur Gerechtigkeitskonzeption Kants vgl. P. Unruh: Die Herrschaft der Vernunft. Zur Staatsphilosophie Immanuel Kants, Baden-Baden, 1993, S. 183 ff..

<sup>3</sup> B. Pascal (1623 - 1662): Gedanken, Leipzig 1987, S. 43. -M. de Montaigne (1533 - 1592): Die Essais, Leipzig 1953, S. 217.

Gerechtigkeitsproblem zum Urbestand rechtswissenschaftlichen Forschens. So wie die "Wahrheit" eine Fundamentalkategorie der Wissenschaftstheorie ist und die "Schönheit" eine der Ästhetik, ist die "Gerechtigkeit" eine Fundamentalkategorie der Jurisprudenz. Die Gerechtigkeit liegt aber auch im Interessenkern eines jeden Menschen. Wen trifft es nicht im Lebensnerv, wenn man/frau sich ungerecht behandelt fühlt? Schon Aristoteles wußte, daß die Forderung nach Gerechtigkeit vor allem von den Schwächeren erhoben wird<sup>4</sup>, und in Wilhelm Weitlings Programmschrift des Bundes der Gerechten, des unmittelbaren Vorläufers des Bundes der Kommunisten, wird "reich sein" als ein Synonym für "ungerecht sein" genommen<sup>5</sup>. Die sich jetzt, 1992/1993, im Osten Deutschlands bildenden Gerechtigkeitskomitees formieren sich gegen einen "Abgrund an Ungerechtigkeiten", wie er sich im Gefolge der Einverleibung der DDR durch die BRD auftrat (und hätten sich vielleicht besser "Komitees gegen Ungerechtigkeiten" genannt, denn sich darüber zu verständigen, was ungerecht ist und dagegen zum Kampf zu motivieren, dürfte der Logik zum Trotz leichter sein, als die Pilatusfrage beantwortet zu bekommen, was denn Gerechtigkeit sei). Andererseits hat Brechts Me-ti von Staaten, in denen die Gerechtigkeit zu sehr gerühmt wird, vermutet, daß es in ihnen besonders schwer sei, Gerechtigkeit zu üben<sup>6</sup>. Wir haben das im Osten Deutschlands vor 1989 erlebt, und wir erleben es jetzt wieder.

## 2

Versteht man unter Gerechtigkeit (noch zu bestimmende) Eigenschaften a) des Verhaltens von Individuen zu anderen Individuen, b) des Inhalts von Verhaltensregeln, speziell von Rechtsnormen, c) des Inhalts von Gerichtsurteilen und Verwaltungsakten und d) des Inhalts von Rechtsordnungen als Ganzes, dann ist klar, daß Gerechtigkeit ein Ingredienz jeglichen menschlichen Zusammenlebens ist. Von Gerechtigkeits-theorien aber, im Sinne von Aussagesystemen über die Gerechtigkeit im obigen Sinn, kann man in Europa erst seit Platon und Aristoteles sprechen. Platon, der die Gerechtigkeit - neben der Weisheit, der Tapferkeit und der Besonnenheit - zu den vier

<sup>4</sup> Aristoteles (384 - 322 v. u. Z.): Politik, München 1981, S. 206 (1318b).

<sup>5</sup> W. Weitling (1808 - 1871): Die Menschheit, wie sie ist und wie sie sein sollte (1839). In: W. Kowalski: Vorgeschichte und Entstehung des Bundes der Gerechten, Berlin 1962, S. 212. - Bereits Thomas Morus (1478 - 1535) hatte in seiner *Utopia* (Harmondsworth 1974, S. 65; Leipzig 1990, S. 45) die kühne These vertreten, daß Privateigentum und Gerechtigkeit sich ausschließen ("I don't see how you can ever get any real justice, so long as there's private property"). Diese Auffassung wurde eigenständig vertreten und praktiziert von Gerrard Winstanley (1609 - 1676) und seinen Diggern während der englischen Revolution. Vgl. ders.: Gleichheit im Reiche der Freiheit, Leipzig 1986, S. 195.

<sup>6</sup> B. Brecht: Prosa, Bd. 4, Berlin/Weimar 1975, S. 54.

Kardinaltugenden zählte, und zwar als deren höchste, richtete seine eigene Theorie gegen die Auffassungen der Sophisten. Von denen hatte ein gewisser Thrasymachos die Gerechtigkeit als Funktion der Macht, als Vorteils-Inanspruchnahme der Herrschenden charakterisiert (denn die Leute schmähten die Ungerechtigkeit nicht deshalb, weil sie Angst davor hätten, sie zu begehen, sondern weil sie fürchteten, sie zu erleiden), und ein gewisser Antiphon hatte Gerechtigkeit und Gesetzmäßigkeit als Synonyma markiert: "Gerechtigkeit nun besteht darin, daß man die Gesetze des Staates, dessen Bürger man ist, nicht übertritt."<sup>7</sup> Demgegenüber hat Platon - wie er nie hervorzuheben vergaß, unter dem Einfluß des Sokrates, der einen Gerechtigkeitsdualismus (Gerechtigkeit sei die Gesetzmäßigkeit der Menschen und die der Götter) vertrat<sup>8</sup> - eine zugleich antipositivistische wie antiutilitaristische Theorie entworfen. Der Staat, heißt es bei ihm, in dem das Gesetz von der Macht des Herrschers abhängig sei, anstatt Herr zu sein über die Herrscher, werde zugrunde gehen, und diejenigen Gesetze, die nur den Interessen einer Partei dienen statt dem allgemeinen Besten, seien Partei-, nicht Staatssache, sie enthielten nur sogenanntes, nicht wirkliches Recht<sup>9</sup>. Das Gerechteste aber, lehrte er seine Schüler weiter<sup>10</sup>, bestehe darin, daß man einem Jedem das ihm Gebührende erstatte, denn Gerechtigkeit sei nichts anderes, als daß ein jeder das Eigene hat und das Seinige tut. Man erkennt unschwer in dieser Definition eine der Vorformen der *Suum cuique*-formula, die dann über Aristoteles, Cicero und Ulpian in das *Corpus juris civilis* (Digesten I,1,10: *justitia est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi* = die Gerechtigkeit ist der ständige und unaufhörliche Wille, jedermann das ihm zuständige Recht zuzuteilen) geraten ist und die man schon häufig als inhaltslose Tautologie enttarnt hat, da ja nicht gesagt werde, wonach das Seinige und Meinige bemessen wird. Der Schlachtruf "Gleichheit den Gleichen, Ungleichheit den Ungleichen" ist jedenfalls für Rassisten wie für Antirassisten geeignet, da er verschweigt, ob das Menschsein das eine Individuum zum Gleichen des anderen Individuums macht oder ob die Nationalität, die Religion oder die Hautfarbe das Unterscheidungskriterium sein soll.

<sup>7</sup> Vgl. W. Capelle (ed.): Die Vorsokratiker, Berlin 1958, S. 358 f. (Thrasymachos), 376 (Antiphon). Thukydides: Politische Reden, Leipzig 1949, S. 234(5/89); alle drei im 5. Jahrhundert v.u.Z. lebend.

<sup>8</sup> Vgl. Xenophon (ca. 430 - 354 v. u. Z.): Erinnerungen an Sokrates (469 - 399 v. u. Z.), Leipzig 1976, S.130(4/4/18f.).

<sup>9</sup> Platon (427-347 v. u. Z.): Gesetze, Bd 1, Leipzig 1945, S. 130f (715 St.) - vgl. auch O. Gigon/M. W. Fischer (ed.): Antike Rechts- und Sozialphilosophie, Frankfurt/M. 1988. - A. Demandt: Der Idealstaat. Die politischen Theorien der Antike, Köln 1993.

<sup>10</sup> Platon: Der Staat, Berlin 1987, S. 54,158 (332 St., 433 St.). - Vgl. auch H. Kelsen: Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons, Wien 1985, S. 233 ff., rezensiert in: Deutsche Literaturzeitung, 109/1988, S. 612 f.

Bei Platon selbst jedenfalls hat die Doppelformel von der Gerechtigkeit als Maß sowohl des Habens als auch des Handelns eine sozialkonservative Benutzung in seiner Idee (keiner Utopie!) von einem Dreiklassenstaat mit einer versteinerten Arbeitsteilung und Sklaverei überdies, gefunden.

Die folgenreichste Gerechtigkeitstheorie der Antike stammt allerdings von Aristoteles. Für ihn ist Gerechtigkeit ein mehrdeutiger Begriff<sup>11</sup>. Er unterscheidet zwischen der ausgleichenden Gerechtigkeit (*justitia commutativa*) und der austeilenden Gerechtigkeit (*justitia distributiva*). Während sich die Verteilungsgerechtigkeit auf das Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen und seinen Bürgern, zwischen den Eltern und ihren Kindern, zwischen den Reichen und den Armen, also ungleich Bleibenden beziehe, gelte die Austauschgerechtigkeit überall dort, wo Leistung und Gegenleistung unter den vom Gesetz Gleichgestellten stattfindet, etwa zwischen Käufer und Verkäufer, zwischen Mieter und Vermieter, zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer oder bei der Bemessung von Schadensersatz gemäß dem Talionsprinzip der Vergeltung: wie du mir, so ich dir. Gemeinsam aber sei den beiden Grundformen der Gerechtigkeit, daß ihr Kern ein Mittleres zwischen einem Zuviel und einem Zuwenig sei, eine Gleichheit.

Im Falle der Verteilungsgerechtigkeit handelt es sich um eine proportionale, eine geometrische Gleichheit, denn es werden z. B. die Ämter des Staates an seine Bürger gemäß deren Tugend und Bildung vergeben, je höher die Fähigkeit, desto höher das Amt. Im Falle der Austauschgerechtigkeit handele es sich um eine numerische, eine arithmetische Gleichheit, da Leistung und Gegenleistung sich als kommensurable Größen direkt aufeinander beziehen. Ohne Austausch gebe es keine Gesellschaft, ohne Gleichheit keinen Austausch und ohne Meßbarkeit keine Gleichheit. Alles, was ausgetauscht wird, müsse irgendwie vergleichbar sein, und am Geld als an einer Mittelinstanz lasse sich alles messen, das Produkt des Bauern wie das des Schuhmachers.

Es ist genau diese Einsicht des Stagiriten, die Marx im "Kapital" veranlaßte, vom Genie des Aristoteles zu sprechen, welches darin glänze, daß er im Wertausdruck der Waren ein Gleichheitsverhältnis entdeckt habe, auch wenn er aus der Wertform der Waren nicht herauszulesen vermochte, daß in ihr als gleichgeltend alle menschlichen Arbeiten ausgedrückt sind; die Erkenntnisschranke des großen Griechen erkläre sich aber, so weiter Marx, daraus, daß die griechische Gesellschaft auf der Sklavenarbeit beruhte, also die Ungleichheit der Menschen und ihrer Arbeitskräfte zur Naturbasis

<sup>11</sup> Zum folgenden vgl. Aristoteles: Nikomachische Ethik, Berlin 1983, S. 95 ff. (1129a). - Vgl. auch Sp. Panagiotou (ed.): Justice, Law and Method in Plato and Aristotle, London 1989. - K. F. Röhl: Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles, Baden-Baden 1992.

hatte<sup>12</sup>. In der Tat ist für Aristoteles das Verhältnis zwischen dem Sklaven gegenüber dem Herrn kein Rechtsverhältnis: es habe ja auch mein Fuß mir gegenüber kein Recht oder meine Hand<sup>13</sup>.

Aus jedem transzendenten Ansatz, wie er für die Konzeptionen vor allem von Platon, aber, freilich gemindert, auch von Aristoteles charakteristisch ist, hat Epikur die Gerechtigkeitstheorie gelöst. Gerechtigkeit, so einer seiner Hauptlehrsätze, sei nicht etwas an und für sich Seiendes, sondern ein in den wechselseitigen Beziehungen der Menschen an jeweils verschiedenen Orten abgeschlossener Vertrag, einander weder zu schädigen noch sich schädigen zu lassen<sup>14</sup>. Indem das natürliche Recht als ein der menschlichen Natur in Raum und Zeit gemäßes Recht aufgefaßt wird, wird die Gerechtigkeit aus einem von Gott vorgegebenen oder anderweit mystisch verbrämten Tugendkanon befreit. Wenn die Gemeinschaft der Polismitglieder erkenne, was ihr nützlich sei und was sie schädige, werde sie zu entsprechenden Geboten und Verboten veranlaßt. Ein den Bedürfnissen der Gemeinschaft nicht gerecht werdendes Gesetz habe nicht die Natur des Rechts und entbehre daher der Rechtsgeltung. Damit wird der Gerechtigkeitbegriff materialisiert, relativiert, historisiert. Von einer im Reich der Ideen beheimateten, überzeitlich geltenden Gerechtigkeit halten die Epikuräer nichts. Nicht im Jenseits, im Diesseits liegt für sie die Geburtsstätte der Gerechtigkeit, in den sich geschichtlich und geographisch verändernden Bedürfnissen der Menschen. Kein Wunder, daß Epikur schon von seinen dem Gottesglauben verhafteten Zeitgenossen nach den bis heute herrschenden Journaille-Regeln verleumdet worden ist, wie Diogenes Laertius im Detail berichtete, aber auch widerlegte<sup>15</sup>.

Zu den gegen Epikur zu Felde ziehenden Intellektuellen gehörten vor allem die Anhänger der Stoa. Sie überführten die auf die Polis, den altgriechischen Stadtstaat zugeschnittenen Gerechtigkeitse Auffassungen insbesondere von Platon und Aristoteles in eine auf die Kosmopolis, auf eine Weltordnung zielende Gerechtigkeitse Konzeption. Diese Kosmopolis umfasse Himmel und Erde, Götter und Menschen. Das kosmische Gesetz aber, so lehrte der zeitlich nach Zenon (332 - 262 v. u. Z.) bedeutendste unter den Stoi-

<sup>12</sup> K. Marx/F. Engels: Gesamtausgabe (MEGA), 2. Abteilung, Bd. 10, Berlin 1991, S. 60.

Aristoteles: *Magna Moralia*, Berlin 1983, S. 37 (1194b).

<sup>14</sup> Epikur (341 - 270 v. u. Z.): Briefe, Sprüche, Werkfragmente, Stuttgart 1982, S. 77 (*Ratae Sententiae* 33), auch in: Griechische Atomisten, Leipzig 1988, S. 290, sowie in: Marx/Engels: Gesamtausgabe (MEGA), 4. Abteilung, Bd. 1, Appar. Berlin 1976, S. 603. - Vgl. R. Müller: Die Epikureische Gesellschaftstheorie, Berlin 1972, S. 104 - 110: "Relativität und Bedingtheit der Rechtsnormen bei Epikur und in der Sophistik". - R. Müller: Die epikureische Ethik, Berlin 1991, S. 78 - 80: "Der instrumentale Charakter der Tugenden".

<sup>15</sup> Diogenes Laertius: *Leben und Meinungen berühmter Philosophen* (ca. 220 v. u. Z.), Bd. 2, Berlin 1955, S. 224 ff. (10/3-12).

kern, Chrysisippos, sei der "König über alle göttlichen und menschlichen Angelegenheiten"; es sei "die Autorität, die bestimmt, was sittlich und was unsittlich ist"; es sei "die Richtschnur für Recht und Unrecht"; es schreibe "den von Natur auf eine Gemeinschaft angelegten Wesen vor, was sie tun und was sie lassen sollen"<sup>16</sup>. So entstand die für die Stoiker typische, aber bis in die Jetztzeit vertretene Rechts-Triade: Menschengesetz - Naturgesetz - Weltgesetz. Danach sei das Menschengesetz, die *lex humana*, vom Naturgesetz, der *lex naturalis*, überlagert, und dieses vom Weltgesetz. Dieses göttliche Weltgesetz, diese *lex aeterna et perpetua*, habe das Werden des Gewordenen bestimmt, so wie es das Werden des Werdenden bestimme. Zugleich enthalte es das von der Gottheit als der Urheberin alles Geschehens verordnete Schicksal des Menschen, das die Willigen führe, die Widerstrebenden aber mit sich fortschleppe<sup>17</sup>. Daraus erklärt sich nicht nur die bis heute als solche auch so benannte stoische Lebensweise, das Sichanpassen des Individuums an die bestehenden Verhältnisse, die Gleichgültigkeit gegenüber den irdischen Mißständen, das Sichfügen gegenüber den Anordnungen der Obrigkeit, der Verzicht auf alternatives Denken und Handeln. Es erklärt sich daraus auch eine mystifizierte Gerechtigkeitsvorstellung. Nicht aus der Befriedigung bzw. Nichtbefriedigung der irdischen Bedürfnisse des Menschen, der Wahrnehmung bzw. Verletzung seiner eigenen Interessen ergibt sich der Gerechtigkeits-/Ungerechtigkeitscode, sondern aus des Menschen Gehorsam bzw. Auflehnung gegenüber einer als göttlich erscheinenden Ordnung der Dinge. Deren Definitionsmonopol haben sich freilich noch immer die Herrschenden angemaßt.

Damit ist bereits der nahezu nahtlose Übergang zur christlichen Gerechtigkeitsauffassung der *Patristik und Scholastik* erreicht. Wenn etwa der auch von den Stoikern unter den Philosophen beeinflusste Cicero schreibt, daß wir zur Gerechtigkeit geboren seien (*nos ad iustitiam esse natos*), daß das wahre, alle Völker ewig und unveränderlich bindende Gesetz die mit der Natur im Einklang stehende richtige Vernunft (*recta ratio*) sei und Gott der gemeinsame Meister und Beherrscher aller (*deus est magister et imperator omnium*), dann macht es dem 303 u. Z. zum Christen gewordenen Kirchenvater Lactantius keine Schwierigkeiten, in der von ihm stammenden ersten lateinischen Gesamtdarstellung der Hauptlehren des Christentums: "Divinae institutiones" diese Passagen so zu kommentieren: "Wir müssen also das Gesetz Gottes auf uns nehmen, welches uns auf diesen Weg weist, das hei-

<sup>16</sup> Chrysisippos (ca. 280 - 204 v. u. Z.). In: J. v. Arnim (ed.): *Stoicorum veterum fragmenta*, Bd. 3, Leipzig 1905, Nr.314 (Übersetzungen bei W.Nestle (ed.): *Die Nachsokratiker*, Jena 1923). - Vgl. R. Müller: *Polis und Res publica*, Weimar 1987, S. 279 - 292: "Die Staatsauffassung der frühen Stoa".

<sup>17</sup> So der Stoiker Seneca (ca. 4 v. u. Z. - 65 u. Z.): *Von der Seelenruhe*, Leipzig 1983, S. 349 (Epistulae morales ad Lucilium, Nr. 107: *fata volentem ducunt, nolentem trahunt*).

lige, das himmlische, welches Marcus Tullius (Cicero) im dritten Buch vom Staat mit fast göttlicher Stimme geschildert hat." <sup>18</sup>

Jedenfalls gehörte die Aushebelung des Homo-mensura-Satzes: "Der Mensch ist das Maß aller Dinge, der seienden, daß sie sind, der nicht seienden, daß sie nicht sind"<sup>19</sup>, durch den geradezu entgegengesetzten Satz: "*non sub homine, sed sub Deo et sub lege*" zu den intellektuellen Voraussetzungen des christlichen Ableitungszusammenhanges zwischen dem ewigen, dem natürlichen und dem zeitlichen Gesetz, der *lex divina*, der *lex naturalis* und der *lex humana*. Danach ist das jeweils höherwertige Gesetz die Wirkursache, der Geltungsgrund, und der Gerechtigkeitsmaßstab für das nachgeordnete Gesetz. Ein dem Naturgesetz widersprechendes Menschengesetz sei gar kein wirkliches Gesetz, sondern pure Gewalttat, *legis corruptio*, eine Gesetzesverkehrung, sagt Thomas von Aquin<sup>20</sup>; es dürfe zwar befolgt werden (sofern es nicht auch noch dem Gottesgesetz widerspricht!), es verpflichte aber niemanden. Was anderes als große Räuberbanden (*latrocinia*) seien Staaten, wenn ihnen die Gerechtigkeit fehlt, sagte schon Jahrhunderte zuvor der christliche Fundamentalist Augustinus<sup>21</sup>. Das hört sich gut an. Besonders gut hörte es sich an, als ein Martin Luther King unter Hinweis auf des Augustinus These, daß ein ungerechtes Gesetz gar kein wirkliches Gesetz sei, den rassistischen Gesetzen seines Landes die Rechtsqualität absprach<sup>22</sup>. Auch ist - allein schon vom Methodischen her - ein objektivierbarer Maßstab erforderlich, um Willkürgesetze mit Gerechtigkeitsabwägungen zu delegitimieren und der so illegitimen Legalität Widerstand zu leisten.

Wer aber entscheidet, ob Staaten die Gerechtigkeit fehlt und sie daher bloße Räuberbanden sind? Die noch größeren Staaten, damit sie einen Vorwand haben, ihre kleineren Konkurrenten zu schlucken? Es war der jeweilige Inhaber der päpstlichen Gewalt, der mit seiner Bulle "*Inter caetera divinae*" von 1493 die Herrscher Spaniens und Portugals zu kolonialer Eroberungspolitik (im Interesse des alleinseligmachenden Glaubens, versteht sich) aufforderte und mit seiner Bulle "*Regnans in excelsis*" von 1570 Queen Elizabeth von England absetzte und deren Untertanen vom Treueid entband<sup>23</sup>. Und liegt es nicht nahe, daß der Stellvertreter Christi auf Erden nä-

<sup>18</sup> Cicero (106 - 43 v. u. Z.): Staatshistorische Schriften, Berlin 1984, S. 229 (De legibus I/10), S. 149, (De re publica 322, die Lactantius-Passage interpoliert).- Cicero: Werke, Bd. 2, Berlin/Weimar 1989, S. 323f. - Vgl. auch C. J. Classen: Cicero - heute? In: Neue Juristische Wochenschrift, 42/1989, S. 367 - 369.

<sup>19</sup> Protagoras (ca. 480 - 410 v. u. Z.). In: Diogenes Laertius (Anm. 16) S. 186; Capelle (Anm. 8), S. 327.

<sup>20</sup> T. v. Aquin (1225 - 1274): Summa theologica, Bd. 13, Heidelberg 1977, S. 97 (I-II, 95, 2).

<sup>21</sup> A. Augustinus (354 - 430): Vom Gottesstaat, Bd. 1, München 1977, S. 173 (4/4).

<sup>22</sup> M. Luther King (1929 -1968): Freiheit, Kassel 1964, S. 190 f.

<sup>23</sup> Vgl. den Abdruck der genannten Bullen bei: C. Mirth (ed.): Quellen zur Geschichte des Papsttums, Tübingen 1924, S. 246, 348.



her zu Gott ist und dessen Gesetz besser kennt als die anderen Herrscher? Ist es nicht gerechtfertigt, daß er es ist, dem das Interpretationsmonopol über die *lex divina* zusteht?

## 3

Es ist das große Verdienst der europäischen Aufklärung von Hobbes bis Hegel, die Universalisierung eines irdischen Gerechtigkeitskonzepts betrieben zu haben. Da die Diesseitsgesetze nicht im Jenseits gemacht werden, sei auch die Gerechtigkeit als das Übereinstimmungsmaß zwischen dem tatsächlich geltenden und dem eigentlich erforderlichen Recht, dem existenten und dem wirklichen Recht nirgendwo anders zu finden als im Hier und Heute. Höchstens metaphorisch wurde das Menschenrecht vom Himmel geholt; man erinnert sich an Friedrich Schillers Verse: "Nein, eine Grenze hat Tyrannenmacht, / Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden, / Wem unerträglich wird die Last - greift er / Hinauf getrosten Mutes in den Himmel / Und holt herunter seine ew'gen Rechte / Die droben hangen unveräußerlich" (Tell 2/2, 1275). Ansonsten wurde nicht mit der Offenbarung eines Gottes, sondern mit der Ratio eines Menschen argumentiert. Bandbreite blieb dabei genug. Zwischen Hobbes' Apologie des Absolutismus (des Königs oder des Parlaments) und Lockes Apologie der Privateigentümer klaffen Gegensätze, wie auch zwischen Montesquiens Gewaltenteilungs- und Rousseaus Volkssouveränitätslehre, oder zwischen Kants Liberalismus, Fichtes Demokratismus und Hegels Konstitutionalismus. Aber es waren Gegensätze innerhalb einundderselben Weltanschauung. Und ihre wirklichen Gegner gehörten einunddemselben Lager an und operierten mit den gleichen beiden Sorten von Vorurteilen. Als solche galten den Aufklärern sowohl geistige (nämlich geistliche) als auch empirische Vorurteile.

John Locke hat fast die Hälfte seines rechtsphilosophischen Hauptwerkes ausschließlich der Widerlegung seines Gegners Robert Filmer gewidmet, der seinen extremen Royalismus damit begründet hatte, daß sich die absolute Gewalt des Königs vom biblischen Adam herleite, dem seine väterliche Gewalt von Gott selbst übertragen worden sei<sup>24</sup>. Indem Locke die Unmöglichkeit bewies, daß die heutigen Herrscher auf Erden auch nur den entferntesten Herrschaftsanspruch ("the least shadow of authority") aus dem herleiten können, was mittels biblisch überlieferter Offenbarung als Quelle ihrer Macht angesehen wird, ja daß im Gegenteil das Walten von Gerechtigkeit voraussetzt, daß ein gewähltes Parlament nach öffentlich verlautbarten Ge-

<sup>24</sup> Vgl. J. Locke (1632 - 1704): *Two Treatises of Government*, Cambridge 1988, S. 135 - 263: *Detected and Overthrown False Principles of Sir Robert Filmer and His Followers*. - R. Filmer (1588 -1653): *Patriarcha*, Oxford 1949, S. 49 -126: *The Natural Power of Kings*.

setzen und mittels befugter Richter über die Rechte der Untertanen entscheidet, da diese sich doch selbst zusammengeschlossen hätten, um sich und ihr Eigentum zu schützen,<sup>25</sup> denunzierte er jedes irdische Recht als ungerecht, das einen lediglich überirdischen Stammbaum vorweisen konnte. Zum Selbstverständigungsprozeß aller antifeudalen Klassen der Gesellschaft über ihre Interessen und ihre Gegner gehörte auch die Abkopplung des Rechts von (christlicher) Moral und der Rechtswissenschaft von der Theologie. In Deutschland ist dieser Säkularisierungsvorgang vor allem vom Pufendorf, Thomasius und Gundling auf den Weg gebracht worden.

Das andere Vorurteil, das die Aufklärer zu überwinden hatten, war zum geistig-geistlichen eher entgegengesetzter Art: es war der aus dem Empirisch-Historischen gespeiste Einwand gegen alternatives Denken und Handeln. Hielt man seinen Reformvorschlägen die bisherigen Erfahrungen entgegen, wurde selbst der sonst so friedfertige Kant bissig und verbat sich jegliche "pöbelhafte Berufung auf vorgeblich widerstreitende Erfahrung", die doch gar nicht existieren würde, hätte man sich rechtzeitig nach vernünftigen Ideen gerichtet: Wenn vom Recht die Rede ist, dürfe man nicht vom Empirischen ausgehen, sondern bloß von der Vernunft; wer etwas für Recht deshalb halte, weil es bisher Recht gewesen sei, der spanne die Pferde hinter den Wagen.<sup>26</sup> Schärfere noch der Erzdialektiker Hegel: Hundertjähriges Recht gehe mit Recht zugrunde, wenn die Basis wegfällt, welche die Bedingung seiner Existenz ist.<sup>27</sup>

Gegen diese beiden Vorurteilsgruppen sowie gegen die (bis heute!) herrschende Praxis der Herrschenden "never explain, never apologize" mobilisierten die Aufklärer die Vernunft des Menschen, die durchzusetzen sein Interesse gebiete. Nicht Moralität, Religiosität, Gemüt, Gefühl, Gesinnung, Gewesenes und Gegenwärtiges dürften als solche das Regierende sein, sondern auf dem Richterstuhl für Kritik und Konstruktion throne die Vernunft, und zwar nicht als Abstraktum, sondern als konkrete, einem jeden Menschen naturgegebenen Fähigkeit, seine Lebensbedürfnisse als gesellschaftliches Wesen zu erkennen und zu befriedigen:

Die Vernunft sei es, sagte Hobbes, die den Menschen zu den Grundsätzen verhilft, die ihm den Weg aus dem Krieg aller gegen alle in einen Zustand von Recht und Gerechtigkeit weisen; Kant behauptete von eben dieser Gerechtigkeit, daß sie zu den a priori durch jedes (!) Menschen Vernunft er-

<sup>25</sup> J. Locke (Anm. 24), S. 267, 358 (II,136).

<sup>26</sup> I. Kant (Anm. 3), 498, 500. - I. Kant: Kritik der reinen Vernunft, Leipzig 1979 (A 316). - Vgl. auch H. Klenner: Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert, Berlin 1991, S. 43 ff.

<sup>27</sup> G. W. F. Hegel (1770 - 1831): Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1981, S. 409.

kennbaren Dingen gehöre, und Hegel bewies, daß Gründe regieren müssen und Glauben nicht regieren darf.<sup>28</sup>

Damit ist auch angedeutet, daß die Aufklärer sich nicht damit begnügten, das überkommene Recht durch einen Richterspruch kritischer Vernunft als ungerecht zu disqualifizieren. Ihr eigentliches Ziel bestand darin, eine Gesellschaft etablieren zu helfen, in der sich Recht und Gerechtigkeit grundsätzlich als deckungsgleich erweisen. Denn die Vernunftdenker waren Realisten genug, um zu wissen, daß es nicht die Weisheit, sondern die Autorität ist, die ein Gesetz zum Gesetz macht (Hobbes), daß der Richter die Begründung seines Urteils nicht aus der Vernunft, sondern aus einem Gesetzbuch holt (Kant), und daß das, was immer nur sein soll, ohne zu sein, keine Wahrheit hat (Hegel)<sup>29</sup>. Also mußte es schließlich darauf ankommen, einen Gesellschaftszustand herbeizuführen, in dem das Recht wird, was gerecht ist.

Wie das zu bewerkstelligen sei, war freilich äußerst umstritten. Montesquieu, dem eingestandenermaßen ein Zuviel an Vernunft nicht immer wünschenswert erschien, versprach sich eine Verfassung der Freiheit und Gerechtigkeit dann, wenn die drei Arten staatlicher Machtausübung (die gesetzgebende, die vollziehende und die richterliche Gewalt - *puissance législative, exécutive, de juger*) von gleichgeordneten, voneinander unabhängigen, sich aber wechselseitig kontrollierenden Organen ausgeübt werden; Rousseau setzte demgegenüber auf die Identität von Regierenden und Regierten, da das Gesetz dann nicht ungerecht sein könne, weil niemand gegen sich selbst ungerecht sein kann; Kant wiederum bot ein Gedankenexperiment an: Der Probestein für die Gerechtigkeit eines Gesetzes liege in der bloßen Idee der Vernunft, die aber ihre unbezweifelte praktische Realität hat, nämlich jeden Gesetzgeber zu verpflichten, daß er seine Gesetze so gebe, als ob sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volkes haben entspringen können, und jeden Untertan, sofern er Bürger sein will, so anzusehen, als ob er zu einem solchen Willen mit zugestimmt habe.<sup>30</sup> Das alles ist zumindest antifeudal und antikolonial gedacht und in Richtung auf eine bürgerliche Gesellschaft. Freilich hat deren Absolutheitsanspruch schon Hegel mit seinem Wissen darüber zersetzt, daß diese Gesellschaft

---

<sup>28</sup> T. Hobbes (1588 - 1679): *Leviathan*, London 1988, S. 188 (1/3). - I. Kant (Anm. 3), S. 109. - G. W. F. Hegel (Anm. 27), S. 309.

<sup>29</sup> T. Hobbes: *Dialog zwischen einem Philosophen und einem Juristen über das englische Recht*. Weinheim 1992, S. 42 f. - I. Kant (Anm. 3), S. 372; G. W. F. Hegel: *Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt/M. 1977, S. 192.

<sup>30</sup> Ch. de Montesquieu (1689 - 1755): *De l'esprit des lois*, Paris 1979, S. 295 (deutsch: *Vom Geist der Gesetze*, Bd. 1, Tübingen 1992, S. 215). - J. Jc. Rousseau 1712 - 1738): *Du contrat social*, Paris 1966, S. 75 (deutsch: *Der Gesellschaftsvertrag*, Leipzig 1984, S. 69). - I. Kant (Anm. 3), S. 268.

durch den ihr immanenten Widerspruch zwischen dem Übermaß an Reichtum auf der einen Seite und auf der anderen Seite dem Übermaß an Armut über sich hinausgetrieben werde.<sup>31</sup> Bringt man den traurigen Mut nicht auf, seine Augen vor den Reichtum/Armut-, Macht/Ohnmacht-, Herr/ Knecht-Antagonismen in der Weltgesellschaft von Heute zu verschließen, kann man nur hoffen, das Hegel recht behalten wird.

## 4

In der Moderne, dem Ausgang unseres eigenen Jahrhunderts, lassen sich in der Überfülle einschlägiger Juristen-Literatur<sup>32</sup> vier Arten von Gerechtigkeitstheorien ausmachen, nämlich a) analytische, b) agnostische, c) formale und d) materiale Gerechtigkeitstheorien.

Was nun, erstens, die analytischen Gerechtigkeitstheorien betrifft, so handelt es sich ihrem Abstraktionsstatus nach um Metatheorien. Sie entwickeln nicht eigene Kriterien, um Gerechtigkeit von Ungerechtigkeit, gerechtes von ungerechtem Recht unterscheiden zu können. Sie analysieren vielmehr die erkenntnistheoretischen Voraussetzungen, die logischen Strukturen, die

<sup>31</sup> G. W. F. Hegel (Anm. 27), S. 270 (§ 246).

<sup>32</sup> Vgl. etwa: T. Bausch: Ungleichheit und Gerechtigkeit, Berlin 1993. - E. Brunner: Gerechtigkeit, Zürich 1943. - A. Buchanan: Marx and Justice, London 1982. - D. Christoff (ed.): Gerechtigkeit in der komplexen Gesellschaft, Basel 1979. - H. Coing: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1993. - R. Dreier: Recht - Staat - Vernunft, Frankfurt 1991. - F. Dürrenmatt: Monstervortrag über Gerechtigkeit und Recht, Zürich 1969. - R. Dworkin: Taking Rights Seriously, Cambridge 1977. - T. Evers (ed.): Gerechtigkeit, Hofgeismar 1989. - St. Graubard (ed.): Die Leidenschaft für Gleichheit und Gerechtigkeit, Baden-Baden 1988. - Norbert Greinacher: Der Schrei nach Gerechtigkeit, München 1986. - J. Habermas: Faktizität und Geltung, Frankfurt/M. 1992. - H. L. H. Hart: The Concept of Law, Oxford 1982. - O. Höffe: Politische Gerechtigkeit, Frankfurt/M. 1989. - D. Horster: Politik als Pflicht, Frankfurt/M. 1993. - E. Kamenka/Alice Tay (ed.): Justice, London 1979. - A. Kaufmann: Über Gerechtigkeit, Köln 1993. - H. Kelsen: Was ist Gerechtigkeit, Wien 1953. - H. Klenner: Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts, Berlin 1984. - R. Kley: Vertragstheorien der Gerechtigkeit, Bern 1989. - L. Legaz y Lacamra: Rechtsphilosophie, Neuwied 1965. - K. Lorenz: Richtiges Recht München 1979. - N. Luhmann Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1993. - W. Maihofer/G. Sprenger (ed.): Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit, Stuttgart 1992. - R. Marcic: Naturrecht und Gerechtigkeit, Frankfurt/M. 1989. - J. Messner: Das Naturrecht, Berlin 1984. - B. Moore: Ungerechtigkeit, Frankfurt/M. 1985. - K. Muenzel: Recht und Gerechtigkeit, Köln 1965. - G. Orsi (ed.): Gerechtigkeit, Frankfurt/M. 1993. - Ch. Perelman: Über die Gerechtigkeit, München 1967. - V. Peschka Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie, Budapest 1974. - J. Rawls: Die Idee der politischen Gerechtigkeit, Frankfurt/M. 1992. - A. Ross: On Law and Justice, London 1974. - St. Rothlin: Gerechtigkeit in Freiheit, Frankfurt/M. 1992. - B. Rütters: Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, Osnabrück 1991. - J. Shklar: Über Ungerechtigkeit, Berlin 1992. - R. Stranzinger: Gerechtigkeit-Frankfurt/M. - 1988. - I. Tamrnelo: Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt/M. 1977. - M. Walzer: Sphären der Gerechtigkeit, Frankfurt/M. 1992. - H. Welzel: Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen 1980. - R. Zipelius: Rechtsphilosophie, München 1989.

sprachlichen Formen, die Motivationen, die intellektuellen Quellen und Folgen, die sozialen Ursachen und Wirkungen sowie den Verbreitungsgrad von Gerechtigkeitsvorstellungen anderer, auch von denjenigen übrigen, die auf eine Gerechtigkeitslehre Verzicht leisten, die Rechtswissenschaft auf Rechtsdogmatik reduzieren und sich auf den von den Gesetzgebern und Gerichten gelieferten Stoff beschränken, auf die Rechtsnormen und die richterlichen Entscheidungen. Sie untersuchen die Gerechtigkeitsbewertungen, die Wurzeln des Strebens nach Gerechtigkeit, deren Funktionen für den einzelnen und die Gesellschaft. Sie erörtern, wie Gerechtigkeitsstandards entstehen und in welchen Bereichen diese Standards das Denken und Handeln (und in welchem Ausmaß) leiten oder wenigstens beeinflussen. Indem die Analytiker mit dem theoretischen oder empirischen Methodeninstrumentarium der Theologie, Philosophie, Soziologie, Psychologie, Ethik, Erkenntnistheorie, Logik, Linguistik, Historiographie operieren, fördern sie wertvolle Erkenntnisse zutage; nur eines bringen sie nicht zustande: eine eigene Gerechtigkeitslehre. Boshafte meinen zuweilen: die Analytiker wissen alles, aber verstehen nichts.

Was nun, zweitens, die Agnostiker unter den Gerechtigkeitsdenkern angeht, so ist ihnen häufig bereits schon der bloße Terminus "Gerechtigkeit" als ein quasi-religiöser, quasi-ideologischer, quasi-moralischer, quasi-politischer Ausdruck suspekt.<sup>33</sup> Gerechtigkeit habe mit Recht nichts als das Etymologische gemein. Oder, was nicht weniger nihilistisch ist, Gerechtigkeit sei eine automatische Folgeerscheinung von Law and Order. Objektivität und Gerechtigkeit hätten nichts miteinander zu tun, behaupteten in schöner Eintracht Friedrich Nietzsche und Max Weber.<sup>34</sup> Daß etwas gerecht sei, lasse sich ebensowenig wissenschaftlich beweisen, wie die Schönheit eines gotischen Domes oder einer Symphonie Beethovens; Gerechtigkeit lasse sich nicht einmal definieren.<sup>35</sup> Sie könne Gegenstand höchstens von Bekenntnissen sein, nicht aber von Erkenntnissen. Wissenschaftlich gesehen seien die Inhalte aller Gerechtigkeitslehren gleich gültig (und also gleichgültig). Gefühls- und Gemütsangelegenheiten seien sie. Und hatte Kant nicht recht, als er schrieb:<sup>36</sup> Gerecht ist der Krieg, der auf Jerusalem fällt, sagt Bagdad; gerecht ist der Krieg, der auf Bagdad fällt, sagt Jerusalem; gerecht ist er, wenn er amerikanisch ist, sagt Bush, und Saddam sagt

<sup>33</sup> Vgl. F. Dürrenmatt: Monstervortrag über Gerechtigkeit und Recht, Zürich 1969, S. 18. - H. L. A. Hart (1907 - 1992): *The Concept of Law*, Oxford 1982, S. 163, verweist die Gerechtigkeit aus der Rechtswissenschaft in die Ethik.

<sup>34</sup> F. Nietzsche (1844 - 1900): *Werke* (Schlechta), Bd. 1, München 1977, S. 247. - M. Weber (1864 - 1920): *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen 1988, S. 505, 600.

<sup>35</sup> E. Ehrlich (1862 - 1922): *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin 1989, S. 163. - H. Henkel: *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München 1954, S. 304.

<sup>36</sup> H. Kant: *Abspann*, Berlin 1991 S. 437.

das Gegenteil; die einen sprechen vom Lob, die anderen von der Schlacht aller Schlachten, und beide Nationen betrachten sich als Nations under God? Im Ergebnis sorgfältiger Untersuchungen hat jedenfalls Hans Kelsen die am häufigsten aufgestellten Gerechtigkeitspostulate mit Absolutheitsanspruch (u. a.: Jedem das Seine; Was du nicht willst, das man dir tu...; Kategorischer Imperativ; Jedem ein Höchstmaß an Freiheit; Jedem gemäß seinem Rang; Tue das Gute, meide das Böse Maßhalten; Talion; Jedem nach seiner Leistung; Jedem nach seinem Bedürfnis.; Nächstenliebe) allesamt mit der Begründung ad absurdum geführt, daß sie tautologischer Natur seien; Leerformeln seien keine Lehrsätze; Und für sich selbst zog Kelsen die Konsequenz aus seiner Auffassung, daß höchste Werte logisch nicht zu beweisen seien, wie eben das Irrationale zu rationalisieren ein Versuch mit untauglichen Mitteln am untauglichen Objekt sei: "In der Tat, ich weiß nicht, was Gerechtigkeit ist."<sup>37</sup>

Die, drittens, formalen Gerechtigkeitstheorien, dominieren gegenwärtig. Manche ihrer Autoren verstehen sich als postmodern (und sind doch eher prämodern). Da die formalen Gerechtigkeitstheoretiker die seit Jahrtausenden überkommene Problemfassung der Gerechtigkeit als materialer Richtigkeit des Rechts radikal verabschiedet haben, hat man sogar sagen können, daß hier das "Gerechtigkeitsproblem" unter Ausklammerung des Gerechtigkeitsproblems formuliert wird.<sup>38</sup>

Man kann den Übergang in die Formalität und deren Rechtfertigung (mit etwas schlechtem Gewissen) sehr gut bei Perelman und seinen beiden Gerechtigkeitsstudien von 1945 und 1965 verfolgen. Nachdem er, methodisch ähnlich vorgehend wie Kelsen, im Ergebnis seiner Analyse von sechs verschiedenen Gerechtigkeitspostulaten zunächst zu der Auffassung gekommen war, daß die Gerechtigkeit "auf willkürlichen und irrationalen Werten" basiere, was logisch nicht auszuräumen sei, ließ ihm zwanzig Jahre danach die sich daraus ergebende "einen Rationalisten zur Verzweiflung treibende Schlußfolgerung", daß man auf den philosophischen Gebrauch der praktischen Vernunft verzichten müsse, keine Ruhe. Mangels absoluter Werte und unabweislicher Evidenzen sollten wenigstens die Kriterien, die im Konkreten der Begründung oder Rechtfertigung von Verhaltensregeln dienen, nicht der Kritik entzogen werden. Wenn man auch die Gerechtigkeit nicht herstellen oder erreichen könnte, sollte man sie wenigstens vermehren, indem man etwa mit den Techniken der Topik versucht, "die Überzeugungen und Bestrebungen eines freien aber vernünftigen Menschen, der sich mit Hilfe

<sup>37</sup> H. Kelsen (1881-1973): *Reine Rechtslehre*, Wien 1976, S. 366 ff. - Ders.: *Was ist Gerechtigkeit?* Wien 1953, S. 43.

<sup>38</sup> R Dreier: *Recht - Moral - Ideologie*, Frankfurt/M. 1981, S. 276. - Ders.: *Recht - Staat - Vernunft*, Frankfurt/M. 1991, S. 8 ff.

seiner persönlichen und geschichtlich verorteten schöpferischen Anstrengungen bemüht, dem universalen Auditorium, so wie er es versteht, als annehmbare Thesen anzubieten.<sup>39</sup>

Von solcher Gedanken Blässe unangekränkt ist Luhmanns entschlossene Umformulierung der Gerechtigkeit zur "adäquaten Komplexität des Rechtssystems", wobei diese Komplexität dann adäquat sei, wenn und soweit sie mit konsistenten Entscheiden im System noch vereinbar ist<sup>40</sup>. Damit produziert das Recht sich selbst und seine Anerkennung dazu. Das Gehäuse der Hörigkeit ist perfekt. Der Rechtsunterworfenen ist in dieser Theorie kein mögliches Subjekt der Kritik des Rechts von einer außerrechtlichen, seiner eigenen Position her.

Unter den formalen, also nichtmaterialen Gerechtigkeitstheorien haben gegenwärtig deren prozedurale Varianten den meisten Zulauf. Deren Bemühungen sind auf Verfahren (Prozeduren) gerichtet, wie man gerechtes Recht erzeugen und wie man beurteilen könne, ob ein bereits erzeugtes Recht gerecht oder ungerecht ist. So hat etwa John Rawls in seiner international vielbeachteten Theory of Justice mit einem großangelegten Gedankenexperiment aufgewartet:<sup>41</sup> Ein vernunftbegabtes Individuum solle sich in einen Urzustand versetzen mit der Aufgabe, Gerechtigkeitsprinzipien zu entwickeln. Allerdings müßte dieses durch einen Zufallsgenerator ausgewählte, aber mit gesundem Egoismus ausgerüstete Individuum insofern unter einem Schleier der Ignoranz verborgen entscheiden, "what sort of society it would consider to be just if it had to live in it", als es nicht wissen dürfe, welches Geschlecht, welche Begabung, welches Alter, welches Gebrechen, welche Nationalität, welche soziale Stellung, welche Arbeit, welches Einkommen es in der von ihm konzipierten Gerechtigkeitsgesellschaft haben werde. Rawls behauptet nun, daß dieser Homunkulus zwei Grundsätze aufstellen würde, nämlich:

**Erster Grundsatz:** Jede Person soll ein gleiches Recht auf das umfangreichste Gesamtsystem gleicher Grundfreiheiten haben, sofern es mit einem ähnlichen Freiheitssystem für alle vereinbar ist;

**Zweiter Grundsatz:** Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten sollen so arrangiert werden, daß sie beide

---

<sup>39</sup> Ch. Perelman (1912 - 1984): Über die Gerechtigkeit, München 1967, S. 82-84, 135, 153, 162. - Vgl. H. Klenner: Zur Juristentopik der Moderne. In: Neue Justiz, 46/1992, S. 284 -288.

<sup>40</sup> N. Luhmann: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1993, S. 214 - 238: "Kontingenzformel Gerechtigkeit". - Vgl. H. Klenner: Systemtheorie oder Marxismus. In: Rechtsnom- und Rechtswirklichkeit, Berlin 1993, S. 107 -145.

<sup>41</sup> Zum folgenden J. Rawls: A Theory of Justice, Oxford 1976, S. 302. - Vgl. die scharfe Kritik ("Gemenge von Illusion und Unklarheit") bei O. Weinberger. In: Zeitschrift für philosophische Forschung, 31/1977, S. 234 - 251.

- a) den am wenigsten Begünstigten den größten Vorteil bringen, und
- b) mit Ämtern und Positionen verbunden sind, die allen gemäß fairer Chancengleichheit offenstehen.

Der mit der europäischen Aufklärungsphilosophie von Hobbes über Rousseau bis Hegel wohlvertraute Leser mag sich wundern, wie solch ein Konstrukt, in dem die Freiheit ausdrücklich Vorrang vor der Gleichheit habe und das Privateigentum nicht zur Disposition stünde, Furore machen konnte, da es doch die Ideale radikal von den Interessen abkoppelt. Er sollte sich vielleicht daran erinnern, daß in einer durch prinzipienlosen Pragmatismus verseuchten Denkkultur jede Grundsätze systematisierende Rechtsphilosophie eine kleine Sensation darstellt, zumal wenn sie sozialstaatliche Kategorien (wenn auch den rechtstaatlichen betont nachgeordnet) wenigstens diskutierbar macht.

Eine andere, ebenfalls als prozedural zu klassifizierende Gerechtigkeitstheorie hat Jürgen Habermas vorgelegt.<sup>42</sup> Er bietet kein monologisches Konzept (wie Rawls), sondern ein dialogisches, ja polylogisches. Alle politische Macht solle sich aus der kommunikativen Macht der Staatsbürger herleiten. Danach sei eine Rechtsordnung in dem Maße gerecht, in dem sie die gleichursprüngliche Autonomie ihrer Bürger gleichmäßig sichert, und sie verdanke ihre Gerechtigkeitsqualität den Kommunikationsformen, in denen sich diese Bürgerautonomie allein äußern und bewähren könne. Speziell der Gesetzgebungsprozeß sei der genuine Ort sozialer Integration, in dem sich die privaten Rechtssubjekte kommunikativ vergesellschafteten und in eine frei assoziierte Rechtsgemeinschaft verwandelten. Da das Recht Imperative verschiedener Herkunft verarbeite und sich dabei auch Interessenlagen nur deshalb durchsetzten, weil sie die stärkeren seien, so daß dann das Recht einer illegitimen Macht nur den Anschein von Gerechtigkeit verleihe, müßten Grundsätze und Normen gesucht werden, die verallgemeinerungsfähige Interessen verkörpern. Diese könne man aus einem "kommunikativen Arrangement" der Rechtsgenossen erschließen, die als Teilnehmer an rationalen Diskursen zu prüfen hätten, ob eine strittige Norm die Zustimmung aller möglicherweise Betroffenen finden könnte. Vorhandene Interessensätze bedürften dabei eines rationalen Ausgleichs zwischen konkurrierenden Werteeinstellungen und Interessenlagen, was wiederum ein Aushandeln von Kompromissen unter fairen Verhandlungsbedingungen voraussetze.

<sup>42</sup> J. Habermas: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1992, S. 109 ff., 166 ff. -Vgl. H. Klenner: *Fortiter in modo, suaviter in re? Über das prozeduralistische Rechtsparadigma des Jürgen Habermas*. In: *Utopie kreativ*, 35/36/1993, S. 110-116.



Auch wenn zur Gerechtigkeit (wie zur Wahrheit) nicht nur das Resultat, sondern auch der Weg zu ihr gehört und schon deshalb den prozeduralen Theorien eine gewisse Bedeutung zukommt, so stellen sie doch die Problemlage auf den Kopf: Die Gerechtigkeit eines Rechts solle nicht mehr davon abhängen, ob sein Inhalt gerecht ist, sondern davon, ob es auf gerechte Weise erzeugt worden ist. Das entspricht genau der Wahrheitskonzeption der Prozeduralisten: Die Berechtigung einer Behauptung soll nicht mehr von der Wahrheit abhängen, sondern die Wahrheit des Behaupteten von der Berechtigung der Behauptung.<sup>43</sup> Eine makabre Welt.

Was aber weder Rawls noch Habermas zum Gegenstand ihrer ansonsten hochgestochenen Argumentationen machen, ist die schlichte Frage, wodurch denn nun die Profiteure der - gelinde gesagt - Asymmetrien ökonomischer, politischer, militärischer und geistiger Machtpositionen, international zwischen Bangladesch und den USA sowie national zwischen den Arbeitslosen einerseits und andererseits den Managern in den Konzernen, Banken und in den weitgehend verstaatlichten Parteien (ob in Regierung, ob in Opposition), sich durch handlungsentlastete und erfahrungsfreie Dialoge von Machtlosen ins Bockshorn jagen lassen und in ihre eigene Transformation ins Nichts einwilligen sollten? Alle sich aufs Prozedurale beschränkenden Gerechtigkeitstheorien beruhen auf dem intellektualistischen Fehlschluß, verbindliche Normen aus den bloß formalen Bedingungen sozialer Kommunikation ableiten oder den Geltungsgrund normativer Verbindlichkeit in diesen Bedingungen aufdecken zu wollen. Der Zirkel ist unaufhebbar: Ehe man über die Eigentums-, Gleichheits- und Freiheitsverhältnisse der Bürgerinnen und Bürger zu diskutieren beginnen kann (also auch über deren Eigentumslosigkeit, Ungleichheit und Unfreiheit), sind die strukturellen Gewalten mit ihren Eigentums-, Gleichheits- und Freiheitskonsequenzen längst etabliert. Über die künftige Machtverteilung in der Gesellschaft kann nur unter den Rahmenbedingungen einer gegenwärtigen Macht/Ohnmacht-Verteilung diskutiert und entschieden werden. Wie sollen die Monologe des juristischen Hornkulus aus folgenlosem Denken in eingreifende Gedanken verwandelt werden? Sich an einem idealen Gegenbild zur realen Rechtswelt zu delectieren, mag Intellektuellen vergnüglich scheinen, wie andere Glasperlenspiele auch. Die Welt aber will verändert werden und nicht nur als veränderungswert gedacht.

Was schließlich, viertens, die materialen Gerechtigkeitstheorien anlagt, so gibt es gegenwärtig neben der marxistischen und der positivistisch-menschenrechtlichen Variante vor allem die naturrechtlichen Konzeptionen (die das sich mit der Gesellschaft entwickelnde Recht an einer werthaftern Seins-

---

<sup>43</sup> R. Alexy: Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt/M. 1991, S. 138.

ordnung oder an der göttlichen Schöpfungsordnung messen<sup>44</sup> und die Hermeneutik, die die Personalität des Menschen, d. h. das Ensemble seiner Beziehungen zu anderen Menschen und zu Sachen, als ontologische Grundrelation des Rechts und Gerechtigkeitsidee auffaßt.<sup>45</sup> Da die zuletzt genannten Theorien in respektablen Monographien neueren Datums vorliegen und auch sonst etabliert sind, soll nachfolgend lediglich auf die beiden zuerst genannten Varianten materialen Gerechtigkeitsdenkens eingegangen werden.

Nun wird die bloße Frage, ob es eine marxgemäße Gerechtigkeitsauffassung von theoretischer Qualität überhaupt geben könne, bereits kontrovers diskutiert. Von Marx wurde einerseits behauptet, daß sein apokalyptischer Gerechtigkeitsglauben der eigentliche Kern seiner Rechtsphilosophie sei, und andererseits meinte man von ihm, er habe weniger eine kritische Theorie der Gerechtigkeit als vielmehr eine (überdies amoralische) Kritik der Lehre von der Gerechtigkeit geliefert, selbst das Wort "Gerechtigkeit" käme bei ihm nicht vor!<sup>46</sup> Es ist auch vorgekommen, daß die Ökonomische Analyse der bürgerlichen Gesellschaft durch Marx und Engels - der Terminus "Kapitalismus" wird von ihnen übrigens nicht benutzt - beiseitegeschoben wird durch ein: "Marx and Engels plainly believed that capitalism was unjust, but they did not believe, that they believed this."<sup>47</sup> Glauben hin, Glauben her - was immer Marx hatte, auch wenn er Jurist und Philosoph war: eine Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie (im Sinne eines eigenständigen Aussagensystems über das Recht) hatte er so wenig wie Nietzsche oder Heidegger eine hatte. Selbst die Existenzberechtigung einer marxistischen Rechtsphilosophie wurde bisher von Marxisten eher negativ beschieden, und von einer sich marxistisch wenigstens bezeichnenden Gerechtigkeits-theorie sind nur Zufallsspuren zu entdecken. Die mehr bis minder offiziellen Lehr- und Wörterbücher des Dialektischen und Historischen Materialismus, der Staats- und Rechtstheorie, der Philosophie und der Ethik bieten zumeist nichts oder Primitivitäten und Idealismen (etwa: "Die Gerechtigkeit der sozialistischen Gesellschaft bestimmt auch die Rechtsgleichheit im Sozialismus", oder: "Jede Klasse schafft sich ihren Begriff von Gerechtigkeit und baut alle Beziehungen in der Gesellschaft diesem Begriffentsprechend

<sup>44</sup> Vgl. H. Coing: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1993. - J. Messner: Das Naturrecht, Berlin 1984. - F. Böckle/E.-W. Böckenförde (ed.): Naturrecht in der Kritik, Mainz 1973. - J. Lioupart: Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts, Berlin 1993.

<sup>45</sup> Vgl. vor allem A. Kaufmann: Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, Heidelberg 1990, S. 10 ff. Ders.: Gerechtigkeit, Köln 1993, S. 27 f., 355f., 503 f.

<sup>46</sup> Vgl. C. J. Friedrich: Die Philosophie des Rechts in geschichtlicher Perspektive, Berlin 1955, S. 93. - K. Nielsen: Marx and Justice: A Critique of Marxist Amoralism. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 74/1988, S. 1 - 32.

<sup>47</sup> S. Lukes: Marxism, Morality and Justice. In: G. H. R. Parkinson (ed.): Marx and Marxism, Cambridge 1882, S. 197.

auf"), über die den Mantel des Schweigens auszubreiten ein Gebot zumindest für diejenigen ist, die sich des Nihilisten Maxime: "Was fällt, das soll man auch noch stoßen"! kategorisch verweigern.

Unterzieht man sich der Mühe, die freilich arg verstreuten Bemerkungen von Marx und Engels zum Gerechtigkeitsthema innerhalb ihres Monumentalwerkes zu strukturieren und zugleich in ihre Gesellschaftstheorie zu integrieren, dann sieht man sich einem komplexen Begriffsgeflecht ausgesetzt.<sup>48</sup> Sie haben einerseits jedes angeborene oder göttlich vorgeschriebene oder apriorisch konstruierte Gerechtigkeitsprinzip mit absolutem Geltungsanspruch negiert, während sie andererseits den teils progressiven, teils konservativen Gehalt der im Geschichtsverlauf der Menschheit auftretenden Gerechtigkeitsvorstellungen und -theorien als ideellen Ausdruck materieller Interessen der verschiedenen Gesellschaftsklassen gewürdigt haben. Und sie haben - davon abgehoben - unterschieden zwischen einer juristischen Gerechtigkeit (*justitia legalis et forensis* im Sinne von Übereinstimmung zwischen Rechtsnorm und Gerichtsurteil mit der geltenden Rechtsordnung), einer sozialen Gerechtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung zwischen Recht und Produktionsweise) und einer historischen Gerechtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung zwischen dem Recht und den Fortschrittserfordernissen der Gesellschaft). Zu den Vorzügen dieses Dreifaltigkeitskonzepts von Gerechtigkeit gehört ganz gewiß, daß es Differenzierungen in großer Dimension vorzunehmen ermöglicht, daß es ferner Widersprüche, durch deren Produktion sich die Gesellschaft doch in Entwicklung hält, innerhalb von Gerechtigkeitsüberlegungen diskutierbar macht und daß es schließlich dem Gerechtigkeitsproblem das Feld sozialer Handlungen nicht verschließt. Wer nämlich für seine/ihre höchstindividuelle Gerechtigkeitsforderung nicht kämpft, ist für die allgemeine Ungerechtigkeit mitverantwortlich.

Die größten Akzeptanzchancen unter den materialen Gerechtigkeitskonzeptionen hat allerdings deren positivistisch-menschenrechtliche Variante. Und zwar deshalb, weil sie im Ergebnis des opferreichsten Krieges der Menschheitsgeschichte mit seinen millionenfachen Ungerechtigkeiten von den Vereinten Nationen in den beiden Internationalen Konventionen über wirtschaftliche, soziale und kulturelle sowie über bürgerliche und politische Rechte angenommen und von der Staatenmehrheit inzwischen auch ratifi-

<sup>48</sup> Vgl. zum folgenden V. Peschka: Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie, Budapest 1974, S. 129 ff. - A. Baratta: Philosophie und Strafrecht, Köln 1985, S. 197 - 211: "Recht und Gerechtigkeit bei Marx". - H. Klenner: Marxismus und Menschenrechte. Studien zur Rechtsphilosophie, Berlin 1982, S. 147 - 158: "Gerechtigkeit - eine rechtsphilosophische Kategorie" (in der zuletzt genannten Arbeit sowie bei H. Klenner, Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts, Berlin 1984, Kap. 5, findet sich eine Zusammenstellung der einschlägigen Äußerungen von Marx//Engels zu Recht und Gerechtigkeit).

ziert wurde, also geltendes Völkerrecht geworden ist.<sup>49</sup> Man kann diese beiden Weltpakete von 1966/76 ohne weiteres als universelles Gerechtigkeitskodifikat betrachten, das zudem den Vorteil hat, mit ansonsten durchaus verschiedenen, ja auch gegensätzlichen Rechtsphilosophien und Gerechtigkeitstheorien kompatibel zu sein. Es enthält in der Tat eine umfangreiche Liste von Kriterien für eine auf Gerechtigkeit zielende Rechtsordnung in der Welt von heute, legitimiert also und illegitimiert geltendes und künftiges Recht.

Nicht eine einzige unter den knapp zweihundert Rechtsordnungen der Gegenwart entspricht diesem Gerechtigkeitsstandard und schon gar nicht das Land, in dem wir leben<sup>50</sup>. In ihm werden nämlich von den Regierenden flächendeckende Verletzungen des Gleichheitsgebotes und des Eigentumschutzes organisiert. In deren Ergebnis prägen Massenarbeitslosigkeit, Obdachlosigkeit, Grundstücksenteignungen, Bauernlegungen, Abwicklungen in Wissenschaft und Kultur, Kriminalitätsexplosion, Rentenstrafrecht, Berufsverbote, Frauen- und Fremdiskriminierungen das Gesicht der Gesellschaft. Wo aber der innere Frieden gefährdet ist, bleibt auch die Gerechtigkeit auf der Strecke. Des Propheten Wort, daß der Ungerechtigkeit Frucht der Unfrieden ist (Jes. 32,17), in Gottes Ohr, denn sein irdisches Gefolge hört nicht!

## 5

Da diese Tour de force eines Gesamtüberblickes von Gerechtigkeitstheorien mit der Antike begann, sei einem ihrer ersten Wortgewaltigen das letzte Wort gegeben: "Und die Gerechtigkeit stammt von Zeus und ist eine Jungfrau", lesen wir bei Hesiod.<sup>51</sup> Ob sie wirklich von Zeus stammt, wer weiß? Jungfräulich ist sie jedenfalls nicht geblieben in den mehr als zweieinhalb Jahrtausenden, seit solches geschrieben ward. Recht aber hatte der Bauerndichter, als er hinzufügte: Heut, wo größeres Recht dem Ungerechten zuteil wird und durch gebogenen Rechtsspruch das Recht verdorben wird, da büßet das Volk die Frevel der spendengefräßigen Herrscher.

<sup>49</sup> Vgl. den Abdruck der beiden International Covenants in: Human Rights. A Compilation of International Instruments, New York 1988, S. 7 - 42, deutsch in: Menschenrechte. Eine Sammlung internationaler Dokumente zum Menschenrechtsschutz, Bonn 1992, S. 31 - 65.

<sup>50</sup> Vgl. von H. Klenner: Von der Pflicht zur Gesetzgebung im Rechtsstaat. In: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 75/1992, S. 275 - 283. Ders.: Menschenrechte versus Grundrechte, Grundrechte versus Menschenrechte. In: Zeitschrift für marxistische Erneuerung, 15/1993, S. 78 - 85.

<sup>51</sup> Hesiod (ca. 700 v.u.z.): Sämtliche Werke, Leipzig 1984, S.112 (Werke und Tage, 256).