

Ralf Dreier **Recht - Staat -** **Vernunft**

Studien zur Rechtslehre 2
suhrkamp taschenbuch
wissenschaft

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 954

In diesem Band – einer Fortführung der unter dem Titel *Recht – Moral – Ideologie* (stw 344) erschienenen Studien – liefert Ralf Dreier weitere Bausteine zu einer integrativen Theorie des Rechts und der Rechtswissenschaft. Seine Arbeit gehört zu den Versuchen, mit einem wissenschaftstheoretisch und ideologiekritisch geschärften Bewußtsein die moralischen Grundlagen und Wurzeln der modernen Industriegesellschaft und des demokratischen Verfassungsstaates freizulegen und dadurch eine für ein breites Spektrum politischer Auffassungen tragfähige Verständigungsbasis zu gewinnen, die es erlaubt, sowohl irrationalistisch-totalitaristische Verblendungen als auch technokratisch-positivistische Verengungen des rechtlich-politischen Denkens und Handelns abzuwehren.

Ralf Dreier
Recht – Staat – Vernunft

Studien zur Rechtslehre 2

Suhrkamp

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

2. Auflage 2016

Erste Auflage 1991

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 954

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1991

Suhrkamp Taschenbuch Verlag

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Satz: Wagner GmbH, Nördlingen

Printed in Germany

Umschlag nach Entwürfen von
Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

ISBN 978-3-518-28554-1

Inhalt

Vorwort	7
1. Recht und Gerechtigkeit	8
2. Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam	39
3. Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Ge- setz und Recht	73
4. Der Begriff des Rechts	95
5. Irrationalismus in der Rechtswissenschaft	120
6. Julius Binder (1870-1939). Ein Rechtsphilosoph zwi- schen Kaiserreich und Nationalsozialismus	142
7. Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht	168
8. Bemerkungen zum rechts/links-Schema	199
9. Rechtstheorie und Rechtsgeschichte	211
Abkürzungen	236
Drucknachweise	237
Personenregister	238
Sachregister	243

Vorwort

Dieser Band enthält eine Auswahl von Aufsätzen, die im vergangenen Jahrzehnt (1980-1990) an verschiedenen Stellen erschienen sind. Er setzt einen früheren Aufsatzband fort (R. Dreier, *Recht – Moral – Ideologie*, Frankfurt/M. 1981, stw 344). Die zugrundeliegende Konzeption der Rechtstheorie, für die ich auf die Einleitung zu jenem Band verweise, ist dieselbe geblieben.

Der erste Beitrag ist leicht überarbeitet und im Schlußabschnitt gekürzt. Die übrigen Beiträge sind unverändert abgedruckt. In den Fußnoten sind Hinweise auf Schriften, die sich seinerzeit im Druck befanden und inzwischen erschienen sind, stillschweigend umgestellt worden. Querverweise sind in eckige Klammern gesetzt. Allen Beiträgen sind kurze Nachträge hinzugefügt worden. Auch dieser Band wäre nicht ohne die tatkräftige Ermutigung von Robert Alexy erschienen, mit dem mich seit nunmehr 17 Jahren ein enger fachlicher und persönlicher Kontakt verbindet. Ihm sei – auch für die Diskussion der hier abgedruckten Beiträge während ihrer Entstehung – herzlich gedankt. Für die Mithilfe beim Lesen der Korrekturen und bei der Anfertigung der Register danke ich Thorsten Garbe, Katharina Pawlowski und Peter Unruh.

Göttingen, im März 1991

Ralf Dreier

1. Kapitel

Recht und Gerechtigkeit

(1982)

Gegenstand der Rechtswissenschaft ist in erster Linie positives Recht, und positives Recht ist im modernen, gewaltenteilenden Rechtsstaat in erster Linie staatlich gesetztes Recht. Alles positive Recht erhebt einen Anspruch auf Richtigkeit. Daher stellt sich auch für den, der primär am positiven Recht interessiert ist, das Problem der Gerechtigkeit. Dieses Problem wirft eine Reihe von Einzelfragen auf:

(1) Es gibt, wie jedermann weiß, eine Vielzahl unterschiedlicher Gerechtigkeitseinstellungen. Liegt ihnen überhaupt ein gemeinsamer Gerechtigkeitseinstellung zugrunde? Was ist sein Inhalt? Müssen verschiedene Arten von Gerechtigkeit unterschieden werden?

(2) Das Problem der Gerechtigkeit des Rechts ist das Zentralproblem der klassischen wie der modernen Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie. Welche Gerechtigkeitstheorien sind in Vergangenheit und Gegenwart zur Lösung dieses Problems entwickelt worden? Wodurch unterscheiden sie sich? Lassen sich Gerechtigkeitseinstellungen überhaupt rational bzw. wissenschaftlich entscheiden?

(3) Daß positives Recht ordnungsgemäß zustande gekommen ist, bedeutet noch nicht, daß es auch gerecht ist. Welche Konsequenzen ergeben sich, wenn positives Recht und Gerechtigkeit auseinanderfallen? Muß zur Beantwortung dieser Frage zwischen Rechtspflicht und Moralphlicht unterschieden werden? Gibt es einen Grad von Ungerechtigkeit, bei dem positive Gesetze nicht nur ihre moralische, sondern auch ihre rechtliche Verbindlichkeit verlieren? Was bedeutet in diesem Zusammenhang die Differenz zwischen demokratischen Verfassungsstaaten und totalitären Diktaturen?

Das ist der Fragenkreis, mit dem wir uns in diesem Kapitel beschäftigen wollen. Dabei muß gleich zu Beginn betont werden, daß alle angesprochenen Fragen streitig sind und daß zu ihnen ein praktisch unübersehbares Schrifttum existiert. Dieses Kapitel

kann daher nicht mehr als eine erste Hinführung zum Problem der Gerechtigkeit des Rechts bieten.

1. Der Begriff der Gerechtigkeit

Jeder Mensch hat ein mehr oder weniger ausgeprägtes Gerechtigkeitsgefühl, das heißt ein »Gefühl« bzw. einen »Sinn« dafür, was gerecht und was ungerecht ist. Dies äußert sich hauptsächlich als Empörung über Ungerechtigkeit – vor allem dann, wenn man sich selbst ungerecht behandelt fühlt oder meint, andere, mit denen man sich solidarisch fühlt, seien ungerecht behandelt worden. Wie dieses Gefühl zustande kommt, ob es angeboren oder erworben ist und wie es sich erklären läßt, soll uns hier nicht interessieren. Solche Erklärungen zu geben und zu überprüfen ist Aufgabe einer *empirischen*, insbesondere psychologischen und soziologischen *Gerechtigkeitstheorie*.

Das Gerechtigkeitsgefühl drückt eine Wertung aus, die sich in einem Werturteil, genauer: einem Gerechtigkeitsurteil, also einem Urteil darüber, was gerecht und ungerecht ist, formulieren läßt. Vergleicht man solche Gerechtigkeitsurteile, so zeigt sich, daß sie zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten, aber auch in ein und derselben Gesellschaft, besonders in den modernen pluralistischen Gesellschaften, sehr unterschiedlich ausfallen. Doch gibt es Gruppen relativ übereinstimmender Wertungen, denen, mehr oder weniger deutlich, gemeinsame Gerechtigkeitsvorstellungen zugrunde liegen. Aber auch diese Gerechtigkeitsvorstellungen sind vielfältig. Dafür drei Beispiele:

- (1) Ein Steuergesetz, das höhere Einkommen höher besteuert als niedrigere, also eine progressive Besteuerung festsetzt, halten die einen für gerecht, weil es eine Einkommensumverteilung bewirke, die anderen aber für ungerecht, weil es eine Ungleichbehandlung enthalte und zudem geeignet sei, die Leistungsmotivation der Besserverdienenden zu untergraben.
- (2) Eine Strafgesetzgebung, die auf dem Grundsatz »Erziehung statt Strafe« beruht, halten die einen für gerecht, weil sie dem straffällig Gewordenen eine faire Resozialisierungschance gebe, die anderen aber für ungerecht, weil sie den Gesichtspunkt der Sühne für geschehenes Unrecht vernachlässige.
- (3) Eine ausgeprägte Sozialgesetzgebung, die ein lückenloses System sozialer Sicherung darstellt, halten die einen für gerecht, weil es dem Schwa-

chen oder in Not Geratenen Schutz gewähre, die anderen aber für ungerecht, weil es das freie Spiel der Kräfte, besonders auf dem Arbeitsmarkt, beeinträchtige.

Eine Diskussion der Argumente, die für und gegen die Richtigkeit eines Gerechtigkeitsurteils geltend gemacht werden können, führt zur zentralen Fragestellung aller *normativen Gerechtigkeitstheorien*: Ist der mit einem Gerechtigkeitsurteil erhobene Geltungs- bzw. Richtigkeitsanspruch ethisch gerechtfertigt bzw. rechtfertigungsfähig? Mit dieser Problematik werden wir uns in Abschnitt II unserer Überlegungen befassen.

Unabhängig davon kann man untersuchen, ob den verschiedenen Gerechtigkeitsvorstellungen und -urteilen gemeinsame begriffliche und sprachliche Strukturen zugrunde liegen und welche Probleme mit ihnen verbunden sind. Das ist die Aufgabe einer *analytischen Gerechtigkeitstheorie*. Mit einigen Aspekten dieser Aufgabe wollen wir uns in diesem Abschnitt beschäftigen.

1. Strukturen und Probleme des Gerechtigkeitsbegriffs

Als Leitfaden zur Ermittlung des Gerechtigkeitbegriffs empfiehlt sich der allgemeine Sprachgebrauch. Dieser erweist sich allerdings als schwankend und mehrdeutig, zumal dann, wenn man die Wortgebrauchsgeschichte und die fremdsprachigen Entsprechungen des Ausdrucks »Gerechtigkeit« hinzunimmt. Doch gibt es im reichhaltigen Schrifttum zum Gerechtigkeitsproblem genügend Wortgebrauchsbeschreibungen und -untersuchungen, auf die wir uns bei den folgenden Überlegungen stützen können.

Überlegen wir zunächst, von welchen *Gegenständen* überhaupt sinnvoll ausgesagt werden kann, sie seien gerecht oder ungerecht. Es sind dies nicht nur, wie in den genannten Beispielen, einzelne Normen und Normenkomplexe, sondern auch ganze Normenordnungen, wie etwa staatliche Rechtssysteme. In bezug auf sie lautet die Gerechtigkeitsfrage, ob eine Rechtsordnung ihrer Grundstruktur nach, das heißt in ihren grundlegenden Prinzipien und Institutionen, gerecht oder ungerecht ist. Aber auch damit ist der Bereich möglicher Gegenstände des Gerechtigkeitsurteils noch nicht erschöpft. Der Gerechtigkeitsbegriff gehört nicht nur

der Rechtslehre, sondern auch der Tugendlehre an. Das bedeutet: Er bezieht sich nicht nur auf Normen und Normenordnungen, sondern auch auf Menschen und menschliche Handlungen. Die Theologie handelt darüber hinaus von der Gerechtigkeit Gottes. Und nicht selten spricht man auch, zumindest im übertragenen Sinne, von der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit der Natur und der Geschichte. Doch braucht uns dieser Wortgebrauch, der nur sinnvoll ist, wenn man sich die Natur oder die Geschichte personifiziert vorstellt, hier nicht weiter zu interessieren. Halten wir fest: Hauptgegenstände des Gerechtigkeitsurteils sind Handlungen und Handlungssubjekte sowie Normen und Normenordnungen.

Eine genauere Betrachtung zeigt sodann, daß der genannte Gegenstandsbereich nicht schlechthin, sondern nur in bestimmten Hinsichten dem Gerechtigkeitsurteil unterliegt. Handlungen können vernünftig oder unvernünftig sein; aber nicht jede vernünftige Handlung (z. B. einen Spaziergang in frischer Luft) nennen wir »gerecht« und nicht jede unvernünftige »ungerecht«. Normen können zweckmäßig oder unzweckmäßig sein; aber nicht jede unzweckmäßige Norm (z. B. eine verfehlte Vorfahrtsregelung) nennen wir »ungerecht« und nicht jede zweckmäßige »gerecht«. Überlegungen wie diese führen zu dem Ergebnis, daß Handlungen, Handlungssubjekte, Normen und Normenordnungen nur insofern Gegenstände des Gerechtigkeitsurteils sind, als sie sich auf ein Geben oder Nehmen, ein Fordern oder Verweigern, mit anderen Worten: auf die Verteilung und den Ausgleich von Gütern und Lasten beziehen.

Was ist nun der *Wertmaßstab*, der in einem Gerechtigkeitsurteil angelegt wird? Man könnte natürlich sagen, Wertmaßstab sei die Gerechtigkeit. Aber diese Antwort hilft uns nicht weiter, denn wir wollen ja gerade wissen, was mit »Gerechtigkeit« gemeint ist. Eine weiterführende Antwort ergibt sich daraus, daß der Wertmaßstab, der einem Gerechtigkeitsurteil zugrunde liegt, stets durch ein oberstes normatives Prinzip ausgedrückt werden kann. Dieses Prinzip kann als »Gerechtigkeitsnorm« oder als »Gerechtigkeitsformel« bezeichnet und als normative Formulierung des Gerechtigkeitsbegriffs aufgefaßt werden.

Es gibt allerdings eine Vielfalt solcher Gerechtigkeitsformeln. Einige ihrer wichtigsten lauten:

(1) Jedem das Seine

- (2) Jedem das Gleiche
- (3) Jedem nach seiner Natur
- (4) Jedem gemäß seinem Rang
- (5) Jedem gemäß seiner Leistung
- (6) Jedem nach seinem Bedürfnis
- (7) Jedem ein Höchstmaß an Freiheit
- (8) Jedem gemäß dem ihm vom Gesetz Zugeteilten

Hans Kelsen hat in einer Abhandlung über das Problem der Gerechtigkeit nicht weniger als 16 solcher Gerechtigkeitsformeln untersucht¹. Sein Fazit ist, daß diese Formeln entweder inhaltsleer sind oder zu verschiedenen Ergebnissen führen und daß rational oder wissenschaftlich nicht zu entscheiden sei, welcher von ihnen der Vorzug gebühre. Es gibt danach nicht nur einen, sondern viele Gerechtigkeitsbegriffe, und die Entscheidung zwischen ihnen ist eine Sache subjektiver Wertung. Das ist der Standpunkt des Wertrelativismus; auf ihn werden wir noch zurückkommen.

Jedenfalls wollen wir uns mit dem genannten Ergebnis nicht zufriedengeben, sondern weiter fragen, ob es nicht einen *gemeinsamen Grundbegriff*, einen *Begriff der Gerechtigkeit überhaupt* gibt, auf den sich die verschiedenen Gerechtigkeitsvorstellungen und die sie ausdrückenden Gerechtigkeitsformeln zurückführen lassen. Ein solcher Begriff läßt sich in der Tat bilden, allerdings, wie nicht anders zu erwarten, lediglich in Form einer verhältnismäßig inhaltsarmen Definition. Diese kann an das anknüpfen, was oben über den Gegenstandsbereich des Gerechtigkeitsurteils gesagt wurde. Gerechtigkeitsurteile beziehen sich danach auf Handlungen, Handlungssubjekte, Normen und Normenordnungen, insofern diese die Verteilung und den Ausgleich von Gütern und Lasten betreffen. Nimmt man hinzu, daß Gerechtigkeitsurteile Werturteile sind, und zwar solche, die ein positives sittliches Wertprädikat ausdrücken, sich also auf einen Teilbereich des sittlich Guten beziehen (andere Teilbereiche sind beispielsweise Nächstenliebe, Selbstbeherrschung, Wahrhaftigkeit), so ergibt sich, daß Gerechtigkeit überhaupt eine gute Verteilung und einen guten Ausgleich von Gütern und Lasten meint. Genauer: Gerechtigkeit ist diejenige Eigenschaft einer Handlung, eines Hand-

¹ H. Kelsen: Das Problem der Gerechtigkeit, Anhang zu: ders.: Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien 1960, S. 355-444.

lungssubjekts, einer Norm oder einer Normenordnung, durch die eine gute Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs von Gütern und Lasten bewahrt oder hergestellt wird.

Fragt man, welche der angeführten Gerechtigkeitsformeln diesen Begriff am angemessensten zum Ausdruck bringt, so stößt man auf die vermutlich älteste und jedenfalls in der Geschichte des Gerechtigkeitsproblems am meisten verwendete, aber auch inhaltsärmste und am meisten mißbrauchte aller Gerechtigkeitsnormen, nämlich auf die Formel »Jedem das Seine«. Diese Formel ist inhaltsarm, weil sie noch kein Kriterium dafür enthält, was einem jeden als das Seine zusteht. Aber sie ist nicht inhaltsleer, weil sie zum Ausdruck bringt, daß der Gerechtigkeitsbegriff nicht mit dem Begriff des sittlich Guten identisch ist, sondern lediglich einen Teilbereich des sittlich Guten meint, eben den der Verteilung und des Ausgleichs von Gütern und Lasten. Am schlimmsten mißbraucht wurde die Formel als Torinschrift über dem Eingang des Konzentrationslagers Buchenwald. Aber der Mißbrauch einer Formel hebt ihre Brauchbarkeit nicht auf.

Auf die Formel »Jedem das Seine« lassen sich, wie hier nicht im einzelnen ausgeführt werden kann, alle anderen Gerechtigkeitsformeln als Konkretisierungen und Interpretationen derselben zurückführen. Der Begriff der Gerechtigkeit kann daher auch dahin formuliert werden, daß er diejenige Eigenschaft einer Handlung, eines Handlungssubjekts, einer Norm oder einer Normenordnung meint, durch die jedem das Seine gegeben oder belassen wird.

Die Formel »Jedem das Seine« enthält ein Gebot. Dieses richtet sich an jedermann, also sowohl an den einfachen Rechtsgenossen als auch zum Beispiel an den Richter und den Gesetzgeber. Und wie jede Gebotsnorm so kann auch diese zugleich als Wertmaßstab dienen, nämlich als Maßstab zur Bewertung von Handlungen, Handlungssubjekten, Normen und Normenordnungen als gerecht oder ungerecht:

- Eine Handlung ist gerecht, wenn sie dem Gebot, jedem das Seine zu geben oder zu belassen, entspricht.
- Ein Mensch ist gerecht, wenn er den beständigen und festen Willen hat, diesem Gebot zu entsprechen.
- Eine Norm ist gerecht, wenn sie gebietet, erlaubt oder ermächtigt, jedem das Seine zu geben oder zu belassen, oder verbietet, jemandem das Seine zu nehmen.

- Eine Rechtsordnung ist gerecht, wenn sie so eingerichtet ist, daß in ihr jedem das Seine gegeben oder belassen wird.

Was aber bedeutet »Jedem das Seine«? Wonach bemißt sich, was einem jeden als das Seine zusteht? Eine häufige Antwort darauf lautet: Maßstab dessen, was einem jeden zusteht, ist das Recht. Für die uns interessierende Frage scheint sich damit freilich ein schlimmer Zirkel anzubahnen. Wir fragen nach der Gerechtigkeit als Maßstab des Rechts und werden auf das Recht als Maßstab der Gerechtigkeit verwiesen.

Aus diesem Zirkel gibt es zwei Auswege:

Der eine besteht darin, daß man *zweierlei Arten von Recht* unterscheidet:

- das positive, von Menschen, insbesondere vom staatlichen Gesetzgeber gesetzte Recht und
- ein überpositives, das heißt natürliches oder vernünftiges Recht.

Als Maßstab der Gerechtigkeit des positiven Rechts dient dann das überpositive Recht.

Der zweite Ausweg liegt darin, daß man die *Art und Weise, in der das positive Recht zustande kommt*, an gewisse Regeln bindet, deren Einhaltung die Gerechtigkeit des positiven Rechts verbürgen soll. Als solche Regeln gelten etwa die Normen über das demokratisch-parlamentarische Gesetzgebungsverfahren.

Wir werden beide Möglichkeiten und die ihnen zugeordneten Gerechtigkeitstheorien im Abschnitt II unserer Überlegungen genauer betrachten.

2. Arten der Gerechtigkeit

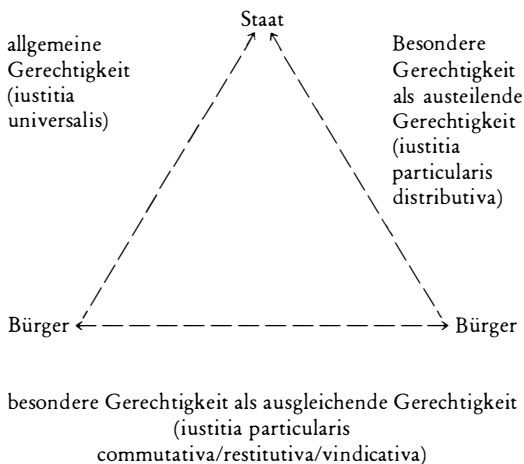
An dieser Stelle wollen wir die Analyse des Gerechtigkeitsbegriffs noch einen Schritt weiter führen. Gerechtigkeit überhaupt, so hatten wir gesehen, bezieht sich auf die Verteilung und den Ausgleich von Gütern und Lasten. Verteilen und Ausgleichen sind daher die beiden Hauptbereiche des Gerechtigkeitsbegriffs. Dem entspricht es, daß man schon früh zwischen zwei Arten von Gerechtigkeit unterschieden hat:

- der *austeilenden* oder *Verteilungsgerechtigkeit* (iustitia distributiva) und
- der *ausgleichenden* oder *Tauschgerechtigkeit*, einschließlich

Wiedergutmachungs- und Strafgerechtigkeit (iustitia commutativa, restitutiva, vindicativa).

Diese Unterscheidung stammt von Aristoteles², ist im Mittelalter vor allem von Thomas von Aquin näher ausgearbeitet worden³ und gehört seither zum festen Bestand der abendländischen Gerechtigkeitsdiskussion.

Aristoteles und Thomas von Aquin behandeln das Gerechtigkeitsproblem im Rahmen der Tugendlehre. Bei beiden ist die genannte Unterscheidung in eine weitere eingebettet, die hier zur Vervollständigung des Bildes ebenfalls angeführt sei. Es ist die Unterscheidung zwischen der *allgemeinen Gerechtigkeit* (iustitia universalis) und der *besonderen Gerechtigkeit* (iustitia particularis). Die Verteilungs- und die Tauschgerechtigkeit erscheinen dann als Unterformen der besonderen Gerechtigkeit. Der Inhalt beider Unterscheidungen läßt sich an einem Dreieckschema verdeutlichen, zu dessen Erläuterung wir vereinfachend die neuzeitlichen Begriffe »Staat« und »Bürger« heranziehen wollen. Für »Staat« kann auch stehen: Ganzes, Gemeinwesen, Gemeinschaft, und für »Bürger«: Teil, Einzelwesen, Individuum:



² Aristoteles: Nikomachische Ethik, Kap. v.

³ Thomas von Aquin: Summa theologica (Theologische Summe) II-II, Quaestio 58.

Die *allgemeine Gerechtigkeit* (iustitia universalis) hat ihren Ort in der Beziehung des Bürgers zum Staat. In ihr fordert das Gerechtigkeitsprinzip, daß der Bürger dem Staat zu geben hat, was des Staates ist. Es sind dies die Ausrichtung aller seiner Handlungen auf das Gemeinwohl und – darin eingeschlossen – der Gehorsam gegenüber den staatlichen Gesetzen: Die »iustitia universalis« heißt daher auch »Gesetzes-« oder »Gemeinwohlgerechtigkeit«. Sie kann hier außer Betracht bleiben, da sie, abgesehen vom Gemeinwohlbegriff, kein Kriterium für die Richtigkeit staatlicher Gesetze enthält.

Für unser Thema interessanter ist die *besondere Gerechtigkeit* (iustitia particularis) mit ihren beiden Unterformen, der austeilenden und ausgleichenden Gerechtigkeit.

Die *austeilende Gerechtigkeit* (iustitia distributiva) obliegt, allgemein gesprochen, jedem, der etwas zu verteilen hat, also den Eltern gegenüber den Kindern, den Reichen gegenüber den Armen, vor allem aber dem Staat im Verhältnis zu seinen Bürgern. In dieser Beziehung verlangt das Gerechtigkeitsprinzip, daß der Staat dem Bürger zu geben hat, was des Bürgers ist, und zwar nicht nur bei der Verteilung von Geldmitteln, die er zuvor in Form von Steuern eingezogen hat, sondern bei der Gewährung von Vergünstigungen und der Auferlegung von Belastungen aller Art, kurz: bei der Verteilung von Rechten und Pflichten, also bei der inhaltlichen Gestaltung der Rechtsordnung überhaupt. Die Formel »Jedem das Seine« kann in diesem Zusammenhang verschieden interpretiert werden, denn über die Natur und die Bedürfnisse des Menschen und die Aufgaben des Staates gibt es keine einheitliche Auffassung. Interpretationen dieser Art liegen den meisten anderen Gerechtigkeitsformeln zugrunde (z. B. »Jedem das Gleiche«, »Jedem nach seinem Rang«, »Jedem nach seiner Leistung«, »Jedem nach seinem Bedürfnis« usw.).

Damit erhebt sich die Frage, welche dieser Interpretationen die richtige ist. Diese Frage kann nicht abstrakt zugunsten einer jener Formeln beantwortet werden. Abgesehen davon, daß sie sich zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Problemzusammenhängen verschieden stellt, verweist sie auf ein ganzes Bündel weiterer Fragen, von denen hier nur einige angeführt seien: In welchen Hinsichten sind die Menschen von Natur aus gleich und in welchen ungleich? Welche sozialen Ungleichheiten beruhen auf anthropologischen Konstanten und welche auf prinzipiell korri-

giebaren historischen Fehlentwicklungen? Welche Fehlentwicklungen können und sollten vom Staat korrigiert werden? Welche Bedürfnisse hat er als berechtigt anzuerkennen und zu schützen oder zu befriedigen? Wie weit darf und sollte er lenkend und leitend in das Wirtschaftssystem eingreifen? Welches Maß an Teilhabe an der staatlichen Willensbildung gebührt dem Bürger?

Diese und andere Fragen sind streitig, und viele von ihnen sind, jedenfalls beim gegenwärtigen Forschungsstand, wissenschaftlich nicht oder nur begrenzt entscheidbar. In einem Punkt allerdings besteht Übereinstimmung. Der Staat darf bei der Verteilung von Gütern und Lasten oder Rechten und Pflichten nicht willkürlich verfahren. Er muß für Ungleichbehandlungen vernünftige, das heißt prüfbare und diskussionsfähige Gründe angeben. Das ist nach herrschender Auffassung der Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes, wie er in Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes – »Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich« – verankert ist. Und weil dieser Inhalt eine Ausformung des Gerechtigkeitsprinzips ist, gehört dieses Prinzip zum positiven Recht der Bundesrepublik Deutschland.

Die *ausgleichende Gerechtigkeit* (Tauschgerechtigkeit im weiteren Sinne) hat ihren Ort im Verhältnis der Bürger untereinander. In dieser Beziehung hat jeder Bürger dem anderen zu geben oder zu belassen, was ihm zukommt. Als Tauschgerechtigkeit im engeren Sinn (*iustitia commutativa*) fordert die ausgleichende Gerechtigkeit nach traditionellem Verständnis die Gleichwertigkeit vertraglich ausgetauschter Güter und Leistungen. Als Wiedergutmachungs- und Strafgerechtigkeit (*iustitia restitutiva* und *vindictiva*) verlangt sie die Gleichwertigkeit von Schaden und Schadensersatz sowie von Unrecht und Strafe.

Unser heutiges Empfinden irritiert es, daß hier die Strafgerechtigkeit – gemäß dem alten Satz »Auge um Auge, Zahn um Zahn« – nicht dem Verhältnis des Staates zum Bürger, sondern demjenigen der Bürger untereinander zugeordnet ist. Dazu mag der Hinweis genügen, daß diese Auffassung einer älteren, freilich noch heute, etwa im Gedanken der Blutrache, nachwirkenden Epoche der Rechtsgeschichte angehört, mit der wir uns in diesem Rahmen nicht weiter beschäftigen können.

Statt dessen noch ein kurzer Blick auf die Tauschgerechtigkeit im engeren Sinne. Nach Aristoteles und Thomas von Aquin fordert

sie, wie gesagt, die Gleichwertigkeit vertraglich ausgetauschter Güter und Leistungen. Wie verhält sich diese Forderung zum Prinzip der Vertragsfreiheit? Verbieta sie beispielsweise, für objektiv geringwertige Gegenstände Liebhaberpreise zu verlangen und zu zahlen? Wonach bemisst sich überhaupt der Wert von Gütern und Leistungen? Nach der in ihnen investierten Arbeitskraft oder nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage? Und inwieweit ist der Staat berufen, in die Tauschbeziehungen von Bürgern regelnd einzugreifen?

Auch diese Fragen sind umstritten, und auch sie sind mit den Mitteln der Wissenschaft nur begrenzt entscheidbar. Überwiegend verweisen sie auf noch immer offene Probleme der politischen Ökonomie, insbesondere auf den Streit um die Vorzugswürdigkeit von Marktwirtschaft oder Planwirtschaft. Die letzte Frage, inwieweit der Staat in die Tauschbeziehung von Bürgern eingreifen darf oder sollte, zeigt zudem den engen Zusammenhang zwischen Problemen der Tausch- und solchen der Verteilungsgerechtigkeit. Über beide Problemkreise wird seit zweieinhalb Jahrtausenden erbittert gestritten, nicht nur in der Rechts- und Staatsphilosophie, sondern auch im politischen Tageskampf. »Der gesamte politische Tageskampf«, sagt Gustav Radbruch, »stellt sich als eine endlose Diskussion über die Gerechtigkeit dar.«⁴ Wir wollen im nächsten Abschnitt sehen, mit welchen Gerechtigkeitstheorien die Rechts- und Staatsphilosophie auf diese Problemlage reagiert hat und reagiert.

II. Gerechtigkeitstheorien

Gerechtigkeitstheorien sind, grob gesprochen, Systeme von Aussagen über die Gerechtigkeit. Es gibt viele Theorien dieser Art, und es gibt viele Möglichkeiten, sie zu klassifizieren. Wir werden in diesem Abschnitt hauptsächlich die Unterscheidung zwischen materialen und prozeduralen Gerechtigkeitstheorien besprechen. Vorab empfiehlt es sich aber, diese Unterscheidung, die nicht alle möglichen und tatsächlich vertretenen Gerechtigkeitstheorien erfaßt, in den Rahmen einer allgemeineren und grundlegenderen Unterscheidung, nämlich derjenigen zwischen analytischen, empirischen und normativen Gerechtigkeitstheorien, zu stellen.

4 G. Radbruch: Rechtsphilosophie (1932), 8. Aufl. Stuttgart 1973, S. 165.

Analytische Gerechtigkeitstheorien sind Theorien über logische Strukturen und sprachliche Gehalte des Gerechtigkeitsbegriffs und seine Verwendung in Gerechtigkeitsurteilen. Als Beispiel sei die im Abschnitt 1 angesprochene Gerechtigkeitstheorie Kelsens genannt. Auch die Überlegungen jenes Abschnitts selbst enthielten Stücke einer analytischen Gerechtigkeitstheorie. Im übrigen gibt es nur verhältnismäßig wenige ausschließlich analytische Gerechtigkeitstheorien; in der Regel sind analytische Gerechtigkeitstheorien Teiltheorien empirischer oder normativer Gerechtigkeitstheorien.

Empirische Gerechtigkeitstheorien sind Theorien darüber, welche Gerechtigkeitsvorstellungen in einer Gesellschaft tatsächlich vertreten wurden oder werden, wie sie historisch, soziologisch, psychologisch oder ökonomisch zu erklären sind und welche Rolle sie in welchen Hinsichten tatsächlich gespielt haben oder spielen. Hierhin gehören zum Beispiel historisch-materialistische, soziologische und psychologische Gerechtigkeitstheorien, mit denen sich allerdings, mehr oder weniger verdeckt, nicht selten auch normative, das heißt ethische Grundannahmen verbinden.

Normative Gerechtigkeitstheorien sind Theorien darüber, welche Gerechtigkeitsvorstellungen und -urteile ethisch gerechtfertigt sind bzw. auf welche Weise sie sich ethisch rechtfertigen lassen. Theorien dieser Art standen und stehen im Mittelpunkt der klassischen wie der modernen Rechts- und Staatsphilosophie. Auf sie wollen wir uns beschränken.

Sichtet man ihren Bestand, so lassen sie sich, wie erwähnt, in zwei große Gruppen aufteilen, nämlich in materiale und prozedurale Gerechtigkeitstheorien:

- *Materiale Gerechtigkeitstheorien* sind normative Theorien darüber, was gerecht und ungerecht ist; sie sind darauf gerichtet, konkrete Aussagen darüber, was gerecht und ungerecht ist, zu erarbeiten.

- *Prozedurale Gerechtigkeitstheorien* sind normative Theorien über Methoden der Erzeugung gerechten Rechts oder der Rechtfertigung von Gerechtigkeitsurteilen; sie sind darauf gerichtet, Verfahren zu entwickeln, deren Bedingungen und Regeln eingehalten werden müssen, wenn man gerechtes Recht erzeugen oder Gerechtigkeitsurteile rational begründen will.

Beide Theoriearten enthalten weitere Untergliederungen, deren Schema hier vorab angeführt sei: