

Sitzungsberichte der
Bayerischen Akademie der Wissenschaften
München 2018, Heft 1

Gerechtigkeit und Recht

Zur Unterscheidung zweier Grundbegriffe
der Jurisprudenz

Dietmar Willoweit

Vorgetragen in der Sitzung
vom 12. Mai 2017



Bayerische
Akademie der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	5
1.	Die Fragestellung	5
2.	Das Schlagwort «Gerechtigkeit»	7
II.	Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit	10
1.	Gerechtigkeitskonzepte	10
a)	Theologische Reflexionen und Stellungnahmen	10
b)	Rationale Theorien der sozialen Gerechtigkeit	13
c)	Die Einbeziehung der politischen Rahmenbedingungen ...	17
2.	Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit	20
3.	Der Wissensstand: Gerechtigkeit als Tugend und als Thema des staatlichen Rechts	27
4.	Außenperspektiven: Historische, soziologische, rechtstheoretische Arbeiten über die Gerechtigkeitsforschung	31
III.	Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen	34
1.	Voraussetzung und Ziel der vorliegenden Studie	34
2.	Historische Konzepte	35
a)	Zum sokratischen und altorientalischen Gerechtigkeitsverständnis	35
b)	Die ausgleichende Gerechtigkeit bei Aristoteles	36
c)	Die Grundsätze des römischen Rechts	40
d)	Das individualrechtliche Verständnis der Gerechtigkeit im Mittelalter	43

3. Die intersubjektive Begründung des Rechtsbegriffs	47
a) Die Genese des Rechts aus dem Gegensatz von Recht und Willkür	47
— Der Ausgleich von Verletzungen	47
— Der Vertrag	54
b) Folgerungen für den Begriff des Rechts und der Gerechtigkeit	60
— Die Anerkennung der Rechtsperson und ihres Schutzes als Konsequenz intersubjektiver Rechtsverhältnisse	60
— Die Positivität des negativen Rechtsbegriffs	67
— Gesetzgebung als Akt willkürfreier Rechtssetzung	73
IV. Ausblick:	
Begriffliche und politische Maßstäbe der austeilenden Gerechtigkeit	75
1. Intersubjektiver Ausgleich als «metallischer Kern» aller Gerechtigkeit	75
2. Der politische Relativismus der Gerechtigkeitsfindung	76
a) Die Entscheidung über Gerechtigkeitsmaßstäbe	76
b) Verfassungsrechtliche Mindestbedingungen	79
V. Der Anspruch metaphysischen Denkens:	
Die Endgültigkeit der Gerechtigkeit	81
VI. Zusammenfassung und Fazit	83
Anhang	85
Autorenregister	87
Publikationen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften	92

I.

Einleitung

1. Die Fragestellung

Wer die Frage stellt, was Recht sei, begreift diese in der Regel als ein rechtstheoretisches Problem unserer modernen Rechtsordnung. Dieselbe Frage verlangt aber auch nach einer Antwort, wenn sie sich an die Menschheitsgeschichte und an fremde, nicht von der europäischen Vergangenheit geprägte Kulturen richtet. Was war damals und ist heute dort unter Recht zu verstehen? Das Recht haben nicht staatliche Gesetze hervorgebracht, sondern diese sind ein spätes Erzeugnis des in vor- und frühgeschichtlicher Zeit entstandenen Rechts. Daher ist *die gängige Auffassung des Rechts als eines Systems von Rechtsregeln, die sich aus Rechtssetzungen und Gerichtsentscheidungen herleiten [...]* völlig ungeeignet als Grundlage einer Untersuchung einer transnationalen Rechtskultur», weil dahinter «die Theorie vom letzten Ursprung des Rechts im Willen des Gesetzgebers (des ›Staates‹) steht.¹ Völlig ungeeignet ist dieses moderne Rechtsverständnis für jeden Versuch, Recht epochenübergreifend und beginnend in der Frühzeit unserer Geschichte zu verstehen. Denn dann steht der Rechtshistoriker vor der Frage: Was suche ich eigentlich, wenn ich in Zeiträumen, die keine oder eine nur rudimentär entwickelte Gesetzgebung kennen, nach Recht Ausschau halte? Mit welchem Rechtsbegriff soll ich in der Geschichte nach Recht forschen, wenn es mit dem geläufigen unserer Gegenwart nicht möglich ist?² Wer so fragt, steht vor einem rechtsphilosophischen Problem. Der

-
- 1 Harold J. Berman, *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechts-tradition* (engl. 1983), dt. übersetzt von Hermann Vetter, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1991, S. 30. Vgl. a. Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, Göttingen 1958. Um Nachträge erweiterter Neudruck 1988, besorgt von Friedrich Ebel; sowie als sorgfältig ausgearbeitetes Beispiel innergesellschaftlicher Rechtsbildung Klaus von See, *Altnordische Rechtswörter*, Tübingen 1964.
 - 2 Ausführlich Joachim Rückert, *Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe – germanisch, römisch, kirchlich, heutige?* In: Gerhard Dilcher/Eva-Marie Distler (Hrsg.), *Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur*, Berlin 2006, S. 569–602; Neudr. in: ders., *Ausgewählte Aufsätze in zwei Bänden*, Stockstadt 2012 (Bibliotheca Eruditorum 42), Bd. 1, Nr. 12.

Rechtshistoriker muss nolens volens versuchen, zum Rechtsphilosophen zu mutieren, auch der Autor der vorliegenden Schrift.

Seine erste Einsicht besteht in der einfachen Erkenntnis, dass als Recht zu akzeptieren ist, was die jeweiligen Zeitgenossen als Recht ansahen, und das heißt überwiegend, mangels ausdrücklicher Inkraftsetzungsakte, als Recht anerkannten. Nach herkömmlichen rechtsphilosophischen Grundsätzen kann der Rechtshistoriker also gar nicht anders, als sich zu der historisch-soziologischen «Anerkennungstheorie» zu bekennen. Sie aber gründet *die Geltung des Rechts nicht auf die fingierte Anerkennung seiner Geltung durch die [einzelnen] Rechtsunterworfenen, sondern auf das wahre Interesse der Rechtsunterworfenen an seiner Geltung*, womit der Übergang vollzogen [ist] von der historisch-soziologischen zur philosophischen Geltungslehre.³ Das wahre Interesse aber hat sich regelmäßig in sozialen Konsensen niedergeschlagen, die für die längste Zeit der Menschheitsgeschichte im Medium der Mündlichkeit dasjenige darstellen, was wir – vorerst grob angedeutet – für Recht halten. Denn außer der von einem Königtum initiierten hierarchischen Rechtsbildung von meist geringem Umfang und oft zweifelhafter Reichweite beherrschten innergesellschaftlich entstandene Rechtsgewohnheiten das Leben der schriftunkundigen Völker.⁴

Rechtsphilosophisch gesprochen, muss sich der Rechtshistoriker also grundsätzlich zum Rechtspositivismus bekennen, einem solchen freilich, der sich nicht an früher irgendwo zufällig geltende Gesetze klammert, sondern zeitbezogen und epochenspezifisch das Rechtsdenken der Vergangenheit respektiert. Das entspricht zugleich den Anforderungen der historischen Methode, Phänomene der Vergangenheit unter den für sie

3 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl. nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von Erik Wolf, Stuttgart 1950, S. 176ff., 178.

4 Grundlegend zur frühen Rechtsbildung – auch wenn seine Markttheorie hier nicht interessiert – Friedrich A. von Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit. Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie* (engl. 1973), hrsg. von Viktor Vanberg, Tübingen 2003, S. 37ff., 40ff. Von Hayek unterscheidet zutreffend *gewachsene* und insofern *spontane* von *erzeugten* Ordnungen mit der richtigen Konsequenz S. 75ff: *das Recht ist älter als die Gesetzgebung*; Dietmar Willoweit, Innergesellschaftlich und hierarchisch begründete Rechtsbildung im Mittelalter. Ein Kommentar, in: Dilcher/Diestler, Leges (Anm. 2), S. 561–568; Neudr. in: ders., *Staatsbildung und Jurisprudenz. Spätmittelalter und frühe Neuzeit*. Bd. III: *Gesammelte Aufsätze 2003–2016 mit Nachträgen aus früheren Jahren*, Würzburg 2018/19 (Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften, i. E.).

maßgebend gewesenen Bedingungen zu würdigen. Es wäre ebenso abwegig, schrift- und «gesetzlosen» Kulturen eine Unfähigkeit zu unterstellen, verbindliche Regeln des Zusammenlebens zu schaffen, wie auch andererseits den Menschen aller früheren Epochen die Anerkennung eines übereinstimmenden und gleichbleibenden Naturrechtssystems zu unterstellen, wie es in der europäischen Geschichte mehrmals entwickelt worden ist und dabei auch Wandlungen unterlag – man denke nur an die Beurteilung der Sklaverei. Doch stößt dieser Vorbehalt auch an Grenzen. Immer gab es die Erfahrung von Unrecht und damit auch den Gegensatz von Recht und Unrecht. Mit welchen Maßstäben ist beides zu unterscheiden, wenn solche – nicht vorhandenen – Gesetzen nicht zu entnehmen sind? Eine rechtspositivistische Position zu beziehen, nach der schlechterdings alles, was als Recht behauptet oder von Herrschenden präsentiert worden ist, für Recht zu halten, ist unmöglich, eben wegen des immer schon vorhandenen Gegensatzes von Recht und Unrecht und weil wir früheren Generationen nicht den Rechtspositivismus unserer Gegenwart mit der Trennung von Recht und Moral unterstellen können. Der rechtspositivistische Rückblick des heutigen Beobachters muss also stets auch die früher ununterscheidbar in das Recht einbezogene Rechtsethik im Auge behalten. Es ist daher nach inhaltlichen Kriterien zu fragen, die eine Unterscheidung von Recht und Unrecht wenigstens in groben Zügen gestatten. Das aber bedeutet, dass sich die Frage nach dem Recht nicht von jener nach der – seit der Antike diskutierten – Gerechtigkeit trennen lässt.

2. Das Schlagwort Gerechtigkeit

Der ausufernde Gebrauch dieses Wortes in der Politik und in der Öffentlichkeit ist allgegenwärtig⁵ und die Flut der Veröffentlichungen unübersehbar, deren Titel das Thema «Gerechtigkeit» ankündigt oder das Attribut «gerecht» verwendet. Es scheint sich für die Erörterung nahezu aller Probleme der modernen Gesellschaft zu eignen, von den sozialen im engeren Sinne bis zur Migration und zum Klimawandel. Doch auch der Umfang einschlägiger wissenschaftlicher Publikationen hat seit den siebziger

5 Dazu z. B. schon Bernd Rüthers, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, in: Juristenzeitung 2009, S. 969–975; sowie die unter demselben Titel veröffentlichte Monographie: ders., Das Ungerechte an der Gerechtigkeit. Fehldeutungen eines Begriffs, 3. Aufl., Tübingen 2009.

Jahren des vorigen Jahrhunderts und nochmals seit dessen letztem Jahrzehnt derart zugenommen, dass sich die Frage nach den Gründen dieser Entwicklung aufdrängt.⁶ Zudem muss sich die Rechtswissenschaft auch deshalb herausgefordert fühlen, einen ihrer wichtigsten Leitbegriffe besser zu verstehen, weil trotz der viel beklagten Unbestimmtheit der Gerechtigkeitsidee dieser doch in der Rechtsprechung weiterhin eine regulative Funktion zukommt. Trotz spürbarer Resignation in der Wissenschaft und der Fülle vorliegender Publikationen bleibt es daher eine Aufgabe, sich über den harten Kern dessen, was Recht und damit auch Gerechtigkeit bedeutet, zu verständigen. Dazu möchte die vorliegende Abhandlung mit einem kursorischen wissenschaftsgeschichtlichen Rückblick und einem Vorschlag beitragen, das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit erneut zu überdenken.

Denn die Frage nach der Gerechtigkeit ist von der zugrunde liegenden nach dem Rechtsbegriff nicht zu trennen. Wer im Recht den Inbegriff des «Rechten» sieht, also die für «richtig» erkannte, von allgemein verbindlichen Wertvorstellungen getragene normative Regelung einer Materie, für den ist der Begriff der Gerechtigkeit mit dem des Rechts nicht nur in der juristischen Urteilstätigkeit, sondern auch auf der Ebene der Gesetzgebung gleichsam verschmolzen. Ist Recht dagegen inhaltlich beliebig zu denken, hat die Gerechtigkeitsdebatte nur einen Platz in der Rechtsethik, der die rechtliche Verbindlichkeit solange mangelt, wie sie nicht in das Gesetz aufgenommen oder als Gewohnheitsrecht anerkannt ist. Die Verschränkung der beiden Fragen nach dem Recht und nach der Gerechtigkeit ist offensichtlich und zwingt dazu, sie stets beide zugleich in den Blick zu nehmen.⁷

Nach bewährten handwerklichen Regeln wäre zunächst eine Untersuchung des Forschungsstandes erforderlich, die in diesem Falle monographische Ausmaße annehmen müsste. Das kann nicht das Ziel der Aus-

6 Einige Andeutungen dazu in Abschnitt II 4. Zur *Rückkehr der Gerechtigkeitsidee* vgl. Hasso Hofmann, *Rechtsphilosophie nach 1945. Zur Geistesgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 2012, S. 43ff.

7 Hasso Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 5. Aufl., Darmstadt 2011, S. 3ff.; zum zweifachen Sinn des Wortes «Recht» vgl. a. schon Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, 2. A., Leipzig 1927, S. 52ff., 121ff., Neudr. als Auszug unter dem Titel «Der Begriff des Rechts», in: Werner Maihofer (Hrsg.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt 1973, S. 421–456. Vom *Verweisungszusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit* spricht Rolf Gröschner, *Gerechtigkeit*, in: Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hrsg.), *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Stuttgart 2017, S. 419–242.

führungen im zweiten Teil des folgenden Textes sein. Unverzichtbar ist aber ein Überblick über die wichtigsten Motivationen unterschiedlicher Art, die den Prozess der Reflexion über die Gerechtigkeit im 20. Jahrhundert gefördert und intensiviert haben. Mitzudenken sind dabei die historischen Hintergründe: die im 19. Jahrhundert aufgekommene «soziale Frage», die Gewaltexzesse des 20. Jahrhunderts und die gesellschaftspolitischen Entscheidungen, wie sie die totalitären Regime einerseits, die liberalen Verfassungsstaaten andererseits getroffen haben. Diese Szenarien zogen sehr verschiedene und zum Teil gegensätzliche Stellungnahmen nach sich, deren Autoren in jeweils besonderen Milieus beheimatet waren. Die mit der Idee der Gerechtigkeit verbundenen Vorstellungen gingen dabei sehr verschiedene Wege. Diese Geschichte kann in den folgenden Abschnitten nur insoweit angedeutet werden, als sie für das Verständnis der Gerechtigkeitsdebatte in unserer Gegenwart notwendig ist.⁸

8 Daher konnte auch die vorliegende Studie nicht alle Publikation verwerten, die Gerechtigkeit im Rahmen von Ringvorlesungen, auch manchen Tagungen oder in didaktischer Absicht erörtert haben.

II.

Wege der Gerechtigkeits- und
Rechtsforschung in neuerer Zeit

1. Gerechtigkeitskonzepte

a) Theologische Reflexionen und Stellungnahmen

Die Menschheit hat grausame Zeiten durchgemacht, aber noch nie eine solche wie diese, wo im Namen des Rechts Unrecht getan, ja wo Unrecht zum System, wo der Widerspruch gegen die Ordnung der Gerechtigkeit selbst zur Tagesordnung, zur proklamierten Staatsordnung wurde. Der mit diesen Worten ausdrücklich erhobene Schrei nach Gerechtigkeit des Schweizer evangelischen Theologen Emil Brunner⁹ markiert im Jahre 1943 den Beginn der die Nachkriegszeit prägenden Renaissance des Naturrechts.¹⁰ Abgesehen von den durch das nationalsozialistische Regime ausgelösten Fragen der «Vergangenheitsbewältigung» und der mit ihr verursachten Forderungen nach «Gerechtigkeit»¹¹, haben nach dem Zweiten Weltkrieg zunächst vor allem Theologen beider Konfessionen und Stellungnahmen im kirchlichen Raum die Erörterung des Themas «Gerechtig-

9 Emil Brunner, *Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*, Zürich 1943, S. 3.

10 Brunner, *Gerechtigkeit* (Anm. 9), S. 54ff. Diese noch mitten im Kriege in der neutralen Schweiz zu vernehmende Stimme widerlegt jene, die in der Naturrechtsdiskussion der Nachkriegszeit überhaupt nur einen Verdrängungsmechanismus sehen wollen, um sich nicht mit dem Nationalsozialismus vertieft auseinanderzusetzen zu müssen, vgl. etwa Lena Foljanty, *Naturrechtsrenaissance*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Bd. III Sp.1868–1871, 1870. Der Vorwurf passt allenfalls auf ehemalige Nationalsozialisten, wie z. B. Walther Schönfeld, *Über die Gerechtigkeit*, Göttingen 1952, S. 9 und dazu Bernd Rüthers, *Geschönte Geschichten – geschonte Biographien*, Tübingen 1964, S. 94ff. Vgl. ferner zur Naturrechtsrenaissance jener Jahre Erik Wolf, *Vom Wesen der Gerechtigkeit*, in: ders., *Rechtsgedanke und biblische Weisung*, Tübingen 1948, S. 9–32, 27ff. Eine repräsentative Auswahl zeitgenössischer Texte bei Werner Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt 1962; Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 223ff. Umfassende Literaturhinweise zu diesem Schrifttum bei Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., München 1977, S. 502.

11 Vgl. dazu einige Hinweise u. in Abschnitt V.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

keit» bestritten. Die Gott zugeschriebene Gerechtigkeit¹² und die religiöse Pflicht des Gläubigen, vor Gott gerecht zu werden¹³, haben das theologische Denken seit jeher herausgefordert. Es kann daher nicht überraschen, dass aus kirchlichen Kreisen nach dem Ende des totalen Staates auch der Ruf nach Gerechtigkeit erscholl, begriffen sowohl – in Abwendung vom Rechtspositivismus¹⁴ – als eine Summe von *Urrechten* des Menschen¹⁵ wie auch als Maßstab der sozialen Ordnung: «Gerechtigkeit schafft Frieden» gilt seitdem als eine oft wiederholte Programmatik, deren Schwerpunkt freilich eher friedenspolitischer als gerechtigkeitsphilosophischer Art gewesen ist.¹⁶ Der schlagwortartige Gebrauch der Formel bis

12 R. Hauser, Gerechtigkeit, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, hrsg. von Joachim Ritter, Bd. 3, Basel 1974, Sp. 331.

13 Paulus im Brief an die Römer 1, 17.

14 Brunner, Gerechtigkeit (Anm. 9), S. 7: *Der totale Staat ist nichts anderes als der in politische Praxis umgesetzte Rechtspositivismus, die tatsächliche Ausserkraftsetzung der antik-christlichen Anschauung vom göttlichen «Naturrecht».* Ebenso zur Rolle des Rechtspositivismus die harte Stellungnahme des österreichischen Emigranten jüdischer Herkunft Franz-Rudolf Bienenfeld, *Rediscovery of Justice*, London 1947, S. 166f: *The doctrine of legal Positivism, based on the rejection of Natural Law by the German historical school, and the related doctrine of the Power-State, destroyed the very basis of Law long before Nazism came to power. This doctrine, according to which Law is an instrument of the State, and Justice a mere political conception outside the scope of the legal system, is the Nazi theory in a nutshell.* Zu Bienenfelds Naturrechtskonzept ebda. S. 198ff. Ganz ähnlich kündigt sich für Klaus Adomeit, *Der Rechtspositivismus im Denken von Hans Kelsen und von Gustav Radbruch*, in: *Juristenzeitung* 2003, S. 161–166, 163 *die politische Katastrophe der Nazi-Herrschaft* in den Worten Radbruchs an, die Demokratie sei bereit, *jeder politischen Auffassung, die sich die Mehrheit verschaffen konnte, die Führung im Staat zu überlassen.* Jüngere Wissenschaftler ziehen diese Positivismuskritik in Zweifel, weil sie einerseits die nationalsozialistische Rechtsideologie selbst als eine Form von Naturrecht verstehen, zum Teil um daraus ein zusätzliches Argument gegen das Naturrecht zu gewinnen, andererseits aber, weil sie den Rechtspositivismus als scheinbar rationalste Ausprägung der Rechtstheorie von der Verwandtschaft mit dem Rechtsdenken aus der Zeit des Dritten Reiches befreien möchten. Vgl. aber die weiteren Nachweise bei Foljanty, *Naturrechtsrenaissance* (Anm. 10), Sp. 1868–1871.

15 Als unmittelbar evident dargelegt von Michael Buchberger, *Die zwölf Urrechte des Menschen. Die Grundordnung der Gerechtigkeit*, München 1963.

16 Nach dem Zweiten Weltkrieg erscheint die Formel *Gerechtigkeit schafft Frieden* wohl erstmals im Titel einer Sammlung von Texten des damaligen Papstes: Wilhelm Jussen (Hrsg.), Pius XII., *Gerechtigkeit schafft Frieden. Reden und Enzykliken*, Hamburg 1946. Unter dem Titel «Iustitia et Pax» konstituierte sich eine Kommission mit eigener Schriftenreihe, vgl. Jörg Lürer, *Die katholische Kirche und die «Zeichen der Zeit»*. Die Deutsche Kommission Iustitia et Pax nach 1989, Hamburg 2013. Mit einem ausführlichen Zitat bezieht sich auf Pius XII. Alfred Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Wien 1963, S. 283.

in unsere Gegenwart scheint zwar vielerlei gesellschaftspolitische Probleme abzudecken, gibt aber keine Auskunft darüber, was unter Gerechtigkeit im Allgemeinen eigentlich zu verstehen ist. Auf diese Frage hatte die katholische Soziallehre allerdings seit langem Antworten gefunden, die tief in ihrem Verständnis des christlichen Glaubens verankert sind. Joseph Höffner, ein führender Vertreter dieser Disziplin, erwähnt die Gerechtigkeit in einem Atemzug mit der christlichen Nächstenliebe als *Grundpfeiler katholischer Gesellschaftsethik*, deren naturrechtliche Normen sich für ihn letztlich aus der göttlichen Schöpfung der Welt herleiten lassen.¹⁷ Es versteht sich von selbst, dass so begründete, inhaltlich durchaus konkrete Gerechtigkeitsnormen in einer pluralistischen Gesellschaft wohl einen Beitrag zur Diskussion leisten, mit einer umfassenden und breiten Akzeptanz aber nicht rechnen können. Ähnliches gilt für die moderne evangelische Sozialethik, die ihre Überzeugungskraft gleichfalls aus dem christlichen Weltbild gewinnt, wenn dort Gerechtigkeit im Spiegel eschatologischer Heilserwartungen oder als Ausdruck christlicher Liebe gedeutet wird.¹⁸ Auch der für die Nachkriegszeit charakteristische Appell, sich für die *Transzendenz* zu entscheiden, andernfalls man sich der jeweiligen *Macht* ausliefern, bietet keine philosophisch tragfähige Lösung.¹⁹ Mit Rücksicht auf die prinzipielle Disparität von Sein und Sollen gelten normative Aussagen absoluten Charakters grundsätzlich als unmöglich.²⁰ Was Gerechtigkeit und Recht ist, muss unter den heutigen gesellschaftlichen Bedingungen so vermittelbar sein, dass ihr Gehalt und Sinn allgemein aus logischen oder empirischen Gründen zustimmungsfähig

-
- 17 Joseph Höffner, Soziale Gerechtigkeit und soziale Liebe. Versuch einer Bestimmung ihres Wesens (1935), in: ders., Ausgewählte Schriften, Bd. 1: Perspektiven sozialer Gerechtigkeit, Paderborn 2015, S. 47–150, 109ff., 268f., 280ff.; Franz Klüber, Christliche Soziallehre. II. Teil: Die Gerechtigkeit, Münster o. J. (1955).
- 18 Wolfgang Huber, Gerechtigkeit und Recht. Grundlinien christlicher Rechtsethik, 3. Aufl. 2006, S. 201ff. und kritisch zum Verhältnis von Liebe und Recht S. 238ff.
- 19 Welzel, Naturrecht (Anm. 10), S. 238f.
- 20 Vgl. dazu aber Abschnitt III 3 b der vorliegenden Studie. Hans Ryffel, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie. Philosophische Anthropologie des Politischen, Neuwied 1969, S. 237f. hat für die der reinen Vernunft auferlegte *Unmöglichkeit [...] material absolut Richtiges* festzustellen, die überzeugende Begründung geliefert, es müsste *absolut Richtiges (absolute Werte) [...] die vollständige künftige sittliche Erfahrung, die wir noch nicht gemacht haben, und den ›Weltlauf‹ im ganzen vorwegnehmen*. Das ist gewiss unmöglich, in Hinblick auf anthropologische Konstanten, wie etwa den Überlebenswillen, aber dennoch ein nicht restlos überzeugendes Argument.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

erscheint. Ansätze für ein reduziertes Verständnis der Gerechtigkeit, das sich auf einige zentrale, unverzichtbare Grundsätze beschränkt, sind sowohl in der evangelischen²¹ wie in der katholischen²² Soziallehre erkennbar. Ein neuerlicher Brückenschlag von der Theologie zur Philosophie zeichnet sich aber nur zögerlich ab.

b) Rationale Theorien der sozialen Gerechtigkeit

Die zunehmende Hinwendung zu Problemen der sozialen Gerechtigkeit auch bei Autoren, die sich nicht direkt auf christliches Gedankengut stützen, sondern ausschließlich rational begründete Lösungen suchen, ist zwar schon während des ganzen 20. Jahrhunderts zu beobachten. Niemals aber hatte das einschlägige Schrifttum eine solche Dichte erreicht, wie seit den siebziger Jahren und immer noch anwachsend bis zur Gegenwart. So ist ein Schwerpunkt des Gerechtigkeitsdiskurses entstanden, der weit in die Sozialwissenschaften hinein ausgreift und die engere rechtsphilosophische Frage nach den begrifflichen Merkmalen der Gerechtigkeit und ihrem Verhältnis zum Rechtsbegriff vernachlässigt. Vielfach behandeln Autoren, die vorgeben, über Gerechtigkeit schlechthin zu schreiben, ausschließlich Probleme der sozialen Gerechtigkeit und überwiegend halten auch Philosophen nur diese für relevant.²³ Insofern aber Aussagen zur sozialen Gerechtigkeit erkennen lassen, welches Verständnis der Gerechtigkeit überhaupt ihnen zugrunde liegt, sind sie auch in Hinblick auf unser Thema zur Kenntnis zu nehmen.

Eine Ursache der seit fast einem halben Jahrhundert anschwellenden Publikationsflut zur sozialen Gerechtigkeit mag das 1972 erschienene Buch von John Rawls mit dem Titel «A Theory of Justice» gewesen sein.²⁴ Das außerordentliche Interesse aber, das dieses intellektuell anspruchsvolle

21 Elisabeth Gräb-Schmidt, Gerechtigkeit systematisch-theologisch, in: Markus Witte (Hrsg.), Gerechtigkeit, Tübingen 2012, S. 125–155, 145ff.

22 Peter Langhorst, Gerechtigkeit V. Kirchliche Soziallehre, in: Lexikon für Theologie und Kirche, 3. Aufl. 1993–2001, durchgesehene Sonderausgabe 2009, Bd. 4, Sp. 504: Gerechtigkeit *als dynamischer Verhältnisbegriff* mit Variablen; Elke Mack, Eine christliche Theorie der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2015, S. 46ff.

23 Bernhard Jestaedt, Recht und Gerechtigkeit (Fuldaer Hochschulschriften 9), Frankfurt a. M. 1990, S. 16; Robert Spaemann, Moralische Grundbegriffe, 5. Aufl., München 1995, S. 50; Wolfgang Kersting, Die Bedeutung der Gerechtigkeit (Roman Herzog Institut Nr. 9), 2010, S. 6.

24 John Rawls, A Theory of Justice (1971), Cambridge (Mass.) 2005; dt.: Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 1975.

Werk in der westlichen Welt und nicht nur unter Philosophen gefunden hat²⁵, muss sicher auf tiefere theorie- und sozialgeschichtliche wie auch selbst politische Gründe zurückgeführt werden.²⁶ Rawls Werk scheint die Hoffnung zu wecken, es sei möglich, die relativistische Verunsicherung moderner Rechtstheorie und -politik durch die Konstruktion unbestreitbar gültiger Rahmenbedingungen zu reduzieren. Damit könnte unter Zurückstellung erkenntniskritischer Bedenken ein inhaltlicher Dialog über die Wahrheit von Recht wieder eröffnet werden.

Für Rawls ist Gegenstand der Gerechtigkeit, wie er ausdrücklich betont, die *Grundstruktur der Gesellschaft*, also die *soziale Gerechtigkeit*, die er mit dem Begriff der *Fairness* erfassen möchte. Dazu dient ihm das bekannte Gedankenexperiment der naturrechtlichen Vertragstheorien²⁷, um festzustellen, was gleiche und freie Menschen in einem fiktiven, also nicht historischen, Urzustand vereinbaren würden, um eine gerechte Ordnung zu etablieren. Es sind gedachte Menschen, nur moralische Subjekte, die noch nichts besitzen und nichts über sich und ihre Fähigkeiten wissen.²⁸ Rawls stellt danach zwei *principles of justice* fest, von denen er glaubt, dass sie von seinen konstruierten Menschenwesen als allseits akzeptable Regeln ihres Zusammenlebens ausgewählt würden: *First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second: social and economic*

25 In Auswahl: Otfried Höffe (Hrsg.), *Über John Rawls Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 1977; Roland Kley, *Vertragstheorien der Gerechtigkeit. Eine philosophische Kritik von John Rawls, Norbert Nozick und James Buchanan*, Bern 1986; Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt a. M. 1994; Otfried Höffe (Hrsg.), *John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 2. Aufl., Berlin 2006; Johannes J. Frühbauer, *John Rawls «Theorie der Gerechtigkeit»*, Darmstadt 2007; Jürgen Carsten, *Gerecht ist... Die Gerechtigkeitstheorie von John Rawls – eine kritische Würdigung*, Marburg 2008, S. 42ff., 56ff. mit Berichten über die libertären und kommunitaristischen Kritiker; Jörg Schaub, *Gerechtigkeit als Versöhnung. John Rawls politischer Liberalismus*, Frankfurt a. M. 2009; Hans Vorländer, *Gerechtigkeiten im Theoriediskurs der Gegenwart*, in: Gert Melville/Gregor Vogt-Spira/Mirko Breitenstein (Hrsg.), *Gerechtigkeit, Köln 2014 (Europäische Grundbegriffe im Wandel, Bd. 1: Verlangen nach Vollkommenheit)*, S. 199–218.

26 Zu den letzteren einige Bemerkungen in Abschnitt II 4.

27 Henning Ottmann, *Vertragstheorien in der politischen Philosophie der Neuzeit*, München 2011 (Sitzungsberichte d. Bayer. Akademie d. Wiss., Phil.-Hist. Klasse, Jg. 2011 H. 5).

28 Rawls, *A Theory* (Anm. 24), S. 7ff., 11ff.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

*inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.*²⁹ Mit diesen Überlegungen grenzt sich Rawls von utilitaristischen Konzeptionen ab, deren Gerechtigkeitsbedürfnis auf den Gesamtnutzen der Gesellschaft zielt.³⁰

Charakteristisch für die auf dem Vertragsgedanken beruhende Theorie von Rawls ist der auf den ersten Blick scheinbare Verzicht auf einen bestimmten, inhaltlich ausgefüllten Gerechtigkeitsbegriff. Seine Stelle nimmt ein spezifisch ausgestaltetes Gedankenexperiment mit vermeintlich offenem Ausgang ein. Arthur Kaufmann hat daher solche Entwürfe zur Beantwortung der Gerechtigkeitsfrage unter dem gemeinsamen Begriff *prozedural* zusammengefasst.³¹ Sie rechtfertigen sich durch die Schwierigkeit, normative Aussagen so überzeugend zu begründen, dass ihnen universelle Geltung zugesprochen werden muss.³² Gerade diese Erwartung hegt aber, wer Gerechtigkeit fordert. Ihn interessiert weniger, welche Wege zu einem gerechten Ergebnis führen könnten, sondern worin dieses besteht. Rawls enttäuscht aber seine Leser trotz seines so formalen Ansatzes nicht. Denn er leitet aus seinen beiden Gerechtigkeitsgrundsätzen – der Einführung von Freiheitsrechten und der möglichst allseits vorteilhaften Vermeidung von Ungleichheiten – Rechtsverhältnisse her, die uns bekannt vorkommen: Freiheitsrechte aller Art, religiöse Toleranz, Chancengleichheit, politische Teilhaberechte und anderes mehr.³³ Bekanntlich haben die Staatsphilosophen der Naturrechtsepoche die rechtlichen Optionen der in einem Naturzustand lebenden Menschen zum Teil sehr anders gesehen.³⁴ Man fragt

29 Rawls, A Theory (Anm. 24), S. 60.

30 Wolfgang Lasars, Die klassisch-utilitaristische Begründung der Gerechtigkeit, Berlin 1982.

31 Arthur Kaufmann, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Phil.-Hist. Klasse 1989, H. 7), München 1989; Axel Tschentscher, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000; Nadia Mazouz, Was ist gerecht? Was ist gut? Eine deliberative Theorie des Gerechten und Guten, Weiterswist 2012.

32 Kaufmann, Prozedurale Theorien (Anm. 31), S. 6.

33 *Diese Prinzipien sind nun freilich nicht neu*, so Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1984 (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 1), S. 38; Gröschner, Gerechtigkeit (Anm. 7), S. 423: *im Wesentlichen Übereinstimmung mit den bewährten Prinzipien des westlichen Verfassungsstaates.*

34 Vgl. dazu die Hinweise in Abschnitt III 3 b.

sich, welches Menschenbild Rawls in die gedachten Menschen des Urzustandes hineinprojiziert hat. Hasso Hofmann charakterisiert ihre Vernunft als die *ökonomische Rationalität von umsichtig ihre individuellen Interessen verfolgenden Egoisten*, denen ihr Schöpfer freilich noch unterstellen musste, von Neid und Konkurrenz nichts zu wissen.³⁵ Rawls Gerechtigkeitstheorie versteht sich als eine zeitlos gültige. In Wahrheit aber ist es niemals möglich, einen fiktiven Urzustand der Menschheit zu denken und dabei von den eigenen politischen Erfahrungen und Zielvorstellungen gänzlich abzusehen. So wenig es möglich ist, durch bloßen Vernunftgebrauch einen für alle Zeiten und Kulturen geltendes Naturrechtskodex systematischen Charakters festzustellen, so wenig vermag die Konstruktion eines künstlich erdachten Beobachtungsfeldes objektive Erkenntnisse zu liefern. Indem Rawls in den Urzustand die Bedingungen einer menschenrechtlich abgesicherten Demokratie hineingedacht hat, gelangt er auf dem Umweg über die Fiktion eines besonders gestalteten Gesellschaftsvertrages doch zu substanziellen Ergebnissen, die mit der Vernunft allein niemals zu begründen gewesen wären. In der lebhaften Auseinandersetzung mit Rawls sind denn auch von anderen Autoren Mindestanforderungen der Gerechtigkeit formuliert worden, die unter Zugrundelegung anderer Voraussetzungen dem Konzept von Rawls vergleichbar sind, aber andere Akzente setzen: teils den Bestand wohl erworbener Rechte sichern wollen³⁶, teils auf die Verdienste einer Person als Gerechtigkeitkriterium abstellen wollen.³⁷ Die geradezu überwältigende Konzentration der Gerechtigkeitdiskussion auf die

35 Hofmann, Rechts- und Staatsphilosophie (Anm. 7), S. 64. – Zur Kritik aus der Sicht des Marxismus vgl. Hermann Klenner, Recht und Unrecht, Bielefeld 2004 (Bibliothek dialektischer Grundbegriffe 12), S. 39ff., 45: *Wolkenkuckuckshheimer*.

36 Robert Nozick, Anarchie, Staat, Utopia, (engl. 1974), München 1976, S. 11: *Die Menschen haben Rechte [...], S. 25ff.: die der Minimalstaat schützt, S. 143: doch der Minimalstaat ist der weitestgehende Staat, der sich rechtfertigen lässt. Jeder weitergehende Staat verletzt die Rechte der Menschen*. Damit entzieht Nozick der Verteilungsgerechtigkeit den Boden.

37 Alasdair MacIntyre, Der Verlust der Tugend. Zur moralischen Krise der Gegenwart, (engl. 1981) Frankfurt a. M. 1995, insbes. S. 325ff., 332ff. Vgl. zur gegenwärtigen Diskussion auch Amartya Sen, Die Idee der Gerechtigkeit, (engl. 2009), München 2010; Wolfgang Erich Müller, Konzeptionen der Gerechtigkeit. Entwicklungen der Gerechtigkeitstheorie seit John Rawls, Stuttgart 2014. Vgl. ferner Michael G. Festl, Gerechtigkeit als historischer Experimentalismus, Konstanz 2015.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

soziale Gerechtigkeit in den letzten Jahrzehnten³⁸ erweckt den Eindruck, dass die Gerechtigkeitsfrage überhaupt nur auf diesem Problemfeld sinnvoll gestellt werden kann.

c) Die Einbeziehung der politischen Rahmenbedingungen

Obwohl schon soziale Gerechtigkeit – in welcher Ausprägung auch immer – per se politischer Natur ist, muss von ihr die Idee einer explizit «politischen Gerechtigkeit» unterschieden werden. Sie überschneidet sich weitgehend mit der Gewährleistung von Menschenrechten und ist in der jüngeren deutschen Diskussion vor allem mit dem Namen Otfried Höffe verbunden. Die philosophische Einsicht, dass normative und zugleich inhaltlich bestimmte Aussagen über Gerechtigkeit durch die Anstrengung der Vernunft allein nicht möglich sind und aus dem empirisch zugänglichen Sein ein Sollen nicht abgeleitet werden kann, andererseits aber für zahllose Lebenslagen moralische Impulse gebieterisch Berücksichtigung fordern, ergibt einen politischen Entscheidungs- und Handlungsauftrag.³⁹ Ist die Begründung eines dogmatischen, epochen- und kulturübergreifenden Naturrechts mit vorpositivem Geltungsanspruch nicht möglich, dann biete sich nach Höffe doch an, im Wege eines *kritisch* geläuterten Naturrechtsdenkens *Minimalbedingungen* zu erkennen und das in dieser geschichtlichen Situation moralisch Gebotene zu realisieren.⁴⁰ *Dort, wo man es von vornherein in moralischen Begriffen definiert, entspricht das Naturrecht dem moralischen Standpunkt gegenüber Recht und Staat, mithin der Perspektive der politischen Gerechtigkeit.*⁴¹ Dieses Konzept erinnert an die geglückte Begriffsbildung von Hans Ryffel, der für die Zeiten seit der Aufklärung vom *Übergang von vorgegebener zu aufgegebenen Normativität* sprach.⁴² Seitdem kann es nur darum gehen, in jeder

38 Vgl. vor allem die modernste lexikographische Darstellung von Christoph Horn, Gerechtigkeit, in: Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe, Bd. 2 (2011), S. 933–947, insbes. S. 934.

39 Otfried Höffe, Ethik und Politik. Grundmodelle und -probleme der praktischen Philosophie, Frankfurt a. M. 1979, S. 279ff.; ders., Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt a. M. 1987; ders., Gerechtigkeit, 4. Aufl., München 2010.

40 Höffe, Politische Gerechtigkeit (Anm. 39), S. 92ff., 97.

41 Höffe, Politische Gerechtigkeit (Anm. 39), S. 109.

42 Hans Ryffel, Zur Begründung der Menschenrechte, in: Johannes Schwartländer (Hrsg.), Menschenrechte. Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung, Tübingen 1978, S. 55–75, 56. Die Begrifflichkeit ist trotz inhaltlicher Divergenzen von

geschichtlich-gesellschaftlich veränderten Situation diejenigen Bedingungen immer wieder neu zu nennen und vor allem ihre rechtliche Sicherung anzustreben, durch die jedem Menschen ein seiner Würde und seiner Freiheit angemessenes Leben möglich wird, wie Johannes Schwartländer, der Initiator des Tübinger Menschenrechtsprojekts der siebziger und achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts, von Anbeginn betonte.⁴³

Wo das geschehen ist, wo also Menschenrechte und rechtsstaatliche Institutionen in einer Verfassungsurkunde festgeschrieben worden sind, wie im deutschen Grundgesetz, da scheint nicht nur das Spannungsverhältnis von positivem Recht und Rechtsethik zu verblassen⁴⁴, sondern auch die Gerechtigkeitsfrage in die Forderung nach einer entsprechend befriedigenden Gestaltung der politischen Ordnung einzufließen.⁴⁵ Es bietet sich dann sogar an, die Frage nach der Gerechtigkeit vollständig als ein Problem des geltenden Verfassungsrechts zu verstehen und damit die Antinomie von positivem Recht und Naturrecht hinter sich zu lassen.⁴⁶ Diesen Weg zu beschreiten, liegt vor allem dann nahe, wenn Recht ohnehin im Sinne des Rechtspositivismus in erster Linie ausgehend vom Gesetz – oder gesetzesähnlichen richterlichen Normen – gedacht wird. Die Gleichsetzung von Recht und Gerechtigkeit mit einer menschenrechtlich und rechtsstaatlich geprägten Staatsverfassung versagt aber, wenn sich der Blick auf fremde Kulturkreise mit ganz anderen Prioritäten oder gar auf die oft noch fremdartiger erscheinende Vergangenheit richtet. Denn für die Beantwortung der Frage, was dort und damals Recht und Gerechtigkeit bedeutet, muss es zeitgenössische Maßstäbe geben, die nicht uneingeschränkt den Verfassungen

Henkel, Rechtsphilosophie (Anm. 10), S. 227ff., 389ff. beeinflusst, der kategorial zwischen den *Vorgegebenheiten des Rechts* und seiner *Aufgegebenheit* unterschied.

43 Johannes Schwartländer, Einleitung, in: ders. Menschenrechte (Anm. 42), S. 10.

44 Jedoch mit Folgeproblemen, vgl. Hofmann, Rechts- und Staatsphilosophie (Anm. 7), S. 40ff.; Adomeit, Rechtspositivismus (Anm. 14), S. 162: nicht ausreichend, *um alle Fragen zu lösen*.

45 Horst Dreier, Recht und Gerechtigkeit, in: Assunta Verrone/Peter Nickel (Hrsg.), Welche Gerechtigkeit? Texte zum 4. Festival der Philosophie, Hannover 2014, S. 64–80, 76ff.; im Ergebnis ähnlich Josef Isensee, Gerechtigkeit – zeitlose Idee im Verfassungsstaat der Gegenwart, in: Heinrich Schmidinger (Hrsg.), Gerechtigkeit heute. Anspruch und Wirklichkeit, Innsbruck 2000, S. 253–292, 273ff.; Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 II. 4.

46 So Thomas Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen 2004, S. 169ff., 205ff.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

der modernen westlichen Staatenwelt entsprechen und entnommen werden können.

Auf den ersten Blick scheint aber der politische Handlungsraum flexible Möglichkeiten zu eröffnen, moralisch begründbare Gerechtigkeitsforderungen in die staatliche Rechtsordnung zu transponieren. Doch auch damit hat es seine Schwierigkeiten. Denn tatsächlich erweisen sich in der Reflexion über das moralisch erkennbare und daher auch politisch umzusetzende Gerechtigkeitsprogramm dessen Inhalte als vielfach umstritten und ebenso abgrenzungsbedürftig, als wenn Normen eines herkömmlichen Naturrechts zu ermitteln wären. Es zeigt sich dann, dass anspruchsvolle Begriffe wie Gerechtigkeit und Menschenrechte ein normatives Eigengewicht entwickeln, das einen beliebigen Umgang mit ihnen so gut wie ausschließt. Und so verbleiben Zweifel, ob nicht nur evidente Diskriminierungen zu verbieten, sondern auch Details der Wirtschafts- und Sozialordnung zu gebieten sind⁴⁷ oder gar die Demokratie oder das in liberalen Wirtschaftssystemen umstrittene Recht auf Arbeit und das in anderen Kulturkreisen nicht weniger umstrittene Recht auf Meinungsfreiheit in die Debatte über Menschenrechte und Gerechtigkeit einzubeziehen sind.⁴⁸

Zu beantworten ist aber insbesondere auch die Frage, ob und welche Mindestbedingungen ein Verfassungssystem aufweisen muss, um einleuchtende Gerechtigkeitserwartungen zu gewährleisten. Denn diktatorische Regime ohne effektive staatsrechtliche Bindungen haben oft genug unter Beweis gestellt, dass sie normative Vorgaben ihrer politischen Opportunität unterwerfen. Diese Frage eines rechtsstaatlichen Minimums des jeweiligen Verfassungssystems ist von der innerstaatlichen Gerechtigkeitspolitik zu unterscheiden und gesonderter Prüfung zu unterziehen.⁴⁹

47 Höffe, Gerechtigkeit (Anm. 39), S. 76f.

48 Johannes Schwartländer (Hrsg.), Menschenrechte und Demokratie, Kehl a. Rhein 1981; Hans Ryffel/Johannes Schwartländer (Hrsg.), Das Recht des Menschen auf Arbeit, Kehl am Rhein 1983; Johannes Schwartländer/Dietmar Willoweit (Hrsg.), Meinungsfreiheit. Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA, Kehl a. Rhein 1986.

49 Vgl. unten Abschnitt IV 2 b.

2. Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit

Wer den Versuch unternimmt, nicht die Frage gerechter gesellschaftlicher Verhältnisse zu thematisieren, sondern die Gerechtigkeit selbst als Gegenstand philosophischen Denkens, sieht sich zugleich mit der Frage konfrontiert, was unter «Recht» überhaupt zu verstehen ist. Einen naheliegenden Einstieg bieten dabei die großen Darstellungen der Rechtsphilosophie aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, etwa die repräsentativen Werke von Rudolf Stammler⁵⁰ und Gustav Radbruch.⁵¹ Ihnen jedenfalls war es noch selbstverständlich, das Recht mit der Gerechtigkeit als seinem *Ideal* oder seiner *Idee* untrennbar zu verbinden. Stammler begriff die Gerechtigkeit als *grundsätzliche Richtigkeit* des Rechts, die mit dem *sozialen Ideal* einer *unbedingten Harmonie* erreicht werde.⁵² Radbruch hatte dagegen schon darauf verzichtet, die Gerechtigkeitsidee so ausschließlich in den Rechtsbegriff zu integrieren. Er definierte das Recht in doppelter Weise: zunächst zwar als *die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen*,⁵³ also *der Gerechtigkeit*⁵⁴, dann aber doch als *Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben*.⁵⁵ Damit bekannte sich Radbruch prinzipiell zur Positivität des Rechts, hielt jedoch an der Gerechtigkeit trotz ihrer *Antinomien* als Element des Rechts fest, verbunden mit den zugleich zu berücksichtigenden Erfordernissen der Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit.⁵⁶ Damit blieb die Geltung des positiven Rechts unangetastet. Ein Jahr nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches aber hat Radbruch der Gerechtigkeit eine Kontrollfunktion gegenüber dem positiven Recht zugewiesen⁵⁷ und in seiner Vorlesung alsbald

50 Rudolf Stammler, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin 1928.

51 Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Anm. 3).

52 Stammler, *Rechtsphilosophie* (Anm. 50), S. 199ff., 203f.; ders., *Der Gedanke der Gerechtigkeit* (1923), in: ders., *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, Bd. 1–2, Charlottenburg 1925, S. 393–404, 396, 402: Gerechtigkeit als *Richtigkeit*. Stammler differenziert zwischen der ausgleichenden und austeilenden Gerechtigkeit nicht, vgl. S. 399ff.

53 Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Anm. 3), S. 123,

54 Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Anm. 3), S. 127.

55 Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Anm. 3), S. 128.

56 Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Anm. 3), S. 168ff.

57 Der in der Juristenzeitung von 1946 erschienene Aufsatz ist leichter zugänglich im Anhang der von Erik Wolf besorgten letzten Ausgabe des Hauptwerkes: Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), in: Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Anm. 3), S. 347–357, 355; Hidehiko Adachi, *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Baden-Baden 2006.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

die Rückkehr zum Naturrecht verkündet.⁵⁸ Mancher Autor setzte in jener Zeit Naturrecht und Gerechtigkeit einfach gleich.⁵⁹ Radbruch selbst hat in dessen am Vorrang des positiven Rechts festgehalten, auch *wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar wäre, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als «unrichtiges Recht» der Gerechtigkeit zu weichen hat*.⁶⁰ Diese viel diskutierte «Radbruch'sche Formel» versucht, negativ die Grenzen des Rechtsbegriffs zu beschreiben, ohne positiv sagen zu müssen, was unter gerechten Gesetzen zu verstehen ist. Sie scheint einen ebenso einfachen wie unsicheren Ausweg zu bieten, einem emotional erfahrenen Widerspruch von Recht und Gerechtigkeit zu entkommen.⁶¹ Dieses Unbehagen brachte Gustav Rümelin 1948 eher psychologisierend in dem recht bekannt gewordenen Titel seiner Schrift über «Rechtsgefühl und Gerechtigkeit» zum Ausdruck. Er behauptete die Existenz eines *sittlichen Ordnungstriebes*, aus dem sich zwar kein konkreter Rechtssatz ableiten lasse, der aber unserer Rechtsordnung zugrunde liege.⁶²

Charakteristisch für die Versuche, einen inhaltlich in irgendeiner Weise bestimmten Begriff der Gerechtigkeit in den des Rechts zu integrieren, waren Bemühungen, evidente Einsichten mit konsensfähigen Wertungen zu verbinden. So hat zum Beispiel der bedeutende Rechtshistoriker Hans

58 Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie. Nachschrift einer Vorlesung, Heidelberg 1948, S. 108f.

59 Verdross, Rechtsphilosophie (Anm. 16), S. 282. Nachdenklicher Rene Marcic/ Ilmar Tammelo, Naturrecht und Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 1989.

60 Radbruch, Gesetzliches Unrecht (Anm. 57), S. 355.

61 In neuerer Zeit operierte in den «Mauerschützenprozessen» auch die höchst richterliche Rechtsprechung mit der Radbruch'schen Formel, vgl. BGHSt 41, 101, 105. Die komplexe und in einem breit gefächerten Schrifttum umstrittene Problematik ist hier nicht weiter zu vertiefen, vgl. dazu Hofmann, Rechts- und Staatsphilosophie (Anm. 7), S. 114ff.; Horst Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: Juristenzeitung 1997, S. 421–434; Adomeit, Rechtspositivismus (Anm. 14), S. 164. In der rechtstheoretischen Literatur ist die Radbruch'sche Formel eher selten übernommen worden, mit ausführlicher Begründung aber gerechtfertigt von Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 5. Aufl., Freiburg 2011, S. 70ff., 106.; vgl. ferner Karl-Ludwig Kunz/Martino Mona, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 2006, S. 139ff.

62 Gustav Rümelin, Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, Frankfurt, a. M. 1948, S. 10ff., 18f.; Martin Kriele, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, Münster 2003, S. 13ff.; Reinhold Zippelius, Wege und Irrwege zur Gerechtigkeit, Mainz 2003 (Abh. d. Geistes- u. Sozialwiss. Klasse. d. Akademie. d. Wiss. u. Literatur Mainz, Jg. 2003 H. 4), S. 14ff. Kritisch zur Relevanz des «Rechtsgefühls» schon Stammler, Gerechtigkeit (Anm. 52), S. 397.

Julius Wolff aus der Tatsache, dass Gerechtigkeit als zwischenmenschliches Verhalten zu begreifen ist, die Grundnorm erschlossen, *dass dem jeweils objektiv wertvolleren menschlichen Interesse der Vorzug zu geben ist als der einzige(n) vom bloßen Dafürhalten und von der zufälligen Machtlage unabhängige(n) objektive(n) normative(n) Bedingung menschlichen Gemeinschaftslebens*.⁶³ Wolff ist ein Vertreter jener Generation, die trotz Verfolgung und Emigration so tief im Kanon der überlieferten Werte verwurzelt gewesen ist, dass sie deren Eliminierung aus dem Begriff des Rechts nicht zustimmen konnte.⁶⁴ Gelegentlich hat die Einbeziehung von «Werten» in den Gerechtigkeitsbegriff aber noch in der frühen Bundesrepublik dazu beigetragen, in neutral klingender «Verpackung» die Ideologie des Dritten Reiches zu konservieren.⁶⁵ Einen anderen Weg zur Gewinnung eines inhaltlich konsensfähigen Gerechtigkeitskonzepts beschritten jene Autoren, die mit dem Rückgriff auf Thomas von Aquin einen vormodernen Gesprächsfaden wieder aufnahmen. Dazu gehören vor allem zwei bedeutende Vertreter eines neuthomistischen Naturrechtsverständnisses: aus der Zwischenkriegszeit der in viele Sprachen und nach dem Zweiten Weltkrieg auch ins Deutsche übersetzte Giorgio Del Vecchio⁶⁶ und der in der frühen Bundesrepublik hoch geachtete Josef Pieper⁶⁷. Ohne ihren weitreichenden naturrechtlichen, in Wahrheit aber aus ihrem Weltbild hergeleiteten Deduktionen folgen zu müssen, bieten sie zu unserem Thema insofern eine gedankliche Alternative, als sie den Begriff der Gerechtigkeit

63 Hans Julius Wolff, Über die Gerechtigkeit als principium iuris, in: Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin 1949, S. 103–120, 104, 112f., als logischer Obersatz gedacht S. 116.

64 Henkel, Rechtsphilosophie (Anm. 10), S. 234ff., 241, der sich von Nicolai Hartmann anregen lässt und die *Rechtsidee* als Aufgabe begreift, *gewisse Werte zu verwirklichen*, ebda. S. 389. Vgl. ferner noch Rudolf Jäger, Die Gerechtigkeit. Maßstab oder Steuerungssystem? Jur. Diss. München 1979; W(erner) Goldschmidt, Die Lehre von der Gerechtigkeit (Dikelogie), in: Österr. Zs. f. öff. Recht 22 (1971), S. 1–34.

65 So bei dem Kriminologen Wilhelm Sauer, Die Gerechtigkeit. Wesen und Bedeutung im Leben der Menschen und Völker, Berlin 1959, S. 4f.: *Gerechtigkeit heißt [...] die gleichmäßige Beurteilung und Behandlung aller zu einer Gemeinschaft gehörenden Personen gemäß ihrem Wert, ihrer Bedeutung für dieses Gemeinschaftsleben. Denn das Gemeinschaftswohl ist das höchste Gesetz für eine jede Gemeinschaft*.

66 Giorgio Del Vecchio, Die Gerechtigkeit, 2. neubearb. dt. Aufl., übersetzt von F. Darmstaedter, Basel 1950.

67 Josef Pieper, Über die Gerechtigkeit (1953), 4. Aufl., München 1965; ders., Über die Tugenden: Klugheit, Gerechtigkeit, Tapferkeit, Maß, (1964), 3. Aufl., München 2010, S. 61ff.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

nicht in Hinblick auf Akte der Gesetzgebung, sondern mit Thomas als Tugend und damit als Handlungsraum des Individuums zu verstehen versuchen. Das ist kein wertphilosophisches, sondern ein rechtsanthropologisches Konzept, das weiterhin Interesse verdient.⁶⁸

Andere Autoren hatten zu dieser Zeit freilich schon längst die Wende zu einem konsequenten Rechtspositivismus vollzogen. Der mit seinem Werk über den «Zweck im Recht» im 20. Jahrhundert höchst einflussreiche Rudolph von Jhering definierte: *Recht ist der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen [...], da [...] der Staat allein das Zwangsmonopol besitzt [...] womit denn implicite gesagt ist [...], daß der Staat die alleinige Quelle des Rechts ist.*⁶⁹ Mit Rücksicht auf die Relativität des Zweckmäßigen folgt daraus die Relativität des Rechts. Damit schien sich auch die Idee der Gerechtigkeit erledigt zu haben. Für den Hegelianer Julius Binder ist gerecht, wer *sich mit dem positiven Gesetz in Einklang* befindet.⁷⁰ Ebenso erschöpft sich bei Hans Kelsen Gerechtigkeit in der Übereinstimmung *mit den generellen Normen der gesellschaftlichen Ordnung*, welcher Art auch immer.⁷¹ Dabei ließ sich Kelsen von der Einsicht leiten, dass rationalen, abstrahierend verselbständigten Gerechtigkeitskriterien von der Art «Jedem das Seine» oder der «Goldenen Regel» in Wahrheit keine bestimmten Aussagen entnommen werden können.⁷² Dasselbe betonte später auch Ilmar Tammelo,⁷³ der dennoch den Versuch unternahm, den Gerechtigkeitsbegriff wenigstens ganz allgemein als eine – wie auch immer aufzufüllende – werthaltige Größe zu definieren.⁷⁴ Damit verlässt

68 Vgl. dazu u. Abschnitt III 3.

69 Rudolph von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 5. Aufl., Leipzig 1916, Bd. 1, S. 249.

70 Julius Binder, *Philosophie des Rechts*, Berlin 1925, Neudr. 1967, S. 389.

71 Hans Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), 2. Aufl. Wien 1975, S. 2, 16f., 32. Vgl. zum Verhältnis von Recht und Politik im Denken und Leben von Kelsen und Radbruch; Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl., Baden-Baden 1990; Adomeit, *Rechtspositivismus* (Anm. 14), S. 163; ferner auch den Überblick von Ralf Dreier, *Der Begriff des Rechts* (1986), in: ders., *Recht – Staat – Vernunft. Studien zur Rechtsphilosophie* 2, Frankfurt a. M. 1991, S. 95–119.

72 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Leipzig 1934, S. 14, Studienausg., hrsg. v. Matthias Jestaed, Tübingen 2008, S. 27; Karl Joachim Fränkel, *Recht und Gerechtigkeit bei Hans Kelsen*, jur. Diss. Köln 1965, S. 76ff. Gleichwohl werden immer wieder Versuche unternommen, den Gerechtigkeitsbegriff auf diese Weise zu bestimmen, etwa durch Ermittlung dessen, *was einem zusteht*, so Stephan Schlothfeld, *Gerechtigkeit*, Berlin 2012, S. 10.

73 Ilmar Tammelo, *Zur Philosophie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 1982, S. 31ff.

74 Ilmar Tammelo, *Theorie der Gerechtigkeit*, Freiburg 1977, S. 77: «*Gerecht*» ist eine positive [im Gegensatz zu: negative], ethische, soziale Wertqualität, die

er den Boden des Positivismus nicht. Das gilt auch für Peter Koller, der Recht als *eine soziale Praxis* begreift, *die auf die Bereitstellung der für eine friedliche und gedeihliche Ordnung erforderlichen Normen zielt* und also mit *Frieden* und *Gedeihlichkeit* ethische Aspekte dem Rechtsbegriff implantiert. Aber wie diese auszufüllen sind, bleibt offen, da die angesprochenen Normen *auf autorisierter Macht beruhen, mit organisiertem Zwang verbunden sind* und einen *Anspruch auf Legitimität* verkörpern.⁷⁵ Ähnlich weist Dietmar von der Pfordten dem Recht eine sozial positiv bewertete Funktion zu, wenn es das *Ziel der Vermittlung zwischen möglichen gegenläufigen, widerstreitenden Belangen* («Interessen») hat.⁷⁶ Im Kreise solcher Autoren gilt dann zwar die Erörterung rechtsethisch wünschenswerter Grundsätze der Gerechtigkeit als legitim, so bei von der Pfordten⁷⁷ oder Norbert Hoerster, der den tatsächlichen Erlass und die Durchsetzung *gerechter Normen* dem *Aufgabenbereich des Staates* zuweist.⁷⁸ Rechtsethische Diskussionen über das hier und jetzt in der Bundesrepublik oder innerhalb wie außerhalb der Europäischen Union Notwendige, Erlaubte und zu Verbietende sind von Versuchen, Gerechtigkeit als Element des Rechtsbegriffs selbst zu etablieren, strikt zu unterscheiden. Gespräche über rechtsethische Themen finden immer in einer bestimmten historischen Situation, meist zwecks Beantwortung aktueller Fragen statt. Sie können und wollen in der Regel nicht den Anspruch erheben, normativ absolut Richtiges festzustellen, sondern rational begründete Empfehlungen geben. Von einer philosophisch verbindlichen Analyse des Gerechtigkeitsbegriffs ist das methodisch zu unterscheiden, mögen

korrelative Recht-Pflicht-Beziehungen und die Zuteilung des Gebührenden an jeden betrifft.

- 75 Peter Koller, Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen, in: Winfried Brugger/Ulfried Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 2008, S.157–180, 175.
- 76 Dietmar von der Pfordten, Rechtsphilosophie. Eine Einführung, München 2013, S.53.
- 77 Von der Pfordten, Rechtsphilosophie (Anm. 76), S. 82ff: *Die Rechtsethik: Welches Recht ist gerecht?*
- 78 Norbert Hoerster, Was ist eine gerechte Gesellschaft. Eine philosophische Grundlegung, München 2013, S.7f. Eine ähnliche, wenngleich anders – wertphilosophisch – begründete Position vertrat Rudolf Lobell, Über einzelne notwendige Erfordernisse des Gerechtigkeitsbegriffs, in: Österr. Zs. d. öff. Rechts 13 (1964), S. 240–280: Gerechtigkeit ist inhaltlich objektiv nicht zu bestimmen, wohl aber sein *besonderer Charakter* im Unterschied zu *anderen ethischen Wertprädikaten*.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

manche Ergebnisse logischer und ethisch wertender Reflexionen auch vergleichbar sein oder sogar übereinstimmen.

Doch die rechtspositivistische Fundamentalkritik durch Autoren, die den Gerechtigkeitsbegriff in Abhängigkeit von der staatlichen Gesetzgebung für beliebig halten, konnte die Frage nach seinem semantischen Gehalt nicht aus der Welt schaffen. Mit Rücksicht auf das Faktum unterschiedlicher Gerechtigkeitserwartungen drängte sich allerdings die Notwendigkeit möglicher Abstraktion von inhaltlichen Festlegungen auf. In dieser Absicht entwickelte Chaim Perelman seine Lehre von der formalen Gerechtigkeit, die davon ausgeht, dass die naheliegende Forderung nach «Gleichheit» keine ausreichende Antwort bietet: gemäß den Verdiensten, Werken, Bedürfnissen, dem persönlichen Rang und den Entscheidungen des Gesetzgebers sind gegensätzliche Realisierungen des Gleichheitspostulats möglich.⁷⁹ Es komme daher darauf an, die Anwendung einer Regel gleichmäßig auf alle in Frage kommenden Individuen zu erstrecken: *We can [...] define formal or abstract justice as a principle of action in accordance with which beings of one and the same essential category must be treated in the same way.*⁸⁰ Wäre Gerechtigkeit ein Merkmal des Rechts, so müsste dessen Wirksamkeit entfallen, wenn nicht Wesen derselben Kategorie gleich behandelt würden, insofern also Willkür zu vermuten ist. Soweit geht Perelman aber nicht. Sein formaler Gerechtigkeitsbegriff ist als eine Handlungsanweisung in Hinblick auf die iustitia distributiva zu verstehen. Peter Koller hat Perelmans Gerechtigkeitskern durch eine Differenzierung der in Frage kommenden sozialen Akte zu präzisieren versucht. Er unterscheidet Gerechtigkeit in Austauschbeziehungen, Gemeinschaftsbeziehungen, Herrschaftsverhältnissen und

79 Chaim Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London 1963, S. 7.; ders., *Eine Studie über die Gerechtigkeit* (1945), in ders., *Über die Gerechtigkeit*, München 1967, S. 9–84, 16; vgl. a. Stefan Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit. Grundlagen eines liberalen Egalitarismus*, Frankfurt a. M. 2004; Marijan Pavčnik, *Gleichheit als rechtlicher Kern der Gerechtigkeit. Gerechtigkeitsmaßstäbe und Recht*, in: *Pluralism and Law. 1. Justice*, Stuttgart (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beih. 88), S. 22–37, 23ff.

80 Perelman, *The Idea* (Anm. 79), S. 16; vgl. a. ders., *Studie* (Anm. 79), S. 44ff., 54f., 58. Kritisch zu Perelmans Konzept Jörg Schroth, *Über formale Gerechtigkeit*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 83 (1997), S. 483–505. Zum formalen Gerechtigkeitsbegriff vgl. ferner Ota Weinberger, *Gleichheitspostulate*, in: *Österr. Zs. f. öff. Recht* 25 (1974), S. 23–38, sowie den – zu? – komplexen Vorschlag von Martin Kriele, *Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus*, Berlin 1963, S. 50ff.

in der Korrektur begangenen Unrechts.⁸¹ Das ist hilfreich, weil es für den Austausch und die Unrechtskorrektur der Perelman'schen Formel gar nicht bedarf.⁸² Im Rahmen einer Gemeinschaft und bei herrschaftlichem Handeln hat sie aber ihren guten Sinn.

Unbeeindruckt von den Bemühungen um einen formalen Gerechtigkeitsbegriff haben auch in neuerer Zeit andere Autoren gegen die *Denkverbote der Metaphysikkritik* Stellung bezogen⁸³ und bestimmte Gerechtigkeitsinhalte in den Rechtsbegriff einbezogen. Mit sorgfältiger Begründung hat Robert Alexy den Kern der Radbruch'schen Formel in seine Definition des Rechts aufgenommen. Es sei das Recht ein mit dem Anspruch auf Richtigkeit verbundenes System von Normen *einer im großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung*, die selbst nicht *extrem ungerecht* ist, ebenso wie die in ihrem Rahmen erlassenen Normen *nicht extrem ungerecht* sein dürfen, eine minimale soziale Wirksamkeit aufweisen und sich in der Rechtsanwendung auf normative Prinzipien stützen, *um den Anspruch auf Richtigkeit zu erfüllen*.⁸⁴ Aber was ist *extrem ungerecht*? In kritischer Auseinandersetzung mit der positivistischen Normentheorie Kelsen'scher Prägung gelangt auch Franz Bydlinski zu der Vermutung, dass der Rechtsbegriff als stillschweigende Voraussetzung minimale Gerechtigkeits Elemente umfassen müsse.⁸⁵ Andere Autoren gehen über den Grenzfall der extremen Ungerechtigkeit weit hinaus. Norbert Horn zählt zu den von ihm phänomenologisch-wertphilosophisch begründeten *unverfügbaren Gerechtigkeitsgeboten* die *Kerngedanken der Grundrechte*, das Demokratie-, Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip sowie die *grundlegenden Wertungen* des Zivilrechts, von der Privatautonomie bis zum Schutz des Lebens und Eigentums und den *Kerntatbeständen des Strafrechts*.⁸⁶ Matthias Mahlmann gelangt zu einer ganz ähnlichen Schlussfolgerung, ausgehend von der Prämisse, das Recht richte sich *grundsätzlich auf die Verwirklichung des ethisch Richtigen, insbesondere*

81 Peter Koller, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, Wien 1997, S. 299ff.

82 Vgl. u. Abschnitt III 3.

83 Norbert Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., Heidelberg 2016, S. 244ff.

84 Alexy, *Begriff* (Anm. 61), S. 201, und zum Ergebnis seiner Prüfung der Radbruch'schen Formel S. 106f.

85 Vgl. dazu das posthum erschienene Werk von Franz Bydlinski, *Der Begriff des Rechts. Zur Notwendigkeit einer Ergänzung des Gesetzesrechts durch »vorpositive« fundamentale Gerechtigkeitsprinzipien*, Wien 2015.

86 Horn, *Einführung* (Anm. 83), S. 254; Kriele, *Grundprobleme* (Anm. 62), S. 163ff.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

auf *Gerechtigkeit*.⁸⁷ Damit tritt Mahlmann in die Fußstapfen von Gustav Radbruch, dies jedoch «sehenden Auges», mit einem durch die wissenschaftliche Diskussion eines halben Jahrhunderts erweiterten Methodenbewusstsein. Das Problem, wie Gerechtigkeit als Element des ethisch Richtigen im Begriff des Rechts vernunftgemäß zwingend oder aus empirischen Gründen allgemein konsensfähig zu begründen ist, bleibt jedoch ungelöst bestehen.

3. Der Wissensstand: Gerechtigkeit als Tugend und als Thema des staatlichen Rechts

Zahlreiche Darstellungen, viele aus neuerer Zeit, beschreiben die Geschichte des Gerechtigkeitsdenkens von der Antike bis zur Gegenwart. Beginnend mit Platon, Aristoteles und dem römischen Recht, erstrecken sich diese oft grundrissartigen Schilderungen über die Zeit der Kirchenväter, Augustinus zumal, und das ganze Mittelalter mit Anselm von Canterbury, Albertus Magnus, Thomas von Aquin, Duns Scotus, Francesco de Vitoria bis zu Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Leibniz, Kant und dem modernen Rechtspositivismus.⁸⁸ Die von dieser reichen Tradition vermittelten Einsichten der modernen Wissenschaft gehören gleichsam zur Allgemeinbildung des Gerechtigkeitsrechtlers. Da es zweifellos um ein menschliches Verhalten geht, nahm man seit der Antike und während des ganzen Mittelalters an, es handele sich um eine Tugend. Begriff dabei Platon die

87 Matthias Mahlmann, *Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart*, 3. Aufl. 2016, S. § 4 Rn. 17, § 13, insbes. Rn. 37 und zu den Menschenrechten § 14. Auch Norbert Brieskorn, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1990, S. 33, nach dessen Definition das Recht *die Vermittlung von Freiheitsräumen* zum Gegenstand hat, denkt ähnlich.

88 Viele der in der vorliegenden Studie zitierten Werke sowohl zur Rechtsphilosophie im Allgemeinen wie zur Gerechtigkeit im Besonderen referieren diese Geschichte, sodass sich Einzelnachweise erübrigen. Erste Überblicke bieten Ralf Dreier, *Recht und Gerechtigkeit* (1982), in: ders., *Recht – Staat – Vernunft* (Anm. 71), S. 8–38; Elisabeth Holzleithner, *Gerechtigkeit*, Wien 2009. Eine umfassende Darstellung der neueren Problemgeschichte der Gerechtigkeit hat Julius Stone, *Human Law and Human Justice*, London 1965, vorgelegt. Eine repräsentative Auswahl einschlägiger Texte veröffentlichten Christoph Horn/Nico Scarano (Hrsg.), *Philosophie der Gerechtigkeit. Texte von der Antike bis zur Gegenwart*, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 2017.

Gerechtigkeit noch als die des Bürgers in der Polis⁸⁹, so gelang Aristoteles jene Abstraktion, die bis heute alle Darstellungen der Gerechtigkeitslehre beherrscht: die Unterscheidung der *iustitia communitativa* oder *correctiva*, also der ausgleichenden Gerechtigkeit zwischen Individuen, von der *iustitia distributiva*, der austeilenden Gerechtigkeit im Zusammenhange einer Polis. Daneben fand die *iustitia legalis* oder *generalis* weniger Beachtung. Sie meint nach überwiegender Auffassung die Einhaltung aller Verhaltensregeln im Sinne der griechischen Nomoi, nicht nur der rechtlich verbindlichen Gesetze.⁹⁰ Gemeinsam ist allen Formen der Gerechtigkeit die Idee der Gleichheit, freilich in jeweils verschiedener Weise. Die ausgleichende Gerechtigkeit ist nach Aristoteles arithmetisch zu ermitteln, die austeilende dagegen je nach anstehendem Verteilungsproblem geometrisch.⁹¹ Viel mehr als ein deutlicher Hinweis auf die Unterschiedlichkeit der anzulegenden Maßstäbe und die Komplexität jeglicher Verteilung ist diesem Blick auf die Mathematik allerdings nicht zu entnehmen. Das römische Recht folgte den Fußstapfen des Aristoteles, so wie später nachdrücklich auch Thomas von Aquin. Die christlichen Philosophen sahen sich aber mit der Aufgabe konfrontiert, das aristotelische Verständnis der Gerechtigkeit als eine Vorgegebenheit der göttlichen Schöpfungsordnung zu denken. Dass die Gerechtigkeitsgeschichte bei Grotius, Hobbes und Leibniz ihre Fortsetzung gefunden habe, bezweifelt heute dennoch kaum ein moderner Autor.

89 Platon, Werke in acht Bänden, hrsg. von Gunther Eigler, 7. Aufl., Darmstadt 2016 (Unveränd. Nachdr. der 1. Aufl. 1973), Bd. 4, Politeia IV 433–435a.

90 Aristoteles, Nikomachische Ethik, griech.-dt. übers. von Olof Gigon, Düsseldorf 2001, V, 1–9; Ulrich Kinzler, Rechtliche Argumentationsfiguren in der Nikomachischen Ethik. Gerechtigkeit des Rechts als minimales, starkes Konzept, Baden-Baden 2016, S. 198f. Zur Gerechtigkeitslehre des Aristoteles liegen seit langem eine Reihe von Studien vor: Hermann Adolph Fechner, Über den Gerechtigkeitsbegriff des Aristoteles, 1855, Neudr. Aalen 1964; Max Salomon, Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles, nebst einem Anhang über den Begriff der Tauschgerechtigkeit, Leiden 1937; Stefanie Haacke, Zuteilen und Vergelten. Figuren der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Wien 1994; John-Stuart Gordon, Aristoteles über Gerechtigkeit. Das V. Buch der Nikomachischen Ethik, Freiburg 2007; Ursula Wolf, Aristoteles «Nikomachische Ethik», 3. Aufl., Darmstadt 2013, S. 93ff.; Raul Heimann, Die Frage nach Gerechtigkeit. Platons Politeia I und die Gerechtigkeits-theorien von Aristoteles, Hobbes und Nietzsche, Berlin 2015, S. 153ff.

91 Aristoteles, Nikomachische Ethik, V, 5.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

Die Vernachlässigung der Zäsur zwischen dem mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rechtsdenken⁹² verdunkelt indessen den tiefgreifenden Wandel der Gerechtigkeitsfrage infolge der Entstehung des frühmodernen Staates. Die Geschichte der Gerechtigkeit als eines gedanklichen Modells ist nicht zu schreiben ohne Berücksichtigung der realen Rechtsgeschichte. Diese aber hat im 16. und 17. Jahrhundert eine grundlegende Veränderung erfahren, seitdem nicht mehr die sog. Rechtsgenossen – Adlige, Bauern, Bürger – ihre Angelegenheiten im Rahmen des Herkommens regelten, sondern die Obrigkeit Recht setzte, kraft ihrer Autorität. In diesem Augenblick kann es zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem staatlich verordneten Recht und den Erwartungen der Untertanen kommen, das als Gerechtigkeitsdefizit erfahren wird. Natürlich hat es soziale Spannungen gerade aus Rechtsgründen auch vorher gegeben. Aber dabei ging es in der Regel um Konflikte zwischen Rechtspositionen, die sich im Prinzip gleichrangig gegenüberstanden, nicht um eine Diskrepanz zwischen dem als Recht zu akzeptierendem Gesetz der Obrigkeit und davon abweichenden Vorstellungen der Gesetzesadressaten. Dadurch erst entstand die Möglichkeit des bis heute charakteristischen Zwiespalts zwischen staatlichem Recht und dem subjektiven Gerechtigkeitsempfinden. Soweit ersichtlich, hat diese Innovation nur der frühere Bundesverfassungsrichter Martin Draht in einer heute längst vergessenen Studie präzise beschrieben: *Während in statischen Gesellschaften die traditionale Ordnung eo ipso als die «richtige» Ordnung erschien, impliziert der Verlust des traditionellen Charakters beim Recht, dass dem Inhalt der traditionellen Ordnung ein anderes Ordnungsziel gegenübergestellt wird; denn die Lösung des Rechts aus den traditionellen Ordnungsarten ist gerade das Mittel, eine von der bestehenden Ordnung abweichende neue Ordnung zu «setzen».* Nun vollzieht sich *die Entfaltung der Kategorie «Gerechtigkeit» [...] in Gestalt konkreter Gerechtigkeitspostulate. Diese sind antithetisch zum konkreten Recht.*⁹³ Solange Recht in der Gesellschaft entstanden ist, war sein Rechts- und zugleich Gerechtigkeitsgehalt Gegenstand des Wechselspiels herrschaftlicher und genossenschaftlicher Einflüsse. Wird Recht – mit dem inhärenten Anspruch einer gerechten Regelung – von der

92 Horst Dreier, *Recht* (Anm. 45), S. 71f.

93 Martin Draht, *Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts. Prolegomena zur Untersuchung des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit*, Tübingen 1963 (*Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart* 272/273), S. 32, 36.

Obrigkeit oktroyiert, verliert es seinen ursprünglichen Bezug zu individueller Tugendhaftigkeit.

Es ist kaum ein Zufall, dass fast zu derselben Zeit, als Thomas Hobbes die souveräne Rechtssetzungsmacht des Staates proklamierte, sein Zeitgenosse Hugo Grotius einen wesentlichen Unterschied zwischen der ausgleichenden und austeilenden Gerechtigkeit betonte, der zwar schon Aristoteles bewusst war, den der Niederländer aber nun dauerhaft im Diskussionsprozess verankerte: die *iustitia communitativa* setzt gleiche Individuen voraus, die *iustitia distributiva* aber ein Verhältnis der Über- und Unterordnung.⁹⁴ Seitdem und vor dem Hintergrund der in moderner Zeit gewachsenen Staatsmacht wird die ganze Diskussion heute völlig von den Stellungnahmen zur verteilenden Gerechtigkeit beherrscht. Sie gilt nicht wenigen Autoren des 20. Jahrhunderts als die wertvollere, auch logisch vorrangige Form der Gerechtigkeit, weil erst eine hoheitliche Macht existieren müsse, die den Individuen Rechtsgleichheit gewähre. Gustav Radbruch etwa meinte: *Die ausgleichende Gerechtigkeit ist Gerechtigkeit zwischen Gleichberechtigten, setzt also einen Akt der austeilenden Gerechtigkeit voraus, der den Beteiligten die Gleichberechtigung [...], den gleichen Status verliehen hat. So ist die austeilende Gerechtigkeit die Urform der Gerechtigkeit.*⁹⁵ Dieser Gedanke setzt aber ein anderes, noch ursprünglicheres Wesen voraus: den Staat oder jedenfalls eine mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattete und immer schon existente Autorität, die Gleichheit zu verteilen hat. Das ist eine historisch für viele Gesellschaften irrealer Vorstellung und auch logisch nicht nachvollziehbar, weil eine mit solcher Kompetenz ausgestattete Institution die sie ins Leben rufenden Menschen mit der Fähigkeit voraussetzt, Rechtsbeziehungen zu begründen. In unseren Tagen begreift der Philosoph Robert Spaemann Gerechtigkeit überhaupt nur noch als ein ganz

94 Hugo Grotius, *De Iure Belli ac Pacis* libri tres, (erstmalig 1625), Cum Annotatis Auctoris, ex postrema ejus ante obitum cura, Amsterdam 1750, Lib. I, Cap. I, n. III, 2: *Sicut autem societas alia est sine inaequalitate, ut inter fratres, cives, amicos, foederatos: alia inaequalis, [...], ut inter patrem et liberos, dominum et servum, regem et subditos, Deum et homines [...].*

95 Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Anm. 3), S. 126. Kritisch dazu Claus-Wilhelm Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München 1997 (Sitzungsberichte d. Bayer. Akademie d. Wiss., Phil.-hist. Klasse. Jg. 1997 H. 7), S. 27f. Ähnlich wie Radbruch Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München 1971, S. 161f.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

spezifisches Verteilungsproblem: *Das Phänomen, das aller Gerechtigkeit zugrunde liegt, ist das der Verteilung oder der Beanspruchung knapper Güter.*⁹⁶

Dennoch aber hält das wissenschaftliche Schrifttum weiterhin durchgehend an der sakrosankten Einheit des Gerechtigkeitsbegriffs mit den drei Varianten der *iustitia communitativa*, *distributiva* und *legalis* fest. Denn gemeinsam sei aller Gerechtigkeit – wie seit Aristoteles generell anerkannt – der Bezug zum *Anderen*, mag dies ein Zeitgenosse gleichen Status oder der Repräsentant einer hoheitlichen Institution sein.⁹⁷

4. Außenperspektiven: Philosophiegeschichtliche, soziologische, rechtstheoretische Arbeiten über die Gerechtigkeitsforschung

Ist schon die Frage, was jeweils im Einzelfall gerecht ist, von der Frage nach der Gerechtigkeit überhaupt zu unterscheiden, so nochmals die weitere nach dem Weg und Ziel dieser wissenschaftlichen Bemühungen.⁹⁸ Längst ist die Gerechtigkeitsforschung selbst ein Gegenstand der Wissenschaft geworden. Seit der historistischen Wende der Geisteswissenschaften gehört es zu ihren Standardmethoden, die bisherigen Versuche, über einen Gegenstand Erkenntnisse zu gewinnen, zu rekapitulieren und kritisch zu reflektieren; nicht selten bleibt es auch dabei. Etwas anderes aber ist es, die Gerechtigkeitsforschung der neueren Zeit selbst explizit in den Blick zu nehmen und ihre Strukturen und Tendenzen zu analysieren. Da diese in der vorliegenden Studie ohnehin deutlich werden sollten, dürfen wir uns mit wenigen Hinweisen begnügen.

Dominierend ist der Eindruck einer *Rückkehr der Gerechtigkeitsidee*⁹⁹, die weniger auf wissenschaftsimmanente als auf politische und soziale Gründe zurückzuführen sein dürfte und weiterer Nachforschungen bedarf. Zwar schien der Streit um den Vorrang von Naturrecht oder

96 Spaemann, Grundbegriffe (Anm. 23), S. 50.

97 z. B. Pieper, Gerechtigkeit (Anm. 67), S. 32ff. und andere.

98 Mazouz, Was ist gerecht? (Anm. 31) S. 53.

99 So ausdrücklich Hasso Hofmann, Rechtsphilosophie nach 1945 (Anm. 6), S. 43ff; ferner Johann Braun, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit, München 2001.

Rechtspositivismus in eine Sackgasse ohne weitere Perspektiven zu führen, sodass der akademischen Rechtsphilosophie eine neue Fragestellung, zumal aus dem anglo-amerikanischen Kulturkreis und damit unbelastet von deutschen Obsessionen, willkommen sein musste. Doch Hasso Hofmann vermutet wohl mit Recht eher den Einfluss äußerer Faktoren, wie die ökonomischen Verwerfungen seit den späten siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts und die Bewältigung der Wiedervereinigung, als Ursache der neuen deutschen Gerechtigkeitsdebatte.¹⁰⁰ Vielleicht muss man noch weiter ausholend die politischen Bedingungen der Vor- und Nachwendezeit bis 1989 und danach in die Ursachenforschung einbeziehen. Sowohl während des Kalten Krieges wie auch nach dem Untergang des Sowjetsystems gab es besondere Gründe, nach Sinn und Ziel der Gesellschaftspolitik in demokratisch verfassten Staaten zu fragen. Nachdem die naive Vorstellung einer linear verlaufenden, generellen Wohlstandsteigerung verblasst war, das konkurrierende Sowjetsystem aber weiterhin eine glückliche Endzeit im Kommunismus in Aussicht stellte und viele westliche Intellektuelle faszinierte, sahen sich Gelehrte des Westens offenbar herausgefordert, ideale Alternativen zu entwickeln. Das Stichwort «Gerechtigkeit» bot sich als Orientierungsmarke an, um die durch das liberale Wirtschaftssystem verursachten Ungleichgewichte abzumildern. Mit dem Ende der marxistisch-leninistischen Perspektive einerseits, der Verschärfung und Krisenanfälligkeit des globalisierten ökonomischen Wettbewerbs andererseits aber gewann die Gerechtigkeitsfrage wohl noch an Gewicht. Nachdem nun niemand mehr der Menschheit ein gültiges soziales Zukunftsmodell von unabsehbarer Dauer anzubieten hatte, erwies sich die Gerechtigkeit als einzige Maxime einer «Richtigkeit» anstrebenden und daher allein legitimen Zielsetzung der Gesellschaftspolitik.

So ist es verständlich, dass auch die auf jeden normativen Anspruch verzichtende soziologische Beobachtung der Gerechtigkeitsdiskussion ihren Blick fast ausschließlich auf deren gesellschaftliche Funktion richtet und damit den Vorrang der sozialen Gerechtigkeit gegenüber der grundsätzlicheren Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit bestätigt. Die systemtheoretische Grundierung dieser Untersuchungen macht bewusst, dass *es sich bei der Frage nach der Gerechtigkeit um die Frage nach der Form einer rechtseigenen Selbstkontrolle des Rechts-*

100 Hofmann, Rechtsphilosophie nach 1945 (Anm. 6), S. 43f., 47.

II. Wege der Gerechtigkeits- und Rechtsforschung in neuerer Zeit

systems handelt¹⁰¹, deren Funktionstüchtigkeit aber eher kritisch gesehen wird. Doch lässt der methodische Ansatz der Soziologie die Eigentümlichkeit der neueren Rechtsgeschichte als ein spannungsgeladenes Auseinanderdriften von Rechtsdenken und Gesetzesrecht deutlich werden, demgegenüber die Forderung nach Gerechtigkeit als der Versuch erscheint, diesen Zwiespalt zu überbrücken. Aus dieser Perspektive ist die Gerechtigkeitsdebatte der Gegenwart ebenso unvermeidlich wie offen in ihren Ergebnissen. Der Beobachtung durch die Soziologie kann sich die Rechtsphilosophie auch in Zukunft nicht entziehen, wenn auch Zweifel erlaubt sind, wie unbeteiligt sie diesem Geschäft nachgehen kann.

Mit einem anderen Ziel hat Nils Jansen die Gerechtigkeitsdiskussion aus rechtstheoretischer Sicht untersucht. Sie befinde sich *in einem Zustand der Unordnung*, dem mit dem Ziel abgeholfen werden müsse, eine integrative Theorie zu entwickeln, also empirische, analytische und normative Theorieelemente zu vereinigen.¹⁰² Das geschieht in Kapiteln über die Prinzipien, z. B. über den Begriff der Gerechtigkeit einerseits, die Gerechtigkeitsdiskurse andererseits. Die hier besonders interessierende Charakterisierung des im Schrifttum gebrauchten Gerechtigkeitsbegriffs umfasst vier Merkmale: seine Zugehörigkeit zur Sozialmoral, seine *Allokation von Gütern und Rechten auf Güter*, die Höchststufigkeit der aus ihm hergeleiteten Normen und ihre Rolle als *inhaltlicher Maßstab für die moralische Richtigkeit*.¹⁰³ Solche Analysen der Gerechtigkeitsforschungen bleiben aktuell und weiterhin erforderlich, um dessen Elemente mit ihren theoretischen Funktionen zu verstehen. Sie bedürfen weiterhin auch der Aktualisierung, zum Beispiel, um den entstandenen Schwerpunkt um die verteilende Gerechtigkeit als Zentrum fast aller Gerechtigkeitsbestrebungen und ihre soziale Funktion realistisch zu erfassen und zu verstehen.

101 Martin Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, Berlin 2011, S. 71; Peter Felixberger, Wie gerecht ist die Gerechtigkeit? Hamburg 2012.

102 Nils Jansen, Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998, S. 15, 19ff.

103 Jansen, Struktur (Anm. 102), S. 57.

III.

Der Grund von Recht und Gerechtigkeit
in intersubjektiven Beziehungen

1. Voraussetzung und Ziel der vorliegenden Studie

Im Gegensatz zu der heute fast ausschließlich vorherrschenden Diskussion über die soziale Gerechtigkeit, die sich auf der Basis der von Aristoteles gegebenen Hinweise zur *iustitia distributiva* so erst im 20. Jahrhundert entwickelt hat, versuchen die folgenden Überlegungen Gerechtigkeit und ihr Verhältnis zum Recht ausgehend von der *iustitia communitativa* zu verstehen¹⁰⁴ – mit anderen Worten: den *Ausgangs- und Bezugspunkt des Rechtsverständnisses beim Menschen* zu erkennen, nicht bei der Norm.¹⁰⁵ Michael Köhler geht in seinem gerade vorgelegten opus magnum der Rechtsphilosophie von personalen *Grundbegriffen* aus: *das Menschenrecht, die Menschenpflichten, das Privatrecht, ursprünglicher Erwerb, Vertrag, Unrecht, Zurechnung [...]*¹⁰⁶ Demgemäß ist die *schützend-ausgleichende Gerechtigkeit [...]* *die erste Form der Gerechtigkeit*.¹⁰⁷ Für diesen Einstieg in unsere Fragestellung sprechen mehrere Gründe. Zunächst der historische, dass Recht vor aller Gesetzgebung zuerst im Medium zweiseitiger menschlicher Beziehungen in mündlicher Form in Erscheinung getreten ist und in solchen Kontakten weiterhin als eine Verbindlichkeit erzeugende Realität erfahren wird. Sodann aber auch die Tatsache, dass Gerechtigkeit seit altersher, im griechischen wie im altorientalischen – also auch im fortwirkenden «alttestamentlichen» – Denken als eine persönliche Eigenschaft besonderen Ranges begriffen wurde, während Zuteilungsprobleme als ein besonders empfindliches Terrain zwar der Erörterung bedürfen, aber der übergreifenden Zielvorstellung tugendhaften Verhaltens – in diesem Falle von Autoritäten – untergeordnet waren.

104 Vgl. a. unten Abschnitt III 3 a.

105 Bydlinski, Begriff (Anm. 85), S. 1.

106 Michael Köhler, *Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit*, Tübingen 2017, Vorwort.

107 Köhler, *Recht* (106), S. 467.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

2. Historische Konzepte

a) Zum sokratischen und altorientalischen Gerechtigkeitsverständnis

Sokrates meint, wenn er von dem *Gerechten* spricht, den unter Seinesgleichen rechtmäßig Handelnden, also die korrekte, den Gesetzen entsprechende, daher tugendhafte Teilnahme am Rechtsverkehr. *Dies dünkt mich das Ziel zu sein, auf welches man hinsehen muss bei der Führung des Lebens, und alles in eigenen und gemeinschaftlichen Angelegenheiten [...] so verrichten, dass immer Gerechtigkeit und Besonnenheit dem gegenwärtig bleibe, der glücklich werden will. Tut er nun, was sich gebührt gegen Menschen, so tut er das Gerechte.*¹⁰⁸ Diese Worte aus dem Dialog «Gorgias» bezeugen aus der Sicht Platons exemplarisch, was Sokrates unter Gerechtigkeit verstand: die dem einzelnen Mitbürger gestellte, individuelle Aufgabe konsequent sittlichen Verhaltens. Daher sei es besser Unrecht zu erleiden als Unrecht zu tun und für den Ungerechten immerhin besser, Strafe zu erdulden als straflos im Unrecht zu verharren.¹⁰⁹ Für diese von Sokrates oft wiederholten und seitdem viel zitierten Sätze kennt das Schrifttum des alten Judentums bis hin zu Jesus von Nazareth bemerkenswerte Parallelen, die hier nicht in Erinnerung gerufen werden müssen.¹¹⁰ Festzuhalten ist aber, dass auch in der alten jüdischen Kultur *der Gerechte* eine Leitfigur darstellt, Gerechtigkeit somit als ein persönliches Attribut erscheint, nicht jedoch als Idee einer idealen Sozialordnung. Wegen zehn Gerechter hätte Jahwe darauf verzichtet, Sodom und Gomorrha zu vernichten.¹¹¹ In der Forschung findet sich daher das Fazit: *Man kommt dem alttestamentlichen Begriff Gerechtigkeit ... näher, wenn man ihn mit unserer Vorstellung von Heiligkeit, Redlichkeit und Rechtschaffenheit zusammenbringt.*¹¹²

108 Platon, Gorgias, Kap. 63, 507d; Kap. 62, 507b.

109 Platon, Gorgias Kap. 24, 469c; Kap 28, 472e; Kap. 35, 479d; Kap. 43, 489b; Kap. 64, 509b.

110 W. Grossouw/J. de Fraine, Gerechtigkeit, in: Bibel-Lexikon, hrsg. v. Herbert Haag, 3. Aufl., Zürich 1982, Sp. 556–559, 558; D. Michel, Gerechtigkeit, in: Neues Bibel-Lexikon, hrsg. von Manfred Görg/Bernhard Lang, Bd. I–III, Zürich 1991–2001, Bd. I, Sp. 795–797 (801); Markus Witte, Von der Gerechtigkeit Gottes und des Menschen im Alten Testament, in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeit (Anm. 21), S. 37–67.

111 Gen. 18, 23–33.

112 W. Grossouw/J. de Fraine (Anm. 110), Sp. 558.; ähnlich Michel, Gerechtigkeit (Anm. 110), S. 797: *Die hebr[äische] Begriffsbildung [...] zwingt jeden einzelnen «Hebräer», mit dem Allgemeinbegriff «Gerechtigkeit» immer auch schon den*

Die objektivistische Idee einer «gerecht» geordneten Gesellschaft in einem quasi modernen Sinne ist auch nicht den Zeugnissen zu entnehmen, die auf den göttlichen Ursprung der Gerechtigkeit hinweisen. Sokrates war der Überzeugung, seine Erkenntnis werde ihm von einer Gottheit eingegeben, von dem als innere Stimme vernehmbaren Daimonion. *Mir aber ist dieses, wie ich behaupte, von dem Gotte auferlegt zu tun, durch Orakel und Träume und auf jede Weise, wie nur je göttliche Schickung einem Menschen etwas auferlegt hat zu tun.*¹¹³ Nichts anderes besagt die – wenn gleich ganz anders geartete – Gottesvorstellung, die Moses seinem Volk in hymnischer Weise vermittelte: *Vollkommen ist sein Tun, denn Recht sind alle seine Wege. Ein Gott der Treue ohne Unrecht, gerecht und redlich ist er.*¹¹⁴ Die Idee eines göttlichen Ursprunges aller Gerechtigkeit spiegelt die menschliche Erfahrung wider, konfliktfrei nur nach bestimmten Maximen leben zu können. Deshalb sind die als göttlich bezeichneten Gesetze göttlicher Herkunft. Was die Menschen unter ihresgleichen als zwingende Verhaltensnorm wahrnahmen, schrieben sie nach der Logik ihres Denkens göttlichen Mächten zu: *Du sollst nicht töten, Du sollst nicht begehren Deines nächsten Weib ...* usw. Wenn der Ursprung der Gerechtigkeit aber in menschlicher Erfahrung zu suchen ist, dann wird man zugeben müssen, dass sie ihren Ursprung gerade im zwischenmenschlichen Bereich haben muss. Selbst in Platons Politeia verhält es sich im Prinzip nicht anders, scheint danach doch *Gerechtigkeit zu sein, dass jeder das Seinige verrichtet*¹¹⁵ – hier gedacht als der *Vollzug der Verhaltensweisen, welche [...] einer jeden Klasse innerhalb der menschlichen Gesellschaft zugewiesen sind [...]*.¹¹⁶

b) Die ausgleichende Gerechtigkeit bei Aristoteles

Aristoteles hat diese komplexe und anspruchsvolle Gerechtigkeitsforderung auf ihre nicht weiter reduzierbaren Kernelemente beschränkt und der Nachwelt einen Hinweis auf die Entdecker einer nahezu ursprünglichen Gerechtigkeitsvorstellung hinterlassen. Es seien die Pythagoreer gewesen, die *das Gerechte schlechthin als das (bestimmten), was man von*

Erweis dieser Haltung in einem konkreten Tun mitzudenken und dann auch sein Handeln entsprechend auszurichten.

113 Apologie Kap. 22, 31c; Kap. 15, 27d, 15.

114 Deut. 32, 4.

115 Platon, Politeia Lib. IV, 433b.

116 Del Vecchio (Anm. 66), S. 20.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

einem andern als Vergeltung erfährt.¹¹⁷ Die Wiedervergeltung im Sinne unmittelbarer Handgreiflichkeit will Aristoteles nicht als eine Weise der ausgleichenden Gerechtigkeit verstanden wissen. Doch diese umfasst auch nach ihm *das Ordnende, das im freiwilligen und unfreiwilligen Verkehr vorliegt*.¹¹⁸ Daher illustriert Aristoteles die durch ausgleichende Gerechtigkeit gewährleistete Teilnahme am Rechtsverkehr mit Beispielen zweierlei Art: einerseits mit freiwillig eingegangenen vertraglichen Bindungen, andererseits durch die unfreiwillig entstandenen Rechtsbeziehungen, nämlich wegen geschehener Eingriffe in die Rechtsgütersphäre eines anderen. Zu den ersteren zählt er *Kauf, Verkauf, Darlehen, Bürgschaft, Nutznießung, Deposition, Miete*, zu den letzteren *Diebstahl, Ehebruch, Giftmischerei, Kuppelei, Sklavenverführung, Meuchelmord, falsches Zeugnis*. Zum Teil handelt es sich bei den unfreiwilligen Kontakten auch um solche gewaltsamer Art, wie *Misshandlung, Freiheitsberaubung, Totschlag, Raub, Verstümmelung, Beleidigung, Beschimpfung*.¹¹⁹ Es sind Rechtsbrüche, die im modernen Recht sowohl strafrechtliche wie auch zivilrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen können, aber in den alten Rechtsordnungen so nicht unterschieden wurden. Unschwer ist in den beiden Fallgruppen von Aristoteles' so genannter *ausgleichenden Gerechtigkeit* bereits die spätere Einteilung der Schuldverhältnisse durch das römische Recht in vertragliche und gesetzliche zu erkennen, die seit der Rezeption des antiken Rechts im Mittelalter bis heute unser Zivilrecht prägt.

Der moderne Jurist muss daher Schwierigkeiten damit haben, im Vertragsgeschehen mit Leistung und Gegenleistung sowie im notwendigen Ausgleich vergangener Rechtsverletzungen ein Gerechtigkeitsproblem zu entdecken. Es geht ja hier um die willentliche Schaffung oder willensunabhängige Entstehung subjektiver Rechte aufgrund des Handelns der Beteiligten selbst. Ohne ihre Aktivität keine Rechtsfolge. Dadurch aber bestimmen sie nach Maßgabe der unter ihnen beobachteten Regeln oder ausgehandelten Bedingungen den Inhalt der entstehenden Rechte selbst.

117 Nikomachische Ethik V 8. Ausführlich zur Vorgeschichte des Gerechtigkeitsbegriffs bei den Pythagoreern Ulrich Manthe, Beiträge zur Entstehung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles, in: Zs. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 113 (1996), S. 1–31.

118 Nikomachische Ethik V 7.

119 Nikomachische Ethik V 5 a. E.

Wofür braucht man den Begriff der Gerechtigkeit also, wenn ihm kein besonderer Beitrag zur Gewinnung einer angemessenen Rechtsfolge abverlangt werden muss? Zwar ist zu bedenken, dass der durch die ausgleichende Gerechtigkeit geschützte Handlungsraum in den alten Gesellschaften oft nicht der einer liberalen, auf freien Willensentscheidungen beruhenden Wirtschaft gewesen ist, sondern durch Förmlichkeiten reguliert und mit gravierenden Haftungsfolgen verbunden war.¹²⁰ Dabei mag der Rechtmäßigkeitskontrolle solcher zweiseitigen Kontakte ein anderes Gewicht zugekommen sein als heute noch einsichtig zu machen ist. Doch ändert dieser Unterschied zwischen Einst und Jetzt nichts am Charakter der zugrunde liegenden Konstellation, dass der für ein Delikt oder im Rahmen einer Vereinbarung getroffene Ausgleich Rechte erst begründet, die einer Würdigung auf der für uns anspruchsvolleren Ebene der Gerechtigkeit nicht bedürfen.

Gerechtigkeit, so heißt es in unserem wissenschaftlichen Schrifttum allerdings, setze immer ein *Wechselverhältnis von Partnern* voraus, weshalb die Gerechtigkeit eines einzelnen Menschen von der Verwirklichung einer gerechten Gesellschaftsordnung durch die *iustitia distributiva* begrifflich nicht unterschieden werden müsse. Der *Andere* könne ein einzelner Mensch sein, aber auch eine Personengesamtheit – das Dorf, die Polis, der Staat. Mit einer solch abstrahierenden Reduktion der Gerechtigkeit auf den kleinsten gemeinsamen Nenner des *Anderen* als Gegenüber rettet man zwar ganz im Sinne des Aristoteles die Allgemeinheit des Begriffs, dies aber auf Kosten seiner inhaltlichen Bestimmtheit. Indem Aristoteles für beide Formen der Gerechtigkeit außerdem Gleichheit fordert – obwohl es sich um ungleiche Gleichheiten handelt –, bewahrt er die Einheit des Begriffs, nimmt aber zugleich der von ihm gefundenen Differenz ihre eigentliche Schärfe. Der Gerechte im Sinne des Sokrates kann sich zwar in diesem System wiederfinden, allerdings in sehr verschiedener Funktion: als Obrigkeit einerseits, die den Bürgern eines geordneten Gemeinwesens etwas zuzuteilen hat, als Partner rechtlicher Beziehungen unter Gleichen andererseits.¹²¹ Es scheint daher, dass Aristoteles mit seiner Relativierung der von ihm gefundenen Unterscheidung von austeilender und ausglei-

120 Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2. Aufl., München 1971, S. 146ff.; Rudolf Hübner, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 5. Aufl., Leipzig 1930, S. 521ff. Zur *Ordnung des Tausches*, also seiner konkreten Durchführung nach Aristoteles vgl. Haacke, *Zuteilen und Vergelten* (Anm. 90), S. 32ff.

121 Nikomachische Ethik V 5.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

chender Gerechtigkeit jedenfalls nach heutigem Verständnis die Erforschung dessen, was Gerechtigkeit ist, wieder verdunkelt hat.

Indessen dürfte das aus heutiger Sicht auffallende Ungleichgewicht der beiden Formen aristotelischer Gerechtigkeit einen philologischen Grund haben, der weiterer Nachforschungen würdig wäre. Denn *das Wort dikaiosyne, das im Deutschen mit «Gerechtigkeit» [...] übersetzt zu werden pflegt, bedeutet im Griechischen das «Recht-handeln» im weitesten Sinne*¹²², wie es auch dem weiten Sinnhorizont von *dike* entspricht.¹²³ Daher fügt sich aus der Sicht des griechischen Philosophen auch der einfache Mechanismus der ausgleichenden Gerechtigkeit nahtlos und unverzichtbar in das von ihm ins Auge gefasste System des Rechts ein. Wenn das Wort *dikaiosyne* aber mit der Einbeziehung gewöhnlicher Rechtsbeziehungen einen umfassenderen Sinn hat als das deutsche *Gerechtigkeit* oder das englische *justice*, dann ist es geboten, auf diese, aus heutiger Sicht bemerkenswerte Differenz zwischen «Gerechtigkeit» und «Recht» innerhalb der aristotelischen Begrifflichkeit nachdrücklich hinzuweisen.

Eine erste These meiner bisherigen Überlegungen lautet daher: Die von Aristoteles so genannte ausgleichende Gerechtigkeit betrifft kein Gerechtigkeitsproblem, sondern die Entstehung des Rechts überhaupt und zwar aus zwischenmenschlichen Beziehungen. Damit wird einerseits der Gerechtigkeitsbegriff entlastet, ganz im Sinne der heute allgemein vorherrschenden Tendenz, ihn auf die austeilende Gerechtigkeit zu konzentrieren. Andererseits aber wird der Blick frei auf die Wurzeln des Rechtsdenkens sowohl in seinen archaischen Formen wie auch in seinen logischen Strukturen.

122 Kurt von Fritz, Zur Interpretation des V. Buches von Aristoteles' Nikomachischer Ethik, in: Archiv für Geschichte der Philosophie 62 (1980), S. 241–275, 244. Wilhelm Pape, Griechisch-Deutsches Handwörterbuch, 3. Aufl., Neudr. Graz 1954, Bd. 1, S. 627: *Gerechtigkeit, die Eigenschaft und Handlungsweise des Dikaos, Rechtlichkeit; der Dikaos aber handelt nach Sitte und Brauch, erfüllt seine Pflichten gegen Götter und Menschen*, ebda. S. 626. Henry George Liddell/Robert Scott, A Greek-English Lexikon, New Ed. By Henry Stuart Jones, Vol I, Oxford 1940, ND 1951, S. 429 übersetzen *dikaiosyne* daher nicht nur mit *justice*, sondern auch mit *righteousness*.

123 Haacke, Zuteilen und Vergelten (Anm. 90), S. 7: *Dike ist gleichermaßen die lichte Macht des Rechts, die düstere Macht der Rache und Strafe, die Macht der Sühne und der Genugtuung, die Macht des Ausgleichs*.

c) Die Grundsätze des römischen Rechts

Hat sich der moderne Beobachter durch die Wahrnehmung der griechischen Rechtsethik erst einmal von dem Vorurteil befreit, Recht und Gerechtigkeit sei primär in den schriftlich fixierten oder gewohnheitsmäßig beobachteten objektiven Normen aufzusuchen, dann begegnet uns auch das römische Recht zunächst und vor allem als eine in höchstem Maße ausdifferenzierte Gestaltung intersubjektiver Rechtsbeziehungen. Die *Digesten* beginnen mit der etymologisch gewiss unrichtigen, aber aufschlussreichen Mitteilung des großen Juristen Ulpian, das Wort *ius* leite sich von *iustitia* her;¹²⁴ tatsächlich verhält es sich aber gerade umgekehrt¹²⁵, was die Zeitgenossen der Antike kaum noch durchschauten und die Rezeptionsgeschichte der Texte erst recht nicht berührte. *Iustitia* definiert Ulpian als *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. *Iustitia* beschreibt also mit dem Erfordernis eines beständigen und dauerhaften Willens, etwas zu tun, ein Verhalten. Es handelt sich nicht um ein Gesetz, sondern um die Tugend, jedermann das ihm nach der Rechtsordnung Zustehende zu gewähren.¹²⁶ Das *ius suum cuique tribuere* ist also in seinem historischen Kontext keineswegs unbestimmt, wie oft behauptet. Diese sogenannte «Formel»¹²⁷ muss in dem zitierten Satz aber in der Tat so umfassend gemeint sein, wie der von den Griechen übernommene Gerechtigkeitsbegriff unter Einbeziehung der *iustitia distributiva* reichte. Die Konkretisierung erfolgt erst im nächsten gedanklichen Schritt. Aus der *iustitia* entspringt das *ius*, ergeben sich einzelne Rechte, nicht etwa «objektives» Recht, wie der folgende Text zeigt. Um welche Rechte es sich handelt, wird in drei Oberbegriffen zusammengefasst. In dem an die Definition der *iustitia* unmittelbar anschließenden nächsten Satz heißt es: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.¹²⁸ Wie sich aus den beiden ersten *praecepta* ergibt und daher auch für die dritte Regel gelten muss, hat der römische Jurist die schlichten zwischenmenschlichen Beziehungen vor Augen. Das *honeste vivere* ist

124 D 1, 1 pr.

125 Gregor Vogt-Spira, «Ehrenhaft leben – niemanden verletzen – jedem das Seine gewähren». Der Gerechtigkeitsdiskurs in Rom zwischen Tradition, Ethik und Recht, in: *Gerechtigkeit*, hrsg. von Gert Melville u.a. (Anm. 25), S. 40–57, 42.

126 Wolfgang Waldstein, Ist das «Suum cuique» eine Leerformel? In: *Ius humanitatis*. Festschrift für Alfred Verdroß, 1980, S. 285–320, 292f., 306f.

127 Kritisch dazu Waldstein, «Suum cuique» (Anm. 126), S. 289ff.

128 D 1, 1, 10; Inst. I pr. und I, 3.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

eine über Aristoteles hinausgehende Zutat.¹²⁹ Sie entspricht im entwickelten römischen Staat etwa Platons Aufforderung, *das Seinige* im sozialen Ganzen zu verrichten. Die Gebote aber, einen anderen nicht zu verletzen und jedem das Seine zu gewähren, nehmen die beiden aristotelischen Varianten der ausgleichenden Gerechtigkeit – Delikt und Vertrag – wieder auf.¹³⁰ Dem Satz, jedem sei das Seine zu gewähren, fehlt in diesem seinem ursprünglichen Kontext noch ganz das heute mitschwingende Pathos. Neben dem *alterum non laedere* kann in Hinblick auf den umfassenden Sinn des Satzes mit dem *suum cuique tribuere* nur das gedankliche Pendant gemeint sein: die Bewahrung der Privatsphäre und ihre ungestörte Teilhabe am Rechtsverkehr. Zu denken ist an die Rechte des Eigentümers, des Geschädigten, des Gläubigers aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung.

Ciceros Überlegungen zu unserem Thema bestätigen diese innerweltliche Wurzel von rechtem Verhalten, indem er die *iustitia, in qua virtutis splendor est maximus*, und die mit ihr verbundene *benevolentia* zur *ratio* erklärt, *qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur*.¹³¹ *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*.¹³² Die zum Verständnis der Gerechtigkeit bemühte Begrifflichkeit stellt ausschließlich auf persönliche Qualitäten von sozialer Qualität ab. Die Verwirklichung der Gerechtigkeit in der Rechtsordnung aber gewährleistet in einem weiteren gedanklichen Schritt – *iustitiae primum munus* – das Verbot, andere zu schädigen und Eigentum zu respektieren.¹³³ Diese innergesellschaftliche Aufgabe der *iustitia* konkretisiert sich im Schutz des legal durch Gesetz, Vertrag oder auf andere Weise erworbenen Besitzes.¹³⁴ Weil das *ius* aber aus der *iustitia* erst

129 Ulrich Manthe, Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffs II: Stoische Würdigkeit und die *iuris praecepta* Ulpian, in: Zs. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 114 (1997), S. 1–26, 12.

130 Alfons Bürge hat in der Diskussion dieser Ausführungen sehr berechtigt auf die mit der Übersetzung vom Griechischen in das Lateinische verbundene Sinnverschiebung hingewiesen. Diese exakt nachzuvollziehen, kann der Verfasser des vorliegenden Beitrages eine ausreichende philologische Kompetenz nicht beanspruchen. Er hält sich insofern an die Perspektive der Aristotelesrezeption und den grosso modo akzeptierten Forschungsstand.

131 Cicero, *De officiis* I, 20. Zu Ciceros Staats- und Rechtsverständnis vgl. ausführlich Klaus Adomeit, *Rechts- und Staatsphilosophie I: Antike Denker über den Staat*, 3. Aufl. 2001, S. 109ff.

132 Cicero, *De officiis* I, 23.

133 Cicero, *De officiis* I, 20.

134 Cicero, *De officiis* I, 21.

hervorgeht, kann es zu jener, auch heute noch sprichwörtlichen Situation kommen, in der aus *summum ius summa iniuria* geworden ist.¹³⁵ Auf einem *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione societatus* beruht die *res publica* als *res populi* insgesamt¹³⁶, obwohl Cicero die Erfahrung unterschiedlicher und einander widersprechender Rechtsordnungen nicht fremd gewesen ist.¹³⁷ Die «elegante», d. h. gehobene, abstraktere Definition des Celsus, *ius est ars boni et aequi*¹³⁸, mag über die individuelle Berechtigung hinaus bereits das Ideal einer gelingenden Rechtspraxis andeuten. Indem aus dem iustitiagemäßen Verhalten das *ius* hervorgeht, aus der individuellen Gerechtigkeit also das subjektive Recht, sind beide Begriffe so eng aufeinander bezogen, dass sie sich nicht, wie in der modernen Rechtsphilosophie, als ein Spannungsverhältnis zwischen zwei Formen des Rechts von unterschiedlichem Anspruch darstellen lassen. *Iustitia* und *ius* sind zwar nicht identisch, weil das gerechte Verhalten das Recht erst hervorbringt. Aber ein Gegensatz zwischen ihnen kann nicht entstehen.

Augustinus hat in seinem Spätwerk *De civitate Dei* demonstriert, wie dieser wechselseitige Bezug zwischen *iustitia* und *ius* auch auf die staatliche Rechtsordnung anwendbar ist, in ihrem Rahmen aber Divergenzen auftreten können. Er diskutiert die von Scipio im Anschluss an Cicero entwickelte Meinung, ein Volk definiere sich als ein gemäß dem Recht vollzogener Zusammenschluss einer Menge von Menschen zu gemeinsamem Nutzen. Aus dem Rechtskonsens aber könne ohne *iustitia* eine *res publica* nicht hervorgehen. *Ubi ergo iustitia uera non est, nec ius potest esse*. Was nämlich dem Rechte gemäß geschieht, beruht auf Gerechtigkeit (*perfecto iuste fit*). Was aber Ungerechtes geschieht, kann nicht rechtmäßig werden. Denn ungerechte menschliche Gesetze können nicht Recht genannt werden, geht das Recht doch *de iustitiae fonte* hervor.¹³⁹ Auch für Augustinus geht also die *iustitia* dem *ius* voraus. Entstehe ein Staat, dann muss sich

135 Cicero, *De officiis* I, 33.

136 Cicero, *De re publica* I, 25.

137 Cicero, *De re publica* III, 10.

138 D I, 1 pr.

139 *De Civitate Dei* XIX, 21; freier übersetzt bei Horn/Scarano, Gerechtigkeit (Anm. 88), S.106f. Vgl. zur innerweltlichen Bedeutung der *iustitia* bei Augustinus auch Robert Dodaro, *Iustitia*, in: *Augustinus-Lexikon*, hrsg. von Cornelius Mayer, Vol 3, Basel 2004–2010, Sp.865–882, 878f.; Volkmar Hand, Augustin und das klassische römische Selbstverständnis. Eine Untersuchung über die Begriffe Gloria, Virtus, Iustitia und Res publica, in: *De Civitate Dei*, Hamburg 1970, insbes. S. 63ff. über die Nähe von *pax* und *concordia* zum Begriff der *iustitia*.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

dieser iustitiagemäß verhalten, sollen Rechte entstehen. Ungerechtes staatliches Handeln lässt Recht dagegen nicht entstehen.

Es mag schon bisher deutlich geworden sein, dass die Projektion des rechtsethisch vorgeprägten Gerechtigkeitsbegriffs auf eine Staatsgewalt eine größere Herausforderung darstellen wird, als der Vollzug der *iustitia* im Leben eines Menschen. Jedenfalls dürfte später mit der Anwendung des Modells von *iustitia* und *ius* auf den Staat ein allmählicher Wandel der mit der Gerechtigkeit verbundenen Vorstellungen begonnen haben, weil nun dem Wohl eines ganzen Volkes Rechnung zu tragen war. Doch haben sich die Strukturen des Staates – mit obrigkeitlicher Gesetzgebung, Ämtern und Beamten, zentralisierter Höchstgerichtsbarkeit – erst im ausgehenden Mittelalter herausgebildet.¹⁴⁰

d) Das individualrechtliche Verständnis der Gerechtigkeit im Mittelalter

Die Überzeugung, der Grund von Recht und Gerechtigkeit liege in intersubjektiven Beziehungen, ist auch im gelehrten Schrifttum des Mittelalters nachweisbar. Hier ist das Angebot einschlägiger Quellen so reichhaltig, dass es für den Zweck der vorliegenden Studie genügt, sich auf die stärksten Aussagen zu beschränken.¹⁴¹ Und diese stammen von Thomas von Aquin. Denn für ihn ist, wie Josef Pieper als einer seiner führenden neueren Interpreten formuliert, *die ausgleichende oder Tauschgerechtigkeit [...] die sozusagen klassische Gestalt der Gerechtigkeit*, weil die Partner einem wirklich *unabhängig* «Anderen» gegenüberstehen und dies *schlechthin gleichrangig*.¹⁴² Auf dieser allein zwischenmenschlichen, herrschaftsfrei gedachten Ebene entstehen kraft der Gerechtigkeit individuelle Pflichten: *Wer zur Gerechtigkeit aufgerufen ist, befindet sich eben deshalb in der Situation dessen, der etwas schuldet*.¹⁴³

140 Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 7. Aufl., München 2013, §§13, 17, 18.

141 Auch wo sich das Forschungsinteresse primär auf die Geschichte der Naturrechtsidee richtet, bleiben als deren Umsetzung die intersubjektiven Beziehungen sichtbar, vgl. jetzt Marko J. Fuchs, *Gerechtigkeit als allgemeine Tugend. Die Rezeption der aristotelischen Gerechtigkeitstheorie im Mittelalter und das Problem des ethischen Universalismus*, Berlin 2017, S. 80ff.

142 Pieper, *Gerechtigkeit* (Anm. 67), S. 70.

143 Pieper, *Gerechtigkeit* (Anm. 67), S. 36, 38f.

Thomas' Überlegungen, von denen hier nur die grundlegenden mitzuteilen sind, schließen unmittelbar an das antike Verständnis der *iustitia* an. Es handele sich um eine *virtus*, deren Besonderheit darin bestehe, das Verhältnis zum anderen zu ordnen. Das zeige nämlich die mit dem Wort *iustitia* verbundene *aequalitas*, also Gleichheit zweier Subjekte, spreche man doch *vulgariter* von *iustari*, wenn etwas anzugleichen sei. Wieder also eine falsche Etymologie, die aber auch bei Thomas die Richtung seines Gedankenganges anzeigt. Das Richtige, das *rectum*, im Werk der Gerechtigkeit werde durch den Vergleich mit der Stellung des jeweils Anderen begründet. Das nämlich nennen wir gerecht, was gegenüber einem anderen in irgendeiner Weise der Gleichheit – im Sinne von Ausgewogenheit – entspricht, *quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri*, zum Beispiel durch Leistung des geschuldeten Lohnes für einen erbrachten Dienst. Daher ist nach Thomas das Recht das *Objekt* der Gerechtigkeit¹⁴⁴, diese also das primäre Phänomen, das aktuelle Recht seine Konkretisierung. Der Bezug der Gerechtigkeit zu einem anderen¹⁴⁵ und ihr Charakter als Tugend¹⁴⁶ spielen in den einschlägigen Quästionen des Aquinaten eine zentrale Rolle. Er erklärt in einem eigenen Artikel auch nachdrücklich den schuldrechtlichen Charakter des *suum cuique*: Die *materia iustitiae* sei nun einmal eine äußere Handlung, die sich auf eine andere Person oder ihretwegen auf eine von uns gebrauchte Sache beziehe. Das aber werde als das *suum uniuscuiusque personae* bezeichnet, was ihr nach dem Maß der Gleichheit geschuldet sei.¹⁴⁷ Gott selbst aber, dessen Vollkommenheit auch die Tugenden umfasse¹⁴⁸, hat an diesem Austauschverhältnis nicht teil, weil er von niemandem etwas empfangt.¹⁴⁹

144 Thomas von Aquin, *Summa theologica*, Opera omnia, Stuttgart 1980, Vol. II, qu. 57, art. 1 co; Stefan Lippert, *Recht und Gerechtigkeit bei Thomas von Aquin*, Marburg 2000, S. 102.

145 Thomas von Aquin, *Summa theologica*, qu. 58, art. 1, 2, 11; Lippert, *Recht* (Anm. 144), S. 78, 81; Joao Manuel Azevedo Alexandrino Fernandes, *Thomas von Aquin über die Tugend der Gerechtigkeit*, Hamburg 2016, S. 99ff.

146 Thomas von Aquin, *Summa theologica*, qu. 58, art. 3, 5, 6.

147 Thomas von Aquin, *Summa theologica*, qu. 58, art. 11 co; Lippert, *Recht*, S. 81.

148 Thomas von Aquin, *Summa contra Gentiles*, Lat.-dt. Sonderausgabe Darmstadt 2001, ed. Karl Albert/Paul Engelhardt unter Mitarbeit von Leo Dümpelmann, Lib. I cap. 93.

149 Thomas von Aquin, *Summa contra Gentiles*, Lib. I cap. 93: *Similiter etiam iustitia quantum ad commutationis actum Deo competere non potest: cum ipse a nullo aliquid accipiat.*

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

Die Darlegungen des Thomas von Aquin über Gerechtigkeit und Recht sind nicht nur wegen ihrer Kontinuität mit dem antiken Rechtsdenken bemerkenswert. Sie belegen eindrucksvoll, wie der führende Philosoph dieser Epoche die wichtigsten Grundbegriffe der Rechtsordnung ohne Beschwörung irdischer oder außerirdischer Autoritäten allein aus den einfachsten empirischen Bausteinen intersubjektiver Verhältnisse logisch stimmig zusammenzusetzen vermag. Es sind einzelne innergesellschaftliche Kontakte, aus denen die Rechte der Menschen entspringen. Auf das Gemeinwesen insgesamt richtet sich der Blick dieses Autors nur wegen der Frage, ob die Gerechtigkeit nicht auch eine *virtus generalis* sein könne, die also nicht nur eine einzelne Person betreffe. Thomas bejaht diese Frage, weil der Bezug *ad alium in communi* bestehen könne, z.B. wenn jemand einer Gemeinschaft dient. Dann trägt er zum *bonum commune* bei, nicht anders als beim Vollzug eines Gesetzes, das gleichfalls dem Gemeinwohl zu dienen hat.¹⁵⁰ Die dergestalt allgemeine Tugend der Gerechtigkeit unterscheidet sich nur graduell vom tugendhaften Verhalten gegenüber Einzelpersonen, weil sich nach Thomas die einzelnen anderen zu allen wie die Teile zum Ganzen verhalten. Die politische Ebene hat noch keine eigene, «öffentlich-rechtliche» Qualität. Die auf dem Boden der Gerechtigkeit vollzogenen gesellschaftlichen Vorgänge sind in diesem Sozialmodell die einzigen von rechtlicher Relevanz.

Außerhalb der gelehrten Welt, vor allem in der volkssprachlichen Überlieferung, dient das Wort Gerechtigkeit noch während des ganzen Mittelalters dazu, persönliche Verhältnisse und individuelle Rechte zu charakterisieren. Unter den im Deutschen Rechtswörterbuch aufgelisteten Varianten dominieren solche Bedeutungen bei weitem. Der gelegentlich erkennbare antike Einfluss konnte dieses Verständnis der Gerechtigkeit nicht stören. Mit Rücksicht auf die Breite der berücksichtigten Überlieferung ist davon auszugehen, dass die Redaktoren des Rechtswörterbuches den ursprünglichen Sinn des deutschen Wortes zutreffend erfasst haben. Gerechtigkeit bezeichneten sie zusammenfassend in erster Linie als *menschliche Eigenschaft*, als *die dem Recht entsprechende Gesinnung*, als *die aus dieser Gesinnung erwachsene Handhabung des Rechts*. Denn, wie es in Wittenwilers Ring heißt, *die gerechtigkeit ein tugent ist, die dich lert ze aller frist, wie du niemant schaden scholt an leib, an er, noch an dem golt, sündler iedem scholt du eben daz sein vil willechleichen*

150 Thomas von Aquin, *Summa theologica*, qu. 58, art. 5.

geben.¹⁵¹ Antiker Einfluss und gelehrte Bildung verbinden sich zwanglos mit der alltäglichen Lebenserfahrung auch des Mittelalters. Ist Gerechtigkeit aber eine persönliche Eigenschaft, dann kann das Wort auch zur Bezeichnung eines jemand rechtmäßig zustehenden Rechts dienen. Unübersehbar viele Quellen bezeugen im Singular und Plural *Gerechtigkeiten* von Personen und Institutionen als einzelne Rechte vertraglicher, dinglicher, auch hoheitlicher Art, *Gerechtsame* also. Wenn daher noch Sebastian Brant in seinem «Narrenschiff» feststellt, *wer gerechtikeit halt in der hant, des gwalt mag haben gut bestant*, dann kann er nach dem Sprachgebrauch seiner Zeit noch nicht eine gerechte Politik gemeint haben, sondern nichts weiter als die Wahrung der auch einer Obrigkeit zustehenden Rechte, zum Beispiel Gericht zu halten oder Steuern zu erheben.¹⁵² Im pragmatischen lateinischen Schrifttum des Mittelalters dient das Wort *iustitia* ohnehin seit jeher überwiegend dazu, die Gerichtsbarkeit und deren Aktivitäten zu bezeichnen, wenn auch gelegentliche Hinweise auf Platons Verständnis der *iustitia* als *virtus* und Christus als *sol iustitiae* nicht fehlen¹⁵³ und daher selbstverständlich besonders dem Herrscher Gerechtigkeit abverlangt wurde.¹⁵⁴ Das spätmittelalterliche Reformschrifttum fordert Gerechtigkeit als Wiederherstellung einer geordneten Rechtspflege.¹⁵⁵

Das Gericht ist das Forum, der Marktplatz und Gerichtsort, auf dem sich die Bürger treffen, um Geschäfte zu tätigen und über die Rechtsfolgen misslungener persönlicher Kontakte zu verhandeln. Seit jeher gibt es Richter, die als Akteure des gesellschaftlichen Rechtsverkehrs Konflikte beilegen. Moses verkündet als göttliches Gesetz: *Richter[...] sollst Du Dir in allen Deinen Ortschaften [...] bestellen, damit sie dem Volke gerechtes Gericht halten. Du darfst das Recht nicht beugen, nicht auf die Person sehen und kein Bestechungsgeschenk annehmen [...] Einzig und allein Gerechtigkeit sollst Du anstreben [...]*¹⁵⁶ Die vom Richter zur Beilegung eines

151 Deutsches Rechtswörterbuch, Bd. 4 Sp. 271.

152 Deutsches Rechtswörterbuch, Bd. 4 Sp. 272 und weitere Beispiele ebd. Sp. 272f.

153 Archiv des Mittellateinischen Wörterbuchs bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften.

154 Mirko Breitenstein, Die Begründung der besten Ordnung. Gerechtigkeitskonzeptionen im Mittelalter, in: Melville u. a. (Hrsg.) *Gerechtigkeit* (Anm. 25), S. 80–96, 83ff.

155 Gabriele Annas, Gehorsamkeit ist tod, gerechtigkeit leyt not, nichts stet in rechter ordenung. Zum Begriff der «Gerechtigkeit» in Schriften zur Reichreform des 15. Jahrhunderts, in: Petra Schulte/Gabriele Annas/Michael Rothmann (Hrsg.), *Gerechtigkeit im gesellschaftlichen Diskurs des späteren Mittelalters*, Berlin 2012 (Zs. f. hist. Forschung, Beih. 47), S. 223–254.

156 Deut. 16, 18–20.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

Streites einzelner Personen wiederhergestellte Gerechtigkeit ist aber keine andere als die der arithmetischen Gleichheit im Sinne des Aristoteles.¹⁵⁷ Solange wir uns auf der Ebene zweiseitiger Beziehungen bewegen, kann Gerechtigkeit nicht mehr sein als Rechtmäßigkeit, also das dem Recht entsprechende Verhalten oder – in der Sprache der Ethik ausgedrückt – Ehrlichkeit, Rücksichtnahme, Zahlungsmoral, um den Gang zum Richter möglichst zu vermeiden. Er verkörpert aber die Instanz, die für die Korrektur rechtswidriger Kontrakte zuständig ist, etwa weil eine Partei die Erfüllung ihrer Pflichten verzögert oder die andere durch Ausnutzung einer Monopolstellung oder durch Täuschung zu einer unangemessenen Leistung bewogen hat. Um solche Vertragsstörungen aus der Welt zu schaffen, bedarf es nicht der Berufung auf Gerechtigkeit, sondern nur der Wiederherstellung des Rechts, wie es sich aus Rechtsgewohnheiten oder Gesetzen einer Gesellschaft ergibt.

3. Die intersubjektive Begründung des Rechtsbegriffs

a) Die Genese des Rechts aus dem Gegensatz von Recht und Willkür

— Der Ausgleich von Verletzungen

Die weitgehend übereinstimmenden Texte über die so genannte ausgleichende Gerechtigkeit und das Verhältnis von *iustitia* und *ius*, erörtern nicht beliebige juristische Konstrukte, sondern elementare Vorgänge der Rechtsentstehung im gesellschaftlichen Raum. Ihnen liegt als rechtstheoretische Voraussetzung der Gegensatz von Recht und Willkür zugrunde. Am einfachsten lässt sie sich für den Fall eines Delikts demonstrieren. Denn es ist evident, dass Angriffe auf Leben, Leib und Eigentum für den Täter eine Strafe oder Ersatzpflicht nach sich ziehen müssen, weil mit ihrer folgenlosen Duldung der Raum des Rechts verlassen würde. Dabei geht es nicht nur um die Verletzung des gerade heute geltenden Rechts. Lösen Verletzungen fremder Personen oder ihrer Güter keinerlei Rechtsfolgen aus, in welcher gesellschaftlichen Figuration auch immer, wäre es dem jeweils Stärkeren erlaubt, seine Macht und Bedürfnisse nach Belieben und auch gewaltsam durchzusetzen. Einer solchen Norm würde der

157 Haacke, Zuteilen und Vergelten (Anm.90), S. 25f., 63f.

Rechtscharakter fehlen, weil Rechtsnormen inhaltlich zwar Vielerlei regeln können, nicht aber die pure Willkür zur Norm erheben. Sie würde sich dadurch nicht nur selbst als unverbindlich widersprechen, sondern auch das von der Erfahrung mit dem Wort «Recht» verbundene inhaltliche Minimum nicht erfüllen. Dies ist auch der rationale Grund, warum man in derartigen Fällen gerne die Verletzung des «Rechtsgefühls» beschwört.¹⁵⁸ Doch es geht um viel mehr: um verhaltensbestimmende Regelmäßigkeit menschlichen Handelns gegen willkürliche Beliebigkeit, um organisiertes Sozialverhalten gegen den wechselhaften Willen der Gebote eines stärksten Gebieters. Denn Willkür ist das Attribut ungebundener Macht.

Der begriffliche Mindestgehalt des Wortes «Recht» besteht in seiner Normativität. Dessen elementarster Sinn ist die verbindliche Regelmäßigkeit eines Verhaltens innerhalb einer sozialen Gruppe¹⁵⁹, gleichgültig, ob und welche Sanktionen diese soziale Einheit für Normverstöße schon entwickelt hat und praktiziert.¹⁶⁰ Eine Rechtsphilosophie, die nicht nur Geset-

158 Vgl. o. Abschnitt II 2.

159 H(erbert) L(ionel) A(dolphus) Hart, *The Concept of Law* (1961). With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford 1997, S. 8ff., 26ff. u. passim; dt. ders., *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt a. M. 1973, S. 34ff.; Rückert, *Rechtsbegriff* (Anm. 2), S. 596. Das Thema «Normativität» kommt in der rechtsphilosophischen Literatur ausführlicher eher selten vor, vgl. aber Hayek, *Recht* (Anm. 4), S. 82; ferner Joseph Raz, *Praktische Gründe und Normen* (engl. 1975), Frankfurt a. M. 2006, S. 204ff. und in neuerer Zeit Dietmar von der Pfordten, *Rechtsphilosophie*, S. 32ff., der nicht nur Regeln, sondern auch den Einzelfall betreffende Rechtsakte – einen Vertrag, ein Urteil, ein herrschaftliches Gebot – mit Rücksicht auf die ihnen innewohnende Verpflichtung als normativ begreifen möchte. Es fragt sich freilich, ob diesen Vorgängen nicht schon eine allgemeine, vertraglich zustande gekommene Regel vorausliegt. Das ergibt sich für die evidente Verbindlichkeit des Vertrages schon aus dessen Begriff, für das Urteil aus der notwendig vorausgehenden Akzeptanz der Urteilenden durch die Streitparteien und für ein herrschaftliches Gebot nur, wenn die Herrschaft selbst schon auf Konsens beruht. Eine philosophische Vertiefung des Themas bieten Jonathan Dancy, *Editors Introduction*, in ders. (Hrsg.), *Normativity*, Oxford 2000, S. VII–XV und Peter Railton, *Normative Force and normative Freedom: Hume and Kant, but not Hume versus Kant*, ebda. S. 1–33. Im Gegensatz zu solchen Überlegungen über Normativität versteht manche neuere Darstellung unter Normativität nur noch die Summe der gemeinsamen Merkmale autoritativ gesetzter Normen, insbes. staatlicher Gesetze, die mit einem Imperativ verbunden sind bzw. ein *Müssen* zum Inhalt haben, so Jhering, *Zweck* (Anm. 69), Bd. 1, S. 257f. und in neuerer Zeit Peter Stemmer, *Normativität. Eine ontologische Untersuchung*, Berlin 2008, S. 15ff., 155ff. Diese verengte Sicht, der die Gleichsetzung von Recht mit dem staatlichen Gesetz und vergleichbaren öffentlichen Normen zugrunde liegt, vernachlässigt völlig die Rechtsgeschichte vergangener und das Recht fremder Kulturen. Vgl. dazu den folgenden Text.

160 Hart, *Concept* (Anm. 159), S. 198; dt. ders., *Begriff* (Anm. 159), S. 272f.: Da die Vor-

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

zesphilosophie sein möchte, kann nicht umhin, das Ganze der überschaubaren Menschheitsgeschichte in den Blick zu nehmen. Und aus dieser ergibt sich die überwältigende Bedeutung der innergesellschaftlichen Rechtsbildung. Während *die Erfindung der Gesetzgebung relativ spät in der Geschichte der Menschheit* stattfand, gehört das Recht seit jeher zu ihren elementarsten Lebensbedingungen: *Recht im Sinne durchgesetzter Verhaltensregeln ist zweifellos so alt wie die Gesellschaft; erst die Befolgung gemeinsamer Regeln ermöglicht das friedliche Zusammenleben der Menschen.*¹⁶¹ Lebt eine Gesellschaft noch ohne Legislative, ohne etablierte Gerichte und Beamte unter der sozialen Kontrolle gemeinsamer Verhaltensstandards, dann handelt es sich in der Regel nicht um bloßen «Brauch», sondern um ursprüngliche Verpflichtungen, *primary rules of obligation*.¹⁶² Zu ihnen aber gehören in erster Linie Ausgleichsmechanismen in Verletzungsfällen und in diesem Zusammenhang oder aus anderen Gründen getätigten Vertragsschlüssen¹⁶³, wovon noch die Rede sein wird. Dabei sichern so entstandene, als Recht verstandene Normen in erster Linie die grundlegenden Bedingungen menschlicher Existenz – Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum – auch Freiheit? Sie ist in hohem Maße modernen Projektionen und daher ahistorischen Missverständnissen ausgesetzt. Kulturell sind viele und verschiedene Formen persönlicher Abhängigkeiten entwickelt und erduldet worden. Sie spiegeln sich in der eingangs betonten historischen Relativität des Rechts wider. Doch ein Minimum selbstbestimmten Lebens gehört schon zum Begriff des Lebens an

teile gegenseitiger Unterlassung von Verletzungshandlungen handgreiflich sind, *«Sanctions» are therefore required not as the normal motive for obedience [...]*; Werner Krawietz, Sind Zwang und Anerkennung Strukturelemente der Rechtsnorm? Konzeptionen und Begriff des Rechts in der modernen Rechtstheorie, in: ders./Ota Weinberger (Hrsg.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Wien 1988, S. 315–369; von der Pfordten, *Rechtsphilosophie* (Anm. 159), S. 39. In akephalen Gesellschaften mag es naheliegen, die unangenehmen Folgen von Normverstößen auch ohne autoritativ drohende Sanktionen in Kauf zu nehmen – ohne dass sich deshalb der Rechtscharakter solcher – verbindlicher – Normen leugnen lässt, vgl. Simon Roberts, *Ordnung und Konflikt. Eine Einführung in die Rechtsethnologie*, (engl. 1979), 1981, S. 13, 30ff. mit weiterer Literatur S. 222ff. Selbst Jhering, *Zweck* (Anm. 69), Bd. 1, S. 103 räumt die Möglichkeit einer allein von den *Interessen* der Beteiligten geschaffenen verbindlichen Ordnung ein, denn *kein Gesetz hat nötig, das Heiraten zu befehlen und den Selbstmord zu verbieten*.

161 Hayek, *Recht* (Anm. 4), S. 75.

162 Hart, *Concept* (Anm. 159), S. 91ff; ders., *Begriff* (Anm. 159), S. 131ff., 68ff.

163 Ähnlich von der Pfordten, *Rechtsphilosophie* (Anm. 159), S. 63ff.

sich, das auch durch unbegründete Gefangenschaft angegriffen werden kann, zum Beispiel durch eine im Wege des Menschenraubes herbeigeführte Versklavung. Recht und Willkür bilden einen so eindeutigen, unaufhebbaren Gegensatz, dass dieser die Möglichkeit eröffnet, unverzichtbare Elemente des Rechtsbegriffs zu identifizieren.

Die Rechtsphilosophie hat den naheliegenden Zugang zum Rechtsbegriff über dessen Gegensatz zur Willkür bisher nur selten genutzt, obwohl Kants geniale Definition des Rechts dazu herausfordert, *als Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann*.¹⁶⁴ Die hier pointiert einander entgegengesetzte Willkür des einen und des anderen ist – in klarem Gegensatz zur Freiheit unter dem Gesetz – als *das Belieben zu tun oder zu lassen* definiert, *sofern es nicht bloßes Begehrungsvermögen bleibt, sondern mit dem Bewußtsein des Vermögens seiner Handlung zur Hervorbringung des Objekts verbunden ist [...]*.¹⁶⁵ Von dem heute fast vergessenen Rudolf Stammler liegt zwar eine gründlichere Studie zum Verhältnis von Recht und Willkür vor, in der er als Grenze des Rechtsbegriffs die prinzipielle Weigerung der rechtssetzenden Autorität identifiziert, sich selbst an die von ihr geschaffenen Normen zu binden.¹⁶⁶ Aber mit dem Blick auf die Gesetzgebung erfasst Stammler nur einen Teilaspekt des Themas. Im neueren Schrifttum findet sich nur selten eine weiter ausgreifende Feststellung wie diese, es enthalte *der Begriff der Willkür [...] eine scharfe Dissonanz im Verhältnis zum Recht, das der akkurate Gegenbegriff zur Willkür ist*.¹⁶⁷ Immerhin hat das

164 Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), in: Kant's gesammelte Schriften, hrsg. von der Kgl. Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. VI, Berlin 1907, S. 230. Kritische Neuedition: Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten, Erster Teil*, hrsg. von Bernd Ludwig, 2. Aufl., Hamburg 1998. Die von Ludwig vorgenommenen Korrekturen des Textes berühren die hier maßgeblichen Passagen nicht.

165 Kant, *Metaphysik*, Ak.-Ausg. VI, S. 213; ferner S. 246; Pirmin Stekeler-Weithofer, *Willkür und Wille bei Kant*, in: *Kant-Studien* 81 (1990), S. 304–320, 307f.

166 Rudolf Stammler, *Recht und Willkür* (1895), in: ders., *Rechtsphil. Abh.* (Anm. 52), Bd. 1, S. 85–118, 97; vgl. dazu a. Dietmar Willoweit, *Recht und Willkür. Rechtsgeschichtliche Annäherungen an den Begriff des Rechts*, in: *Rechtstheorie* 43 (2012), S. 143–158, 154f.; ders., *Die Wiederkehr der privatrechtlichen Rechtstheorie*, in: *Rechtstheorie* 47 (2016), S. 319–327.

167 Jens Petersen, *Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit*, 2. Aufl., Berlin 2015, S. 100f. Ähnlich gelegentlich Henkel, *Rechtsphilosophie* (Anm. 10), S. 402: *Willkür ist Ungerechtigkeit; gerechtes Ordnen bedeutet demnach: Ausschluß von Willkür*. Waldstein, *«Suum cuique»* (Anm. 126), S. 299 zu D 1, 1, 10 pr.:

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

Bundesverfassungsgericht seit langem wiederholt das Verbot von Willkür betont und mit Hilfe dieses Verbotes die Anwendung des Gleichheitssatzes gemäß Artikel 3 GG gesteuert.¹⁶⁸ Eine weitere Begründung über die Feststellung hinaus, dass Willkür der Gerechtigkeit widerspreche, hat das Gericht nicht geliefert. Die Unvereinbarkeit von Recht und Willkür setzt es als selbstverständlich voraus. Schließt für unser Denken Recht Willkür aus und Willkür Recht, dann haben wir es mit einem exemplarischen Fall des Satzes vom Widerspruch zu tun, dass Recht als Normativität nicht zugleich Recht und Willkür sein kann. Der zwingenden Logik des Satzes vom Widerspruch wäre nur zu entkommen, wenn man Recht anders definierte, etwa im Sinne des heute schon zu vernachlässigenden John Austin als erzwingbaren Befehl¹⁶⁹, womit der viel diskutierte räuberische Erpresser zum Erzeuger von Recht avancieren würde.¹⁷⁰ Dass damit der Begriff des Rechts durch einen anderen, eben den des Befehls, ersetzt würde, liegt auf der Hand.

Der ‚beständige, dauerhafte Wille‘, jedem sein Recht zuteil werden zu lassen, ist mit jeder Form von Willkür in der Tat unvereinbar. Perelman, Studie (Anm. 79), S. 67: Wenn man [...] nicht will, dass die formale Gerechtigkeit [...] nur eine Leerformel sei, dann ist es unerlässlich, die Willkürlichkeit von dem Inhalt der anzuwendenden Regel soweit als irgend möglich auszuschließen. Robert Alexy, Begriff (Anm. 61), S. 59f. hat nicht wörtlich, aber der Sache nach sinnlose und räuberische Gesellschaften unter einem Regiment der Willkür beschrieben, denen schon aus begrifflichen Gründen der Rechtscharakter abgeht. Horst Dreier, Recht und Willkür, in: Christian Starck (Hrsg.), Recht und Willkür, Tübingen 2012, S. 1–25 und S. 10ff. macht dagegen darauf aufmerksam, dass der Willkürbegriff auch innerhalb unserer Rechtsordnung einen Platz hat, so im Bereich der Selbstbestimmung, Grundrechtswahrnehmung und demokratischen Willensbildung. Es handelt sich dann aber um von der Verfassung gewährte Freiheitsrechte im Rahmen des geltenden Rechts, also rechtlich bereits «gezähmte» Willkür, somit Freiheit im Rechtssinne. Am logischen Gegensatz von Recht und rechtsfremder Willkür, wie sie auch die genannten Autoren und das Bundesverfassungsgericht (zu Anm. 168) verstehen, ändert das nichts.

168 Gerhard Robbers, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1980, S. 40ff.; Werner Heun, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 19ff.; Carsten Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes, Tübingen 2015; Willoweit, Recht und Willkür (Anm. 166), S. 155.

169 John Austin, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positiv Law, Auszug unter dem Titel «Rechtsnormen als Befehle des politischen Machthabers», in: Norbert Hoerster (Hrsg.), Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie, Stuttgart 1987, S. 15–19.

170 Ausführlich dazu in Auseinandersetzung mit den sog. «Imperativen-Theorien» Hart, Concept (Anm. 159), S. 18ff.; ders., Begriff (Anm. 159), S. 34ff.

In einer griffigen Formel zusammengefasst, ergibt sich als eine zweite These der vorliegenden Studie der Satz: Denkt man jeglichen Ausgleich von Verletzungen einer Person oder ihrer Güter weg, so entfällt der Begriff des Rechts. In einer solchen Welt würde die Willkür des Stärkeren herrschen, sodass wir sie als eine rechtlich geordnete nicht mehr wahrnehmen könnten.¹⁷¹ Es ist daher kein Zufall, dass in den frühesten Rechtsaufzeichnungen des Altertums Regelungen über die Folgen geschehener Verletzungen eine große Rolle spielen. Das durch die Verletzung auch im «Naturzustand» ausgelöste Wiedergutmachungsverlangen bedarf im Zuge herrschaftlicher Verdichtung und einsetzender Staatsbildung als elementarste Grundlage friedlichen Zusammenlebens zu allererst der Regelung. Die Betroffenen – oder im Falle ihres Todes an ihrer Stelle die Angehörigen – können eine angemessene Sühne des Unrechts durch Strafen verlangen,¹⁷² während der Missetäter seine in den antiken Texten so genannte «Gerechtigkeit» wiederherstellen kann, nämlich durch die Leistung eines Ausgleichs. Auch die Strafe hatte ursprünglich nur als Ausgleichsleistung das gestörte Verhältnis zwischen den beteiligten Personen wiederherzustellen, egal ob Leben, Gesundheit, Freiheit oder das Vermögen des deliktisch Handelnden in Anspruch genommen wurde. Ebenso war in den frühen Rechtsquellen germanischer Provenienz das wichtigste rechtspolitische Ziel die Zurückdrängung gewalttätiger Selbsthilfe mit Rachehandlungen, die fortan durch Ausgleichsleistungen ersetzt werden sollten.¹⁷³

Es liegt auf der Hand, dass ein solcher Versuch, Recht aus seinen ersten Entstehungsbedingungen zu verstehen, zu anderen Ergebnissen führen muss, als jene modernen Rechtsphilosophien, die Recht von vorneherein mit dem staatlichen Gesetz und dessen Auslegung durch die staatlichen Gerichte gleichsetzen. Der Gesetzesbegriff scheint kein Tatbestandsmerkmal zuzulassen, das Inhalte logisch zwingend ausschließt, was bekanntlich Hans Kelsen so überzeugt betont hat: Es gebe *kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, zum*

171 Willoweit, *Recht und Willkür* (Anm. 166), 146ff.; ders., *Wiederkehr* (Anm. 166), 325ff.

172 Gottfried Schieman, *Recht*, in: *Der Neue Pauly*, Bd. 10 Sp. 804–813, 809f.

173 Ausführlich Peter Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, 2015, S. 29ff.; Gerhard Dilcher, *Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht*, in: Jürgen Weitzel (Hrsg.), *Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter*, Köln 2002, S. 27–45, 32ff. Knapp zusammenfassend Dietmar Willoweit, *Reich und Staat. Eine kleine deutsche Verfassungsgeschichte*, 2013, S. 8ff.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

*Inhalt einer Rechtsnorm zu werden.*¹⁷⁴ Auch Kelsen kann dabei nicht an ein Gesetz gedacht haben, das versuchen wollte, Willkür als Norm zu etablieren. Die Diskrepanz zwischen den älteren und neueren Reflexionen über das Recht überhaupt einerseits und einem vom staatlichen Gesetz ausgehenden Rechtsverständnis andererseits ist nicht zu übersehen. Die unterschiedliche Qualität der beiden methodischen Ansätze lässt sich auch nicht mit der Behauptung eines immer schon mitzudenkenden prinzipiellen Vorrangs objektiven Rechts und damit eines stets zu unterstellenden – ungeschriebenen – «Gesetzes» mit eigener Autorität leugnen. Dagegen spricht schon, dass innergesellschaftlich entstandene Rechtsregeln oft der Modifikation durch die Betroffenen unterlagen. Und zudem ist der Unrechtsausgleich – ebenso wie der gleich zu erörternde Vertrag – eine Erscheinung des Rechtslebens, die auch kulturübergreifend außerhalb einer gemeinsamen Rechtsordnung Wirkungen entfaltet.¹⁷⁵ Die Annahme eines stillschweigend anerkannten, alle Gesellschaften überwölbenden «objektiven» Rechts würde nicht nur die wahren Umstände der Rechtsgenese verfälschen. Sie müsste allen Zeiten und Rechtskulturen ein systematisch umfassendes Rechts- und letztlich kodifikatorisch geprägtes Gesetzesdenken unterstellen, das genau dem des 20. Jahrhunderts entsprechen würde und insofern als anachronistisch ähnlichen methodischen Bedenken unterläge wie viele Annahmen des klassischen Naturrechts.

Frühere Zeiten haben zwischen Recht und Gesetz strikt unterschieden. Das gilt sowohl für das bodenständigen Honoratioren anvertraute Rechtswesen des Mittelalters¹⁷⁶, wie vielfach auch für die Jurisprudenz und Philosophie des 16. bis 18. Jahrhunderts. Leibniz hat Hobbes vorgeworfen, die Differenz von Recht und Gesetz zu missachten.¹⁷⁷ Kants Rechtsphilosophie

174 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Anm. 72), S. 63, Studienausg. (Anm. 72), S. 74.

175 Aus diesen beiden Gründen – Änderbarkeit von Normen durch die Beteiligten und die Existenz kulturübergreifender Rechtsnormen – ist die Annahme von Raz, *Praktische Gründe* (Anm. 159), S. 206ff., das Spezifikum von Rechtssystemen sei deren beanspruchte Autorität, in Hinblick auf Rechtsgeschichte und Kulturvergleich nicht richtig.

176 Dietmar Willoweit, *Gesetzgebung und Recht im Übergang vom Spätmittelalter zum frühneuzeitlichen Obrigkeitsstaat*, in: Okko Behrends/Christoph Link (Hrsg.), *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*, (Abhandlungen d. Akademie. d. Wiss. Göttingen. Philolog.-hist. Klasse, 3. Folge 157), 1987, S. 123–146, Neudr. in: Dietmar Willoweit, *Staatsbildung und Jurisprudenz. Spätmittelalter und frühe Neuzeit*, Ges. Aufsätze 1974–2002, Bd. 1–2, Stockstadt a. M. 2009 (Bibliotheca Eruditorum 32), Bd. 2, S. 85–108.

177 Matthias Armgardt, *Die Rechtstheorie von Leibniz im Licht seiner Kritik an Hobbes und Pufendorf*, in: Wenchao Li (Hrsg.), «Das Recht kann nicht ungerecht sein ...». Beiträge zu Leibniz' Philosophie der Gerechtigkeit, Stuttgart 2015,

wäre ohne diese Unterscheidung nicht denkbar. Mit seiner Systematisierung des *äußeren Mein und Dein* in die drei *Gegenstände* erstens Sachbesitz, zweitens die *Willkür eines anderen zu einer bestimmten Tat*, d. h. das vertragliche Leistungsversprechen, und drittens den *Zustand* der familiären Verbundenheit mit Weib, Kind und Gesinde hat er sich einen eigenen und eigenwilligen Zugang zum Verständnis des Privatrechts geschaffen.¹⁷⁸ Die Geschichte der Differenz von Recht und Gesetz ist bisher nicht erforscht. Es ist sehr zu vermuten, dass sie sich nicht in das ex post geläufige Schema des Gegensatzes von Natur-Recht und Gesetz pressen lässt, sondern ebenso oder mehr noch Spiegelbild einer breiten gesellschaftlichen Rechtserfahrung gewesen ist.

— Der Vertrag

Die andere Wurzel der ausgleichenden Gerechtigkeit im Verständnis des Aristoteles ist der Vertrag. Ebenso wie die Ausgleichsforderung im Verletzungsfalle ist er ein Tatbestand, der Recht überhaupt erst entstehen lässt und daher ein spezifisches Gerechtigkeitsproblem noch nicht enthält. Die Möglichkeit einer einseitigen Übervorteilung eines der Vertragspartner ändert als Ausnahmefall am Prinzip nichts. Abstrahiert man nun von den Besonderheiten der von Aristoteles aufgezählten Vertragstypen, dann tritt als ihr gemeinsamer Kern das gegenseitige Vertrauen in den Bestand der getroffenen Abrede mit den dabei geschaffenen Rechten und Pflichten zu Tage. Ohne dieses Vertrauen in die korrekte Abwicklung der vertraglichen Vereinbarung und daher deren Verbindlichkeit könnten Rechtsbeziehungen aus ihr nicht entstehen und notwendige Versorgungsleistungen nicht organisiert werden.¹⁷⁹ Aus Verträgen entstand schon in der Antike Recht ohne Mitwirkung staatlicher Gewalten¹⁸⁰, wenn auch die frühen Römer

S.13–27; Peter Landau, *Stufen der Gerechtigkeit. Zur Rechtsphilosophie von Gottfried Wilhelm Leibniz und Karl Christian Friedrich Krause*, München 1995 (Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wiss., Phil.-Histor. Klasse, Jg. 1995 H. 7), S.11ff.

178 Kant, *Metaphysik*, Ak.-Ausg. VI, S. 247.

179 In der modernen Zivilrechtswissenschaft hat das Verständnis des schuldrechtlichen Vertrages als eines Vertrauensverhältnisses weitgehend Anerkennung gefunden und zur Weiterentwicklung seiner Dogmatik wesentlich beigetragen, vgl. etwa die klassische Darstellung von Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*. Bd. 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, § 10.

180 Fritz Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1934, Neudr. 1954, S. 4ff. zur geringen Bedeutung der Gesetzgebung in vorklassischer, klassischer und nachklassischer Zeit, S. 152f. zu den formlosen Rechtsgeschäften des römischen Rechts; Schiemann, *Recht* (Anm.172), 809.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

und die Gesetze der frühmittelalterlichen Germanenreiche nicht geringe Mühe aufgewendet haben, um die Verbindlichkeit von Verträgen zu sichern.¹⁸¹ Ohne diese Verbindlichkeit würde auch insofern die Macht – und Gewalt – des jeweils Stärkeren bestimmen, was zu geschehen hat, ob also die aus Verträgen hervorgehenden Verpflichtungen zu erfüllen sind oder nicht. Das aber wären gleichfalls von Willkür bestimmte Verhältnisse, die wir als rechtlich geordnete nicht begreifen könnten. Denn der Vertragsgedanke transportiert aufgrund des Willens der Beteiligten und eventuell zu beobachtender Rituale oder Formen schon per se die Idee normativer Verbindlichkeit.

Die Entstehung von Rechten und Pflichten aus Verträgen gehört seit jeher zum grundlegenden Rechtswissen der Menschheit. Die prinzipielle Bedeutung dieser Rechtsfigur liegt in der *wechselseitigen Anerkennung der Vertragspartner* und in der *Anerkennung des Prinzips der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung*, sodass es nicht nur um *Selbstbehauptung* geht, sondern auch darum, *dass dem ‹Anderen› gegeben werde, was ihm zusteht* – den *metallischen Kern mitmenschlicher Existenz* hat Josef Pieper die zugrundeliegende ausgleichende Gerechtigkeit genannt.¹⁸² Es ist der von Claus-Wilhelm Canaris betonte *humane Gehalt der iustitia communitativa*, der sie auch unter den gewandelten Lebensbedingungen der Gegenwart unentbehrlich macht, als *gewissermaßen institutionellen Schutz gegen personenbezogene Diskriminierungen* und weil es ein *Gebot der Selbstachtung* ist und *geradezu mit der Würde des Menschen zusammen(hängt), seine Bedürfnisse durch die Erbringung entsprechender Gegenleistungen decken zu können*.¹⁸³ Die schuldrechtliche Obligation erfuhr ihre vollständige Ausprägung schon im römischen Recht¹⁸⁴, erreichte aber in der Vertragsphilosophie der neuzeitlichen

181 Ulrich Manthe, Geschichte des römischen Rechts, München 2000, S. 19ff.; H.-R. Hagemann, Vertrag. Westlicher Bereich. Allgemein und Deutsches Recht, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. VIII, Sp. 1588–1590.

182 Pieper, Gerechtigkeit (Anm. 67) S. 73.

183 Canaris, Bedeutung der iustitia distributiva (Anm. 95) S. 29f. Einen beachtenswerten Versuch, die Gerechtigkeit im Austauschverhältnis auf ein allgemeingültiges Prinzip zurückzuführen, unternahm der eigenwillige Intellektuelle Hugo Marcus, Metaphysik der Gerechtigkeit. Die Äquivalenz als kosmisches, juristisches und ethisches Prinzip, Basel 1947.

184 Del Vecchio, Gerechtigkeit (Anm. 66), S. 60: *Es hat das römische Denken stets eine klare Einsicht in die wesensnotwendige Zweiseitigkeit des Rechtsverhältnisses gehabt, und zwar in dem Sinne, daß die rechtliche Zuweisung von irgend etwas an irgendeine Person das nämliche bedeutet wie anerkennen, daß sie einen*

Naturrechtler und hier besonders im Werk von Hugo Grotius einen Höhepunkt mit weitergehenden Differenzierungen. Er unterschied drei Grade des Versprechens: Erstens die Ankündigung eines zukünftigen Vorhabens, von dem jedermann wieder abweichen dürfe¹⁸⁵, zweitens die Selbstbindung des Erklärenden, ohne einem anderen ein Recht einräumen zu wollen, wie etwa bei der Ablegung eines Gelübdes¹⁸⁶ und drittens die Übertragung eines Rechts auf einen anderen, welche die eigene Freiheit einschränkt.¹⁸⁷ Grotius respektierte damit einerseits den eigenen Freiheitsraum der Persönlichkeit, integrierte diese aber andererseits in die notwendigen Austauschgeschäfte des täglichen Lebens. Was er insoweit als *ius naturale* deklarierte, sei *adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat*.¹⁸⁸ Philosophisch gesprochen heißt das nichts anderes, als die zwingende Eigenlogik des zu einem Vertragsschluss führenden Verhaltens wahrzunehmen, nämlich der auf eigenem Willen beruhenden Rechtsübertragung auf eine andere Person – zumal, wenn diese dem Vorgang zustimmt. Es ist ein Irrtum modernen Gesetzesglaubens, die rechtliche Verbindlichkeit der vertraglich vereinbarten Rechtseinräumung immer und überall von einer übergeordneten Legitimierung abhängig machen zu wollen. Logisch geboten ist das nicht.

Man muss keineswegs den weit ausgreifenden naturrechtlichen Deduktionen Samuel Pufendorfs oder Christian Wolffs folgen¹⁸⁹, um den historischen Befund wahrzunehmen, *dass das Privatrecht als Ganzes eben nicht als Produkt bewusster menschlicher – staatlicher – Regelung, sondern als Ausdruck einer gegebenen Ordnung erscheint*, wie dies für das römische und angelsächsische Privatrecht ohne weiteres zu erkennen, aber auch für die großen kontinentalen Privatrechtskodifikationen festzustellen ist.¹⁹⁰ Steht dieser gewaltige Rechtsstoff unter den Bedingungen des modernen Staates im Prinzip auch zur Disposition des Gesetzgebers, so beruht er doch auf ersten, unverzichtbaren Tatbestandsmerkmalen des

bindenden Anspruch gegen einen anderen hat und daß diesem anderen eine entsprechende Verpflichtung auferlegt ist.

185 Grotius, De Jure (Anm. 94), Lib. II Cap. XI n. II.

186 Grotius, De Jure (Anm. 94), Lib. II. Cap. XI n. III.

187 Grotius, De Jure (Anm. 94), Lib. II. Cap. XI n. IV, 1.

188 Grotius, De Jure (Anm. 94), Lib. I Cap. I n. X, 5.

189 Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 306ff., 318ff., 599ff.

190 Robert Briner, Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit, Jur. Diss. Zürich 1948, S. 92.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

Rechtsbegriffs. Die Kernelemente jeder Rechtsordnung zehren auch heute noch von einer seit Jahrhunderten nur wenig veränderten Rechtsüberlieferung. Der Gesetzgeber hat überwiegend nur Vorgefundenes, nicht Erfundenes normiert.¹⁹¹ Seit der im 19. Jahrhundert einsetzenden Dominanz des Gesetzgebungsstaates aber haben sich um ein rechtsphilosophisches Verständnis des Vertrages nur noch wenige bemüht.¹⁹² Das Interesse am Vertragsrecht reduzierte sich zunehmend auf die vom System des Zivilrechts und durch das Gesetz vorgegebenen rechtsdogmatischen Fragen der Rechtsgeschäftslehre¹⁹³ – nicht aber bei einem Außenseiter, der erst vor wenigen Jahrzehnten für die Rechtswissenschaft entdeckt worden ist: Friedrich Nietzsche.¹⁹⁴

Von seiner Philosophie der Macht schien keine Brücke in das Reich des Rechts zu führen. Doch gerade sein naturalistisches Denken bringt der Figur des Vertrages größeres Verständnis entgegen als dies den zeitgenössischen Juristen im gesetzlich geordneten Gehäuse des Staates möglich gewesen ist. Der Mensch ist das *Tier [...], das versprechen darf*, also *über die Zukunft voraus zu verfügen [...] gelernt* hat, woraus seine *Verantwortlichkeit* hervorgeht.¹⁹⁵ Es ist das *Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, das so alt ist, als es überhaupt ›Rechtssubjekte‹ gibt*¹⁹⁶, aus dem nach Nietzsche die *Gerechtigkeit* – das Recht – hervorgeht: *Gerechtigkeit ist also Vergeltung und Austausch unter der Voraussetzung einer ungefähr gleichen Machtstellung: so gehört ursprünglich die Rache*

191 Florian Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag*, Baden-Baden 2015.

192 Vgl. aber zu Rudolf Stammler zusammenfassend Dietmar Willoweit, *Der richtige Kern der Lehre vom richtigen Recht*, in: *Juristenzeitung* 2010, S. 373–379, 376f.

193 Vgl. dazu die klassische Darstellung von Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 14. Aufl., Bd. I, 2, Tübingen 1955, S. 603ff. mit umfassenden Literaturhinweisen. Zur neueren Dogmengeschichte des schuldrechtlichen Vertrages Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, 2. Aufl., München 2000, §5.

194 Volker Gerhardt, *Vom Willen zur Macht. Anthropologie und Metaphysik der Macht am exemplarischen Fall Friedrich Nietzsches*, Berlin 1996, S. 144ff.; Dae-Jong Yang, *Die Problematik des Begriffs der Gerechtigkeit in der Philosophie Friedrich Nietzsches*, Berlin 2005; Sascha Straube, *Zum gemeinsamen Ursprung von Recht, Gerechtigkeit und Strafe in der Philosophie Friedrich Nietzsches*, Berlin 2012; Petersen, Nietzsche (Anm. 167).

195 Friedrich Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral* (1887) II in: ders., *Werke, Kritische Gesamtausgabe*, hrsg. von Giorgio Colli/Mazzino Montari, 6. Abt., 2. Bd., Berlin 1968, S. 257–430, 307ff.

196 Nietzsche, *Genealogie* (Anm. 195), II, S. 314; vgl. a. Petersen, Nietzsche (Anm. 167), S. 49.; Yang, Nietzsche (Anm. 194), S. 46ff., 53ff.

in den Bereich der Gerechtigkeit, sie ist ein Austausch. Daher ist der Charakter des Tausches [...] der anfängliche Charakter der Gerechtigkeit.¹⁹⁷ Nietzsche entwickelt aus diesem Grundgedanken eine Vertragsphilosophie zivilrechtlicher Art wie kein juristisch gebildeter Zeitgenosse in dieser so entscheidend von der Jurisprudenz geprägten Ära.¹⁹⁸ *Gleichgewicht ist die Basis der Gerechtigkeit. Wenn diese in roheren Zeiten sagt: 'Auge um Auge, Zahn um Zahn', so setzt sie das erreichte Gleichgewicht voraus und will es vermöge dieser Vergeltung erhalten [...]*¹⁹⁹ Den empirischen Hintergrund, den sich Nietzsche vorstellt, bildet das *Herkommen*, das seinerseits auf ein *Abkommen* zurückgeht.²⁰⁰ Konsensuale Elemente allein bilden die plausible Grundlage funktionierender gesellschaftlicher Strukturen.²⁰¹

Es lag daher nahe, dass sich auch vertragstheoretische Überlegungen zu Wort melden, die von Beobachtungen der vergleichenden Verhaltenslehre ausgehen.²⁰² Denn Rechtsbegriffe zeigten in ihrer Genese die Berücksichtigung *gemeinmenschlicher Verhaltensweisen* einerseits, doch unter jeweils besonderen geschichtlichen Bedingungen andererseits. Dazu gehöre vor allem die Fähigkeit zu einem *unveränderlichen festen oder beständigen Willen* als *die grundlegende anthropologische Voraussetzung des Rechts*²⁰³ – Verfügung über die Zukunft im Sinne Nietzsches. Diesem Willen entspreche die Bereitschaft, ihm Vertrauen entgegenzubringen und damit die Fähigkeit, auf diese Weise einen Vertrag zu generieren.²⁰⁴ Von hier aus bedarf es nur eines kleinen methodischen Schrittes, um Anschluss an ethnologische Forschungen zu gewinnen, die im Tausch-

197 Friedrich Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches*, Bd. I, Nr. 92 (1878), in: ders., *Werke*, 4. Abt., 2. Bd., Berlin 1967, S. 87; Petersen, Nietzsche (Anm. 167), S. 52.; Henry Kerger, Verhältnis von normativer Regel und Handlungsrationalität bei Nietzsche, in: Kurt Seelmann (Hrsg.), *Nietzsche und das Recht*, Stuttgart 2001 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beih. 77), S. 39–55, 46.

198 Petersen, Nietzsche (Anm. 167), S. 184ff., 192.

199 Nietzsche, *Menschliches* (Anm. 197), Bd. II, in: ders., *Werke*, 4. Abt., 3. Bd., Berlin 1967, S. 194.

200 Nietzsche, *Menschliches* (Anm. 197), Bd. II, in: ders., *Werke*, 4. Abt., 3. Bd., S. 207f.; Petersen, Nietzsche (Anm. 167), S. 103.

201 Vgl. a. zur grundlegenden Bedeutung der zwischenmenschlichen Beziehungen für den Begriff der Gerechtigkeit noch Jens Petersen, *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, Berlin 2012, S. 66ff.

202 Vgl. dazu schon Hayek, *Recht* (Anm. 4), S. 77ff.

203 Klaus Hammacher, *Rechtliches Verhalten und die Idee der Gerechtigkeit. Ein anthropologischer Entwurf*, Baden-Baden 2011, S. 30f., 43.

204 Hammacher, *Verhalten* (Anm. 203), S. 44.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

handel – und nicht etwa in der Etablierung von Herrschaftsverhältnissen – den Ursprung des Rechts gefunden haben.²⁰⁵ Diese Perspektive mag das im Vertragsgedanken schlummernde wissenschaftliche Potential andeuten. Parallel bestätigen die elementare Bedeutung des Austausches die Beobachtungen zur *Reziprozität* intersubjektiver Beziehungen²⁰⁶ und die von Klaus F. Röhl unter der Kategorie *Equity-Theorie* zusammengefassten sozialpsychologischen Forschungen, nach denen *alles soziale Handeln als Austausch von positiven und negativen Reizen, von Belohnungen und Strafen* zu interpretieren ist.²⁰⁷ Im Falle einer *unausgewogenen Beziehung* werden die Beteiligten entweder versuchen, die *Belohnungen des Gewinners* zu mindern bzw. seine *Kosten* zu erhöhen oder die *Belohnungen des Opfers* zu erhöhen bzw. dessen *Kosten* herabzusetzen; auch *psychische Ausgleichmechanismen* wie Schuldzuweisungen oder Entschuldigungen sind denkbar.²⁰⁸ Der Anspruch dieser Theorie lässt Ausnahmen im Grunde nicht zu, was Folgen für die Beurteilung der distributiven Gerechtigkeit hat.²⁰⁹

205 Hammacher, Verhalten (Anm. 203), S. 57; Marcel Maus, Die Gabe. Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften (frz. 1950), Frankfurt a. M. 1990; Peter Kappelhoff, Soziale Interaktion als Tausch: Tauschhandlung, Tauschbeziehung, Tauschsystem, Tauschmoralität, in: Ethik und Sozialwissenschaften 6 (1995), S. 3–13, Kritik dazu S. 13–57, Replik S. 57–67.

206 Eckart Voland, Von der Ordnung ohne Recht zum Recht durch Ordnung. Die Entstehung von Rechtsnormen aus evolutionsbiologischer Sicht, in: Ernst Joachim Lampe (Hrsg.), Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein, Frankfurt a. M. 1997, S. 111–133, 123ff.; Jürgen Hammer/Heidi Keller, Überlegungen zur Entstehung des Rechtsempfindens aus entwicklungspsychobiologischer Sicht, ebda., S. 152–181, 159ff.; Uwe Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, Frankfurt a. M. 1985, S. 86 ff.

207 Klaus F. Röhl, Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung, Baden-Baden 1992 (Würzburger Vorträge zu Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 14), S. 15.

208 Röhl, Gerechtigkeitstheorie, S. 17f.

209 Vgl. u. Abschnitt IV. 1. Daher erscheint es mir wenig konsequent, wenn Röhl, Gerechtigkeitstheorie (Anm. 207), S. 54, der im Ergebnis einen einheitlichen Gerechtigkeitsbegriff annehmen muss, diesen als einen *distributiven Vorgang* versteht, obwohl aufgrund der Equity doch alles zwischenmenschliche Verhalten auf zweiseitigem Austausch beruht.

b) Folgerungen für den Begriff des Rechts und der Gerechtigkeit

— Die Anerkennung der Rechtsperson und ihres Schutzes als Konsequenz intersubjektiver Rechtsverhältnisse

Wenn Recht aus intersubjektiven Verhältnissen hervorgeht, seien sie unfreiwillig oder gemeinschaftlich freiwillig entstanden, dann werden damit notwendig mehrere Voraussetzungen mitgedacht, die für sich genommen, also ohne den Tatbestand der Rechtsentstehung, nur ethisch, nicht rechtlich begründet werden könnten. Ohne dass es einer theologischen Prämisse, wie der Annahme der Gottebenbildlichkeit des Menschen, oder einer metaphysischen Begründung der Menschenwürde bedarf, kann der durch eine Gewalttat Verletzte seinen ihm dadurch erwachsenen Ausgleichsanspruch nur dann im Rechtssinne innehaben und geltend machen, wenn ihm die Qualität eines Rechtssubjektes, also einer «Person» im Sinne unserer Sprachkonvention, zukommt. Ein nur biologisches Gebilde «Mensch» vermag das ebensowenig wie ein anderes Lebewesen dieser Erde. Es scheint mir sogar unmöglich, eine «Verletzung» im Rechtssinne ohne Anerkennung eines betroffenen rechtserheblichen Substrats anzunehmen, das verletzt sein könnte. Denn auch Tiere verletzen einander mit unterschiedlichen Folgen, ohne deshalb schon Ausgleichsmechanismen im Sinne menschlicher Rechtsbeziehungen in Gang zu setzen. Die Annahme einer personalen Qualität des Menschen ist daher eine funktionale und damit rationale Voraussetzung des Rechts als eines empirischen Befundes und folglich mit diesem gegeben.

Eine dritte These der vorliegenden Studie lautet also: Die Tatbestände der Rechtsentstehung durch Delikt oder Vertrag setzen ferner die Existenz von Schutzrechten zur Bewahrung von Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum voraus. Weil das Delikt und der Vertragsbruch Ausgleichsansprüche erzeugen, dürfen Angriffe auf die dadurch geschützten Personen und Objekte auch im Vorhinein durch das Verlangen nach Unterlassung oder mittels Notwehr abgewehrt werden. Rechtssubjektivität und diese ihre elementarsten Rechte lassen sich zwar hinwegdenken, ohne dass deshalb auch der schon erörterte Begriff des Rechts als Gegensatz von Willkür entfallen würde. Aber er wäre funktionslos, weil wir uns individuelle Rechte vorzustellen hätten, die niemand zustehen. Das ist in sich widersprüchlich und offenbar unsinnig. Also kann es Recht ohne Rechtssubjektivität oder – was dasselbe ist – ohne Personalität des Men-

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

schen nicht geben.²¹⁰ Daher lässt sich das Verhältnis von subjektivem Recht und Rechtssubjekt mit Michael Köhler auch umgekehrt denken: *Die mit der Rechtsfähigkeit der Person verbundene Möglichkeit, subjektive Rechte in abstrakt-absoluter Selbstbezüglichkeit zu haben, ist allen weiteren Verwirklichungsakten des Rechtserwerbs rechtslogisch vorausgesetzt.*²¹¹

Am gründlichsten hat diese Frage Johann Gottlieb Fichte durchdacht. Weil der Mensch als *vernünftiges Wesen* von der Möglichkeit seiner *freien Wirksamkeit* ausgehen müsse, dies aber nur könne, wenn er dieselbe Freiheit anderen zubillige, entstehe aus der wechselseitigen Anerkennung der Individuen ein Rechtsverhältnis.²¹² Man mag daran zweifeln, ob der Rechtsbegriff wirklich *im Wesen der Vernunft* liege, wie Fichte meint,²¹³ weil er mit dieser Annahme den Beitrag der menschlichen Erfahrung vernachlässigt. Aber um die beliebige Erfindung einer metaphysischen Spekulation handelt es sich gewiss nicht. So gegensätzliche Rechtsdenker wie Otfried Höffe und Norbert Hoerster kommen etwa zu demselben Ergebnis. Ersterer auf rechtsethischem, ideengeschichtlich gebahntem Wege²¹⁴, letzterer als konsequenter Rechtspositivist in Hinblick auf die gegenwärtige Nützlichkeit solcher Rechte, die er gelungen als *Grundgerechtigkeit* bezeichnet.²¹⁵ Damit will Hoerster nur sagen, dass die staatliche Anerkennung der angedeuteten, aber auch vieler anderer Menschen- und Bürgerrechte wünschenswert ist. Wo solche Normen aber nicht in die

210 Im Ergebnis ebenso, jedoch ohne rechtsphilosophischen Begründungsversuch Welzel, *Naturrecht* (Anm. 9), S. 240.

211 Köhler, *Recht* (Anm. 106), S. 467.

212 Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, 1796 (J. G. Fichte-Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Werke Bd. 3, 1966), S. 329ff., 349ff.; ausführlicher referiert von Willoweit, *Der richtige Kern* (Anm. 192), 378ff. und philosophisch vertieft bei Michael Kahlo/Ernst A. Wolff/Rainer Zaczyk (Hrsg.), *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis. Die Deduktion der §§1–4 der Grundlagen des Naturrechts und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M. 1992; darin mehrere Beiträge zur Intersubjektivität und die zusammenfassende Würdigung von Rainer Zaczyk, *Die Struktur des Rechtsverhältnisses (§§1–4) im Naturrecht Fichtes*, S. 9–27, 10: *Das Rechtsverhältnis ist vom Selbstbewußtsein erschlossenes Verhältnis, in das die äußere Welt konstitutiv mit einbezogen ist. Die Einsicht in dieses Verhältnis mit anderen vernünftigen Wesen ist ein Ausgreifen des Selbstbewußtseins, das aus ihr inhaltliche Aussagen für eigene Praxis gewinnt und umsetzt. In einem so bestimmten Selbstbewußtsein hat das Recht seinen letzten Grund.*

213 Fichte, *Grundlage* (Anm. 212), S. 358.

214 Höffe, *Gerechtigkeit* (Anm. 39), S. 70ff.

215 Hoerster, *Gesellschaft* (Anm. 78), S. 43.

Sphäre des geltenden Rechts transferiert worden oder bis heute unbekannt geblieben sind, dort existierten und existieren sie nach Norbert Hoerster auch nicht, weil ihre *Begründung jedenfalls nicht auf dem Wege reiner Wissenserlangung oder Erkenntnis erfolgen kann*.²¹⁶ Damit bliebe nicht nur für große Zeiträume der Menschheitsgeschichte unaufgeklärt, welche Behandlung des Menschen rückblickend als rechtmäßig oder unrechtmäßig zu beurteilen ist, weil es dafür dann mangels einschlägiger Gesetzgebung überhaupt keinen Maßstab gäbe. Es würde auch an einem zwingendem Ansatzpunkt fehlen, die Verwirklichung von Menschenrechten in der Gegenwart zu fordern. Denn über das ethisch Erforderliche sind schon in modernen, mehr noch in partiell archaischen Gesellschaften der Gegenwart nur Teilkonsense möglich und über die Nützlichkeit einzelner Rechte, die ebenfalls nur in einem jeweils konkreten gesellschaftlichen Rahmen einzuschätzen wäre, erst recht.

Gibt es also im intersubjektiven Raum subjektive Rechte, dann ist auch die Anerkennung der Rechtssubjektivität des Menschen nicht zu umgehen, die ihrerseits einiger elementarer Schutzrechte bedarf. Weitere Schlussfolgerungen gestattet der hier entwickelte, aus dem Gegensatz zur Willkür begründete Rechtsbegriff nicht. Es gehört zu den Hypothesen der Naturrechtsdiskussionen des 20. Jahrhundert, dass jeglicher Hinweis auf ein naturrechtliches Element dem Verdacht und Vorwurf ausgesetzt ist, aus wenigen Prinzipien naturrechtliche Normensysteme deduzieren und zu ewig und immer geltendem Recht deklarieren zu wollen. Die Rechtsgeschichte verbietet das. Aber dem Gebrauch der Vernunft, derer sich Fichte im Verlauf seines «Naturrechts» bediente, sollte niemand aus Prinzip entgegenreten. Es ist zweifellos richtig, dass moderne Naturrechtssysteme vielfach den untauglichen Versuch unternommen haben, fixierte Weltbilder für die Zukunft festzuschreiben. Das gilt übrigens auch für manche rechtspolitischen Innovationen der Gegenwart, wie die «Ehe für alle», die sich von herkömmlichen Naturrechtssystemen distanzieren, um einen neuen Naturrechtsglauben an ihre Stelle zu setzen. Das Naturrechtsdenken ist eine Versuchung aller weltanschaulichen und politischen Lager. Diesen Weg kann eine rechtshistorische und zugleich rechtslogische Annäherung an den Rechtsbegriff nicht beschreiten, ohne den wissenschaftlich gebotenen Abstand zum Untersuchungsobjekt zu missachten. Was aber ernst zu nehmen ist, sind die fundamentalen Aussagen, die das bisher

216 Hoerster, Gesellschaft (Anm. 78), S. 21.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

angedeutete «naturrechtliche Minimum» dem Denken abverlangt. Dieses über den puren Rechtsgedanken hinausgehende Plus – also die Rechtssubjektivität und die dem Rechtssubjekt zuzuordnenden Elementarrechte – ist mit dem glücklich gewählten Begriff der *Grundgerechtigkeit* zutreffend charakterisiert. Denn es handelt sich aller rechtspositivistischen Skepsis zum Trotz eben doch um normative Aussagen inhaltlicher Art, deren herausragender Rang innerhalb der gesamten Rechtsordnung das Attribut «gerecht» – in einem weiten, traditionellen Sinne – in erster Linie verdient.

Der hier entwickelte Gedanke eines «naturrechtlichen Minimums» ist nicht neu. Er findet sich als *the minimum content of natural law* ausführlich, aber anders begründet schon im Hauptwerk des britischen Rechtsphilosophen H. L. A. Hart, der freilich vor allem als Rechtspositivist, nicht als Vertreter eines naturrechtlichen Minimalismus zitiert wird.²¹⁷ Ausgehend vom menschlichen Minimalzweck des Überlebens, listet Hart fünf Banalitäten oder Binsenweisheiten (*truisms*) auf, die diesem Ziel dienen: die menschliche Verletzlichkeit, die eine Beschränkung des Gewaltgebrauchs nach sich ziehen muss; die annähernde, aber niemals vollständige Gleichheit der Menschen, aus der sich die Notwendigkeit eines Systems wechselseitiger Unterlassungen und Kompromisse ergibt; die Begrenztheit des menschlichen Altruismus, die in dieselbe Richtung weist; die Begrenztheit der dem Menschen zur Verfügung stehenden Ressourcen, die zur Anerkennung einer minimalen Eigentumsform zwingt und infolge der Arbeitsteilung zu Versprechen, Verpflichtungen sowie Verträgen, also voraussagbarer Kooperation, führen muss; schließlich die intellektuellen Defizite (*limited understanding and strength of will*), welche Sanktionen und damit die Einführung eines Zwangssystems zur Durchsetzung des Rechts notwendig machen. Hart beruft sich bei der Begründung dieses naturrechtlichen Minimalprogramms ausdrücklich auf vorgegebene menschliche Eigenschaften, ohne die in der deutschen rechtsphilosophischen Literatur so oft vorgetragenen Bedenken, man könne über die menschliche Natur doch verschiedener Meinung sein²¹⁸, zu beachten. Von

217 Hart, *Concept* (Anm. 159), S. 193ff.; ders., *Begriff* (Anm. 159), S. 266ff. Vgl. a. Braun, *Rechtsphilosophie* (Anm. 99), S. 112ff. Zu älteren Ansätzen einer *naturalistischen Umdeutung* – und Reduzierung – des Naturrechts auf einen Kern vgl. Ryffel, *Grundprobleme* (Anm. 20), S. 245. Auch Bydlinski, *Begriff* (Anm. 85), S. 99 nimmt für jedes positive Rechtssystem einen Minimalgehalt von «Naturrecht» an.

218 Erik Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3. Aufl., Karlsruhe 1964, S. 27ff.

men, as they are ist da die Rede²¹⁹, dass *men are both occasionally prone to, and normally vulnerable to, bodily attack*²²⁰ und *differ from each other in physical strength, agility and even more in intellectual capacity*²²¹, von der falschen Sicht, *that men are predominantly selfish and have no disinterested interest in the survival and welfare of their fellows*²²², obwohl *all are tempted at times to prefer their own immediate interests*²²³. Diese Beobachtungen führen zu rechtlichen, nicht nur sozialemischen Folgerungen. *It is important to stress the distinctively rational connection between natural facts and the content of legal and moral rules.*²²⁴ Der Autor unterscheidet Regeln des Rechts und der Moral, für die beide der Bezug zu den erörterten *natural facts* gilt. In dieser *simple version* des Naturrechts zeige sich dessen guter Sinn, ohne dass es für die Annahme des Rechtscharakters elementarer Naturrechtssätze eines Apparates zentral organisierter Sanktionen bedürfe.²²⁵ Obwohl Hart an der strikten Unterscheidung von Recht und ethischen Werten festhält und dies ausführlich in Hinblick auf das Nazi-Regime thematisiert²²⁶, beschließt er seine Ausführungen zum *minimum content of natural law* mit der Bemerkung: *It is in this form that we should reply to the positivist thesis that 'law may have any content'. For it is a truth of some importance that for the adequate description not only of law but of many other social institutions, a place must be reserved, besides definitions and ordinary statements of facts, for a third category of statements: those the truth of which is contingent on human beings and the world they live in retaining the salient characteristics which they have.*²²⁷

Hart gelangt auf anderem Wege zu demselben Ergebnis wie der hier unternommene Versuch, ein Minimum unverzichtbarer subjektiver Rechte aus dem Gegensatz von Recht und Willkür abzuleiten. Auch für Hart ist es – am Ende seiner Überlegungen zusammengefasst – der Schutz von Personen, Eigentum und Versprechen, also Verträgen, der auf einer

219 Hart, Concept (Anm. 159), S. 193; ders., Begriff (Anm. 159), S. 266. Ganz ähnliche Überlegungen, wie die hier folgenden, finden sich auch bei dem deutschen Emigranten Edgar Bodenheimer, *Treatise on Justice*, New York 1967, S. 56ff.

220 Hart, Concept (Anm. 159), S. 194; ders., Begriff (Anm. 159), S. 268.

221 Hart, Concept (Anm. 159), S. 195; ders., Begriff (Anm. 159), S. 268.

222 Hart, Concept (Anm. 159), S. 196; ders., Begriff (Anm. 159), S. 270.

223 Hart, Concept (Anm. 159), S. 197; ders., Begriff (Anm. 159), S. 272.

224 Hart, Concept (Anm. 159), S. 193; ders., Begriff (Anm. 159), S. 267.

225 Hart, Concept (Anm. 159), S. 199; ders., Begriff (Anm. 159), S. 274.

226 Hart, Concept (Anm. 159), S. 200ff., 207ff; ders. Begriff (Anm. 159), S. 275ff., 285ff.

227 Hart, Concept (Anm. 159), S. 199f.; ders., Begriff (Anm. 159), S. 275.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

natural necessity beruht.²²⁸ Seine pragmatisch zu nennende Argumentation erweist ein naturrechtliches Minimum als vernünftig, scheint aber die Existenz vorpositiver Rechtssätze elementarster Art nicht zwingend begründen zu können. Einen anderen Eindruck würde man erst gewinnen, wenn Harts nur angedeutetes System wechselseitiger Unterlassungen normativ konkretisiert und sodann der Versuch gemacht würde, diesen Schutz hinwegzudenken. Das Ergebnis wären chaotische soziale Verhältnisse, in denen Willkür, nicht Recht herrschten. Weshalb auch Hart seine *third category* neben *definitions* und *ordinary statements of facts* im Sinne rechtsverbindlicher Normativität und nicht nur als eine rechts-ethische Empfehlung verstehen muss.²²⁹

Die Frage liegt nahe, ob in Harts Konzept und in der hier vertretenen Rechtsbegründung nicht das vorkritische Naturrecht eine unzeitgemäße Wiederauferstehung feiert. Denn die bedeutenden Rechtsdenker und Philosophen der frühen Neuzeit sind ja zu ähnlichen Ergebnissen gelangt, ehe die auch damals schon wirkende «Dialektik der Aufklärung» ihre erhabenen Konstrukte zum Einsturz brachte. Das Thema ist zu groß für die begrenzte Aufgabe der vorliegenden Studie, aber doch nicht so randständig, als dass es mit Schweigen übergangen werden dürfte. Wir begnügen uns mit einem kurzen Blick auf jene beiden herausragenden Staatsphilosophen des 17. Jahrhunderts, deren Werke trotz ihres naturrechtlichen Charakters unser Rechtsverständnis bis heute maßgebend beeinflussen und daher ausgiebig diskutiert werden: Thomas Hobbes und John Locke. Denn beide entwickeln ihre Philosophie bekanntlich mit Hilfe der Idee eines fiktiven, vor jeder Staatlichkeit gedachten Naturzustandes, dessen Verhältnis und Differenz zu den hier versuchten Schlussfolgerungen aus einem historisch-soziologisch verstandenen Rechtsbegriff klärungsbedürftig ist.²³⁰

Von Thomas Hobbes wissen wir, dass er jedem Menschen im Naturzustand ein Recht auf alles zubilligt. Daraus folgt angesichts der begrenzten Ressourcen dieser Welt der Krieg aller gegen alle und als Lösung die Not-

228 Hart, *Concept* (Anm. 159), S. 199; ders., *Begriff* (Anm. 159), S. 275.

229 In seiner deutschen Übersetzung hat Alexander von Baeyer *definitions* durch das deutsche Wort *Definitionen* ersetzt. Das ergibt keinen Sinn. Näher liegt die Wiedergabe des Wortes durch «Begriff», was die sich dann ergebende präzise Entgegensetzung von *Begriff* und *Tatsache* verdeutlicht. Die *dritte Kategorie* ist dann zwischen rein begrifflichen, also normativen Aussagen, und empirischen Tatsachen als eine Brücke zu denken, die Elemente beider verbindet.

230 Dass mit den folgenden Bemerkungen eine umfassende Exegese der komplexen Texte von Hobbes und Locke nicht beabsichtigt sein kann, versteht sich von selbst.

wendigkeit, den Frieden durch Etablierung des Staates zu gewährleisten.²³¹ Der beeindruckende Syllogismus mit der daraus folgenden, unangreifbaren Rechtfertigung der Staatsgewalt kann nicht über Hobbes' normative Prämisse hinwegtäuschen, dass der Mensch in der Welt des Naturzustandes als Vereinzelter sein Auskommen sucht. Ohne jegliches soziales Umfeld ist der Mensch in der Tat nicht als Rechtssubjekt, sondern im Zustand permanenter Aggression und Defension geradezu animalischer Art zu denken. Selbst der Vertrag als das geläufigste Modell der Rechtsgenese, mit dem sich Hobbes ausführlich auseinandersetzt, funktioniert für ihn im Naturzustand nicht.²³² Denn unter der *naturl condition of Warre* gibt es weder ein *just and unjust* noch Eigentum. [...] *and where there is no coerceive Power erected, that is, where there is no Common-wealth, there is no Propierty, all men having Right to all things: Therefore where there is no Common-wealth, there nothing is unjust. So that the nature of Justice consisteth in keeping of valid convenants; but the Validity of Convenants begins not but with the Constitution of a Civil Power sufficient to compel men to keep them: And then it is also that Propriety begins.*²³³ Erst mit der Errichtung einer durchsetzungsfähigen *civil power* im Rahmen eines *common-wealth*-Systems werden Verträge rechtlich verbindlich. Hobbes' Fiktion der in einem gedachten Naturzustand vereinzelt lebenden Individuen liefert jeder Staatsgewalt eine geradezu zwingend erscheinende Legitimation. Darin besteht die Funktion der von Hobbes erdachten Konstruktion, die umso leichter nachzuvollziehen ist, als sie durch die kriegesischen historischen Erfahrungen des europäischen Staatsbildungsprozesses bestätigt wird. Mit einem modernen, historisch-soziologischen Zugriff auf die ursprünglichsten Rechtsverhältnisse, um Recht zu verstehen, hat Hobbes' Denkmodell nichts zu tun.

231 Thomas Hobbes, *Leviathan* (engl. 1651/ lat.1670), ed. Noel Malcolm, Oxford 2012, Part I Chapter 13 und 14; dt. ders., *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates*, hrsg. von Iring Fetscher, Frankfurt a. M. 2006, S. 94ff;

232 Ebenso Juhana Lemetti, *Historical Dictionary of Hobbes' Philosophy*, Lanham 2012, S. 229; Wolfgang Kersting, *Thomas Hobbes zur Einführung*, Hamburg 2002, S. 126ff. Doch gibt es im Schrifttum eine Diskussion: Alfred E. Taylor, *Eine naturrechtliche Interpretation der politischen Philosophie Hobbes'* (engl. 1938), in: Wolfgang Kersting (Hrsg.), *Thomas Hobbes. Leviathan*, Berlin 1996, S. 155–176, 162 und passim; dagegen S. M. Brown, *Kritik der naturrechtlichen Interpretation der politischen Philosophie Hobbes'*, ebda. S. 177–192.

233 Hobbes, *Leviathan* (Anm. 231), Part I Chapter XV; Norbert Bobbio, *Thomas Hobbes and the natural law tradition*, Chicago 1993, S. 114ff.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

Tiefgreifende normative Vorentscheidungen über den Naturzustand, wenngleich ganz anderer Art, trifft auch John Locke. Für ihn handelt es sich dabei um *a State of perfect Freedom*, ja *a State also of Equality, wherein all the Power and Jurisdiction is reciprocal, no one having more than another*. Denn nichts ist *more evident, than that Creatures of the same species and rank promiscuously born to all the same faculties, should also be equal one amongst another without Subordination or Subjection [...]*. Und dabei ist dieser Zustand der Freiheit nicht ein solcher der Zügellosigkeit (*State of License*), weil die Vernunft den Menschen das natürliche Gesetz erschließt, Leben, Gesundheit, Freiheit und Besitz anderer nicht zu verletzen.²³⁴ Auch diesem Naturzustand ist ein politischer Sinn zu entnehmen – konstruiert nicht zur Rechtfertigung jeglicher Staatsgewalt, sondern gerichtet gegen den Absolutismus und die ständischen Aspekte seiner Gesellschaftsordnung. Aber seine Philosophie hat andere Wurzeln. Sie bezieht ihre Überzeugungskraft aus der metaphysischen Prämisse, dass die Vernunft sich nicht nur zur Entdeckung der Naturgesetze befähigt gefunden hat, sondern parallel auch die natürlichen Rechte der Menschen festzustellen vermag. Denn beide gründen in Gott.²³⁵ Daher hat man sich die Verhältnisse dieses Naturzustandes, ganz im Gegensatz zu den von Thomas Hobbes erdachten, als rechtlich weitgehend schon geordnete vorzustellen, in denen gesicherte Freiheit und Gleichheit aller herrschen. Ohne Lockes metaphysische Prämisse ist eine solche Feststellung unmöglich.

— Die Positivität des negativen Rechtsbegriffs

Ist es möglich, den Begriff des Rechts negativ allein durch die Verneinung von Willkür zu bestimmen? Vordenker eines solchen Versuchs, Recht als das Gegenteil dessen, was es gewiss nicht sein kann, zu begreifen, ist bis heute noch immer Arthur Schopenhauer. Nach ihm *ist der Begriff Unrecht der ursprüngliche und positive: der ihm entgegengesetzte des Rechts ist der abgeleitete und negative*, würde doch *nie vom Recht geredet worden seyn, gäbe es kein Unrecht [...]* *Der Begriff des Rechts, als der Negation des Unrechts, hat aber seine hauptsächlichliche Anwendung, und ohne Zweifel auch seine erste Entstehung, gefunden in den Fällen, wo versuchtes Unrecht durch Gewalt abgewehrt wird, welche Abwehrung nicht selbst*

234 John Locke, *The second Treatises of Civil Government* (1690), Chapter II; engl.-dt. 1974, hrsg. v. Peter Cornelius Mayer-Tasch.

235 G. A. J. Rogers, *Locke, Law and the Laws of Nature*, in: Reinhardt Brandt (Hrsg.), *John Locke. Symposium Wolfenbüttel 1979*, Berlin 1981, S. 146–162.

wieder Unrecht seyn kann, folglich Recht ist.²³⁶ Schopenhauer entwickelt diesen ex negativo gewonnenen Rechtsbegriff aus der Überzeugung, *daß die erste und einfache Bejahung des Willens zum Leben nur Bejahung des eigenen Leibes ist*²³⁷, woraus folgt: *Indem nun aber der Wille jene Selbstbejahung des eigenen Leibes in unzähligen Individuen nebeneinander darstellt, geht er, vermöge des Allen eigenthümlichen Egoismus, sehr leicht in einem Individuo über diese Bejahung hinaus, bis zur Verneinung des selben, im andern Individuo erscheinenden Willens [...] Dieser Einbruch in die Gränze fremder Willensbejahung ist von jeher deutlich erkannt und der Begriff desselben durch das Wort Unrecht bezeichnet worden.*²³⁸ Diese Unrechtserfahrung gilt nach Schopenhauer auch für Beeinträchtigungen des Eigentums und für den Vertragsbruch.²³⁹

Indem Schopenhauer die Existenz von Recht nur aus Übergriffen eines fremden Willens in den Willensbereich eines anderen folgert und damit evidente Unrechtserfahrungen meint, umschreibt er den Raum des Rechts enger als es der Gegensatz von Recht und Willkür ermöglicht. Seine Behauptung, niemand würde jemals von Recht geredet haben, wenn nicht Unrecht geschehen wäre, bestätigt Schopenhauers relativ enges Rechtsverständnis. Er scheint die sozial regulativen Funktionen normativer Regeln im Vorfeld der von ihm allein ins Auge gefassten Übergriffe zu verkennen. Was Schopenhauers Willensdoktrin mitsamt dem zugehörigen Unrechts- und Rechtsbegriff jedoch auszeichnet und leistet, ist ihre Herleitung aus dem Überlebenswillen des Menschen und damit aus einer unwiderleglichen Evidenz. Dieser energische Versuch einer zwingenden Unrechtsanalyse offenbart auch, was sich hinter dem negativen Rechtsbegriff verbirgt: der Schutz von Leben, Unversehrtheit und Eigentum als positiven Kern des Rechts. Auf anderem Wege hatte sich aus unseren bisherigen Überlegungen auch für die Negation von Willkür die Notwendigkeit ergeben, elementare Schutzansprüche für die genannten und nicht zufällig

236 Arthur Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Bd. I (1819), Ed. Wiesbaden 1949, S. 400.; Jens Petersen, *Schopenhauers Gerechtigkeitsvorstellung*, Berlin 2017.

237 Schopenhauer, *Welt* (Anm. 236), Bd. I, S. 393.

238 Schopenhauer, *Welt* (Anm. 236), Bd. I, S. 394.

239 Schopenhauer, *Welt* (Anm. 236), Bd. I, S. 396f., 399. Eine moderne Variante der Rechtsgenese aus den Unrechtserfahrungen des 20. Jahrhunderts entwickelt Hans Joas, *Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Berlin 2011, S. 108ff. mit der Frage nach *Gewalt und Menschenwürde* und *Wie aus Erfahrungen Rechte werden*.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

so zu nennenden «Rechtsgüter» anzuerkennen. Im Vergleich wird die Gemeinsamkeit sichtbar: die negative Entgegensetzung von Nicht-Rechtlichem lässt Rechtsinhalte nur dann erkennen, wenn diese bereits stillschweigend als gleichsam unangreifbare Fundamente des Rechts vorausgesetzt wurden – Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum. Hart erreicht dasselbe Ergebnis, ähnlich wie Schopenhauer, in Hinblick auf *survival as an aim*²⁴⁰, durch ein vorteilhaftes System wechselseitiger Unterlassungen – *advantages of mutual forbearance*.²⁴¹ Auch dies ist, trotz ihrer formal positiven Fassung, eine negative Umschreibung des Gegensatzes von Recht, weil dessen Vorhandensein von einem Nicht-Tun abhängig gemacht ist. Auch dabei ist unausgesprochen die Unangreifbarkeit von Leben, Leib und Eigentum vorausgesetzt.

Offenbar handelt es sich bei dieser Trias nicht um beliebige Rechtsgüter, sondern um das Urgestein einer jeden Rechtsordnung, über dessen Masse und Dichte lange diskutiert werden könnte. Eigentum ist wegen der Beschaffung von Nahrung, Kleidung und Unterkunft unverzichtbar, ob Grundeigentum ebenso, ist bereits von den kulturellen Rahmenbedingungen abhängig. Aber einmal aufgrund der sozialen Gegebenheiten anerkannt, ist es regelmäßig Gegenstand eines elementaren Rechtsschutzes. Die körperliche Unversehrtheit und selbst das Leben mögen bei rigiden Strafdrohungen für Bagatellen in Gefahr geraten. Willkür ist nicht Recht. Diese Formel kann auch heute noch weiterhelfen, weil es sich bei dem Schutz von Leben, Leib und Eigentum eben nicht um bloße «Wertungen» handelt. Wertentscheidungen setzen Alternativen voraus. Für solche bleibt aber kein Raum, wenn Rechtsgüter zu schützen sind, die das Überleben des Menschen sichern.

Es liegt schließlich der Vorwurf nahe, der in den vorstehenden Abschnitten entwickelte Gedankengang laufe darauf hinaus, die methodisch gebotene Differenz von Sein und Sollen zu ignorieren. Die schwerwiegende Beobachtung von David Hume, aus einem empirisch zu beobachtenden Sein könne im Wege der Logik ein Sollen nicht gefolgert werden²⁴², hat eine bis in die Gegenwart andauernde Diskussion nach sich gezogen²⁴³,

240 Hart, Concept (Anm. 159), S. 193; ders., Begriff (Anm. 159), S. 266.

241 Hart, Concept (Anm. 159), S. 195, 197; ders., Begriff (Anm. 159), S. 269, 272.

242 David Hume, A Treatise of human nature (1739), ed. L. A. Selby-Bigge, 2. Aufl., Oxford 1978, Book III, Part I Chapter I.

243 Gerhard Schurz, Grenzen rationaler Ethikbegründung. Das Sein-Sollen-Problem aus moderner Sicht, in: Ethik und Sozialwissenschaften 6 (1995), S. 163–177 mit

die sich mit dem Anliegen der vorliegenden Studie immerhin so berührt, dass sie nicht gänzlich unbeachtet bleiben darf. Nun lassen sich zwar nach allgemeiner Überzeugung aus deskriptiven Sätzen, denen empirische Beobachtungen zugrunde liegen, normative Aussagen logisch nicht ableiten, also auch nicht aus der sozialen Anerkennung von «Werten» zwingend deren rechtlicher Schutz folgern. Selbst die allgemein vorauszusetzende Hochschätzung eines höchsten Gutes, des Lebens zum Beispiel, zieht nicht mit logischer Konsequenz das Tötungsverbot nach sich. Diese Feststellung bleibt gültig, solange in Hinblick auf eine wünschenswerte ethische Norm nach der Begründung des «Sollens» der in die Pflicht zu nehmenden Person gefragt wird. Wird diese Fragestellung aber nur durch einen weiteren Aspekt erweitert, ergibt sich die Notwendigkeit und Möglichkeit der analytischen Begründung einer Sollensnorm, die nicht auf Logik, wohl aber auf rationalen Argumenten beruht, deren Widerlegung unter Umständen nur schwer möglich ist. Das ist der Fall, wenn man sich auf die Betrachtung möglicher Normen im Verhältnis der hier allein interessierenden intersubjektiven Beziehungen beschränkt. Dann kann sich der Blick nicht allein auf den durch die Norm zu verpflichtenden «Täter» richten, weil der «Partner», das Opfer, einzubeziehen ist. Aus der Perspektive des «Opfers» aber entsteht mit dem Übergriff ein Anspruch gegen den grundlos aktiv gewordenen Gewalttäter. Und wie sollte ein solcher Ausgleichsanspruch gegen den Totschläger, Vergewaltiger, Menschenräuber argumentativ verneint werden, außer durch die eventuell gegebene persönliche Unverantwortlichkeit? Aus dem Anspruch des Opfers aber folgt zwingend das Sollen, also die Pflicht des Täters. Den Bedürfnissen der philosophischen Ethik, die nur das Verhältnis von Empirie und Norm interessiert, kann eine derartige Herleitung von Handlungspflichten nicht genügen. Aber solche systematisch zu begründen, ist auch nicht das Ziel der vorliegenden Untersuchung.

Vielmehr geht es auch weiterhin darum, den historisch-soziologischen Kontext des Gegensatzes von Willkür und Recht zu sondieren. Dabei aber

zahlreichen kritischen Stellungnahmen, ebda. S. 177–229, und Replik des Autors, ebda. S. 229–240. Das Verhältnis von Sein und Sollen ist in jüngster Zeit wegen der zunehmenden Umweltprobleme, aber auch mit Rücksicht auf bioethische Grundfragen in hochpolitische Dimensionen hineingewachsen, scheinen doch Überlebensfragen der Menschheit keinen Raum für das «Ob» eines «Sollens» zu lassen, sondern bestimmte normative Konsequenzen direkt mit sich zu bringen. Diese Fragen, die aber keineswegs logisch zwingend zu bestimmten ethischen Normen führen, sondern uns immer noch Sollensentscheidungen abverlangen, dürfen hier auf sich beruhen.

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

kann eine zentrale Beobachtung nur lauten: Wer einen anderen außerhalb der in einer Gesellschaft zugelassenen Fälle – Notwehr oder Krieg zum Beispiel – tötet, sieht sich mit der Straf- oder Ausgleichsforderung der nächsten Angehörigen konfrontiert, wer einen anderen verletzt mit derselben Forderung des Geschädigten selbst. Das ist ein «Sollen» innerhalb des «Seins», kein moralisches Postulat ex post, sondern ein Aspekt des Tötungsvorgangs selbst, der als ein Gesamtgeschehen zur Kenntnis zu nehmen ist, das eine zuvor gegebene Balance zwischen zwei Subjekten in eine Ungleichgewichtslage verwandelt. Diese Situation darf nicht um des genannten Prinzips willen künstlich in Gegenständliches und Mentales, in ein äußeres Geschehen und seine nur vermeintlich ex post vorgenommene rechtliche Beurteilung aufgespalten werden. Denn auf empirischer Beobachtung beruht ja beides, der Tötungsvorgang und die darauffolgende Reaktion in Gestalt einer Ausgleichsforderung. Und diese ist nicht beliebiger Natur, sodass sie von ihrer tatsächlichen Geltendmachung abhängig wäre, sondern Ausdruck des in einer intakten Gesellschaft notwendigerweise anerkannten Prinzips, dass die Willkür der Tötung nachträglich durch Recht negiert, verurteilt, durch ein Surrogat wieder aus der Welt geschafft wird. Ist dies aber ein auf Erfahrung beruhender Grundsatz menschlichen Zusammenlebens, dann zwingt dieses «Sollen im Sein» auch zur Anerkennung seiner Kehrseite, nämlich der im Vorhinein gegebenen Schutzrechte zur Abwehr von Angriffen auf fremde Rechtsgüter – ohne dass eine fremdbestimmte Sollensordnung erfunden und errichtet werden müsste.

Die evolutionsbiologische Rechtsforschung präsentiert Ergebnisse, die noch weiter zurückgreifend dieses zeigen: *Recht hat [...] eine Seinsorientierung, vermittelt durch ein «gen-egoistisch» motiviertes Sollen.*²⁴⁴ Es gibt eine Ebene *rationaler Rekonstruktion* ursprünglicher Verhältnisse²⁴⁵, auf der sich das Sollen aus dem Sein nicht herauslösen lässt: *Deskriptive Normen bildeten historisch die Basis für präskriptive Normen. Das Sollen entstammt dem Sein – die Moral der Biologie. Anfänglich können deshalb Sollen und Sein nicht deutlich voneinander getrennt gewesen sein.*²⁴⁶ Dies auch deshalb, weil Staaten mit ihren Gesetzen in der Regel nicht durch abrupte Ereignisse entstanden, sondern sich im Laufe evolutionärer Prozesse zunächst normativ bestimmte Verhaltensweisen heraus-

244 Voland, Ordnung (Anm. 206), S. 129 m. w. Nachw.

245 Gerhard Vollmer, Vom Sein zum Sollen, in: Lampe (Hrsg.), Rechtsbewußtsein (Anm. 206), S. 48–70, 59ff.

246 Voland, Ordnung (Anm. 206), S. 129.

gebildet haben, die von vorneherein mit Sollenssätzen untrennbar verbunden waren.²⁴⁷

Der schon mit dem Menschsein gegebene Ausgleichmechanismus führt endlich zu der weiteren Überlegung, ob dem Gegensatz von Recht und Willkür ein a priori unserer Vernunft zugrunde liegt. Im Sinne Immanuel Kants gilt das sowohl für den Begriff der Willkür²⁴⁸, wie auch für seinen freiheitsbestimmten Begriff des Rechts, weil Freiheit selbst ein a priori der Vernunft ist.²⁴⁹ Auch Radbruch war der Meinung, der Rechtsbegriff sei *apriorischer Natur*, doch weil er *nicht ein gewöhnlicher, zufälliger, sondern ein notwendiger Allgemeinbegriff [ist, denn] das Recht ist nicht deshalb Recht, weil die einzelnen Rechtserscheinungen sich ihm einordnen lassen, vielmehr sind umgekehrt die Rechtserscheinungen nur deshalb ›Rechts‹-erscheinungen, weil der Begriff des Rechts sie umfaßt*.²⁵⁰ Zweifellos dachte Radbruch dabei an den von ihm angenommenen Bezug zu Rechtsidee und Gerechtigkeit. Begreift man aber Recht durch den Ausschluss von Willkür, dann wird eine empirische Basis des Rechts als Normativität zwecks Erhaltung der elementaren Lebensgüter sichtbar. Das schließt die apriorische Natur des Rechtsbegriffs jedoch keinesfalls aus. Auch Willkür und Freiheit sind auf Erfahrung gestützte, aber dennoch der Vernunft vorgegebene Begriffe, ohne die Erfahrbare nicht verstanden würde. Nichts anderes gilt für den Rechtsbegriff. Ohne ihn vermöchten wir nicht zu denken und auszudrücken, was Nicht-Willkür ist.

247 Hannes Wimmer, Theorien zur Entstehung des Staates und des Rechts, in: Lampe (Hrsg.), Rechtsbewußtsein (Anm. 206), S. 214–252.

248 Kant, Metaphysik, Ak.-Ausg. VI, S. 246: *Um aber etwas bloß als Gegenstand meiner Willkür zu denken, ist hinreichend, mir bewußt zu sein, daß ich ihn in meiner Macht habe. – Also ist es eine Voraussetzung a priori der praktischen Vernunft, einen jeden Gegenstand meiner Willkür als objektiv mögliches Mein und Dein anzusehen und zu behandeln.*

249 Metaphysik, Ak.-Ausg. VI, 221; Recht als Vernunftbegriff ebda. S. 253. Denn es wird die Rechtslehre, welche die Freiheit der Willkür zum Objekte hat, eine Metaphysik der Sitten voraussetzen und bedürfen, das heißt, ein System der Erkenntnis a priori, ebda. S. 216. Zu Kants Gedankengang vgl. a. Friedrich Kaulbach, Immanuel Kants «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten». Interpretation und Kommentar, 2. Aufl., Darmstadt 1996, S. 7, 38, 120ff.

250 Radbruch, Rechtsphilosophie (Anm. 3), S. 129 mit Anmerkung 1: *ein relatives Apriori der Rechtswissenschaft im Sinne von Somló. Vgl. dazu Somló, Begriff (Anm. 7), S. 430: Der Rechtsbegriff [...] ist allerdings ein Begriff, der nicht mit den Methoden der Jurisprudenz aus dem Inhalt von Rechtsnormen gewonnen werden kann, der mithin zu den Voraussetzungen der Jurisprudenz gehört. Er bedeutet also wohl ein Apriori für die Rechtswissenschaft, aber er bedeutet kein Apriori der Erfahrung gegenüber.*

III. Der Grund von Recht und Gerechtigkeit in intersubjektiven Beziehungen

— *Gesetzgebung als Akt willkürfreier Rechtssetzung*

Der Gegensatz von Recht und Willkür und die daraus abzuleitenden Folgerungen, denen die Eigenschaft der Denknötwendigkeit schwerlich abzusprechen ist, provoziert noch die weitere Frage, ob sich daraus nicht auch Schlussfolgerungen für unser Verständnis der Gesetzgebung ergeben müssen. Denn dass es sich dabei um «Recht» handelt, wird niemand leugnen wollen. Wenn aber Recht, dann eben nicht Willkür. Die beliebige und damit auch willkürliche Handhabung einer Gesetzgebungskompetenz aber gehört nach verbreiteter Überzeugung zum «Wesen» des Gesetzes. Das ist entweder ein Irrtum, weil der Gegensatz von Recht und Willkür im Gesetz als einer Erscheinungsform des Rechts nicht aufgehoben sein kann, oder es ist zuzugeben, dass mit dem Auftreten des Gesetzes in der Geschichte der Begriff des Rechts umdefiniert worden ist. Dann wäre eine neuere «Gesetzesphilosophie» von der Rechtsphilosophie zu unterscheiden. Das aber hat bisher, soweit ersichtlich, noch niemand behauptet und kann auch schlechterdings nicht behauptet werden, weil Gesetze ja überwiegend den seit jeher bekannten Stoff des Rechts regeln. Ein solcher allgemeiner Bewusstseinswandel – weg von der Orientierung am Recht, hin zur Unterwerfung unter jedwedes Gesetz – ist trotz der häufigen Beschwörung der Hobbes'schen Idee auch in der realen Rechtsgeschichte der Neuzeit nicht zu erweisen. Vielmehr ist die ursprüngliche Unterscheidung von Recht und Gesetz, auf die schon hinzuweisen war²⁵¹, allmählich verblasst und verschwunden. Dies jedoch nicht, weil das Gesetz explizit an die Stelle des Rechts – im wörtlichen Sinne – gesetzt worden wäre, sondern weil der Staat den Stoff des bis dahin bekannten Rechts mit unterschiedlichen Varianten in Gesetzesform gegossen hat.

Damit stellt sich die mit dem modernen Verständnis des Gesetzes so schwer zu vereinbarende Aufgabe, Willkür in Gesetzesform, also gesetzliches Unrecht zu identifizieren. Dabei drängt sich erneut die schon angesprochene und viel diskutierte «Radbruch'sche Formel» in den Vordergrund.²⁵² Man bedarf aber dieser Formel mit ihrer selbst unerträglichen Unbestimmtheit nicht, wenn die zugrunde liegenden Bedingungen, unter denen überhaupt von Recht die Rede sein kann, schärfer in den Blick genommen werden. Eine weitere, über unser Thema schon hinausführende These der vorliegenden Studie lautet also: Soweit ein Gesetz Willkür

251 Abschnitt III 3 a aa.

252 Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht (Anm. 57), S. 353. Vgl. a. zu Anm. 60.

gestattet und die Rechtssubjektivität des Menschen oder die zugehörigen Ausgleichs- und Abwehrrechte verneint, verlässt es den Boden des Rechts. Denn ein Gesetz kann sich nicht mehr anmaßen, als das Recht und die Grundgerechtigkeit der menschlichen Person begrifflich erlauben. Auch dafür gilt, dass mit Hilfe des eng umgrenzten Raumes notwendiger Deduktionen nur elementarste Rechtsverletzungen zu identifizieren und auf diesem Wege keineswegs alle sich hier aufdrängenden Probleme zu lösen sind. Selbstverständlich wird der Gesetzgeber den zur Regulierung der sozialen Verhältnisse wichtigen Spielraum, subjektive Rechte zu gewähren oder bewusst nicht zu berücksichtigen, aus rechtspolitischen Erwägungen immer nutzen. Und diese Entscheidungen mögen uns europäischen Zeitgenossen des 21. Jahrhunderts nicht immer gefallen. Aber die Tatsache, dass die Unterscheidung und Gegensätzlichkeit von Recht und Willkür auch für jeden Gesetzgeber gelten muss, lässt eine Grenze erkennen, jenseits derer von Recht nicht mehr die Rede sein kann. Vor diesem Hintergrund stellen sich Fragen des unantastbaren Elementarschutzes der Person, die bisher mit dem Blick auf die Radbruch'sche Formel nur vage und «wertend» bedacht, jedoch nicht rational kontrolliert reflektiert werden konnten.

Und diese, sich hier aus dem logisch zwingenden Gegensatz von Recht und Willkür ergebenden Fragen sind identisch mit jenen, mit denen wir uns konfrontiert sehen, wenn nach heutiger Auffassung rechtsethisch hochproblematisches Gesetzesrecht – aus Vergangenheit oder Gegenwart – als positives Recht Anerkennung fordert. In diesem Falle entgeht kein Rechtshistoriker oder Rechtsanwender – außerhalb einer so schönen Verfassungsordnung, wie der des Grundgesetzes – der Notwendigkeit, nach einer Metaebene Ausschau zu halten, die ihn bei der Unterscheidung von Recht und Willkür in Gesetzesform, also von rechtmäßigen und willkürlichen Normen unterstützen könnte. Diese Hilfe bietet nicht nur die Notwendigkeit, die angedeutete personale *Grundgerechtigkeit* als Recht zu begreifen, sondern zugleich auch das kulturelle, staatliche Grenzen übergreifende Umfeld des zweifelhaften Gesetzes. Anders sind wohl noch nie Grenzen des Rechts erfahren und ermittelt worden.²⁵³

253 Willoweit, Recht und Willkür (Anm. 166), S. 156ff.

IV.

Ausblick: Begriffliche und politische Maßstäbe der austeilenden Gerechtigkeit

1. Intersubjektiver Ausgleich als «metallischer Kern» aller Gerechtigkeit

Abschließend stellt sich die Frage, ob und inwiefern die zur so genannten ausgleichenden Gerechtigkeit gewonnenen Einsichten zur Lösung der gegenwärtig vor allem diskutierten Probleme der austeilenden Gerechtigkeit beitragen können. Als im Gegensatz zu der heute vorherrschenden Überzeugung²⁵⁴ Josef Pieper nicht in der Verteilung knapper Güter, sondern im Ausgleich den *metallischen Kern* der Gerechtigkeitsidee identifizierte, begründete er diese Position weit ausgreifend mit der anthropologischen, das Verhältnis von Mensch zu Mensch grundsätzlich erfassenden Dimension der *iustitia communitativa*.²⁵⁵ Damit stimmen die hier bevorzugten rechtslogischen Überlegungen überein, wenn auch mit dem Unterschied, dass sich die «metallische» Härte dieses Gerechtigkeitskerns schon aus der Genese des Rechtsbegriffs selbst ergibt. Da dieser aber gedanklich die Rechtssubjektivität mit ihren elementarsten Schutzrechten nach sich zieht, ist es durchaus berechtigt und naheliegend, diesen vorgegebenen Nucleus des Rechts als den Ursprung aller Gerechtigkeitsphilosophie zu identifizieren.

Wenn dem so ist, muss die ausgleichende Gerechtigkeit auch das weite Feld der *iustitia distributiva* beeinflussen. Das scheint insofern der Fall zu sein, als alle Verteilung mit den dabei zu beachtenden Kriterien Gleichheitsfragen aufwirft, für die der Ausgleich im Verhältnis der tauschenden Personen das maßgebende Paradigma bietet. Dieser Zusammenhang zwischen den beiden Formen der aristotelischen Gerechtigkeit ist auch schon bisher aufgefallen. Otfried Höffe hat den interessanten Versuch unternommen, gewisse Fragen der verteilenden Gerechtigkeit als solche der

254 Vgl. o. II 1 b.

255 Pieper, Gerechtigkeit (Anm. 67), S. 70ff., 73.

Tauschgerechtigkeit zu deuten.²⁵⁶ Ebenso verfährt Röhl in Anwendung der schon erörterten Equity-Theorie, nach welcher alles zwischenmenschliche Verhalten auf Austausch beruht. Dann muss in Vollzug der verteilenden Gerechtigkeit selbst die Bedürftigkeit als positiver Beitrag im Rahmen des Austausches gedeutet werden, etwa weil der Bedürftige dem Verantwortlichen der ihm gewährten Hilfeleistung seine *Wertschätzung* entgegenbringt.²⁵⁷ Gesamtgesellschaftlich gesehen, liegt jedenfalls der Gedanke nahe, Ausgleich auch von allen Mitgliedern der Gesellschaft insofern einzufordern, als einzelnen Menschen jenes Existenzminimum nicht zur Verfügung steht, das die Wahrnehmung der elementarsten eigenen Rechte praktisch erst möglich macht. Der Ausgleich als *metallischer Kern* aller Gerechtigkeit kann dabei als ein übergreifender Maßstab überzeugend helfen, das ökonomisch notwendige Minimum rational zu begründen und zu sichern.

2. Der politische Relativismus der Gerechtigkeitsfindung

a) *Entscheidung über Gerechtigkeitsmaßstäbe*

Die Vielzahl und Vielfalt der in Verwirklichung der austeilenden Gerechtigkeit zu treffenden Entscheidungen ist mit rechtslogischen Überlegungen allein allerdings nicht zu bewältigen. Einige Merkmale der Gerechtigkeit ergeben sich aus der langen Geschichte der einschlägigen Diskussion von selbst. Zunächst ist Gleichheit als Zuteilungskriterium unverzichtbar, wie schon Aristoteles gesehen hat. Denn – unbegründete – Ungleichheit würde Willkür bedeuten. Willkür aber als Gegenbegriff von Recht schließt offensichtlich auch die Erfüllung der verteilenden Gerechtigkeit aus. Dieser Evidenz liegt die Erwartung zugrunde, dass Gerechtigkeit im Vergleich zur bloßen Rechtmäßigkeit menschlichen Verhaltens einen höherrangigen Anspruch verkörpert, weil komplexere Probleme zu lösen sind, wenn etwas «auszuteilen» ist. Es liegt auf der Hand, dass es sich keineswegs nur um Sozialleistungen handeln muss. Nicht nur Wohltaten, sondern auch Belastungen, zum Beispiel Steuern oder Strafen, werden den Bürgern

256 Otfried Höffe, *Gerechtigkeit als Tausch? Zum politischen Projekt der Moderne*, Baden-Baden 1991 (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 13).

257 Röhl, *Gerechtigkeitstheorie* (Anm. 207), S. 20ff., 33.

auferlegt, also durch den Staat als «Dritten» «zugeteilt» oder durch eine andere, mit Hoheitsrechten ausgestattete Macht. Chaim Perelmans formaler Gerechtigkeitsbegriff, nach welchem die gleichmäßige Anwendung einer Regel auf alle in Frage kommenden Individuen derselben Kategorie zu fordern ist, kommt dabei der Charakter einer unverzichtbaren Richtschnur für die zu treffenden Entscheidungen zu.²⁵⁸

Eine letzte ergänzende, im Grunde banale These meiner Überlegungen lautet: Die Gerechtigkeitsfindung ist auf der Grundlage der Idee «ausgleichender Gerechtigkeit» überwiegend von den in einer Gesellschaft herrschenden, allgemein oder doch überwiegend anerkannten Maßstäben abhängig, mögen diese nun religiöser, politischer oder sozialer Natur sein. Aus ihrer unterschiedlichen Berücksichtigung ergeben sich die schon von Aristoteles erkannten «Proportionen». Aber diese Proportionen der Gleichheit fallen aufgrund der jeweiligen Vorbedingungen und Vorentscheidungen verschieden aus. Es ergeben sich unterschiedliche Qualitäten der Gleichheit, ob ich Merkmale einer Gruppenzugehörigkeit, wie Adel oder Fremdheit, ob ich politische Konformität oder bürgerliche Freiheitsrechte, Leistung oder Bedürftigkeit als Parameter der Gleichbehandlung in den Entscheidungsprozess einführe. In Hinblick auf die damit ganz verschiedenartigen Möglichkeiten rechtlicher Gestaltung ist zu akzeptieren, dass die Gerechtigkeitsfindung durch einen politischen Relativismus bestimmt und belastet ist. Es führt kein Weg an der Notwendigkeit vorbei, mögliche Maßstäbe der Gerechtigkeit zu identifizieren und zu diskutieren, Gerechtigkeitsforderungen zu prüfen und unter Berücksichtigung ethischer und politischer Prioritäten zu bewerten, um schließlich Gerechtigkeitsentscheidungen treffen zu können.²⁵⁹ *Die freie Konkurrenz sehr verschiedener Gerechtigkeitsvorstellungen ist ein Kernstück freier Persönlichkeitsentfaltung und demokratischer Staatsorganisation.*²⁶⁰ Ein solcher Prozess der Gerechtigkeitsfindung kann nicht zu einhellig akzeptierten Ergebnissen führen. Aber er wird sich bei der Anwendung des jeweiligen Maßstabes stets am Prinzip der Gleichheit im Sinne Perelmans²⁶¹ zu orientieren haben, um niemand individuell und damit willkürlich zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

258 Vgl. o. Abschnitt II 2.

259 Rütters, Das Ungerechte, in: Juristenzeitung (Anm. 5), S. 971; Dreier, Recht (Anm. 45), S. 79.

260 Rütters, Das Ungerechte, 3. Aufl. (Anm. 5), S. 174.

261 Vgl. o. Abschnitt II 2.

Daher überrascht es nicht, wenn der moderne Beobachter Gerechtigkeitsvorstellungen der Vergangenheit oder außereuropäischer Kulturen der Gegenwart oft nur mit Befremden zur Kenntnis nehmen kann. Offensichtlich haben seit jeher die Religionen als generationenübergreifende Normensysteme ebenso wie die festgefügtten altständischen Verhältnisse allein in Europa rund tausend Jahre wesentlich das Verständnis von Gerechtigkeit geprägt. Da nach den Vorstellungen früherer Generationen der gerechte Gott nicht nur Wohltaten spendet, sondern in Gestalt von Krieg, Missernten und Seuchen auch Strafen für die Sünden der Menschen auferlegt, waren die unschuldig davon Betroffenen davor zu schützen. Die Gerechtigkeit verlangte also, Gottes Strafen abzuwenden und daher den Untertanen strenge Verhaltensregeln aufzuerlegen. Da ferner jeder Mensch in einen bestimmten Stand hineingeboren wurde, in dem seine Familie ihr Auskommen fand, war es ein Gebot der Gerechtigkeit, diesen Status mit seinen wohlerworbenen Rechten auch für die Nachkommenschaft zu bewahren. Dies sind nur einige Beispiele für das viele Jahrhunderte dominierende Denken bis zum Vorabend der Aufklärung. Was damals als gerecht galt, halten wir oft für ungerecht oder mag uns sogar empören. Damit bestätigen wir aber nur die Relativität aller Gerechtigkeit und ihrer Zuteilungskriterien. Offenbar geworden ist dieser variable Charakter der Gerechtigkeit endgültig im Übergang zum 19. Jahrhundert. Mit dem Untergang der Ständegesellschaft versanken bis dahin geltende Gerechtigkeitsmaßstäbe im Dunkel der Geschichte, während mit der «sozialen Frage» bald neue Gerechtigkeitsforderungen auf den Plan traten. Die europäischen Gesellschaften haben darauf Antworten zu geben versucht, die von der beginnenden Sozialgesetzgebung des Deutschen Reiches über die Regulierung mächtiger Marktteilnehmer durch die amerikanische Kartellgesetzgebung bis zu den sozialistischen Experimenten einer gleichförmigen Bedürfnissteuerung reichten. Die europäische Geschichte des 20. Jahrhunderts lässt sich auch als ein Ringen um das richtige Gleichgewicht verschiedenartiger Gerechtigkeitsmaßstäbe interpretieren. Es ging dabei nicht nur um die Verteilung knapper Güter, sondern auch um sozialetische Entscheidungen grundlegenden Charakters: Belohnung individueller Leistung durch den freien Markt einerseits, Sicherung eines von staatlicher Planung abhängigen Existenzminimums andererseits.

b) Verfassungsrechtliche Mindestbedingungen

Es kommt also offenbar auch darauf an, wer die Maßstäbe der Gerechtigkeit für eine Gesellschaft bestimmt und wie sie für verbindlich erklärt werden. Das sind verfassungsrechtliche Fragen, die in die Forderung nach einer hinreichenden Legitimität des politischen Systems einmünden. Willkür auch auf dieser höchsten rechtlichen Ebene eines Staates scheint Gerechtigkeit ebenso auszuschließen, wie beliebige Zuteilungsakte ohne jeden rational nachprüfbaren Maßstab, etwa aufgrund von Korruption, Nepotismus oder nur machtpolitischen Erwägungen. Und für das Verfassungsrecht dürfte das Prinzip der Gleichheit selbst in ständisch gegliederten Gesellschaften eine ebenso wichtige Rolle spielen, um Gerechtigkeit zu gewährleisten, wie auch schon bisher für Gerechtigkeit überhaupt festzustellen war. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der zu beobachtenden Verfahrensgerechtigkeit. Sie setzt die Anerkennung und Realisierung der schon erörterten «Grundgerechtigkeit» voraus. Um aber Willkür im Staatsapparat auszuschließen und rational nachvollziehbare Entscheidungen zu gewährleisten, müssen die Bedingungen einer unabhängigen Gerichtsbarkeit als der ursprünglichsten Form einer über die Familie hinausreichenden Vergemeinschaftung gegeben sein. «Unabhängigkeit» von Gerichten besagt nichts anderes als Freiheit der Richter von willkürlicher Einflussnahme. Dem Gerichtswesen als der ältesten, schon Moses bekannten, dem Staat vorausgehenden Organisationsstruktur ist die Idee der Unabhängigkeit von willkürlicher politischer Macht immanent. Anders könnten selbst einfachste Schiedssprüche ihre Funktion, gesellschaftliche Konflikte beizulegen, nicht erfüllen.

Wesentlich mehr aber an wünschbaren Verfassungselementen jenseits der Grundgerechtigkeit als willkürfreie Verfahren und unabhängige Richter sind der bloßen Rechtslogik nicht zu entnehmen. Die Entstehung unterschiedlichster – zum Teil auch konvergierender, obwohl entfernt voneinander entstandener – Verfassungsformen beruhte vielfach auf uns so fremden kulturellen Voraussetzungen, dass deren Beurteilung ex post aus der Sicht der modernen westlichen Gesellschaften sinnlos ist. Etwas anderes darf für die Gegenwart mit Rücksicht auf die fortschreitende Internationalisierung – und «Globalisierung» – der politischen Diskussion für rechtsethische Überlegungen gelten. Denn diese finden notwendigerweise in einem modernen Kontext statt und sind daher in der Lage, die Verwirklichung aller wichtigen Komponenten gegenwärtiger Rechtsstaatlichkeit

zu fordern: umfassende Menschen- und Bürgerrechte mit Meinungsfreiheit und freier Entfaltung der Persönlichkeit, die Gleichberechtigung der Geschlechter und die Unzulässigkeit geburtsständischer Vorteile oder Benachteiligungen, Religionsfreiheit und politische Teilhaberechte, das Recht auf Bildung, die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung usw. Rechtsethisch Gesolltes darf sich konkreter aussprechen als es die Rechtslogik erlaubt. Der Blick auf ein derart optimales Programm politischer Freiheit zeigt jedoch, dass die hohe verfassungsrechtliche Qualität der Rechtsordnung im Gerechtigkeitsdenken der Gegenwart einen ganz außerordentlichen Rang einnimmt und für die große Mehrzahl der Bürger von größerem Gewicht ist als es einzelnen sozialpolitischen Forderungen jemals zukommen könnte.

V.

Der Anspruch metaphysischen Denkens: Die Endgültigkeit der Gerechtigkeit

Der Relativismus der Gerechtigkeitsfindung verbleibt jedoch in einer unaufhebbaren Spannung zu der Erwartung, Gerechtigkeit könne eine richtige Lösung herbeiführen, die mehr sei, als die Umsetzung eines beliebigen politischen Programms. Das hat die Wissenschaft längst wahrgenommen. Hans Kelsen sprach von der *ewigen Sehnsucht nach Glück*, die sich hinter der Forderung nach Gerechtigkeit verberge²⁶², der christliche Existentialist Gabriel Marcel von der mit der Gerechtigkeit verbundenen *Liebe*²⁶³, Wolfgang Huber von der Gerechtigkeit als einem *eschatologischen Begriff*²⁶⁴, der Historiker Gert Melville vom Ziel der *Vollkommenheit*²⁶⁵, der Jurist Bernd Rüthers von einem *Urbedürfnis des Menschen*, endlich doch *die eine, wahre, vielleicht sogar ewige Gerechtigkeit* zu erreichen.²⁶⁶ Diese Gerechtigkeitsidee ist nach dem Zweiten Weltkrieg auch in der Öffentlichkeit weit verbreitet. Nach dem Urteil im Auschwitz-Prozess titelte die «Welt» 1965, nun sei den Tätern *Gerechtigkeit* widerfahren²⁶⁷, und erst vor wenigen Monaten dokumentierte der Sender Arte das Leben von Beate und Serge Klarsfeld unter dem Rubrum *Nicht Rache, sondern Gerechtigkeit*.²⁶⁸ Die Liste eines solchen, geradezu beschwörenden Wortgebrauchs ließe sich leicht verlängern. Die Berufung auf Gerechtigkeit zieht Hoffnungen auf sich, die letztlich rational nicht vollständig zu entschlüsseln sind und an quasireligiöse Erwartungen erinnern.²⁶⁹

262 Kelsen, Gerechtigkeit (Anm. 71) S. 2.

263 Gabriel Marcel, Auf der Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit, in: Auf der Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit. Vorträge in Deutschland, hrsg. von Wolfgang Ruf, Frankfurt a. M. 1964, S. 40–65, 53; ähnlich schon Stammer, Gerechtigkeit (Anm. 52), S. 404.

264 Huber, Gerechtigkeit (Anm. 18), S. 201ff.

265 Melville u. a. (Hrsg.), Gerechtigkeit (Anm. 25): *Verlangen nach Vollkommenheit* im Titel der mit diesem Band begründeten Reihe.

266 Rüthers, Das Ungerechte, in: Juristenzeitung (Anm. 5) S. 970, 974; vgl. a. schon Stammer, Gerechtigkeit (Anm. 52), S. 395: [...] *bedeutet Gerechtigkeit das letzte Endziel des Rechtes*.

267 «Die Welt» vom 21. 8. 1965.

268 Sendung am 24. 1. 2017.

269 Tammelo, Theorie (Anm. 74), S. 126ff.: *Zur Metaphysik der Gerechtigkeit*.

In einer nach jedermanns Überzeugung gerecht geordneten Gesellschaft wäre politisches Denken überflüssig und Politik gegenstandslos. Gerechtigkeit verspricht eine endgültig richtige, unserer Idee von «Wahrheit» entsprechende Form sozialer Organisation. Eine solche Utopie gehört offenbar zum Denken über *letzte* Gerechtigkeit.²⁷⁰ Es ist zu vermuten, dass jede Gesellschaft ein solches gemeinsames Endziel ihrer sonst oft gegensätzlichen Bestrebungen benötigt. Es wäre nicht schwierig, für die überschaubaren historischen Zeiträume und Kulturen derartige Zukunfts- und Endzeitvisionen zu ermitteln, die alle Mitglieder der Gesellschaft binden oder doch verbindlich sein sollen und damit auch eine sozialetische Programmatik aktivieren. Für die großen Weltreligionen ist das ebenso evident wie für die Ideologien des 20. Jahrhunderts. Als politische Religionen haben diese nach dem Ersten Weltkrieg ein offenbar entstandenes Vakuum ausgefüllt. Aber auch, was schon zuvor der Nationalismus des säkularen Staates seinen Bürgern in blutigsten Kriegen an Opfern abverlangen konnte, ist ohne den – oft ausdrücklich artikulierten – Glauben an den Dienst für die eigene Nation als Sinn des Lebens nicht erklärbar.

Vor diesem Hintergrund dürfte die in der Gegenwart mit großer Zähigkeit geführte Diskussion über wahre Gerechtigkeit zu verstehen sein. Offenbar genügt die den Bürgern zugemutete Pluralität ihrer Überzeugungen und damit auch gegenseitige Toleranz nicht, das Bedürfnis nach einem übergreifenden Sinnhorizont ihrer unter derselben Rechtsordnung gemeinsamen Existenz zu befriedigen. Da bietet sich der weltanschaulich indifferente Gerechtigkeitsgedanke an, um eine die ganze Gesellschaft erfassende Verbindlichkeit ihrer sonst unterschiedlichen sozialen Zielvorstellungen zu begründen. Ist dieser politische Wille nach den uns zugänglichen historischen Erfahrungen mutmaßlich auch nicht als pure Illusion zu entlarven, so muss doch das Bewusstsein geweckt und bewahrt werden, dass auf dem Wege zur gerechten Gesellschaft die unterschiedlichen alternativen Gerechtigkeitsforderungen mit Vernunftgründen zu diskutieren sind und über sie in rationalen Verfahren zu entscheiden ist – auch wenn selbst auf diesem Wege niemals ein genereller Konsens zu erzielen sein wird.

270 Draht, Grund (Anm. 93) S. 36; Gröschner, Gerechtigkeit (Anm. 7), S. 420: *Gerechtigkeitssehnsucht*.

VI.

Zusammenfassung und Fazit

Die vorliegende Studie führte zu drei zentralen und drei ergänzenden Thesen, die kurz zu rekapitulieren sind:

Erstens betrifft die im Anschluss an Aristoteles so genannte ausgleichende Gerechtigkeit kein Gerechtigkeitsproblem, sondern die Entstehung des Rechts aus zwischenmenschlichen Beziehungen überhaupt.²⁷¹

Zweitens entfällt der Begriff des Rechts, wenn man jeglichen Ausgleich von Verletzungen einer Person oder ihrer Güter sowie für willkürliche Vertragsverletzungen hinwegdenkt.²⁷²

Drittens setzen die Tatbestände der Rechtsentstehung aus Delikt oder Vertrag die Existenz ursprünglicher Schutzrechte zur Bewahrung von Leben, körperlicher Unversehrtheit und Eigentum voraus.²⁷³

Am Rande dieser Überlegungen ergaben sich die ergänzenden Thesen

– dass auch ein staatliches Gesetz dann, wenn es Willkür gestattet oder die Rechtssubjektivität des Menschen oder die zugehörigen Ausgleichs- und Abwehrrechte verneint, den Boden des Rechts verlässt, weil der Gegensatz von Recht und Willkür dem Begriff des Rechts immanent ist²⁷⁴,

– dass selbst im Rahmen der «verteilenden Gerechtigkeit» unausgesprochen das Prinzip der «ausgleichenden Gerechtigkeit» als Leitidee für die Gerechtigkeitsfindung maßgebend bleibt, diese jedoch überwiegend von den in einer Gesellschaft bevorzugten Maßstäben abhängig ist, mögen diese religiöser, politischer oder sozialer Natur sein,²⁷⁵

271 Vgl. o. Abschnitt III 2 b.

272 Vgl. o. Abschnitt III 3 a.

273 Vgl. o. Abschnitt III 3 b.

274 Vgl. o. Abschnitt III 3 b.

275 Vgl. o. Abschnitt IV 1.

– dass der Gegensatz von Recht und Willkür von jedem politischen System nicht nur den Respekt vor den elementarsten Rechten der menschlichen Person, sondern auch die Beachtung willkürfreier Verfahren und die Anerkennung unabhängiger, also fremder Willkür nicht ausgesetzter, nur ihrem Gewissen verpflichteter Richter verlangt.²⁷⁶

Wir erfreuen uns der demokratischen Vielfalt und darin begründeten Pluralität der Gerechtigkeitsziele und -erwartungen. Doch den unaufgebbaren Kern des Rechtsgedankens bildet der Mensch und seine Bedürfnisse: Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum. Die Vorstellung, es könne ein Gesetz ein «Recht» des Staates begründen, diesen innersten Kern menschlicher Existenz aufzuheben und zum Beispiel Juden oder Angehörige vom Staate abgelehnter Religionen hinzurichten, ist absurd. Ein derartiges Gesetz ist in der Vergangenheit nichts als ein Gewaltakt gewesen und würde es in alle Zukunft sein. Denn es ist keine menschliche Autorität denkbar, die legitimiert sein könnte, Leben von Wesen ihresgleichen ohne weiteren Unrechtsvorwurf auszulöschen. Dem Recht sind die elementarsten Dinge des menschlichen Lebens anvertraut. Das zu respektieren, ist wahrer «Rechtspositivismus».

276 Vgl. o. Abschnitt IV 2 b.

Anhang

Autorenregister

Herausgeber fanden in Auswahl, Übersetzer in Ausnahmefällen Berücksichtigung.

Nachweise **fett** bei wörtlichen Zitaten, in den Anmerkungen *kursiv*, gegebenenfalls auch **fett**

- Adachi, Hidehiko 20
 Adomeit, Klaus **11, 18, 21, 23, 41**
 Albertus Magnus 27
 Alexy, Robert 21, **26, 51**
 Annas, Gabriele 46
 Anselm von Canterbury 27
 Aristoteles 28, 30, 31, **36–39, 41, 47, 54, 77, 83**
 Armgardt, Matthias 53
 Augustinus **42**
 Austin, John 51
- Bäcker, Carsten 51
 Baeyer, Alexander von 65
 Berman, Harold J. **5**
 Bienenfeld, Franz-Rudolf **11**
 Binder, Julius **23**
 Bobbio, Noberto 66
 Bodenheimer, Edgar 64
 Brant, Sebastian **46**
 Braun, Johann 31, 63
 Breitenstein, Mirko 14, 46
 Brieskorn, Norbert **27**
 Briner, Robert **56**
 Brown, S. M. 66
 Brunner, Emil **10, 11**
 Buchberger, Michael 11
 Bürge, Alfons **41**
 Bydliniski, Franz 26, 34, **63**
- Canaris, Claus-Wilhelm 30, **55**
 Carsten, Jürgen 14
 Celsus 42
 Cicero **41, 42**
- Dancy, Jonathan 48
 Del Vecchio, Giorgio, s. Vecchio
 Dilcher, Gerhard 52
 Dilcher, Gerhard/Distler, Eva-Maria 5, 6
 Dodaro, Robert 49
 Draht, Martin **29, 82**
 Dreier, Horst 18, 21, 29, **51, 77**
 Dreier, Ralf 23, 27
 Duns Scotus 27
- Ebel, Wilhelm 5
 Eigler, Gunther 28
 Engisch, Karl 30
 Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl 57
- Fechner, Hermann Adolph 28
 Felixberger, Peter 33
 Fernandes, Joao Manuel Azevedo Alexandrino 44
 Festl, Michael G. 16
 Fichte, Johann Gottlieb **61**
 Foljanty, Lena 10, 11
 Forst, Rainer 14
 Fränkel, Karl Joachim 23
 Francesco di Vitoria 27
 Fritz, Klaus von **39**
 Frühbauer, Johannes J. 14
 Fuchs, Marko 43
- Gerhardt, Volker 57
 Goldschmidt, Werner 22
 Gordon, John-Stuart 28

- Gosepath, Stefan 25
 Gräb-Schmidt, Elisabeth 13
 Gröschner, Rolf **8, 15, 82**
 Grossouw, W./de Fraine, J. **35**
 Grotius, Hugo 27, 28, **30, 56**
- Haacke, Stefanie 28, 38, **39, 47**
 Hagemann, H.-R. 55
 Hammacher, Klaus **58, 59**
 Hammer, Jürgen/Keller, Heidi 59
 Hand, Volkmar 42
 Hart, H. L. A. 48, **49, 51, 63–65, 69**
 Hartmann, Nicolai 22
 Hattenhauer, Hans 57
 Hauser, R. 11
 Hayek, Friedrich A. von **6, 48, 49, 58**
 Heimann, Raul 28
 Henkel, Heinrich 10, 18, **22, 50**
 Heun, Werner 51
 Hobbes, Thomas 27, 28, 30, 53, **65–67, 73**
 Höffe, Otfried 14, **17, 19, 61, 76**
 Höffner, Joseph **12**
 Hoerster, Norbert **24, 61, 62**
- Hofmann, Hasso **8, 16, 18, 21, 31, 32**
 Holzleithner, Elisabeth 27
 Horn, Christoph 17
 Horn, Christoph/Scarrano, Nico 27, 42
 Horn, Norbert **26**
 Huber, Wolfgang 12, **81**
 Hübner, Rudolf 38
 Hume, David 69
- Isensee, Josef 18
- Jäger, Rudolf 22
 Jansen, Nils **33**
 Jestaedt, Bernhardt 13
 Jesus von Nazareth 35
 Jhering, Rudolf von **23, 48, 49**
 Joas, Hans 68
 Joerden, Jan 8
 Jussen, Wilhelm 11
- Kahlo, Michael/Wolff, Ernst A./Zaczyk, Rainer 61
 Kant, Immanuel 27, **50, 53, 54, 72**
 Kappelhoff, Peter 59
 Kaser, Max 38
 Kaufmann, Arthur **15**
 Kaulbach, Friedrich 72
 Kelsen, Hans 11, **23, 26, 53, 81**
 Kerger, Henry 58
 Kersting, Wolfgang 13, 66
 Kinzler, Ulrich 28
 Klarsfeld, Beate und Serge 81
 Klenner, Hermann 16
 Kley, Roland 14
 Klüber, Franz 12
 Köhler, Michael **34, 61**
 Koller, Peter **24, 25, 26**
 Krawietz, Werner 49
 Kriele, Martin 21, 25, 26
 Kunz, Karl-Ludwig 21
- Lampe, Ernst Joachim 59, 71, 72
 Landau, Peter 54
 Langhorst, Peter **13**
 Larenz, Karl 54
 Lasars, Wolfgang 15
 Leibniz, Gottfried Wilhelm 27, 28, 53
 Lemetti, Juhana 66
 Li, Wenchao 53
 Liddel, Henry George/Scott, Robert **39**
 Lippert, Stefan 44
 Lobell, Rudolf **24**
 Locke, John **65, 67**
 Lüer, Jörg 11
- MacIntyre, Alasdair 16
 Mack, Elke 13
 Mahlmann, Matthias **26, 27**
 Maihofer, Werner 8, 10
 Manthe, Ulrich 37, 41, 55
 Marcel, Gabriel **81**
 Marcic, René 21
 Marcus, Hugo 55

- Maus, Marcel 59
 Mazouz, Nadia 15, 31
 Melville, Gert 14, 40, **81**
 Michel, D. **35**
 Mona, Martino 21
 Moses **36, 46**, 79
 Müller, Wolfgang Erich 16

 Nickel, Peter 18
 Nietzsche, Friedrich **57, 58**
 Nozick, Robert **16**

 Oestmann, Peter 52
 Osterkamp, Thomas 18
 Ottmann, Henning 14

 Pape, Wilhelm **39**
 Paulus 11
 Pavčnik, Marijan 25
 Perelman, Chaim **25**, 26, **51**, 77
 Petersen, Jens **50**, 57, 58, 68
 Pfordten, Dietmar von der
 24, 48, 49
 Pieper, Josef 22, 31, **43**, 55, **75**
 Pius XII. 11
 Platon 27, 28, 35, 36, 41, 46
 Pufendorf, Samuel 56

 Radbruch, Gustav **6**, 11, **20**, 21, 26,
 27, **30**, **72–74**
 Railton, Peter 48
 Rawls, John **13–16**
 Raz, Joseph 48, 53
 Ritter, Joachim 11
 Robbers, Gerhard 51
 Roberts, Simon 49
 Rödl, Florian 57
 Rogers, J. A. J. 67
 Röhl, Klaus F. **59**, 76
 Rückert, Joachim 5, 48
 Rümelin, Gustav **21**
 Rüthers, Bernd 7, 10, **77**, 81
 Ryffel, Hans **12**, **17**, 19, 63

 Salomon, Max 28
 Sauer, Wilhelm **22**
 Schaub, Jörg 14
 Schiemann, Gottfried 52, 54
 Schlothfeld, Stephan **23**
 Schmidinger, Heinrich 18
 Schönfeld, Walther 10
 Schopenhauer, Arthur **67–69**
 Schroth, Jörg 25
 Schulte, Martin 33
 Schulte, Petra/Annas, Gabriele/
 Rothmann, Michael 46
 Schulz, Fritz 54
 Schurz, Gerhard 69
 Schwartländer, Johannes 17, **18**, 19
 Scipio 42
 See, Klaus von 5
 Sen, Amartya 16
 Socrates **35, 36**, 38
 Somló, Felix 8, 72
 Spaemann, Robert 13, 30, **31**
 Stammler, Rudolf **20**, 21, 50, 57, 81
 Starck, Christian 51
 Stekeler-Weithofer, Pirmin 50
 Stemmer, Peter 48
 Stone, Julius 27
 Straube, Sascha 57

 Tammelo, Ilmar 21, 23, 81
 Taylor, Alfred E. 66
 Thomas von Aquin 22, 23, 27, 28,
 43–45
 Tschentscher, Axel 15

 Ulpian **40**

 Vanberg, Victor 6
 Vecchio, Giorgio del 22, **36, 55**
 Verdross, Alfred 11, 21
 Verrone, Assunta 18
 Vogt-Spira, Gregor 14, 40
 Volland, Eckart 59, **71**
 Vollmer, Gerhard **71**
 Vorländer, Hans 14

Dietmar Willoweit

- Waldstein, Wolfgang 40, **50f.**
Weinberger, Ota 25, 49
Weitzel, Jürgen 52
Welzel, Hans 10, 12, 61
Wesel, Uwe 59
Wieacker, Franz 56
Willoweit, Dietmar 6, 19, 43, 50–53, 57, 61, 74
Wimmer, Hannes 72
Witte, Markus 13, 35
Wittenwiler, Heinrich **45**
Wolf, Erik 6, 10, 20, 63
Wolf, Ursula 28
Wolff, Christian 56
Wolff, Hans Julius **22**
Yang, Dae-Jong 57
Zaczik, Rainer **61**
Zippelius, Reinhold 18, 21

SITZUNGSBERICHTE

2006

978 3 7696 1637 8 Heft 1:
Göllner Theodor, **Die psalmodische Tradition bei Monteverdi und Schütz.**
30 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 0960 8 Heft 2:
Bollée Willem, **Gone to the dogs in ancient India.** 135 S., brosch., € 14,00

978 3 7696 1638 5 Heft 3:
Hübner Wolfgang, **Crater Liberi. Himmelspforten und Tierkreis.**
69 S., brosch., € 8,00

978 3 7696 1639 2 Heft 4:
Maier Hans, **Die Kabinettsregierung. Entstehung, Wirkungsweise, aktuelle Probleme.**
30 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1640 8 Heft 5:
Höfele Andreas, **Shakespeare und die Verlockungen der Biographie.**
60 S., brosch., € 12,00

2007

978 3 7696 1641 5 Heft 1:
Ziegler Rolf, **The Kula Ring of Bronislaw Malinowski. A Simulation of the Co-Evolution of an Economic and Ceremonial Exchange System.**
125 S., brosch., (vergriffen, Download)

978 3 7696 1642 2 Heft 2:
Landau Peter, **Goethes verlorene juristische Dissertation und ihre Quellen. Versuch einer Rekonstruktion.**
42 S., brosch., € 7,00

978 3 7696 1643 9 Heft 3:
Hofmann Hasso, **Verfassungsgeschichte als Phänomenologie des Rechts.**
28 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1644 6 Heft 4:
Oettinger Norbert, **Gab es einen Trojanischen Krieg? Zur griechischen und anatolischen Überlieferung.**
28 S., brosch., € 5,00

2008

978 3 7696 1645 3 Heft 1:
Wenz Gunther, **Friedrich Immanuel Niethammer (1766–1848). Theologe, Religionsphilosoph, Schulreformer und Kirchenorganisator.**
114 S., brosch., € 12,00

978 3 7696 1646 0 Heft 2:
Moulines C. Ulises, **Die Entstehung der Wissenschaftstheorie als interdisziplinäres Fach (1885–1914).**
20 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1647 7 Heft 3:
Pfothenhauer Helmut, **Unveröffentlichtes von Jean Paul. Die Vorarbeiten zum ›Leben Fibels‹.**
41 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1648 4 Heft 4:
Ullmann Manfred, **Lexikalische Probleme im Sinnbezirk Hyäne** (Beiträge zur Lexikographie des Klassischen Arabisch Nr.17).
40 S., brosch., € 6,00

2009

978 3 7696 1649 1 Heft 1:
Konrad Ulrich, **Zusammenfassung des Lebens und der Kunst. Das Siegfried-Idyll von Richard Wagner.**
32 S., brosch., € 6,00

978 3 7696 1650 7 Heft 2:
Hose Martin, **Euripides als Anthropologe.**
71 S., brosch., EUR 10,00

978 3 7696 1651 4 Heft 3:
Weipert Reinhard, **Altarabischer Sprachwitz: Abu 'Alqama und die Kunst, sich kompliziert auszudrücken** (Beiträge zur Lexikographie des Klassischen Arabisch Nr.18).
181 S., brosch., € 22,00

978 3 7696 1652 1 Heft 4:
Hendrik Birus, **Le temps présent est l'arche du Seigneur. Zum Verhältnis von Gegenwart, Geschichte und Ewigkeit beim späten Goethe.**
31 S., brosch., € 5,00

2010

978 3 7696 1653 8 Heft 1:
Manfred Ullmann, **Die Conclusio a minori ad maius im Arabischen** (Beiträge des Klassischen Arabisch Nr.19).
31 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1654 5 Heft 2:
Detlef Liebs, **Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian.**
213 S., brosch., € 23,00

978 3 7696 1655 2 Heft 3:
Peter Thiergen, **Aufrechter Gang und liegendes Sein. Zu einem deutsch-russischen Kontrastbild.**
99 S., brosch., € 11,00

2011

978 3 7696 1656 9 Heft 1:
Paul Kunitzsch, **Richard Lorch, Theodosius,
De habitationibus. Arabic and
Medieval Latin Translations.**
95 S., brosch., € 10,00

978 3 7696 1657 6 Heft 2:
Gunther Wenz, **Von den göttlichen
Dingen und ihrer Offenbarung.**
Zum Streit Jacobis mit Schelling 1811 / 12.
115 S., brosch., € 12,00

978 3 7696 1658 3 Heft 3:
Peter Landau, **Der Archipoeta –
Deutschlands erster Dichterjurist.**
*Neues zur Identifizierung des Politischen
Poeten der Barbarossazeit.*
45 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1659 0 Heft 4:
Peter Schreiner, Ernst Vogt (Hrsg.),
Karl Krumbacher. Leben und Werk.
147 S., brosch., € 17,00

2012

978 3 7696 1661 3 Heft 1:
Rainer Warning, **Ästhetisches
Grenzgängertum. Marcel Proust und Thomas Mann.**
103 S., brosch., € 11,00

978 3 7696 1662 0 Heft 2:
Annegret Heitmann, **Henrik Ibsens
dramatische Methode.** 40 S., brosch., € 6,00

978 3 7696 1663 7 Heft 3:
Wolfgang Ballwieser, **Unternehmens-
bewertung zwischen Fakten und Fiktionen.**
44 S., brosch., € 7,00

2013

978 3 7696 1664 4 Heft 1:
Bernd Schünemann, **Vom Tempel zum
Marktplatz. Die wahre Natur der Urteils-
absprache im Strafprozess.**
40 S., brosch., € 7,00

978 3 7696 1665 1 Heft 2:
Hartmut Bobzin, **Ließ ein Papst
den Koran verbrennen? Mutmaßungen
zum Venezianischer Korandruck von 1537 / 38.**
48 S., brosch., € 8,00

2014

978 3 7696 1666 8 Heft 1:
Jan-Dirk Müller, **Das Faustbuch in
den konfessionellen Konflikten des
16. Jahrhunderts.** 64 S., brosch., € 10,00

978 3 7696 1667 5 Heft 2:
Manfred Ullmann, **Die arabische
Partikel ḥaṣṣa.** 64 S., brosch., € 10,00

978 3 7696 1668 2 Heft 3:
Andreas Höfele, **Der Einbruch der Zeit.**
Carl Schmitt liest Hamlet.
48 S., brosch., € 10,00

2015

978 3 7696 1669 9 Heft 1:
Helmut Pfotenhauer, **Literarische Biographie
als philologischer Erkenntnisgewinn?**
Neue Bücher über Goethe. 24 S., brosch., € 7,00

978 3 7696 1670 5 Heft 2:
Matthias Steinhart, **Im Wettstreit mit Apelles.**
*Archäologische Bemerkungen zur Konzeption
von Giorgiones Tempesta.* 88 S., brosch., € 10,00

2016

978 3 7696 1671 2 Heft 1:
Ernst Vogt, **«Wenn die Jugend nur etwas
taugt...» Ulrich von Wilamowitz-Moellendorff
an Walther Kranz.** 39 Dokumente.
80 S., brosch., € 12,00

978 3 7696 1672 9 Heft 2:
Martin Hose, **Konstanten und Wandel in der
antiken Historiographie: Explanada und
explanantia in ihrer Entwicklung. Beiträge
zu einer Geschichte der Geschichtsschreibung.**
56 S., brosch., € 12,00

978 3 7696 1673 6 Heft 3:
Gunther Wenz, **Die Sünde Adams.**
*Zum Fall des Dorfrichters in Heinrich von
Kleists Lustspiel «Der Zerbrochene Krug».*
56 S., brosch., € 12,00

2017

978 3 7696 1674 3 Heft 1:
Wolfgang Hübner, **Athena am Sternhimmel bei
Proklos.**
56 S., brosch., € 12,00

978 3 7696 1675 0 Heft 2:
David E. Wellbery, **Goethes Pandora. Dramati-
sierung einer Urgeschichte der Moderne.**
80 S., brosch., € 12,00

978 3 7696 1676 7 Heft 3:
Matthias Steinhart, **Die Göttin und das
Weihrelief. Über Glaubenswirklichkeit und
Bildersprache im frühklassischen Athen.**
96 S., brosch., € 12,00

ABHANDLUNGEN – Neue Folge

- 978 3 7696 0958 5 Nummer 127:
Sabine Heym, Willibald Sauerländer,
Herkules besiegt die Lernäische Hydra.
*Der Herkules-Teppich im Vortragsaal der
Bayerischen Akademie der Wissenschaften.*
2006. 94 S., 52. Abb., geb., € 34,00
- 978 3 7696 0965 3 Nummer 128:
Theodor Göllner, Bernhold Schmid (Hg.)
Severin Putz (Mitarbeit), **Die Münchner
Hofkapelle des 16. Jahrhunderts im europä-
ischen Kontext.** *Bericht über das internatio-
nale Symposium der Musikhistorischen
Kommission der Bayerischen Akademie der
Wissenschaften in Verbindung mit der
Gesellschaft für Bayerische Musikgeschichte
München, 2.–4. August 2004.*
2006. 466 S., geb., € 109,00
- 978 3 7696 0964 6 Nummer 129:
Bearbeitet von D. Diemer, P. Diemer,
L. Seelig, P. Volk, B. Volk-Knüttel u. a.
Vorgelegt von Willibald Sauerländer,
Die Münchner Kammer. 2008. Bd. 1:
Katalog Teil 1, Bd. 2: Katalog Teil 2, zus. 1062 S.,
Bd. 3: Aufsätze und Anhänge, VIII+569 S.,
geb., € 498,00
- 978 3 7696 0967 7 Nummer 130:
Martin Heckel, **Vom Religionskonflikt zur
Ausgleichsordnung.** *Der Sonderweg des deut-
schen Staatskirchenrechts vom Augsburger
Religionsfrieden 1555 bis zur Gegenwart.*
2007. 135 S., brosch., € 23,00
- 978 3 7696 0973 8 Nummer 131:
Volker Bierbrauer, **Ethnos und Mobilität im
5. Jahrhundert aus archäologischer Sicht:**
Vom Kaukasus bis nach Niederösterreich.
2008. 129 S., 32 Tafeln, geb., € 48,00
- 978 3 7696 0977 6 Nummer 132:
Wolfgang Fikentscher, **Law and Anthropology.**
Outlines, Issues, and Suggestions.
2009. 512 S., geb., € 125,00
- 978 3 7696 0951 6 Nummer 133:
Gunther Wenz (Hg.), **Friedrich Immanuel
Niethammer (1766–1848).** *Beiträge zu
Biographie und Werkgeschichte.*
2009. VIII, 123 S., brosch., € 28,00
- 978 3 7696 0122 0 Nummer 134:
Werner Beierwaltes, Erich Fuchs (Hrsg.),
Symposium Johann Gottlieb Fichte. *Herkunft
und Ausstrahlung seines Denkens.*
2009. VII, 98 S., brosch., € 30,00
- 978 3 7696 0123 7 Nummer 135:
Kalliope Sarri, **Orchomenos IV.** *Orchomenos
in der mittleren Bronzezeit.*
2010. 479 S., 8 Tabellen, 77 Tafeln, 7 Phototafeln,
51 Diagramme, 12 Pläne, geb., € 144,00
- 978 3 7696 0124 4 Nummer 136:
Cornelia Meyer-Stoll, **Die Maß- und
Gewichtsreformen in Deutschland im 19. Jahr-
hundert unter besonderer Berücksichtigung
der Rolle Carl August Steinheils und der
Bayerischen Akademie der Wissenschaften.**
2010. 305 S., brosch., € 76,00
- 978 3 7696 0125 1 Nummer 137:
Gunter Wenz (Hg.), **Das Böse und sein Grund.**
*Zur Rezeptionsgeschichte von Schellings
Freiheitsschrift 1809.*
2010. 163 S., brosch., € 35,00
- 978 3 7696 0126 81 Nummer 138:
Michaela Konrad, Christian Witschel (Hrsg.),
**Römische Legionslager in den Rhein-
und Donauprovinsen – Nuclei spätantik-
frühmittelalterlichen Lebens?**
2011. 666 S., zahlr. Abb., geb., € 224,00
- 978 3 7696 0127 5 Nummer 139:
Claudia Märkl, Peter Schreiner (Hrsg.), **Jakob
Philipp Fallmerayer (1790–1861).** *Der Gelehrte
und seine Aktualität im 21. Jahrhundert.*
2013. 170 S., brosch., € 62,00
- 978 3 7696 0128 2 Nummer 140:
Klaus Strunk (Hrsg.), **Zur Geschichte der
Sprachwissenschaft im 19. Jahrhundert.**
*Briefe Johannes Schmidts an August Schleicher
1865–1868.*
2014. 128 S., geb., € 48,00
- 978 3 7696 0150 5 Nummer 141:
Dieter Launert (Hrsg.), **Nova Kepleriana.**
*Bürgis Kunstweg im Fundamentum Astrono-
miae – Entschlüsselung seines Rätsels.*
2015. 120 S., geb., € 48,00
- 978 3 7696 0131 2 Nummer 142:
Anton Spitaler, Kathrin Müller (Hrsg.), **Erste
Halbverse in der klassisch-arabischen Literatur.**
2016. 160 S., geb., € 48,00
- 978 3 7696 0129 9 Nummer 143:
Dietz Otto Edzard, Christopher B. F. Walker,
Claus Wilcke, **Keilschrifttexte aus ISIN – ISAN
BAHRİYÂT.** *Ergebnisse der Ausgrabungen der
Deutschen Forschungsgemeinschaft unter
der Schirmherrschaft der Bayerischen Akademie
der Wissenschaften.*
2018. 432 S., geb., € 154,00

ISSN 0342 5991

ISBN 978 3 7696 1677 4

© Bayerische Akademie der Wissenschaften München, 2018

Satz/Layout: a.visus, München

Druck und Bindung: Tutte Druckerei & Verlagsservice GmbH

Vertrieb: Verlag C. H. Beck, München

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier

(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Printed in Germany

www.badw.de

www.badw.de/publikationen/index.html