



universität  
wien

# Dissertation

Titel der Dissertation

**Das Prinzip der Gerechtigkeit zwischen politischen  
Handlungsparadigmen und normativer Wirklichkeit**

Verfasser

**Mag. Stefan Gschiegl**

Angestrebter akademischer Grad

**Doktor der Philosophie (Dr. phil.)**

Wien, 2012

Studienkennzahl laut Studienblatt:

A 092 300

Dissertationsgebiet laut Studienblatt:

Politikwissenschaft

Betreuer:

Univ.-Prof. Dr. Karl Ucakar



*Meiner geliebten Ehefrau in großer Dankbarkeit*



*Non est autem ius, ubi nulla iustitia est*

Wo es keine Gerechtigkeit gibt, gibt es auch kein Recht.

Cicero-Zitat nach Augustinus, De civitate dei

*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*

Die Gebote des Rechts sind folgende: Ehrenhaft leben, niemanden verletzen, jedem das Seine gewähren.

Corpus Juris Civilis (527 n. Chr.), Inst. 1, 1, 3



## Vorwort

Nun liegt sie tatsächlich vor, das Opus magnum, meine Dissertation. Die Genese dieses Werkes beruht auf einer langen, teils steinigen, nahezu drei Jahre andauernden Reise. Gut ein Jahr zog etwa ins Land, welches ich primär mit der Lektüre der umfangreichen Literatur zum Thema zubachte, ohne auch nur ein Wort zu Papier zu bringen.

Mein erster Dank gilt zunächst meinem lieben Freund Univ.-Prof. Dr. Karl Ucakar, indem ich stets einen getreuen Gesinnungsgenossen fand, um einen – heutzutage immer mehr ins antiquierte Eck abgedrängten – normativen Zugang gegen die multikausalen Sachzwänge unserer Disziplin zu verteidigen. Ich hatte das unschätzbare Glück zunächst als Tutor, später dann als Studien- und Projektassistent und schließlich als Co-Lektor unserer gemeinsam abgehaltenen Vorlesungen, die eine oder andere kontroverse Debatte mit ihm führen zu dürfen, die mir nur allzu oft als inspirierende Quelle für das eigene wissenschaftliche Arbeiten dienten. Ohne seine Rücksichtnahme auf die Belastung, die das Abfassen eines solchen Werkes nun einmal mit sich bringt, wäre es mir nicht gelungen, die Arbeit in der von mir selbst auferlegten Akribie fertig zu stellen. Er hat sich damit die oft bedenkenlos verwendete Bezeichnung eines „Doktorvaters“ mehr als nur redlich verdient.

Mein besonderer Dank sei an dieser Stelle meiner lieben Frau Sabine zugeeignet. Sie gab mir die notwendige Zeit, die seelische Unterstützung und die Kraft, die nun vorliegende Arbeit schlussendlich auch realisieren zu können. Ihr sei diese Dissertation gewidmet, denn ohne sie wäre nichts geschrieben worden.

Wien, im April 2012

Stefan Gschiegl





## Inhaltsverzeichnis

|                       |      |
|-----------------------|------|
| Vorwort               | VI   |
| Inhaltsverzeichnis    | VIII |
| Abkürzungsverzeichnis | XII  |
| Abbildungsverzeichnis | XV   |

## I. Teil – Einleitung 1

### I.1. Problem- und Fragestellung 1

### I.2. Aufbau der Arbeit 5

### I.3. Problemabgrenzung 9

### I.4. Interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung zwischen normativen Paradigmen und empirischen Perspektiven als wissenschaftliche Methode 10

I.4.1. Eine Standortbestimmung – unterschiedliche Forschungsperspektiven zwischen normativer und empirischer Gerechtigkeitsforschung 10

I.4.2. Differente Perspektiven von Gerechtigkeitsurteilen in der normativen und empirischen Gerechtigkeitsforschung 13

I.4.3. Der Kreierungsversuch einer Metatheorie der Gerechtigkeit zwischen normativen Paradigmen und empirischer Operationalisierbarkeit 15

I.4.3.1. Problemstellung und Ausgangslage 15

I.4.3.2. Drei Grundbedingungen für eine interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung 16

I.4.3.3. Die interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung als Metatheorie und Basis für handlungsanleitende Forschungsfragen? 18

## II. Teil – Begriffe und Definitionen 20

### II.1. Gerechtigkeit – Eine etymologische, semantische Begriffsapproximation 20

II.1.1. Eine erste zarte Annäherung an die Begrifflichkeit der Gerechtigkeit 20

II.1.2. Formelle versus materielle Aspekte von Gerechtigkeit 23

II.1.3. Unterschiedliche Gerechtigkeitspostulate als Reaktion auf unterschiedliche Grundformen sozialen Handelns nach Peter Koller 24

II.1.4. Mögliche weitere Subkategorisierungen und Differenzierungen des Gerechtigkeitsprinzips 27

### II.2. Allgemeine Handlungsmaximen der Politik 31

### II.3. Die Phänomenologie des Rechts 33

II.3.1. Ein Versuch einer politikwissenschaftlichen Begriffsklärung 33

II.3.2. Recht und Legitimation 35

II.3.3. Sozialwissenschaftlich relevante Kategorisierungsversuche des Rechts 36

II.3.3.1. Positives Recht versus Naturrecht 36

II.3.3.2. Weitere relevante sozialwissenschaftliche Definitionen von Recht nach Ehrlich, Weber und Marx 38

|                                                                                                                  |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>II.4. Interbegriffliche Relationen der Begriffstrias Recht – Politik – Gerechtigkeit</b>                      | <b>41</b>  |
| II.4.1. Recht und Gerechtigkeit – Voraussetzung oder Widerspruch?                                                | 41         |
| II.4.2. Politik und Recht – siamesische Zwillinge oder janusköpfige Dialektik                                    | 45         |
| II.4.3. Gerechtigkeit als Leitprämisse der Politik                                                               | 51         |
| <b><u>III. Teil – Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht</u></b>                                      | <b>54</b>  |
| <b>III.1. Einführung und Klassifizierungsvorschläge zu den Gerechtigkeitstheorien</b>                            | <b>54</b>  |
| <b>III.2. Antike Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht</b>                                           | <b>59</b>  |
| III.2.1. Über den historischen Ursprung der Gerechtigkeitstheorien                                               | 59         |
| III.2.2. Die Anfänge der Gerechtigkeitstheorien in den sophistischen Textfragmenten                              | 60         |
| III.2.3. Gerechtigkeit als deontologische Konsequenz des guten Handelns bei Platon                               | 62         |
| III.2.4. Die Aristotelische Gerechtigkeitstheorie – ein erster theoriegeschichtlicher Meilenstein                | 65         |
| III.2.5. Epikur – ein rechtspositivistischer Gerechtigkeitsutilitarist?                                          | 71         |
| III.2.6. Gerechtigkeit als gemeinschaftsstiftende Tugend bei Cicero                                              | 72         |
| <b>III.3. Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht in der Spätantike und im Mittelalter</b>             | <b>74</b>  |
| III.3.1. Ein Paradigmenwechsel hin zum göttlichen Naturrecht                                                     | 74         |
| III.3.2. Augustinus und seine Vision von einer absoluten göttlichen Gerechtigkeit                                | 75         |
| III.3.3. Thomas von Aquin und seine Rezeption der Aristotelischen Gerechtigkeitsidee                             | 78         |
| <b>III.4. Neuzeitliche Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht</b>                                     | <b>81</b>  |
| III.4.1. Grund- und Menschenrechte als normative Grundpfeiler des liberal-demokratischen Rechtsstaates           | 81         |
| III.4.2. Thomas Hobbes und seine Vorstellung von einem die Gerechtigkeit definierenden Souverän                  | 84         |
| III.4.3. Gerechtigkeit als gelebte pietätische Barmherzigkeit bei Gottfried Wilhelm Leibniz                      | 86         |
| III.4.4. Gerechtigkeit als soziale Tugend bei David Hume                                                         | 88         |
| III.4.5. Jean-Jacques Rousseau egalitaristisches Konzept von Gerechtigkeit                                       | 92         |
| III.4.6. Auf der Suche nach Gerechtigkeit bei Immanuel Kant                                                      | 94         |
| <b>III.5. Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht im neunzehnten und zwanzigsten Jahrhundert</b>       | <b>98</b>  |
| III.5.1. Kritische Dekonstruktion des Ideals der Gerechtigkeit als zentraler normativer Grundbegriff?            | 98         |
| III.5.2. Gute Gesetzgebung als Ausdruck der Gerechtigkeit in Georg Wilhelm Friedrich Hegels Sittlichkeitskonzept | 101        |
| III.5.3. Gerechtigkeit als Maximierung des Nutzens bei John Stuart Mill                                          | 103        |
| III.5.4. Auf einer weiteren Suche nach Gerechtigkeit, diesmal bei Karl Marx                                      | 104        |
| III.5.5. Der Rechtspositivismus – eine Antithese zur Gerechtigkeit?                                              | 108        |
| III.5.5.1. Ein von Gerechtigkeits-skeptizismus durchdrungener Theorieansatz                                      | 108        |
| III.5.5.2. Hans Kelsen und sein Problem mit der Gerechtigkeit                                                    | 112        |
| III.5.5.3. Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit bei Gustav Radbruch                                        | 115        |
| III.5.5.4. Primäre und sekundäre Regeln zur Perzeption von Gerechtigkeit innerhalb des Rechts bei H.L.A. Hart    | 121        |
| III.5.5.5. Die Theorie des Nichtpositivismus von Robert Alexy                                                    | 124        |
| <b>III.6. Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht – Zeitgenössische Debatten</b>                       | <b>128</b> |
| III.6.1. Auf der vergeblichen Suche nach einem neuen universellen Leitparadigma                                  | 128        |
| III.6.2. Ein theoriegeschichtlicher Meilenstein: „Die Theorie der Gerechtigkeit“ von John Rawls                  | 129        |

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| III.6.3. Robert Nozicks (neo-)liberale Antwort auf die Rawls'sche Gerechtigkeitstheorie | 138 |
| III.6.4. Michael Walzers Sphären der Gerechtigkeit                                      | 141 |
| III.6.5. Die drei Aporien der Gerechtigkeit nach Jacques Derrida                        | 148 |
| III.6.6. Iris Marion Youngs System der strukturellen Ungerechtigkeiten                  | 150 |
| III.6.7. Habermas' Gedanken zur allgemeinen Legitimität von Recht                       | 154 |
| III.6.8. Gerechtigkeit als synallagmatische Tauschbeziehungen bei Otfried Höffe         | 157 |
| III.6.9. Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechtssystems bei Niklas Luhmann        | 160 |
| III.6.10. Amartya Sen und sein Konzept der pluralen Zugehörigkeit                       | 164 |

## **IV. Teil – Ausgewählte Themengebiete im Spannungsverhältnis zwischen Politik, Recht und Gerechtigkeit** **167**

|                                                                                                                                        |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>IV.1. Gerechte Verfahren als Voraussetzung für gerechte Ergebnisse</b>                                                              | <b>167</b> |
| IV.1.1. Zur Ausgangslage                                                                                                               | 167        |
| IV.1.2. Der Begriff der Fairness als der Schlüsselbegriff von Verfahrensgerechtigkeit                                                  | 170        |
| IV.1.3. Grundrechte als Determinanten des demokratischen Verfassungsstaates                                                            | 172        |
| IV.1.4. Der verfassungsrechtlich verbürgte Gleichheitssatz als zentraler Garant der Verfahrensgerechtigkeit                            | 176        |
| IV.1.5. Gerechtigkeit in den Erkenntnissen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes?                                              | 178        |
| IV.1.6. Einzelne Verfahrensgrundsätze als substantielle Voraussetzungen zur Beförderung von Verfahrensgerechtigkeit im Gerichtsalltag  | 181        |
| IV.1.6.1. Verfahrensgerechtigkeit in der gerichtlichen Alltagspraxis                                                                   | 181        |
| IV.1.6.2. Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit                                                                               | 184        |
| IV.1.6.3. Das rechtliche Gehör als Garant der subjektiven Individualität im Verfahren                                                  | 186        |
| IV.1.6.4. Der Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit als Transparenzmaxime                                                             | 188        |
| IV.1.6.5. Der Instanzenzug und prozedurale Fristen als Garantie zur Sicherung der richterlichen Objektivität                           | 189        |
| IV.1.6.6. Das Transparenzprinzip in der juristischen Sprachkultur                                                                      | 191        |
| <b>IV.2. Strafgerichtsbarkeit – zwischen anachronistischen Gerechtigkeits-<br/>erwartungen und modernen Resozialisierungsmaßnahmen</b> | <b>193</b> |
| IV.2.1. Über das Wesen des Strafrechts – Eine Standortbestimmung                                                                       | 193        |
| IV.2.2. Strafrechtliche Gerechtigkeitsvorstellungen bei Kant und Hegel                                                                 | 195        |
| IV.2.3. Die Transformation des strafrechtlichen Gerechtigkeitsverständnisses                                                           | 197        |
| IV.2.4. Gesellschaftliche Gerechtigkeitserwartungen an das Strafrecht                                                                  | 199        |
| IV.2.5. Von absoluten und relativen Strafrechtstheorien zur General- und<br>Spezialprävention                                          | 201        |
| IV.2.6. Gerechtigkeit im Strafrecht und ihre Umsetzung im Gerichtsalltag                                                               | 203        |
| <b>IV.3. Das fiskalpolitische Ideal der Steuergerechtigkeit</b>                                                                        | <b>206</b> |
| IV.3.1. Aufgaben und Funktionen des Steuerrechts                                                                                       | 206        |
| IV.3.2. Grundsätzliche Überlegungen zum Ideal der Steuergerechtigkeit                                                                  | 208        |
| IV.3.3. Auf der historischen Suche nach Determinanten von Steuergerechtigkeit                                                          | 211        |
| IV.3.4. Das Leistungsfähigkeitsprinzip als theoretische Grundlage zur Schaffung von<br>Steuergerechtigkeit                             | 214        |
| IV.3.4.1. Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Fundament eines gerechten<br>Steuersystems                                                | 214        |
| IV.3.4.2. Steuergerechtigkeit und das Prinzip der individuellen Leistungsfähigkeit<br>in der Einkommensteuer                           | 217        |
| IV.3.4.3. Steuergerechtigkeit und das Prinzip der individuellen Leistungsfähigkeit<br>bei Vermögenssteuern                             | 219        |
| IV.3.4.4. Steuergerechtigkeit und das Prinzip der individuellen Leistungsfähigkeit<br>bei der Umsatzsteuer und anderen Verkehrssteuern | 221        |
| IV.3.4.5. Steuergerechtigkeit und das Prinzip der individuellen Leistungsfähigkeit<br>bei Unternehmenssteuern                          | 223        |

|                                                                                                                                       |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| IV.3.5. Vom Gleichheitssatz und dem Versuch einer gerechten Besteuerung zu den effektiven Ober- und Untergrenzen der Gesamtsteuerlast | 223        |
| IV.3.6. Die Gleichheit in der Rechtsanwendung als eine Grundbedingung für Steuergerechtigkeit                                         | 227        |
| <b>IV.4. Das Zivilrecht – ein Ort von Gerechtigkeit und Moral?</b>                                                                    | <b>229</b> |
| IV.4.1. Die impliziten Moral- und Gerechtigkeitsvorstellungen des Zivilrechts                                                         | 229        |
| IV.4.2. Die vertragsrechtliche Beschränkung der guten Sitten                                                                          | 231        |
| IV.4.3. Das Restitutionsideal des Schadenersatzrechts                                                                                 | 232        |
| <b>IV.5. Das kontingente Desideratum der sozialen Gerechtigkeit</b>                                                                   | <b>235</b> |
| IV.5.1. Konzepte und Paradigmen von sozialer Gerechtigkeit                                                                            | 235        |
| IV.5.2. Über die normative Operationalisierbarkeit von sozialer Gerechtigkeit                                                         | 241        |
| IV.5.3. Soziale Grundrechte als richtig verstandene Handlungsimplicationen des Staates                                                | 244        |
| IV.5.4. Gerechtigkeit im Arbeits- und Sozialrecht?                                                                                    | 246        |
| IV.5.5. Die Fiktion der Einkommensgerechtigkeit                                                                                       | 250        |
| IV.5.6. Generationengerechtigkeit – eine gesamtgesellschaftliche Herausforderung                                                      | 252        |
| IV.5.7. Das Nachhaltigkeitskonzept der ökologischen Gerechtigkeit als Fragestellung der sozialen Gerechtigkeit                        | 255        |
| IV.5.8. Normative Gerechtigkeitserwägungen vor dem Hintergrund der Differenz von Geschlechterverhältnissen                            | 257        |
| <b>IV.6. Über den Euphemismus von globaler Gerechtigkeit</b>                                                                          | <b>263</b> |
| IV.6.1. Theorie, Konzept und Herausforderung von globaler Gerechtigkeit                                                               | 263        |
| IV.6.2. Ist globale soziale Gerechtigkeit möglich?                                                                                    | 265        |
| IV.6.3. Die Notwendigkeit globaler Verantwortung für globale Armut                                                                    | 268        |
| IV.6.4. Gerechtigkeitsabwägungen im Umweltvölkerrecht                                                                                 | 273        |
| IV.6.5. Von der Universalität der Menschenrechte zur humanitären Intervention                                                         | 276        |
| IV.6.6. Internationale Strafgerichtsbarkeit als Ausdruck globaler Gerechtigkeit                                                       | 277        |
| <b><u>V. Teil – Epilog</u></b>                                                                                                        | <b>281</b> |
| <b>Literaturverzeichnis</b>                                                                                                           | <b>285</b> |
| <b>Abstracts</b>                                                                                                                      | <b>302</b> |
| <b>Kurzlebenslauf</b>                                                                                                                 | <b>303</b> |

## Abkürzungsverzeichnis

|         |                                                                         |
|---------|-------------------------------------------------------------------------|
| Abb.    | Abbildung                                                               |
| ABGB    | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch                                     |
| Abl.    | Amtsblatt                                                               |
| Abs.    | Absatz                                                                  |
| AGB     | Allgemeine Geschäftsbedingungen                                         |
| Anm.    | Anmerkung                                                               |
| APuZ    | Aus Politik und Zeitgeschichte                                          |
| ArbVG   | Arbeitsverfassungsgesetz                                                |
| Art.    | Artikel                                                                 |
| Bd.     | Band                                                                    |
| BGBI.   | Bundesgesetzblatt                                                       |
| BGHSt   | Entscheidungssammlung des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Strafsachen |
| BGHZ    | Entscheidungssammlung des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BP      | British Petrol                                                          |
| BVerfGE | Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts                |
| B-VG    | Bundes-Verfassungsgesetz                                                |
| bzw.    | beziehungsweise                                                         |
| Chr.    | Christus                                                                |
| dBGBI.  | deutsches Bundesgesetzblatt                                             |
| DDR     | Deutsche Demokratische Republik                                         |
| ders.   | derselbe                                                                |
| d.i.    | das ist                                                                 |
| d.h.    | das heißt                                                               |
| dStGB   | deutsches Strafgesetzbuch                                               |
| DStR    | Deutsches Steuerrecht                                                   |
| ebd.    | Ebendort                                                                |
| EGMR    | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte                             |
| EMRK    | Europäische Menschenrechtskonvention                                    |
| EStG    | Einkommensteuergesetz                                                   |
| et al.  | et alii (und andere)                                                    |
| EU      | Europäische Union                                                       |
| f.      | und der (die) folgende                                                  |
| ff.     | und die folgenden                                                       |
| FN      | Fußnote                                                                 |

|          |                                                             |
|----------|-------------------------------------------------------------|
| F-VG     | Finanz-Verfassungsgesetz                                    |
| gem.     | gemäß                                                       |
| GG       | Bonner Grundgesetz                                          |
| GmbH     | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                       |
| griech.  | griechisch                                                  |
| h.M.     | herrschende Meinung                                         |
| Hg.      | Herausgeber                                                 |
| i.d.g.F. | in der geltenden Fassung                                    |
| insb.    | insbesondere                                                |
| Inst.    | Institutionen                                               |
| i.S.d.   | im Sinne des                                                |
| Jg.      | Jahrgang                                                    |
| JGS      | Justizgesetzsammlung Österreichs                            |
| KSchG    | Konsumentenschutzgesetz                                     |
| KStG     | Körperschaftsteuergesetz                                    |
| lat.     | lateinisch                                                  |
| lit.     | litera (Buchstabe)                                          |
| m.E.     | meines Erachtens                                            |
| MEW      | Marx-Engels Werke                                           |
| n.       | nach                                                        |
| NGO      | Non-Governmental Organization (Nichtregierungsorganisation) |
| Nr.      | Nummer                                                      |
| NS       | Nationalsozialismus                                         |
| OGH      | Oberster Gerichtshof                                        |
| pr.      | principium (lat. für „am Anfang“)                           |
| PVJ      | Politische Vierteljahresschrift                             |
| RGBl.    | Reichsgesetzblatt                                           |
| RIS      | Rechtsinformationssystem des Bundes                         |
| Rn.      | Randnummer                                                  |
| Rz.      | Randziffer                                                  |
| S.       | Seite                                                       |
| SED      | Sozialistische Einheitspartei Deutschlands                  |
| sog.     | sogenannt(e)                                                |
| SPD      | Sozialdemokratische Partei Deutschlands                     |
| StGB     | Strafgesetzbuch                                             |
| StGBL.   | Staatsgesetzblatt                                           |
| StGG     | Staatsgrundgesetz                                           |

|         |                                                                                   |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| StPO    | Strafprozessordnung                                                               |
| StuW    | Steuer und Wirtschaft                                                             |
| SZ      | Sammlung Zivilsachen                                                              |
| u.a.    | unter anderem, unter anderen                                                      |
| UNO     | United Nations (Vereinte Nationen)                                                |
| US      | United States                                                                     |
| USA     | United States of America                                                          |
| UStG    | Umsatzsteuergesetz                                                                |
| u.s.w.  | und so weiter                                                                     |
| u.v.a.  | und viele andere                                                                  |
| v.      | vor                                                                               |
| v.a.    | vor allem                                                                         |
| VfGH    | Verfassungsgerichtshof                                                            |
| VfSlg   | Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes |
| vgl.    | vergleiche                                                                        |
| VO      | Verordnung                                                                        |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer               |
| WHO     | World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation)                           |
| Z       | Ziffer                                                                            |
| z.B.    | zum Beispiel                                                                      |
| ZStW    | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft                               |

## **Abbildungsverzeichnis**

|                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Abb. 1: Kategorisierung von Bereichen, bei denen das Attribut gerecht oder ungerecht zur Anwendung gelangen kann                          | 2   |
| Abb. 2: Überblick über die in dieser Arbeit behandelten Thematiken                                                                        | 8   |
| Abb. 3: Einflussfaktoren bei der Konzeptionierung eines interdisziplinären Forschungsansatzes                                             | 10  |
| Abb. 4: Die drei Grundbedingungen für einen interdisziplinären Forschungsansatz                                                           | 16  |
| Abb. 5: Handlungsanleitende Forschungsfragen und -implikationen                                                                           | 19  |
| Abb. 6: Grundformen sozialen Handelns und ihre Gerechtigkeitspostulate                                                                    | 25  |
| Abb. 7: Die semantische Struktur des Gerechtigkeitsbegriffs                                                                               | 30  |
| Abb. 8: Konträre Politikbegriffspaare (Auswahl)                                                                                           | 32  |
| Abb. 9: Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts                                                                                      | 35  |
| Abb. 10: Klassifikation der Gerechtigkeitstheorien durch Ralf Dreier                                                                      | 55  |
| Abb. 11: Zentrale Problemstellungen normativer Gerechtigkeitstheorien                                                                     | 57  |
| Abb. 12: Chronologische Übersicht der zu analysierenden Gerechtigkeitstheorien                                                            | 58  |
| Abb. 13: Die funktionale Theorie des Guten von Platon im Kontext seiner Gerechtigkeitskonzeption                                          | 63  |
| Abb. 14: Die Manifestation der Gerechtigkeit im Verhältnis zwischen Bürger und Staat und den Bürgern untereinander                        | 68  |
| Abb. 15: Die zwei Prinzipien der Gerechtigkeit nach John Rawls (1998)                                                                     | 133 |
| Abb. 16: Das Vierstufenmodell zur normativen Implementierung von Gerechtigkeit nach John Rawls                                            | 136 |
| Abb. 17: Die Verteilungssphären der Gerechtigkeit nach Michael Walzer                                                                     | 145 |
| Abb. 18: Die fünf Formen der strukturellen Unterdrückung innerhalb des Systems der strukturellen Ungerechtigkeiten nach Iris Marion Young | 152 |
| Abb. 19: Grundelemente des modernen Grundrechtsverständnisses                                                                             | 173 |
| Abb. 20: Soziale Konfliktlösung durch das Entscheidungssystem Recht                                                                       | 182 |
| Abb. 21: Die drei Funktionen des Steuerrechts                                                                                             | 207 |
| Abb. 22: Ex- und implizite Grundforderungen der sozialen Gerechtigkeit                                                                    | 239 |
| Abb. 23: Die vier Paradigmen von sozialer Gerechtigkeit                                                                                   | 240 |
| Abb. 24: Von den Dimensionen der Naturnutzung zu den Dimensionen ökologischer Gerechtigkeit                                               | 256 |
| Abb. 25: Grundformen sozialen Handelns und ihre Gerechtigkeitspostulate in internationalen Kontexten                                      | 266 |







# **I. Teil – Einleitung**

## **I.1. Problem- und Fragestellung**

Jeder Mensch, jede Form menschlichen Zusammenlebens trifft bzw. traf ethisch moralische Annahmen für ein gutes und gerechtes Leben. Die Gerechtigkeit mutierte im Laufe der humanen Zivilisationsgeschichte dabei zu einem der zentralsten moralischen Begrifflichkeiten, die die Konzeption menschlichen Interagierens über Jahrhunderte hinweg entscheidend mitzuprägen vermochte und somit auch Eingang in diverse politische und philosophische Diskurse fand. Das Medium, das primär im Rahmen dieser Arbeit als Untersuchungsgegenstand zur effizienten Realisierung möglichst gerechter Lebensumstände fungieren soll, ist das Recht, dessen normativ-regulative Ideen mit dem Ideal der Gerechtigkeit in einem besonderen, aber zugegebenermaßen auch ambivalenten, Naheverhältnis zu stehen scheinen.

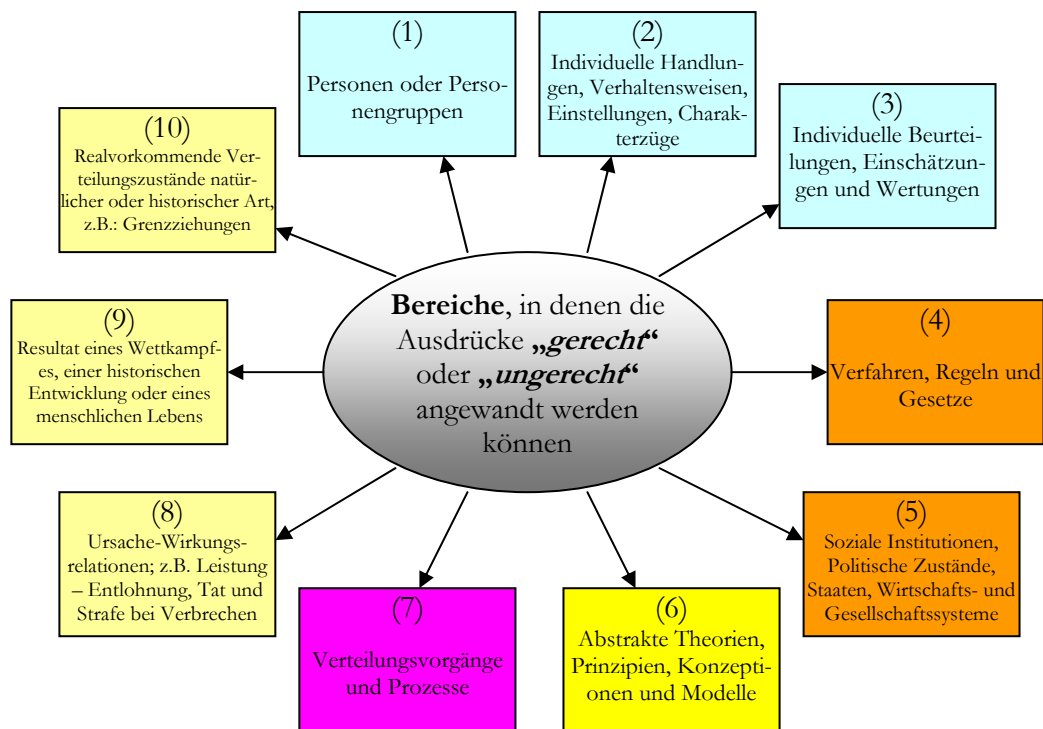
Gerade die vorexerzierte Hartnäckigkeit mit der sich das Desideratum der Gerechtigkeit über die Jahre und über sämtliche Staatsformen hinweg im verfassung- bzw. staatsrechtlichen Diskurs halten konnte, zeigt die Unsterblichkeit und Unverzichtbarkeit dieser Idee für das gesellschaftliche Zusammenleben sowie die evidente Notwendigkeit für deren Kodifizierung in positiven Gesetzen. Die oft diffizil zu beantwortende Fragestellung, ob eine Norm den hehren Anspruch der Gerechtigkeit auch zu erfüllen vermag, liegt als logische Konsequenz auf der Hand. Diesen zugegebenermaßen hohen Erfüllungsanspruch, Gerechtigkeit im politischen System ein normatives Antlitz zu verleihen, obliegt in entwickelten demokratischen Staatsgebilden insbesondere einem zentralen politischen Akteur, dem Gesetzgeber.

Was meinen wir also, wenn wir etwas oder jemanden mit dem Prädikat gerecht oder ungerecht versehen? Sind es konkrete Handlungen, abstrakte Handlungsnormen, Personen oder gar deren zu Tage tretenden Charaktereigenschaften? Oder gebrauchen wir überhaupt die Begrifflichkeit der Gerechtigkeit hauptsächlich bei gesellschaftlichen Institutionen, bei Verteilungsprozessen oder bei deren Resultaten?<sup>1</sup> Ebenso unklar und unpräzise wie die Anwendungsobjekte bzw. -subjekte scheint – wie später noch darzustellen sein wird – die Bestimmung des Gerechtigkeitsbegriffs selbst. Dem Trugschluss einer äquivoken Verwendung des Gerechtigkeitsbegriffs kann man aufgrund des alltäglichen und beinahe inflationären Gebrauchs desselben auch ziemlich leicht erliegen. Jedoch ist der Begriff der Gerechtigkeit – wie auch diese Dissertation aufzeigen wird – so vielfältig und heterogen, wie kaum eine andere Begrifflichkeit in der politischen Theorie. Christoph Horn und Nico Scarano haben versucht, einen kleinen, ersten Einblick über die Pluralität des Gerechtigkeitsbegriffs zu geben und

---

<sup>1</sup> Im theoretischen, dritten Teil dieser Arbeit können diesbezüglich klare Muster erkannt werden. Ältere Theorien neigen dabei stark zu personalisierten Konzepten, während modernere Theorien eher institutionalisierte Ansätze präferieren.

haben dabei zehn Bereiche herausdestilliert, in denen die Ausdrücke „gerecht“ bzw. „ungerecht“ angewandt werden können:<sup>2</sup>



- Personale Verwendungsformen
- Institutionelle Gebrauchsweisen
- Theoretische Verwendungsform
- Prozessuale Gebrauchsweise
- Resultative Gebrauchsweisen

Abb. 1: Kategorisierung von Bereichen, bei denen das Attribut gerecht oder ungerecht zur Anwendung gelangen kann

Trotz der diversen und auch divergierenden, eben illustrierten Anwendungsbeispiele<sup>3</sup> lassen sich dennoch einige Querverbindungen erkennen. Wenn wir folglich von einer Person behaupten, sie sei gerecht, soll damit gleichzeitig auch zum Ausdruck gebracht werden, dass wir ihre Handlungen als gerecht anerkennen. Qualifizieren wir hingegen Handlungen als gerecht, so vermuten wir, dass diese bestimmten, festgelegten (normativen) Regulativen folgen. Gerechte Regeln verdienen sich dann ihre Bezeichnung, wenn sie im intersubjektiven Kontext allgemein akzeptabel und annehmbar erscheinen. Gerechte Institutionen, als dauerhaft anerkannte Systeme sozialer Regeln, konzentrieren sich zumeist auf bestimmte Teilgebiete des sozialen Alltags. Zu guter Letzt können noch gesellschaftliche Struktural-

<sup>2</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 10 – 11.

<sup>3</sup> Kai Horstmann fragt aufgrund dieser apriorischen Unbestimmtheit und der potentiellen Anwendungsnomenklatur des Gerechtigkeitsbegriffs rhetorisch: „Gerechtigkeit nur eine Illusion? Nur eine Idee?“ Horstmann (2004), S. VII – XIII.

ren als gerecht charakterisiert werden, wenn sie in ihrer Gesamtheit als Resultat sozialen Handelns unter gerecht erscheinenden sozialen Regeln und Institutionen angesehen werden.

All diese möglichen Anwendungsgebiete von Gerechtigkeit im Rahmen sozialer Interaktionen basieren letztendlich auf der Gerechtigkeit individuellen sozialen Verhaltens. Nach Peter Koller relativieren sich das Phänomen und das Konstrukt der Gerechtigkeit im Auge seines Betrachters. Die Gerechtigkeit ist somit kein real existenter, unabhängig zu beobachtender binärer Code, der zwischen gerecht bzw. ungerecht alterniert, sondern vielmehr ein subjektiv-gedankliches Konstrukt. Sie konstituiert sich dabei prinzipiell aus zwei Facetten: Erstens wird die Gerechtigkeit auf einen konkreten Gegenstand der sozialen Wirklichkeit bezogen und ermöglicht dadurch, über die konkrete Ausgestaltung der sozialen (Um-)Welt zu rasonieren, die zumeist in realiter nicht existent ist, jedoch durch menschliches Handeln zumindest theoretisch realisierbar sein muss.<sup>4</sup> Auf der anderen Seite steht die inhärent normative Dimension von Gerechtigkeit, deren allgemeiner Telos in der Herbeiführung möglichst gerechter Zustände liegt.<sup>5</sup>

Die oft verzweifelt anmutende Suche nach Gerechtigkeit im Zeitalter der Postmoderne verlangt neben einem hohen Maß an Unerschrockenheit auch eine gewisse kreative Entschlossenheit. Das alte in der Moderne scheinbar verloren geglaubte Paradigma der Gerechtigkeit als das eine Ideal einer guten Gesellschaft muss innerhalb neuer und differenzierter Kontexte reformuliert, zumindest aber relativiert werden. Die Suche bzw. das allgemeine Desideratum nach einer gerechten Gesellschaft ist heutzutage aktueller und brisanter denn je. Die Suche nach Gerechtigkeit gestaltet sich dabei allerdings auch weitaus schwieriger denn je. Es existiert kein Königsweg, kein Verfahren, kein Leitparadigma, kein menschliches Attribut, dem man bereits apriorisch das Prädikat der Gerechtigkeit verleihen könnte.

Der Aufbau eines guten gesellschaftlichen Zusammenlebens kann aus normativer Perspektive dennoch nur dann gelingen, wenn innerhalb der Gesellschaft der Anspruch an soziale Gerechtigkeit als realisiert angesehen werden kann. Diese Ansicht verfestigte sich spätestens seit der Publikation von John Rawls' „*Theorie der Gerechtigkeit*“ Anfang der 1970er Jahre.<sup>6</sup> Gerechtigkeit im Rawls'schen Verständnis ist prima vista der Indikator, an dem sich gesellschaftliche Institutionen messen lassen müssen. Rawls geht in seiner berühmten, den Gerechtigkeitsdiskurs noch über Dekaden prägenden, Abhandlung noch darüber hinaus. Er behauptet nämlich, dass sich Gesellschaften auf anerkannte Regeln einigen können (müssen), die einerseits ein Höchstmaß an Wertpluralismus in sich integrieren und andererseits auch die Möglichkeit offerieren, individuellen Lebensplänen zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Peter Koller spricht in diesem Kontext vom empirischen Gegenstand der Gerechtigkeit. Vgl. Koller (2001), S. 12.

<sup>5</sup> Vgl. ebd., S. 12.

<sup>6</sup> Vgl. im englischen Original *Rawls* (1971) bzw. *Rawls* (1979) in der deutschen Erstübersetzung; im Rahmen dieser Dissertation gelangt die deutsche Ausgabe von 1998 zur Anwendung.

<sup>7</sup> Die Rawls'sche Theorie der Gerechtigkeit dient im weiteren Verlauf dieser Dissertation als Ausgangspunkt für diverse kontroversielle Debatten.

Gerechtigkeit kann innerhalb sozialer Realitäten nur dann tatsächlich politisch erreicht und auch so von der Bevölkerung empfunden werden, wenn diese in Form von obligatorischen Regelungen auch wirklich zum Ausdruck gelangt. Kodifizierte Prinzipien sollen verhindern, dass mit unterschiedlichen und verschiedenen Maßstäben gemessen wird. Gerechtigkeit kann nur dann als faktisch erreicht angesehen werden, wenn es durch sachgerechte Normen immer wieder zur Anwendung kommt und man auf sie Vertrauen kann. Wie vor allem im IV. Teil dieser Arbeit aufgezeigt werden soll, macht es demnach einen deutlichen Unterschied, ob Gerechtigkeit im Kontext des Straf- oder Steuerrechts diskutiert wird. Gerechtigkeit bedarf daher für die konkrete Präzisierung bzw. Determinierung immer auch einer Verknüpfung mit der jeweiligen Sachmaterie.<sup>8</sup>

Wenn sich das Recht heutzutage also auf die unentwegte und rastlose Suche nach Gerechtigkeit und seinen Kriterien begibt, beeinflusst von verschiedensten gesellschaftlichen Umwelten, wie beispielsweise dem System der Wissenschaft, der Medizin, der Politik, der Ökonomie oder der Pädagogik, die aufgrund von Positivierungstendenzen innerhalb der Rechtsordnung ihre rechtliche Rekonstruktion erfahren haben, so scheint dies mehr als nur eine reizvolle Forschungsaufgabe zu sein.

---

<sup>8</sup> Wie im Rahmen dieser Dissertation der interessierten Leserschaft nahegebracht werden soll, wurden und werden theoretische Konzepte der Gerechtigkeit unter den verschiedensten Prämissen und Voraussetzungen entwickelt, denen jeweils eine spezifische Eigenrationalität und Eigennormativität charakteristisch ist. Das bedeutet allerdings keinesfalls und soll auch nicht Ziel und Suggestion dieser Arbeit sein, dass das Recht eine unnahbare und uneinnehmbare Monopolstellung auf die Gerechtigkeit besitzt. Vgl. *Teubner* (2008), S. 14.

## I.2. Aufbau der Arbeit

Vornehmlichstes und beabsichtigtes Ziel dieser Arbeit soll es sein, den diffusen Schleier des Verhältnisses von Politik und Recht im Kontext der Gerechtigkeit zu lüften. Zu diesem Behufe gilt es nach einer begriffstheoretischen, kybernetischen (Auf-)Klärung (Teil II) sowohl theoretische (Teil III) als auch empirische Themengebiete (Teil IV) zu durchleuchten und evidente Zusammenhänge, aber auch offensichtliche Disparitäten darzustellen.

Wenden wir uns demnach zunächst der notwendigen ontologischen Begriffsanalyse zu, die im Vorfeld einer doch einigermaßen umfangreichen Arbeit nun mal betrieben werden sollte, da auf den darin erzielten Ergebnissen im weiteren Verlauf immer wieder rekuriert werden wird.

Bei der Analyse von Gerechtigkeit treten bei allen notwendigen zu differenzierenden Facettierungen zusammenfassend zwei Dimensionen zu Tage: eine formelle-prozessorientierte sowie eine materiell-inhaltliche.<sup>9</sup> Beide erweisen sich für eine profunde normative Analyse gesellschaftlicher Moralvorstellungen als unerlässlich.

Den weit ausladenden Titel dieser Arbeit geschuldet kann – nein muss zwangsläufig – Inhalt einer solchen begrifflichen Klärung notwendigerweise auch das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit sein. Dem Recht wird seit seinem Bestehen innerhalb der Menschheitsgeschichte ja ein besonderes, wenn auch ambivalentes, Verhältnis zum Ideal der Gerechtigkeit nachgesagt. Dieses Naheverhältnis gründet unter anderem darauf, dass sowohl die Gerechtigkeit als auch das Recht gesellschaftlich relevante Handlungsstandards statuieren. Die zentrale Fragestellung, die nun die ganze nachstehende Arbeit investigatorisch durchdringt, ist dabei diejenige, ob das Recht auch das probate Instrumentarium zur Durchsetzung von Gerechtigkeit und Sozialmoral darstellt. Ist diese Frage schon relativ schwierig zu beantworten, so stellt die Frage nach der konkreten Ausgestaltung eines solch gerechten Rechts die Rechtstheoretiker seit der griechischen Antike – um gleich in der Metaphorik und Diktion verhaftet zu bleiben – vor die zentral zu meisternde Herkulesaufgabe. Die durch seine Regulierungsfunktion hervortretende normative Kraft des Rechts kann dieses aber nur dann vollständig entfalten, wenn es sich nicht als abhängige Variabel der herrschenden und sich permanent ändernden gesellschaftlichen Moralvorstellungen darstellt. Denn – und dies wird vor allem im II. Teil dieser Arbeit darzustellen sein – wenn das Recht moralisch überfrachtet wird, läuft es Gefahr, seine vornehmlichste und wichtigste Aufgabe nicht erfüllen zu können: die Regulierung gesellschaftlicher Konstellationen und Sachverhalte. Eine profunde moralisch aufgeladene Kritik am herrschenden Recht muss hingegen immerzu und allorts gestattet sein.

Nachdem das begriffstheoretische Fundament aufbereitet wurde, sollen im III. Abschnitt einzelne ausgewählte Gerechtigkeitstheoretiker samt deren dazugehörigen zeitlichen Schaffensperioden

---

<sup>9</sup> Vgl. II.1.2..

dargestellt werden. Die Rubrizierung in diese einzelnen Epochen erfolgte keinesfalls willkürlich. Jeder dieser Zeitabschnitte wurde bzw. wird nämlich von einem anderen Leitparadigma dominiert.

So waren antike Gerechtigkeitsvorstellungen eng mit dem eigenen moralischen, von einem guten Charakter ausgehenden, Handeln im Gemeinschaftsgefüge geprägt. Entscheidend war für die antiken Philosophen wie Platon oder Aristoteles daher nicht so sehr die Außenwirksamkeit der menschlichen Handlungen, als vielmehr eine endogene, (selbst-)reflektierende Charakterhaltung. Individuell gerechtes Handeln wurde als notwendige Voraussetzung zur Beförderung des Glücks und somit auch der Gerechtigkeit innerhalb der Gemeinschaft verstanden.

Diese Einstellungen zur Gerechtigkeit änderten sich radikal mit dem rapiden Aufstieg des Christentums im frühen Mittelalter. Gerechtigkeit mutierte zu einem transzendentalen göttlichen Gebot, auf das auch die weltlichen Herrscher aus Legitimationsgründen zurückgriffen, um ihre umfangreiche Machtautorität zu rechtfertigen. Wer nicht im Sinne des göttlichen Naturrechts handelte, dessen Taten wurde automatisch der Nimbus der Ungerechtigkeit angehaftet, und ein Katalog umfangreicher diesseitiger, aber auch jenseitiger Sanktionen angedroht.<sup>10</sup>

In der Neuzeit ließ sich eine zunehmende Emanzipation des Rechts von der göttlichen Prädestination registrieren. Das Gottesrecht wurde sukzessive vom (positiven) Gesetzesrecht abgelöst, was wiederum auch direkte Auswirkungen auf das normative Verständnis von Gerechtigkeit zeitigte. Die Neuzeit ist auch ideengeschichtlicher Ausgangspunkt der Menschen- und Grundrechte, die ihrerseits noch heute als die ultimativen, kodifizierten Bewahrer eines individuell-geprägten normativen Gerechtigkeitsverständnisses gelten.

Im Zeitalter der Moderne wurde die Gerechtigkeit erstmals in der Menschheitsgeschichte als die zentrale normative Zieldeterminante abgelöst. Die in diesem Kapitel vorgestellten Theoretiker – allen voran der Rechtspositivismus – begegnen der Gerechtigkeit mit einem gesunden Maß an unverhohlenem Skeptizismus. Recht konnte auch durchaus gerecht sein; musste es aber nicht unbedingt. Denn Gerechtigkeit erwies sich gerade wegen ihrer geringen Intersubjektivität nicht mehr als optimale Gestaltungsvorgabe des Rechts. Das Recht folgte vielmehr anderen Prämissen, wie etwa Nützlichkeitsabwägungen, oder es legitimierte sich überhaupt, wie etwa von den rechtspositivistischen Theoretikern vertreten, selbstreferentiell ohne Rückgriff auf andere Prämissen.

Der lange Zeit vorherrschende Gerechtigkeits-Skeptizismus wurde erst vom epochalen, bahnbrechenden Werk von John Rawls Anfang der 1970er Jahre schlagartig für beendet erklärt. Seit der Publikation der „*Theorie der Gerechtigkeit*“ war es wieder en vogue über Gerechtigkeit im Rahmen normativer Gesellschaftstheorien zu reflektieren und sinnieren. Gerechtigkeitstheorien fokussierten die Konzeptionierung von Kriterien, die praktikabel genug erschienen, um auch bei aktuellen empiri-

---

<sup>10</sup> Gerechtigkeit und Naturrecht weisen zweifelsohne gemeinsame Schnittmengen auf. Jedoch existiert ein wesentlicher und essentieller Unterschied. Denn während die Anforderungen an Gerechtigkeit quasi die gesamte Rechtsordnung durchdringen, zeigt sich das Selbstverständnis des Naturrechts darin, neben dem geltenden positiven Recht, eine weitere parallel existierende Ordnung verteidigen zu wollen, die auf einem ethisch-gesellschaftlichen Minimum fundiert. Vgl. *Beck-Mannagetta* (1996), S. 76.



schen Sachverhalten, wenn auch nicht bei allen, zur Anwendung zu gelangen. Diese von den Theoretikern selbst auferlegte Einschränkung beförderte zwangsläufig weniger universelle, dafür umso nachvollziehbarere partikuläre Gerechtigkeitstheorien zu Tage.

Der IV. Teil dieser Dissertation projiziert die zuvor angestellten theoretischen Überlegungen auf konkrete Rechtsinstitute<sup>11</sup>, respektive auf einzelne Politikfelder.

Für die Generierung materieller Gerechtigkeit innerhalb einer Sozietät ist es selbstredend essentiell, Verfahren und andere fundamentale Grunddeterminanten, wie Grundrechte, zu schaffen, die längerfristig und pro futuro Gültigkeit für sich beanspruchen können. All diese Perzeptionen oszillieren um das dabei so wichtige Prinzip der unverbrüchlichen Gleichheit. Die Gleichheit fungiert dabei als der zentrale Steigbügelhalter für die Gerechtigkeit. Ist im Rahmen von prozeduralen Verfahren Gleichheit nicht gewährleistet, so können hierdurch auch Gerechtigkeit bzw. gerechte Zustände nicht bewirkt werden.

In keinem anderen Rechtsinstitut hatte die Gerechtigkeit von Anfang an so hohe Bedeutsamkeit wie im Strafrecht. Suchte man jedoch früher die Realisierung von Gerechtigkeit in der Vergeltung im alttestamentarischen Sinn (Aug um Aug), so dominiert heute der zukunftsorientierte Präventions- und Resozialisierungsgedanke.

Steuergerechtigkeit geht über das allgemeine Gebot bzw. Postulat der Gleichheit vor dem Gesetz hinaus und stellt die Frage, ob der Gesetzgeber vom Ideal der Gerechtigkeit inspiriert bzw. angeleitet, die richtigen Maßstäbe für eine gerechte Zuteilung der Steuerlast anwendet. Vor allem der Einkommensteuertarif hat ganz konkret auf die Leistungsfähigkeit der einzelnen Bürger<sup>12</sup> Bedacht zu nehmen.<sup>13</sup>

Danach soll der Interessenfokus kurz auf ein Rechtsgebiet gelegt werden, indem man Moralitäts- und Gerechtigkeitserwägungen a priori nicht zuvorderst vermuten würde. Dennoch nimmt gerade das noch aus einer naturrechtlichen Tradition entstammende Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)<sup>14</sup> Anleihen bzw. Rückgriffe auf fundamentale Moralvorstellungen, die einer kurzen kursorischen Betrachtung unterzogen werden sollen.

Bevor am Ende des IV. Teils kurz über Gerechtigkeit im globalen Kontext sowie im Völkerrecht nachgedacht werden soll, ist zunächst die Aufmerksamkeit auf die soziale Gerechtigkeit mit all ihren unterschiedlichen Facettierungen zu legen. Soziale Gerechtigkeit fungiert im heutigen politi-

---

<sup>11</sup> Ein Rechtsinstitut ist dabei mehr als die von Rechtsdogmatik geprägte Rechtskunde. Karl Renner referiert diesbezüglich über die allgemeine Charakteristik von Rechtsinstituten: „*Wir haben die ökonomische und soziale Wirksamkeit der Norm, nachdem sie einmal besteht und in Geltung ist, und unter der Voraussetzung, daß sie unverändert bleibt, zu untersuchen.*“ Renner (1965), S. 58.

<sup>12</sup> Um die bessere Lesbarkeit dieses Textes zu gewährleisten, wird im Rahmen dieser Dissertation darauf verzichtet, neben der männlichen auch die weibliche Form anzuführen. Die männliche Form inkludiert dabei selbstverständlich auch das weibliche Pendant. Wird also in dieser Arbeit von einem Bürger gesprochen, so ist damit stets auch eine Bürgerin gemeint.

<sup>13</sup> Vgl. Weber-Fas (2008), S. 278.

<sup>14</sup> JGS Nr. 946/1811 i.d.g.F..

schen Diskurs als eine der am öftesten skandierten Kampfpapolen. Dabei geht es um die gerechte Distribution von sozialen Gütern, die aus ökonomischen und budgetären, aber auch aus anderen immanenten Sachzwängen heraus, beschränkt sind.

Die Grobstruktur dieser Arbeit soll durch die nachstehende Grafik nochmals überblicksartig dargestellt werden:

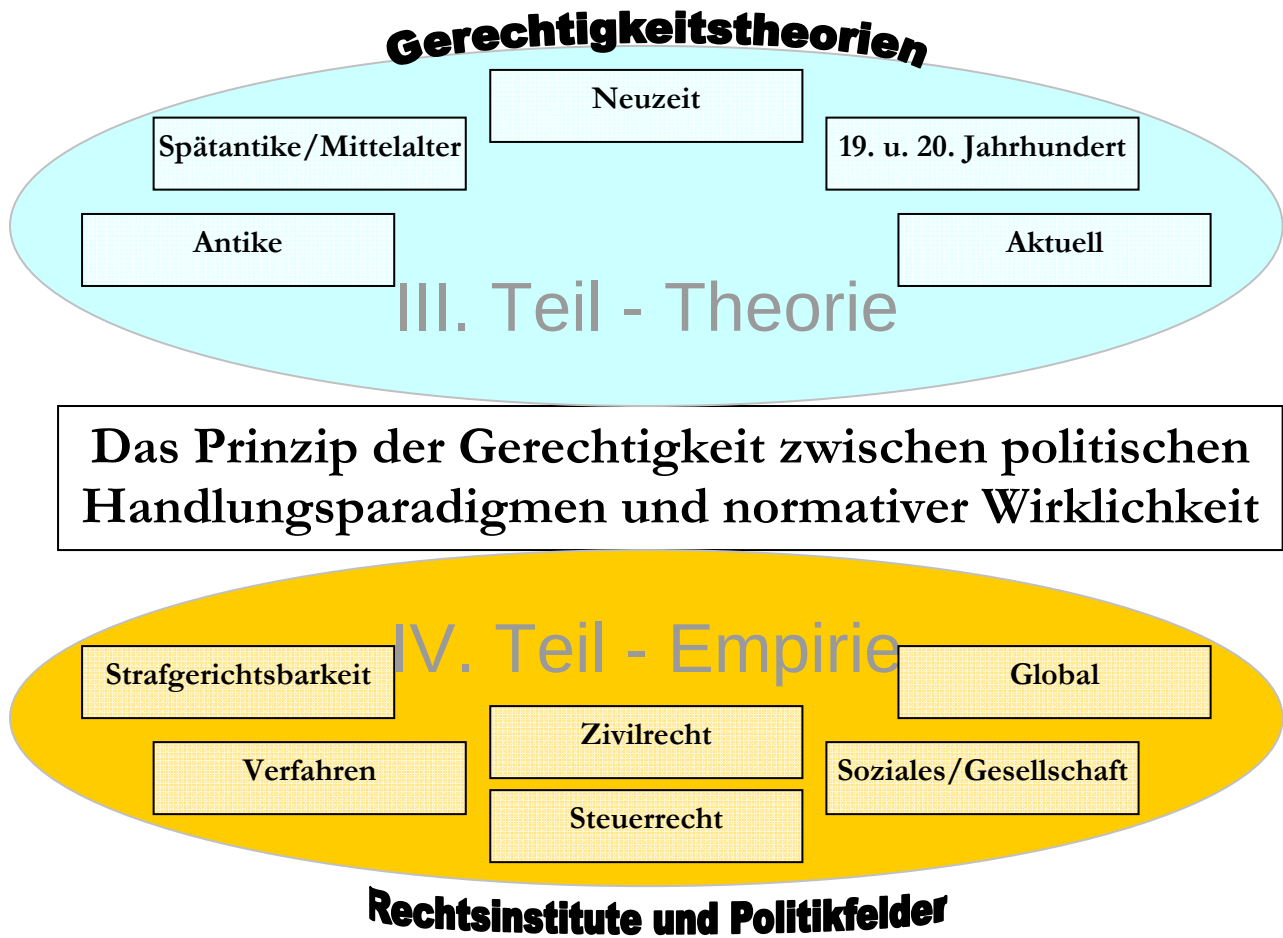


Abb. 2: Überblick über die in dieser Arbeit behandelten Thematiken

### **I.3. Problemabgrenzung**

Eine Themen- bzw. Problemabgrenzung scheint aufgrund der a priori doch recht allgemein gehaltenen Aufgabenstellung, die auch durch den Titel dieses Werkes suggeriert wird, ein unentbehrliches Gebot der Stunde zu sein. Eines gleich vorweg: diese Arbeit erhebt nicht den hehren Anspruch auf Vollständigkeit. Diesen zu erheben wäre vermessen, denn das interrelationale Verhältnis der Begriffstrias Politik, Recht und Gerechtigkeit behandeln bereits eine schier unüberblickbare Zahl an Publikationen; denn alle drei der eben genannten Begrifflichkeiten stellen fundamentale Grunddeterminanten des menschlichen Zusammenlebens seit Urbeginn dar. Das Selbstverständnis dieser Arbeit tendiert indes in eine andere Richtung. Diese Dissertation versteht sich vielmehr als Landkarte und Wegweiser und soll dem geschätzten Leser eine erste Orientierungshilfe offerieren, wie die normative Dimension des Ideals der Gerechtigkeit in den unterschiedlichsten Epochen und Kontexten gedeutet wurde bzw. werden kann.

Die Begriffe Politik, Recht und Gerechtigkeit leiden nämlich allesamt an einem ähnlichen Manko. Sie werden allerorts inflationär gebraucht, ohne dass bei diesem Gebrauch über den genaueren inhaltlichen Bedeutungskern reflektiert werden würde. Gerade dieser inflationäre (Ab-)Usus unterminiert und reduziert die ursprüngliche prägnante Aussagekraft dieser wegweisenden Leitideale der Menschheitsgeschichte.

## I.4. Interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung zwischen normativen Paradigmen und empirischen Perspektiven als wissenschaftliche Methode

### I.4.1. Eine Standortbestimmung – unterschiedliche Forschungsperspektiven zwischen normativer und empirischer Gerechtigkeitsforschung

Die zentrale Forschungsmethodik dieser Arbeit stellt das weite wissenschaftliche Feld der Gerechtigkeitsforschung dar. Obzwar oder gerade weil das Ideal der Gerechtigkeit seit jeher Anlass und Ursprung vieler wissenschaftlicher Auseinandersetzungen gewesen ist, bedarf die Gerechtigkeitsforschung in diesem Kontext einer genaueren Präzisierung und Determinierung.<sup>15</sup>

Diese Dissertation ist dabei an einer Schnittstelle zwischen rechts- und politikwissenschaftlicher einerseits und zwischen normativer und empirischer Gerechtigkeitsforschung andererseits zu verorten.<sup>16</sup> Eine genaue Betrachtung des Titels dieser Dissertation weist den Leser bereits auf das evidente Spannungsverhältnis hin, welches naturgemäß auch bei dem dieser Arbeit zugrunde liegenden Methodenansatz nicht unreflektiert gelassen werden darf:

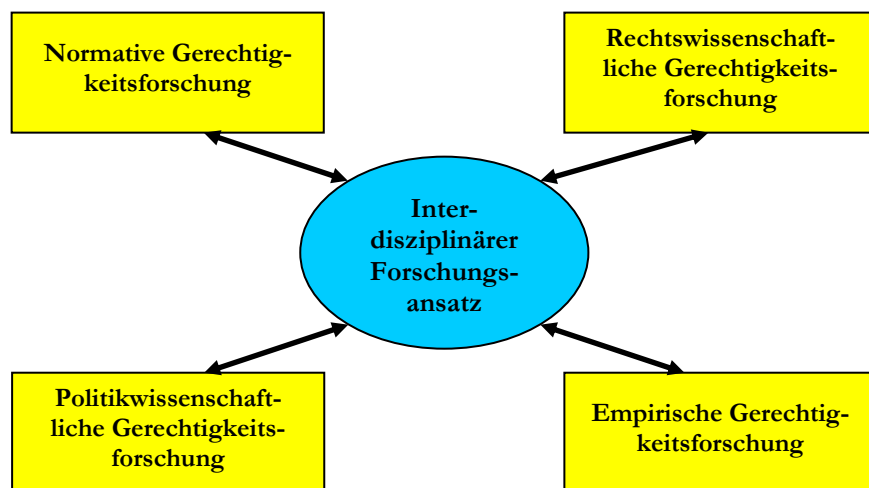


Abb. 3: Einflussfaktoren bei der Konzeptionierung eines interdisziplinären Forschungsansatzes

Auf der einen Seite stehen demnach normative Gerechtigkeitstheorien, die ihren primären Anspruch darauf richten, entsprechende Gesetzmäßigkeiten zu benennen und zu ergründen, die für die Distribution der unterschiedlichsten sozialen Güter und Lasten in einer Gesellschaft maßgeblich sein sollen. Die zentralen Fragestellungen oszillieren dabei um den Aufbau und die Struktur unseres Gemeinwesens, damit die darin ablaufenden Verteilungsprozesse möglichst mit dem Gebot der Fairness kongruent gehen. Unter Zuhilfenahme der Methodiken der Induktion und Abstraktion werden be-

<sup>15</sup> Das Ideal der Gerechtigkeit gehört dabei wohl zu den ältesten Themen der Philosophie. Wie sollen sich Individuen, soziale Institutionen oder ganze Gesellschaften verhalten, um möglichst akkurat dem Prinzip der Gerechtigkeit nahezukommen? Unter welchen Voraussetzungen kann man einen möglichst gerechten Lebensstil pflegen?

<sup>16</sup> Otfried Höffe beschreibt das Verhältnis der Gerechtigkeit zur Politikwissenschaft prägnant mit folgendem Bonmot: „Die Politik ist unser Schicksal, die Gerechtigkeit verleibt im Würde.“ Höffe (2010), S. 309.

stimmte Gerechtigkeitsregeln aufgestellt, denen jedes Individuum aus logischen rationalen und plausiblen Erwägungen folgen sollte oder zu folgen hat. Ob diese normativ-rationalen Beweggründe mit den tatsächlichen Gerechtigkeitsvorstellungen aber in Übereinstimmung zu bringen sind, ist zunächst einmal irrelevant, da die postulierten Gerechtigkeitsideale ja unabhängig von sozialen und psychischen Grundkonditionen für sich universelle Geltung beanspruchen. Aus normativer Sicht hat eine solche Entscheidung als gerecht zu gelten, ganz unabhängig davon ob sie sich auf empirischen Fakten stützen lässt bzw. den Wünschen und Interessenlagen einzelner urteilender Personen folgt. Die normative Gerechtigkeitsforschung geht vielmehr davon aus, dass sich Menschen Kraft des „überzeugenderen“ Arguments für eine konkrete Gerechtigkeitsregel entscheiden und diese dann auch als Maßstab für ihr Handeln anerkennen.<sup>17</sup>

Das forschungsanleitende, methodologische Paradigma der normativen Gerechtigkeitsforschung besteht mit Stefan Liebig und Holger Lengfeld zusammenfassend darin, „mit den Mitteln der logischen Abwägung zwischen konkurrierenden Argumenten möglichst stichhaltig anzuführen, warum gerade bestimmte Regeln und nicht andere Gerechtigkeit befördern.“<sup>18</sup>

Auf der anderen Seite des weiter oben beschriebenen Spannungsfeldes steht der durch Rezeptionsarbeiten der Rawls'schen „Theorie der Gerechtigkeit“ angeregte Wissenschaftszweig der empirischen Gerechtigkeitsforschung. Gerechtigkeit wird im Rahmen der empirischen Gerechtigkeitsforschung als zentrales Forschungsmotiv angesehen, das als Analyseinstrumentarium real existierenden sozialen Verhaltens fungieren soll. Es geht also bei diesem Forschungsansatz in Abgrenzung zu den normativen Gerechtigkeitstheorien vielmehr um die deskriptive Erklärung von tatsächlich vorhandenen Vorstellungen und Erwartungshaltungen gegenüber dem Phänomen der sozialen Gerechtigkeit. Gerechtigkeitsvorstellungen basieren dabei nicht so sehr auf einem peniblen rationalen Abwägen von Argumenten, sondern sind vielmehr durch die unterschiedlichsten Einflüsse auf die Persönlichkeitsstruktur, auf die soziale Herkunft, den ökonomischen Grundlagen und Interessenlagen sowie durch die Zugehörigkeit einzelner Personen zu einem bestimmten Kulturkreis bestimmt.<sup>19,20</sup>

Der Forschungsgegenstand der empirischen Gerechtigkeitsforschung beschäftigt sich folglich primär mit der Deskription und den Erklärungsversuchen eines allgemeinen Verständnisses von sozialer Gerechtigkeit und zwar unabhängig davon, ob dies von einem normativen Standpunkt der Gerechtigkeit aus ebenfalls als gerecht betrachtet wird oder nicht. Es kommt dabei zur unmittelbaren Ursachenforschung, warum Menschen in einer bestimmten Situation einen bestimmten Gerechtigkeitsstandpunkt einnehmen und welche Folgen dies auf ihre soziale Umwelt zeitigen kann. Gerechtigkeitsüberzeugungen werden im Rahmen der empirischen Gerechtigkeitsforschung nicht bloß umschrieben, es wird auch nach den verschiedensten Ursachen und Motiven gefragt. Hieraus ergibt sich

---

<sup>17</sup> Vgl. Liebig (2002a), S. 80 – 81.

<sup>18</sup> Liebig/Lengfeld (2002), S. 8.

<sup>19</sup> Vgl. Elster (1995).

<sup>20</sup> Aus normativer Perspektive kann ein so gefälltes Urteil jedoch nicht das Prädikat eines „Gerechtigkeitsurteils“ zuerkannt werden. Vgl. hierzu auch Liebig (2002a), S. 78.

auch der wesentliche Unterschied zur normativen Gerechtigkeitsforschung. Individuelle Präferenzen bei dem Treffen eines bestimmten Gerechtigkeitsurteils sind demnach nicht nur Fragen eines rationalen Abwägens von Gründen und möglichen Entscheidungsalternativen, sondern auch Resultate individueller und sozialer Einflussfaktoren. Eine Person kann – wie es von der normativen Gerechtigkeitsforschung oftmals postuliert wird – nicht immer völlig frei von exogenen Einflussfaktoren entscheiden. Für die empirische Gerechtigkeitsforschung ist es daher relevant, welche Konsequenzen ein individuell getroffenes Gerechtigkeitsurteil für die Person selbst, eine soziale Gruppe oder die ganze Gesellschaft haben kann.<sup>21,22</sup>

Resümierend kann also die augenscheinliche Divergenz der beiden Theorieansätze bzw. Wissenschaftszweige wie folgt auf den Punkt gebracht werden. Die normativen Gerechtigkeitstheorien fragen stets nach Regeln für moralisch richtiges Handeln bzw. nach Normen für eine möglichst gerechte Ausgestaltung sozialer Institutionen. Werden jedoch die Verteilungsprinzipien, welche von den normativen Gerechtigkeitstheorien konstruiert werden, auch in realiter tatsächlich als gerecht empfunden? Solche und ähnliche Fragen sind das Operationsfeld der empirischen Gerechtigkeitsforschung, die das soziale (Alltags-)Handeln zu ergründen versucht, bezogen sowohl auf individuelles Verhalten als auch auf kollektiv wahrnehmbare Phänomene.<sup>23</sup>

Die Herkunfts- und Milieubezogenheit von individuellen Gerechtigkeitsempfindungen und -sehnsüchten wirft eine Unzahl weiterer Fragestellungen auf. Unter anderem orientieren sich Individuen immer auch an sozialen Leitbildern, die sich erst im Rahmen subjektiv-individueller Sozialisierungsprozesse konkret ausprägen können und danach internalisiert werden. Sie suggerieren dem Einzelnen eine vermeintliche Objektivität seiner Werteskala, die sich tatsächlich durch die empirische Sozialforschung aber nicht immer nachweisen lässt. Als gerecht wird im Rahmen empirischer Gerechtigkeitsforschung häufig das empfunden, was sich aufgrund subjektiver Interessenlagen als nützlich und dienlich erweist. Letztendlich gelangt man zum Ergebnis, dass zu jeder relevanten Fragestellung von entscheidender Bedeutung für Staat und Gesellschaft immer jeweils verschiedene, von unterschiedlichen sozialen Gruppen geförderte, Gerechtigkeitsaxiome existieren.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Vgl. Liebig (2002a), S. 80.

<sup>22</sup> Bernd Wegener beschrieb diese Unterschiedlichkeit in seiner Antrittsvorlesung an der Humboldt-Universität zu Berlin umgelegt auf die konkrete soziale Gerechtigkeitsforschung wie folgt: „Man kann deswegen als Gerechtigkeitsforscher sehr gut damit leben, sich entweder nur dem einen oder nur dem anderen der beiden Lager zuzuordnen und die Gegenseite zu ignorieren – und das ist, was die Mehrheit der Gerechtigkeitsforscher tut. Die meisten sind entweder normativ denkende Theoretiker (Gerechtigkeits-theoretiker) oder aber empirische Sozialforscher.“ Wegener (1994), S. 4.

<sup>23</sup> Stefan Liebig und Holger Lengfeld beschreiben in ihrer Abhandlung die unterschiedlichen Zielvorstellungen der Forschungsansätze so: „Beide Forschungseinrichtungen behandeln damit zwei verschiedene Fragestellungen unter dem Dach eines gleichlautenden Begriffs. Die einen fragen, was die Menschen denken und tun sollen, die anderen, was sie tatsächlich denken und tun.“ Liebig/Lengfeld (2002), S. 8 – 9.

<sup>24</sup> Vgl. Rütters (2009), S. 3 – 4.

#### I.4.2. Differente Perspektiven von Gerechtigkeitsurteilen in der normativen und empirischen Gerechtigkeitsforschung

Die differenten Perspektiven zwischen der normativen und der empirischen Gerechtigkeitsforschung lassen sich auch anhand der unterschiedlichen Reaktionen auf subjektiv getroffene Gerechtigkeitsurteile ablesen. Artikuliert eine bestimmte Person ein Gerechtigkeitsurteil, so ist dies Ausdruck einer gewissen zuvor angestellten individuellen Interpretation und ist dementsprechend auch vom Sprecher beeinflusst. Der Empfänger des Gerechtigkeitsurteils überlegt sodann zumeist, auf welcher Entscheidungsgrundlage dieses gefällt wurde und welche subjektiven Beweggründe letztlich für die Entscheidung des anderen ausschlaggebend gewesen sein könnten. Daraus lassen sich zwei Schlüsse ableiten. Zum einen liegt das Ergebnis nahe, dass Gerechtigkeit letztendlich immer im Auge des Betrachters liegt.<sup>25</sup> Oder es lässt sich konstatieren, dass das Prädikat der Gerechtigkeit dazu verwendet, eigentlich missbraucht, wurde, eigene Interessenlagen durchzusetzen. Die Sprache der Gerechtigkeit wird nämlich oftmals dann gebraucht, um subjektiven Interessenlagen das Etikett des Objektiven zu verleihen.<sup>26</sup>

Gerechtigkeitsurteile aus normativer Perspektive müssen deshalb zwei essentielle Grundbedingungen erfüllen. Zu aller erst müssen Gerechtigkeitsurteile wiederum auf einem wohlbegründeten theoretischen Fundament basieren und ganz unabhängig von unseren empirischen Interessenlagen und Wünschen existieren können. Dies ist nämlich das Hauptunterscheidungskriterium zwischen einem rein individuellen Präferenzurteil und den normativ-moralischen Gerechtigkeitsurteilen im engeren Sinn. Diese Differenzierung geht auf die Frühwerke des ungarisch-amerikanischen Wirtschaftswissenschaftlers John Harsanyi zurück, der durch einige sozialemprirische Experimente zum Ergebnis gelangte, dass Urteile sowohl von den Ergebnissen als auch den Regeln der Verteilung sozialer Güter durch personelle oder ethnische Präferenzen geleitet werden. Personelle Differenzen repräsentieren bei Harsanyi das rein individuelle und nutzenorientierte Selbstinteresse. Demgegenüber bilden ethische Präferenzen einen nach Unabhängigkeit strebenden, unparteiischen Standpunkt. Letztere lassen sich von den individuellen Präferenzen leicht dadurch abgrenzen, da sie danach fragen, was eine Person wollen müsste, wenn sie die Interessen aller von einer Güterverteilung betroffenen Personen mitberücksichtigen würde.<sup>27</sup>

Unparteilichkeit ist somit das erste zentrale und essentielle Kriterium bei der Analyse von Gerechtigkeitsurteilen in der normativen Gerechtigkeitsforschung. Das zweite Merkmal solcher Art moralisch ausgestalteter Urteile, das für eine universelle Anwendbarkeit unverzichtbar ist, besteht im Wesentlichen darin, dass sich diese unter Zuhilfenahme von allgemein anerkannten, intersubjektiven Regeln auch begründen lassen müssen. Die in die normativen Gerechtigkeitsurteile inkorporierten

---

<sup>25</sup> Ein bekanntes englisches Diktum sei in diesem Zusammenhang wiedergegeben: „*Justice is in the eyes of the beholder.*“

<sup>26</sup> Vgl. Haase (2002), S. 56.

<sup>27</sup> Vgl. Harsanyi (1955), S. 309 – 314.

moralisch objektiven Grundsätze können nur dann nach der Transformation in den unterschiedlichsten sozialen Kontexten streben, wenn sie unabhängig von den jeweiligen individuellen Motivlagen auf allgemein anerkannte Akzeptanz stoßen.<sup>28</sup>

Die prinzipiellen Anforderungen, die an die Gerechtigkeitsurteile in der normativen Gerechtigkeitsforschung herangetragen werden, erweisen sich auch wegen dem zuletzt beschriebenen Bestreben nach universeller Geltung als relativ hoch. Diese Antizipationen sollen dabei garantieren, dass die Resultate von sozialen Güterverteilungen nicht auf egoistischen Präferenzen beruhen, sondern eben auf ethische und moralische Überzeugungen rückführbar sind. Solange jedoch die empirische Gerechtigkeitsforschung die oben getroffenen Annahmen nicht operationalisieren kann, bleiben sie schlichtweg für die normativen Gerechtigkeitstheorien uninteressant. Denn sie beziehen sich nur auf Einstellungen zu Verteilungsproblemen von denen *prima facie* nicht geklärt ist, ob diese auf moralischen Überzeugungen beruhen oder eher von subjektiven Präferenz- und Nutzenüberlegungen geleitet werden.<sup>29</sup>

Der deutsche Soziologe Bernd Wegener differenziert dabei zwei unterschiedliche Ausrichtungen von Urteilkategorien in der empirischen Gerechtigkeitsforschung. Die Evaluation der Verteilungsergebnisse und jene der Bewertungsregeln. Bei ersterer handelt es sich um die konkreten Zuteilungsergebnisse eines sozialen Gutes<sup>30</sup> durch die Verteilungsregeln, die vom individuellen Standpunkt betrachtet entweder als gerecht oder ungerecht angesehen werden können. Die Beurteilung von Verteilungsregeln<sup>31</sup> fokussiert demgegenüber bereits eine höhere Beobachtungsebene, da diese bereits einen Konsens oder einen Dissens über unterschiedliche Prinzipien der Gerechtigkeit zwingend voraussetzt.<sup>32</sup>

Was nun im Einzelnen gerecht sein mag und was nicht, liegt demnach im subjektiven Auge des Betrachters und ist auch stark von exogenen Einflussfaktoren, wie der Zugehörigkeit zu einer Klasse und davon deduzierten sozialen Einstellungen, zumindest mitverursacht. Diese Undeterminiertheit schlägt sich auch auf die Perzeption von Gerechtigkeitseinstellungen in der empirischen Gerechtigkeitsforschung nieder, die bei der Untersuchung von Gerechtigkeitsurteilen von zwei rudimentären Forschungsgrundannahmen ausgeht:

- Inhaltliche Unbestimmtheit: Den Befragten muss es frei gestellt werden, welche Güterverteilung und welche Verteilungsregeln sie als gerecht oder ungerecht klassifizieren.
- Formale Unbestimmtheit: Es dürfen *ex ante* keine Kriterien artikuliert werden, wann sich ein Urteil als ein Gerechtigkeitsurteil qualifizieren lässt.

---

<sup>28</sup> Vgl. *Liebig* (2002a), S. 81.

<sup>29</sup> Vgl. *ebd.*, S. 78.

<sup>30</sup> Beispiele hierfür können das Einkommen, das Streben nach Anerkennung, das Strafmaß, Steuerbeiträge oder Schulnoten sein.

<sup>31</sup> Dies wäre beispielsweise das Beurteilungsschema für Schulnoten, die progressive Ausrichtung von Steuersätzen, u.s.w..

<sup>32</sup> Vgl. *Wegener* (1995).



Was der Einzelne jedoch subjektiv unter Gerechtigkeit versteht, bzw. inwiefern die Urteile von einem unparteiischen äquidistanten Standpunkt oder mithilfe von anerkannten Gerechtigkeitsregeln getroffen werden, bleibt zunächst irrelevant.<sup>33</sup>

### **I.4.3. Der Kreierungsversuch einer Metatheorie der Gerechtigkeit zwischen normativen Paradigmen und empirischer Operationalisierbarkeit**

#### **I.4.3.1. Problemstellung und Ausgangslage**

Vermutet man eine enge und einander befruchtende Kooperation dieser beiden Forschungsansätze in der Vergangenheit, so erliegt man einer veritablen Täuschung.<sup>34</sup> Die scharf gezogene Trennlinie lässt sich auch auf das eben Erörterte zurückführen. Zum einen wird in der normativen Gerechtigkeitsforschung eben an die Begrifflichkeit der sozialen Gerechtigkeit ein weitaus strengerer Maßstab angelegt, was weiters nicht verwundern sollte, da darin ja die partiellen Interessen einzelner Individuen bzw. ganzer sozialer Gruppen bewusst vernachlässigt werden. Andererseits existieren zahlreiche Debatten über die Bedeutung von empirischen Daten für die normativen Gerechtigkeitstheorien. In der normativen Gerechtigkeitsforschung kommt es oftmals zu keiner klaren Trennung zwischen Begründungs- und Anwendungskontexten; darüber hinaus wird häufig auch die Frage nach den empirischen Anwendungsbedingungen einer normativen Theorie dezidiert angesprochen. Ganz allgemein: Können empirische Daten als Grundlage für die Etablierung einzelner Gerechtigkeitsprinzipien dienen? Die Bezugnahme empirischer Sachverhalte auf normative Theorien geht meist mit einer Eingrenzung eben jener Theorien auf das normativ Denkbare und Mögliche einher. Jedoch würde eine all zu schnell vorgenommene Adaption normativer Sätze an real existierende Gerechtigkeitsvorstellungen die Intention normativer Gerechtigkeitstheorien konterkarieren: nämlich den ambitionierten Anspruch, bestehende Verhältnisse kritisch zu reflektieren und mögliche alternative Handlungsszenarien aufzuzeigen.<sup>35,36</sup>

Einem neu zu generierenden interdisziplinären Ansatz der Gerechtigkeitsforschung, der eine Synthese und eine Kooperation der beiden eben angestellten Theorieansätze fokussiert, muss es gleichsam gelingen zwei fundamentale Problemstellungen zu lösen. Auf der einen Seite steht das allgemeine Definitionsproblem eines empirisch zugänglichen und aber auch normativ tragfähigen Gerechtigkeitsbegriffs. Zum anderen muss auch über den neu zu definierenden Stellenwert und Nutzen

---

<sup>33</sup> Vgl. *Liebig* (2002a), S. 82 – 83.

<sup>34</sup> Vielmehr kam es bis dato zu Disputen rund um die finale Zieldetermination der Forschungsansätze, da oftmals innerhalb der einzelnen Forschungsausrichtungen keine Einigkeit über allgemeine Grundannahmen erzielt werden konnte. In diesem Zusammenhang sei auf die jahrzehntelang dauernder Kontroversen zwischen Kommunitaristen und liberalen Theoretikern hingewiesen. Vgl. hierzu *Rieger* (2004), S. 433.

<sup>35</sup> Vgl. *Homann* (2001).

<sup>36</sup> Kerstin Haase beurteilt deshalb auch das Streben nach einem interdisziplinären Ansatz in der Gerechtigkeitsforschung durchaus kritisch: „*Normative Theorien der Gerechtigkeit und empirische Gerechtigkeitsforschung scheinen auf diametral entgegengesetzten theoretischen Grundannahmen zu beruhen. Eine systematische Betrachtung konkreter Forschungsansätze muss klären, inwieweit diese unterschiedlichen Grundannahmen eine Zusammenarbeit verhindern.*“ Vgl. *Haase* (2002), S. 58.

empirischer Daten für die normative Theoriebildung reflektiert werden. Die Heranziehung empirischer Daten wird für die normative Theorie als Legitimationsbasis von Regeln dann interessant, wenn Theorien für sich in Anspruch nehmen, die Verteilung von sozialen Gütern und Lasten in real existierenden Gesellschaftsstrukturen (er)klären zu wollen.<sup>37</sup>

#### I.4.3.2. Drei Grundbedingungen für eine interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung

Um eine stärkere Orientierung und Kooperation zwischen dem empirischen und normativen Ansatz der Gerechtigkeitsforschung forcieren zu können, ist es zu allererst ratsam, Grundbedingungen herauszuarbeiten, welche für die Kreierung eines interdisziplinären Forschungsansatzes essentiell sind.<sup>38</sup> Es sind dies dabei die Bedingungsaxiome der Adäquatheit, der Anerkennung und der Anwendung:

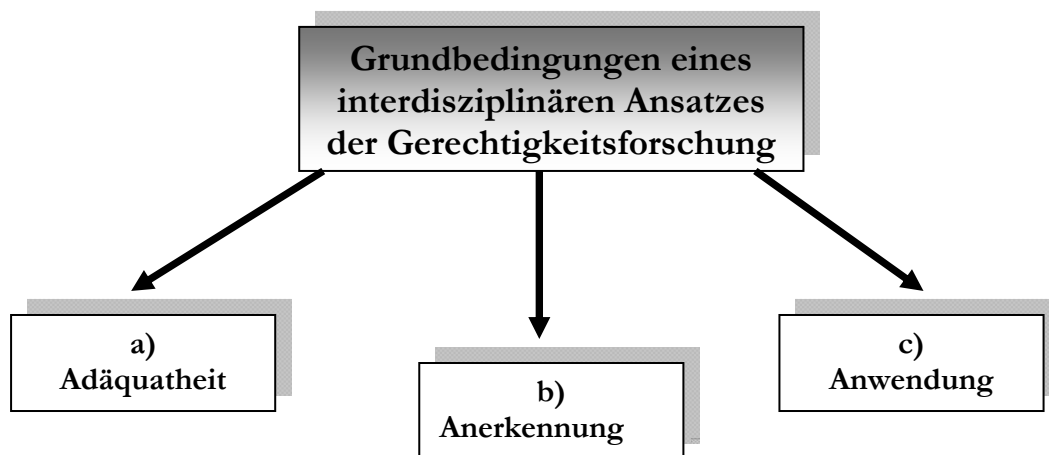


Abb. 4: Die drei Grundbedingungen für einen interdisziplinären Forschungsansatz

ad a): Die Bedingung der Adäquatheit fragt zunächst danach, ob eine normative Theorie von einer möglichst adäquaten Beschreibung der empirischen Wirklichkeit ausgeht, beziehungsweise ob eine normative Theorie den Modus operandi für die Verteilung von sozialen Gütern und Lasten für eine Gesellschaft festlegt, zumindest diesen jedoch analysiert. Sowohl die Komponente der Deskription als auch das Ausführen von Verteilungsregeln sind rudimentäre Grundbedingungen für die Konstruktion einer normativen Theorie, welche für sich den Anspruch erhebt, Indikationen für die soziale Wirklichkeit zu liefern. Je exakter die konkreten Verteilungsregeln dabei beschrieben werden, umso valider erweisen sich später dann auch die getroffenen theoretischen Annahmen. Einen Ausgangspunkt für eine anwendungsorientierte Theorie stellt beispielsweise die Beschreibung der Mechanis-

<sup>37</sup> Vgl. *Liebig/Lengfeld* (2002), S. 10.

<sup>38</sup> Der US-amerikanische Politologe David Miller nannte einen solch gelagerten Versuch eines Ansatzes in einer seiner Abhandlungen eine „*empirische informierte normative Gerechtigkeits-theorie*“. Er erkannte richtigerweise, dass es nicht zielführend ist, lediglich die Ergebnisse eines Forschungszweiges auf den jeweils anderen zu übertragen. Vgl. *Miller* (1999). Er hat mit dieser Ansicht auch die von ihm früher vertretene strikte Trennung der Forschungsansätze in seinem Spätwerk einigermaßen relativiert. Vgl. *Miller* (1992).

men von sozialen Ungleichheiten dar. Dazu können – neben politikwissenschaftlichen Analysen – auch andere sozialwissenschaftliche Forschungsfelder, wie die empirische Sozial- und Wirtschaftsforschung oder aber auch die politische Soziologie, herangezogen werden.<sup>39</sup>

ad b): Die zweite Bedingung, jene der Anerkennung, bezieht sich direkt auf den Adressatenkreis der normativen Theorie. Können die Adressaten der Argumentationslogik und der Schlussfolgerung bestimmter Gerechtigkeitsprinzipien folgen oder sie zumindest als nachvollziehbar anerkennen? Anerkennungswürdig sind dabei nur jene Theorieprinzipien, die gewisse rationale und moralische Charakteristika aufweisen. Mit dem deutschen Philosophen Ulrich Steinvorth kann dies nur dann als realisiert angesehen werden, wenn ein Einzelner einem normativen Vorschlag unabhängig davon zustimmt, ob er sich von dessen Geltung einen individuellen Nutzen erwarten kann oder nicht.<sup>40</sup> Darüber hinaus wird eine normative Theorie immer nur dann für sich Allgemeingültigkeit beanspruchen können, wenn die Personen diese als Gebot der Moral anerkennen. Aus Untersuchungen der experimentellen Gerechtigkeitsforschung weiß man heute, dass es im Rahmen der Analyse der Anerkennungsbedingungen stets zu berücksichtigen gilt, dass ein Einzelner bei der kritischen Selbstreflexion normativer Vorschläge vom Standpunkt der Unparteilichkeit aus urteilt und bei der Begründung dieser normativen Vorschläge zumindest Bezug auf moralische Regeln genommen werden soll.<sup>41</sup>

ad c): Im Rahmen der Anwendungsbedingungen gilt es zu klären, ob eine normative Theorie der Gerechtigkeit geeignet erscheint, real existierende Verteilungsprozesse zu beeinflussen. In penibler Abgrenzung zur eben behandelten Bedingung der Anerkennung geht es nicht so sehr um die individuelle Nachvollziehbarkeit oder die moralische Akzeptanz bestimmter Theorien, sondern vielmehr um deren tatsächliche Operationalisierbarkeit. Denn die Möglichkeit der Operationalisierbarkeit gilt auch als probater Indikator der Zustimmung, den eine Theorie in der politischen Praxis erwarten kann.<sup>42</sup> Um jedoch ganz allgemein die tatsächliche Umsetzbarkeit normativer Konzepte abschätzen zu können, sind reliable und objektive Daten zur sozialen und wirtschaftlichen Lage notwendig, die beispielsweise für die Eruierung der Menge der notwendigen sozialen Güter herangezogen werden können, die für die individuelle Existenzsicherung benötigt werden.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Vgl. *Liebig/Lengfeld* (2002), S. 11.

<sup>40</sup> Vgl. *Steinvorth* (1999), S. 29 – 32.

<sup>41</sup> Vgl. *Frohlich/Oppheimer* (1992).

<sup>42</sup> So kann die Verteilung von sozialen Gütern und Lasten durchaus der Prämisse der Moralität entsprechen, jedoch aus Praktikabilitätsabwägungen der politischen Rason dennoch abgelehnt werden.

<sup>43</sup> Vgl. *Liebig/Lengfeld* (2002), S. 12.

#### **I.4.3.3. Die interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung als Metatheorie und Basis für handlungsanleitende Forschungsfragen?**

Die zwei oben dargelegten Forschungsansätze der Gerechtigkeitsforschung besitzen über alle Differenzen hinweg eine sie einende Thematik: die Gerechtigkeit. Die unterschiedlichen Forschungsinteressen, die disziplinspezifischen Forschungskontexte, die differenten Erkenntnisinteressen sowie die daraus deduzierte unterschiedliche Methodologie machen den Versuch einen interdisziplinären Forschungsansatz zu generieren, zu einer relativ diffizilen Angelegenheit.

Eine fruchtbare und intensive Kooperation kann also regelmäßig nur dann gelingen, wenn beide Forschungszweige der Gerechtigkeitsforschung ihre jeweiligen Ansätze und Positionen kritisch reflektieren und ihre strikten dogmatischen Standpunkte hin zur Mitte verlassen. Dies mag regelmäßig aber nur dann gelingen, wenn dadurch gemeinschaftliche Interessen verfolgt werden und sich auch ein gewisser Mehrwert für den eigenen Theoriestandpunkt generieren lässt. Im Anschluss an Norman Frohlich und Joe Oppenheimer müssen dabei zwei Urteilskategorien differenziert werden: die bereits unter I.4.2. behandelten Gerechtigkeitsurteile und die Gerechtigkeitseinstellungen. Während letztgenannte ein klassisches Instrumentarium der Einstellungsforschung in der empirischen Gerechtigkeitsforschung darstellen, besteht bei ersterer Kategorie sehr wohl die potentielle Möglichkeit, dass sie die Kritik der normativen Gerechtigkeitsforschung integrativ verarbeitet und die beiden Prämissen der Gerechtigkeitsforschung, Unparteilichkeit und Moral, mitberücksichtigt.<sup>44</sup>

Eine integrale Verschmelzung, gleichsam ein Hermaphroditismus, beider Forschungsansätze führt unweigerlich zur Frage nach der gegenseitigen Relevanz der einzelnen Ergebnisse für den jeweilig anderen Forschungsansatz. Letztendlich wird eine interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung sich anhand konkreter Themenstellungen sowie metatheoretischen Betrachtungen messen lassen müssen. Eine metatheoretische Analyse wird jedoch niemals eine vollständige Einheit zwischen den Forschungsansätzen erreichen können; sie verfügt aber dessen ungeachtet über ein großes Potential. Es kann klar bestimmt werden, über welche theoretische Grundannahmen Einigkeit erzielt werden kann, und welche grundsätzlich umstrittenen Annahmen, im Sinne einer Rawls'schen Strategie der Vermeidung, nicht thematisiert werden sollten, um handlungsanleitende Forschungsfragen zu generieren.<sup>45</sup>

Die Inter- und Transdisziplinarität prägt die ganze hier nun vorliegende Arbeit. Einerseits befindet sich diese Dissertation – wie bereits der Titel suggeriert – an der permeablen Grenze zwischen Politik- und Rechtswissenschaft, andererseits sind der III. und IV. Teil dieses Werkes jeweils von anderen Forschungsparadigmen geprägt, welche jedoch niemals isoliert betrachtet werden sollen. Aus

---

<sup>44</sup> In der Praxis bedeutete dies, dass ein und dieselbe Person in der Beurteilung eines Sachverhaltes zwei Urteile abgeben sollte: Zum einen sollte ein Urteil aus der Perspektive der Unabhängigkeit bzw. in Bezug auf moralische Regeln und Werte getroffen werden; zum anderen sollten bei der Beurteilung genau jene Kriterien vernachlässigt werden. Vgl. *Frohlich/Oppenheimer* (1992).

<sup>45</sup> Vgl. *Haase* (2002), S. 53.

dieser zweidimensionalen Ausrichtung ergeben sich hiermit zwei relevante Kategorien von Forschungsfragen:

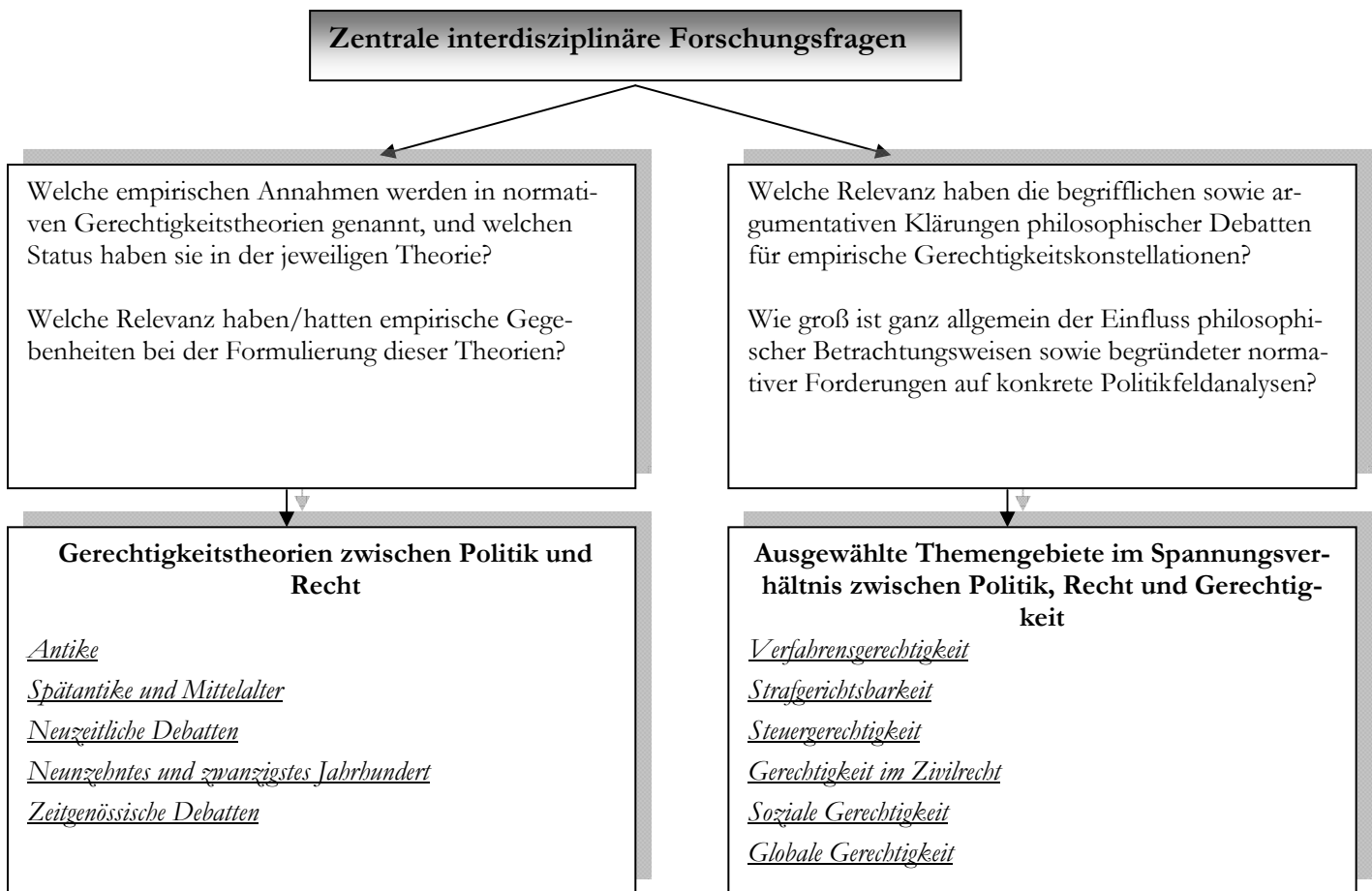


Abb. 5: Handlungsanleitende Forschungsfragen und -implikationen

Im Rahmen dieser Metaanalyse<sup>46</sup> sollen also die unterschiedlichsten, sowohl theoretischen als auch empirischen, Untersuchungsergebnisse verschiedenster Studien, Diskurse und Debatten zu einer möglichst konsistenten und homogenen Analyse von Gerechtigkeit verschmolzen werden. Das Ziel dieser von der Metaanalyse inspirierten Arbeit liegt in der Gegenüberstellung von verschiedensten sozialen Gerechtigkeitserwartungen und -vorstellungen und deren Kontexten. Gerechtigkeit birgt nämlich – und dies ist weitgehend unbestritten – etwas inhärent Normatives in sich und legt dabei eine solcherart konzipierte Forschungsarbeit zwangsläufig auch nahe.

<sup>46</sup> Gene Glass beschreibt die zentrale Charakteristik der Metaanalyse, als „Analyse von Analysen“. Vgl. dazu näher Glass (1976), S. 3 – 5. Weiters allgemein und umfassend zur Metaanalyse vgl. Schulze (1985).

## **II. Teil – Begriffe und Definitionen**

### **II.1. Gerechtigkeit – Eine etymologische, semantische Begriffsapproximation**

#### **II.1.1. Eine erste zarte Annäherung an die Begrifflichkeit der Gerechtigkeit**

Eine ganz simple und dennoch zutreffende Auffassung sieht in der Gerechtigkeit ein oder das ideale Ziel der legislativen, exekutiven und rechtssprechenden Gewalt.<sup>47</sup> Dieses Testat stößt allgemein auf hohe Zustimmungsquoren, doch ist damit bei einem zweiten, gründlicheren Blick noch nichts gewonnen. Denn es muss sich vielmehr die Frage gestellt werden: Was können adäquate Wertmaßstäbe bei der Eruierung und Präzisierung der Gerechtigkeit sein? Um nicht der Gefahr eines infiniten, tautologischen Zirkels ausgesetzt zu sein, müssen zunächst oberste normative Prinzipien und Leitmaximen gefunden werden.

Doch so pluralistisch wie sich der Gerechtigkeitsbegriff selbst gibt, so pluralistisch und ausdifferenziert zeigen sich auch die normativen Gerechtigkeitsformeln. Sie könnten beispielsweise u.a. wie folgt formuliert werden:<sup>48</sup>

- Jedem das Seine;<sup>49</sup>
- Jedem das Gleiche;
- Jedem nach seiner Natur;
- Jedem gemäß seinem Rang;
- Jedem gemäß seiner Leistung;
- Jedem nach seinem Bedürfnis;
- Jedem ein Höchstmaß an Freiheit;
- Jedem gemäß dem ihm vom Gesetz Zugeteilten.

Was lässt sich nunmehr aus dieser kolportierten Pluralität ableiten? Eines kann gleich zu Beginn demonstrativ festgehalten werden: Gerechtigkeit kann nicht auf einen vorher determinierten gesellschaftlichen Grundkonsens rekurrieren. Sie muss immer wieder kontextual und situationsspezifisch neu gezirkelt und erfunden werden. So wird der Begriff der Gerechtigkeit in den politischen

---

<sup>47</sup> Vgl. *Weber-Fas* (2008), S. 96.

<sup>48</sup> Hans Kelsen analysierte im Zuge seiner Auseinandersetzung mit dem Phänomen der Gerechtigkeit nicht weniger als sechzehn solcher normativen Gerechtigkeitsformeln. Als Fazit kann hier an dieser Stelle festgehalten werden, dass er diese Formeln entweder als zu inhaltsarm verwarf oder diese zu so vielen verschiedenen Ergebnissen führten, dass nicht auf rationaler und wissenschaftlicher Grundlage entschieden werden könnte, welche Gerechtigkeitsformel zu präferieren sei. Eine Entscheidung könnte sich aufgrund dessen nur auf einer subjektiven Wertung begründen lassen: die Geburtsstunde des Kelsianischen Wertrelativismus. Vgl. *Kelsen* (1960), S. 355 – 444.

<sup>49</sup> Anhand der im Rahmen der Gerechtigkeitsgeschichte wohl am häufigsten durchdeklinierten Formel „Jedem das Seine“ sei prägnant die absolute Inhaltsarmut einer solchen Formel illustriert. Sie ist genau deshalb inhaltsarm, da sie selbst kein Kriterium beinhaltet, was jedem als das Seine tatsächlich auch zusteht. Die Formel „Jedem das Seine“ kann beispielsweise als ein Gebot der guten Sitten angesehen werden, da sie als Wertungsmaßstab für Handlungen, Handlungsobjekte oder auch Normen herangezogen werden kann. Vgl. *Dreier* (1985), S. 100 – 101.

Kommunikationsarenen auch dazu verwendet, menschliche Handlungen, soziale Interaktionsmuster wie auch andere gesellschaftliche Ordnungsprinzipien kritisch zu durchleuchten. Gerechtigkeit zeigt sich dabei als vielschichtiges, in sich äußerst komplexes, Konzept, das Mal normativ und ein anderes Mal deskriptiv gebraucht wird und das sich dabei eben durch ein hohes Maß an Kontextsensitivität auszeichnet; es erfährt somit abhängig vom jeweilig gebrauchten Kontext maßgebliche Bedeutungsänderungen.<sup>50</sup>

Nach Gertrud Nunner-Winkler besteht zumindest über die Ausgangssituation einer solchen Suche nach Gerechtigkeit eine gewisse Einmütigkeit. Es sind dies u.a. die Gesichtspunkte, die an späteren Stellen noch eingehender zu eruieren sein werden, wie die nicht mit der Gerechtigkeit zu verwechselnden Gleichheit aller Menschen, die wechselseitige Anerkennung einmal erzielter Ergebnisse, die Akzeptanz der individuellen Fähig- und Fertigkeiten sowie der sozialen Bedürftigkeit. Diese Gesichtspunkte sind in den verschiedensten Ausformungen in sämtlichen Systemen als konstitutive Organisationsprinzipien mehr oder weniger vorhanden, allerdings bedürfen sie zumeist einer konkreten Auslegung. Wenn z.B. generelles Einvernehmen über Gleichheit innerhalb eines Rechtssystems vorherrscht, so bedarf diese dennoch – wenn sie auf den Einzelfall subsumiert und angewandt werden soll – immer einer tatsächlichen normativen Ausgestaltung in Form von Gesetzen.<sup>51</sup>

Gerechtigkeit als allgemein anerkanntes politisches Postulat hat jedoch auch eine intrinsische Dimension. Es ist eng und untrennbar mit moralischen und politischen individuellen Attitüden und Einstellungen verknüpft.<sup>52</sup> Diese Dissonanzen in der Bedeutung des umfassenden Gerechtigkeitsbegriffs kommen in regelmäßigen Abständen in kontrovers und heftig geführten politischen Diskussionen zum Ausdruck, wenn Gerechtigkeit zwar inflationär verwendet, allerdings höchst unterschiedlich gedeutet wird. Dies führt in der Gerechtigkeitsliteratur zu der zentralen Fragestellung, ob nämlich Gerechtigkeit wenigstens auf einen Restbestand an gesellschaftlichen Konsens, einen intersubjektiv anerkannten Bedeutungskern<sup>53</sup>, referenzieren kann oder mittlerweile zu einer hohlen wie leeren Phrase in der politischen Rhetorik verkommen ist? Im Laufe der Theoriegeschichte finden sich auffällig viele Vertreter, die die absolute Subjektivität des Gerechtigkeitsbegriffs akzentuieren und sämtliche

---

<sup>50</sup> Das Aufzeigen dieses dynamischen Bedeutungswandels bildet unter anderem eines der zentralen Anliegen der hier nun vorliegenden Arbeit.

<sup>51</sup> Nach Ansicht Nunner-Winklers ist eine kontextspezifische adäquate Integration konfligierender Gesichtspunkte auch deshalb schon schwierig, da Verteilungsfragen oftmals nicht nach dem Primat der Gerechtigkeit, sondern nach einem anderen Paradigma, nämlich jenem der Effizienz, gelöst werden. Diese Problematik verschärft sich, wenn es darum geht, zwischen Effizienzerwägungen und Gerechtigkeitsüberlegungen zu einem gesellschaftlich tragfähigen Ergebnis zu gelangen. Vgl. *Nunner-Winkler* (2000), S. 22.

<sup>52</sup> Siehe auch I.4.1..

<sup>53</sup> Dieser Bedeutungskern von Gerechtigkeit offenbart sich unter anderem darin, dass sich quer über sämtliche Kulturkreise hinweg, gewisse universelle Usancen des zwischenmenschlichen Zusammenlebens herauskristallisiert haben. Man darf beispielsweise niemanden töten; es unterliegt einer unausgesprochenen Konvention, dass man weder stehlen noch einem anderen seiner Freiheit berauben darf. In diesen Kontexten wird jedoch in den seltensten Fällen über Gerechtigkeitsfragen sinniert. Gerechtigkeit gerät vielmehr nur dann in den Fokus unserer Aufmerksamkeit, wenn wir zu anderen Individuen ein Beziehungsverhältnis aufbauen, wenn wechselseitige Rechte und Pflichten innerhalb zwischenmenschlicher Handlungssituationen begründet werden sollen. In einem solchen Falle fungiert Gerechtigkeit als ein unparteiischer Betrachtungsparameter, der einen allgemeinen und akzeptablen Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen der Beteiligten erzielen möchte. Vgl. *Koller* (2001), S. 24 – 25.

Definitionsannäherungsversuche schon ex ante als gescheitert deklarieren. Dies ist jedoch gleichsam unpraktikabel wie unplausibel. Letzteres weil sich die im Rahmen dieser Arbeit noch zu tätigen Gedanken als obsolet erweisen würden, gebe es nicht so etwas wie den oben beschriebenen Bedeutungskern von Gerechtigkeit. Unplausibel wäre es u.a. deshalb, da man dann nicht erklären könnte, warum dem Begriff der Gerechtigkeit im sozialen Leben wie auch im politischen Diskurs eine derart bedeutende und entscheidende Rolle zuerkannt wurde und wird.<sup>54</sup>

Zusammenfassend kann konstatiert werden, dass das Postulat nach dem Ideal der Gerechtigkeit zwar omnipräsent ist, während zusammenfassend eine zufriedenstellende Definition letztlich fehlt. Dabei wurden in der Geschichte der Gerechtigkeit folgende Betrachtungen angestellt, die von nahezu universeller Bedeutung sind:<sup>55</sup>

- Ungerechtigkeits Erfahrungen sind handlungsmotivierend. Sozial- und gesellschaftlich empfundene Ungerechtigkeiten erwiesen sich in der gesamten Menschheitsgeschichte stets als Triebfeder für diverse politische Transformationen und Zäsuren.
- Auch wenn über die Metaerzählung und -forderung Konsens besteht, so scheinen konkrete Gerechtigkeitsurteile dennoch in hohem Ausmaß subjektiv zu sein. So orientiert sich etwa die Frage nach distributiver Gerechtigkeit in erheblichem Umfang an individuellen Wertvorstellungen bzw. allgemeinen politischen Einstellungen. Das breite Spektrum der unterschiedlichen Verteilungsregeln oszilliert beispielsweise zwischen Gleichverteilung, Verteilung nach Leistung und Verteilung nach Bedarf.
- Auf der anderen Seite scheinen subjektive Gerechtigkeitsurteile häufig mit einem Anspruch an Objektivität ausgestattet zu sein. Die wenigsten von uns beurteilen etwas als gerecht und relativieren diese Einschätzung mit dem Zusatz, dass dies selbstverständlich nur eine subjektive Beurteilung ist und dass jedenfalls eine andere Sicht der Dinge ebenso im Bereich des Möglichen liegt. Das Gegenteil ist oftmals der Fall. Wenn etwas von einer Majorität der Menschen als gerecht oder ungerecht bezeichnet wird, so vertreten diese die Ansicht, dass alle anderen ebenfalls in gleicher oder zumindest in ähnlicher Weise urteilen sollten.

---

<sup>54</sup> Vgl. *Koller* (2001), S. 19 – 20.

<sup>55</sup> Vgl. *Haase* (2002), S. 55 – 56.



## II.1.2. Formelle versus materielle Aspekte von Gerechtigkeit

Was kennzeichnet also eine Handlung als gerecht? Was ist ihr oft beschworenes Kernsubstrat? Gerechte Handlungen folgen demnach vordeterminierten Regularien, die andere Individuen auch oder auf eine ähnliche Weise hätten handeln lassen. Nach diesen Regeln soll willkürliches Verhalten nach Tunlichkeit aus den sozialen Lebensrealitäten verbannt werden. Gleiches soll ceteris paribus auch gleich behandelt werden.<sup>56</sup> Dieses gelebte Verständnis von Gleichheit wird gemeinhin als formale Gerechtigkeit bezeichnet, da sie zwar konstitutive Rahmenbedingungen vorgibt, sonst jedoch weitgehend inhaltlich im Vagen verhaftet bleibt und somit nur die formalen Grundkonditionen gerechter Handlungen vorzuskizzieren vermag.<sup>57</sup>

Formale Gerechtigkeit<sup>58</sup> gibt somit nur eine Grundarchitektur des äußeren gerechten Handelns vor, bleibt darüber hinaus aber weitgehendere inhaltliche Konkretisierungen schuldig. Die konkreten inhaltlichen Regeln des zwischenmenschlichen Zusammenlebens bilden den Gegenstand, der gewöhnlich als materielle, von Zeit zu Zeit auch als materiale, Gerechtigkeit bezeichnet und beschrieben wird. Im Gegensatz zum Prinzip der formalen Gerechtigkeit bildet der Deutungsgehalt der materiellen Gerechtigkeit den Ausgangspunkt veritabler inhaltlicher Konfliktlinien.<sup>59</sup> Infolgedessen eröffnet sich die Frage nach universellen Indikatoren von materieller Gerechtigkeit, welche für alle akzeptabel und annehmbar erscheinen. Nach Ansicht Kelsens ist die Suche nach allgemein gültigen Maßstäben der materiellen Gerechtigkeit aussichtslos, da hierüber schwerlich Übereinstimmung erzielt werden könne.<sup>60</sup> Diese absolutistische Ansicht Kelsens mag zwar stimmen, wenn man antizipiert, dass moralische Gerechtigkeitsstandards nur dann für sich Gültigkeit reklamieren können, wenn sie überall und immer ungeteilte Zustimmung finden sollen und darüber hinaus auch noch rational begründbar sein müssen; sie verhindert jedoch auch substantielle Gerechtigkeitsstandards entwickeln und etablieren zu können. Materielle Gerechtigkeit darf viel eher schon dort vermutet werden, wo allgemeine moralische Standards gesellschaftsübergreifend registriert werden können. Kontrastierend zu den universalistischen Tendenzen der formalen Gerechtigkeit sind die basalen Prinzipien der materiellen Gerechtigkeit nicht ohne jede Einschränkungen auf sämtliche Bereiche des sozialen Daseins extensivierbar. Hier – und dies bildet die primäre Aufgabe gerechtigkeitstheoretischer Ansätze – gilt es, für die diffe-

---

<sup>56</sup> Gegen diese Ansicht, Gleiches gleich und das Ungleiche ungleich zu behandeln, wendet Hans Kelsen ein, dass dies weniger eine Forderung der Gerechtigkeit, denn der Logik sei: „Denn es ist nur die logische Konsequenz des generellen Charakters jeder Norm, die vorschreibt, daß bestimmte Individuen unter bestimmten Umständen in bestimmter Weise behandelt werden sollen, oder allgemein formuliert, die vorschreibt, daß unter einer bestimmten Bedingung eine bestimmte Folge eintreten, insbesondere eine bestimmte Behandlung erfolgen soll.“ Kelsen (1960), S. 393.

<sup>57</sup> So etwa auch Perelman (1967), S. 28 – 29.

<sup>58</sup> Die formale Gerechtigkeit ist das Leitparadigma der im empirischen Teil noch näher zu beleuchtenden Verfahrensgerechtigkeit. Vgl. IV.1..

<sup>59</sup> Wojciech Sadurski präzisiert diese Differenzierung des Gerechtigkeitsbegriffs in einen formellen und einen materiellen Aspekt. Für ihn manifestiert sich dabei Gerechtigkeit in einer Regel von einer davon unabhängigen gerechten Anwendung derselben, also zwischen Gerechtigkeit als formalen Prinzip und materiellen Wert. Vgl. Sadurski (1985), S. 21 – 22.

<sup>60</sup> Vgl. Kelsen (1960), S. 393 – 397.

renten Formen des sozialen Lebens jeweils valide Indikatoren der materiellen Gerechtigkeit zu ergründen.<sup>61</sup>

Materielle Gerechtigkeit manifestiert sich demnach als Reflexionsfläche gesellschaftlicher Moralvorstellungen. Die Sozialmoral ist dabei aber sozialsphärenspezifisch, was wiederum bedeutet, dass diese auch veränderbar ist und etwa durch historische Einflüsse beeinflusst werden kann. Dennoch besteht zumindest ein minimaler Grundkonsens moralischer Vorstellungen, die ahistorisch jedem Individuum qua seines Menschseins angeboren sind, und durch unterschiedliche soziale Kontexte<sup>62</sup> und Umwelten lediglich ihre Ausdifferenzierung erfahren.<sup>63</sup>

Zusammenfassend können die grundlegenden Divergenzen zwischen materieller und formeller Gerechtigkeit folgendermaßen auf den Punkt gebracht werden: *„Die formale Gerechtigkeit [...] läßt völlig offen, wie die anzuwendende Gerechtigkeitsregel inhaltlich ausgestaltet ist, ist eher ein logisches Prinzip, daß für die korrekte Anwendung jedweder materialer Gerechtigkeitsregel sorgt. Dagegen behandelt die materiale Gerechtigkeit den Gerechtigkeitsgehalt von Rechtsregeln und nicht den logischen Aspekt.“*<sup>64</sup>

### II.1.3. Unterschiedliche Gerechtigkeitspostulate als Reaktion auf unterschiedliche Grundformen sozialen Handelns nach Peter Koller

Nach Peter Koller gilt es vier eigenständige Grundformen von sozialen Handlungsaktivitäten zu operationalisieren<sup>65</sup> und daran anknüpfend für jede dieser Grundformen allseits respektable und anerkannte Gerechtigkeitspostulate zu formulieren:<sup>66,67</sup>

---

<sup>61</sup> Man muss sich in diesem Kontext nur alltägliche Aktivitäten vergegenwärtigen, die unter den verschiedensten Gerechtigkeitsmaßstäben evaluiert werden: die Aufteilung des gemeinsam erzielten Gewinns; eine akzeptable Aufteilung der Verpflichtungen in der Haushaltsführung; die Besteuerung des erzielten Einkommens, u.s.w.. Vgl. Koller (2001), S. 27.

<sup>62</sup> Wie etwa kollektive und individuelle Erfahrungswerte, eigene Erziehung und Diskursfähigkeit.

<sup>63</sup> Vgl. Mahlmann (1999), S. 114 – 117.

<sup>64</sup> Waldner (1991), S. 19.

<sup>65</sup> Nähert man sich dem Phänomen der Gerechtigkeit von einer soziologischen Perspektive an, so ist Gerechtigkeit keine objektiv von einer Gesellschaft geschaffene Errungenschaft, sondern viel eher eine individuelle, jedoch kollektivierbare, subjektive Bewertung von realen sozialen Verhältnissen. Seit Beginn der 1990er Jahre lässt sich hierbei eine verstärkte politische Thematisierung von Ungleichheit und Gerechtigkeit registrieren. So im Ergebnis beispielsweise auch Lutz Leisering (2007), S. 82 – 84.

<sup>66</sup> Solche Postulate können, was ihre inhaltliche Ausrichtung anbelangt, zwei Ausgestaltungsformen annehmen: Zum einen können sie sich durch resultatorientierte Finalität und zum anderen durch ihren prozeduralen Charakter auszeichnen, abhängig davon, ob sie das Ergebnis oder das Verfahren einer gerechten Regelung der jeweils zu schlichtenden Interessenkonflikte bestimmen möchten. Finale, also ergebnisfokussierte, und prozedurale, also verfahrensbezogene, Gerechtigkeit stellen zwei differente Subkategorien dar, da sie – obwohl sie unterschiedlichste Konsequenzen evozieren – beide inhaltliche Grundprämissen zur Konfliktregelung in zwischenmenschlichen Beziehungen anbieten können. Vgl. Koller (2001), S. 28 – 34.

<sup>67</sup> Die nun in weiterer Folge näher zu erörternden Gerechtigkeitspostulate der Verteilungs-, der Tausch-, der politischen und der korrektiven Gerechtigkeit dürfen keinesfalls als isolierte Phänomene betrachtet werden. Sie stehen vielmehr in einem wechselseitigen komplexen Bedingungs- und Ergänzungsverhältnis zueinander. Dieser Komplexität schuldend, bedarf es nun mal auch der Formulierung von verschiedenen Gerechtigkeitspostulaten. Bereits in Familienverhältnissen, als noch relativ überblickbares Beziehungsgeflecht, können Tausch-, Herrschafts- und Unrechtverhältnisse zu Tage treten.

|                             | (1)                           | (2)                      | (3)                           | (4)                           |
|-----------------------------|-------------------------------|--------------------------|-------------------------------|-------------------------------|
| Formen sozialer Interaktion | Gemeinschaftsverhältnisse     | Austauschverhältnisse    | Herrschaftsverhältnisse       | Unrechtsverhältnisse          |
| Gerechtigkeitspostulate     | ↓<br>Verteilungsgerechtigkeit | ↓<br>Tauschgerechtigkeit | ↓<br>Politische Gerechtigkeit | ↓<br>Korrektive Gerechtigkeit |

Abb. 6: Grundformen sozialen Handelns und ihre Gerechtigkeitspostulate

ad 1) Ein Gemeinschaftsverhältnis existiert per definitionem zwischen mehreren Individuen, die gemeinsam Ansprüche formulieren und danach auf bestimmte Güter richten und zu guter Letzt auch zum gemeinsamen (Er-)Tragen bestimmter gesellschaftlicher Lasten verpflichtet sind. Zur Zu- wie Aufteilung dieser gesellschaftlichen Rechte und Pflichten sollen moralisch intendierte gerechte Standards herangezogen werden, die im gerechtigkeitsphilosophischen Diskurs unter dem allseits bekannten Schlagwort der Verteilungsgerechtigkeit zusammengefasst werden. Auf der Suche nach kontextunabhängigen Standards wird man auf heftige Kontroversen stoßen, da in den seltensten Fällen darüber Einigkeit zu erzielen sein wird, welche Indikatoren in concreto angewandt werden sollen. Dennoch gibt es allgemein anerkannte Leitmaximen. Aristoteles erblickte eine davon in der arithmetischen Proportionalität, d.h. in der gleichmäßigen Aufteilung von Gütern und Lasten nach der jeweiligen individuellen Würdigkeit bzw. Verdiensten einer Person.

Naturgemäß erachten wir die Aristotelische Vorstellung der Verteilungsgerechtigkeit nach heutigen Maßstäben als antiquiert und unzeitgemäß, da sie die prinzipielle Gleichartig- und Gleichwertigkeit aller Menschen antizipiert, ohne dabei nach Abstammung, Standeszugehörigkeit oder Geschlecht zu differenzieren. Auch individuelle Bedürfnislagen sowie berechnete Erwartungshaltungen finden dabei keinerlei Berücksichtigung. Modifiziert man jedoch das Aristotelische Proportionalitätsprinzip, indem man kompatible Beschreibungen der pluralistischen menschlichen Existenz zulässt, so gelangt man über kurz oder lang zu einer auch noch heute vertretbaren Vorstellung von Verteilungsgerechtigkeit. Nach dieser sind grundsätzlich sämtliche Mitglieder einer Gesellschaft absolut gleichwertig zu behandeln; d.h. die zur Verteilung stehenden sozialen Güter und Lasten sind unter ihnen gleichmäßig zu verteilen, solange sich Ungleichbehandlung nicht aus guten sachlichen Gründen, die wiederum ebenfalls auf einen gesellschaftlichen Konsens zu basieren haben, legitimieren lassen.<sup>68</sup>

ad 2) Ein Austauschverhältnis existiert in der Regeln dann, wenn mehrere Personen, die ihrerseits gewisse Rechte und Güter ihr Eigen nennen können, wiederum mit anderen in Beziehung treten, um diese Güter und Leistungen einander auf freiwilliger Basis zu übertragen. Diese Transaktionsverhältnisse, zu denen insbesondere alle Formen von Vertragsbeziehungen zu zählen sind, sollen eben-

<sup>68</sup> Dieser Grundsatz erscheint prima vista äußerst vage und noch einigermaßen konkretisierungsbedürftig; jedoch ist er nicht ohne jeglichen inhaltlichen Gehalt. Er statuiert nämlich grundsätzlich jene Verfahrensregeln der Verteilungsgerechtigkeit, die auf einer vermutenden Annahme der Gleichbehandlung aller Gemeinschaftsmitglieder gründet und für jede Ungleichverteilung gemeinschaftlicher Güter und Lasten hinreichend gut argumentierte und akzeptierte Gründe verlangt. Die Gründe, die diese Ungleichheiten rechtfertigen sollen, sind jedoch selbst wiederum kontroversiell und kontextabhängig. Vgl. *Tugendbat* (1993), S. 368 – 379.

falls den Bedingungen der Gerechtigkeit genügen. Bis weit ins Mittelalter hinein trachtete man nach einem exakten Synallagma der zu tauschenden Güter und Leistungen. Diese auf Aristoteles zurückgehende simpelste Form der Äquivalenz determiniert noch heutzutage die sozialen Beziehungen, die ihrerseits auf einfachste Gegenseitigkeit beruhen.<sup>69</sup> Für die Eruierung der aktuellen Wertigkeiten der auszutauschenden Güter und Leistungen muss als gedanklich vorausgesetzter Schritt zuerst Einigkeit über ein allseits akzeptiertes Wertmaß erzielt werden. John Finnis weist richtigerweise daraufhin, dass so ein Wertmaß in traditionellen Gesellschaften leicht gefunden werden konnte. Er war dies die Zeit die benötigt wurde, um ein Gut herzustellen bzw. eine Leistung erbringen zu können. Mit der Ausdifferenzierung arbeitsteiliger Produktionsverhältnisse, sowie mit der sie begleitenden gesellschaftlichen Verbreitung, wurde es im zunehmenden Maße schwieriger, ein plausibles und allgemein anerkanntes Wertmaß zu finden.<sup>70</sup> Aus diesem Grunde dominiert heutzutage ein anderes Prinzip unsere prozedurale Vorstellung von Tauschgerechtigkeit. Heute werden Tauschbeziehungen dann als gerecht anerkannt, wenn sie dabei möglichst fairen Bedingungen unterliegen. Von Fairness wird immer dann gesprochen, wenn ökonomisch freie und gleichberechtigte Individuen, die alle eine adäquate Grundausstattung an sozialen Gütern erhalten haben, freiwillig ihre Güter zum Tausch feilbieten, unter der Präsomption der wechselseitigen Vorteilhaftigkeit dieser Transaktion.<sup>71</sup>

ad 3) Herrschaftsverhältnisse definieren sich als soziale Beziehungen, bei denen eine vorherbestimmte Gruppe von Personen die Kompetenz eingeräumt bekommen hat, das Handeln oder die Handlungskontexte anderer regulieren zu können und zu diesem Behufe fallweise auch Zwangsmittel zum Einsatz zu bringen. In apodiktischer, penibler Abgrenzung zur bloß simplen, einfachen Machtausübung berufen sich Herrschaftsverhältnisse entweder auf einen dezidierten und unmittelbaren Anerkennungsakt der Beteiligten oder auf die in Geltung stehenden sozialen (Rechts-)Normen, die zur Aufrechterhaltung der Ordnung und für effiziente soziale Interaktionen als dringend notwendig erachtet werden. Die Ausübung von Herrschaft birgt jedoch auch ein großes inhärentes Gefahrenpotential in sich. So ist nämlich jede akute, aber auch subtile Ausübung von Autorität und Herrschaft gleichzeitig eine Einschränkung der autonomen, liberalen Selbstbestimmung der herrschaftsunterworfenen Personen. Die Herrschaftsausübung soll dabei jedoch keinem Selbstzweck dienen. Sie ist nur dann legitim, wenn sie sich der Gewährleistung der individuellen Rechte Einzelner verschrieben hat oder allgemein vorteilhafte Formen der sozialen Kooperation ermöglicht. Ausübung von Herrschaft

<sup>69</sup> Man kann sie heutzutage noch bei indigenen Urwaldvölkern oder im Rahmen der Nachbarschaftshilfe antreffen.

<sup>70</sup> Vgl. *Finnis* (1980), S. 178 – 179.

<sup>71</sup> Zu den Ausgangsbedingungen, die nahezu dem ökonomischen Ideal eines perfekten Wettbewerbsmarktes entsprechen, gehören unter anderem folgende: Keine Partei darf unter der Androhung von Gewalt oder unter Vortäuschung irreführender Tatsachen zu dieser Transaktion gezwungen werden; alle an der Transaktion partizipierenden Parteien müssen ihre Entscheidungen auf der Kenntnisgrundlage aller relevanten Informationen treffen; die Parteien müssen zur Ausübung der rationalen Selbstbestimmung über ähnliche autonome ökonomische Grundbedingungen verfügen können; und schließlich die Abwesenheit von Machtdifferenzen, die es einer Partei ermöglicht, die Bedingungen der Transaktion einseitig diktieren zu können. Vgl. *Koller* (2001), S. 32.

unterliegt demnach stets auch bestimmten Gerechtigkeitserfordernissen, die landläufig unter dem Terminus der politischen Gerechtigkeit firmieren.<sup>72</sup>

ad 4) Die vierte Grundform sozialen Handelns, die einem eigenständigen Gerechtigkeitspostulat unterliegt, hat ihren Ursprung in den, in sozialen Entitäten nicht vermeidbaren, Unrechtsverhältnissen. Es liegt in der Natur der Menschen, dass immer wieder gegen den gesellschaftlich erzielten Konsens verstoßen wird, indem wenige, die weder dazu befugt oder gar kompetent sind, in die Rechte anderer eingreifen oder ihre Pflichten gegenüber anderen verletzen, gleichgültig ob dies aus doloser Absicht oder aus reiner Nachlässigkeit geschieht. Diese Unrechtstaten verlangen zur Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung nach einer Restitution, um den verursachten Schaden wieder gutmachen und schwere Pflichtverletzungen auch ahnden zu können. Diese Klarstellung evoziert jedoch eine Reihe meist schwierig zu beantwortender Fragestellungen: jene nach dem Haftungsumfang für Schäden, die Höhe des Wiedergutmachungsbetrages bzw. der zu verhängenden Strafe aufgrund strafwürdigen Verhaltens. Dieses und ähnlich akzentuierte Fragen bilden den allgemeinen Gegenstand der korrektiven Gerechtigkeit, die sich wiederum in zwei sie konstituierende Elemente unterscheiden lässt. Zum einen ist dies die restitutive Gerechtigkeit, die die Wiedergutmachung von erfahrenen und begangenen Unrechtstatbeständen zum Inhalt hat und zum anderen die retributive Gerechtigkeit, die den Fokus auf die Androhung und das Verhängen adäquater Strafen zum Gegenstand hat. Während die korrektive Gerechtigkeit immer dann geboten sein wird, wenn widerrechtlich in die Rechte anderer eingegriffen wurde, gelangt die retributive Gerechtigkeit immer dann zur Anwendung, wenn die Verfolgung der Pflichtverletzung über die Interessen des Einzelnen hinausgehen sollen. Sowohl restitutive, aber auch retributive Gerechtigkeit müssen nach dem Axiom der Angemessenheit ausgeübt werden; d.h. sowohl dem Gewicht der verletzten Pflichten, wie auch dem Grad der Pflichtverletzung adäquat entsprechen.<sup>73</sup>

#### **II.1.4. Mögliche weitere Subkategorisierungen und Differenzierungen des Gerechtigkeitsprinzips**

Nicht nur Recht und Politik lässt sich – wie später noch zu zeigen sein wird – subkategorisieren und ausdifferenzieren, sondern auch das Prinzip der Gerechtigkeit. Nachstehend sollen schon einführend überblicksartig einige Gerechtigkeitstheoretiker samt ihrer Herangehensweisen an das Ideal der Gerechtigkeit dargestellt werden.<sup>74</sup>

So geht etwa Otfried Höffe bei seiner Kategorisierung von Gerechtigkeit von zwei Seiten einer gelebten sozialen Praxis aus. Er unterscheidet dabei die politische Gerechtigkeit, die ihrem institutionellen, objektiven Verständnis geschuldet, sowohl soziale Institutionen (wie Ehe und Familie) als

---

<sup>72</sup> Vgl. hierzu etwa ausführlich Raz (1979), S. 3 – 27.

<sup>73</sup> Vgl. Lucas (1980), S. 124 – 127.

<sup>74</sup> Näheres sogleich unter III..

auch Systeme (wie Wirtschaft, Recht, Staat und Politik) zu (er)klären versucht. Auf der anderen Seite existiert ein personales Verständnis von Gerechtigkeit als ein Attribut des persönlichen Charakters, das neben Klugheit, Besonnenheit und Tapferkeit zu den vier Kardinaltugenden zu zählen ist.<sup>75</sup>

Eine weitere Gerechtigkeitsdifferenzierung findet sich im Kategorisierungsversuch von Johannes Messner, der zwischen subjektiver Gerechtigkeit als Tugend und der Gerechtigkeit als Instrumentarium von Ordnung, also einer objektiven Form von Gerechtigkeit unterscheidet. Erstere kann als Bereitschaft des Einzelnen den objektiven Rechtspflichten auch Gehorsam entgegenzubringen bzw. einer prinzipiell positiven Prädisposition gegenüber dem Recht und davon deduzierten Ansprüchen gedeutet werden, egal ob diese im Naturrecht oder im kodifizierten Recht verankert sind. Im Weiteren differenziert Messner noch entlang der Gesellschaftsstrukturen zwischen Gemeingut- und Einzelgerechtigkeit. Zur Gemeinwohlgerechtigkeit zählt es nach Messner auch, dass die Bürger den staatlichen Gesetzen Loyalität entgegenzubringen haben, aber auch die implizit-reziproke Verpflichtung des Gesetzgebers solche Gesetze zu schaffen, die das Gemeinwohl begründen oder noch weiter fördern. Im Rahmen der Einzelgerechtigkeit orientiert sich Messner an der Aristotelischen Separation zwischen Verteilungs- und Austauschgerechtigkeit.<sup>76,77</sup>

Chaim Perelman versucht sich ebenso an der Suche nach einer allgemeingültigen Definition von Gerechtigkeit und sucht trotz divergierender Ansichten nach einem gemeinsamen Nenner. Er gelangt nach einer ausführlichen ontologischen Analyse vieler Gerechtigkeitskonzeptionen zum Ergebnis, dass die Gerechtigkeitsidee für ihre tatsächliche Konkretisierung immer die Verbindung zu anderen Bezugs- und Wertungsgesichtspunkten benötigt, da alleinig rein formale Bezugspunkte für die konkrete Anwendung des Prinzips der Gerechtigkeit zu unpräzise und unpraktikabel seien.<sup>78</sup>

Das Ideal der Gerechtigkeit ist also – wie schon erörtert – ein äußerst umstrittenes und schwer intersubjektivierbares. Dieses Multikontextualität und Multisubjektivität der Gerechtigkeit wird auch von Bernd Rüthers hervorgestrichen: „*Menschen in verschiedenen geschichtlichen, sozialen, kulturellen, religiösen, ideologisch geprägten Erlebniswelten haben verschiedene, nicht selten grundverschiedene Gerechtigkeitsvorstellungen. Es gibt sie nicht: die eine fest umrissene, klar definierte Gerechtigkeit, jedenfalls nicht als empirisch feststellbaren Kernbestand des allgemeinen (Rechts-)Bewußtseins.*“<sup>79</sup>

Eine zentrale Rolle spielt und spielte das Prinzip der Gerechtigkeit nahezu auch in sämtlichen Religionen. Die Dualismen zwischen positiven Recht und religiöser Moral sowie zwischen politischer und sakraler Macht prägten seit jeher sowohl das Zeitalter der Neuzeit wie auch der Moderne und offenbarten gerade in Phasen der Transition, in deren sich die geschriebenen positiven Rechtsnormen

---

<sup>75</sup> Vgl. Höffe (2010), S. 306.

<sup>76</sup> Darüber hinaus führt Messner noch weitere Kategorien von Gerechtigkeit ins Treffen, wie z.B. die soziale oder die internationale Gerechtigkeit. Vgl. Messner (1984), S. 421 – 429.

<sup>77</sup> Siehe später auch genauer unter III.2.4..

<sup>78</sup> Vgl. Perelman (1967), S. 27. Genau die Generierung der von Chaim Perelman postulierten Verbindung zu theoretischen Aussagen bzw. realen Lebensverhältnissen bildet auch das zentrale Anliegen des hier nun vorliegenden Werkes.

<sup>79</sup> Rüthers (2009), S. 2

langsam gegenüber dem göttlich-natürlichen Recht wie auch gegenüber dem Gewohnheitsrecht behaupteten, Konfliktlinien im Kampf um die Hoheit der Setzung und Interpretation von Rechtsnormen.<sup>80</sup>

Räsoniert man daher zusammenfassend über das Phänomen der Gerechtigkeit samt ihrer Präpositionen, gelangt man zum Ergebnis, dass das Prinzip der Gerechtigkeit ein Teilgebiet der aktuell gelebten Moralvorstellung ist. Moral wird dabei aber jedenfalls weiter definiert.<sup>81</sup> Es inkludiert das große Mengengemenge an normativen Maßstäben und Leitlinien, welche das Handeln der Individuen prägen und von denen allgemein gedacht wird, dass sie universelle und vorderrangige Geltung besitzen und daher alle Menschen zum Gehorsam verpflichten können. Gerechtigkeit als moralisches Postulat beeinflusst das menschliche Verhalten und wird in hohem Ausmaß als allgemein bindend und verpflichtend anerkannt.<sup>82</sup>

Gerechtigkeit unterscheidet sich von ihrer inhaltlichen Ausrichtung her darüber hinaus noch diametral von anderen inhaltlichen Ausprägungen moralischer Kategorien, wie beispielsweise das Gute oder das Böse, denn Gerechtigkeit hat zum Unterschied von diesen auch eine immanent individuelle Konnotation. Allumfassend relevante Gerechtigkeitsvorstellungen lassen sich dennoch nur als ein solides Zusammenspiel zwischen formellen und materiellen Gerechtigkeitskomponenten darstellen.<sup>83</sup>

Wie bis dato dargestellt wurde, ist die Begrifflichkeit der Gerechtigkeit per se eine äußerst komplexe. Zusammenfassend soll die nun nachstehende Grafik helfen, die Komplexität des Gerechtigkeitsbegriffs etwas zu reduzieren:<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Vgl. *Prodi* (2003).

<sup>81</sup> Das Ideal der Gerechtigkeit ist dabei als moralisches Postulat unbedingt und kategorisch gültig. Moral erstreckt sich hingegen über die allgemeine Reichweite der Gerechtigkeit hinaus. Sie erzeugt nämlich – nicht so wie die nach Außenwirkung strebende Gerechtigkeit – auch innere Verpflichtungen für und gegen sich selbst. Vgl. *Höffe* (2010), S. 306.

<sup>82</sup> Vgl. *Koller* (2001), S. 22.

<sup>83</sup> Vgl. *Székessy* (2003), S. 12; siehe auch Kapitel II.1.2..

<sup>84</sup> Vgl. *Koller* (1994), S. 84.

Anwendungsgegenstände

Gerechtigkeitsausformungen

Handlungsbereiche

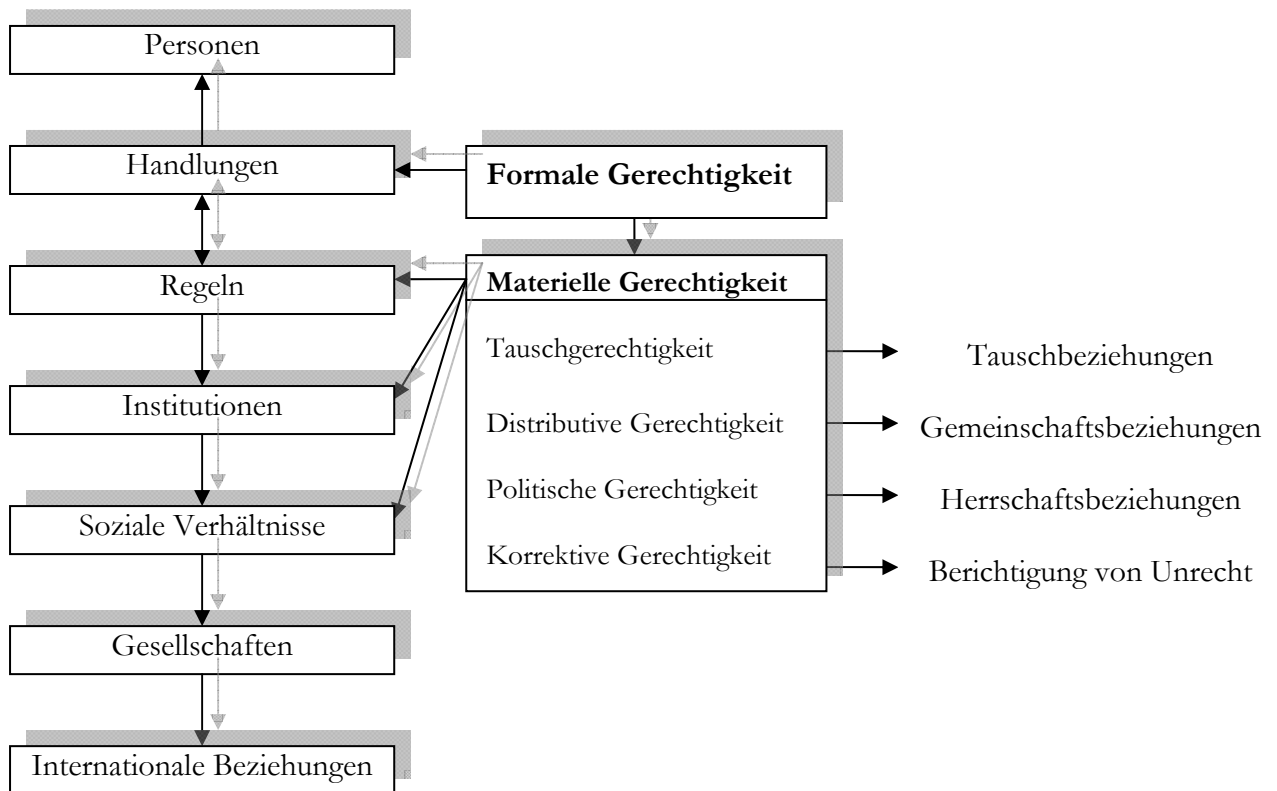


Abb. 7: Die semantische Struktur des Gerechtigkeitsbegriffs



## II.2. Allgemeine Handlungsmaximen der Politik

Der tradierte Politikbegriff der Antike<sup>85</sup> war von Beginn an sowohl normativ, theoretisch, empirisch und praktisch aufgeladen. In der Antike zielte er noch – wie später in den Aristotelischen Theorien aufzuzeigen sein wird – auf eine normativ indizierte, dem Wesen und der Natur des Menschen adäquate, gute und gerechte politische Ordnung.<sup>86</sup>

Im aktuellen (politik-)wissenschaftlichen Diskurs sind nunmehr wiederum einige vehemente Debatten entbrannt, was unter Politik in concreto verstanden werden kann und soll. Diese Diskussionen werden auch deshalb so verbittert und mit Inbrunst geführt, da es mitunter schwierig zu entscheiden ist, „*was unter Politik konkret verstanden werden kann, was im öffentlichen Interesse liegt, was allgemeinverbindlich von wem und wie zu entscheiden ist, denn Gegenstandsbereiche und Reichweite des Politischen sind in besonderem Maße von Raum, Zeit und Kultur abhängig.*“<sup>87</sup>

Ein unverfänglicher Versuch Politik zu formulieren könnte in etwa so lauten: In einem demokratischen Verfassungsstaat stellt die Politik die Gesamtheit aller verfassungsmäßigen, auf die Gestaltung des Gemeinwesens bezogenen, Handlungen der Bürger und ihrer Repräsentanten dar.<sup>88</sup>

Neben der in der Politikwissenschaft omnipräsenten Trias polity (für die Institutionen und Normen), politics (für den Prozess) und policy (für die Inhalte)<sup>89</sup> findet man noch eine Reihe von fragmentierten Unterscheidungskriterien und Klassifikationsmöglichkeiten, die sehr oft auch große Divergenzen aufweisen:<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> Etymologisch leitet sich der heute oftmals unreflektiert verwendete Begriff der Politik vom griechischen Ausdruck *Tà politikà* ab. Er bezeichnete anno dazumal die mit der Polis verbundenen öffentlichen Angelegenheiten, welche alle Bürger (griech. *polites*) betrafen und auch verpflichteten. Was heute im wissenschaftlichen Diskurs unter dem Begriff verstanden wird, hat somit bereits einen antiken Vorläufer: die sog. *politike téchne*, die Kunst der Führung und Verwaltung der öffentlichen Aufgaben im Interesse der Gemeinschaft aller Bürger. Vgl. *Schultze* (2010a), S. 746 – 747.

<sup>86</sup> Dolf Sternberger sieht in seinen drei Wurzeln der Politik, die Grundthesen des Aristotelischen Theorieverständnisses im modernen liberal-demokratischen Verfassungsstaat reflektiert. Vgl. *Sternberger* (1984).

<sup>87</sup> *Schultze* (2010a), S. 746.

<sup>88</sup> Vgl. *Weber-Fas* (2008), S. 219.

<sup>89</sup> Eine genaue Beschreibung mit einer Verbindung zur politischen Systemlehre findet man unter anderem bei *Ucakar/Gschiegl* (2010), S. 27 – 28.

<sup>90</sup> Vgl. *Schultze* (2010a), S. 746.

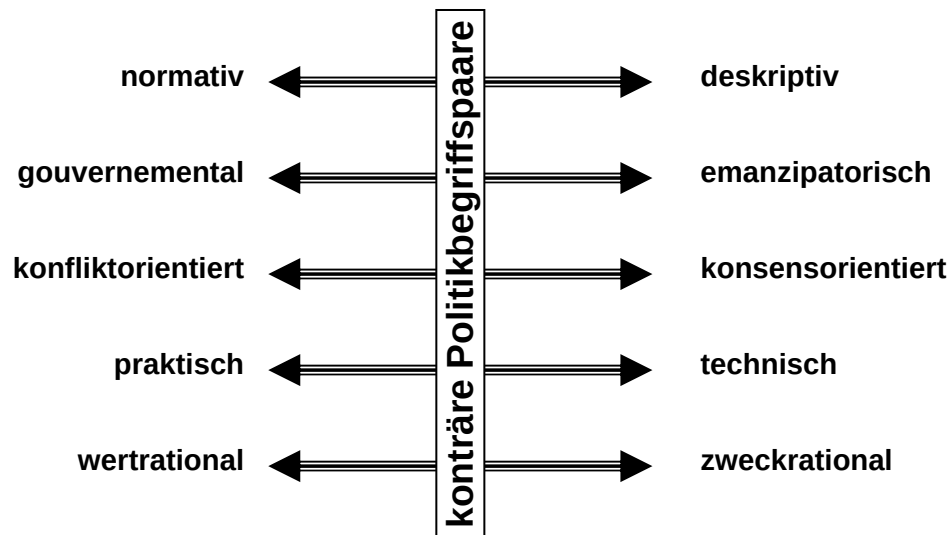


Abb. 8: Konträre Politikbegriffspaare (Auswahl)

Die politische Systemlehre versucht die Gesamtheit aller denkmöglichen Politikbegriffe in ein (politisches) System zu inkorporieren, das wiederum als gesellschaftliches Teilsystem konzipiert ist. Was jedoch alle anderen Systeme vom politischen System unterscheidet, ist die Tatsache, dass in einem politischen System eine obligatorische und verpflichtende – und aus der Perspektive der Gerechtigkeit interessante und relevante – Zuteilung von gesellschaftlich relevanten Gütern und Werten stattfindet. Das politische System erweist sich jedoch dann als schwach, wenn dieser intendierten Allokation von sozialen Gütern und Lasten kein gesellschaftlicher Gehorsam entgegengebracht wird. Deshalb besteht die zweite und vielleicht sogar wichtigere Aufgabe eines politischen Systems darin, die Mehrheit der Gesellschaft von der unabdingbaren Verbindlichkeit dieser Aufteilung zu überzeugen.<sup>91</sup>

Wie anhand der Abb. 8 knapp illustriert werden sollte, ist der Politikbegriff heutzutage von pluralen Wert- und Ordnungsvorstellungen geprägt. Klassische Versuche Politik definieren zu wollen, geraten deshalb in unserem heutigen Verständnis zu kurz. So sah beispielsweise noch Max Weber Politik völlig unabhängig von ihren Zwecken als instrumentales „*Streben nach Machtanteil oder nach Beeinflussung der Machtverteilung*.“<sup>92</sup> Heute ist das Spannungsverhältnis – vielleicht noch mehr als zu Zeiten eines Max Webers – zwischen den durch die Normen intendierten Zwecken der Politik auf der einen und den realpolitischen Durchsetzungsmöglichkeiten und -mitteln der Politik auf der anderen Seite augenscheinlich. Mit Ullrich von Alemann lässt sich Politik heutzutage als ein öffentlich ausgetragener Konflikt von Interesse verstehen, unter den Grundannahmen von Macht und dem Streben nach Konsens. Der Minimalkonsens von Politik muss zumindest jene prozeduralen und inhaltlichen Grundprämissen bzw. den Diskurs darüber – unabhängig von der Größe der politischen Sozietät – sowie eine Garantie der universellen und unveräußerlichen Menschenrechte beinhalten.<sup>93</sup>

Eine weitere fundamentale Begrifflichkeit für eine probate Definition des Politikbegriffs findet sich in jenem der Herrschaft. Im Rahmen von Gerechtigkeitsdiskursen geht es in der politischen

<sup>91</sup> Vgl. Pilz/Ortwein (2008), S. 8.

<sup>92</sup> Weber (1971), S. 505 – 506.

<sup>93</sup> Vgl. von Alemann (1994), S. 300 – 301.

Theorie primär darum, wie sich Herrschaftsverhältnisse einigermaßen gerecht begründen lassen. Eine gerechtigkeitsbezogenen Herrschaftsbegründung muss unabhängig von aktuellen Machtverhältnissen sein und in einer willkürfreien Sphäre stattfinden. Die unmittelbare Herrschaftsbegründung muss vor allem zur Begründung von Gerechtigkeit auch gewollt sein und deren Folgen akzeptiert werden. Allein das bloße Versprechen reicht allerdings noch nicht aus, um diese Herrschaftsverhältnisse langfristig und dauerhaft auch absichern zu können. Es bedarf dazu vielmehr eines mit Sanktionsmechanismen ausgestatteten Rechtssystems. Die Androhung von Sanktionen vermag moralische Erwägungen unter keinen Umständen zu substituieren; sie kann, nein sie muss vielmehr diese um der Gerechtigkeit willen ergänzen.<sup>94</sup>

## II.3. Die Phänomenologie des Rechts

### II.3.1. Ein Versuch einer politikwissenschaftlichen Begriffsklärung

Die Frage nach der Begrifflichkeit des Rechts scheint nahezu ein ebenso schwieriges Unterfangen zu sein, wie der zuvor angestellte Definitionsversuch von Gerechtigkeit. Unter Recht versteht man im Allgemeinen eine kompulatorische Ansammlung von Normen, die aus einem Prozess oder einem Verfahren hervorgegangen sind, das in einer Gesellschaft als autoritativ anerkannt wird und deshalb für sich und die von ihm erzeugten Normen Befolgung durch die Normadressaten reklamiert.<sup>95</sup>

Recht dient jedoch keinem Selbstzweck. Seine Aufgabe besteht primär darin, sich veränderten Lebenssachverhalten und sich permanent wandelnden Gegebenheiten anpassen zu können. Wie später noch genauer in der Verhältnisanalyse von Politik und Recht<sup>96</sup> darzustellen sein wird, soll das Recht Ausgleichstendenzen zwischen existierenden gesellschaftlichen Spannungen und Interessenlagen offerieren und – dies ist vor allem das zentrale Anliegen dieser Dissertation – über kurz oder lang von den Normunterworfenen auch als gerecht erachtet werden.<sup>97</sup>

In der Politikwissenschaft gibt es eine von der Rechtstheorie beeinflusste – grundlegende Differenzierung zwischen Prinzipien und Regeln. Regeln stellen dabei verhaltensanleitende, rechtliche Normen dar, die mit dem Eintreten bestimmter Umstände und Sachverhalte kategorisch bestimmte Rechtsfolgen auslösen.<sup>98,99</sup> Diese Regeln haben zumeist eine „*Alles oder Nichts*“-Qualität, wonach sie in

---

<sup>94</sup> Dieses Verhältnis der reziproken Ergänzung von Moral und Recht wird auch eingehend von Jürgen Habermas in seinem Werk „*Faktizität und Geltung*“ behandelt. Vgl. Habermas (1992), S. 135 – 151.

<sup>95</sup> Vgl. Becker/Zimmerling (2006), S. 19.

<sup>96</sup> Vgl. II.4.2..

<sup>97</sup> Vgl. Benda (2010), S. 884.

<sup>98</sup> So löst das Delikt des Diebstahls in der Regel eine Haft- oder Geldstrafe aus.

<sup>99</sup> Dem englischen Rechtspositivisten Hart folgend, sind Regeln immer auch von sozialer Beschaffenheit, die sowohl aus einer gewissen gelebten gesellschaftlichen Praxis als auch einer positiven Attitüde gegenüber dieser Praxis resultieren. Eine lesenswerte Darstellung Harts darüber findet sich im Kapitel 7 von „*Der Begriff des Rechts*“, in dem Hart das Spannungsfeld zwischen Formalismus und Rechtsskeptizismus paradigmatisch beschreibt. Vgl. Hart (1973), S. 173 – 213. Kritisch dazu Kramer (1988), S. 431.

einem konkreten Fall entweder zur Anwendung gelangen oder eben nicht.<sup>100</sup> Prinzipien<sup>101</sup> hingegen repräsentieren allgemeine Grundsätze, die auch miteinander konfliktieren können. Es ist daher unmöglich ihr relatives Gewicht bereits ex ante zu eruieren, um eine prinzipienbasierte politische oder juristische Entscheidung im Einzelfall fällen zu können. Wenn die Kategorisierung des Rechts in Regeln und Prinzipien innerhalb einer Rechtsordnung aufrecht erhalten wird, so hat dies auch tiefgreifende Auswirkungen auf die Wissenschaft. Während Regeln mittels deskriptiv-empirischen Methoden untersucht werden können, verlangt der Umgang mit Prinzipien normative bzw. wertende Stellungnahmen.<sup>102</sup>

Bei der Frage nach der Definition des Rechts kann darüber hinaus noch eine weitere Differenzierung vorgenommen werden. Auf der einen Seite stehen wiederum regulative Normen, welche bestimmten Normadressaten Handlungen gebieten, verbieten oder erlauben können. Da diese Regeln jedoch auch Rechtsfolgen entfalten können, bedarf es einer weiteren Ausformung von Recht, die von Michael Becker und Ruth Zimmerling konstitutive Normen genannt werden. Zu den wichtigsten konstitutiven Bestimmungen in einem Rechtssystem gehören sicherlich die Ermächtigungsnormen, die einerseits die Autorisierung zur Erzeugung, Veränderung sowie Derogation erteilen und andererseits die Anwendung regulativer Normen im Detail regeln.<sup>103</sup>

In diesem Kontext muss auch auf die gesellschaftspolitischen Funktionen des Rechts hingewiesen werden. Ernst Kausch hat dabei versucht eine Reihe von spezifischen Rechtsfunktionen für und im Sinne der Sozialwissenschaften zu operationalisieren:<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> Dies geschieht mittels der Methodik der Subsumtion und kann sich im Einzelfall als einigermaßen schwierig erweisen.

<sup>101</sup> Darunter können auch Gerechtigkeitsabwägungen fallen.

<sup>102</sup> Vgl. Becker/Zimmerling (2006), S. 11–13.

<sup>103</sup> Die beiden Autoren exemplifizieren diesen Umstand anhand eines anschaulichen Beispiels: Regulative Normen sind „Normen, die die Institution der Ehe einführen, so dass die Handlung ‚heiraten‘ überhaupt erst aufgrund dieser Normen denkbar ist“, während Autorisierungs- bzw. Ermächtigungsnormen jene Normen darstellen „die es der autorisierten Person überhaupt erst ermöglichen, bestimmte Handlungen gültig zu vollziehen, wie etwa die Ernennung einer Person zum Standesbeamten, wodurch sie erst in der Lage ist, eine Ehe rechtsgültig zu schließen.“ Becker/Zimmerling, (2006), S. 20.

<sup>104</sup> Vgl. Kausch (1985), S. 20 – 35.

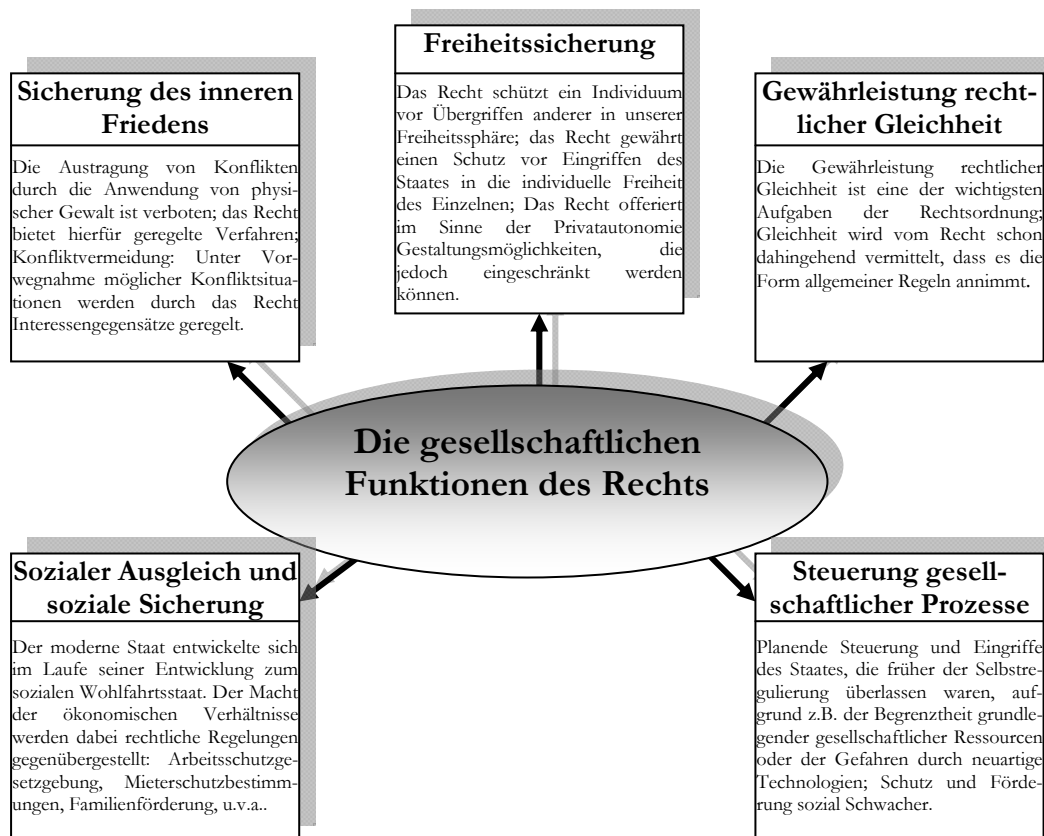


Abb. 9: Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts

### II.3.2. Recht und Legitimation

Heute lässt sich auch aufgrund der registrierbaren immer weiter voranschreitenden Verrechtlichungstendenzen eine zunehmende Verselbständigung des Rechtsbetriebs konstatieren. Recht und das Rechtssystem konnten sich dabei vom politischen genealogischen Ursprungsakt in zunehmendem Maß emanzipieren. Dazu trugen auch die oft kühnen juristischen Interpretationstechniken bei.<sup>105</sup> Gerade deshalb stellt sich zwangsläufig auch die Frage nach der Legitimität des Rechts.

Was – und diese Frage sollte sich eine auf Normimplikation ausgerichtete Theorieströmung selbstkritisch immer wieder selbst vor Augen führen – sind also nunmehr die Ingredienzien von gutem Recht? Recht als zweifellos anerkannte Zwangsordnung bedarf für sein längerfristiges Bestehen neben dem notwendigen Rechtsgehorsam der Normunterworfenen auch der Legitimation. Legitimation meint, dass ganz unabhängig von historisch kontingenten Überzeugungen, die von der Gesellschaft befolgte Rechtsordnung hic et nunc genau so und nicht anders ausgestaltet sein soll. Der durch

<sup>105</sup> Manche Autoren erblicken in der zunehmenden Intensivierung der Regelungsdichte eine veritable Rechtskrise. So schreibt etwa der teleologische Philosoph Paolo Prodi: „In dem Augenblick, da das positive Recht das gesamte soziale Leben normiert, indem es alle Aspekte des menschlichen Lebens durchdringt, die bis in unsere Zeit auf verschiedenen Normierungsebenen angesiedelt waren, verknöchert die Gesellschaft und zerstört sich selbst, weil sie sich jenen frischen Wind nimmt, der für ihr Überleben notwendig ist.“ Prodi (2003), S. 11. Vgl. hierzu auch Hagen (1973), S. 30 – 31.

die Rechtsordnung mediatisierte Zwangscharakter bleibt für ein längeres Zeitintervall nämlich nur dort erhalten, wo der Rechtsgehorsam der Normunterworfenen der Einsicht über die absolute Notwendigkeit der Einhaltung dieser Gesetze folgt.<sup>106</sup>

Juristen verfahren bei der approximativen Definition von Legitimation vollkommen anders. Gesetze und von diesen nach den Methodiken der Deduktion, Subsumtion und Interpretation abgeleitete Rechtsentscheidungen, vermögen immer dann Legitimation für sich zu beanspruchen, wenn diese auf eine höhere Norm bzw. ein Judikat eines oberen Gerichtshofes rückgeführt werden können. Dieser Kausalitäts- und Bedingungszusammenhang ist aber nur ein Axiom von juristischer Legitimation. Daneben gibt es allgemeine Rechtsgrundsätze, die – so sie nicht ausreichend verfassungsrechtlich positiviert worden sind – ebenfalls die legitime Gültigkeit der Rechtsordnung zu untermauern vermögen.<sup>107</sup>

Eine bewusst normative Dimension von Legitimität postuliert auch Jürgen Habermas.<sup>108</sup> So kann von Legitimität aus seiner Sicht immer dann gesprochen werden, wenn basale Prinzipien einer politischen Ordnung, wie beispielweise demokratische Partizipationsrechte oder aber auch durch Gerichte gewährleistete Rechtsstaatlichkeit, garantiert erscheinen, und resultierend daraus der politischen Ordnung, solange die kodifizierten Interessenlagen verallgemeinerungswürdige Interessen zum Ausdruck bringen, Anerkennung entgegengebracht wird.<sup>109</sup>

### II.3.3. Sozialwissenschaftlich relevante Kategorisierungsversuche des Rechts

#### II.3.3.1. Positives Recht versus Naturrecht

Versucht man nunmehr Recht zu kategorisieren, so kann zu allererst das positive Recht vom Naturrecht unterschieden werden. Die Lehre des positiven Rechts sieht dabei zunächst jedes ordnungsgemäß zustande gekommene Gesetz ohne Rücksicht auf dessen Inhalt als verbindlich an.<sup>110</sup> Die Vertreter des Rechtspositivismus und der „*Reinen Rechtslehre*“<sup>111</sup> gehen dabei von einem äußerst formalistischen Rechtsbegriff aus, der keinerlei praktische und ethische Indikationen aufweist. Das positive

---

<sup>106</sup> Vgl. Hofmann (1977), S. 11 – 13.

<sup>107</sup> Man denke hierbei an hehre, immer wieder ventilierte Werte wie Gleichheit, Freiheit und der Eigentumsgarantie, die obzwar sie in vielen Staaten unterschiedliche positivrechtliche Verankerung gefunden haben, dennoch ein ähnliches Regelungssubstrat verfolgen. Vgl. ebd., S. 18.

<sup>108</sup> Vgl. III.6.7..

<sup>109</sup> Vgl. Habermas (1973).

<sup>110</sup> Nahezu hundert Jahre nach der konzeptionellen Entwicklung des Rechtspositivismus versuchte Niklas Luhmann eine systemtheoretisch fundierte Begründung für diese Theorie zu liefern. Nach Luhmann ist das Recht der alleinigen Entscheidung des politischen Teilsystems der Gesellschaft überlassen. Für Luhmann bedeutet der Rechtspositivismus, „daß für beliebige Inhalte legitime Rechtsgeltung gewonnen werden kann, und zwar durch eine Entscheidung, die das Recht in Geltung setzt und ihm seine Geltung auch wieder nehmen kann.“ Luhmann (1971), S. 180.

<sup>111</sup> Als „*rein*“ wird diese Rechtslehre deshalb angesehen, da sie neben dem formalen Recht keine andersartigen Elemente analysiert und zulässt.

Recht gilt im Rechtspositivismus deshalb, weil es vom Gesetzgeber in dem dafür vorgesehenen Verfahren erzeugt wurde und im Rahmen des politischen Systems seine Durchsetzung erfährt.<sup>112</sup>

Die Naturrechtslehre<sup>113</sup> beruft sich hingegen auf sinnvolle und unverzichtbare, alle Menschen als vernünftige Wesen verpflichtende, Ordnungsprinzipien des Rechts. Recht folgt hier den sittlichen Grundsätzen der Gerechtigkeit, die den Menschen allgemein verpflichten und dabei universell und unbedingt in Geltung stehen. Diese angesprochenen Grundsätze folgen dabei einer vorgegebenen vernünftigen Ordnung dieser Welt, einer angeborenen Wesensnatur des Menschen. Diese Ordnungsprinzipien sind dabei der Einflussphäre des menschlichen Handelns generell entzogen;<sup>114</sup> sie werden von den Menschen aufgrund ihrer natürlichen Vernunftbegabung erkannt, eingesehen und aus diesem Grunde auch befolgt.<sup>115</sup>

In einer rechtssoziologischen Perspektive erfährt sowohl das Naturrecht als auch das positive Recht im Rahmen der Gerechtigkeitsdiskurse neue Deutungen. In Abkehr von dem allgemeinen Verständnis von Naturrecht als vernünftiges oder gottgegebenes Recht interpretieren es Teile der Rechtssoziologie um und lassen ihm dabei lediglich seine transzendente Charakteristik. Naturrechtliche Einflüsse offenbaren sich jedenfalls in einer Außenwelt des Rechts. Naturrecht per se leidet aber unter dem veritablen Nachteil, keine praktikablen und substantiellen Gerechtigkeitskriterien parat halten zu können. Durch einen Rekurs auf Normsetzung und Rechtsanwendung schafft es das positive Recht allerdings auch nicht, Gerechtigkeit in einem ursupatorischen Akt selbst zu generieren. Die Suche nach Gerechtigkeit beginnt somit jedenfalls außerhalb des Rechts, kann jedoch keinesfalls direkt von göttlichen, natürlichen oder vernunftorientierten Normen in anwendbarer Weise abgeleitet werden. Diese Konkretisierung kann nur mühsam mithilfe der Positivierung innerhalb des Rechts erarbeitet werden. Gerechtigkeit wirkt daher rechtsintern als subversive Kraft, da es die tradierten konventionellen Akte permanent in Frage stellt. Gerechtigkeit stellt externe revisionistische Anforderungen an das Recht, ob nicht im konkreten Fall differenzierter entschieden hätte werden müssen. Gerechtigkeit wird somit für das Recht zu einem revoltierenden, nach Veränderung trachtenden, Unruheherd. Es protestiert somit gegen die natürlichen Tendenzen des Rechts sowie seine spezifischen Prämissen wie Präjudizienwirkung, Rechtssicherheit, Rechtsstabilität und Tradition.<sup>116</sup>

In dieser Kontroverse zwischen Rechtspositivisten und jenen die im Recht gewisse existenzbedingende Komponente verwirklicht sehen wollen, konzipierte Niklas Luhmann seine soziologische

---

<sup>112</sup> Das natürlich in autoritären Systemen die Lehre des positiven Rechts zur Legitimation der Rechtssetzung herangezogen wurde, offenbart dessen offensichtliche Schwächen. Deshalb treten nahezu sämtliche Vertreter der „*Reinen Rechtslehre*“ für eine relativistische Sichtweise ein. Die dabei wohl berühmtesten sind die im III. Teil noch zu behandelnden Gustav Radbruch und H.L.A. Hart.

<sup>113</sup> Die Naturrechtslehre sollte später auch die Ideenlehre Platons, die Vernunftlehre Kants sowie die von Hegel dargestellte dialektische Geschichtsentwicklung beeinflussen. Vgl. *Schwintowski* (2005), S. 37 – 38.

<sup>114</sup> Dies gilt – und hier offenbart sich eben ein enormes Konfliktpotential – auch für die Setzung des positiven Rechts.

<sup>115</sup> Der Begriff Natur leitet sich sprachgeschichtlich vom lateinischen Ausdruck *natura* ab, der wiederum auf das griechische Wort *physis* zurückgeht. Ältere Deutungen interpretieren dabei *natura* bzw. *physis* negativ und in Abgrenzung zu *nomos*, der aktiven Setzung von Recht. Vgl. *Lauf* (2008), S. 54 – 55.

<sup>116</sup> Vgl. *Teubner* (2008), S. 20 – 21.

Theorie über die Positivität des Rechts. Auch bei Luhmann, ein deklarerter Anhänger der Theorie des positiven Rechts, können rechtliche Regelungen jeglichen beliebigen Inhalt umfassen, solange die Geltung und Wirksamkeit auf die getroffenen Entscheidungen der zuständigen politischen Instanzen beruhen, die ihrerseits jederzeit die Möglichkeit haben, diese wieder abzuändern oder überhaupt gänzlich aufheben zu können. In einer höchst ausdifferenzierten und segmentierten Gesellschaft können die Verbindlichkeit und die durch das Recht tradierten Verpflichtungen nicht länger auf naturrechtlichen oder natürlichen Begründungen basieren, da die Vorstellung einer ewigen unabänderlichen Geltungsgrundlage des Rechts nicht den aktuellen gesellschaftlichen Bedürfnissen nach kontinuierlich-flexiblen Anpassungen des Rechts an soziale Verhältnisse entspricht. Luhmann verleiht daher dem positiven Recht das Prädikat der „strukturellen Variabilität“. Innerhalb der autopoietischen Systeme wird dem Recht die Aufgabe zugedacht, eine strukturierte und stabilisierende Wirkung zu entfalten und sich gegenüber gewissen Umweltänderungen als anpassungsfähig zu erweisen. Natürlich birgt das positive Recht die immanente Gefahr einer permanenten Abänderungsmöglichkeit in sich. Die Lösung dieses scheinbaren Problems liegt in der Erfindung von unterschiedlichen Rangstufen des Rechts. Höherrangiges Recht enthält regelmäßig subjektive (Freiheits-)Rechte als auch für wichtig erachtete rechtsstaatliche Ordnungsprinzipien. Höherrangiges Recht zeichnet sich weiters dadurch aus, das es nur unter erschwerten Bedingungen abgeändert bzw. modifiziert werden kann. Ein zusätzliches Stabilisierungselement erfährt das Recht auch dahingehend, da es seine eigenen Abänderungsvoraussetzungen im Rahmen von Verfahrensrechten (Wahlen, Gesetzgebung, Verfassungsgerichtsbarkeit) selbst normiert. Die Bedeutung dieser Verfahren erschöpft sich nicht darin, inhaltliche Entscheidungen zustande zu bringen; sie sollen diese auch legitimieren. Recht ist demnach zu definieren als „*Struktur eines sozialen Systems, daß auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht.*“<sup>117</sup>

### II.3.3.2. Weitere relevante sozialwissenschaftliche Definitionen von Recht nach Ehrlich, Weber und Marx

Eine weitere soziologisch-politisch interessante Kategorisierung des Rechts stammt vom deutschen Soziologen Eugen Ehrlich. Er unterteilt das Recht in gesellschaftliches Recht, das Juristenrecht und staatliches Recht. Nach Ehrlich lässt sich die gesamte Gesellschaft nicht als homogene Masse abstrahieren, sondern sich nur in verschiedenen, unterscheidbaren Verbänden segmentieren.<sup>118</sup> Diese Verbände funktionieren innerhalb ihrer inneren Strukturen nach Normen, welche einzelnen Verbandsmitglieder gezielte Handlungsanweisungen vorgeben. Die Verbände generieren die sie verpflich-

---

<sup>117</sup> Luhmann (1972), S. 105. Luhmann sieht die Aufgabe des Rechts in sozialen Systemen als generalisierte Verhaltenserwartungen. Recht soll dabei in zeitlicher Hinsicht für eine längere Periode für sich Geltung beanspruchen können, sachlich in einer abstrakten Weise formuliert sein, und im Konsens aller oder zumindest der wichtigsten Protagonisten sein. Vgl. ebd., S. 207 – 293 sowie genauer zu dieser Thematik III.6.9..

<sup>118</sup> Dies erinnert an die spätere Systemlehre von Niklas Luhmann.



tenden Regeln und Normen zum überwiegenden Teil autonom. Zur Durchsetzung des gesellschaftlichen Rechts, das im Bewusstsein ihrer Mitglieder auch kraft Tradition und lang andauernder gesellschaftlicher Übung verankert ist, bedarf es in den wenigsten Fällen staatlicher Zwangs- und Strafverfolgungsnormen. Innerhalb der internen Verbandsstruktur entsteht durch die lang andauernde Übung eine gewisse Art von sozialem Druck, der regelmäßig stärker und effizienter auf die Mitglieder einwirkt, als dies sämtliche staatliche Zwangsmaßnahmen zustande bringen würden.<sup>119</sup> Neben diesen Organisationsnormen des gesellschaftlichen Rechts, die für Ehrlich den wichtigsten Teil der Rechtsordnung überhaupt darstellen, gibt es das Juristenrecht. Dieses besteht aus Entscheidungsnormen, die immer dann herangezogen werden müssen, wenn das interne Verbandsrecht nicht ausreicht, um auftretende Interessengegensätze zwischen den einzelnen Verbandsmitgliedern zu befrieden. Dabei ist es im Aufgabengebiet von Gerichten und anderer Schiedsstellen gelegen, diese Kontroversen befriedigend zu bereinigen. Als materielle Entscheidungsgrundlage für diese Prozesse dient dabei weniger die Organisationsnormen der Verbände, als eben das Juristenrecht, welches zwar das Leben in den Verbänden nicht selbst schöpferisch gestalten kann, dagegen dieses vielmehr als ultima ratio schützend ergänzt.<sup>120</sup> Die letzte Kategorie der Ehrlich'schen Rechtstrias ist schließlich das staatliche Recht. Zum staatlichen Recht zählt Ehrlich all jene Normen, die nur und exklusiv vom Staat erzeugt werden können. Staatliches Recht geht dabei keineswegs kongruent mit dem bloßen Gesetzesrecht, da der Staat – und dies intensiviert er zum jetzigen Zeitpunkt in dynamischer Weise – häufig auch gesellschaftliches Recht und vor allem das Juristenrecht in Form verbindlicher Rechtsnormen festlegt. Innerhalb des staatlichen Rechts wird wiederum differenziert zwischen Organisations-, Entscheidungs- und Eingriffsnormen. Unter letzteren subsumiert Ehrlich auch die für einen Wohlfahrtsstaat wichtigen Gestaltungsnormen. Wiewohl der Staat zwar im Laufe seiner Geschichte immer eine wichtigere Rolle bekleidet hat, so vermeint Ehrlich aber, dass seine Bedeutung über kurz oder lang wieder zurückgehen werde, sobald der evidente Gegensatz zwischen Staat und Gesellschaft überwunden wird und eine neue homogenere Gesellschaft entsteht, die das staatliche Recht weitgehend obsolet werden lässt.<sup>121</sup>

Max Weber analysiert das Recht hingegen in seiner gewohnt nüchternen Art und Weise, als eine – neben der Konvention – möglichen Erscheinungsform einer äußerlich garantierten Ordnung. Der markanteste Unterschied zu dem weiter oben beschriebenen Rechtsbegriff, beispielsweise eines

---

<sup>119</sup> Zur besseren Illustrierung gibt Ehrlich plastische Anschauungsbeispiele. So erfüllen etwa Angestellte, Beamten, Soldaten u.s.w. ihre beruflichen Pflichten nicht nur, weil sie die repressiven staatlichen Zwangsvollstreckungsnormen fürchten würden. Viel wichtiger erscheint es diesen innerhalb des Verbandes ihr Ansehen und ihre Stellung nicht einzubüßen, da sie für ihren zukünftigen Aufstieg innerhalb der Organisationsstrukturen auf ihre Reputation angewiesen sind.

<sup>120</sup> Beispiele für solche Entscheidungsnormen des Juristenrechts sind u.a. das Schadenersatz- oder Prozessrecht, die erst im Rahmen eines Rechtsstreites relevant bzw. schlagend werden.

<sup>121</sup> Vgl. *Ehrlich* (1967), S. 37 – 66.

Eugen Ehrlichs, liegt darin, dass bei Weber Recht in letzter Konsequenz mittels Zwangsgewalt auch durchgesetzt werden kann. So beschreibt demnach Weber das Wesen einer Ordnung als,<sup>122</sup>

a) Konvention: wenn ihre Geltung äußerlich durch die Chance garantiert ist, bei Abweichung innerhalb eines absteckbaren Menschenkreises auf eine (relativ) allgemeine und praktisch fühlbare Missbilligung zu stoßen; bzw.

b) Recht: wenn sie äußerlich garantiert ist, durch die Chance des physischen oder psychischen Zwanges, durch ein auf Erzwingung, der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines eigens darauf eingestellten Stabes von Menschen.

Demgegenüber vertrat Karl Marx eine skeptischere Einschätzung über die Funktionsweise des Rechts. Für Marx geriert sich das Recht als ein Herrschaftsinstrumentarium der jeweils herrschenden Klasse; die Rechtsordnung sei nichts anderes als eine Projektion der vorhandenen Herrschafts- und Klassenstrukturen. Diesen Marx'schen Thesen kann aus heutiger Sicht nicht ohne Einschränkungen zugestimmt werden. In seiner absolutistischen und ideellen Sicht auf die Klasseneinteilung der Gesellschaft negiert Marx nämlich die wichtigen weiteren aussagekräftigen Funktionen des Rechts. Eine zentrale Aufgabe des Rechts bestand – auch schon zu Lebzeiten von Karl Marx – in der Beschränkung von staatlich ausgeübter Macht zum Schutz von individueller Freiheit.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Vgl. *Weber* (1959), S. 17.

<sup>123</sup> In der europäischen Rechtsgeschichte lässt sich dieser Umstand anhand der emanzipatorischen Ausbildung der Menschenrechte und den relativ früh einsetzenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen veranschaulichen. Ein Rechtsbegriff der dies ausblendet, verkürzt die soziale Realität und vermindert selbst seine Aussagekraft. Vgl. *Raiser* (1985), S. 56 – 57.

## II.4. Interbegriffliche Relationen der Begriffstrias Recht – Politik – Gerechtigkeit

### II.4.1. Recht und Gerechtigkeit – Voraussetzung oder Widerspruch?

Gerechtigkeit gilt in seiner allgemeinen Lesart als die zentrale Leitprämisse für die Konzeptionierung von Recht und Gesetz schlechthin. Wer sich in seinem Tun, seinem Handeln, seinen Denkweisen auf die von Niklas Luhmann solcherart titulierte „*Norm der Normen*“<sup>124</sup> berufen kann, der darf sogar das positive Recht selbst mit kritischen Worten zerpfücken und für sich Richtig- und Rechtmäßigkeit seines Handelns reklamieren. Mit sukzessivem Bedeutungsverlust sozialer Utopien, staatstragender Ideologien sowie visionärer Leitbilder blieb zu guter Letzt die Gerechtigkeit einer der wenigen konstanten legislativen Parameter.<sup>125</sup>

Folgt man dieser Argumentationslogik, erkennt man eine weitere, noch wichtigere Aufgabe der Gerechtigkeit: Sie legitimiert letztendlich das Recht und somit indirekt auch den Staat selbst. Geht man bei der dialektischen Betrachtung von Recht und Gerechtigkeit<sup>126</sup> zu den Anfängen der Rechtssetzung zurück, so lässt sich dabei konstatieren, dass die Gerechtigkeit ebenso alt ist wie das Recht selbst. Die Gerechtigkeit setzt dabei Schranken, indem sie die Gesellschaft vor rechtskonformen, jedoch den Prämissen der Gerechtigkeit widerstrebenden staatlichem Handeln bewahren möchte.<sup>127</sup>

Kann Recht aber jemals dem hohen Anforderungsprofil der Gerechtigkeit vollständig genüge leisten? Selbst wenn man im demokratischen Verfassungsstaat bei der Beantwortung dieser Frage intuitiv zu einer bejahenden Antwort tendieren würde<sup>128</sup>, so folgt daraus zwangsläufig die nächste, freilich erheblich schwieriger zu beantwortende Frage nach dem konkreten Aussehen von rechtem Recht. Man muss demzufolge dem Recht die Chance und den Gehalt einer gewissen Moralität zugestehen, um Debatten über die Bedeutung von rechtem Recht ernsthaft in Angriff nehmen zu können.<sup>129</sup> Gerechtigkeit als Teilmenge der Moral verhält sich analog wie das Rechtssystem als Teilmenge der Gesellschaft. Sie sind über weite Strecken deckungsgleich, aber dennoch nicht vollkommen identisch. Diese dann in weiterer Folge noch eingehender zu definierende Moralität des Rechts wird in der rechtstheoretischen Tradition auch häufig mit „*praktischer Vernunft*“ umschrieben.<sup>130</sup> Diese bedeutet

---

<sup>124</sup> Luhmann (1974), S. 21

<sup>125</sup> Vgl. Wolf (1994), S. 163.

<sup>126</sup> Vgl. II.4.2..

<sup>127</sup> Vgl. Holzleithner (2009), S. 86.

<sup>128</sup> Wenn man demnach einer klaren Bejahung dieser Frage zuneigt, so lehnt man damit im selben Atemzug die rechtspositivistische Trennungsthese kategorisch ab.

<sup>129</sup> Manche Autoren sprechen in diesem Zusammenhang von einem analytischen Gerechtigkeitsgehalt. Vgl. Tschentscher (1999), S. 27.

<sup>130</sup> So etwa bei Kant (2003) oder Bourdieu (1999), um nur die zwei wohl bekanntesten Vertreter der praktischen Vernunftlehre zu benennen.

nichts anderes als ein fundiertes Antworten auf solche Fragen, die auf die Richtigkeit von Handlungsimplikationen abzielen.<sup>131</sup>

Räsoniert man also über das spannungsgeladene Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit, so kann auch auf eine wichtige sprachwissenschaftliche Differenzierung hingewiesen werden. Moralische Forderungen, die zwischenmenschliche Rechte und Pflichten begründen sollen, lassen sich idealtypisch in zwei größere Begriffsgruppen untergliedern. Zum einen in die Gruppe des Rechts, das mit den Attributen „*recht*“, „*unrecht*“, „*das Rechte*“ oder „*das Unrechte*“ assoziiert wird und zum anderen in die Gruppe der Gerechtigkeit, die eng mit den Beifügungen „*gerecht*“, „*ungerecht*“, „*Gerechtigkeit*“ oder „*Ungerechtigkeit*“ konnotiert ist. Fragt man nunmehr nach einer Rangordnung zwischen den beiden Gruppen, so lässt sich erkennen, dass der Begriff des Rechts – qua seiner allgemein gehaltenen Natur – als Oberbegrifflichkeit fungiert, währenddessen Gerechtigkeit als ein spezieller Unterbegriff gedeutet werden kann. So kann ein Sachverhalt, der als gerecht erachtet wird, auch in gleichem Atemzug recht genannt werden.<sup>132</sup>

Abgesehen also von rechtspositivistischen Extrempositionen, die einen begriffsnotwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Moral strikt negieren, postulieren alle anderen normativen Gerechtigkeitstheorien zumindest einen moralischen Grundgehalt des Rechts. Ohne ein Anzeichen von Moral entbehrt nämlich das Recht gänzlich seiner Natur.<sup>133</sup> Bejaht man sohin einen Mindestgehalt von Moral als integralen Bestandteil der Gesetze, so legt dieser Umstand auch notwendigerweise Handlungsimplikationen für den Gesetzgeber nahe. Gerechtkeitsvorstellungen in das positive Recht zu implementieren erweist sich dabei keineswegs als unproblematisch, da rasch die Grenzen der Kodifikationsmethodik erreicht sein können.<sup>134</sup> Dennoch lassen sich auch im Rahmen des positiven Rechts durchaus Elemente kodifizierter Gerechtigkeit erkennen. Hervorgehoben kann an dieser Stelle der im weiteren Verlauf dieser Dissertation noch genauer darzustellende und eingehender zu erörternde Gleichheitssatz werden<sup>135</sup>, dem zumindest ein immanenter Grundgehalt von Gerechtigkeit keineswegs fremd erscheint. Solcherart Erwägungen lassen sich aber auch in anderen Grundrechten mit Prinzipiencharakter und sogar in einfachen Gesetzesmaterien finden. Blickt man auf die ereignis-

---

<sup>131</sup> Robert Alexy bezeichnet daher den Anspruch auf Gerechtigkeit im Recht als einen Sonderfall des Anspruchs auf Richtigkeit. Vgl. *Alexy* (1978), S. 242. Vgl. dazu genauer III.5.5.5..

<sup>132</sup> Peter Koller illustriert dieses Verhältnis zwischen Recht und Gerechtigkeit anhand eines anschaulichen Beispiels. Diskriminiert ein Lehrer demnach grundlos seine Schüler, so ist dies vor allem ungerecht, in seltenen Fällen auch unrecht. Dagegen lässt sich schwerlich behaupten, Mord sei eine bloße Ungerechtigkeit, obwohl er prima vista ein massives Unrecht darstellt. Vgl. *Koller* (2001), S. 23.

<sup>133</sup> So schreibt etwa schon Leibniz (vgl. *Buchenau* (1996), S. 662 – 671) in seinem vorauflärerischen Verständnis von Gerechtigkeit, dass das Recht per se niemals ungerecht sein könne, sondern nur Gesetze. Auch der berühmte österreichische Staatsrechtsprofessor Georg Jellinek schlägt in dieselbe Kerbe: „*Das Recht ist nichts anderes, als das ethische Minimum. Objektiv sind es die Erhaltungsbedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzminimum ethischer Normen, subjektiv ist es das Minimum sittlicher Lebensbetätigung und Gesinnung, welches von den Gesellschaftsgliedern gefordert wird.*“ *Jellinek* (1908), S. 45.

<sup>134</sup> Nicht umsonst weist Gunter Wesener darauf hin, dass erst die nach Ausgleich strebende Einzelfallgerechtigkeit, den Richter zum zentralen Akteur bei der Suche nach Billig- und Gerechtigkeit werden lässt. Ihm obliegt es nun mal durch die normkonkretisierende Rechtsanwendung und -interpretation die kodifizierten materiellen und prozeduralen Gerechtigkeitsvorstellungen zum Leben zu erwecken. Vgl. *Wesener* (1996), S. 105.

<sup>135</sup> Vgl. IV.1.4..

reiche Zeit der allgemeinen Kodifikationsgeschichte zurück, so legt man nicht selten deren gerechtigkeitsindizierten, naturrechtlichen Wesensgehalt offen.<sup>136</sup>

Rechnormen sind also allgemein und abstrakt gesprochen, Antworten auf bestimmte gesellschaftliche Frage- bzw. Problemstellungen, die möglichst zweckmäßigen und sinnvollen Lösungen zugeführt werden sollen. Rechtsnormen weisen – zumindest ihrer idealen Bestimmung nach – die Tendenz zur Realisierung spezifischer Rechtswerte, unter anderem auch jenem der Gerechtigkeit, auf. Gerechtigkeitsfragen im Rahmen der Rechtsordnung tangieren auch den Ausgleich von Interessenlagen, was Gerechtigkeit – wie bereits weiter oben erwähnt – zu einer Frage und Aufgabe der Rechtserzeugung werden lässt. Im Falle der Ausgestaltung von Normen kann es dabei zu einem evidenten Zielkonflikt zwischen Gerechtigkeit und anderen wünschenswerten und verfolgungswürdigen Idealen kommen. Wäre demnach in einem Strafverfahren die effektive Verfolgung von Straftaten die einzige Zieldeterminante, so müsste dabei jedes nur erdenkliche Ziel recht sein, um zu einer Überführung des Täters zu gelangen. In Extremfällen könnte man sogar vermeinen, dass man zum Zwecke generalpräventiver Vorkehrungen sogar Unschuldige bestrafen oder foltern dürfe, um nur andere von der Begehung von Straftaten abhalten zu können. Gerechtigkeit korrigiert diesbezüglich allzu überzogene Interessen, indem sie eine Zulässigkeitseinschränkung der Beweismittel vorgibt und einen expliziten Schuldbeweis seitens der Anklagebehörden verlangt; im Zweifel ist für den Angeklagten zu entscheiden.<sup>137</sup>

Wird ein Rechtsanwender dazu genötigt, in einem gerechten bzw. einem ungerechten Sinne entscheiden zu müssen, bedürfte er – wenn er dies mit einer zur Gebote stehenden Ernsthaftigkeit betreiben wollte – einer soliden und fundierten Vorbereitung. Dem Rechtsanwender müssen alle relevanten alternativen Entscheidungsnormen sowie auch die in diesem Kontext wichtigen Leitjudikate bekannt sein. Denn der Rechtsanwender wird dazu angehalten, eine Entscheidung zu treffen, die seiner Ansicht nach dem hehren Ideal der Gerechtigkeit am ehesten dient und entspricht. Es soll dabei jene Norm gewählt werden, die das höchste Sozialnutzenniveau, das aus sämtlichen Einzelnutzenniveaus aggregiert wird, aufweist. Das verlangt zum einen eine höchst mögliche Expertise in dem zur Entscheidung befindlichen Bereich, sowohl was die theoretisch-rechtlichen Grundlagen als auch die empirischen Erfahrungswerte anbelangt.<sup>138</sup>

Gerechtigkeit im Rahmen von Rechtsordnungen sieht sich somit einem offensichtlichen, nicht zu verleugnenden Gefahrenpotential konfrontiert. Gerechtigkeit wird allseits behauptet und verstrickt sich dabei aber selbst in einem intransparenten, diffuses Dickicht zwischen Gerichtsverfahren, gesetzgeberischer Tätigkeit und privatrechtlichen Verträgen. Durch seine zu meist unproduktive

---

<sup>136</sup> Vgl. *Wesener* (1996), S. 81 – 84.

<sup>137</sup> Vgl. *Kausch* (1985), S. 19.

<sup>138</sup> Vgl. *Rüssmann* (2004), S. 99. Die rechtstheoretische Implementierungsforschung skizziert jedoch ein eindeutiges Bildnis dieser Realität. Die immanente Wirksamkeit des Rechts hängt nämlich nicht so sehr von der profanen Rechtsapplikation, als vielmehr von den formellen und informellen Vorbereitungshandlungen im Vorfeld der Normanwendung ab. Vgl. allgemein zu dieser Problematik *Treiber* (1983).

Selbstreferentialität und Selbstreflexivität läuft das Recht damit Gefahr, sich sukzessive von seinen sozialen Umwelten zu entfernen und selbst zu Ort und Quelle tiefgreifender Ungerechtigkeiten zu mutieren. Gerade die kommunitaristische Kritik nimmt sich dieses Problems an und fordert durch ihre Proponenten eine radikale Veränderung, um die verkrusteten Strukturen des positiven Rechts aufzubrechen. Sie fordern mit aller Vehemenz, dass zunehmend formalistisch gewordene Recht wiederum innerhalb der Gesellschaft zu reintegrieren und neue alternative Zugangsweisen von rechtlichen Prozessen und Kriterien einer gemeinschaftlich verstandenen Gerechtigkeit zu etablieren.<sup>139</sup>

Die Gerechtigkeit ist dabei nur eine Zieldeterminante einer strukturellen Koppelung des Rechts, jedoch längst nicht die einzig relevante. Daneben kann das Recht noch für einen Transfer von Wissen, zur Steuerung gesellschaftlicher und ökonomischer Prozesse sowie der notwendigen Vermehrung politischer Partizipationsmöglichkeiten dienen. Diese Koppelungs- und Steuerungsoptionen sind in ihrer Bedeutung dem hohen Ideal der Gerechtigkeit oftmals übergeordnet.<sup>140</sup>

Selbst wenn man also im Recht ein probates Instrumentarium und Mittel zur Erzielung von Gerechtigkeit erkennt, so muss man dem Recht auch zugestehen, dass es nicht als alleiniges Allheilmittel zur Erzielung gesellschaftlicher Gerechtigkeit fungieren kann, da es auch anderwärtige Macht- und Einflusstömungen gibt, die eine durch das Recht intendierte Gerechtigkeit noch perpetuieren können. So leidet etwa das System des Rechts daran, dass am Ende des Tages eine Entscheidung getroffen werden muss. Ein Rechtskonflikt kann – abgesehen von Vergleichsgesprächen – nicht ewig in einem Zustand unsicheren Schwebens verharren. Eine Partei hat im überwiegendem Ausmaße Recht zu bekommen; und die andere notgedrungen eben nicht. Gerechte, weil für beide Seiten akzeptable, Lösungen vermag ein Richterspruch nur in den seltensten Ausnahmefällen zu bewirken. Im Rechtsstaat müssen allerdings die getroffenen, auf das Recht basierten, Entscheidungen stets von einer umfangreichen Begründung ummantelt sein. Das bedeutet, dass das rechtssprechende Organ sich bei der Suche nach Gerechtigkeit stets innerhalb der Rahmenbedingungen der Rechtsordnung zu bewegen und etwaige außerrechtliche, alternative Begründungslogiken hintanzuhalten hat. Darüber hinaus ist die durch die Technik der Subsumtion vorgenommene Reduktion der komplexen Fallsituation unter eine viel zu generell formulierte Norm weitgehend unbefriedigend und bildet nicht die beste Voraussetzung dafür, allumfassende Gerechtigkeit in letzter Konsequenz auch zu generieren. Der hehren Anforderung nach Gerechtigkeit wird daher trotz der hochkomplizierten und hochkomplexen Ausdifferenzierung des Rechts somit nur in den seltensten Fällen auch entsprochen werden können.<sup>141</sup>

Robert Alexy bereichert den Diskurs zum Verhältnis von Politik und Recht um einen weiteren Aspekt, der anderenorts geflissentlich vernachlässigt wird. Gerechtes Recht erhebt neben allen sonsti-

---

<sup>139</sup> Dem kommunitaristischen Desiderat, nämlich der Einbindung primärer Operationen des Rechts in ein soziales Umfeld, mochten die modernen, zunehmend verdichteten Rechtsordnungen nicht zu folgen. Vgl. *Teubner* (2008), S. 18.

<sup>140</sup> Vgl. *Wolf* (1994), S. 164.

<sup>141</sup> Ausführlich und noch differenzierter zu diesem Gedankengang, vgl. *Folkers* (2000), S. 78.

gen Anforderungen auch den ultimativen Anspruch auf Richtigkeit. Der entscheidende Vorteil seines Richtigkeitskonzeptes liegt darin, dass ihm auch diejenigen, die eine moralische Tangente des Rechts strikt ablehnen oder zumindest stark relativieren, folgen können. Richtigkeit kann das Recht – im Gegensatz zum Ideal der Gerechtigkeit – schon dann für sich reklamieren, wenn die Behauptung der Richtigkeit des Rechts durch die Erwartungshaltung der gesellschaftlichen Anerkennung reflektiert wird. Inhaltlich ist diesbezüglich nichts Näheres determiniert. Nichtsdestotrotz vermag die Richtigkeit einen Brückenschlag zwischen Recht und Gerechtigkeit zu bieten, da es beide notwendigerweise aneinanderknüpft. Die Richtigkeit wird zum Etappenziel bei der Begründung von Gerechtigkeit im Rahmen des Rechts.<sup>142</sup>

Auch Otfried Höffe trägt einen interessanten Aspekt zur Debatte rund um Recht und Gerechtigkeit bei. Ein ganz strikter Gesetzesmoralismus, der Gerechtigkeit von allen Normen einfordert, zielt sicherlich über das angestrebte Ziel hinaus. Viel eher sollte in den Rechtsordnungen eine grundlegende Konzession über einen Rechtsmoralismus existieren, der Gerechtigkeit im Bezug zur gesamten Rechtsordnung setzt und dabei auch einzelne partikulare Ungerechtigkeiten zulässt, ohne den Rechtsstaaten sogleich ihre Staatsqualität aberkennen zu wollen.<sup>143</sup>

Eine der zentralen Aufgaben in der Alltagspraxis der Juristerei besteht abschließend ohne Zweifel darin, der abstrakten Begrifflichkeit der Gerechtigkeit im Dunstkreis der Rechtsdogmatik zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>144</sup> Klaus Tipke weist dabei auf die zentrale Gefahr des inflationären Gebrauchs von Gerechtigkeit in Bezug auf das Recht hin: *„Da der Wertungsbegriff der Gerechtigkeit der fundamentalste und abstrakteste Begriff des Rechts ist, lädt er besonders dazu ein, mit rhetorischem Blendwerk oder leeren Phrasen ausgefüllt zu werden oder mit Formeln, die kaum mehr bieten, als der Gerechtigkeitsbegriff selbst.“*<sup>145</sup>

Das von der Gerechtigkeit beeinflusste Gesetzesrecht darf dabei die Messlatte und den Indikator nicht selbst konterkarieren.

## II.4.2. Politik und Recht – siamesische Zwillinge oder janusköpfige Dialektik

Die politikwissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Phänomen des Rechts war von Beginn an damit beschäftigt, die von den Rechtswissenschaft über mehrere Jahrhunderte herausdestillierten Begrifflichkeiten, wie Staat, Souveränität, Politik, Gesetzgebung, Legitimität und Legitimation

---

<sup>142</sup> Vgl. Alexy (1998), S. 205 – 208.

<sup>143</sup> Vgl. Höffe (1997), S. 264.

<sup>144</sup> Wenn Juristen fast apologetisch von der Rechtsdogmatik berichten, so meinen sie damit die Summe aller Lehrsätze in Bezug auf eine Rechtsordnung. Die Rechtsdogmatik miment dabei den hohen Altar des positiven Rechts, denn sie ist die gelebte Rechtspraxis und wird daher auch als *„Kerndisziplin der Rechtswissenschaft“* bezeichnet. Wenn die Gerechtigkeit sich anschickt, in dieses per se geschlossene und geschützte System der Rechtsdogmatik vorzudringen, so wird ihr das zumeist nur relativ schwer gelingen. Dennoch schafft es diesen „Entry“ in das Recht über den Umweg der international verbürgten Grund- und Menschenrechte, die auf allen Ebenen des positiven Rechts ihren Niederschlag finden. Sie werden dabei zu Handlungsimplicationen der staatlichen Rechtssetzung und Rechtsanwendung, sowohl in formeller, als auch in materieller Hinsicht.

<sup>145</sup> Tipke (2000), S. 13.

für die Politikwissenschaft neu zu definieren und kontextualisieren. Während systemimmanent und historisch bedingt von Seiten der Rechtswissenschaft stets eine Analyse, Systematisierung, Dogmatisierung und notwendige Weiterentwicklung des Rechts fokussiert wurde, sieht das Gros der Politikwissenschaft für sich selbst die Aufgabe, die sozialen, organisatorischen und individuellen Bedingungen von Rechtsnormen im Allgemeinen zu untersuchen.<sup>146</sup>

Für das heutige Politik- und Rechtsverständnis scheint es aber ganz und gar selbstverständlich, dass sowohl Politik als auch das Recht in einer interdependenten Wechselbeziehung zueinander stehen. Zwischen Politik und Recht existiert nicht nur eine Wechselbeziehung, sondern auch ein evidentes Spannungsverhältnis, das in einem demokratischen Rechtsstaat nach Ausgleichstendenzen sucht und diese auch gefunden hat. Politik ist dabei durch die das Recht vorskizzierten Handlungsspielräume determiniert. Politik auf der anderen Seite erzeugt jedoch auch das Recht.<sup>147</sup> Für eine genaue Analyse des Verhältnisses von Politik und Recht müssen daher zunächst einmal die realen Machtverhältnisse in einem Staat dargetan werden. Solange der Ausübung staatlicher Herrschaft keinerlei Schranken gesetzt sind, kann auch kein Konflikt zwischen Politik und Recht entstehen, da das Recht in autoritären Systemen der Politik ja zwingend untergeordnet und immer vom Willen der Herrschenden abhängig ist. Vor dem Stadium der zunehmenden Verrechtlichung gesellschaftlicher Prozesse war es die natürliche bzw. die naturrechtliche Ordnung, welche der Politik Schranken setzte.<sup>148,149</sup>

Im demokratischen Verfassungsstaat erfährt die Politik wie auch andere staatliche Herrschaftsformen konkret durch das Verfassungsrecht objektive Beschränkungen.<sup>150</sup> Die Aufgabe moderner Verfassungen ist neben der Zurverfügungstellung von Instrumentarien der politischen Willensbildung

---

<sup>146</sup> Michael Becker und Ruth Zimmerling kategorisieren dieses Phänomen wie folgt: Sie sehen das Untersuchungsobjekt des Staates in der Rechtswissenschaft in einem „*ruhenden Zustand*“, da in ihr rechtlich-normative Verfassungen analysiert werden und das Agieren des Staates stets in einem Kontext mit der Norm an sich gesetzt wird. Demgegenüber ist der Staat als Untersuchungsobjekt der Politikwissenschaft „*in Aktion*“. Rechtliches und Außerrechtliches staatliches und zivilgesellschaftliches Handeln, das Verhältnis zwischen Regierenden und Regierten sowie das Ausloten potentieller Handlungsspielräume der politischen Akteure sind zu den zentralen Untersuchungsgegenständen der Politikwissenschaft zu zählen. Vgl. Becker/Zimmerling (2006), S. 12. Christoph Gusy erkennt darin sogar fundamentale Konfliktlinien zwischen Recht und Politik: „*Das Politische hat seinem Wesen nach irgendwie entscheidend mit dem Dynamisch-Irrationalen zu tun. [...] Demgegenüber ist das Recht etwas Statisch-Rationales.*“ Gusy (1985), S. 42.

<sup>147</sup> Für Leibholz ergeben sich dabei Spannungsmomente, die von vielen als ungerecht und daher als nicht zufriedenstellend empfunden werden. Erfährt das Recht dabei eine allzu drastische und schnelle Veränderung, so büßt es eine seiner zentralen funktionalen Aufgaben ein, Lebenssachverhalte und potentiell drohende Konflikte friedlich beilegen zu können. Dieses Konfliktlösungspotential des Rechtes setzt nämlich ein gewisses Maß an Beständigkeit und Berechenbarkeit voraus, die bei einer permanenten Veränderung des Rechtsbestandes gefährdet erscheinen. Vgl. Leibholz (1974), S. 378 – 379.

<sup>148</sup> Im demokratischen Verfassungsstaat werden diese Schranken – wie noch darzustellen sein wird – hauptsächlich von der geschriebenen Verfassung gesetzt. Dies muss jedoch nicht der Fall sein. So ist es unbestritten, dass in der ungeschriebenen britischen Verfassung naturrechtliche Tendenzen existieren. Schranken können der Politik aber auch durch eine langjährige Tradition bzw. durch eine beständige Gerichtspraxis gesetzt werden.

<sup>149</sup> Diese moderne Betrachtungsweise grenzt sich doch einigermaßen stark von der historischen Entwicklung ab. Im Mittelalter wurde Recht als gottgegeben angesehen und die Aufgabe der Politik bestand lediglich darin, dieser göttlichen Ordnung mit den Mitteln der Politik zum Durchbruch zu verhelfen. Staaten, welche sich heute noch an göttlichen Entscheidungen und dadurch begründete fundamentale Ordnungsvorstellungen orientieren, ähneln dabei den abendländischen Staaten des Mittelalters und vertreten zumeist ebenfalls eine sehr anachronistische Sichtweise über das Verhältnis von Politik und Recht. Vgl. Benda (2010), S. 884.

<sup>150</sup> Die Kontrolle über die Einhaltung dieser Grenzen obliegt der Gerichtsbarkeit. Im angloamerikanischen Raum kommt es dabei zu einer Inzidentalprüfung der allgemeinen Gerichte. Im europäischen Rechtskreis konnte sich demgegenüber das Kelsianische Modell einer zentralen Verfassungsgerichtsbarkeit etablieren. Vgl. Gschiegl (2007).



auch die Festsetzung von politischen Paradigmen und Werturteilen, zumindest für einen gewissen Zeitraum. Daneben werden in den aktuellen Verfassungen auch Freiheitsräume der einzelnen Bürger statuiert, in denen der Staat die Privatsphäre des Einzelnen zu respektieren, ja darüber hinaus sogar aktiv zu verteidigen und beschützen hat. In diese verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsräume der einzelnen Bürger darf vom Staat nur unter bestimmten streng reglementierten Voraussetzungen eingegriffen werden.<sup>151</sup> Sie werden damit de facto der Einflussosphäre der Politik entzogen.<sup>152</sup>

Das hier dargestellte Spannungsverhältnis zwischen Politik und Recht entlädt sich des Öfteren auch in zwei plakativen Vorwürfen, die zum Teil subliminal unterstellt und manchmal auch groß und breit medial aufbereitet werden. Dabei geht es grob zusammengefasst um die unzulässige Beeinflussung einer Staatsgewalt von der jeweils anderen. Im rechts- und politikwissenschaftlichen Diskurs werden diese beiden Konfliktlinien prägnant als „*Politisierung der Justiz*“ einerseits und „*Juridifizierung der Politik*“ andererseits beschrieben. Während erstere immer dann vermutet wird, wenn die Politik den Versuch unternimmt, in die verfassungsrechtlichen Garantien der richterlicher Unabhängigkeit einzudringen<sup>153</sup>, wird auf der anderen Seite auch der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit gerne unterstellt, dass sie legislative Gesetzesmängel gerne extensiv interpretiert und durch die (verfassungs-)gerichtlichen Entscheidungen zu korrigieren versucht. Beiderseits schieben aber zumeist verfassungsrechtliche Schranken tendenziösen Ambitionen den Riegel vor. So ist beispielsweise die absolute Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit verfassungsrechtlich statuiert.<sup>154</sup>

Das idealtypische Montequieu'sche Prinzip der strikten Gewaltentrennung erwies sich in der staatlichen Verfassungs- und Verwaltungspraxis als ungeeignet. Heute beschränken und bedingen sich die legislative, die exekutive und die rechtsstaatliche Gewalt und stehen vielmehr in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis, indem keine Staatsgewalt einen unzulässigen Druck auf die jeweils andere auszuüben vermag. Eine weitere Folge dieser Fragmentierung der Herrschafts- und Staatsgewalten ist u.a. auch darin zu erblicken, dass die Aufteilung der Staatsgewalten auf die verschiedensten gesellschaftlichen Gruppierungen auch als Garant und Bedingung für die individuelle Freiheit zu betrachten ist.<sup>155</sup>

---

<sup>151</sup> Siehe hierzu beispielsweise die strengen Eingriffsvoraussetzungen des österreichischen Grundrechtsregimes. Vgl. Öhlinger (2009), S. 330 – 452.

<sup>152</sup> Im Detail erweist sich die exakte Grenzziehung zwischen den verfassungsrechtlichen Garantien und dem der freien Politikgestaltung überlassenen Freiraum als schwierig und zeigt somit exemplarisch das evidente Spannungsverhältnis zwischen Politik und Recht auf. Vgl. Benda (2010), S. 885.

<sup>153</sup> Etwa durch die Nachbesetzung von Verfassungsrichtern oder durch die politisch motivierte Ausübung des staatsanwaltlichen Weisungsrechts.

<sup>154</sup> Siehe dazu etwa Art. 87 Abs. 1 B-VG.

<sup>155</sup> Die klassische Gewaltentrennung zwischen den Staatsfunktionen Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung war früher mit der Forderung junktimiert, dass die Staatsgewalten ihre Funktionen möglichst unabhängig von einander ausüben sollten. Eine Ergänzung erfuhr diese isolierte Gewaltenlogik durch wechselseitige Kontrollen und Beschränkungen (aus der amerikanischen Verfassungstradition ist hier der Terminus von „*checks and balances*“ zu nennen). Der 1920 entstandenen österreichischen Bundesverfassung ist dieser strikte Grundsatz der Gewaltentrennung bereits fremd. Diese orientiert sich vielmehr an dem soeben erwähnten System der Gewaltenverschränkung und sieht ein differenziertes Konzept von gegenseitigen Abhängigkeiten, Restriktionen und Kontrollen der obersten Staatsorgane vor. Vgl. Öhlinger (2009), S. 263 – 264.

In den seltensten Fällen kommt es dabei zu einer Eskalation dieser Konfliktlinien zwischen den Staatsgewalten. Wie wohl ab und an heftige und auch kontroversielle Debatten geführt werden, deeskaliert die Situation nach einiger Zeit wieder. Zumeist wird aber schon versucht, im Vorfeld kalmierend zu wirken. Ein Beispiel für die Praxis der präventiven Konfliktvermeidung bildet das aus dem amerikanischen Rechtsdenken entnommene Prinzip des „*judicial self restraint*“.<sup>156</sup> Verfassungsgerichtliche Erkenntnisse zeitigen nämlich oft erhebliche, politische Auswirkungen, obwohl sie selbst keine politischen Ambitionen verfolgen. Dabei wird von manchen politischen Akteuren beflissentlich übersehen, dass Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes nicht so sehr darüber befinden sollen, ob eine Regelung zweckmäßig und gerecht – also mit anderen Worten politisch klug, opportun oder sachlich gerechtfertigt – ist, sondern vielmehr darüber geurteilt wird, ob sich die politische Entscheidung innerhalb der verfassungsmäßig festgesetzten rechtlichen Ordnungsstrukturen befindet. Ziel in einem demokratischen Rechtsstaat muss es sein, Politik und Recht nicht gegeneinander ausspielen zu wollen, sondern dadurch zu versöhnen, dass das Verfassungsrecht von der Politik geachtet wird; dieses aber wiederum den politischen Gestaltungsspielraum nicht allzu sehr einengt.<sup>157</sup>

Das Ziel des politischen Prozesses ist (natürlich mit Einschränkungen) die Auffassungen der politischen Majorität in verbindliche Rechtsnormen zu transformieren. Recht bildet dabei auch die notwendige abschließende Antwort eines politischen Prozesses. Recht soll dem Bürger die notwendige Klarheit über die staatlich gewollte Antwort auf einen Lebenssachverhalt vermitteln und ihm auch die einmal getroffene politische Entscheidung verdeutlichen. Durch die Konkretisierung und Determinierung des politischen Prozesses in einer Rechtsnorm kommt es in periodischen Abständen zu einer Entlastung der Politik, die sich darauf hin wiederum anderen Agenden widmen kann.<sup>158</sup> Insofern stellt das Recht – trotz aller bisher aufgezeigten Unterschiedlichkeiten – in letzter Konsequenz nichts Gegensätzliches zur Politik dar. Sie ist wie Dieter Grimm meint Gleiches, allerdings nur in einem anderen Aggregatzustand: „*Recht ist geronnene Politik*.“<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Wiewohl der österreichische Verfassungsgerichtshof – auch inspiriert durch die aktive Grundrechtsinterpretation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – bei Weitem nicht mehr so zurückhaltend agiert, fühlt er sich auch heute noch dem „*judicial self restraint*“ im engsten Sinne verpflichtet und hat sich selbst die Verpflichtung auferlegt, keine aktive Politik betreiben zu wollen. Siehe dazu auch *Gschiegl* (2007). In dieser an der Universität Wien approbierten Diplomarbeit unternimmt der Autor den Versuch einer diskursiven politikwissenschaftlichen Analyse.

<sup>157</sup> Vgl. *Benda* (2010), S. 884.

<sup>158</sup> Johann Josef Hagen sieht in der rechtlichen Bindung der Politik jedoch nur scheinbar eine politische Kategorie mit dem zentralen Stellenwert innerhalb des Rechtsstaates, welcher in einem latenten Konkurrenzverhältnis zu den eigentlichen Inhalten des Rechts stünde. Normative Theorien, welche sich durch den und im Rechtsstaat legitimieren wollen, erhalten ihre Autorität stets durch ihre Abgrenzung zu anderen gesellschaftlichen Mächten. Dies lässt sich auch historisch begründen. Im 19. Jahrhundert instrumentalisierte das ökonomische erstarkende Bürgertum das Recht im Kampf gegen den aristokratisch geprägten, feudalistischen Herrschaftsstaat, indem es sich durch den Versuch das Primat des Rechtsstaates durchzusetzen, selbst verpflichten wollte. Diese Zweckrationalität ermöglichte es die Rechtsordnung zunehmend vom politischen Prozess herauszulösen. Dies war die große Geburtsstunde der modernen Jurisprudenz. (Man darf bei dieser Feststellung jedoch keineswegs die römisch-rechtliche Entwicklung negieren, bei der sich ähnliche Entwicklungslinien registrieren ließen.) Johann Josef Hagen resümiert diese Entwicklung folgendermaßen: „*Denn das Scheitern des Versuchs, eine rechtliche Ordnung inhaltlich zu bestimmen, weist dieser die Rolle von Verfahrensregelungen zu, während die politische Substanz einem allgemeinen Voluntarismus freigegeben wurde.*“ *Hagen* (1973), S. 62.

<sup>159</sup> *Grimm* (1969), S. 502.

Das Phänomen des Rechts ist also das zentralste und wichtigste Produkt des politischen Prozesses. Recht fungiert dabei als Handlungsinstrumentarium der politischen Exekutive und erhält durch seinen durchdringenden Charakter innerhalb der Gesellschaft regulative Aufgaben. Das dies später auch zu einen der Kernaufgaben der politikwissenschaftlichen Disziplin geworden ist, scheint heutzutage weitgehend auf breitem Konsens zu beruhen. Mag sein, dass durch die Genese der Politikwissenschaft – auch beeinflusst von internationalen Strömungen – aus den Rechtswissenschaften Abgrenzungen vehement gesucht und auch gefunden wurden; mag auch sein, dass es der Rechtswissenschaft gelungen ist, ihren hegemonialen Anspruch auf das weitläufige Phänomen des Rechts weitgehend durchzusetzen. Nichtsdestotrotz lässt sich konstatieren, dass die trans- und interdisziplinäre Verbindung zwischen Politik und Recht auch zum Kernbereich der Politikwissenschaft gehört oder zumindest gehören sollte.

Durch die intensive Auseinandersetzung sowohl mit rechtswissenschaftlicher als auch mit politikwissenschaftlicher Literatur soll in dieser Dissertation die Kardinalfehler beider Disziplinen bei der Behandlung des multiperspektivisch zu behandelnden Phänomens des Rechts vermieden werden. Politologen verlieren allzu oft die soziale Spezifität des Rechts aus den Augen und negieren dabei die Eigengesetzlichkeit und die Eigendynamik des Rechts an sich.<sup>160</sup> Demgegenüber begeht die Rechtswissenschaft manchmal den Fehler empirische und gesellschaftliche Interessenlagen bei der Untersuchung von Recht und Rechtsstaat zu vernachlässigen. Trotz divergierender methodologischer Zugänge werden – wie gesagt – aber ähnliche Phänomene untersucht und danach versucht sie in einem Konnex mit gesellschaftlichen Gegebenheiten<sup>161</sup> zu setzen.<sup>162</sup>

Aber wie kann nun im Rahmen einer politikwissenschaftlichen Dissertation das Recht zufriedenstellend operationalisiert werden? Wie wird das Recht zum Gegenstand der Politikwissenschaft? Recht spielt dabei für den Politikbereich der politischen Theorie und Ideengeschichte (Teil III) als

---

<sup>160</sup> Manche Kritiker bemängeln beim Phänomen des Rechts die mangelhafte Referenzierung auf gesellschaftliche Vorgänge bei gleichzeitiger apodiktischer rechtsdogmatischer Herangehensweise. So schreibt etwa Niklas Luhmann in einem beachtenswerten und deshalb an dieser Stelle wiederzugebenden Statement: „*Auch die Rechtswissenschaft befasst sich mit der Realität des Rechts – aber nicht mit einer sozialen, sondern mit einer symbolischen Realität. Sie betrachtet das Recht als eine Sinnkonstellation für sich. Aus diesem sinnhaft-symbolischen Kontext des Rechts sind die sozialen Realitäten, sind die gesellschaftlichen Bedingungen, Entstehungsursachen und Wirkungen nicht ausgeschlossen; sie bleiben im Sinnhorizont auch der Rechtswissenschaft sichtbar und zugänglich, aber sie sind in ihm nur in einer bezeichnenden Verdichtung und Verkürzung enthalten, nämlich nur, soweit sie für die Entscheidung von Rechtsfragen relevant sind.*“ Luhmann (1972), S. 354.

<sup>161</sup> Zu dem Stichwort „gesellschaftlichen Gegebenheiten“ sei ein kleiner Exkurs gestattet. Politikwissenschaftler beklagen häufig den Umstand der Dominanz von Juristen im politischen Alltag, zugespitzt auch „*Juristenmonopol*“ genannt. Es gibt bedeutend mehr Politiker mit juristischer Ausbildung, als solche, die ein politikwissenschaftliches Studium vorweisen können. Die Rechtswissenschaft ist damit viel stärker mit und in der politischen Praxis verwurzelt. Nur was sind die Gründe hierfür? Hier seien durchaus ein paar selbstkritische Worte an die Politikwissenschaft erlaubt. Allzu oft verlaufen sich nämlich Politologen in selbstverliebte Methodenspielchen ohne dabei die Relevanz für den politischen Alltag zu akzentuieren. Da staatliches Handeln aufgrund des Legalitätsprinzips letztlich immer auf einer Norm basiert, ist die vollkommene – und von machen Politologen vorgenommene – völlige Negation des Rechts ein Selbstbetrug. Dieter Grimm resümiert diesen Umstand dabei so: „*Ehe sich die Politikwissenschaft darüber beklagt, sollte sie die Tatsache zum Anlass einer Selbstprüfung nehmen. Offenbar haben ja die Fraktionen des (deutschen, Anm. des Autors) Bundestages [...] das Stichwort Verfassungspolitik nicht mit der Politikwissenschaft in Verbindung gebracht.*“ Grimm (1978), S. 288.

<sup>162</sup> Der Autor vertritt dabei das Postulat von der „*Einheit der Sozialwissenschaften*“.

auch für die Politikfeldforschung durchaus eine gewichtige Rolle (Teil IV), wenn auch mit unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen.

Im Rahmen der politischen Theorie wird und wurde das Recht sicherlich eingehend thematisiert. Der Grund hierfür mag unter anderem auch darin zu suchen sein, dass sich die politische Theorie als auch die Rechtsphilosophie letztendlich auf die gleichen Staatstheoretiker berufen<sup>163</sup>, die in ihren Theorien nach Erklärungs- und Begründungsmustern für staatliche Ordnungen unter Zuhilfenahme des Rechts suchen. Aber auch in der Policyforschung dürfen rechtliche Elemente keinesfalls vernachlässigt werden. Wie später dargelegt werden wird, müssen auch programmatische Überlegungen zur gesellschaftlichen Steuerung letztendlich in Recht transformiert werden, um einigermaßen effizient zu sein. Dieser Umstand wird in der Policyforschung jedoch wiederholt vernachlässigt.<sup>164</sup> Aus dem Verständnis der Politikwissenschaft als einer Wissenschaft der gesellschaftlichen Ordnung und Steuerung sollen im Rahmen dieser Abhandlung stets die Steuerungsfunktionen des Rechts als Leitprämisse fokussiert werden.

Zusammenfassend kann also an dieser Stelle festgehalten werden, dass Politik und Recht in einer interdependenten Wechselbeziehung zueinander stehen. Recht ist dabei Ergebnis und Hauptgegenstand der Politik. Recht muss von der Politik immer wieder den veränderten Lebensverhältnissen angepasst werden, wenn es die notwendige Legitimität nicht einbüßen will. Politik auf der anderen Seite ist begrenzt durch das geltende Recht. Dies gilt schon bei einfachen Gesetzen, die solange in Geltung bleiben, bis sie eine Abänderung erfahren, und noch vielmehr für das Verfassungsrecht, welches den politischen Gestaltungsspielräumen Grenzen vorskizziert und somit das für einen Rechtsstaat typische Primat des Rechts vorgibt. Das Verfassungsrecht legt auch jene Verfahren fest, die notwendig sind, um politische Entscheidungen letztlich in Recht transformieren zu können<sup>165</sup> und wichtige inhaltliche Leitprämissen legislativ zu formulieren. Die Qualität einer Verfassung zeigt sich u.a. auch darin, dass die Politik ihre Inhalte befolgt und diese generell achtet. Andererseits muss die Verfassung der Politik auch genügend Freiräume zur Verfügung stellen, damit letztere ihr gestalterisches Potential als ein Grundprinzip der Demokratie auch entfalten kann.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Jede Differenzierung zwischen Rechtstheorie, politischer Theorie, Rechtsphilosophie, u.s.w. erscheint deshalb einigermaßen willkürlich zu sein, da hierbei keine scharfen Trennlinien erkennbar sind. Ambitionierte Versuche lassen sich dennoch bei *Becker/Zimmerling* (2006), S. 16 – 17 sowie ausführlich bei *Kunz/Mona* (2006), S. 43 – 137 nachlesen.

<sup>164</sup> Siehe dazu u.a. *Schmidt* (1995).

<sup>165</sup> In diesem Zusammenhang sei auf den die österreichische Bundesverfassung kennzeichnenden Begriff der sog. „Spielregelverfassung“ verwiesen, der hierzulande die Spielregelqualität der den politischen Prozess regelnden Normen unterstreichen möchte. Vgl. *Öhlinger* (2009), S. 29.

<sup>166</sup> Vgl. *Benda* (2010), S. 885 – 886.

### II.4.3. Gerechtigkeit als Leitprämisse der Politik

Die politische (Alltags-)Debatte, in der das Thema Gerechtigkeit nahezu inflationär zu Tage tritt, lässt zumeist eine nähere Gerechtigkeitsdefinition vermissen.<sup>167</sup> Das plakative Schlagwort „Gerechtigkeit“ bleibt bei näherer Betrachtung deshalb vielfach inhaltsleer. Mit dem Verweis auf den unter Kapitel II.1. unternommenen Versuch das Prinzip der Gerechtigkeit möglichst facettenreich darzustellen, kann erst erahnt werden, wie schwierig in diesem Kontext eine Debatte zu führen ist bzw. zu führen wäre.<sup>168</sup>

Gerechtigkeit in einem politischen Kontext wirft notgedrungen wichtige und zentrale Fragestellungen auf. Wie lässt sich eine allzu große Machtakkumulation als Hort von Ungerechtigkeiten verhindern? Wie kann ein allgemein akzeptabler Weg der Entscheidungsfindung gefunden werden? Wie lassen sich wichtige und verschiedenste gesellschaftspolitische Interessen und Desiderate so realisieren, dass das System nicht zu überfrachten droht, ...?

Politische Akteure tendieren nur allzu gerne ihre Aktivitäten unter dem allseits positiv konnotierten Ideal der Gerechtigkeit zu positionieren, um damit ihr Handeln vor der einmal mehr, einmal weniger kritischen Öffentlichkeit legitimieren zu können. Gerechtigkeit wird oft als Synonym für wohlverstandenes Allgemeininteresse gerade gegenüber denjenigen vorgebracht, die durch die beabsichtigte politische Vorgehensweise wenig Gutes zu erwarten haben. Die für diese zu erwartenden Verschlechterungen werden oftmals mit vordergründig rechtmäßigen und gerechten Interessen anderer legitimiert.<sup>169</sup> Daran anschließend kann im Verhältnis zwischen Politik und Gerechtigkeit konstatiert werden, dass vielleicht nicht unmittelbar dem theoretisch hehren Ideal der Gerechtigkeit bei der schwierigen Lösung tagespolitischer Probleme nachgegangen werden kann und soll, sondern Gerechtigkeit anderwärtig empirisch gerechtfertigt werden sollte. Gerecht darf aber in einem solchen Fall keineswegs gleichgesetzt werden mit dem, was von der Mehrzahl der Menschen gewünscht wird. Helmut Rüssmann plädiert deshalb nicht in einen infiniten, nicht legitimierbaren Gedankenzyklus zu verharren, sondern in Fortführung der Konsensustheorie Rainer Trapps Gerechtigkeit als eine „Zustimmung jedermanns in seinem wohlverstandenen Eigeninteresse“<sup>170</sup> zu definieren.

Einer der umstrittensten, jedoch zugleich wichtigsten, Teilgebiete der politikwissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Phänomen der Gerechtigkeit ist die politisch brisante auch medial, oft aufbe-

---

<sup>167</sup> So bedarf Gerechtigkeit im Rahmen politischen Agierens stets eines immanenten Sozialbezugs. Axel Tschentscher illustriert diesen notwendigen Sozialbezug der Gerechtigkeit mit einer einprägsamen Metapher: „Wer sich als Eremit in der Wüste oder als Schiffbrüchiger auf einer Insel die Frage nach richtigem Handeln stellt, mag zwar auf der Suche nach Moral sein – Gerechtigkeitsfragen stellen sich indes nicht.“ Tschentscher (1999), S. 29.

<sup>168</sup> Treffend dazu die von Rainer Wolf artikulierte Umschreibung dieses Phänomens: „Gerechtigkeit ist populär. Wo die Politik versagt, wird nach dem Recht gerufen und wo dessen Defizite zu Tage treten, wird die Gerechtigkeit bemüht.“ Wolf (1994), S. 163.

<sup>169</sup> Vgl. Trapp (1994), S. 54.

<sup>170</sup> Rüssmann (1994), S. 34. Diese Quintessenz der Wandlung vom wohlverstandenes Allgemeininteresse zur Zustimmung jedermanns im wohlverstandenen Eigeninteresse stellt auch die grundlegenden Telos der Begründungslehre dar, die im deutschen Sprachraum in entscheidender Weise von Rainer Trapp durch dessen Habilitationsschrift „Nicht klassischer Utilitarismus“ (1988) geprägt worden ist.

reitete Diskussion rund um die Verteilungsgerechtigkeit innerhalb eines politischen Systems. Alte Dogmen, wie die wirtschaftliberale Ansicht „*Jedem nach seiner Leistung*“, der rechtsstaatlichen Auffassung „*Jedem nach seinen (verfassungs-)gesetzlich gewährleisteten Rechten*“ oder dem sozialistischen Credo „*Jedem nach seinen Bedürfnissen*“ greifen für eine differenzierte, breit geführte Debatte viel zu kurz. Ein Verdienst all dieser Dogmen ist jedoch zweifelsfrei darin zu erblicken, dass nunmehr die allgemeine Existenz des Prinzips der Tauschgerechtigkeit grosso modo außer Streit steht. Ein Tausch wird heute dann als gerecht angesehen, wenn eine (nahezu) äquivalente Gleichwertigkeit zwischen dem Erhaltenen und dem Gegebenen vorhanden ist. Weiters ist unbestritten, dass ein rein synallagmatischer Tausch nicht erzielt werden kann, weshalb es auch einer kompensatorisch wirkenden korrektiven Gerechtigkeit bedarf, um das auftretende Missverhältnis des ungerechten Tausches wieder berichtigen zu können.<sup>171</sup>

Immanente Aufgabe der Politik und der Gesellschaft sollte es daher aus gerechtigkeits-theoretischer Sicht sein, artikulierte Interessen und Wünsche einzelner Gesellschaftsmitglieder nicht prioritär zu behandeln, sondern sie so angemessen und ausgewogen zu proportionieren, dass sie für den inneren gesellschaftlichen Zusammenhang gemeinschaftsstiftend sein können. Gerechtigkeit als zentrales Handlungsparadigma des gesamten politischen Prozesses darf sich nicht im Obsiegen unterschiedlicher politischer Akteure aufgrund ihrer unterschiedlichen Machtpotentiale erschöpfen, sondern soll indessen durch einen anregenden, diskursiven und institutionalisierten Wettbewerbs- und Kooperationsprozess weiter forciert werden.<sup>172</sup>

Otfried Höffe ordnet der Gerechtigkeit in Relation zur Politikwissenschaft eine vierfache Bedeutung zu: Zum einen legitimiert das Ideal der Gerechtigkeit, das Wesen und die Natur des Politischen. Man muss sich stets vergegenwärtigen, dass das politische System das einzige gesellschaftliche Subsystem ist, das verbindliche Regeln setzt, mit öffentlicher Zwangsgewalt ausgestattet ist und dafür auch Gehorsam verlangt. Insofern sind die Legitimationsanforderungen mit und durch die Gerechtigkeit an das politische System relativ hoch. Des Weiteren dient die Gerechtigkeit als eine profunde Orientierungshilfe für die Fort- und Weiterentwicklung des politischsten aller Rechte, dem Verfassungsrecht.<sup>173</sup> Drittens gibt eine personale Interpretation der Gerechtigkeit wichtige Anhaltspunkte zur guten politischen Kultur und Praxis der handelnden Akteure.<sup>174</sup> Zu guter Letzt weist er noch auf die Bedeutung des politikwissenschaftlichen Gerechtigkeitsdiskurses für die internationale Debatte hin.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> Vgl. Höffe (2010), S. 306.

<sup>172</sup> Vgl. Penz/ Priddat (2007), S. 54 – 55.

<sup>173</sup> Und innerhalb desselben im Besonderen das Menschen-, Demokratie- und Gewaltenteilungsrecht.

<sup>174</sup> Im gegenwärtigen politischen Diskurs würde dies wahrscheinlich unter dem Schlagwort der „*Good Governance*“ zusammengefasst werden. Gemeint ist damit ein einwandfreies, tadelloses politisches Handeln, das zum Beispiel zu einer Zurückdrängung der korrupten Elemente innerhalb eines politischen Systems führt.

<sup>175</sup> Man beachte in diesem Kontext die von Otfried Höffe geforderten Modelle einer Weltrechtsordnung, einer subsidiären Weltdemokratie bzw. Weltrepublik. Vgl. Höffe (2010), S. 310.

Abschließend soll der Gedankenkreis geschlossen werden. Michael Köhler benennt richtigerweise die Gerechtigkeit als Grund der Politik (im Lateinischen „*Iustitia fundamentum regnorum*“<sup>6</sup>) und stellt in diesem Kontext knapp, aber umso zutreffender fest: „*Die Gerechtigkeit ist die Grundlage der Politik, der politischen Verfassungen, sowohl der staatlichen als auch der internationalen Rechtsorganisation.*“<sup>176</sup>

Seit in der Antike erstmals das Ideal der Gerechtigkeit als Leitprämisse der Politik auserkoren wurde, scheint es im politischen Diskurs gleichsam beständig wie auch einzementiert. So beständig die Politik ihren Fokus auf die Gerechtigkeit legt, so unerlässlich benötigt die Politik auch das Recht, um ihre volle Wirksamkeit im Rahmen der Gesellschaft auch vollends zur Entfaltung zu bringen. Erst das Junktum zwischen Politik und Recht bildet die Grundlage moderner Staatlichkeit und fungiert als Grundlage sämtlicher Rechtsverfassungen.

---

<sup>176</sup> Köhler (2002), S. 25.

## III. Teil – Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht

### III.1. Einführung und Klassifizierungsvorschläge zu den Gerechtigkeitstheorien

Die primärste Aufgabe von Gerechtigkeitstheorien ist in einer systematischen Herangehensweise zunächst einmal darin gelegen, die Begrifflichkeit der Gerechtigkeit einer probaten Definition zuzuführen und sich anschließend näher der Frage zu widmen, wie und wodurch Gerechtigkeit im Rahmen einer gesellschaftlichen Ordnung hergestellt werden kann und was durch diese bezweckt werden soll.

Bevor es nun gilt, gerechtigkeitstheoretisch in medias res zu gehen, sollen zunächst einmal die später im Detail darzustellenden Theorien wissenschaftstheoretisch rubriziert und kategorisiert werden. Die nachstehenden Theorien lassen sich dabei ganz grob in zwei Kategorien aufteilen. Auf der einen Seite befindet sich die große Gruppe der normativen Gerechtigkeitstheorien<sup>177</sup>, die Gerechtigkeit nicht wie Aristoteles oder Platon als moralische Leitidee betrachten, sondern die Gerechtigkeit vielmehr als Mittel zum Zweck ansehen, um das gesellschaftliche Wohlergehen zu fördern. Die zweite große Gruppe der Gerechtigkeitstheorien ist vielmehr rechtstheoretischer Natur. Als prominente Beispiele für diese Kategorie gilt die Schule des Rechtspositivismus, welche die Geltungsbedingungen des positiven Rechts entkoppelt von Gerechtigkeitsüberlegungen analysierte.<sup>178</sup> Währenddessen also früher Moral und Gerechtigkeit als koextensives Begriffspaar verstanden wurde, das jede Form menschlichen Leidens als moralisch nicht rechtfertigbar und deshalb auch als ungerecht qualifizierte, bezieht sich die zweite große Theoriegruppe der politischen Gerechtigkeitskonzeptionen auf den normativen Ordnungscharakter zwischenmenschlicher Beziehungen, die die Praktiken ebenso wie die politischen Institutionen des Alltags so detailliert wie nur möglich regeln möchten.<sup>179</sup>

Was bedeutet dies nun für das Anliegen dieser Arbeit, vorhandene Gerechtigkeitstheorien auf ihre normativen Komponenten hin untersuchen zu wollen. Zunächst einmal muss konstatiert werden, dass Gerechtigkeitstheorien per se schon etwas inhärent Normatives aufzuweisen haben. Die Grundidee aller im Folgenden noch näher darzustellenden Gerechtigkeitstheorien liegt in der Architektur von etwas „*Gesolltem*“. Demnach sind sie allesamt bis zu einem gewissen Punkt konsequen-

---

<sup>177</sup> In dieser Dissertation beispielhaft dargestellt z.B. an den Theorien von Mill und Austin. Vgl. dazu näher III.5.5.1..

<sup>178</sup> Es gibt jedoch noch eine dritte allerdings dem Phänomen der Gerechtigkeit äußerst kritisch gegenüberstehende Kategorie. In der Systemtheorie nach Niklas Luhmann wird Gerechtigkeit als eine funktionsunspezifische Normativität beschrieben. Diese erweise sich für die post(-modernen) Gesellschaften deshalb als unbrauchbar, da die Gesellschaft in mehrere autonome Teilgesellschaften (Wirtschaft, Recht, Politik, Religion, u.s.w.) segmentiert ist, in denen ein universelles Prinzip wie die Gerechtigkeit unpraktikabel wäre. Die Teilgesellschaften orientieren sich vielmehr an ihrer eigenen funktionspezifischen Normativität. In seiner Arbeit „*Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*“ verlässt Luhmann ein wenig das systemtheoretische Terrain und deklariert sich – wenn auch mit Abstrichen – als Anhänger der positivistischen Gerechtigkeitstheorien. Vgl. *Luhmann* (1981).

<sup>179</sup> Vgl. *Hahn* (2009), S. 14 – 16.



tialistisch, da sie letztlich ausnahmslos determinieren möchten, wie gerechte Zustände herbeigeführt und Ungerechtigkeiten verhindert werden können.<sup>180</sup>

Normativen Gerechtigkeitstheorien wohnt daher eine omnipräsente und nicht zu verleugnende Gefahr inne, denn nur allzu rasch und leichtfertig werden persönliche Lebensumstände bzw. individuelle Ansichten zu universellen Weltanschauungen hochstilisiert. Diese Dissertation setzt sich u.a. die Aufgabe einige dieser theoretischen Gerechtigkeitsprinzipien auf ihre Praxistauglichkeit hin zu untersuchen und auf konkrete juristische Fragestellungen zuzuspitzen.

Gerechtigkeitstheorien lassen sich im Weiteren grob über ihre Aussagen zur Gerechtigkeit klassifizieren. Aufgrund der Vielzahl der sich mit der Begrifflichkeit der Gerechtigkeit auseinandersetzen- den Theoretiker ist es oftmals schwer, einen strukturellen Überblick beizubehalten. Ein weiter, sehr treffender Klassifikationsversuch<sup>181</sup> über diese Theorien stammt dabei von Ralf Dreier:<sup>182</sup>

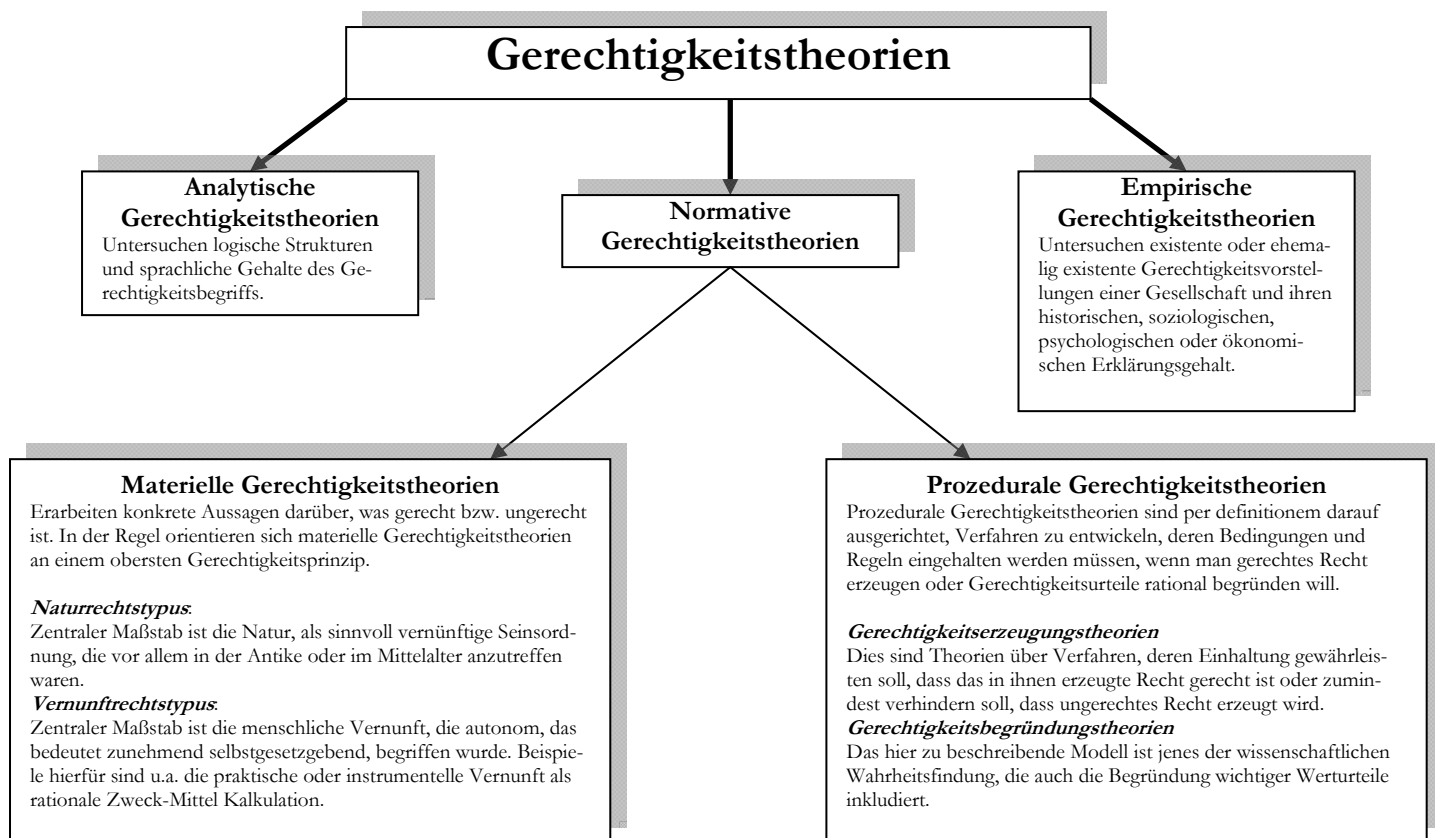


Abb. 10: Klassifikation der Gerechtigkeitstheorien durch Ralf Dreier

<sup>180</sup> Vgl. *Ladwig* (2011), S. 114.

<sup>181</sup> Dieser Klassifikationsversuch ist einer von vielen. So rubriziert etwa Axel Tschentscher Gerechtigkeitstheorien nach prägnanten Merkmalen von Theorien bedeutender Gerechtigkeitstheoretiker. Tschentscher unterteilt in eine a) nietzscheanische grundsätzlich skeptizistische, eine b) aristotelische nach einer Bestimmung des Guten trachtende, eine c) hobbesianische rationale und eine d) kantische auf die universelle Moralität abstellende Grundposition. Vgl. *Tschentscher* (1999), S. 80 – 83. Auch Habermas unternimmt einen ähnlich gearteten Versuch, Gerechtigkeitstheorien zu kategorisieren. Er differenziert zwischen pragmatischen (vernunftorientierten), ethischen (wertorientierten) und moralischen (universellen) Gerechtigkeitspositionen. Vgl. *Habermas* (1991), S. 100 – 118.

<sup>182</sup> Vgl. *Dreier* (1985), S. 117 – 118.

Der Theoriepluralismus führt zunächst zu der berechtigten Fragestellung nach der rationalen Entscheidbarkeit gerechtigkeitsrelevanter Problemstellungen. Während materielle Gerechtigkeitstheorien meist zeitpunktbezogene Aussagen darüber treffen, was nun gerecht oder nicht gerecht ist, gerieren sich prozedurale Gerechtigkeitstheorien zumeist ahistorischer, wiewohl auch diese sich eines gewissen Ideologieverdachts nicht entziehen können. Es können jedoch unabhängig von der Kategorisierung universelle Konditionen präzisiert werden, mit denen sich ethische Fragen rational diskutieren lassen. Es sind dies Bedingungen, wie vor allem jene der Klarheit, der Informiertheit oder der Vorurteilslosigkeit, die zwar im Detail nur annäherungsweise erfüllbar sind, dennoch die Gerechtigkeitsqualität der jeweiligen normativen Gerechtigkeitstheorie verbessern können.

So oszilliert das Ideal der Gerechtigkeit in einem weiteren Kategorisierungsversuch zwischen den theoriegeschichtlichen Strömungen der Deontologie und des Konsequentialismus. Deontologen streben nach Gerechtigkeit aus einem inneren Pflichtbewusstsein heraus, sozusagen als etwas intrinsisch Gewolltem. Zunächst sollen Präferenzen abgeklärt und gewichtet werden und hernach mit den bestmöglichen Mitteln getrachtet werden, diesen Idealen auch zu entsprechen. Ausgehend von individualutilitaristischen Überlegungen wird als Endziel versucht, eine gesamtgesellschaftliche Nutzenfunktion zu generieren. Selbst wenn, einige wenige ungebührlich hohe Belastungen auf sich nehmen müssten, so wäre es für einen Deontologen auch dann immer noch gerecht, wenn nur eine überwältigende Mehrheit daraus Vorteile lukrieren könnte.<sup>183</sup> Auf der anderen Seite fokussieren Konsequentialisten nur die formalen Folgen von Handlungen und Regeln. Auch hier geht es um eine möglichst optimale Alternativenwahl, allerdings sind die inneren Beweggründe für Konsequentialisten belanglos.<sup>184</sup>

Innerhalb der im III Hauptteil dieser Arbeit präsentierten Theorien können – neben der soeben vorgenommen Kategorisierung – sieben große institutionsethische Leitsätze herausgearbeitet werden, die im Rahmen der unterschiedlichen Theorien auch in unterschiedlichem Ausmaße zugrunde gelegt wurden und im Weiteren auch den empirischen Teil dieser Arbeit über weite Strecken prägen werden:<sup>185</sup>

- (1) Politische Gerechtigkeit, verstanden als angemessene und adäquate Verteilung von Rechten, Freiheiten, Ämtern und Chancen;
- (2) Soziale und ökonomische Gerechtigkeit, welche die Distribution materieller Güter, Arbeitsstellen, medizinischer Versorgung und Ressourcen sicherstellen soll;
- (3) Gerechtigkeit zwischen den Geschlechtern (Gender);

---

<sup>183</sup> Gerade die gleich im Anschluss darzulegenden antiken Gerechtigkeitstheorien können als idealtypisch deontologisch klassifiziert werden.

<sup>184</sup> Scheint der Unterschied *prima vista* gering und marginal zu sein, so ist er zweifelfrei dennoch vorhanden. Konsequentialisten argumentieren rein formell und ohne Ansehen der Person. Menschen und ihre Bedürfnisse sind bei ihnen nur Aspekte unter vielen anderen, während andererseits die Deontologen das intrinsische Argument der Pflichterfüllung in den Mittelpunkt rücken. Vgl. hierzu mit vielen Facetten und Beispielen unterlegt *Ladwig* (2011), S. 114 – 126.

<sup>185</sup> Vgl. *Horn/Scarano* (2002), S. 9.

- (4) Gerechtigkeit gegenüber gesellschaftlichen Minderheiten;
- (5) Gerechtigkeit zwischen den Generationen;
- (6) Gerechtigkeit vor dem Gesetz, z.B. vor Strafgerichten und
- (7) Internationale und globale Gerechtigkeit, die ihren Ursprung in der althergebrachten Diskussion um den gerechten Krieg (lat.: *bellum iustum*) hat.

In der Theoriegeschichte der Gerechtigkeit wurden über die Jahre sehr differente Ansichten vertreten, wobei jedoch stets divergierende Grundtendenzen den politischen Diskurs dominierten. Ältere Theorien neigten bei der Ausgestaltung der Gerechtigkeitskonzeptionen eher zu individualistischen, personenzentrierten Ansichten, währenddessen modernere Theorieansätze institutioneller ausgerichtet sind.<sup>186</sup>

Christoph Horn und Nico Scarano fragen demnach für alle Theorien nach einem „*Primärobjekt der Gerechtigkeit*“, dem sich sekundäre Objekte unterzuordnen haben. Obwohl die hier zu diskutierenden Gerechtigkeitstheorien sehr unterschiedlich konzeptioniert sind, kristallisieren sich dennoch drei Fragestellungen heraus, die sämtliche hier vorzustellende Theorieansätze durchziehen:<sup>187</sup>

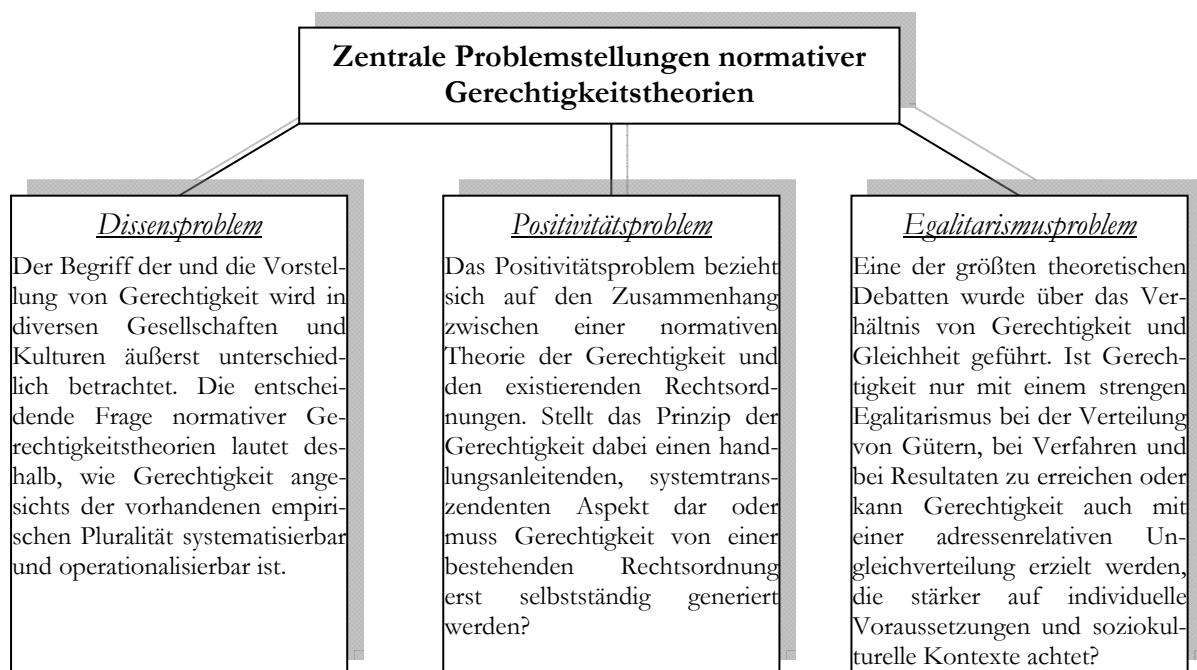


Abb. 11: Zentrale Problemstellungen normativer Gerechtigkeitstheorien

<sup>186</sup> In den antiken theoretischen Auseinandersetzungen mit dem Prinzip der Gerechtigkeit wurde sowohl eine politische, als auch eine personale Ausformung der Gerechtigkeit vertreten. Im Mittelalter wurde der Fokus dann eher auf die personale Gerechtigkeit gelegt. Mit dem Übergang in die Epoche der Neuzeit verlor jedoch die Behandlung der personalen Gerechtigkeit zunehmend an Bedeutung, was unter anderem auch der Erkenntnis geschuldet war, dass sich die Probleme der modernen Gesellschaft nicht damit lösen ließen. Wiewohl die Akzentuierung der personalen Gerechtigkeit mit der Zeit an Bedeutung verlor, darf sie dennoch auch heutzutage in der politischen Analyse nicht negiert werden. Ohne ein notwendiges Ausmaß der personalen Gerechtigkeit sowohl der Bürger als auch der Amts- und Würdenträger könnte der demokratische Rechtsstaat nicht lange überdauern. Vgl. Höffe (2010), S. 306 – 307.

<sup>187</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 11 – 12.

Die thematischen Schwerpunkte veränderten sich im Laufe der historischen Entwicklung; neue Themen kamen hinzu, während andere an Bedeutung verloren. Interessant bleibt jedoch zu erwähnen, dass sich trotz kontextbedingter Divergenzen überraschend viele Gemeinsamkeiten und Kontinuitäten registrieren lassen.

Die nunmehr näher zu betrachtenden Gerechtigkeitstheorien seien entlang einer Zeitreihe zur besseren chronologischen Orientierung, der tiefergehenden Analyse vorangestellt:

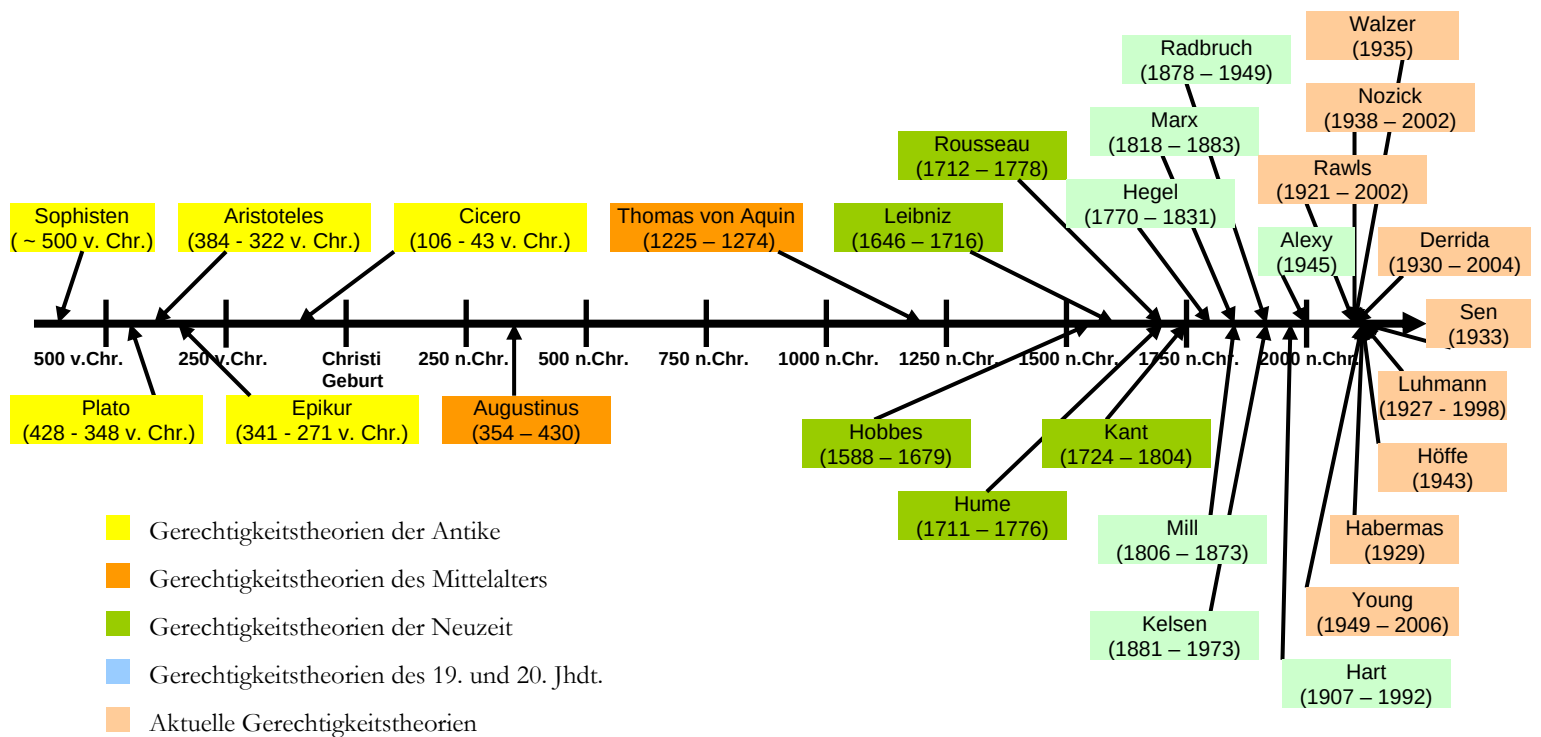


Abb. 12: Chronologische Übersicht der zu analysierenden Gerechtigkeitstheorien

## III.2. Antike Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht

### III.2.1. Über den historischen Ursprung der Gerechtigkeitstheorien

Die griechische Begrifflichkeit *dikaiosyné*<sup>188</sup> wird in unserem Sprachraum oft ungenügend und nicht zufriedenstellend mit der plumpen Übersetzung „Gerechtigkeit“ wiedergegeben. Denn was die antiken Griechen unter *dikaiosyné* verstanden haben, überschreitet unsere doch enge Vorstellung von Gerechtigkeit einigermaßen. *Dikaiosyné* beschrieb den guten Zustand sowohl eines individuellen Sozialverhaltens, als auch den moralisch höchst zu billigenden Zustand eines Staatengebildes. Unsere Vorstellung von einem guten und gerechten Staat klingt daneben doch einigermaßen spezifischer. Diesbezüglich erklärt sich auch die herausragende Bedeutung dieses Begriffs für die antiken Moral-, Staats- und Rechtsphilosophien und deren normativen Debatten.<sup>189</sup>

In den antiken Gerechtigkeitstheorien wird der Gerechtigkeitsbegriff des Weiteren noch ganz eng mit dem Zustand des persönlichen Glücks konnotiert. Platon argumentiert – wie später noch näher aufzuzeigen sein wird – in seiner *Politeia*, dass ein moralischer Habitus gleichsam die Grundvoraussetzung für ein glückliches Leben darstellt. Aristoteles rezipiert in seiner *Nikomachischen Ethik* dieses Modell und erklärt die umfassende Gesetzesbefolgung einer Person zu *dikaiosyné*, da sie damit einen bedeutenden Beitrag für das subjektive Glückseligkeit aller leistet. Beiden Philosophen gemeinsam bleibt jedoch die Kontextualisierung der Gerechtigkeit mit einer allgemeinen Charakterhaltung. Gerechtigkeit innerhalb eines staatlichen Gefüges ist ein institutioneller Zustand, in dem für jeden Bürger das für ihn Gute vollständig gewährleistet erscheint.<sup>190,191</sup>

Vor Platon und seinem Schüler Aristoteles war es im 5. Jahrhundert vor Christi zunächst die Bildungs- und Aufklärungsbewegung der Sophistik, welche in den allgemein tradierten Gerechtigkeitsvorstellungen Probleme erkannten und darüber Diskurse führten.<sup>192</sup> Die sophistische Gerechtigkeitsdebatte beschäftigte sich dabei weniger mit der Frage nach dem, was in der Empirie als „gerecht“ oder „ungerecht“ verstanden wird, sondern vielmehr mit der ureigensten Genese von Gerechtigkeit. Woher stammt das, was wir in unserem Alltag gemeinhin als gerecht bezeichnen? Entsteht die

---

<sup>188</sup> Man findet in diesem Zusammenhang auch die oft mit einer ähnlichen semantischen Übersetzung behaftenden Begriffe *diké*, *dikaíos*, *adikos*, ...

<sup>189</sup> Mit dem imperialistischen Siegeszug der Römer wurde dann aus diesem Begriff das lateinische Äquivalent *iustitia*. Vgl. *Vlastos* (1971), S. 66.

<sup>190</sup> Vgl. *Horn/Scarano* (2002), S. 17 – 18.

<sup>191</sup> Aristoteles und Platon prägten mit ihren Standpunkten und Theoremen die Begriffsgeschichte zum Thema Gerechtigkeit so nachhaltig, dass sie weit bis ins 20. Jahrhundert hinein die dominanten Gerechtigkeitstheorien bleiben sollten. Alle späteren theoretischen Überlegungen lasen sich mehr oder weniger wie Kommentare und Rezeptionsarbeiten zu den antiken Theorien von Platon und Aristoteles. Erst mit und durch die „*Theorie der Gerechtigkeit*“ von John Rawls wurde ein neuer gerechtigkeits-theoretischer Meilenstein gesetzt, der dem damaligen gerechtigkeits-theoretischen Skeptizismus entgegentretend den politischen Diskurs neuerlich nachhaltig prägen sollte. Vgl. *Höffe* (2010), S. 305.

<sup>192</sup> Vor den Sophisten spielte das Prinzip der Gerechtigkeit eine überraschend unbedeutende Rolle. In den Homerischen Epen stellt die Ehre die zentrale Wertvorstellung dar. Im archaischen Griechenland intervenierten die Götter situativ zugunsten Hilfsbedürftiger mehr aus der Motivation der Vergeltung, denn aus einem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden. Vgl. *Flaig* (1998).

Gerechtigkeit etwa einer natürlichen Quelle (*physis*), beruht sie etwa auf der menschlichen Setzung (*thesis*) oder ist sie gar Resultat der Überlieferung durch Tradition und Üblichkeit (*nomos*)? Initiativer Ausgangspunkt dieser Debatte war ein Aspekt, welcher heutzutage noch den globalen Gerechtigkeitsdiskurs dominiert: der Kulturrelativismus. Die Sophisten wurden im Zuge ihres Schriftstudiums darauf aufmerksam, dass sämtliche davor existierenden Hochkulturen, wie die Perser, Ägypter oder Skythen nach anderen gesetzlichen und moralischen Regeln strebten, als dies die Griechen taten. Wenn jedoch der Keim alles Natürlichen über den gesamten Erdkreis hinweg ein- und desselben Ursprungs ist, so müssten all diese natürlichen Regeln auf ein- und dieselbe Naturkonzeption zurückgehen. Die Sophisten behelfen sich noch damit, indem sie bestimmte tradierte Gerechtigkeitsvorstellungen als gesellschaftliche Konventionen oder gar als naturrechtswidrige Zwangsregime qualifizierten.<sup>193</sup>

### III.2.2. Die Anfänge der Gerechtigkeitstheorien in den sophistischen Textfragmenten

Von den Sophisten selbst ist relativ wenig historisches Material überliefert, weshalb die in diesem Unterabschnitt anzutreffenden Textstellen, allesamt auf der Platonischen Rezeption basieren. Aufgrund der spärlich überlieferten authentischen Textzitate sei im Sinne einer angebrachten Quellenkritik festgehalten, dass schwer feststellbar ist, wie zuverlässig oder repräsentativ die Aussagen Platons sich in dieser Hinsicht erweisen. In den Platonstudien wird heutzutage jedenfalls davon ausgegangen, dass Platon den Telos der sophistischen Werke bewusst verkürzt bzw. nur die Textpassagen referierte, die seine eigenen Argumentationslinien affirmierend untermauerten, da er den sophistischen Grundgedanken doch mit einer gewissen Skepsis begegnete.

Dennoch machte sich Platon die akribische Mühe einzelne Facetten der sophistischen Gerechtigkeitsdebatte herauszuarbeiten und offenzulegen.<sup>194</sup> Platon denunzierte auf der einen Seite den Sophisten Kallikles von Archanai als einen amoralischen Provokateur, der sich selbst auf einen Gerechtigkeitsbegriff stützt, der für Platon so ganz und gar denkunmöglich, ja sogar radikal-revisionär erschien. Kallikles behauptete nämlich, dass Privilegien für die Stärksten und Besten einer Gesellschaft das Resultat eines natürlichen Prozesses seien und die damals vorherrschende Rechtsordnung hingegen ein Konstrukt der Schwachen und breiten Masse. Kallikles nahm deshalb für sich in Anspruch, die einzig wahre Gerechtigkeit der Natur zu kennen.<sup>195</sup>

Antiphon von Athen hingegen hat in seiner Schrift *Alêtheia* die Rechtsordnung vor dem Hintergrund eines natürlichen Rechts scharf kritisiert, da sich aus seiner Sicht der Nutzen des natürlichen Rechts nicht unumschränkt auf das positive Recht projizieren lasse.

---

<sup>193</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 20.

<sup>194</sup> Die hier dargelegten und angeführten Textstellen sollen unter anderem auch aufzeigen, dass es de facto keine gemeinsame Auffassung zum Prinzip der Gerechtigkeit gegeben hat. Der Sophist Protagoras wies nach Platon trefflicher Weise darauf hin, dass jede Polis letztendlich selbständig für sich Gerechtigkeit zu definieren habe.

<sup>195</sup> Vgl. hierzu auch Kerferd/Flashbar (1998), S. 77.

Ein weiterer von Platon rezipierte Sophist – Thrasymachos von Chalkedon <sup>196</sup> – gerierte sich als ein gesellschaftskritischer Ideologiekritiker, welcher das Gerechtigkeitsverständnis als ein Täuschungsmanöver des Staates entlarven wollte, da die Ordnungsregeln des Staates das Handeln der Menschen determinieren. Thrasymachos erblickt in dem Faktum, dass die Herrschenden ihre Untertanen zur Einhaltung der Rechtsordnung nötigen, eine Maßnahme, die einzig und alleine den Interessen der Herrschenden dienen sollte. Gerechtigkeit impliziert darüber hinaus den Respekt des fremden Gutes. Demnach handelt der Gerechte nach Thrasymachos für sich selbst nachteilig, weil man nicht davon ausgehen könne, dass alle im Lichte der Gerechtigkeit handeln. Gerecht ist für Thrasymachos den Gesetzen unbedingten Gehorsam entgegenzubringen, wobei er jedoch unumwunden und wehmütig eingestehen muss, dass der Starke nicht zwangsläufig auf den durch das Gesetz vorskizzierten Ordnungsrahmen angewiesen ist. Der Starke folgt demnach nicht dem regulierenden Wortlaut der Gesetze, da er auf die durch diese mediatisierte Vermeidung von Ungerechtigkeiten aufgrund seiner Stärke nicht bedarf.<sup>197</sup>

Eine weitere von Platon thematisierte Gerechtigkeitskonzeption stammt aus der Feder eines anonymen Sophisten, der in seinen Aussagen bereits eine bemerkenswerte Antizipation des neuzeitlichen Vertragsgedankens vorwegnimmt. In Abgrenzung zu Kallikles erblickt dieser in der Gerechtigkeit vielmehr ein soziales Phänomen. Von Thrasymachos unterscheidet er sich vor allem darin, dass er die existenten Gerechtigkeitsvorstellungen nicht bloß kritisiert, sondern vielmehr schon den Vorteil skizziert, den alle am Vertragsschluss Involvierten erwarten können. Dies kann als erstes Zeugnis des später noch in so vielen Facetten auftretenden Kontraktualismus betrachtet werden. Die Vorstellung der Gerechtigkeit gründet sich hier bereits auf eine strategisch-rational legitimierte Rechts- und Staatsidee.

Einigermaßen interpretatorische Rätsel gibt in diesem Zusammenhang hingegen Hippias von Elis auf. Auf der einen Seite wird er als Vertragstheoretiker dargestellt, der die Gerechtigkeit in der Polis in der unverbrüchlichen Rechtstreue sieht. Andererseits existieren aber auch ihm zuzurechnende Textfragmente, in denen er das Gesetz als Tyrannen bezeichnet, welcher die natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse zwischen allen Menschen aufhebt.

Neben dieser Skizzierung der Thesen beschäftigte sich Platon bei der Aufarbeitung der sophistischen Gerechtigkeitsdebatte auch mit zwei weiteren metaphorischen Erzählungen: der „*Ring des Gyges*“ und das Dilemma des „*hingerichteten Gerechten*“. Der „*Ring des Gyges*“ wird bei einem anonymen Sophisten als Gedankenexperiment dargestellt, welches die zentrale und fundamentale Frage aufwirft, ob jemand noch gerecht handeln würde, wenn die Repressalie der Strafandrohung definitiv entfielen. Das Dilemma des „*hingerichteten Gerechten*“ behandelt demgegenüber das Problem bzw. die Fragestellung, ob Gerechtigkeit auch dann noch wählenswert wäre, wenn der Gerechte irrtümlich als un-

---

<sup>196</sup> Seine Schriften entstammen etwa dem 5. Jahrhundert vor Christus.

<sup>197</sup> Vgl. *Kirste* (2002), S. 11.

gerecht gelten würde und ihm sämtliche soziale Zwangsmaßnahmen bis hin zur Hinrichtung widerfahren könnten.<sup>198</sup>

### III.2.3. Gerechtigkeit als deontologische Konsequenz des guten Handelns bei Platon

Wie im Vorkapitel dargestellt wurde, verorten die sophistischen Theorien das Prinzip der Gerechtigkeit als ein Phänomen der natürlichen Ordnung bzw. von sozialen Gegebenheiten. Platon<sup>199</sup> fügte der sophistischen Gerechtigkeitsvorstellung noch einen weiteren, bis dato im Gerechtigkeitsdiskurs noch nicht erörterten, Aspekt hinzu. Er erkannte richtigerweise, dass Gerechtigkeit auch eine personelle Einstellung sein kann. In Abkehr von dem sophistischen Weltbild, das den Gerechtigkeitsdiskurs im Kontext zwischen Natur und Rechtsordnung verortete, sah Platon im Ideal der Gerechtigkeit primär eine individualethische Problem- und Fragestellung. Welchen Lebensstil muss man demnach erwählen, um ein gerechtes und im weitesten Sinne auch glückliches Leben führen zu können? In seinen beiden Werken *Gorgias* und *Politeia*, welche die Form literarischer Dialoge bekleiden, gibt Platon hierauf freimütig und detaillreich Antwort. Allgemeiner Tenor seiner Theorie ist es dabei, dass sich eine gerechte Lebensführung durchaus auszahlt und insofern auch erstrebenswert ist, auch wenn dies für den Gerechten bedeutet kann, dass er ein Leben unter den widrigsten Umständen zu führen hat. Gerechtigkeit ist bei Platon etwas metaphysisch Jenseitiges. Gerechtigkeit stellt bei ihm nämlich einen kontingent wünschenswerten Idealzustand dar, der im gesellschaftlichen Ordnungssystem nur äußerst ungenügend realisiert werden kann.

In der *Gorgias* geht er von der Prämisse aus, dass die Gerechtigkeit für die Seele dieselbe Funktion besitzt, wie die Gesundheit für den menschlichen Körper. Jede Malversation schädigt dabei die Seele eines Individuums und muss unter allen Umständen vermieden werden, auch wenn dies bedeuten kann, dass das Individuum Unrecht zu erleiden hat.<sup>200</sup> In der *Gorgias* wird demnach die ubiquitär geforderte Billigkeit zwischen dem eigentlichen Gesetzeswortlaut und der nicht näher definierten bzw. bestimmten Natur des Menschen verortet. Für die jeweils genaue Determinierung dieses Billigkeitsgedankens auf den jeweiligen Sachverhalt bedarf es eines Rhetors, welcher die Mitglieder der Sozietät von deren unbedingten Beweiskraft respektive deren sozialen Zweckbestimmung überzeugen sollte.<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 21 – 22.

<sup>199</sup> Platon recurriert in seinen Überlegungen zum Thema Gerechtigkeit einigermaßen stark auf seinen Lehrer Sokrates. Sokrates, von dem ja bekanntermaßen nichts Schriftliches überliefert wurde, erblickte gerechtes Tun und Handeln als eine Grundbedingung für das Gute schlechthin, das er gleichzeitig auch mit dem subjektiven Glück und dem Seelenheil gleichsetzte.

<sup>200</sup> Dieser akteursrelative Konsequentialismus wird von Platon keineswegs stringent aufrecht erhalten. Denn auf der einen Seite stützen sich die Platonischen Thesen auf eine harmonische Gesamtordnung, welche dem Menschen Gerechtigkeit und andere Tugenden abverlangten; auf der anderen Seite beruft sich Platon jedoch auf ein mystisches Jenseitsgericht als eine Strafsanktion für die belasteten Seelen. Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 23.

<sup>201</sup> Vgl. Kirste (2002), S. 12.



Eingehender widmet sich Platon dem Ideal der Gerechtigkeit jedoch im Rahmen seiner *Politeia*. Ausgehend vom hellenistischen Verständnis der Gerechtigkeit als erstrebenswerte, mathematische Proportionalität entwickelte Platon eine neuartige Gerechtigkeitskonzeption, die die Gerechtigkeitsdefinition in den abendländischen Denkweisen lange Zeit mitbestimmen sollte. Die berühmte „*Summa cuique*“ – Formel<sup>202</sup> liest sich bei Platon zunächst allerdings noch etwas anders. Gerechtigkeit soll nämlich nichts anderes sein, als „*Freunden Gutes zu tun und Feinden Böses*“ oder pointiert anders artikuliert „*jedem das ihm Gebührende zukommen zu lassen*.“<sup>203,204</sup>

Gerechtigkeit soll dabei nicht bloß eine Folgeerscheinung menschlichen Handelns sein, sondern Gerechtigkeit soll vielmehr aus einer autonomen, intrinsischen Motivation heraus angestrebt werden, auch wenn dies – in äußerster und letzter Konsequenz – den Verlust sämtlicher sozialer Güter zur Folge haben könnte. Aber genau in diese Richtung zielt die Intention Platons. Er möchte zeigen, dass sich ein gerechtes Leben für einen Menschen jedenfalls und bedingungslos lohnt.

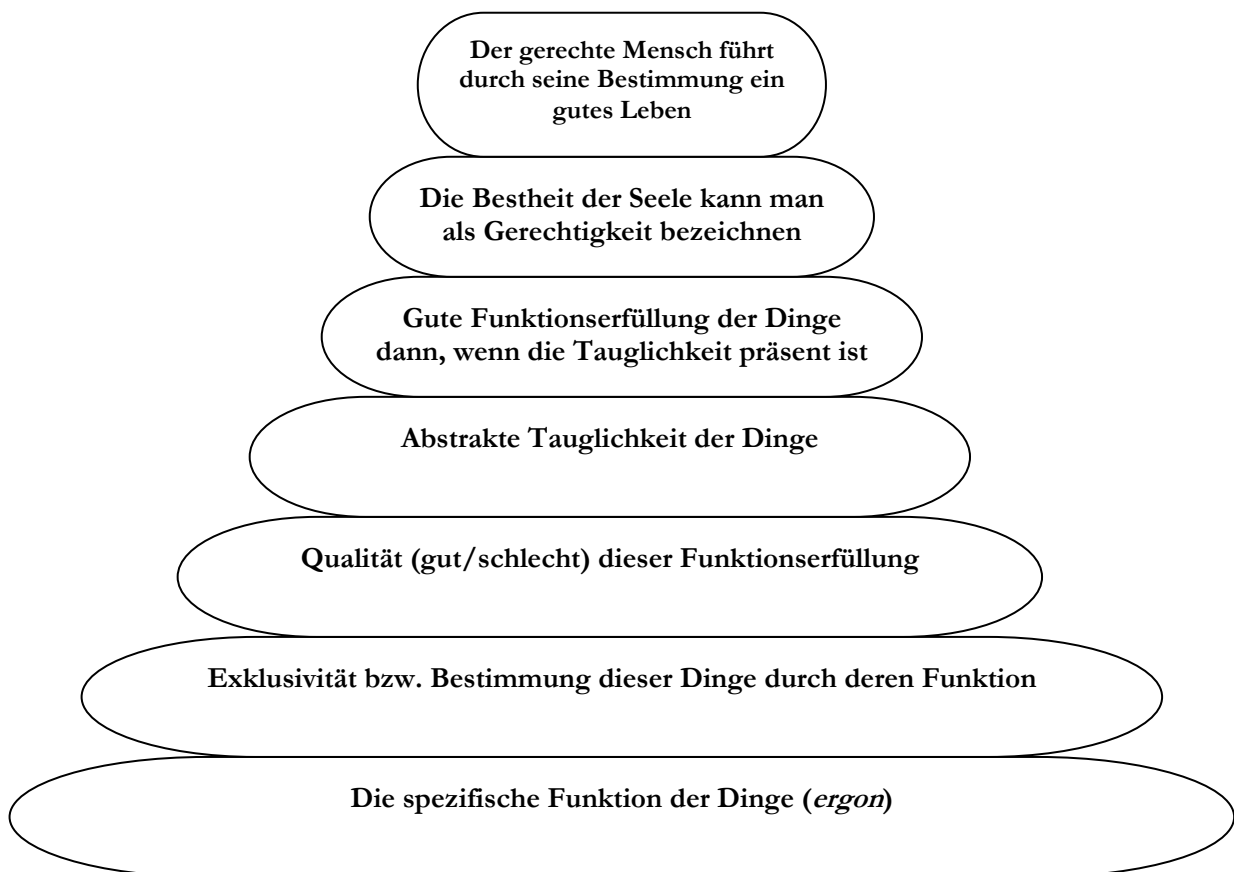


Abb. 13: Die funktionale Theorie des Guten von Platon im Kontext seiner Gerechtigkeitskonzeption

<sup>202</sup> Genauer *Tschentscher* (1999) in FN2, S. 45.

<sup>203</sup> *Platon*, *Politeia* 332 c.

<sup>204</sup> Eine spezielle Relation weist die Gerechtigkeit auch zum Glück und zum Guten auf. Letztendlich ist bei Platon das gerechte Handeln gleichbedeutend mit einem glücklichen Leben. Während gerechtes Handeln aber dabei nicht als purer Selbstzweck fungiert – es soll vielmehr helfen, die Zielvorstellung des Guten zu realisieren – werden das Glück und das Gute um ihrer selbst Willen angestrebt. Vgl. *Schäfer* (2007), S. 134.

Ausgehend von der in Abbildung 13 dargelegten Theorie des Guten gelangt man bei Platon zum nächsten theoretischen Gedankenschritt, zur Theorie der funktionalen Spezialisierung. Nach Platon unterscheidet sich jedes Individuum durch ihm eigene spezifisch-angeborene Anlagen. Daraus abgeleitet folgert Platon, dass die Aufgabenverteilung innerhalb eines Staatengebildes so vorgenommen werden sollte, damit jedes Individuum seine individuelle Eignung für dessen Staatsverband am dienlichsten unter Beweis stellen kann. Daraus folgt, dass sich in einem gut organisierten Staat automatisch gewisse soziale Stände ergeben. Von diesem Umstand inspiriert, zirkelt Platon die essentielle Grundformel seiner politischen Gerechtigkeitstheorie: Jeder soll die soziale Rolle oder Funktion erfüllen, für die er sich am besten eignet und jeder soll diejenigen Güter erhalten, die ihm zustehen. Dies bildet bei Platon die Grundvoraussetzung für einen harmonischen Zustand in der griechischen Polis.<sup>205</sup>

Darin manifestiert sich ferner Platons tiefgreifende Ablehnung gegenüber einer Gerechtigkeitskonzeption, die grundsätzlich eine Verpflichtung in Relation zu anderen statuiert und nicht als eine Selbstverpflichtung, die der menschlichen Natur geschuldet ist. Gerechtigkeit geriert sich als ethisch-intrinsische Motivation, die durch die Seele des Handelnden determiniert wird. Das Gerechte fundiert dabei auf einen inneren Seelenzustand, den man nur durch innere Ruhe und Harmonie erlangt.<sup>206</sup> Gerechtigkeit als integraler Bestandteil des menschlichen Seelenlebens, ist die Basis für das menschliche Zusammenleben. Denn – so Platon – vermag die Verschiedenheit in der Reichweite von Gerechtigkeit nichts an deren inhaltlichen Intention zu ändern.<sup>207</sup>

Kann man das Platonische Gerechtigkeitsideal (Gerechtigkeit als einen Zustand seelischer Harmonie) noch mit dem aktuell verwendeten Begriff der Gerechtigkeit vergleichen? F.C. White hat den Versuch unternommen, die Platonische personelle Gerechtigkeit so zu verteidigen, wie dies vielleicht Platon selbst heutzutage getan hätte: Einzelne gerechte Handlungen erzeugen für sich noch keinen zufriedenstellenden Zustand von Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit und das gerechte Handeln müssen quasi zu einem unwiderruflichen und fixen Bestandteil des Charakters werden. Um einen solchen unabänderlichen Charakterzustand zu erzielen, muss die Seele eine harmonische Ordnung aufweisen. Dies muss für jemand Außenstehendes als nachzuahmendes Ideal erkennbar sein, der sodann seine Seele durch intellektuelle Erkenntnis in diesen Zustand transformieren möchte.<sup>208</sup>

Welche Rolle spielt dabei aber das Recht in der Platonischen Gerechtigkeitsdefinition? Gleich vorweg genommen, nur eine subsidiäre. Denn nur dann, wenn es den Menschen bei der Regulierung öffentlicher Agenden an der notwendigen Einsicht ermangeln sollte, soll dieser Mangel an der staatli-

---

<sup>205</sup> Diese These wird in der Platonforschung als „*Idiopragieformel*“ bezeichnet. Nach Platons eigener Auskunft geht sie auf den Dichter Simonides zurück. Vgl. *Vlastos* (1995), S. 70. Diese Formel hat auch für die später noch darzustellenden Theorien bemerkenswerte Wirkung. Die Gerechtigkeitskonzeptionen von Aristoteles, Cicero, Augustinus oder Thomas von Aquin sind beispielsweise Abwandlungen bzw. Ableitungen dieser berühmten Gerechtigkeitsformel.

<sup>206</sup> Platon stellt dabei auch einen engen Konnex mit dem Ideal des Schönen her. Vgl. *Platon*, *Politeia* 505d. Allgemein und ausführlich kommentiert siehe bei *Schütrumpf* (1997), S. 37 – 40.

<sup>207</sup> Vgl. *Platon*, *Politeia* 368d.

<sup>208</sup> Vgl. *White* (1988).

chen und sozialen Ordnung durch die Garantien des Rechts substituiert werden. Gesetze fungieren somit als Stabilisierungsfaktoren zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Polis. Dabei sollen Gesetze nur Rudimentäres und Allgemeines festhalten, keinesfalls aber allzu tief in die menschlichen privaten Lebensbereiche vordringen. Das Gesetz fungiert nur als Hilfsinstrumentarium, damit alle Bürger von unterschiedlichem Charakter ihr individuelles, und damit auch das gesellschaftliche, Glück entfalten können. Gerechtigkeit ist somit hierarchisch über den ihr lediglich zu dienenden Gesetzen zu positionieren.<sup>209</sup>

Platon betrachtet Gerechtigkeit im Rahmen einer Sozietät dann als realisiert, wenn sich das durch die Gerechtigkeit ausgehende Gute in vollem Maße verwirklichen konnte. Diese epistemologische Theorie des Guten vermag dabei zweierlei zu leisten. Zum einen ist sie Grund und Zweck alles Guten und zum anderen stellt sie auch das höchste anzustrebende Ziel einer politischen Entität dar. Dies erklärt auch, dass derjenige, der die ordnungsstiftende Idee erkennt und imitiert, seinen bestmöglichen persönlichen Zustand erreicht oder sich diesen zumindest annähert. Letztlich konstatiert Platon, dass die Perzeption und Annahme des Gerechten, einem Menschen einen gottesähnlichen Zustand verleiht. Ein Charakteristikum der Platonischen Teleologie zeigt sich mitunter darin, dass er Gerechtigkeit als das geordnete strukturelle Verhältnis der Dinge zueinander ansieht. Oder mit anderen Worten: Die Erfahrung der wohl geordneten Einheit der Ideen wird als notwendige und historische Bedingung dafür angesehen, Gerechtigkeit als Charakterzustand zu erreichen.<sup>210</sup>

#### **III.2.4. Die Aristotelische Gerechtigkeitstheorie – ein erster theoriegeschichtlicher Meilenstein**

Aristoteles hat auch was das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit anbelangt – so wie in vielen anderen Feldern der Wissenschaft und Philosophie – wahre und eindrucksvolle Pionierarbeit geleistet. In Abgrenzung zu seinem Lehrer Platon und dessen Thesen über die metaphysische Ideenwelt, wählte Aristoteles einen möglichst praktischen Zugang und stellte sich die Frage, wie Gerechtigkeit in der antiken Polis durch das von Platon noch so geschmähte Medium des Rechts bestmöglich realisiert werden könnte. Aus diesem Grund sei bereits an dieser Stelle vorweggenommen, dass er einen bis dato noch nicht dagewesenen formalistischen Gerechtigkeitsbegriff propagiert hat.<sup>211</sup>

Seine Betrachtungen über die Gerechtigkeit fasste Aristoteles allesamt im 5. Buch der *Nikomachischen Ethik*<sup>212</sup> zusammen. Für Aristoteles stellt Gerechtigkeit eine nachstrebenswerte menschliche Tugend dar, die auf das sittlich Gute des Menschen abzielt. Nach Aristoteles kann der Mensch sich

---

<sup>209</sup> Gesetze führen nach Ansicht Platons immer nur zur zweitbesten staatlichen Ordnung. Zu präferieren ist viel eher die uneingeschränkte Herrschaft der Philosophenkönige, die sich allerdings nicht überall auch verwirklichen lässt. Vgl. Fröhlich (2007), S. 136.

<sup>210</sup> Vgl. Kraut (1992)

<sup>211</sup> Dies artikuliert sich auch darin, dass Gleichheit zunächst nicht eine materielle Idealvorstellung darstellt, sondern vielmehr ein konzeptionell notwendiges Konstrukt für funktionierende individuelle Beziehungsgeflechte.

<sup>212</sup> Benannt nach seinem Sohn Nikomachos.

Tugenden, sowohl durch den Gebrauch seines rationalen Verstandes als auch durch praktische Gewohnheit und Übung aneignen und erlernen. Zu ersterer Form, der rationalen Tugend, zählt Aristoteles etwa die Weisheit, die Auffassungsgabe oder die Klugkeit und zu zweiteren ethischen Ausprägungsform der Tugend die Generosität, die Besonnenheit und eben auch die betont praktisch gehaltene Gerechtigkeit.<sup>213</sup>

Gerechtigkeit, als eine vollkommen verstandene Tugend, ist bei Aristoteles immer nur denkbar in der Bezugnahme auf andere Gesellschaftsmitglieder. Die Tugend ihrerseits ist wiederum ein Bestandteil des Rechts (*nomos*) und legt daher die Konsequenz nahe, dass derjenige, der sich nach dem Wortlaut der Gesetze richtet, auch gerecht handelt.<sup>214</sup>

Aristoteles rezipierte die Platonische *dikaioσύνη*-Begrifflichkeit, verfeinerte sie jedoch mit einer von Platon unterlassenen, aber entscheidenden Differenzierung. Aristoteles entwickelte in diesen Differenzierungsschritten dabei jene Theorie, die noch bis zum heutigen Tage den Ausgangspunkt jeder ernsthaften Auseinandersetzung mit Gerechtigkeitstheorien darstellt. Ganz entscheidender und auch zentraler Wesenskern seiner Aussagen über die Gerechtigkeit ist dabei die Gleichheit. Aristoteles erkannte schon damals, dass die bloße Formulierung formaler Gleichheiten durch Gesetzesrecht, eindeutig zu wenig ist, um in den sozialen Lebensrealitäten der Menschen transformiert werden zu können. Das proportional Gleiche bei Aristoteles, die erstrebenswerte Mitte zwischen dem Zuviel und Zuwenig, muss seiner Meinung nach materiell verstanden werden. Aristoteles fasste dies im Streben nach möglicher Proportionalität in einer aus der Mathematik angelehnten Formel in etwa so zusammen: Das Gleiche ist das Mittlere, so muss auch das Recht das Mittlere sein. Das Recht ist demnach proportional, denn das Proportionale ist die Mitte und das Gerechte ist das Proportionale.<sup>215,216,217</sup>

Ganz im Sinne der von ihm begründeten Metoteslehre stellt auch die Gerechtigkeit eine Mitte zwischen zwei Extrema dar. An einem Pol steht dabei die Charakterschwäche Mehr zu nehmen, als was einem Individuum in realiter zustehen würde (Unrecht tun) und am anderen Ende aus freien Stücken Weniger anzunehmen, als einem tatsächlich zustehen würde (Unrecht erdulden). Während

---

<sup>213</sup> Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik 1103 a, 3 ff.

<sup>214</sup> Vgl. *Kramer* (1992), S. 30 – 31.

<sup>215</sup> Vgl. *Schwintowski* (1996), S. 196.

<sup>216</sup> Das Streben nach allumfassendem komparativem Ausgleich wird in der Aristotelesrezeption als „Metotes-Lehre“ bezeichnet. Diese besagt in ihrem inhaltlichen Kern, dass sämtliche Ausprägungen von Tugend zwischen zwei zentralen Extrema oszillieren. Das Auffinden genau dieser Mitte stellt die hehre Aufgabe der Tugend dar. So geriert sich die Tapferkeit als erstrebenswerte Mitte zwischen Tollkühnheit und Feigheit, die Besonnenheit als Abwägung zwischen Zügellosigkeit und Gefühlskälte und die Großzügigkeit als Mitte zwischen Übermaß und Mangel. Vgl. *Székesy* (2003), S. 16.

<sup>217</sup> Auf dieser Überlegung von Aristoteles basiert das wichtige, auch das heutige Verfassungs- und Europarecht prägende, Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Der römische Rechtsphilosoph Ulpian entwickelte später diese Idee weiter und kommentierte dies in einem der klassischen römischrechtlichen Grundsätze zusammenfassend so: „*Ius est ars boni et aequi* – Recht ist die Kunst des Guten und Ausgewogenen.“ *Ulpian*, Digesten 1,1,1 pr..

beide Pole bei Aristoteles Horte der Ungerechtigkeit<sup>218</sup> darstellen, wird die Gerechtigkeit von ihm als proportional<sup>219</sup> ausgleichendes Mittemaß befunden.<sup>220</sup>

Ein prägendes Charakteristikum der Aristotelischen Theorie besteht mitunter in dem permanenten Streben nach eben dieser Ausgewogenheit. So erlangte auch in den Aristotelischen Gerechtigkeitstheorien eine weitere Begrifflichkeit große Bedeutung: die *pleonexia*. Diese lässt sich frei als ein Charakterzustand deuten, welcher zu ungerechten Handlungen führt und letztendlich auf der menschliche Gier gründet, wenn jemand nach Gütern strebt, die ihm gar nicht zustehen. Der Gerechte geriert sich in diesem Falle genau als Antithese des Ungerechten, indem man fremde Güter respektiert und keinesfalls mehr besitzen oder sich aneignen möchte, als ihm auf Grundlage seiner gesellschaftlichen Stellung auch tatsächlich zusteht.

Platon verwendet den Gerechtigkeitsbegriff in seiner Konzeption nämlich noch undifferenziert. Zum einen erweist sich Gerechtigkeit als eine Expression für die charakterliche Verfasstheit einer Person, als auch für staatlich-institutionelle Zustände. Auf der anderen Seite erblickt Platon jedoch in der Gerechtigkeit auch eine geeignete Verhaltensweise, die einer Person oder einem Staat zu einer angemessenen Güter- wie Aufgabenverteilung befähigt. Aristoteles erkennt dabei, dass diese von Platon vorgenommene äquivalente Verwendung für die theoretische Begriffsklärung keine zufriedenstellende Analyse erlaubt. Aristoteles definiert, verkürzt und determiniert für seine Zwecke die den *dikaio syné*-Begriff. Gerechtigkeit steht in den Aristotelischen Theorien für die persönliche sowie individuelle Verhaltensweise einer angemessenen Güterverteilung. In dieser morphologischen Verkürzung wie gleichzeitig in der Ausdifferenzierung des Gerechtigkeitsbegriffs liegt der entscheidende Beitrag des 5. Buches der *Nikomachischen Ethik* für die gesamten später noch folgenden Gerechtigkeitstheorien.

Aristoteles differenziert im 5. Buch der *Nikomachischen Ethik* pointiert und mit aller Klarheit zwischen einer allumfassenden tugendhaften Gerechtigkeit und eben einer speziellen Gerechtigkeit, die für ihren Teil nur einen kleinen Teil bzw. Ausschnitt der Gesamtgerechtigkeit ausmacht.<sup>221</sup>

---

<sup>218</sup> Unrecht und Ungerechtigkeit sind schon bei Aristoteles keine austauschbaren Synonyme. Zwar ist jede Ungerechtigkeit prima vista Unrecht, aber nicht umgekehrt. Unrecht, z.B. in der Form eines zu viel Beanspruchens von sozialen Gütern kann auch auf Zufälligkeiten beruhen, ohne dass das damit verbundene Handeln per se als gerecht oder ungerecht klassifiziert werden könnte. Vgl. *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* 1134a, 30ff.

<sup>219</sup> Diese Proportionalität exemplifiziert Aristoteles anhand von mathematisch beeinflussten Beispielen. Vgl. *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* 1129a.

<sup>220</sup> Vgl. *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* 1129b, 32.

<sup>221</sup> Bei den scholastischen Aristoteles-Kommentaren des 13. Jahrhunderts wird diese Dichotomie von *iustitia generalis* bzw. *universalis* einerseits und *iustitia specialis* bzw. *particularis* für den heutigen Diskurs entscheidend mitgeprägt. Vgl. *Horn/Scarano* (2002), S. 27.

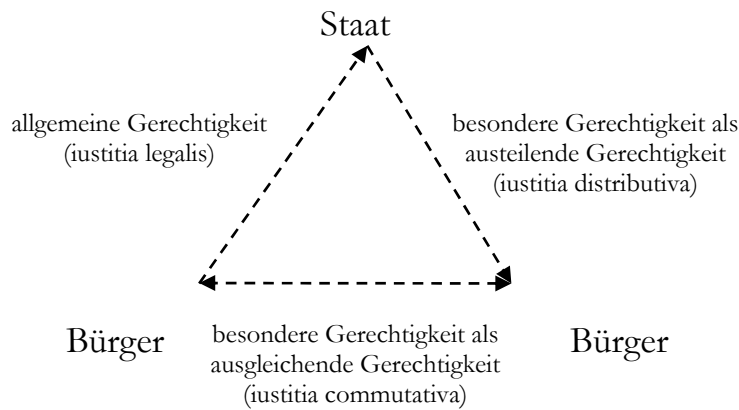


Abb. 14: Die Manifestation der Gerechtigkeit im Verhältnis zwischen Bürger und Staat und den Bürgern untereinander

Ist nun Gerechtigkeit im Aristotelischen Verständnis gleichzuhalten mit vollkommener Gesetzesloyalität? Wiederum verlangt dies eine etymologische Herangehensweise. Die Identität von Gesetzestreue mit Gerechtigkeit kann mit der in den Aristotelischen Gerechtigkeitsdiskursen häufig verwendeten *iustitia legalis* oder *universalis* erklärt werden. Aus heutiger Sicht ist ein schlichter Legalismus ohne die Einbeziehung moralischer Werte schlichtweg unpraktikabel. Man tut dabei Aristoteles insofern unrecht, da das im II. Teil dieser Arbeit behandelte Recht zur Zeit der griechischen Antike weiter und allumfassender zu verstehen war. Nicht nur die positiv gesetzten Normen, sondern auch die vielen moralisch beeinflussten, ungeschrieben aber latent vorhandenen, Gesetzmäßigkeiten waren für Aristoteles verbindliche Bestandteile des gesamten Rechtskanons. Dies lässt sich des Weiteren auch daran erkennen, dass Gerechtigkeit in ihrer Ausprägungsform als loyale Gesetzestreue für Aristoteles eine Grundvoraussetzung sowohl für die politische Ordnung, als auch für die Entwicklung der individuellen Tugend darstellt.<sup>222,223</sup>

Weitaus bekannter als die *iustitia legalis* ist bei Aristoteles die Lehre von der sog. *iustitia particularis*, welche sich ihrerseits wiederum aus zwei weiteren Gerechtigkeitskategorien konstituiert: nämlich der Verteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*) sowie der ausgleichenden, kompensierenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa od. correctiva*).

Die distributiv austeilende Gerechtigkeit wird bei Aristoteles als Ordnungsmaxime bei der Güterverteilung von sozialen Gütern herangezogen.<sup>224,225</sup> Soziale Güter werden dabei sehr extensiv und

<sup>222</sup> Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik 1253a, 14 ff.

<sup>223</sup> Mit der allgemeinen Verteilung von Rechten und Pflichten konstituiert sich die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit. An dieser Stelle sei bereits ein kleiner prospektiver Ausblick auf den IV. Teil dieser Arbeit erlaubt. Der Staat darf demnach bei der Verteilung der Güter keinesfalls willkürlich verfahren. Das was Aristoteles in seiner *Nikomachischen Ethik* als *iustitia legalis* oder *universalis* formuliert, findet sich innerhalb der modernen Rechtsordnungen als allgemein zu beachtender Gleichheitssatz wieder. Vgl. zum österreichischen Gleichheitssatz *Öblinger* (2009), S. 336 – 361.

<sup>224</sup> All diese in große Bekanntheit erwachsenen lateinischen Begrifflichkeiten stammen klarer Weise nicht von Aristoteles selbst, sondern lassen sich auf die Rezeptionsarbeiten von Thomas von Aquin (etwa 1934) zurückführen.

<sup>225</sup> Verfehlt ist dagegen die Ansicht Wojciech Sadurskis, der diese von Aristoteles mit Akkuratess vorgetragene Differenzierung ablehnt, und die Formen der besonderen Gerechtigkeit als uniformen Gerechtigkeitskomplex darstellen möchte. Die artifizielle Differenzierung zwischen korrektiver und kommutativer ist deshalb verfehlt, da es sich bei beiden Ausprägungsformen von Gerechtigkeit um zwei Seiten der gleichen Medaille handeln würde. Die kommutative Gerechtigkeit formuliert Verteilungsregeln, die korrektive Gerechtigkeit – nach Meinung Sadurskis – erfordert deren Einhaltung. Vgl. *Sadurski* (1985), S. 32 – 33.

weit ausgelegt. Es handelt sich hierbei um alle gesellschaftlich möglichen Vorteile wie Ämter, Zuweisungen von Gütern bzw. anderen Ehren, welche die gesellschaftliche Stellung einer Person positiv zu beeinflussen vermögen. Aristoteles geht dabei von den mathematischen Lehren der perfekten Proportionalität aus. Die Menge der in einem Verteilungsprozess zugeteilten Güter entspricht hierbei exakt der Würdigkeit bzw. des Verdienstes und verhält sich dabei strikt proportional zu der Güterzuweisung-Verdienst-Relation jedes beliebigen Dritten innerhalb der Gesellschaft.<sup>226</sup> Demnach sollen soziale Güter nicht strikt numerisch verteilt werden, sondern vielmehr – ganz im Sinne von Aristoteles – proportional, also verhältnismäßig.<sup>227</sup>

Die kommutative (ausgleichende) Gerechtigkeit<sup>228</sup> verortet Aristoteles im Kontext von sozialen Interaktionen. Soziales, auf Freiwilligkeit basierendes, Interagieren, also freiwillige Tausch- und Vertrags-, aber auch deliktische Unrechtsbeziehungen sind Anwendungsgebiete der ausgleichenden Gerechtigkeit. Im Falle von Tauschbeziehungen offenbart sich diese Gleichwertigkeit in einem äquivalenten Leistungs- und Gegenleistungsverhältnis; in den deliktischen Unrechtsfällen soll begangenes bzw. erfahrenes Unrecht mit einer entsprechenden Strafe wiederum ausgeglichen werden.<sup>229,230</sup>

Die korrektive Gerechtigkeit kennt hingegen zwei Teilaspekte, die wiederum später zu den Grundfundamenten des Vertrags- und Deliktsrechts des römischen Privatrechts wurden. Zum einen soll bei einer gesellschaftlichen Transaktion eine Äquivalenz von Gabe und Gegengabe, ähnlich einer mathematischen Gleichung, vorherrschen. Wer von einem anderen eine Sache erhält, schuldet diesen eine entsprechende Gegenleistung. Analog verhält es sich im Falle eines Verbrechens.<sup>231</sup> Die Kompensation für diese Malversationen soll genau der zu tätigenen Entschädigung entsprechen. Sowohl im Falle der freiwilligen Transaktion als auch der Unrechtstaten haben alle Involvierten unabhängig von ihrem gesellschaftlichen Status Anspruch auf Ausgleich bzw. Restitution des vor der Transaktion vorherrschenden Ausgangszustandes.<sup>232</sup> Die korrektive Gerechtigkeit wirkt daher kompensatorisch; d.h. der auf Übervorteilung beruhende Gewinn soll abgeschöpft und der Schädiger einer gerechtfertigten Bestrafung zugeführt werden. Ganz im Sinne der Metoteslehre wird die korrektive Gerechtigkeit von Aristoteles in der Mitte zwischen Schaden und restitutiver Wiedergutmachung verortet, wes-

---

<sup>226</sup> Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik 1131a, 21 ff.

<sup>227</sup> Vgl. ebd. 1132b, 28.

<sup>228</sup> Diese Form der Gerechtigkeit wird von Aristoteles auch als rechtliche Gerechtigkeit apostrophiert, da sämtliche Lebensbereiche der Polis von Recht in irgendeiner Form tangiert werden. Vgl. ebd. 1137b, 1 ff..

<sup>229</sup> Vgl. *Koller* (2001), S. 27 – 28.

<sup>230</sup> Die *iustitia particularis* besteht daher bei genauerer Betrachtung aus zwei Subkategorien. Auf der einen Seite die *iustitia commutativa*, die nach traditionellem Verständnis die grundsätzliche Äquivalenz von vertraglich ausgetauschten Gütern und Leistungen verlangt. In ihrer zweiten Form als Wiedergutmachung- und Strafgerechtigkeit (*iustitia correctiva* oder *restitutiva*) fordert sie die prinzipielle Gleichwertigkeit von Schaden und Schadenersatz sowie von Unrecht und Strafe. Vgl. *Dreier* (1985), S. 104 – 105.

<sup>231</sup> Aristoteles charakterisiert das Verbrechen in seinen Schriften häufig als eine „*unfreiwillige Transaktion*“.

<sup>232</sup> Ernest Weinrib projiziert die Grundsätzen der Ausprägungsformen von besonderer Gerechtigkeit auf die heutigen Rechtsordnungen, die sich ja bekanntermaßen aus öffentlichen wie auch privatem Recht zusammensetzen. Im Privatrecht zeigt sich seiner Ansicht nach latent der synallagmatische Geist der korrektiven (ausgleichenden) Gerechtigkeit, während er die austeilende, distributive Funktion am ehesten im öffentlichen Recht verwirklicht sieht. Vgl. *Weinrib* (1989), S. 216.

halb sie vom antiken Rechtsphilosophen, der sich bekanntermaßen auch auf dem Gebiet der Mathematik seine Meriten verdienen konnte, als arithmetische Gerechtigkeit bezeichnet wurde.<sup>233</sup>

Das wohl augenscheinlichste Unterscheidungsmerkmal zwischen der kommutativen und korrektiven Ausprägung der Gerechtigkeit besteht darin, dass die austeilende Gerechtigkeit in ihrer praktischen Handhabung *nolens volens* eine mit einer Autorität ausgestattete (staatliche) Instanz erforderlich werden lässt, während bei der korrektiven Gerechtigkeit die darin involvierten Parteien direkt miteinander interagieren können.<sup>234</sup>

Noch ein weiteres Element der Aristotelischen Gerechtigkeitstheorien bedarf in diesem Kontext einer näheren Betrachtung. Gegen Ende des 5. Buches der *Nikomachischen Ethik* sinniert Aristoteles bemerkenswert stringent über die den Menschen anhaftende Billigkeit.<sup>235</sup> Sollte sich das Recht in der griechischen Polis im Rahmen seiner Anwendung oder Interpretation dennoch als teleologisch unvollständig erweisen, so soll die persönliche Urteilskraft jedes Einzelnen diese Mängel substituieren. Schon Aristoteles erkannte nämlich richtigerweise, dass ein allgemein gefasstes Gesetz nur schwerlich all die spezifischen Ansprüche und Umstände jedes Einzelfalls mitberücksichtigen könne. Es bedarf diesbezüglich einer abwägenden, nach Ausgleich strebenden, Kompetenz, welche das gesatzte Recht fallgerecht ergänzt bzw. modifiziert. Diese Ergänzung bzw. Abwandlung sollte dabei so vorgenommen werden, „als ob der Gesetzgeber selbst dort anwesend wäre und als ob er den Fall, wenn er ihm bewusst gewesen wäre, selbst in das Gesetz aufgenommen hätte.“<sup>236</sup> Das Element der Billigkeit kann daher als „Berichtigung des Gesetzes, da wo es in Folge seiner allgemeinen Fassung lückenhaft ist“<sup>237</sup>, betrachtet werden.

Im Weiteren kommentiert Aristoteles auch die von den Sophisten initiierte Naturrechtsdiskussion. Auch Aristoteles anerkennt die Existenz einer natürlichen Gerechtigkeit (*physikon dikaion*). Nach der Auffassung von Aristoteles lässt sich diese jedoch nicht durch menschliches Handeln bzw. Taten begründen, verändern oder gar verhindern. Aristoteles als einen strikten Verfechter des Naturrechts zu deklarieren, wäre dennoch zu kurz gegriffen. Er postuliert – und manch aufmerksamer Leser mag während der Lektüre seiner Werke eine leichte Präferenz diesbezüglich erkennen – auch das Bestehen einer gesatzten Rechtsordnung (*nomikon dikaion*), bei welcher das Recht seine Gültigkeit und Autorität qua seiner Setzung erhält. Die geschriebene Rechtsordnung rekurriert dabei über weite Strecken auf einer naturrechtlichen Basis. Die differenzierenden Ausformungen lassen sich durch die spezifischen

---

<sup>233</sup> Vgl. *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* 1131b, 24 f.

<sup>234</sup> Vgl. *Székesy* (2003), S. 18 – 19. So prinzipiell richtig eine solche Ansicht auch sein mag, so wird sie selten ganz zu Ende gedacht. Denn auch die *iustitia correctiva* erfordert als ultima ratio eine höhere schlichtende Instanz, deren Urteilsvermögen sich die Parteien letztlich zu unterwerfen haben. Insofern werden diese sozialen Beziehungsregeln *inter pares*, ebenfalls von einer höheren Instanz, wenn auch nur auf indirektem Wege, geregelt.

<sup>235</sup> Im Griechischen *epiēteia* genannt. Dieser Ausdruck erlangte später dann vor allem durch die Rezeption im Römischen Recht als *aequitas* weit verbreitete Bekanntheit. Vgl. zur Bedeutung der *aequitas* für das österreichische Zivilrecht IV.4.1..

<sup>236</sup> *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* 1137b, 22 ff..

<sup>237</sup> Ebd. 1137b, 26 f..



kulturrelativen, ethnischen und historischen Unterschiede erklären, die aber allesamt als kontinuierliche Weiterentwicklung ein- und desselben naturrechtlichen Fundaments anzusehen sind.<sup>238</sup>

Einer der wohl schärfsten neuzeitlichen Kritiker der Aristotelischen Gerechtigkeitskonzeption war der österreichische Staatsrechtslehrer Hans Kelsen. Kelsen irritierte vor allem die Undefiniertheit und Indifferenz der Aristotelischen Gerechtigkeitskonzeption sowie die Tautologie der von Aristoteles propagierten „*Suum cuique*“-Formel. Aristoteles bleibt nämlich bei genauerer Betrachtung präzise Kriterien schuldig, wie genau Aspekte von Gerechtigkeit im positiven Recht verankert werden könnten. Beschränkt man die Suche nach Gerechtigkeit nur auf das positive Recht, so darf man hievon aber keine Gerechtigkeitsprinzipien ableiten. Dies wäre – wie bereits erwähnt – reine Tautologie.<sup>239</sup>

Heutige Aristoteliker, wie beispielsweise Ernest Weinrib, widersprechen Kelsen in diesem Punkt mit entschiedener Vehemenz. Er gesteht Kelsen zwar zu, dass Gerechtigkeit immer nach materiellen referenziellen Anknüpfungspunkten verlange, die auch im positiven Recht bereits verankert sein können. Deswegen aber gleich unverhohlen die Verzichtbarkeit der Aristotelischen Thesen zu proklamieren, greift dennoch zu kurz. Denn die intelligiblen Thesen sind bei Aristoteles den materiellen empirischen Erscheinungsformen von Gerechtigkeit gedanklich strikt vorgelagert. Vielmehr sind die Kriterien von Gerechtigkeit keine induktiven Konsequenzen realer empirischer Phänomene des Rechts, sondern evidente menschliche Verhaltensmuster.<sup>240</sup>

### III.2.5. Epikur – ein rechtspositivistischer Gerechtigkeitsutilitarist?

Epikur verortete seine Vorstellung von einer gerechten Gesellschaft zwischen Gerechtigkeitspositivismus und Naturrechtslehre. Kontrastierend zu Aristoteles positioniert er jedoch das Phänomen der Gerechtigkeit nicht überwiegend auf einem naturrechtlichen Fundament. Gerechtigkeit nach Epikur setzt stets menschliches Handeln bzw. die Transformation in ein möglichst vorteilhaft gestaltetes Gesetzesrecht voraus. Je höher der allgemeine Nutzen, welcher durch die Rechtsordnung verbreitet werden soll, ist, desto höher fällt auch dessen Gerechtigkeitsgehalt aus. Epikur vertritt dabei eine durchaus kontraktualistische und zugleich utilitaristische Perspektive. So erweist sich Gerechtigkeit als ein Produkt bzw. als ein Resultat reziproker intersubjektiver Konventionen, deren ambitioniertes Ziel es darin zu suchen gilt, einem Dritten möglichst keinen Schaden zuzufügen. Gesetzesrecht ist aber laut Epikur nicht per se gerecht; er ist demnach auch kein Protektionist eines strikten Rechtspositivismus; er relativiert den Gerechtigkeitscharakter je nach Zweckerfüllung eines Gesetzes.

---

<sup>238</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 27.

<sup>239</sup> Vgl. Kelsen (1975), S. 34 – 36.

<sup>240</sup> Vgl. Weinrib (1989), S. 216. Ähnlich auch Lilja Székessy. Sie verortet bei Kelsen eine konsequentielle Logik, die letztlich in einer Verbindung zwischen formalen und materiellen Elementen mündet. Die formalen Kriterien müssen zunächst bedacht werden, verbleiben aber ohne die konkrete materielle Anbindung an empirische Gegebenheiten über weite Strecken wirkungslos. Andererseits wären auch materielle Erscheinungsformen von Gerechtigkeit ohne sie ordnende formelle Handlungsrahmen sinnlos. Vgl. Székessy (2003), S. 19.

Weist ein Gesetz keinen oder nur einen sehr eingeschränkten Nutzen auf, so spricht Epikur von einem ungerechten Gesetz. Im 33. seiner zentralen Lehrsätzen definiert er Gerechtigkeit als eine auf das Rechts basierende Konvention: „*Gerechtigkeit ist nicht etwas an und für sich Seiendes, sondern ein im Umgang miteinander an jeweils beliebigen Orten abgeschlossener Vertrag, einander nicht zu schädigen und nicht geschädigt zu werden.*“<sup>241</sup>

Christoph Horn und Nico Scarano bezeichnen diesen Relativismus als „*kontextsensitiven Universalismus*“.<sup>242</sup> Bestimmte Gesetze müssten dabei – wenn sie in sich den Anspruch nach Gerechtigkeit verfolgen – immer und überall für sich absolute Geltung reklamieren. Dies müsste beispielhaft für die Ermordung eines Menschen gelten. Andererseits kann ein bestimmtes Gesetz zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort sich als nützlich erweisen und insofern laut Epikur auch gerecht sein. Wenn es jedoch seinen Nutzen verliert, sollte es durch ein anderes, angemesseneres Gesetz substituiert werden. Gesetze können daher – auch wenn sie denselben Gegenstandsbereich betreffen – komplett konträr konzeptioniert sein und dennoch zu verschiedenen Zeiten und den verschiedensten Orten als gerecht qualifiziert werden.<sup>243</sup>

### III.2.6. Gerechtigkeit als gemeinschaftsstiftende Tugend bei Cicero

Eine – zwar von Platon und den Stoikern beeinflusste – jedoch trotz allem weit gehend genuine Position zum Thema Gerechtigkeit entwickelte der römische Philosoph, Politiker und Rhetor Cicero. Aus der römisch-rechtlichen Tradition heraus, versucht Cicero Gerechtigkeit als soziales Moment im Rahmen der „*res publica*“ einzubetten. Gerechtigkeit impliziert dabei sowohl ein gegenseitiges Schädigungsverbot als auch eine individuelle Komponente, die letztendlich ebenfalls einem gemeinsamen Nutzen dient. Ausgehend von der individualethischen Lehre der vier Kardinaltugenden bei Platon erkennt er in der Gerechtigkeit soziale und gemeinschaftsstiftende Elemente. Cicero sieht Gerechtigkeit als eine gefestigte Charakterhaltung an, die in ihrer Gesamtheit eine soziale Wirkung entfaltet.<sup>244</sup> Cicero antizipiert demnach eine später im Mittelalter geläufige Vorstellung von der Tugend der Gerechtigkeit als gemeinschaftsstiftend und gesellschaftsorientiert und kann insofern als deren Wegbereiter charakterisiert werden: „*Da wir aber, wie zutreffend von Platon beschrieben worden ist, nicht für uns selbst geboren sind, sondern einen Teil unseres Daseins die Vaterstadt beansprucht, einen Teil die Freunde, und – wie es die Stoiker meinen – was auf Erden hervorgebracht wird, insgesamt zum Nutzen der Menschheit geschaffen*

---

<sup>241</sup> Epikur (1980), S. 79.

<sup>242</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 27.

<sup>243</sup> Das was hier bei Epikur bereits als Methode zentraler Bestandteil seiner Gerechtigkeitstheorie gewesen ist, war bei Platon (*politikos*) und Aristoteles (*epikeia*) noch als korrekatives Element zu verstehen, dessen Einsichtsmöglichkeit nur Wenigen vorbehalten blieb.

<sup>244</sup> Im 2. und 3. Buch seines Werkes *De officiis* beschäftigt sich Cicero ebenfalls mit der Thematik der Gerechtigkeit und verortet diese dabei in einem Spannungsverhältnis zwischen wohlverstandenen Eigeninteressen und naturrechtlichen Aspekten. Dennoch liegt der Schwerpunkt seiner Gerechtigkeitsüberlegungen eindeutig und klar auf dem Aspekt der Gerechtigkeit als soziale Perspektive.

*wird, die Menschen aber um ihrer Mitmenschen willen gezeugt sind, damit sie, einer dem anderen, von sich aus gegenseitig nützen können, so müssen wir darin der Natur als Führerin folgen, den gemeinsamen Nutzen – communis utilitates – in den Mittelpunkt stellen, durch Ausgleich der Pflichten – durch Geben und Nehmen – durch Fertigkeiten, Opferbereitschaft und finanzielle Mittel unter den Menschen das Band menschlicher Zusammengehörigkeit festigen.*“<sup>245,246</sup>

In der soeben wiedergegebenen Textpassage statuiert Cicero eine Art gesellschaftliche Fürsorgeverpflichtung, eine implizite nicht negierbare Verantwortlichkeit gegenüber der Gemeinschaft und eine gegenseitige Ermunterung zur wechselseitigen Förderung. Selbstaufgelegte Beschränkungen und Tendenzen zur Gerechtigkeit werden zum unabdingbaren Fundament für ein Regulativ zwischenmenschlicher Beziehungen, die so sie im Rahmen der Gesetze ihre Positivierung erfahren, auch zwangsweise gerecht sein müssen.<sup>247</sup>

Cicero deutet demnach die primäre Funktion von Gesetzen dahingehend, dass sie zu Garantien individueller Freiheit werden. Zweck der Rechtsordnung ist es die Stellung des einzelnen Bürgers innerhalb des gemeinschaftlichen Gefüges zu festigen. Alle für die Gesellschaft notwendigen Attribute, wie Vernunft, Nächstenliebe, Nutzen und dergleichen sollen durch die Inkorporation in Gesetzesrecht sichergestellt und gewährleistet werden. Hierin wird auch Ciceros generelle Präferenz für das positive Recht im Verhältnis zum Naturrecht sichtbar, das in seinen Augen bis dato und auch pro futuro allgemeiner Gehorsam entgegengebracht werden soll. Cicero vergleicht die Stellung des Rechts in der Gesellschaft mit der Funktionsfähigkeit des menschlichen Körpers. Die Gesetze als Muskeln des Staatswesens sind für den Gebrauch der Gliedmaßen unbedingt erforderlich, so die bekannte Metapher.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> Cicero, De officiis I, 22.

<sup>246</sup> Vgl. auch Horn/Scarano (2002), S. 33 – 34.

<sup>247</sup> Vgl. Schneider (1964), S. 122 – 123.

<sup>248</sup> Vgl. ebd., S. 133.

### III.3. Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht in der Spätantike und im Mittelalter

#### III.3.1. Ein Paradigmenwechsel hin zum göttlichen Naturrecht

Im Mittelalter transformierte sich die semantische Bedeutung des Begriffs der Gerechtigkeit im Vergleich zu den antiken Gerechtigkeitsdebatten zusehends. Obwohl die Platonische Gerechtigkeitsdefinition immer noch als treffend und vorherrschend angesehen wurde und es immer noch eine klar ausgeprägte Präferenz von Gerechtigkeit als personelle Tugend, denn als allgemeines politisches Paradigma gab, waren trotzdem zwei massive theoriegeschichtliche Zäsuren zu registrieren. Zum einen spielte im Alltag vieler Menschen die Religion eine immer dominantere Rolle. Im neuen Testament wird als Antithese zur Gerechtigkeit nicht nur die bloße offensichtliche Ungerechtigkeit genannt. Ein sündhafter Lebenswandel des Menschen gegenüber den göttlichen Geboten galt schlechthin als ungerecht. Gerechtigkeit ist somit nicht mehr bloß eine intrinsische Motivation zur Erzielung eines allgemein glücklichen Lebens, sondern dient auch als eine Bezeichnung eines adäquaten Verhältnisses der Menschen zu Gott. Der Sünder soll vor Gott Rechenschaft ablegen und diesen für sein lasterhaftes und untadeliges Leben um Vergebung bitten. Hierin liegt mitunter der größte Unterschied zu den antiken Gerechtigkeitstheorien. Die zuvor dargestellten antiken Gerechtigkeitstheorien basieren allesamt nicht auf einem hegemonialen Modell göttlich-transzendentaler Gebote. Diese verlangen auch nicht eine über das Geschuldete hinausgehende moralische Vollkommenheit.<sup>249</sup>

Der zweite entscheidende Differenzierungspunkt, welcher zwangsläufig die Gerechtigkeitsdebatte im Mittelalter verändern musste, referenziert auf Thesen des unterschätzten Philosophen Plotins; dem Begründer des Neoplatonismus. Plotin (205 – 270 n. Chr.) rezipiert die Platonische Bezeichnung der „bürgerlichen Tugend“ und der „höheren Tugend“, modernisiert aber deren Bedeutungen. Als bürgerliche Tugend kann jene Charakterhaltung gelten, die unter den konkreten Bedingungen einer zeitlich-irdischen Existenz als angemessen erscheint, währenddessen die höheren Tugenden die vortrefflichste, seelische Verfasstheit einer unkörperlichen, intellegeblen Welt darstellen.<sup>250</sup> Gerechtigkeit definiert sich bei Plotin als die „gleichzeitige angemessene Eigentätigkeit aller anderen Tugenden in Bezug auf

---

<sup>249</sup> Während in der griechischen Polis demnach die Annahme bürgerlicher Freiheit im Rahmen der Partizipationsmöglichkeiten im Gemeinwesen durchaus präsent gewesen ist, lässt sich im Mittelalter ein Paradigmenwechsel konstatieren. Der Einzelne opferte seine Freiheiten auf und begab sich fortan in ein Abhängigkeitsverhältnis sozialer und religiöser Ordnungsstrukturen, in denen man sich zur wechselseitigen Treue und Schutz verpflichtete. Solche Ordnungs- und Herrschaftsstrukturen waren aber auch gleichsam die Geburtsstunde für Grund- und Freiheitsrechte, die die individuellen Freiheitsräume vor exzessiven Allmachtsansprüchen eines Herrschers schützen sollten. Einer der ersten und wohl auch einer der berühmtesten dieser Freiheitsbriefe war die „*Magna Carta Libertatum*“ aus dem Jahr 1215, in der der englische Monarch Johann ohne Land, den Ständen bestimmte Privilegien und Freiheiten einräumte. Bis zur finalen Kodifizierung der Grundrechte in den „*Bill of Rights*“ im Jahre 1689 war es allerdings noch ein weiter, steiniger Weg. Vgl. Berka (2009), S. 20 – 21.

<sup>250</sup> Nach Plotin leidet die bürgerliche Tugend an einem erheblichen Mangel. Derjenige, der sie besitzt, ist nämlich keineswegs frei über die Ausgestaltung seiner bürgerlichen Tugend zu disponieren, da auch exogene Umstände, wie zum Beispiel die Konfrontation mit massiver Ungerechtigkeit, den Gerechten erst zum gerechten Handeln veranlassen können. Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 92.

*Herrschen und Beherrschtwerden.*<sup>251</sup> Diese Gerechtigkeitsdefinition erweist sich somit als eine Hommage an sein großes Vorbild Platon. Wie bei Platon ist bei Plotin die Gerechtigkeit der vollkommene Ordnungszustand einer Seele, mit der Einschränkung, dass er die Idee der Gerechtigkeit mehr als eigene und angemessene Eigentätigkeit verstanden haben will.<sup>252</sup>

In der Tradition des christlichen Naturrechts galt es daher als eine unausgesprochene Selbstverständlichkeit, dass sich eine an göttlichen Geboten orientierende Rechtsordnung letztendlich nur an den Vorgaben einer gerechten Ordnung richten kann. Nach Thomas von Aquin gilt es dabei für das menschliche Recht (*lex humana*) stets die Schranken des göttlichen Rechts (*lex aeterna*) zu beachten. An den durch die *lex aeterna* tradierten Prinzipien partizipieren die Menschen dank ihrer Vernunft in der sog. *lex naturalis*, die sich wohl auch als die allgemeinsten „*Grundsätze sittlichen Wissens*“<sup>253</sup> bezeichnen lassen. Sie sind dem menschlichen Handeln wie Streben demnach de facto vorgelagert. Geht das positive Recht nicht mit den rudimentärsten Grundsätzen der *lex naturalis* konform, negiert es derart die Verpflichtung für das Gute, weshalb dem positiven Recht als ultima ratio die Rechtsqualität aberkannt werden müsste.<sup>254,255</sup>

### III.3.2. Augustinus und seine Vision von einer absoluten göttlichen Gerechtigkeit

Bei Augustinus bleibt Gerechtigkeit prima vista eine personale Tugend, da er in seinen Thesen auf die Platonischen Standarddefinitionen aufbaut. Die wirklich innovativen und vor allem in diesem Kontext interessanter scheinenden Bemerkungen sind jedoch den Thesen der politischen Gerechtigkeit zuzuordnen, bei denen er in kritischer Weise bei den Reden Ciceros anknüpft und die dann in dem berühmten Vergleich der Staaten mit Räuberbanden enden. Doch alles der Reihe nach.

Augustinus modifiziert und relativiert nämlich diese Ansicht im Laufe seiner Werke. In seinen Frühschriften postuliert er noch die Meinung, dass sämtliche staatliche Rechtsordnungen letztendlich zumindest in ihren Ansätzen auf Gerechtigkeit basieren müssten. Ein Gesetz liegt nach Augustinus nämlich nur dann vor, wenn auch sein durch dieses vermittelter Inhalt einigermaßen gerecht erscheint.<sup>256</sup>

---

<sup>251</sup> Plotin, Enneade I 2 [19] 1, S. 20 - 21.

<sup>252</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 92 – 93.

<sup>253</sup> Vgl. Maier (2002), S. 294.

<sup>254</sup> Vgl. Holzleithner (2009), S. 85 – 86.

<sup>255</sup> Diesen Grundgedanken verarbeitet später auch Gustav Radbruch bei der Konzeptionierung seiner berühmten Radbruch'schen Formel.

<sup>256</sup> Diese Auffassung übernahm Augustinus von Platon, der in seiner Nomoi zur Feststellung gelangt, dass eine nicht am Gemeinwohl orientierte Verfassung bzw. ein nicht am Gemeinwohl orientiertes Gesetz die jeweilige Bezeichnung gar nicht verdienen würde.

Augustinus verknüpft die Gerechtigkeit direkt mit dem metaphysisch<sup>257</sup> Göttlichen; sie ist sohin von absoluter und reiner Qualität. Durch den durch den Menschen verursachten mythologischen Akt des Sündenfalles kann die menschliche Ambition, Gerechtigkeit zu erzielen, niemals vollkommen sein. Ungeachtet dessen geriert sich Gerechtigkeit als ein wichtiger Bestandteil zur Aufrechterhaltung der natürlichen Ordnung: „Die Gerechtigkeit, deren Aufgabe es ist, jedem das Seinige zuzuteilen (*sua cuique tribuere*), wodurch im Menschen selbst eine gewisse Ordnung der Natur aufgerichtet wird, so daß die Seele Gott und das Fleisch der Seele unterworfen wird [...]“<sup>258</sup>

Die personale Gerechtigkeit bei Augustinus knüpft bei der differenzierenden Darstellung der Platonischen Gerechtigkeitsthesen bei Plotin an.<sup>259</sup> Es gibt demnach eine Gerechtigkeitsform, welche zwar vorläufig und unzulänglich ist, jedoch im alltäglichen Leben praktikabel und auch umsetzbar erscheint und eben ein himmlisches Ideal von allumfassender Gerechtigkeit. Die irdische Gerechtigkeit gereicht dem einzelnen Individuum nur zu einer relativen charakterlichen Vollkommenheit, die erst in der jenseitigen Existenzform des Tugendhaften seine vollendete Form des Perfektionismus erreicht. Dahinter steckt bei Augustinus vielmehr das neuplatonische Aufstiegsmodell. Der Besitz von Tugenden ist unter den schwierigen irdischen Umständen immer nur in einem unzulänglichen Ausmaß möglich. Dennoch sollen die diesseitigen Tugenden und Ambitionen eines Menschen sein Leben soweit wie möglich ordnen, sodass sich schlussendlich der Aufstieg der menschlichen Seele zu einer göttlichen, intellegeblen Seele vollzieht.<sup>260</sup>

Die politische Gerechtigkeit definiert Augustinus als eine wünschenswerte Norm- und Zielvorstellung des Staates.<sup>261</sup> Er erkennt jedoch selbst, dass dieses normative Desiderat für die Staaten nur in geringem Ausmaß auch einlösbar und transformierbar ist. Staaten scheint nämlich aus ihrer Natur heraus eine hohes Maß an Gerechtigkeit verwehrt zu bleiben, was sich auch in seiner berühmten Frage widerspiegelt: „Was sind Königreiche bei fehlender Gerechtigkeit anderes als große Räuberbanden?“<sup>262</sup>

Die von Augustinus rekonstruierte Gerechtigkeit war Resultat seiner Analysen über die permanente Sequenz unterschiedlichster Herrschaftsformen. In diesem Kontext muss auch der soeben rezierte Vers interpretiert werden, in dem Augustinus mit aller gebotenen Schärfe feststellt, dass nach seiner Sichtweise, noch in keiner bis dato existenten Herrschaftsform Gerechtigkeit existiert habe. Da noch keine Herrschaftsform Gerechtigkeit selbstreferentiell realisieren konnte, gab es auch noch kei-

<sup>257</sup> Die vieldeutige Begrifflichkeit der Metaphysik bedarf im Zusammenhang mit den Gerechtigkeitstheorien einer näheren Erörterung. Eine zunächst etymologische Interpretationsweise macht Metaphysik als einen Erkenntnisansatz jenseits der empirischen Welt und Ordnung erklärbar. Metaphysik im engeren hier anzuwendenden Sinne verkürzt das breite Verständnis dahingehend, dass es eine Wirklichkeit jenseits der empirischen Welt zu geben hat, wie beispielsweise die in dieser Dissertation öfters angeführte Moralität eines Menschen. Näheres bei Kaulbach (1991).

<sup>258</sup> Augustinus, De civitate dei XIX, 4.

<sup>259</sup> Zentrale Fundstelle war das insgesamt 22 Bücher umfassende Werk der *De civitate dei*, indem sich Augustinus insbesondere im 19. Buch dem Ideal der Gerechtigkeit sowie seinen Kontexten widmete.

<sup>260</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 94.

<sup>261</sup> Otfried Höffe verortet den Augustinus'schen Gerechtigkeitsbegriff eng mit seiner staats-theoretischen Apologie zum christlichen Gottesstaat. Gerechtigkeit ist für das Augustinus'sche Staatsverständnis legitimitäts- und somit auch staatsbegründend. Vgl. Höffe (1997), S. 263.

<sup>262</sup> Augustinus, De civitate dei IV, 4.

ne wirkliche „*res publica*“. Sämtliche Staats- und Herrschaftsformen basierten auf einer repressiven, institutionell geregelten Gewalt. Geschichte und transzendente historische Erfahrungswerte mutieren bei Augustinus zu einem Akt der selbstverschuldeten Bestrafung, deren eigentlicher Inhalt nicht vergessen und verdrängt werden dürfe: „*Wer also diese Übel, die so groß sind, so erschreckend und verheerend, mit Schmerz betrachtet, gestehe, daß sie ein Elend sind. Wer sie aber ohne Schmerz des Geistes erduldet oder so denkt, der mag sich für glücklich halten, aber er ist umso elender, da er seinen menschlichen Sinn verloren hat.*“<sup>263</sup>

Allen irdischen und staatlichen Gebilden ermangelt es nämlich im Gegensatz zur göttlich-kosmischen Ordnung grundsätzlich und fundamental an Gerechtigkeit. Dieser Zustand menschlichen Daseins ist jedoch auf Dauer keinesfalls gerechtfertigt noch rechtfertigbar. Die Schärfung des menschlichen Sinnes und Verstandes für das menschliche Unglück dient als Ausgangspunkt für die immanente Hoffnung auf Verbesserung der menschlichen Daseinslage.<sup>264</sup>

Bei seiner berühmten Metapher mit den Räuberbanden zeigt Augustinus einen Vergleich mit den Elementen der damaligen Staatsauffassung auf. Er nennt hierbei folgende nachstehende Attribute, die nach seiner Ansicht sowohl Räuberbanden als auch Staaten charakterisieren würden:

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |   |                                                                                                           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>I. Die Existenz einer Gruppe von Menschen;</li> <li>II. eine zwangsbefugte Führung;</li> <li>III. einen Sozialvertrag (<i>pactum societatis</i>);</li> <li>IV. die Geltung eines Gesetzes (<i>lex</i>);</li> <li>V. die Geltung bestimmter Verteilungsregeln;</li> <li>VI. Expansionsdrang oder strategische Interessenvertretung nach außen;</li> </ul> | } | <p>Merkmale, die Räuberbanden und Staaten betreffen</p> <p><i>normativ und gerechtigkeitsrelevant</i></p> |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>VII. eine Menschenansammlung, welche man als Volk bezeichnet;</li> <li>VIII. feste urbane Siedlungsformen;</li> <li>IX. Besitz eines festen Territoriums;</li> <li>X. rechtliche Straflosigkeit (Anerkennung als legitime Gemeinschaft).</li> </ul>                                                                                                      | } | <p>Merkmale, die nur Staaten betreffen</p> <p><i>deskriptiv und kontingent</i></p>                        |

Kritiker weisen bei dieser Aufzählung zu Recht darauf hin, dass Augustinus die Unterscheidungsmerkmale zwischen Staaten und Räuberbanden einigermaßen flüchtig behandelt. Für Augustinus ist Gerechtigkeit demnach kein Kriterium legitimer Staatlichkeit. In Augustinus' Spätwerk vollzieht sich somit eine Abkehr von seinem in den Frühwerken noch vertretenen gerechtigkeitsfundierten Staatsverständnis. Augustinus definiert Staaten somit letztendlich im Epikureischen Sinne utilitaristisch, als eine nach dem Prinzip des gemeinsamen Nutzens sowie nach dem Grundsatz des Rechtskonsenses etablierte Gemeinschaft.<sup>265</sup>

<sup>263</sup> Augustinus, De civitate dei XIX, 7.

<sup>264</sup> Vgl. Kreuzer (2005), S. 132 – 137.

<sup>265</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 95 – 96.

### III.3.3. Thomas von Aquin und seine Rezeption der Aristotelischen Gerechtigkeitsidee

Thomas rezipiert für seine Gerechtigkeitskonzeption die Platonischen Kardinaltugenden der Weisheit, Tapferkeit, Bescheidenheit und Gerechtigkeit. Nur letztere aber befähigt den Menschen sein erworbenes Wissen und seine Fähigkeiten gut, sprich tugendhaft, einzusetzen. Gerechtigkeit wird dabei auf das Streben nach weltlichen und irdischen sozialen Gütern projiziert, deren Prädestination es ist, mit anderen partizipativ geteilt zu werden. Gerechtigkeit fungiert dabei als normative Leitprämisse einer sozialen Entität für die Allokation und Distribution sozialer Güter und Lasten. Als soziale Leitprämisse zielt Gerechtigkeit dabei sowohl in eine horizontale (*inter pares*) als auch in eine vertikale (im Verhältnis der normsetzenden Obrigkeit zu den Normunterworfenen) Stoßrichtung.<sup>266</sup>

Daneben konnte sich Thomas von Aquin bei der Kommentierung des 5. Buches der *Nikomachischen Ethik* bereits auf eine höchst ausdifferenzierte Aristotelesrezeption stützen. In seiner Gerechtigkeitskonzeption betont er die enge inhaltliche Konnotation des Gerechtigkeitsbegriffes mit der Gleichheit oder im Sinne einer aktiven prozessorientierten Interpretation als Ausgleich. Als Gerechtigkeit im eigentlichen und engen Wortsinn gilt das schon von Aristoteles geprägte dichotome Begriffspaar der *iustitia particularis* und *iustitia specialis*.

Innerhalb der partikularen Gerechtigkeit differenziert Thomas zwischen einer verteilenden (*iustitia distributiva*) und einer ausgleichenden (*iustitia commutativa*) Gerechtigkeit. Die *iustitia distributiva* soll von einem politisch Verantwortlichen, welcher als ein Repräsentant des politischen Systems fungiert, zum Wohle der Allgemeinheit – quasi im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Satzung – praktiziert werden. Die Bürger partizipieren an dieser *iustitia distributiva* nur insofern als sie die Gerechtigkeitsvorstellungen des Verteilenden nachvollziehen und ausführen.

Die *iustitia commutativa* zeigt sich hingegen in den Vertragsbeziehungen zwischen zwei gleichberechtigten Vertragspartnern. Die ausgleichende Gerechtigkeit erschöpft sich bei Thomas nicht bloß im synallagmatischen Tauschakt. Auch deliktische Schadenszufügungen, welche jemand an den Gütern eines anderen verübt, bedürfen seinem Verständnis nach der ausgleichenden Gerechtigkeit einer kompensatorischen Wiedergutmachung bzw. Restitution. So ist unter anderem für Thomas das Delikt des Mordes ein Fall von *iustitia commutativa*. Hier folgt Thomas der mathematisch indizierten Aristotelischen Logik, demnach die *iustitia distributiva* vom Würdeprinzip angeleitet wird und die *iustitia commutativa* dem Ausgleichsprinzip folgt.

---

<sup>266</sup> Diese Denkweise über die Rechtsbeschaffenheit in einer politischen Gemeinschaft kommt auch darin zum Ausdruck, dass Thomas die Gerechtigkeit multipel anhand der jeweiligen Außenrelation definiert. So deutet er etwa Gerechtigkeit gegenüber Gott als Frömmigkeit, gegenüber Eltern als Ehrfurcht, gegenüber Amts- und Würdenträger als Gehorsam und Ehrerbietung sowie schließlich gegenüber Wohltätern als Dankbarkeit. Vgl. *Forschner* (2006). S. 105.



Nach Thomas liegt es in der Logik der Gesetze begründet, dass die von diesen ausgehenden Ordnungsimperative auch dem Wohl der Gemeinschaft zweckdienlich und somit auch gerecht sein sollen.<sup>267</sup>

Christoph Horn und Nico Scarano weisen daraufhin, dass neben den beiden soeben erörterten Aspekten der Gerechtigkeit eben diese eine weitere zusätzliche Schattierung enthält. Die Rede ist in diesem Kontext von der bereits von Aristoteles artikulierten Billigkeit. Auch Thomas versteht dieses individuelle und personale Prinzip als eine Komponente der Korrektur, welche im Sinne eines Ausgleichs die Rechtsordnung ergänzen soll.<sup>268</sup>

Wirklich interessant und deshalb in diesem Zusammenhang eine weitere Untersuchung wert ist die Auslegung der allumfassenden Gerechtigkeit (*iustitia generalis*) und seine Fokussierung auf die Begrifflichkeit des Gemeinwohls (*bonum commune*). Jedoch darf man keineswegs dem Trugschluss verfallen, dass mit dem von Thomas verwendeten Begriff des Gemeinwohls unsere moderne heutige Vorstellung hiervon auch nur ansatzweise gemeint sein könnte. Vielmehr wird das Gemeinwohl als das anspruchsvolle Ideal eines generalisierenden individuellen Wohls verstanden. Die zentrale Ausgerichtetheit der Gerechtigkeit soll nämlich vielmehr in der Außenwirkung auf andere Personen bestehen. Gerechtigkeit artikuliere sich nämlich in den von außen erkennbaren Handlungen, die auch von fremden Personen als solche registriert werden können und sollen. Dass für die Perzeptionsfähigkeit seelische Vorbedingungen erfüllt zu sein haben, ist für Thomas von Aquin eine logische und gleichzeitig sekundäre Konsequenz.<sup>269</sup>

Das große Verdienst der Thomas'schen Gerechtigkeitstheorie liegt sicherlich auch darin begründet, dass erstmals die unterschiedlichsten Ansichten von Gerechtigkeiten, angefangen von Aristoteles und Platon bis hin zu den römischen Rhetoren und Rechtsgelehrten Ulpian und Cicero, vereinigt und in einen neuen Kontext gestellt wurden. Er gelangt zum Ergebnis, dass in den seltensten Fällen Gerechtigkeit bereits von der Natur vorherbestimmt ist, sondern vielmehr erst Gerechtigkeit durch gesellschaftliche Konvention bzw. durch kontraktualistische Vereinbarung oder von einer mit Autorität ausgestatten Macht bestimmt wird. Thomas war also auch Wegbereiter der später dominanten Theorieströmung des Kontraktualismus. Er legt dementsprechend erstmals die Aufgabe der Gesetzgebung in die gerade im Status nascendi befindliche Figur eines Legislateurs.<sup>270</sup>

Die Wichtigkeit und Bedeutsamkeit der Thomas'schen Lehre über die Gerechtigkeit wird in der Retrospektive auffällig kontrovers bewertet. So weist etwa John Finnis darauf hin, dass Thomas von Aquin zwar permanent Aristoteles rezipiert, jedoch keineswegs klar und stringent interpretiert. Nur die bloße distinguierte Differenzierung von möglichen Varianten des Gerechtigkeitsbegriffs vermag noch keinen substantiellen Beitrag zur Bewältigung von sachlichen Gerechtigkeitsproblemen zu leis-

---

<sup>267</sup> Vgl. auch Kramer (1992), S. 40.

<sup>268</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 102 – 103.

<sup>269</sup> Vgl. ebd., S. 103.

<sup>270</sup> Vgl. Beck-Mannagetta (1996), S. 78 – 79.

ten. Thomas betrachtet zwar in seinen theoretischen Abhandlungen durchaus interessante Einzelphänomene, vergisst jedoch auf die Rekonstruktion eines eigenen kohärenten Theorieansatzes.<sup>271</sup>

Demgegenüber zeigt etwa Renzo Lambertini richtigerweise auf, dass die Theorieansätze von Thomas durchaus innovative Elemente aufzeigen. In Abgrenzung zu Aristoteles versteht er Gerechtigkeit nämlich als eine kontextunabhängige Tugend, eine personelle Verhaltensweise, die jeglicher Rechtsordnung unbedingt vorausgehen habe. Der christliche Einfluss manifestiert sich bei Thomas unter anderem in der Orientierung der staatlichen Rechtsordnung an dem natürlichen und göttlichen Recht. Die Betonung des Gemeinwohls deutet auf einen Paradigmenwechsel und einer stärkeren Politisierung des Gerechtigkeitsbegriffes im späten Mittelalter hin. In Übereinstimmung mit John Finnis kritisiert er im Weiteren die unbefriedigende Behandlung des Verhältnisses der unterschiedlichen Gerechtigkeitsgattungen zueinander. Renzo Lambertini bezeichnet deshalb die Thomas'sche Aristotelesinterpretation als einigermaßen willkürlich.<sup>272</sup>

---

<sup>271</sup> Vgl. *Finnis* (1998), S. 188.

<sup>272</sup> Vgl. *Lambertini* (1999), S. 140.

### III.4. Neuzeitliche Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht

#### III.4.1. Grund- und Menschenrechte als normative Grundpfeiler des liberal-demokratischen Rechtsstaates

Mit der Dekonstruktion der christlichen Vormachtstellung als Folge der Religionskriege kam es auch zu einer bemerkenswerten Transformation innerhalb des europäischen Rechtsdenkens. Mit dem Wegfall der früheren Legitimationsgrundlage der absoluten göttlichen Wahrheit musste ein neues Fundament für ein langfristig-friedvolles gesellschaftliches Zusammenleben gefunden werden, welches sich nach Ernst-Wolfgang Böckenförde im erstmals zu findenden politischen Frieden<sup>273</sup> manifestieren konnte.<sup>274</sup> Der politische Friede referenziert dabei auf das Verständnis vollkommener rechtlicher Souveränität, bei dem ein weltlicher Herrscher es versteht, gesellschaftlichen Gehorsam für seine Befehle qua seiner uneingeschränkten Machtautorität zu erhalten. Die Befehle, die sich in ihrer Abstraktion auch als Gesetze bezeichnen lassen, werden von der Bevölkerung auch dann befolgt, wenn der Souverän einer anderen Konfession angehört. Der durch diesen Säkularisierungsprozess geschaffene Freiraum führte zu einer laizistischen Separation von Politischem und Religiösen und damit zur Begründung eines noch heute zentralen Grund- und Menschenrechts: der Religions- und Gewissensfreiheit.

In der neuzeitlichen Theoriedebatte konnten sich abermals epochenspezifische Merkmale herausbilden, die ihrerseits mit den überkommenen antiken Gerechtigkeitsvorstellungen der Polis sowie mit den teleologisch akzentuierten Gerechtigkeitsvorstellungen brachen. An die Stelle der alten Gerechtigkeitskonzeptionen traten innovative theoretische Modelle, die einen anderen Modus operandi favorisierten. Es waren dies beispielsweise die Modelle des Dezisionismus, Voluntarismus, des Utilitarismus, des Legalismus und Rechtspositivismus, des Pluralismus und Prozeduralismus als auch der Wissenschaftlichkeit und der Realpolitikorientierung. Dennoch spielten religiöse Motive durchaus noch eine wichtige Rolle. So ist die noch näher zu behandelnde Theorie eines Thomas Hobbes nicht ohne die Vorstellung einer autoritären göttlichen Ordnung vorstellbar. Anfang der Neuzeit vermochten sich dann Theoretiker (wie Locke, Rousseau oder Kant) und ihre politischen Theorien durchzusetzen, deren Thesen den Diskurs sowohl in Moderne als auch die Postmoderne noch lange Zeit prägen sollten. Dennoch scheint die primäre Frage jener Zeit keineswegs neu zu sein. Sie wurde bereits so oder zumindest in einer ähnlichen Form von den antiken Gerechtigkeitstheoretikern gestellt: Ist die Gerechtigkeit ein genuin überpositives Phänomen, an dem sich die Rechtstheorie, aber auch die dogmatischen Rechtordnungen immer zu orientieren haben werden? Oder wird Gerechtigkeit erst

---

<sup>273</sup> Vgl. Böckenförde (1976a), S. 51.

<sup>274</sup> Der hier von Böckenförde artikulierte „politische Frieden“ wurde oftmals nicht durch kontraktuale Übereinkünfte erzielt, sondern beruhte vielmehr auf Bürgerkriege, die – wiewohl sie zwar den Frieden sicherstellen wollten – äußerst heftig, brutal und blutig geführt wurden. Das Ideal der Gerechtigkeit geriet dabei nolens volens ins Hintertreffen, obwohl gerade in Zeiten der Friedlosigkeit die Sehnsucht nach dem Ideal der Gerechtigkeit besonders groß erschien. Otfried Höffe beschrieb dies einmal im Rahmen einer Abhandlung folgendermaßen: „Im Bürgerkrieg erlebt man geradezu handgreiflich, warum es die politischen Grundinstitutionen braucht.“ Höffe (1987), S. 23.

durch eine positivrechtliche Rechtsanwendung generiert und stellt insofern ein systemfunktionales Phänomen dar.<sup>275</sup>

Die Kreierung von Grund- und Menschenrechten, vor allem in deren breiten Ausdifferenzierung, basiert vor allem auf Erfahrungswerten gesellschafts- und gesamtpolitischer Defizite. Winfried Brugger spricht in diesem Zusammenhang vom sog. „*Antwortcharakter der Menschenrechte*“, bei dem diese versuchen exemplarische Unrechtserfahrungen aufzugreifen, die Lehren daraus zu ziehen und für zukünftige Generationen im Zuge der Etablierung und Institutionalisierung der Menschenrechte erlebten humanen Missständen entgegenzutreten.<sup>276</sup> Mit Elisabeth Holzleithner stimmt auch der Autor dieser Dissertation überein, dass im Rahmen der Menschengeschichte auch heutzutage ein vollständiger, allumfassender Menschenrechtskatalog noch nicht vorliegt, da getrieben durch den menschlichen Fortschritt immer wieder neue Bedrohungsszenarien entstehen, die eine Neuschaffung bzw. eine weitere Ausdifferenzierung bereits bestehender Menschenrechte erfordern.<sup>277,278</sup>

All diese Grundsatzgedanken über die Menschenrechte, die ihrerseits auf die kontraktualistischen Theorien<sup>279</sup> von Hobbes bis Rousseau fundieren, und die auch noch heute zum theoretischen Verständnis des modernen Menschenrechtskanons gehören, wurden realpolitisch verarbeitet und kulminierten in den bahnbrechenden Proklamationen der „*Virginia Bill of Rights*“ in Amerika im Jahre 1776 sowie in der „*Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*“ in Frankreich drei Jahre später. Besonders bemerkenswert bei diesen epochalen Menschenrechtsdokumenten war dabei die Tatsache, dass nicht bloß traditionelle und klassische Freiheitsrechte, wie das Recht auf Leben, auf Freiheit, auf Eigentum und Sicherheit festgehalten wurden, sondern bereits auch politische Grundrechte, und hier ganz im Speziellen die Idee der Volkssouveränität, in diese Rechteerklärungen inkorporiert wurden. Jedes Gesetz soll dabei – ganz im Sinne von Rousseau – Ausdruck eines allgemeinen Willens sein. Heruntergebrochen auf eine individuelle Ebene bedeutet dies nichts anderes, als dass jeder persönlich

---

<sup>275</sup> Neben den aus der Antike tradierten Gerechtigkeitsdebatten prägte vor allem die Gerechtigkeitsvorstellung eines Martin Luthers die neuzeitliche Konfrontation mit dieser Thematik. Luther interpretiert in seiner berühmten Paulus-Exegese Gerechtigkeit nicht mehr nur als eine von den Menschen zu leistende Aufgabe, sondern differenziert zwischen einer *ius iustitia activa*, die von Gott gegenüber den Menschen praktiziert wird, und einer *ius iustitia passiva*, die den Menschen aufgrund der göttlichen Gnade zugeeignet wird. Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 152.

<sup>276</sup> Vgl. Brugger (1992).

<sup>277</sup> Vgl. Holzleithner (2009), S. 92.

<sup>278</sup> Zwei relativ neuartige Problemstellungen seien in diesem Zusammenhang kurz andiskutiert. Auf der einen Seite steht dabei der aus Gründen der Sicherheit immer weiter ausgehöhlte Datenschutz. Durch die Kumulierung und den Zusammenschluss von persönlichen Daten werden Eingriffsmöglichkeiten geschaffen, die es in einem liberal-demokratischen Rechtsstaat wie Österreich streng und lückenlos zu kontrollieren gilt. In Österreich geschieht dies beispielsweise durch die Institution der österreichischen Datenschutzkommission. Als ein zweites Beispiel sei die durch die modernen medizinischen Methoden hervorgerufene neue Diskussion um die Patientenautonomie genannt. Zu nennen gilt es hierbei insbesondere die Embryonen- und Stammzellenforschung, die Pränataldiagnostik, Fragen der Transplantationsmedizin und der Euthanasie. Es gilt dabei für den Staat zwischen der individuellen Selbstbestimmung des Patienten und notwendigen staatlichen Restriktionen zu reüssieren.

<sup>279</sup> Kontraktualistische Modelle, die gerechte Gesellschaftsordnungen begründen sollen, konfrontieren mehrere entscheidungsrelevante Personen bzw. ganze Personengruppen mit Verhandlungs- bzw. Entscheidungssituationen. Die im vorvertraglichen Naturzustand verankerten Interessenlagen werden von den Individuen immer nur dann verlassen, wenn sie durch das Eingehen eines solchen Sozialkontraktes gesellschaftlich-relevante Vorteile lukrieren können. Diese Sozialverträge, die Rechte und Pflichten einzelner Personen pro futuro reglementieren möchten, führen zu einem freiwilligen, wie auch rational erklärbaren, Interessenabgleich. Vgl. Tschentscher (1999), S. 98.

oder durch die Vertretung durch Repräsentanten bei der konkreten Ausformulierung von Recht mitwirken können sollte.<sup>280,281,282</sup>

Unabdingbar verbunden mit der Begründung des universellen Menschenrechtsverständnisses ist das unvergleichliche Werk von Immanuel Kant. Primärer Grund und Leitgedanke bei Kant ist dabei die Einordnung menschlichen Handelns innerhalb staatlicher und rechtlicher Institutionen. Kant definiert dabei Recht als „*Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.*“<sup>283</sup> Zentral scheint dabei die jedem Individuum überantwortete Autonomie, die ein individuelles Recht auf Freiheit garantieren soll.<sup>284</sup>

Kant bleibt jedoch vorerst noch eine präzisere Ausdifferenzierung der einzelnen Grund- und Menschenrechte schuldig. Die Transformation des von Kant artikulierten Freiheitsideals obliegt dabei der Gesetzgebung. Kant ordnet dieser Freiheitsidee eine vermittelnde Aufgabe zu, indem er der Legislative mit der regulativen Idee verbindet, die zwar primär eine bloße Idee der Vernunft sei, welche jedoch unzweifelhaft auch praktische Realität zukommt. Die genuine Idee der Vernunft besteht „*nämlich jeden Gesetzgeber zu verbinden, daß er seine Gesetze so gebe, als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volks haben entspringen können, und jeden Untertan, so fern er Bürger sein will, so anzusehen, als ob er zu einem solchen Willen mit zusammen gestimmt habe. Denn das ist der Probierstein eines jeden öffentlichen Gesetzes.*“<sup>285</sup> Befolgt jedoch der Gesetzgeber dieses hohe Ideal nicht, so gestattet Kant – ganz im Gegensatz zu Locke – dem Volk jedoch kein Widerstandrecht.<sup>286</sup> Hierzu aber später mehr.

---

<sup>280</sup> Vgl. Holzleithner (2009), S. 88 – 89.

<sup>281</sup> Dieses Grundrechtsverständnis zielte zu Beginn des Konstitutionalisierungsprozesses nicht darauf ab, sofort an Ort und Stelle umgesetzt zu werden. Vielmehr galten diese als Leitprämissen für eine vernünftige Staatsverwaltung und -gestaltung und somit auch für die Legitimität von Staat und Recht schlechthin. Die Grundrechte erhielten ihre institutionelle Garantie erst erheblich später, und zwar mit der konkreten Ausformung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Bürger verstanden seitdem die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte (wie diese auch in Art. 144 der österreichischen Bundesverfassung genannt werden) nicht nur als einen Schutz für staatliche Übergriffe, sondern postulierten deren teleologischen Gehalt auch als Maßstab der Grundrechtsgarantien in den allgemeinen Gesetzen. Vgl. Öhlinger (2009), S. 304 – 305.

<sup>282</sup> Als einer der ersten Staatstheoretiker grenzte sich später Hegel von den Grundthesen des Kontraktualismus ab. Zum einen bezweifelt er die notwendige Organisationskraft des Volkes, welches bei Hegel als willkürliche Ansammlung von Menschen noch keine politischen Zielvorstellungen verfolgte. Ein solches Volk schafft es nicht aus Eigenmotivation heraus, eine politische Gemeinschaft zu generieren. Auch die Ausgangslage des Naturzustandes vermag Hegel nicht zu überzeugen. Das Volk in seiner Funktion als zukünftiger Souverän übt Zwang auf die Regierung aus; die Regierung ihrerseits übt Zwang auf die Regierten aus. Solange dieser Zwangaustausch unter gleichen Machtvorsetzungen steht, weist er ein gewisses Maß an Stabilität auf. Dabei kommt die Sehnsucht nach politischer Veränderung zwangsläufig zum Erliegen. Vgl. Buksinski (2010), S. 97.

<sup>283</sup> Kant (1977), S. 337.

<sup>284</sup> Nach Gerhard Luf steht das Recht dabei unter dem Anspruch die subjektive Freiheit jedes Menschen und seines Handelns anzuerkennen und solcherart in seiner Würde als Person zu respektieren. Vgl. Luf (2008), S. 284.

<sup>285</sup> Kant (1982), S. 153.

<sup>286</sup> Diese Abneigung Immanuel Kants gegenüber dem Widerstandrecht wird durch seine Erfahrungen mit dem Abgleiten der von ihm anfangs befürworteten Französischen Revolution in den „*terreur*“ erklärlich. Diese Erfahrung mit den Auswüchsen anarchischer, brutaler Gesetzlosigkeit brachte Kant zu dem Schluss, dass dem Volk nicht das Widerstandrecht, sondern nur die Freiheit der Feder als einziges „*Palladium der Völkerrechte*“ zustehe, was später als Grundlage der Ausgestaltung einer allumfassenden Meinungsfreiheit angesehen wurde. Vgl. Holzleithner (2009), S. 88.

### III.4.2. Thomas Hobbes und seine Vorstellung von einem die Gerechtigkeit definierenden Souverän

Der wohl prominenteste und bekannteste – wenn auch nicht immer mit dem Begriff der Gerechtigkeit konnotierte – erste Ansatz der neuzeitlichen politischen Philosophieströmung geht wohl auf Thomas Hobbes zurück.<sup>287</sup> Hobbes schuf in seinem berühmten auch anthropologisch inspirierten Modell des *Leviathans* ein zwar prima vista naturrechtliches Modell, das jedoch auch bereits starke positivrechtliche Tendenzen aufwies. Diese scheinbare Paradoxie lässt sich jedoch leicht erklärbar machen. Zum damaligen Zeitpunkt war der Ausdruck *ius naturale* eng mit dem traditionellen Vernunftgebot verbunden. Hobbes war jedoch der Erste, der dieses *ius naturale* als einen Raum von unbeschränkter, individueller Freiheit uminterpretierte, in dem jeder uneingeschränkt agieren könne und das Recht besäße, sich alle denkmöglichen und für ihn auch erreichbaren Güter anzueignen. Von dieser historischen Situation des *ius naturale* muss jedoch sorgfältig das sog. *lex naturae* (später dann als Naturrecht bekannt) abgegrenzt werden. Dem Naturgesetz ist dabei eine gewisse Klugheit und Ausgewogenheit inhärent. Befolgen nämlich die Menschen die Gesetze der Natur, so gereichen sie letztendlich allen zum Vorteil. Thomas Hobbes zufolge weisen jedoch weder das *ius naturale* noch die *leges naturae* die notwendige moralische Normativität auf. Durch die Nichtbefolgung des *ius naturale* durch die Menschen, haben diese letztlich den Naturzustand verlassen und sind in den Status des Bürgerseins (*citoyen*) eingetreten, was das Aufstellen völlig neuartiger Regeln notwendig machte.<sup>288</sup>

In der Hobbes'schen Gerechtigkeitsdefinition lassen sich dennoch feine, sich ändernde, Nuancierungen unterscheiden. Er vollzieht dabei einen gewissen Paradigmenwechsel zwischen seinem frühen Werke *De cive* und dem *Leviathan*. In beiden Werken vertritt Hobbes aber die Ansicht, dass sich Gerechtigkeit letztendlich nur in einer positiven Rechtsordnung realisieren lassen könne. Im *De cive* differenziert Hobbes noch zwischen den Begriffen des Unrechts (*iniuria*) und der Ungerechtigkeit (*iniustitia*). Unrecht kann sich bei Hobbes nur in privatrechtlich abgeschlossenen Verträgen manifestieren, wenn im Verhältnis inter pares ein Vertragspartner übervorteilt wurde. Ungerechtigkeit hingegen ereignet sich auf einer höheren Metaebene und betrifft dabei auch das Staatswesen in seiner Gesamtheit. Im *Leviathan* insistiert Hobbes bereits darauf, dass Recht wie Unrecht und hiervon deduziert Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit außerhalb einer Rechtsordnung bzw. eines Staates gar nicht existieren können. Gerechtigkeit ist nach Hobbes keine naturgegebene Fähigkeit des einzelnen Menschen. Sie entfaltet sich regelmäßig erst dann, wenn dieser in einem gesellschaftlichen Verband lebt.

---

<sup>287</sup> Mit Thomas Hobbes beginnt auch die große ideengeschichtliche Epoche des Kontraktualismus. Die Vertragstheorie widmet sich in ihrer grundsätzlichen Fragestellung der Legitimität von staatlicher Herrschaft. Die vertragstheoretischen Grundprämissen anerkennen eine gerechtfertigte Herrschaftsordnung nur dann, wenn jedes ihnen unterstellte Individuum sowohl aus wohlverstandenen Eigeninteresse als auch aufgrund gesamtgesellschaftlicher moralischer Prinzipien zustimmen würde. Gerade für diese hypothetische Fiktion wird von den Vertragstheoretikern das Rechtsinstitut des Vertrags bemüht, da ja eine charakteristische Eigenheit von Verträgen mitunter darin besteht, dass sie verschiedene auf ihren Vorteil bedachte Parteien auf verbindliche und deterministische Weise festzulegen vermögen. Die Legitimität politischer Herrschaft fußt damit gedankenlogisch auf der dezidierten oder konkludenten Einwilligung aller Vertragsteilnehmer. Vgl. Hahn (2009), S. 65.

<sup>288</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 153.

Diese zivilisatorische Position bricht dabei eklatant mit den Grundmaximen der religiösen Tradition. Hobbes besteht darauf, dass niemand über das Leben nach dem Tod Bescheid wissen könne und dass es somit ganz und gar undenkbar ist, sich bei Antworten zu Gerechtigkeitsfragen auf eine transzendente göttliche Ordnung zu berufen.<sup>289</sup>

Im *Leviathan* werden zwei weitere Facetten der Hobbes'schen Gerechtigkeitskonzeption augenscheinlich. Gerechtigkeit basiert auf einem Vertragszustand und einem über allem schwebenden Souverän. Das Recht, welches dieser setzt, ist vielmehr bereits das Prinzip der Gerechtigkeit. Hobbes ordnet somit dem Prinzip der Gerechtigkeit einen stark autoritätsbezogenen Charakter zu und postuliert dessen strikte Einhaltung, Geltung und Befolgung.<sup>290,291</sup>

Hobbes sind selbstredend die antike Gerechtigkeitsvorstellungen allesamt bekannt, sowie etwa auch die von Aristoteles entworfene Gerechtigkeitsarchitektur mit der idealtypischen Differenzierung zwischen austeilender und ausgleichender Gerechtigkeit. Hobbes lehnt es aber kategorisch ab, in die Marktmechanismen sowie deren permanenten Suche nach einem Equilibrium auf interventionistische Art und Weise allzu drastisch einzugreifen. Er interpretiert demnach austeilende Gerechtigkeit in eine reine Einhaltung der Erfüllungsverpflichtung eines Vertragspartners um. Die austeilende Gerechtigkeit personifiziert er in der menschlichen Figur eines unparteiischen Schiedsrichters, dessen Rollenverständnis dahingehend definiert wird, zu bestimmen, was gerecht bzw. nicht gerecht sein soll. Hobbes entwirft demnach ein dezidiert ordoliberales Modell von Gerechtigkeit. Die potentiell weite Bedeutungsvarianz der Gerechtigkeit wird von ihm auf einen bloßen Marktbegriff unter vielen anderen reduziert.<sup>292</sup>

Hobbes fordert auch Ansätze der Gerechtigkeit zwischen zwei vertragsschließenden Individuen. Einmal geschlossene Verträge sind ganz nach dem römischrechtlichen Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ grundsätzlich einzuhalten. Damit konterkariert er jedoch ein wenig seinen eigenen Theorieansatz; dieser wird inkonsistent. Denn mit der Einhaltung von Verträgen wird klar ein vorstaatliches Verständnis der Gerechtigkeit formuliert, welches die Umrahmung durch ein Staatsgebilde nicht notwendig hat. Hobbes kreiert somit eine zweite Form von Gerechtigkeit, in der er einen absichtlichen Vertragsbruch dezidiert als ungerecht deklariert. Gedeutet wird dieser Widerspruch dahingehend, dass im *Leviathan* innerhalb der *leges naturalae* auch vorstaatliche Tugenden, wie Gerechtigkeit, Bescheidenheit und Billigkeit beschrieben wurden.<sup>293</sup>

Nach Hobbes bewährt sich der Gesellschaftsvertrag in erster Linie aus selbsterhalterischen Zweckmäßigkeitserwägungen. Fundamentalere Antrieb und Motivation der Menschen, dem Vertrags-

---

<sup>289</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 153 – 154.

<sup>290</sup> Er folgt dabei in Grundzügen den Thesen und Ansichten Epikurs. Vgl. hierzu auch Ludwig (1998), S. 401 – 405.

<sup>291</sup> Diese strikte Durchsetzungsmacht der Gerechtigkeit wird von Thomas Hobbes auch mit der Metapher „*Schwert der Gerechtigkeit*“ beschrieben. Da es für alle verheißungsvoller ist, das gefährliche Stadium der Selbstgefährdung zu überwinden, stimmen die Menschen Freiheitsverzicht zu. Es kommt dabei – wie es Höffe später auch beschreibt – zu einem negativen Tausch, der allen zum Vorteil gereicht und dadurch gerecht ist. Vgl. Höffe (2010), S. 308.

<sup>292</sup> Vgl. Macpherson (2008), S. 119 – 120.

<sup>293</sup> Vgl. Raphael (1988).

abschluss zuzustimmen, ist dabei die omnipräsente Gefahr der Gefährdung der eigenen körperlichen Integrität, sodass für eine ausschweifende Suche nach der Leitidee der Gerechtigkeit wenig Platz verbleibt. Hobbes steht dabei einer internationalen Verortung seiner Vertragstheorie betont skeptisch gegenüber. Nach Hobbes herrscht nämlich zwischen den einzelnen Nationen so etwas wie ein realer Naturzustand, bei dem sich die entscheidungsrelevante Fragestellungen nach Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit gar nicht stellt: *„Aber obwohl es niemals eine Zeit gegeben hat, in der sich einzelne Menschen im Zustand des gegenseitigen Krieges befanden, so befinden sich zu allen Zeiten Könige und souveräne Machthaber aufgrund ihrer Unabhängigkeit in ständigen Eifersüchteleien und verhalten sich wie Gladiatoren: sie richten ihre Waffen gegeneinander und lassen sich nicht aus den Augen [...] Eine weitere Folge dieses Krieges eines jeden gegen jeden ist, daß nichts ungerecht sein kann. Die Begriffe von Recht und Unrecht, Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit haben hier keinen Platz. Wo keine allgemeine Gewalt ist, ist kein Gesetz, und wo kein Gesetz, keine Ungerechtigkeit. Gewalt und Betrug sind im Krieg die beiden Kardinaltugenden.“*<sup>294</sup>

Der Hobbes'sche Kontraktualismus bildet für eine universalistisch zu verstehende Gerechtigkeitsperspektive keinen adäquaten Ansatz, da wichtige und entscheidende Postulate wie Recht und auch Gerechtigkeit solange ohne Resonanz bleiben, solange sie nicht an eine bestehende Autorität adressiert werden können. In diesem Kontext ist auch das berühmte Hobbes'sche Diktum zu verstehen, dass nicht die Wahrheit, sondern viel eher die Autorität das Recht setzt (*auctoritas non veritas facit legem*). Gerechtigkeit wird somit auf die Existenz realer Herrschaftsverhältnisse reduziert.<sup>295</sup>

### III.4.3. Gerechtigkeit als gelebte pietätische Barmherzigkeit bei Gottfried Wilhelm Leibniz

Beim deutschen Philosophen Gottfried Wilhelm Leibniz durchzieht das Interesse einer validen Definition von Gerechtigkeit sein gesamtes Opus. Leibniz orientiert sich dabei an der Tradition des Naturrechts. Schon in seinen Frühschriften zwischen 1663 – 1669 konstruiert Leibniz die *„Lehre von den drei Stufen der kosmischen Naturrechtsordnung“*, an denen er auch in seinem Spätwerk unvermindert festhält. Für Leibniz ist Gerechtigkeit, wie in der Antike, per se eine personale Eigenschaft oder Verhaltensweise, welche er im Rahmen seiner Theorie in den schon beschriebenen drei Stufen unterteilt:

- als eine Orientierung am strengen Recht (*ius strictum*)
- als ein Zuteilungsprinzip der Billigkeit (*aequitas*)
- als ein religiös tief verwurzeltes Wohlwollensprinzip (*pietas*)

<sup>294</sup> Hobbes (1994), S. 97.

<sup>295</sup> Das im späteren Verlauf dieser Arbeit noch eingehender zu behandelnde Konstrukt der Weltrepublik bei Otfried Höffe würde aus der Hobbes'schen Perspektive im Stadium der fiktiven Hypothese verhaftet bleiben, da es nun mal – und das gilt auch heute noch natürlich mit gewissen Abstrichen – keine Weltregierung gibt, an die man internationale Ansprüche richten könnte und daher auch nicht die notwendige Autorität generiert werden kann, um globalen Rechtsverhältnissen sowie der Gerechtigkeit auch zum Durchbruch zu verhelfen.



Die Einhaltung dieser drei Facetten ist letztlich unbedingt erforderlich, um Gerechtigkeit und somit auch einen Zustand vollkommenen Glücks erzielen zu können. Ein weiteres Essential ist daneben die aus der christlichen Tradition entstammende Barmherzigkeit. So schreibt Leibniz selbst: „Ein guter Mensch ist einer, der um Gerechtigkeit bemüht ist. [...] Gerechtigkeit ist die angemessene ausgerichtete Barmherzigkeit.“<sup>296</sup> Diese Barmherzigkeit stellt dabei nichts anderes dar, als einen gelebten internalisierten Altruismus, der in der Leibniz'schen Tradition auf dem Prinzip des Göttlichen substantiell aufbaut. Gerechtigkeit kann daher nur erzielt und verwirklicht werden, in Bezug und Verbindung auf den jeweils anderen.<sup>297</sup>

Gerechtigkeit und Barmherzigkeit gerieren sich somit als fundamentale Eckpfeiler der Leibniz'schen Rechtstradition. In ihrem interdependenten Zusammenspiel wird gleichsam ein erweitertes Verständnis generiert, indem noch deontologisch das menschliche Pflichtbewusstsein des Weisen inkorporiert wird. Aus dem kombinativen Zusammenwirken von Gerechtigkeit, Barmherzigkeit und Weisheit resultiert schließlich folgende Gerechtigkeitsauffassung: „Die Gerechtigkeit ist nichts anderes als die Barmherzigkeit des Weisen. Die Barmherzigkeit ist ein allumfassendes Wohlwollen, dessen Ausübung der Weise nach dem Maßstab der Vernunft vornimmt, um das größte Gut zu erlangen. Die Weisheit aber ist die Wissenschaft des Glücks oder der Mittel, zu einer dauerhaften Zufriedenheit zu gelangen, die in einer steten Annäherung an größere Vollkommenheit oder zumindest in der Abwechslung innerhalb desselben Grades der Vollkommenheit besteht.“<sup>298,299</sup>

Unter der Einhaltung des strengen Rechts versteht Leibniz die Befolgung der vollkommenen Pflichten in Kombination mit dem schon von Ulpian formulierten Schädigungsverbots des jeweils anderen. Durch die Einhaltung des Gegenseitigkeitsverhältnisses wird die Form der reziproken Gerechtigkeit erst geschaffen. Billigkeit hingegen ist bei Leibniz anlass- und situationsbezogen und soll für eine adäquate Zuteilung der Güter sorgen. Leibniz verbindet somit den Zweck der Billigkeit mit der adressatenrelativen Verteilungsgerechtigkeit. Die religiös fundierte Pietät fordert schließlich einen Habitus universeller Moralität (*iustitia universalis*), welche einen moralisch anspruchsvollen Lebensstil bedingt. Nico Horn und Christoph Scarano fassen schließlich resümierend die drei differenzierenden Ausformungen der Gerechtigkeit bei Leibniz folgendermaßen zusammen: „Während sich die Forderung des strikten Rechts auf ein Schädigungsverbot beschränken und während die Billigkeit verlangt, gerechtfertigte Ansprüche abzugelten, bedeutet die ‚pietas‘ soviel wie eine an der Anfechtung fremden Wohlergehens orientierte Haltung.“<sup>300</sup>

Zwar verändert Leibniz im Laufe seines Schaffens seine Terminologie; den Grundgedanken behält er jedoch unverändert aufrecht. Er spricht in seinem Spätwerk von der Gerechtigkeit als „Liebe des Weisen“. Ganz im Sinne der bereits zu einem früheren Zeitpunkt formulierten *pietas* übt sich der

<sup>296</sup> Leibniz (1999), S. 2758.

<sup>297</sup> Vgl. Poser (2005), S. 191 – 192.

<sup>298</sup> Leibniz (1997), S. 362.

<sup>299</sup> Hans Poser kommentiert diese Rechtsauffassung wie folgt: „Alle diese Elemente verbinden sich in der Ausrichtung des Handelns am Prinzip des Besten – und damit an einem Harmoniegedanken, dessen Leitprinzip die Vernunft ist. Solche Vernunft reicht entscheidend über die Vernunftwahrheiten hinaus, sie verfügt über weit mehr als bloße Kombinatorik, weil ihr auch die Inhalte auf eine Weise eingeboren sind, die Kant synthetisch a priori nennen sollte.“ Poser (2005), S. 195.

<sup>300</sup> Horn/Scarano (2002), S. 159.

Weise in einem wohlwollenden Verhalten, welches über die egozentristischen Eigeninteressen bei Weiten hinausgeht und sich unvoreingenommen am Guten für die gesamte Menschheit orientiert. Darin lässt sich eine Abwandlung der vollkommenen, göttlichen Gerechtigkeit erkennen. Der Weise bei Leibniz ist viel mehr eine idealisierte Figur, vergleichbar mit dem Philosophen bei Aristoteles oder Platon. Er verfügt über alle wünschenswerten Kompetenzen und Charaktereigenschaften und wendet diese für seinen Lebensstil – und noch wichtiger – für das Wohle der Allgemeinheit an. Zur vollkommenen Weisheit gehört nämlich die praktische Klugheit ebenso wie das religiöse, mathematische oder naturwissenschaftliche Wissen. Die Weisheit ist bei Leibniz das höchste instrumentelle, nicht missbrauchbare Gut, das unter allen denkbaren Umständen sich immer am Guten zu orientieren habe. Leibniz folgt damit dem zu diesem Zeitpunkt aufkommenden wissenschaftlich-technischen Optimismus, der das göttliche Schöpfungsideal dechiffrieren möchte und zu gleich den wissenschaftlich-technischen Fortschritt der Gesellschaft fördert. Die Definitionen der Gerechtigkeit bei Leibniz als Pietät und Barmherzigkeit können zu einem wichtigen und essentiellen Beitrag der Vormoderne erklärt werden.<sup>301</sup>

#### **III.4.4. Gerechtigkeit als soziale Tugend bei David Hume**

Für Hume stellt Gerechtigkeit neben dem allgemeinen Wohlwollen einen integrativen Teil der sozialen Tugend dar. Wohlwollen geriert sich als die natürliche Form der sozialen Tugend, welche den Menschen aufgrund seiner Reflexionsfähigkeit gleichsam angeboren ist. So begegnen wir Menschen, die gesellig und hilfsbereit sind, grundsätzlich freundlich, Menschen mit Macht oder anderen extraordinären Fähigkeiten mit Lob und Anerkennung, da sie aufgrund ihrer Talente und Interessen zur allgemeinen Zufriedenheit der Gesellschaft beitragen. Gerechtigkeit, welche die andere Seite der Medaille der sozialen Tugend darstellt, wird als notwendige Ergänzung zur natürlichen Tugend des Wohlwollens angesehen, falls das Wohlwollen aus welchen Gründen auch immer begrenzt sein sollte. Gerechtigkeit basiert dabei auf gewissen inneren Prädispositionen als auch externen Bedingungen, unter denen ein Mensch lebt.<sup>302</sup>

Gerechtigkeit setzt zunächst einmal eine psychische und physische Äquipotenz aller Menschen voraus, denn zu eklatante Disparitäten würde die Funktionsfähigkeit der sozialen Tugend der Gerech-

---

<sup>301</sup> Vgl. *Den Uyl* (1994).

<sup>302</sup> Vgl. *Klemme* (2007), S. 143.

tigkeit ex ante verunmöglichen.<sup>303</sup> Aber selbst wenn sämtliche inneren Voraussetzungen erfüllt sein sollten, so verbleibt die soziale Tugend der Gerechtigkeit unter gewissen äußeren Umständen wirkungslos. Zur besseren Illustration wagt Hume ein dreiteiliges Gedankenexperiment, mit dem er beweisen möchte, dass Gerechtigkeit als künstliche Tugend letztlich auf Vereinbarungen und Übereinkünften beruht: Im ersten Gedankenexperiment antizipiert Hume das utopische Ideal des Paradieses, in dem es angesichts von einem Überangebot sämtlicher (sozialer) Güter keinerlei Eigentumsregeln bedarf. Sollten dennoch einige Güter knapp werden, verlangt diese Restriktion die Einigung auf entsprechende gerechte Regelungen. Im zweiten Gedankenexperiment skizziert Hume bereits ein etwas realistischeres Bild des menschlichen Zusammenlebens. Obwohl bereits das Stadium von Güterknappheit erreicht ist, braucht die Gerechtigkeit ihre Wirksamkeit noch nicht vollständig entfalten, wenn das Handeln der Menschen nur von einem gewissen Altruismus und freundschaftlichen Miteinander geprägt ist.<sup>304</sup> Im letzten Gedankenexperiment herrscht eine absolute Mangelsituation vor, weshalb diesfalls von der Gerechtigkeit getragene Regeln ausbedungen werden müssen, welche die Zufriedenheit sowie die Sicherheit der Gesellschaft sowie der gesamten Menschheit garantieren sollen. So sehr Hume auch die Gerechtigkeit im dritten Gedankenexperiment als notwendiges und nachzustrebendes Desideratum betrachtet, so sehr muss er sich aber auch eingestehen, dass gerade in einer Situation absoluten Mangels Gerechtigkeit ihre ihr zugeordnete Funktion nicht vollends entfalten wird können.<sup>305</sup>

Hume verbleibt bei seinen Gedanken über die Gerechtigkeit keinesfalls vage, sondern rasoniert auch über mögliche praktische Regeln von Fairness und Gerechtigkeit. Gleich zu Beginn stellt er allerdings fest, dass Gerechtigkeit sehr situationsspezifisch erörtert und kontextualisiert werden muss. In kritischer Abwendung zum Hobbes'schen Naturzustand, dessen theoretische fiktionaläre Ausgestaltung für Hume unrealistisch war, da die Hobbes'sche Gerechtigkeit auf des Menschen unveräußerlichen Rechten beruht, welche dieser qua seiner Vernunftbegabung auch erkennen kann und muss, ist

---

<sup>303</sup> Entgegen dem damaligen Zeitgeist wendet sich Hume gegen die damals vorherrschende Auffassung einer vermeintlich strikten natürlichen Überlegenheit der europäischen Völker gegenüber den barbarischen Ureinwohnern Nordamerikas und forderte im Umgang mit diesen mit nachdrücklicher Vehemenz, die natürlichen Ideale der Menschlichkeit und Gerechtigkeit nicht zu verleugnen. Vgl. *Hume* (2003), S. 26. Um an dieser Stelle Missverständnissen gleich präventiv vorzubeugen. Hume war keinesfalls ein selbstaufopfernder Protegé der indigenen Völker Nordamerikas. An anderer Stelle spricht Hume nämlich von der Präsomption der absoluten Überlegenheit und Höherwertigkeit der weißen Rasse. Er spricht sich aber deklarativ gegen die schrankenlose Unterdrückung der nordamerikanischen Ureinwohner aus. Vgl. *Hume* (1987), S. 629 – 630.

<sup>304</sup> Hume räumt allerdings selbst ein, dass diese Annahme sämtlichen unserer Erfahrungswerte widerspricht und nahezu von einer utopisch-historischen Dimension ist, wie die Annahmen im 1. Gedankenexperiment.

<sup>305</sup> Hume illustriert die fehlende Leistungsfähigkeit einer Gesellschaft an der anschaulichen Metapher des „*Brettes des Karneades*“, die später durch die Rezeptionsarbeiten Immanuel Kants (Vgl. *Kant* (1982), S. 156 – 157) im rechtsphilosophischen Diskurs Bekanntheit erlangen sollte. Nach einer Schiffshavarie gelingt es zwei Schiffbrüchigen, sich an einer Holzplanke festzuhalten. Das Problem bei diesem Gedankenexperiment besteht allerdings darin, dass die Holzplanke über kurz oder lang nur eine Person tragen kann. Klammern sich demnach beide daran fest, so sind sie unweigerlich dem Untergang geweiht. Gerade in einer solchen Situation versagt das Postulat nach Gerechtigkeit. Es kann nämlich von einer Person unter keinen Umständen verlangt werden, dem eigenen irdischen Dasein zu entsagen, nur um das Überleben einer anderen Person zu sichern. Sicherlich kann in einem Akt der Selbstaufopferung sich eine Person den unendlichen Tiefen des Meeres übergeben, dies wäre jedoch unter keinen Umständen ein Akt von gewöhnlicher Gerechtigkeit. Vgl. *Klemme* (2007), S. 146.

Humes Gerechtigkeitskonzeption per se von einem artifiziellen Grundgedanken getragen. Ausgangspunkt sind dabei den Menschen durch Gewohnheit und Erfahrung vertraut gewordene Eigentumsregeln, die beispielsweise den Eigentumserwerb durch eigenen Fleiß, die potentielle Möglichkeit der Vererbung von Eigentum wie auch den althergebrachten römischrechtlichen Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ inkludieren.<sup>306</sup>

Die naturgegebenen Regeln werden demnach durch das Studium des Menschen und dessen Natur, seiner gesellschaftlichen Position, wie auch seiner turbulenten geschichtlichen Erfahrungswerte erkannt. An dieser Stelle implementiert Hume den Staat als autoritative Macht, dessen wichtigste Aufgabe in der Transformation der durch das Studium des Menschen und dessen Wesen erlangten Kenntnisse in allgemein verbindliche bürgerliche Gesetze begründet liegt.<sup>307</sup>

Hume kontextualisiert Gerechtigkeit des Weiteren auch in einer utilitaristischen Tradition, da er uneingeschränkt davon überzeugt ist, dass sich die Menschen der Gerechtigkeit aus deren Nutzen heraus verpflichtet fühlen: „*Gemeinsame Interessen und gemeinsamer Nutzen bringen unfehlbar einen Standard von richtig und falsch bei den betroffenen Personen hervor.*“<sup>308</sup>

Kann man ob diesen von Hume angestellten Nutzenerwägungen ihn bereits als Vertreter des Utilitarismus bezeichnen? Die Beantwortung dieser Frage muss differenziert ausfallen. Recht und Gerechtigkeit besitzen für das menschliche Zusammenleben zweifelsohne einen immanent hohen Stellenwert, da sie im Interesse und somit auch im Nutzen der Menschen gelegen sind. So weit, so utilitaristisch. Hume spricht sich allerdings dezidiert gegen die strikte utilitaristische Grenzziehung aus, die zusammenfassend besagt, dass Menschen dem hehren Ideal der Gerechtigkeit dann nicht mehr folgen würden, wenn diese ihnen keinen zusätzlichen Nutzen offerieren kann. Der Mensch als humanes und vernunftbegabtes Wesen würde selbst dann nicht die Regeln der Gerechtigkeit verletzen, wenn er antizipativ davon ausgehen kann, dass sein Regelverstoß unentdeckt bleibt und deshalb nicht mit sozialen Obstruktionen zu rechnen ist.<sup>309</sup>

David Hume erblickte in der Gerechtigkeit eine antirealistische These, wenn er in seinen Schriften von der Gerechtigkeit als einer Spielart der künstlichen Tugend spricht. Hume bricht somit mit der Idee, dass das Gerechte bzw. die gerechte Einsicht eine natürliche menschliche Charaktereigenschaft sei. Er gesteht den Menschen zwar durchaus zu, einen gewissen instinktiven Gerechtigkeitssinn zu besitzen. Dieser ist jedoch keineswegs einer ewig unveränderlichen Idee geschuldet, sondern resultiert vielmehr aus einer sozialfiktiven, menschlichen Konzession auf bestimmte Eindrücke und Situationen. So düster er diese basalen Voraussetzungen des menschlichen Gerechtigkeitssinns

---

<sup>306</sup> Vgl. Hume (2003), S. 29.

<sup>307</sup> Trotz dieser immanent wichtigen Funktion begegnet Hume der staatlichen Herrschaft mit einem gewissen Skeptizismus. So befürchtet er ein von der staatlichen Herrschaft ausgehendes Bedrohungspotential, wenn diese ihre öffentlichen Aufgaben sukzessive vernachlässigt und religiösem Aberglauben nacheifert. Dennoch ist staatliche Herrschaft als solche dringend erforderlich, da die Menschen aus eigenem Antrieb nicht über genügend Klugheit und Willensstärke verfügen würden, um die Gerechtigkeit selbstverpflichtend zu achten. Vgl. Klemme (2007), S. 147 – 148.

<sup>308</sup> Hume (2003), S. 47.

<sup>309</sup> Vgl. ebd., S. 122.

auch skizziert, betont er andererseits aber auch die Nützlichkeit dieser Fiktion als stabilisierender Faktor der gesellschaftlichen Eigentumsordnung. Hume kontextualisiert dabei Gerechtigkeit als eine Form der Herangehensweise an die Güterverteilung und Besitzwahrung. Da die Gerechtigkeit für Hume nicht natürlichen Ursprungs ist, muss sie zwangsläufig bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um innerhalb einer Gesellschaft existent zu sein. Diese Bedingungen, welche er in den bekannten Gesellschaften als verwirklicht ansieht, entfalten sich jedoch erst in einer bestimmten Wohlstandssituation, in der weder außerordentlicher Überfluss noch ein extremer Mangel von Gütern existiert. Eine in Überfluss gebettete Gesellschaft würde Gerechtigkeitsfragen, die Hume ja mit der Frage des Besitzes assoziiert, gar nicht erst aufwerfen, da hierzu ja keinerlei Veranlassung besteht. Leidet die Gesellschaft auf der anderen Seite an einer manifesten Mangelsituation, so könnte das strenge Gebot der Gerechtigkeit von dem Ruf nach noch strengeren Gesetzen ausgehebelt werden. Für Hume muss also im Rahmen der gesellschaftlichen Ordnung eine Situation relativer Güterknappheit existieren, die die Anwendung des Gerechtigkeitsbegriffs sinnvoll erscheinen lässt. Eine weitere Grundbedingung betrifft die innere Psyche der Menschen. Der Mensch als empathiebegabtes Wesen darf weder zu große Sympathien für seine Mitmenschen hegen, noch diesen zu feindlich begegnen. Eine aristotelische Mittelposition zwischen reiner Moralität und schlichter Immoralität kennzeichnet für Hume den Gegenstandsbereich der Gerechtigkeit. Hume verquickt dabei die Frage der Eigentumsordnung mit jener der Gerechtigkeit. Neben anderen Formen einer möglichen Güterverteilung (Meritokratie, Egalitarismus) erkennt man bei Hume eine starke Präferenz für das Leistungsfähigkeitsprinzip, welches allerdings wiederum mehr durch Effizienzüberlegungen geprägt wird, denn von eigentlichen Fragen nach Gerechtigkeit.<sup>310</sup>

Hume wurde in der Rezeptionsgeschichte mit einigermaßen heftiger Kritik konfrontiert. Zu einen der wohl bekanntesten zeitgenössischen Kritiker zählte Adam Smith, der Humes Gerechtigkeithesen eine eigenständige Abhandlung mit dem Titel „*Theorie der moralischen Gefühle*“ widmete. Zusammengefasst geht Smith mit Hume konform, dass die Natur unsere Gefühle in einer Weise vorherbestimmt hat, dass wir billigend schätzen, was uns nützlich und das wir missbilligen, was unnützlich und schädlich ist. In Abgrenzung zu Hume kritisiert er aber dessen Nutzenkonzept als Messlatte für die menschliche Billigung als unvollständig, da menschliche Handlungen nicht nur nützlich, sondern auch adäquat und angemessen sein müssen.<sup>311,312</sup>

---

<sup>310</sup> Kritik erfuhr die Hume'sche Gerechtigkeitskonzeption vor allem aufgrund ihrer Junktimierung des Prinzips der Gerechtigkeit mit den Fragen des Eigentums. Dies wurde oftmals als zu kurz greifend bemängelt. Warum sollte eine Gesellschaft alleine dadurch in einen Zustand von Harmonie und Frieden gelangen, wenn jeder die Eigentumsansprüche des jeweils anderen anerkennt? (Grund-)Freiheiten, Chancen, Rechte und andere Desiderate scheinen dabei ebenso wichtig zu sein. Vgl. *Horn/Scarano* (2002), S. 160 – 161.

<sup>311</sup> Vgl. *Smith* (1976), S. 188 – 189.

<sup>312</sup> In kritischer Fortführung zu Adam Smith formulierte auch Edmund Husserl seine Kritik an der Hume'schen Gerechtigkeitskonzeption. Hume, so Husserl, qualifiziere Gefühle als naturalistisches, kausalmechanisches Erklärungsvehikel, ohne im Kern jedoch zu erkennen, dass Gefühle auch bewertenden Charakter haben können; also sagen, was richtig und was falsch ist. Vgl. *Husserl* (2004), S. 172 – 199.

### III.4.5. Jean-Jacques Rousseau egalitaristisches Konzept von Gerechtigkeit

Bei Jean-Jacques Rousseau spielt die Begrifflichkeit der Gerechtigkeit eine dem Begriff der Gleichheit untergeordnete Rolle. Nichtsdestotrotz ist er auch in der Rousseau'schen Philosophie nicht ohne Relevanz und stellt einen der zentralen Aspekte in den „*Diskursen über die Ungerechtigkeit*“ dar. In seiner kulturgeschichtlichen Rekonstruktion skizziert er die Ursprünge von gesellschaftlicher Ungleichheit, der zivilisatorischen Entwicklung sowie der Selbstentfremdung des am Beginn der Moderne befindlichen Individuums. In diesem Kontext ist auch das nun folgende berühmte Rousseau-Zitat zu lesen, welches als Absage an die besitzindividualistischen Thesen von Hobbes, Locke und Hume zu verstehen ist: „*Der erste, der ein Stück Land eingezäunt hatte und es sich einfallen ließ zu sagen: dies ist mein und der Leute fand, die einfältig genug waren, ihm zu glauben, war der wahre Gründer der bürgerlichen Gesellschaft. Wie viele Verbrechen, Kriege, Morde, wie viel Not und Elend und wie viele Schrecken hätte derjenige dem Menschengeschlecht erspart, der die Pfähle herausgerissen oder den Graben zugeschüttet und seinen Mitmenschen zugerufen hätte: ‚Hütet euch, auf diesen Betrüger zu hören; ihr seid verloren, wenn ihr vergeßt, daß die Früchte allen gehören und die Erde niemandem.‘*“<sup>313</sup>

In dieser Darstellung des ersten Okkupationsaktes, in dem Rousseau den Ursprung sämtlicher Eigentumsordnung erblickt, basiert auf zwei Grundvoraussetzungen. Zum einen den Akt der Besitznahme des Klugen und Starken und zum Anderen die Anerkennung dieser Besitznahme durch die weniger Klugen bzw. Schwachen. Hierin manifestiert sich die originäre und ursprüngliche Ungerechtigkeit, welche sich im Laufe der Zivilisationsgeschichte immer weiter verfestigen konnte. Den Ausgangspunkt der Besitzordnung markiert dabei gleichzeitig auch das Ende des von Rousseau oftmals verklärten Naturzustandes und den Eintritt in eine Staatsordnung, welche sich stark von derjenigen eines Thomas Hobbes unterscheidet. Wie in dem oben wiedergegebenen Zitat gut erkennbar bedauert Rousseau diesen Sündenfall des Besitzindividualismus. Er ist jedoch keineswegs so naiv, um zu glauben, dass sich der Naturzustand für immer aufrecht erhalten ließe. Der Naturzustand bekleidet vielmehr die Rolle einer rekonstruktiv-argumentativen Funktion, deren Aufgabe es darstellt, die authentische, nicht degenerierte Natur des Menschen rekonstruieren zu können. Rousseau sieht in dem Vertragsschluss, der den Naturzustand beendete und zur vorherrschenden Besitzordnung führte, ein Betrugsmanöver, dass der Reiche ersann, „*von der Notwendigkeit gedrängt, schließlich den durchdachtesten Plan, der dem menschlichen Geist jemals eingefallen ist.*“<sup>314</sup> Mussten die Reichen bis zu diesem Zeitpunkt enorme Anstrengungen auf sich nehmen, um ihr Eigentum zu verteidigen bzw. Abschreckungsmaßnahmen zu errichten, so gelang es ihm mit der Schaffung der institutionalisierten Besitz- und damit einhergehend auch Herrschaftsverhältnisse, die Armen und Schwachen endgültig zu unterjochen. Mit der Determinierung der Herrschaftsverhältnisse kam es zur endgültigen Entfremdung von seinen wahren naturindizierten Bedürfnissen. Durch das Konkurrenzieren mit seinen Mitmenschen kommt

---

<sup>313</sup> Rousseau (2008), S. 173.

<sup>314</sup> Ebd., S. 215.

es sowohl zu einer Situation wechselseitiger Gleichgültigkeit als auch zu einer Extremität menschlichen Handelns.<sup>315</sup>

Während im „*Diskurs über die Ungleichheit*“ primär die Ungerechtigkeit thematisiert wird, widmet sich Rousseau im „*Gesellschaftsvertrag*“ (*contrat social*) den Grundbedingungen bzw. den Grundlagen eines gerechten Staatsgebildes.<sup>316</sup> Während in den Diskursen Gerechtigkeit als ein möglicher Zuteilungsparameter eher ungünstig bis ablehnend beurteilt wird, steht der Gerechtigkeitsbegriff im Gesellschaftsvertrag in einem weitaus günstigeren, ja nahezu optimistischen Licht. Rousseau vergleicht dabei den Übergang vom Natur- in den Staats- und Gesetzeszustand mit dem Wechsel vom Handeln nach Instinkt, zu jenem nach Gerechtigkeit. Der Gerechtigkeitsbegriff bei Rousseau ist – ganz im Sinne der Hobbes’schen Tradition – bewusst antirealistisch gehalten.

Rousseaus Gesellschaftsvertrag kann auch als revitalisierende Renaissance der antik-republikanischen Gerechtigkeitstheorien verstanden werden. Die auch durch den *volonté general* zum Ausdruck gelangende Identifikation des Bürgers mit dem Gemeinwesen schafft auch neue Identitäten, die auf einen gemeinsamen zu teilenden Katalog von Bürgertugenden gründet, die im Rahmen von erzieherischen Maßnahmen, aber auch durch zivilreligiöse Rituale, jedem Bürger indoktriniert werden. Nach Rousseau definiert sich Freiheit als Gehorsam gegenüber dem selbst gegebenen Gesetz. Dabei können die Motivationen und Intentionen, warum gerade einer Norm Beachtung geschenkt wird, durchaus differieren. Die einen beachten die Normen, weil sie ihnen letztlich zum Vorteil gereichen, andere folgen diesen wiederum aus Furcht vor möglichen Sanktionen. Die Kunst des Legislateurs im Gesellschaftsvertrag besteht nun darin, diese Zwangsnormen mit einem hohen Maß an Moralität aufzuladen, denn sonst würde nach Rousseau alleine das Wort des Stärkeren von Bedeutung sein. Das Recht wäre als wichtiges gesellschaftliches Instrumentarium aber dann obsolet, da es nur dem willkürlichen Machterhalt des Stärkeren dienen würde: „*Denn sobald Stärke Recht schafft, ändert sich mit der Ursache die Wirkung. [...] Sobald man ungestraft ungehorsam sei kann, kann man es auch rechtmäßigerweise sein; und weil der Stärkere auch immer recht hat, handelt es sich nur darum, es so einzurichten, daß man der Stärkere ist. [...] Man sieht also, daß dieses Wort Recht der Stärke nichts hinzufügt.*“<sup>317</sup>

Des Weiteren – und dies kann wohl als eine der Hauptaussagen des Gesellschaftsvertrages verstanden werden – baut Rousseau seinen Gesellschaftsvertrag auf dem Fundament unverbrüchlicher menschlicher Gleichheit auf. Sollte dieses unverbrüchliche Gleichheitsverhältnis zwischen den einzelnen Gesellschaftsmitgliedern in eine Schieflage geraten, so liegt es am Gesetzgeber diese mithilfe von Normen wieder auszurufen, um somit den Prinzipien der Gleichheit und Gerechtigkeit innerhalb

---

<sup>315</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 162 – 163.

<sup>316</sup> Die konzeptionelle Ausrichtung seines freiheitsstiftenden Gesellschaftsmodells fasst Rousseau in seiner zu verbreitenden Berühmtheit erlangten Eingangsfrage des „*contrat social*“ zusammen: „*Einer hält sich für den Herren der anderen und bleibt doch mehr Sklave als sie. Wie ist dieser Wandel zustande gekommen? Ich weiß es nicht. Was kann ihm Rechtmäßigkeit verleihen? Diese Frage glaube ich, beantworten zu können.*“ Rousseau (1998), S. 5.

<sup>317</sup> Ebd., S. 9.

der Vertragsgemeinschaft wiederum genüge zu leisten: „*Weil der Lauf der Dinge stets auf die Zerstörung der Gleichheit ausgeht, deshalb muß die Kraft der Gesetzgebung stets auf ihre Erhaltung ausgehen.*“<sup>318</sup>

In Abgrenzung zur Theorie von Thomas Hobbes ist bei Rousseau der Gesellschaftsvertrag eine ernst zunehmende und vor allen Dingen realistische, globale Herausforderung. Das nahezu individualitätsdekonstruktivistische Aufgehen in einer größeren Gemeinschaft erfordert ein gemeinsam verstandenes Sittlichkeitskonzept.<sup>319,320</sup> Moral und Gerechtigkeit sind dabei geradezu als Gegenentwürfe zur Willkür zu verstehen, denn sie statuieren nach Rousseau ein Normfundament, das heutzutage als Grundrechte bekannt ist und ungeachtet sämtlicher denkmöglichen politischen Kräfteverhältnisse zu gelten hat.<sup>321</sup>

### III.4.6. Auf der Suche nach Gerechtigkeit bei Immanuel Kant

Bevor man Gedanken über das Kant'sche Gerechtigkeitsverständnis anstellen kann, muss zunächst einmal sein Zugang zu Recht und dessen Funktionen einer näheren Klärung unterzogen werden. Rechtssätze, die nach Kant aus sämtlichen bis dato geführten philosophischen Rechtslehren hervorgetreten sind, sind primär Vernunftgesetze. Die philosophisch fundierten Vorschriften des Naturrechts reklamieren für sich die Funktion einer kritischen Instanz, an der sich die positive Gesetzgebung auf der Suche nach ihrer Legitimität stets zu orientieren hat. Obwohl sich alle Gesetze an den Indikatoren des Naturrechts messen lassen müssen, muss andererseits auch schon bei Kant denjenigen positiven Normen Gehorsam entgegengebracht werden, die a priori den hohen Anforderungen des natürlichen Vernunftrechts nicht entsprechen. Im Einklang mit der später noch eingehender zu durchleuchtenden Theorie des Rechtspositivismus sieht Kant das Primat des positiven Gesetzes gegenüber dem Recht der praktischen Vernunft. Sobald sich die Grundsäulen menschlicher Verfasstheit in einer positivrechtlichen Verfassung manifestiert haben, mögen sie dem Wesen des Rechts der praktischen Vernunft auch noch so sehr widersprechen, ist es vielmehr eine Forderung der Vernunft dieser Verfassungsordnung zu gehorchen.<sup>322</sup>

---

<sup>318</sup> Ebd., S. 59.

<sup>319</sup> Diesen Gedanken rezipiert im weiteren Verlauf der Ideengeschichte Hegel, der die Objektivierung und Relativierung des freien Willens in einer vernunftbetonten Bürgergesellschaft verwirklicht sieht. Vgl. *Hegel* (1981).

<sup>320</sup> Die Gerechtigkeitsüberlegungen von Thomas Hobbes und Jean-Jacques Rousseau sollten die Theoriegeschichte in weiterer Folge in entscheidender Weise mitprägen. Hobbes gilt dabei als Wegbereiter der realistischen Theorien, die Gerechtigkeitsgrundsätze im Zuge machtpolitischer Geltungsansprüche zu beantworten versuchen. Rousseaus eher kommunitaristisch anmutender Ansatz verortet demgegenüber die Idee der Gerechtigkeit im Bezugsrahmen eines globalen Gemeinschaftsgefühls und einer kosmopolitischen Solidarität. Vgl. *Hahn* (2009), S. 69.

<sup>321</sup> Vgl. *Ladwig* (2011), S. 30 – 31.

<sup>322</sup> Bei der Lektüre dieses Absatzes offenbart sich ein evidenter Konflikt. Zum einen sollen alle positiven Gesetze letztlich von den Naturgesetzen der Vernunft ableitbar sein; zum anderen sollen sich die Mitglieder einer Gesellschaft den positiven Gesetzen unterwerfen, auch wenn diese unvernünftig – oder mit anderen Worten gesprochen – ungerecht sind. Die Bevorzugung des Rechtgehorsams erklärt die Kantrezeption mit Verweis auf den Rechtspositivismus. Vgl. *Römpf* (2005), S. 226 – 227.



Die Kant'sche Rechtstheorie ist somit in der Tradition des Rechtspositivismus zu verorten. Er sieht die Pflichten, die aus dem Ideal der Gerechtigkeit entspringen, nicht als Ergebnis individueller persönlicher Neigungen und Vorlieben, sondern auch als Resultat von eigenen (Rechts-)Ansprüchen, die es wiederum ins Verhältnis zu anderen (Rechts-)Ansprüchen zu setzen gilt.<sup>323</sup> Kant erkennt dessen ungeachtet bereits das Legitimitätsdilemma der positiven Gesetze, wenn sie nicht den Prämissen der natürlichen Vernunftordnung folgen. Kant bedient sich bei seiner Analyse des Prinzips der Gerechtigkeit der damals noch vorherrschenden Aristotelischen Differenzierung zwischen einer *iustitia distributiva* (austeilende Gerechtigkeit) und der *iustitia commutativa*, einer zwischen den Menschen inter pares auszubedingenden Gerechtigkeit. Die *iustitia distributiva* stellt einen Teilaspekt des durch Vernunft wahrnehmbaren Rechts dar. Es konstituiert jedoch nur den ersten Schritt im Positivierungsprozess. Für Kant ist das durch den Ausspruch einer dritten Partei objektivierte Urteil, welches vor seinem Ausspruch durch die Vernunft bereits erkennbar gewesen wäre, die Vorstufe des öffentlichen Rechts. Die öffentliche Gerichtsbarkeit steht somit an der Schnittstelle zwischen öffentlichen und privaten Recht. Diesem Akt der Positivierung ist aus der Sicht Kants das Ideal der Gerechtigkeit inhärent: „[...] was und wovon der Ausspruch vor einem Gerichtshofe in einem besonderen Falle unter dem gegebenen Gesetze diesem gemäß, d.i. ist Rechtens (*lex iustitiae*), wo man denn auch jenen Gerichtshof selbst die Gerechtigkeit eines Landes nennt, und, ob eine solche sei oder nicht sei, als die wichtigste unter allen rechtlichen Angelegenheiten gefragt werden kann [...]“ oder als Postulat des öffentlichen Rechts in der Logik und Diktion des Kategorischen Imperativs: „[...] du sollst im Verhältnisse eines unvermeidlichen Nebeneinanders mit allen anderen aus jenem heraus in einen rechtlichen Zustand, d.i. den einer austeilenden Gerechtigkeit, übergeben. – Der Grund davon lässt sich analytisch aus dem Begriffe des Rechts im äußeren Verhältnis im Gegensatz der Gewalt (*violentia*) entwickeln.“<sup>324</sup>

Kant folgt somit Aristoteles, entwirft aber in Anlehnung an dessen Theoriestatus eine spitzfindigere, differente Terminologie: Die positiven Gesetze legen das fest, was rechtens ist, die Vernunft hingegen, was recht, ist; die ersteren verpflichten von Rechts wegen (*de iure*), zweite hingegen mit Recht (*iure*).<sup>325</sup>

In seiner Rezeption der Aristotelischen materiellen Gleichheit verwarf er mögliche Rekurse auf empirische Sachverhalte, da er innerhalb seiner Theorie nur reine apriorische Erkenntnisse gelten lassen wollte. Seine Gerechtigkeitsvorstellungen ähneln jenen des alten Testaments, da bei ihm die Dimension für begangenes Unrecht auch die Qualität und Quantität des Vergeltungsmaßes festlegen sollte.<sup>326,327</sup>

<sup>323</sup> Vgl. Oberer (1997), S. 138.

<sup>324</sup> Kant (1977), S. 307.

<sup>325</sup> Frei nach Kant (1977), S. 229 und S. 250.

<sup>326</sup> Vgl. Schwintowski (2005), S. 32.

<sup>327</sup> Zur vollkommenen Perversion des Gerechtigkeitsgedankens sollte es beim berühmten Kant'schen Inselbeispiel kommen: „Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlosse, auseinander zu geben, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfähre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.“ Kant (1977), S. 454.

Kant sieht Recht als einen der Garanten für Freiheit, denn es ermöglicht das menschliche Zusammenleben auf Basis der moralischen Subjektivität. Der Mensch als Subjekt wird durch das Recht zur Selbstbestimmung befähigt und kann durch die Mediatisierung der Freiheit durch das Recht dem Freiheitsideal nachstreben. Kant deutet dabei Recht als philosophische Begrifflichkeit ganz im Sinne des Kategorischen Imperativs: „*Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.*“<sup>328,329</sup>

Für Kant steht Recht unter der zentralen Fragestellung: Kann durch ein bestimmtes Recht die Handlung des einen mit der Freiheit des anderen nach einem allgemein gültigen Gesetz vereinigt werden? Die Replik auf diese Fragestellung offenbart auch die fundamentale Problemstellung der Kant'schen Rechtsphilosophie. Freiheit setzt die Selbstbestimmung subjektiver Handlungsmaximen zwingend voraus. Begreift man nunmehr diese individuelle Maximenbestimmung als einen Akt der Selbstgesetzgebung und als Ausdruck der individuellen Freiheit und transferiert man die Logik dieses Modells auf die Ebene der Gesamtgesellschaft, so wird diese zur Selbstgesetzgebung nach allgemeinen Gesetzen. Es kommt – ähnlich wie bei Rousseau – zu einem Akt der Entindividualisierung.<sup>330</sup>

Die eben beschriebene terminologische Annäherung an das Phänomen des Rechts, könnte man im heutigen Verständnis als öffentliches Recht bezeichnen, dass im Rahmen der „*Metaphysik der Sitten*“ auch im Abschnitt über die allgemeine Rechtslehre behandelt wird. Wesentlich schwerer tut sich Kant mit dem Wesen und der Begrifflichkeit des Privatrechts, das er zunächst als dichotomen Oppositionsbegriff zum öffentlichen Recht beschreibt, durch das private Handlungen realisierbar gemacht werden können, ohne dass diese a priori von einer legislativen Gewalt gesetzt und abgesichert worden wären. Eine gedankenverbindende Brücke zwischen öffentlichen und privaten Recht sieht Kant in der Gerichtsbarkeit, die ebenso in der zwingenden Tradition der Freiheit steht und nur als ultima ratio mit den Mitteln der öffentlichen Gewalt agieren sollte. In der öffentlichen Gerichtsbarkeit vollzieht sich auch Kants Vision von Gerechtigkeit im Recht, indem eben das bloß Vernünftige durch die Positivierung in Recht transformiert wird: „*Die moralische Person, welche der Gerechtigkeit vorsteht, ist der Gerichtshof (forum) und im Zustande ihrer Amtsführung das Gericht (iudicium): alles nur nach Rechtsbedingungen a priori gedacht, ohne wie eine solche Verfassung wirklich einzurichten sei (wozu Statute, also empirische Prinzipien, gehören) in Betrachtung zu ziehen. [...] Die Frage ist also hier nicht bloß: was ist an sich recht, wie nämlich hierüber ein jeder Mensch für sich zu urteilen habe, sondern: was ist vor einem Gerichtshofe recht, d.i. was ist Rechtens?*“<sup>331</sup>

Aufgrund des möglichen Auseinanderklaffens von positivem Recht mit den Grundideen des Naturrechts, kommt Kant in weiterer Folge seiner „*Metaphysik der Sitten*“ auf das Thema des Widerstandes zu sprechen. Eines sei gleich vorweggenommen: Kant ist ein erklärter Gegner des Wider-

---

<sup>328</sup> Ebd., S. 230.

<sup>329</sup> Einer der schärfsten Kritiker des Kategorischen Imperativs war Hans Kelsen, der diesen aufgrund seiner inhaltliche Leere und Tautologie denunzierte. Vgl. Kelsen (1960), S. 371.

<sup>330</sup> Vgl. Römpf (2005), S. 199 – 200

<sup>331</sup> Kant (1977), S. 296 – 297.

standsrechts gegen den Staat und seine Verfassung. Zum einen, weil solche Gesetze den in Zeit und Raum gültigen bürgerlichen Zustand, den sog. „*status civilis*“ in Frage stellen würden; zum anderen aus Gründen der Rechtssicherheit. Für Kant ist die Idee einer Staatsverfassung „*beilig und unwiderstehlich*.“<sup>332</sup> Gleichzeitig ist es „*ein absolutes der nach Rechtsbegriffen urteilenden praktischen Vernunft*“<sup>333</sup> keinen Widerstand gegen geltende Gesetze zu leisten, mögen sie auch nach den Maßstäben der Vernunft noch so ungerecht erscheinen, denn „*der Widerstand gegen eine geltende Verfassung würde das, was er erstrebt, nämlich einen status civilis nach vernünftigen Gesetzen, gerade unmöglich machen, da er die aus den letzteren entwickelte Notwendigkeit eines bürgerlichen Zustandes mit statutarischen und machtunterstützten Regelungen als solche negiert*.“<sup>334</sup>

Widerstand würde nach der Kant'schen Logik unweigerlich dazu führen, dass an die Stelle von Rechts- und Staatsordnung wiederum der Naturzustand etabliert werden würde. Kant sieht hierin aber die weitaus größere Gefahr. Dem Widerstand ist Gewalt inhärent.<sup>335</sup> Eine neue Rechtsordnung darf jedoch unter keinen Umständen auf Gewalt basieren, da sonst der immanente Rechtszweck einer fortdauernden Friedensstiftung perpetuiert werden würde.<sup>336</sup>

---

<sup>332</sup> Ebd., S. 372.

<sup>333</sup> Ebd., S. 372.

<sup>334</sup> Römpf (2005), S. 231.

<sup>335</sup> Bei dieser Feststellung sei auf die Schaffensperiode, in der Kant wirkte, hingewiesen.

<sup>336</sup> Vgl. Kant (1977), S. 355 und 372.

### III.5. Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht im neunzehnten und zwanzigsten Jahrhundert

#### III.5.1. Kritische Dekonstruktion des Ideals der Gerechtigkeit als zentraler normativer Grundbegriff?

Die gerechtigkeitstheoretischen Debatten des 19. und 20. Jahrhunderts lassen sich als eine kritische Reflexion der klassischen Gerechtigkeitskonzeptionen resümieren. Nahm bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts das Phänomen der Gerechtigkeit einen unangefochtenen Status innerhalb der normativen Grundbegriffe ein, so wird im Laufe der nun vorzustellenden Theorien sein Stellenwert immer wieder auf unterschiedlichste Weise in Frage gestellt und relativiert. Der heute tradierte und auch kontroversiell diskutierte Gerechtigkeitsbegriff, der auch diverse Gerechtigkeitsvorstellungen evoziert, hat darin seinen genuinen Ursprung. Die sich vielfältig herauskristallisierenden Gerechtigkeitsansätze basieren allesamt auch nicht auf monotone Entwicklungsmuster. All den nun im Folgenden zu diskutierenden Ansätzen ist jedoch eine gewisse Skepsis gegenüber der Gerechtigkeit als normativer Grundbegriff gemein. Mit dem Emporkommen und den zunehmenden Einfluss der Sozialwissenschaften kam es zu einer inhaltlichen Ergänzung der normativen und eher deskriptiv anmutenden Herangehensweise zur Klärung des Phänomens der Gerechtigkeit. Neue Moralvorstellungen unterschiedlicher Gesellschaftsschichten, Klassen und Kulturen gingen auch an den normativen Theorieansätzen nicht spurlos vorüber. Diese gerechtigkeitskritischen Ansätze dürfen jedoch keinesfalls als Rückschritt gedeutet werden. Sie analysieren und benennen vielmehr Probleme mit denen sich die aktuellen Gerechtigkeitsdebatten bis heute zu befassen haben.

Im Zuge der technischen Revolution und den damit einhergehenden Intensivierungs- und Verdichtungstendenzen der modernen Rechtsordnungen wurde das Naturrechtsdenken nach und nach in den Hintergrund gedrängt und eine neue Theorie in den wissenschaftlichen Diskurs etabliert. Die prinzipielle Trennung des dichotomischen Paares Recht und Gerechtigkeit war auch Ausdruck eines tief gehegten Skeptizismus gegenüber den aus den Naturrechtslehren entspringenden Gerechtigkeitsüberlegungen. Gustav Radbruch bringt diese Zweifel in seinem Aufsatz „*Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*“ auf den Punkt: „*Weil es unmöglich ist, festzustellen, was gerecht ist, muß man festsetzen was rechtens sein soll. An der Stelle eines Aktes der Wahrheit, welcher unmöglich ist, wird ein Akt der Autorität notwendig.*“<sup>337</sup>

Im Rechtspositivismus ist daher die Rechtsordnung bloß das Sammelsurium der von Menschen für Menschen nach einem bestimmten Verfahren erlassenen Normen und Verhaltenssteuerungen. Der Kern der normativen Begründungslogik innerhalb des Rechtspositivismus kann jedoch äußerst heterogen ausgestaltet sein. Während H.L.A. Hart alle Normen letztendlich auf seine berühmte „*Rule*

---

<sup>337</sup> Radbruch (1934), S. 300.

of Recognition“ zurückführt, stützt sich Hans Kelsen bei der Legitimierung positiven Rechts auf die ebenfalls noch später darzulegende Theorie oder Hypothese einer „Grundnorm“. <sup>338</sup>

Mit der vollständigen Trennung von Recht und Gerechtigkeit galt es – nach Kelsen – den früheren Anmaßungen des Naturrechts entgegenzutreten.<sup>339</sup> Die Geltung des positiven Rechts avanciert damit bei den Juristen zu einer unabhängigen Beobachtungsgröße und referenziert demnach auf einem für die Geltung des Rechts obsoleten, nicht greifbaren Gerechtigkeitswert. Gerechtigkeit soll dabei nur mehr als ein Indikator der guten Rechtssetzung dienen. Mit Elisabeth Holzleithner lässt sich an dieser Stelle Folgendes festmachen: „Demnach lehnt er (Kelsen, Anm. des Autors) die rechtspolitische Forderung, dass Recht gerecht sein soll, nicht ab, aber die gerechtigkeits-theoretische Beurteilung betrifft allein den Akt der Setzung einer Norm und nicht die Rechtsnorm selbst. Ihre Geltung kann mit einer etwaigen Qualifikation als ungerecht nicht ausgehebelt werden.“<sup>340</sup>

Pointiert formuliert kann also bei Kelsen – als wohl bekanntesten Vertreter der Theorie des Rechtspositivismus – jegliche Form menschlichen Tuns zugleich auch Objekt der Rechtsgestaltung sein. Gerechtigkeitserwägungen sind dabei bloß von relativem, sekundärem Charakter. Diese wertrelativistische Attitüde mutet dabei jedoch einigermaßen ahistorisch an. John Rawls stellte später diesbezüglich die These auf, dass es einige Fixpunkte im Rahmen menschlicher Beurteilung gäbe, welche die Annahmen, dass das Recht eine nicht interdependente und von allen exogenen Ereignissen unabhängige Materie sei, einigermaßen widerlegt. Die durch diverse Naturrechtsüberlegungen befruchteten Verbote der Sklaverei, der Folter und Diskriminierungen jeglicher Art werden von einem Gros der Staaten als unverzichtbare Standards anerkannt, sodass sie mit den – zugegebenermaßen oft verkürzt dargestellten – Thesen Hans Kelsens nicht konform gehen.<sup>341</sup>

Mit der Entwicklung hin zu neuer Rechtsstaatlichkeit formten sich auch einige Kriterien heraus, die zur Legitimation des liberal-demokratischen Rechtsstaates herangezogen wurden. Als fundamental gelten dabei folgende Elemente:<sup>342</sup>

- die friedensherstellende oder -bewahrende Aufgabe des Rechts;
- Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung als Formen staatlicher Machtbeschränkung;
- das demokratische Zustandekommen der Rechtsnormen und seine Bindung an internationale Menschenrechtsstandards.

---

<sup>338</sup> Nach Matthias Jestaedt besteht die prinzipielle Logik der Grundnorm darin, dass „dasjenige, was das historisch erste verfassungsgebende Organ als seinen Willen geäußert hat, als Norm zu gelten habe.“ Jestaedt (2008), S. XLIII.

<sup>339</sup> Vgl. Kelsen (1960), S. 313.

<sup>340</sup> Holzleithner (2009), S. 91.

<sup>341</sup> Vgl. ebd., S. 91.

<sup>342</sup> Keine staatliche Rechtsordnung kann all diese Vorgaben ohne Restriktionen immer und überall auch erfüllen; das wäre eine Utopie. Die hier vorgestellten Kriterien verstehen sich vielmehr auch als eine Art Anforderungskatalog an rechtsstaatliche Institutionen. Wenn diese Kriterien zur allgemeinen Zufriedenheit erfüllt scheinen, kann sich auch Vertrauen in diese Institutionen innerhalb der Bevölkerung festigen, was sich wiederum als eine permanente Aufgabe des Rechts und seiner Institutionen darstellt. Vgl. ebd., S. 91 – 93.

Opponiert ein Staat auch nur gegen einen der hier angeführten Punkte auf diametrale Art und Weise, geraten somit die Legitimität staatlichen Handelns im Allgemeinen sowie dessen Rechtsordnung im Besonderen in dubioses Zwielficht. Insbesondere die Menschenrechte, welche die Staaten meist durch die Ratifikation internationaler Verträge und deren Positivierung durch die Transformation in innerstaatliches Recht sowohl legitimieren, als auch limitieren, können und dürfen nicht bloß auf ihren Bedeutungskern reduziert werden. Sie sind vielmehr. Mit Kant lassen sich die Menschenrechte als Anerkennung des Menschen als Subjekt verantworteter Freiheit darstellen.

Die Aufgabe des Rechtsstaates manifestiert sich heutzutage in der Schaffung von adäquaten Regeln und Normen nach den Prämissen Pluralität, Ökonomieorientierung, Sozialstaatlichkeit und Technologisierung. Dies stellt zweifelsohne den Gesetzgeber vor eine herausfordernde Aufgabe, da permanent partikuläre Interessenlagen an ihn herangetragen werden und er angehalten wird nach konsensfähigen Lösungen Ausschau zu halten. Der in der Habermas'schen Diskurstheorie dargelegte Anspruch, dass nur die *„Regelungen Legitimität beanspruchen dürfen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten“*<sup>343</sup>, ist zwar ein schönes utopisches Theorem, kann aber in der Praxis so nicht umgesetzt werden. Der profane politische Alltag sieht nämlich anders aus. Er besteht aus der Suche nach Kompromissen, mit denen die diversesten politische Akteure leben können (müssen).

Die in diesem Subkapitel nun zu behandelnden Themen dokumentieren die unterschiedlichsten Facetten und lassen bereits die weitere, noch darzustellende, heterogene Debatte zum Thema Gerechtigkeit erahnen. Begonnen werden soll dabei mit den Überlegungen eines Georg Wilhelm Hegels zum Verhältnis von Staat und Individuum. Die aufkommende Strömung des Utilitarismus (beispielhaft dargelegt anhand der Theorien eines John Stuart Mill) versucht Gerechtigkeit mit den Gedanken von Nützlichkeit zu erklären. Karl Marx formuliert demgegenüber eine durch die Annahmen über unsere Moralvorstellungen gestützte Moralkritik. Rechtspositivistische Ansichten, wie von Hans Kelsen über Gustav Radbruch und H.L.A. Hart bis hin zum Nichtpositivisten Robert Alexy<sup>344</sup> betonen demgegenüber die (relative) Eigenständigkeit des positiven Rechts gegenüber dem Phänomen der Gerechtigkeit, das für sie kein rechtskonstituierendes Element darstellt.<sup>345</sup>

---

<sup>343</sup> Habermas (1996), S. 299 – 300.

<sup>344</sup> Robert Alexy's Theorie des Nichtpositivismus müsste eigentlich in die zeitgenössischen Ansätze rubriziert werden. Aufgrund seiner inhaltlichen Nahebeziehung zu den positivistischen Theorien wird er jedoch im Rahmen dieses Unterabschnittes behandelt.

<sup>345</sup> Die beiden erstgenannten Theoretiker fordern in Bezug auf Gerechtigkeitstheorien die vollkommene Unabhängigkeit bei der Begründung des positiven Rechts. Harts' Thesen gehen jedoch nicht so weit; sie sind zurückhaltender, moderater formuliert. Er folgt zwar der positivistischen Trennungsthese, vertritt jedoch auch die Auffassung, dass sich die Rechtsordnung sehr wohl an dem Maßstabe der Gerechtigkeit messen lassen muss. Die Gerechtigkeit als kritisches Korrektiv des Rechts spielt bei Hart eine unverzichtbare Rolle. Er fungiert damit als Wegbereiter für die normativ geprägten aktuellen Gerechtigkeitsdebatten. Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 236.

### III.5.2. Gute Gesetzgebung als Ausdruck der Gerechtigkeit in Georg Wilhelm Friedrich Hegels Sittlichkeitskonzept

In den Theorien eines Georg Wilhelm Friedrich Hegels spielt die Thematik der Gerechtigkeit meist nur eine untergeordnete Nebenrolle. Die geringe Behandlung dieses Phänomens basiert auf der Hegel'schen Moralitätskritik, in der die Gerechtigkeit als eine kontextlose moralische Tugend skizziert wird und dafür in compensando der mit Hegel eng assoziierte Sittlichkeitsbegriff in das Zentrum seiner Darstellungen rückt.<sup>346</sup> Hegels Ansichten zum Thema Gerechtigkeiten offenbaren sich dem Leser als eine Auseinandersetzung mit Platons *Politeia*. Hegel übernimmt die Platon'sche Gerechtigkeitsvorstellung, die er als Methode der Kontextualisierung und Situierung der individuellen Gerechtigkeit im Zusammenspiel mit einer konkreten Staats- und Rechtsordnung sieht. An dieser Stelle spricht Hegel Platon ein explizites Lob aus. Platon habe in seiner Gerechtigkeitsdefinition die Gefahr des Prinzips der subjektiven Freiheit im Naturzustand erkannt und mit und in seiner Staatskonzeption eine ganz klare Absage erteilt. Dieser sich aus der Interpretation Platons ergebende Kontextualisierungsgedanke charakterisiert auch stark die Hegel'sche Ansicht und Auffassung zum Thema Gerechtigkeit.

Basiert Hegels Staatsmodell, welches er in seinem bemerkenswerten Werk „*Grundlinien der Philosophie des Rechts*“ konzipiert, tatsächlich – wie es von Hegel auch suggeriert wird – auf normativen Grundlagen. Die Beantwortung dieser Frage entzweit bis zum heutigen Tage die Hegelianer.

Offensichtlich verortet Hegel sein Werk ganz Kant folgend in der Tradition des Rechtspositivismus. Er spricht einerorts von einer „*unbedingten Herrschaft der Gesetze*“<sup>347</sup> und vom Staat als „*eine Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen*.“<sup>348</sup> Seine Rechtsstaatskonzeption weist jedoch eklatante Stringenzdefizite auf. So fehlt in der gesamten Abhandlung „*Grundlinien der Philosophie des Rechts*“ einerseits eine nähere fundierter Auseinandersetzung mit Grundrechten, noch werden andererseits verfahrensrechtliche Grundlagen einer näheren Erörterung unterzogen.<sup>349</sup>

Trotz des Fehlens essentieller konstitutioneller Bestandteile darf nichtsdestotrotz übersehen werden, dass Hegel dem einzelnen Normunterworfenen individuelle Rechte gegenüber dem Staat gewährt. Insbesondere sollen Bürger einen gewissen vom Staat geförderten individuellen Wohlstand eingeräumt bekommen. Diese Unterstützungsleistung steht bei Hegel unter dem Eindruck der Gerechtigkeit: „*Die Gerechtigkeit ist ein großes in der bürgerlichen Gesellschaft: gute Gesetze werden den Staat blühen*

---

<sup>346</sup> Er distanziert sich damit dezidiert von der normativen Naturrechtstradition, wie auch von den zuvor dargestellten Naturzustandstheorien.

<sup>347</sup> Hegel (1986), § 529.

<sup>348</sup> Ebd., § 544.

<sup>349</sup> Die erkenntniswissenschaftliche Negation Hegels kann dadurch begründet werden, dass in der Konstitutionalisierungsdebatte des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts Grundrechte als natürliche Rechte eingestuft wurden, die nicht der Dispositionssphäre der rechtsstaatlichen Akteure unterworfen werden sollten. Aus einer solchen systematischen Perspektive verwundert es in weiterer Folge auch nicht, dass Hegel beispielsweise Meinungs- und Redefreiheit nicht im Sinne einer Bürgerfreiheit gegenüber dem Staat auffasste, sondern diese vielmehr im Abschnitt über die Sittlichkeit behandelt werden. Vgl. Lübbe-Wolff (1986).

*lassen, und freies Eigentum ist eine Grundbedingung des Glanzes desselben; aber indem ich ganz in die Besonderheit verflochten bin, habe ich ein Recht zu fordern, daß in diesen Zusammenhang auch mein besonderes Wohl gefördert werde.*<sup>350</sup>

Das Recht des Einzelnen ist per se nicht einklagbar; es entzieht sich seinem Wesen nach jeglicher gerichtlichen Klärung.<sup>351</sup> Das bürgerliche Wohl soll vielmehr und auch ohne einklagbar zu sein von Seiten des Rechtsstaates forciert werden, gerade auch deshalb sind Recht und Gerechtigkeit in den seltensten Fällen vollständig kongruent.<sup>352</sup>

Dennoch sieht Hegels Rechtstheorie auch Institutionen vor, wie unter anderem die Gerichtshöfe, die in ihrem Handeln vollständig unabhängig und weisungsfrei agieren sollen und dazu angehalten werden, Urteile eigenmotiviert aus einer bei Hegel diffusen Vorstellung von Gerechtigkeit zu fällen. Dabei soll nicht so sehr der individuelle Schaden vordergründig Kompensation erhalten, sondern die Gefährlichkeit der inkriminierten Tat für das Wohl der gesamten bürgerlichen Gemeinschaft im Auge behalten werden.<sup>353</sup> Nichtsdestotrotz erlangt das Recht erst mit dem Prozess der Gesetzeswerdung für die bürgerliche Gesellschaft das notwendige Maß an Objektivität, da erst das Recht im Gewand eines Gesetzes allgemein bekannt und in seiner Rechtsanwendung von ungerecht erscheinenden Unregelmäßigkeiten befreit ist.<sup>354</sup>

Finaler Endzweck des Rechts ist dessen Manifestation in einem uniformen Rechtssystem, das als Grundlage der staatlichen Ordnung fungiert. Dessen normatives Gerüst stellt das Staats- und Verfassungsrecht dar, das Aufbau und Funktionsweise von Staatsorganen determinieren soll und die rudimentäre Grundlage für das Handeln politischer Akteure darstellt.<sup>355</sup>

Betrachtet man die Hegel'schen Vorstellungen über den Rechtsstaat allerdings auf einer höheren Metaebene, so lässt sich dennoch konstatieren, dass seine Vorstellung vom Phänomen des Rechts dennoch über weite Strecken mit dem Ideal der Gerechtigkeit verbunden ist. Gerechtigkeit konzentriert sich bei Hegel – wie dargelegt – nicht auf das individuelle schwer greifbare Wohlergehen, sondern auf die ihm durch die Rechtsordnung mediatisierten Rechte. Der Bürger erlangt dadurch Rechtspersönlichkeit, die Ge- und Verboten unterworfen ist, um letztlich die uneingeschränkte persönliche Sicherheit sowie die Wahrung des individuellen Eigentums gewährleisten zu können.<sup>356</sup>

---

<sup>350</sup> Hegel (1981), § 229.

<sup>351</sup> Man beachte in diesem Zusammenhang auch die heutige kontroverielle Debatte über die sozialen Grundrechte. Vgl. IV.5.3..

<sup>352</sup> Vgl. Schmidt (2007), S. 253.

<sup>353</sup> Das Recht auf individuelles Wohlergehen nicht als einklagbares Recht, sondern in einem größeren gesamtgesellschaftlichen Kontext zu verorten, wurde im Zeitalter des Globalismus auch als Begründungsdeterminanten Internationaler Organisationen und Regelwerke bei ihrem emanzipatorischen Akt der Abgrenzung von der nationalstaatlichen Souveränität herangezogen. Die Idee ist keinesfalls neu, denn diese Grundforderung formulierte vor mehr als 200 Jahren bereits Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Vgl. Mischke/Przylibski (2010), S.10.

<sup>354</sup> Vgl. Buksinski (2010), S. 86.

<sup>355</sup> Vgl. ebd., S. 91.

<sup>356</sup> Hegel verweist in diesem Zusammenhang auf das enorme Gefährdungspotential einer nicht durch gesetzliche Vorschriften reglementierten Ökonomie. Vgl. Hegel (1981), § 245.



Hegel lehnt bei der Klärung des Verhältnisses zwischen Recht und Gerechtigkeit die kontraktualistischen Ansichten Kants und Fichtes dezidiert ab<sup>357</sup>, deren Vertragsmodell sich an der reziproken Restriktion der individuellen Freiheit um der Freiheit willen orientierte. Die Einschränkung des Gerechtigkeitsverständnisses auf die Logik der Tauschgerechtigkeit greift nach Ansicht Hegels hingegen viel zu kurz.<sup>358</sup>

### III.5.3. Gerechtigkeit als Maximierung des Nutzens bei John Stuart Mill

Ganz konträr zu den eben erörterten Hegel'schen Ansichten zum Thema Gerechtigkeit konstruierten die verschiedensten utilitaristischen Theorien ein neuartiges Paradigma, welches alle bisher angestellten Überlegungen verwarf und an die Stelle dieser Bewertungen ein einziges abstraktes Moralprinzip stellte: die Maximierung des Nutzens.<sup>359</sup>

Die Nutzenmaximierung stellt in den utilitaristischen Theorien die eine zentrale Leitprämisse für sämtliche Handlungen von Menschen und Institutionen dar. Im Utilitarismus orientieren sich moralische Bewertungen primär an den Folgen einer Handlung und fragen selten danach, ob eine Handlungsweise per se gerecht oder ungerecht ist. Insofern offenbaren die Phänomene Recht und Gerechtigkeit für diese Theorien verschiedenartige Problemstellungen, die von der gängigen Kritik am Utilitarismus immer wieder auch aufgegriffen werden. Der Hauptkritikpunkt besteht dabei eindeutig darin, dass der Utilitarismus aus seinem Selbstverständnis heraus, Gerechtigkeitspostulate gar nicht berücksichtigen kann. Deshalb, so konstatieren Kritiker, sei der Utilitarismus für unser Moralbewusstsein gänzlich inadäquat.<sup>360</sup>

Diesen Kritikpunkt erkennend hat es sich Mill zur Aufgabe gemacht, eine Entkräftung dieser Einwände voranzutreiben und das Phänomen der Gerechtigkeit in seinen utilitaristischen Ansatz zu integrieren. Mill antizipiert im Rahmen seiner Theorie die Existenz eines Gerechtigkeitsgefühls, das es näher zu untersuchen gilt. Alleine die bloße Existenz sagt nämlich noch nichts über seine Berechtigung bzw. Legitimität aus. Gefühle haben es nämlich meist an sich, dass sie in die Irre führen können und unser Handeln sodann weder gerecht noch gerechtfertigt ist. Mill geht, mit seiner Theorie empirisch auftretende Uneinigkeiten in der Ausübung von subjektiv verstandener Gerechtigkeit zu erklären, von einer Fiktion aus. Alle Auffassungen basieren auf einer gemeinsamen Annahme, der Perzep-

---

<sup>357</sup> Auch Marx ist ein erbitterter Opponent der Ansichten Kants und teilt Hegels darauf basierende Moralismuskritik. MEW, Ergänzungsband 1, S. 214.

<sup>358</sup> Vgl. hierzu auch Höffe (1999), S. 70 – 71.

<sup>359</sup> Otfried Höffe plädiert in diesem Zusammenhang, dass die individualutilitaristische Bewertung der Gerechtigkeit keinesfalls zur Prämisse des Politischen gemacht werden dürfe. Höffe argumentiert in Analogie zu Mill die utilitaristischen Formen der Gerechtigkeitstheorie in Richtung Sozialpragmatismus. Das Wohl des Einzelnen ist dabei an und für sich wichtig; das Wohl einer ganzen Gruppe ist hingegen ungleich bedeutungsvoller. Im Utilitarismus kommt es nach Höffe zur Verpflichtung von Recht, Staat und Politik auf Zieldeterminanten wie Stabilität, Sicherheit und sozialer Wohlfahrt. Vgl. Höffe (2010), S. 306.

<sup>360</sup> Christoph Horn und Nico Scarano bezeichnen deshalb den Utilitarismus als konsequentialistische Ethik. Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 238.

tion der Allgemeinnutzenmaximierung. Mill beobachtet dabei, dass die Gerechtigkeitsvorstellungen von verschiedensten Leute über das Verhältnis von Gerechtigkeit und Gleichheit, über die Ansichten nach gerechten Strafen oder einer gerechten Besteuerung diametrale Gegensätze zu Tage treten lassen, die allesamt auf unterschiedlichen Annahmen und Deutungen des Allgemeinnutzens beruhen. Mill versucht nunmehr, die Existenz dieses Gerechtigkeitsgefühls auch unter Zuhilfenahme des Nützlichkeitsprinzips zu erklären und somit die an den Utilitarismus adressierten Vorwürfe zu entkräften.

Zu diesem Behufe differenziert Mill zunächst die Gerechtigkeitspflichten von anderen moralischen Tugenden, wie beispielsweise den Großmut oder die Wohltätigkeit. Forderungen nach Gerechtigkeit hält Mill für vollkommen, während er andere moralische Pflichten als unvollkommen qualifiziert. Gerechtigkeitspflichten werden jedoch nur dann augenscheinlich, wenn ihnen auch moralische Rechte konkreter Personen zugeordnet werden können. Darüber hinaus wird jede moralische Forderung, auch jene nach Gerechtigkeit, mit dem Verlangen nach Bestrafung junktimiert. Durch die Verbindung von Moral und berechtigter Strafe erhält Mill einen essentiellen Zugang zur Analyse des Gerechtigkeitsgefühls, das deshalb so stark ausgeprägt ist, da der individuelle Wunsch nach Vergeltung eine menschliche Triebfeder darstellt. Mill unternimmt mit Hilfe dieser normativen Argumente den Versuch, von utilitaristischen Prinzipien moralische Anspruchsrechte von Personen abzuleiten. Mill bedient sich hierbei einer für die damaligen Verhältnisse relativ neuen Begrifflichkeit, nämlich jener der „sozialen Gerechtigkeit“. Soziale Gerechtigkeit steht bei Mill im Kontext der damals bereits ausgiebig diskutierten Form der „austeilenden Gerechtigkeit“.<sup>361</sup>

#### III.5.4. Auf einer weiteren Suche nach Gerechtigkeit, diesmal bei Karl Marx

Marx ist kein Gerechtigkeitstheoretiker.<sup>362</sup> Dies ist vielmehr ein Prädikat, welches ihm seine Rezipienten posthum verliehen haben. Im aktuellen Marxdiskurs wird zusammengefasst des Öfteren unterstellt, dass für Marx Gerechtigkeit ein Produkt seiner Gesellschaftskritik darstellen würde.<sup>363</sup> Marx hat allerdings als einer der ersten in der Theoriegeschichte die später auch von Luhmann in seiner Systemtheorie angewandten Axiome der Selbstreferentialität und die Selbstreflexivität in seine Gesellschaftsanalyse integriert.<sup>364</sup>

---

<sup>361</sup> Wiewohl Mill auch psychologische Fragestellungen in seiner Gerechtigkeitsanalyse untersuchte, so wurden in der Rezeptionsgeschichte dennoch eher die normativen Argumente aufgegriffen, die wiederum als Grundlage für viele heutige Gerechtigkeitsdebatten dienen. Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 238.

<sup>362</sup> Seine dezidierte Abneigung gegenüber dem Gerechtigkeitsbegriff kommt etwa in den Randglossen zum Gothaer Programm der SPD zum Ausdruck, in dem er den Gerechtigkeitsdiskurs als „reaktionären Phrasenkram“ und „ideologische Flausen“ diffamiert. Vgl. MEW, Bd. 19, S. 22.

<sup>363</sup> Präjudiziert und initiiert wurde die präsumtive Auseinandersetzung von Marx mit dem Prinzip und Ideal der Gerechtigkeit durch den Beitrag von Richard Miller mit dem Titel „*Rawls and Marxism*“ (1974), der als unmittelbare und viel beachtete Rezeptionsarbeit gewertet wurde. Eine interessante deutschsprachige Abhandlung über den Marx'schen Gerechtigkeitsdiskurs bietet hingegen Wildt (2002).

<sup>364</sup> Vgl. Lohmann (1994), S. 223.

Bezeichnend und prägend für die Marx'sche Auseinandersetzung mit der Frage der Gerechtigkeit ist sein Reduktionismus. Die auch von Marx anerkannte normativ-theoretische Problemstellung wird in einen empirisch-historischen Kontext gebettet. Marx reflektiert die antimoralische Vorstellung von Gerechtigkeit und relativiert sowohl Moral als auch Gerechtigkeit in ideologiekritischer Art und Weise, indem er sie historisch als auch systematisch in Relation zu ihrer Klassenherkunft setzt. Moral kann deshalb immer auch nur Klassenmoral sein. Selbiges gilt auch für die Gerechtigkeit, die nur im Sinne einer historisch wandelbaren Klassengerechtigkeit zum Ausdruck gelangen kann. Die Fiktion absoluter Gerechtigkeitstheorien wird von Marx demzufolge strikt abgelehnt.<sup>365</sup>

Überspitzt artikuliert vertritt Marx mit Vehemenz die Ansicht, dass Moral sowie auch die Gerechtigkeit nicht dazu beitragen, in realen Lebensverhältnissen gerechte Zu- und Umstände generieren zu können. Vielmehr ist es an den Menschen gelegen, sich vom Recht als Medium und Instrument der Herrschaftsverhältnisse und seinen Effekten zu emanzipieren. Für Marx ist daher Gerechtigkeit in einer radikalen Ausprägung eines Egalitarismus bzw. Universalismus zu suchen, wobei er für die Kriterien politischer Gerechtigkeit respektive gerechter Politik auch ungleiche und relativistische Aspekte zulässt, um den sonst kolportierten Vorwurf einer utopischen Phantasie zu entgehen.<sup>366</sup>

In Kontrastierung zu den utilitaristischen Operationalisierungsversuchen, die existierenden Moralvorstellungen in ihr Konzept einzubetten, steht im Opus eines Karl Marx die radikale Marktkritik im Zentrum der Theorie. Die Kritik an den herrschenden Moralvorstellungen prägt ja bekanntermaßen das Marx'sche Werk in seiner Gesamtheit. Dabei ist es keineswegs ein Leichtes die Rolle des Phänomens der Gerechtigkeit bei Marx genuin zu bestimmen. Denn einerseits formuliert er eine radikale Gesellschaftskritik ohne Bezugnahme auf tradierte moralische Begrifflichkeiten; auf der anderen Seite ist jedoch eine solche Kritik ohne normative Grundideale nicht oder zumindest nur sehr schwer denkbar. So referiert Karl Marx eine normative Kritik, ohne dabei die in seinen Augen von Klasseninteressen durchsetzten Moralbegriffe zu verwenden, zu denen nach Marx eben auch die Gerechtigkeit zu zählen ist. Was in concreto als gerecht angesehen werden kann und darf, ist letztlich Resultat der jeweiligen Gesellschaftsstruktur, die wiederum vom Stand der Produktionsverhältnisse bestimmt wird. Nach Marx lässt sich dabei der Begriff der Gerechtigkeit nicht losgelöst von den ihn bestimmenden Gesellschaftsstrukturen betrachten.<sup>367</sup>

Ebenso reduktionistisch wie die Verortung des menschlichen Ideals der Gerechtigkeit in Relation zu Klasse, ist die für Marx typische Bezugnahme auf die kapitalistische Produktionsweise, die er mit den wertenden Attributen „gerecht“ bzw. „ungerecht“ apostrophiert, ohne aber sich mit Wesen und

---

<sup>365</sup> Hermann Klenner beurteilt diese unvermeidlich historischen Gerechtigkeitsideen als Reflexion bestimmter gesellschaftlicher Verhältnisse. Vgl. Klenner (1979), S. 797.

<sup>366</sup> Andreas Wildt kommentiert dieses Marx'sche Argument wie folgt: „Die spezifisch politische Gerechtigkeit hat vielmehr auch unegalitäre und relativistisch-partikularistische Züge. Ähnlich wie die Moral normativ weiter reicht als jede Gerechtigkeit, reicht die vorpolitische Gerechtigkeit weiter als jede gerechte Politik.“ Wildt (2002), S. 57.

<sup>367</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 242.

Terminologie eingehender zu beschäftigen. In diesem Sinne ist auch die wohl bekannte Notiz Marx über die Gerechtigkeit im „Kapital“ zu verstehen: „[...] von natürlicher Gerechtigkeit hier zu reden, ist Unsinn. Die Gerechtigkeit der Transaktionen, die zwischen den Produktionsagenten vorgehen, beruht darauf, daß diese Transaktionen aus den Produktionsverhältnissen als natürliche Konsequenz entspringen. Die juristischen Formen, worin diese ökonomischen Transaktionen als Willenshandlung der Beteiligten, als Äußerungen ihres gemeinsamen Willens der Beteiligten, als Äußerungen ihres gemeinsamen Willens und als der Einzelpartei gegenüber von Staats wegen erzwingbare Kontrakte erscheinen, können als bloße Formen diesen Inhalt selbst nicht bestimmen. Sie drücken ihn nur aus. Dieser Inhalt ist gerecht, sobald er der Produktionsweise entspricht, ihr adäquat ist. Er ist ungerecht, sobald er ihr widerspricht. Sklaverei auf Basis der kapitalistischen Produktionsweise, ist ungerecht; ebenso der Betrug auf die Qualität der Ware.“<sup>368</sup>

Diese Textpassage eröffnet einen Einblick in ein funktionalistisches und relativistisches Gerechtigkeitsverständnis, das eben erst durch seine Genese in einer bestimmten historisch-spezifischen Produktionsweise erklärbar gemacht wird. Für den Kapitalismus erweisen sich ökonomische Transaktionen dann als gerecht und gerechtfertigt, wenn sie aus den ureigensten Produktionsprozessen resultieren. Versteht man Gerechtigkeit bei Marx dahingehend, dann wird Gerechtigkeit reduziert auf ein unselbständiges, funktional nicht beeinflussbares Tatsachenresultat des Produktionsprozesses. Hierin verneinen auch viele Marxtheoretiker die Erklärung dafür entdeckt zu haben, dass Marx in seinen umfangreichen Schriften, dem Thema Gerechtigkeit tatsächlich so wenig Platz gewidmet hat. Da Gerechtigkeit ein Annex zur Kapitalreproduktion darstellt, ist sie bei Marx der Kapitalkritik auch klar untergeordnet.<sup>369</sup>

Nach der Logik des Warenaustausches erhält der Arbeiter durchschnittlich genau jenes Äquivalent, was für die gute von ihm produzierte Arbeit gezahlt wird; oder mit anderen Worten ausgedrückt genau das, was für die Reproduktion von Nöten ist. Dies versteht Marx unter dem Prinzip der Austauschgerechtigkeit auf dem Arbeitsmarkt. Der Ware Arbeitskraft ist jedoch eine ganz spezifische Beschaffenheit eigen. Sie kann regelmäßig mehr Wert produzieren, als für ihre eigene Reproduktion tatsächlich erforderlich wäre. Genau diesen Mehrwert erhält der Lohnarbeiter nicht und das empfindet Marx als evident ungerecht. Gleichzeitig betont er jedoch auch, dass das Prinzip der rechtlich-sittlichen Formel der Tauschgerechtigkeit in einer kapitalistisch organisierten Gesellschaft dadurch nicht in ihrem Kern berührt wird. Dies bedarf einer näheren Klärung. In dieser Diskrepanz wird auch der im Marx'schen Gerechtigkeitsverständnis vorhandene Unterschied zwischen juridischer und sozialer Gerechtigkeit erkennbar. Die Tatsache, dass dem Lohnarbeiter die Ausbezahlung des Mehrwerts

---

<sup>368</sup> MEW, Bd. 25, S. 351 – 352. Diese Vorstellungen von Gerechtigkeit bilden integrale Bestandteile des ideologischen Überbaus und sind daher der moralischen Bewusstseinsform zuzuordnen. Vgl. Iorio (2003), S. 264.

<sup>369</sup> Vgl. Lohmann (1994), S. 227.

seiner Produktion verwehrt bleibt, stellt für Marx eine Verletzung der sozialen, oder in der Marx'schen Diktion der ökonomischen, nicht aber der juristischen Gerechtigkeit dar.<sup>370,371</sup>

In seinen Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei<sup>372</sup> kommt Karl Marx ein wenig ausführlicher auf die Gerechtigkeitsprobleme zu sprechen. In seiner Kritik an dem Programm der neuen deutschen Arbeiterpartei tritt sein dialektisches Verhältnis zwischen Inanspruchnahme und Ablehnung von normativen Ideen klar hervor. In den Glossen räsoniert er auch über das gerechte Ideal einer befreiten Gesellschaft: „*In einer höheren Phase der kommunistischen Gesellschaft, nachdem die knechtende Unterordnung der Individuen unter die Teilung der Arbeit, damit auch der Gegensatz geistiger und körperlicher Arbeit verschwunden ist; nachdem die Arbeit nicht nur Mittel zum Leben, sondern selbst das erste Lebensbedürfnis geworden; nachdem mit der allseitigen Entwicklung der Individuen auch ihre Produktivkräfte gewachsen und alle Springquellen des genossenschaftlichen Reichtums voller fließen – erst dann kann der enge bürgerliche Rechtshorizont ganz überschritten werden und die Gesellschaft auf ihre Fahne schreiben: Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen!*“<sup>373</sup> Marx versteht die Gerechtigkeit demnach als ein Teilelement der Moral und debattiert sie vor allem kontextual in der Ausformung der distributiven Gerechtigkeit.

Marx sieht Moral und Gerechtigkeit aber auch aus einer deontologischen Perspektive, als eine innere Verpflichtung, anderen selbstlos und altruistisch helfen zu wollen. Diese Verpflichtungen, die aus dem innersten Kern der Moral und Gerechtigkeit entstammen sind allerdings durch tatsächliche Handlungsabläufe zu bestimmen, nicht aber durch normative Vorgaben von Gesetzen.<sup>374</sup>

Obzwar Marx Gerechtigkeit als wissenschaftliche Kritik aus heuristischen Gründen ablehnend begegnet, so hat dennoch die Ausbeutung der Arbeiterklasse eine offensichtlich gerechtigkeitskonnotierte Bedeutung. Bei Marx kulminiert die Unterdrückung dieser Klasse in seiner berühmten Mehrwerttheorie, die – so man sie zu Ende denkt – nichts weniger als einen eklatanten Verstoß gegen die Prinzipien der Tauschgerechtigkeit darstellt. Denn eine der wichtigsten Grunddeterminanten der Tauschgerechtigkeit erschöpft sich im Umstand, dass der Tausch letzten Endes freiwillig stattzufinden hat. Nach der Marx'schen Theorie erweisen sich aber die Tauschverhältnisse aufgrund der inhärenten Dynamik von Über- und Unterordnung als paradigmatisch nicht frei.<sup>375</sup>

---

<sup>370</sup> Vgl. hierzu auch Rottlenthner (1994), S. 210 – 211. Auch Engels betont dies in seinem Werk „Ein gerechter Tagelohn für ein gerechtes Tagenwerk“, wenn er behauptet: „Was moralisch gerecht ist, ja selbst was dem Gesetz nach gerecht ist, kann weit davon entfernt sein, sozial gerecht zu sein.“ MEW, Bd. 19, S. 247.

<sup>371</sup> Ein Arbeitsvertrag – oder wie es Marx auch selbst gerne bezeichnet ein „Kontrakt zwischen Kapital und Arbeit“ – kann auch von der Logik allgemeiner Denkgesetze her niemals auf gerechte Ausgangsbedingungen beruhen, da er das Kapital als eine kumulierte gesellschaftliche Macht wertet, der ein einzelner Arbeitnehmer ohnmächtig gegenüber stehen würde, der seinerseits lediglich die Dispositionsgewalt über seine eigene Arbeitskraft besitzt. Daraus ergibt sich auch Marx energisches Plädoyer für starke Gewerkschaften. Vgl. MEW, Bd. 16, S. 197.

<sup>372</sup> Marx verfasste diese bereits im Jahr 1875; publiziert wurden sie jedoch erst im Jahr 1891 von Friedrich Engels.

<sup>373</sup> Horn/Scarano (2002), S. 242 – 243. Zunächst stellte Marx folgende Frage: „Behaupten die Bourgeois nicht, daß die heutige Verteilung ‚gerecht‘ ist? Und ist sie in der Tat nicht die einzige ‚gerechte‘ Verteilung auf Grundlage der heutigen Produktionsweise?“ MEW, Bd. 19, S. 18.

<sup>374</sup> Daraus würde aber eine utilitaristische und keine normative Konzeption von Moral und Gerechtigkeit resultieren, wie sie so einige Marxforscher vehement einfordern. Vgl. etwa auch Wildt (2002), S. 60, der aber schließlich doch dafür eintritt, das ambivalente Verhältnis von deontologischen Pflichten und normativen Rechten einer eingehenden Klärung zuzuführen.

<sup>375</sup> Vgl. Ladwig (2011), S. 76 – 77.

Neben der von Marx erwartbaren Gerechtigkeitsdebatte beschäftigt er sich auch mit einer kritischen Reflexion der Gerechtigkeitspostulate von Pierre-Joseph Proudhon. Mit Hegel kritisiert Marx vor allem einen absoluten Gerechtigkeitsbegriff, der die reale ökonomische Empirie weitgehend negiert. Diese Kritik bringt Marx wie auch Engels immer wieder in despektierlichen Kommentaren zum Ausdruck. So wird das Proudhon'sche Gerechtigkeitsideal als „*ideologische Phrase*“, als leeres „*Traumgebilde*“ wie auch als „*frommer Wunsch*“ diffamiert. Marx akzentuiert explizit, öfters allerdings implizit, dass es für eine Gesellschaft bedeutender wäre, sich wissenschaftlich mit den sozialhistorischen Bedingungen auseinanderzusetzen als bloß inhaltsleeren Postulaten und Idealen nachzueifern.<sup>376</sup>

### III.5.5. Der Rechtspositivismus – eine Antithese zur Gerechtigkeit?

#### III.5.5.1. Ein von Gerechtigkeitskeptizismus durchdrungener Theorieansatz

Nach der Marx'schen Position, die das Ideal der Gerechtigkeit aus einer moralkritischen Perspektive beleuchtete, tritt rund um das Ende des 19. Jahrhunderts eine neue Strömung in den politiktheoretischen Debatten auf, welche die Bedeutung der Gerechtigkeit als Analyseinstrumentarium von gesellschaftlichen Institution ganz vehement einschränkte. Die Rede ist vom positiven Recht und der dahinterstehenden Theorie des Rechtspositivismus. Verkürzt man die Debatte dabei auf den plakativen Titel „*Naturrecht gegen Rechtspositivismus*“, so wird man dem weiten Sinngehalt dieser beiden Theorien auch nicht annähernd gerecht. Weder das Naturrecht noch der Rechtspositivismus sind nämlich in sich geschlossene, autoreferentielle Systeme; sie stehen sehr wohl in einem wechselseitigen Bedingungsverhältnis zueinander. Zentrales Charakteristikum sämtlicher rechtspositivistischer Theorien ist dabei die Akzentuierung der absoluten Eigenständigkeit des Rechtssystems gegenüber von sämtlichen Moralvorstellungen und hiermit auch der Gerechtigkeit.<sup>377</sup>

Die rechtspositivistischen Theoretiker, die in weiterer Folge einer genauen Analyse unterzogen werden sollen, referenzieren allesamt auf die Begründer des klassischen Rechtspositivismus, Jeremy Bentham und John Austin, weshalb deren Grundthesen, den einzelnen rechtspositivistischen Theorien vorangestellt werden sollen. Beide verarbeiten in ihren theoretischen Ansätzen sowohl liberale, als auch utilitaristische Elemente, und verwehren sich dabei insbesondere gegen die Irrationalitäten naturrechtlicher Positionen. Auch die apologetische Behandlung des Common Law der angloamerikanischen Juristen stieß bei beiden auf keine große Gegenliebe. Denn im Common Law würden alleine die Richter darüber befinden, was Recht und Unrecht ist. So wie moralische Ansichten unterschiedlicher Personen aber immer wieder permanenten Wandlungen unterzogen sind, so lassen auch

---

<sup>376</sup> Zitatsammlung nach Rottleuthner (1994), S. 211

<sup>377</sup> Worin diese Eigenständigkeit jedoch in concreto besteht, ist Ausgangspunkt einer äußerst diversifizierten Debatte innerhalb der Rechtspositivisten. Uneinigkeit besteht vor allem darin, ob diese Eigenständigkeit ihren Ursprung in der unterschiedlichen semantischen Verwendung bzw. einer institutionstheoretischen Trennung von Recht und Moral hat oder auf einer geltungstheoretischen Unabhängigkeit beruht. Vgl. hierzu unter anderem und ausführlich Ott (1992).

die Richter in ihrer Jurisdiktion gewisse persönliche Präferenzen einfließen. Ihr Handeln verlässt deshalb den Rahmen der Objektivität und ist dabei in sich selbst nicht konsistent. Auf der anderen Seite würde striktes objektives Urteilen zwar Rechtssicherheit befördern, allerdings aufgrund der Individualität jeder Rechtssache die notwendige Flexibilität vermissen lassen. Resümierend gelangen sowohl Bentham als auch Austin zum Schluss, dass das Common Law an der Grenze der Unpraktikabilität zu verorten sei und sprachen sich deshalb mit Verve – was in ihrer Schaffensperiode und den traditionellen Hintergründen einem quasirevolutionären Akt gleichkam – für die Einführung eines positiven – von einer legislativen Macht autorisierten – Rechts aus, das summa summarum dem Meinungsbild der Repräsentanten entsprechen sollte.<sup>378,379</sup>

Nach Ansicht Jeremy Benthams sollte es Richtern generell untersagt sein, rechtserzeugend tätig zu sein, denn eine solche Kompetenz dürfe nur eine politisch souveräne Autorität innehaben. Die Rechtsordnung wird von den Rechtsunterworfenen aus Gewohnheitsgründen deshalb akzeptiert, da sich auch alle anderen der Rechtsgemeinschaft unterworfenen Individuen an die Rechtssätze derselben zu halten haben. Genau dieser Umstand aber lässt die Rechtsgemeinschaft zu einer politischen Gemeinschaft werden. Im Rahmen einer solchen politischen Gemeinschaft kann es zur gleichen Zeit auch mehrere akzeptierte Autoritäten auf den verschiedensten Normierungsebenen geben, denen allesamt qua ihrer Autorität Gehorsam entgegenzubringen ist.<sup>380</sup> In gleichem Atemzug betont Bentham die kontingente und wünschenswerte, allerdings keineswegs notwendige, Verbindung von Recht und Moral. Die Existenz natürlicher Rechte grenzt in Benthams Dafürhalten an Absurdität, da man nicht ernsthaft die Meinung vertreten könne, dass etwas a priori Diffuses unter den Deckmantel staatlichen Schutzes gestellt werden sollte.<sup>381</sup>

John Austin rezipiert bei der Formulierung seiner grundlegenden Thesen die Arbeiten Jeremy Benthams. Er stimmt dabei mit Bentham überein, dass die Geltung des Rechts ein völlig von der Moral unabhängiges Kriterium darstelle. Der menschliche Ursprung des positiven Rechts und dessen Souveränitätsaffinität sind die zentralen Charakteristika seiner Rechtstheorie. Ein souveräner Gesetzgeber erteilt von Menschen geachtete und in Gesetzesgewand gekleidete Befehle, die notfalls auch unter Androhung und in der ultima ratio durch die Vollziehung von Sanktionen durchgesetzt werden können. Diese durch einen Souverän ausgeübte legislative Gewalt kann und darf keinerlei Restriktion

---

<sup>378</sup> Vgl. Székessy (2003), S. 42 – 43.

<sup>379</sup> Bentham und Austin prägten den angloamerikanischen Rechtspositivismus bis zum Erscheinen von Harts „*The Concept of Law*“ im Jahr 1963. Ihre Theorieansätze wurden auch als „*Imperativtheorie*“ bezeichnet, da sie die Rechtsunterworfenen unter das, durch das positive Recht vermittelte, Diktat des Rechtsbefehls stellten. Erst Hart verwehrt sich gegen die seiner Ansicht nach Degradierung des Rechts auf einen bloßen Rechtsbefehl, denn ein Befehl lasse immer die dem Recht so wichtige Flexibilität vermissen. Denn die Befolgung von Regeln funktioniert nicht analog zu der Befolgung von Befehlen. Regeln werden nach Hart nicht wie bei Befehlen aus Gehorsam heraus befolgt, sondern vielmehr aufgrund einer prinzipiell positiven Einstellung gegenüber dem gesamten Rechtssystem. Vgl. Schmidt (2007), S. 47.

<sup>380</sup> Vgl. Bentham (1977), S. 429 – 432.

<sup>381</sup> Vgl. ebd., S. 484. Diese vorpositive Kritik an den natürlichen Rechten äußert Bentham auch anderenorts, wobei der Autor diesfalls auf eine Übersetzung verzichtet, um dem Zitat nicht seine Prägnanz zu nehmen: „*Natural Rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, – nonsense upon stilts.*“ Bentham (1962), S. 501.

unterliegen. Moralische und naturrechtliche Kriterien werden demgegenüber nicht von einem Souverän im Rahmen einer bewussten Handlung gesetzt bzw. durchgesetzt, sondern sind vielmehr latent im Bewusstsein der Gesellschaft verankert und werden aufgrund des sozialen Drucks bzw. der drohenden gesellschaftlichen Ächtung bei einem Verstoß gegen dieselben eingehalten. Selbstverständlich kann auch das positive Recht mit moralischen gesellschaftlichen Ansprüchen aufgeladen sein; seine Geltung ist davon allerdings völlig unabhängig. Austins rechtspositivistische Ansätze lassen sich demnach folgendermaßen prägnant auf den Punkt bringen: Die Legalität und somit auch die normative Kraft des positiven Gesetzes leiten sich direkt aus dem Akt der Rechtserzeugung durch einen Souverän ab, jedoch nicht deren inhaltliche Ausprägung. Der Geltungsanspruch dieser Normativität erfährt durch die Androhung von Sanktionen noch eine weitere Unterstützung, die den Rechtsunterworfenen zum freiwilligen Rechtsgehorsam ermutigen soll.<sup>382</sup>

Theoretischer Ausgangspunkt aller im weiteren Verlauf dieses Kapitels zu erörternder Theoretiker, ist die Fiktion der rechtspositivistischen Trennungsthese, welche den begriffsnotwendigen und existentiellen Zusammenhang zwischen Recht und Moral verleugnet. Nach Ansicht der „*Reinen Rechtslehre*“ kann das Recht, solange es formell richtig zustande gekommen ist, jegliche beliebige Form annehmen. Das wohl eindrucklichste Bekenntnis zu dieser absolut anmutenden These stammt von einem der Mitbegründer der Wiener Schule des Rechtspositivismus, Hans Kelsen: „*Eine Rechtsordnung mag vom Standpunkt einer bestimmten Gerechtigkeitsnorm aus als ungerecht beurteilt werden. Aber die Tatsache, daß der Inhalt einer wirksamen Zwangsordnung als ungerecht beurteilt werden kann, ist jedenfalls kein Grund, diese Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung gelten zu lassen.*“<sup>383</sup>

Die eben zitierte Passage aus der „*Reinen Rechtslehre*“ Hans Kelsens untermauerte die Trennungsthese, wurde aber bedauerlicherweise allzu oft missverstanden und fehlinterpretiert. Klar ist in dieser These ein gewisser Gerechtigkeits skeptizismus evident. Es würde allerdings zu weit gehen, würde man den Rechtspositivismus nur wegen seiner nach Reinheit trachtenden Lehrsätze als theoretischen Wegbereiter totalitärer Regime denunzieren. Gerechtigkeit kann nämlich durchaus kritisch vorhandene Unzulänglichkeiten im positiven Recht aufzeigen; es bedarf aber laut dem Rechtspositivismus nicht der Gerechtigkeit zur ultimativen Begründung des Rechts.<sup>384,385</sup>

Rechtliche Doktrinen gehen mit ihren Regelungsinhalten in die Praxis ein und reduzieren dabei den vermeintlichen Gegensatz zwischen Theorie und Praxis auf eine logische Beziehung zwischen Abstraktem und Konkretem. Die Aufgabe diese Disparitäten zu einer stringenten juristischen Theorie auszubauen, hat eben die „*Reine Rechtslehre*“ übernommen. Nicht nur, dass sie als eine der wenigen normativen Theorien eine in sich logische Theorie des Rechts liefern konnte, hat sie sich den Namen

---

<sup>382</sup> Vgl. Austin (1911), S. 85 – 86.

<sup>383</sup> Kelsen (1960), S. 51.

<sup>384</sup> Vgl hierzu auch ausführlich Höffe (1989), S. 165.

<sup>385</sup> So auch die Ansicht Hans Kelsens, wenn er im Rahmen des im Anhang zur Reinen Rechtslehre befindlichen Aufsatz „*Das Problem der Gerechtigkeit*“ Folgendes formuliert: „*Gerechtigkeit schreibt vor, wie das Recht [...] inhaltlich gestaltet werden soll.*“ Kelsen (1960), S. 402.



„Reine Rechtslehre“ auch ganz zu Recht verdient, da in ihr die Reduzierung eines Wirklichkeitsbezuges eine zentrale und wesentlich Stellung einzunehmen vermag. Der Gegenstand des Rechts tritt dabei in den Dienst der Methode, in der die Norm als ein Deutungsschema fungiert. Ein angetroffener Wirklichkeits- und Lebenszusammenhang wird also nur insoweit erfasst, als er sich unter dem Tatbestand der zum Einsatz gebrachten Norm, dem Parameter juristischer Praxis, subsumieren lässt.<sup>386</sup>

Ob nun eine Gehorsamsverpflichtung gegenüber ungerechten Gesetzen existiert oder nicht, unterliegt auch der jeweiligen Herangehensweise an die Heterogenität der Gerechtigkeitsbegrifflichkeit. So wäre es beispielsweise abwegig – und es würde auch nahezu jeder so empfinden – die finale Verbindlichkeit eines ordnungs- und rechtmäßig zustande gekommenen Gesetzes von der Tatsache abhängig zu machen, ob der konkrete Normadressat die Rechtsvorschrift für gerecht oder ungerecht hält. Wenn es nicht einmal den Wissenschaftstheorien gelingt, uniforme und rational überprüfbare Parameter innerhalb gerechtigkeits-theoretischer Erwägungen zu generieren, so kann dies von subjektiven Gerechtigkeits-theorien keinesfalls verlangt werden. Der Rechtspositivismus zieht diesbezüglich nur die logische Konsequenz, indem er die unabdingbare Trennung von Recht und Moral einfordert und jeder Rechtsnorm grundsätzlich einen beliebigen Regelungsinhalt gewährt. Hierzu noch einmal Hans Kelsen: *„Daß Gerechtigkeit kein das Recht von anderen Zwangsordnungen unterscheidendes Merkmal sein kann, ergibt sich aus dem relativen Charakter des Werturteils, demzufolge eine Gesellschaftsordnung gerecht ist. [...] Wird Gerechtigkeit als Kriterium der als Recht zu bezeichnenden normativen Ordnung angenommen, dann sind die kapitalistischen Zwangsordnungen der westlichen Welt, vom Standpunkt des kommunistischen Gerechtigkeitsideals, und die kommunistische Zwangsordnung der Sowjetunion, vom Standpunkt des kapitalistischen Gerechtigkeitsideals, kein Recht. Ein zu solcher Konsequenz führender Begriff des Rechts kann von einer positivistischen Rechtswissenschaft nicht akzeptiert werden. Eine Rechtsordnung mag vom Standpunkt einer bestimmten Gerechtigkeitsnorm aus als ungerecht beurteilt werden. Aber die Tatsache, daß der Inhalt einer wirksamen Zwangsordnung als ungerecht beurteilt werden kann, ist jedenfalls kein Grund, diese Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung gelten zu lassen.“*<sup>387,388</sup>

Die zentrale metatheoretische Leitfrage, die von den Rechtspositivisten im Rahmen ihrer theoretischen Überlegungen zu beantworten versucht wird, stellt sich also wie folgt dar: Gilt das positive Recht tatsächlich völlig unabhängig von überpositiv moralischen Gesetzhaltungen? Lassen sich Rechtsordnungen als Zusammenschluss aller gesetzten und in Geltung stehenden Rechtsnormen, tatsächlich als empirische Gegebenheit der sozialen Realität verstehen? Gilt das positive Recht auch dann noch bedingungslos, wenn es in seiner extremsten Form die basalen Prinzipien der Gerechtig-

---

<sup>386</sup> Vgl. Hagen (1973), S. 19 – 20.

<sup>387</sup> Kelsen (1960), S. 50.

<sup>388</sup> Gustav Radbruch relativierte später diese absolutistische Position Hans Kelsens und verlangte zumindest vom Berufsstand der Richter ein Minimum an moral-ethischen Pathos: *„Für den Richter ist es Berufspflicht den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Gesetzesbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechts ist, und niemals ob es auch gerecht sei. Man möchte freilich fragen, ob diese Richterpflicht selbst, dieses sacrificium intellectus, diese Blanko-hingabe der eigenen Persönlichkeit an eine Rechtsordnung, deren künftige Wandlungen man nicht einmal ahnen kann, sittlich möglich sei. Aber wie ungerecht immer das Recht seinem Inhalt nach sich gestalten möge – es hat sich gezeigt, daß es einen Zweck stets, schon durch sein Dasein, erfüllt, den der Rechtssicherheit. Der Richter, indem er sich dem Gesetze ohne Rücksicht auf seine Gerechtigkeit dienstbar macht, wird also trotzdem nicht bloß zufälligen Zwecken der Willkür dienstbar. Auch wenn er, weil das Gesetz es so will, aufhört, Diener der Gerechtigkeit zu sein, bleibt er noch immer Diener der Rechtssicherheit.“* Radbruch (1973), S. 178.

keit konterkariert. In einer ausdifferenzierten Betrachtung der nachstehenden theoretischen Positionen werden all diese Fragen nun zu beantworten versucht.<sup>389</sup>

### III.5.5.2. Hans Kelsen und sein Problem mit der Gerechtigkeit

Anknüpfend an die soeben angestellten Überlegungen gilt es sich nun eingehender mit dem Gerechtigkeits skeptizismus Hans Kelsens zu beschäftigen. Kelsen charakterisiert das Recht und letztlich auch den Staat sowie seine Ordnung als eine Kompilation von Zwangsnormen<sup>390,391</sup>, die einer naturrechtlichen, vorpositivistischen Legitimation nicht bedürfen und in realiter auch gar nicht zugänglich sind.<sup>392</sup> Solange demnach die Rechtsnorm in ihrem erzeugenden Akt formell richtig zustande gekommen ist, fordert sie eine selbstreferentielle Gültigkeit ohne dabei auf andere Parameter zu rekurrieren.<sup>393</sup> Denn was Gerechtigkeit nun genau ist, entzieht sich der menschlichen Imagination. Es gibt demnach immer nur relative, jedoch niemals universell zufriedenstellende Lösungen des „*Problems der Gerechtigkeit*.“<sup>394</sup> Dieser unverhohlen zur Schau getragene Skeptizismus gegenüber der Gerechtigkeit und ihren Implikationen durchdringt das gesamte Kelsianische Opus: „*Wenn die Geschichte der menschlichen Erkenntnis uns irgend etwas lehren kann, ist es die Vergeblichkeit des Versuches, auf rationalem Weg eine absolut gültige Norm gerechten Verhaltens zu finden.*“<sup>395</sup>

---

<sup>389</sup> Eine weitere strikte methodologische Differenzierung zwischen dem soziologisch-empirischen Sein und juristisch-normativen Sollen entstammt der Feder von Max Weber: „*Wenn von Recht, Rechtsordnung und Rechtssatz die Rede ist, so muß besonders streng auf die Unterscheidung juristischer und soziologischer Betrachtungsweise geachtet werden. Die erstere fragt: was als Recht ideell gilt. Das will sagen: welche Bedeutung, und dies wiederum heißt: welcher normative Sinn einem als Rechtsnorm auftretenden sprachlichen Gebilde logisch richtigerweise zukommen sollte. Die letztere dagegen fragt: Was innerhalb einer Gemeinschaft faktisch und deswillen geschieht, weil die Menschen, darunter insbesondere solche, in deren Händen ein sozial relevantes Maß an faktischem Einfluß auf dieses Gemeinschaftshandeln liegt, bestimmte Ordnungen als geltend subjektiv ansehen und praktisch behandeln, also ihr eigenes Handeln an ihnen orientieren. [...] Es liegt auf der Hand, daß beide Betrachtungsweisen sich gänzlich heterogenen Problemen stellen und ihre Objekte unmittelbar gar nicht in Berührung miteinander geraten können, daß die ideelle Rechtsordnung der Rechtstheorie direkt mit dem Kosmos des faktischen wirtschaftlichen Handelns nichts zu schaffen hat, da beide in verschiedenen Ebenen liegen: Die eine in der des ideellen Geltensollens, die andere in der des realen Geschehens.*“ Weber (1956), S. 181 – 182.

<sup>390</sup> Recht als normative Zwangsordnung rekurriert dabei auf die positivrechtlich verankerte Verfassung und ist qua dieser Begründungslogik von jedermann strikt zu befolgen. An der Spitze der pyramidalen Begründungslogik steht die Grundnorm, die die Legitimität aller Normen innerhalb der Rechtsordnung statuiert und somit – ganz unabhängig davon ob sie nun Hypothese oder Fiktion ist – soziale Wirksamkeit für sich reklamieren kann. Vgl. Kelsen (1960), S. 219.

<sup>391</sup> Hegel vertritt im Unterschied zu Kelsen nicht die Auffassung von der vollständigen Identität von Staat und Verfassung, auch wenn Hegel durchaus das gegenseitige enge Bedingungsverhältnis anerkennt. Für Hegel realisiert der Staat vielmehr das Verfassungsrecht; d.h. der Staat und dessen Institutionen als Expression des Volksgeistes reichen über die konkrete Ausformulierung von staatlichem Verfassungsrecht bei Weitem hinaus. Kommt es aber zu einer jähren Separation, wären sowohl der Staat als auch das Verfassungsrecht einem apokalyptischen Untergang geweiht. Vgl. Buksinski (2010), S.91.

<sup>392</sup> Diese kurze Umschreibung der Kelsianischen Rechtstheorie begründet auch das tendenziell schwierige Verhältnis der Politikwissenschaft mit seinem Werk und seinen Thesen, da sämtliche politisierenden sowie geisteswissenschaftlichen Erkenntnisse aus den Analysemethodika der Rechtslehre suspendiert werden.

<sup>393</sup> In der rechtstheoretischen Literatur ist dieser Umstand unter der Bezeichnung „*Trennungsthese*“ geläufig. Siehe genauer III.5.5.1..

<sup>394</sup> Andernorts verweist Kelsen wiederum auf die Gerechtigkeit als individuelles Bekenntnis. Gerechtigkeit wird von ihm zur ultimativen Gewissensentscheidung hochstilisiert und mit dem unerschütterlichen Glauben an Gott verglichen. Vgl. Kelsen (1975), S. 40 – 43.

<sup>395</sup> Ebd., S. 40.

Aus der in III.5.5.1. dargelegten Trennungsthese darf allerdings unzulässigerweise nicht abgeleitet werden, dass Gerechtigkeit im Rahmen einer positiven Rechtsordnung nicht existent wäre. Es gibt nur divergierende, sich oftmals auch wechselseitig ausschließende, Ansichten von Gerechtigkeitsmaßstäben, sodass die unverbrüchliche Wirksamkeit der Rechtsordnung nicht von einem einzelnen abhängen könne.<sup>396</sup>

Hans Kelsen widmet sich dem Phänomen und der Idee der Gerechtigkeit eingehender im Rahmen eines Annexes seines rechtspositivistischen Hauptwerkes, der „*Reinen Rechtslehre*“<sup>397,398</sup>, in dem er die potentiellen Spannungsmomente zwischen dem Phänomen der Gerechtigkeit und den in Rechtsgeltung stehenden Normen auf eine radikal- und kompromisslose Weise zu beantworten wagt.<sup>399</sup> Kelsen versucht dabei offen nachzuweisen, welche weitreichenden Konsequenzen es haben kann, wenn einzelne Rechtsnormen mit dem Prädikat gerecht oder ungerecht etikettiert werden. Moral als auch das Recht sind zwei in sich selbst abgeschlossene soziale Erscheinungen, die in einem friktionsreichen Verhältnis zueinander stehen. Das Sollen, welches die Normen innerhalb einer Rechtsordnung gebietet, gerät dabei mit dem Sollen, das sich aus dem Substrat von moralischen Werten ergibt, in Konflikt. Dieses Konfliktszenario kann letztlich nur durch eine zu treffende Entscheidung befriedet werden. Entweder man entscheidet sich für die absolute Geltung des positiven Rechts oder man präferiert die Geltung moralischer Werte, die man über das positive Recht stellt. Kelsen beantwortet im Rahmen seiner Theorie diese Frage für sich selbst eindeutig. Nach Kelsen – und dies ist die Kernaussage seines ganzen theoretischen Schaffens – kann die absolute Geltung des positiven Rechts nicht von den gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen abhängig gemacht werden, von denen unter Heranziehung der wissenschaftlichen Methodik keine als wahr und richtig bezeichnet werden kann. Kelsen gesteht zwar freimütig zu, dass es durchaus vorkommen kann, dass zwischen Recht und bestimmten Gerechtigkeitsvorstellungen eine gewisse Kongruenz herrscht, jedoch negiert er die Gerechtigkeit als einen Geltungsmaßstab für die Rechtsordnung.<sup>400</sup>

Hans Kelsen spricht der Gerechtigkeit im Rahmen der Rechtsordnung also keinesfalls ihre Existenzberechtigung ab. So könne Gerechtigkeit durchaus als Motiv und Leitmaxime zur Gestaltung des positiven Rechts dienen. Er betont aber auch im selben Atemzuge, dass es sinnlos und unnötig wäre, eine Debatte über Gerechtigkeit zu führen, da Gerechtigkeit nun mal keine absolute, universelle

---

<sup>396</sup> Vgl. Preiss (1993), S. 205 – 206.

<sup>397</sup> Der sich im Anhang der Reinen Rechtslehre befindliche Aufsatz trägt den bezeichnenden und prägnanten Titel „*Das Problem der Gerechtigkeit*“ (1960), dessen Grundthesen Kelsen später weiterentwickelte und in Form einer Monographie „*Was ist Gerechtigkeit?*“ (1975) abermalig publizierte.

<sup>398</sup> Kelsen rezipiert in seinem Hauptwerk der „*Reinen Rechtslehre*“ die setzungsorientierten, rechtspositivistischen Thesen John Austins (vgl. etwa die von dessen Frau posthum herausgegebenen Vorlesungsmanuskripte „*Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*“ (1911)), ohne diesen allerdings allzu oft explizit zu erwähnen.

<sup>399</sup> Axel Tschentscher sieht die Aversion Kelsens gegen das Ideal der Gerechtigkeit in einer Nietzscheanischen Tradition eines Gerechtigkeitsseptizismus. Vgl. Tschentscher (1999), S. 143 – 144. Nietzsche selbst verabscheut nämlich die rationalistischen Gerechtigkeitsbegründungen des Vernunftrechts und denunziert die Vernunft selbst sogar als „*alte betrügerische Weibsperson*“ Nietzsche (1966), S. 960.

<sup>400</sup> Eine Position die Gustav Radbruch später in seiner Radbruch'schen Formel bereits relativistischer betrachtete. Siehe dazu III.5.5.3..

Wirkung und Gültigkeit für sich reklamieren kann. Das Attribut der Gerechtigkeit wird von Kelsen vor allem in den zwischenmenschlichen Beziehungsräumen verortet; im Rahmen der Normentheorie besitzt sie jedoch keinerlei Relevanz. Der absoluten Gerechtigkeit bescheinigt Kelsen nämlich ein hohes Maß an Irrationalität, da sie auf keinem tragfähigen intersubjektiven Konzept beruhen würde. Dennoch lassen sich, wenn man sich schon über Gerechtigkeit Gedanken machen möchte, zwei divergierende Typen von Gerechtigkeit eruieren. Zum einen den metaphysischen Idealtypus, der seine Legitimität transzendent von einer absoluten Gerechtigkeitsnorm ableiten kann und zum anderen einen rationalen Typus, dem eine ebensolche Transzendenz fremd ist. Letzterer basiert auf menschlich nachvollziehbare Erfahrungswerte, die von den Menschen rational begriffen werden können.<sup>401</sup>

Die „*Reine Rechtslehre*“ hat in diesem Sinne eine ausgesprochene und tendenziöse Dimension. Sie will das positive Recht von jeder Vereinnahmung durch einen idealen, moralischen und gerechten Nimbus bewahren. Sollten aus einer Koinzidenz zufällig Kongruenzen entstehen, ist dies zwar dem Recht und seiner Wirkung nicht unzutraglich, ist aber für eine ideologiefreie Betrachtung der Thematik keineswegs begründende Voraussetzung. *„Betrachtet man das positive Recht als normative Ordnung im Verhältnis zur Wirklichkeit des tatsächlichen Geschehens, das, dem Anspruch des positiven Rechts nach, diesem entsprechen soll (wenngleich es ihm durchaus nicht immer entspricht), dann kann man es als Ideologie (im ersten Sinn des Wortes) qualifizieren. Betrachtet man es im Verhältnis zu einer ‚höheren‘ Ordnung, die den Anspruch erhebt, das ‚ideale‘, das ‚richtige‘ Recht zu sein, und Naturrecht oder einer – sonst wie gedachten – Gerechtigkeit, dann stellt sich das positive, das heißt von menschlichen Akten gesetzte, das geltende, im großen und ganzen angewendete und befolgte Recht als das ‚wirkliche‘ Recht dar, und dann muß eine Theorie des positiven Rechts, die dieses mit einem Naturrecht oder sonst einer Gerechtigkeit vermengt in der Absicht, jenes zu rechtfertigen oder zu disqualifizieren als ideologisch (im zweiten Sinn des Wortes) abgelehnt werden.“*<sup>402</sup>

Obwohl Hans Kelsen dem Ideal der Gerechtigkeit vor allem in seiner Rechtstheorie äußerst reserviert gegenübersteht, unternimmt er dennoch den Versuch, diese unter Akzentuierung anderer Prämissen für seine Demokratietheorie neu zu deuten. Gerechtigkeit wird in der Realität der demokratischen Verfassungsstaaten als Kompromissbereitschaft verstanden. Denn der Demokratie sind absolute Werte, wie die absolute Wahrheit, die absolute Richtigkeit als auch die absolute Gerechtigkeit fremd. Sie sind bloße Fiktionen, da gerade in der Demokratie der Wertrelativismus offen zum Vorschein tritt. Jede politische Meinung, jeder politische Standpunkt steht in einer parlamentarischen Demokratie in einem kompetitiven Wettbewerb um die Gunst des Wählers und hat a priori auch das gleiche Ausmaß an Chancen. In der Demokratie gilt es – neben einem effektiven Minderheitenschutz – nach einem unbedingten Ausgleich zwischen den verschiedenen Standpunkten zu streben und Kompromisse zu erzielen, die auf parlamentarischen und somit auch auf gesellschaftlichen Majori-

---

<sup>401</sup> Letztlich erweisen sich auch solche Gerechtigkeitspostulate als unpraktikable Leerformeln, die der Bezugnahme auf zusätzliche Werte bedürfen. Hierzu zählt Kelsen etwa die „*Suum-cuique-Formel*“, den Kategorischen Imperativ, die Leistungs- sowie die Bedürfnisgerechtigkeit. Vgl. Székessy (2003), S. 76 – 77.

<sup>402</sup> Kelsen (1960), S. 111 – 112.

tätsverhältnissen beruhen. Das Wesen der Demokratie enthüllt sich dahingehend, dass auch „*die Minderheit, weil nicht absolut im Unrecht, nicht absolut rechtlos, jederzeit zur Mehrheit werden kann.*“<sup>403</sup>

Ganz unabhängig von der subjektiven Klassifizierung einer Rechtsnorm als „*gerecht*“ oder „*ungerecht*“, gelangt Kelsen also letztendlich zur Ansicht, dass es von einer objektiven Warte gesehen überhaupt keine ungerechte Rechtsordnung geben könne. Die absolute Dogmatisierung des positiven Rechts trifft heutzutage verständlicher Weise auf eine kritische Reflexion. Dennoch wird Kelsen selbst durch seinen Geist wissenschaftlicher und intellektueller Offenheit im Gedächtnis der Rechtstheorie verhaftet bleiben. Kelsen selbst artikulierte diese ihm eigene Grundattitüde in seiner Abschiedsrede an der Universität Berkeley auf die Frage nach der Gerechtigkeit gemünzt folgendermaßen „*Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist – die absolute Gerechtigkeit. Dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muß mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das Wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit unter deren Schutz Wissenschaft und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz.*“<sup>404</sup>

### III.5.5.3. Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit bei Gustav Radbruch<sup>405</sup>

Bevor die berühmte mit Gustav Radbruch assoziierte Formel zur Sprache kommen soll, werden zu Beginn einige allgemeine Auffassungen Radbruchs zum Rechtspositivismus wiedergegeben.

Gustav Radbruch behandelt bereits in seinem Text „*Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*“ die nicht unentscheidende Frage, ob dem Rechtspositivismus notwendiger Weise ein gewisser ethischer Relativismus inhärent ist oder ob es sich beim Rechtspositivismus um eine vordergründig radikale Position handeln würde, die es aus rationalen Gründen strikt und ohne Vorbehalte zu verteidigen gilt. Radbruch bejaht dabei – wie der Titel bereits suggeriert – einen gewissen Relativismus, da er das Recht und die in ihm verkörperte Gerechtigkeit abhängig von den jeweilig vorherrschenden historischen und sozialen Umständen betrachtet. Dies entspricht unter anderem auch eines der Radbruch’schen Grundtheoreme. Radbruch vertritt die relativistische Position mit dem Argument, dass es schlechthin unmöglich ist, zwischen den verschiedenen Wertsystemen auf einer heuristischen und damit unwiderleglichen Weise zu unterscheiden. Die Wahl zwischen diesen Wertsystemen basiert letztlich immer nur auf einem dezisionistischen Moment.<sup>406</sup>

---

<sup>403</sup> Kelsen (1981), S. 103.

<sup>404</sup> Transkription des Autors von einem Ö1-Radiobeitrag über die Biographie Hans Kelsens.

<sup>405</sup> Dieses Kapitel folgt den Ausführungen, die der Autor bereits im Rahmen einer Publikation (Ucakar/Gschiegl (2010), S. 227 – 231) angestellt hat. Diese wurden jedoch im Hinblick auf die zu beantwortenden Forschungsfragen wesentlich erweitert und vertieft.

<sup>406</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 245.

Auch in einem weiteren Frühwerk des Radbruch'schen Schaffens, in der sog. „*Vorschule der Rechtsphilosophie*“ wiederholt er seine relativistische Rechtsauffassung. Die Aufgabe von Recht als primär soziale Regelung manifestiert sich darin, dass die Rechtsidee, für den frühen Radbruch im weitesten Sinne ein Synonym für Gerechtigkeit, im gesellschaftlichen Alltag realisiert werden sollte. Die Rechtsidee<sup>407</sup> selbst hat dabei – in Analogie zur Gerechtigkeit – sowohl eine materielle, als auch eine formelle Dimension und oktroyiert verschiedensten gesellschaftlichen Akteuren auch verschiedenste Verpflichtungen auf. Die Rechtsidee soll dabei auf einer möglichst breiten Rechtsdefinition innerhalb der Rechtsordnung fundieren und formell für die notwendige Rechtssicherheit sorgen, die bei Radbruch ganz in Übereinstimmung mit der ihm prägenden rechtspositivistischen Tradition letztlich entscheidungsrelevant sein sollte.<sup>408</sup>

Um hier jedoch kein falsches Bild zeichnen zu wollen: Radbruch ist ein Vertreter des Rechtspositivismus und nicht wie man meinen könnte des Relativismus. Für Radbruch ist der eben dargelegte Relativismus letztlich sowohl Ausgangspunkt als auch Resultat eines rechtspositivistischen Prozesses. Der Rechtspositivismus fungiert bei ihm als Erklärungsgrundlage für die allgemeine Geltung von Rechtsnormen, aus denen sich dann normative Ideen wie Rechtsstaatlichkeit, Gewaltenteilung, Liberalismus und Demokratie deduzieren lassen. Dieser hermeneutische Zirkel führt ihn von den Ausgangsüberlegungen des Relativismus zur Legitimation von normativen Vorstellungen, die durchaus mit politischer Gerechtigkeit assoziiert werden können und wieder iterativ zurück zu einem relativistischen Standpunkt. Für ihn ist dabei der Relativismus sowohl kritische Messlatte für das positive Recht als auch ein Instrumentarium, dem sich das positive Recht anzupassen verpflichtet ist.<sup>409</sup>

Erinnern wir uns kurz zurück an den Beginn dieser Dissertation, wo über die grundsätzlichen gesellschaftspolitischen Aufgaben des Rechts nachgedacht wurde.<sup>410</sup> Charakteristisch für den Rechtspositivismus ist die inhaltliche und erzeugungsmäßige Bedingtheit einer höherrangigen Norm im Stufenbau der Rechtsordnung. Wie ist aber zu verfahren, falls das Gesetz in unerträglicher Weise gegen die allgemeinen Maximen der materiellen Gerechtigkeit verstößt? Laut Gustav Radbruch (1878–1949) hat der Rechtsanwender ein unerträglich ungerechtes Gesetz zu negieren, denn das Wesen eines Gesetzes beinhaltet auch das prinzipielle Postulat nach Gerechtigkeit. Steht der Regelungsinhalt eines Gesetzes mit den Grundinhalten der Gerechtigkeit in einem eklatanten Widerspruch, so kann gesetzliches Unrecht niemals in den geltenden Rechtsbestand übernommen werden; nein, ihm ist sogar

---

<sup>407</sup> In § 4 seiner Rechtsphilosophie (1998) recurriert Radbruch auf die Fiktion der Gerechtigkeit als Realisierung der Rechtsidee. Die Realisierung der Rechtsidee innerhalb der Gesellschaft ist dabei durch Positivität, Normativität, Sozialität und Generalität gekennzeichnet.

<sup>408</sup> Vgl. Radbruch (1965). S. 165 – 173. Anderenorts konkretisiert Radbruch die durch die Rechtsidee auferlegten Handlungspflichten. So sollen sich Bürger auch moralisch schlechten Gesetzen verpflichtet fühlen und Richter aus Gründen der Rechtssicherheit das positive Recht strikt anwenden. Vgl. ebd., S. 174.

<sup>409</sup> Das eben Erörterte dient als Ausgangspunkt vieler alternierender Interpretationsmöglichkeiten. Der Grund hierfür liegt sicherlich darin, dass Radbruch selbst eine klare und präzise Differenzierung zwischen subjektiv-moralischen und objektiv-politischen Werten vornimmt. Die Frage, ob und wie weit Radbruch tatsächlich einen gewissen Wertrelativismus vertritt, lässt sich demnach nicht endgültig und eindeutig beantworten. Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 245 – 246.

<sup>410</sup> Vgl. II.3..

gänzlich die Rechtsqualität zu verwehren. All diese Überlegungen transformierte Gustav Radbruch in die berühmte Radbruch'sche Formel, die er erstmals im Jahr 1946 im Aufsatz „*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*“ in der Süddeutschen Juristenzeitung wie folgt definiert hat: „*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, 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. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur unrichtiges Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.*“<sup>411</sup>

In der als Radbruch'schen Formel bekannten Thesis wird bei näherer Betrachtung nach drei inhaltlich anders strukturierten Arten von ungerechtem Gesetzesrecht differenziert. Ist zum Ersten das Gesetz bloß ungerecht oder unzumutbar, so muss es dennoch angewendet werden. Radbruch gibt in diesem Fall der formell richtigen Rechtserzeugung den Vorzug gegenüber der bloß einfachen Ungerechtigkeit. Erst wenn zweitens ein Gesetz „*unerträglich ungerecht*“ wird, muss es der Gerechtigkeit weichen (Unerträglichkeitsformel). Verfolgen drittens Gesetze nicht einmal im Ansatz den Anspruch, der Gerechtigkeit Folge zu leisten, so wird diesen die Rechtsqualität vollständig aberkannt (Verleugnungsformel). Adressat der Radbruch'schen Formel sind primär Rechtssprechung und Richter. Die oft auf die Verleugnungsformel verkürzte Ausführung der Radbruch'schen Formel greift eindeutig zu kurz. Radbruch hat nämlich sehr wohl erkannt, dass die durch den Rechtspositivismus gewährleistete Rechtssicherheit für das Funktionieren einer Rechtsordnung essentiell ist. Es gilt grundsätzlich das Primat des positiven Rechts. Bloßen Ungerechtigkeiten kann keinerlei Beachtung geschenkt werden. Radbruch sieht im positiven Gesetz und in der Gerechtigkeit die beiden Seiten der Rechtsidee verwirklicht, die so lange auf einer Stufe stehen, bis die Ungerechtigkeit eine unerträgliche Intensität erhält.<sup>412</sup>

Ralf Dreier gilt als einer der wichtigsten Radbruchrezipienten, der dessen Thesen auch über weite Strecken folgt. Denn das evidente Konfliktverhältnis zwischen Recht und Moral, welches im Sinne einer rechtspositivistischen Tradition als ein Spannungsverhältnis zwischen Recht und Gerechtigkeit zu verstehen ist, ist nach Ralf Dreier keineswegs und ausschließlich nur ein moralischer Konflikt, dessen unmittelbare Lösung einzig und alleine dem Gewissen überlassen werden darf, sondern –

<sup>411</sup> Radbruch (1946), S. 107.

<sup>412</sup> Die Radbruch'sche Formel basiert laut H.L.A. Hart auf dem grundsätzlichen Missverständnis, dass mit der Anerkennung einer Norm als gültig, die Frage der Moralität derselben bereits endgültig entschieden sei. Hart besteht dabei – wie im Anschluss noch gezeigt wird – auf die prinzipielle Separation von Recht und Moral und den davon abzuleitenden Pflichten. Vgl. Hart (1971), S. 39 – 41.

und das gilt es in diesem Kontext noch einmal explizit hervorstreichen – auch ein Rechtskonflikt, der im Rahmen eines Rechtsstreites zu entscheiden ist. Insofern ist der Radbruch'schen Formel nach Tunlichkeit Folge zu leisten, dass Rechtskonflikte primär auf der Grundlage des positiven Rechts entschieden werden sollen, ohne jedoch dabei zu negieren, dass sich ein Gericht in extremen Zweifelsfällen auch an Gerechtigkeitserwägungen zu orientieren hat. Natürlich besitzt eben auch das Recht, wenn man es anhand der Radbruch'schen Formel aus rechtsethischer Perspektive interpretiert auch ein gewisses Maß an Unbestimmtheit, jedoch ist diese auch der Offenheit der Problemlage geschuldet.<sup>413</sup>

Die Radbruch'sche Formel verblieb nicht nur im Stadium einer rechtstheoretischen Idee, sondern wurde im Laufe der deutschen Nachkriegsgeschichte tatsächlich von den Gerichten mehrfach angewandt. Im Folgenden sollen sowohl ein Urteil eines Kriegsverbrecherprozesses in der unmittelbaren Nachkriegszeit als auch die Mauerschützenprozesse nach der deutschen Wiedervereinigung näher beleuchtet werden:

Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg war man mit dem Problem konfrontiert, wie man mit den Delinquenten des NS-Regimes auf gerichtlicher Ebene verfahren sollte. Genau genommen hatten diese ja nicht gegen positives (NS-)Recht verstoßen und somit auch nicht rechtswidrig gehandelt. Darüber hinaus ging es ganz allgemein um die Anwendbarkeit gesetzlicher Bestimmungen des NS-Regimes, da es ganz und gar unpraktikabel gewesen wäre, den gesamten nationalsozialistischen Rechtskorpus zu suspendieren.<sup>414</sup> Andererseits gab es in der damaligen deutschen Rechtsordnung naturgemäß ideologisch verwerfliche Normen, die von der deutschen Nachkriegsjustiz als evident ungerecht erachtet worden sind.<sup>415</sup>

Ein beispielgebender Sachverhalt soll hier stellvertretend für die vielen anderen nachgezeichnet werden: Der deutsche Bundesgerichtshof war im Juli des Jahres 1951 berufen, ein Urteil über ein ehemaliges Mitglied des deutschen Volkssturms zu fällen. Der ehemalige Bataillonskommandant musste sich für die Erschießung eines ehemaligen Deserteurs rechtfertigen und berief sich dabei auf einen Katastrophenbefehl seines ehemaligen Vorgesetzten Heinrich Himmlers, der jeden Waffentragenden mit dem Recht ausstattete, Flüchtlinge ohne weitere Konsequenzen zu exekutieren. Er plädierte für seine Unschuld, da es sich dabei um eine Zwangslage im Krieg gehandelt habe. Sein Anwalt fügte hinzu, dass es sich bei diesem Befehl um damals positives Recht gehandelt habe und bei einem möglichen Widerstand seines Mandanten mit Repressalien seitens seiner Vorgesetzten zu rechnen

---

<sup>413</sup> Vgl. *Dreier* (1985), S. 122 – 123.

<sup>414</sup> So gelten etwa in Österreich noch immer die ideologisch unverdächtig erscheinenden Bestimmungen des damaligen Handels- und Eherechts.

<sup>415</sup> Die in der Nachkriegszeit abgehaltenen Entnazifizierungsprozesse waren u.a. auch eine unmittelbare Reaktion auf die Menschenunwürdigkeit, mit denen das NS-Strafrecht Angeklagten begegnete. Denn der hehre Rechtsgrundsatz der Menschenwürde wurde von despotischen NS-Richtern bekanntermaßen mit Füßen getreten. Die Angeklagten wurden zum Objekt des Strafrechts degradiert. Heute gilt die Subjektstellung des Angeklagten als eine der wohl wichtigsten Prozessdeterminanten. Jeder Angeklagte, der ja die tiefgreifenden Eingriffe des Strafrechts in seine Persönlichkeitssphäre befürchten muss, hat das nicht veräußerliche Recht sich zu verteidigen und sich gegenüber den von Seiten des Staates artikulierten Vorwürfen zur Wehr setzen zu können. Vgl. *Hassemer* (2009), S. 25 – 26.



gewesen wäre. Diese Form der Rechtfertigung ließ jedoch der deutsche Bundesgerichtshof nicht gelten. In einem beachtenswerten Urteil kritisierte er über den konkreten Einzelfall hinaus die Gesetzesqualität der NS-Normen und bezog sich bei der Urteilsausfertigung explizit auf die von Gustav Radbruch entworfene Formel: *„Selbst wenn dieser Befehl als Gesetz oder Rechtsverordnung verkündet worden wäre, wäre er nicht rechtsverbindlich. Das Gesetz findet dort seine Grenze, wo es in Widerspruch zu den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts oder zu dem Naturrecht tritt oder der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat. Wird der Grundsatz der Gleichheit bei der Setzung des positiven Rechts überhaupt verleugnet, dann entbehrt das Gesetz der Rechtsnatur und ist überhaupt kein Recht. Zu den unveräußerlichen Rechten eines Menschen gehört, daß er nicht ohne Gerichtsverfahren seines Lebens beraubt werden darf. An diesem Rechtsgrundsatz hat sogar die Verordnung über die Errichtung von Standgerichten vom 15. Februar 1945 noch festgehalten. Danach kommt dem sogenannten Katastrophenbefehl keine Gesetzeskraft zu. Er ist keine Rechtsnorm; seine Befolgung wäre objektiv rechtswidrig.“*<sup>416</sup>

Auch der deutsche Bundesverfassungsgerichtshof beschäftigte sich im Rahmen der Aufarbeitung der Gräueltaten des NS-Regimes mit dem Verhältnis von positiven und überpositiven Verfassungsrecht.<sup>417</sup> Er konstatiert, dass der Gesetzgeber auch Unrecht setzen kann. Er manifestierte damit die bis zum heutigen Tage von diesem weiter forcierte Überwindung des wertungsfreien Rechtspositivismus, in dem er festhielt, dass das *„Recht [...] nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch [ist].“*<sup>418</sup>

Neue Aktualität erlangte die Radbruch'sche Formel im Zusammenhang mit den sogenannten Mauerschützenprozessen nach der deutschen Wiedervereinigung im Jahre 1990.<sup>419</sup> Zwei Jahre später sollte es schließlich zu einem Prozess kommen. Es ging dabei um die Beurteilung der Strafbarkeit ehemaliger deutscher Grenzsoldaten und deren Vorgesetzten, die sogenannte Republikflüchtlinge bei der Flucht aus der DDR in die Bundesrepublik Deutschland erschossen haben bzw. den Befehl dazu gaben. Die Grenzsoldaten als unmittelbare Schützen und Täter waren wegen Totschlags angeklagt worden. Die Vorgesetzten wurde Anstiftung bzw. Beihilfe zur Last gelegt. Die Angeklagten beriefen sich dabei auf einen in § 27 des Grenzgesetzes der DDR normierten Rechtfertigungsgrund: *„Die Anwendung der Schußwaffe ist gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt.“*

<sup>416</sup> Urteil des Bundesgerichtshofes vom 12. Juli 1951 (BGHZ 3, 94 (107)).

<sup>417</sup> Die unfassbaren Gräueltaten verhalfen auch der Menschenrechtsdiskussion auf internationaler Ebene zu neuer Renaissance, die von einer Wiederbelebung naturrechtlicher Legitimationstheorien begleitet wurde und die bis dahin dominierenden, rechtspositivistischen Thesen relativierte.

<sup>418</sup> Vgl. BVerfGE 34, 269ff, 287. Dieses Urteil wurde als Anerkennung von überpositiven Normen durch den deutschen Bundesverfassungsgerichtshof gewertet.

<sup>419</sup> Die Aufarbeitung des nationalsozialistischen Terrors wurde immer wieder auch mit dem verübten Unrecht im SED-Staat DDR verglichen. Diese beiden Regime sind aber m.E. nicht einmal bei einer äußerst oberflächlichen Analyse auch nur annäherungsweise miteinander vergleichbar. Denn die Aufarbeitung eines zerstörerischen Krieges, die Nazifizierung bzw. Entnazifizierung einer gesamten Gesellschaft, die Intensität politischer Unterjochung sowie die rassenideologisch motivierte Entrechtlichung und Ermordung ganzer Bevölkerungsgruppen, lassen sich nicht mit den Herausforderungen vergleichen, vor denen die Zeithistoriker nach 1989 gestellt wurden. Insbesondere erweist sich die flexible Radbruch'sche Formel als bemerkenswerte Konstante, da sie bei der Aufarbeitung beider Unrechtregime implizit und explizit herangezogen wurde. Vgl. Steinbach (2010), S. 84.

Dennoch erkannte der deutsche Bundesgerichtshof den Tatbestand des Totschlag nach § 212 dStGB als verwirklicht an und verwarf den Rechtfertigungsgrund als nicht anwendbar. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot sah der Gerichtshof auch nicht als verletzt an, da es keinen Vertrauensschutz im Bereich staatlich institutionalisierten Unrechts geben könne: *„Der in § 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes genannte Rechtfertigungsgrund, wie ihn die damalige Staatspraxis, vermittelt durch die Befehlslage, handhabte, hat, sofern der Grenzübertritt auf andere Weise nicht verhindert werden konnte, das (bedingt oder unbedingt) vorsätzliche Töten von Personen gedeckt, die nichts weiter wollten, als unbewaffnet und ohne Gefährdung allgemein anerkannter Rechtsgüter die Grenze zu überschreiten. Die Durchsetzung des Verbots, die Grenze ohne besondere Erlaubnis zu überschreiten, hatte hiernach Vorrang vor dem Lebensrecht von Menschen. Unter dieser besonderen Umständen ist der Rechtfertigungsgrund, wie er sich in der Staatspraxis darstellte, bei der Rechtsanwendung nicht zu beachten [...] Ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund kann vielmehr nur dann wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grober Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck kommt; der Verstoß muß so schwer wiegen, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogene Rechtsüberzeugung verletzt. Der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit muß so unerträglich sein, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat.“*<sup>420</sup>

Im Frühjahr bestätigte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die diesbezügliche Vorgehensweise der deutschen Rechtssprechung. Laut dem EGMR verstieß die Staatspraxis des damaligen Grenzschatzes des DDR-Regimes dermaßen eklatant gegen das Menschenrecht auf Leben, dass das Rückwirkungsverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unangewendet bleiben müsse.<sup>421,422</sup> Anhand der beiden Entscheidungen lassen sich die Grenzen des Rechtspositivismus zu den immanenten Maximen wie Moral und Gerechtigkeit klar und deutlich erkennen. Was rechtens ist, muss nicht zwangsläufig immer gerecht sein – und vice versa. Kommt es jedoch zu einer vollkommenen Pervertierung des Rechtsverständnisses, die in einer Konterkarierung des Prinzips der Gerechtigkeit münden würde, so sind die Grenzen einer Rechtsordnung erreicht; ab hier soll und muss das Widerstandsrecht gelten.<sup>423</sup>

<sup>420</sup> Urteil des Bundesgerichtshofes vom 3. November 1992 (BGHSt 39, 1).

<sup>421</sup> Der EGMR sah es wie der Deutsche Bundesgerichtshof als erwiesen an, dass sich die DDR selbst die völkerrechtliche Verpflichtung auferlegt hat, die Menschenrechte auch einzuhalten. Diese menschenrechtliche Selbstbindung des Staates sollte nach Ansicht beider Gerichtshöfe zu einer menschenrechtsfreundlichen Interpretation des DDR-Rechts führen, was die in der Staatspraxis geduldeten, ja sogar belobigten, Todesschüsse an der Mauer rechtswidrig machen sollte. Vgl. *Schwintowski* (2005), S. 47.

<sup>422</sup> Die Entscheidungen im Mauerschützenprozess initiierten eine kontroversielle Debatte. Der Bundesgerichtshof wurde in diesem Zusammenhang heftig kritisiert, da er in seinem Urteil den absoluten Gehalt sowie die unabdingbare Geltung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes negiert oder zumindest relativiert hatte. Dem Gericht wurde darüber hinaus auch „*Siegerjustiz*“ unterstellt, da die Radbruch'sche Formel nach Ansicht ihrer Kritiker nur bei extrem verbrecherischen und inhumanen Unrechtsregimen zur Anwendung gelangen dürfe. Befürworter dieser Entscheidung hielten demgegenüber fest, dass auch die DDR internationale Abkommen unterfertigt habe und anhand dieser Standards zu eruieren sei, ob erkennbar schweres Unrecht vorgelegen habe. Vgl. *Holzleithner* (2009), S. 94.

<sup>423</sup> Welche Optionen und Handlungsalternativen verbleiben nun aber für die Zivilgesellschaft im Umgang mit extrem ungerecht anmutenden Normen? Welche Artikulationsmöglichkeiten stehen ihr zur Verfügung. Die Abhaltung politischer Kundgebungen, Protestaufrufe oder die Organisation in Interessensgemeinschaften erscheinen prima vista ein opportunes Mittel. Nur ist dies auch ausreichend? Die Geschichte zeigt, dass bei umweltgefährdenden, grenzüberschreitenden und generationenübergreifenden Projekten mit hoher Eingriffsintensität in die Grundrechte agitatorische Aktionen meist zu wenig sind.

Die Radbruch'sche Formel gilt mit Recht als das wohl bekannteste Vermächtnis des deutschen Rechtsphilosophen. Unter dem Eindruck der nationalsozialistischen Unrechtserfahrungen relativierte Radbruch seine zunächst strenge rechtspositivistische Position. Der Autor wertet diese Relativierung und Distanzierung jedoch mehr als eine Weiterentwicklung, denn als eine Zäsur in der Stringenz der rechtspositivistischen Theorie Gustav Radbruchs.

#### **III.5.5.4. Primäre und sekundäre Regeln zur Perzeption von Gerechtigkeit innerhalb des Rechts bei H.L.A. Hart**

Während dem Kelsianischen ein strikter und den Radbruch'schen ein relativistischer Theorensatz des Rechtspositivismus charakteristisch ist, basiert die rechtspositivistische Theorie von H.L.A. Hart auf etwas anders gelagerten normativen Grundannahmen. Für Hart erweisen sich die Normen als Regeln, bei deren analytischer Betrachtung sich zwei diametrale Standpunkte offenbaren. Während von einer externen Perspektive die Regeln in ihrer sozialen Außenwirkung beschrieben werden können, versucht der interne Blickwinkel die Frage zu erörtern, ob man den Inhalten und Bestimmungen dieser Regelungen für sich selbst auch zustimmen kann. Hart gelingt hiermit die Entwirrung des gordischen Knotens. Denn einerseits kann eine rein positivistische Sicht vertreten werden, ohne andererseits deren Inhalte unter moralischen Prämissen messen lassen zu müssen. Die Schaffung dieses interpretatorischen Freiraums erlaubt es das geltende Recht einer rational-moralischen Bewertung zu unterziehen.

Hart postuliert gleich zu Beginn seines berühmten Hauptwerks „*Der Begriff des Rechts*“<sup>424</sup> ganz im Sinne der rechtspositivistischen Tradition die prinzipiell moralische Neutralität des Rechts, das sich nicht transzendental von einem metaphysischen System ableiten lässt. Die rechtspositivistische Trennungsthese ist unter anderem deshalb erforderlich, um die Autorität des Rechts nicht zu perpetuieren. Auch bei Hart kann das Recht ex ante jegliche beliebige Form annehmen. Mutatis mutandis bedeutet dies allerdings nicht, dass das Recht keiner moralischen Evaluation unterzogen werden dürfe. Gegenteilig verlangt Hart gerade eine solche kritische moralische Reflexion der Gesetze in ihrer Funktion als gesellschaftliche Ordnungsregeln. Eine solche moralische Reflexion ist jedoch völlig isoliert von der Geltung der Gesetze. Die letztgültige Entscheidung, ob moralisch verwerflichen Gesetzen Rechtsgehorsam geschuldet ist, obliegt bei Hart der autonomen Entscheidung des Individuums.<sup>425,426</sup>

---

<sup>424</sup> Vgl. Hart (1973) Im englischen Original wurde die Monographie im Jahr 1961 unter dem Titel „*The Concept of Law*“ publiziert.

<sup>425</sup> Vgl. Hart (1973), S. 17 – 27

<sup>426</sup> Stephen Guest erblickt in der von Hart postulierten moralischen Reflexion einen eklatanten Widerspruch zur sonstigen Rechts Theorie Harts. Denn der ursprünglich deskriptive Rechtsbegriff erhält durch eine solch junktionierte Reflexion eine moralische Konnotation. Eine rein deskriptive Deutung des Rechts ist nach Guest nur aus einer externen Beobachterposition möglich. Vgl. Guest (1996), S. 34.

Die Hart'sche Rechtskonzeption erweist sich insofern als rechtshistorisches Unikum. Im Hauptwerk „*Der Begriff des Rechts*“ definiert er das Recht als ein sich bedingendes Konglomerat von primären und sekundären Regeln. Zur genaueren Ausdifferenzierung zwischen primären und sekundären Regeln, offeriert Hart einen ganzen Kriterienkatalog, dessen Grundthesen sich wie folgt zusammenfassen lassen: Primäre Regelungen legen den Rechtsunterworfenen Verpflichtungen auf<sup>427</sup>, während ihnen sekundäre Regeln Ermächtigungen zuteilen.<sup>428</sup> Hart ausführlicher im Original: „*Durch die Regeln des einen Typs, den wir durchaus als den grundlegenden oder den primären Typ betrachten können, werden menschliche Wesen dazu angehalten, gewisse Handlungen zu tun oder zu unterlassen, ob sie das wünschen oder nicht. Die Regeln des anderen Typs sind in einem Sinn parasitär oder sekundär gegenüber denen des ersten: Denn sie bestimmen, daß menschliche Wesen, indem sie gewisse Dinge tun oder sagen, neue Regeln des ersten Typs einführen, alte aufheben oder modifizieren und auf verschiedene Arten deren Vorkommen bestimmen bzw. deren Wirkung kontrollieren. Die Regeln des ersten Typs auferlegen Pflichten; die Regeln des zweiten Typs übertragen öffentliche oder private Befugnisse. Die Regeln des ersten Typs betreffen Handlungen als physische Bewegungen oder Veränderungen; die Regeln des zweiten Typs bieten die Voraussetzungen für Tätigkeiten, die nicht nur zu physischen Bewegungen oder Veränderungen führen, sondern ebenfalls Pflichten und Verpflichtungen schaffen oder variieren.*“<sup>429</sup>

Der Grundtenor der primären und sekundären Regeln eröffnet in einer Gesamtbetrachtung einen iterativen Blick auf die gesamte Nomenklatur rund um die Begrifflichkeit des Rechts und offenbart somit laut Hart „*den Schlüssel zur Wissenschaft der Jurisprudenz*.“<sup>430</sup>

Wenden wir unser Hauptaugenmerk zunächst den von Hart so bezeichneten primären Regeln zu. Hart unterlässt es dabei einzelne primäre Regeln expressis verbis zu benennen und ordnet diesen eine inhärent moralische Komponente bei.

Hart versucht auch den scheinbar unüberwindbaren rechtspositivistischen Graben zwischen dem positiven Recht auf der einen und dem Naturrecht auf der anderen Seite ideengeschichtlich zu überwinden. Er spricht davon, dass der Mensch zweifelsohne aufgrund seines Wesens und seiner Natur angeborene Eigenschaften besitzt, die auch im Rahmen des positiven Rechts einen Minimalgehalt an Naturrecht („*minimal content of natural law*“) nötig erscheinen lässt. Recht als soziales Medium hat diese natürlichen Wesenseigenschaften des Menschen innerhalb seines Normierungsgehalts zu berücksichtigen, um diese gesellschaftliche Ordnungsfunktion auch wahrnehmen zu können. Recht fungiert als soziales Instrumentarium des menschlichen Daseins und Garant für die zivilisatorischen Errungenschaften und hat in dieser Eigenschaft fünf verschiedene Funktionen zu erfüllen. Dies sind u.a. der Schutz der vulnerablen menschlichen Integrität, die Gewährleistung einer ungefähren Gleichheit der Menschen, ein daraus abgeleiteter limitierter Altruismus, das Bewusstsein über die Be-

<sup>427</sup> Etwa durch das Rechtsinstitut des Strafrechts

<sup>428</sup> Etwa durch die Privatautonomie des Zivilrechts.

<sup>429</sup> Hart (1973), S. 117 – 118. Auch Kelsen klassifiziert das kodifizierte positive Recht in zwei idealtypischen Kategorien. Jedoch versteht er unter primären Regeln Sanktionsregeln, währenddessen die sekundären Regeln immanente Verhaltensregeln darstellen. Vgl. Kelsen (1960), S. 34 – 36.

<sup>430</sup> Hart (1973), S. 118.

schränktheit von natürlichen Ressourcen sowie die Akzeptanz der menschlichen Irrationalität bzw. Willensschwäche.<sup>431,432</sup>

Welche Normen dieser primären Regeln allerdings in concreto Anwendung finden sollen, statuieren die sekundären Regeln, die ihrerseits wiederum in die Erkenntnisregel (*rule of recognition*), die Änderungsregel (*rule of change*) sowie die Entscheidungsregel (*rule of adjudication*) untergliedert sind.

Insbesondere die Erkenntnisregel, die darüber befinden soll, welche Regelungen innerhalb einer Rechtsordnung nun gültig sein sollen, hat einige Bekanntheit erlangt.<sup>433</sup> Die Erkenntnisregel legt dabei die Kriterien einer Norm fest, die diese zu erfüllen hat, um als primäre Regelung akzeptiert zu werden und daher Geltung zu erlangen. Die Erkenntnisregel besitzt dabei zweifelsohne eine unverkennbare empirische Dimension. Die Rechtsunterworfenen orientieren sich mit ihrem Verhalten an den vorbildhaften Verhaltensweisen der Amtsträger, insbesondere der Richterschaft.<sup>434</sup> Die Veränderungsregeln dienen der Akzeleration der Veränderung primärer Regeln. Hierzu zählen Grundprämissen sowohl des öffentlichen, etwa das Gesetzgebungsprozedere, als auch des Privatrechts, wie die Privatautonomie oder die Testierfreiheit.<sup>435</sup> Schließlich soll die Entscheidungsregel über die potentielle Durchsetzbarkeit der primären Regeln durch die Richterschaft befinden.<sup>436,437</sup>

Die Tatsache, dass primäre Regeln Verpflichtungen normieren, währenddessen sekundäre Regelungen Ermächtigungen zuweisen, suggeriert eine mögliche idealtypische Disjunktion, die allerdings nicht den empirischen Tatsachen auch nur ansatzweise gerecht werden kann. Denn bei gebotener präziser Betrachtung lassen sich zwei Dichotomien herausdestillieren, die jeweils miteinander in Ver-

---

<sup>431</sup> Aus diesen zentralen Ingredienzien des menschlichen Miteinanders folgert Hart, dass es in jeder positiven Rechtsordnung Regeln etwa gegen Mord oder schweren Betrug geben müsse, um überhaupt von den Rechtsunterworfenen als Recht anerkannt zu werden. Dies verlangt der sog. Minimalgehalt des (Natur-)Rechts. Vgl. Hart (1973), S. 266 – 275.

<sup>432</sup> Diese Faktoren skizzieren die ökologischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen vor, weisen dabei aber dennoch drei zentrale Defizite auf. Zum einen ist der genaue Status dieser primären Regeln innerhalb der gesellschaftlichen Ordnung vage und undefiniert. Auch beansprucht eine wünschenswerte Änderung solcher primärer gesellschaftlicher Regeln aufgrund deren Verhaftetheit innerhalb der Gesellschaft stets einen gewissen Zeitraum. Und zu guter Letzt erweist sich eine potentielle Durchsetzbarkeit der primären Regeln durch die Gerichtshöfe in einem hohen Maß als ineffektiv. Vgl. Schmidt (2007), S. 45.

<sup>433</sup> Die Wichtigkeit der Erkenntnisregel wurde auch von anderen Autoren herausgearbeitet. So bezeichnet sie etwa Victor Arévalo Menchaca als Inbegriff einer jeden Verfassung und Ursprung sämtlichen Rechts. Vgl. Menchaca (1987), S. 76.

<sup>434</sup> Hier merkt man die Hart'sche Provenienz und die seiner Werke aus der Tradition des Common Law-Staats Großbritannien an. Der Richterschaft kommt bei Hart eine große Bedeutung zu. Regeln haben zwar einen für alle einigermmaßen offensichtlichen Bedeutungskern, daneben aber auch einen Bedeutungs- bzw. Begriffshof, den Hart auch als „*penumbra*“ (lat. Halbschatten) bezeichnet. Dieser ist vor allem der offenen Textur der Rechtssprache geschuldet. Nach Hart ist es nunmehr Aufgabe der Richterschaft diesen Bedeutungs- bzw. Begriffshof im Sinne des evidenten Bedeutungskerns zu interpretieren.

<sup>435</sup> Vgl. Hart (1973), S. 136.

<sup>436</sup> Vgl. ebd., S. 137. Die breite inhaltliche Spannweite der sekundären Regeln, von generell abstrakten Normen (wie z.B. Parlamentsgesetze) bis hin zu individuell-konkreten Leitjudikaten, lassen den Erklärungswert dieser sekundären Regeln doch erheblich leiden, denn sie reduziert diese zu einem Sammelbegriff für nahezu sämtliche Rechtsakte.

<sup>437</sup> Verkürzt kann man somit konstatieren, dass die Änderungsregel die legislative Aufgabe der rechtssetzenden Organe tangiert, während die Entscheidungsregel grosso modo die Kompetenzen des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens umfasst. Tätigkeiten der Administration, die im modernen Verfassungsstaat ihre Handlungen anhand der Gesetze zu vollziehen haben, fehlen hingegen in der Hart'schen Rechtsdefinition vollständig. Vgl. dazu etwa Sartorius (1987), S. 45.

bindung gesetzt werden können. Daraus resultieren aber nicht zwei differenten Arten möglicher Regelungen, sondern deren vier:<sup>438</sup>

- Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten (Harts primäre Regeln)
- Ermächtigungen zum Erlass von Regeln (Harts sekundäre Regeln)
- Ermächtigung zu einem bestimmten Verhalten (von Hart nicht behandelt)
- Verpflichtungen zum Erlass von Regeln (von Hart nicht behandelt)

Im „*Begriff des Rechts*“ widmet sich Hart in einem eigenständigen Kapitel der Gerechtigkeit.<sup>439</sup> Hart untersucht darin detailliert vor allem die differenten Ausprägungsformen der distributiven wie komparativen Gerechtigkeit und zeigt auf, dass Gerechtigkeit nicht der einzige moralische Wert ist, an dem sich die Rechtsordnung zu orientieren hat. Gerechtigkeit gerät in Bezug auf rechtliche Regeln gegenüber anderen moralischen Werten wie Sicherheit oder Wohlfahrt von Zeit zu Zeit ins Hintertreffen. Das Problem der Verteilungsgerechtigkeit wird von Hart extensiv interpretiert. Nicht – wie bei anderen Theoretikern – die bloße Verteilung sozialer, materieller oder geistiger Güter steht bei ihm im Interessfokus. Hart interessiert vielmehr die Implikationen der Gerechtigkeit für die Rechte und Pflichten einzelner Personen, welche durch die Rechtsordnung verteilt werden. Zusammenfassend sieht Hart im Phänomen der Gerechtigkeit eine unverzichtbare Funktion für die Kritik der positiven Rechtsordnungen. Er fördert somit eine systematische Erweiterung des Verständnisses für den oftmals zu kurz interpretierten Rechtspositivismus.<sup>440</sup>

### III.5.5.5. Die Theorie des Nichtpositivismus von Robert Alexy

Einen vollkommen neuartigen, ebenfalls auf der rechtspositivistischen Trennungsthese beruhenden, Theorieansatz, offeriert der Nichtpositivismus<sup>441</sup> bei Robert Alexy, der in seinem monographischen Werk „*Begriff und Geltung des Rechts*“ die Verbindung von Recht und Gerechtigkeit durch bzw. über den Richtigkeitsanspruch wagt.<sup>442</sup>

Alexy erweitert den rechtspositivistischen Ansatz der ordnungsgemäßen Setzung des positiven Rechts um die Komponenten der sozialen Wirksamkeit sowie der inhaltlichen Richtigkeit, die bei Alexy zur Überwindung der rechtspositivistischen Trennungsthese und sohin zu einer erkenntnisthe-

---

<sup>438</sup> Vgl. Schmidt (2007), S. 47 – 48.

<sup>439</sup> Und zwar im 8. Kapitel mit dem Titel „*Gerechtigkeit und Sittlichkeit*“. Vgl. Hart (1973), S. 215 – 255.

<sup>440</sup> Christoph Horn und Nico Scarano bringen diesen Umstand präzise auf den Punkt: „*Die Möglichkeit einer normativen Theorie der Gerechtigkeit wird dadurch auch innerhalb eines rechtspositivistischen Rahmens wieder denkbar.*“ Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 249.

<sup>441</sup> Der Begriff des Nichtpositivismus wurde ursprünglich gewählt, um die klare und scharfe Abgrenzung zum Positivismus zu betonen. Ursprünglich in der angelsächsischen Rechtstheorie gebräuchlich, konnte sich die Begrifflichkeit mittlerweile auch im deutschsprachigen Raum durchsetzen. Vgl. Székessy (2003) in FN 2, S. 12.

<sup>442</sup> Alexy geht bei der Begründung seiner Theorie von den Thesen Harts (1973) und Dworkins (1978) sowie seinen eigenen Arbeiten zur Radbruch’schen Formel (1993) aus.

oretischen Versöhnung von Politik und Recht führen soll. Zu diesem Zweck konzipiert Alexy zwei, die Rechtsordnung beobachtende, Perspektiven. Zum einen die nichtpositivistische, selbstreflektierende Teilnehmerperspektive und zum anderen die positivistisch aufgeladene externe Beobachterperspektive. Im Gegensatz zu den Vertretern des Rechtspositivismus stellt für Alexy vor allem die erstere die weitaus bedeutsamere Beobachtungsebene dar. Sie fungiert bei ihm auch als Ausgangspunkt bei der Definition eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs: „Das Recht ist ein Normensystem, das **1.**<sup>443</sup> einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, **2.** aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer im großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung gehören und nicht extrem ungerecht sind, sowie aus der Gesamtheit der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance ausweisen und nicht extrem ungerecht sind und zu dem **3.** die Prinzipien und die sonstigen normativen Argumente gehören, auf die sich die Prozedur der Rechtsanwendung stützt und/oder stützen muß, um den Anspruch auf Richtigkeit zu erfüllen.“<sup>444,445</sup>

In Anlehnung an die Radbruch'sche Formel besinnt sich auch Alexy bei der Rechtsdefinition auf drei Argumentationslinien, die es im Folgenden näher zu erörtern gilt.

Zunächst postuliert er den Richtigkeitsanspruch von Recht. Gerechtes Recht hat die Richtigkeit als unmittelbare Voraussetzung. Denn nur die Richtigkeit kann auf potentiell fehlerhaftes Recht verweisen und ist sohin eine der Determinanten von Recht schlechthin. Erhebt eine Rechtsnorm bzw. eine richterliche Entscheidung nicht den Anspruch auf Richtigkeit, so kann diese auch keinerlei Rechtscharakter für sich beanspruchen. Zu einer wegweisenden Nagelprobe gelangt diese Richtigkeitsthese unterhalb der Schwelle extremen Unrechts. Wenn unterhalb dieser Schwelle das Recht nicht den Anspruch auf Richtigkeit erhebt, kommt es zu einer Fehlerhaftigkeit der Norm, nicht hingegen zum Verlust ihrer Rechtsqualität.<sup>446</sup>

Der durch die Rechtsnormen tradierte Richtigkeitsanspruch legt den einzelnen Partizipierenden auch die Verpflichtung zur Rechtfertigung ihrer Handlungen auf. Ist die vernunftbetonte Argumentation ein integraler Bestandteil des menschlichen Lebens, so ist der Richtigkeitsanspruch auch in der menschlichen Natur begründet. Die Richtigkeit hilft dem Recht das Streben nach Kontingenz zu beenden und somit seinen Idealzustand anzunehmen.<sup>447</sup> Der Richtigkeitsanspruch lüftet somit den Zusammenhang zwischen Recht und Moral und wird durch die beiden weiteren nun darzustellenden Argumente noch zusätzlich untermauert.

---

<sup>443</sup> Diese und die folgenden Hervorhebungen durch den Autor.

<sup>444</sup> Alexy (1992), S. 201.

<sup>445</sup> Als notwendige Ergänzung zum Begriff des Rechts erblickt Alexy dessen soziale, moralische und rechtliche Geltung. Sozial wirksam ist eine Norm immer dann, wenn sie befolgt wird, um einer möglichen Sanktion bei ihrer Nichtbefolgung zu entgehen. Moralische Geltung bedeutet moralische Rechtfertigung, vermittelt durch die durch Normen tradierte Richtigkeit. Beide, sowohl die soziale, als auch die moralische Geltung, sind Grundvoraussetzung für die rechtliche Geltung der Norm. Vgl. Székessy (2003), S. 80.

<sup>446</sup> Diese von Alexy dem Richtigkeitsargument beigeordnete Funktion bedarf jedoch einer näheren Klärung. Erhebt das Recht nicht den Anspruch auf Richtigkeit, so ermangelt es diesem an Rechtsqualität und ist schon aus diesem Grunde vom potentiellen Adressatenkreis der Normunterworfenen nicht zu beachten (sog. klassifizierender Zusammenhang). Reklamiert ein Rechtssystem den Anspruch der Richtigkeit für sich, ohne diesen im Weiteren auch zu erfüllen, so ist es nach Alexy rechtlich fehlerhaft. Der Rechtscharakter geht einem solchen Rechtssystem hingegen nicht verloren (sog. qualifizierender Zusammenhang). Vgl. Alexy (1992), S. 63.

<sup>447</sup> Vgl. hierzu auch Alexy (1994), S. 104.

Das zweite aus der Alexy'schen Rechtsdefinition ableitbare Argument tangiert das Unrecht und basiert ebenfalls in seiner Logik auf die Rezeptionsarbeiten zur Radbruch'schen Formel, dessen Grundtendenzen er übernimmt und mit Vehemenz gegen die Ansichten Harts und Kelsens<sup>448</sup> verteidigt. Dabei sollen Ausnahmefälle des extremen gesetzlichen Unrechts abgedeckt werden.<sup>449</sup>

Schließlich ist dem Recht auch ein Prinzipienargument inhärent. Gleichsam eines Mantels umgeben die Prinzipien den äußeren Kern des Rechts. Theoretischer Ausgangspunkt ist dabei die von Hart entworfene Differenzierung zwischen Prinzipien und Regeln. Während Regeln quasi-mechanisch konsequentiell an einem bestimmten Tatbestand bei dessen Erfüllung eine bestimmte Rechtsfolge knüpfen, zeigen sich erstere ergebnisoffen, und eröffnen den rechtsanwendenden Organen, vornehmlich der Richterschaft, verschiedenste denkmögliche Alternativen, die es im Wege der Abwägung und Interpretation auszuloten gilt, um somit das kompulatorische Sammelsurium von Regeln weiter zu optimieren. Auch dieser Abwägungsvorgang legt ganz eindeutig den evidenten Zusammenhang zwischen Recht und Moral offen.<sup>450</sup>

Gerade in der potentiellen Implementierung dieser Prinzipien in den Kanon der Regeln liegt der Fokus von Alexys Theoriearbeiten. Wie immer genügt es dabei nicht, nur einen Königsweg zu bestreiten. Demokratische Verfassungsstaaten westlichen Einschlags haben allesamt gewisse rudimentäre, unumstößliche Menschenrechte im Rahmen ihrer Verfassungen verankert. Diese verfassungsrechtliche Verortung soll den rechtsprechenden Organen als Richtschnur bei der Ausgestaltung ihrer Entscheidungen dienen. Die Verankerung solcher Prinzipien hat natürlich nicht bloß Bedeutung für das Rechtssystem selbst. Dadurch dass die meisten Prinzipien bereits über mehrere Generationen hinweg in den unterschiedlichsten Varianten gültig gewesen waren, konnten sie sich quasi als moralischer Grundkonsens innerhalb der Gesellschaftsstrukturen verfestigen.<sup>451</sup>

Die Theorie Robert Alexys, insbesondere der von ihm in mehreren Arbeiten konzipierte Richtigkeitsanspruch des Rechts, aus dem er einen notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral ableitet, wurde nicht nur mit einhelliger Zustimmung der Scientific Community bedacht. Die wohl profundeste, weil auch detailliertestreichste, Kritik stammt dabei von Eugenio Bulygin in dessen Aufsatz „*Alexy und das Richtigkeitsargument*“, dessen zentralsten Kritikpunkte sowie Alexys replizierender Aufsatz an dieser Stelle schemenhaft dargestellt werden sollen:<sup>452</sup>

---

<sup>448</sup> Eine lesenswerte genauere Konfrontation mit dieser Thematik findet sich bei Székely (2003), S. 82 – 86.

<sup>449</sup> In diesem Zusammenhang erörtert Alexy auch die Problematik von rückwirkenden Gesetzen. Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass er diesen mit einer gewissen Skepsis begegnet, da er durch die Rückwirkung weitere erhebliche rechtsstaatliche Defizite begründet sieht. Vgl. Alexy (1992), S. 86.

<sup>450</sup> Vgl. Alexy (1992), S. 119 – 120 sowie 132. Man beachte in dieser Argumentationslogik die auffälligen inhaltlichen Parallelen zur Radbruch'schen Formel.

<sup>451</sup> Auch durch diese Richtschnur intendierte Richtigkeit der Rechtsentscheidung, spricht für die richterliche Pflicht einer sorgsam Abwägung entlang dieser Prinzipien, die aufgrund ihres Wesen und dem Richtigkeitsanspruch zu den integralen Bestandteilen der Rechtsordnung gehören. Vgl. Alexy (1992), S. 125 – 130.

<sup>452</sup> Diese in Publikationsform ausgetragene Auseinandersetzung auf höchstem Niveau erinnert an die theoretischen Konfrontationen, wie sie einst etwa von Hans Kelsen und Carl Schmitt unterhalten wurden. Denn die direkte Kritik Bulygins zwingt Alexy zum Offenbarungseid und verleiht seinem Richtigkeitsanspruch mehr inhaltliche Tiefe. Vgl. Bulygin (1993) sowie Alexy (1997).



Bulygin kritisiert vor allem die inkonsistente Argumentation Alexys in Bezug auf das Richtigkeitsargument. So stößt er sich insbesondere daran, dass bei fehlender Richtigkeit einzelner Normen, diese lediglich fehlerhaft sein sollten. Somit verliert der Richtigkeitsanspruch seine ursprünglich und grundsätzlich wichtige Bedeutung und scheint somit entbehrlich zu sein.<sup>453</sup>

Alexy kontert diesen von Bulygin formulierten kritischen Grundtenor und illustriert den Richtigkeitsanspruch anhand von vertiefenden Differenzierungen zwischen Erfüllung/Nichterfüllung bzw. Erhebung/Nichterhebung des Richtigkeitsanspruches in Relation einerseits auf die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit und andererseits auf einzelne Normen: Folgt die Rechtsordnung bzw. einzelne Normen nicht den Ansprüchen der Richtigkeit, so sind diese fehlerhaft, aber aufgrund der Tatsache, dass Richtigkeit ursprünglich intendiert war, von den Rechtsunterworfenen zu befolgen. Weit aus diffiziler stellt sich die Tatsache jedoch dann dar, wenn der Richtigkeitsanspruch von einzelnen Normen bzw. der Rechtsordnung ex ante gar nicht erhoben wird. Dies würde nach Ansicht Bulygins beiderseits zum vollkommenen und absoluten Verlust ihres Rechtscharakters führen. Für Alexy greift diese Kritik zu kurz. Seiner Ansicht nach muss hier differenzierter argumentiert werden, indem er die Analyse von einzelnen Normen in den Gesamtkontext zum gesamten Rechtssystem setzt. Solange letzteres sozial wirksam ist und die Gesetze in den vorgesehenen Prozeduren erzeugt wurden, führt alleine die Tatsache, dass einzelne Normen nicht den Anspruch der Richtigkeit erheben, noch nicht dazu, dass diese Normen gänzlich ihre Rechtsqualität einbüßen. Die beanstandete Rechtsnorm bezieht ihren Rechtscharakter vielmehr abgeleitet aus dem Gesamtzusammenhang des Rechtssystems sowie dessen Anspruch auf Richtigkeit.<sup>454</sup>

---

<sup>453</sup> Vgl. *Bulygin* (1993), S. 21.

<sup>454</sup> Vgl. *Alexy* (1997), S. 240 – 241.

## III.6. Gerechtigkeitstheorien zwischen Politik und Recht – Zeitgenössische Debatten

### III.6.1. Auf der vergeblichen Suche nach einem neuen universellen Leitparadigma

In den zeitgenössischen Gerechtigkeitsdebatten vollzieht sich ein wesentlicher und registrierbarer Paradigmenwechsel. Behandelten die neuzeitlichen und die Debatten der Moderne die Gerechtigkeit eher aus einem kritischen Blickwinkel heraus, so lässt sich bei den zeitgenössischen Debatten eine gewisse Renaissance von normativen Fragestellungen registrieren. Nach einer längeren theoriegeschichtlichen Pause werden heutzutage wiederum normative Theorien konzipiert, die es sich zur Aufgabe gemacht haben, einen eigenständigen Gerechtigkeitsbegriff herauszuarbeiten oder arrivierte Ansichten mit neuen Kontexten und Wertvorstellungen in Verbindung zu bringen. Es geht salopp formuliert bei den neuartigen Theorienansätzen nunmehr darum, wieder selbständige moralische Urteile und Bewertungen zu fällen. Die Gerechtigkeitstheorien – mittlerweile als ein Kernbestand der politischen Theorien in ihrer Gesamtheit etabliert – entwickeln nunmehr Kriterien, welche praktikabel genug sind, um auch bei aktuellen empirischen Sachverhalten zur Anwendung zu gelangen und es somit gestatten, politische wie soziale Verhältnisse detailliert zu bearbeiten.

Mit der Publikation und den darauffolgenden bis heute reichenden Rezeptionsarbeiten der „*Theorie der Gerechtigkeit*“ von John Rawls aus dem Jahr 1971 galten umfassende und neuartige normative Theorieansätze als rehabilitiert. Der Diskurs und der Forschungsdrang zu alternativen Gerechtigkeitskonzepten<sup>455</sup> war mit der kontroversiellen Auseinandersetzung mit dem Rawls’schen Werk eröffnet. Einerseits werden heutzutage alternative Gerechtigkeitskonzeptionen formuliert und zum anderen wurden traditionelle Gerechtigkeitsvorstellungen auf bis dato vernachlässigte Bereiche ausgeweitet.<sup>456</sup> Hierbei bildet die Frage der Gerechtigkeit eine Leitprämisse, jedoch – und dies ist für eine normative Theorie der Gerechtigkeit durchaus neuartig – eine Leitprämisse unter vielen. Der Gerechtigkeit wird in den normativen Theorien des Politischen nicht mehr eine uneingeschränkte bzw. strikte Präferenz zu teil. Andere Dogmen, wie zum Beispiel Demokratie oder demokratische Abläufe, limitieren dabei die Reichweite gerechtigkeits-theoretischer Erwägungen. Darüber hinaus hat man nunmehr erkannt, dass eine zu große Fokussierung auf Gerechtigkeit eine zu starke Restriktion mit sich bringt und die Ergänzung durch andere soziale und identitätstiftende Werte, wie Anerkennung, Solidarität oder Wohlfahrt zielführender erscheint. Im Zentrum von normativen politischen Theorien befinden sich somit in den seltensten Fällen autonome Gerechtigkeitskonzeptionen. Aktuelle Gerechtigkeitstheorien beschreiben viel öfters Prozeduren und Verfahren, die verbindliche Regeln des menschlichen Zusammenlebens sowie normative Bewertungskriterien festsetzen sollen. Dahinter verbirgt sich auch der Gedanke, dass sich universalistische Gerechtigkeitskonzeptionen insgesamt als

---

<sup>455</sup> Diese Arbeit zählt im Weitesten Sinne ebenso dazu.

<sup>456</sup> Als Referenzbeispiele können in diesem Kontext die im IV. Teil dieser Arbeit behandelten Frage der Generationengerechtigkeit bzw. der globalen Gerechtigkeit angeführt werden.

wenig praktikabel erwiesen haben. Diese Kritik erkennend konzentrieren sich neue Gerechtigkeitsansätze vermehrt auf kulturspezifische Facetten von Gerechtigkeit, welche dann als Fundament der politischen Theorie als auch als Handlungsimplikationen der politischen Praxis fungieren sollen.

Dennoch ist eine Theoriebildung rund um das Ideal der Gerechtigkeit aufgrund der im 20. und 21. Jahrhundert gemachten Unrechtserfahrungen, angesichts von Millionen an Opfern und Genoziden, staatlichen Unrechtsregimen und immer noch auf der Tagesordnung befindlichen Verfolgungen und Folter, die teilweise noch dazu im Namen der Gerechtigkeit verübt werden, keinesfalls selbstverständlich. Judith Shklar postulierte daher, dass bei genauerer Betrachtung nicht länger das Prinzip der Gerechtigkeit in den Mittelpunkt zu rücken sei, sondern dass sich der Gerechtigkeit nur über deren Negation – der Ungerechtigkeit – genähert werden sollte.<sup>457</sup> Dennoch setzten die sich in diesem Unterkapitel angeführten Autoren über die von Judith Shklar artikulierten Bedenken hinweg, indem sie das Primat der Gerechtigkeit – bis auf die Ausnahme des Theorieansatzes von Iris Marion Young – und nicht dessen Negation zum Gegenstand ihrer Erkenntnistheorien auserkört haben.

Und dies aus gutem Grunde. Denn zum einen müssen sich Opfer von Ungerechtigkeiten bei ihrem Kampf gegen die repressive Unterdrückung weiterhin am Ideal der Gerechtigkeit orientieren können und zum anderen liegt es auf der Hand, dass die Erörterung von Gerechtigkeitsvorstellungen zugunsten der bloßen Wahrnehmung von Ungerechtigkeiten niemals aufgegeben werden dürfe.<sup>458</sup>

### III.6.2. Ein theoriegeschichtlicher Meilenstein: „Die Theorie der Gerechtigkeit“ von John Rawls<sup>459</sup>

Nachdem einige Urväter und Begründer der Vertragstheorie mit Hobbes und Rousseau bereits vorgestellt wurden, soll nunmehr einem Vertreter der neuen Tradition des Kontraktualismus etwas mehr Platz eingeräumt werden. Der US-amerikanische Rechtstheoretiker John Rawls versuchte in seinem sicherlich berühmtesten Werk „*A Theory of Justice*“ aus dem Jahre 1971 (in der deutschen Übersetzung: „*Eine Theorie der Gerechtigkeit*“)<sup>460</sup> in Abgrenzung zu den zeitgeistlichen utilitaristischen Nützlichkeitsabwägungen die Vertragstheorie in den neuzeitlichen Diskurs innerhalb der politischen

---

<sup>457</sup> Vgl. Shklar (1992).

<sup>458</sup> Vgl. Krause/Malowitz (1998), S. 59.

<sup>459</sup> Dieses Kapitel folgt den Betrachtungen, die der Autor bereits im Rahmen einer Publikation (Ucakar/Gschiegl (2010), S. 231 – 236) angestellt hat. Diese wurden jedoch im Hinblick auf die zu beantwortenden Forschungsfragen wesentlich erweitert und vertieft.

<sup>460</sup> Rawls beendete mit seiner Theorie der Gerechtigkeit in gewisser Weise auch das Zeitalter des gerechtigkeits-theoretischen Skeptizismus. In seinem Werk baut er vor allem auf die kontraktualistischen Theorien von Rousseau und Kant auf und gründet seine Theorie ebenfalls auf eine ursprüngliche Situation. Otfried Höffe sieht durch die Rawls'sche Theorie eine neue gerechtigkeits-theoretische Strömung begründet. Rawls rezipierend entwickelte sich eine breit gefächerte sowohl interdisziplinäre als auch internationale Diskussion, die sowohl neue theoretische Grundfragen aufwarf, aber auch diverse Anwendungsfragen (welche im IV. Teil dieser Dissertation behandelt werden sollen) initiierte. Vgl. Höffe (2010), S. 305.

Theorie zu implementieren.<sup>461</sup> Dennoch rückt – auch als Reminiszenz an die älteren Vertragstheoretiker – die elementare Frage nach dem „*Warum*“ menschlichen Zusammenlebens freier und gleicher Individuen in den Interessenfokus. Denn heute wie damals ging es um die freiwillige subjektive Selbstverpflichtung innerhalb einer politischen Ordnung, den geltenden Normen Gehorsam entgegenzubringen. Bei Rawls tritt zu den vertragstheoretischen Grundsatzüberlegungen jedoch noch eine weitere ethisch-moralische Annahme. Denn im Gegensatz zu Hobbes, Locke und Rousseau differenziert Rawls inner- und unterhalb der vertragsschließenden Individuen. Deren Bereitschaft zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages sei nämlich keineswegs gleich gelagert; denn je unerträglicher der Naturzustand per se für jemanden ist, desto größer wird auch dessen Bereitschaft sein, Konzessionen in Form eines Gesellschaftsvertrages einzugehen. Diese ungleiche Verhandlungsmacht führt in letzter Konsequenz folgerichtig zu ungleichen Verträgen. Dieses Dilemma erkennend, konzipierte John Rawls seine Theorie der Gerechtigkeit als einen möglichen Ausweg.<sup>462</sup>

Auch die Rawls'schen Überlegungen nehmen ihren Ausgangspunkt in einem sogenannten Urzustand (*original position*), in dem mangels normativer Leitlinien und der Vakanz jeglicher gesellschaftlicher Autorität eine ursprüngliche Form der Gerechtigkeit vorherrschte. Kontrastierend zu den historischen Vertragstheoretikern reflektiert Rawls dabei nicht auf einen einmal vorhandenen historischen Zustand. Vielmehr gilt der Naturzustand als ein hypothetisches Gedankenexperiment, in dem „*niemand seinen Platz in der Gesellschaft, seine Klassenzugehörigkeit oder seinen sozialen Status kennt. Noch kennt irgendjemand sein Schicksal bei der Zuteilung natürlicher Vermögen und Fähigkeiten wie Intelligenz, Körperkraft und ähnlichem.*“<sup>463</sup>

Das Tun und Handeln der Individuen, die sich in reziproker Weise als frei und gleich akzeptieren, findet hinter einem „*Schleier des Nichtwissens*“, dem sog. „*veil of ignorance*“ statt, wo mangels sozialer und natürlicher Güterzuteilung und davon abgeleiteter Machtpotentiale unsichere Entscheidungssituationen vorherrschen. Denn niemand kennt im Urzustand seine spätere gesellschaftliche Stellung. Aus dieser Situation der Unsicherheit konstruiert Rawls seine Vorstellung von menschlicher Rationalität. In einem so gearteten Urzustand wird der Mensch immer die Position und Lebenslagen der an-

---

<sup>461</sup> Die „*Theorie der Gerechtigkeit*“ von John Rawls zählt zu der großen Theoriefamilie des politischen Liberalismus, bei der die Freiheit des Einzelnen als fundamentale und grundlegende Norm gesellschaftlichen Zusammenlebens und als oberste Leitmaxime gilt. Die liberalen Gerechtigkeitstheorien behandeln zudem zumeist Fragestellungen der Verteilungsgerechtigkeit sozialer Güter. Bei Rawls werden diese sozialen Güter extensiv interpretiert. Es sind dabei all jene Güter, die handlungsbefähigte Menschen grundsätzlich von Nutzen sein könnten, unabhängig von deren gesellschaftlichen Stellung und Lebensbiographien. Bei Rawls sind dies primär die (Grund-)Freiheiten, als auch Einkommen und Vermögen bis hin zur Selbstachtung. Alle diese sozialen Güter gilt es unter der Leitmaxime der Gerechtigkeit einer allgemein anerkannten Distribution zuzuführen.

<sup>462</sup> Bevor es nun im Näheren auf die Grundsätze der Rawls'schen Gerechtigkeitskonzeption näher einzugehen gilt, seien ein paar Anmerkungen zu seinen Texten erlaubt. Rawls artikuliert und argumentiert teilweise sehr detailliert und kasuistisch. Durch den Versuch seine Theorie möglichst plastisch zu illustrieren, öffnet er selbst seinen Kritikern ein weites Feld an potentiellen Ansatzpunkten für Alternativkonzepte. Wie im Rahmen dieser Dissertation später noch aufzuzeigen sein wird, können die letzten knapp vierzig Jahre auch als ein fortlaufender Diskurs über die Grundannahmen der Rawls'schen Gerechtigkeitstheorie verstanden werden. Dieser Diskurs wird bisweilen von sehr unterschiedlichen politischen Akzentuierungen und Schattierungen, als auch von differenten philosophischen Traditionen geprägt.

<sup>463</sup> Rawls (1998), S. 12.

deren bei gleichzeitiger Vernachlässigung persönlicher Interessen mitberücksichtigen, was auch als Ausdruck eines rudimentären gesellschaftlichen Gerechtigkeitsempfindens verstanden werden darf. Zwar ist die Grundlage dieses „gerechten“ Verhaltens dem eben beschriebenen Informationsdefizit geschuldet, weswegen diese Entscheidungen auch nicht als moralisch motiviert verstanden werden dürfen, doch entkräftet Rawls mit seiner Theorie der Gerechtigkeit die wohl gewichtigste Kritik innerhalb der Vertragstheorien: jene der unterschiedlichen Machtpotentiale der vertragsschließenden Parteien.<sup>464,465</sup>

Die von Rawls beschriebene Urzustandsgemeinschaft wird dazu angehalten, nein, geradezu genötigt sich auf basale Grundsätze sozialer Gerechtigkeit zu verständigen. Diese unparteiische Selektion von Gerechtigkeitsprinzipien ist aus Sicht von Rawls unvermeidlich, wenn die freien und gleichberechtigten Bürger auch pro futuro ihre durch den Gesellschaftskontrakt erworbene Freiheit konservieren und zu materiellen Wohlstand gelangen wollen. Aus diesem Gedankengang kann man Rawls' Präferenz für einen demokratischen Sozialstaat herauslesen, dessen Legitimation eben in der Sicherung der individuellen Freiheit als auch des materiellen Wohlstandes gelegen ist.<sup>466</sup>

Rawls ist dabei aber kein Utopist. Er wählt vielmehr eine äußerst pragmatische Zugangsweise zu den rudimentären Prinzipien innerhalb der Gemeinschaftsordnung. Als ein solcher Pragmatiker versteht er seine Theorie auch nicht nur als eine Konvention, die ein bestimmtes Staats- oder Gesellschaftsmodell neu begründet. In einer pluralistischen Gesellschaft mit Individuen unterschiedlicher Präferenzen und Standpunkte kann niemals nur ein Vertrag ausreichen, um die komplexen sozialen Interaktionsverhältnisse abbilden zu können. Vielmehr geht es nach der Rawls'schen Diktion um „Prinzipien der Gerechtigkeit für die Grundstruktur der Gesellschaft.“<sup>467</sup>

Die Theorie der Gerechtigkeit soll dabei nicht die Legitimität eines politischen Systems rechtfertigen, sondern vielmehr zwischenmenschlich den konsensualen Nährboden dafür bereiten: „Wenn über die Gerechtigkeitskonzeption entschieden ist, können wir annehmen, daß die Individuen eine Verfassung wählen sollen, eine gesetzgebende Instanz u.s.w., alles im Einklang mit den Prinzipien der Gerechtigkeit, auf die man sich

---

<sup>464</sup> John Rawls bezeichnete seine Theorie der Gerechtigkeit übrigens selbst als prozedurale Interpretation des kategorischen Imperativs, da er bei der Konstruktion seiner Theorie versuchte, vernunftrechtliche Staatsvertragstheorien mit den Instrumentarien moderner, ökonomisch fundierter Entscheidungstheorien in Verbindung zu bringen: „Die Gerechtigkeitsgrundsätze entsprechen auch kategorischen Imperativen. Denn darunter versteht Kant Verhaltensgrundsätze, die für jedermann als freies und gleiches Vernunftwesen gelten. [...] Die Begründung der beiden Gerechtigkeitsgrundsätze setzt bei beiden Parteien keine bestimmten Ziele voraus, sondern nur den Wunsch nach bestimmten Grundgütern, nach Dingen, die man vernünftigerweise haben möchte, gleichgültig was man sonst für Wünsche hat. Im Rahmen der menschlichen Natur gehört also der Wunsch nach ihnen zum Vernünftigsein.“ Ebd., S. 285 – 286.

<sup>465</sup> Ein Kritikpunkt, der sich jedoch bei nahezu sämtlichen prozeduralen Entscheidungstheorien formulieren lässt, bildet die omnipräsente Gefahr, Entscheidungssituationen derart zu konstruieren, dass das Resultat mit den subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen des theoretischen Konzepts übereinstimmen und somit das Ergebnis quasi präjudiziert wird. Die Bedingungen in der Ausgangssituation des „veil of ignorance“ und dessen egalitär-staatliche Implikationen haben ihm vor allem die Kritik der liberalen Theoretikerfamilie eingebracht. Vgl. diesbezüglich schon die sehr frühe Kritik von Robert Nozick (1978), S. 170 – 173.

<sup>466</sup> Vgl. Krause/Malowitz (1998), S. 60.

<sup>467</sup> Rawls (1998), S. 11.

*anfangs geeinigt hat. Unser sozialer Zustand ist gerecht, wenn er so ist, daß wir in dieser Folge hypothetische Übereinkünfte dasjenige allgemeine System von Regeln vereinbart hätten, das unsere soziale Ordnung ausmacht.*<sup>468</sup>

Mindestens genauso wichtig wie das Prinzip der Gerechtigkeit ist bei Rawls der Grundsatz bzw. das später noch eingehender zu behandelnde Prinzip der Fairness.<sup>469</sup> Innerhalb eines politischen Systems oder einer Rechtsordnung sollen dabei alle – und nicht bloß einige wenige – profitieren können. Die individuelle Ausgangsposition soll dabei fair sein, niemandem a priori einen ungebührlichen Vorteil einräumen, aber auch alle in kohärenter Weise an der Aufteilung der anfallenden Lasten mitbeziehen.

Wie kann dies jedoch in zufriedenstellender Weise gelingen? Welche normativen Grundprinzipien erweisen sich unter dem beschriebenen fairen Urzustand als praktikabel und konsensfähig? Und wie lässt sich ein valider Interessenausgleich zwischen den bereits im vorvertraglichen Urzustand vorhandenen wohlüberlegten Urteilen der Einzelnen und den vertraglichen Grundsätzen der Gerechtigkeit erzielen. Rawls' argumentativer Ausweg aus dem vorhandenen Dilemma besteht dabei in den prominenten zwei von ihm konzipierten elementaren Gerechtigkeitsprinzipien.<sup>470</sup>

---

<sup>468</sup> Ebd. (1998), S. 13.

<sup>469</sup> Vgl. IV.1.2..

<sup>470</sup> Die beiden von Rawls vertretenen Formen der Gerechtigkeit können zum einen auch als Bedürfnis- (1. Prinzip) und zum anderen auch als Chancengleichheit (2. Prinzip) interpretiert und charakterisiert werden. Die Bedürfnisgleichheit soll präventiv vor radikaler Deprivation als auch vor Massenverelendung innerhalb der gesellschaftlichen Strukturen bewahren. Diese Form der Gerechtigkeit wird sogar von den radikalsten unter den Egalitaristen nicht in Abrede gestellt. Die gesellschaftliche Realisierung dieser Bedürfnisgerechtigkeit ist auch die dringende Voraussetzung für die Chancengleichheit. Effektiv verstandene Chancengleichheit erschöpft sich aber nicht in bloßer formalistischer Rechtsgleichheit. Sie muss darüber hinaus den möglichst gleichen Zugang an sozialen Gütern und Dienstleistungen, aber auch an prestigeträchtigen und entscheidungsrelevanten Ämtern und Positionen eröffnen. Gesellschaftspenetrierende Diskriminierungen und Ungerechtigkeiten erfordern hingegen eine substantielle Chancengleichheit, die von Zeit zu Zeit eine überkompensative Förderung zur Nivellierung gesellschaftlicher Ungleichheiten zur Folge haben kann. Vgl. insbesondere die interessante Analyse der beiden Rawls'schen Gerechtigkeitsprinzipien und deren empirischen Anwendungsmöglichkeiten bei *Ladwig* (2000), S. 146 – 209.

# Die zwei Prinzipien der Gerechtigkeit

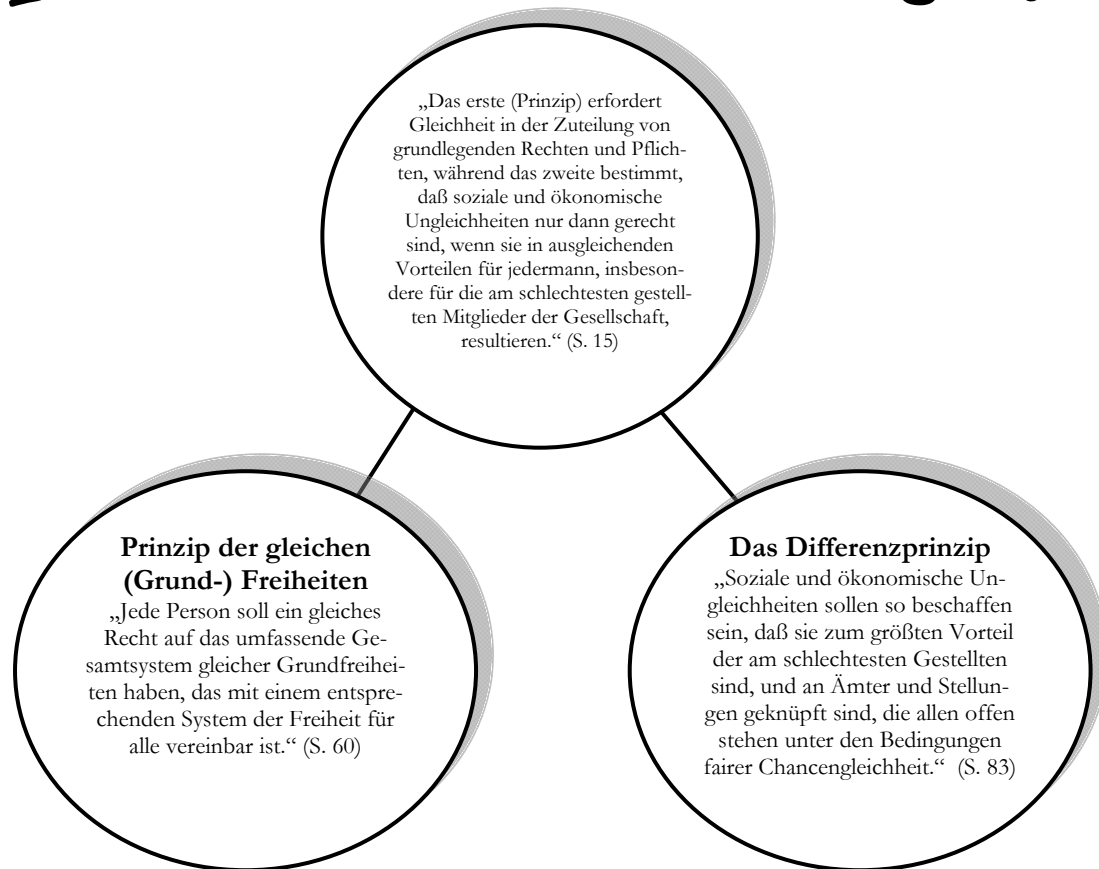


Abb. 15: Die zwei Prinzipien der Gerechtigkeit nach John Rawls (1998)

Das Prinzip der gleichen (Grund-)Freiheiten basiert auf den Grundgedanken eines liberalen, an den Prämissen der Grundrechte orientierten Verfassungsstaates und inkludiert dabei sämtliche Grundfreiheiten, die jedermann für eine (beschwerde-)freie Lebensweise als selbstverständlich erachtet. Ohne dem Anspruch auf Vollständigkeit genüge leisten zu können, seien hier demonstrativ einige der von Rawls genannten Grundfreiheiten aufgelistet:

- aktives und passives Wahlrecht;
- Rede- und Versammlungsfreiheit;
- Glaubens- und Gewissensfreiheit;
- Schutz vor willkürlichen Verhaftungen;
- Recht auf persönliches Eigentum, u.s.w..

Nach Auffassung von Rawls müssen alle Freiheiten gleich sein, denn es ist evident, dass alle Bürger innerhalb einer Gesellschaft die gleichen Grundfreiheiten besitzen. Diese Grundfreiheiten werden von Rawls als fundamental und indisponibel apostrophiert, da sie gänzlich den voluntativen Handlungsspielräumen der Tagespolitik entzogen sein sollen. Von dieser unverbrüchlichen Basis aus lässt sich im Weiteren auch über daran anschließende Verteilungsproblematiken debattieren.

Dieses institutionell-rechtlich erste Prinzip der Gerechtigkeit mutet ebenso klar wie logisch an. Größeres Diskussionspotential eröffnet vielmehr die sozioökonomische Dimension des zweiten Gerechtigkeitsprinzips, des Differenzprinzips. Zwar formuliert und postuliert Rawls hierbei nochmals die Leitmaxime der fairen Chancengleichheit, derzufolge jedes Individuum die gleiche Chance haben muss, vorteilhafte Positionen innerhalb einer Gesellschaft bekleiden zu können. Jedoch wird innerhalb dieses Prinzips eine Differenzierung an Reichtum, Einfluss und Macht zugelassen, solange diese Ungleichheiten gerechtfertigt werden können. Dies gelingt aber regelmäßig nur dann, wenn ökonomische und soziale Ungleichheiten zum größtmöglichen Vorteil der am wenigsten begünstigten Gesellschaftsmitglieder wirken.<sup>471</sup>

Dies klingt ex ante durchaus sehr wünschenswert, verbleibt aber in seiner Idee vorerst ein Abstraktum. Rawls exemplifiziert jedoch in seiner Abhandlung über das Differenzprinzip anhand einiger Beispiele; er versucht unter anderem die Legitimität der kapitalistischen Wirtschaftsordnung anhand einer getroffenen Annahmen zu erklären: *„Jene, die in einer auf Privatautonomie basierenden Demokratie zur Unternehmerklasse gehören, haben bessere Aussichten als jene, die in der Klasse der ungelerten Arbeiter beginnen. [...] Was kann dann möglicherweise diese Art von anfänglicher Ungleichheit der Lebensaussichten rechtfertigen? Gemäß dem Differenzprinzip ist die Ungleichheit der Erwartungen nur dann zu rechtfertigen, wenn sie zum Vorteil des typischen ungelerten Arbeiters ist. Die Ungleichheit der Erwartungen ist nur dann zulässig, wenn eine Verminderung dieser Ungleichheiten die Arbeiterklasse noch schlechter stellen würde.“*<sup>472</sup>

Das Differenzprinzip dient somit primär zur Abgrenzung der Rawls'schen Theorie gegenüber dem Utilitarismus. Fasst man wie Rawls Gerechtigkeit als Fairness auf<sup>473</sup>, so kann den Nutzenerwägungen der utilitaristischen Theorien, welche sich der Maximierung des Allgemeinnutzens verschrieben haben, wahrlich wenig abgewonnen werden. Nach Rawls muss jedes Mitglied der Gesellschaft den basalen Grundsätzen der Gerechtigkeit auch unter dem Gesichtspunkt des eigenen Wohlergehens rational zustimmen können. Diese an das ökonomische Pareto-Prinzip angelehnte These berücksichtigt ebenfalls das Kriterium der Effizienz. Niemand kann nämlich aus dem Blickwinkel des eigenen Wohlergehens ineffizienten Institutionen zustimmen. In weiterer Folge beschäftigt sich Rawls mit der Frage nach der Praktikabilität dieses Prinzips im Kontext mit der Ausgestaltung konstitutioneller Demokratien. Wirtschaftliche Effizienz scheint für eine optimale Funktionsweise nämlich freie Märkte zu benötigen. Freie Märkte jedoch entwickeln in den seltensten Fällen Garantien, damit

---

<sup>471</sup> Hieraus ergeben sich zwei Konsequenzen: Zum ersten gelten die individuellen Freiheitsrechte als immanente Schranken bei der Maximierung des gesamtgesellschaftlichen Allgemeinwohls. Zweitens darf vom strikten sozialen Egalitarismus immer nur dann abgewichen werden, wenn dadurch keine Person benachteiligt wird. Dies gelingt aber stets nur dann, wenn garantiert werden kann, dass durch die existierenden Ungleichheiten und den davon zu erwartenden Aussichten primär die in einer Gesellschaft am schlechtgestelltesten profitieren.

<sup>472</sup> Rawls (1998), S. 78.

<sup>473</sup> Was vor allem in seinem späteren Werk deutlich erkennbar wird. Rawls selbst hat nämlich nach der Publikation seines wohl berühmtesten Werkes nicht aufgehört, sich mit dieser Thematik auseinanderzusetzen. Er hat seine Grundannahmen in seinem späteren Schaffen immer wieder konkretisiert, dann wieder revidiert und erweitert. Seine späteren Arbeiten setzen sich mit der Frage eingehend auseinander, welche speziellen Merkmale eine Konzeption der Gerechtigkeit aufzuweisen hat, um als praktikable Argumentationsgrundlage innerhalb von pluralistischen Gesellschaften dienen zu können – insofern ein indirekte Replik auf die breit vorgetragene Kritik.



die durch sie entstehenden Ungleichheiten auch jeden zugute kommen können. Um dies jedoch garantieren zu können, postuliert Rawls ein Institutionengefüge, welches auf der einen Seite die Freiheit der Märkte garantieren soll und andererseits Maßnahmen etabliert, welche zu einer Redistribution im Sinne des Differenzprinzips führt.<sup>474</sup> Ob diese freien Märkte durch kapitalistische oder sozialistische Wirtschaftssysteme erreicht werden können, lässt Rawls in seinen Werken jedoch unbeantwortet.<sup>475</sup>

Zieht man nunmehr einen Vergleich zwischen den beiden Prinzipien, so sticht dem Leser sofort die von Rawls angedachte Präferenzierung ins Auge. Demzufolge besitzt das Prinzip der (Grund-)Freiheiten strikten Vorrang gegenüber dem Differenzprinzip, da Restriktionen der persönlichen Freiheit niemals durch Verbesserung derselben im sozialen und wirtschaftlichen Bereich gerechtfertigt werden können. Die Annahme kann allerdings auch als eine dezidierte Absage an das utilitaristische Nutzenmaximierungsprinzip verstanden werden, da sich der Nutzen im Urzustand mangels valider Informationen und Positionen nicht berechnen lässt. Darüber hinaus verletzt die Nutzenmaximierung regelmäßig das Gerechtigkeitsaxiom, wenn politische Grundrechte eingeschränkt werden, um in einer utilitaristischen Konzeption ökonomisch das gesellschaftliche Wohlergehen der Gesamtheit zu fördern. Rawls bringt diese Abrechnung mit dem Nutzenprimat mit folgendem Appell auf den Punkt: *„Wir sollen beim Nutzenprinzip die größeren Vorteile anderer als hinreichende Begründung ansehen für niedrige Erwartungen über unser ganzes Leben hin. Dies ist sicherlich ein extremes Verlangen. In der Tat, wenn die Gesellschaft aufgefasst wird als ein System der Zusammenarbeit, entworfen um das Wohl ihrer Mitglieder zu fördern, so erscheint es recht unglaublich, daß von einigen Bürgern erwartet wird, daß sie schlechtere Lebensaussichten um anderer willen akzeptieren. [...] Die Parteien begreifen, daß es höchst unklug wäre, Prinzipien zu wählen, die derart extreme Konsequenzen haben können, daß sie diese in der Praxis nicht akzeptieren könnten. Sie würden das Nutzenprinzip verwerfen und die realistischere Idee aufnehmen, die soziale Ordnung nach einem Prinzip des wechselseitigen Vorteils zu gestalten.“*<sup>476</sup>

Diese beiden Gerechtigkeitsgrundsätze bilden sicherlich den Kern der Rawls'schen Gerechtigkeitskonzeption. Im Zentrum seiner Annahmen steht dabei eine Perzeption des Verteilungsgerechtigkeitsparadigmas. Nach Rawls müssen innerhalb einer Gesellschaft nämlich nicht nur ökonomische Güter wie Einkommen oder Vermögen, sondern auch liberale Freiheiten und Rechte zur Verteilung kommen. Durch die Ausgestaltung von staatlichen Institutionen wird auch eine organisatorische Verteilungsstruktur für diese Güter festgesetzt. Sollen nun in letzter Konsequenz die Verteilung dieser Güter dem Paradigma der Gerechtigkeit genügen, so müssen bereits die agierenden Institutionen den dargelegten Gerechtigkeitsgrundsätzen genügen. Die Rawls'sche Theorie verfolgt insofern zwei Zielvorstellungen. Zu allererst soll sie als ein Bewertungsmaßstab für die Beurteilung gesellschaftlicher

---

<sup>474</sup> Rawls nennt als einer dieser Mechanismen das Steuerrecht.

<sup>475</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 338.

<sup>476</sup> Rawls (1998), S. 178.

Institutionen fungieren. Daneben hält sie aber auch Handlungsimplikationen parat, indem sie Anforderungen an einzelne Bürger wie auch an deren Handlungen stellt.<sup>477</sup>

Weit weniger bekannt, jedoch ebenfalls ein nicht unmaßgeblicher Bestandteil der Rawls'schen Gerechtigkeitstheorie, ist die konkrete normative Realisierung von Gerechtigkeit in einem Vierstufenmodell. Ausgehend von der ersten Stufe, den eben dargelegten Gerechtigkeitsprinzipien, gilt Gerechtigkeit auch als Orientierungsindikator für die Verfassungsgesetzgebung, die allgemeine Gesetzgebung sowie für die Gesetzesanwendung. Im Gegensatz zu den ausführlich und im Detail erörterten Gerechtigkeitsprinzipien, sind jedoch die weiteren konsequentiellen Stufen nur vage angedeutet.<sup>478</sup> Im Rahmen des Vierstufenmodells ortet Rawls durchaus die Möglichkeit, dass die Verfassungsgesetzgebung, die einfache Gesetzgebung und auch die Gesetzesanwendung gerecht sein können, wenn sie nur den von den Vorstufen vorskizzierten Gerechtigkeitsrahmen einhalten:<sup>479,480</sup>

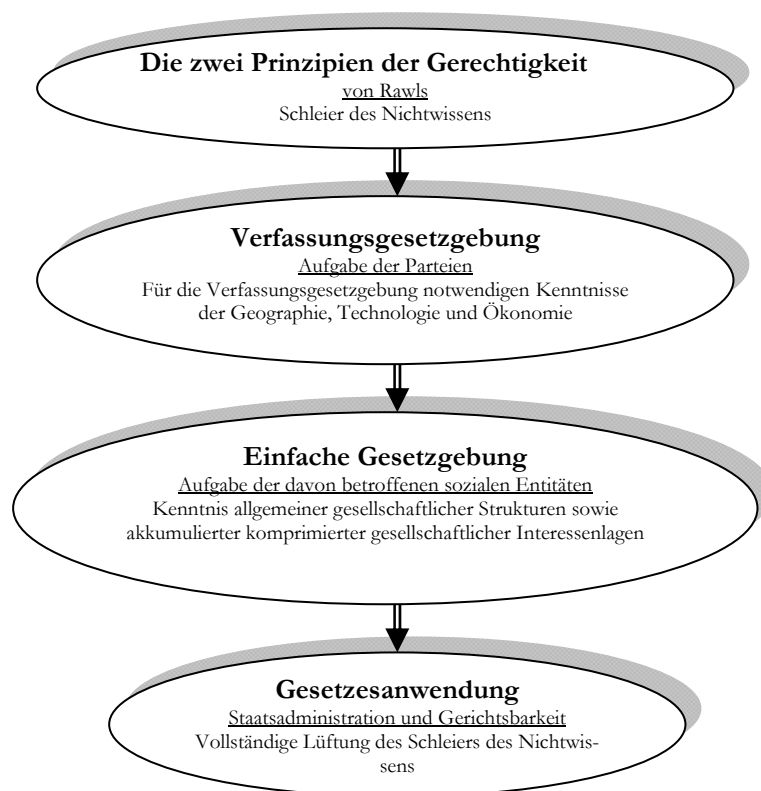


Abb. 16: Das Vierstufenmodell zur normativen Implementierung von Gerechtigkeit nach John Rawls

Es ist nach Rawls allerdings nicht möglich, in der Logik des Vierstufenmodells eine Stufe zu überspringen. Weist demnach bereits die Verfassungsgesetzgebung Grundzüge von Ungerechtigkei-

<sup>477</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 337.

<sup>478</sup> Dies primär um den universellen Charakter seiner Theorie nicht zu gefährden.

<sup>479</sup> Vgl. Rawls (1998), S. 223 – 229.

<sup>480</sup> Gewisse Parallelen zum Merkel'schen Stufenbau der Rechtsordnung sind unübersehbar. Vgl. näher zum Stufenbau Merkel (1923).

ten auf, so können diese im Rahmen der Gesetzesanwendung auch nicht mehr kompensiert werden. Dennoch influenzieren diese Stufen sich natürlich gegenseitig. So können bereits in der Verfassungsgesetzgebung antizipierte Probleme der Gesetzesanwendung mitberücksichtigt werden. Insgesamt ist es weiters interessant, dass von Rawls nur die Prinzipien der Gerechtigkeit einer genaueren Analyse unterzogen werden. Die weiteren den Schleier des Nichtwissens sukzessive lüftenden Schritte werden hingegen nur äußerst vage umrissen.<sup>481</sup>

Transformiert man das Substrat der Rawls'schen Aussagen in die Praxis moderner Demokratien, so impliziert Rawls im Rahmen seiner Theorie, dass jegliche legislativen und exekutiven Tätigkeiten derart konzipiert werden sollten, damit ein angemessenes soziales Minimum für jedes Mitglied der Gesellschaft auch garantiert werden könne. Dieses soziale Minimum ist jedoch keinesfalls gleichzusetzen mit der heutzutage geführten Debatte rund um die Mindest- bzw. Grundsicherung. Das von Rawls im Rahmen des Differenzprinzips geforderte soziale Minimum geht darüber hinaus. Im Rahmen des Differenzprinzips erfährt das soziale Minimum erst dann seine wünschenswerte Realisierung, wenn die staatlich gesetzten Akte dem gesellschaftlich am wenig Begünstigten auf lange Sicht zum Vorteil gereichen. Diese oberste Maxime kennt ihrerseits nur zwei Restriktionen. Zum einen gilt die größtmögliche Besserstellung des sozial Benachteiligten nur, solange der Staat die (Grund-)Freiheiten und Chancengleichheiten für alle garantieren kann. Zum anderen muss mit Rücksicht auf zukünftige Generationen generell sparsam und nachhaltig mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen umgegangen werden, um damit die Gerechtigkeit innerhalb der Gesellschaft aufrecht erhalten zu können.<sup>482</sup>

In den 1960er Jahren trat ein neues gesellschaftspolitisches Phänomen auf, welches Rawls ebenfalls in ein theoretisches Konzept kleidete. „*Ziviler Ungehorsam*“ zielt unter der Inkaufnahme von dezidierten Gesetzesverstößen auf eine Änderung sowohl von Recht, als auch von Politik ab, wenn alle rechtskonformen Handlungsoptionen bereits ausgeschöpft sind oder keine Aussicht auf Erfolg versprechen.<sup>483</sup> Rawls legitimiert den zivilen Ungehorsam allerdings nur unter den folgenden Voraussetzungen:

- sonstige prinzipielle Rechtsloyalität der Protagonisten;
- allgemeine Gewaltlosigkeit des Handelns und
- keine evidente Gefährdung des allgemeinen Rechtsfriedens.

Jemand der zivilen Ungehorsam ausübt, sollte auch stets bereit sein, die Repressalien und die rechtlichen Konsequenzen für sein Handeln in Kauf zu nehmen. Wenn man aber nach Rawls das edle

---

<sup>481</sup> Vgl. *Tschentscher* (1999), S. 204.

<sup>482</sup> Vgl. *Horn/Scarano* (2002), S. 337.

<sup>483</sup> Beispiele wären u.a. illegale Demonstrationen gegen Kraftwerksbauten oder den Transport von Atommüll, Besetzungen von Landebahnen als Protest gegen den Fluglärm oder weitere Flughafenexpansionen oder ein selbstständig verlängerter Aufenthalt trotz abschlägigen Asylbescheids.

Ziel gerechtere Verhältnisse zu schaffen, ernsthaft anstrebt, dann gilt aus seiner Sicht der zivile Ungehorsam als legitimiert.<sup>484,485</sup>

Im Detail liest sich die Rawls'sche Theorie der Gerechtigkeit oft wie eine komplexe Abhandlung. Alle Überlegungen des Staatstheoretikers oszillieren dabei zwischen seinen Annahmen zum Urzustand und den daraus abgeleiteten Gerechtigkeitsprinzipien. Schwierigkeiten bereiten in der Praxis vor allem die Konfliktszenarien zwischen zwei (Grund-)Freiheiten innerhalb des ersten Prinzips (zum Beispiel Konflikt zwischen Religions- und Meinungsfreiheit) sowie Standort- und Verhältnisfragen zwischen den beiden Prinzipien.

### III.6.3. Robert Nozicks (neo-)liberale Antwort auf die Rawls'sche Gerechtigkeitstheorie

Weit weniger prominent als John Rawls, jedoch für die politische Gerechtigkeitstheorie keineswegs unbedeutender, ist die liberale Theorie von Robert Nozick, der einen komplett konträren Zugang zur Verteilungsgerechtigkeit artikulierte.

Während man bei Rawls eine gewisse Affinität zur Sozialstaatlichkeit keineswegs in Abrede stellen kann, zählt sich Nozick selbst zur Gruppe der sog. Libertarier, die für einen umfassenden Marktliberalismus eintreten. In einem Kapitel über Verteilungsgerechtigkeit im Rahmen seines Buches *„Anarchy, State and Utopia“*<sup>486</sup> argumentiert Nozick eine stringente Gegenthese zur Rawls'schen Gerechtigkeitskonzeption. Was bei Rawls Grundlage und Fundament für die Bildung einer gerechten Gesellschaft ist, sieht sich bei Nozick einer veritablen und fundamentalen Kritik ausgesetzt: die Sozialstaatlichkeit. Die Aufgabe eines Staates sieht Nozick dabei nicht so sehr in der Gewährleistung von ökonomischen und sozialen Mindeststandards, sondern eher in der Sicherstellung der individuellen Grundfreiheiten. Der Staat erfährt hierbei in Rolle und Funktion eine drastische Reduktion; er verkommt zum viel zitierten Nachtwächter. Dieses reduzierte Verständnis auf einen Staat, der sich sämtlicher Verwaltungsaufgaben entledigt und sich dem Primat des uneingeschränkten Marktes und dessen Kräftespiels unterwirft, ist so neu jedoch nicht. Im Anschluss an die kontraktualistischen Ansichten John Lockes<sup>487</sup> ist die primärste Aufgabe eines Staates darin gelegen, sich auf den Schutz von Le-

---

<sup>484</sup> Vgl. Rawls (1998), S. 405.

<sup>485</sup> Aus der Sicht des Verfassungsrechts kann keinesfalls von einem Recht zur Ausübung passiven gesellschaftlichen Widerstands gesprochen werden. Verfassungsrechtlich gewährleistet sind vielmehr eine gewisse Art und Weise der Grundrechtsausübung, wie beispielsweise der Meinungs- und Versammlungsfreiheit, die dabei streng geprüften Voraussetzungen und vor allem dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterliegt. Ob man nun unter Berücksichtigung all dieser Umstände noch von einem Widerstandsrecht sprechen kann, ist freilich mehr als fraglich. Vgl. Dreier (1985), S. 126.

<sup>486</sup> Erschienen im Original im Jahr 1974.

<sup>487</sup> Die normative Ideengeschichte konnte John Locke mit seinen *„Two Treatise of Government“* (1690) entscheidend weiterentwickeln, indem er erstmals die Grundrechtsidee auf das Fundament des Vernunftrechts der Aufklärung stellte, und somit in den rechtphilosophischen Diskurs implementierte. Bei Locke sind es vor allen Dingen zwei Grundrechte, die sich als unverbrüchlich und unveräußerlich erweisen, nämlich das Eigentum und die Freiheit. Beide gerieren sich als vorstaatliche Rechte, auf die ein Mensch nicht verzichten und somit auch im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages nicht preisgeben kann. Vgl. dazu Ucakar/Gschiegl (2010), S. 219 – 220.

ben und Eigentum seiner Bürger zu beschränken, da jedwede andere interventionistische Redistribution von anderen sozialen Gütern ein eindeutiger Verstoß gegen die individuelle Freiheit der Bürger sowie eine massive Verletzung des uneingeschränkten Eigentumsrechts bedeuten würde.<sup>488</sup>

Ausgehend vom Naturzustand in dem das Recht auf Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum als vorpolitische, unantastbare Rechte garantiert sind, konzipiert er also einen Staatsentwurf, dem sämtliche redistributiven Elemente fremd sind.<sup>489</sup> Individuen, welche im Naturzustand leben, schließen sich zunächst primär aus Erwägungen des Rechtsschutzes und zur Abwendung von außen an diese herangetragenen Repressionen in sog. Schutzvereinigungen zusammen, in denen jeder das notwendige Übel des gemeinschaftlichen Gewaltmonopols akzeptiert. Nachdem Zusammenschluss mehrerer solcher Schutzvereinigungen kommt es á la longue zu einem Paradoxon. Der zunächst nach innen gerichtete Schutz erhält Außenwirksamkeit. Denn diejenigen, die diesen Schutzvereinigungen nicht angehören, erhalten aus Gründen der moralischen Rechtfertigung und im weitesten Sinne auch der Gerechtigkeit, einen äquivalenten Rechtsschutz. Durch die Expansion dieser Kooperationen zwischen den Schutzvereinigungen entwickelt sich nach und nach ein Minimalstaat (*minimal state*), der aber auch die wohlfahrtsstaatliche Fürsorge für Bedürftige und Mittellose nicht vernachlässigt, wodurch auch für das gemeinsame Sicherheits- und Schutzinteresse eine minimale Ausprägung der Umverteilung initiiert und angeregt wird.<sup>490</sup>

Dieser eben skizzierte Legitimationsschritt gilt wie gesagt nur für die elementarsten Freiheits- und Grundrechte, die eben zur Konservierung der gesamtstaatlichen Sicherheit und Ordnung, einem umfangreichen Schutz unterliegen sollen. Keinesfalls gilt aber dieser rudimentäre Umverteilungsgedanke für Besitz- und Eigentumsverhältnisse. Eine Umverteilung hievon gilt bei Nozick nur dann als gerechtfertigt und hinnehmbar, wenn dieser Anspruch auf Eigentumswerte auf einer gerechten Aneignung bzw. einem gerechten Transfer beruht. Als dritter und etwas inkonsistent anmutender Aspekt gilt eine Berichtigungskomponente (auch eine Art korrektiver Gerechtigkeit), die ursprünglich historisch entstandene Ungerechtigkeiten bei Aneignung und Übertragung kompensieren möchte. Unter Berichtigung darf allerdings unter keinen Umständen eine allumfassende Redistribution verstanden werden.<sup>491</sup> Sozialstaatliche Redistribution verletzt nach der Ansicht Nozicks das individuelle Eigentum an Gütern und kann daher keinesfalls gerechtfertigt und schon gar nicht Recht sein. Güter können aufgrund unterschiedlicher Begabungen und Talente erzeugt und produziert werden, die auch die

---

<sup>488</sup> Nozick stellt die Frage nach Gerechtigkeit vor dem Hintergrund eines historischen Kontextes. Ist der ursprüngliche Akt der Besitzakquisition gerecht, so gilt dies auch für dessen weiteres Schicksal. Vgl. *Ladwig* (2011), S. 154 – 155.

<sup>489</sup> In einem späteren Werk relativiert Nozick die von ihm aufgestellten Thesen doch einigermaßen. Dennoch erlangten im rechtstheoretischen Diskurs nur seine absolutistischen Thesen hohen Bekanntheitsgrads. Vgl. hierzu *Nozick* (1989), S. 286 – 292.

<sup>490</sup> Vgl. *Nozick* (1978), S. 20 – 27.

<sup>491</sup> Das Element der Berichtigung wirkt in der Theorie von Nozick als Fremdkörper. Dies ist auch der Grund, warum er Berichtigung des Öfteren erwähnt, jedoch niemals genauer definiert oder gar systematisch analysiert. So erblickt er in der Berichtigung den Ausgleich für historisch ungerechte Besitzverhältnisse, die beispielsweise durch Unterjochung, Versklavung, Betrug oder andere den Wettbewerb tangierende Malversationen verursacht worden sein könnten. Vgl. diesbezüglich unter anderem *Barth* (2008), S. 31.

Ansprüche daran zu begründen vermögen. Zusammenfassend hält Nozick daher jede *prima vista* noch so ungerecht erscheinende Besitzverteilung als gerecht, solange sie die Regeln gerechter Aneignung und Übertragung nicht in violentem Ausmaße verletzt.<sup>492</sup>

Aus der Logik dieser Staatskonzeption heraus, sind lediglich zwei Formen von Ungerechtigkeiten überhaupt denkmöglich: Die ungerechte, weil titellose, Aneignung von Besitz sowie eine ungerechtfertigter Übertragung desselben. Jede darüber hinausgehende Definition von Gerechtigkeit birgt die omnipräsente Gefahr einer unzulässigen Intervention des gesellschaftlichen Lebens sowie einer Entmündigung des Bürgers durch den Staat in sich: *„Jede zulässige Verteilung würde in eine unzulässige übergehen, indem die Menschen auf verschiedene Weise freiwillig handeln; etwa indem sie Güter und Dienstleistungen unter einander tauschen, oder in dem sie andere Gegenstände übertragen, auf die sie unter der zulässigen Verteilung einen Anspruch haben. Wenn man eine gerechte Verteilung aufrechterhalten will, muß man entweder die Menschen ständig davon abhalten, Güter nach ihrem Willen zu übertragen, oder man muß ständig (oder in Abständen) Menschen Güter wegnehmen, die ihnen andere aus irgendwelchen Gründen übertragen haben.“*<sup>493</sup>

Wie ist es nun um das Theorem der Gerechtigkeit bei Robert Nozick bestellt? Gerechtigkeit erweist sich bei ihm als eine Art Anspruchshaltung. Dabei differenziert Nozick zwischen historisch begründbarer Gerechtigkeit und den von ihm so titulierten *„strukturierten Grundsätzen“*. Letztere sind zumeist ahistorisch und folgen Prämissen wie Gleichheit und Bedürftigkeit. Erstere hingegen basieren auf in der Vergangenheit entstandenen Ansprüchen. Nur wer sich einmal die historischen Handlungen und Ereignisse vergegenwärtigt hat, kann letztlich auch bestimmen, worauf sich ein gerechtfertigter Anspruch beziehen darf. Dabei ordnet Nozick dem Privatrecht einen höheren Stellenwert als dem öffentlichen Recht zu. Objekte, welche durch Kauf, Tausch oder Schenkung erworben wurden, werden zunächst einmal der Einflussphäre des Staates entzogen. Kommt es nun zur Besteuerung bzw. zur Umverteilung, so ist dies letztlich ein Ausfluss von staatlicher Zwangsgewalt, die nach Nozick immer einer genau definierten bzw. präzisen Rechtfertigung bedarf. Es liegt somit am Staat, Rahmenbedingungen aufzustellen, damit der Einzelne die individuellen Freiheiten auch ausüben kann. Geht der Eingriff über die genau definierten Maßstäbe hinaus, so wird dies zu einem unzulässigen Verstoß gegen die individuelle Freiheit und damit auch zu einem Verstoß gegen die Gerechtigkeit selbst.<sup>494</sup>

Auch wenn dieser Theorieansatz sicherlich extreme und absolute Tendenzen aufweist, so leugnet er dennoch nicht gewisse der menschlichen Disposition entzogene vorpositive Rechte und ein daraus abgeleitetes wechselseitiges Schädigungsverbot. Die Menschen versammeln sich dabei unter der Prämisse vorteilbehafteter Nutzenmaximierungsüberlegungen, da sie ansonsten der omnipräsenten Gefährdung einer schutzlosen Güterzuordnung ausgeliefert wären. Der Staat als minimalistischer Nachtwächter vermag es aber nicht die Umverteilung sozialer Güter effektiv sicherzustellen und eventuell existente Ungerechtigkeiten, die *prima vista* im Verborgenen ihr Dasein fristen, selbstkri-

---

<sup>492</sup> Zusammenfassend dazu *Tschentscher* (1999), S. 184 – 185.

<sup>493</sup> *Nozick* (1978), S. 154.

<sup>494</sup> Vgl. *Horn/Scarano* (2002), S. 342 – 343.

tisch zu hinterfragen, sondern nur denjenigen Gütern Schutz zu bieten, die in die Schutzgemeinschaft eingebracht wurden.<sup>495</sup>

So different die inhaltliche Konzeption zwischen Rawls und Nozick auf den ersten Blick auch erscheinen mag, so ähnlich erweisen sich jedoch deren Ausgangsüberlegungen. Beide sind Kontraktualisten und fundieren ihre theoretischen Ansätze auf der Konstruktion eines Gesellschaftsvertrages. Während bei Rawls die Freiheitsrechte durch einen Vertrag konstituiert werden, sind sie bei Nozick von Beginn an existent und müssen durch den Vertrag lediglich wirksam garantiert und durchgesetzt werden.<sup>496</sup>

### III.6.4. Michael Walzers Sphären der Gerechtigkeit<sup>497</sup>

Rund eine Dekade nach dem Rawls'schen Versuch, Gerechtigkeit in ein theoretisches Konzept zu fassen, konzipierte der amerikanische Rechtstheoretiker Michael Walzer im Jahre 1983 seine Sphärentheorie der Gerechtigkeit (im englischen Original: „*Spheres of Justice*“).<sup>498</sup> Das Werk „*Sphären der Gerechtigkeit*“, die als replizierende Herausforderung an die Rawls'sche Gerechtigkeitskonzeption aufgefasst wurde<sup>499</sup>, war für Walzer Fluch und Segen zugleich. Zum einen beschied sie ihm zwar enormes kurzfristiges Interesse, zum anderen litt jedoch der Blick auf das Walzer'sche Gesamtwerk erheblich. Die publizistische Attraktivität ging dabei auf die Kosten der Anerkennung seines Gesamtwerkes.<sup>500</sup>

Walzer steht bei der Artikulation seiner Thesen ganz in der Tradition des Kommunitarismus; einem Theorieansatz, der die vielschichtige Bedeutung des Begriffs Gemeinschaft in besonderem Ausmaß hervorhebt. In dieser kommunitaristischen Tradition der Interpretation der Gesellschaft liegt auch der augenscheinlich größte Differenzierungspunkt zu John Rawls. Letztgenannter – so die Kritik Walzers – abstrahiere in seiner Theorie der Gerechtigkeit zu sehr und vernachlässige im gleichen Atemzug die historisch-kulturell gewachsenen Traditionen innerhalb bestimmter Gesellschafts- und Lebensformen. Nicht die naturgegebene Rationalität des Einzelnen ist dabei das entscheidende Kriterium, sondern vielmehr die Einbettung von Individuen, Rechten, Normen und Institutionen in ge-

---

<sup>495</sup> Nozick differenziert im Weiteren zwischen den von ihm präferierten und soeben umrissenen Minimalstaat und dem sog. Ultraminimalstaat, der Privatjustiz gestattet und einzig und alleine – nach der Diktion Nozicks – seine „Kunden“ schützt. Vgl. hierzu näher Knoll (2008), S. 84 – 85.

<sup>496</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 342. Obzwar sowohl bei Rawls als auch bei Nozick die Theorien rund um das Thema Freiheit aufgebaut sind, gelangen sie dennoch zu sehr unterschiedlichen Gesellschaftsentwürfen, was wiederum die wichtige Bedeutung einer genauen Begriffdefinitionen unterstreicht.

<sup>497</sup> Dieses Kapitel folgt den Betrachtungen, die der Autor bereits im Rahmen einer Publikation (Ucakar/Gschiegl (2010), S. 236 – 240) angestellt hat. Diese wurden jedoch im Hinblick auf die zu beantwortenden Forschungsfragen wesentlich erweitert und vertieft.

<sup>498</sup> In der deutschen Übersetzung im Jahr 1992 erschienen.

<sup>499</sup> Walzers Kritik an der universalistischen Gerechtigkeitstheorie eines John Rawls durchzieht sein gesamtes Opus. Denn nach Walzer kann eine probate und effiziente Theorie von Gerechtigkeit immer nur auf die gleich darzustellende Pluralität von Gerechtigkeitsprinzipien rekurren, nicht jedoch – wie bei Rawls – auf lediglich ein singuläres Verteilungsprinzip.

<sup>500</sup> Vgl. Krause/Malowitz (1998), S. 11.

meinschaftlich-erlebbare Kontexte, von der Familie bis hin zu politischen und kulturellen Gemeinschaften. Obzwar die „*Sphären der Gerechtigkeit*“ von Michael Walzer als kritischer Reflex zur Rawls’schen Theorie der Gerechtigkeit aufgefasst wurde, so basieren beide Theorien auf ähnlichen Grundannahmen. Ebenso wie bei Rawls befindet sich die gesamte Gesellschaft in einem Urzustand (*original position*) hinter einem Schleier des Nichtwissens (*veil of ignorance*), hinter dem allen Mitgliedern der Gesellschaft ihre Prädispositionen, wie die eigene soziale Stellung, Fähigkeiten und Begabungen, körperliche Physis oder Intelligenz wie auch das Wissen um wirtschaftliche und politische Strukturen, im Verborgenen bleiben. Die dadurch geschaffene Gleichheit versetzt wiederum keinen in die Lage, allgemein gültige Verteilungsprinzipien zu entwerfen. Anders als die von Robert Nozicks artikulierten Befürchtungen, letztlich ein aus der Gleichheit resultierendes totalitäres Staatsgebilde vorzufinden, darf bei Walzer Gleichheit nicht als undurchdringlicher monolithischer Block aufgefasst werden. Walzer versteht Gleichheit ganz im Sinne eines in der Gesellschaft immer existenten Pluralismus. Eine wohlverstandene Gleichheit, so eine der zentralen Thesen der Walzer’schen Gerechtigkeitskonzeption, kann sich niemals in der Form von einfacher Gerechtigkeit erschöpfen. Es wäre demzufolge viel zu naiv, einer Gesellschaft ein uniformes Gleichheitsverständnis auferlegen zu wollen, in dem alle über die selben sozialen Güter<sup>501</sup> und Rechte verfügen sollen. Das wäre aus der Sicht Walzers illusorisch und ebenfalls ein falsch verstandenes Zerrbild des egalitären Ideals. Im Sinne dieser zentralen Überlegungen stellt Walzer die alles entscheidende Frage nach einer Definition von Gleichheit, „*wenn man sie nicht beim Wort nehmen darf*.“<sup>502</sup>

Jede Gesellschaft präferiert und definiert dabei in konkreten Situationen unterschiedlicher Relevanz jeweils andere soziale Güter (wie zum Beispiel Sicherheit, Geld oder politische Ämter). Bei der Behandlung von Verteilungsproblematiken sozialer Güter muss darüber hinaus noch deren sich ändernder zeitlicher Einfluss mitberücksichtigt werden. Davon ausgehend ergeben sich mehrere pluralistische Verteilungsverfahren, die, von historisch-kulturellen Einflüssen bedingt, permanenten Bedeutungstransformationen unterliegen. Walzer schließt nun daraus, dass die Gerechtigkeit von relativen Bewertungsstandards abhängig zu machen ist und nicht mit der Annahme relativer individueller Gleichheit erreicht werden kann.<sup>503</sup> Denn die Verteilung sozialer Güter kann niemals per se gerecht

---

<sup>501</sup> Der Begriff des Gutes versteht es durch seine unbefriedigende Übersetzung aus dem Englischen geradezu zu Missverständnissen einzuladen. Der Begriff darf keinesfalls gleichgesetzt werden mit einem Gut oder Gebrauchsgegenstand von materiellem Wert, sondern es sind viel eher gesellschaftliche Leitlinien, in denen Individuen und die Gemeinschaften ihre Identitäten erhalten. Vgl. Krause/Malowitz (1998), S. 66 -67.

<sup>502</sup> Walzer (1992a), S. 17.

<sup>503</sup> Hierin manifestiert sich auch Michael Walzers strikte theoretische Abgrenzung zu den antiken Gerechtigkeitstheorien, die er in einer unrealistisch beschriebenen und nicht darstellbaren Abstraktion begründet sah, die regelmäßig die immanente Pluralität von Gerechtigkeitsdiskursen verkannt hat. Vgl. Rottlenthner (1994), S. 217.



oder ungerecht sein; sie ist immer abhängig von aktuellen gesellschaftlichen Gegebenheiten und Bedeutungen.<sup>504</sup>

Im Anschluss an diese Grundgedanken entwirft Walzer das System komplexer Gleichheit in Abgrenzung zur einfachen Gleichheit, welche die egalitäre Aufteilung sämtlicher zur Verteilung stehenden Güter fokussiert. Das wesentliche Manko der einfachen Gleichheit ist dabei, dass die egalitäre Aufteilung der Güter nur von temporärem Bestand ist, da aufgrund individueller Fähigkeiten und Fertigkeiten relativ rasch neue soziale Ungleichheiten entstehen würden. Dem könnte nur ein mit großer autoritärer Machtfülle ausgestatteter Staat entgegentreten, der sich jedoch wiederum als Keimzelle neuer politischer und sozialer Ungleichheiten erweisen würde. Die Erfüllung komplexer Gerechtigkeitsstandards kann also nur dann gewährleistet werden, wenn einzelne soziale Güter innerhalb der relevanten Verteilungssphären von irrationalen und irrelevanten Entscheidungsgrundlagen befreit werden können. Das damit erzielte offene Distributionsprinzip findet seine zentrale Restriktion jedoch in dem Prinzip der Sphärenautonomie. In Abkehr zur einfachen Gleichheit entwirft Walzer den Begriff der komplexen Gleichheit. Zentraler Grundgedanke der komplexen Gleichheit liegt in der Perzeption der des Menschen eigenen vorhandenen physischen, psychischen und materiellen Unterschiedlichkeiten begründet, wobei aus dieser differenten Ausgangslage an Prädispositionen keine ungerechtfertigten Privilegien ableitbar gemacht werden sollen: *„Was die Norm der komplexen Gleichheit verlangt, ist eine Gesellschaft in der diejenigen Menschen die mehr Geld, mehr Macht, oder mehr technisches Wissen haben (und solche Menschen wird es immer geben), daran gehindert sind, sich alleine deswegen auch in den Besitz von jedem anderen sozialen Gut zu setzen.“*<sup>505</sup> Die komplexe Gleichheit determiniert demnach das Beziehungsgeflecht zwischen Gütern und Verteilungssphären, indem *„die Position eines Bürgers in einer bestimmten Sphäre oder hinsichtlich eines bestimmten Gutes nicht unterhöhlt werden kann durch seine Stellung in einer anderen Sphäre oder hinsichtlich eines anderen Gutes.“*<sup>506</sup>

Dabei wird die aus der Gleichheit herausgearbeitete differenzierte Betrachtungsweise auch auf die Abgrenzung verschiedenster gesellschaftlicher Handlungsspielräume projiziert, die er in seinem Werk *„Sphären der Gerechtigkeit“* von einem seiner Vorwerke übernimmt. In der Abhandlung *„Liberalismus und die Kunst der Trennung“* behandelt er allerdings nicht nur diese Separation. Er geht darüber hinaus und ordnet den einzelnen Handlungsräumen kategoriespezifische Verteilungsregeln zu; die Geburtstunde der anschließend zu Berühmtheit gelangten Walzer'schen Distributionssphären. Das durch die Sphärenautonomie geprägte System der Güterverteilung wird demnach immer dann ver-

---

<sup>504</sup> Die kommunitaristische Kritik richtete sich vor allem gegen den von Rawls angenommenen *„Schleier des Nichtwissens“*. Die Kommunitaristen mokierten sich dabei über die ernsthafte Gefahr der Nivellierung von sozialen Unterschieden und Besonderheiten, wodurch ein verzerrtes Gesellschaftsbild abgebildet werden würde. Darin manifestiert sich aus der Perspektive der Kommunitaristen auch das grundsätzliche Problem des Theorieansatzes des politischen Liberalismus. Horn und Scarano fassen die kommunitaristische Kritik zu diesem Punkt wie folgt zusammen: *„Die Kommunitaristen machen für die sozialen Pathologien heutiger Gesellschaften hauptsächlich sich einen in der Moderne durchsetzenden geschichts- und traditionslosen Individualismus verantwortlich. Die Theorie des Liberalismus sei insofern nur der Reflex einer depravierten gesellschaftlichen Praxis.“* Horn/Scarano (2002), S. 342 – 343.

<sup>505</sup> Walzer (1992a), S. 12.

<sup>506</sup> Ebd., S. 47.

letzt, wenn die Verteilung von Gütern innerhalb einer Sphäre die Verteilung solcher in anderen Sphären beeinflusst. Durch diese Verteilungssphären ist eine Beschränkung des Einflusses der Marktmechanismen bei dadurch gleichzeitig produzierter Verbesserung der Handlungschancen der Bürger sowie anderer gesellschaftlicher Gruppierungen gewährleistet. Die Kunst der Trennung selbst ist dabei die immanente Aufgabe von Politik und Recht. Sie tangiert dabei nicht die Normunterworfenen, sondern ist Handlungsimplication politischer Institutionen, Praktiken und Beziehungsgeflechte der verschiedensten Art.<sup>507</sup>

Die sozialen Güter verfolgen innerhalb des Metaprinzips der Sphärenautonomie, also der inneren Integrität der Verteilungssphären, spezifische Verteilungsstandards. Es sind vor allem jene Güter mit kulturellem gesellschaftsübergreifendem Charakter, d.h. sogenannte Schlüsselgüter, deren „charakteristische, normative Verteilungsstrukturen sich über die Grenzen von Raum und Zeit immer wieder durchgesetzt haben.“<sup>508</sup> Die Verschiedenheit der sozialen Güter bedingt auch eine Unterschiedlichkeit der Verteilungsprinzipien und verhindert somit ein uniformes flächendeckendes Gerechtigkeitsprinzip. Zwar lassen sich Kriterien wie Bedürfnisbefriedigung oder der Grundsatz der freien Wahl bei mehreren sozialen Gütern zur Anwendung bringen, jedoch besitzt keines von ihnen „diese Kraft quer über alle Distributionsbereiche hinweg.“<sup>509</sup>

Die Vielfalt an sozialen Gütern impliziert deshalb auch eine Vielfalt an Distributionsverfahren und -kriterien.<sup>510</sup>

---

<sup>507</sup> Vgl. Walzer (1992), S. 52 – 57.

<sup>508</sup> Walzer (1992a), S. 35.

<sup>509</sup> Ebd., S. 51.

<sup>510</sup> Vgl. ebd.. Die Grafik selbst entstammt dem Lehrbuch, welches der Autor gemeinsam mit Karl Ucakar abgefasst hat. Vgl. Ucakar/Gschiegl (2010), S. 239.

| Soziale Güter                    | Unbedingte Verteilungsregeln<br>(Dominanz des Kriteriums der Bedürfnisbefriedigung)                                                                                                       | Bedingte Verteilungsregeln<br>(Dominanz der Kriterien der Wahlfreiheit, des Verdienstes sowie von Fähigkeiten und Fertigkeiten)                  |
|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Mitgliedschaft und Zugehörigkeit | Bedürfnisbefriedigung nach sozialer Zugehörigkeit                                                                                                                                         |                                                                                                                                                  |
| Sicherheit und Wohlfahrt         | Befriedigung der elementaren individuellen Grundbedürfnisse (zum Beispiel Wohnen, Nahrung, soziale Absicherung) sowie die Verankerung eines gesamtgesellschaftlichen Solidaritätsprinzips | Spenden, allgemeine Mild- und Wohltätigkeiten                                                                                                    |
| Geld und Waren                   | Notwendigkeit eines Mindesteinkommens in der modernen Konsumgesellschaft, um die Möglichkeit von Mitgliedschaften und Zugehörigkeiten zu sichern                                          | Freier (Waren-)Tausch, Möglichkeit Geschenke zu geben und anzunehmen                                                                             |
| Ämter                            |                                                                                                                                                                                           | Qualifikationen                                                                                                                                  |
| Harte Arbeit                     | Die in einer Gesellschaft notwendigen Arbeiten solidarisch gleich verteilen                                                                                                               | Darüber hinaus: Freier Tausch, Kompensation (gefragt sind dabei politische Entscheidungen)                                                       |
| Freizeit                         |                                                                                                                                                                                           | Freie Wahlmöglichkeit zwischen mehr Urlaub und Freizeit oder mehr Lohn und Arbeit                                                                |
| Erziehung und Bildung            | Gewährleistung einer Grundbildung zur Bedürfnisbefriedigung nach Autonomie und Zugehörigkeit                                                                                              | Weitere höhere Bildung nach Fähigkeiten und Interessen (Legitimation von Studiengebühren)                                                        |
| Verwandtschaft und Liebe         |                                                                                                                                                                                           | Freie Wahl des Liebes- und Lebenspartners                                                                                                        |
| Göttliche Gnade                  |                                                                                                                                                                                           | Religionsfreiheit                                                                                                                                |
| Anerkennung                      | Minimum an einfacher Anerkennung zur Sicherung von Zugehörigkeiten, in Arbeitsgesellschaften Recht auf Arbeit                                                                             | Spezielle Anerkennung nach Erbringung einer außergewöhnlichen Leistung oder positivem Verdienst, jedoch Bestrafung bei verwerflicher Lebensweise |
| Politische Macht                 | Minimum an politischer Macht (Möglichkeit zur Teilnahme an Wahlen) zur Befriedigung der Bedürfnisse nach Autonomie und Zugehörigkeit                                                      | Aktiver politischer Einfluss abhängig nach dem politischen Talent                                                                                |

Abb. 17: Die Verteilungssphären der Gerechtigkeit nach Michael Walzer

Nach Walzer wird für jedes der oben angeführten sozialen Güter nach den allgemein anerkannten Distributionsprinzipien freier Austausch, Verdienst und Bedürfnis, die für jedes soziale Gut ganz individuell nach den essentiellsten Notwendigkeiten eigenständige Distributionslogik konstruiert und damit auch Verteilungssphären generiert. Walzer belegt anhand empirischer Beispiele, dass in jeder Verteilungssphäre jeweils eines der oben genannten Distributionskriterien die Oberhand gewinnt und

in der Suche nach Relation und Abgrenzung zu den anderen beiden Kriterien die Umrisse der Verteilungssphäre vorskizziert werden.<sup>511</sup>

Auch bei einem nur flüchtigen Blick über die Auflistung der sozialen Güter, fällt das Fehlen zwei der elementarsten und wichtigsten Güter (Walzer selbst bezeichnet sie schlichtweg als Menschenrechte), welche der Mensch von sich aus überhaupt besitzt, auf: das Leben und die persönliche Freiheit. Beide sind nach Ansicht Walzers dermaßen zentral, dass sie nicht den üblichen Standards der Verteilungsgerechtigkeit gehorchen und auch keinerlei örtlichen und zeitlichen Bedingtheiten folgen könnten. Im Erhalt der Sphärenautonomie und deren immanenten Verteilungslogik sieht Walzer die probateste Möglichkeit, die einander so scheinbar konfligierenden Ideale von Freiheit und Gleichheit miteinander in Relation zu setzen: *„Es möge die Feststellung genügen, daß sie aus unserem Verständnis des Menschseins erwachsen. Falls sie nicht natürlich sind, haben wir sie erworben; aber ob sie nun natürlich sind oder erworben, in jedem Fall sind sie ein greifbares Element unserer moralischen Vorstellungswelt.“*<sup>512</sup>

Das Instrumentarium anhand deren sich die legitime Verteilung politischer Macht zu vollziehen hat, ist das Recht. Das Spezielle an Gesetzten ist, dass sie zum einen Garantien gewähren (wie beispielsweise das Wahlrecht), dass viele dieser Garantien prinzipiell aber nur ermöglichenden Charakter aufweisen (illustriert an den Beispielen des Rede-, Versamlungs-, und Petitionsrechts). Gerade letztere bedürfen für ihre Ausübung eines zusätzlichen individuellen Engagements.<sup>513</sup> Ziel der konfrontativen Auseinandersetzung ist letztlich die konsensuale Einigung auf bestimmte formale und materielle Grundrechte, die dem Zugriff sich ständig wechselnder politischer Majoritäten entzogen sind und möglichst allen Individuen die Ausübung ihrer politischen Rechte garantieren sollen. Das Recht determiniert und definiert dabei nicht nur grundlegende Essentialia innerhalb der politischen Gemeinschaft; nein, es ist auch dasjenige Medium, indem sich alle einmal durch Willensbildungsprozesse hervorgetretenen Entscheidungen manifestieren. Ein Gesetz ist letztlich dokumentierter und positiver Wille der politischen Gemeinschaft.<sup>514</sup>

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass in der Walzer'schen Sphärentheorie der Gerechtigkeit die bei Rawls noch so hoch im Kurs stehende Gleichheit keinerlei Eigenwert besitzt. Güter und Lasten sind nicht nach einer allgemeinen Gleichheitsprämisse aufzuteilen, sondern sollen ihrer eigenen Logik folgend nach den oben beschriebenen spezifischen Gesichtspunkten aufgeteilt werden. Und hierin offenbart sich auch die größte und wichtigste Stärke des Walzer'schen Gerechtigkeitstheorems. Es bringt für unterschiedliche soziale Güter in jeweils unterschiedlichen sozialen Kontexten, jeweils andere Gerechtigkeitsprämisse hervor. In Abgrenzung zur egalitären Gleichverteilung aller Güter und Lasten geht es Walzer um die Erfüllung berechtigter Ansprüche.<sup>515</sup> Die Gleichheit resul-

---

<sup>511</sup> Vgl. Pioch (2000), S. 53 – 54.

<sup>512</sup> Walzer (1992a), S. 92.

<sup>513</sup> Vgl. ebd., S. 436 – 437.

<sup>514</sup> Walzer selbst gibt im Rahmen des Aufsatzes nähere Hinweise auf die konkrete Ausformulierung sozialer Grundrechte und unterbreitet gleichzeitig animierende Vorschläge zu deren Ausübung. Vgl. diesbezüglich Walzer (1988).

<sup>515</sup> Siehe Abbildung 16.

tiert daraus nur als Nebenprodukt, sie ist nicht a priori intendiert. Walzer sieht es dabei jedoch als gesichert an, dass die Verteilung der sozialen Güter nach den für sie relevanten Gründen im Großen und Ganzen einigermaßen gleiche und faire Lebensbedingungen für alle generiert.

Welche Implikationen lassen sich daraus für eine Rechtsordnung deduzieren? Die Akzentuierung der Sphärentheorie spiegelt sich in der Trennung von einzelnen Institutionen wider. So sollten beispielsweise in einem liberalen System säkulare Bedingtheiten vorherrschen, d.h. Staat und Kirche strikt in allen Instanzen voneinander getrennt sein. Bei der Ausdifferenzierung der einzelnen Verteilungssphären reflektiert Walzer immer wieder auf die historische Entwicklungsgeschichte. Die Schaffung und Erhaltung des Menschenrechts der persönlichen Freiheit wird dabei durch die komplexen Verteilungsparadigmen der einzelnen Handlungs- und Verteilungssphären gewährleistet. Hierin sieht Walzer auch das Hauptbetätigungsfeld der Politik, die durch adäquate Normensetzung die Grenzziehung zwischen den einzelnen Verteilungssphären sicherstellen und etwaige Grenzverletzungen verhindern sollte. Dies vermag nämlich die Sphärentheorie der Gerechtigkeit von Michael Walzer – mangels normativer Gestaltungsvorgaben – nicht zu leisten.

Im tagespolitischen Diskurs erhält die Theorie von Michael Walzer in Bezug auf die Migrantenproblematik neue Aktualität. Migranten sind vielfach Normunterworfenen eines Landes, ohne allerdings vollständig rechtlich in dessen Rechtssystem integriert zu sein. Kurzum die Gruppe der Migranten sind zwar von den politischen Entscheidungen eines Staates direkt betroffen, haben aber gleichzeitig keinerlei Berechtigung an diesem demokratischen Willensbildungsprozess zu partizipieren. Diesen Umstand und diese Inklusion-Exklusion Problematik erkennend erstreckt Walzer seine Gerechtigkeitserwägungen nicht nur auf Mitglieder einer politischen Gemeinschaft, sondern und gerade auch auf deren Nichtmitglieder. Um der Gefahr der Segregation und der Herausbildung von Parallelgesellschaften entgegenzuwirken, plädiert Walzer eindringlich dafür Migranten möglichst mit der vollen Palette an Bürgerrechten auszustatten.<sup>516</sup>

Als wohl bemerkenswertesten Verdienst Walzers lässt sich resümierend bilanzieren, dass sein umfangreicher Theorieansatz als erster auch die Idee komplexer Gleichheit berücksichtigt hat, die auch – wenn abstrahierend – der empirischen Realität erstaunlich nahekommt. Eine relevante Theorie der Gerechtigkeit muss – und das war spätestens nach Walzer klar – die Herausforderung sozialer Differenzierung annehmen.

---

<sup>516</sup> Vgl. Krause/Malowitz (1998), S. 77.

### III.6.5. Die drei Aporien der Gerechtigkeit nach Jacques Derrida

In seinem Werk *„Gesetzeskraft – der mystische Grund der Autorität“* erörtert Derrida eingehend das für ihn mystisch anmutende Phänomen der Gerechtigkeit. Derrida vertritt in diesem Kontext eine äußerst resolute Haltung. Für ihn gibt es innerhalb der Rechtsphilosophie keine normative Gerechtigkeitstheorie, die dieses Prädikat auch tatsächlich verdienen würde. Normative Gerechtigkeitstheorien sind effektiv nämlich nur solche, die den drei von Derrida aufgestellten Aporien vollinhaltlich entsprechen:<sup>517</sup>

1. Die gesetzte Rechtsordnung konstituiert sich aus einer schier endlos anmutenden Kompilation allgemeiner Normen. Wenn man sie auf den Einzelfall herunterbricht, so kann aufgrund dessen spezifischen Komplexität nicht annähernd genügend, eine gerechte, weil befriedigende, Klärung erzielt werden;
2. die universelle Gerechtigkeit des Rechts determiniert bereits die Umstände des Einzelfalls;
3. Gerechtigkeit mag zwar hin und wieder in Einzelfällen empor kommen, dennoch bedarf es für deren vollkommene Realisierung der Transformation in allgemein gültige Normen.

Jacques Derrida verfolgt in seiner Auseinandersetzung mit Recht und Politik einen dekonstruktivistischen Ansatz.<sup>518</sup> In der Rezeption des Werkes von Walter Benjamin mit dem Titel *„Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze“*<sup>519</sup> stellt er das Prinzip der Gerechtigkeit als eines der problematischsten der politischen Philosophie dar. Er vertritt die Ansicht, dass es nach Lage der Dinge in der politischen Philosophie nahezu unmöglich sei, eine universalistische und normativ begründbare Philosophie der Gerechtigkeit zu formulieren. Jacques Derrida kommt im Rahmen seiner Abhandlung zum Ergebnis, *„daß man nicht unmittelbar, auf direkte Weise von der Gerechtigkeit sprechen kann: man kann die Gerechtigkeit nicht thematisieren oder objektivieren, man kann nicht sagen, ‚dies ist gerecht‘ und noch weniger ‚ich bin gerecht‘, ohne dabei die Gerechtigkeit, ja das Recht zu verraten.“*<sup>520</sup> Das dekonstruktivistische Moment artikuliert sich in seiner Kritik an jeglicher Form von Gerechtigkeitstheorien, die er selbst im Namen der Gerechtigkeit vehement verfehlt.

Die Unmöglichkeit die Frage der Gerechtigkeit letztlich valide und eindeutig beantworten zu können, bildet die Kernaussage der Derrida'schen Gerechtigkeitsüberlegungen. Nach Derrida zeigt sich das positive Recht stets im Gewand eines generalisierten Regelwerkes. Ein Problem des positiven Rechts ist es jedoch, dass es nicht für jeden Einzelfall adäquate und vor allem subjektiv zufriedenstellende Lösungsvorschläge parat hält. Die Gerechtigkeit ist aber für ihre Transformation vom metaphy-

---

<sup>517</sup> Vgl. Derrida (1991), S. 35 – 42.

<sup>518</sup> Diese Kantianische Ansicht manifestiert sich bei Derrida in seiner Darstellung der Rechtsordnung, die kontingent nach Gerechtigkeit strebt. Vgl. Derrida (1991), S. 41.

<sup>519</sup> Vgl. Benjamin (1965).

<sup>520</sup> Derrida (1991), S. 21.

sischen Ideal in die gesellschaftliche Realität nun mal auf das Recht angewiesen. Das Problem des positiven Rechts wird damit auch zum Problem der Gerechtigkeit; sie kann – weil unverkürzt – in diesem nicht vollständig zum Ausdruck gelangen. Es kommt damit zu einer sogenannten Aporie, einer ausweglosen theoretischen Problemstellung, in der die praktische Unzulänglichkeit des positiven Rechts aufgezeigt wird. Es gibt jedoch auch eine positiv konnotierte Kehrseite. Durch die Verallgemeinerungstendenzen des Rechts kommt es im Ausschlussverfahren zu wichtigen Gerechtigkeitserfahrungen, die sich in der Praxis als unverzichtbar darstellen. Darin erblickt Derrida auch die Kernaufgabe der dekonstruktivistischen Theoriefamilie.

Die Ansicht, dass das positive Recht in extremen Situationen zu Ungerechtigkeiten führen kann, ist jedoch keineswegs neu; dies ist auch nicht Sinn und Zweck seiner Theorie. Theorien sollen vielmehr allgemeine Leitlinien vorskizzieren, deren konkrete Umsetzung von empirischen Rahmenbedingungen mitbestimmt wird. Diese Rahmenbedingungen können allerdings bei der Formulierung solcher Theorien niemals auch nur im Ansatz annähernd hinreichend bekannt sein. Theorien unterliegen demnach raschen Voraussetzungsveränderungen. Dies auf das Recht angewandt lassen sich anfängliche Unzulänglichkeiten einigermaßen schnell erklären. Sie sind eben Randbedingungen und Wissensdefiziten geschuldet, nicht jedoch den in jedem Recht inhärenten Generalisierungstendenzen. Insofern sind die in den Gesetzen allgemein anerkannten Kriterien ein notwendiges Übel um Unzulänglichkeiten aufspüren zu können.<sup>521</sup>

Die Suche nach einer adäquaten Gerechtigkeitskonzeption erfolgte also bei Derrida in hypothetischen Gedankenschritten, die danach die weiteren Gerechtigkeitsdiskussionen inner- und außerhalb der Rechtssoziologie stark prägen sollten. In Abgrenzung zum später noch ausführlich zu behandelnden Niklas Luhmann verlangt Derrida dessen Gerechtigkeitsparadoxon in seinen eigenen Überlegungen tunlichst zu meiden und dessen Konzept der Selbsttranszendierung des Rechts kritisch zu hinterfragen. Derrida vertritt mit Nachdruck die These, dass jede Institution ihrer Selbsttranszendierung bewusst ist. Gerechtigkeit gegenüber dem hoch spezialisierten und hochkomplexen Recht resultiert aus den aus der Eigenlogik der Institutionen entstammenden – und wie Derrida sie bezeichnet – Verweisungsüberschüssen.<sup>522</sup>

---

<sup>521</sup> Vgl. *Horn/Scarano* (2002), S. 346 – 347.

<sup>522</sup> Vgl. *Derrida* (1993), S. 49 – 51.

### III.6.6. Iris Marion Youngs System der strukturellen Ungerechtigkeiten

Die im Jahr 2006 verstorbene Politikwissenschaftlerin Iris Marion Young versuchte ein System struktureller Ungerechtigkeit zu rekonstruieren.<sup>523</sup> Sie erkannte richtigerweise, dass es die Grundproblematik der vor allem globalen Gerechtigkeitsdebatte darin zu suchen gilt, dass sich in den seltensten Fällen eine direkte Verantwortlichkeit für ungerechtes Handeln ergründen lassen wird. Komplexe Kausalitätsverkettungen verunmöglichen es sowohl de iure als auch de facto einzelne Akteure für ihr doloses Handeln auch tatsächlich zur Rechenschaft ziehen zu können.<sup>524</sup> Komplex sind diese Handlungszusammenhänge auch bereits deshalb, weil sich eine schier unglaubliche Anzahl von Handlungen, Normen, verfestigten Machtverhältnissen und gelebten Praktiken wechsel- wie gegenseitig beeinflussen. In einer solchen Umwelt macht ein System der alleinigen Haftbarkeit daher nur bedingt Sinn. Young sieht dabei eher ein System strukturelle Ungerechtigkeit, indem *„soziale Prozesse eine große Anzahl der Menschen damit bedrohen, dass sie fremdbeherrscht werden und die Mittel verlieren, ihre eigenen Fähigkeiten zu entwickeln und zu verwirklichen. [...] Strukturelle Ungerechtigkeit bezeichnet eine besondere Art moralischen Unrechts, die von den fehlerhaften Handlungen individueller Akteure oder der beabsichtigten Politik eines Staates zu unterscheiden ist.“*<sup>525</sup>

Zur Verantwortung werden wir daher nicht nur für die Auswirkungen von einzelnen unserer Handlungen gezogen. Die Verantwortung entsteht mit unserer aktiven Teilnahme und Teilhabe an diesem diffusen Geflecht von rechtlichen, gesellschaftlichen und rationalen Normen, die unseren Lebensalltag durchdringen und von uns im Rahmen der tagtäglichen Regelbefolgung weiter affirmativ bekräftigt werden. Durch die aktive, wenn auch unbewusste Beteiligung machen wir uns mitverantwortlich für die ungerechten Konsequenzen eines Marktsystems, welches unter anderem Ausbeutung und Umweltverschmutzung begünstigt. Daher vertritt Young die These von der partizipatorischen Verantwortung, die sie wie folgt zu definieren versucht: *„Unsere Verantwortung rührt daher, dass wir mit anderen in einem System abhängiger Kooperations- und Konkurrenzverhältnisse stehen, indem wir versuchen Vorteile herauszuschlagen und unsere Projekte zu realisieren. Auch wenn wir Konsequenzen, die wir möglicherweise bedauern, nicht bis zu unseren einzelnen Handlungen zurückführen können, tragen wir doch eine Verantwortung, weil wir Teil des Prozesses sind. Verantwortung für Ungerechtigkeit rührt also nicht nur daher, dass wir unter einer gemeinsamen*

---

<sup>523</sup> Der von Young ausgehende Theorieansatz hat seine gedankentheoretischen Wurzeln im gynozentristischen Feminismus. Das Grunddilemma erblickt Young in den von patriarchalen Werten durchzogenen Gesellschaftsstrukturen, die entlang weiblicher Werte wie Empathie, Fürsorglichkeit bzw. Mütterlichkeit revidiert gehören. Denn darin manifestiert sich auch Youngs Kritik an den klassischen Theorien von Gerechtigkeit. Denn diese gehen zuerst vom Trennenden aus und erörtern anschließend Möglichkeiten, um diese Divergenzen zu überbrücken. Dieser Interessenkampf bzw. deren Ausgleich stellt jedoch eine typische archaische männliche Idealvorstellung dar. Gerechtigkeit soll laut Young dadurch unterstützt werden, indem diese durch die oben dargestellten weiblichen Wertvorstellungen befördert und ergänzt wird. Vgl. hierzu etwa Young (1989).

<sup>524</sup> Vgl. zur Thematik der komplexen Kausalitätsverkettungen auch Scheffler (2001), S. 37 – 47.

<sup>525</sup> Young (2006), S. 114 (Übersetzungen des Autors aus dem Englischen). Die Unmöglichkeit einer vollständigen Rekonstruktion von einzelnen Kausalketten macht es für Young notwendig, diese Kausalitätsverknüpfungen durch eine Metapher von Handlungsstrukturen zu substituieren, die es dann ermöglichen soll, die Verantwortung von einzelnen Akteuren an diesen Strukturen herauszuarbeiten.



*Verfassung leben, sondern dass wir auch an den diversen institutionellen Prozessen teilnehmen, die strukturelle Ungerechtigkeiten hervorbringen.*<sup>526</sup>

Auch wenn Youngs partizipatorische Verantwortungskonzeption zunächst einmal recht vage anmutet, so hat es dennoch einen nicht zu unterschätzenden Erklärungsgehalt. Es fügt sich nämlich gut in das oft diffuse Bild komplexer Handlungssysteme und dem empirisch belegbaren Faktum der Ohnmächtigkeit globaler Institutionen ein. Young legt dabei ihr Modell der kollektiven Verantwortung für Ungerechtigkeitserfahrungen kontextsensitiv an. Nach ihrer Konzeption sind global anzutreffende Gerechtigkeitspflichten überall dort legitimierbar, wo ökonomische und politische Strukturen eine internationale Teilung erfahren. Diese Aufteilung verbleibt dann auf diese gemeinsam herausgefilterten Praktiken beschränkt und von etwaigen Verpflichtungen humanitärer Natur deutlich und klar abgrenz- und unterscheidbar.<sup>527</sup>

Auch bereits in einem ihrer früheren Werke „*Justice and the Politics of Difference*“<sup>528</sup> behandelt Young weniger das Phänomen der Gerechtigkeit, als vielmehr die manifesten Ungerechtigkeitserfahrungen, die zumeist benachteiligten gesellschaftlichen (Rand-)Gruppen widerfahren. Young beschreibt dies zunächst aus einer feministischen Perspektive; ihre angestellten Überlegungen lassen sich jedoch auf nahezu alle benachteiligten Gesellschaftsgruppen projizieren. Will man nach Young eine valide Theorie der Gerechtigkeit formulieren, so soll sich dies nicht primär darin erschöpfen, Gerechtigkeit normativ zu kodifizieren, sondern vielmehr von empirisch erlebten Ungerechtigkeitserfahrungen auszugehen. Diese Ungerechtigkeiten werden dabei hauptsächlich von jenen sozialen Gruppen thematisiert, die um eine gesellschaftliche Anerkennung ihrer Besonderheiten und Identitäten kämpfen. Deren Wissen soll sich die politische Philosophie bedienen. Die erlebten Ungerechtigkeiten einzelner sozialer Gruppen sind dabei auch immer kollektivierte individuelle Ungerechtigkeits Erfahrungen. Soziale Gruppen werden dabei charakterisiert durch bestimmte Merkmale (Ethnie, Geschlecht, Religion, ...), Identifikation mit einem bestimmten Status oder einer mehr oder weniger gemeinsamen Geschichte. Eine soziale Gruppe anerkennt ihre Identität und leidet darunter, dass die Möglichkeit ihre Fähigkeiten auszuüben und weiterzuentwickeln, sowie ihre Gefühle, Bedürfnisse und Gedanken auszudrücken, massiv eingeschränkt werden.<sup>529</sup>

Möchte man nunmehr die erfahrene Ungerechtigkeit einer Personengruppe feststellen, so ist es unabdingbar, nicht von einzelnen, ganz persönlichen und individuellen Momenten von erfahrener Ungerechtigkeit auszugehen. Young interessiert vielmehr die Form der strukturellen Ungerechtigkeit, die im Rahmen gesellschaftlicher Strukturen auf bestehende Machtverhältnisse gründet. Darin erblickt Young auch ein erhebliches Gefährdungspotential. Es fehlt hierbei nämlich die oft plakativ

---

<sup>526</sup> Young (2006), S. 119 (Übersetzungen des Autors aus dem Englischen).

<sup>527</sup> Ihre Thesen anerkennen demnach sowohl die globalen Gerechtigkeitspflichten, als auch die bedeutende Rolle des Nationalstaates als jene Institution, die wesentlich soziale Prozesse einzugrenzen vermag. Vgl. Hahn (2009), S. 58 – 59.

<sup>528</sup> Vgl. Young (1990).

<sup>529</sup> Vgl. Young (1996), S. 100 – 101.

anmutende Form der persönlich feststellbaren Verantwortlichkeit, der auch eine nicht zu vernachlässigende Außenwirkung innewohnt. Oftmals unterliegt jedoch die strukturelle Unterdrückung das Radar der gesellschaftlichen und medial transportierten Wahrnehmung; sie bleibt latent und subkutan. Young sieht dabei die empirisch feststellbaren Ungerechtigkeiten durch Herrschaftsverhältnisse kausal verursacht. Sie unterscheidet dabei folgende fünf mögliche Kategorien der „strukturellen Unterdrückung“, die sie anhand von Beispielen zu unterlegen versucht:<sup>530</sup>

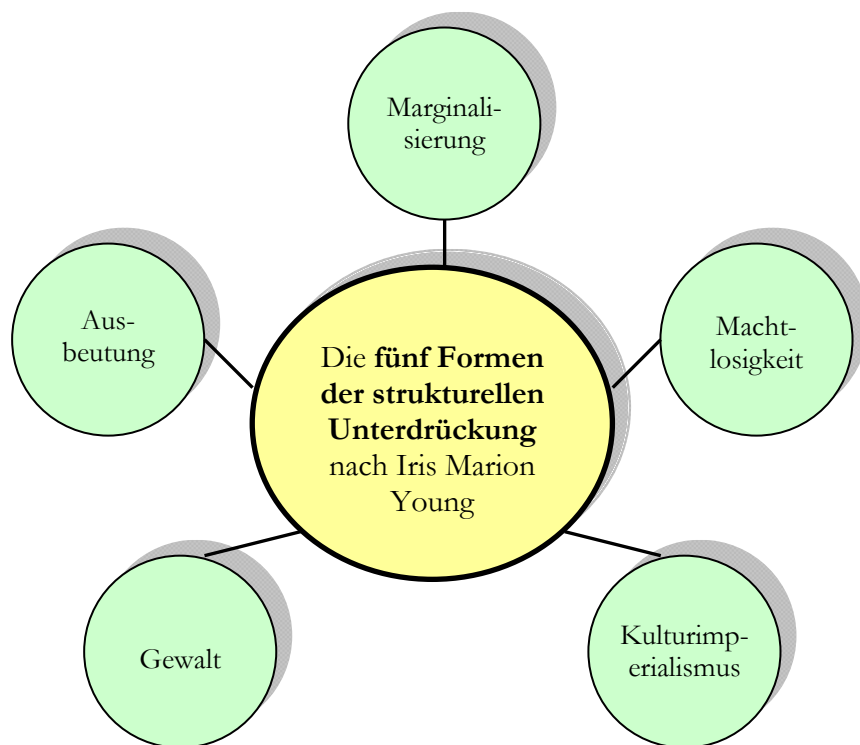


Abb. 18: Die fünf Formen der strukturellen Unterdrückung innerhalb des Systems der strukturellen Ungerechtigkeit nach Iris Marion Young

Vermag nunmehr die partizipatorische Teilnahme an diesem System struktureller Ungerechtigkeit, konkrete Gerechtigkeitspflichten jedes Einzelnen auszulösen? Kritiker verneinen nämlich genau hierin ein manifestes Problem der Young'schen Gerechtigkeitskonzeption entdeckt zu haben. Unschuldige Personen werden nämlich von Young in gleichem Umfang mit dem System struktureller Ungerechtigkeiten in Verbindung gebracht, wie diejenigen, die tatsächlich für den ungerechten Status Quo verantwortlich sind. Wenn demnach eine Person an dem System der strukturellen Ungerechtigkeit teilnimmt, ohne dass sie nachweislich größere Schäden kausal verursacht hat, so fallen laut Young dieser Person keine negativen Pflichten zu. Für Young hängen die Wiedergutmachungsverpflichtun-

<sup>530</sup> Vgl. ebd..

gen von der jeweiligen Position innerhalb des Systems ab, die einer Person im Rahmen ihres Wirkungskreises zufällt:<sup>531</sup>

- a) von dem Machtpotential einer Person bzw. einer Institution kollektiven Einfluss auf eine soziale Praxis ausüben zu können;
- b) von den aktuellen Zuwendungen und Privilegien, die eine Person aufgrund der gegenwärtigen Systemstruktur genießt;
- c) von ihrem aktiven Interesse, die ungerechten Strukturen dieses Systems tatsächlich modifizieren zu wollen;
- d) von ihrer Kollektivfähigkeit; d.h. von der Möglichkeit in einer politischen Partei oder anderen zivilgesellschaftlichen Gruppen zu partizipieren.

Selbst mit diesem Kriterienkatalog ist es nahezu unmöglich, einzelne Schädiger oder Profiteure innerhalb dieses Systems der strukturellen Ungerechtigkeit herauszufiltern. Es muss demnach auch andere Möglichkeiten geben, Gerechtigkeitsfragen zufriedenstellend lösen zu können. Young appelliert dabei an die politische Verantwortung, die aus der Teilnahme an öffentlichen Wahlen bzw. anderen Formen öffentlicher Meinungsbildung resultiert. Das Politische gilt für Young als subsidiäre Ordnungsstruktur, unter deren Regelungskompetenz letztlich alle weiteren individuellen Handlungen zu subsumieren sind.<sup>532</sup>

Diese zukunftsgerichtete Konzeption hat u.a. auch den Vorteil, dass sie sich nicht mit der umfangreichen und oftmals aussichtslos erscheinenden Klärung direkter oder indirekter Schädigung auseinanderzusetzen hat. Henning Hahn klassifiziert Youngs theoretischen Ansatz dabei als Verantwortungsholismus, als holistisches System also, das graduelle Abstufungen der politischen Verantwortung erlaubt. Gerechtigkeitsrelevante Fragestellungen dürfen bei Young aber nicht nur auf eine globale Grundstruktur zurückgeführt werden. Jeder von uns bedient sich nämlich Praktiken, die zwar institutionellen Regeln einzelner Staaten entwachsen sind, für die wir aber nach Young die politische Verantwortung zu tragen haben. Die meisten dieser Praktiken haben mit den Mechanismen von globalen Märkten zu tun, die zwar usurpatorisch einiges an Wohlstand generieren, diesen aber wiederum äußerst unfair und ungerecht verteilen.<sup>533</sup>

Bei Young ist aber auch die Verteilung von sozialen Gütern eine unabdingbare Voraussetzung für das Bestehen bzw. Weiterexistieren von gerechten Gesellschaften. Dies ist jedoch bei Weitem nicht alles. Gerechtigkeit wird nämlich auch dann verweigert, wenn soziale Gruppen innerhalb einer Gesellschaft ihre autochthone Kultur, ihre spezifischen Praktiken und ihre allgemeine Lebensweisen nicht anerkannt bekommen. Young formuliert dabei das Postulat der Anerkennung von Differenzen

---

<sup>531</sup> Vgl. ebd., S. 128 – 130.

<sup>532</sup> Young richtet diese politische Verantwortung zukunftsperspektivisch aus. Für sie eröffnet sich vielmehr die Frage, inwieweit es für einzelne Personen tatsächlich möglich ist, politische Prozesse auch tatsächlich beeinflussen zu können. Vgl. *Young* (2003).

<sup>533</sup> Vgl. *Hahn* (2009), S. 63 – 64.

als Grundlage für das Entstehen und Beibehalten von gerechten Gesellschaften. Ziel der Politik muss es stets sein, nicht bloß in Gesetzesgewand abstrakte Gleichheiten herstellen zu wollen, sondern vielmehr die Anerkennung<sup>534</sup> gruppenspezifischer Differenzen sicherzustellen.<sup>535</sup>

### III.6.7. Habermas' Gedanken zur allgemeinen Legitimität von Recht

Jürgen Habermas ist kein ausgewiesener Protagonist der Rechtsphilosophie, und schon gar nicht einer normativen Gerechtigkeitstheorie. Dennoch legte er mit seinem bahnbrechenden rechtstheoretischen Werk „*Faktizität und Geltung*“ im Jahr 1992 eine eindrucksvolle sozialwissenschaftlich geprägte Analyse des Rechts vor. In Anlehnung und unter Analyse der Genese von Vernunft- und Naturrecht begibt sich auch Habermas auf eine schier endlos erscheinende Odyssee nach der Suche der Legitimität von Recht und wählt dabei – wie viele andere vor ihm – zunächst eine historische Zugangsweise. Getreu dem oben zitierten Titel sind eben für das Recht Legitimität und Geltung unersetzliche und zentrale Grundvoraussetzungen. Diese Dualität des legitimen Rechts splittert sich bei Habermas wiederum in eine subjektive und eine objektive Dimension. Allein die denklogische Voraussetzung der puren Existenz des Rechts genügt – anders als in der rechtspositivistischen Tradition – nicht zur allgemeinen Begründbarkeit der Legitimität des Rechts. Legitimes Recht bedarf auch einer zweiten, zutiefst subjektiven, Komponente. Recht – als Garant für Freiheit und individuelles Handeln – muss auf einer grundsätzlich positiven Einstellung und Attitüde der Rechtsunterworfenen beruhen können, die dadurch, so die Diktion von Habermas, zu einer Assoziation von gleichen und freien Rechtsgenossen werden. Diese Rechtsgenossenschaft hält sowohl die äußeren repressiven Sanktionsmaßnahmen als auch endogene Rationalitätserwägungen identitätsstiftend zusammen.<sup>536</sup>

---

<sup>534</sup> An dieser Stelle sei dem Autor ein kurzer Exkurs gestattet. Die in von Iris Marion Young geforderte Anerkennung hielt in den letzten Jahren auch vermehrt Einzug in den sozialwissenschaftlichen Diskurs. Die Gerechtigkeit bildet dabei ein – wenn auch zugegebenermaßen wichtiges Teilelement – von intakten und gelebten Anerkennungsverhältnissen.

<sup>535</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 348 – 349.

<sup>536</sup> Positives Recht dient somit laut Habermas keinem Selbstzweck. Die Normunterworfenen müssen – anders als im Rechtspositivismus – von seiner Richtigkeit bedingungslos überzeugt sein. Erst dann in einem zweiten, nächsten Schritt, darf das positive Recht auch legitimen Gehorsam für sich reklamieren. Vgl. Habermas (1992), S. 22 – 25.

Der zentrale Dreh- und Angelpunkt in diesem Werk ist die Projektion der Diskursethik<sup>537,538</sup> auf das Recht. Habermas differenziert dabei drei unterschiedliche Kategorien bzw. Gruppen von Grundrechten, die sich bei der diskursiven Betrachtung des Rechts zwangsläufig ergeben würden. Erstens soll ein größtmögliches Ausmaß an Handlungsfreiheit, zweitens ein Anspruch auf Mitgliedschaft innerhalb einer Gemeinschaft und drittens ein möglichst effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden. Grundrechte regulieren dabei intersubjektive Beziehungskonstrukte zwischen freien Bürgern und besitzen den Status vorpositiver Rechte. Es handelt sich somit um solche Rechte, die auch eine reziproke Anerkennung der anderen zur ultimativen Voraussetzung haben um das gesellschaftliche arbeitsteilige Zusammenleben im Rahmen einer positiven Rechtsordnung auf legitime Weise reglementieren zu können.<sup>539</sup>

Habermas charakterisiert Grundrechte dabei als a priori bestimmt und nicht als ursprüngliches Werk menschlicher Übereinkunft. Menschen erhalten ganz unabhängig von ihrer potentiellen Partizipationsfreudigkeit am Diskurs diese universellen Menschenrechte qua ihres Status als Rechtspersonlichkeit beigeordnet. Diese drei soeben erwähnten Grundrechtskategorien stehen daher jedem im gleichen Ausmaße zu und basieren vielmehr nicht auf realen, sondern ideal-fiktiven Diskursen beziehungsweise deren transzendentalen Begründungslogik und gerieren sich somit als notwendige Voraussetzung der realen Diskurse.<sup>540</sup>

Habermas offenbart somit in eindrucksvoller Manier offensichtliche Schwächen des positiven Rechts, das nach seiner Ansicht auch in totalitären Regimen funktioniert. Deshalb verlangt Habermas auch neben einer nach demokratischen Grundsätzen ausformulierten Verfassung eine ebensolche Verfasstheit der Bürger als Grundbedingung für legitime Herrschaftsverhältnisse. Als zentraler metatheoretischer Dreh- und Angelpunkt agieren dabei inklusive diskursiv-partizipative Verfahren, in denen die Rechtsunterworfenen bei der Rechtsgenese aktiv mitarbeiten und sohin auch mitbestimmen können und – bei Habermas sehr wichtig – auch sollen. Als unerschütterliches Fundament dieser

---

<sup>537</sup> Auch die häufig verwendete Begrifflichkeit des Diskurses bedarf einer definitorischen Annäherung, die wohl keinerorts passender verortet werden könnte, als im Rahmen der Analyse von normativen Gerechtigkeitsideen bei Jürgen Habermas, dem wohl prominentesten deutschsprachigen Diskurstheoretiker. Die Kommunikationsform des Diskurses hat im Rahmen der Suche nach einer normativen Ausprägung von Gerechtigkeit augenscheinlich eine Sonderstellung inne. Das Konzept des rationalen Diskurses vermag einen Erklärungsansatz dafür zu leisten, wie ein moralischer Konsens erzielt und eine valide Gerechtigkeitsdefinition generiert werden kann. Wichtig beim Diskurs ist zum einen die Partizipationsmöglichkeit aller und zum anderen die prinzipielle Ergebnisoffenheit. In Diskursen sind regelmäßig mehrere Personen involviert, die sich, ohne externen Zwangslagen ausgesetzt zu sein, auf der Suche nach konsensualen Antworten auf gesellschaftsrelevante Fragestellungen befinden. Richtig und gerecht kann innerhalb der Diskurslogik deshalb auch all das sein, was im Rahmen eines Konsenses beschlossen werden konnte. Das durch den Konsens generierte Ergebnis verpflichtet die Diskursteilnehmer sodann für die Dauer des Diskurses. Der Diskurs bildet aufgrund seiner konsensualen Charakteristik die Idealform der Dezisionsfindung, die jedoch in realiter innerhalb parlamentarischer Entscheidungsprozesse nur in den seltensten Fällen anzutreffen sein wird. Vgl. *Tschentscher* (1999), S. 101 – 102 sowie *Peter* (2001), S. 43 – 46.

<sup>538</sup> Ein entschiedener Gegner der Diskursethik war Niklas Luhmann. Für ihn war eine ethische Idealvorstellung von rational begründbaren und praktikablen Entscheidungsregeln nichts mehr als eine bloße Illusion. Denn die empirische Wirklichkeit in einer polykontextualen Welt könne keinesfalls – wenn der Anspruch für die Gesellschaft verbindlich sprechen zu wollen erhoben wird – mit dem Diskursinstrument des Konsenses erzielt werden. Vgl. *Luhmann* (1997), S. 248

<sup>539</sup> Vgl. *Habermas* (1992), S. 151 – 155.

<sup>540</sup> Vgl. *Tschentscher* (1999), S. 298.

diskursiv-partizipativen Verfahren fungieren allgemein formulierte Rechtsprinzipien, wie die liberale Garantie der größtmöglichen Handlungsfreiheit, die allgemeine Rechtssicherheit bei der Durchsetzung von Ansprüchen, u.s.w., welche die formelle Formhülle parat hält, um danach mit konkreten Regulativen, materiell auf- und ausgefüllt zu werden.<sup>541</sup>

Vor allem in den zeitgenössischen Gerechtigkeitsdebatten wird offenkundig, warum sich Gerechtigkeit nicht als alleinige Basis von fundierter politischer Theorie eignet. So rücken beispielsweise in der normativen Rechts- und Staatstheorie eines Jürgen Habermas die verbürgten Freiheits- und Grundrechte eines jeden Einzelnen in den Interessenfokus. Die bloße Reduktion der Gerechtigkeit auf ihr innerstes Substrat ist für Habermas als Grundüberlegung seiner politischen Theorie zu wenig. Er sieht Gerechtigkeit vielmehr als ein Teilmoment einer positiven und optimistischen Konnotation der modernen Demokratie. Fragen nach der Gerechtigkeit stellen sich dabei nicht so sehr als eine Exklusivität von politischer Philosophie und deren Heuristik dar. Sowohl die Transformation der Gerechtigkeit in die Alltagspolitik durch transparente Verfahren, als auch das Führen des Gerechtigkeitsdiskurses sind vielmehr die Aufgaben der Bürger eines Gemeinwesens, welches nach Gerechtigkeit strebt bzw. gerecht ausgerichtet sein soll. Die Aufgabe der politischen Theorie sieht Habermas in der Rekonstruktion einer rationalen Diskursethik, durch welche wiederum normative Kriterien für institutionelle Rahmenbedingungen gesellschaftlicher Verständigungs- und Verteilungsprozesse vor-skizziert werden sollen. Hierin manifestiert sich auch der Grundgedanke des Habermas'schen Rechts- und Staatsdenkens von einer transkulturellen Ursprünglichkeit staatlich garantierter Freiheitsrechte und der Volkssouveränität.<sup>542</sup>

Auch Jürgen Habermas kommt nicht umhin, sich mit der Rawls'schen Gerechtigkeitstheorie näher auseinanderzusetzen. Vor allem mit dem von Rawls entworfenen „*Schleier des Nichtwissens*“, der die Individuen von sämtlichen spezifischen Besonderheiten entkleidet, hat Habermas – trotz seiner Sympathien für die Universalisierbarkeit moralischer Werturteile nach Kant – einigermaßen große Schwierigkeiten. Diese resultieren vornehmlich daraus, dass Habermas in rechtlichen als auch moralischen Normen die Interessenlagen aller von einer Norm potentiell Tangierten betroffen sieht. Der „*Schleier des Nichtwissens*“ unterstellt hingegen den Individuen ein manifestes Wissensdefizit. Als Resultat sieht Habermas inadäquate Ergebnisse, da die spezifischen Interessenlagen der Betroffenen nicht angemessen berücksichtigt werden können.

Wie soll aber nun diese reziproke Übernahme anderer Perspektiven vonstatten gehen? Habermas bezweifelt hierbei die Überzeugungskraft utopischer Gedankenexperimente; er setzt vielmehr auf die Kraft des von Rationalität geleiteten Diskurses, der selbst aber wiederum keiner Restriktion unterliegt. Die Freiheits- und Grundrechte sollen dabei den gleichberechtigten Zugang aller Betroffenen zu diesen Diskursen gewährleisten. Gerechtigkeit ist dann bloß die logische Folge dieser Diskurse. Dies zeitigt jedoch auch Implikationen auf die politische Gerechtigkeitstheorie. Ob deren Argumentations-

---

<sup>541</sup> Vgl. Habermas (1992), S. 157 – 160.

<sup>542</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 350.

linien im politischen Diskurs aufrecht erhalten werden können, entscheidet sich erst durch die diskursive Auseinandersetzung selbst.<sup>543,544</sup>

### III.6.8. Gerechtigkeit als synallagmatische Tauschbeziehungen bei Otfried Höffe

Otfried Höffe favorisiert in seiner Theorie zur Gerechtigkeit nicht so sehr das Moment der Verteilung, sondern eher das Modell des nach gerechten Parametern durchgeführten Tausches. Tauschverhältnisse existieren bereits seit Anbeginn der Menschheitsgeschichte und sind aufgrund ihrer synallagmatischen Natur weit weniger umstritten, als bei einer durch eine Autorität durchgeführten Verteilung, bei der das Ausmaß der Zuteilung der zu verteilenden Güter oftmals weitaus schwieriger zu bestimmen ist. Für Höffe dient dieser tauschtheoretische Zugang als Begründung des interkulturellen Rechtsdiskurses, der für das Entstehen von Kultur- und Menschenrechten unabdingbare Voraussetzung gewesen ist.

Höffe widmet sich dabei jener fundamentalen Fragestellung, die bereits Aristoteles und Platon beschäftigt hat: Unter welchen Grundvoraussetzungen erweist sich eine Rechts- bzw. Staatsform als gerecht? Höffe kritisiert dabei die durch die französische Revolution angeregten Sozialutopien, welche die Idee der traditionellen Herrschaft verwarfen und durch jene der Herrschaftsfreiheit substituierten. Als Resultat dieses Prozesses stellt man heutzutage nicht mehr die antike Fragestellung, sondern fragt sehr viel dekonstruktivistischer, ob es überhaupt als gerecht gelten könne, nach staatlichen Zwangsregeln leben zu müssen? Höffe offeriert als Antwort auf diese Frage eben das Konzept des Tausches an.<sup>545</sup> In Analogie zu den in dieser Dissertation vorangestellten Theorien der Verteilungsgerechtigkeit muss auch innerhalb der Tauschtheorien der Frage nachgegangen werden, welche Dinge es nun sind, die getauscht werden müssen, um das Fundament einer gerechten Gesellschaft bereiten zu können.<sup>546</sup>

Höffe inszeniert die Gerechtigkeit also als ein sozialkontraktualistisches Modell eines transzendentalen Tausches, welches ganz nach kontraktualistischer Tradition von einem Naturzustand aus-

---

<sup>543</sup> Vgl. ebd., S. 350 – 351.

<sup>544</sup> Natürlich evoziert die Vorstellung von der nahezu unendlichen Lösungskompetenz des Diskurses auch kritische Anmerkungen. So stellt etwa Neil MacCormick mit unverhohlener Verwunderung fest, dass der Diskurs als rein formalistisches Verfahren letztlich fundierte moralische Wertvorstellungen hervorbringen soll. Vgl. *MacCormick* (1993), S. 560. Dem kann natürlich entgegnet werden, dass dem Diskurs auch moralische Werte gedanklich vorausgesetzt sind, ohne aber Bestandteil desselben zu sein.

<sup>545</sup> Bei einem Tausch denkt man primär an ein positives Geben und Nehmen. Höffe erweitert jedoch hierbei auch die Perspektive in Richtung des negativen Tausches, also den Verzicht unveräußerliche Freiheitsrechte (wie beispielsweise Leib und Leben, Eigentum u.s.w.) eines anderen zu gefährden. Trifft dieser Verzicht auf einen gesellschaftlichen Konsens, kommt es zu der Etablierung eines Grundrechts (z.B. das Grundrecht auf körperliche Unverletzlichkeit bzw. das Grundrecht des Eigentumsschutzes). Vgl. *Höffe* (2010), S. 307.

<sup>546</sup> Höffe interpretiert dabei die zu tauschenden Güter extensiv. Er kritisiert, dass es viel zu engstirnig wäre, im Rahmen des Tausches lediglich an Geld, Waren oder Dienstleistungen zu denken. Tauschwürdige Güter sind auch ideelle Vorteile wie Macht, Sicherheit, soziale und gesellschaftliche Anerkennung und nicht zuletzt Chancen und Freiheiten. Dabei kann es laut Höffe auch zu einer noch später zu erörternden Phasenverschiebung kommen. Vgl. *Höffe* (2010), S. 307.

geht. In Anlehnung an die hobbes'sche Vorstellung eines Naturzustandes latenter Gewalt werden die Menschen mit einem notwendigen Handlungsbedarf konfrontiert. Wie bei Hobbes soll der Mensch freiwillig, ohne repressiven Sachzwängen ausgesetzt zu sein, Freiheitsrechte preisgeben und auf gegenseitige Akte violenter Verletzung verzichten und dafür als Belohnung den Schutz seiner eigenen körperliche Integrität sowie seines Eigentums, seiner Ehre und seiner Religion erhalten. Er geht somit erheblich weiter als vor ihm noch Hobbes, dessen Theorieansatz primär auf die physische Integrität fokussiert geblieben ist. Diese Extension des Schutzes auf weitere menschliche Freiheitsrechte trifft Höffe aus zweierlei Überlegungen.<sup>547</sup> Zum einen gibt es – wie uns auch leidvolle Ereignisse der Menschheitsgeschichte immer wieder dramatisch vor Augen geführt haben – Menschen, die den Schutz ihrer Ehre und Religion über den Schutz ihrer körperlichen Integrität stellen. Für solche Menschen wäre demzufolge ein gegenseitiger Tötungsverzicht subjektiv unvorteilhafter als eine ausbedungene reziproke Ehrenbezeugung. Zum Zweiten wird eine Ausdehnung der zu schützenden Freiheitsrechte auch aus Gründen der Kohärenz der Tauschlogik vorangetrieben. Denn es gibt nun mal Individuen, die einzelnen Kategorien von Freiheitsrechten agnostisch und nihilistisch begegnen.<sup>548</sup> Im Umgang mit diesen Menschen würde das postulierte Tauschsynallagma erheblich in Ungleichgewicht geraten. Insofern geht Höffe weiter als Hobbes. Nicht einzelne Freiheitsrechte, nein ganze Pakete von Freiheitsrechten werden innerhalb der transzendentalen Tauschlogik zwischen den Individuen abgetauscht, um somit den vorhandenen divergenten Wertvorstellungen Rechnung tragen zu können.<sup>549</sup>

Diese durch einen Akt des Tausches in die Gesellschaft induzierte Gerechtigkeit bedarf jedoch noch weitergehender Institutionalisierungsschritte. Um nicht in rechtsanarche Zustände abzudriften, die dann entstehen können, wenn zum einen aus unterschiedlichen Gründen und Lebensumständen Freiheitsrechte immer wieder einen anderen Interpretationsgehalt erlangen und zum anderen Rechtsgewohnheit nicht effektiv abverlangt wird, muss eine unabhängige, dritte Person gefunden werden, die im Sinne einer öffentlichen Rechtsmacht und einem damit verbundenen Gewaltenmonopol rechtsverbindliche Entscheidungen trifft und diesen – wenn nötig – auch zwangsweise zum Durchbruch verhilft.<sup>550</sup>

Trotz dieses offensichtlichen Bekenntnisses zum Etatismus ist der Staat bei Höffe nur subsidiär legitim. Als Garant der vorpositiven Menschenrechte stellt es eine der wichtigsten Aufgaben des Staates dar, diese zu gewährleisten, wenn er sie schon nicht selbstständig zu begründen vermag. Dabei

---

<sup>547</sup> Der Freiheitsverzicht wird bei Höffe zu einem absoluten Gebot und Beweis menschlicher Klugheit. Die Möglichkeit der Einforderung und der Verteidigung von Freiheitsrechten wird gleichgehalten mit der prinzipiellen Unveräußerlichkeit der Menschenrechte. In Überwindung des gewaltinhärenten primären Naturzustandes gelangt Höffe zu einem zweiten evolutionären Naturzustand, der wiederum den Nährboden für eine vorpolitische und natürliche Rechtsgemeinschaft darstellt. Vgl. *Tschentscher* (1999), S. 194.

<sup>548</sup> Meist erfährt dieser Agnostizismus bzw. Nihilismus in der Überbetonung anderer Freiheitsrechte eine Überkompensation.

<sup>549</sup> Diese trotz der unterschiedlichen Wertvorstellungen vorhandene Vorteilhaftigkeit des Paketabtausches apostrophiert Höffe metaphorisch in Anlehnung an Lessings Ringparabel als „*Ringtausch*“. Vgl. *Höffe* (1987), S. 382 – 390.

<sup>550</sup> Mit dieser Etablierung eines institutionellen Dritten gelangt die Höffe'sche Theorie in den Vorhof zur Staatlichkeit. Vgl. ebd., S. 407 – 410.



bedingt eine demokratische Staatsform für sich alleine noch keinerlei Garantie für einen ausreichenden Menschenrechtsschutz. Der Staat bekommt die Handlungsimplication der Positivierung dieser Menschenrechte in Form von Gesetzen auferlegt. D.h. im Sinne einer garantierenden Gewährleistung von Grundrechten müssen diese hinreichend genau und auch verständlich ausformuliert und unter dem Schutzmantel einer effizienten Gewaltentrennung wie Verfassungsgerichtsbarkeit gestellt werden.<sup>551</sup> Die Intensität der Staatlichkeit verläuft entlang der gesellschaftlichen Wahrnehmung von demokratischen Partizipationsrechten, die durch die Positivierung von Gerechtigkeit erzielt werden können.<sup>552,553</sup>

Höffe sieht sich hier selbst gerne in der Tradition der Kontraktualisten. Sein Gesellschaftsvertrag zielt dabei auf einen wechselseitigen Freiheitsverzicht ab, in dem nach dem Grundsatz der Reziprozität darauf verzichtet werden soll, in die Freiheitsrechte des jeweilig anderen einzugreifen. Unter dieser Grundannahme lassen sich von der Gesellschaft Regeln aufstellen, deren Zweck es darstellt, die Freiheit jedes Einzelnen zu garantieren. Als oberster Hüter und Garant all dieser Regelungen gilt der Rechtsstaat, der gerade hieraus auch seine Legitimität bezieht. Durch die vom Rechtsstaat garantierten Grundfreiheiten profitieren alle, was die gesellschaftlichen Regeln allgemein zustimmungsfähig und legitim erscheinen lässt. Die zentrale Begrifflichkeit, welche als Grundlage dieses Ansatzes dient, sind die sog. „*transzendentalen Interessen*“, die es nach Höffe unter Zuhilfenahme der Anthropologie herauszukristallisieren gilt. Diese sind derart fundamental, dass sie jedes Gesellschaftsmitglied apriorisch besitzt. Höffe sieht diese „*transzendentalen Interessen*“ als Voraussetzung für die menschliche Sprach- und Handlungsfähigkeit schlechthin und rechtfertigt somit indirekt auch den klassischen Kanon der Menschenrechte.<sup>554</sup>

Auch Höffe zeigt für die sozialstaatliche Umverteilung wenige Sympathien, da sie aus seiner Perspektive diametral in die grundlegenden Freiheitsräume der einzelnen Bürger eingreift.<sup>555</sup> Kontrastierend jedoch zu den theoretischen Ansätzen von Robert Nozick verabschiedet er sich nicht vollständig von der Idee eines funktionierenden Sozialstaats und kreiert die Hilfskonstruktion des sog. „*phasenverschobenen Tausches*“. Dieser dient beispielsweise dazu, moralische Verpflichtungen gegenüber älteren Generationen als Gerechtigkeitspflichten darzustellen.<sup>556</sup> Eine ähnliche Argumentationslogik zieht Höffe auch zur Begründung anderer sozialer Grundrechte heran. Er setzt jedoch all diesen

---

<sup>551</sup> Dies erklärt auch Höffes Antipathie zum Modell eines libertären Nachtwächterstaates, wie ihn noch Robert Nozick vertritt. Vgl. III.6.3..

<sup>552</sup> Die Positivierung von Gerechtigkeit in Form von positivem Recht bleibt bei Höffe ein infinites Prozess, der sowohl prozedurale normative Gerechtigkeit (etwa durch faire Gerichtsverfahren) als auch außerrechtlich geführte Gerechtigkeitsdebatten etwa in politischen oder wissenschaftlichen Diskursen einfordert. Vgl. Höffe (1987), S. 471 – 472.

<sup>553</sup> Diese Akzentuierung der Menschenrechte, deren Realisierung Höffe alles weitere nahezu bedingungslos unterordnet, veranlasste Hauke Brunkhorst die Höffe'sche Theorie des transzendentalen Tausches als „*Menschenrechtsfundamentalismus*“ zu titulieren. Vgl. Brunkhorst (1997), S. 225 – 226.

<sup>554</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 351 – 352.

<sup>555</sup> Er führt in diesem Zusammenhang immer wieder auch das Beispiel des Steuerzahlers an.

<sup>556</sup> Dieser „*phasenverschobene Tausch*“ basiert auf einer Asymmetrie, denn die Logik des transzendentalen Tausches und dessen intendierte Vorteilhaftigkeit erfährt eine zeitliche Verschiebung. Denn ein Verzicht ist nach Höffe auch dann noch von Nutzen, wenn dieser erst zu einem späteren Zeitpunkt zum Vorschein kommt. Vgl. Höffe (1987), S. 393.

Überlegungen stets enge Grenzen, da laut Höffe jede Transferleistung á la longue mehr oder weniger von staatlichem Zwang begleitet wird. Diese irritierenden Beeinträchtigungen lassen sich auch durch demokratische Majoritätsentscheidungen nicht legitimieren. Zusammenfassend beruht bei Höffe die Idee der Gerechtigkeit auf dem Tausch bzw. auf diesbezüglichen Kompensationsüberlegungen.<sup>557</sup>

### III.6.9. Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechtssystems bei Niklas Luhmann

Bereits ganz zu Beginn seines breiten Schaffens, in einem seiner Frühwerke<sup>558</sup>, behandelt Niklas Luhmann ausführlich prozedurale Parameter von Gerechtigkeit und bringt darin schon eindrücklich seine grundsätzlichen Ressentiments gegenüber derselben zum Ausdruck.<sup>559</sup> Gerechtigkeit wird bei Luhmann autopoietisch innerhalb von Systemoperanden generiert. Luhmann fokussiert sein Interesse somit nicht auf das richtige und davon deduzierte gerechte Handeln, sondern vielmehr auf systeminterne Ergebnisse, die bei den Betroffenen solange Akzeptanz und Gehorsam finden werden, solange auch die zuvor ausbedungen Verfahrensregeln für die allgemeine Entscheidungsfindung eingehalten werden.<sup>560</sup>

Luhmanns zentrales Anliegen erschöpft sich demnach nicht in der Begründung von Gerechtigkeit in und durch Verfahren, sondern einzig und alleine in einer adaptierten Erwartungshaltung an die Lösungskompetenz und -fähigkeit des Rechtssystems. Legitimation wird somit zur Selbstlegitimation des autonomen Systems des Rechts. Ob eine Entscheidung allerdings nach den herkömmlichen Parametern richtig und gerecht ist, bleibt von sekundärer, untergeordneter Bedeutung. Verfahren fungieren sohin nicht als Produzent und Garant von Gerechtigkeit, sondern sollen die Inkohärenz wie Systemkomplexität reduzieren und somit Orientierungshilfen zur Verfügung stellen.<sup>561</sup>

Nach Luhmann wird die Maxime der Gerechtigkeit derart in das System des Rechts integriert (ohne aber selbst ein eigenständiger Bestandteil des Rechtssystems zu werden), dass sich diese schließlich als Idee, Prinzip oder auch Wert für dieses als identitätsstiftend erweist.<sup>562</sup> Gerechtigkeit soll dabei durch und innerhalb der Normen des Rechts zum Durchbruch verholfen werden. Dabei ordnet Luhmann zentralen Grundfesten des Rechts, wie etwa dem Gleichheitssatz oder dem privatrechtlichen „Gebot der guten Sitten“, eine bedeutungsvolle Rolle zu, da sich diese letztlich als systemstabilisierende Elemente darstellen.<sup>563</sup>

---

<sup>557</sup> Vgl. Horn/Scarano (2002), S. 352 – 353.

<sup>558</sup> Vgl. Luhmann (1978).

<sup>559</sup> Den von Skeptizismus geprägten Grundtenor durchdringt auch seine späteren Werke, wie etwa Luhmann (1993).

<sup>560</sup> In Abgrenzung zu Niklas Luhmann definiert Jürgen Habermas das Recht nicht nur bloß als ein relevantes gesellschaftliches Subsystem, sondern akzentuiert die partizipative Kraft des Einzelnen in seiner individuellen Interaktion mit der geltenden Gesetzeslage. Vgl. Habermas (1992), S. 49.

<sup>561</sup> Vgl. Luhmann (1978), S. 28 – 37.

<sup>562</sup> Vgl. hierfür genauer Luhmann (1993), S. 216 – 219.

<sup>563</sup> Vgl. Renner (2008), S. 64.

Gerechtigkeit bei Niklas Luhmann zeigt sich in Form der berühmten Kontingenzformel des Rechtssystems.<sup>564,565</sup> Zu Beginn muss demnach das Luhmann'sche Verständnis von Kontingenz einer peniblen und genauen Klärung zugeführt werden. Die Suche und Thematisierung der Gerechtigkeit im Rahmen der Rechtsordnung initiiert mittel- und unmittelbare Dynamiken, die die kontingente Darstellung eines nach Gerechtigkeit strebenden Rechts gnadenlos offenlegt. Das Recht realisiert den hohen gesellschaftlichen Anspruch nach Gerechtigkeit – wie bereits erwähnt – nur in ungenügendem Ausmaße. Die Irritationen zwischen Gerechtigkeit und Recht werden bereits beim ursprünglichen Auftauchen sozialer Konflikte sicht- und auch erkennbar. Das immanente Spannungspotential eines sozialen Konflikts lässt sich nur ungenügend in die formalistisch dominierte Sprache des Rechts transformieren. Unterschiedliche Rechtsauffassungen, welche durch mögliche Gestaltungs- und Interpretationsmöglichkeiten entstehen sowie unverhältnismäßige Exekutionsverfahren, können Geburtsstunden von missverstandenen Ungerechtigkeiten sein, die sodann zum Ausgangspunkt gesellschaftspolitischer Revolten werden können. Wo lässt sich die Gerechtigkeit im Labyrinth rechtsdogmatischer Tricks finden? Wo versteckt sie sich? In solchen Fällen kann Gerechtigkeit weder als Regel, noch als Prinzip, noch als Wert und somit auch nicht als relevantes Entscheidungskriterium des Rechts fungieren. Die regulative Idee von Gerechtigkeit wird selbstpervertierend ad absurdum geführt, denn Gerechtigkeit wird nach Luhmann in Form eines positiven Gesetzes keinerlei Abwägung zugänglich gemacht. Mag demnach in anderen Kontexten Gerechtigkeit ein Wert unter vielen sein, so ist und bleibt sie im Recht die eine Kontingenzformel, d.h. Gerechtigkeit ist für das Recht nach Luhmann die zentrale, wichtigste und bedeutungsvollste Orientierungsmaxime, ohne jedoch stets vollkommene Realisierung erfahren zu können.<sup>566,567</sup>

Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechts verlangt eine penible Aufarbeitung sowie eine tiefgehende analytische Beobachtungskompetenz des Rechts selbst sowie dessen unmittelbaren Anwendung in diversen Rechtskausen. Dadurch lässt sich auch der scheinbar infinite Gedankenkreis

---

<sup>564</sup> Die Gerechtigkeitsüberlegungen eines Niklas Luhmanns können nur verstanden werden, wenn auch systemtheoretische Erwägungen in die Analyse mit inkludiert werden. Die Besonderheit des Rechts als autopoietisches System auf der Suche nach systeminterner Gerechtigkeit erschöpft sich keinesfalls in einem vagen Desiderat an eine gerechte, vollkommene Welt, sondern verlangt sehnsüchtig nach etwas Konkreterem. In der Systemtheorie des Rechts kommt es zu einer unbedingten Verknüpfung von Rechtsakt und Rechtsnorm. Jeder Rechtsakt, wie ein Gesetz, ein Vertrag oder eine anderwärtige juristische Entscheidung, verändert nämlich die sich aus Normen konstituierende Rechtslage, da dadurch neue Rechtsnormen geschaffen werden. Diese Rechtsnormen können aber selbstständig und eigenmächtig keine neuen Rechtsakte hervorbringen, sondern lediglich die verdichtete Tendenz eines Möglichkeitsraumes für neue Rechtsakte. Vgl. *Luhmann* (1993), S. 49 – 50.

<sup>565</sup> Luhmann entscheidet somit die althergebrachte Frage, ob Gerechtigkeit notwendig oder bloß kontingent vom Recht eingefordert wird, für ihn überaus klar und eindeutig. Kontingenz bedeutet in diesem Zusammenhang allerdings auch eine rechtspositivistische Approximation. Denn kontingentes Recht kann in der ultima ratio auch auf jegliche Gerechtigkeitsrelation entbehrlich verzichten und dennoch für sich selbst das Prädikat des Rechts reklamieren. Vgl. *Tschentscher* (1999), S. 37.

<sup>566</sup> An anderer Stelle exemplifiziert Luhmann den Status der Gerechtigkeit anhand von Beispielen anderer Kontingenzformeln auf anderen Gebieten. Gerechtigkeit im Recht hat sodann die äquivalente Bedeutung wie Legitimität in der Politik, Gott in der Religion, knappe Güter in der Ökonomie, Bildung in der Pädagogik, u.s.w.. Vgl. *Luhmann* (1997), S. 469 – 470.

<sup>567</sup> Günther Teubner illustriert und konkretisiert mit folgender Begrifflichkeitstrias den Luhmann'schen Kontingenzbegriff: Kontingenz als Negationsverbot, Kanonisierung und Unbestreitbarkeit. Vgl. *Teubner* (2008), S. 16.

schlussendlich schließen. Denn eine Dezision in einem konkreten Rechtsfall und damit einer impliziten Suche nach Gerechtigkeit ist immer wieder auch Replik und Reflex auf bewährte Operationen und Mechanismen innerhalb eines Rechtssystems.<sup>568</sup>

Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechts geriert sich somit als notwendiges „*Schema der Suche nach Gründen oder Werten, die nur in Form von Programmen Rechtsgeltung gewinnen können*.“<sup>569</sup> Gerechtigkeit tritt daher nicht als rechtsinternes bzw. rechtsexternes Prinzip zum Vorschein, sondern äußert sich in einem Prozess der Selbstanalyse und Selbstkontrolle der Rechtsordnung auf Basis seiner inhaltlichen Programme. Diese Überlegungen machen auch die kurz-prägnante Luhmann'sche Gerechtigkeitsdefinition als „*adäquate Komplexität des konsistenten Entscheidens*“<sup>570</sup> erklärlich.

Konsistenz im Rahmen der Entscheidungen innerhalb eines Rechtssystems hat für Luhmann primäre Relevanz. Sie begründet auch die ausgeprägte Luhmann'sche Wertschätzung zu den Mechanismen und Operationen des Rechtssystems des Common Law. Der soeben illustrierte, nahezu infinite Gedankenkreis zur Begründung von Gerechtigkeit wird im Rahmen des Common Laws geradezu paradigmatisch vorzelebriert, da Entscheidungen zumeist unter Bedachtnahme und unter Heranziehung von bereits ergangenen Leitjudikaten getroffen werden. Die Konsistenz legt daneben eine weitere Prämisse der systemtheoretischen Gerechtigkeitskonzeption offen, nämlich das Konzept der Redundanz. Die Redundanz ist dabei auch ein protektiver Garant, der vor einer Überfrachtung des Rechtssystems bewahren soll, indem sie allgemeine Grundprinzipien des Rechts permanent verfeinert und dadurch verhindert, dass immer wieder neue Entscheidungsmuster entworfen werden müssen. Durch die ständig betriebene Ausdifferenzierung werden systemspezifische Codes und Begrifflichkeiten ausgebildet, welche die Geschlossenheit des Rechtssystems weiter zementieren.<sup>571,572</sup>

Die dichotomische Differenzierung zwischen Recht und dessen Umwelt, zwischen internen Logiken des Rechts und externen Sozialakten, zwischen codierten Rechtsbegrifflichkeiten und vitalen Gesellschaftsinteressen, bilden die notwendigen Grundvoraussetzungen um innerhalb der Gerechtigkeitsdiskurse eine Entscheidung über etwaige Disparitäten zu verhandeln und zu klären, ob die getroffenen rechtlichen Entscheidungen den Aspekten der externen Umwelten gerecht werden können, für die sie ursprünglich im Rahmen der Rechtsordnung auch geschaffen worden sind. In der Systemlehre bezeichnet man diesen Umstand auch als das Phänomen der doppelten Schließung. Denn während einerseits normerzeugende legislative Rechtsakte wie auch normverknüpfende Argumente jeweils in ihrem Kreis selbstreflexiver Verkettungen verbleiben, wird Gerechtigkeit als kategorisierende Selbstbeobachtung von Recht bzw. Unrecht durch selbstreferentielle interne Differenzierung in Rela-

---

<sup>568</sup> Vgl. Luhmann (1993), S. 220.

<sup>569</sup> Ebd., S. 223.

<sup>570</sup> Ebd., S. 225.

<sup>571</sup> Vgl. Renner (2008), S. 64.

<sup>572</sup> Auch Ralf Dreier sieht in der Redundanz den notwendigen Bewahrer vor einem Kollaps des Rechtssystems, die aus der Überkomplexität von modernen sowie postmodernen Gesellschaftsstrukturen entstehen würden. Vgl. hierzu Dreier (1981), S. 271.

tion zu den sozialen Umwelten verortet und auf ihre Adäquanz hin überprüft. Es kommt somit zu einem „Re-entry“ der Gerechtigkeit in das System des Rechts durch die Hintertüre.<sup>573</sup>

Der Aufschrei innerhalb der rechtssoziologischen Community auf das Luhmann'sche Werk „*Das Recht der Gesellschaft*“ aus dem Jahre 1993 war unüberhörbar. Es war der Auslöser einer kontroversiell geführten Debatte, die nach der Renaissance der Gerechtigkeitstheorien neuerlich von einem gewissen Skeptizismus getragen und geprägt gewesen war. Wenn nämlich Gerechtigkeit – so wie Luhmann es artikuliert hat – durch und im Recht nicht realisiert werden kann, wenn sie keinen wegweisenden Indikator für individuelles Entscheiden bereitstellt, wenn sie kein normatives Prinzip oder nachzustrebender rechtlicher Wert ist, wenn sie weder ethische noch politische Prinzipien vorgibt, so läuft sie Gefahr zu einer inhaltsleeren Phrase zu verkommen, eine Forderung unter unzählig anderen, nichts mehr also als die juristische Apologetik der Rechtsdogmatik oder der Präjudizienwirkung obergerichtlicher Entscheidungen.<sup>574</sup>

Andere wiederum verteidigten mit derselben Vehemenz den Luhmann'schen Kontingenzansatz. So weist der deutsche Rechtstheoretiker und Luhmannforscher Gunther Teubner darauf hin, dass Kontingenz mehr in die Richtung interne Konsistenz des Entscheidungshandelns zu deuten ist. Die Kontingenzformel verlangt eine ständige Selbstreflexivität<sup>575</sup> des Rechts zu seiner äußeren Umwelt sowie zu den historischen Kontexten von Gerechtigkeit. Deswegen ist auch die von Luhmann oftmals betonte Adäquanz<sup>576</sup> ganz entscheidend. Die Gefahr, dass Gerechtigkeit zu einem inhaltsarmen Selbstzweck verkommt, ist dabei omnipräsent. Gerechtigkeit verlangt vielmehr sensible und möglichst divergierende Antworten auf die von außen an das Recht herangetragenen Herausforderungen. Die Kontingenzformel bezweckt keinesfalls eine dem Recht unbedingt immanente, sondern vielmehr eine das Recht transzendierende Gerechtigkeit. Gunther Teubner bringt dabei Sinn und Zweck der Kontingenzformel nochmalig prägnant auf den Punkt: Interne Konsistenz des Handelns plus hohe Responsivität gegenüber von außen an das Recht herangetragenen Herausforderungen: das ist die Doppelformel juridischer Gerechtigkeit.<sup>577</sup>

---

<sup>573</sup> Vgl. auch organisationstheoretisch hierzu *Weick* (1985).

<sup>574</sup> So beispielsweise *Raiser* (2007), S. 139 – 142.

<sup>575</sup> Sobald allerdings Gerechtigkeit auf die Reflexivität sozialer Systeme angewiesen bleibt, kann die Reflexivität von darin stattfindenden Interaktionen mit der für diese charakteristische Wechselseitigkeit weder als Modell für formale noch für große Funktionssysteme dienen. Die Reflexivität der Gerechtigkeit benötigt eine gänzlich andere Form von Reflexivität, nämlich eine die nicht nur wechselseitige Beziehungsebenen universalisieren möchte, sondern unter der Prämisse und dem Wissen begrenzter Rationalität der Akteure, selbst beschränkende Handlungsimplicationen entwirft. Vgl. *Teubner* (2006), S. 175 – 177.

<sup>576</sup> Siehe auch die weiter oben angeführte Gerechtigkeitsdefinition.

<sup>577</sup> Vgl. *Teubner* (2008), S. 17.

### III.6.10. Amartya Sen und sein Konzept der pluralen Zugehörigkeit

Amartya Sen knüpft im Rahmen seiner theoretischen Betrachtungen bei der Suche nach validen Parametern für den Entwurf einer Konzeption von globaler Gerechtigkeit am Rawls'schen Urzustandsmodell an.<sup>578</sup> Er findet dabei zwei existente dialektische theoretische Vorstellungen vor. Auf der einen Seite befindet sich die universalistische Sicht, die für alle Menschen dieser Erde gemeinsame Gerechtigkeitsprinzipien, ohne Rücksicht auf etwaige Nationalitätenzugehörigkeit, zur Verfügung stellt. Auf der anderen Seite folgt das System des nationalen Partikularismus der Logik, dass es zunächst einmal die Aufgabe jeder einzelnen Nation ist, innerhalb ihrer Grenzen den Gerechtigkeitsprinzipien zum Durchbruch zu verhelfen und im nächsten logischen und folgerichtigen Schritt, die Nationalstaaten unter Anwendung ähnlicher Prämissen im Rahmen zwischenstaatlicher Beziehungen miteinander in ein gleichberechtigtes Kooperationsverhältnis treten sollten. Diese Differenzierung entfaltet dabei weitreichende Konsequenzen. Je nach vertretener konzeptioneller Ausgestaltung müssen andere Anforderungen formuliert werden bzw. andere Organe als primäre politische Akteure mitsamt ihrer autonomen Kompetenzbereiche identifiziert werden.

Sen sieht dabei in beiden Konzeptionen manifeste Schwächen. Zum einen kritisiert er bei der universalistischen Ansicht die Unmöglichkeit, allgemeingültige Argumentationslinien zu finden. Daneben vermisst er die notwendige institutionelle Basis, die es ermöglichen würde, allgemeinverbindliche Regeln und Normen festzusetzen, um universell im Gleichklang den Urzustand überwinden zu können.<sup>579</sup>

Aber auch die Konzeption des nationalen Partikularismus weist merkliche Defizite auf. Der von Rawls vertretene Ansatz versucht zunächst die als Fairness verstandene Gerechtigkeit in einer einzelnen politischen Entität zum Durchbruch zu verhelfen, bevor dies in einem nächsten Schritt im Verhältnis zwischen den Völkern realisiert werden soll.<sup>580</sup> Diesen Ansatz verwirft Sen unter dem Hinweis darauf, dass der Rolle der grenzüberschreitenden direkten Verbindung der Menschen zueinander zu wenig Bedeutung beigemessen wird. Für Sen ist es ein unumstößliches Faktum, dass im postnationalen Zeitalter die Lebensrealitäten neben dem Merkmal der Nationalität auch durch transnationale Attribute wie Klasse, Geschlecht, politische Einstellung oder soziale Interessen bestimmt sind. Diese zivilgesellschaftlichen und interpersonellen Beziehungsgeflechte negiert das Konzept von Rawls jedoch vollständig.

---

<sup>578</sup> Die internationale und globale Gerechtigkeit dominiert nicht nur die empirische Debatte, sie ist auch Gegenstand der politischen Theorie. Die verschiedenen Ansätze zeichnen sich jedoch durch einen großen Pluralismus aus, weshalb sie im Rahmen der Internationalen Beziehungen auch zu sehr unterschiedlichen Konsequenzen bzw. Erklärungsmustern geführt haben.

<sup>579</sup> Aus Sens Sicht sind dafür die Vereinten Nationen eindeutig politisch zu schwach, da sie in einem engen Abhängigkeitsverhältnis zu den ebenfalls auf internationaler Ebene agierenden Nationalstaaten stehen.

<sup>580</sup> Dies deckt sich im Übrigen mit dem Rawls'schen Verständnis des Völkerrechts. Vgl. *Rawls* (2002).

Amartya Sen präferiert wegen der so eben skizzierten Schwächen keine dieser Konzeptionen, da nach seiner Ansicht beide kein adäquates Verständnis für die grundsätzlichen Problemstellungen der internationalen Gerechtigkeit liefern und daher auch die vorhandene Pluralität der Internationalen Beziehungen nicht annähernd abgebildet werden können. Diese Defizite erkennend konzipiert Sen einen anders gelagerten Entwurf der Gerechtigkeit. Aus den von ihm herausdestillierten Mängeln eines unrealistischen, universalistischen Modells auf der einen und dem zu separatistisch und eindimensional anmutenden Konzept des nationalen Partikularismus auf der anderen Seite, gründet er einen vollständig neuen Ansatz, der dann später auch als „*Konzept der pluralen Zugehörigkeit*“ bezeichnet wurde. Nach Sen besitzt jedes Individuum nicht eine, sondern mehrere plurale Identitäten, aus denen unterschiedliche Interessen und Forderungen resultieren und die mit anderen – unter Vernachlässigung nationaler Grenzen – auch in Konflikt geraten können. Fairness wird dabei auf verschiedene Gruppen und nicht bloß auf einzelne Nationen angewandt. Ein veritabler Vorteil dieser Sichtweise besteht unter anderem darin, dass die Überwindung des Urzustandes nicht als einmaliger Akt wahrgenommen wird. Die Urzustandlehre erweist sich vielmehr als fruchtbarer Ausgangspunkt, um zur gruppeninternen Individualisierung beizutragen und um Einsichten und Anregungen bei der Ausgestaltung unterschiedlicher Gruppenidentitäten zu gewinnen.<sup>581</sup>

Als Folge der multiplen Identitäten können Verpflichtungen aus einer Identität selbstredend nicht alle übrigen Belange dominieren. Verpflichtungen aus einer Identität können dabei in einem Konkurrenzverhältnis zu Verpflichtungen aus anderen Identitäten stehen. Die Antizipierung und die Gewichtung solcher abweichenden Forderungssituationen stellt im Einzelfall keine leichte Aufgabe dar. Es ist aber allemal zufriedenstellender als die Zugehörigkeit zu einigen Gruppen von der Nationalitätenfrage verdrängen zu lassen. Denn genau dies pervertiert ja die Bedeutung der verschiedenen interpersonalen Identitäten.

Was bedeutet dieser Ansatz der pluralen Identitäten für die Ausformung von internationalen Institutionen und Organen? Bekanntermaßen existieren heutzutage unzählige Internationale Organisationen, die manchmal hegemonial von einigen wenigen großen Staaten dominiert werden und bisweilen auch deutlich internationaler ausgerichtet sind. Andere Organisationen wiederum verfolgen ökonomische Interessen und wiederum andere haben transnationale zivilgesellschaftliche Anliegen. Unabhängig von den unterschiedlichen Zielvorstellungen müssen Internationale Organisationen, um nicht von nationalstaatlichen Perspektiven vereinnahmt zu werden, aufzeigen, was sie einzeln oder im Verbund mit anderen international agierenden Organisationen darüber hinaus zu leisten im Stande sind. Können sie sich dabei von nationalstaatlichen Vereinnahmungstendenzen emanzipieren, so

---

<sup>581</sup> Sen verweist in diesem Zusammenhang beispielgebend auf die Ärzteschaft und die durch den Hippokratischen Eid (bekanntlich weder nationales Dogma noch Norm) vermittelte transnationale Verpflichtung, den Patienten helfen zu wollen.

leisten sie entscheidende Beiträge bei der Herstellung gerechter globaler Verhältnisse, welche die Besonderheiten der Nicht-Exklusivität und der Unteilbarkeit aufweisen.<sup>582</sup>

---

<sup>582</sup> In eine solche Richtung entwickelt sich langsam und natürlich mit einigen Abstrichen der Internationale Strafgerichtshof. Vgl. IV.6.6..



## IV. Teil – Ausgewählte Themengebiete im Spannungsverhältnis zwischen Politik, Recht und Gerechtigkeit

### IV.1. Gerechte Verfahren als Voraussetzung für gerechte Ergebnisse

#### IV.1.1. Zur Ausgangslage

Die in der Einleitung bereits dargelegten Aspekte formaler Gerechtigkeit evozieren fast zwangsläufig eine Debatte um das Auffinden gerechter Verfahren sowie deren integralen Bestandteile. Die Suche nach Verfahrensgerechtigkeit impliziert die Suche nach Regularien und Parameter, die das komplexe Zusammenspiel verschiedenster menschlicher Wert- und Interessenlagen ordnend regulieren sollen. Solche Verfahren operieren auf der Grundlage unablässigen Vergleichens. Sie vergleichen u.a. Situationen, Interessenlagen oder das artikulierte Vorbringen zweier Streitparteien, um schlussendlich dezisiv zu einer möglichst gerechten, allgemein akzeptierten, Entscheidung zu gelangen. Dabei werden verschiedene Vergleichskriterien in einem zuvor ausbedungenen Modus gegeneinander abgewogen. Dieser Vergleichskriterien basieren auf dem Destillat zuvor festgestellter materieller Gerechtigkeitsaspekte.<sup>583</sup> So verwundert es auch keineswegs, dass einer der wohl wichtigsten Funktionen von Verfahren eine möglichst wirklichkeitsnahe Rekonstruktion der rechtlich zu beurteilenden Sachverhalte darstellt.<sup>584</sup>

Ist also Verfahrensgerechtigkeit mehr als die verengte personalisierte Sichtweise des gerechten Richters? Ist man geneigt diese Frage zu bejahen, so muss das Verfahren in seiner spezifisch normativen Struktur in den Betrachtungsmittelpunkt gerückt werden. Blicken wir somit hinter die Fassade der Verfahrensgerechtigkeit und enthüllen wir dabei ihren terminologischen Mantel. Verfahrensgerechtigkeit setzt in einem ersten Gedankenschritt die prinzipielle Möglichkeit der Begründung und Erzeugung von Gerechtigkeit in Verfahren voraus. Die Verfahrensgerechtigkeit soll somit als willkommenes Vehikel zur Erzeugung substantieller, materieller Gerechtigkeit fungieren und ist somit keineswegs nur bloßer Selbstzweck.<sup>585</sup>

Bevor wir also unseren Fokus auf gerechtigkeitsrealisierende Verfahren lenken wollen, muss zunächst ihre Stellung innerhalb verfassungsrechtlicher, demokratischer Strukturen einer näheren Klärung unterzogen werden. Manche Autoren sprechen diesbezüglich von einem „*relativen Primat des*

---

<sup>583</sup> Vgl. Székessy (2003), S. 30.

<sup>584</sup> Winfried Hassemer weist in diesem Zusammenhang auch auf die immanent wichtige Rolle der Wahrheitsfindung im Strafprozess hin. Er gelangt dabei zum Ergebnis, dass Gerechtigkeit Ziel des materiellen und die Wahrheit das Ziel des formellen Strafrechts darstellt. Denn – so Hassemer – Gerechtigkeit kann nicht erhofft werden, wenn zuvor nicht die Wahrheit rekonstruiert wurde. Vgl. Hassemer (2009), S. 26 – 27.

<sup>585</sup> In diesem Kontext sei der Vollständigkeit halber darauf verwiesen, dass im Fall einer normativen Analyse hierorts lediglich die objektiv verstandene Verfahrensgerechtigkeit erörtert werden kann und soll. Trotzdem sei auf den vor allem in der Sozialpsychologie verbreiteten Untersuchungsgegenstand der subjektiven Verfahrensgerechtigkeit hingewiesen, die vor allem subjektive Prädispositionen, wie Meinungen und Einstellungen zu subjektiv verstandener Gerechtigkeit hinterfragen möchte. Es geht diesfalls auch um einen intuitiven Gerechtigkeitsinn und Gerechtigkeitsgefühle. Vgl. hierzu unter vielen Bierhoff (1996).

*Prozeduralen*.<sup>586</sup> Nur was lässt sich genau darunter vorstellen? Was soll damit gemeint sein? Ist man demnach mit einer Situation inhaltlicher undefiniertheit einer konkreten Entscheidungssituation konfrontiert, so soll materielle Gerechtigkeit innerhalb eines demokratischen Verfassungsstaates entlang der Vorgaben normativer geregelter Verfahren erzeugt werden, die sich ihrerseits wiederum an Gerechtigkeitsprämissen orientieren.<sup>587</sup> Innerhalb der demokratischen Verfassungsordnungen sind alle relevanten Akteure wie Parlament, Regierung, Gerichtsbarkeit, aber auch – natürlich nur in einem weniger intensiven Ausmaß – die zivilgesellschaftlichen Akteure, in diversen Verfahrensordnungen verwoben. Selbst im aktuell dominanten ökonomischen System existieren Marktmechanismen, die von niemand geleugnet werden. Im vom Diskurs dominierten zivilgesellschaftlichen Raum konnten sich trotz aller Zwanglosigkeit des Diskurses Verfahrenselemente herausbilden, die es nolens volens zu berücksichtigen gilt. Diese Kompilation divergenter Verfahrenstypen, die allesamt verschiedenste Thematiken in die Nähe der Entscheidungsrelevanz führen möchten, soll im demokratischen Verfassungsstaat zur Realisierung materieller Gerechtigkeit beitragen. Diese Verfahrensausgänge sind zunächst inhaltsoffen formuliert und auch abhängig von den jeweiligen Majoritätsverhältnissen. Dieser Umstand betont noch weiter die Relativität des Prozeduralen bei der Verwirklichung von Gerechtigkeit. Da sich moralische Werte und somit auch der Gerechtigkeitsgehalt einmal getroffener Entscheidungen innerhalb von sozialen Ordnungen auch ändern können, ist es umso wichtiger, Verfahren zur Verfügung zu haben, die neuerliche und wiederum nach Gerechtigkeit trachtende Entscheidungen treffen können. Dieses Argument zu Ende gedacht impliziert, dass der Staat und seine Organe, respektive seine Organwalter, per definitionem selbst niemals gerecht sein können; sie dienen vielmehr als Mittel zum Zweck zur Realisierung gerechter Entscheidungsverfahren.<sup>588</sup>

Nach Brian Barry gibt es drei zentrale konstitutive Elemente von Verfahrensgerechtigkeit. Zum einen müssen gerechte Verfahrensregeln in Hintergrundkontexten eingebettet sein, die es erst ermöglichen, dass die Regeln prozeduraler Gerechtigkeit sich vollends entfalten und entwickeln können (Hintergrundfairness). Zweitens müssen diese Normen zur Erzielung gerechter Verfahrensergebnisse ohne abweichenden Spielraum von jedermann ubiquitär eingehalten und befolgt werden (Regeleinhaltung). Und zu guter Letzt müssen die verfahrensgerechten Regeln selbst gerechtigkeitsfördernd begründet sein und in weiterer Folge auch zur Anwendung gelangen. Gerade das letzte Kriterium impliziert demnach eine Art Selbstverpflichtung der Verfahrensgerechtigkeit (Verfahrensfairness).<sup>589</sup> Ausgehend von diesen Grundüberlegungen wagt Axel Tschentscher einen probaten Definitionsversuch von Verfahrensgerechtigkeit: „*Prozedurale Gerechtigkeit ist diejenige Förderung der Ergebnissgerechtigkeit, die*

<sup>586</sup> Tschentscher (1999), S. 335.

<sup>587</sup> Deshalb auch die Einschränkung unter Hinweis auf die Relativität des Prozeduralen.

<sup>588</sup> Aber die Verfahrensgerechtigkeit kennt auch immanente Grenzen. Nicht jegliche gesellschaftliche Ausformung von Gerechtigkeit ist Resultat von gerechten Verfahrensregeln. Vielmehr erfährt Gerechtigkeit auch im Rahmen gelebter Grundrechtstraditionen im außerrechtlichen Bereich eine entscheidende Prägung. Nicht selten haben Verfahren lediglich eine heuristische Funktion inne. Gerechte Ergebnisse werden zunächst außerhalb derselben definiert und erfahren alsdann innerhalb der Verfahrensgrenzen nur mehr eine weitere Legitimation. Vgl. Kaufmann (1989), S. 20.

<sup>589</sup> Vgl. Barry (1965), S. 97 – 99.

*unter den Anwendungsbedingungen eines als gerechtigkeitsfördernd begründeten Verfahrens durch die korrekte Einhaltung der Verfahrensregeln erreicht wird.“*<sup>590</sup>

Verfahrensgerechtigkeit in einem normativen Sinn verstanden führt daher nolens volens zu einer Form von juridischer Gerechtigkeit, die im Alltag in Form von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zum Vorschein tritt. Dabei wird die Lösung wichtiger individueller, aber auch gesellschaftlicher Konflikte durch eine neutrale, weil normgebundene, Instanz unter der Anwendung allgemeiner Bestimmungen auf spezifisch konkrete Fallsituationen und unter besonderer Berücksichtigung der Singularität der darin involvierten Personen angestrebt. Denn jedem spezifischen Anliegen von Verfahrensparteien liegt auch ein soziales Konfliktszenario zu Grunde. Der Herstellung und Erzeugung von Verfahrensgerechtigkeit ist daher zunächst in die Hände der Richterschaft und anderer rechtsanwendender Organe gelegt. Verfahrensgerechtigkeit bedarf daher einer Praktik gelebter Differenzierungen. Der reflexartige Mechanismus des Gleichheitssatzes gebietet nun mal Gleiches gleich und Ungleiches eben ungleich zu behandeln. Darin manifestiert sich auch der zentrale und augenscheinlichste Unterschied einer durch das Recht mediatisierten Gleichheit zur politischen Gleichheit, die ja bekanntlich auf bindenden und gerecht verstandenen Kollektiventscheidungen basiert. Aus Erfahrungswerten ist uns ins Bewusstsein gerückt, dass durch konfligierende Zieldeterminanten zwischen politischer Gerechtigkeit und jener im Verfahrensrecht durchaus Differenzen, ja sogar Widersprüchlichkeiten zu Tage treten können. Gunther Teubner legt diesen Umstand treffend offen, wenn er davon spricht, dass *„Gesetzgebung, die von Überlegungen der politischen Gerechtigkeit beherrscht wird, die juridische Gerechtigkeit der Gerichtsverfahren [unterminiert]. Gleiches gilt für den umgekehrten Fall. Ebenso bewegen sich die Prinzipien moralischer Gerechtigkeit, die auf der Basis wechselseitiger Achtung entwickelt und von der philosophischen Ethik systematisiert worden sind, in einem vergleichbaren Verhältnis des Widerspruchs und der Kritik gegenüber den Forderungen der juridischen Gerechtigkeit.“*<sup>591</sup>

Keinesfalls verwechselt darf die durch Verfahren generierte Gerechtigkeit der Ergebnisse mit der ebenfalls durch Verfahren intendierten Richtigkeit. Nur die Einhaltung von Verfahren alleine begründet nämlich noch keine Gerechtigkeit. Entscheidungsträgern steht innerhalb der Verfahrensordnungen regelmäßig eine breite Palette von vielfältigen Handlungsalternativen offen. Halten sich diese an die verfahrensrechtlichen Vorgaben, lässt sich zunächst nur von der Richtigkeit, nicht allerdings von der Gerechtigkeit, der darin erzielten Ergebnisse sprechen.<sup>592</sup>

---

<sup>590</sup> Tschentscher (1999), S. 121. Axel Tschentscher nimmt in seiner Dissertation in weiterer Folge noch vielschichtige Differenzierungen von Verfahrensgerechtigkeit vor, die m.E. für eine fundierte normative Analyse wenig Brauchbares zur Verfügung stellen und eher im Bereich von Gedankenexperimenten zu verorten sind. So unterscheidet er etwa zwischen vollkommene und unvollkommene sowie in reine und quasi-reine Arten von Verfahrensgerechtigkeit. Vgl. ebd., S. 124 – 131.

<sup>591</sup> Teubner (2008), S. 16.

<sup>592</sup> Studien, die auf das Richtigkeitsargument aufbauend im parlamentarischen Gesetzwerdungsprozess eine Annäherung an die Idealform des Diskurses erblicken, da innerhalb solcher Prozesse sowohl ein ausreichendes Maß an Öffentlichkeit geschaffen als auch die Umstände des Einzelfalles möglichst ideal rekonstruiert werden können, überschätzen m.E. den Rationalitätsgehalt solcher (Parlaments-)Verfahren um ein Vielfaches. Vgl. Müller (1993), S. 149 – 152.

In der rechtsphilosophischen wie politiktheoretischen Beschäftigung mit dem Phänomen des Verfahrens bestimmte lange Zeit ein materielles Verständnis von Gerechtigkeit den Diskurs, was zwar zu einer intensiven Auseinandersetzung mit den Ergebnissen von Verfahren, jedoch nicht so sehr mit den eigentlichen Verfahrensprozedere führte. Deshalb scheute man auch lange Zeit davor zurück, bei Verfahren das Prädikat der „Gerechtigkeit“ zu gebrauchen. Es schien als vermied man mit Tunlichkeit und einiger Beharrlichkeit die Anwendung einer Gerechtigkeitsterminologie und beschränkte sich bei der Beschreibung von Verfahrenstrukturen vielmehr auf ethische Komponenten mit ebenso diffusen Attributen wie rechtlich, rechtsstaatlich, gehörig oder billig. Roland Dubischar hat im Zuge seiner Auseinandersetzung mit der Verfahrenslegitimation bei Niklas Luhmann hierzu richtigerweise festgehalten: *„Die Juristen haben vor lauter einzelnen Verfahrensrechten und Geschäftsordnungen das Verfahren als solches nicht zum Gegenstand einer gesonderten Allgemeinen Lehre gemacht; unbegreiflicherweise haben auch die Rechtsphilosophen kaum zusammenhängend über das Wesen des Verfahrens nachgedacht – vielleicht weil sie mehr mit dem Sein als mit dem Werden des Rechts befasst waren.“*<sup>593</sup>

Die weiter oben bereits angedeutete, unentwegt angewandte Differenzierung anhand der Gleich- und Ungleichlogik steigert dabei die Komplexität des Rechtssystems in seiner Gesamtheit. Denn durch das permanente Distinguieren, kurz gesagt durch die Ungleichbehandlung ungleicher Fälle wird nach und nach ein Rechtssystem generiert, das es verlangt, Verfahrensgerechtigkeit für sich selbst immer wieder von Neuem zu definieren.<sup>594</sup>

#### IV.1.2. Der Begriff der Fairness als der Schlüsselbegriff von Verfahrensgerechtigkeit

Diese zum Abschluss des einleitenden Kapitel getätigte Beurteilung von Roland Dubischar mag lange Zeit durchaus seine Berechtigung gehabt haben, musste jedoch zu dem Zeitpunkt relativiert werden, als der aus dem angelsächsischen entlehnte Begriff der Fairness vermehrt auch hierzulande im politischen Diskurs verwendet wurde.<sup>595</sup> Der Begriff der Fairness, den man im deutschen Sprachraum mit den Attributen Angemessenheit, Zweckmäßigkeit und Korrektheit assoziiert, ist bei genauerer Betrachtung eng mit Verfahrensoperationen junktiniert<sup>596</sup> und grundsätzlich unabhängig von inhaltlichen Voraussetzungen.<sup>597</sup>

Fairness stellt sich heutzutage als eine ethische Mindestanforderung an das Verfahren dar. Mittlerweile wird das prozedurale Gebot der Fairness häufig und teilweise auch leider ziemlich unreflek-

<sup>593</sup> Dubischar (1973), S. 88 – 89.

<sup>594</sup> Vgl. Foerster (1993), S. 350 – 356.

<sup>595</sup> Vgl. Vollkommer (1980), S. 209 – 210.

<sup>596</sup> Manche plädieren gar den Begriff der Fairness als Synonym für Verfahrensgerechtigkeit an sich zu verwenden, was m.E. über das Ziel hinausschießt. Vgl. Berkemann (1989), S. 226 – 228.

<sup>597</sup> Man denke dabei nur an Fairnessabkommen im Rahmen politischer Konfrontationen, die zum Beispiel Regeln im Umgangston und im Wahlkampf vorskizzieren, nicht jedoch die substantielle Debatte inhaltlich beschränken möchten. Hierzulande werden Fairnessabkommen vor allem zur Begrenzung von Wahlkampfbudgets abgeschlossen, die allerdings dann – weil diese Vereinbarungen am Makel der Sanktionslosigkeit leiden – zu meist nicht eingehalten werden.

tiert als Synonym für Verfahrensgerechtigkeit verwendet. Verfahren wurden – wie bereits oben kurz ausgeführt – lange Zeit als Vehikel zur Erzielung von gerechten Entscheidungen zwar anerkannt, jedoch nicht weiter und tiefgehender theoretisch analysiert. Die bloße Reduktion von Verfahrensrechten auf ein von Zweckmäßigkeitserwägungen geprägtes Recht war sicherlich auch eine der Hauptursachen, warum die Verfahrensgerechtigkeit dem operativ ja prädestinierten Anwendungsgebiet der Idee der Gerechtigkeit lange Zeit verschlossen blieb. Drastisch und überspitzt formuliert könnte man sogar behaupten, dass die ethische Qualität des Verfahrens *prima facie* darin gesehen wurde, dass es im Dienst der finalen, prozessabschließenden Gerechtigkeit gestanden hat, selbst jedoch lange Zeit keinen Untersuchungsgegenstand darstellte.

Mit der Rezeption des Fairnessbegriffs aus dem angloamerikanischen Sprachraum wurde folglich dem Phänomen der Gerechtigkeit ein neuartiges operatives Anwendungsgebiet eröffnet. Verfahrensgerechtigkeit auf ihr essentielles Substrat reduziert beschäftigt sich sehr allgemein gesprochen mit der ethischen Ausgestaltung eines Entwicklungsvorgangs, dem eine innere Bewegung und ein dynamisches Momentum eigen ist. Der Begriff der Fairness hat dabei den Vorteil einer gewissen historischen Unbelastetheit im Gerechtigkeitsdiskurs. Er kann daher isoliert von der allgemein antizipierten Vorstellungen von materieller Gerechtigkeit fokussiert auf Verfahren und nicht so sehr auf deren Ausgang angewandt werden. Fairness *per se* bedingt daher noch keine Gerechtigkeit. Gerechtigkeit kann erst durch das durch die Einhaltung von gerechten Verfahrensregeln gewonnene Ergebnis erzielt werden.<sup>598,599</sup>

Die Begrifflichkeit der Fairness wird in den theoretischen Gerechtigkeitsdiskursen eng mit der Person John Rawls konnotiert. Das gesamte Werk von Rawls oszilliert dabei gleichsam paradigmatisch um die Formulierung fairer prozeduraler Regeln. Als Quintessenz der Rawls'schen Theorie kann an dieser Stelle konstatiert werden: Werden Verfahren um die Redistribution sozialer Güter allgemein als fair anerkannt, so erübrigt sich jede weiterführende Debatte um den Gerechtigkeitsgehalt der darin realisierten Ergebnisse. Nach Rawls müssen diese zwingend und konsequent auch gerecht sein. Das Fairnessprinzip wird gerade im zweiten Gerechtigkeitsprinzip von Rawls, dem Differenzprinzip, nahezu in Reinform vorexerziert.<sup>600</sup>

Ergebnisse der Verfahrensgerechtigkeit sind immer dann reliabel, wenn die Fairness auch zur Förderung der allgemeinen Richtigkeit der Ergebnisse in einem entscheidenden Ausmaße beiträgt. Faire Verfahren müssen neben allen übrigen Anforderungen auch richtigkeitsorientiert sein, d.h. es muss inhaltsunabhängig dazu geeignet sein, richtiges Handeln und davon abgeleitet Gerechtigkeit befördern zu wollen.<sup>601</sup>

---

<sup>598</sup> Vgl. Hoffmann (1992), S. 36 – 38.

<sup>599</sup> Ähnlich sieht dies auch Jörg Berkemann, der Fairness als immanentes prozedurales Rechtsprinzip anerkennt, das zwar im Innenverhältnis verwandte Züge mit der Idee der Gerechtigkeit aufweist, aber dennoch höchst differente Aufgaben zu bewältigen hat. Fairness, so Berkemann, ist im Ergebnis nichts anderes als eine terminologische Variante des Themas von prozeduraler Gerechtigkeit. Vgl. Berkemann (1989), S. 221.

<sup>600</sup> Siehe dazu genauer unter III.6.2..

<sup>601</sup> Vgl. Tschentscher (1999), S. 122 – 123.

#### IV.1.3. Grundrechte als Determinanten des demokratischen Verfassungsstaates

Grundrechte stellen sich als die konstanten kodifizierten Determinanten eines demokratischen Verfassungsstaates dar. Eine staatliche Entität und die darin lebende Gemeinschaft definiert und legitimiert sich durch von Gleichheit, Freiheit und Würde geprägten fundamentalen Rechten, die in der allgemeinen Staatstheorie auch als Grund- bzw. Menschenrechte bezeichnet werden.<sup>602</sup>

Ausgehend von den kontraktualistischen nach Aufklärung trachtenden Theorien, konnte sich ein universell anerkanntes und akzeptiertes Dogma entwickeln. Nur ein Staat der Grund- und Menschenrechte akzeptiert und fördert und durch seine Verfassungsgerichtsbarkeit schützen lässt, wird á la longue von seinen Untertanen auch (Rechts-)Gehorsam entgegengebracht bekommen und darf sich zurecht das Etikett eines Rechts- und Verfassungsstaates metaphorisch auf sein Revers heften. Demokratische Verfassungsstaaten werden unter anderem auch dadurch charakterisiert, dass sie neben der allgemeinen Anerkennung von Grund- und Menschenrechten auch Verfahren bereitstellen, um diese effektiv durchsetzen zu können.<sup>603</sup>

Nur eine dogmatische Rechtsanwendung der Grundrechte alleine, vermag noch nicht den vollen inhaltlichen Telos der Grundrechte auch nur einigermaßen adäquat zu skizzieren. Grundrechte sind Obstakeln für das politische Handeln, denn sie beschränken dasselbe. Somit unterliegen die Grundrechte einer generellen und allgegenwärtigen Gefährdung von verschiedenen anderen Staatsgewalten zu jeweils deren Gunsten uminterpretiert zu werden. Zum einen muss dabei die Verfassungsgerichtsbarkeit der nur allzu verlockenden Gefahr widerstehen, die Grenze der Grundrechtsjudikatur zu überschreiten, indem sie rudimentäre politische Gestaltungsaufgaben für sich reklamiert. Dennoch darf die Verfassungsgerichtsbarkeit auch nicht zum anderen Extrem neigen, indem sie sich in übervorsichtiger Zurückhaltung übt und der Politik die inhaltliche Schrankenwirkung der Grundrechte nicht aufzeigt.<sup>604</sup>

---

<sup>602</sup> Bevor es diese Thematik näher zu durchleuchten gilt, muss eine etymologische Begriffsklärung vorangestellt werden. Grundrechte unterscheiden sich bei näherer Betrachtung von den Menschenrechten, wiewohl naturgemäß auch unverkennbare Interdependenzen existieren. Menschenrechte sind dabei eng mit dem Wesen und der Natur des Menschen verbunden und diesem gleichsam von Natur aus angeboren. Grundrechte auf der anderen Seite werden dem Individuum erst vom Staat gewährt und setzen zumeist einen „*status civilis*“ einer Person voraus. Infolgedessen werden Grundrechte auch gerne als Bürgerrechte bezeichnet. Für eine penibel durchgeführte Differenzierung siehe auch *Berka* (1999), S. 14 – 16.

<sup>603</sup> Das Desideratum erweist sich in manchen Teilen dieser Erde als bloßes Wunschdenken. Nur allzu oft werden Grund- und Menschenrechte als Vorwand für anderwärtige Interessen und Zielsetzungen missbraucht. Von einem universellen, völkerrechtlich verbindlichen Status der Menschenrechte kann deshalb bedauerlicherweise noch nicht berichtet werden. Vgl. *Höffe* (1981), S. 241 – 242.

<sup>604</sup> Mittlerweile haben sämtliche Verfassungsgerichte im europäischen Rechtsraum ihre zuvor praktizierte sprichwörtliche Reserviertheit aufgegeben. Dies schien dringend geboten, denn der Umgang der Politik mit Grundrechten und Grundfreiheiten war lange Zeit ein durchaus sorgloser. In Österreich wurde dieser sorglose Umgang in Zeiten mit Verfassungsmehrheit ausgestatteter Koalitionsregierungen geradezu paradigmatisch vorexerziert, indem diese Grundrechte durch verfassungsrechtliche Umgehungsgesetze auszuhebeln versuchten. Auf den Höhepunkt wurde diese Scharade mit der Erhebung von Taxikonzessionen in den Verfassungsrang nach einem verurteilenden Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg 10.932/1986) getrieben, in dem das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit Dritter nach dem Lobbying von Vertretern der Taxiinnung wiederum eingeschränkt wurde. Vgl. dazu genauer auch *Gschiegl* (2007), S. 49 – 51.

Die Grundelemente des modernen Grundrechtsverständnisses können sohin folgendermaßen zusammengefasst werden:<sup>605</sup>

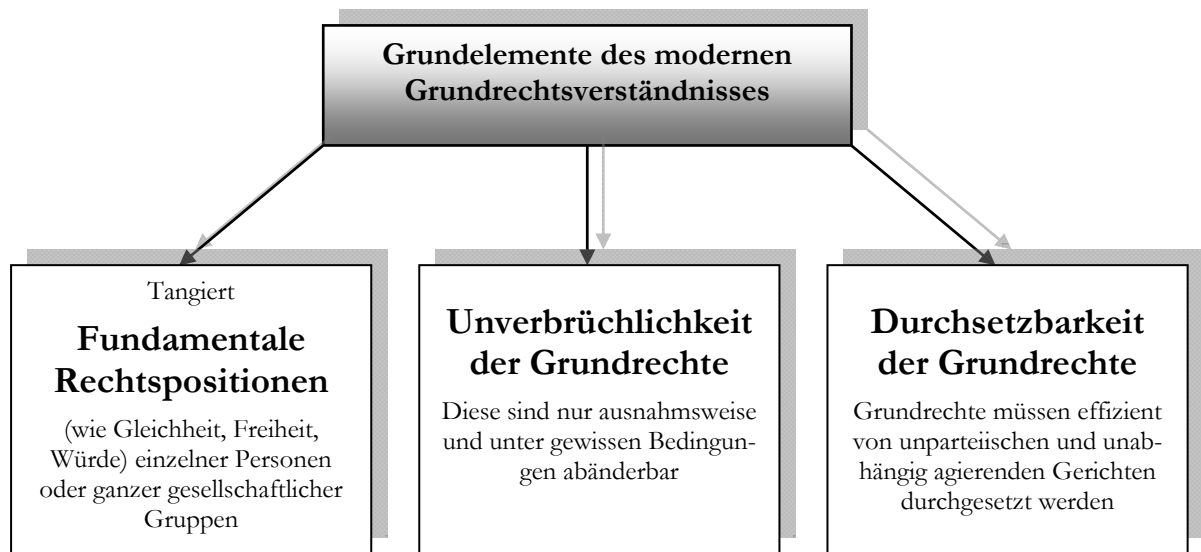


Abb. 19: Grundelemente des modernen Grundrechtsverständnisses

Um zu diesem in Abbildung 19 dargestellten Grundrechtsverständnis zu gelangen, galt es allerdings einen durchaus weiten und konfliktreichen Weg zu beschreiten. Mit den zunehmenden Kodifizierungstendenzen mutierte auch das ursprüngliche Grundrechtsverständnis. Während das liberale Grundrechtsverständnis noch auf die Disparität zwischen herrschenden Souverän und dem in seiner Freiheitssphäre zu schützenden Individuum aufbaut, überbrückt das oben gerade eben illustrierte Grundrechtsverständnis den vorher existenten Hiatus zwischen Staat und Gesellschaft. Der demokratische Verfassungsstaat konstituiert sich vielmehr auf den bürgerlichen Strukturen der Gesellschaft. Der Staat ist kein opponierender Konterpart der bürgerlichen Freiheit mehr, sondern vielmehr ein Garant deren Realisierung und Durchsetzung, ohne dass dabei die ursprünglich intendierte Abwehrfunktion der Grundrechte verloren gegangen wäre. Darum bilden Grund- und Menschenrechte heutzutage die basale Wertgrundlage sowie eine innere tiefere Legitimation des demokratischen Verfassungsstaates.<sup>606</sup>

Daneben darf aber auch die bedeutsame Funktion der Grundrechte für den Einzelnen nicht außer Acht gelassen werden. Grund- und Menschenrechte statuieren Freiheits- und Gleichheitsräume für einzelne Individuen, aber auch für andere innerhalb einer demokratischen Verfassungsordnung agierenden gesellschaftlichen Gruppierungen. Grundrechte sind somit verfassungsgesetzlich verankerte Grundmaximen des Verfassungsstaates und verbürgen Freiheit und rechtliche Gleichheit innerhalb der staatlichen Gemeinschaft. Sie rekurrieren dabei auf die Grundrechtsideale, wie sie Ende des 18. Jahrhunderts erkämpft wurden und hernach Eingang in die Grundrechtskataloge westlicher Ver-

<sup>605</sup> Vgl. *Berka* (1999), S. 12 – 14.

<sup>606</sup> Vgl. *Ebd.*, S. 28.

fassungsstaaten gefunden haben und mit zunehmender Internationalisierung der Menschenrechtsidee auch zu einer Fixgröße der Internationalen Politik avanciert sind.<sup>607</sup>

Vergegenwärtigt man sich dabei die nüchterne, formelle Textierung der österreichischen Bundesverfassung, so entsteht auf den ersten Blick nicht der Eindruck, dass Österreich den durch die Grundrechte mediatisierten Staatsidealen entsprechen wollte. Der aus der Mitte des 19. Jahrhunderts entstammende Grundrechtskatalog des Staatsgrundgesetzes wäre demnach nicht geeignet, eine solche „*Staatsfundamentalnorm*“ eines demokratischen Verfassungsstaates zu begründen. In einer Demokratie erweisen sich nämlich die inhaltlichen Dimensionen der Grundrechte als determinierende Orientierungsmaßstäbe gerechter Politik. Politisches Handeln, welches es sich zur Aufgabe gesetzt hat, die Grundrechte zu respektieren und aktiv zu befördern, fokussiert das Gemeinwohl des gesellschaftlichen Zusammenlebens und wird somit auch einen gesellschaftlichen Grundkonsens auf sich vereinigen können.<sup>608</sup>

Erst die Erhebung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in den Rang eines Verfassungsgesetzes prägte auch in Österreich in entscheidender Weise sowohl in Gesetzgebung als auch innerhalb der Verfassungsjudikatur die operative Handhabung der Grundrechte. Die gelangt auch in der programmatischen Präambel der Europäischen Menschenrechtskonvention zum Ausdruck, deren bedeutsamer Inhalt im Rahmen des Verfassungsdenkens absorbiert wurde: „*Die Unterzeichnerregierungen, Mitglieder des Europarats – in Anbetracht der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die am 10. Dezember 1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verkündet worden ist; in der Erwägung, daß diese Erklärung bezweckt, die universelle und wirksame Anerkennung und Einhaltung der in ihr aufgeführten Rechte zu gewährleisten; in der Erwägung, daß es das Ziel des Europarats ist, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern herzustellen, und daß eines der Mittel zur Erreichung dieses Zieles die Wahrung und Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist; in Bekräftigung ihres tiefen Glaubens an diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden und die am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung sowie durch ein gemeinsames Verständnis und eine gemeinsame Achtung der diesen Grundfreiheiten zugrunde liegenden Menschenrechte gesichert werden; entschlossen, als Regierungen europäischer Staaten, die vom gleichen Geist beseelt sind und ein gemeinsames Erbe an politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit besitzen, die ersten Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie bestimmter in der Allgemeinen Erklärung aufgeführter Rechte zu unternehmen.*“<sup>609</sup>

Die Präambel der Europäischen Menschenrechtskonvention illustriert paradigmatisch nochmals die dualen Gestaltungsmaximen in grundrechtsgeprägten demokratischen Verfassungsstaaten: die

---

<sup>607</sup> Vgl. ebd., S. 6.

<sup>608</sup> So wichtig die Grundrechte auch sein mögen; sie sind dennoch nicht die einzigen normativ-programmatischen Maßstäbe für das politische Handeln innerhalb eines politischen Systems. Daneben treten auch inhaltliche, teils kodifizierte, teils unkodifiziert belassene Verfassungsaufträge und Staatszielbestimmungen. Vgl. für eine rasche und knapp gehaltene Übersicht *Ucakar/Gschiegl* (2010), S. 64 – 72, sowie detaillierter *Öhlinger* (2009), S. 69 – 77.

<sup>609</sup> Somit lässt sich festhalten, dass die österreichische Bundesverfassung in ihrer Gesamtheit einerseits auf dem als Spielregelverfassung konzipierten Bundesverfassungsgesetz (B-VG) und andererseits auf außerhalb des B-VG stattfindenden Grundrechtsinterpretationen beruht.



Gewährleistung individueller Gleichheit, Freiheit und Würde des Menschen, die diesen zur aktiven Partizipation sowie zur gesellschaftlichen Teilhabe und Teilnahme animieren soll auf der einen sowie die immanente Schrankenwirkung der Grundrechte für die durch die Rechtsordnung vorskizzierten Handlungsspielräume der Politik auf der anderen Seite. Selbstredend können diese beiden Grundmaximen nicht isoliert von einander betrachtet werden, denn sie influenzieren sich beide gegenseitig. Diese Interdependenz legt zwangsläufig auch ein evidenten Spannungsverhältnis offen, weil die Grundrechte einzelner mit dem nach Gemeinwohl strebenden Idealvorstellungen der Politik konfliktieren können. Dennoch macht gerade dies die reizvolle Brisanz des Grundrechtsschutzes in einem demokratischen Verfassungsstaat aus.<sup>610</sup>

Ein ambivalentes Verhältnis pflegen die Grundrechte zu Majoritätsverhältnissen innerhalb einer Demokratie. Sollten Tendenzen auftreten, dass durch Mehrheitsentscheid Grundrechte inhaltlich perpetuiert werden sollen, so fungieren diese als inhärente Schranken, die aber nur dann wirksam und effizient sein können, wenn sie unter die Schutzmacht einer anderen Staatsautorität, meist der Verfassungsgerichtsbarkeit, gestellt werden. Es gibt nämlich gewisse grundrechtliche Inhalte von grundlegender Bedeutung über die in der Demokratie nicht abgestimmt werden darf. Dieses tritt in Demokratien gleichberechtigt neben das Prinzip der Volkssouveränität und definiert somit die allgemein gebräuchliche Demokratiedefinition: auf Mehrheitsentscheidungen basierende Volkssouveränität samt grundrechtlich konstituierten, effizienten Minderheitenschutz.<sup>611,612</sup>

Gerade der Minderheitenschutz wird dabei zur Nagelprobe für das innergesellschaftliche Demokratie- und Freiheitsverständnis, denn durch die reziproke Anerkennung der Freiheitsrechte und -räume des Einzelnen innerhalb einer Rechtsgemeinschaft werden diese verbürgt und der Dispositionssphäre des politischen Agierens entzogen. Somit wird auch allgemein verständlich, warum Grundrechte als der fundamentale Legitimationsgrund von staatlichen Gemeinschaften bezeichnet werden.<sup>613</sup>

Eines der wohl zentralsten Grundrechte im Rahmen der Verfahrensgerechtigkeit findet sich in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, die hierzulande bekanntlich im Verfassungsrang steht. Das dort statuierte Prinzip des „*fair trial*“ verlangt eine äquidistante Haltung der urteilenden Instanz sowohl zur anklagenden Behörde einerseits als auch zu deren Verteidigung andererseits, eine Waffengleichheit bei den zur Verfügung stehenden Prozessbehelfen sowie eine verfassungsrechtlich gewährleistete Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit der Richterschaft. Hierzu zählt es nach Ansicht

---

<sup>610</sup> Vgl. Berka (1999), S. 2 – 3.

<sup>611</sup> Rainer Olaf Schultze ergänzt die Demokratiedefinition um das Element der Partizipationsrechte. Die Ergänzung ist m.E. deshalb nicht erforderlich, da die Partizipationsrechte und -möglichkeiten einen inhärenten Bestandteil der Volkssouveränität darstellen. Vgl. Schultze (2010), S. 137 – 140.

<sup>612</sup> Oder mit der großen Weltliteratur gesprochen: „*Nicht Stimmenmehrheit ist des Rechtes Probe.*“ Talbot’s Warnung an Königin Elisabeth in Friedrich Schillers Maria Stuart.

<sup>613</sup> Der genaue Interpretationsgehalt sowie der konkrete inhaltliche Bedeutungsgehalt können natürlich innerhalb von verschiedenen politischen Systemen und deren Ideologien variieren, da diese letztlich auch nur Ergebnis divergierender kultureller, nationaler und religiöser Traditionen sowie politischer und rechtlicher Kulturen sind. Vgl. Berka (1999), S. 4 – 5.

des Verfassungsgerichtshofes auch, dass die urteilende Instanz mit der notwendigen Fachexpertise ausgestattet ist<sup>614</sup>, um diese Kenntnisse auch in sachgerechte Entscheidungen einmünden lassen zu können.<sup>615</sup>

#### IV.1.4. Der verfassungsrechtlich verbürgte Gleichheitssatz als zentraler Garant der Verfahrensgerechtigkeit

Der verfassungsrechtlich statuierte Gleichheitssatz wirft zwangsläufig auch Fragen nach dem Ideal der Gerechtigkeit auf.<sup>616</sup> Die Gleichheit und der Gleichheitssatz sind dabei die fundamentalsten und notwendigsten Merkmale eines formellen Verständnisses von Gerechtigkeit. Ihre unparteiische Anwendung gilt es im Idealfall unter allen Umständen zu gewährleisten.<sup>617,618</sup>

Der Gleichheitssatz kann dabei sicherlich als das anspruchsvollste aller Grundrechte bezeichnet werden. Denn: Gleichheit teilt diesbezüglich das Schicksal der Gerechtigkeit. Beide sind mittlerweile zu rhetorischen Allgemeinplätzen der politischen Diskurse verkommen.

Die Gewährleistung und die Erzeugung rechtlicher Gleichheit, eines anzustrebenden Equilibriums, stellt eine zentrale und überaus bedeutungsvolle Aufgabe der Rechtsordnung dar.<sup>619</sup> Schon in der Personifizierung der Gerechtigkeit mit und in der römischen Göttin der Justitia, die versinnbildlicht eine Waage in ihrer Hand hält, macht durchaus deutlich bzw. lässt erahnen, dass Gerechtigkeit auch mit dem Gedanken der Gleichheit eng verwoben ist. Damit soll nicht die Verschiedenheit der Menschen geleugnet, sondern vielmehr ihre Gleichheit vor dem Recht garantiert werden. Die Freiheit vor den Gesetzen setzt dabei einen vorgelagerten denklogischen Schritt voraus; nämlich die prinzipielle und unverbrüchliche Freiheit und Gleichheit aller Menschen.<sup>620,621</sup>

---

<sup>614</sup> Wenn dies nicht gewährleistet werden kann, sind im Rahmen eines Prozesses Sachverständige zu bestellen. So normiert etwa § 126 Abs. 1 StPO 1975 (BGBl. Nr. 631/1975 i.d.g.F.): „Sachverständige sind zu bestellen, wenn für Ermittlungen oder für Beweisaufnahmen besonderes Fachwissen erforderlich ist, über welches die Strafverfolgungsbehörden durch ihre Organe, besondere Einrichtungen oder bei ihnen dauernd angestellte Personen nicht verfügen.“

<sup>615</sup> Vgl. hierzu auch VfSlg 12.470/1990.

<sup>616</sup> Aus dem Gleichheitssatz werden u.a. derivativ auch soziale Teilhaberechte deduziert, die dafür Sorge tragen sollen, dass niemand in unsachlicher Weise von staatlichen Leistungen exkludiert wird. Vgl. Öhlinger (2009), S. 309.

<sup>617</sup> Dies wird auch durch die Versinnbildlichung dieses Gedankens in Gestalt der Justitia deutlich. Die Augenbinde soll die Äquidistanz des Beurteilers sowie Unparteilichkeit von dessen Urteilen symbolisieren. Alle anderen Vorgehensweisen wären ein Akt der Willkür. Vgl. Ladwig (2011), S. 19.

<sup>618</sup> Nach David Miller hat der Gleichheitssatz eine immanent normative Dimension: Menschen sollen im und vor dem Gesetz Gleichbehandlung erfahren. Diese Gleichbehandlung ist ihrerseits eine an die Normen herangetragene Gerechtigkeitserwartung. Vgl. Miller (1999), S. 284.

<sup>619</sup> So auch Bydliński (1991), insbesondere S. 347 – 355.

<sup>620</sup> Deshalb sieht Walter Berka die grundrechtliche Gleichheit auch als notwendige Konsequenz der Zuerkennung individueller Freiheitsräume und der gegenseitigen Achtung der Rechtssphäre des jeweils anderen. Des Weiteren fungiert die verfassungsrechtlich verbürgte Gleichheit als Ausgangspunkt für diverse Diskriminierungsdebatten, die es vor allen Dingen dann später im Kapitel über die soziale Gerechtigkeit näher zu erörtern gilt. Vgl. zur Freiheitsdimension des Gleichheitssatzes Berka (1999), S. 6.

<sup>621</sup> Diese vermeintliche Selbstverständlichkeit lässt sich allerdings historisch nicht immer belegen. Man denke dabei beispielsweise an die lange gewährte Steuerfreiheit des Adels, die Versagung des Wahlrechts für Frauen bzw. die Leibeigenschaft der Bauern. Vgl. Kausch (1985), S. 31.

Letztlich wird die Verfassungsgerichtsbarkeit dazu aufgerufen werden, welches politische Handeln hic et nunc unsachgemäß oder gar willkürlich gewesen sein soll. Somit darf sowohl über die Autorität der zur Entscheidung berufenen Verfassungsgerichte als auch über die von diesen herangezogenen Verfassungsbestimmungen keinerlei Zweifel gegeben sein. Die Rechts- und Verfassungsordnung allein vermag von sich heraus eigenständig diese diffizile Aufgabe nicht zu lösen, auch wenn ihr mit der Verfassungsgerichtsbarkeit ein durchaus effizientes Instrumentarium zur Seite gestellt wurde. Diese Lösungskompetenz kann der Verfassungsgerichtshof allerdings nur dann leisten, wenn ihm der Gesetzgeber durch die positiv-rechtliche Ausfüllung des Gleichheitssatzes auch probate Prüfungsmaßstäbe zur Hand gibt.<sup>622,623</sup>

Dennoch bleibt die inhaltliche Ausgestaltung primär eine Handlungsaufgabe der Legislative und in concreto des einfachen Gesetzgebers. Dieser ist demnach dazu berufen, Kontexte so zu interpretieren, damit der Gleichheit im Rahmen der allgemeinen Gesetze zum Durchbruch verholfen werden kann. Somit war es historisch auch möglich Diskriminierungen, wie jene der rechtlichen Benachteiligung unehelicher Kinder, die Exklusion der Frauen vom subjektiv-öffentlichen Wahlrecht sowie die Schlechterstellung von Angehörigen anderer Konfessionen, mit teils abstrusen Rechtfertigungskonstrukten zu legitimieren, die uns heutzutage als Relikte längst vergangener Zeiten erscheinen. Diese Kontextgebundenheit des Gleichheitssatzes und die damit einhergehenden Werturteile zeigen auch die Schwierigkeiten auf, allgemein gültige Aussagen über den jeweiligen Inhalt rechtlich gebotener Gleichheit zu treffen.<sup>624</sup> Die angestrebte Nivellierung gesellschaftlicher Differenzen und Ungleichheiten scheint zwar eine wünschenswerte politische Zielvorstellung zu sein, stößt aber unter anderem auch deshalb auf Probleme, da ihr eine heterogene gesellschaftliche Differentialität, eine unterschiedliche Leistungsfähigkeit und -bereitschaft sowie divergierende individuelle Fähig- und Fertigkeiten gegenüberstehen, die eben ein auf Freiheit und Gleichheit basierender Verfassungsstaat nicht ohne weiteres nivellieren darf. Dies verdeutlicht auch der hehre Anspruch, den die Realisierung des Gleichheitssatzes sowohl an die Politik als auch an das Politische System stellt. Rechtliche Gleichheit lässt sich auf dem Papier relativ leicht vorskizzieren und auch verbürgen, jedoch sind damit noch keinerlei inhaltliche Kriterien der rechtlichen Gleichheit festgemacht.<sup>625</sup>

---

<sup>622</sup> Vgl. im Grundsatz *Weinberger* (1993), S. 567 sowie *Bydlinski* (1991), S. 348 – 351.

<sup>623</sup> Gleichheit kann es nach Karl Korinek von Menschen und Objekten rein definitorisch gar nicht geben. Es sind vielmehr nur einzelne Eigenschaften oder Kriterien, die innerhalb der positiven Gesetze vom Gesetzgeber möglichst genau umrissen werden müssen, um als probate Bewertungskriterien der Verfassungsgerichtsbarkeit fungieren zu können. Vgl. *Korinek* (1983), S. 46.

<sup>624</sup> Der gerechtigkeitsskeptische Hans Kelsen verwehrt sich auch gegen eine allzu extensive Interpretation des Gleichheitssatzes. Er bezeichnete diesen auch als „*Gemeinplatz des politischen Liberalismus*“, deren genauer Bedeutungskern für das Verfassungsrecht sowie deren Interpretation außerordentlich unklar sei. Hans Kelsen sieht alleine im Umstand, Gleiches gleich zu behandeln, noch nichts gewonnen. Deshalb ist der Gleichheitssatz für ihn nichts anderes als eine inhaltsleere Floskel. Diesen mit Leben zu erfüllen ist demgegenüber wiederum Aufgabe des positiven Rechts. Vgl. *Kelsen* (1923), S. 50 sowie (1960), S. 397. Wie wir heute wissen, sollte Kelsen mit der diesbezüglichen Einschätzung recht behalten.

<sup>625</sup> Vgl. *Berka* (1999), S. 494.

Jedes Gesetz verteilt in weitestem Sinne Rechte an einzelne Individuen oder erlegt anderen wiederum Verpflichtungen auf. Obwohl die Verteilung dieser Verpflichtungen vom Gesetzgeber im Sinne der Gleichheit intendiert ist, kommt es dennoch aufgrund der Komplexität menschlichen Zusammenlebens zu Schieflagen, die auf faktische Verhältnisse, etwa die Ausnutzung einer Notlage, zurückzuführen sind. Aufgabe der Gleichheit ist es dabei diesen Ungleichgewichten kompensativ entgegenzuwirken, um den intendierten Zustand einer möglichst annähernden Gleichheit wiederum zu rekonstruieren.<sup>626</sup>

Im Sinne einer gerechten Rechtssetzung hat der Gleichheitssatz in den letzten drei Dekaden eine wesentliche Bedeutungsaufwertung erfahren. Ausgehend vom historischen Verbot einer prinzipiellen Ungleichbehandlung mutierte dieser – unter Federführung einer sich emanzipierenden Verfassungsgerichtsbarkeit – zu einem allumfassenden Sachlichkeitsgebot. Gesetze haben demnach der Maxime der Sachlichkeit zu entsprechen und Ungleichbehandlung nur unter sachlichen, nicht willkürlichen Gesichtspunkten zuzulassen. Anderenfalls könnte das ganze Gesetz unter dem Stigma der Verfassungswidrigkeit leiden, die es allerdings wiederum von einer anderen Staatsgewalt, der Verfassungsgerichtsbarkeit, zu bestimmen gilt.<sup>627</sup>

Die jedoch vom Gesetz zu erzielende Gleichheit ist somit grundsätzlich nur von formaler Natur. So beschrieb etwa Ernst-Wolfgang Böckenförde die Gleichheit vor dem Gesetz folgendermaßen: *„Das formale, für alle gleiche Recht, wie es der modernen Gesellschaft als ihre Rahmenordnung zugehört, hat aus sich die Tendenz, die von Natur oder Besitz Starken noch stärker, die von Natur oder kraft fehlenden Besitzes Schwachen noch schwächer zu machen. Wer ohne eigene gesellschaftliche Macht oder besonderen Schutz ist, ohnmächtig aus sich selbst, kommt in die Lage, seine rechtliche Freiheit gegenüber den Trägern gesellschaftlicher Macht nicht mehr realisieren zu können. Die Freiheit als allgemeine, grundsätzlich für jedermann realisierbar zu haltende Gleichheit, verflüchtigt sich, wird zunehmend zur leeren Form. Die soziale Ungleichheit schlägt um in soziale Unfreiheit. Darf das sein?“*<sup>628</sup>

#### IV.1.5. Gerechtigkeit in den Erkenntnissen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes?

Nimmt man diese Prämissen der Gleichheit nur annähernd ernst, dann lässt sich eine Referenzierung auf Kriterien materieller Gerechtigkeit kaum verhindern.<sup>629</sup> Die Verfassungsgerichte vermeiden es aber tunlichst diesen Umstand auch expressis verbis so darzustellen. Denn die Verwendung des Terminus „Gerechtigkeit“ hätte letztendlich auch zur Folge, dass sie im Rahmen der Gesetzesprüfung den Inhalt des beanstandeten Gesetzes daraufhin zu überprüfen hätten.<sup>630</sup> Der Terminus technicus „Gerechtigkeit“ wird man in der verfassungsrechtlichen Rechtsdogmatik deshalb nur in den aller

---

<sup>626</sup> Vgl. Jansen (1998), S. 41 – 42.

<sup>627</sup> Vgl. Berka (1999), S. 491.

<sup>628</sup> Böckenförde (1976), S. 338 – 339.

<sup>629</sup> Eine Feststellung, die im Übrigen, der große deutsche Staatsrechtslehrer Gerhard Leibholz zeitlebens immer mit großer Vehemenz vertrat. Vgl. etwa Leibholz (1959), S. 56 – 58.

<sup>630</sup> Prüfungsmaßstab der Verfassungsgerichtsbarkeit ist vielmehr die Rechtsgleichheit.

seltensten Fällen antreffen. Über die Jahre hinweg haben es die Verfassungsgerichte, diesen Umstand erkennend und um nicht permanent mit dem Vorwurf der Kompetenzüberschreitung beschäftigt sein zu müssen, gekonnt verstanden, potentielle Verstöße gegen die Gerechtigkeit unter den rechtsdogmatischen Deckmantel der Gleichheitswidrigkeit zu verbergen. Dem österreichischen Verfassungsgerichtshof ist es dabei gelungen, das, was er für gerecht hält, in rechtstechnische Ausdrücke, wie etwa „(un)zweckmäßig“, „(un)gerechtfertigt“<sup>631</sup>, „(un)verhältnismäßig“ bzw. „(un)plausibel“ zu kleiden.<sup>632</sup> Das evidente Spannungsverhältnis zum positiven Gesetzgeber konnte damit aber keineswegs beseitigt werden.<sup>633</sup>

In den frühen Jahren wurde die Grundrechtsjudikatur und darin insbesondere der Gleichheitssatz vom Verfassungsgerichtshof äußerst restriktiv gehandhabt.<sup>634</sup> Seit Mitte der 1970er Jahre lässt sich hierbei allerdings ein Paradigmenwechsel konstatieren. Seit damals begann der Verfassungsgerichtshof langsam, aber dennoch stetig das inhaltliche Potential der Grundrechte sukzessive immer weiter auszuschöpfen. Unterstützt wurde der Verfassungsgerichtshof dabei durch die evolutiven Judikate des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR), die aufgrund des Verfassungsranges der Europäischen Menschenrechtskonvention seit dem Jahr 1964<sup>635</sup> auch für den österreichischen Verfassungsgerichtshof Präjudizienwirkungen entfalten konnte.<sup>636</sup>

Mit der praktizierten Ausschöpfung der in Österreich äußerst indifferent formulierten Grundrechte musste Gleichheit und in ihrem Windschatten auch die Gerechtigkeit erst zu einem juristischen Wertungsmaßstab modelliert werden. Die zunehmende Verrechtlichungstendenz von immer mehr Sachbereichen hatte darüber hinaus noch zur Folge, dass der Verfassungsgerichtshof zunehmend über immer mehr Sachfragen und gleichzeitig immer weniger Rechtsfragen<sup>637</sup> zu befinden hatte.

Begibt man sich auf die syntaktische Suche nach dem Stichwort „Gerechtigkeit“ im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) innerhalb der Erkenntnisse des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, so erhält man dabei etliche Treffer.<sup>638</sup> Alleine die bloße Verwendung des Begriffs der Gerechtigkeit gibt noch keine Auskunft über den Verwendungskontext respektive den semantischen Bedeutungsgehalt. Zumeist repliziert der Verfassungsgerichtshof, wenn er das Wort „Gerechtigkeit“ in seinen Entscheidungstexten verwendet, auf Vorbringen von Parteienvertretern, die diesen Ausdruck strapaziert haben, um die Wichtigkeit ihres Anliegens zu untermauern. Viel öfter findet man im RIS dagegen den Ausdruck „gerechtfertigt“, der von Juristen nahezu inflationär gebraucht zu werden

---

<sup>631</sup> Gerade das Adverbium „gerechtfertigt“ wird in den Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes häufig als synonym für Gesetzeskonformität verwendet. Vgl. mit weiteren Beispielen *Schlag* (1996), S. 243 – 244. Wird das Adverbium „gerechtfertigt“ also vom Verfassungsgerichtshof im Rahmen seiner Erkenntnisse gebraucht, so wird viel eher die Rechtstechnik der Subsumtion als der Rückgriff auf extranormative Bewertungsmaßstäbe bemüht.

<sup>632</sup> Vgl. ebd., S. 37 – 36.

<sup>633</sup> Zu dieser Problematik im Generellen, siehe auch *Gschiegl* (2007).

<sup>634</sup> Dies ließ Felix Ermacora zu der Bemerkung hinreißen, der Verfassungsgerichtshof würde sich dem Gesetzgeber anbieten wollen und betreibe daher eine diesem gefällige „Anpassungsjudikatur“. Vgl. *Ermacora* (1979), S. 82.

<sup>635</sup> BGBl. Nr. 59/1964.

<sup>636</sup> Vgl. *Öhlinger* (2002), S. 598 – 599.

<sup>637</sup> So wie es eigentlich in der ursprünglichen Intention Kelsens gelegen war. Vgl. *Gschiegl* (2007), S. 18 – 20.

<sup>638</sup> Mit Stand November 2011 waren dies seit dem Jahr 1980 exakt 31.

scheint.<sup>639</sup> Zumeist wird damit die Übereinstimmung mit einer geltenden Norm oder eine mögliche Vertretbarkeit der eigenen (Rechts-)Ansicht angedeutet; in einigen Fällen wird allerdings auch auf die materielle Gerechtigkeit einer Norm referenziert. Aufgrund der rechtspositivistischen Tradition, in der der Verfassungsgerichtshof bis zum heutigen Tage agiert, tut sich dieser gewohnt schwer mit rechtsethisch aufgeladenen Begrifflichkeiten wie Gerechtigkeit umzugehen.<sup>640</sup>

Der Verfassungsgerichtshof ist bei der Evaluierung im Rahmen des Gleichheitssatzes jedoch nicht vollständig von jeglicher gesetzlichen Bindung befreit. Meist wird die dem Gleichheitssatz inhärente Unbestimmtheit mittels einer teleologischen Interpretation zu überwinden versucht. Es wird daher die Intention des ursprünglichen Gesetzgebers ausgeforscht, die nunmehr die in diesem Kontext verwendeten Instrumentarien des Rechts auf ihre Adäquanz hin überprüft. Die sachliche Rechtfertigung von rechtlichen Ungleichbehandlungen füllt mittlerweile ganze Kompendien von Entscheidungssammlungen und ist somit einigermaßen unüberblickbar geworden. Ausgehend vom rudimentären Tenor des Gleichheitssatzes, Gleiches eben gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, entwickelte der Verfassungsgerichtshof das sog. „*Sachlichkeitsgebot*“, welches er selbst in so manchen Erkenntnissen auch als Sachgerechtigkeit bezeichnete.<sup>641</sup> Der Gerichtshof hielt dabei die explizite Verpflichtung des Gesetzgebers fest, solche Gesetze zu schaffen, die eben diesem Sachlichkeitsgebot bereits ex ante in Form von Gesetzen entsprechen sollen. Weiters sprach er gegenüber dem Gesetzgeber das Verbot aus, solche Gesetze zu generieren, die sich durch keinerlei Bezug auf das Tatsächliche rechtfertigen lassen und sich nicht „*im vollen Umfang auf die Relation der Normen zu den von ihnen erfaßten tatsächlichen Gegebenheiten innerhalb eines und desselben Rechtsinstituts beziehen*.“<sup>642,643</sup>

---

<sup>639</sup> Mit Stand November 2011 ergab diese Suche seit dem Jahr 1980 über 2.000 Treffer.

<sup>640</sup> So wegweisend und gleichsam paradigmatisch in einem Erkenntnis, bei dem der Verfassungsgerichtshof über die unterschiedlichen Anrechnungsmodalitäten von Dienstjahren in reichsdeutschen Institutionen auf österreichische Pensionsansprüche zu urteilen hatte: „*Der Verfassungsgerichtshof stellt ausdrücklich fest, daß die dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechenden Härten des Gesetzes [...] dringendst einer Remedur (Abhilfe, Anm. des Autors) bedürfen. Diese vorzunehmen stünde aber nur dem Gesetzgeber und zwar dem Verfassungsgesetzgeber zu.*“ Vgl. VfSlg 1.764/1949.

<sup>641</sup> Vgl. etwa VfSlg 10.765/1986 sowie 13.310/1992.

<sup>642</sup> VfSlg 8.939/1980.

<sup>643</sup> Dies führte zu einer schier unglaublich großen Anzahl von Erkenntnissen, die Martin Schlag unter dem Titel „*Sachgerechtigkeit*“ sammelte. Neben der Mittel- tritt deshalb parallel auch eine immanente Zielkontrolle des Rechts, wobei es den demokratiepolitischen Freiraum des Gesetzgebers stets zu berücksichtigen gilt. Vgl. *Schlag* (1996), S. 249 – 252.

#### IV.1.6. Einzelne Verfahrensgrundsätze als substantielle Voraussetzungen zur Beförderung von Verfahrensgerechtigkeit im Gerichtsalltag

##### IV.1.6.1. Verfahrensgerechtigkeit in der gerichtlichen Alltagspraxis

Eine wichtige Facette legitimer Rechtsordnungen manifestiert sich im Bemühen, im Rahmen der breiten Palette der Rechtsanwendung möglichst ein hohes Ausmaß an Verfahrensgerechtigkeit anzustreben, die auch auf allgemein-gesellschaftliche Akzeptanz stößt. Nach kontinentaleuropäischer Übung gilt zwar ein Urteilsspruch *prima vista* nur zwischen den Parteien, doch stützen sich Urteile zumeist auf leitende Rechtssätze oberer und oberster Gerichtshöfe, die über den Einzelfall hinaus auch Generalisierungsanforderungen anstreben. Gerichte sind in ihrem Handeln an die Ordnungsrahmen der positiven Gesetze gebunden. Das Heranziehen *ex ante* nicht genau festgelegter Rechtsquellen würde den Richter gleichsam zu einer legislativen, autoritären Macht im Staat werden lassen. Letztlich obliegt es also dem Gesetzgeber den Gerichten ihren Handlungsspielraum festzulegen sowie für die gesetzliche Konkretisierung des Gerechten und Gemeinwohlfördernden Sorge zu tragen. Gerade die schlechten Erfahrungswerte, die man hierzulande mit formell richtig zustande gekommen Gesetzen machen musste, ließen es notwendig erscheinen, dem Gesetzgeber einen ihn kontrollierenden Konterpart in Form eines Verfassungsgerichtshofes gegenüberzustellen, der eben einzelne Rechtsakte anhand der mit großer Majorität festgesetzten Prinzipien zu überprüfen hat. Zu diesen Einwänden zählt – trotz aller damit einhergehenden Einwände – auch das Ideal der Gerechtigkeit.<sup>644</sup>

Die eigentliche Verfahrensgestaltung als ein besonderer Anwendungsbereich der Idee der Gerechtigkeit darf aber nicht *ex ante* auf einen bestimmten Verfahrenstypus beschränkt werden. Mögen zwar Verfahren zuallererst mit den streitigen Rechtsverfahren assoziiert werden, so gibt es dennoch vielfältigste Verfahrenstypen, die eine differenzierte Herangehensweise zum Phänomen der Verfahrensgerechtigkeit erforderlich machen. Roland Hoffmann versucht sich dabei an einer ausdifferenzierten und generalisierten Definition des juristischen Verfahrensbegriffs: *„Die moderne arbeitsteilige Industriegesellschaft ist gekennzeichnet durch eine Fülle von wechselseitigen Sozialbeziehungen. Das sich aus der unterschiedlichen Interessenlage begründende Konfliktpotential ist außerordentlich groß und entlädt sich in sozialen Streitigkeiten. Staatliche Verfahren übernehmen dabei deren Kanalisierung und ihre verbindliche Letztentscheidung. Sie haben eine konfliktregelnde – wenn auch nicht in jedem Fall eine konfliktlösende – Funktion und tragen damit wesentlich zur Befriedung des gesellschaftlichen Zusammenlebens bei. Traditionell kommt daher dem Verfahrenstyp, in dem verbindliche Entscheidungen über fremde Angelegenheiten durch einen an der Sache nicht unmittelbar selbst beteiligten Dritten getroffen werden, in der Praxis die größte Bedeutung zu.“*<sup>645</sup>

---

<sup>644</sup> Vgl. ebd., S. 236 – 237.

<sup>645</sup> Hoffmann (1992), S. 40. Roland Hoffmann listet dann im Weiteren eine lesenswerte Aufstellung zahlreicher Typologien und Begriffsdefinitionen von Verfahren auf. Vgl. ebd., S. 40 – 46.

Die Rolle dieser ausdifferenzierten Rechtsordnung versteht sich somit auch als ein Entscheidungssystem für soziale Konfliktsituationen; das soziale Konfliktlösungspotential des Entscheidungssystems des Rechts kann grafisch in etwa wie folgt illustriert werden:<sup>646</sup>

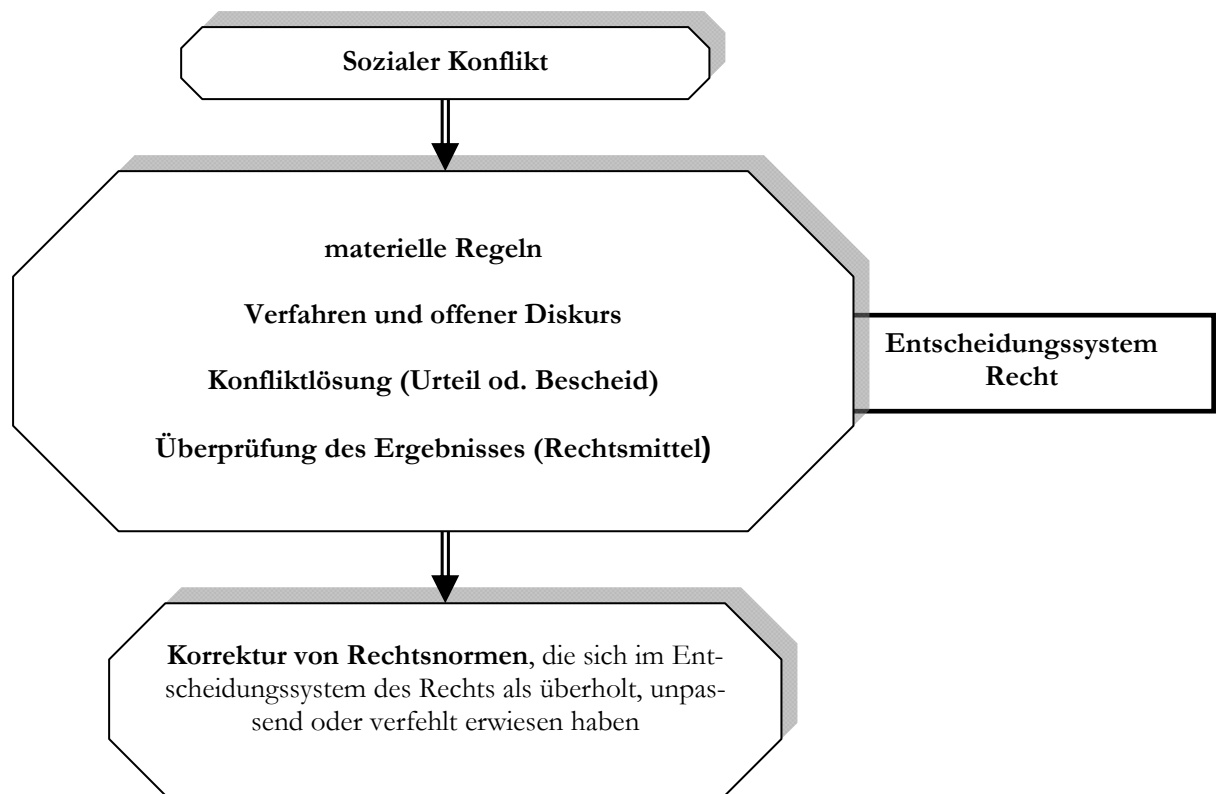


Abb. 20: Soziale Konfliktlösung durch das Entscheidungssystem Recht

Allgemeine in Gesetzen niedergelegte Rechtssätze bedürfen für deren konkrete Anwendung stets den Methodiken der Subsumtion und Interpretation. Gerade die Anwendung der unterschiedlichsten Interpretationsvarianten<sup>647</sup> ermöglichen ein breites Spektrum von möglichen Entscheidungen. Bei mehreren Interpretationsmöglichkeiten wird oftmals Rückgriff auf sog. Rechtsprinzipien, und darin auch inkludiert Gerechtigkeitserwägungen, genommen, die den dezisiven Akt der Urteilsfindung mitbeeinflussen können. Denn eine auf Rechtsprinzipien basierende Methode kann bei der Gewichtung verschiedenster Rechtsprinzipien ebenfalls zu einer anerkannten und adäquaten Entscheidung führen.<sup>648</sup>

Eine richterliche Entscheidung erfährt ihre Legitimation jedoch nicht alleine durch Verfahrensgrundsätze, sondern ebenso auch dadurch, dass diese um einen gerechten Interessenausgleich bemüht

<sup>646</sup> Vgl. *Schwintowski* (2005), S. 196.

<sup>647</sup> Zu nennen sind hier die Wort-, die systematische nach dem Bedeutungszusammenhang fragende, die historische auf die Absicht des Gesetzgebers referenzierende und die objektiv-teleologische Interpretation. Vgl. *Kozjol/Welser* (2006), S. 22 – 26.

<sup>648</sup> Vgl. *Luf* (2008), S. 117 – 119.



sein sollte. Verbindliche Wertmaßstäbe sind dem Richter hierbei durch das materielle Recht gesetzt. Normen des materiellen Rechts sind schließlich nichts anderes als bereits generalisierte Interessenabwägungen.<sup>649</sup>

Gerichte verkünden in Österreich Urteile im Namen der Republik; d.h. gerichtliche Entscheidungen sind damit unmittelbar und direkt dem Staat zuzurechnen, was in letzter Konsequenz dazu führt, dass der Richter im Rahmen seiner Tätigkeit als Repräsentant des Staates fungiert.<sup>650</sup> Dem Staat ist insofern auch das richterliche Handeln mehr oder weniger direkt zuzurechnen. Gerechtigkeit artikuliert sich in diesem Kontext als eine allgemeine Akzeptanz eines vertretbaren, unparteiischen Standpunktes. Übt man demnach an einer Verfahrensordnung bzw. an einer gerichtlichen Entscheidung Kritik, so kritisiert man dadurch auch – selbst wenn dies manchmal auch nicht intendiert wird – den Staat in seiner Gesamtheit, auch wenn letztlich nur das Gericht selbst die Verfahrenshandlung gesetzt bzw. das Urteil gefällt hat.<sup>651,652</sup>

Ohne auf weitere Gerichtstypologien und strukturelle Definitionsversuche aus Platzgründen näher eingehen zu können, sei an dieser Stelle *expressis verbis* hervorgestrichen, dass Verfahren den Weg der Entscheidung und naturgemäß auch die Entscheidung selbst stark beeinflussen können.

Obwohl es also unterschiedlich viele und facettenreiche Verfahrensoptionen<sup>653</sup> innerhalb gesellschaftlicher Rahmenbedingungen gibt, soll dennoch in einer überschaubaren Form auf die rechtsanwendenden Verfahren vor Gerichten fokussiert werden, ohne dabei auf besondere spezifisch-prozessuale Eigenheiten des jeweiligen Gerichtszweiges eingehen zu können. Rechtlich normierte Verfahren zeichnen sich dabei generell durch ein hohes Maß an besonderer formaler Strenge aus. Im Strafprozess, wo ja in die Rechtsstellung sowie in die körperliche Integrität der Beteiligten mit einer besonders hohen Intensität eingegriffen wird, tritt die Formenstrenge besonders deutlich zu Tage.<sup>654</sup>

Im Rahmen der Verfahrensgerechtigkeit gilt es demnach zu differenzieren. Auf der einen Seite verlangen allgemein akzeptable Lösungen nach grundsätzlich fairen Verfahrensregeln. Hier konnten sich im Zeitpunkt der Rechtsanwendung einige Konstanten in den modernen Verfahrenordnungen entwickeln, die es nunmehr näher zu durchleuchten gilt. Es sind dies beispielsweise die richterliche

---

<sup>649</sup> So können beispielsweise mietrechtliche Normen als ein mehr oder weniger tauglicher Versuch angesehen werden, evidente Interessengegensätze des Mieters und Vermieters zu überbrücken. Vorschriften des Baurechts sollen bereits *a priori* einen Ausgleich zwischen der Interessenlage des Eigentümers, der sein Grundstück möglichst ohne Einschränkungen nutzen möchte und den Interessen des Nachbarn, für den beispielsweise die Einhaltung von Bauabständen ein zentrales Anliegen darstellt, beinhalten.

<sup>650</sup> Heinrich Triepel erblickt darin „*die Darstellung eines schwer erkennbaren Seins durch eine leichter fassbare Wirklichkeit*“ Triepel (1942), S. 192.

<sup>651</sup> Vgl. Kubiczek (2008), S. 14 – 15.

<sup>652</sup> Dennoch agieren Gerichte und die in ihnen tätige Richterschaft unabhängig. Diese Unabhängigkeit basiert auf einer verfassungsrechtlichen Institutionengarantie, die eine möglichst Unabhängigkeit von allem Politischen garantieren soll. Vgl. hierzu Art. 87 Abs. 1 B-VG.

<sup>653</sup> Man denke hierbei nur an die breite Nomenklatur vom Gesetzgebungs- bis hin zum Wahlverfahren.

<sup>654</sup> Als ein gutes Illustrationsbeispiel sei an dieser Stelle die auch bei Laien bekannte Hausdurchsuchung angeführt. Die Untersuchung von Räumlichkeiten unterliegt dabei einer vom Gericht zu bewilligenden Anordnung der Staatsanwaltschaft und darf grundsätzlich nur in Anwesenheit der Betroffenen vorgenommen werden. Vgl. diesbezüglich §§ 120 – 121 StPO. Im Verfahren müssen darüber hinaus regelmäßige Fristen oder auch andere Formvorschriften eingehalten werden.

Unabhängigkeit, die Prozessöffentlichkeit, die Wahrung des rechtlichen Gehörs, das Rückwirkungsverbot<sup>655</sup>, die Trennung von Ankläger und Richter<sup>656</sup> sowie die Unschuldsvermutung des Angeklagten. Darüber hinaus entspricht die Möglichkeit, richterliche Entscheidungen notfalls von übergeordneten Instanzen auch überprüfen zu lassen, ebenfalls einem zentralen Grundsatz der Verfahrensgerechtigkeit.<sup>657,658</sup>

#### IV.1.6.2. Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit

Gerichte agieren im Rahmen der Anwendung und der Auslegung von Rechtsnormen niemals neutral oder wertfrei, da sie stets durch eigene, aus der Praxis gewonnene Erfahrungswerte geprägt sind. Kontrastierend zum Anwaltsberuf, der argumentativ seinem Klientel in der Pflicht steht, obliegt es dem Richter, stets nach allen Seiten offen zu sein.<sup>659</sup> Die vom Richter nach außen getragene Unabhängigkeit impliziert gleichsam eine ihm angeeignete – wie Irene Dyk es nennt – kognitive Haltung.<sup>660,661</sup>

Für die notwendige Unparteilichkeit sind das Bewusstsein der eigenen Vorurteile und das Erkennen von verfahrensfremden Elementen von ganz zentraler Wichtigkeit. Konrad Kubiczek weist in seiner Abhandlung *expressis verbis* darauf hin, dass es die Unparteilichkeit strikt von der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit zu unterscheiden gilt, „*weil die Verwirklichung von Unabhängigkeit zwar Voraussetzung für Unparteilichkeit ist, diese aber nicht zwingend nach sich zieht.*“<sup>662</sup> Die Entscheidung des Richters wird dabei stets mit autoritativer Verbindlichkeit gefällt und gilt gänzlich unabhängig von der Zustimmung der durch das Urteil Betroffenen.<sup>663</sup>

---

<sup>655</sup> Das Rückwirkungsverbot gilt in seiner absoluten Form vor allem im Strafrecht. Ebendort wird auch der alte römischrechtliche Grundsatz „*nulla poena, sine lege*“ zitiert.

<sup>656</sup> Montesquieu bezeichnete den Richter noch – sicherlich aus heutiger Sicht zu verkürzt – als „*Mund, der den Wortlaut des Gesetzes spricht.*“ Montesquieu (1965), S. 221.

<sup>657</sup> Vgl. Holzleithner (2009), S. 95 – 96.

<sup>658</sup> Neben den allgemein anerkannten und tradierten Grundsätzen der Verfahrensgerechtigkeit fügen sich im Gerichtsalldag noch weitere Facetten hinzu, welche ebenfalls beachtenswert sind. Die Sprache als zentrales Medium gerichtlicher Argumentation bedarf dabei ebenfalls erhöhter Aufmerksamkeit. Da im Rahmen von Prozessen häufig Personen aus den unterschiedlichsten Sprach- und Kulturkreisen teilnehmen, tangieren die Bereitstellung von Dolmetschern und Kulturvermittlern ebenfalls zentrale Gerechtigkeitsaspekte des Verfahrens. Vgl. Kubiczek (2008).

<sup>659</sup> Vgl. Kriele (1979), S. 92.

<sup>660</sup> Vgl. Dyk (2001), S. 273.

<sup>661</sup> Die stets um Ausgewogenheit trachtenden Aristotelischen Theorien sehen den Richter bei der Schlichtung von Streitigkeiten als eine Person an, die ihren Platz in der Mitte zu suchen hat. Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik 1132 a, 29.

<sup>662</sup> Kubiczek (2008), S. 17.

<sup>663</sup> Vgl. Kriele (1979), S. 40 – 41.

Richterliche Unabhängigkeit darf dabei keinesfalls mit dem Pflichtbewusstsein der richterlichen Unparteilichkeit verwechselt werden. Die richterliche Unabhängigkeit<sup>664</sup> lässt sich als prozedurales Strukturprinzip charakterisieren, während die richterliche Unparteilichkeit auf dem Ethos einer kognitiven Haltung referenziert.<sup>665</sup> Die richterliche Unabhängigkeit lässt sich dabei in eine sachliche und persönliche Dimension untergliedern, die sich wechselseitig bedingen und ergänzen. Sachliche Unabhängigkeit bedeutet im Rahmen von Verfahren, dass der Richter bei der Ausübung seiner Tätigkeit prinzipiell weisungsungebunden ist und nicht an die Rechtsauffassung, insbesondere von höheren Gerichten, gebunden ist.<sup>666</sup> Im Dienste und als Voraussetzung dieser sachlichen befindet sich auch die persönliche Unabhängigkeit. Der Richter wird namentlich auf Lebenszeit ernannt und darf gegen seinen eigenen Willen nicht versetzt werden. Er wird daher von der Rechtsordnung rechtlich so gestellt, dass er seiner Aufgabe der unparteiischen Rechtsfindung ohne die Befürchtung einer Ab- und Versetzung nachkommen kann.<sup>667</sup>

Das richterliche Erkenntnisinteresse strebt dabei nach einer objektivitätssichernden Sachorientiertheit, womit die Exklusion aller sachfremden Elemente zum unmittelbaren und direkten Funktionsprinzip der richterlichen Unabhängigkeit hochstilisiert wird. Man darf sich jedoch keinesfalls der Illusion hingeben, dass trotz richterlicher Unabhängigkeit in der Sache tatsächlich auch unparteiisch geurteilt wird. Sie kann jedoch so gut es ihr gelingt, möglichst effizient und vollständig sachfremde Elemente eliminieren, um damit zumindest das äußere Korsett für ein unparteiisches, sachbezogenes und objektives Urteil setzen zu können. Die richterliche Unabhängigkeit besitzt somit zwei systemimmanente Funktionen zur Konstituierung der Verfahrensgerechtigkeit. Zum einen hat sie die äußerlichen Bedingungen zu generieren, die eine tunlichst objektive und freie Gesetzesanwendung ermöglichen soll; zum anderen bezweckt die richterliche Unabhängigkeit beim potentiellen Kreis der Normadressaten eine auf die Gerechtigkeit abzielende Wirkung, weil sie für diesen nicht nur als Strukturprinzip für die Absicherung von Unparteilichkeit verstanden wird, sondern gleichzeitig spiegelbildlich auch als dessen prozeduralen Reflex.<sup>668</sup>

Auch heutzutage wird der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit gerne und häufig mit der Maxime der Freiheitssicherung in Verbindung gebracht. Die Fokussierung auf den fundamental wichtigen Aspekt der Freiheit verdrängt jedoch das Streben nach Gerechtigkeit keineswegs, da beide staatstheoretischen Grundkategorien eng miteinander korrelieren. Die Spezifität der richterlichen Tätigkeit ist daher irgendwo im abstrakten Bereich zwischen der Herstellung vor materieller Gerech-

---

<sup>664</sup> Die richterliche Unabhängigkeit als historisches Postulat lässt sich auf die Mitte des 18. Jahrhunderts zurückdatieren. Vor dem Hintergrund der Aufklärung forderte das liberale Bürgertum auf emanzipatorische Weise eine dringende Reform der von Willkür geprägten Justizgewalt. Mit dieser Forderung ging zum damaligen Zeitpunkt eine wesentliche Transformation des Rechtsverständnisses in Richtung insgesamter Freiheitssicherung einher. Im Mittelpunkt der damaligen Debatten standen aber weniger Aspekte der Gerechtigkeit, sondern vielmehr der sehnliche Wunsch nach politischer Freiheit, der sich in der Forderung nach einer rechtliche Gleichstellung mit dem damals privilegierten Adel manifestierte. Vgl. *Hoffmann* (1992), S. 107.

<sup>665</sup> Vgl. zu dieser Thematik ausführlich *Larenz* (1979), S. 165.

<sup>666</sup> In praxi existiert auch in Österreich aufgrund von Praktikabilitätsabwägungen eine Quasipräjudizienwirkung.

<sup>667</sup> Vgl. hierzu auch die einschlägigen verfassungsrechtlichen Garantien der Art. 87 – 88 B-VG.

<sup>668</sup> Vgl. *Hoffmann* (1992), S. 109.

tigkeit und der Beibehaltung des Rechtsfriedens zu verorten. Dieses Ziel – sei es jetzt bewusst oder unbewusst – hat der Richter zu verfolgen, wenn er das Recht auf den konkret zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt anwenden möchte.<sup>669</sup>

Niklas Luhmann verzichtet bei seiner Beschreibung der richterlichen Unabhängigkeit vollständig auf die Gerechtigkeit als Funktionsziel des Verfahrens. Luhmann versteht die richterliche Unabhängigkeit als für den Ausgang des Verfahrens stabilisierenden und eigentlich legitimierenden Faktor des Verfahrens.<sup>670</sup> Luhmann konzentriert sich bei seiner Darstellung der richterlichen Unabhängigkeit nicht so sehr auf die Person des Richters und dessen Entscheidung, sondern fragt vielmehr nach der Wirkung der getroffenen Entscheidungen auf die involvierten Verfahrensbeteiligten, die zunächst von der Ungewissheit des Verfahrensausgangs betroffen sind. Das Vertrauen in die richterliche Unabhängigkeit, sowie die dadurch genährte Sachlich- und Unparteilichkeit erhöht die Akzeptanz bei den am Verfahren Beteiligten in die intendierte objektivitätsfördernde Funktion dieses Grundsatzes. Die richterliche Unabhängigkeit wird somit – wenn sie auch die Unvoreingenommenheiten nicht zur Gänze zu eliminieren vermag – zur prozeduralen Bedingung für die strukturelle Förderung einer gerechten Entscheidung.<sup>671</sup>

#### IV.1.6.3. Das rechtliche Gehör als Garant der subjektiven Individualität im Verfahren

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs reicht noch weiter in der Historie zurück als der soeben behandelte Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit.<sup>672</sup> Heute ist der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ein theoretisches Allgemeingut, dessen Bedeutungs- wie Erklärungswert oftmals nicht näher kritisch beleuchtet wird. So sieht etwa Othmar Jauernig in der Anhörungsmaxime einen der wichtigsten Verfahrensgrundsätze und einen immanent wichtigen Bestandteil jeder rechtsstaatlichen Prozessordnung, die den Parteien ein faires Verfahren garantieren soll.<sup>673</sup> Karl Larenz wiederum beschreibt die wichtigsten Inhalte der Anhörungsmaxime mit Fokussierung der individuellen Perspektive fol-

---

<sup>669</sup> Mit Gustav Radbruch kann daher Folgendes festgehalten werden: „Aufgabe der Justiz ist festzustellen, was rechtens ist, ihre Urteile [...] sind Erkenntnisse [...]. Die Freiheit der Wissenschaft wird deshalb, auf die praktische Rechtswissenschaft angewendet, zur richterlichen Unabhängigkeit.“ Radbruch (1980), S. 172.

<sup>670</sup> So beschreibt Luhmann die Funktion der richterlichen Unabhängigkeit in seinem Buch „Legitimation durch Verfahren“ wie folgt: „Sie muss daher während des Verfahrens mit aller Sorgfalt und mit den Mitteln des Zeremoniells gepflegt und erhalten werden – zum Beispiel durch betonte Darstellung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, durch Vermeidung bestimmter Entscheidungsversprechen und durch Verheimlichung schon gefasster Entscheidungen, im englischen Prozeß sogar durch die Regel, daß der Richter vollständig unvorbereitet zur Verhandlung erscheint und ihm alle Einzelheiten mündlich vorgetragen werden müssen. Die Spannung muß bis zur Urteilsverkündung wachgehalten werden. Ein Richter, der sich an diesem Gebot vergeht, kann wegen Befangenheit abgelehnt werden.“ Luhmann (1978), S. 116 – 117.

<sup>671</sup> Vgl. ebd., S. 116 – 118.

<sup>672</sup> Man denke hierbei nur an die allseits bekannte römischrechtliche Prozessmaxime „*audiatur et altera pars*“, die vor allem im mittelalterlichen Prozessrecht eine rege Rezeption erfuhr. So beschrieb bezeichnender Weise Nicolaus Gönnner den Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Jahre 1804 so: „Niemand darf ungehört verurteilt werden [...] dies ist der oberste Grundsatz aller gerichtlichen Verfahren, ohne dessen strenge Erfüllung unter dem geheiligten Namen der Justiz bloße Willkür despotisch herrschen würde [...]. Jede Verfügung des Richters auf einseitige Vorstellungen sei daher gegen denjenigen kein Urteil, wider den sie erlassen wird.“ Gönnner (1804), S. 132.

<sup>673</sup> Vgl. Jauernig (1985), S. 99.

gendermaßen: „In der (Anhörungsmaxime, Anm. des Autors) ist es auch ein Gebot der Achtung vor der Person, daß in einer sie betreffenden Angelegenheit von einem anderen nicht entschieden wird, ohne ihr Gelegenheit gegeben zu haben, sich zu äußern.“<sup>674</sup>

Um die Bedeutung und die Wichtigkeit der Prozessmaxime des rechtlichen Gehörs in der Herstellung einer materiellen Gerechtigkeit darstellen zu können, kann die prozedurale Anhörungsmaxime in drei sachlich funktionale Zielbestimmungen untergliedert werden:<sup>675</sup>

- Sachverhaltsaufklärung: Die umfassende Sachverhaltsaufklärung ist die ursprünglichste und prozesstechnisch notwendigste Funktion des rechtlichen Gehörs im Rahmen eines Prozesses. Jedem Beteiligten wird dabei die Möglichkeit eröffnet, sein spezifisches Sonderwissen im Rahmen des Prozesses einbringen zu können; er kann somit indirekt bestimmen, was konkret zum Verfahrensgegenstand gemacht werden soll und was nicht. Sachdienliche Fragen sollen dabei der Erörterung und der Aufklärung des Sachverhalts dienlich sein.<sup>676</sup>
- Prozesssubjekt: Eine derivative Legitimationsbasis erzielt das rechtliche Gehör, wenn es die einzelnen am Verfahren Beteiligten als Prozesssubjekte anerkennt, was sich aus der ursprünglichen Verwurzelung des rechtlichen Gehörs aus den Menschenrechten erklären und darstellen lässt. Der Verfahrensbeteiligte soll nicht zum bloßen Verfahrensobjekt degradiert werden, sondern ihm soll durch die Involvierung in das Verfahrensgeschehen seine Individualität zugestanden und anerkannt werden. So verlangt etwa auch Art. 90 Abs. 1 B-VG<sup>677</sup>, dass die Parteien ihre Standpunkte vor den jeweilig erkennenden Gerichten mündlich und unmittelbar darlegen können müssen.
- Integration: Ein ganz wesentlicher Bestandteil, der bei der rechtsdogmatischen Analyse der Verfahrensrechte geflissentlich übersehen wird, ist die Komponente der unmittelbaren Eingliederung aller Verfahrensteilnehmer in den Verfahrensablauf, der die Akzeptanzbereitschaft hinsichtlich des zu erwartenden Urteils erheblich erhöhen kann.<sup>678</sup> Das Gericht vermag somit seine Entscheidung durch das rechtliche Gehör zu legitimieren. Eine Chance, die es aus prozeduraler Sicht unbedingt zu nutzen gilt. Das rechtliche Gehör wird somit zum zentralen Partizipationsinstrumentarium des Verfahrens.

---

<sup>674</sup> Vgl. Larenz (1979), S. 172.

<sup>675</sup> Vgl. Hoffmann (1992), S. 112 – 117.

<sup>676</sup> Dies korrespondiert auch mit einem gleichsam zum Credo gewordenen Berufsethos der Richter: „Gib mir die Fakten, ich gebe Dir Recht.“

<sup>677</sup> BGBl. Nr. 1/1930 i.d.g.F..

<sup>678</sup> Auf diesen Umstand weist richtigerweise auch Niklas Luhmann hin: „Durch ihre Teilnahme am Verfahren werden alle Beteiligte veranlaßt, den dekorativen Rahmen und die Ernsthaftigkeit des Geschehens, die Verteilung der Rollen und Entscheidungskompetenzen, die Prämissen der gesuchten Entscheidung, ja das ganze Recht, soweit es nicht im Streit ist, mit darzustellen und so zu bestätigen. Es genügt nicht, daß die Vertreter der Macht ihre Entscheidungsgrundsätze und Entscheidungen in einseitiger Feierlichkeit verkünden. Gerade die Mitwirkung derer, die möglicherweise den Kürzeren ziehen, hat für eine Bestätigung der Normen, für ihre Fixierung als verbindliche, persönlich-engagierende Verhaltensprämisse besonderen Wert.“ Luhmann (1978), S. 214.

Jede als gerecht anzuerkennende Entscheidung darf demnach keinesfalls auf einen Zufall beruhen. Die richterliche Rechtsfindung muss sich daher auf eine Aufarbeitung der für die Rechtsanwendung relevanten Tatsachen stützen können. Durch die Prozessteilnahme steigt auch in gleicher Weise die subjektive Akzeptanz der materiell getroffenen Entscheidung. Das rechtliche Gehör trägt somit zu einer Stabilisierung des rechtlichen Entscheidungsverfahrens bei und unterstützt damit auch seine – von der Rechtsordnung zugedachte Funktion – der gesellschaftlichen Friedenssicherung. Im Grundsatz des rechtlichen Gehörs manifestiert sich demnach der Ausdruck der Achtung der Person, die wiederum ein Teilelement der Gerechtigkeitsidee darstellt, die sich eben nicht nur in einem materiell gerechten Endurteil erschöpfen möchte, sondern auch in einer von einem finalen Verdikt losgelösten prozeduralen Gerechtigkeit.<sup>679</sup>

#### IV.1.6.4. Der Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit als Transparenzmaxime

Der Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit wird im Rahmen der opportunen Realisierungsmöglichkeiten des materiellen Rechts eine hohe – und keineswegs zu unterschätzende – Bedeutung zugewiesen. Das in einer emanzipatorischen Weise aufbegehrende Bürgertum verlangte eindringlich und nachdrucksvoll eine unbedingte Abkehr von der bis dato ausgeübten Willkürjustiz der Landesfürsten, die zur Mitte des 19. Jahrhunderts in diversen Gerichtsverfahren praktiziert wurde.<sup>680</sup> Die Öffentlichkeit soll den Verfahrensablauf einer strengen Kontrolle unterwerfen, indem sie den Prozess der Gesetzesanwendung überwacht und dadurch eine mit der Rechtsordnung konform gehende Entscheidung absichert.<sup>681</sup>

In der Vielzahl der heutzutage anzutreffenden Verfahrensmöglichkeiten kommt das Prinzip der Verfahrensöffentlichkeit zu kurz. Diese kann nur dann ihre effektive Wirkung entfalten, wenn eine kompetent kritische Öffentlichkeit bei den Verfahren tatsächlich persönlich auch anwesend ist. Bei leeren Zuhörerbänken wird dies regelmäßig nicht der Fall sein können. Die Kompetenz der Öffentlichkeit als kontrollierende Institution muss dabei nicht auf fundierten juristischen Kenntnissen beruhen. Die Öffentlichkeit sollte aber den oft komplizierten und hinter Paragraphen verborgenen Verfahrensabläufen folgen können. Die Rolle der Gerichtsöffentlichkeit ist per se eine passive, da sich die Teilnahme zunächst einmal in der bloßen Anwesenheit erschöpft und jedes aktive eingreifen – unter Androhung von gerichtspolizeilichen Sanktionen – unterbunden wird. Erst mit dem Abschluss des Verfahrens öffnet sich das zunächst verschlossene prozessuale Geschehen einer diskursiven Betrachtung durch die Medien, vornehmlich aber dem juristischen Fachpublikum, die als sog. Fachöffentlichkeit den Ausgang von Verfahren kritisch kommentieren und durchleuchten kann. Dies geschieht regelmäßig anhand der Entscheidungsbegründungen. Eine kritische Evaluation und eine kon-

---

<sup>679</sup> So im Ergebnis auch Julius *Binder* (1935), S. 338.

<sup>680</sup> So beispielsweise 1850 in Hannover und dann 1877 später im gesamten Deutschen Reich.

<sup>681</sup> Vgl. *Hoffmann* (1992), S. 119.

krete Überprüfung durch die Fachöffentlichkeit erweisen sich regelmäßig bedeutungsvoller, als die eigentliche Verfahrensöffentlichkeit im engeren Sinne, die zeitweilig auf einen abwechslungsreichen bzw. spektakulären Verlauf des Verfahrensganges hofft. Dann verbleibt von der ursprünglich intendierten Funktion der Gerichtsöffentlichkeit freilich wenig über. Vielmehr bedürfen die sonst am Verfahren Beteiligten des Schutzes vor der Öffentlichkeit.<sup>682</sup>

Die Öffentlichkeit als zentraler prozeduraler Grundsatz kann daher nicht so sehr in der verfahrenstechnischen Absicherung der materiellen Gerechtigkeit erblickt werden, als vielmehr in den Vertrauensbildungsmaßnahmen des Rechts in seiner Gesamtheit. Eine wichtige und zentrale Facette dieser Vertrauensbildung stellt auch das Vertrauen in die allgemeine Funktionsfähigkeit der Rechtspflege dar. Die legitimatorische Wirkung eines solchen prozeduralen Verfahrens kann sich nur auf der Grundlage einer soliden Vertrauensbasis entfalten. Somit steigert sich der Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit selbst zu einer der bedeutsamsten rechtsstaatlichen Institutionen. Das Prinzip der Verfahrensöffentlichkeit in irgendeiner Weise zu beschneiden, hieße an einer der fundamentalsten Prinzipien des Verfahrens rütteln zu wollen. Die Unverzichtbarkeit und Notwendigkeit dieses Grundsatzes lässt – und das muss an dieser Stelle explizit betont werden – den Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit auch zu einem Gerechtigkeitsgrundsatz werden.

#### **IV.1.6.5. Der Instanzenzug und prozedurale Fristen als Garantie zur Sicherung der richterlichen Objektivität**

Die vordergründigste und offensichtlichste Aufgabe des richterlichen Instanzenzuges besteht in der nachträglichen Revision einer richterlichen Entscheidung durch ein hierarchisch übergeordnetes Gericht.<sup>683</sup> Eine weit verbreitete und gängige Vorstellung über Wirkung und Funktion des Rechtsmittels, die den Instanzenzug auslösen, ist die Herstellung von materieller Gerechtigkeit: *„Die durch die Struktur der Rechtssprechungsorgane angestrebten Garantien einer objektiven Rechtssprechung werden durch den Instanzenzug ergänzt. [...] Es besteht dabei eine Wahrscheinlichkeit, daß diejenige Nicht-Objektivität der unteren Instanz, die nicht durch soziale Machtverhältnisse bedingt, teilweise korrigiert wird.“*<sup>684</sup>

Ein Verknüpfungsversuch des Instanzenzuges mit den Erzeugungsbedingungen materieller Gerechtigkeit erscheint ex ante durchaus gerechtfertigt; sie sollte sich jedoch nicht in einer monofunktionalen Sichtweise erschöpfen. So beschreibt etwa Peter Arens das aktuelle Funktionsverständnis des Instanzenzuges wie folgt: *„Der Zweck der Rechtsmittel besteht zunächst darin, im Interesse der Parteien durch die Überprüfung der erlassenen Entscheidungen richtige und deshalb gerechte Entscheidungen zu bekommen. Die bloße Möglichkeit der Überprüfung zwingt außerdem die Gerichte zu einer sorgfältigen Begründung. Der Zweck der*

---

<sup>682</sup> Vgl. ebd., S. 119 – 120.

<sup>683</sup> Josef Kohler beschreibt dabei die spezifische Charakteristik des Instanzenzuges treffend wie folgt: *„Das Urteil wird zunächst unter einer auflösenden Bedingung gesprochen: die Auflösung tritt ein, sobald eine höhere Instanz anders entscheidet.“* Kohler (1923), S. 238 – 239.

<sup>684</sup> Brusini (1949), S. 36.

*Rechtsmittel erschöpft sich darin aber nicht. Es besteht vielmehr auch ein Allgemeininteresse an einem wirksamen Rechtsmittelsystem. Das Verbot der Selbsthilfe lässt sich nur dann realisieren, wenn die Parteien eine gewisse Garantie haben, eine richtige Entscheidung zu erhalten. Außerdem führt der Instanzenzug mit seiner Konzentrierung der Rechtsprechung bei höheren und schließlich nur noch einem höchsten Gericht zu der dringend notwendige Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung.*<sup>685</sup>

Die von Peter Arens hier angeführte Funktionsdifferenzierung soll zum einen eine richtige und deshalb auch konsequente Rechtsanwendung sicherstellen, gleichzeitig aber auch durch die finale Konzentration auf ein höchstes Gericht zur allgemeinen Rechtssicherheit beitragen. Das im Rahmen dieser Dissertation schon öfters angeführte dialektische Verhältnis zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit wird im Kontext des Instanzenzuges in enge Verbindung zueinander gesetzt. Die materielle Gerechtigkeitsqualität des Instanzenzuges basiert dabei auf der konkreten Ausgestaltung der einzelnen Rechtsmittelinstanzen. Rechtssicherheit alleine könnte nämlich auch durch ein mangelhaftes Urteil eines Einzelrichters erzeugt werden, wenn die autoritative Kraft dieses Urteils innerhalb des Systems nicht in Zweifel gezogen wird. In realiter steigt jedoch mit dem Emporsteigen einer Rechtsache in die oberen Instanzen auch die Zahl der zur Entscheidung berufenen Richter, die zumeist aufgrund justizinterner Beförderungsstrukturen über eine erhöhte Qualifikation sowie über jahrelange Erfahrungswerte verfügen. Diese Verfahren des Instanzenzuges sind meist durch eine exakte Rechtsanwendung charakterisiert, die auf einer fundierten juristischen Kenntnislage beruhen und die zusammen mit einer grundsätzlich positiv konnotierten ethischen Akzeptanz des materiellen Rechts auch auf breiter gesellschaftlicher Basis Anerkennung zu Teil wird. Die von so vielen Maximen geprägte Rechtsanwendung stellt naturgemäß höchste Anforderungen an die Rechtssprechungskompetenz der höherinstanzlich agierenden Richterschaft.<sup>686</sup>

Die wichtige Funktion prozeduraler Fristen ist es wiederum im Sinne einer Prozessökonomie, eine gewisse zeitliche Straffung des Verfahrens zu erzielen sowie die Herstellung von bestandkräftigen Entscheidungen sicherzustellen. Die damit eng verbundene Idee der Richtssicherheit kann dabei mit dem Verfahrensziel der Herstellung von materieller Gerechtigkeit in einen evidenten Zielkonflikt geraten. Dies gilt aber nur insoweit, wenn man der Gerechtigkeit im Rahmen des Verfahrens als unbedingtes Desideratum anhängt; denn in Wirklichkeit bleibt dies bei genauerer Betrachtung ein fiktives Wunschziel. Gerechtigkeit und Rechtssicherheit müssen in Überwindung ihrer Gegensätze im Rahmen einer gelungenen Rechtssetzung wie Rechtsanwendung beide dem Stadium der Verwirklichung zugeführt werden, da beide für sich, aber auch in ihrem Zusammenwirken, unverzichtbare Garanten der gesamten Rechtsordnung darstellen.<sup>687</sup>

---

<sup>685</sup> So treffend Peter Arens (1984), Rn. 381.

<sup>686</sup> Vgl. Brusini (1949), S. 37.

<sup>687</sup> Vgl. Hoffmann (1992), S. 126 – 128.



#### IV.1.6.6. Das Transparenzprinzip in der juristischen Sprachkultur

Das Rechtssystem von heute ist geprägt von einem komplexen, oftmals kaum zu durchblickenden System von Rechtsnormen, (höchst)gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen, Kommentierungen und Instanzenzügen.

Ziel des Verfahrens darf dabei nicht einfach bloß die rasche Beseitigung des Konflikts sein; so sehr dies vordergründig auch ein wünschenswertes Desiderat bildet. Die wichtigere Funktion des Rechts besteht in der Herbeiführung einer allgemein anerkannten und akzeptablen Lösung. Die Entscheidung des äquidistant agierenden Richters soll dabei nicht bloß deshalb befolgt werden, da den Betroffenen aufgrund der staatlichen Zwangsgewalt keine Alternative verbleibt, sondern vor allem deshalb, weil die Konfliktparteien diese als gerecht anerkennen und akzeptieren können. Dafür ist es jedoch auch notwendig, dass der Richter die Entscheidungsrelevanz der von ihm dargebrachten Argumente ausführlich darlegt. Er muss deshalb den Mantel der verklausulierten Gerichts- wie Rechtssprache ablegen und sich einer allgemein verständlichen Sprache bedienen.<sup>688</sup>

Rechts- sowie auch sozialpsychologische Untersuchungen gelangten zum Ergebnis, dass es zwei zentrale Parameter gibt, damit die soziale Konfliktlösung im Entscheidungsprozess Recht von den Beteiligten als fair und gerecht empfunden wird. Selbstredend ist natürlich hier das Ergebnis in Form eines Urteils zu nennen, welches von den Beteiligten als gerecht empfunden werden kann. Neben dem eigentlichen Ergebnis ist es für alle Verfahrensbeteiligten jedoch auch relevant, wie sie im Prozess bzw. im Laufe des Verfahrens behandelt wurden. Auf beiden Gerechtigkeitsebenen spielt die Struktur der oft komplexen Sprache in der juristischen Argumentation eine entscheidende und wegweisende Rolle.<sup>689</sup>

Der Anspruch an die juristischen Sprachstruktur im Rahmen der juristischen Argumentation darf dabei keinesfalls gering geschätzt werden. Rechtsnormen halten ja bekanntlich implizite und explizite Handlungsanweisungen für die Rechtsnormunterworfenen parat, woraus zwei Anforderungsprofile an die Verwendung der juristischen Sprache zu stellen sind, damit sie auch von den Betroffenen im Verfahren als gerecht empfunden werden kann:<sup>690,691</sup>

---

<sup>688</sup> Vgl. *Kausch* (1985), S. 23.

<sup>689</sup> Dies gilt dabei sowohl im mündlichen Verfahren, als auch für die schriftlich vorzunehmende Urteilsausfertigung. Vgl. *Hoffmann* (1992), S. 134 – 137.

<sup>690</sup> Vgl. *Schwintowski* (2005), S. 197.

<sup>691</sup> Das hier angesprochene Transparenzprinzip stellt dabei kein explizites verfassungsrechtliches Prinzip dar. Nichtsdestotrotz ist es in vielen Rechtsbereichen in einzelnen Normen auffindbar. So normiert etwa § 1 Abs. 1 StGB (BGBl. Nr. 60/1974 i.d.g.F.), dass eine Strafe immer nur dann verhängt werden darf, wenn die Tat unter ausführlicher gesetzlicher Strafandrohung steht und bereits zum Zeitpunkt der Begehung mit gerichtlicher Strafe bedroht gewesen ist. Auch das in Abs. 2 verankerte Rückwirkungsverbot kann als Ausfluss dieses Transparenzprinzips gewertet werden. Das Transparenzprinzip findet man neben dem öffentlichen Recht auch im Privatrecht. So wird beispielsweise im Konsumentenschutz ein hohes Maß an Transparenz gefordert. Nach § 6 Abs. 3 KSchG (BGBl. Nr. 140/1979 i.d.g.F.) ist es beispielgebend *expressis verbis* untersagt, allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) unklar und unverständlich abzufassen. Bei einer Zuwiderhandlung werden solche Klauseln mit einer partiellen Unwirksamkeit belegt.

1. Materielle Rechtssätze müssen klar, präzise und deutlich formuliert sein, damit die ihnen von der Politik zugedachten Handlungsanweisungen und Rechtswirkungen auch unverkennbar zum Ausdruck gelangen;
2. Urteile müssen klar und verständlich abgefasst und aus den jeweiligen materiellen Rechtsnormen deduzierbar sein.<sup>692</sup>

In realiter zeigt sich jedoch, dass dieses Postulat der Klarheit innerhalb der juristischen Terminologie allzu oft nicht eingehalten wird.

Wichtig bleibt an dieser Stelle festzuhalten, dass Verfahren allein qua ihrer Existenz noch keine Gerechtigkeit zu erzeugen im Stande sind. Im Rahmen dieses Kapitels sollte allerdings aufgezeigt werden, dass Verfahrensgerechtigkeit aus vielen Elementen und Komponenten besteht, beispielsweise aus der Gewährleistung von sog. Verfahrensgrundrechten oder der Beschickung dieser Verfahren mit einer gut ausgebildeten Richterschaft. Verfahren enthalten ja prinzipiell nur einen formellen und keinen materiellen Ansatz für eine friedliche Konfliktbefriedung. Sie bilden aber eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass eine nach Konfliktbefriedung strebende, konstruktive Argumentation sinnvoll eröffnet werden kann und damit á la longue auch die Bearbeitung des sozialen Konflikts ermöglicht wird. Der Konflikt selbst wird natürlich von materiellen Rechtsnormen in nicht unentscheidendem Ausmaß mitbestimmt. Gerechtigkeit kann dann letztlich durch ein kooperatives Zusammenwirken zwischen formalen Verfahren und materiell rechtlichen Argumentationen erzeugt werden.

---

<sup>692</sup> Die Verfahrensgerechtigkeit im Gewande der Urteilsbegründung steht auch im Fokus einer gewissen Medienöffentlichkeit. Für das Vertrauen und das Gerechtigkeitsempfinden der in diesen Belangen sensiblen Öffentlichkeit ist es deshalb essentiell, dass alle Fakten vollständig aufgearbeitet und alle vorgebrachten Argumente auch tatsächlich herangezogen werden. Nur so kann sich das dem Recht innewohnende Konfliktlösungspotential vollständig entfalten. Eine undifferenzierte, unpräzise, überladene, inkonsequente, vorteilsbehaftete, irrationale und unverständliche Urteilssprache erstickt den Gerechtigkeitswert und damit auch das subjektive Gerechtigkeitsempfinden bereits im Keim. Vgl. *Schwintowski* (2005), S. 197 – 198.

## IV.2. Strafgerichtsbarkeit – zwischen anachronistischen Gerechtigkeitserwartungen und modernen Resozialisierungsmaßnahmen

### IV.2.1. Über das Wesen des Strafrechts – Eine Standortbestimmung

Nunmehr gilt es einem Rechtsinstitut bzw. einem Politikfeld näher Aufmerksamkeit zu widmen, bei dem die Anforderungsvoraussetzungen an das Prinzip der Gerechtigkeit so hoch eingeschätzt werden wie bei keinem anderen. Kein anderes Rechtinstitut vermag es nämlich dermaßen intensiv und weitreichend in das verfassungsmäßig verbrieft Grundrecht der persönlichen Freiheit einzugreifen, wie dies das Strafrecht tut. Die Relation zwischen dem Unrechtsgehalt der inkriminierten Tat und der Intensität der staatlichen Strafsanktion hat dabei verhältnismäßig zu sein, um rechtsstaatlichen Paradigmen genüge leisten zu können. Deshalb soll im Rahmen dieses Abschnittes der relevanten Frage nachgegangen werden, was Gerechtigkeit für das strafrechtliche Sanktionsregime, wie auch für die allgemeine Strafrechtspolitik bedeutet. Denn bezogen auf die Gerechtigkeit gibt es im Rahmen des Strafrechts durchaus recht divergierende Auffassungen und Ansichten.<sup>693</sup>

Im demokratischen Rechtsstaat existiert keine Strafe außerhalb der Rechtsordnung. Es mag zwar Handlungen und Taten geben, die gewaltexzessiv sind, jedoch handelt es sich dabei nicht um Strafen; diese vollziehen sich stets innerhalb eines Rechtssystems. Das vornehmliche Ziel einer effizienten Strafverfolgung intendiert dabei eine möglichst allumfassende flächendeckende Erfassung kriminellen Geschehens innerhalb eines Rechtssystems.<sup>694</sup>

Wie bereits im Rahmen der Begriffserörterung kurz erwähnt, ist eine der rudimentärsten und wichtigsten inhaltlichen Funktionen des Rechts, die Sicherung des innergesellschaftlichen Friedens. Die Grundmaximen des heutigen Strafrechtsverständnisses verbieten die Anwendung von jedweder physischen Gewalt und schufen deshalb ein ausgeklügeltes und ausdifferenziertes Verfahrenssystem, welches der Konfliktprevention dienen soll. Das Strafrecht verbietet dabei nicht nur jegliche Form der Privatjustiz; nein, es macht vielmehr die Strafverfolgung gänzlich und exklusiv zu einer Sache des Staates. Das staatliche Anklagemonopol sowie die Anklageverpflichtung der Staatsanwaltschaft bei der Wahrnehmung von Straftaten sollen dabei garantieren, dass an den Staat abgetretene Strafansprüche tatsächlich und effizient auch verfolgt werden.<sup>695</sup>

Das Strafrecht als Kompilation höchst unterschiedlich ausgestalteter Normen und Regelungen ist sowohl in den Alltagsdiskussionen als auch im Bewusstsein der Normunterworfenen recht einseitig präsent. So stehen meist die näheren Umstände des Tathergangs und die Genealogie des Verbre-

---

<sup>693</sup> Dabei stellt schon Chaim Perelman richtigerweise fest, dass es auf das Strafrecht bezogen ebenso viele Gerechtigkeits- wie Wertvorstellungen gäbe. Vgl. *Perelmann* (1967), S. 15 – 16.

<sup>694</sup> Dennoch lässt sich eine gewisse Dunkelziffer nicht leugnen, die nicht einmal in das kognitive Bewusstsein der Strafverfolgungsbehörden gelangt und auch ein noch so effizientes Strafverfolgungssystem nicht vermeiden kann. In den Strafrechtswissenschaften ist dieses Forschungsgebiet unter „*Dunkelfeldforschung*“ bekannt. Vgl. hierzu etwa *Köllisch* (2004).

<sup>695</sup> Vgl. *Kausch* (1985), S. 21 – 22.

chens sowie Ansehen, Psyche und Motive des Täters im (oft trivial durch die Medien aufbereiteten) Mittelpunkt der Aufmerksamkeit, währenddessen in den seltensten Fällen die dahinter stehende strafrechtliche Norm Interesse hervorruft. Letztere sind nahezu in allen Gesellschaftsschichten unbekannt und werden zumeist mit den zehn Geboten oder einer moralischen anerkannten Lebensführung assoziiert. Denn die Gleichsetzung von medial inszenierten Verbrechensdarstellungen mit dem strafrechtsrelevanten Verhalten des Täters drängen die strafrechtliche Norm, die das Verhalten des Täters unter Bereithalten der entsprechenden Verhaltensbeschreibung als kriminell klassifiziert, zumeist in den Hintergrund. In Analogie dazu finden auch häufig die politischen Prozesse, die der strafrechtlichen Normengenese vorangehen – im Gegensatz zu ihrer Anwendung – kaum breite Aufmerksamkeit; sie werden oftmals als historisch vorausgesetzt erachtet.<sup>696</sup>

Bevor aber über Gerechtigkeit und welche Auswirkungen diese im Rahmen des Strafrechts zeitigt, ernsthaft gesprochen werden kann, muss über dessen gesellschaftspolitische Bedeutung räsoniert werden. Endzweck des Strafrechts ist die Befriedung gesellschaftlicher Konfliktlinien sowie die soziale Kontrolle. Aufgrund der Intensität der Eingriffe, die durch strafrechtliche Instrumentarien in den menschlichen Alltag vollzogen werden, erweist es sich besonders wichtig, Prinzipien zu deklarieren sowie Grenzziehungen vorzunehmen.<sup>697</sup>

Die zwei österreichischen Strafrechtslehrer Diethelm Kienapfel und Frank Höpfel definieren dabei Strafe als ein mit Tadel verbundenes Übel, das aufgrund einer strafbaren Handlung von einem Strafgericht nach Maßgabe der Schuld des Täters verhängt werden soll. Diese Definition indiziert bereits die inhärenten Schranken von Strafen. Grundvoraussetzung für die Verhängung einer solchen ist demnach die individuelle Schuld eines Täters, die gleichzeitig auch die Höhe der jeweils verhängten Strafe limitiert.<sup>698</sup>

Neben der individuellen Verurteilung des Straftäters tritt auch eine nach außen wirksame soziale Ächtung des Straftäters, da dieser ja gegen zuvor definierte allgemein akzeptierte Rechtsgüter und Grundfesten des zivilisierten Zusammenlebens, wie Leben, körperliche Integrität, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Vertrauen, das in die Echtheit der Urkunden gesetzt werden kann, u.s.w. in doloser Weise verstoßen hat. Aufgrund der evidenten Wichtigkeit dieser Rechtsgüter hält das Strafrecht auch entsprechend massive protektionistische und repressive Instrumentarien parat. Umso wichtiger erscheint es, die durch das Strafrecht kolportierte Macht unter strenge revisionistische Aufsicht und permanente Kontrolle zu stellen. Willkürliche und unbegründete Eingriffe des Strafrechts in die Sphäre des Persönlichen können nämlich potentiell das menschliche Dasein gefährden.<sup>699</sup>

---

<sup>696</sup> Vgl. *Stangl* (1985), S. 1 – 2.

<sup>697</sup> Winfried Hassemer charakterisiert das Strafrecht als mächtige Staatseinrichtung, auf die die Beeindrucksarchitektur, wie sie heutzutage noch von vielen Gerichten ausgestrahlt werde, besonders gut passe. Vgl. *Hassemer* (2009), S. 115.

<sup>698</sup> Vgl. *Kienapfel/Höpfel* (2009), S. 4.

<sup>699</sup> In Österreich passiert dies etwa durch die Jurisdiktion des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte.

#### IV.2.2. Strafrechtliche Gerechtigkeitsvorstellungen bei Kant und Hegel

Kant und Hegel waren für die Entwicklung der heute vorherrschenden strafrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen von großer Wichtigkeit. Beide legitimierten die Strafe als Vergeltung für das dem Opfer von außen zugefügte Unrecht. Das klassische Strafrechtsdenken steht sowohl bei Kant als auch bei Hegel in der Tradition der ausgleichenden Gerechtigkeit. Um dieser Gerechtigkeit im Strafrecht zum Durchbruch zu verhelfen, müssen dennoch einige Annahmen getroffen werden. So darf auch bei Kant und Hegel der Täter nur einer Strafe zugeführt werden, wenn er sich schuldig gemacht hat, was wiederum eine gewisse disponible Willensfreiheit des Individuums zur Voraussetzung hat. Die Festsetzung und die Quantifizierbarkeit dieser Schuld sind ja schließlich auch für das Strafmaß unerlässlich, weshalb diese auch nur von einem unabhängigen Richter festgesetzt werden dürfen. Trotzdem stellt das Feststellen eines genauen Verhältnisses zwischen Tat und Strafe durchaus ein Problem dar: *„In der Tat ist hier die Herstellung einer Proportionalität im Sinne des Ausgleichs unmöglich, weil es sich um völlig verschiedene Unwertqualitäten handelt, für die es keinen den Ausgleich ermöglichenden Maßstab gibt.“*<sup>700,701</sup>

Wenden wir uns zunächst Immanuel Kant zu. Dieser erblickt im Strafgesetzbuch eine paradigmatische Anwendungsform des Kategorischen Imperativs. Für ihn ist die Bestrafung von Kriminellen weniger dem Gedanken der Prävention als vielmehr eine unabdingbare moralische Anforderung zum Schutze der gesamtstaatlichen Ordnung. Für Kant hebt jeder kriminelle Akt – bliebe er ohne Konsequenzen – die gesamte Allgemeinheit der Gesetzesordnung aus: *„Richterliche Strafe [...] kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gutes zu befördern für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wiewider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann. Er muß vorher strafbar befunden worden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ [...]“*<sup>702,703</sup>

---

<sup>700</sup> Henkel (1969), S. 25.

<sup>701</sup> Glaubt man jedoch der Vergeltungsgedanke sei im 18. oder im spätesten Falle im 19. Jahrhundert aus den strafrechtstheoretischen Erwägungen verbannt worden, so unterliegt man einem veritablen Irrglauben. Einer der erwähnenswerten Vertreter des Vergeltungsgedanken im 20. Jahrhundert war der österreichische Strafrechtstheoretiker Hermann Roeder, der in seinem Aufsatz *„Vergeltungsidee und Vorbeugungsgedanke im Spiegel der Strafrechtsreform“* in diesem Zusammenhang Folgendes anmerkte: *„Schuld und Sühne sind nicht einfach formalrechtliche Begriffe, sondern sittliche Mächte, die geistige, freiwillende Wesen voraussetzen und dies ist der stärkste Damm, der dem Verbrecher entgegengesetzt werden kann. [...] Die Menschheit würde sich selbst aufgeben, sie würde ihre edelsten Bestrebungen und Güter im Stich lassen, wenn sie die menschlichen Übeltaten ohne sittliche Regung mit absoluter Kaltblütigkeit und Blasiertheit nur noch nach ihrer Gemeinschädlichkeit und nach der Größe der zu ihrer Verhütung notwendigen Gegenmaßregeln bewertet.“* Roeder (1961), S. 137 – 138.

<sup>702</sup> Kant (1977), 452 – 453.

<sup>703</sup> Auch die Strafgerechtigkeit ist bei Kant nur eine von vielen möglichen Lesarten seines Kategorischen Imperativs, der der Notwendigkeit aus der reinen praktischen Vernunft entspringt. Vgl. Oberer (1997), S. 194.

So fortschrittlich und vernunftbetont Immanuel Kants übriges theoretisches Schaffen war, seine theoretischen Ansichten zur Gerechtigkeit im Strafrecht muten einigermaßen rückwärtsgewandt und reaktionär an: „Kants heller Geist scheint in seiner Straftheorie durch depressive Visionen verdunkelt.“<sup>704</sup>

Auch Hegel stellte weitergehende Überlegungen zum Wesen und Rechtfertigung von Strafen an. Ausgehend vom individuellen Bewusstsein des Täters über den Unrechtsgehalt seiner Tat, betrachtet Hegel auch die Straftat als universelles Gesetz, welches jedoch nur bei dem handelnden Subjekt Anerkennung findet; keinesfalls aber bei den Opfern dieser Straftat. Das Verbrechen verletzt dabei den gegenseitigen Anerkennungszusammenhang, der allgemein verbindlichen Normen zueigen ist. Durch die Straftat erleidet dieser Anerkennungszusammenhang eine massive Verletzung. Um dessen Wirkung wieder zu rekonstituieren, ist es für Hegel legitim in der Strafe auch einen Akt der Vergeltung zu erblicken, um die allgemeine und universelle Gültigkeit des Rechts wiederum herzustellen.<sup>705</sup>

Diesen Kant'schen und Hegel'schen Annahmen lag naturgemäß ein sehr eigenes Menschenbild zugrunde. Es war dies die den bürgerlichen liberalen Rechtsstaat prägende Vorstellung der absoluten Gleichheit aller Individuen, die vor dem Recht nahezu sämtliche in den realen Lebenswelten existierenden Unterschiedlichkeiten nivellieren wollte.<sup>706</sup> Aus diesem Menschenbild heraus kann die Funktion der Strafe nur in ihrem Vergeltungscharakter begründet sein.<sup>707</sup> Nur dieser kann ein gerechtes Ausmaß der Strafe sowohl in Quantität als auch in Qualität bestimmen; alle anderen Maßstäbe seien nämlich zu willkürlich und voluntativ. Hegel sah dabei im Aufheben des Verbrechens eine Wiedervergeltung, die „dem Begriff nach Verletzung der Verletzung ist und dem Dasein nach das Verbrechen einen bestimmten, qualitativen und quantitativen Umfang hat, hiermit auch dessen Negation als Dasein einen ebensolchen hat. Diese auf dem Begriffe ruhende Identität ist aber nicht die Gleichheit in der spezifischen, sondern in der an sich seienden Beschaffenheit der Verletzung – nach dem Werte derselben.“<sup>708</sup>

Hegel erkannte in einem Verbrechen demnach die Negation des Rechts und in der Strafe eine die Position des Rechts restituierende Negation dieser Negation. Beiden angesprochenen Theoretikern ging es um eine Wiederherstellung des durch die Strafe zerrüttenden gesellschaftlichen Gleichgewichts. So aberkannte Kant der Strafe beispielsweise sämtliche Zweckmäßigkeitserwägungen. Der Mensch als freies Individuum soll auch in strafrechtlichen Belangen frei und unvoreingenommen

---

<sup>704</sup> Klug (1968), S. 280

<sup>705</sup> Vgl. Hegel (1981), §§ 53 – 54 sowie mit genauerer Erörterung Mizrahi (2010), S. 237 – 241.

<sup>706</sup> Gustav Radbruch beschrieb diese von der sozialen Lebenswelt doch weit entfernten abstrahierenden Rechtsgedanken mit einer gewissen subtilen Süffisanz folgendermaßen: „Dem Personenbegriff des Privatrechts entspricht im Strafrecht der Täterbegriff. War im überkommenen Privatrecht der Arbeiter der individualitätslose Besitzer seiner Arbeitskraft, der Verkäufer der ‚Ware Arbeit‘, so war im überkommenen Strafrecht der Rechtsbrecher der individualitätslose Täter seiner Tat. Wie man nach der alten Auffassung die Ware Arbeitskraft verkaufte, so galt man nach der alten Strafrechtsauffassung das Verbrechen ab.“ Radbruch (1969a), S. 45.

<sup>707</sup> Ausgehend vom römischrechtlichen *ius talonis*. Siehe dazu bei Klug (1968), S. 37.

<sup>708</sup> Hegel (1981), § 101.

behandelt werden. Ein Strafrecht ohne jegliche Sanktion kann weder der Abschreckung noch der Besserung des Täters dienen und sei deshalb kategorisch abzulehnen, meinten beide unisono.<sup>709,710</sup>

#### IV.2.3. Die Transformation des strafrechtlichen Gerechtigkeitsverständnisses

In den frühen Urzeiten des Strafrechts<sup>711</sup> bis hin zu neuzeitlichen und eben erörterten Theoretikern wie Hegel und Kant wurde die Strafgerechtigkeit als eine Anwendungsform der ausgleichenden Gerechtigkeit gedeutet. Der Täter als abstraktes, jeglicher Individualität beraubtes Einzelwesen musste eine zu dem Unrechtsgehalt seiner Taten angemessenen Strafe über sich ergehen lassen, um auf der einen Seite eine gesamtgesellschaftliche Kompensation zu erzielen und andererseits dem primitiven Vergeltungsgedanken des Opfers (oder seiner Angehörigen) zu genügen.<sup>712</sup> Diese Form des Strafrechts sollte sich im Laufe der Zeit als doch einigermaßen unzweckmäßig herausstellen.<sup>713</sup>

Die strikte alttestamentarische mathematische Gleichung, welche eine undifferenzierte Vorgehensweise vorsah, in dem sie jeden Täter für die gleiche Tat die gleiche Strafe auferlegte, erscheint in der heutigen Retrospektive weniger als Ausdruck der Gerechtigkeit, denn vielmehr als willkürlich und daher ungerecht. Denn Straftäter sind keine in sich homogene Masse, sondern vielmehr höchst unterschiedliche Persönlichkeiten, die ihre Taten aus völlig unterschiedlichen Gründen und Motiven begangen haben und deshalb auch individuelle Strafsanktionen erfordern. Die notwendig gewordene Individualisierung der Strafe verlangt dabei in einem logisch vorausgehenden Schritt die Entwicklung von entsprechenden Maßstäben für die Strafbemessung. Gleichheit kann dabei immer nur für verschiedene Merkmale für sich Geltung reklamieren. Sieht man beispielsweise als primären Zweck der strafrechtlichen Sanktion die Resozialisierung an, so ergeben sich aus der relativen persönlichen Ungleichheit der Täter und der von ihnen begangenen Taten Unterschiede, um die gesellschaftlich gewollte Reintegration des Täters auch realisieren zu können.<sup>714</sup>

---

<sup>709</sup> Vgl. hierzu etwa auch Brauneck (1974), S. 132.

<sup>710</sup> Nach Ulrich Klug verteidigen beide aus tiefster Überzeugung heraus den Vergeltungsgedanken. Klug forderte aber in seinem breit beachteten Aufsatz „Abschied von Kant und Hegel“, deren Gedankengut für die Neuformulierung des Strafrechts tunlichst zu vermeiden: „Es ist hohe Zeit, die Straftheorien von Kant und Hegel mit ihren irrationalen gedankenhyrischen Exzessen in all ihrer erkenntnistheoretischen, logischen und moralischen Fragwürdigkeit endgültig zu verabschieden.“ Klug (1968), S. 275.

<sup>711</sup> Das wohl berühmteste erste Strafgesetzbuch entstammt der Zeit des babylonischen Königs Hammurapi, der zwischen 1728 – 1686 v. Chr. die Regentschaft in Babylon innehatte. Bekannt wurde Hammurapi durch die erste umfangreiche Kodifikation des babylonischen Rechts im sog. „Codex Hammurapi“. Diese für die damalige Zeit äußerst bemerkenswerte Rechtskompilation fasste vor allem das geltende Prozess- und Strafrecht der damaligen Zeit zusammen. Vgl. Schwintowski (2005), S. 13.

<sup>712</sup> Analog zum stigmatisierenden Vergeltungsbegriff wird deshalb gelegentlich auch vom gerechten Schuldausgleich gesprochen. Die Grundlogik des gerechten Schuldausgleichs zielt dahingehend, dass man den Täter durch das mit der Strafe verbundene Übel, durch einen maßvollen Ausgleich seiner Schuld wiederum mit der Gesellschaft und deren Mitglieder versöhnen möchte. Vgl. Kienapfel/Höpfel (2009), S. 4 – 5.

<sup>713</sup> Vgl. Liszt (1905), S. 161.

<sup>714</sup> Vgl. Stieger-Gmür (1976), S. 8.

Mit dem Umbruch der ökonomischen Strukturen ab der Mitte des 19. Jahrhunderts erwies sich die noch im liberalen Rechtsstaat forcierte Gleichheit aller Rechtsunterworfenen in zunehmendem Ausmaße als unzutreffend und unpraktikabel. Durch die steigende Industrialisierungsrate kam es – um in der Marx’schen Diktion zu sprechen – zur Herausbildung einer neuen Klasse, der Arbeiterschaft. Zu Recht stellte sich ein einfacher Arbeiter die Frage, wie ihm konkret die liberale Vertragsfreiheit von Nutzen sein könne, wenn er seinen Arbeitsvertrag trotz oder aufgrund dessen von den realen Machtverhältnissen bestimmen lassen müsse. Warum sollte dieser über die sittliche Autonomie nachdenken, wenn er im Rahmen seiner Beschäftigung tagtäglich unter Zwang, Druck und Hilflosigkeit zu leiden habe. Durch die notwendig gewordene Neudefinition des Menschenbildes wurden die individuellen Eigenheiten einer Person wie auch ihre soziale Macht- bzw. Ohnmachtstellung erkennbar. Es kam somit zu einer durchgehenden Sozialisierung der gesamten Rechtsordnung.<sup>715</sup>

Die Frage lautet nunmehr, wie sich diese gesellschaftlichen Entwicklungslinien auf die Gerechtigkeitskonzeption des Strafrechts auswirken konnten? Im Rahmen des Rechtsinstituts Strafrecht erkannte man ebenfalls, dass eine liberale Individualitätslosigkeit nicht mehr zeitgemäß war. Die Strafe sollte nicht mehr bloß als eine äquivalente Sühne verstanden werden, sondern auf das Wesen sowie auf die spezifisch individuellen Charakterzüge einer Person als auch auf deren gesellschaftlichen Rang und Stellung eingehen. Dem Täter wurde die Qualität der Menschlichkeit nicht weiter aberkannt und er sollte mit den Instrumentarien des Strafvollzugs wiederum in die Gesellschaft reintegriert werden.<sup>716,717</sup>

Die neue emanzipatorische Kraft des strafrechtlichen Denkens basierte nicht zuletzt auf neuartige naturwissenschaftliche Erkenntnis- und Erfahrungswerte. Die bis dahin rein formallegistisch betrachteten Phänomene Strafe und Verbrechen wurden nunmehr einer empirischen Realitätsprüfung unterzogen. Die alten metaphysischen Erwägungen des klassischen Strafrechts vermochten sich in der durch Kausalverkettungen geprägten Sichtweise nicht zu bewähren. Nach Ansicht Günter Stratenwerths wurde es Zeit, „das Strafrecht auf nüchtern rationale Zwecke festzulegen, es der metaphysischen Würde zu entkleiden, die es solange behauptet hat.“<sup>718</sup>

Die Gerechtigkeitskonzeptionen des Strafrechts orientierten sich also zusehends an Zweckmäßigkeitgedanken. Die Implementierung des neuen Strafrechtsgedankens mit den Grundmaximen

---

<sup>715</sup> Nach Gustav Radbruch führte die neuartige kapitalistische Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung so weit, „daß das Recht aus der Herrschaft der ausgleichenden immer mehr unter die Herrschaft der austeilenden Gerechtigkeit“ gelangte. Dies „bedeutet keineswegs, daß, was man bisher Recht nannte, aus dem Bereiche der Gerechtigkeit berausträte, sondern daß an die Stelle der absoluten Gleichheit von Leistung und Gegenleistung und der daraus folgenden Gleichheit der sie austauschenden Menschen immer mehr die verhältnismäßige Gleichheit tritt, die je nach seiner Eigenart und Lage, seiner Leistung oder Bedürftigkeit jeden verschieden, aber doch alle nach einem und demselben Maßstab behandelt.“ Radbruch (1969), S. 32 – 33.

<sup>716</sup> Vgl. Stieger-Gmür (1976), S. 16 – 17.

<sup>717</sup> Aus der Perspektive des Richterstandes stellte sich die Phase der Transformation so da: „Für die Strafrichter verlor die frühere Forderung, daß er ganz ohne Ansehen der Person zu richten habe, an Überzeugungskraft. Ja, er wurde zusehends gezwungen auf die Vielseitigkeit menschlicher Existenz zu achten. Der Mensch in seiner Eigenschaft als Täter, [...] der nunmehr in den Gesichtskreis des Strafrichters trat, erwies sich als kompliziertes Gebilde aus Anlage- und Milieuelementen, jeweils seltsam und eigenartig gemischt.“ Württenberger (1959), S. 38.

<sup>718</sup> Stratenwerth (1969), S. 47.



Spezialprävention und Individualisierung verlangte auch eine Anpassung der zu verhängenden Strafe an das Persönlichkeitsprofil des Täters. Dies war von da an dank der sich auf naturwissenschaftlichen Erkenntnisse stützenden Sozialwissenschaften (insb. der Psychologie und Rechtssoziologie) möglich.<sup>719</sup>

Die heterogenen Gerechtigkeitsvorstellungen im aktuellen Strafrecht gründen allesamt aus den soeben skizzierten Entwicklungsschritten. Man erkannte, dass man bei der Neuformulierung des materiellen Strafrechts auf die Schuld als wichtigste strafrechtliche Grundbegrifflichkeit keinesfalls verzichten dürfe.<sup>720</sup> Diese Referenzierung des Rechts auf soziale Lebensrealitäten evozierte neue Perspektiven der strafrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen.

#### IV.2.4. Gesellschaftliche Gerechtigkeitserwartungen an das Strafrecht

In keinem anderen Rechtsinstitut sind Gerechtigkeitserwartungen und -sehnsüchte wohl so stark akzentuiert wie im Strafrecht. Diese Desiderate durchziehen, nein durchdringen sogar, die für dieses Rechtsinstitut zentralen Gesetzesbestimmungen, angefangen von der Delikts- und Schuldfähigkeit über die genaue Ausformulierung und die notwendige Klarheit und Verständlichkeit der Deliktsbeschreibungen bis hin zum Strafenkatalog. Kein anderes Rechtsinstitut steht gleichzeitig unter einer so genauen gesellschaftlichen Beobachtung und determiniert gleichzeitig über weite Strecken unser normatives Gerechtigkeitsverständnis. Deshalb bedürfen vor allem die strafrechtlichen Bestimmungen von Zeit zu Zeit einer Revision, denn in diesen werden immer auch soziale Wertvorstellungen reflektiert.

Auf der anderen Seite – und hier zeigen sich auch Parallelen zur Begrifflichkeit der Gerechtigkeit – stehen die prozessrechtlichen Determinanten der Strafprozessordnung über den Gang des Strafverfahrens. Beide, sowohl die materiellrechtlichen als auch die prozessualen Strafrechtsbestimmungen tangieren Fragen der Gerechtigkeit bzw. Ungerechtigkeit. So ist es beispielsweise möglich, dass anderenorts als Lappalien abgetanene Unmutsäußerungen über das politische System mit staatsideologisch motivierten hohen Strafandrohungen belegt sind. Strafprozesse wiederum können, etwa wenn sie den Angeklagten sämtlicher seiner Rechte berauben, zu einer Farce verkommen. Um den theoretischen Gedanken kurz zu entkommen, sollen diese Gerechtigkeitsüberlegungen auf zwei konkrete Beispiele heruntergebrochen werden.

---

<sup>719</sup> Vgl. *Stieger-Gmür* (1976), S. 19 – 22.

<sup>720</sup> So schrieb Jürgen Baumann etwa zum neuen Schuldverständnis: „*Beim Schuldbegriff geht es mir in erster Linie um Sozialisierung, Säkularisierung, Entmythologisierung. [...] Ich glaube, daß unabhängig von der sittlichen Schuld ein sozial-rechtlicher Schuldbegriff gefunden werden kann, der Schuld als soziale Verantwortlichkeit umgreift, der vom sozial verantwortlichen Verhalten und der Möglichkeit dazu ausgeht. [...] Schuld wäre demnach Zurückbleiben hinter den Anforderungen der Sozietät oder Rechtsgemeinschaft, das Schuldurteil enthält den Vorwurf, daß der Rechtsgenosse den allgemein erfüllbaren und auch von ihm erfüllbaren sozialen Anforderungen nicht nachgekommen ist. Der Schuldbegriff ist ein Sozialbegriff und Rechtsbegriff, er kann nach den Bedürfnissen des sozialen Zusammenlebens konstruiert, mit Inhalt gefüllt und auch stets variiert werden. Schuld ist damit abhängig von der historischen Sozialsituation [...].*“ *Baumann* (1969), S. 11 – 12.

Unseren an das Strafrecht herangetragenen Gerechtigkeitserwartungen entspricht es etwa, dass nicht jede Verwirklichung eines Straftatbestandes sogleich mit intensiven Strafrechtssanktionen belegt sein soll. Zunächst unter Strafe gestellte widerrechtliche Übergriffe in fremde Rechtsgüter, gelten immer dann als gerechtfertigt, wenn sie dem unmittelbaren Schutz eines höherwertigen Rechtsgutes dienen und dieser Schutz nicht mit anderen adäquaten Mitteln erzielt werden kann. Man spricht in der Sprache der Strafrechtswissenschaftler dabei von Rechtfertigungsgründen. Dann – und dies kann sich als eine äußerst komplexe Angelegenheit erweisen – soll das eigentlich inkriminierte Handeln nach einer umfangreichen Interessensabwägung ausnahmsweise nicht unter Strafe gestellt werden. Diese darin vorgenommenen Abwägungen sind dabei kohärent mit jenen, die bei der Austarierung gesellschaftlicher Interessen nach materieller Gerechtigkeit vorhanden sind. Die ausnahmsweise einmal gestattete Permission der Verletzung eines Rechtsgutes, die aus einer Notlage heraus resultiert, wird vom Strafrecht nur erlaubt, nicht aber strikt angeordnet. Die Rechtfertigungsgründe bieten eine Hintertür, um ausnahmsweise dem Verdikt kriminellen Unrechts zu entgehen.<sup>721</sup>

§ 77 des österreichischen Strafgesetzbuches normiert, dass derjenige, der einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen hin tötet, mit einer weitaus milderer Strafe rechnen kann, als derjenige, der mit Hintertücke einen Mord begeht.<sup>722</sup> Diese Privilegierung der Euthanasie erscheint ebenso folgerichtig wie gerecht. Entscheidend dabei sind die Ernstlichkeit und die Eindringlichkeit des Wunsches des Schwerkranken, der sich im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte für sein Dahinscheiden entscheidet. Die in der Strafandrohung zum Ausdruck gebrachte Privilegierung korreliert auch mit der von der Gesellschaft zum Ausdruck gebrachten geringeren Strafwürdigkeit der Tat. Dies wiederum fügt sich passend in das Konzept der an das Strafrecht herangetragenen Gerechtigkeitserwartungen, die ja im gegenwärtigen Strafrecht auch die Interessen der Opfer als bedeutsame Rechtsgüter deklarieren.<sup>723</sup>

Bei der Kodifizierung strafrechtlicher Normen hat der Strafgesetzgeber sicherlich einen gewissen Entscheidungsspielraum; er muss und darf sich aber auch nicht blindlings unter das Diktat des Populismus begeben, denn er darf dabei nicht alles anordnen. Würde er zentrale Eckpfeiler des Strafrechts, wie etwa das Notwehrrecht, in Frage stellen, würde dies gewiss auf unverhohlenes Unverständnis treffen. Niemand würde und könnte dies verstehen und keiner würde eine solche Vorge-

---

<sup>721</sup> Vgl. Hassemer (2009), S. 22 – 23.

<sup>722</sup> So liegt die Höchststrafe beim Delikt Tötung auf Verlangen bei 5 Jahren, währenddessen Mord in extremis mit einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe bedroht ist.

<sup>723</sup> Tötung auf Verlangen, oder auch Euthanasie, provoziert einen hier nicht näher auszuführenden philosophischen Diskurs (vgl. etwa Benzhöfer (2009) oder Hoerster (1998)). Man könnte sich etwa auch die Frage stellen, warum Tötung auf Verlangen überhaupt unter Strafandrohung gestellt wird. Denn bei näherer Betrachtung könnte man ja vermuten, dass es nicht de facto, sondern nur de iure ein Opfer gibt. Es ist wohl das Ungewisse, das den Gesetzgeber dazu veranlasst hat, diesem Delikt eine Strafandrohung zuzuordnen. Weiters dürfte sich der Gesetzgeber auch davor gescheut haben, genau zu definieren, wo die Grenze zwischen wertem und unwertem Leben zu ziehen ist. Denn mit dieser Grenzziehung entstehen Graubereiche, auf deren Terrain die abstrakte Gesetzgebung nur verlieren kann. Deshalb erleichtert das strafrechtliche Verbot der Euthanasie sicherlich auch in praxi deren Handhabung. Vgl. Hassemer (2009), S. 22 – 23.

hensweise für gerecht erachten. Die Gerechtigkeitserwartungen an das Strafrecht sind zu Manifesten der Rechtsordnung geworden und als solche tief in der Bevölkerung verwurzelt.

#### **IV.2.5. Von absoluten und relativen Strafrechtstheorien zur General- und Spezialprävention**

Absolute Strafrechtstheorien verstehen Strafe als einen kompensatorischen Akt einer individuell erlittenen Verletzung im Sinne einer retrospektiven Evaluierung. Relative Strafrechtstheorien bleiben demgegenüber nicht so sehr in einer solchen Auseinandersetzung mit der Tat selbst beschränkt, sondern betonen schwerpunktmäßig Zukünftiges. Fasst man Strafe nämlich zukunftsorientiert auf, so lässt sich dadurch auch ein gewisser zusätzlicher gesellschaftlicher Nutzen generieren. Und so verfolgen Strafen in den aktuellen strafrechtlichen Diskursen auch zwei Stoßrichtungen. Zum einen möchte man die inkriminierten Handlungen in einem gesellschaftlichen Kontext erfassen (Generalprävention) und zum anderen möchte man durch die Strafe tunlichst erreichen, einem potentiellen Rückfall eines Täters präventiv vorzubeugen (Spezialprävention).

Die Generalprävention entfaltet unmittelbare Wirkung auf das Verhalten der Allgemeinheit. Die potentielle Aufoktroierung von Strafen soll letztlich dazu dienen, strafbaren Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Dabei kann zwischen einer positiven und negativen Dimension der Generalprävention differenziert werden. Die alte traditionalistische negative Ausformung der Generalprävention setzt auf den drakonischen Effekt der Abschreckung der Allgemeinheit durch Furcht und Strafe. Die neue Lesart der Generalprävention skizziert hingegen ein weitaus positiveres Bildnis. Strafen existieren nur deshalb, um positiv und verstärkend die Rechtstreue der Bürger zu befördern und diese auch in ihrer Vertrauenshaltung in und gegenüber der Strafverfolgung zu bestärken. Gerade letzterem Aspekt ist eine gewisse nicht negierbare Befriedungskomponente inhärent. Nach dem der Täter seine Strafe abgebußt hat, ist der Rechtskonflikt zwischen Täter und der Gesellschaft als bereinigt anzusehen.<sup>724</sup>

Bei der Analyse von Aspekten der Gerechtigkeit war ursprünglich der Generalprävention erhöhte Aufmerksamkeit entgegenzubringen. Die Subsumtion der Strafe unter eine Norm, welche á la longue zur Orientierung sozialer Kontakte geschaffen worden ist, wird unter anderem auch damit gerechtfertigt, um mit der Strafe die durch die Rechtsverletzung in Frage gestellte Norm zu rehabilitieren: „Ein Normbruch ist also eine Desavouierung der Norm. Diese Desavouierung bewirkt in dem Maß einen sozialen Konflikt, in dem die Norm als Orientierungsmuster in Frage gestellt wird. [...] Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Normbrechers erfolgender Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm.“<sup>725</sup>

---

<sup>724</sup> Vgl. Kienapfel/Höpfel (2009), S. 5.

<sup>725</sup> Jakobs (1991), S. 9 und 11.

Dem Gedanken der Spezialprävention ist allerdings heute sicherlich ein höherer Stellenwert als den generalpräventiven Ideen beizumessen. Die Spezialprävention orientiert sich dabei an der individuellen Gefährlichkeitsprognose eines Straftäters, der durch die Verhängung bzw. Androhung der Strafe künftig von strafbaren Handlungen abgehalten und zu einem rechtstreuen Verhalten erzogen werden soll.<sup>726</sup> Neue von Gerechtigkeitserwägungen beeinflusste Betrachtungen im Strafrecht gehen dabei von der Zweckmäßigkeit der Normen oder der menschlichen Emanzipation als Leitwert aus und machen ein Eingehen auf den jeweiligen Täter erforderlich. Im Fokus dieser spezialpräventiven Überlegungen steht dabei immer wieder der Begriff der Resozialisierung. Wer unter der Resozialisierung lediglich die äußere Anpassung des Täters an die jeweilig aktuellen gesellschaftlichen Wertvorstellungen versteht und als einziges Kriterium des Erfolgs das Unterbinden eines Rückfalls sieht, hat kein emanzipatorisches Verständnis von der Begrifflichkeit der Resozialisierung. Resozialisierung bedeutet in einem neueren Kontext vielmehr die Berücksichtigung der konkreten Persönlichkeitsstruktur sowohl bei der Bemessung der Strafe als auch bei der Vollzugsform. Das neue zentrale Schlagwort bei der Schaffung eines gerechten Strafrechts lautet Individualisierung. Die Wichtigkeit der individuellen Behandlung des Täters auf der einen sowie die voranschreitende Ausdifferenzierung der ihn zu erwartenden Strafe bzw. Maßnahmen wird sowohl in der juristischen Praxis als auch im Schrifttum nicht mehr in Frage gestellt. Dies zeitigte jedoch unterschiedliche Auswirkungen auf die agierenden Akteure, die es noch eingehender zu analysieren gilt.<sup>727</sup>

Gerade die präventiven Maßnahmen sind den Opfern des Strafrechts oftmals zu wenig restriktiv. Der Ruf nach Vergeltung<sup>728</sup> wird manchmal unverständlich klar und laut artikuliert. Deshalb wird von einigen Strafrechtstheoretikern heutzutage versucht, das Strafrecht mit und durch seine duale Funktion zu rechtfertigen: Auf der einen Seite der Rechtsverletzung nachzugehen und die Priorität der Gerechtigkeit der Strafe gegenüber dem sozialen Nutzen zu akzeptieren; und auf der anderen Seite zukünftigen Verbrechen vorzubeugen. Damit kommt es zu einer Verteilung von verschiedenen Zwecken der Strafe: „*Generalprävention mit dem Drohpotential der Strafe, Vergeltung durch die staatliche Sanktion und Spezialprävention bei der Verbüßung der Strafe.*“<sup>729,730</sup>

<sup>726</sup> Natürlich lässt sich bei der Verhängung bzw. Androhung der Strafe immer auch auf andere Strafzwecke rekurrieren. Die Strafzwecktrias der Vergeltung, der General- und Spezialprävention kann dabei von Fall zu Fall unterschiedlich gewichtet sein, sodass die Akzentuierung eines Strafzwecks zumeist die beiden anderen in den Hintergrund drängen kann. Vgl. Kienapfel/Höpfel (2009), S. 5.

<sup>727</sup> Vgl. Stieger-Gmür (1976), S. 34 – 46.

<sup>728</sup> Der Ruf nach bloßer Vergeltung ist heutzutage Charakteristikum von reaktionären Staaten. Bereits im Zeitalter der römischen Republik mahnte Cicero zu einer Zurückhaltung im Ausmaß der Bestrafung. Cicero sah in der Relation zwischen Straftat und Bestrafung nichts anderes als eine Manifestation der Gerechtigkeit selbst. Die strafwürdige Tat und die Gesamtsituation des Täters (und nicht etwa jene des Opfers) müssen beim Akt der Bestrafung mitbedacht werden, wenn man darin Gerechtigkeit und nicht bloß Rachsinn erblicken wollte. Vgl. Schneider (1964), S. 182.

<sup>729</sup> Mizgahi (2010), S. 234.

<sup>730</sup> Von der gegenwärtigen Strafrechtswissenschaft wird der Vergeltungsgedanke strikt abgelehnt und vielmehr nur auf die General- und Spezialprävention der Strafe abgestellt. Unterstützung erhalten solche Ansichten durch Gesetzespassagen, wie etwa § 191 Abs. 1 Z 2 StPO, die lediglich diese beiden Strafzwecke anführen. Solchen Ansichten ist m.E. generell beizupflichten, als die Vergeltung als eigener Strafzweck anachronistisch und nicht sinnvoll erscheint. Nichtsdestoweniger ist gerade aber der Vergeltungsgedanke im menschlichen Bewusstsein als Ausfluss komparativer Gerechtigkeit tief verwurzelt. Vgl. Platzgummer (1989), S. 321.

#### IV.2.6. Gerechtigkeit im Strafrecht und ihre Umsetzung im Gerichtsalltag

Zunächst muss einmal konstatiert werden, dass der strafrechtliche Konkretisierungsgrad der Gesetze nicht ex ante schon zu weit eingeschränkt werden darf, da ein Richter interpretatorische Entscheidungsspielräume benötigt, um die individuellen Spezifika des Einzelfalls in seiner Urteilsfindung und -begründung auch berücksichtigen zu können. Diese Einräumung einer richterlichen Autonomie bedingt im Kontext des Strafrechts einen Kompetenztransfer von der gesetzgebenden hin zur rechtsprechenden Gewalt. Dies geschieht beispielgebend durch die Verankerung von Generalklauseln oder vom Richter erst genau zu interpretierenden Begrifflichkeiten, die diesem eben gewisse Ermessensspielräume offen halten.<sup>731</sup> Dies muss allerdings im Rahmen gewisser Abgrenzungen stattfinden. Er darf hierbei keine eigenständige, subjektive Wertung über das Zweckmäßige<sup>732</sup> bzw. Notwendige in einem Fall abgeben, sondern ist vielmehr dazu angehalten, dies nach objektiv eindeutigen Kriterien zu tun.<sup>733</sup>

Diese zu registrierende Verschiebung von der Legislative hin zur Judikative wirft eine Reihe von rechtspolitischen Fragestellungen auf. Stehen etwa die zunehmenden Individualisierungstendenzen im Strafrecht und die damit einhergehende Aufwertung des Richterspruchs nicht in einem augenfälligen Widerspruch zur Rechtsstaatlichkeit und Gerechtigkeit? Bedient man sich dabei nochmals dem alten liberalen Rechtsverständnis des 19. Jahrhunderts, das unter anderem eine strikte Trennung der Gewalten vorsah, so muss eine überbordende richterliche Tätigkeit strikt abgelehnt werden. Doch die definitorische Interpretation von Rechtsstaatlichkeit unterliegt permanent ändernder gesellschaftspolitischer Verhältnisse und muss ständig neu definiert werden.<sup>734</sup> Die Aufgabe des modernen sozialen Rechtsstaates offenbart sich in der Wahrung der Würde des Menschen wie auch in der Achtung der verfassungsmäßig verbürgten Grundrechte. Dennoch – und dies soll keinesfalls verhehlt werden – steht ein spezialpräventives und individualitätsfokussierendes und daher als gerecht empfundenen Strafrecht in einem offensichtlichen Widerspruch zu den gewaltentrennenden Grundmaximen. Theodor Lenckner formuliert diese Bedenken treffend wie folgt: *„Andererseits ist dem Rechtsstaat aber auch der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit als Aufgabe gestellt, und da hier auf die Elastizität normativer*

---

<sup>731</sup> Ermessensspielräume – eine Domäne des Verwaltungsrechts – sind im Strafrecht auch wegen des Legalitätsprinzips (Vgl. hierzu *Öhlinger* (2009), S. 255 – 263) meist nur bei der konkreten Strafbemessung gebräuchlich. Viel öfters findet man im Rahmen des Strafrechts Generalklauseln, die die Möglichkeit eröffnen auf die Komplexität der einzelnen Sachverhalte flexibel reagieren zu können. Diesem Vorteil der Generalklauseln steht aber auch die omnipräsente Gefahr der willkürlichen Anwendung bzw. der Unvorhersehbarkeit der richterlichen Entscheidung gegenüber. Vgl. *Stieger-Gmür* (1976), S. 36.

<sup>732</sup> Ob nun – wie etwa bei Franz von Liszt (1905) – Gerechtigkeit ein Resultat der Zweckmäßigkeit darstellt oder die Zweckmäßigkeit ein zweiter, eigenständiger Gedanke neben der Gerechtigkeit ist, ist für die Geltung bzw. die gesellschaftliche Akzeptanz der strafrechtlichen Normen reichlich irrelevant. Gustav Radbruch untersuchte dagegen in seiner Rechtsphilosophie das Verhältnis der drei die Rechtsidee konstituierenden Elemente. Er gelangte zum Ergebnis, dass Gerechtigkeit für die Form, die Zweckmäßigkeit für den Inhalt und die Rechtssicherheit für die Geltung des Rechts unbedingt notwendig und erforderlich seien. Vgl. *Radbruch* (1973), S. 340.

<sup>733</sup> Vgl. *Engisch* (1971), S. 108 – 116.

<sup>734</sup> Vgl. *Benda* (2010a), S. 890 – 891.

*Elemente nicht verzichtet werden kann, haben diese insoweit eine wichtige rechtsstaatliche Funktion. Bei diesem Konflikt zwischen der formellen und materiellen Komponente der Rechtsstaatlichkeit kann die Lösung nur in einem Kompromiss bestehen, dessen Inhalt vorgezeichnet ist durch die Forderung: so viel materielle Gerechtigkeit wie möglich. Anders ausgedrückt: Es kann nicht darum gehen, wertausfüllungsbedürftige Formeln und Begriffe aus dem Strafrecht zu verbannen; soweit sie aus Gründen der Gerechtigkeit unerlässlich sind, müssen jedoch ihre Gefahren für die Rechtssicherheit auf das mögliche Minimum reduziert werden.“<sup>735</sup>*

Somit darf in einem doktrinistischen Verständnis des Rechtsstaates die Tendenz hin zur richterlichen Freiheit bei der Verhängung der Strafe und der Festsetzung des Vollzugs nicht zu größerem Bedenken Anlass geben.<sup>736</sup> Wird man dennoch gezwungen, zwischen der Verwirklichung der individualisierenden Gerechtigkeit im Strafrecht und den rechtsstaatlichen Bestimmtheitserfordernissen wertend abzuwägen, so muss ersterem eine höhere Wertigkeit eingeräumt werden. Dennoch wurde in den strafrechtlichen Verfahrensordnungen ein rechtliches Gegengewicht zu der relativen Machtfülle des Richters statuiert. Dem Beschuldigten stehen heutzutage eine breite Palette möglicher Mitwirkungs- und Anfechtungsmöglichkeiten zur Verfügung.<sup>737</sup>

Die neuesten Tendenzen im Strafrecht fokussieren darüber hinaus eine größere innere Differenzierung der Strafe sowie eine zunehmende Involvierung des Opfers und deren Interessenlagen in das Strafverfahren. Auch deshalb treten die früher so dominanten Aspekte der Generalprävention zugunsten spezialpräventiver Betrachtungen zunehmend in den Hintergrund. Die Strafe selbst soll letztlich so bemessen werden, dass ihre Auswirkungen – nebst anderer zu erwartender Konsequenzen – auch auf das künftige Leben im Rahmen der Gesellschaftsordnung Bedacht nehmen.<sup>738</sup> Die Opferinteressen werden im Rahmen des Strafverfahrens bereits beachtet, da darin adhäsiv auch über die Höhe eines etwaigen Schadenersatzanspruches abgeurteilt, als auch durch einen möglichst schonenden Umgang des Opfers eine Sekundärviktimsierung verhindert werden soll. Auch das Prinzip des außergerichtlichen Tatausgleichs soll auf eine möglichst rasche Restitution des Rechtsfriedens hinwirken.<sup>739</sup>

Im außergerichtlichen Tatausgleich als Teil des modernen Maßnahmenstrafrechts tritt die Befriedigung legitimer Opferinteressen zusehends in den Vordergrund. Bei nicht schwerer Schuld steht es den Strafverfolgungsbehörden frei, auf die Einleitung eines formellen Strafverfahrens unter der Voraussetzung zu verzichten, dass eine durch umfassende Konfliktregelung begleitende Wiedergut-

---

<sup>735</sup> Lenckner (1968), S. 305.

<sup>736</sup> Peter Noll bringt dies dabei treffend auf den Punkt, wenn er überspitzt formuliert, dass das Interesse der Vorhersehbarkeit im Strafrecht auf die Grenzen der generellen Strafbarkeit unrechten Verhaltens begrenzt sei: „Das Informationsinteresse eines Verbrechers, der sich vor seiner beabsichtigten Tat nach der Höhe der zu erwartenden Strafe erkundigt, ist nicht schutzwürdig.“ Noll (1973), S. 193.

<sup>737</sup> Vgl. Stieger-Gmür (1976), S. 41 – 42.

<sup>738</sup> Vgl. dazu etwa § 32 Abs. 2 StGB.

<sup>739</sup> Das Prinzip der Opfergerechtigkeit wurde auch im Rahmen eines EU-Rahmenbeschlusses (ABl. 82/2001) zur verstärkten Berücksichtigung des Tatopfers rechtlich statuiert. Es sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass der Schuldige Unrecht auf sich genommen hat, das es im Rahmen des Strafrechts auszugleichen gilt.

machung erfolgen soll<sup>740</sup>, ohne den eigentlichen Sinn und Zweck des Strafrechts allzu sehr zu perpetuieren. Sollte ein außergerichtlicher Tatausgleich erfolgreich sein, wird von einer weiteren Strafverfolgung abgesehen.<sup>741</sup>

So kann eine Strafgesetzgebung, die heutzutage auf dem Grundsatz Erziehung statt Sühne beruht, für die einen als durchaus gelungen und gerecht gelten, offeriert sie ja dem Straftäter eine faire Chance auf Resozialisierung. Andere wiederum verfolgen auf das Strafrecht bezogen eher antiquierte Gerechtigkeitsvorstellungen und vermissen daher in den heutigen Strafrechtskonzeptionen die Komponente der Sühne.<sup>742</sup> Die inhärente (Gerechtigkeits-)Logik des modernen Strafrechts basiert auf einer Zweispurigkeit, die sich darin manifestiert, dass Strafgerichte auf der einen Seite sowohl Strafen, andererseits aber auch vorbeugende Maßnahmen<sup>743,744</sup> verhängen können.<sup>745</sup>

---

<sup>740</sup> Beispielsweise durch Erbringung karitativer Leistungen, materieller Schadensrestitution, einer aufrechten Geste der Entschuldigung, u.s.w..

<sup>741</sup> Vgl. Löschnig-Gspandl (1999).

<sup>742</sup> Vgl. Dreier (1985), S. 97.

<sup>743</sup> So wie etwa die Unterbringung für geistig abnorme Rechtsbrecher nach § 21 StGB.

<sup>744</sup> Bei der Einführung des Maßnahmenstrafrechts in Österreich in den 1960er Jahren bemerkte die begleitend eingesetzte Sozialwissenschaftliche Arbeitsgemeinschaft Folgendes an: „*Geben Schuld und Gefährlichkeit konform, so kann die der Schuld entsprechende Strafe auch den Erfordernissen der Spezialprävention voll Genüge leisten. Übersteigt aber die Gefährlichkeit des Täters wesentlich seine Schuld, so kann das Bedürfnis nach Spezialprävention nur durch ethisch farblose Maßnahmen erreicht werden, die so lange dauern, wie ihr Zweck es erfordert. Solche Maßnahmen sind vor allem über Zurechnungsunfähige zu verhängen, wenn die Voraussetzung zur Schuld fehlt. Das dualistische System ist für Hangtäter notwendig, bei denen die Gefährlichkeit die Schuld erheblich übersteigt.*“ Sozialwissenschaftliche Arbeitsgemeinschaft (1961), S. 41.

<sup>745</sup> Wiewohl sich dieses System der Zweispurigkeit bereits Anfang des 20. Jahrhunderts innerhalb der demokratischen Verfassungsstaaten durchsetzen konnte, so sollte es in Österreich bis zur Einführung des StGB 1975 andauern, ehe dieses System flächendeckend realisiert werden konnte.

## IV.3. Das fiskalpolitische Ideal der Steuergerechtigkeit

### IV.3.1. Aufgaben und Funktionen des Steuerrechts

Die Frage nach Gerechtigkeit einzelner Steuergesetze oder eines ganzen Steuersystems<sup>746</sup> stellt sich seit dem Zeitpunkt, ab dem Menschen sich zusammengeschlossen haben um innerhalb eines zivilisierten Gemeinwesens ihren Lebensalltag zu bestreiten.<sup>747</sup>

Steuern<sup>748</sup> tragen dabei seit Anbeginn ihrer Existenz den Nimbus von nicht unerheblichen Belastungen mit und in sich, die der Staat seinen Bürgern aufoktroziert, um im Gegenzug adäquate Leistungen zur Verfügung stellen zu können, von denen über kurz oder lang wiederum alle profitieren können sollen.<sup>749</sup> Demokratische Gesellschaftsformen, die auf die grundsätzliche Partizipationsbereitschaft ihrer Bürger angewiesen sind, stehen jedoch vor dem evidenten Problem den Umfang der Steuerbelastung rechtfertigen und permanent Nachweise darüber erbringen zu müssen, dass das existente Steuersystem auch den Prämissen der Effektivität, der Sparsamkeit sowie der allgemeinen Wirtschaftlichkeit folgt und deshalb im Umkehrschluss auch als gerecht anzusehen ist.<sup>750,751</sup>

Steuern definieren sich im Allgemeinen als Geldleistungen, die auf Grundlage von Rechtsbestimmungen vom Staat bzw. dessen Organen eingehoben werden. Kontrastierend zu Gebühren stehen Steuern dabei keine äquivalenten Gegenleistungen gegenüber. Vielmehr sollen Steuern letztlich dazu beitragen, durch ihren sinn- wie maßvollen Einsatz das Wohl der Allgemeinheit (das sog. „*bonum commune*“) zu befördern. Reinhold Beiser gelangt von dieser basalen Grundlogik des Rechtsinstituts des Steuerrechts zu dessen prominenten drei Funktionen:<sup>752</sup>

---

<sup>746</sup> Wenn man im Zusammenhang mit Steuern eine ernsthafte Gerechtigkeitsdebatte führen möchte, sollte man sich stets ins Bewusstsein rücken, dass einzelne Steuern in einer isolierten Betrachtungsweise niemals als gerecht bzw. ungerecht qualifiziert werden können. Nein, gerade auch im Steuerrecht ist stets eine systematische Betrachtungsweise geboten, also eine Untersuchung sowie das Zusammenspiel einer Vielzahl von Steuern, die eben ein Steuersystem konstituieren.

<sup>747</sup> Steuergerechtigkeit ist die Grunddeterminante eines bestimmten Ordnungssystems. Sollte der Gesetzgeber einmal Steuerbegünstigungen gewährt haben, so kann er von diesen Begünstigungen nicht ohne weiteres wieder abrücken. Der Gesetzgeber unterliegt diesbezüglich einer erhöhten Sachlichkeitsanforderung. Vgl. zu dieser Programmatik auch VfSlg 11.368/1987.

<sup>748</sup> Nachdem im Folgenden häufig der Begriff der Steuern verwendet wird, soll zunächst einmal versucht werden, diese Begrifflichkeit einer validen Definition zuzuführen. Steuern sind aus rechtlicher Perspektive einmalige oder immer wiederkehrende Geldleistungen, denen keine konkreten Gegenleistungen gegenüberstehen. Primärer Zweck von Steuern ist in aller erster Linie, die Erzielung von Einkünften, die ihrerseits wiederum die allgemeinen Staatsaufgaben finanzieren sollen. Vgl. *Weber-Fas* (2008), S. 278.

<sup>749</sup> Nichtsdestotrotz gilt das Zahlen von Steuern aus lernpsychologischer Perspektive als eine Strafe, die ex ante einen Reflex der bestmöglichen Vermeidung provoziert. Vgl. hierzu ausführlich *Wiswede* (2002), S. 59, der Steuern als einen Strafreiz charakterisiert, „*dem von vornherein die Tendenz des Widerstandes oder der Vermeidung innewohnt*.“

<sup>750</sup> Insbesondere die Besteuerung aktiver Erwerbseinkommen gilt dabei als besonders begründungs- und legitimationsbedürftig, nimmt es den Menschen jedoch das, was sie sich im Fleiße ihres Angesichts selbst erwirtschaftet haben. Vgl. *Liebig* (2007), S. 121 – 122.

<sup>751</sup> Die Steuergesetzgebung liegt unter einem besonderen Bestimmtheitszwang, die ihm hierzulande durch das Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG aufoktroziert wird. Die Steuerlast muss für den Steuerunterworfenen sowohl berechenbar als auch vorhersehbar sein. Vgl. *Klein* (1966), S. 108.

<sup>752</sup> Vgl. *Beiser* (2011), S. 23.



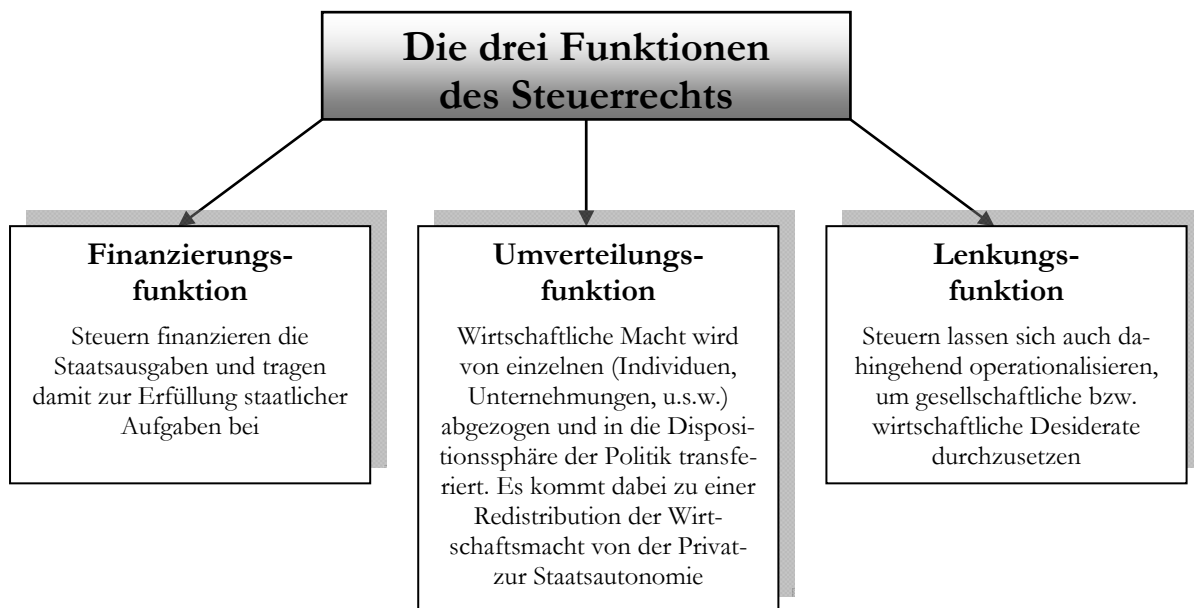


Abb. 21: Die drei Funktionen des Steuerrechts

Der Lenkungscharakter von Steuern impliziert die gewollte und intendierte Steuerung gesellschaftlichen Verhaltens. Dies gilt insbesondere für Steuern die Verhalten verteuern, welche gesellschaftlich unerwünscht ist. Alkohol- und Tabaksteuern sind Beispiele für solche Sozialzwecksteuern. Wer sich demnach gesellschaftlich unerwünscht verhält<sup>753</sup>, soll mit einer nicht zu vernachlässigenden Steuerbürde belastet werden.<sup>754</sup>

Diese dem Steuerrecht inhärenten Gestaltungsmöglichkeiten finden jedoch nicht unter der Prämisse des weiter unten noch ausführlich zu erörternden Leistungsfähigkeitsprinzips statt; sie unterliegen anderwärtigen Motivationslagen. Konzeptionell sind Lenkungssteuern Finanzierungssteuern diametral entgegengesetzt. Lenkungssteuern verfolgen nicht das Ziel einer Finanzierung des Gemeinwerts.<sup>755</sup> Der Erfolg von Lenkungssteuern bemisst sich viel eher an der Responsivität der durch das Steuerrecht zu vermitteln versuchten Verhaltensempfehlungen, die allerdings von außerhalb des Steuerrechts an dieses herangetragen werden und nur mithilfe des Mediums Steuerrecht erklärt und realisiert werden sollen.<sup>756</sup>

<sup>753</sup> Sozialzwecksteuern können dabei finanz-, wirtschafts-, sozial-, kultur-, verkehrs-, gesundheits- oder umweltpolitisch motiviert sein. Vgl. *Tipke* (2000), S. 50.

<sup>754</sup> Der Lenkungseffekt von Steuern artikuliert sich somit in einer oft erheblichen Sonderbelastung staatlich unerwünschten Verhaltens. Die steuerpflichtigen Normunterworfenen werden im Rahmen ihrer individuellen Freiheit vor die Wahl gestellt. Ihnen wird durch die additive Steuerbelastung ein weiteres Motiv geboten, gewisse Handlungen (beispielsweise ökologisch nachhaltige) präferiert vorzunehmen bzw. andere wiederum gezielt zu unterlassen.

<sup>755</sup> Dies sollte eigentlich nur ein willkommener Nebeneffekt sein. Realpolitisch zeichnet sich unterdes ein anderes Bild. Immer dann wenn erhöhter Finanzierungsbedarf besteht, werden gerade diese Lenkungssteuern (man denke in diesem Zusammenhang beispielsweise an die Mineralöl- oder die Tabaksteuern) erhöht.

<sup>756</sup> Vgl. *Birk* (1983), S. 194 – 195.

### IV.3.2. Grundsätzliche Überlegungen zum Ideal der Steuergerechtigkeit

Steuergerechtigkeit kann dabei als eine idealtypische Subkategorie der distributiven Gerechtigkeit angesehen werden. Denn letztlich sollen im Rahmen des Steuerrechts Einnahmen lukriert werden, um soziale Lasten des gemeinschaftlichen Gesellschaftslebens finanzieren zu können.<sup>757</sup> Dabei tritt ein evidenten Spannungsverhältnis zwischen öffentlichen und privaten Interessenlagen ganz offen zu Tage. Während nämlich der Staat kontingent die Grenzen der Steueroberbelastungsgrenzen auszuloten versucht, geht beim einzelnen Steuersubjekt die Tendenz dahingehend, möglichst wenig Steuern bezahlen zu wollen. Auch im Rahmen des Steuerrechts zeigt sich, dass diesem das Prädikat der Gerechtigkeit nur dann zuerkannt werden kann, wenn dieses in der sozialen und gesellschaftlichen Realität auch empfunden wird. Aus dem universellen Fundamentalprinzip der Gerechtigkeit gilt es daher zunächst mittels Deduktion einzelne Subprinzipien abzuleiten, die wiederum den Regelungsinhalt einzelner Normen determinieren.<sup>758</sup>

Durch die grundsätzliche gesellschaftliche Konvention der privaten Nutzung von Eigentum wird der Staat angehalten, die für seine Aufgaben notwendigen und erforderlichen Mitteln aus Steuern zu finanzieren bzw. zu bedecken. Nach Otfried Höffe ist dabei ohne Steuern und den dazugehörigen Steuerzahlern kein Rechts- oder gar Sozialstaat zu machen.<sup>759</sup> Gerechtigkeitsdebatten schlagen daher auch auf das staatliche Steuerwesen durch. Dabei gilt es die vom Staat benötigten Geldmittel tunlichst gerecht innerhalb der Gesellschaft zu verteilen. Die Verteilung der Besteuerungslast erweist sich dabei als eine Anwendungsform der schon ausführlich beschriebenen Verteilungsgerechtigkeit. Zur Erzielung von Steuergerechtigkeit muss deshalb vom Steuergesetzgeber ein gewisses Maß an Besteuerungs- und Steuerethik eingefordert werden. Die Vermeidung von Willkür und Beliebigkeit der Steuergesetzgebung muss allein schon aufgrund verfassungsmäßig verbürgter Grundrechtsgarantien in einer pluralistisch wertoffenen Gesellschaft vermieden werden.<sup>760</sup>

---

<sup>757</sup> Deshalb stellt die zweite Seite der fiskalpolitischen Medaille die Budgetpolitik dar. In föderalen Staatsgebieten, wie etwa in jenem der Republik Österreich, sind aufgrund unterschiedlicher Sachzwänge, aber auch der föderalistischen Architektur des Staatswesens, die Abgabenhöhe auf die einzelnen Gebietskörperschaften aufgeteilt. Demnach müssen Finanzausgleiche durchgeführt werden. De lege lata normiert etwa § 4 F-VG 1948 (BGBl. Nr. 45/1948 i.d.g.F.) eine spezifische Ausprägung des im Rahmen der Verfahrensgerechtigkeit näher zu erörternden Gleichheitssatzes, der vom Verfassungsgerichtshof als Ausfluss des allgemeinen Sachlichkeitsgebots verstanden wird und von diesem auch ausdrücklich als Gebot der Gerechtigkeit apostrophiert wurde (Vgl. etwa VfSlg 10.633/1985). Bereits in früheren Erkenntnissen hielt der Verfassungsgerichtshof fest, dass die in § 2 und § 4 F-VG transmittierten obersten Zielprämissen des Gesetzgebers zur Herstellung möglicher Gerechtigkeit im Ausgleich zwischen den verbundenen Abgabewirtschaften dienen können. Vgl. VfSlg 2.132/1951.

<sup>758</sup> Die Prämisse der Steuergerechtigkeit hat eine inhärente fiskalpolitische Funktion inne, die bekanntermaßen mit anderen fiskalpolitischen Zielvorstellungen konfliktieren kann. Vgl. *Waldner* (1991), S. 18 – 19.

<sup>759</sup> Vgl. auch *Höffe* (1988).

<sup>760</sup> Das sind hohe und durchaus ehrbare Ziele. Jedoch erkennt Klaus Tipke für eine vollständige Umsetzung eines ethisch-moralisch einwandfreien Steuerrechts vor allem Begrenzungen in der Fachkompetenz einer Person. Um all dies auch in der tatsächlichen Legistenarbeit umsetzen zu können, müsste dieser ein Steuerjurist mit ausgezeichneten, weit ins Detail reichenden Kenntnissen der allgemeinen und besonderen Steuerrechtsmaterien und darüber hinaus noch moralphilosophisch und verfassungsjuristisch bewandt sein. Neben weiteren allgemeinen Kenntnissen der Rechtsordnung sollte er auch mit den Grundlagen der Ökonomie vertraut sein. Vgl. *Tipke* (2000), S. 12 – 13.

Von Gerechtigkeit im Steuerrecht ist gerade in Zeiten knapper Budgets und der dazugehörigen Notwendigkeit der Konsolidierung von staatlichen Etats die Rede.<sup>761</sup> Trotz unterschiedlich gebräuchlicher Terminologien drehen sich die Gerechtigkeitsdebatten im Steuerrecht letztlich um eine zentrale Fragestellung: Nach welchen nachvollziehbaren Kriterien bzw. Werturteilen hat sich der Steuergesetzgeber zu orientieren, damit zu guter Letzt die Besteuerung einer politischen Sozietät als gerecht bezeichnet werden kann? Dabei sind die sozialstaatlichen Leistungen bei ihrer Finanzierbarkeit auf die solide Basis eines erwirtschafteten Steuereinkommens angewiesen. Neben diesen sozialstaatlichen Aspekten kommt auch eine erst durch die Besteuerung ermöglichte schützende Sicherstellung der bürgerlichen Freiheiten. Die Errungenschaften des Gemeinwesens sollen dabei durch rechtsstaatliche Institutionen, wie jene der Polizei oder der Justiz, gewährleistet werden. Aufgrund dieser von einem Staat erwarteten Sicherheitsleistungen erscheint die Besteuerung des menschlichen Zusammenlebens grundsätzlich legitimiert. Um mögliche Gewalt- bzw. Willkürexzesse a priori auszuschließen und Tendenzen zur Selbstjustiz zu vermeiden, benötigt der Staat ein geregeltes und kontinuierliches Steueraufkommen; denn nur so scheint eine friedliche, die Freiheit der anderen achtende Koexistenz der Menschen untereinander möglich zu sein. Die Quintessenz *„Steuern als ein Preis für unsere Freiheit“* scheint demnach keine hohle Phrase. Der ehemalige New Yorker Bürgermeister Robert Wagner bringt dies pointiert so auf den Punkt: *„Steuern sind der Preis der Zivilisation. Im Urwald gibt es keine.“*<sup>762</sup>

Jedoch können auch im Steuerrecht einzelne Gerechtigkeitsvorstellungen naturgemäß einigermaßen von einander differieren. So kann ein progressiv besteuernendes Steuersystem, dass höhere Einkommen auch kontinuierlich höher besteuert von den einen als gerecht angesehen werden, da es eine gewisse Einkommensumverteilung bewirkt, jedoch von anderen als gänzlich ungerecht empfunden werden, da einer Progression ja per definitionem eine gewisse Ungleichheit inhärent ist, die geeignet erscheint, einen möglichen zusätzlichen Leistungsanreiz für Besserverdienende zu perpetuieren.<sup>763</sup> In diesem Zusammenhang sei auf eine passende Definition von Steuergerechtigkeit von Peter Wolf verwiesen: *„Ein gerechtes Steuersystem ist ohne eine sich an der Leistungsfähigkeit (Einkommen) des einzelnen Steuerpflichtigen orientierende progressive Steuer, die das überwiegende Steueraufkommen des Gemeinwesens zu erbringen hat und in so mäßiger Höhe zu erheben ist, daß sie nicht leistungshemmend wirkt, nicht denkbar; wobei die Obergrenze der Besteuerung bei etwa einem Drittel [...] der Besteuerungsgrundlage anzusetzen sein dürfte.“*<sup>764</sup>

Einige Steuertheoretiker, wie etwa auch Ronald Kregel sehen dabei das inhärente Umverteilungspotential des Steuerrechts bei Weitem noch nicht ausgeschöpft. Steuerrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten sind – im Gegensatz zum disponiblen Zivilrecht – in ein relativ strenges formelles

<sup>761</sup> In der Literatur werden allerdings auch einige synonyme Begrifflichkeiten zur Umschreibung der Steuergerechtigkeit verwendet. So wird diesbezüglich gelegentlich auch von Steuerethik bzw. staatlicher Besteuerungsmoral gesprochen. Gerade aber die staatliche Besteuerungsmoral muss von der schlechten Steuermoral einzelner Bürger unterschieden werden, die ihrerseits zur Perpetuierung der Steuergerechtigkeit im Rahmen eines politischen Systems beitragen kann. Vgl. *Tipke* (2000), S. 7.

<sup>762</sup> Zitiert nach *Tipke* (2000), S. 36.

<sup>763</sup> Vgl. *Dreier* (1985), S. 97.

<sup>764</sup> *Wolf* (1993), S. 204.

Gestaltungskorsett gepresst. Auch Hans-Jörg Schäfer und Claus Ott postulieren reformatorisch sämtlich an das Recht herangetragene Verteilungsfragen im Rahmen des Steuerrechts einer Lösung zuzuführen, da diese ebendort am effizientesten gelöst werden könnten.<sup>765</sup> Auch die amerikanischen Steuertheoretiker Louis Kaplow und Steven Shavell untermauern diese Hypothese. Nach empirischen Untersuchungen gelangen sie zum Ergebnis, dass sich das System der Einkommensteuer am effizientesten und am wenigsten kostenintensiv dazu eignet, zuvor aufgestellte Verteilungsziele am bestmöglichen zu verwirklichen. Beide gehen auch davon aus, dass Umverteilungseffekte am wirkungsvollsten durch eine entsprechende Adjustierung zu erzielen sein werden, da diese eine hohe Responsivitätsquote innerhalb der Gesellschaft aufweist.<sup>766</sup>

Die für die Gesetzgebung verantwortlichen Politiker bekennen sich bei jeder ihnen bietenden Möglichkeit wort- und floskelreich zur Steuergerechtigkeit und Leistungsfähigkeit. Für das Gros dieser Politiker sind jedoch diese gern ventilierten Schlagworte nicht mehr als inhaltsleere Phrasen. Der Ruf nach Steuergerechtigkeit und ein nach außen artikulierter Wille zur allgemeinen Sparsamkeit scheinen dessen ungeachtet auf breiten gesellschaftlichen Konsens zu stoßen. Aus politischer Sicht heikler und brisanter wird all dies erst, wenn mögliche Gruppen definiert werden sollen, deren Besteuerungsniveau unter Berufung der Steuergerechtigkeit adaptiert, sprich erhöht, werden soll. Kurzum lautet das Credo derart, dass Politiker sich zwar um den allgemeinen Zustand der Politik sorgen, jedoch keinesfalls einzelne Besitzstände antasten dürfen. Politiker erhalten vor allem im Steuerrecht zahlreiche Zusendungen von Interessenverbänden und dem Wahlvolk. Nicht immer setzten sich in den zum Teil hitzig geführten Diskussionen die Rationalität und der allgemeine Sachverstand durch. Auffällig oft wird in diesem Zusammenhang statt von gerechter von freundlicher Steuerpolitik gesprochen: Das Steuerrecht soll u.a. unternehmerfreundlich, arbeitnehmerfreundlich, wachstumsfreundlich und arbeitsplatzfreundlich sein. Bei solch einer freundlichen Politisierung und Ökonomisierung des Steuerrechts kommt der dogmatische Rechtsgedanke zwangsläufig zu kurz.<sup>767</sup>

Bevor es vertiefend in die inhaltliche Debatte einzutauchen gilt, sei in diesem Kontext nochmals ein kleiner theoretischer Exkurs gestattet. Die Theorie des deutschen Steuerrechtlers Paul Kirchhof stützt die Steuergerechtigkeit dabei auf das Bonner Grundgesetz, genauer gesagt auf dessen Art. 14, der nach der Eigentumsgarantie ein deutsches Spezifikum parat hält: Die Verpflichtetheit des Eigentums: „*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.*“<sup>768</sup> Wiewohl die im Bonner Grundgesetz normierte Eigentumsverpflichtung nicht primär auf das Steuerrecht ge-

---

<sup>765</sup> Vgl. Schäfer/Ott (2000), S. 31 – 32.

<sup>766</sup> Vgl. Kaplow/Shavell (1994), S. 667 – 670. Diese Logik gründet jedoch auf einem nicht unerheblichen Denkfehler. Denn nach Horst Eidenmüller fallen auch hohe Kosten im Rahmen der Steuerverwaltung an, deren Aufwand wiederum aus allgemeinen Steuermitteln betrieben wird. Nach Eidenmüller stellt dies zwar keinen signifikanten Posten dar; sie sind aber dennoch nicht zu vernachlässigen, da auch durch steuerrechtliche Adaptionen Umstellungs- und Anpassungskosten entstehen. Vgl. Eidenmüller (2005), S. 292 – 293.

<sup>767</sup> Vgl. Vogel (1989), S. 123 – 124.

<sup>768</sup> So der genaue Wortlaut von Art. 14 II des Bonner Grundgesetzes.

münzt ist<sup>769</sup>, deutet Kirchhof den Art. 14 II GG durchaus progressiv und gelangt mittels der Methode der Analogie auch zu Implikationen für die Steuergerechtigkeitslehre. Er erblickt im Rahmen dieses Interpretationsvorganges eine generelle Legitimierung des Steuerwesens auch im Hinblick auf das sich auf einer Metaebene befindliche Sozialstaatsprinzip. Er verknüpft den Umstand der Besteuerung vor allem und vordringlich mit dem Gebrauch des Eigentums. Dieser soll durch die Entrichtung von Steuern auch für die Allgemeinheit zum Wohle geraten.<sup>770</sup>

Ist im Kapitel III.5.5.3. bereits aufgezeigt worden, dass strafgesetzliche Bestimmungen nicht mit Rückwirkung erlassen werden dürfen, so erweist sich gerade auch im Bereich des Steuerrechts die Rückwirkungsproblematik als virulent. Die Rückwirkung – also das nachträgliche Anknüpfen von Rechtsfolgen auf einen Zeitraum vor der Normerlassung ist auch im Bereich der Steuergesetzgebung im Hinblick auf den aus dem Gleichheitssatz deduzierten Vertrauensschutz<sup>771</sup> von nicht unentscheidender Relevanz. Aufgrund der Steuergestaltungsoptionen sowie der allgemein bekannten Volatilität des Kapitals erweisen sich rückwirkende steuerrechtliche Regelungen aus der Sicht des Gesetzgebers als durchaus wünschenswert. Aus diesem Grund tendiert der Staat im Steuerrecht oftmals zu Rückwirkungsbestimmungen, die sich allerdings aus der Perspektive von Gleichheit und Gerechtigkeit als nicht unproblematisch herausstellen.<sup>772</sup>

#### **IV.3.3. Auf der historischen Suche nach Determinanten von Steuergerechtigkeit**

Bei der Suche nach Determinanten von Steuergerechtigkeit kann auf eine lange Tradition zurückgeblickt werden.

Die theoretische Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung reicht dabei weit bis in die Antike zurück. Bezeichnend dabei ist, dass die theoretischen Debatten der Steuergerechtigkeit generell zumeist von Ökonomen und Finanzwissenschaften und nicht so sehr von politischen Theoretikern geführt wurden.

Bereits in der Magna carta libertatum des Jahres 1215 wird eine Grundrechtsgarantie statuiert, die es den Staaten untersagt, Abgaben willkürlich oder in inadäquater Höhe festzusetzen.<sup>773</sup> Auch Alexis de Tocqueville konstatierte in einer Analyse der französischen Monarchie, dass ein von einem erstaunlichen und unheilvollen Erfindungsgeist getriebenes Finanzwesen eine gesellschaftliche Seg-

---

<sup>769</sup> Im Kontext der Eigentumsverpflichtung werden vornehmlich Beschränkungen des Eigentums u.a. zugunsten des Umwelt- oder Denkmalschutzes diskutiert.

<sup>770</sup> Vgl. Kirchhof (1996), S. 3 – 5.

<sup>771</sup> Zum Vertrauensschutz allgemein Öblinger (2009), S. 353 – 356.

<sup>772</sup> Peter Wolf illustriert die eben skizzierte Rückwirkungsproblematik anhand von einigen Beispielen, deren genauere Analyse aufgrund der komplexen steuerrechtlichen Thematik an dieser Stelle deplatziert erscheint. Vgl. aber Wolf (1993a), S. 230 – 231.

<sup>773</sup> Explizit wird dabei erwähnt, dass Steuern vor allem für den Kriegsdienst, den Befestigungsbau und für Angelegenheiten des Hofstaates eingehoben werden sollen. Vgl. Kirchhof (2000), S. 10.

mentierung bedingen könne, da die ärmeren Bevölkerungsschichten besteuert und die Reichen allgemein verschont blieben.<sup>774</sup>

Der deutsche Ökonom Johann Heinrich Gottlob von Justi plädierte für eine möglichst gleich verteilte steuerliche Belastung, die sowohl die Arbeitskraft, als auch das Vermögen einer steuerpflichtigen Person mitberücksichtigen sollte; kurzum ein in sich ausdifferenziertes Steuersystem. Die individuelle Steuerlast sollte dabei unabhängig von der empfangenen Staatsleistung bemessen werden: *„Allein diejenigen sündigen nicht wenig wider die Pflicht zur Wohlfahrt des Staates tätig beizutragen, die ihr Vermögen vergraben, oder im Kasten müßig liegen lassen oder dasselbe außer Landes in auswärtige Banken legen. Das Vermögen eines jeden Untertanen macht zugleich einen Teil des gesamten Vermögens der Republik aus. Sie hat also ein gegründetes Recht zu fordern, daß es der Eigentümer also gebrauche, damit auch ihr Nutzen daraus zuwachse.“*<sup>775</sup>

Eine bemerkenswert klare Unterweisung für den einfachen Gesetzgeber hielt Anfang des 20. Jahrhunderts Art. 134 der Weimarer Reichsverfassung parat: *„Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei.“* Die darin festgeschriebene Belastungsgleichheit appellierte vor allem an die Rechtssetzungsgleichheit. Der darin enthaltene Terminus *„im Verhältnis ihrer Mittel“* verweist bereits auf das später noch eingehender zu erörternde Prinzip der Leistungsfähigkeit.

Auch angelsächsische Staatsphilosophen von Rang, wie Thomas Hobbes, David Hume oder auch John Stuart Mill, verfassten und formulierten durchaus kritischen Kommentare zum Steuerwesen.<sup>776</sup> Bekannt und noch heute in nahezu allen Steuerländern dieser Erde gültig sind dabei die von Adam Smith in seinen *„Wealth of Nations“* aufgestellten vier Maximen des Steuerrechts:<sup>777</sup>

- Equality (Gleichheit)
- Certainty (Bestimmtheit)
- Convenience of Payment (Einfachheit und Bequemlichkeit der Steuerzahlung)
- Economy in Collection (Wirtschaftlichkeit der Steuererhebung)

Im aktuellen Steuerrecht findet man eine nahezu unendlich breite Nomenklatur an möglichen Steuerarten vor. Für die Perzeption der Gerechtigkeitsdebatte kann es jedoch vorteilhaft sein, diese in der Empirie anzutreffende Heterogenität für eine kurze Zeit auszublenden. In Anlehnung an Klaus Tipkes *„Lehre einer Steuerquelle“* sind sämtliche Steuerarten auf ein Steuerobjekt rückführbar: die verschiedensten Erscheinungsformen des (gespeicherten) Einkommens. Die Heranziehung dieser einen

---

<sup>774</sup> Vgl. Tocqueville (1989), S. 107.

<sup>775</sup> von Justi (1758), S. 403.

<sup>776</sup> *„Die Steuer ist beinahe das einzige Gebiet, an das sich eine höhere Betrachtungsweise nie herangewagt hat. Es scheint, daß es sich hier um das Alltäglichs-te handelt, daß lediglich Geldeingänge eine Rolle spielen, die dem geschäftlichen Leben entzogen werden, gleichviel wie und wo. Die Finanzwirtschaft beruft sich auf den Vorgang selbst und seine Technik – trotzdem gibt es eine Philosophie des Steuerwesens, man muss sie nur zu sehen wissen.“* Spengler (1924), S. 74. Das von Oswald Spengler festgestellte Fehlen einer theoretischen Steuerrechtsdebatte mag zwar vielleicht für den deutschen Sprachraum zutreffend erscheinen, jedoch besitzt diese Feststellung keine Allgemeingültigkeit. Vgl. hierzu beispielsweise Mill (1996).

<sup>777</sup> Vgl. Smith (1999).

Steuerquelle erweist sich geradezu für den theoretischen Diskurs ideal, da ein an der Gerechtigkeit orientierter Wertungsmaßstab gefunden werden kann, um die steuerliche Belastung einigermaßen gerecht zu verteilen. In der historischen Retrospektive können diesbezüglich drei Maßstäbe herauskristallisiert werden:<sup>778</sup>

- Kopfsteuerprinzip: Nach diesem Prinzip hat jeder Steuerzahler – ohne Rücksicht auf die Höhe des Einkommens – den gleichen Betrag an Steuern zu entrichten. Dieses Prinzip verstößt nicht nur nach heutigen Maßstäben gegen die Gerechtigkeit, da es weder auf Vermögensverhältnisse noch auch mögliche Verpflichtungen gegenüber Dritten Rücksicht nimmt.
- Äquivalenzprinzip: Die Steuer wird beim Äquivalenzprinzip aus dem Einkommen des Steuerpflichtigen betrieben. Die maßgebliche Höhe dieser Besteuerungsform bemisst sich dabei an den vom Staat für sie aufgewendeten Kosten bzw. ihnen zugedachten Leistungen. Dieses Prinzip basiert dabei auf die vom Utilitarismus geprägten Nutzungsüberlegungen (*benefit principle*). Gerecht ist dieses Prinzip jedoch ebenfalls nicht, da es weder das Existenzminimum noch die realen Familienverhältnisse mitberücksichtigt. Außerdem leidet es an mangelnder Praktikabilität, da sich nicht eruieren lässt, welche Kosten für den Staat der Einzelne kausal verursacht bzw. welchen Nutzen er durch staatliche Leistungen bezieht.
- Leistungsfähigkeitsprinzip: Dieses Prinzip liegt allen bekannten zivilisierten Steuerrechtsordnungen zugrunde. Es fragt dabei nicht so sehr – wie das Äquivalenzprinzip – danach, was der Staat für den einzelnen Bürger getan hat, sondern was dieser für den Staat tun kann. Dies entspricht auch dem allgemeinen Verständnis des Sozialstaatsprinzips. Eine Ausnahme bilden hierbei die Lenkungssteuern (wie z.B. die Tabaksteuer).

---

<sup>778</sup> Vgl. *Tipke* (2000), S. 16 – 17.

#### IV.3.4. Das Leistungsfähigkeitsprinzip als theoretische Grundlage zur Schaffung von Steuergerechtigkeit

##### IV.3.4.1. Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Fundament eines gerechten Steuersystems

Staaten gewinnen und erhalten ihre Macht und ihren Einfluss gemeinhin auch durch die Möglichkeit Steuern und Abgaben festsetzen zu können. In freiheitsorientierten demokratischen Staatsgebilden liegt der Besteuerungsgegenstand in der Sphäre des Privaten, wie beispielsweise die individuelle Arbeitskraft oder aber auch das Produktionskapital, was eine unmittelbare Verweisung des Staates bei der Lukrierung von Einnahmequellen durch steuerliche Teilhabe daran zur Folge hat. Die in der Höhe grundsätzlich unbeschränkte staatliche Besteuerungsgewalt unterliegt allerdings den immanenten Grenzen eines effektiven Grundrechtsschutzes, der wiederum auch den Staat legislative Verpflichtungen aufoktroziert. Die Idee der Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit zählt dabei zu den ältesten und traditionellsten Grundsäulen des Steuerrechts schlechthin. In stillschweigender Abgrenzung zu Gebühren, denen äquivalente Gegenleistungen gegenüberstehen sollten, gelangt das Leistungsfähigkeitsprinzip ohne Zweckbindung zur Anwendung. Der Staat erhält durch die lukrierten Einnahmen einen finanziellen Gestaltungsspielraum, wobei es an dieser Stelle wichtig und zentral festzuhalten gilt, dass sich das Steuerausmaß nach der individuellen Belastbarkeit des einzelnen Steuersubjekts und nicht nach dem individuellen Interesse des Staates orientieren sollte, da der Höhe der Steuerbemessung ebenfalls grundrechtliche Restriktionen entgegenstehen.<sup>779</sup> Dem Leistungsfähigkeitsprinzip ist somit auch eine wichtige und zentrale demokratiepolitische Komponente eigen. Das Steuerzahlen wird zur allgemeinen Bürgerpflicht hochstilisiert, wiewohl dieses keinen direkten Einfluss auf die politische Willensbildung und damit auf die Verwendung der eingehobenen Steuern zeitigen sollte.<sup>780</sup>

Das Leistungsfähigkeitsprinzip beruht dabei keineswegs auf dem Erfindungsgeist der Juristen. Es ist vielmehr das Resultat eines ökonomischen Versuchs ein tunlichst rationales Steuersystem zu entwerfen. Jedes Individuum mit vergleichbaren ökonomischen Bedingungen sollte in etwa einer gleichen Besteuerungslast unterworfen sein. Das Leistungsfähigkeitsprinzip vereinigt somit Facetten von horizontaler wie vertikaler Gerechtigkeit.<sup>781</sup>

Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist eine der wichtigsten Leitprämissen des Steuerstaates und sohin das Orientierungsideal für die Steuergesetze schlechthin und daher e contrario auch aus diesen

---

<sup>779</sup> Insofern ist es auch erklärlich, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip bereits des Öfteren Thema und Gegenstand der Verfassungsgerichtsbarkeit war. So hielt der VfGH u.a. fest, dass Ertragssteuern an der Leistungsfähigkeit des individuellen Steuersubjekts anknüpfen sollen und dass jedwede Abweichung von diesem Grundsatz einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedürfe. Vgl. VfSlg 14.723/1997.

<sup>780</sup> Vgl. *Kirchhof* (2000), S. 18 sowie *ders.* (1981), S. 231.

<sup>781</sup> Diese historischen Überlegungen wurden stark von utilitaristischen Strömungen beeinflusst. Durch die Unpraktikabilität der Nutzenpotentialbesteuerung verblieb zu guter Letzt nur eine reliable Messgröße zur Eruiierung der persönlichen Steuerlast. Es war dies wenig überraschend das tatsächlich erzielte Einkommen. Vgl. *Beiser* (2011), S. 26 – 27.



ableitbar. Die Inauguration zum Leitprinzip lässt das Leistungsfähigkeitsprinzip auch zu einer wichtigen höchstgerichtlichen Interpretationsquelle werden. Das Leistungsfähigkeitsprinzip steht daher im Kontext der aktuellen Steuergerechtigkeitsdebatte ganz zentral im Interessenfokus. Denn all jene Prämissen und Maximen, die wir zuvor als essentielle Attribute eines gerechten positiven Rechts zugewiesen haben, kulminieren im Kontext des Steuerrechts im Leistungsfähigkeitsprinzip. Prinzipien wie Gleichheit, Freiheit, Existenz- und Friedenssicherung haben im und durch das Leistungsfähigkeitsprinzip ihre steuerrechtliche Verwirklichung erlangt.<sup>782</sup>

Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist der zentrale Indikator für die individuelle Bemessung der Steuerlast. Es gilt dabei als einzig möglicher Modus operandi, der allen Verfassungen bekannter Verfassungsstaaten gerecht zu sein scheint.<sup>783</sup> Niemand möchte demnach stärkeren finanziellen Belastungen ausgesetzt sein als ein anderer, der sich in einer vergleichbaren Ausgangslage befindet. Das Prinzip der Leistungsfähigkeit ist dabei teleologisch wie programmatisch so konzipiert, dass es auf Dauer aus dem leistungsfähigen disponiblen Einkommen eines Steuersubjekts schöpft, ohne sich jedoch darin selbst zu erschöpfen. Klaus Tipkes Versuch einer potentiellen Definition des Leistungsfähigkeitsprinzips lautet dabei wie folgt: *„Jeder soll Steuern zahlen entsprechend der Höhe seines Einkommens, soweit dieses das Existenzminimum überschreitet und nicht für unvermeidbare private Verpflichtungen verwendet werden muß. Dieses Sollen ist durch das empirische Ist, dass Steuern nur aus dem Einkommen entrichtet werden können, vorkonstruiert. Zwar ist der Bürger in Höhe seines gesamten Einkommens wirtschaftlich leistungsfähig. Soweit er das Einkommen für seine eigene Existenz und zur Erfüllung unvermeidbarer privater Verpflichtungen benötigt, ist das Einkommen für die Steuerzahlung nicht disponibel. Insoweit besteht keine steuerliche Leistungsfähigkeit.“*<sup>784</sup>

Ein anderer Definitionsversuch, der ebenfalls in die selbe Stoßrichtung zielt, formuliert ein anderer Doyen des deutschen Steuerrechts, Paul Kirchhof: *„Nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip ist die individuelle Steuerbelastung nach der Fähigkeit des Einzelnen zu bemessen, die Steuerleistungen je nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen erbringen zu können. Diese Belastungsidee soll die Gesetzgebung anleiten, die Gesetzesauslegung bestimmen, die individuelle Veränderbarkeit der Steuerrechtsfolgen beschränken und das Steuerrecht verständlich, berechenbar und lehrbar machen.“*<sup>785</sup>

---

<sup>782</sup> Vgl. Kirchhof (2000), S. 21.

<sup>783</sup> Aufgrund seiner großen Bedeutung als Leitmaxime eines gerechten Steuerrechts wurde das Leistungsfähigkeitsprinzip sogar in einigen Staaten, wie etwa Italien, Spanien, Russland oder Griechenland expressis verbis im Verfassungsrang verankert. In Österreich verhält es sich jedoch in Analogie zu Deutschland etwas anders. Das Leistungsfähigkeitsprinzip gilt hierzulande als Subprinzip und Anwendungsform des Gleichheitssatzes. Vgl. Vogel/Waldhoff (1999), Rz. 725 – 727.

<sup>784</sup> Tipke (2000), S. 18. Unvermeidbaren Aufwendungen muss demnach bei der Eruiierung der Steuerlast Rechnung getragen werden, da sie die individuelle Steuerlast nicht unerheblich reduzieren. Vgl. dazu auch Tipke (1981), S. 96 – 97.

<sup>785</sup> Kirchhof (2000), S. 17.

Bei der konkreten Ausgestaltung des Leistungsfähigkeitsprinzips im Rahmen einer konkreten steuerlichen Maßnahme stehen dem Gesetzgeber jedoch mehrere verfassungskonforme Alternativen zur Verfügung.<sup>786</sup> Dabei gestattet das Leistungsfähigkeitsprinzip keinesfalls die Abschöpfung sämtlichen vermögenswerten Einkommens, so weit dieses vorhanden ist. Das Leistungsfähigkeitsprinzip impliziert und intendiert die gleichmäßige Belastung aller zur Steuerpflicht Berufenen. Die individuelle Berücksichtigung der persönlichen Leistungsfähigkeit erfolgt dabei durch die Ist-Leistungsfähigkeit und nicht etwa auf einer potentiellen auf zumutbaren Arbeits- und Vermögenseinsatz abstellenden Soll-Leistungsfähigkeit.<sup>787</sup> Dies schließt eine Mindeststeuer grundsätzlich und kategorisch aus, da eine solche mit den impliziten Zielen des Leistungsfähigkeitsprinzips nicht konform gehen kann.<sup>788</sup>

Das Leistungsfähigkeitsprinzip wird aber nicht überall nur undifferenziert befürwortet. Der bekannte deutsche Staatsrechtslehrer Walter Leisner begegnet diesem etwa betont kritisch. Er fragt vielmehr nach den Ursachen, warum jemand im konkreten Fall leistungsfähiger sein soll als ein anderer. Ist es, weil er strebsamer oder sparsamer agiert oder ist der ökonomische Erfolg oder Misserfolg abhängig von Ausbildung, den Erbanlagen oder anderen Zufälligkeiten. Leisner geht bei der Bemessung der möglichen Leistungsfähigkeit vom persönlichen Potential einer Person aus, wenn er von der Möglichkeit des Müssens spricht.<sup>789</sup>

Auch Paul Kirchhof spricht trotz der im Leistungsfähigkeitsprinzip inhärenten Gerechtigkeitsaspekte eine dezidierte Warnung aus, vom Leistungsfähigkeitsprinzip auf dadurch vermittelte Umverteilungsintentionen zu schließen. Dieser Schluss, so logisch, naheliegend und konsistent er auch erscheinen mag, ist unzulässig. Eine durch das Steuerrecht forcierte Umverteilung vernebelt den Blick auf dessen Ursächlichkeiten und verhindert somit das Ergreifen möglicher Abhilfen. Die ursächlichen Gründe von Armut oder Bedürftigkeit, wie beispielsweise ein schichtenundurchlässiges Bildungssystem, liegen anderwärtig und gehören valide und eingehend analysiert und nicht durch das Steuerrecht symptomatisch finanziell überlagert. Kurzum, Unzulänglichkeiten der Arbeitsmarkt-, Gesundheits- und Bildungspolitik sollen nicht durch ein umverteilendes Steuerrecht kompensiert werden.

Neue und aktuelle Debatten, die im Namen der Steuergerechtigkeit und des Leistungsfähigkeitsprinzips geführt werden, gehen eher in Richtung einer differenzierten Besteuerung von Arbeit und Vermögen. Der ethische Wert des Guts Arbeit sei jedenfalls höher zu bewerten als Einkünfte aus (nicht selbst verdientem) Vermögen. Auch andere gewährte Vergünstigungen für Aktionäre und andere Finanzjongleure scheinen aufgrund des Leistungsfähigkeitsprinzips nicht weiter rechtfertigbar zu

---

<sup>786</sup> Man denke – als ein anschauliches Beispiel – an die Debatte rund um die Abschaffung der Erbschafts- und Schenkungssteuer in Österreich. Der VfGH erkannte die unterschiedliche Belastung der verschiedenen Bemessungsgrundlagen im Erbschafts- bzw. Schenkungssteuerrecht aufgrund der notorischen Unterbewertung von Grundvermögen als verfassungswidrig (Vgl. VfSlg 18.093/2007, 18.147/2007). Im Rahmen seiner eben zitierten Erkenntnisse betonte der Verfassungsgerichtshof, dass nicht die Erbschafts- und Schenkungssteuer an sich, sondern vielmehr das für die Erbschafts- und Schenkungssteuerbemessung herangezogene System der Einheitswerte dem Gleichheitsgrundsatz (und damit auch in weiterer Folge dem Leistungsfähigkeitsprinzip) widersprechen würde. Vgl. hierzu auch Gschiegl (2007), S. 75 – 78.

<sup>787</sup> In der angloamerikanischen Literatur auch oftmals als „*earning capacity*“ bezeichnet.

<sup>788</sup> Vgl. Tipke (2000), S. 19.

<sup>789</sup> Vgl. Leisner (1980), S. 191 – 192.

sein. Deshalb sind solche Ansichten, welche dem Leistungsfähigkeitsprinzip jede moralische Wertung versagen, strikt abzulehnen.<sup>790</sup> Eine vorwärtsgewandte, sämtliche soziale und ökonomische Aspekte berücksichtigende Interpretation des Leistungsfähigkeitsprinzips wäre zur Erzielung eines gerechten Steuersystems unbedingt notwendig und erforderlich. Man müsste es nur wagen!

#### **IV.3.4.2. Steuergerechtigkeit und das Prinzip der individuellen Leistungsfähigkeit in der Einkommensteuer**

Die Einkommensteuer ist das operationalisierte Paradebeispiel des Leistungsfähigkeitsprinzips. Dennoch wirft sie einige sehr grundlegende Fragestellungen auf: Welche Einkünfte sind in concreto steuerbar?<sup>791</sup> Welcher Steuerhoheit unterliegen transnational erzielte Einkünfte? Sind alle Einkünfte aus Einkommen steuerlich gleich zu behandeln? Welche Beträge dürfen von der Steuerbemessungsgrundlage in Abzug gebracht werden? Diese Liste ließe sich dabei beliebig und stetig fortsetzen.

Die Festlegung eines progressiven Steuersatzes folgt dabei der Prämisse vertikaler und horizontaler Gleichheit. Die vertikale Gleichheit garantiert dem Steuerpflichtigen von jeder Progressionsstufe einen angemessen hohen Betrag in seiner Dispositionssphäre zu belassen. Die horizontale Gleichheit wiederum gebietet, dass Steuerpflichtige gleicher Leistungsfähigkeit auch ebenso gleichmäßig der Besteuerung unterliegen sollen. Als probater und allgemein anerkannter Zeitraum für eine gleichmäßige Besteuerung konnte sich dabei das Kalenderjahr etablieren. Mit der Erstreckung der Kalkulation der gesamtsteuerlichen Belastung auf das Kalenderjahr lassen sich unterschiedliche Einkommensamplituden in der Einkommensteuer nivellieren.<sup>792,793</sup>

Die Periodisierung der Einkommensteuer auf das Kalenderjahr ist dabei aber weniger ein Wertungs- denn ein technisches Prinzip und ist reinen fiskalischen Praktikabilitätserwägungen geschuldet, denn der Fiskus ist aufgrund der dringend gebotenen Finanzierung staatlicher Aufgaben und Leistungen auf einen kontinuierlichen Steuerfluss angewiesen. So eine Periodisierung hat naturgemäß auch offensichtliche Nachteile, da sie die Möglichkeit einer Periodenverlagerung ermöglicht, die von den

---

<sup>790</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Joecks* (1997), S. 1025 – 1028.

<sup>791</sup> Auf die hier nicht näher zu erörternde Heterogenität des Einkommensbegriffs sei an dieser Stelle nur hingewiesen. Vgl. etwa § 2 EStG (BGBl. Nr. 400/1988 i.d.g.F.).

<sup>792</sup> Vgl. *Kirchhof* (2000), S. 82.

<sup>793</sup> Die von Entscheidungstheoretiker präferierte Grundlage zur Berechnung (vgl. *Waldner* (1991), S. 67 – 70) einer möglichst gleichen Steuerbelastung wäre theoretisch das gesamte Lebenseinkommen, da die individuelle Einkommensverteilung ja höchst unterschiedlich verteilt sein kann. Je länger der potentielle Zeitraum für die Einkommensermittlung nämlich gewählt wird, desto eher ließen sich mögliche Vermögensschwankungen nivellieren. So einleuchtend eine solche Berechnungsmethode prima vista erscheinen mag, so sprechen dennoch gewichtige Gründe, auch jene der Gerechtigkeit, entschieden dagegen. Denn der Nutzen der Verwendung öffentlicher Güter, wie etwa jener von Infrastrukturmaßnahmen, werden von den Steuerunterworfenen umgehend konsumiert, während die Finanzierung bei der Lebenseinkommensermittlung asynchron einer anderen Generation angelastet werden würde. Kurzum diejenigen die primär diese Investitionen finanzieren, sind nicht mehr Nutznießer der von ihnen finanzierten Maßnahmen. Auch ein System von Vorabzahlungen würde dieses System nicht wirklich entschärfen.

Steuersubjekten auch klug genutzt werden, um die individuelle Steuerbelastung so gering wie möglich ausfallen zu lassen.<sup>794</sup>

Die Progression des Einkommensteuersatzes legitimiert sich im Weiteren aus der überproportionalen Teilhabe des Einkommensbeziehers an der von der allgemeinen Rechtsgemeinschaft zur Verfügung gestellten Erwerbschancen, der Aufrechterhaltung einer freiheitsorientierten Rechtsordnung sowie deren effizienten Durchsetzung, der Garantie für ein stabiles Banken- und Währungswesen<sup>795</sup>, der Förderung eines effizienten (Aus-)Bildungssystems, u.s.w..<sup>796</sup>

Bei peniblerer finanztheoretischer Betrachtungsweise müsste man zum Ergebnis kommen, dass selbst ein progressiver Einkommensteuertarif, so gerecht und gleich er prima vista auch sein mag, in letzter Konsequenz nicht zur angestrebten Opfergleichheit führt. Eine konsequente zu Ende gedachte Anwendung des Leistungsfähigkeitsprinzips würde viel eher einen proportionalen und keinen progressiven Steuersatz zur Folge haben. Ein progressiver Steuersatz basiert dagegen mehr auf dem Prinzip einer sozialstaatlichen Solidarität, um eine Redistribution von ökonomisch Potenten und Leistungsstarken zu tendenziell Hilfsbedürftigen und Leistungsschwachen voranzutreiben. Der progressive Steuersatz legitimiert sich auch genau durch diese Funktion. Er sollte daher den Leistungswillen des progressiv hoch Besteuernten nicht allzu sehr schwächen und die zur Umverteilung bereit stehenden Mittel adäquat und verhältnismäßig einsetzen, damit diejenigen profitieren können, die aus diversen Mitteln selbst nicht in der Lage sind, ihren Lebensunterhalt eigenständig zu bestreiten.<sup>797</sup> Eine zu hohe Progression würde nämlich zwangsläufig dazu führen, dass sie den Erwerbs- und Sparwillen unterminiert und dabei die Produktion, die Kapitalbildung und damit auch den ökonomischen Fortschritt unverhältnismäßig erschwert.<sup>798</sup>

Im Kontext der Einkommensteuer eröffnen sich anhand der in IV.3.2. kurz angeführten Kirchhofschen Theorie ebenfalls neue Perspektiven. Einkünfte aus einem Arbeitsvorgang lassen sich nämlich nicht nolens volens unter dem Eigentumsbegriff subsumieren. Kirchhof verweist in diesem Zusammenhang auf ein durch die individuellen Leistungen der einzelnen Steuersubjekte wie auch staatlichen Beiträgen generiertes Gemeinschaftsprodukt. Der einzelne Staatsbürger kann seine Einkünfte nämlich bloß deshalb erzielen, weil er sich der vom Staat geschaffenen Märkte und Ordnungsprinzipien bedienen kann. Die grundrechtstheoretische Verortung sieht Kirchhof dabei nicht so sehr

---

<sup>794</sup> Diese Gestaltungsmöglichkeiten sind das arbeitstechnische Fundament eines ganzen Berufsstandes, nämlich jenes der Steuerberatung.

<sup>795</sup> Auch wenn diese Garantien in der aktuellen Krise auf eine harte Bewährungsprobe gestellt wurden, erwies sich das Banken- und Währungssystem dennoch als einigermaßen stabil.

<sup>796</sup> Vgl. *Kirchhof* (2000), S. 53 – 54. Auch hier existiert ein bemerkenswertes Judikat des deutschen Bundesverfassungsgerichtshofes, der darin über die allgemeine Zulässigkeit der Besteuerung von Einkommen sinnierte (BVerfGE 99, 88 [95]). Markteinkommen, das unter Ausnutzung der von der Rechtsgemeinschaft eröffneten Märkte und der staatlichen Rechtsordnung von einem Einzelnen verdient wurde, darf für deren Aufrechterhaltung und die Bedeckung des laufenden staatlichen Finanzbedarfs mit den gebotenen Beschränkungen besteuert werden.

<sup>797</sup> Klaus Töpke sieht daher im Umverteilungscharakter des progressiven Steuersatzes nicht so sehr einen Akt der Steuergerechtigkeit, als eher einen über das Steuerrecht hinausgehenden Aspekt der sozialen Gerechtigkeit. Vgl. *Töpke* (1981), S. 97 – 98.

<sup>798</sup> Vgl. *Klein* (1966), S. 211.

im aus dem Gleichheitssatz herausdestillierten Leistungsfähigkeitsprinzip, sondern vielmehr in einem anderen Grundrecht, jenem der Eigentumsfreiheit begründet. Jedem Steuerzahler stehen dabei der Erwerb, die Verwendung und die Innehabung seines Eigentums offen. Aus dem Gleichheitssatz hingegen resultiert bei Kirchhof die politisch angestrebte Gleichmäßigkeit der Besteuerung auf das erzielte, wie auf das konsumierte Einkommen.<sup>799</sup>

Die in Österreich anzutreffende steuerlich vorteilhafte Behandlung von Vermögen bzw. aus Vermögen bezogenen Einkünfte<sup>800</sup> erweist sich in realiter mit der Logik des Leistungsfähigkeitsprinzips als nicht vereinbar.<sup>801</sup> Die unterschiedlich ausgestalteten Bemessungsgrundlagen für die Einkommensteuer konterkarieren á la longue das Prinzip der Leistungsfähigkeit und tragen nicht gerade zur exzessiven Anhebung der Steuermoral bei der Majorität der Steuerzahler bei. Der deutsche Altbundeskanzler Helmut Schmidt kritisiert dabei die Höhe der Besteuerung von Löhnen in Relation zu anderen Einkommen und klassifiziert dieses Missverhältnis als ungerecht und ökonomisch unzweckmäßig.<sup>802</sup> Dem ist nichts hinzuzufügen.

#### **IV.3.4.3. Steuergerechtigkeit und das Prinzip der individuellen Leistungsfähigkeit bei Vermögenssteuern**

Die Rufe nach einer erhöhten Besteuerung von Vermögen sind zumeist populistisch motiviert und erfolgen ohne eingehende Analyse. Vermögen ist zumeist schon einmalig durch Einkommen oder Ertrag steuerlich vorbelastet und unterliegt darüber hinaus zumindest einer permanent eingehobenen indirekten Steuer. Summa summarum fehlt für einen zusätzlichen Besteuerungsspielraum aufgrund der schon erdrückend anmutenden Gesamtsteuerlast schlichtweg der Handlungsspielraum. Wenn das durchaus verfolgenswerte Desiderat einer erhöhten Vermögensbesteuerung in Österreich realisiert werden sollte, muss es zu einer vollkommenen allumfassenden Reform des Gesamtsteuersystems kommen. Bei einer entsprechenden Entlastung des Faktors Arbeit würden sich durchaus etliche Gestaltungsspielräume auftun. Dies gilt insbesondere für den Vermögenszuwachs, denn der Vermögensstamm bzw. die Substanz des Vermögens sollte im Rahmen von Vermögenssteuern – auch im Hinblick auf grundrechtliche Bedenken – nicht vordergründig herangezogen werden.<sup>803</sup>

---

<sup>799</sup> Vgl. *Tipke* (2000), S. 33 – 35.

<sup>800</sup> Z.B. aus Stiftungsvermögen.

<sup>801</sup> Dennoch wurde die Konformität der progressiven Einkommensteuer mit dem Gleichheitssatz i.S.d. Art. 7 B-VG mehrmalig vom VfGH bestätigt. So beispielsweise auch durch das Erkenntnis VfSlg 12.940/1991, indem der Gerichtshof die Besserstellung bei der Besteuerung von kinderreichen Familien als zulässig erachtete.

<sup>802</sup> Helmut Schmidt beschreibt den Zustand des heutigen Einkommensteuersystems dezidiert als unmoralisch. Er bezieht sich dabei bei seinem Urteil zwar auf Deutschland, jedoch kann die Einschätzung Schmidts ohne Vorbehalte auch auf das österreichische Einkommensteuersystem projiziert werden. Vgl. *Schmidt* (1998), S. 138.

<sup>803</sup> Vgl. *Kirchhof* (2000), S. 82 – 83.

Vermögen ist ein Indikator für Wohlstand; dieser indiziert auch die Möglichkeit einer potentiellen Besteuerung dieses Vermögens.<sup>804</sup> Möchte man nunmehr auch Vermögen einer vermehrten Besteuerung unterziehen, so darf man dennoch nicht die dem Leistungsfähigkeitsprinzip inhärente, gleichmäßige Besteuerung vernachlässigen. Vermögen<sup>805</sup> ist bei seiner Entstehung ja durch die Besteuerung des Einkommens einmalig versteuert worden. Zwar ist es durchaus gelebte Usance und wird auch grosso modo als gerecht erachtet, dass Einkommen mehrmals besteuert werden kann. Bereits versteuertes Einkommen wird etwa bei der Verwendung für den Konsum beispielsweise zusätzlich noch mit einer als Mehrwertsteuer konzipierten Umsatzsteuer belastet. Wenn Vermögen dem Leistungsfähigkeitsprinzip folgend halbwegs gerecht versteuert werden sollen, so muss dies aber mit einer gewissen Konsequenz und Stringenz erfolgen. Ein aus Gründen der Altersvorsorge akkumulierter Vermögensbedarf müsste sowohl bei einem Selbstständigen, der über weite Strecken für seine Altersvorsorge prinzipiell selbst die Verantwortung trägt, wie auch bei einem Lohnsteuerpflichtigen, der ja bekanntlich Pensions- bzw. Rentenansprüche erwirbt, nicht eklatant auseinander klaffen dürfen.<sup>806</sup>

Die Problematik – und dies zeigt sich ausdrücklich auch in der in Österreich geführten Debatte – besteht vielmehr und offensichtlich darin, eine valide und reliable Bewertung der Bemessungsgrundlage einer Vermögenssteuer vorzunehmen. Darüber hinaus steht jede Besteuerung des Vermögens in einem evidenten Spannungsverhältnis mit der nach der Logik eines Ist-Prinzips operierenden Leistungsfähigkeit. Die Reform von Vermögenssteuern ist nur dann zu rechtfertigen, wenn auch das Einkommensteuerregime einer grundlegenden Revision unterzogen werden würde. Eine höhere Besteuerung von besonders großem Privatvermögen, welches niemals aus eigenem Fleiß heraus erarbeitet oder erwirtschaftet worden sein kann, erscheint dabei unter Berufung auf das Sozialstaatsprinzip in jedem Fall mehr als nur wünschenswert. In der Praxis ergeben sich dennoch massive Problemlagen. Denn neben der bereits weiter oben erwähnten Schwierigkeit der Bewertung kommt das nicht zu vernachlässigende Phänomen der Steuerflucht. Kapital unterliegt einer hohen Volatilität. Vermögenssteuern würden dann vor allem die treffen, die nicht primär getroffen werden sollten und nicht die liquiden Mittel besitzen, groß angelegte und komplexe Steuervermeidungskonstrukte zu entwerfen.

<sup>804</sup> In diesem Zusammenhang sei ein kleiner historischer Exkurs gestattet. Vor rund 100 Jahren suchte man zur weiteren Finanzierung des damals gerade im Gange befindlichen 1. Weltkrieges mögliche neue Geldquellen. Vermögenssteuern sollten laut W.G. Weiser, wenn sich bei ungünstigem Kriegsverlauf die Besitzverteilungsverhältnisse weiter verschlechtern sollten, dafür herangezogen werden. Er gelangt dabei zum Ergebnis, dass es „volle Gerechtigkeit“ bedeuten würde, die Vermögen aller zur teilweisen Abtragung der für ihren Bestandsschutz entstandenen Kosten heranzuziehen. Vgl. *Weiser* (1917), S. 13. Als analytisches Substrat dieser kleinen, eben dargebrachten Anekdote lassen sich zwei Aspekte klar herausarbeiten. Zum einen die Tatsache, dass Vermögen einen gewissen staatlichen Besitzschutz genießen, der in letzter Konsequenz durch die Bestreitung des Gerichtsweges abgesichert ist; und zum anderen ist es nahezu ein Bonmot der Geschichte, dass es anno dazumal als gerecht empfunden wurde, alle für die begangenen Fehler der österreichischen Außenpolitik gerade stehen zu lassen.

<sup>805</sup> Oder in der Diktion Klaus Tipkes „das gespeicherte Einkommen“.

<sup>806</sup> Klaus Tipke illustriert diese Ambivalenz anhand eines abstrakten Beispiels: „Wenn A und B gleich hohe Einkommen erzielen, A aber weniger konsumiert und viel spart, während B sich ständig die neuesten Renommiervagen und gelegentlich eine neue Yacht anschafft, im übrigen extravagante Reisen unternimmt, einem Golfclub angehört und ständig private Gäste bewirtet, was könnte es dann rechtfertigen, den sparsamen, genügsamen A mit einer Sondersteuer zu belegen, den ausschweifig lebenden B aber nicht?“ Tipke (2000), S. 23.

Ein spezielles Problem der Vermögensbesteuerung ergibt sich auch bei der Grundsteuer. Grundstücke sollten jedenfalls – wenn sie der Befriedigung des eigenen dringenden Wohnbedürfnisses dienen – nicht allzu massiv steuerlich belastet werden.<sup>807</sup>

Aus der schier großen Anzahl an potentiellen Vermögenssteuern sei an dieser Stelle als *pars pro toto* die Erbschaftssteuer herausgegriffen. Ein wichtiger Rechtfertigungsgrund zur Einhebung dieser Steuer ist die vom Staat gewährleistete Erbrechtsgarantie, die die Funktion der Vermögenssukzession von Privateigentum realisiert. Ein massiver Verlust an Steuergerechtigkeit war hierzulande im Zuge der Abschaffung<sup>808</sup> der Erbschafts- und Schenkungssteuer, einer Vermögenssteuer im weitesten Sinne, zu beklagen. Eine Besteuerung von Erbschaften erscheint auch deshalb schon geboten, da der Erbe bzw. der Beschenkte einen Vermögenszuwachs erhält, der wiederum auch zu einer Erhöhung der individuellen Leistungsfähigkeit führt. Zwar ist geerbtes Vermögen bereits einmal versteuert worden, nicht jedoch bei seinem jetzigen Nutznießer. Einer legitimen Restriktion unterliegen die Erbschafts- und Schenkungssteuern in der Regel durch das Familienprinzip, indem enge Verwandtschaftsverhältnisse einen geringeren Steuersatz bzw. hohe Freibeträge zur Folge haben. Darüber hinaus würde eine zu hohe Besteuerung von Familienangehörigen zur Nichtbildung bzw. Verdunkelung von Vermögenswerten führen. Dies erkennend statuierten Steuergesetzgeber im Rahmen der Erbschaftssteuer für das familiäre Gebrauchsvermögen wie auch für das Unternehmensvermögen bei Unternehmensfortführung nicht unerhebliche Steuererleichterungen. Der von der Erbschafts- und Schenkungssteuer ursprünglich intendierte Umverteilungseffekt kann daher in praxi als eher gering beschrieben werden.<sup>809</sup>

#### **IV.3.4.4. Steuergerechtigkeit und das Prinzip der individuellen Leistungsfähigkeit bei der Umsatzsteuer und anderen Verkehrssteuern**

Während das Leistungsfähigkeitsprinzip im Rahmen der direkten Steuern seine Wirkung entfalten kann, fehlt im Bereich der indirekten Steuern eine analoge *Maxime*. Indirekte Steuern knüpfen an die in der jeweiligen Nachfrage mediatisierte Kaufkraft und damit ebenfalls an die Leistungsfähigkeit der Marktteilnehmer an. Transferiert somit ein Beteiligter freiwillig ein Gut auf den Markt und gibt es den dortigen Verhältnissen preis, so lockert er im gleichen Atemzug sein Eigentumsverhältnis daran. Abstrahiert gesprochen offenbart sich dabei die Steuerlast als Verteuerung des zu zahlenden Preises von Waren und Dienstleistungen. Dabei belasten die indirekten Steuern die gesamte am Markt eingesetzte Kaufkraft ohne Rücksicht auf Stand und Einkommen und unabhängig davon, ob sie genuin aus Einkommen oder anderen Erwerbsquellen stammen. Während im Rahmen direkter Steuern regelmäßig legislativ existenzsichernde Maßnahmen getroffen werden, wird dies im Rahmen der ano-

---

<sup>807</sup> Vgl. *Tipke* (2000), S. 24.

<sup>808</sup> Genauer: das Verstreichenlassen der vom VfGH im Erkenntnis VfSlg 18.093/2007 gesetzten Reparaturfrist.

<sup>809</sup> Vgl. hierzu die lesenswerten Ausführungen von *Meinke* (1999).

nymisierten, indirekten Steuern nicht unmittelbar realisiert. Existenzerleichterungen werden im modernen Steuerstaat dadurch zu erzielen versucht, dass existenznotwendige Güter dezentale steuerliche Erleichterungen erfahren.<sup>810</sup> Dennoch werden sozial Bedürftige angehalten, einen erheblichen Teil ihres geringen Einkommens auf den Konsum lebensnotwendiger Güter zu verwenden, wodurch sie die Last der individuellen Besteuerung voll trifft, während andererseits diejenigen, die Einkommen sparen oder anderwärtig investieren können, der indirekten Besteuerungslast zunächst ausweichen können.<sup>811</sup> Ein gerecht anmutendes Steuersystem, das die Freiheit und Gleichheit garantieren und zur gesellschaftlichen Existenz- und Friedenssicherung beitragen möchte, legt vielmehr eine gut ausgewogene Kombination von direkten wie indirekten Steuern nahe.<sup>812</sup>

In einer überwältigenden Mehrzahl der Länder wird neben der Abführung der Steuern auf Einkommen eine Umsatzsteuer im Gewande einer Mehrwertsteuer erhoben. Aufgrund der leicht zu eruiierenden Bemessungsgrundlage ist sie dabei aber nicht so anfällig, hinterzogen zu werden. Die Umsatzsteuer wird zumeist auf den die Leistung beziehenden Konsumenten überwältzt, jedoch ist sie vom Unternehmer an das Finanzamt abzuführen. Im Regelfall erfährt demnach das Einkommen eine doppelte Besteuerung. Zuerst wird es bei seiner Entstehung mit der Einkommensteuer und in weiterer Folge bei seiner Verwendung mit der Umsatzsteuer belastet. Die Gewährleistung der Berücksichtigung des Existenzminimums ist bei der Umsatzsteuer – im Gegensatz zur Einkommensteuer – de iure nicht vorgesehen und de facto auch undurchführbar.<sup>813</sup> Eine treffsichere Entlastung könnte wahrscheinlich nur durch administrativ aufwendige Rückvergütungen erzielt werden.<sup>814</sup>

Neben der allgemeinen Umsatzsteuer gibt es noch weitere zusätzliche Verkehrs- und Verbrauchsteuern, die primär aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen und nicht so sehr wegen des Leistungsfähigkeitsprinzips eingehoben werden. Wer beispielsweise ein Grundstück käuflich erwerben oder eine Versicherung abschließen möchte, lässt sich nicht aufgrund marginaler Besteuerung von diesem Transaktionsvorgang abbringen. Genau diesen Umstand machen sich die Finanzverwaltungsbehörden zu Nutze.<sup>815</sup> Das Gros der Verkehrssteuern lassen sich analog zur Umsatzsteuer ohne größeren Aufwand einheben. Stringenterweise müsste man sogar das System der Verkehrssteuern in das

---

<sup>810</sup> So normiert etwa § 10 Abs. 2 UStG (BGBl. Nr. 663/1994 i.d.G.F.) einen umfangreichen Katalog von Waren und Dienstleistungen, die mit einem ermäßigten Umsatzsteuersatz von 10 % belastet sind.

<sup>811</sup> Dennoch würde ein durchaus mögliches System von nur direkten Steuern bereits im Ansatz Ungerechtigkeiten in sich bergen, da es nur die Erwerbseinkommen besteuert und alle anderen Marktteilnehmer von der Steuerlast befreit. Dies würde das demokratische System der allgemeinen Steuerlastenaufteilung konterkarieren. Vgl. auch *Klein* (1966), S. 211.

<sup>812</sup> Vgl. *Kirchhof* (2000), S. 26 – 27.

<sup>813</sup> Zwar gibt es – wie bereits in FN 810 erwähnt – bei Produkten des täglichen Lebensbedarfs (z.B. bei Grundnahrungsmitteln) reduzierte Tarife, jedoch stellen diese keine durchgehende treffsichere Entlastung der Betroffenen dar. Vor allem sind solcherart Steuerverkürzungen als sachbezogene Entlastung des Verbrauchers rechtfertigbar; nicht jedoch als Vergünstigung für Unternehmen. Nein, noch mehr: Solcherart Vergünstigungen für Unternehmen sind sogar systemwidrig. Vgl. BVerfGE, 101, 132 [139].

<sup>814</sup> Vgl. *Tipke* (2000), S. 26.

<sup>815</sup> Die Finanzverwaltungsbehörden operieren dabei nach der alten angloamerikanischen Steuerklugheitsregel, die einst Ronald Reagan formulierte: „If it moves, tax it. If it keeps moving, regulate it. And if it stops moving, subsidize it.“ Zu finden etwa in *Shapiro* (2006), S. 640.



Umsatzsteuerregime inkorporieren, was jedoch aufgrund der dann notwendig werdenden Abzugsfähigkeit und -würdigkeit zu größeren steuertechnischen Problemen führen könnte.

Echte Verbrauchssteuern wie die Mineralölsteuer (meist unumstritten) oder die Vergnügungssteuer (eher umstritten), sind aus der Logik des Leistungsfähigkeitsprinzips meist kritisch zu hinterfragen, da sie ihrerseits wiederum nicht wirklich konsequent und stringent eingehoben werden.<sup>816</sup>

#### **IV.3.4.5. Steuergerechtigkeit und das Prinzip der individuellen Leistungsfähigkeit bei Unternehmenssteuern**

Die rudimentäre Legitimation bei der Unternehmensbesteuerung resultiert aus dem allseits bekannten Umstand, dass auch Unternehmen von staatlichen wie kommunalen Leistungen profitieren und daher unter Heranziehung des zu versteuernden Gewinns ebenfalls zur Finanzierung des Gemeinwesens herangezogen werden sollen. Die Besteuerung von Unternehmen zielt dabei prima vista nicht so sehr auf den Aspekt des sozialen Ausgleichs; d.h. primärer Zweck der Unternehmensbesteuerung ist nicht die Querfinanzierung anderer Unternehmen. Die Unternehmenssteuern erweisen sich vielmehr in gewisser Weise als wettbewerbsneutral, da sie keinen progressiven, sondern vielmehr einem proportionalen Steuersatz<sup>817</sup> unterliegen. Dennoch kann in realiter gerade im Rahmen der Unternehmensbesteuerung nicht wirklich von einer gerecht konzipierten Steuer gesprochen werden. Die Höhe und die Art der Besteuerung knüpfen nämlich zu meist an die Rechtsformwahl an. Dies führt in der Praxis zu massiven Besteuerungsunterschieden<sup>818</sup>, sodass mittlerweile die Besteuerung nolens volens zu einer, wenn nicht der entscheidenden, Determinante bei der Rechtsformwahl geworden ist.

#### **IV.3.5. Vom Gleichheitssatz und dem Versuch einer gerechten Besteuerung zu den effektiven Ober- und Untergrenzen der Gesamtsteuerlast**

Die ursprüngliche konzeptionelle Anlage des Parlamentarismus lag in seinem Schutz vor der Übermacht der Exekutive und deren megalomanischen Hang zur Geldver(sch)wendung. Heute – so wird oft lautstark kritisiert und bemängelt – handeln Parlamente weniger nach der Prämisse der Sparsamkeit, sondern bedienen oftmals – und insbesondere – vor Wahlen ihr politisches Klientel. Es liegt somit nahe, den Staatsdefiziten verfassungsmäßige Grenzen zu setzen. In Österreich sind die Ziele eines gesamtwirtschaftlich ausbalancierten Budgets sowie einer nachhaltigen staatlichen Haushaltsfüh-

---

<sup>816</sup> So wird nämlich jemand fiskalisch weiterhin bevorzugt behandelt, wenn er eine Weltreise unternimmt oder gar ein Privatflugzeug sein Eigen nennen darf. Der Flugsport wird nämlich trotz der wachsenden Lärmbelästigung als gemeinnützig anerkannt und in Folge dessen steuerlich immer noch begünstigt (etwa durch die Nichtbesteuerung von Kerosin). Vgl. *Tipke* (2000), S. 27 – 28.

<sup>817</sup> Aktuell liegt der Körperschaftsteuersatz bei 25 %. Vgl. § 22 Abs. 1 KStG (BGBl. Nr. 401/1988 i.d.g.F.).

<sup>818</sup> Z.B. zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften.

rung als Staatszielbestimmung<sup>819</sup> anerkannt. Diese impliziten inhaltlichen Verfassungsaufträge, die zwar nach h.M. keine subjektiven Rechte begründen, müssen jedoch vom Gesetzgeber mitberücksichtigt werden.<sup>820</sup>

Eine positivrechtliche Verankerung einer gerechten Verteilung der Steuerlast findet vor allem unter der Prämisse des Gleichheitssatzes statt, der eine grundsätzlich gerechte – da gleichmäßige – Aufteilung der einzelnen Steuerburden verlangt, mögliche ungerechtfertigte Privilegien hintanhaltet und ein Bewusstsein dieser Gleichheit innerhalb der Bevölkerung verankern möchte. Denn auch die Steuergerechtigkeit, als eine spezielle Ausformung des Gleichheitsgebotes, folgt der notwendigen Logik, unterschiedliche staatliche Belastungsniveaus eben nur dort zuzulassen, wo sich diese durch begründbare Differenzierungen auch rechtfertigen lassen. In diesem Sinne hat sich der österreichische Verfassungsgerichtshof schon mehrmals zum Topos der Steuergerechtigkeit geäußert. Anders als in Deutschland, wo sich materielle Verfassungsgrundsätze direkt aus dem deutschen Grundgesetz ableiten lassen, erfährt die Steuergerechtigkeit hierzulande keine direkte verfassungsrechtliche Legitimation. Dennoch hat sich der Gesetzgeber auch hierzulande an den vom österreichischen Verfassungsgerichtshof herausgearbeiteten Prämissen zu orientieren, um Steuergesetze als sachlich gerechtfertigt erscheinen zu lassen.<sup>821</sup>

Die Gleichheit unter den Kontribuenten vermag unter anderem, schärfere Konturen zu gewinnen, wenn trotz allem Streben nach Gleichheit vorhandene Disparitäten anerkannt und auch unerlässliche Begrenzungen für die Gesamtsteuerlast eingeführt werden. Hierzulande wird der Gleichheitssatz – neben unzähligen anderen gesetzlichen Bestimmungen und höchstgerichtlichen Judikaten – durch Art. 7 B-VG normiert. Die Maxime des Gleichheitssatzes verlangt vom Gesetzgeber sowie von den Steuerverwaltungsbehörden nichts anderes als Gleiches gleich sowie Ungleiches eben ungleich zu behandeln. Diese Bedeutungssens auf die Thematik der Steuergerechtigkeit heruntergebrochen, impliziert, dass die Steuerpflichtigen nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit zur Finanzierung der allgemeinen Staatsausgaben herangezogen werden sollen. Der Staat offeriert und gewährleistet dem einzelnen Steuerpflichtigen die für die privatwirtschaftlichen Tätigkeiten notwendigen Freiheitsräume, verlangt jedoch im gleichen Atemzug auch eine steuerliche Teilhabe am Erfolg privaten Wirtschaftens.<sup>822</sup>

All dies ist graue Theorie und bedarf gerade im Bereich des Steuerrechts einer Transformation in nacktes Zahlenwerk. Die Frage nach den immanenten Grenzen der Gesamtsteuerbürde setzt dem Staat unter Verweis auf den in Art. 5 StGG<sup>823</sup> statuierten Eigentumsschutz enge legislative Grenzen.

---

<sup>819</sup> Eine intendierte verfassungsrechtliche Verankerung einer sog. Schuldenbremse im Verfassungsrang scheiterte erst kürzlich an der dafür notwendigen Verfassungsmehrheit.

<sup>820</sup> Das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht inkludiert dabei u.a. ein ausgewogenes Wirtschaftswachstum, die Preisstabilität, die möglichste Erzielung von Vollbeschäftigung, u.s.w.. Vgl. allgemein zu den Staatszielbestimmungen *Öhlinger* (2009), S. 69 – 77 und insbesondere zum gesamtwirtschaftlichen budgetären Gleichgewicht, ebd., S. 75 – 76.

<sup>821</sup> Vgl. VfSlg 4.289/1962, 12.784/1991 und 12.832/1991.

<sup>822</sup> Vgl. *Kirchhof* (2000), S. 32 – 33.

<sup>823</sup> RGBL. Nr. 142/1867 i.d.g.F..

Die Steuerlast darf für den Steuerpflichtigen nicht so erdrückend werden, dass sie einer Konfiskation bzw. einer Enteignung seines Vermögens gleichkommt. Bemerkenswert ist in diesem Kontext ein Judikat des nicht nur in diesem Rechtsgebiet im Vergleich zur österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit sehr viel ambitionierter agierenden deutschen Bundesverfassungsgerichtshofes.

Nach dem Telos dieses Urteils darf die Eigentumsfreiheit nur insoweit Restriktionen unterworfen werden, dass dem einzelnen Steuerpflichtigen zumindest eine Bestätigung seines eigenen ökonomischen Erfolges als Ausdruck der grundsätzlichen Privatnützigkeit des Erworbenen und der grundsätzlichen Verfügungsbefugnis über die erzeugten vermögenswerten Rechtspositionen erhalten bleibt.<sup>824</sup>

Wiewohl aufgrund der – der bekannten Historie geschuldeten – Parallele zwischen dem österreichischen und dem deutschen Steuersystem zwar kein direkter, dennoch ein indirekter Vergleich der Steuersysteme möglich erscheint, können dessen ungeachtet theoretische Maximen einigermaßen direkt übernommen werden. Denn abseits konkreter Zahlen und exakter Prozentsätze beruht zum Beispiel das Besteuerungsverbot des Existenzminimums auf demselben steuerlogischen Fundament. Das Existenzminimum verfolgt zunächst einmal den gesellschaftspolitischen Zweck, den Lebensunterhalt des Einzelnen sowie das seiner Familie und dasjenige seiner Angehörigen sicherzustellen.<sup>825</sup> Ist der Steuerpflichtige nämlich unterhaltspflichtig, so dehnt sich der fiskalische Schutzzadius des Existenzminimums auch auf dessen Angehörigen aus. Als sekundären Nebeneffekt kommt eine damit erzeugte massive Entlastung des wohlfahrtsstaatlichen Versorgungssystems zu tragen. Keine noch so defizitäre Haushaltslage und kein noch so großer Finanzbedarf des Staates dürfen dann als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden, um das Existenzminimum zur Steuerakquirierung zu missbrauchen. Diese Mindestgrenzen, als Ausdruck des Bedürfnisprinzips, werden zumeist in derjenigen Höhe festgesetzt, welche einem Sozialhilfeempfänger als existenznotwendigen Bedarf aus Mitteln der öffentlichen Hand zugewendet werden.<sup>826,827</sup>

Andererseits wird die Höhe des erlaubten zu besteuernenden Existenzminimums auch im Hinblick auf die Motivationslagen der Steuerpflichtigen hin untersucht. Wie entscheidungstheoretische Untersuchungen nämlich belegen, kann ein zu hoch angesetztes einkommensteuerbefreites Existenzminimum die Anstrengung der Steuerberechtigten untergraben, die dann keine weiteren Anstrengungen bezüglich zusätzlicher Einkommenserzielung unternehmen würden.<sup>828</sup>

---

<sup>824</sup> BVerfGE 93, 121 [138]. In diesem fiskalpolitischen Leitjudikat wagt der Bundesverfassungsgerichtshof auch eine Präzisierung des zunächst einmal vage anmutenden Stehsatzes. Er geht bei der Untergrenze von einem steuerlich zu verschonenden existenznotwendigen Bedarf und von einer Obergrenze der Gesamtsteuerungsbelastung in der Nähe der hälftigen Teilung des Ertrages zwischen privater und öffentlicher Hand aus.

<sup>825</sup> Zum Existenzminimum auch *Klein* (1966), S. 212.

<sup>826</sup> Vgl. *Kirchhof* (2000), S. 55 – 56.

<sup>827</sup> Analoge Überlegungen kommen auch im Erbschaftssteuerrecht zur Anwendung. Bei einer erbschaftsbedingten Weitergabe von Vermögenswerten soll derjenige Teil von einer Steuerverpflichtung ausgenommen werden, welcher für die persönliche Lebensführung unbedingt erforderlich ist.

<sup>828</sup> Vgl. hierzu mit entscheidungstheoretischen Grundlagen *Waldner* (1991), S. 47 – 50.

Wenn man die Frage gerechter Steuern demnach erörtert, so dürfen neben der wichtigen Steuerbefreiung des Existenzminimums auch Fragen der Obergrenze der Gesamtsteuerbelastung keinesfalls negiert werden. Die Limitierung des progressiven Steuersatzes im Einkommensteuerrecht mit der höchsten Progressionsstufe auf 50 % ist eine mögliche Quantifizierung, jedoch und vor allem nur ein Teilaspekt der gesamtheitlichen Steuerbelastung eines Steuersubjekts. Daneben treten regelmäßig indirekte Steuern, die eine valide und nachvollziehbare Kalkulation der Gesamtsteuerlast verunmöglichen.

Will aber eine sich zum Sozialstaatsprinzip bekennende Gemeinschaft ihre zugedachten Aufgaben der Realisierung von größerer Chancengleichheit bzw. den Erhalt des sozialen Friedens bewältigen, so benötigt der auch nicht exzessiv agierende Staat nun mal viel Geld. Die Steuerprogression<sup>829</sup> findet allerdings jedenfalls ihre Grenze im sog. Konfiszierungsverbot.<sup>830</sup> Es ist dabei aus der Perspektive der Gerechtigkeit unerlässlich, dass der Besteuerung durch die verfassungsmäßig garantierte Eigentumsfreiheit immanente Grenzen gesetzt werden müssen. Die Grenze, ab wann in concreto von Konfiszierung gesprochen werden kann, lässt sich ex ante nicht genau präzisieren; sie verläuft fließend. Klar ist sicherlich, dass sich von Konfiszierung dann sprechen lässt, wenn die Steuerbelastung so exzessiv betrieben wird, dass es á la longue zur Abschaffung des Privateigentums führen würde. In der Literatur können dabei eine Vielzahl von Möglichkeiten und Szenarien abgeleitet werden, bei denen präsumtiv eine Konfiszierung des Privateigentums angenommen werden kann:<sup>831,832</sup>

- wenn die Besteuerung ein Unternehmen in die Insolvenz treibt bzw. unrentabel werden lässt,
- wenn die Besteuerung den Vermögensertrag zur Gänze aufzerrt;
- wenn die Steuer aus der Vermögenssubstanz gezahlt werden muss;
- wenn die Besteuerung dem Bürger die Existenzgrundlage vermindert;
- u.s.w..

Im Gegensatz dazu wird eine Steuer dann als gerecht erachtet,

- wenn die Gesamtsteuerbelastung eines Steuerpflichtigen berücksichtigt wird;
- wenn der Wille zur Einkommenserzielung erhalten bleibt;
- die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhalten bleibt;
- u.s.w..

Das Gesamtausmaß der Steuerbelastung darf also nicht an die Grenze der Steuerbelastung bzw. an den Rand der Konfiszierung von Privateigentum führen. Ein Staat, der die wirtschaftliche und

---

<sup>829</sup> Vor allem in der Einkommensteuer.

<sup>830</sup> In Deutschland wird dieses Konfiszierungsverbot aus den Art. 12 – 14 des Bonner Grundgesetzes abgeleitet.

<sup>831</sup> Siehe hierzu insbesondere *Seidl-Hohenveldern* (1952).

<sup>832</sup> Günther Felix fordert bei der Ausgestaltung einer gerechten individuellen Steuerbelastung eine Referenzierung an das Aristotelische Mittelmaß: „Die ethische Analyse der Steuerlastgrenze orientiert sich an dem moralischen Maß der Mitte. Das Maß der Mitte haben uns die alten Griechen geliefert. Bis heute erfreut es sich der allgemeinen Anerkennung. Dieses Moralprinzip hat also eine Ewigkeitsperspektive.“ *Felix* (1983), S. 25 – 26.

berufliche Freiheit seiner Bürger fördert und garantiert, darf diese hehren Ideale nicht durch eine zu exzessive Steuerbelastung perpetuieren. Dies beeinträchtigt den Leistungswillen der ökonomisch Agierenden negativ, egal ob diese einer selbstständigen oder unselbstständigen Beschäftigung nachgehen. Ab welchem Punkt diese Negativbeeinträchtigung des Leistungswillens bei gleichzeitigem Anwachsen des Widerstandes gegen diese ausschweifende Steuerbelastung beginnt, ist umstritten. Unbestritten bleibt die Tatsache, dass der Leistungswille von Arbeitnehmern erfahrungsgemäß nicht erst dann eine Schwächung erfährt, wenn die Steuerbelastung existenzmindernd wirkt. Hier fehlen verlässliche empirische Untersuchungen. Obwohl dem Gesetzgeber bei der Bemessung der fiskalischen Höchstbelastungsgrenze ein relativ großer autonomer Spielraum zugedacht wird, so hat er sich bei der Festsetzung einer Obersteuergrenze dennoch in vornehmer Zurückhaltung zu üben. Gilt dies schon bei der Einkommensbesteuerung, so gilt dies umso mehr noch bei der Festsetzung der Steuerlast bei Unternehmen. Die Wirtschaft operiert und agiert im Zeitalter der Globalisierung auf transnationalen Märkten äußert sensibel. Das Finanzkapital geriert sich selbst dabei gerne als besonders mobil. Ein groß konzipierter Lobbying- und Beratungsapparat ergründet Chancen und Risiken auf den relevanten Märkten und führt dabei genaue Berechnungen über die jeweilige Steuerbelastung durch. Denn Steuern verursachen kausal hohe Kosten, die es aus der Sicht der Unternehmungen ja tunlichst zu vermeiden gilt. Viele konkurrierende Staaten geraten dabei in einen Nivellierungs- und Anpassungsdruck nach unten. Das Rattenrennen auf die niedrigsten Steuersätze ist längst eröffnet. Diesen massiven Steuersenkungswettbewerb gilt es aus den Erfahrungswerten und den Perspektiven der unter IV.5. zu behandelnden sozialen Gerechtigkeit kritisch zu durchleuchten. Gilt es etwa als liberaler und international freundlich angesehener Akt, wenn Staaten sich gegenseitig die Steuerzahler abspenstig machen? Arbeit ist dabei traditionell an die Scholle gebunden, während Kapital auch global agieren kann. Eine Besteuerung unterhalb der Leistungsfähigkeit der Unternehmen wird über kurz oder lang dazu führen, dass der arbeitende Durchschnittsbürger immer stärker belastet wird, da ja die geringe Besteuerung von Vermögen auch kompensiert werden muss.<sup>833</sup>

#### **IV.3.6. Die Gleichheit in der Rechtsanwendung als eine Grundbedingung für Steuererechtigkeit**

Mit der angewandten Gleichheit steht und fällt auch das Gerechtigkeitsempfinden im Steuerrecht. Mögen manche Steuervergünstigungen von den Privilegierten als gerechtfertigt angesehen werden, so können gleichzeitig auch die steuerlich nicht Privilegierten verdrossen reagieren. Aus dem Gleichheitsgrundsatz wird für das Steuerrecht eine materielle und formelle Dimension abgeleitet. Letztere soll doch eine gleichmäßige Anwendung der materiellen Rechtsgrundlagen sichergestellt werden. Gewährleistet das Verfahrensrecht im Steuerwesen keine gleichmäßige Umsetzung der materiellen Rechtsvorschriften oder werden von den Finanzbehörden materielle Rechtsvorschriften un-

---

<sup>833</sup> Vgl. *Tipke* (2000), S. 46 – 48.

gleich angewandt, so können die ursprünglich mit dem Gleichheitssatz konform gehenden materiellen Gesetzesnormen ebenfalls nicht mehr dem Gleichheitssatz genügen.<sup>834</sup> Das Gesetz für sich alleine betrachtet, vermag demnach noch keine umfassende Belastungsgleichheit der Kontribuenten zu garantieren. Die Rechtsgleichheit ist dabei ohne die Rechtsanwendungsgleichheit nichts wert.<sup>835</sup>

Die Gewährleistung der eben eingeforderten gleichmäßigen Rechtsanwendung liegt dabei im operativen Betätigungsfeld der Finanzbehörden. Gelangen diese zum Ergebnis, dass Verfahrensordnungen Vorschriften beinhalten, die eine gleichmäßige Anwendung des Steuer- und Abgabenrechts erschweren oder gar verunmöglichen, so haben diese akuten Handlungsbedarf. Es obliegt dann den Finanzverwaltungsbehörden diese Verfahrenswidrigkeiten verwaltungsintern ins Bewusstsein der dort agierenden Personen zu rücken und darauf hinzuwirken, dass die Regierung – vor einer etwaigen Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof – eine Gesetzesinitiative in den parlamentarischen Prozess einbringt. Eine weitere Facette zur Erzielung von mehr Bürgernähe und dadurch auch mehr Gerechtigkeit im Rahmen des Steuersystems würden einfachere, transparentere und intersubjektiv nachvollziehbare Steuergesetze bieten.<sup>836,837</sup>

---

<sup>834</sup> In diesem Zusammenhang sei ein bemerkenswertes und wegweisendes Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichtshofs zitiert: „Der Gleichheitssatz verlangt für das Steuerrecht, daß die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Die Besteuerungsgleichheit hat mithin als ihre Komponenten die Gleichheit der normativen Steuerpflicht ebenso wie die Gleichheit bei deren Durchsetzung in der Steuererhebung. Daraus folgt, daß das Steuergesetz in ein normatives Umfeld eingebracht sein muß, welches die Gleichheit der Belastung auch hinsichtlich des tatsächlichen Erfolgs prinzipiell gewährleistet. Der Gesetzgeber muß die Steuerehrlichkeit deshalb durch hinreichende, die steuerliche Belastungsgleichheit gewährleistende Kontrollmöglichkeiten abstützen. [...] Wirkt sich eine Erhebungsregel gegenüber einem Besteuerungstatbestand in der Weise strukturell gegenläufig aus, daß der Besteuerungsanspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann und liegen die Voraussetzungen dafür vor, daß dieses Ergebnis dem Gesetzgeber zuzurechnen ist, so führt die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Norm.“ BVerfGE 84, 239. Auch der österreichische VfGH recurriert von Zeit zu Zeit auf den Grundsatz der Steuergerechtigkeit ohne diesen allerdings näher inhaltlich auszuführen. Vgl. VfSlg 4.289/1962.

<sup>835</sup> Im rechtsphilosophischen Diskurs werden Normen, die nicht sachgerecht angewandt werden, häufig ihres geltungsanspruchs enthoben: Jürgen Habermas formuliert dies etwa so „Nach Maßgabe einer Vernunftsmoral prüfen ja die Einzelnen die Gültigkeit von Normen unter der Voraussetzung, daß diese faktisch von jedermann befolgt werden. Wenn aber genau diejenigen Normen gültig sein sollen, die unter der Bedingung einer Praxis allgemeiner Normbefolgung die rational motivierte Zustimmung aller Betroffenen verdienen, ist niemandem zuzumuten sich an gültige Normen zu halten, sofern nicht die genannte Bedingung erfüllt ist. Jeder muß die Befolgung gültiger Normen erwarten dürfen. Gültige Normen sind nur dann zumutbar, wenn sie gegen abweichendes Verhalten faktisch durchgesetzt werden können.“ Habermas (1992), S. 148.

<sup>836</sup> Die Steuergesetzgebung – so die plakative Forderung von Politikern wie Steuerexperten – sollte so sehr vereinfacht werden, dass die Steuererklärung bzw. die Kalkulation der eigenen Steuerschuld auf einem Bierdeckel Platz finden sollte. Trotz dieser einprägsamen Metapher ist jedoch bis zum heutigen Tage eher Gegenteiliges zu berichten. Das (österreichische) Steuersystem scheint zunehmend komplexer und intransparenter zu werden.

<sup>837</sup> Dieser Wunsch folgt auch den Forderungen des Verfassungsgerichtshofes, der in mehreren Erkenntnissen die zunehmende Komplexität der Gesetzessprache beklagte. Ein Beispiel sei als Exkurs pars pro toto kurz erläutert: Anfang der 1990er Jahre kam es zu einer umfassenden Novellierung der Notstandshilfeverordnung (BGBl. Nr. 638/1989 und BGBl. Nr. 429/1990), die äußerst komplizierte Detailbestimmungen enthielt. Bei der Notstandshilfeverordnung handelt es sich auf der Hand liegend um eine Gesetzesmaterie, die für einen betroffenen Personenkreis von aller größter Bedeutung ist, soll doch die Zuwendungen aus der Notstandshilfe für die Empfänger existenzsichernd wirken. Der Verfassungsgerichtshof hielt daraufhin in einem Erkenntnis fest, dass durch die komplizierten Bestimmungen der Notstandshilfeverordnung die Bestimmtheit und Verbindlichkeit der Gesetze durch die Unverständlichkeit verletzt worden wären. So formulierte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis ungewöhnlich scharf und pointiert: „Nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben kann überhaupt verstanden werden, welche Anordnungen in der Notstandshilfeverordnung getroffen werden sollen.“ VfGH (VfSlg 12.420/1990). Diese Entscheidung ging unter dem Begriff „Denksport-Erkenntnis“ in den juristischen Diskurs ein, da der VfGH sich über den Einzelfall hinweg über die gerade noch erträgliche Kompliziertheit der Gesetzessprache mokierte. So konstatierte der VfGH im zitierten Erkenntnis, dass Gesetze sicherlich dann als verfassungswidrig gelten, „wenn man zur Sinnermittlung subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung sowie geradezu archivischen Fleiß“ benötige.

## IV.4. Das Zivilrecht – ein Ort von Gerechtigkeit und Moral?

### IV.4.1. Die impliziten Moral- und Gerechtigkeitsvorstellungen des Zivilrechts

In diesem kurzen Abschnitt soll ergründet werden, ob die Generierung gesellschaftlicher Gerechtigkeit durch das Zivilrecht überhaupt ein probates Mittel darstellt. Gerechtigkeit im Zivilrecht setzt zunächst die individuelle Freiheit des Einzelnen voraus, sich im Rahmen der Privatrechtsordnung Rechte und Gegenstände anzueignen, über diese nach freien Gutdünken zu disponieren und sie letztlich wieder veräußern zu können. Spätestens seit den kontraktualistischen Theorien von Jean-Jacques Rousseau und John Locke ist allerdings bekannt, dass solcherart Rechte gleichzeitig auch Restriktionen in der autonomen Privatsphäre anderer bedingen. Umso verständlicher ist es daher, dass das gesamte Privatrecht von der Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit beseelt ist. Die im Rahmen des Rechtsinstituts normierten Schutzvorkehrungen sollen den ökonomisch weniger Potenten vor rechtswidrigen Eingriffen durch stärkere Marktteilnehmer schützen, entstandene Schäden restituieren, aber auch unrechtmäßige Bereicherungen rückgängig machen. Es soll sohin ganz im Sinne von Aristoteles zu einem Interessenausgleich zwischen Gleichberechtigten kommen.<sup>838</sup>

Die unbedingte Relevanz der Gerechtigkeit des Zivilrechts offenbart sich allerdings keinesfalls auf den ersten Blick. Dennoch existieren gewisse gesellschaftliche Moralvorstellungen, die den sonst so weiten Handlungsspielraum des Zivilrechts einigermaßen eingrenzen. Das Privatrecht hält zu diesem Zwecke spezifische Mechanismen parat. Es kann auf der einen Seite moralkonforme Vertragsinhalte unterstützen und fördern, währenddessen es verwerfliches Verhalten missbilligen und mit negativen Rechtsfolgen belegen kann.<sup>839</sup>

Eignet sich aber das Zivilrecht mit seinen Mechanismen, Regeln und Rechtsinstituten nun tatsächlich zur Redistribution sozialer Güter und Lasten? Zwei Argumente sprechen a priori eher dagegen. Zum einen soll innerhalb eines synallagmatischen Rechtsverhältnisses gar keine Umverteilung stattfinden, da dies umgehend den Preis der Transaktion verfälschen würde. Und das zweite, viel entscheidendere Argument liegt in der konzeptionellen Systematik des Zivilrechts begründet, das ja zunächst nicht an die ökonomische Leistungsfähigkeit der Partizipierenden anknüpft.<sup>840</sup>

Dennoch ist auch das Zivilrecht nicht gänzlich frei von moralischen Wertvorstellungen. Im Privatrecht werden zwei Rechtsaspekte verwirklicht: Sowohl die positive Beförderung von wünschenswertem gesellschaftlichen Verhalten, als auch negative Rechtsfolgen bei zu disqualifizierenden Zuwianderhandlungen gegen zivilrechtliche Normen. So bietet das Zivilrecht vor allem im Rahmen des Ver-

---

<sup>838</sup> Vgl. Köhler (2002), S. 32.

<sup>839</sup> Beide dieser Rechtsintentionen werden im Zivilrecht vereinigt. So werden im Schadensersatzrecht gewisse Verhaltensweisen disqualifiziert und der Schädiger mit der Sanktion der Schadenersatzpflicht belastet, während gerade das Vertragsrecht dabei dienen soll, unvollständige Verträge zu ergänzen, um somit die anvisierten Vertragsziele auch möglichst vollständig realisieren zu können. Vgl. Graf (1996), S. 120.

<sup>840</sup> Hier zeigt sich auch der offensichtlichste Unterschied zu den öffentlich-rechtlichen Normen des Sozial- und Steuerrechts, deren Umverteilungsintentionen oft augenscheinlich in der Rechtsdogmatik zu Tage treten. Vgl. Eidenmüller (2005), S. 294 – 295.

tragsrechts Gestaltungsmöglichkeiten, die den Vertragerrichtenden bei der Aufstellung des Kontraktes unterstützen sollen, währenddessen das Schadenersatzrecht dem Schädiger eine umfassende Ersatzpflicht aufoktroziert.<sup>841</sup>

Gerechtigkeit darf weiters nicht alleine als Entscheidungskriterium verfassungsrechtlicher Judikatur verstanden werden; sie findet auch – was wohl den wenigsten bekannt sein dürfte – im Rahmen der privatrechtlichen Rechtssprechung ihre Anwendung. So spricht etwa § 7 des noch von der Aufklärung geprägten Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB)<sup>842</sup> von natürlichen Rechtsgrundsätzen, was in einem sonst vom Rechtspositivismus geprägten Rechtssystem nahezu als Fremdkörper anmutet. Der OGH hat die Anwendung des § 7 ABGB deshalb immer äußerst restriktiv gehandhabt, da dieser positivrechtlich etwas statuiert, was es in der Logik des Rechtspositivismus gar nicht geben dürfte. Dennoch gelangt er im Rahmen eines bemerkenswerten Urteils zur Ansicht, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze, zu denen auch die Gerechtigkeit zu zählen ist, „*keiner besonderen Gesetzesbestimmung bedarf; sie durchbricht selbst die geschriebene Norm.*“<sup>843</sup>

Einer der Hauptautoren sowohl des ABGB selbst als auch dessen Vorentwürfe war der österreichische Jurist Franz von Zeiller. Er interpretierte die zuvor angesprochenen Rechtsgrundsätze in Richtung eines naturrechtlich beeinflussten Vernunftskodex, der vom Richter nur in extremen außergewöhnlichen Rechtsfällen zur Anwendung gelangen sollte, wenn die Gesetzeslage zur Lösung des Rechtsfalles nicht ausreicht. Diese naturrechtlichen Reminiszenzen kulminierten im letzten Satz des § 7 ABGB: „*Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft [nach genauer Durchsicht der Gesetzeslage, Anm. des Autors], so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*“<sup>844</sup>

Interessanterweise wurde der Terminus technicus der „*Gerechtigkeit*“ aus guten und nachvollziehbaren Gründen nicht *expressis verbis* in das ABGB inkorporiert. Allerdings findet sich im Kundmachungspatent zum ABGB ein interessanter Rekurs auf die allgemeinen Grundsätze der Gerechtigkeit, die dermaßen zentral für das sittliche Zusammenleben einer Sozietät sind, dass sie „*allgemein anerkannt [...] keiner besonderen Gesetzesbestimmung für die Anwendung durch die Rechtssprechung bedürfen.*“<sup>845</sup>

---

<sup>841</sup> Vgl. Graf (1992), S. 120.

<sup>842</sup> Gerade das österreichische ABGB ist geprägt vom naturrechtlichen Gedanken einer „*Aequitas naturalis*“ einer natürlichen Billigkeit des Rechts. So enthält etwa auch der ABGB-Entwurf Martinis eine Komponente von natürlicher Billigkeit, in dem er in seinem § 24 gestattete, wenn es der Richter nach genauer Durchsicht der positiven Gesetze für notwendig erachten und an dieser Gesetzeslage noch immer Zweifel bestehen sollten, die Sachumstände nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen hin aufzulösen. Mehr über die „*Aequitas naturalis*“ und ihre Bedeutung für die Genese des ABGB kann man bei Wesener (1996) nachlesen.

<sup>843</sup> SZ 47/104 (OGH 7.10.1974).

<sup>844</sup> Unter diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird neben der natürlichen Billigkeit auch die ausgleichende und abwägende Fallgerechtigkeit subsumiert, die für die Richter als Richtschnur und orientierende Leitprämisse fungieren sollte. Vgl. Kaser (1993), S. 62.

<sup>845</sup> JGS Nr. 946/1811.



#### IV.4.2. Die vertragsrechtliche Beschränkung der guten Sitten

Die Eigentümlichkeit des Rechtsinstituts des Vertragsrechts kennt nur wenige zwingende inhaltliche Vorgaben durch Normen. Es zeichnet sich gegensätzlich eher dadurch aus, dass die Vertragspartner selbst darüber befinden können, welchen Inhalt sie zum Gegenstand ihres Vertrages machen wollen. Dieser voluntativen Komponente wird im Rahmen des Vertragsrechts durch sog. dispositives Gesetzesrecht<sup>846</sup> entsprochen. Durch die große inhaltliche Nomenklatur privatwirtschaftlichen Handelns erschöpfen sich diese subsidiären, dispositiven Gesetzesbestimmungen meist in Form von Generalklauseln, die es im Zuge der Vertragsinterpretation von den rechtsprechenden Organen auf den Einzelfall herunterzuberechnen gilt. Die Richter haben dabei zunächst die Absichten der Parteien sowie die milieubedingten Verkehrssitten zu ergründen, wobei gerade letztere eine hohe sozialmoralische Dimension aufweisen, da sie sich in der relevanten Bevölkerungsgruppe über viele Jahre hinweg als leitende Wertvorstellungen manifestieren konnten und dadurch auch gewisse Erwartungshaltungen bei den Vertragsparteien hervorzurufen vermochten.

Obzwar das Zivilrecht vom Dogma der Privatautonomie durchzogen ist, darf dennoch nicht jeder denkmögliche Inhalt auch zum Gegenstand eines Vertrages werden. Normative Kristallisations- und Angelpunkte von solchen Überlegungen ist die sog. „Gute-Sitten-Klausel“, die hierzulande in § 879 Abs. 1 ABGB schon zu Beginn des 18. Jahrhunderts verankert wurde. Primäre Intention der „Guten-Sitten-Klausel“ des § 879 Abs. 1 ABGB ist es, die Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei zu gewährleisten.<sup>847</sup> Sollte eine Vertragspartei von einer anderen grob benachteiligt werden, so ordnet der Gesetzgeber die unbedingte Nichtigkeit des Vertragsinhalts an. Damit soll tunlichst vermieden werden, dass Vereinbarungen und Verträge rechtlich bindend und einklagbar werden, die der Wertordnung der Gemeinschaft diametral zuwiderlaufen.<sup>848</sup>

Gegen diese „Guten-Sitten-Klausel“ handelt derjenige, der die gesellschaftlichen Moralvorstellungen in seinem Tun grob missachtet. Dabei hegt die „Guten-Sitten-Klausel“ nicht die Intention ungewöhnliche Vertragsinhalte verhindern zu wollen. Nein, es sollen nur jene Inhalte verunmöglicht werden, die ganz klar der herrschenden Sozialmoral, worunter auch Gerechtigkeitsvorstellungen zu subsumieren sind, widersprechen. Das sich bei der Rezeption solcher Moralvorstellungen unweigerlich

---

<sup>846</sup> Die Begrifflichkeit der Dispositivität bedarf im Zuge einer politikwissenschaftlichen Abhandlung einer näheren Analyse. Im Rahmen der Privatautonomie kann nahezu jede privatrechtliche Bestimmung von den Parteien verändert werden. Die dispositiven Gesetzesbestimmungen halten hingegen lediglich subsidiäre Regeln parat, für den Fall, dass aus ökonomischen Gründen nicht sämtliche Vertragsdetails in den Vertrag inkorporiert werden können und sollen.

<sup>847</sup> Bekannte Fallgruppen, um die Sittenwidrigkeit zu illustrieren, sind etwa die grobe Benachteiligung eines wirtschaftlich Schwächeren, eine einseitige ungebührliche Abweichung vom dispositiven Recht oder ein Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze. Nach Peter Mader lassen sich folgende Fallgruppen differenzieren: Zweckwidrige Rechtsausübung, interessenlose Rechtsausübung, Treuwidrigkeit beim Rechtserwerb sowie Vereitelung von Gegnerechten. Vgl. Mader (1994), S. 99 – 105.

<sup>848</sup> Da es für den Gesetzgeber unmöglich ist, alle dergestalt diskriminierenden Rechtsgeschäfte taxativ aufzuzählen, wurde von diesem der Weg einer Generalklausel gewählt. Es liegt dabei in der Natur der Generalklausel begründet, dass sie bei der Rechtsanwendung einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnet. Vgl. Kozjol/Welser (2006), S. 179.

auch große Interpretationsspielräume auf tun, liegt evidenter Weise auf der Hand. Verträge, die gegen die guten Sitten verstoßen, sollen selbst dann nichtig sein, wenn sie überhaupt keinerlei Außenwirkungen, wie etwa die Schädigung eines nicht involvierten Dritten, zeitigen.<sup>849</sup> Auf diese Nichtigkeit kann sich sodann jedermann berufen.<sup>850</sup>

Welche Beschaffenheit müssen gesellschaftliche Wertvorstellungen nun aufweisen, damit sie zu den allgemein anerkannten guten Sitten zu zählen sind? Eines gleich vorweg: Ein simpler Verweis auf alle denkmöglichen Moralvorstellungen wird nicht genügen, da sich für alle Vertragsinhalte eine Minderheit finden lassen wird, die diese für amoralische und verwerflich und somit auch ungerecht hält. Der Mehrheitsbezug der Sozialmoral lässt sich somit nur rechtfertigen, wenn er mit anderen universalistischen Rechtsprinzipien konform geht. Denn erst dann ließe sich eine gewisse Richtigkeit des Moralkodex indizieren, die es dem Staat gestattet, moralkonforme Vertragsinhalte durch die Zurverfügungstellung subsidiärer Vertragsmechanismen zu befördern.

Wegen dem – das Privatecht durchdringenden Grundsatz der Privatautonomie – wird ein Zuwiderhandeln gegen das „*Gebot der Guten Sitten*“ regelmäßig nur dann anzunehmen sein, wenn sich nach durchgeführter umfangreicher Interessenabwägung ein grobes, inadäquates Missverhältnis zwischen den agierenden Vertragsparteien registrieren lässt. Abgeleitet werden diese Wertungsgesichtspunkte von den allgemeinen Wertungsprinzipien der Gesamtrechtsordnung. Ein – wenn auch zu meist ungenügender Orientierungspunkt – bietet dabei auch das meist diffus-intuitive Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, wenn diese über das Billige und Gerechte befindet.<sup>851</sup>

#### IV.4.3. Das Restitutionsideal des Schadenersatzrechts

Das Schadenersatzrecht ist eine unmittelbare Expression des ausgleichenden, restitutiven Gerechtigkeitsparadigmas. Abgesehen von einigen wenigen Fällen, in denen ausnahmsweise der an sich gesetzwidrige Eingriff erlaubt sein soll, wenn jemand beispielsweise in einer offensichtlichen Notsituation so handeln musste oder ein entschuldbarer Rechtsirrtum vorlag, geht das bekannte Bestreben des Schadenersatzrechts dahingehend, dass jemand Restitution zu leisten hat, wenn er in die Rechtsgüter eines anderen schuldhaft eingegriffen hat.

---

<sup>849</sup> Diese Restriktion der Privatautonomie, noch dazu durch die nicht näher im Gesetzeswortlaut konkretisierten guten Sitten, lässt sich aus der Grundrechtstheorie deduzieren. Die Privatautonomie als integraler Bestandteil der verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsgarantie kann als Grundrecht nur aus öffentlichem Interesse und nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden. Zwar wird eine direkte Wirkung der Grundrechte im Rahmen der Grundrechte kategorisch abgelehnt, jedoch eine Drittwirkung, die beim Gesetzgeber umfangreiche Handlungsimplicationen hervorruft, bejaht. Ein möglicher Vertragsinhalt muss dabei den inhaltlichen Telos der guten Sitten konterkarieren, sodass aus der Sicht des öffentlichen Interesses keine andere Sanktionsmöglichkeit als die Nichtigkeit des zu beanstandeten Vertrages zur Verfügung steht. Vgl. *Graf* (1996), S. 170 – 173.

<sup>850</sup> Vgl. auch SZ 62/80.

<sup>851</sup> Somit sind einzelne separate Ansichten zu den guten Sitten belanglos; es sei denn, sie kongruieren mit allgemein anerkannten Moralvorstellungen. Vgl. *Apathy/Riedler* (2006), S. 154 – 155.

Im österreichischen Schadenersatzrecht finden sich dafür ebenfalls Reminiszenzen an das Naturrecht. § 1295 Abs. 2 ABGB hält diesbezüglich eine interessante und erwähnenswerte Gesetzesbestimmung parat. So heißt es ebendort: „*Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.*“<sup>852</sup>

Der Rechtsverweis auf die Sittenwidrigkeit eröffnet gleichzeitig aber auch die Pforten für extranormative Bewertungsmaßstäbe, wie etwa die Sozialmoral oder aber auch die Gerechtigkeit. Denn was bezweckt diese Regelung bei genauerer Betrachtung? Eines vorweg: So weit tatsächliche rechtliche Regelungen bereits vorhanden sein sollten, genügt der Logik des allgemeinen Schadenersatzrechts folgend neben dem Eintritt eines Schadens zur Schadenersatzpflicht bereits leichte Fahrlässigkeit. Wird jedoch gegen das „*Gebot der Guten Sitten*“ verstoßen, soll die Schadenersatzpflicht nur bei deklarierter Absichtlichkeit, der intensivsten Form des Vorsatzes, begründet werden. Diese Einschränkung auf die Absichtlichkeit verlangt hierorts eine gesonderte Erklärung. Zum einen steht es jedem im Rahmen seiner autonomen Entscheidungsfreiheit völlig offen, mit seinem Handeln auch gegen die guten Sitten, sprich die Sozialmoral, zu verstoßen. Ein zufälliger, fahrlässiger Verstoß gegen die guten Sitten bleibt sohin ohne weitere rechtliche Sanktion. Zum anderen sprechen auch Gründe der Rechtssicherheit für das Abstellen auf die Absichtlichkeit. Die Normunterworfenen sollen sich ja in ihrem Verhalten präsumtiv auf die Regelungsinhalte einzelner Rechtsnormen einstellen können, was aber bei ungeschriebenen moralischen Standards mit ihren inhärent weiten Interpretationsmöglichkeiten schon a priori unmöglich erscheint. Deshalb soll die Schadenersatzpflicht nur bei der stärksten Form des Vorsatzes, der Absichtlichkeit, zum Tragen kommen.<sup>853,854</sup>

In praxi zeigt vor allem die notwendige Konkretisierung der „*Guten-Sitten-Klausel*“ erhebliche Probleme, da Analogien zu dem eben erörterten „*Guten-Sitten-Ideal*“ des § 879 ABGB aufgrund der immanent unterschiedlichen Anwendungskontexte von der Lehre einhellig abgelehnt werden. Denn bei genauerer Betrachtung zeigen sich die unterschiedlichen Funktionsweisen dieser beiden Generalklauseln. Nach § 879 ABGB gilt es nämlich retrospektiv zu überprüfen, ob ein Vertrag deshalb unwirksam ist, weil er dem Ideal der guten Sitten zuwidergehandelt hat. Hingegen geht es im § 1295

---

<sup>852</sup> Mit einer akribisch Betrachtung Peter Mader (1994), S. 173 – 176. Er gelangt resümierend zum Ergebnis, dass jegliche absichtliche Schädigung gleichzeitig auch als sittenwidrig anzusehen ist.

<sup>853</sup> Georg Graf weist in diesem Zusammenhang auf eine vom damaligen Gesetzgeber übersehene Problematik hin. Angehörige von Minderheiten sind bei einer solchen Regelung tendenziell benachteiligt, da jedes auch noch so absichtliche Zuwiderhandeln gegen ihre Moralvorstellungen keinerlei Schadenersatzpflicht auslöst. Vgl. Graf (1992), S. 198 – 200.

<sup>854</sup> In folgenden Fallkonstellationen wurden absichtliche Schadenzufügungen u.a. angenommen: Arglistiges Verhalten, Machtmissbrauch, unfaire Benachteiligung sowie die Verletzung elementarer ethischer Grundsätze. Letzterer Aspekt sei mittels eines konkreten Falles kurz veranschaulicht: Grundsätzlich steht es jeden Elternteil frei, gegen sein selbsterhaltungsfähiges Kind mit einer Räumungsklage vorzugehen. Das eine solche Vorgehensweise als moralisch verwerflich erscheinen mag, hindert allerdings die Klageerhebung noch nicht. Sittenwidrig wird eine solche Klage erst, wenn die Räumungsklage nur deshalb eingebracht wird, um die dort ebenfalls auch wohnhafte, pflegebedürftige Mutter zum Verlassen der Wohnung zu zwingen. Vgl. SZ 24/287.

Abs. 2 ABGB vornehmlich darum festzustellen, ob das Verhalten per se als sittenwidrig zu qualifizieren und deshalb unzulässig ist.<sup>855</sup>

Dennoch kann hier *expressis verbis* resümiert werden, dass die zuletzt durchdiskutierten Passagen seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in Geltung gewesen sind. Kontrastierend zu den damaligen Verhältnissen leben wir aber heute von einem dichten Rechtsbestand umgeben, weshalb die gegenständlichen Regelungen in praxi heute nur mehr von peripherer Bedeutung sind.

---

<sup>855</sup> Vgl. *Harrer* (2006), S. 114.

## IV.5. Das kontingente Desideratum der sozialen Gerechtigkeit

### IV.5.1. Konzepte und Paradigmen von sozialer Gerechtigkeit

Die bisherige Arbeit sollte dem aufmerksamen Leser nahegebracht haben, dass Gerechtigkeit auch ein auf soziale Zusammenhänge fokussierter Prozess sein kann. Erst das Zusammenleben und die interaktive Kooperation von unterschiedlichen Gesellschaftsmitgliedern lässt Gerechtigkeit zu einer sozialen Problemstellung werden. Ein zumindest auf einen gemeinsamen gesellschaftlichen Konsens beruhendes Verständnis von sozialer Gerechtigkeit<sup>856</sup> wirkt daher fördernd und konstituierend für die Legitimität, die Harmonie als auch die Funktionsfähigkeit eines politischen Gemeinwesens schlechthin.<sup>857</sup>

Soziale Gerechtigkeit weist dabei – versteht man sie wie die meisten Autoren aus einem distributiven Verständnis heraus – angemessene Teile der zu vergebenden gesellschaftlichen sozialen Güter wie Rechte, Einkommen, Vermögen und Bildung zu. Soziale Gerechtigkeit verlangt zunächst allerdings die Existenz von etwas per se Gesellschaftlichem, an dem jedes Gesellschaftsmitglied auch die Möglichkeit besitzen soll, zu partizipieren.<sup>858</sup> Um diesen Kooperations- und Interessenzusammenhang möglichst effizient und funktionsfähig erhalten zu können, werden Verteilungsschlüssel bei der Zuordnung von Rechten, der Gewährleistung eines operativen Zugangs zum sozialen System sowie der Verteilung bestimmter sozialer Güter benötigt. Soziale Gerechtigkeit basiert somit auf einer extensiven Funktion des Rechts, der Politik und der Ökonomie.<sup>859</sup>

Zu konstatieren ist, dass die Debatten rund um soziale Gerechtigkeit eng mit Distributionsfragen verknüpft sind. Wenn demnach eine Person oder gar eine ganze Personengruppe unter Berufung auf die soziale Gerechtigkeit kritisiert wird, so wird damit indiziert, dass diesen ungerechtfertigter Weise Privilegien zuerkannt wurden bzw. diese sich nicht im notwendigen Ausmaß an der Tragung sozialer Lasten beteiligen würden. Die Allokation und Distribution von sozialen Gütern und Lasten wird im Kontext der sozialen Gerechtigkeit mit weiteren sozialen Faktoren, wie beispielsweise jenen des Einkommens, des Vermögens, des sozialen Status, aber auch des Alters und des Geschlechts

---

<sup>856</sup> Soziale Gerechtigkeit selbst ist keine genuin selbständige Form von Gerechtigkeit. Sie konstituiert sich ihrerseits aus vielen unterschiedlichen Gerechtigkeitsstandards, bei denen die wichtigste, und sicherlich gleichzeitig die umstrittenste, das Postulat der distributiven Gerechtigkeit darstellt.

<sup>857</sup> Diese gemein- und sinnstiftende Komponente sozialer Gerechtigkeitsvorstellungen wird von Zeit zu Zeit auch mit der Begrifflichkeit der Sozialmoral umschrieben. Eine solche Sozialmoral – als gemeinsames Destillat individualmoralischer Prädispositionen einer Mehrheit der Gesellschaftsmitglieder – unterliegt aber selbstredend ebenfalls dem Diktat wandelnder historischer Gegebenheiten. Vgl. Székessy (2003), S. 12.

<sup>858</sup> Einen erbitterten Gegner eines Konzeptes sozialer Gerechtigkeit findet man in Niklas Luhmann. Er begründet seine ablehnende Einstellung damit, dass es seit der Moderne de facto keine relevanten moralischen Konsense mehr gebe, auf dem sich gesellschaftliche Wertvorstellungen fundieren lassen. Über moralische Wertkonflikte könne laut Luhmann nur mehr ad hoc in gesellschaftlichen Teilsystemen entschieden werden. Vgl. Luhmann (1997), S. 402.

<sup>859</sup> Vgl. Penz/Priddat (2007), S. 52. Bezeichnend und die im Fließtext dargelegte Hypothese affirmierend und mit leisen aristotelischen Zwischentönen versehen Jacques Rancière: „Die Politik beginnt genau dort, wo man aufhört, die Gewinne und Verluste auszugleichen, wo man sich damit beschäftigt, die Anteile am Gemeinsamen zu verteilen und die Gemeinschaftsanteile einerseits und die Rechtstitel, diese Anteile zu erhalten [...] andererseits nach Maßgabe der geometrischen Proportion zu harmonisieren.“ Rancière (2002), S. 18.

erörtert.<sup>860</sup> Dennoch stellt sich dabei immer die Frage, wann und wem Gerechtigkeit innerhalb sozialer Ordnungsstrukturen attestiert werden kann? Diese Frage kann auch gar nicht leicht beantwortet werden. David Miller, einer der angloamerikanischen Doyens der sozialen Gerechtigkeitsdebatte, plädiert deshalb im Rahmen des Diskurses nicht so sehr genaue Handlungsimperative zu schablonieren, sondern Grenzen zu ziehen, an denen sich die potentiellen Gestalter sozialer Gerechtigkeitsnormen bei der Gesetzesformulierung zu orientieren haben.<sup>861</sup>

Wenn heutzutage das Erfordernis der sozialen Gerechtigkeit lauthals ausgerufen wird, so geschieht dies in erster Linie in einem tagespolitischen Kontext. Aus politiktheoretischer Sicht handelt es sich demgegenüber bei dem Prinzip der sozialen Gerechtigkeit um eine althergebrachte metatheoretische Ordnungsmaxime. Gesellschaft wird dabei als übergeordnete soziale Entität begriffen, die mehrere soziale Subeinheiten (wie jene der Gemeinden oder Familie, u.s.w.) umfasst und die durch wirksame soziale Normen und den sie vollziehenden Institutionen im Idealfall ein ganzheitlich und universell vorteilhaftes System von sozialer Existenz und sozialer Kooperation begründet.<sup>862,863</sup>

Die Komplexität der inneren Gesellschaftsstrukturen tangiert nolens volens immer auch das Phänomen der sozialen Gerechtigkeit. Sie lässt dieses zu einem Sammelbecken werden, das sämtliche Gerechtigkeitserfordernisse darin aufnehmen möchte, die sich auf die soziale Ordnung bzw. die Verfasstheit ganzer Gesellschaften beziehen. Referenziert man zum Zwecke einer vereinfachten Theorie- bzw. Konzeptbildung auf die artifizielle Präsumtion der Gesellschaft als eine uniform verstandene Gemeinschaft, deren Mitglieder unterschiedliche Güter und Lasten zu Tragen haben, so unterliegt diese Lastenteilung den Postulaten der Verteilungsgerechtigkeit. Innerhalb der Gesellschaft werden soziale Beziehungen über Austauschverhältnisse, etwa im Zuge von Transaktionen sozialer Güter auf den jeweils relevanten Märkten, koordiniert, für die die Forderungen der Tauschgerechtigkeit Gültigkeit besitzt. Moderne auf Arbeitsteilung aufbauende Gesellschaftsformen benötigen zur Konstituierung ihrer sozialen Ordnung (demokratische) Herrschaftsverhältnisse, die wiederum den Postulaten der politischen Gerechtigkeit unterliegen. Verstoßen Menschen in der Gesellschaft gegen verbindliche Normen, so werden demgegenüber Forderungen nach korrektiver Gerechtigkeit unüberhörbar.<sup>864</sup>

---

<sup>860</sup> Die Liste wäre jedoch der Komplexität des menschlichen Lebens geschuldet beliebig erweiterbar.

<sup>861</sup> Vgl. Miller (1999), S. 42 – 43. Miller schlägt darum eine duale Handlungsstrategie vor. Zum einen sollen altbewährte Grundsätze von Recht und Politik, so wie z.B. der Gleichheitssatz oder die progressive Einkommensteuer, revisionistisch an aktuelle Lebenskontexte angepasst werden. Zum anderen darf man jedoch nicht auf dem Status Quo verharren. Es gilt stets über neuartige, innovative Mechanismen und Maßnahmen zu rasonieren, die sich aus den ständig in Änderung begriffenen Herausforderungen der Wohlfahrtsstaaten zwangsläufig ergeben würden. Darüber hinaus plädiert er für eine globalisierte bzw. internationalisierte Sichtweise der sozialen Gerechtigkeit und ihrer Problemlagen. Über die Zukunft von sozialer Gerechtigkeit, vgl. Miller (1999), S. 299 – 320.

<sup>862</sup> Vgl. Parsons (1975), S. 19 – 20.

<sup>863</sup> Peter Koller stellt die Gesellschaft als „*ein mehr oder minder komplexes und differenziertes Netzwerk von sozialen Beziehungen dar, in dem sich alle [...] erwähnten Formen des Handelns in vielfältiger Weise kreuzen, überlagern und verbinden. Da ihre Ordnung darauf zielen muss, diese Beziehungen in eine Richtung zu lenken, die zu gerechten, gesellschaftlichen Verhältnissen führt, ist schon prima facie anzunehmen, daß sie in einem gewissen, wenn auch erst zu bestimmenden Umfang allen genannten Arten der materialen Gerechtigkeit unterliegt.*“ Koller (2001), S. 35.

<sup>864</sup> Es finden somit im Kontext der sozialen Gerechtigkeit alle Grundpostulate der materiellen Gerechtigkeit Anwendung.

Einen zentralen Kernbereich der sozialen Gerechtigkeit bildet sicherlich die Teilhabegerechtigkeit als verbindendes Element zwischen der ausgleichenden kommutativen (Tausch-)Gerechtigkeit und der auf Ausgleich bedachten distributiven Verteilungsgerechtigkeit. Erst die Verbindung und Junktimierung dieser beiden komplementären Teilelemente eröffnet den Blick auf die gesamte Bandbreite des Phänomens der sozialen Gerechtigkeit. Für die sozialpolitischen Handlungsimperative bedeutet dies einen nicht unwesentlichen Paradigmen- und Strategiewechsel. Nicht so sehr die alimentären Sozialtransfers sollten von staatlicher Seite forciert werden, sondern viel eher bildungs- und arbeitsmarktsensitive Maßnahmen mit der Intention gesetzt werden, die ursprünglich ungleich verteilten Ausgangschancen wiederum einer erneuten Verteilung zuzuführen und damit die Herstellung gerechter Teilhabechancen als einen Kernbereich der Chancengleichheit zu bewirken.<sup>865</sup>

Im traditionellen Diskurs der sozialen Gerechtigkeit erhält jedoch vor allem die Verteilungsgerechtigkeit prioritären Zuspruch, da alle weiteren Forderungen der Verteilung der sozialen Güter nachgeordnet sind. Tausch-, Herrschafts- und Unrechtsverhältnisse basieren zumeist auf vorzufindende Anfangsverteilungen von sozialen Gütern und Lasten. Nachgereichte Gerechtigkeitsanforderungen können naturgemäß nur dann als gerecht gelten, wenn bereits die Anfangsverteilung als gerecht eingestuft werden kann. Somit erweist sich die gerechte Verteilung von bürgerlichen Rechten und Pflichten quasi als eine *conditio sine qua non* für die Begründung gerechter sozialer Verhältnisse.

Dies erklärt auch weshalb die so heftig geführten Debatten über die soziale Gerechtigkeit meist um Fragen der Verteilungsgerechtigkeit oszillieren. Nachdem nun Konsens darüber erzielt werden konnte, dass Gesellschaften dem dominierenden Paradigma der sozialen Gerechtigkeit unterworfen sind, lässt sich zunächst einmal die Grundannahme einer sozial gerecht anmutenden Form von Verteilungsgerechtigkeit so entwerfen, dass *prima facie* alle Gesellschaftsmitglieder einen nahezu gleichen Anteil an sämtlichen gemeinsam zu (er-)tragenden Gütern und Lasten zu übernehmen haben, sofern Ungleichheiten durch allgemein akzeptabel gehaltene Gründe nicht gerechtfertigt erscheinen.<sup>866</sup> Von dieser Grundannahme ausgehend differieren jedoch die einzelnen Ansichten einigermaßen stark. So stellt sich ganz generell die Frage, ob sich eine Gesellschaft ganz einfach unter einem homogen-abstrakten Gemeinschaftsbegriff subsumieren lässt und welche Güter und Lasten es denn sind, die einer gerechten Ver- wie Aufteilung bedürfen. Eine weitere zentrale Fragestellung tangiert die oben beschriebenen Gründe, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, soziale Ungleichbehandlungen akzeptieren zu können.<sup>867</sup>

Erblickt man nun zum Zwecke der Theoriebildung in der Gesellschaft eine Gemeinschaft, so führt dies zur gesellschaftstheoretischen Kontroverse zwischen den zwei Theoriepolen Individualismus und Kollektivismus. Während individualistische Debatten in einer Gesellschaft eine Ansammlung autonomer Individuen erblicken, die nur aufgrund des zu erzielenden Vorteils miteinander ein

---

<sup>865</sup> Vgl. *Vehrkamp* (2007), S. 12.

<sup>866</sup> Diese konzeptive Annahme des Phänomens der sozialen Gerechtigkeit wird den meisten Erörterungen explizit, anderen wiederum implizit vorausgesetzt. Vgl. etwa *Frankena* (1962), S. 1 – 29.

<sup>867</sup> Vgl. *Koller* (2001), S. 37 – 42.

Kooperationsverhältnis eingehen, betrachtet der Kollektivismus die Gesellschaft als eine Gemeinschaft, die den Einzelnen erst durch die Partizipation am Gemeinschaftsleben zu dem werden lässt, was er ist. Deshalb schuldet ein Mensch aus kollektivistischer Sicht seinen Mitmenschen entsprechend mehr, darf aber im Gegenzug auch mehr von diesen verlangen.<sup>868</sup>

Die österreichische Sozialpolitik lässt sich traditionell durch politischen Konsens, den hierzulande stark ausgeprägten Korporatismus und möglichst breit angelegten Integrationsbemühungen charakterisieren. Aufgrund aktueller ökonomischer Notlagen und dadurch indizierte knappe Staats-etats berührt in den letzten Jahren vermehrt auch die Macht des Kapitals die Sphären der Sozialpolitik. Die Restriktionen im wohlfahrtsstaatlichen Gefüge machten es dringend erforderlich, dass Politiker gute und nachvollziehbare Gründe darlegen, die das Kürzen der wohlfahrtsstaatlichen Aufgaben rechtfertigen können. Diese Gerechtigkeitsdiskurse sind mittlerweile zu einem Gemeingut der politischen Alltagsdebatte geworden; wäre man zynisch, müsste man sagen verkommen.<sup>869</sup>

Aus den oben genannten Gründen lassen sich fünf Grundanforderungen der sozialen Gerechtigkeit für moderne pluralistische Gesellschaften definieren, die keineswegs als selbstverständlich erachtet werden dürfen, sondern vielmehr hart umkämpfte sozial-historische Vermächtnisse der vergangenen Jahrhunderte darstellen. Prima vista muten diese Forderungen zunächst vielleicht vage bzw. unpräzise an; sie sind jedoch konsensual all das, was sich unter die verschiedensten Ansichten von sozialer Gerechtigkeit subsumieren lässt. Für eine weitere Konkretisierung müssen aber diesen theoretischen Erwägungen zusätzliche empirische oder normative Annahmen beigegeben werden.<sup>870</sup>

---

<sup>868</sup> In extremis führt der Individualismus zum Laisser-faire-Kapitalismus, mit seinen althergebrachten und bekannten sozialpolitischen Defiziten, und der Kollektivismus zu einem reinen Kommunismus, bei dem es aber nichts mehr zu verteilen gibt, da sich alles bereits mehr oder weniger im Gemeinbesitz befindet. Siehe dazu auch *Koller* (1995).

<sup>869</sup> Vgl. *Schmidt* (2000), S. 231.

<sup>870</sup> Vgl. *Koller* (2001), S. 42 – 44.



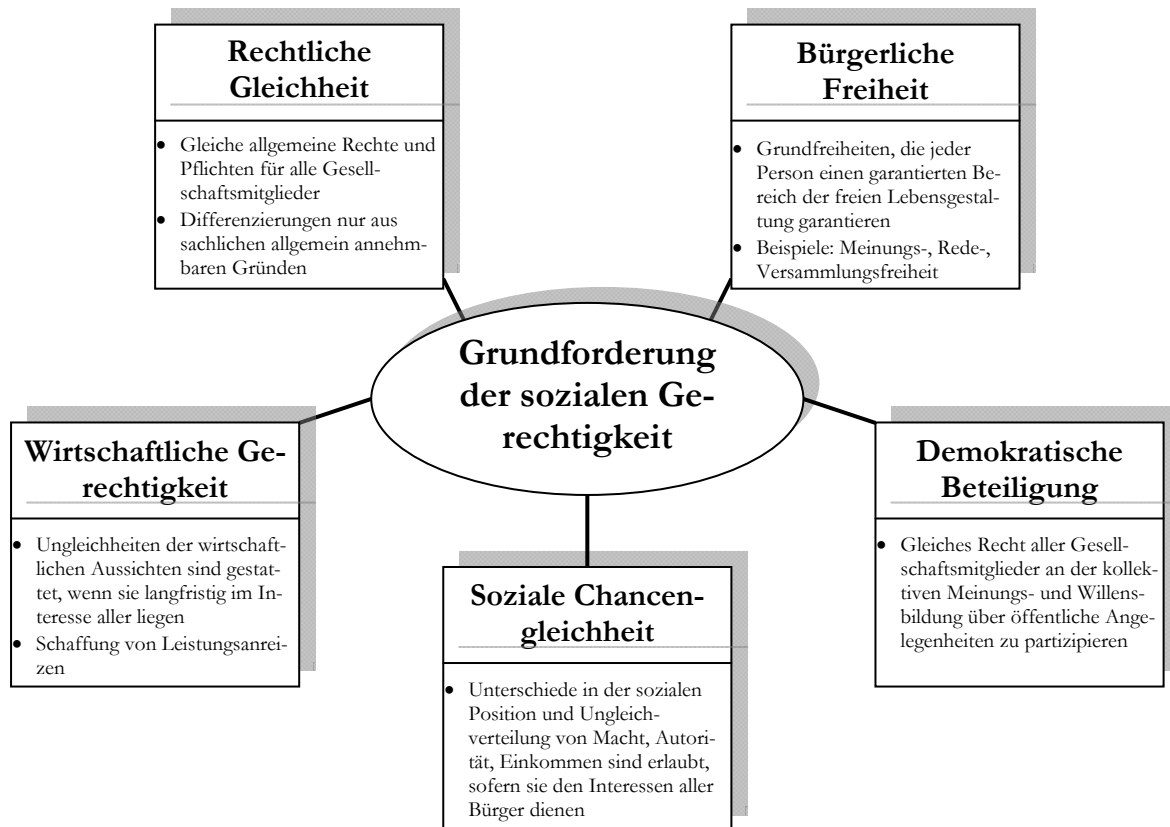


Abb. 22: Ex- und implizite Grundforderungen der sozialen Gerechtigkeit

Welche Paradigmen lassen sich jedoch über alle Diskurse hinweg wahrnehmen? Lutz Leisering hat in diesem Kontext ein interessantes 4-Paradigmen Modell für soziale Gerechtigkeit kreiert, welches im Folgenden nun kurz graphisch dargelegt werden soll:<sup>871</sup>

<sup>871</sup> Vgl. Leisering (2004), S. 31 – 40.

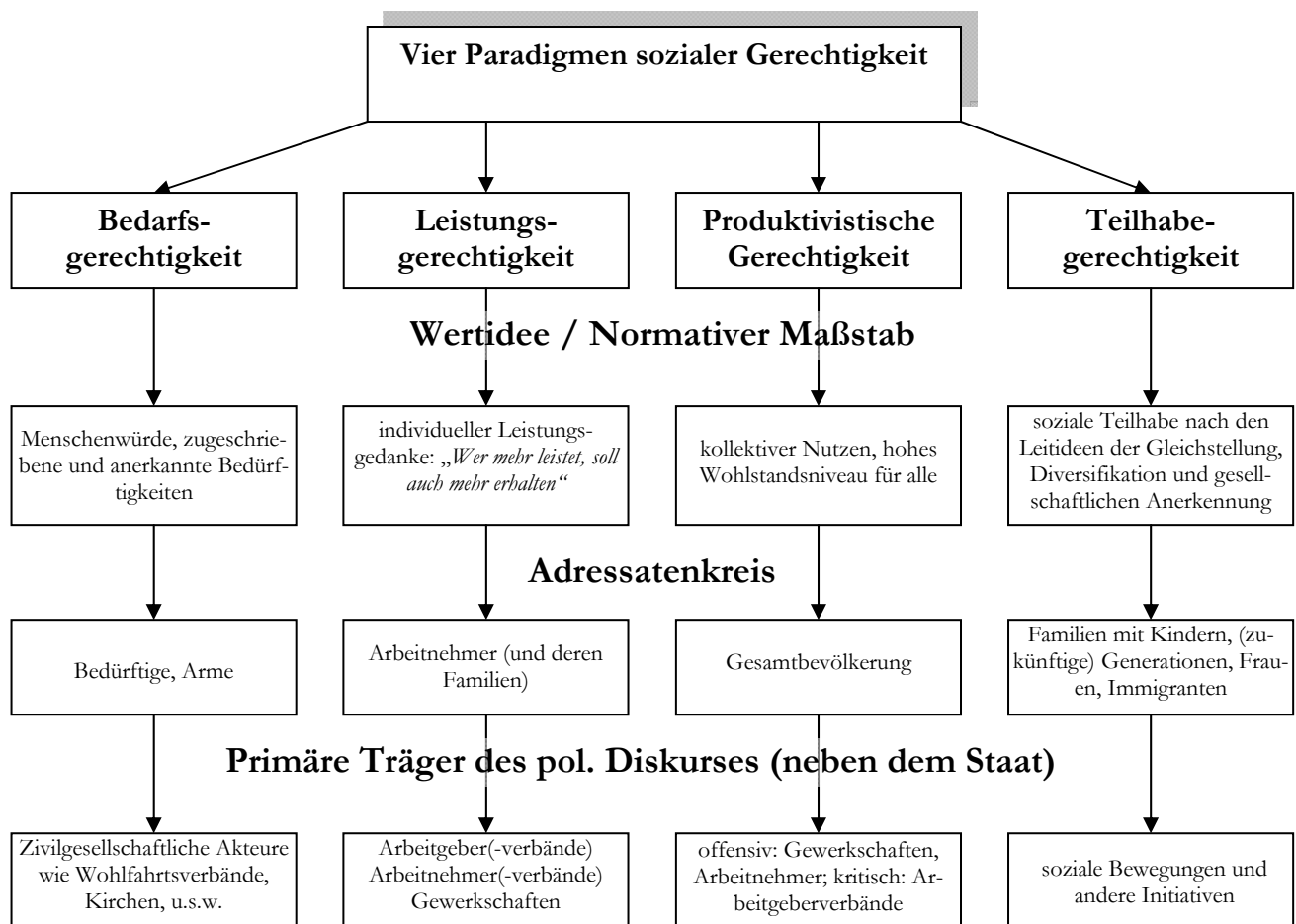


Abb. 23: Die vier Paradigmen sozialer Gerechtigkeit

Nach Richard Hauser stehen die soeben erörterten Zielprämissen bzw. Teilziele in einem evidenten Konflikt- bzw. komplementären Ergänzungsverhältnis zueinander. In letzter Zeit dominiert vor allen Dingen das Gerechtigkeitsparadigma der Teilhabegerechtigkeit den Diskurs der sozialen Gerechtigkeit. Dieses verlangt kurz wie sinngemäß zusammengefasst, dass durch grundsätzlich gleiche und effektive Zugangsbedingungen zur gesellschaftlichen wie politischen Partizipation sowie zum Rechtsschutz, Diskriminierungen aller Art beseitigt werden sollen.<sup>872</sup>

<sup>872</sup> Das Paradigma der Verteilungsgerechtigkeit eröffnet dabei, wie auch der aktuelle politische Diskurs illustriert, aus der Perspektive des Diskurses ein nicht zu vernachlässigendes Potential, das sich aus einer innovativen Neuzusammensetzung traditioneller Chancen- und Verteilungskonzeptionen ergibt. Vgl. Hauser (2007), S. 136 – 143.

#### IV.5.2. Über die normative Operationalisierbarkeit von sozialer Gerechtigkeit

Ein guter Ausgangspunkt zur Erörterung eines normativ verstandenen sozialen Konzepts von Gerechtigkeit offeriert auch die Theorie Friedrich August von Hayeks, der zunächst begründete Zweifel darüber anmeldet, ob ein allgemein gültiges Konzept von distributiver Gerechtigkeit im Rahmen großer Sozietäten wie der Gesellschaft überhaupt zur Anwendung gelangen kann.<sup>873</sup> Gleichsam eines Spiels sind auch den Marktmechanismen als System eigene spezifische Regularien innewohnend.<sup>874</sup> So lange diese Regeln von den Menschen befolgt werden, solange können sie auch als gerecht qualifiziert werden. Die distributive Gerechtigkeit als eine Subkategorie der sozialen Gerechtigkeit wird von Hayek als eine nachträgliche Korrektur erachtet. Hayek plädiert dabei für staatliche Sozialleistungen als gesellschaftsrelevante Verpflichtungen, die jedoch keinesfalls zu einem aktiven Interventionismus des Staates führen dürfen. Denn nur eine gelebte und auch allgemein anerkannte Sozialpolitik ist á la longue in der Lage zum Sicherheits- und Zufriedenheitsniveau einer Gesellschaft beizutragen und damit auch indirekt die Marktproduktivität zu steigern.<sup>875</sup>

Friedrich August von Hayek als Protagonist eines marktzentrierten Gerechtigkeitsverständnisses entwickelt sein Modell auf der prinzipiellen Sensitivität, die sich innerhalb allgemein akzeptierter Rahmenbedingungen, zunächst einmal vornehmlich ohne die Anwendung externer (v.a. staatlicher) Zwangs- und Steuerungsmaßnahmen selbständig arrangieren. Gerechte Allokationsprozesse werden demnach unter der Voraussetzung dreier Grundanordnungen erzielt: Erstens gerieren sich soziale Ordnungen als Resultate bewusster Gestaltung; zum Zweiten attestiert Hayek der menschlichen Vernunft jene Lösungskapazität, die ausreichen müsste, um gesellschaftsrelevante Thematiken einer allgemein zufriedenstellenden Lösung zuzuführen; und zu guter Letzt, versagt Hayek allen Institutionen, die nicht der Erreichung eines wünschenswerten gesellschaftlichen Ziels dienen, gänzlich ihre Existenzberechtigung.<sup>876</sup>

Dieses Konzept von Hayek bringt für den heutigen Diskurs rund um soziale Gerechtigkeit wenig bis keinen Erkenntnisgewinn. Hayek befindet sich vor allem bei dem von ihm erachteten richtigen

---

<sup>873</sup> Große Gesellschaften kennzeichnen sich zumeist nicht durch eine wahrnehmbare, sie vereinende Zielvorstellung, sondern sind nach Hayek eher eine heterogene impulsive Ansammlung von verschiedensten Menschen, die mehr aus Zufall als beabsichtigt, denselben Normen unterworfen sind. Für eine solch geformte Gesellschaft lassen sich nun mal keine allgemeingültigen äquidistanten Regelungen entwerfen, die nur halbwegs Kontingenz zur Verteilungsgerechtigkeit aufweisen, es sei den – und das wünscht sich wahrlich niemand – man würde die Verteilungsinstanz mit einer derartigen Machtfülle ausstatten, dass sie in sämtliche Lebens- und Handlungsbereiche des Menschen eingreifen könnte. Vgl. *Hayek* (1976), S. 62 – 65.

<sup>874</sup> Hayeks Marktapologie basiert somit auf seinen Skeptizismus gegenüber vernunftbasierten Gerechtigkeitstheorien. Pragmatisch rationales Verhalten kann demnach nur durch Marktverfahren induziert werden, womit der Markt als einzig unverdächtigster Agent der Gerechtigkeit auch pro futuro Bestand haben kann. Vgl. *Hayek* (1976), S. 110.

<sup>875</sup> Nach Hayeks liberatistischen Wirtschaftsverständnis ist die Politik dazu angehalten die basalen Voraussetzungen der individuellen und rechtlichen Gleichheit zu gewährleisten, nicht dagegen Einkommensgleichheit auf protektionistische Art zu fördern. Recht, das von der Politik durchaus als Idealbild gleichsam einer asymptotischen Annäherungen an Gerechtigkeit geformt werden sollte, darf von dieser keinesfalls auf sozialpopulistische Weise missbraucht werden. Vgl. *Hayek* (1971), S. 100 – 105 sowie 298 – 301.

<sup>876</sup> Für eine genauere Analyse sei Roland Kley (1994) anempfohlen.

Zeitpunkt zur Anwendung von Maßnahmen der distributiven Gerechtigkeit in einem veritablen Irrtum. Denn ein marktwirtschaftlich ausgerichtetes System hat bereits zuvor mehrere Optionen, um die so notwendige Allokation wirtschaftlicher Güter vorherzubestimmen. Diese Prädestination hängt dabei entscheidend von zwei relevanten Faktoren ab: Zum einen von der anfänglichen Ausstattung der am Markt beteiligten Individuen und zum anderen vom eigentlichen Regelwerk des Tauschvorganges. Da beides bis zu einem gewissen Grade von der Rechtsordnung steuer- wie auch planbar ist, können auch deren Verteilungsergebnisse nach der Logik von distributiver Gerechtigkeit mitgestaltet werden.

Die Forderung nach sozialer Verteilungsgerechtigkeit setzt aber zunächst einen gewissen Grad an Vergemeinschaftung voraus, in deren Rahmen es gilt, soziale Güter zu verteilen und gesellschaftliche Lasten zu tragen. In und mit dieser lassen sich für eine normative Betrachtungsweise gewisse Grundprämissen ableiten, denen aus historischer Sicht eine gewisse Kontingenz beschieden werden kann. Zum einen setzt ein normatives Verständnis von sozialer Gerechtigkeit zunächst einmal gleichberechtigte und freie Bürger voraus, die einen grundsätzlich gleichen Anspruch auf Leben, Freiheit und natürliche Ressourcen haben. Gesellschaften sind in ihrem Innenleben im höchsten Maße funktional ausdifferenziert, weisen aber trotz ihrer Ausdifferenziertheit zahllose Interdependenzen auf, wobei dem Staat die Rolle einer zentralen Steuerungsinstanz zukommt. Die gegenwärtigen Gesellschaftsstrukturen sind – kontrastierend zu den Abstrahierungs- und Simplifizierungstendenzen Hayeks – viel mehr als ein Netzwerk von sozialen Beziehungen und Beziehungsebenen zu deuten.

Peter Koller segmentiert dabei die Gesellschaft nach drei möglichen Arten von Gemeinschaft, die es im heutigen sozialen Kontext bei der Ausgestaltung sozial gerechter Normen zu differenzieren gilt:<sup>877</sup>

- Besitzgemeinschaften: Jedes Mitglied der Gesellschaft hat einen gleichberechtigten Anspruch auf die natürlichen Ressourcen und die zivilisatorischen Errungenschaften der Menschheit (so z.B. im Bereich Kunst, Technik und Wissenschaft). Dadurch soll aber nicht die prinzipielle Möglichkeit einer Aneignung und Aufrechterhaltung privaten Eigentums hieran verunmöglicht werden. Der Gebrauch oder dessen Nutzung sollte dennoch von allgemeiner Vorteilhaftigkeit geprägt sein. Im heutigen Diskurs werden Besitzgemeinschaften vor allem in Verknüpfung mit der Ausbeutung natürlicher Ressourcen bzw. mit dem Erhalt kultureller Errungenschaften diskutiert. Nutzungs-, Zugangs- und Verfügungsrechte sind dabei derart zu gestalten, dass sie sich gegenüber anderen Personen rechtfertigen lassen.

---

<sup>877</sup> All diese Gemeinschaftsaspekte sind in ihrer gesamten Anwendungsbreite unter das Paradigma der Verteilungsgerechtigkeit zu subsumieren, da sie Anleitungen bzw. Möglichkeiten der Verteilung und Allokation grundlegender Güter und Lasten des sozialen Miteinanders normieren, die grosso modo durch die gesellschaftliche Ordnung gesteuert werden. Vgl. Koller (2001), S. 38 – 40 sowie ebenfalls auch Koller (2004), S. 89 – 91.

- Kooperationsgemeinschaften: Mit dem Zeitalter der Moderne und mit der damit einhergehenden Implementierung industrieller Produktionsweisen musste nolens volens die soziale Arbeitsteilung, die zuvor in überschaubaren und meist gut behüteten kleinen Entitäten stattgefunden hat, neu definiert werden. Kooperationen, die aus gewissen und bestimmten Interessen zusammenwirken, werden gebildet bzw. eingegangen, um gewisse Güter produzieren bzw. gewisse Zielvorstellungen erreichen zu können. Solche Kooperationsformen lassen sich dabei sowohl im ganz kleinen Rahmen, wie auch auf der Ebene der Gesellschaft vorfinden, die auf einer hochgradig ausdifferenzierten Arbeitsteilung beruht und die die interdependenten Aktivitäten der einzelnen Gesellschaftsmitglieder zu einem alle Bereiche umfassenden System vereinigt. Der Gebrauch der bürgerlichen Freiheitsrechte muss dabei so gestaltet werden, dass diese, soweit dies zu gewährleisten ist, möglichst zum Vorteil aller gereicht.
- Solidaritätsgemeinschaften: Ebenfalls zeitlich in der Moderne verortet ist die Dekonstruktion der zuvor starken, die Gesellschaft konstituierenden, traditionellen Entitäten wie Großfamilien, Zünfte oder gesamte Dorfgemeinschaften. Solidaritätsgemeinschaften beruhen darauf, dass das menschliche Beziehungsgefüge untereinander eine ganze Reihe von Verantwortlichkeiten und Verpflichtetheiten evoziert. Die fortschrittlichen Gesellschaften, so wie sie sich heute präsentieren, haben sich allesamt mehr oder weniger zur Einhaltung, Gewährleistung und Förderung der Solidarität verpflichtet, da die für die ursprünglich zur Solidarität verpflichteten Gesellschaftseinheiten nicht mehr weiter imstande waren, dafür vollinhaltlich Sorge zu tragen. Solidarität wird in den heutigen Gesellschaften auch jenen Menschen zu Teil, die für die Erzielung ihres sicheren Aus- und Einkommens auf gesellschaftliche Zuwendungen unbedingt angewiesen sind und selbst nichts für die wirtschaftliche Kooperation beitragen können.<sup>878</sup>

Mag schon die Beantwortung der ersten sozialen Frage einigermaßen massiv umstritten gewesen sein, so gilt dies für die zweite Frage nach den Gründen, die soziale Ungleichheiten legitimieren können, keineswegs in geringerem Ausmaße. In diese Debatten mischen sich unter anderem Leistungs-, Freiheits- und Bedürfnisargumente. Das Leistungsargument, das Anleihen an der Rawls'schen Gerechtigkeitstheorie nimmt, legitimiert soziale Ungleichheiten vor allem dann, wenn sich diese an die relativen Leistungsbeiträge der Individuen orientieren und sich insgesamt so darstellen, dass sie für ein Gros der Gesellschaftsmitglieder vorteilhaft sind. Dieses Argument wird auch oft deshalb dargebracht, um die Effizienz von sozialen Kooperationsformen zu steigern und entspre-

---

<sup>878</sup> Bei genauerer Betrachtung hat soziale Gerechtigkeit – unabhängig vom Desideratum möglichst ein hohes Maß an sozialer Gerechtigkeit ins positive Recht zu transformieren – ihren Ursprung in der sozialetischen Idee der Solidarität. Nur die Kodifizierung solidarischer Gedanken im Rahmen der Rechtsordnung generiert allerdings die notwendigen Rechtsverpflichtungen. Vgl. Köhler (2002), S. 27.

chende Leistungsstimuli zum Vorteil aller zu setzen.<sup>879</sup> Das Freiheitsargument demgegenüber betont, dass bestehende Ungleichheiten dann gerechtfertigt erscheinen, wenn diese aus freien Handlungen der einzelnen Personen unter der Bedingung resultieren, dass alle Individuen über ein Kompendium von gleichen Rechten verfügen können und ihre Handlungen annehmbaren Regeln wechselseitigen Verhaltens entsprechen.<sup>880</sup> Und schließlich das Bedürfnisargument, dass Ungleichheiten bei dem Distributionsvorgang von Leistungen bzw. Gütern legitim erscheinen lässt, wenn diese den Bedürfnissen der Menschen Rechnung tragen und dies im gesellschaftlichen solidarischen Miteinander allgemein anerkannt und dringlich erscheint. Der Telos dieser Argumente liegt vor allem darin, dass aus einer äquidistanten Beobachterperspektive diese Ungleichheiten á la longue auch im vitalen Interesse derjenigen liegen müssen, die mitunter schlechter abschneiden. Es liegt nämlich im vernünftigen und nach rationalen Gründen nachvollziehbaren Interesse aller, dass gegen dramatische – oft schwer vorhersehbaren Notlagen des Lebens – gesellschaftliche Vorkehrungen getroffen werden müssen. Die soziale Absicherung der Mitmenschen sowie die Etablierung eines leistungsfähigen Sozialsystems müssen auch dann gewährleistet sein, wenn man selbst diese Hilfe nicht in Anspruch zu nehmen braucht, sie aber andererseits für andere zu leisten hat.<sup>881</sup>

Unter Berücksichtigung all dieser herausgearbeiteten Gesichtspunkten gelangt Peter Koller schließlich zu einer validen und treffenden Definition von sozialer Verteilungsgerechtigkeit, die auch auf die normative Perspektive Bedacht nimmt: *„Alle Mitglieder der Gesellschaft sollen gleichen Anteil an den sozialen Gütern und Lasten haben, sofern nicht allgemein annehmbare Gründe eine ungleiche Verteilung rechtfertigen. Solche Gründe sind – innerhalb bestimmter Grenzen – die Wahrung der wohlbegründeten Rechte von Personen, die Berücksichtigung unterschiedlicher Beiträge und Leistungen sowie die Bedachtnahme auf die grundlegenden Bedürfnisse von Menschen.“*<sup>882</sup>

#### IV.5.3. Soziale Grundrechte als richtig verstandene Handlungsimplikationen des Staates

Die sozialen Grundrechte sind wohl die markantesten Demarkationsposten zu der bereits in Kapitel IV.1.3. beschriebenen Abwehrprogrammatik des liberalen Grundrechtsverständnisses. Soziale Grundrechte fokussieren dabei in scharfer Abgrenzung zur allgemeinen Grundrechtsthematik nicht exklusiv auf Freiheit und Gleichheit, sondern basieren nebenbei noch auf einer anderen wichtigen gesellschaftspolitischen Wertvorstellung: der Solidarität. Obzwar die innerhalb eines Gemeinschaftsverbandes lebenden Menschen in unterschiedlicher Intensität auf ihr gegenseitiges kooperatives In-

<sup>879</sup> Ein in dieser Beziehung gerne zitiertes Beispiel bietet die Progressivität im Rahmen der Einkommensbesteuerung. Siehe dazu IV.3.4.2..

<sup>880</sup> Dieses Argument trägt wiederum dem Umstand Rechnung, dass neben der wichtigen und unveräußerlichen individuellen Freiheit für ein effizientes Wirtschaftssystem stabile Eigentumsverhältnisse gefordert werden, die unvermeidlich zu gewissen sozialen Disparitäten führen müssen.

<sup>881</sup> Vgl. zur gesamten Thematik den lesenswerten Beitrag von Koller (1999), S. 695 – 702.

<sup>882</sup> Koller (2004), S. 91.

teragieren angewiesen sind, bedarf Solidarität auch in demokratischen Verfassungsstaaten nachhaltiger Unterstützungs- und Förderungsmaßnahmen.<sup>883</sup>

Als demonstrative Beispiele für soziale Grundrechte werden immer wieder das sogleich auch näher zu behandelnde „*Recht auf Arbeit*“, das „*Recht auf Gesundheits- und Altersvorsorge*“ sowie auch andere Sozialleistungen genannt. So wünschenswert und unterstützungswürdig zunächst all diese Forderungen erscheinen, so sehr stellt sich letztendlich dennoch die Frage, wie dieser Kanon sozialer Grundrechte in realen Lebensverhältnissen durch das Medium des Rechts transformiert und zum Durchbruch verholfen werden kann. Vor dem Lackmus-Test stehen die sozialen Grundrechte regelmäßig bei ihrer Einklagbarkeit. Ein bloß pauschales Recht auf eine Grundversorgung lässt sich entweder gar nicht oder zumindest nur unter erschwerten Voraussetzungen einklagen. So werden die Funktion und der Kernbestand der Grundrechte heutzutage auch in einer Einrichtungs- und Bestandsgarantie gesehen, die vor wesentlichen Verschlechterungen sozialpolitischer Standards bewahren soll.<sup>884</sup>

Die Ein- bzw. Nichteinklagbarkeit sozialer Grundrechte wirft eine Reihe weiterer Fragestellungen auf, die es im Rahmen von demokratischen Verfassungsstaaten zu lösen gilt. So existiert in einem föderalen Staatsgebilde zumeist mehr als nur ein Grundrechtsverpflichteter, was naturgemäß eine effiziente Rechtsdurchsetzung der sozialen Grundrechte nochmalig erschwert. Nebst des Umstandes der problematischen Justiziabilität tritt vor allem noch die Problematik der mangelnden Finanzierbarkeit. Soziale Grundrechte gehören wie sämtliche andere staatliche Garantien solide finanziert, weshalb auch die sozialen Grundrechte bei ihrer Realisierung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu folgen haben.<sup>885</sup>

Da die Umsetzung sozialer Grundrechte regelmäßig dem Gesetzgeber aufoktroiiert ist, erfordert dessen Fehlverhalten bzw. dessen Untätigkeit ein erhöhtes Maß an Aufmerksamkeit. Sollten bereits gesetzliche Regelungen geschaffen worden sein, die grundrechtliche Garantien in einer verfassungswidrigen Weise beschränken, so kann diese Einschränkung vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben werden. Problematisch erweist sich hingegen die vollständige Untätigkeit des Gesetzgebers, die vom Verfassungsgerichtshof regelmäßig nicht aufgegriffen werden kann.<sup>886</sup>

Eine spezielle Subkategorie der sozialen Grundrechte stellt dabei das sog. „*Recht auf Arbeit*“ dar, das sich bei enger Interpretation aus diversen Gründen nur schwerlich umsetzen lassen wird. Tritt man jedoch einen Schritt zurück, so eröffnet sich eine vollkommen andere Perspektive. Das „*Recht auf Arbeit*“ darf nicht darauf reduziert werden, bloß seine Arbeitskraft am Arbeitsmarkt in irgendeiner

---

<sup>883</sup> Auch die sozialen Grundrechte standen unter dem Eindruck eines ideologischen Hiatus der Bipolarität. So spielten soziale Grundrechte in der kommunistischen Menschenrechtspraxis immer schon eine herausragende Rolle, die oftmals in compensando zu liberalen politischen Partizipationsrechten gesetzt wurden. Kurzum, soziale Sicherung wurde mit politischen Mitwirkungsrechten abgetauscht. Vgl. *Berka* (1999), S. 29.

<sup>884</sup> Umfassend und äußerst lesenswert *Holoubek* (2004). Während die Einrichtungsgarantien heutzutage nicht mehr angezweifelt werden, bestehen in der Klassifizierung der sozialen Grundrechte innerhalb des Kanons der Grundrechtsdogmatik heftige Kontroversen. Vgl. *Thienel* (2005).

<sup>885</sup> Vgl. *Wiederin* (2005).

<sup>886</sup> Denkmöglich sind dagegen etwaige Schadenersatzforderungen an den säumigen Gesetzgeber. Vgl. *Thienel* (2005).

Form feil bieten zu wollen. Nein, es erfordert vielmehr staatliche Unterstützungsleistungen, damit jeder Einzelne ganz nach seinen entwickelten oder noch pro futuro zu entwickelnden individuellen Möglichkeiten und Fertigkeiten in den gesellschaftlichen Erwerbsprozess integriert werden kann. So hat der Staat als direkte und unmittelbare Handlungsimplication dafür Sorge zu tragen, Existenzgrundlagen für produktive Unternehmungen zu erzeugen, die wiederum diese Arbeitsplätze auch zur Verfügung stellen können. Empfangen solche Unternehmen staatliche Subventionsleistungen, so haben sie auch indirekt die Pflicht, auf die Integration möglichst vieler Erwerbstätiger in den Arbeitsprozess hinzuwirken. Daneben impliziert das „*Recht auf Arbeit*“ auch eine umfangreiche Bestandsgarantie eines ausdifferenzierten Systems der Arbeitsplatzvermittlung.<sup>887</sup>

Insgesamt lässt sich jedoch behaupten, dass sich durch die neue Akzentuierung der sozialen Grundrechte ein weiterer politischer Akteur innerhalb des politischen Systems zu etablieren vermochte: die Zivilgesellschaft. Engagierte Bürger sind bereit, sie betreffende Angelegenheiten aktiv mit zu gestalten, die zuvor nur durch den Staat und dessen Akteure exklusiv geregelt worden sind. Auch deshalb kam es zu einem umfassenden Bedeutungsgewinn der sozialen Grundrechte innerhalb des politischen Systems.<sup>888</sup>

#### IV.5.4. Gerechtigkeit im Arbeits- und Sozialrecht?

Kommen wir nun vom „*Recht auf Arbeit*“ zu einer verwandten Thematik: der Schaffung gerechter Verhältnisse am Arbeitsplatz durch das Arbeits- und Sozialrecht. Das Arbeits- und Sozialrecht fungiert innerhalb demokratischer Verfassungsordnungen als ein potentielles Instrumentarium um den sehnächtigen Traum der oben bereits theoretisch angedachten sozialen Gerechtigkeit effektiv und wirksam zu befördern.

Die Privatautonomie, die a priori das Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer prägt, muss aufgrund des nicht negierbaren Machtgefälles kompensatorisch abgedeckt werden. Der wirtschaftlich potentere Arbeitgeber könnte ja – wie im Frühstadium des industriellen Kapitalismus – dazu tendieren, seine Interessen auf Kosten des ökonomisch Schwächeren, des Arbeitnehmers, durchzusetzen.<sup>889</sup>

---

<sup>887</sup> Vgl. Köhler (2002), S. 40.

<sup>888</sup> Vgl. Öhlinger (2009), S. 308.

<sup>889</sup> Bei eklatanten Zuwiderhandlungen gegen die von der Privatautonomie gewährten Freiräume stellt im allgemeinen Zivilrecht die Sittenwidrigkeitsklausel des § 879 ABGB immanente inhaltliche Schranken auf. Vgl. Kozjol/Welser (2006), S. 179 – 181.



Arbeitsrechtliche Schutzmechanismen versuchen dieses Machtungleichgewicht möglichst zu nivellieren. Sie sind gerade für den Arbeitnehmer deshalb so unerlässlich, da dieser durch den Verlust des Arbeitsplatzes in seiner Existenz gefährdet werden könnte. Des Weiteren ist die Lohnarbeit für die Arbeitnehmer auch etwas Hochpersönliches, da diese sich zumeist mit ihrer Beschäftigung identifizieren.<sup>890</sup> All dem gilt es im Normenkomplex des Arbeitsrechts Rechnung zu tragen.

Ein Problem, das sich zwangsläufig innerhalb des Rechtsinstituts des Arbeitsrechts ergibt, liegt in der großen Heterogenität der durch das Arbeitsrecht zu schützenden Personen- und Berufsgruppen. Primärärzte erscheinen bei Weitem weniger schutzbedürftig vor der Allmacht ihres Arbeitsgebers als zum Beispiel Mitarbeiterinnen großer Handelsketten. Allein die Tatsache der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers indiziert noch nicht die Kriterien zur Eruierung für dessen Schutzbedürftigkeit.<sup>891</sup>

Trotz all dieser sicherlich zu Recht angestellten Bedenken dürfen die gesellschaftspolitischen Errungenschaften des Arbeitsrechts keinesfalls übersehen werden. Denn erst die Regelungen des kollektiven Arbeitsrechts ermöglichen der Arbeitnehmerschaft auf Betriebsebene sich zu organisieren und diese mit rechtlich durchsetzbaren, sprich einklagbaren, Mitwirkungsrechten auszustatten. Ab einer gewissen Größe dürfen von der Belegschaft etwa Betriebsräte gewählt werden, welche gebündelt die wichtigsten Anliegen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber vertreten können. Die Koalitionsfreiheit auf Betriebsebene war letztlich ein historisch äußerst hart umkämpfter emanzipatorischer Akt, um den einzelnen Arbeitnehmer aus seiner ihm zugedachten Rolle als persönliches, anonymes Betriebsmittel zu befreien und das Kollektivum der Arbeitnehmerschaft auf eine äquivalente Augenhöhe mit deren Arbeitgeber zu hieven. Generell lässt sich konstatieren, dass die Partizipationsmöglichkeiten der Arbeitnehmer ganz wesentlich zur Gerechtigkeitsbeförderung im Arbeitsrecht beizutragen vermochten.<sup>892</sup>

Auch ein durch Kündigungsfristen bzw. Instrumentarien eines effizienten Kündigungsschutzes vermittelter Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses kann als Ausdruck gelebter Gerechtigkeit im Rahmen des Arbeitsrechts gedeutet werden. So scheint es allgemein auf hohe Akzeptanz zu stoßen, dass Kündigungsfristen eine allzu abrupte Beendigung des Arbeitsverhältnisses verhindern sollen, da ja – wie bereits weiter oben schon erwähnt – das Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer oftmals die existentielle Grundlage darstellt. Der Bestandsschutz soll eine retrospektive richterliche Überprüfung über die näheren Umstände der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Wiewohl eine demokratische Marktwirtschaft nicht für jedes Arbeitsverhältnis eine Garantie abgeben kann, so ist der

---

<sup>890</sup> Diese Identifizierung mit dem eigenen Beruf nimmt jedoch in Zeiten weniger intensiver Bindungen zum Arbeitsplatz sukzessive ab.

<sup>891</sup> Vgl. *Grillberger* (1996), S. 258 – 261.

<sup>892</sup> Vgl. auch allgemein etwa *Holzer* (1983).

Bestandsschutz sicherlich zu einer der wichtigsten Elemente des kollektiven Arbeitsrechts geworden.<sup>893,894</sup>

Auch das Sozialrecht, das Schwesterrechtsinstitut des Arbeitsrechts, das ja bekanntlich dem öffentlichen Recht zugeordnet wird, ist vor dem Hintergrund konzipiert worden, sozial Schwächere zu begünstigen, sozialen und wirtschaftlichen Disparitäten so gut wie nur irgendwie möglich entgegenzuwirken sowie Bedürftige vor den größten sozialen Risiken tunlichst zu bewahren. Mit keinem anderen Rechtsgebiet wird die Logik der distributiven Gerechtigkeit so oft in Verbindung gebracht wie mit dem Sozialrecht. Nur kann dieses Paradigma seine inneren Mechanismen tatsächlich in sozialrechtlichen Normen auch entfalten? Besteht es im Rahmen des Sozialrechts seine empirische Feuerprobe? Alleine die simple Tatsache, soziale Güter und Lasten nach möglichst gerechten Parameter verteilen zu wollen, weist den Weg in die richtige Richtung, bietet allerdings noch keine zufriedenstellenden Antworten auf gesamtgesellschaftliche Problemlagen.

Sozialrecht basiert heutzutage auf dem Konzept der Sozialversicherung, deshalb ist es nur recht und billig bei den Überlegungen über ein gerechtes Sozialrecht von einer versicherungstechnischen Grundannahme auszugehen. Zu Beginn einer solchen Frage nach Gerechtigkeit steht in diesem Zusammenhang die Frage nach der Inklusivität eines solchen Modells. Sollen nur diejenigen von den Errungenschaften eines solchen Modells profitieren, die auch Beiträge für dieses System entrichten?<sup>895</sup>

Hierzulande herrscht ein lang bewährtes System der Pflichtversicherung vor, dessen Anknüpfungstatbestand die Erwerbstätigkeit darstellt. Man würde von einem solchen System in unverdächtigster Weise erwarten, dass es danach trachtet, die Beitragslasten möglichst gerecht zu verteilen und dafür auch gleichartige Leistungen zu offerieren. Während in Österreich eine solche Gleichartigkeit zumindest der Sachleistungen vom Sozialversicherungssystem angeboten wird, so lässt sich eine solche Gleichheit auf der Finanzierungsseite nur schwer registrieren.<sup>896</sup>

Aber lässt sich ein solches Sozialversicherungssystem in gerechter Weise überhaupt finanzieren? Eine lineare Steigerung der Beiträge zum Sozialsystem, die mit der Höhe des Einkommens kor-

---

<sup>893</sup> Der Bestandsschutz wird für Kleinstbetriebe (unter 5 Arbeitnehmer) aus Gründen der Zumutbarkeit erheblich gelockert. Ob eine solche Regelung als gerecht angesehen werden kann, lässt sich dennoch kontroversiell debattieren. Fest steht, dass die Personalkosten bei Kleinstbetrieben einen erheblichen Teil des Umsatzes ausmachen, und gerade diese finanziellen Belastungen von einzelnen Betrieben nicht leicht verkraftet werden können. Vgl. *Schranke* (1982), S. 366 – 367 sowie *Mair* (2008), S. 97 – 99.

<sup>894</sup> Im Zuge des Bestandsschutzes kommt dem Betriebsrat hierzulande eine wichtige Funktion zu. Stimmt der Betriebsrat nämlich der Kündigungsabsicht des Arbeitgebers zu, so kann der Arbeitnehmer die Kündigung nur mehr unter erschwerten Bedingungen anfechten. Vgl. hierzu auch § 105 ArbVG (BGBl. Nr. 22/1974 i.d.g.F.).

<sup>895</sup> Neben diesen grundlegenden Fragen können noch weitere spezifische, lediglich einzelne Systeme betreffende Besonderheiten hinzukommen. In Österreich gibt es etwa kein einheitlich homogenes System einer uniformen Sozialversicherung. Vielmehr existieren Trennlinien entlang einzelner Berufsgruppen. Diese historisch gewachsenen Spezifika hatten ihre ursprüngliche Legitimation in der Rücksichtnahme auf berufsspezifische Eigenheiten, geraten aber in Zeiten allorts knapper Budgetbedingungen zunehmend unter Reformdruck.

<sup>896</sup> Beispielsweise sind hierzulande Selbstständige mit geringsten Einkommen aufgrund der Berechnungsgrundlage ihrer Sozialversicherungsbeiträge von prekären Lebensumständen bedroht. So berichtete etwa die österreichische Tageszeitung „Der Standard“ im August 2011, dass gerade Geringverdiener prozentuell hohe Beiträge an die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft zu bezahlen hätten: „Eine Friseurin, die mit einem Einkommen von 400 Euro knapp über der Geringfügigkeitsgrenze dahinschrammt, zahlt 47 Prozent ihres Einkommens an die SVA; ein Firmenboss, der 10.000 Euro monatlich verdient, zahlt 12,4 Prozent.“ „Der Standard“ vom 29.8.2011.

reliert, würde vielleicht *prima vista* als gerecht empfunden werden, würde allerdings die Logik der Versicherungsarithmetik konterkarieren. Denn wenn sich ein System im Vorfeld darauf verständigt, möglichst gleiche Leistungen anzubieten, so hat dieser äquivalente Gedanken grundsätzlich auch für die Höhe der einzuzahlenden Beiträge zu gelten. Eine – wenn auch noch nur schwache – Korrelation der Beiträge mit den Leistungen wäre eigentlich die kalkulatorische Grundannahme.<sup>897</sup> Um den Umverteilungsgedanken im Sozialversicherungssystem nicht überzustrapazieren, werden jedoch Höchstbemessungsgrundlagen eingezogen<sup>898</sup>, um die Beitragsleistungen der Besserverdiener zu deckeln.<sup>899</sup>

Insgesamt baut das Modell der Sozialversicherung somit nicht auf der Logik des Äquivalenzprinzips, sondern auf einem System des sozialen Ausgleichs auf. Sachleistungen werden in einem solchen System für alle Versicherungsnehmer uniformiert und sowohl durch einkommensabhängige Beiträge wie auch durch staatliche Zuwendungen kofinanziert, ohne jedoch die Risikosituation – wie im Privatversicherungssystem üblich – des einzelnen Versicherungsnehmers für die Versicherungsgemeinschaft ins Kalkül zu ziehen. Aber nicht nur bei den Sachleistungen, sondern auch bei den Geldzuwendungen, wird im Rahmen der Sozialversicherungsverhältnisse vom starren Dogma des Äquivalenzprinzips abgerückt. So erscheint es nachvollziehbar und auch ein Gebot der Gerechtigkeit, für beitragsfreie Zeiten Ersatzzeiten vorzusehen<sup>900</sup>, bei denen der Versicherte ohne sein Verschulden daran gehindert war einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und somit auch Beiträge im Sozialversicherungssystem zu entrichten. Auch die sozialpolitische Abfederung bei dauernder Invalidität erscheint gerechtfertigt, da ein solcher Invaliditätsanfall nicht in der freiwilligen Dispositionssphäre des einzelnen Versicherungsnehmers gelegen ist. All diese Abrückungen vom Äquivalenzprinzip und somit auch von den versicherungsmathematischen Grunddeterminanten gibt es nicht zum Nulltarif. Sie verpflichten fast zwangsläufig den Staat zum Handeln, um die so entstehenden Defizite nicht zu groß werden zu lassen. Für die auf der Einnahmenseite zu treffenden Konsequenzen stehen *de facto* zwei alternative Lösungsoptionen offen: Zum einen können entweder staatliche Zuschüsse oder zum anderen die Beiträge zum Sozialversicherungssystem gesteigert werden. Dass sich die meisten Staaten für die Variante des staatlichen Zuschusses entscheiden, darf keinesfalls zur großer Verwunderung Anlass geben, haben Sozialversicherungssystem eine zweite subsidiäre Funktion inne: die Erhaltung sozialen Friedens sowie die Entschärfung gesellschaftlicher Konfliktszenarien.<sup>901</sup>

---

<sup>897</sup> Aus guten Gründen wird aber im Rahmen der Sozialversicherung eine solche Korrelation im Gegensatz zu dem System der privaten Vertragsversicherung verworfen.

<sup>898</sup> Die Höhe dieser Höchstbemessungsgrundlage sowie deren ökonomische Determinanten sind Gegenstand einer eigenständigen Analyse. Vgl. zu dieser Thematik etwa *Krejci* (1977), S. 135 – 161.

<sup>899</sup> Laut Theodor Tomandl soll so auch auf die Leistungsbereitschaft jener Person Bedacht genommen werden, auf deren Kosten innerhalb der Sozialversicherungssysteme Umverteilungspolitik betrieben wird. Vgl. *Tomandl* (1996), S. 292 – 293.

<sup>900</sup> Etwa bei der Kindererziehung oder im Falle der Arbeitsunfähigkeit.

<sup>901</sup> Vgl. *Tomandl* (1996), S. 293 – 295.

#### IV.5.5. Die Fiktion der Einkommensgerechtigkeit

Eine der in letzter Zeit am häufigsten im Alltagsdiskurs behandelten Themen ist die Frage der Einkommensgerechtigkeit und daher in concreto, ob die innerhalb der gesellschaftlichen Einkommensstruktur existenten Schieflagen, durch ihnen gegenüberstehenden adäquaten Leistungen legitimiert werden können.<sup>902</sup> Einkommensgerechtigkeit geriert sich sohin als eine spezifische Ausgestaltung von distributiver Gerechtigkeit, die ihrerseits wiederum im größeren Kontext der sozialen Gerechtigkeit eingebettet ist.<sup>903</sup>

Was sind aber nun im Genauen die richtigen Determinanten bei der Beurteilung, ob ein Einkommen mit dem Etikett der Gerechtigkeit versehen wird oder nicht? Einer der wichtigsten Parameter zur Eruierung von Einkommensgerechtigkeit ist dabei, wenig verwunderlich, das Kriterium der Gleichheit. Beziehen Personen, die in etwa vergleichbare Leistungen erbringen, in etwa das Gleiche oder sind Unterschiede im Einkommen auf Spezifika zurückzuführen und daher anderwärtig rechtfertigbar? Sozialempirische Studien konnten aus Befragungen Indikatoren herausdestillieren, die für die Einschätzung von gerechten Einkommen von Bedeutsamkeit sind. Es sind dies nicht überraschend u.a. der jeweils konkret ausgeübte Beruf, die darin verwirklichte individuell-persönliche Leistungsbereitschaft sowie die erworbene Berufserfahrung.<sup>904</sup>

Die ungleiche heterogene Verteilung von Einkommen ist Fakt und wird beinahe von jeder durchgeführten Studie neuerlich affirmiert.<sup>905</sup> Allesamt gelangen sie schlussendlich zum nicht verwunderlichen Ergebnis, dass Ungerechtigkeiten vor allem an den oberen und unteren Einkommensrändern registriert werden können. Naheliegend werden die oft exorbitanten Managergehälter als ungerechtfertigt zu hoch und die Einkommenshöhe im Niedriglohnsektor als zu gering angesehen. Dagegen werden existente Einkommensungleichheiten zwischen den einzelnen Berufsgruppen als

---

<sup>902</sup> Dieser Diskurs ist zumeist mit Ressentiments behaftet. Die vorhandene Einkommensschere ist groß, nicht rechtfertigbar und vergrößert sich darüber hinaus auch noch permanent. Wie aber Studien zeigen, fundieren diese Vermutungen auf einer harten empirischen Faktenlage. Vgl. *Berger* (2008), S. 114.

<sup>903</sup> Fragen der Einkommensgerechtigkeit tangieren deshalb nur peripher die betriebswirtschaftliche Ebene, obzwar die Einkommensunterschiede auf dieser realisiert werden. Bei einer Metabetrachtung zeigt sich, dass Fragen nach der gerechten intragesellschaftlichen Distribution von Einkommen vielmehr ökonomischer und ethischer Natur sind. Es ist daher in keinsten Weise verwunderlich, dass auch John Rawls im Rahmen der „*Theorie der Gerechtigkeit*“ diese Fragestellung politiktheoretisch analysierte. Er gelangt diesbezüglich zum Ergebnis, dass eine generelle Steigerung des Gesamtlohnlevels nolens volens auch eine Steigerung der Höhe des Existenzminimums in gleichem oder überproportionalem Ausmaß nach sich ziehen müsse, damit von Einkommensgerechtigkeit gesprochen werden könne. Vgl. *Rawls* (1998), S. 102 – 103.

<sup>904</sup> Kriterien wie das Alter bzw. die Betriebszugehörigkeit alleine waren bei der individuellen Einschätzung, ob ein Einkommen als gerecht bzw. nicht gerecht klassifiziert werden kann, dagegen nur von untergeordnet peripherer Bedeutung. Vgl. *Hinz/Liebig* (2010), S. 13.

<sup>905</sup> Statistisch gemessen werden diese Einkommensdisparitäten anhand des sog. „*Gini-Koeffizienten*“. Dieser bemisst, inwieweit die Verteilung der einzelnen Einkommen von einer errechneten Gleichverteilung abweicht, wobei 0 auf ein absolut äquivalentes Einkommensniveau hinweist und der Wert 1 auf eine fiktiv größtmögliche Ungleichheit hindeutet. Österreich liegt mit einem errechneten Wert von 0,27 im Spitzenfeld unter den einkommensgleichsten Ländern, obwohl das oberste Fünftel rund die Hälfte des gesamtgesellschaftlichen Bruttoeinkommens bezieht. Vgl. dazu den *Sozialbericht der Österreichischen Nationalbank* aus dem Jahr 2009.

einigermaßen gerecht erachtet.<sup>906</sup> Interessant und erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch die subjektive Beurteilung des persönlichen Einkommens. Stellt man die Frage danach, ob jemand sein eigenes subjektives Einkommen für gerecht hält, so bekommt man interessante, wenn auch nicht allzu überraschende, Antworten zu hören. Nur etwa ein Drittel der Erwerbstätigen bezeichnet das eigene Einkommen als einigermaßen gerecht, währenddessen die statistische Restmenge dieses als ungerechtfertigt zu niedrig empfindet.<sup>907</sup>

Die Ergebnisse, die sich aus den sozioempirischen Studien herausfiltern lassen, werden auch durch und innerhalb der politischen Diskurse reflektiert. So gerieren sich die Begrenzung der Managergehälter sowie die Einführung und die Höhe einer Grundsicherung als eine der wichtigsten sozialpolitischen Fragestellungen dieser Tage. Die sich zu stellende, daran anknüpfende Fragestellung muss demnach lauten, welche (auch legislativen) Maßnahmen ergriffen werden können, um den bestehenden Ungleichgewichtungen bzw. empfundenen Ungerechtigkeiten kompensatorisch entgegenwirken zu können. Das von den Märkten erzielte Equilibrium zwischen den von der Arbeitgeberseite angebotenen Einkommen und der von der Arbeitnehmerseite mit korporatistischer Unterstützung akzeptierten Einkommenshöhe korrespondiert nicht mit den allgemein Erwartungshaltungen von Gleichheit, ist aber dennoch eine egalitäre Position, die sich durchzusetzen vermochte. Deshalb darf eine von den Märkten erzeugte Gleichheit nicht ex ante als ungerecht diffamiert werden. Eine solcherart konzipierte Gleichheit stellt vielmehr eine mögliche Variante im weiten Spektrum von Gleichheit dar.<sup>908</sup>

Dennoch erweisen sich die potentiellen Agitations- und Handlungsspielräume der Politik – möchte sie nicht allzu interventionistisch in die equilibristischen Marktmechanismen eingreifen – als doch eher marginal. Neuerdings setzt der Gesetzgeber nicht so sehr auf eine Politik des aktiven Eingriffs, sondern akzentuiert und fördert vielmehr die Einkommenstransparenz. Sollten Gehälter eine gewisse Einkommenshöhe überschreiten, so soll damit dem Arbeitgeber gegenüber der Öffentlichkeit ein gewisser Rechtfertigungszwang aufoktroiert werden. In Österreich setzt man diesbezüglich auf eine duale Strategie: Zum einen sollen jene Unternehmen, die der Gebarung des Rechnungshofes unterliegen gem. Art. 121 Abs. 4 B-VG jedes zweite Jahr in akkumulierter und anonymisierter Form die Gehälter ihrer Vorstandsmitglieder, ihrer Aufsichtsräte sowie aller anderen Beschäftigten erheben und dem Nationalrat hierüber Bericht erstatten.<sup>909</sup>

---

<sup>906</sup> Vgl. aktuell etwa *Hinz/Liebig* (2010) oder die lesenswerte Studie von Irene Becker und Richard Hauser (2003), die die Einkommensverteilung über einen Zeitraum von drei Dekaden (1969 – 1998) analysierten.

<sup>907</sup> Vgl. *Hinz/Liebig* (2010), S. 7 – 9. Wenig überraschend verschiebt sich diese Relation bei der Zunahme des Bruttoeinkommens. Ab einem Bruttoeinkommen von etwa € 3.000 erachtet etwa nur mehr die Hälfte der Befragten ihr Einkommen als ungerecht zu niedrig.

<sup>908</sup> Vgl. *Berger* (2008), S. 113 – 114.

<sup>909</sup> Der letzte dieser Einkommensberichte wurde im Dezember 2011 publiziert und ist unter [http://www.rechnungshof.gv.at/fileadmin/downloads/2011/berichte/einkommensberichte/Einkommensbericht\\_2011\\_1.pdf](http://www.rechnungshof.gv.at/fileadmin/downloads/2011/berichte/einkommensberichte/Einkommensbericht_2011_1.pdf) (Stand November 2011) abrufbar. Aufgrund der anonymisierten und akkumulierten Form lassen sich Rückschlüsse auf einzelne natürliche Personen nicht ziehen. Sehr wohl deduzierbar sind jedoch gewisse Größenordnungen, die alsdann mit Unternehmungen aus der Privatwirtschaft verglichen werden können.

In Analogie zu dieser Regelung von Betrieben im staatsnahen Bereich wurde auch eine äquivalente Regelung für den Privatwirtschaftssektor geschaffen. Nach § 11a des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes<sup>910</sup> haben am Ende des Tages Betriebe, die mehr als 250 Mitarbeiter beschäftigen, einen Bericht zur Einkommensanalyse zu generieren.<sup>911</sup> Die Einkommensberichte sollen geschlechtsspezifisch sowohl die absolute Anzahl der Männer als auch jene der Frauen in den jeweiligen kollektivvertraglichen Verwendungsgruppen samt deren arbeitsbereinigten Durchschnitts- und Mediangehältern inkludieren, wobei Rückschlüsse auf einzelne natürliche Personen tunlichst zu vermeiden sind. Der Bericht ist sodann dem Betriebsrat zur Kenntnisnahme zu übermitteln.<sup>912</sup>

Die aus den Einkommen resultierenden Ungleichheiten werden dennoch von Gesellschaft und Politik akzeptiert, weil diesem ja der Umverteilungsgedanke eines progressiven Steuerrechts als ordoliberalen Korrektiv gegenübersteht. Ein diffus anmutendes System aus Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen verringert den Hiatus zwischen hohen und niedrigen Einkommen und führt damit zu erheblichen pekuniären Umverteilungen innerhalb des politischen Systems.

#### **IV.5.6. Generationengerechtigkeit – eine gesamtgesellschaftliche Herausforderung**

Der Begriff der Generation kann primär auf eine strikt chronologisch gehaltene Abfolge von verschiedenen in einem Verwandtschaftsverhältnis stehenden Personen zurückgeführt werden. Um einen – auch für politische Gestaltungsaufgaben – praktikablen Handlungsbegriff generieren zu können, wird eine Generation aus etwa dreißig Geburtsjahrgängen zusammengefasst, was zunächst für die theoretische Analyse eine Gesellschaftssegregation in eine junge, mittlere sowie in eine alte Generation ergibt. Zwischen den eine Gesellschaft konstituierende Generationen fließen mannigfach Transferleistungen. So fließen etwa an die junge Generation Unterhaltsleistungen der Eltern, die von deren Erwerbseinkommen bestritten werden müssen, sowie monetäre aber auch nicht monetäre Leistungen des Staates.<sup>913</sup> Finanziert werden letztere zum größten Teil aus den Abgaben- und Steueraufkommen der mittleren Generation, die auch den Gros der staatlichen Transferleistungen der älteren Generation zu schultern hat. Die wichtigsten Transferleistungen der alten zur mittleren Generation bestehen wiederum in den Hinterlassenschaften von Vermögen im Erbfall.<sup>914</sup>

---

<sup>910</sup> BGBl. Nr. 100/1993 i.d.g.F..

<sup>911</sup> Die Pflicht zur Erstellung des Einkommensberichtes ist abhängig von der Betriebsgröße und soll schlussendlich bis zum Erreichen des Kalenderjahres 2014 endgültig abgeschlossen sein. Zunächst mussten lediglich Unternehmen mit mehr als 1.000 Mitarbeiter die Einkommensverhältnisse ihrer Mitarbeiter offenlegen. Ab dem 1.1.2012 folgen dann jene Betriebe mit mehr als 500 Mitarbeiter und ab 2013 dann solche mit mehr als 250 Mitarbeitern.

<sup>912</sup> Die bisherigen Erfahrungswerte mit dem Umgang dieser gesetzlichen Verpflichtung geben berechtigten Anlass zur Hoffnung. So sind nach einer ersten gewerkschaftlichen Statistik rund 80 % der Betriebe ihren Verpflichtungen nachgekommen, obwohl die Nichterfüllung bis dato noch mit keinerlei Strafzahlungen sanktioniert ist.

<sup>913</sup> Man denke hierbei etwa an die familienbezogenen Sozialleistungen des Staates, aber auch an die kostenlosen bzw. verbilligten Zugänge zu diversen Bildungseinrichtungen.

<sup>914</sup> Richard Hauser illustriert in einem seiner Abhandlungen paradigmatisch diese diversen Transferleistungen und führt noch weitere kleinere, intergenerative Transferleistungen zur Begründung seiner Thesen an; wie etwa bei Pensions- und Rentenleistungen und die zahlreichen Beiträge im Gesundheits- und Pflegebereich. Vgl. hierzu *Hauser* (2007), S. 144 – 145.

Generationengerechtigkeit – zunächst einmal reduziert auf die problematischen ökonomischen Aspekte – behandelt eben genau dieses Verhältnis zwischen diesen drei angeführten Generationen. Dabei münden wert- und ideologiegeleitete Vorstellungen in normative Regelungen, wie im Detail die Transferströme zwischen diesen drei Generationen ausgestalten werden sollen, damit sie nach allgemeiner Einschätzung als gerecht gelten können.<sup>915</sup>

Paradigmatisch kann das Pensionssystem anhand der Generationengerechtigkeit und der dahinter stehenden Umverteilungslogik durchdekliniert werden. Pensionen werden nicht durch früher geleistete verzinsten Eigenpensionsbeiträge finanziert, sondern durch die laufenden Einnahmen der Aktivgeneration im sog. Umlageverfahren. Dieses System kann jedoch nur solange auch aufrecht erhalten werden, solange genügend Versicherungsnehmer Beiträge zu leisten im Stande sind bzw. deren Ausfall durch staatliche Zuwendungen substituiert werden kann.<sup>916</sup>

Die Debatte über Generationengerechtigkeit ist auch Resultat eines sich in den letzten Jahren dramatisch zuspitzenden Generationenkonflikts<sup>917</sup>, bei dem es in letzter Konsequenz darum geht, wie sich Errungenschaften und Annehmlichkeiten wohlfahrtsstaatlicher Sicherungssysteme auf verschiedene Generationen verteilen lassen können. Die Debatte über Verteilungsgerechtigkeit verschärft sich in den letzten Jahren in zunehmendem Ausmaß, auch auf Druck des demographischen Wandels. Ausgaben für die ältere Generation expandieren kontinuierlich, während die Frage nach der zukünftigen Finanzierbarkeit dieser Ausgaben über weite Strecken unbeantwortet bleibt. Mit der Tendenz eines zunehmenden Geburtenrückgangs und einem stetigen Anwachsen des demographischen Anteils an Pensionisten und Rentnern scheint sich der Generationenkonflikt noch erheblich weiter zu intensivieren.<sup>918</sup> Dazu gesellt sich auch der Umstand, dass diejenigen, welche heute für ein Gros der Sozialleistungen aufzukommen haben, wenig Perspektiven besitzen, selbst einmal in den Genuss ebensolcher zu kommen.<sup>919</sup> Das aus dieser Situation resultierende Gerechtigkeitsdefizit mutet dabei ebenso virulent wie evident an; und dies, wie Sozialwissenschaftler meinen, in zweifacher Hinsicht. Zum einen scheint das Paradigma der Gleichbehandlung verletzt zu sein, da es zu unterschiedlichen Belastungen und Erträgen der verschiedenen Generationen kommt. Die Pensionsbeiträge der nun Er-

---

<sup>915</sup> Ein viel beachtetes Modell der Generationengerechtigkeit hat vor nicht allzu langer Zeit Gerhard Speckbacher entworfen, der ein aus utilitaristischen und kontraktualistischen Elementen zusammengefügt System proklamierte. In Anlehnung an ökonomische Theorien gelangt Speckbacher schließlich zum Ergebnis, dass weder ein reines Modell der individuellen Kapitalbedeckung noch das Umlageverfahren zur intergenerativen Gerechtigkeit beitragen kann. Am Umlageverfahren irritiert ihn die notwendigen staatlichen Transferleistungen, die das System zwar erhalten, aber ob der möglichen politischen Einflussnahme in die Systemlogik das Modell ungerecht machen würden. Vgl. *Speckbacher* (1994).

<sup>916</sup> Das sind die Grundannahmen des sog. Umlageverfahrens.

<sup>917</sup> In den Medien wird dies manchmal schlagzeilenwirksam in etwa so in Szene gesetzt: „Alt gegen Jung“ oder „Kriegszustände zwischen den Generationen“. Aufregung erzeugte in Österreich eine Profil-Reportage, die von „der grauen Gefahr“ und von Gerontokratie sprach. Vgl. *profil* 24.8.2009.

<sup>918</sup> Solange die Demographie die Bevölkerungsstrukturen halbwegs stabil gehalten hat, war dies unproblematisch. Der zunehmende demographische Wandel erfordert aber eine grundsätzliche und reflexive Revision dieses Systems. Sollte nicht in den nächsten Jahrzehnten die schwindende Zahl der Erwerbstätigen durch eine proaktive Migrationspolitik kompensiert werden, so muss das System der Sozialversicherung wohl in nicht allzu ferner Zukunft grundlegend novelliert werden.

<sup>919</sup> „Die Zeit“ sprach diesbezüglich in einer ihrer Auflagen von dem „*Fluch der späten Geburt*“.

werbstätigen kommen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unter dem Niveau der jetzigen Pensionsbezieher zu liegen. Die Brisanz dieser Gerechtigkeitslücke wird sich zukünftig noch weiter prekarisieren, da die gelebte Praxis sozialer Sicherungssysteme die ihnen zugrundeliegenden Gerechtigkeitsprinzipien immer weiter unterminiert.<sup>920</sup>

Nur was passiert, wenn politische Zielvorstellungen klar verfehlt werden? Müssen soziale Sicherungssysteme á la longue damit rechnen, ihre Legitimation und damit ihre Unterstützung zu verlieren? Diese Gedanken müssen politische Akteure stets im Hinterkopf behalten, wenn sozialpolitische Entscheidungen über die Ausgestaltung des Generationenkonflikts getroffen werden. Der Legitimationsgedanke von sozialen Sicherungssystemen ermöglicht es auch, die Bürger letztlich davon zu überzeugen, Beiträge zu leisten, um die soziale Funktions- und Leistungsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme konservieren zu können.<sup>921</sup>

Das Gerechtigkeitsdefizit lässt sich – analog zum interdisziplinären Forschungsansatz – aus einer spezifisch normativen und einer sozialpsychologischen Sicht analysieren, ohne dass die Bevölkerung die feine Differenzierung als solche wahrnimmt. In einem solchen Fall wären soziale Sicherungssysteme zwar aus einer normativen Perspektive mit dem Testat der Ungerechtigkeit zu versehen; zu einem impliziten Vertrauensrückgang innerhalb der Bevölkerung wird es aber solange nicht kommen, solange die Mehrheit der Bevölkerung noch an die Legitimität des sozialen Sicherungssystems glaubt.<sup>922</sup>

Auch Otfried Höffe erblickt in der gesellschaftlichen Generationsstruktur unterschiedliche Machtverhältnisse und inhärente Drohpotentiale. Er konstatiert hierbei völlig zu Recht, dass wir de facto hilflos auf die Welt kommen und im späteren Alter wieder einem hohen Maß an Machtlosigkeit ausgeliefert sind. Eine solidarische Gesellschaft der Jungen und Alten sucht und findet eine solidarische Kompensation in Form des Wohlfahrtsstaates. Entwicklungsgeschichtlich fand die Versorgung der älteren Generation zunächst in Großfamilien statt. Mittlerweile wurden Großfamilien durch die verstärkten Individualisierungstendenzen zunehmend aufgelöst; aus dem Familienvertrag wurde der oft zitierte Generationenvertrag samt seiner sozialstaatlichen Institutionen. Der Sozialstaat hat nunmehr die Aufgabe übernommen, jenen Schutz zu vermitteln, den die zerfallenden familiären Struktu-

---

<sup>920</sup> Soziale Sicherungssysteme sind laut Claus Offe Institutionen mit normativen Gehalt und einer ihnen inhärenten moralischen Logik. Sie orientieren sich an Werten und öffentlich postulierten Leitparadigmen über die Bedürftigkeit von Zielgruppen sowie über eine zumutbare politische Umverteilung. Kurzum soziale Sicherungssysteme sind das institutionelle Erscheinungsbild, explizite politische Ziele und Forderungen sozialer Gerechtigkeit in einer Gesellschaft zu implementieren. Vgl. Offe (1999)

<sup>921</sup> Vgl. Dallinger/Liebig (2004), S. 98 – 99.

<sup>922</sup> Aus empirischen Studien gelangt man zum Resultat, dass trotz beständiger (auch medialer) Hinweise auf die steigende Generationenungerechtigkeit innerhalb sozialer Sicherungssysteme, nichtsdestotrotz die Legitimität und die Akzeptanz der sozialen Sicherungssysteme innerhalb der Bevölkerung nahezu unverändert bleiben. Vgl. hierzu beispielsweise Kohli (1994) und Koller (1995). Wenn man aber die Generationengerechtigkeit zu einem validen Indikator der klaffenden Gerechtigkeitslücke zwischen den Generationen machen möchte, dann ist man auf das große Kritikpotential von normativen Gerechtigkeitskonzeptionen angewiesen, weshalb neben empirisch-sozialen Ansätzen der Gerechtigkeitsforschung stets normative Modelle mitberücksichtigt werden sollten. Vgl. Dallinger/Liebig (2004), S. 99 – 100. Die beiden Sozialwissenschaftler präferieren für sich selbst jedoch eindeutig den sozial-empirischen Forschungsansatz.



ren nicht mehr bewältigen können. Es kommt daher zu einer Distribution von sozialen Gütern, die innerhalb eines Rechtsstaates legitimiert werden muss. Dass dies einiges kosten mag, ist naheliegend; dass allerdings eine Unterdotierung sozialstaatlicher Leistungen über kurz oder lang noch teurer kommt, ebenso.<sup>923</sup>

#### IV.5.7. Das Nachhaltigkeitskonzept der ökologischen Gerechtigkeit als Fragestellung der sozialen Gerechtigkeit

Zu Beginn verlangt und fordert die Idee oder das Ideal der ökologischen Gerechtigkeit nach einer allgemein anerkannten Formulierung und Definition. Nach Anton Leist existiert ökologische Gerechtigkeit aktuell und längerfristig nur dann, wenn alle ökologisch relevanten Güter und Lasten, Freiheiten und Pflichten fair und gerecht unter den Beteiligten zur Verteilung kommen.<sup>924</sup>

Im Bereich der Umwelt- oder ökologischen Gerechtigkeit dominiert eine Leitprämisse quasihegemonial den gesamten Diskurs: die Begrifflichkeit der Nachhaltigkeit. Dabei ist dem komplexen Verhältnis zwischen Mensch und Natur, das diverse Bereiche und die differentesten Interessenlagen durchdringt, nahezu immer die gleiche Konzeption des Prinzips der Nachhaltigkeit zu entdecken. Ein von Anton Leist unterbreiteter Vorschlag differenziert den menschlichen Umgang mit der Natur und kommt mithilfe der Induktion zu drei konklusiven Idealtypen der Nachhaltigkeit.<sup>925</sup>

---

<sup>923</sup> Der eigentliche Ansatz Otfried Höffes erweist sich jedoch als nicht unproblematisch. Er verwirft nämlich den eben angeführten Solidaritätsgedanken und bricht die Frage der Gerechtigkeit auf das von ihm entworfene Tauschmodell herunter: „*Deshalb ist es für die mittlere Generation vorteilhafter ihre Machtüberlegenheit gegen die junge Generation nicht auszuspielen, damit sie, wenn die Kinder heranwachsen, sie selber aber zur dritten Generation geworden sind, ihrerseits nicht den Machtpotentialen der zunächst ersten, inzwischen aber mittleren Generation ausgesetzt sind. Der generationsübergreifende Blick zeigt also, dass es nicht etwa Mitleids- oder Solidaritäts-, sondern Tauschargumente sind, die die genannten Gruppen in den allseits vorteilhaften Freiheitstausch einbeziehen.*“ Höffe (2010), S. 309. Genau dies ist ein treffliches Veranschaulichungsbeispiel von dem, was Höffe unter einem phasenverschobenen Tausch versteht.

<sup>924</sup> Diese Definition der ökologischen Gerechtigkeit stößt aber nicht überall auf unumstrittene Akzeptanz. Der erste Einwand betrifft jenen des Anthropozentrismus. Leist vertritt diesbezüglich die Meinung, dass es keine valide Theorie der ökologischen Gerechtigkeit geben könne, da sich die Natur nicht auf menschliche Interessen an ihr reduzieren lassen dürfe. Ein weiteres Bedenken wurde in diesem Kontext – gegen die schon des Öfteren artikulierte – individualistische Komponente der Gerechtigkeitsdefinition geäußert. Mit der Globalisierung der Umweltprobleme treten kollektive Akteure wie Staaten, Internationale Organisationen oder NGOs auf den Plan, die häufig ganz unterschiedliche Interessenlagen verfolgen, die stets auf unterschiedlichen Gerechtigkeitskonzeptionen basieren. Beide Einwände lassen sich jedoch einigermaßen leicht entkräften. Natur ist nun einmal ein Teil des menschlichen Daseins und insofern auch Teil des menschlichen Interesses. Dies tangiert auch die Position kollektiver Organe. Ökologische Interessen lassen sich letztlich nur in Form eines kooperativen Zusammenspiels lösen, weshalb diese auch die Umweltgerechtigkeit zu einem guten Teil mitdefinieren. Vgl. Leist (2007), S. 5.

<sup>925</sup> Vgl. ebd.

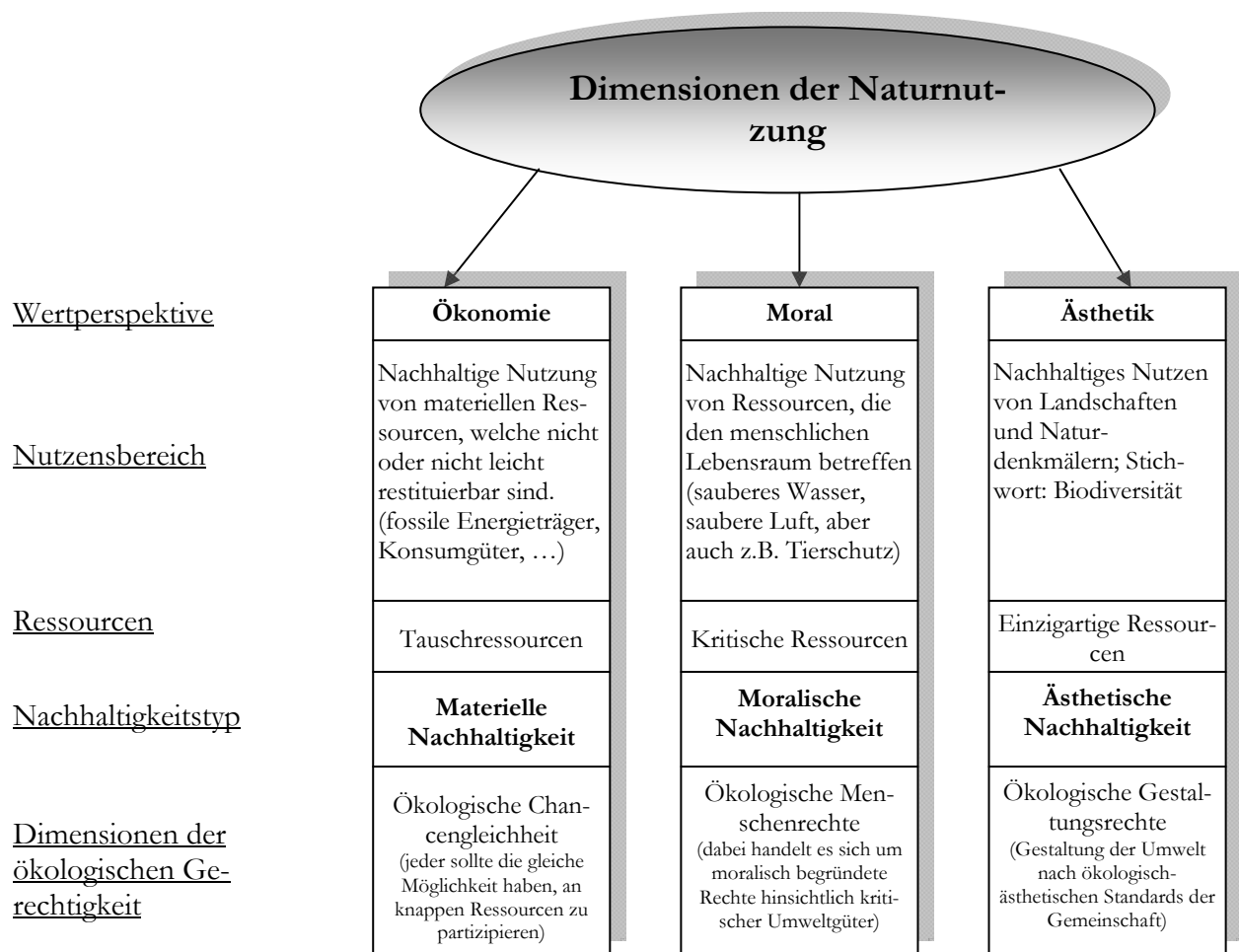


Abb. 24: Von den Dimensionen der Naturnutzung zu den Dimensionen ökologischer Gerechtigkeit

Diese drei Arten der Umweltgerechtigkeit stehen in einem konfligierenden Verhältnis zueinander. Ordnet man der ökologischen Chancengleichheit, den Menschenrechten und den Gestaltungsrechten in etwa die gleiche Gewichtung zu, so müssen über kurz oder lang Prioritäten gesetzt werden. An oberster Stelle können dabei letztlich nur die Menschenrechte rangieren, da von diesen direkt und indirekt die höchsten humanen Güter wie das des Lebens, der körperlichen Integrität sowie der Gesundheit geschützt werden.<sup>926</sup>

<sup>926</sup> Vgl. ebd., S. 7.

#### IV.5.8. Normative Gerechtigkeitserwägungen vor dem Hintergrund der Differenz von Geschlechterverhältnissen

Das Ideal der Gerechtigkeit im Kontext von Geschlechterverhältnissen rekurriert darauf, dass Frauen lange Zeit gegenüber ihren männlichen Artgenossen anhand von aus dem natürlichen Geschlecht resultierenden Unterschiedlichkeiten definiert wurden.<sup>927</sup> Traditionelle und konventionelle Frauenbilder prägten unzählige Generationen und formten scheinbar festgelegte Attribute von Weiblichkeit. Frauen wurden oft auf ihre gesellschaftsrelevante Mutterrolle reduziert.<sup>928</sup>

Die Genderforschung, deren Beginn man in die Mitte des vergangenen Jahrhunderts datieren kann, postulierte eine neue soziale Definition von Geschlecht, abseits der Biologie. Dennoch war der Weg zur gerechten Ausgestaltung von Geschlechterverhältnissen ein durchaus steinigtes Unterfangen und ist auch bis zum heutigen Tage noch lange nicht abgeschlossen.<sup>929</sup>

Frauenpolitische Herausforderungen wurden lange Zeit von der Politik der Nationalstaaten marginalisiert und im schlimmsten Fall komplett aus dem politischen Diskurs exkludiert. Eine weitere Prekarisierung erfuhr der Kampf um Geschlechtergerechtigkeit auch dadurch, dass der soziale Wohlfahrtsstaat durch notwendige Restriktionen in staatliche Etats sukzessive weiter zurückgefahren wurde. Das dadurch generierte sozialpolitische Vakuum mussten zum größten Teil auch die Frauen mit einer Ausdehnung ihrer unbezahlten Tätigkeiten kompensieren. Insofern ist auch die Tendenz zur sukzessiven Entstaatlichung sozialpolitischer Aufgaben in den Fokus der Debatte um Geschlechtergerechtigkeit zu rücken.<sup>930</sup>

Eine der ersten feministischen Vorkämpferinnen war die französische Schriftstellerin und Philosophin Simone de Beauvoir, die unter dem Eindruck der Jahrhunderte andauernden Unterdrückung der Frauen durch das Patriarchat, erste radikale Marksteine des humanen Feminismus zu setzen vermochte.<sup>931</sup> In Überwindung tradierter Rollenklischees forderte Beauvoir eine radikale Gleichbehandlung von Mann und Frau, ohne die Rücksichtnahme auf etwaige Besonderheiten. Eine solche radikale Gleichstellung verlässt – so die Kritiker – dennoch nicht die von Männeridealen geformte Gedankenwelt. Denn wie eine Frau im Sinne der Gleichbehandlung zu agieren hat, orientiert sich weiterhin an von Männern dominierten Wertmaßstäben. Dennoch war das Formulieren solch radikaler Thesen wichtig und wegweisend, um auch einen Paradigmenwechsel in der Sozialforschung zu evozieren. Im

---

<sup>927</sup> Als Vertreter der männlichen Spezies und dadurch mit dem Generalverdacht eines androzentristischen Weltbildes belegt, möchte ich im Rahmen sozialer Gerechtigkeit auch über Gerechtigkeit innerhalb von Geschlechterverhältnissen berichten. Eventuelle Ungenauigkeiten, Unschärfen bzw. Unvollständigkeiten, die im Rahmen dieser kurzen Analyse auftreten werden, bitte ich daher bereits im Vorfeld zu entschuldigen.

<sup>928</sup> Konturen einer klaren Staatsdefinition lassen sich etwa in und aus der Perspektive der Genderforschung nur schwer rekonstruieren. Im Zuge der „*Malestreamdebatte*“ klassifizierte etwa Birgit Sauer den Staat als einen omnipotenten Apparat, in dem Macht, Herrschaft, Institutionen bis hin sogar zur Zivilgesellschaft unter dem Konzept versachlichter Männlichkeit zusammengefasst sind. Vgl. Sauer (2001), S. 54 – 55.

<sup>929</sup> Wie etwa auch der aktuelle Gender-Gap-Report des World Economic Forum aus dem Jahr 2009 vor Augen führt; abrufbar unter <http://www.weforum.org/pdf/gendergap/report2009.pdf> (Zuletzt abgerufen im November 2011).

<sup>930</sup> Vgl. Braun/Jung (1997), S. 11 – 12.

<sup>931</sup> Bahnbrechend war hier ihr berühmtes Werk „*Das andere Geschlecht*“ (1951), das 1949 im französischen Original erschienen war.

Rahmen der Feminismusforschung konnte sich daher später ein differenzierter feministischer Ansatz durchsetzen. Ausgehend von den biologisch vorhandenen Unterschiedlichkeiten zwischen Mann und Frau, die im Rahmen einer reliablen Analyse nicht negiert werden dürfen, resultieren sozial wirksame Konsequenzen. Denn tatsächlich werden sowohl die Nachkommenschaft als auch ältere pflegebedürftige Personen in der Obhut und Verantwortung der Frauen überlassen, was sozialpolitische Problemlagen (etwa bezüglich Beitragszeiten im Pensionsrecht) aufwirft und den Staat und dessen Sozialpolitik auf den Plan rufen sollte.<sup>932</sup>

All dies berücksichtigend versucht etwa Barbara Holland-Cunz eine feministische Definition des Politikbegriffs herauszuarbeiten. Ausgehend von einer feministischen Kampfpapare, dass auch das Private politisch ist, postuliert sie ein transzendentes, das Private inkludierendes, Verständnis von Politik. Wiewohl sich diese Kritik heute leiser als noch vor einem Jahrhundert formulieren lässt, da Frauen in der politischen Öffentlichkeit und in diskursiven Konfrontationen heutzutage eine weitaus bedeutsamere Rolle spielen, ist die zentrale feministische Kritik der Konnotation der männlich dominierten Politik mit dem Öffentlichen weiterhin aufrecht zu erhalten.<sup>933</sup>

Wenn man innerhalb dieser Dissertation jedoch einen Rekurs zurück zu den im III. Teil umfassenden Gerechtigkeitstheorien nimmt, so kommt man nicht umhin, einen Mangel eines feministischen Einschlages zu beklagen.<sup>934</sup> So fehlt auch in der berühmten Rawls'schen „*Theorie der Gerechtigkeit*“ eine systematisch feministisch-theoretische Tangente. Rawls erkennt jedoch dieses Defizit und rechtfertigt sich damit, dass zunächst primär elementare und alle betreffende Gerechtigkeitsfragen geklärt werden müssten und das Problem der Geschlechterdiskriminierung von anderen Theoretikern im Anschluss an seine Thesen zu behandeln wäre.<sup>935</sup> Auch Michael Walzer entgegnet dieser feministischen Kritik an der Rawls'schen Gerechtigkeitstheorie in einem sonst eher selten anzutreffenden Gleichklang. Theorien, die grenzüberschreitend den Anspruch von Vollständigkeit und Universalität für sich reklamieren, müsse es tunlichst verziehen werden, dass in einem abstrakten Modell zunächst von einem geschlechtsneutralen Individuum auszugehen ist und weitere sicherlich beklagenswerte Umstände von Geschlechterungerechtigkeit vorerst ausgeblendet werden müssen.<sup>936</sup>

Eine weitere bereits im theoretischen Teil dieser Dissertation andiskutierte feministische Theoretikerin, Iris Marion Young, verfeinerte die bis dato präsenten feministischen Theorien im Hinblick auf durchzuführende Intersektionen.<sup>937</sup> Intersektionelle feministische Theorien begnügen sich nämlich nicht mit der Darstellung von Extrempositionen, wie die der männliche (All-)Macht und der dazu

---

<sup>932</sup> Vgl. Holzleithner (2009), S. 75 – 77.

<sup>933</sup> Vgl. Holland-Cunz (2010), S. 539 – 540.

<sup>934</sup> So attestiert etwa Herlinde Pauer-Studer, dass sich bis auf ganz wenige lobenswerte Ausnahmen moderne (aber ohne es all zu explizit zu erwähnen meint sie auch postmoderne, Anm. des Autors) Gerechtigkeitstheorien nicht der Fragestellung widmen, ob die von ihnen konzipierten Theorieansätze und -modelle auch Frauen als eigenständige Moralsubjekte in genügendem Ausmaße berücksichtigen. Vgl. Pauer-Studer (1996), S. 20.

<sup>935</sup> Diese lapidar referierte Rechtfertigung vermochte die Vertreterinnen der feministischen Theorie keinesfalls zu frieden zu stellen. So reflektiert etwa Susanne Baer: „Frauen [...] verschwinden hinter dem Schleier des Nichtwissens komplett und sie hatten nie Stimmen im Diskurs.“ Baer (1996), S. 163.

<sup>936</sup> Vgl. Walzer (1992), S. 60 – 62.

<sup>937</sup> Vgl. Kapitel III.6.6..

korrespondierenden weiblichen Ohnmacht, denn dadurch können die real existenten in sich komplex-heterogenen Ungleichverhältnisse nur ungenügend erfasst und auch erklärt werden. Die von ihr skandierende Begründungslogik zeigt die multikausale Diversität möglicher Unterdrückungsszenarien auf, die auch für die Klärung von Geschlechterungerechtigkeiten zentral erscheint. Allein die Tatsache, dass man eine Frau ist, ist in unserem Gesellschaftsbild bis zum heutigen Tage mit nicht negierbaren Nachteilen verbunden, die je nach sozialem, kulturellem und religiösen Hintergrund unterschiedlich ausgeprägt sein können. Noch immer werden an Frauen andere präsumtive Erwartungshaltungen herangetragen als an ihre männlichen Artgenossen.<sup>938</sup>

Was hat dies aber für den Staat und seine Handlungsimplicationen zu bedeuten? Rein formalrechtlich ist die Gleichstellung zwischen Mann und Frau in unseren demokratischen Verfassungsordnungen über weite Strecken abgeschlossen. Frauen partizipieren ebenso – wenn auch noch nicht so intensiv wie Männer – am politischen Diskurs und wirken in allen Bereichen sozialer und öffentlicher Teilhabe mit.<sup>939</sup>

Gelebte Ungerechtigkeiten aufgrund von Geschlechterdiskriminierung können dabei direkt aber auch indirekt sein, wobei gerade letztere heutzutage die größere gesellschaftliche Herausforderung darstellen. Ausgehend von einer *prima vista* nach Gleichheit strebenden Gesetzeslage, sind dennoch Frauen die Hauptbetroffenen von benachteiligenden Gesetzesbestimmungen. Nachteilige Bestimmungen, etwa für Teilzeitarbeit, tangieren Frauen einfach aufgrund statistischer Zwänge eher, da sie schlicht und ergreifend mehr Teilzeitarbeitsplätze bekleiden als Männer.<sup>940</sup> Treten hinzu noch weitere Diskriminierungsmerkmale, wie etwa die Religion, ethnische Zugehörigkeit, Behinderung, u.s.w., erfährt diese Ungerechtigkeitssituation in ihrer schon vorhandenen Prekarität noch eine weitere Zuspitzung.<sup>941</sup>

---

<sup>938</sup> Bei der reduzierenden Konzentration auf einzelne Stereotype geht nach Ansicht Youngs ein entscheidendes Maß an Subjektivität verloren. Subjektivität verläuft keinesfalls entlang sozialwissenschaftlicher Demarkationslinien, sondern sie ist zumeist ein bunter Mix aus verschiedenen Faktoren, wie etwa Ethnie, Kultur, Sprache, Religionsbekenntnis sowie verschiedenster anderer sozialer und politischer Prädispositionen. Vgl. dazu im Genaueren *Young* (2007), S. 60 – 72.

<sup>939</sup> Diese Feststellung, die über weite Strecken hart erkämpft werden musste, darf keinesfalls als eine Selbstverständlichkeit abgetan werden. Sie ist die Errungenschaft harter und bitterer politischer Auseinandersetzungen. So konnten etwa große politische Errungenschaften, wie das Frauenwahlrecht, in Österreich erst 1918 mit dem Staatsgrundgesetz vom 12. November 1918 (StGBI. Nr. 1/1918) über die grundlegende Errichtung der Staatsgewalten umgesetzt werden. Vgl. *Ucakar/Gschiegl* (2010), S. 41 – 42.

<sup>940</sup> So gingen laut Statistik Austria im Jahre 2010 44,3 % der unselbständig erwerbstätigen Frauen einer Teilzeitschäftigung nach, währenddessen Frauen in Führungspositionen mit einem Gender-Gap von 5 Prozentpunkten (4 % zu 9 %) unterrepräsentiert waren. Vgl. dazu etwa auch der vom Bundesministerium für Frauen und Öffentlichen Dienst publizierte Frauenbericht 2010; abrufbar etwa unter <http://www.frauen.bka.gv.at/site/7207/default.aspx> (Stand: Oktober 2011).

<sup>941</sup> Elisabeth Holzleithner illustriert diese Mehrfachdiskriminierungen anhand plakativer Beispiele im Rahmen eines Sammelbandbeitrages. So legt sie unverblümt offen, dass ein Diskriminierungskriterium wie „*muslimisch*“ oder „*weiblich*“ von potentiellen Arbeitgebern akzeptiert und die Diskriminierungssituation erst durch die Kombination mehrerer Kriterien geschaffen wird. Vgl. *Holzleithner* (2008).

Nach dem die rechtliche Gleichstellung von Mann und Frau in der Rechtsordnung über weite Strecken bereits realisiert worden ist<sup>942</sup>, muss es ein Anliegen nachhaltiger Frauenförderung sein, verkrustete diskriminierende Geschlechtsstrukturen nach und nach aufzuspüren und deren Mechanismen entgegenzuwirken. Es galt demnach ein Allheilmittel zu suchen und man wurde in Quotenregelungen fündig.

Die Logik der Quote erscheint auf dem ersten Blick so einfach wie erfolgversprechend. Erst nach der Erzielung einer vorher festzulegenden Quote soll diese wiederum außer Kraft gesetzt werden. Von hohem Bekanntheitsgrad sind dabei Quotenregelungen, die bei Besetzung von Führungspositionen diejenigen strikt bevorzugen sollen, die als Mitglieder einer unterrepräsentierten Gruppe bis dato nicht im ausreichendem Maß Berücksichtigung fanden. Des Weiteren gelangen Quotenregelungen meist im Wege von Selbstverpflichtungen bei der Besetzung von allgemeinen Vertretungskörpern zur Anwendung. Wiewohl solche Quotenregelungen in parlamentarischen repräsentativen Regierungssystemen seit langem etabliert sind, ist selbst bis zum heutigen Tag ein gewisser Skeptizismus angesagt. Denn trotz aller wortreichen Lippenbekenntnisse werden Frauen bei der Besetzung wichtiger entscheidungsrelevanter Positionen weiterhin diskriminiert. Von einer annähernd fairen Repräsentation kann auch heute noch nicht annähernd gesprochen werden.<sup>943</sup>

Das Für und Wider von Quoten wird allorts kontroversiell debattiert.<sup>944</sup> Zum einen geriert sich die Quote selbst wiederum als ein Instrumentarium gelebter Diskriminierung. Es kommt darüber hinaus bei Quotenregelungen zu einem bemerkenswerten Paradoxon. Das zuvor noch diskriminierende Merkmal wird zum Vorteil der benachteiligten Gruppe uminterpretiert und als jenes Kriterium definiert, das letztlich entscheidungsrelevant sein soll.<sup>945</sup>

Ein theoretischer Ansatz solcherart Quoten zu rechtfertigen, wurde im Kompensationsansatz gefunden, der eine allumfassende Wiedergutmachung aller in Form von Gesetzen, Verhaltensweisen und anderen vorhandenen Wertkonstellationen auftretenden Ungerechtigkeiten einfordert. Dieser Ansatz, so wegweisend und wichtig er auch sein mag, leidet jedoch an einem veritablen Defizit. Denn diejenigen, die nunmehr leidtragende Opfer der kompensativen Quotenpolitik werden sollen, sind selbst nicht diejenigen, die zuvor die diskriminierende Ausgangslage geschaffen oder gar von dieser

---

<sup>942</sup> Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang die verfassungsrechtliche Novelle BGBl. Nr. 68/1998, in dem sich sämtliche Gebietskörperschaften im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 B-VG dazu bekannt haben, in ihrem Wirkungsbereich durch faktische Gesetzesmaßnahmen die Gleichstellung von Mann und Frau zu fördern. Dadurch wurden sogar verfassungsrechtlich „positive Diskriminierungsmaßnahmen“ zu Lasten der Männer möglich, solange sie dabei verhältnismäßig und den Frauen förderlich sind. Vgl. *Öhlinger* (2009), S. 352.

<sup>943</sup> In diesem Kontext wird immer wieder auch auf die demokratiepolitische Wichtigkeit im Hinblick auf eine möglichst adäquate Repräsentation verwiesen. Heutzutage wird die Debatte immer noch auf das Problem der Frauenquote unzureichend reduziert und die darin liegenden veritablen Chancen verkannt. Vgl. etwa Bericht des Gleichbehandlungsausschusses des Österreichischen Nationalrates (1996), [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XX/I/I\\_01921/fnameorig\\_140848.html](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XX/I/I_01921/fnameorig_140848.html) (zuletzt aufgerufen im Juli 2011) und grundlegend theoretisch *Phillips* (1995).

<sup>944</sup> So etwa in seiner gesamten Bandbreite in einem von Kathrin *Arioli* herausgegebenen Sammelband (1997). Vgl. etwa auch in der von Bernd *Grüfrath* (1992) verfassten Monographie mit der im Titel verorteten Fragestellung: „Wie gerecht ist die Frauenquote?“

<sup>945</sup> Dennoch geht der Haupttenor tendenziell pro Quote, solange nur die Heranziehung des Kriteriums von seinen PromotorInnen ausreichend begründet wird. Vgl. dazu ausführlich und diskursiv *Nagel* (1984), S. 107 – 115.

profitiert haben. Deswegen kann ein solcher Kompensationsansatz nur sehr restriktiv als Übergangsmodell zu einem nachhaltigen System der Chancengleichheit verstanden werden. Die durch die Quotenregelung bezweckte Kompensation soll die über die Jahre verfestigten, gesellschaftlichen Vorurteilstrukturen sukzessive aufbrechen, um in einer Phase der Überbrückung all jene gesellschaftlichen Konventionen auszuarbeiten, die auch zukünftig ein auf Gerechtigkeit und Chancengleichheit basiertes Gesellschaftsbild generieren sollen.<sup>946,947</sup>

Die wohl bedeutungsvollste und immer wieder dargebrachte Kritik an Quotenregelungen wird dahingehend formuliert, dass durch Quotenregelungen die eigentlichen gesellschaftlichen Schieflagen, die noch immer in unserer Gesellschaft vorhanden sind, lediglich zugedeckt bzw. nebulös zu verschleiern versucht werden und der Fokus nicht auf die Ursprünge dieser Ungleichgewichtung gelegt wird. Der gesellschaftliche Status Quo wird dabei einzementiert und durch die Quotenregelungen nur ungenügend behübscht.<sup>948</sup>

Deswegen wurde versucht mit einem revolutionär anmutenden theoretischen Zugang die Geschlechterforschung neu aufzustellen. Mit dem „*Gender Mainstreaming*“ wird ein innovativer Zugang zu diesen Problemlagen verstanden, der jegliches politisches Vorhaben ex ante daraufhin evaluieren sollte, ob dieses dem hehren Ziel der Geschlechtergerechtigkeit auch letztlich zuträglich ist. „*Gender Mainstreaming*“ versteht sich dabei als permeable Methodik, die auf verschiedensten Ebenen, sowohl Distributionsregeln von sozialen Gütern und Lasten, als auch die in diversen Institutionen gelebten Wertvorstellungen sowie auch deren Manifestationen in rechtlichen Normen analysieren und danach die entsprechenden Maßnahmen setzen soll. Dieses Wissen um die Verantwortung der Geschlechtergleichstellung soll dabei an der Spitze der Pyramide der Entscheidungsträgern verortet und nicht etwa an hierarchisch untergeordneten Stabsstellen oder Frauenförderungsgremien delegiert werden. Diejenigen, die in einem System politische Entscheidungsmacht für sich reklamieren, sollen auch diejenigen sein, die auch Verantwortung für die Transformation von Geschlechtergleichstellung zuträgliches Maßnahmen tragen.<sup>949</sup>

Denn „*Gender Mainstreaming*“ fundiert auf einem völlig anderen Demokratieverständnis, das ausgehend von auch bisher gebräuchlichen Begrifflichkeiten wie Staat, Recht und Gesellschaft, primär

---

<sup>946</sup> Vgl. Holzleithner (2009), S. 80 – 81.

<sup>947</sup> Einen interessanten Zugang zur Erzielung von Chancengleichheit im Rahmen der Geschlechterverhältnisse bietet auch Ronald Dworkin, der sich dem Argument der Chancengleichheit in einer theoretisch-abstrahierenden Weise annähert. Gleichstellung wird nur dann tatsächlich verwirklicht, wenn einer Person die gleiche Achtung und Rücksichtnahme entgegengebracht wird. Sie kann auch mit formell gleichen Rechten kongruent gehen, stellt aber keine essentielle Voraussetzung dar. Vielmehr soll ein aus vielen Einzelschicksalen zusammengefügt System von Ungleichheiten bekämpft werden. Die rechtliche Gleichstellung selbst stellt dabei nur ein – zugegebenermaßen wichtiges – Teilgebiet dar. Wenn man sich auf Quotenregelungen verständigt, so müssen diese konkret und genau ausgearbeitet sein, da diese sonst Gefahr laufen, ineffektiv und ineffizient zu sein. Zusammenfassend kann man resümieren, dass Gleichheit bei Dworkin als Zugang zu den lebensnotwendigen Ressourcen verstanden werden kann. Vgl. allgemein Dworkin (1990).

<sup>948</sup> Elisabeth Holzleithner hält diesbezüglich fest, dass von den herrschenden Machteliten suggeriert wird, dass jede Person an diesem System partizipieren könnte, wenn sie sich nur hinreichend und genügend anstrengen würde, um irgendwann selbst in den Genuss dieser Quotenregelung kommen zu können. Vgl. Holzleithner (2009), S. 81.

<sup>949</sup> Vgl. Dobhofer/Küng (2008), S. 34 – 36.

die Inklusion von bisher an den Rand gedrängten Thematiken, Partizipationsformen und eine Ausweitung der Aktionsradien der relevanten Akteure vehement und unbedingt einfordert. Der Staat und seine Rechtsordnung, der noch immer – wenn auch nur eine latente – Diskriminierung von Frauen begünstigen würde, ist in seiner bis dahin tradierten Version ein Relikt vergangener Tage. Gerade die Neukonzeption und -definition eines demokratischen Staates stellt wohl die größte und wichtigste Herausforderung der noch jungen feministischen Theorieströmung dar.<sup>950</sup>

Auf die ganze Bandbreite der umfassenden, in sich sehr komplexen Thematik des „*Gender Mainstreaming*“ kann hierorts nicht in all ihren Details eingegangen werden. Denn die Problemstellungen der Gleichstellungspolitik sind letztlich ebenso facettenreich wie die spezifischen Situationen der Lebenslagen und -stile. Geschlechterkonflikte manifestieren sich in unterschiedlichsten Kontexten immer auf höchst unterschiedliche Art und Weise. Das bedeutet zwar, dass die Evaluierung beim Geschlecht ansetzt, jedoch in weiterer Folge darüber hinauszugehen hat. Denn „*Gender Mainstreaming*“ ist gleichzuhalten mit einem Paradigmenwechsel innerhalb des Politikverständnisses. Es erfordert eine sensible Handhabung mit dem Gegenstand der Geschlechtergleichstellung, die nicht bloß als gerecht anerkannt werden sollte, sondern auch als veritable Chance zur rationalen Überwindung von Diskriminierungen innerhalb der Geschlechterdimension verstanden werden soll.

---

<sup>950</sup> Vgl. *Holland-Cunz* (2010), S. 541 – 542.



## IV.6. Über den Euphemismus von globaler Gerechtigkeit

### IV.6.1. Theorie, Konzept und Herausforderung von globaler Gerechtigkeit

Stellen sich schon die bisherigen Thematiken als facetten- und durchaus konfliktreich heraus, so wird diese Frustrationstoleranz bei der Beschäftigung mit dem Phänomen der globalen Gerechtigkeit noch weiter strapaziert. Denn im Zuge des rasch voranschreitenden Globalisierungsprozesses sieht die Menschheit sich im zunehmenden Ausmaße mit weltumspannenden Problemlagen konfrontiert.<sup>951</sup> Die Kosten, seien sie monetärer oder „bloß“ moralischer Natur, haben wir unabhängig von unseren tatsächlichen Wohnorten zu tragen. Der Klimawandel so wie auch die bereits überstandene geglaubte Finanzkrise haben uns wieder Mal eindrucksvoll vor Augen geführt, dass wir uns alle eine Lebenswelt teilen (müssen). Es stimmt schon lange nicht mehr, dass Entscheidungen, die in weiter Ferne getroffen werden, uns nicht berühren können. Sie tangieren uns vielmehr gleichsam wie konzentrische Kreise, einmal früher, ein anderes Mal später. Sie entfalten tatsächlich auch ihre Wirkung in unserem Lebensalltag – die gesamte Menschheit lebt in dem oft beschworenen „globalen Dorf“. Deshalb scheint es nicht nur legitim, sondern auch dringend notwendig, dass sich sowohl Politiker, Theoretiker aber auch Philosophen der weit gefächerten Thematik der globalen Gerechtigkeit annehmen. Globale Gerechtigkeit kennt schon aus ihrer Definition heraus keine Grenzen; sie beansprucht von sich und von den handelnden Akteuren universelle Geltung.

Globale Gerechtigkeit stellt den nach Lösung suchenden Betrachter vor schier unlösbaren Problem- und Konfliktszenarien, denn die Ausgangslage offenbart sich oftmals als Quadratur des Kreises. Sind Gerechtigkeitsdiskurse in kleinen überschaubaren Entitäten durch eine vielfältige Meinungsppluralität überfrachtet, so gilt dies im Konzert der Staaten untereinander sowie in den internationalen Beziehungen umso mehr. Staaten nehmen sich dabei das Recht heraus, Gesetze als Ausfluss ihrer Souveränität nach ihrem Gutdünken zu erlassen. Außenpolitische Interventionen unter dem Verweis auf internationale Standards werden als Einmischung in innere Angelegenheiten angesehen und führen regelmäßig zu diplomatischen Affronts und Interventionen.<sup>952</sup>

Die totale Entgrenzung des Gerechtigkeitsbegriffs geht dabei vielen Autoren doch einigermaßen zu weit. Sie postulieren vor allem internationale Gerechtigkeit, die von der ursprünglichen völkerrechtlichen Konzeption souveräner Nationalstaaten ausgeht. Nach der inhärenten Logik der internationalen Gerechtigkeit müssen Gerechtigkeitsfragen zuerst und vordringlich auf Ebene der Nationalstaaten gelöst werden. Staatsübergreifende Problemsituationen bleiben demnach primär Verhand-

---

<sup>951</sup> Man denke dabei beispielsweise an die auch medial kolportierte Überbevölkerung in Südostasien, an die dramatische Armutssituation am afrikanischen Subkontinent, an die weltweiten Folgen der Klimakatastrophen, an den unverantwortlichen Raubbau bei seltenen Bodenschätzen, u.s.w..

<sup>952</sup> Aus diesem Grund sind utopische Desiderata, wie sie etwa von Otfried Höffe in seinem viel beachteten Aufsatz über eine einheitliche Weltrepublik entworfen wurden, Wunschdenken. Bedauerlicherweise. Höffes Konstruktion postuliert dabei ein föderal-globales Staatsgebilde, das in Analogie zu den Regeln der Europäischen Union auf den Grundsatz der Subsidiarität und eines verbürgten Weltbürgerrechts aufbaut. Vgl. Höffe (2008), S. 380 – 396.

lungssache zwischen den einzelnen Nationalstaaten, die sich international nach den völkerrechtlichen Grundprinzipien vor allem um die Aufrechterhaltung des so fragilen Friedens bemühen.<sup>953</sup>

Die internationale Gerechtigkeit wurde lange Zeit durch das unumstößliche Primat der Nationalstaaten über weite Strecken dominiert. Durch die Globalisierung begünstigt, kann sich jedoch die bis dahin überragende Rolle der Nationalstaaten als Akteure in den globalen Arenen nicht weiter halten; sie büßen zusehends ihren Alleinvertretungsanspruch ein. Heute steht der Staat schon vor der Herausforderung auf seinem Hoheitsgebiet soziale Normen und Regeln effizient durchzusetzen und diese nicht durch globale ökonomische Tendenzen konterkarieren zu lassen. Wie man anhand der Wirtschafts- und Finanzkrise eindeutig erkennen konnte, entziehen sich dezentrale Finanzströme durch ihre Flexibilität staatlichen Regulierungsambitionen. Multinationale Konzerne drohen bei zu starker Regulierung offen und unverhohlen mit ihrer Abwanderung.

Die zunehmend und stetig weiter voranschreitende Entgrenzung der Gerechtigkeitsproblematiken offenbart sich auch bei einem kurzen Blick auf die politische Landkarte. Nationale Grenzen scheinen im Angesicht der Globalisierung in zunehmender Weise zu verblassen. In einigen, aber besonders in den ökonomischen und sicherheitspolitischen Politikfeldern, konnten sich globale Institutionen, wie die UNO, die Weltbank oder aber auch die WHO durchaus ihre Sporen verdienen und damit zu einer gewissen Nivellierung – wenn auch mit Abstrichen – des Machtgefälles innerhalb der Nationalstaaten beitragen. Die Nationalstaaten sind aber keineswegs in ihrer Bedeutung obsolet geworden. Die Wiedererstarkung nationalistischer Tendenzen in einigen Regionen dieser Erde sind die besten Beispiele hierfür.<sup>954</sup> Globale Gerechtigkeit verbleibt deshalb weiter – und dies ist einigermaßen bedauerlich – eine relative Domäne der Nationalstaaten und der darin agierenden politischen Akteure. Bevor nämlich eine Behandlung der globalen Gerechtigkeitsprobleme in der globalen Arena möglich ist, müssen zu allererst alle wesentlichen Gerechtigkeitsprobleme von globaler Dimension wie Menschenrechtsverletzungen, Klimawandel oder Terrorismus einmal innerhalb nationalstaatlicher Regelungskompetenzen Lösungsansätzen zugeführt werden.<sup>955</sup>

Ein Konzept, um dem Hiatus und der Heterogenität entgegenzuwirken, stellt das neuartige Konzept der Kernkultur dar. Diese setzte es sich zur Aufgabe nicht die omnipräsenten Disparitäten im Rahmen der globalen Gerechtigkeit abzubauen, sondern in Richtung transkultureller Verständigung hinzuwirken. Denn im Kern teilen alle Menschen kulturelle Gemeinsamkeiten, anthropologische Grundbedürfnisse – wie das Verlangen nach Sicherheit oder Partizipationsmöglichkeiten – und den Wunsch an Produktionsprozessen teilhaben zu können, die nur allzu oft von nationalen, ethischen oder religiösen Vorurteilen überdeckt werden. Das Konzept der Kernkultur fasst ähnliche

---

<sup>953</sup> Vgl. dabei die ausführliche Debatte, die von Thomas Mertens (2005) nachskizziert wird.

<sup>954</sup> Man denke nur an die Sezessionsprozesse in Ost- und Südosteuropa.

<sup>955</sup> Vgl. Hahn (2009), S. 12 – 14.

menschliche Bedürfnisse sowie Moralvorstellungen zusammen und versucht darauf aufbauend einen Dialog der interkulturellen Verständigung voranzutreiben.<sup>956</sup>

#### IV.6.2. Ist globale soziale Gerechtigkeit möglich?

Wie bereits unter Kapitel IV.5. detailliert ausgeführt, kann soziale Gerechtigkeit als ein umfassender Anspruch verstanden und gedeutet werden, möglichst alle an einem politischen System Teilnehmenden innerhalb der öffentlich geteilten Gerechtigkeitsvorstellungen in adäquater und angemessener Weise zu berücksichtigen. Gerechtigkeitsvorstellungen in globalen Kontexten basieren meist auf manifesten und massiven Unrechtserfahrungen, die mit Otfried Höffe gesprochen einem universalen Weltgerechtigkeitssinn widerstreben. Höffe weist in diesem Zusammenhang auf die Identifikation und die in ihr entwickelten neuen Gerechtigkeitsvorstellungen hin. Diese Mitglieder einer Weltgesellschaft würden aus eigenem Antrieb zum Wohle der Allgemeinheit ihre eigenen Freiheitsräume einschränken. Zum anderen gilt es nach Höffe in dieser Weltgesellschaft eine Weltöffentlichkeit zu generieren, in der neuartige Gerechtigkeitskonzepte entworfen und intensiv diskutiert werden und die dann wiederum zur kulturübergreifenden Identifikation ihren Beitrag leisten könnten.<sup>957</sup>

Ob nun eine Weltgesellschaft eine so wünschenswerte Utopie wäre, wie es von Höffe eindrucksvoll postuliert wird, bleibt freilich dahingestellt. Der Streit um soziale globale Gerechtigkeit bewegt sich nämlich vielmehr im Spannungsverhältnis zwischen partikularisch orientierten und kosmopolitischen Ansichten; oder etwas anders formuliert zwischen Differenz- und Dependenz Erfahrungswerten. Partikularisten fundieren ihr Gerechtigkeitsempfinden auf Erfahrungswerten, die ihre eigene Gruppe nach patriotischer, nationaler und kultureller Zugehörigkeit von anderen unterscheidet. Diese früher verbreitet vertretene Ansicht erodiert jedoch in zunehmendem Ausmaß. Gerade der Erkenntnisgewinn durch aktuelle Probleme der Globalisierung vermittelt die kontinuierlich voranschreitenden Dependenzen. Durch Klimaerwärmung und Finanzkrise identifizieren sich die Menschen selbst als Wesen, die aufgrund ihrer gemeinsamen Natur und immer kleiner geratenen interdependenten Handlungsweisen von einander abhängig sind. Vor dem Hintergrund globaler Vergesellschaftung scheint es durchaus notwendig, ja geradezu erforderlich, über universelle soziale Gerechtigkeitsvorstellungen ganz im Sinne Otfried Höffes nachzudenken.<sup>958</sup>

An dieser Stelle sei – auch um Redundanzen zu verhindern – nochmals auf die bereits in Abbildung 22 angeführten Postulate der Gerechtigkeit verwiesen, die einen klaren und systematischen

---

<sup>956</sup> Vgl. *Tobler-Linder* (2008), S. 185 – 209.

<sup>957</sup> Vgl. *Höffe* (1999), S. 342 – 345.

<sup>958</sup> Vgl. *Hahn* (2009), S. 28 – 29.

Zugang zum Phänomen der sozialen Gerechtigkeit dargelegt hat.<sup>959</sup> Diese gilt es im Kontext der globalen Gerechtigkeit weiter auszudifferenzieren:

|                             | (1)                           | (2)                      | (3)                           | (4)                           | (5)                            | (6)                               |
|-----------------------------|-------------------------------|--------------------------|-------------------------------|-------------------------------|--------------------------------|-----------------------------------|
| Formen sozialer Interaktion | Gemeinschaftsverhältnisse     | Austauschverhältnisse    | Herrschaftsverhältnisse       | Unrechtsverhältnisse          | Intergenerative Koexistenz     | Völkerrecht                       |
| Gerechtigkeitspostulate     | ↓<br>Verteilungsgerechtigkeit | ↓<br>Tauschgerechtigkeit | ↓<br>Politische Gerechtigkeit | ↓<br>Korrektive Gerechtigkeit | ↓<br>Generationengerechtigkeit | ↓<br>Internationale Gerechtigkeit |

Abb. 25: Grundformen sozialen Handelns und ihre Gerechtigkeitspostulate in internationalen Kontexten

Ad 1): *Verteilungsgerechtigkeit*: Eine distributive Gerechtigkeit, welche auf eine gerechte Verteilung von sozialen Gütern und Lasten referenziert, lässt sich bis dato auf globaler Ebene noch nicht feststellen; mit ein Grund, warum sie allerorts und allseits so heftig und nachdrucksvoll gefordert wird. Das aktuelle globale Wirtschaftssystem ist nämlich nicht nur unfair, sondern auch im höchsten Maße ungerecht. Es verteilt weder die kooperativ erzielten Gewinne noch die gemeinsamen Kosten annähernd verursachergerecht. Deutlich zu Tage tritt diese Schieflage in der globalen Verteilungsgerechtigkeit beim Klimawandel und bei der Umweltverschmutzung. Solange etwa für eine exzessive Kohlendioxidemission keinerlei Kompensation geleistet wird, wird gegen berechtigte Verteilungsansprüchen von betroffenen Drittstaaten in einer massiven Weise verstoßen.

Ad 2): *Tauschgerechtigkeit*: Regeln sowie Verfahren, die auf einen gerechten Warenaustausch sowie einen fairen Wettbewerb hinwirken möchten, sollen nahezu äquivalent und damit gerecht konzipiert werden. Dies findet jedoch weder de iure noch de facto statt, da die internationalen Marktverhältnisse von Grund auf unfair gestaltet sind. Während auf der einen Seite liberale Freihandelsbeziehungen niedrige Rohstoffpreise, Dumpinglöhne sowie inakzeptable Arbeitsplatzbedingungen begünstigen, schotten die Industrieländer ihre Märkte mittels protektionistischer Maßnahmen weitestgehend ab.<sup>960</sup> Auf dem medizinischen Sektor evoziert dies katastrophale und desaströse Auswirkungen. Das internationale Patentrecht verhindert unter Androhung von Milliardenklagen die Massenproduktion lebensnotwendiger Medikamente für weite Teile dieser Erde oder macht sie zumindest für diese unerschwinglich.<sup>961</sup>

Ad 3): *Politische Gerechtigkeit*: Politische Gerechtigkeit soll und muss auch auf globaler Ebene moralische Grundanforderungen an jene Regeln und Praktiken stellen, die gesellschaftliche Herr-

<sup>959</sup> Dieser Katalog an Beziehungsverhältnissen ist für die Menschen und ihre interagierende Koexistenz in zweifacher Hinsicht unabdingbar. Die einen kann der Mensch nicht aufgeben, da sie mit seiner Existenz und mit seiner Selbstverwirklichung eng verknüpft sind. Die anderen können nicht aufgegeben werden, da sie sein Leben mit Handlungsimperativen bekleiden, denen man sich nicht entledigen kann. Vgl. *Hahn* (2009), S. 26 – 28; Vgl. diesbezüglich auch nochmals *Koller* (2005), S. 92. Peter Koller referenziert als Ausgangssituation zur Formulierung von Gerechtigkeitspostulaten auf Gemeinschaftsverhältnisse.

<sup>960</sup> Energisch und eine profunde Analyse der internationalen Tauschgerechtigkeit abgehend vgl. *Stiglitz* (2002).

<sup>961</sup> Auch Otfried Höffe referenziert bei der Entrichtung von Entschädigungsleistungen wiederum auf das von ihm entworfene Tauschmodell. Seiner Ansicht nach war die entschädigungslose Besitz- und Landnahme der Kolonialherren von den indigenen Völkern ein ungerechter Tausch (nach Ansicht des Autors ist dies eine eklatante Untertreibung), da nur unzureichende bis gar keine kompensativen Gegenleistungen erbracht wurden. Ebenso seien durch die Sklaverei und durch die gesellschaftliche Exklusion der Schwarzen Nordamerikas von der gesellschaftlichen Teilhabe und Teilnahme die USA auch heutzutage verpflichtet, dem – im Sinne eines phasenverschobenen Tausches – entgegenzuwirken. Vgl. *Höffe* (2010), S. 309.

schaftsbeziehungen normativ tatsächlich regeln wollen. Auch hier muss wahrheitsgemäß konstatiert werden, dass bis dato weder faire noch gerechte globale Regelungen existieren. Als Paradebeispiel im negativen Sinne für die unkontrollierte Ausübung von Macht und Einfluss gilt für viele die jährlich an alternierenden Tagungsorten stattfindenden G8 bzw. G20 Konferenzen. Bei diesen Treffen werden regelmäßig Entscheidungen von globaler Tragweite getroffen, wobei nur wenige (politische) Akteure diesen Entscheidungsprozess tatsächlich zu beeinflussen vermögen.<sup>962</sup> Ebenfalls problematisch und zutiefst unfair ist die ungerechte Verteilung der globalen Medienaufmerksamkeit, die bestimmte Konflikte und Katastrophen schon, andere wiederum nicht in den Fokus und das Bewusstsein der Weltöffentlichkeit rücken lässt.

Ad 4): *Korrektive Gerechtigkeit*: Auch in der globalen Arena herrscht, so zentral und so wichtig die Einrichtung eines Internationalen Strafgerichtshofes<sup>963</sup> auch sein mag, eine massive Ungerechtigkeitsituation vor. Während Entwicklungsländer – unter Androhung der Kürzung humanitärer Hilfe – unter die Jurisdiktion der internationalen Gerichtshöfe gezwungen werden, optieren sich Großmächte wie die USA oder Russland, die diese Einrichtung zwar immer vehement gefordert haben, unter teils fadenscheinigen Argumentationen hinaus. So bleiben etwa Menschenrechtsverletzungen in Russland bzw. China de facto ohne größere Konsequenzen, da diese durch die Vetomöglichkeit im UN-Sicherheitsrat vor dem internationalen Sanktionsregime faktisch immun sind.<sup>964</sup>

Ad 5): *Generationengerechtigkeit*: Nach dem Grundsatz der intergenerativen Gerechtigkeit besitzt keine Generation das Recht, die Lebensbedingungen der nachstrebenden Generationen durch ungebührliches Verhalten zu verschlechtern. Die intergenerative Gerechtigkeit erweist sich auch im globalen Zusammenhang als vielschichtiges, äußerst komplexes Phänomen. Die Überschuldung der 3. Weltstaaten verhindert deren Entwicklung sowie die Herstellung humaner Lebensbedingungen von Millionen von Menschen über Generationen hinweg. Otfried Höffe benennt in seiner Abhandlung „*Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*“ die amnetische Gerechtigkeit, die aufgrund der Kolonialgeschichte eine ausgewogene Geschichtsschreibung und die Herausbildung eines multiethischen Weltgedächtnisses einfordert.<sup>965</sup>

Ad 6): *Internationale Gerechtigkeit*: Internationale Gerechtigkeit als wohl älteste Gerechtigkeitsmaxime auf transnationaler Ebene ist und war stets geprägt durch die hehren Prinzipien des Völkerrechts. Im Rahmen desselben sollte durch das nationale Selbstbestimmungsrecht der Völker die Eindämmung sowie die Deeskalation internationaler Konfliktsituationen sowie ein nachhaltiger Schutz der Menschenrechte erzielt werden. Zur internationalen beobachtbaren Ungerechtigkeit kommt es nach den völkerrechtlichen Maximen immer dann, wenn die Durchsetzung von völkerrechtlichen Normen trotz wortgewaltiger Lippenbekenntnissen nicht sichergestellt werden kann. Für die langfris-

---

<sup>962</sup> Man denke darüber hinaus noch an die hegemoniale Dominanz westlicher Großmächten bei Internationalen Institutionen wie u.a. der UNO, der Weltbank oder im Internationalen Währungsfonds.

<sup>963</sup> Vgl. dazu näher später noch IV.6.6..

<sup>964</sup> Siehe dazu auch ausführlich das Kapitel IV.6.5..

<sup>965</sup> Vgl. hierzu näher Höffe (1999), S. 16.

tige und tatsächlich dauerhafte Durchsetzung der internationaler Gerichtsbarkeit ermangelt es nämlich einer unter Garantie stehenden globalen Friedens- und Gerechtigkeitsordnung inklusive gerechtigkeitssichernder Exekutive und alternativen Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten.

#### IV.6.3. Die Notwendigkeit globaler Verantwortung für globale Armut

Allein die Vergegenwärtigung der nackten Zahlen- und Datenlage entzieht sich jeglicher menschlicher Vorstellungskraft. Über 40 % der aktuellen Weltbevölkerung leben unter der von der Weltbank festgesetzten internationalen Armutsschwelle von weniger als 2 US-Dollar pro Tag. 830 Millionen Menschen leiden unter permanenter und akuter Unterernährung; noch viel mehr an keiner annähernd ausreichenden Trinkwasser- oder Medikamentenversorgung. Armut bedingt über 18 Millionen Todesfälle; sie zwingt zur Prostitution sowie zur Kinderarbeit; sie unterjocht Menschen und zwingt diese in wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse; sie verursacht gewaltsame Konflikte und zwingt Menschen in Massen zur ungewollten Migration. Auf Basis der Zahlen-, Daten- und Faktenlage, welche auch niemand ernsthaft in Zweifel zieht, muss die gesamte Menschheit in die Pflicht genommen werden.<sup>966</sup>

Theoretische Erwägungen zur Konzeptionierung von Verantwortungspflichten für die von massiver Ungleichheit geprägten Konstellationen sind eng mit den universellen Gerechtigkeitspflichten verknüpft. Über die konkrete inhaltliche Ausgestaltung gibt es jedoch massive Auffassungsdifferenzen.<sup>967</sup>

Quer über den einschlägigen Literaturbestand haben sich zwei rudimentäre Grundauffassungen durchgesetzt, die auf eine nähere Differenzierung von David Miller beruhen:<sup>968</sup>

- Folgeverantwortung (outcome responsibility): Folgeverantwortung ist die Verantwortung einer einzelnen Person oder eines ganzen Kollektivs, das sich auf das Handeln anderer auswirkt. Man soll dabei für seine Handlungen Verantwortung übernehmen und mögliche negative Folgeerscheinungen tunlichst korrigieren und/oder wiedergutmachen.
- Hilfsverantwortung (remedial responsibility): Diese beruht auf dem moralisch humanistischen Anspruch, Menschen in unverschuldeten Notsituationen helfen zu müssen. Die Verantwortung wird dabei auf Menschen übertragen, die dazu auch tatsächlich und

---

<sup>966</sup> Diese und noch viele weitere erschütternde Zahlen und Fakten finden sich bei Thomas Pogge, der aus aktuellen Publikationen des Entwicklungsprogramms der Vereinten Nationen zitiert. Bezeichnend auch der Titel seines 2007 auf Deutsch erschienen Beitrags: „*Anerkannt und doch verletzt durch internationales Recht: Die Menschenrechte der Armen.*“ Vgl. Pogge (2007), S. 97 – 98.

<sup>967</sup> Während die einen ein Mindestmaß an Menschenrechten festsetzen wollten, um damit die Verantwortung möglichst nach unten zu nivellieren, fordern andere wiederum proaktiv Egalität und damit eng verbunden die Herstellung relativer Chancengleichheit. Vgl. Hahn (2009), S. 34.

<sup>968</sup> Vgl. Miller (2007), S. 81 – 110.

faktisch in der Lage sind. Die bloße Tatsache, dass sich Menschen in Notsituationen befinden, reicht dabei schon aus, globale Verantwortung zu verlangen.

Spricht man von globaler Armut als zentrale moralische Herausforderung, so muss im Rahmen dieser Dissertation auch Peter Singer unbedingt Erwähnung finden.<sup>969</sup> Singers Grundeinstellung zum Phänomen der globalen Armut ist dabei eine reichlich utilitaristische. Er bewertet globale Handlungen danach, wie diese es fertigbringen, das größtmögliche Wohlbefinden einer größtmöglichen Anzahl von Menschen zu erzielen. In Abgrenzung zu anderen utilitaristischen Theoretikern blendet er jedoch dabei spezielle Bindungen und Verantwortlichkeiten konkreter Lebensbiographien nicht aus. Er antizipiert dabei, dass Armut per se etwa Unleidiges und Unnötiges ist, da es in unserer aller Macht steht, zur Linderung dieses Übels auch einen wichtigen und entscheidenden Beitrag zu leisten. Dabei sollen wir aus einem intrinsischen Antrieb heraus motiviert werden, uns im Rahmen unserer Möglichkeiten zur Bekämpfung von Armut und ihren strukturellen Hintergründen einzusetzen. Dies trifft dabei sowohl die Menschheit in ihrer Gesamtheit als auch jeden Einzelnen von uns im Rahmen unserer individuellen Verantwortung. Kritiker wenden dagegen ein, Singer überstrapaziere mit seinen Moralitätsansprüchen das Anforderungsprofil eines Menschen. Singer fordert nämlich von jedem ganz nach utilitaristischer Tradition ein nahezu an Selbstaufopferung erinnerndes Leben am Grenznutzen. Der Grenznutzen bei der Bekämpfung der globalen Armut manifestiert sich an dem Punkt, an dem eine Person aufgrund ihres Engagements beginnt, sich selbst und den Menschen in ihrer nächsten Umgebung inakzeptable Schäden zuzufügen.<sup>970</sup>

Die von den Kritikern skandierten Beanstandungen an Singers zu hohen Moralvorstellungen sind keineswegs unberechtigt.<sup>971</sup> Setzt man nun alle moralischen Vorstellungen mit dem Gerechtigkeitsverständnis gleich, so gelangt man zu dem evidenten Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeit auf der einen und der individuellen Freiheit auf der anderen Seite. Aufgabenstellung der politischen Theorie muss es dabei sein, jene institutionellen Lösungen auszuloten, die ein hohes Maß an individueller Freiheit in einer möglichst gerechten Welt gewährleistet. Singer als vehementer Verfechter von moralischen Gerechtigkeitspflichten widerstrebt daher zunächst der als bedingungslos angesehene substantielle Eigenwert von persönlicher Freiheit. Aber die oben artikulierten Unzulänglichkeiten erkennt auch Peter Singer, weshalb er die individuelle Verantwortung zugunsten der Verantwortlichkeit internationaler Akteure einschränkt.<sup>972</sup> Dementsprechend ruft er jeden einzelnen Menschen zu einer altruistischen Lebensweise auf und ordnet diesem eine nicht von der Hand zu weisende Mitverantwortung zu, die sich beispielsweise in einer erhöhten Spendenbereitschaft oder in einem

---

<sup>969</sup> Neben weiteren wichtigen Publikationen muss bei Singer vor allem sein zentrales und mittlerweile in zweiter Auflage erschienenes Werk „*One World: The Ethics of Globalization*“ erwähnt werden. Vgl. *Singer* (2004).

<sup>970</sup> Vgl. *Singer* (2007), S. 49.

<sup>971</sup> Samuel Scheffler formuliert dabei gewohnt drastisch, dass der Mensch bei Singer selbst zur Geisel seiner eigenen Verpflichtung wird. Letztendlich kann dies zu einer Gefahr für die eigene körperliche Integrität geraten. Vgl. *Scheffler* (2003), S. 10.

<sup>972</sup> So etwa auch zuletzt, wenn auch nur im Ansatz, *Singer* (2010).

Engagement bei einer NGO realisieren lassen würde. Singer artikuliert demnach einen unmissverständlichen Aufruf, unsere vielleicht unmoralischen Lebensstile nochmals zu überdenken.<sup>973</sup>

Dies alles hat jedoch noch eher den Anschein von Charity, da Verpflichtungen lediglich moralisch motiviert sind und nicht auf einklagbaren und tatsächlich einforderbaren Gerechtigkeitsverpflichtungen beruhen. Für die tatsächliche und rechtlich verbindliche Einklagbarkeit solcher Ansprüche müsste man nämlich die konkrete Mitverantwortung belegen müssen, was in den seltensten Fällen auch tatsächlich gelingen wird.

Diese Defizite im Singer'schen Ansatz erkennend artikuliert Thomas Pogge neben den individuellen moralischen Verpflichtungen eine moralische Hilfsverpflichtung der Staaten, denen er auch eine institutionelle Folgeverantwortung aufbürdet. Er sieht in der Bekämpfung von moralischer Armut weniger ein individuelles Problem, sondern akzentuiert dabei eher von der Moral zu separierende Gerechtigkeitsfragen: *„Wohlhabende Bürger und Staaten haben gewisse moralische Pflichten, Menschen in lebensbedrohlicher Armut zu helfen (wenigstens sofern die Kosten solcher Hilfe für uns bequem tragbar sind). Aber das Etikett lenkt davon ab, dass hier auch strengere, negative Pflichten im Spiel sind – etwa die Pflicht, von uns verursachte schwere Schädigungen zu minimieren, und die Pflicht, ungerechte Verhältnisse nicht zum Nachteil ihrer Opfer auszunutzen. [...] Um die Verletzungen negativer Pflichten zu vermeiden, müssen wir die Armen zumindest entschädigen. Eine solche Entschädigung ist nicht Hilfe, sondern eine Verminderung der Schäden, die wir ihnen dadurch antun, dass wir sie einer ungerechten Weltordnung unterwerfen, von deren Durchsetzung wir auf ihre Kosten profitieren.“*<sup>974</sup>

Nach Pogge ist es demnach mehr als offenkundig, dass der gegenwärtigen institutionellen Weltordnung eine nicht zu vernachlässigende Mitverantwortung aufzuerlegen ist. Die auf globaler Ebene agierenden politischen Institutionen sind allesamt von den großen hegemonial agierenden Staaten dominiert und diktieren demnach auch die normativen Regeln, von denen sie prima facie einmal selbst profitieren, während sich diese auf andere Staaten negativ und teilweise intensiv schädigend auswirken. Pogge bestreitet dabei keineswegs, dass Armut auch innerstaatlich begründet sein kann, legt jedoch großen Wert auf die Feststellung, dass die Ursachen von innerstaatlich auftretender Armut vordergründig durch die vorherrschende ungerechte Weltordnung hervorgerufen werden. Charakteristisch für den evidenten Ungerechtigkeitsgehalt dieser Konstellation ist mithin die Tatsache, dass einzelne Gruppen, die unter Anwendung und Androhung obstruktiver Gewalteskapaden ein Land regieren können, unter gewissen Umständen auch noch als legitime Regierung anerkannt werden. Pogge versucht dies anhand des internationalen Rohstoffprivilegs zu exemplifizieren. Illegitime Regime, die Eigentums- oder Zugangsrechte an wichtigen Rohstoffen für sich akklamiert haben, werden – wenn der Rohstoff nur wichtig genug ist – als legitime Verhandlungspartner in den globalen Arenen anerkannt. De facto begründet also dieses internationale Rohstoffprivileg ein artifizielles höchst ungerechtes Anreizsystem für potentielle Putschversuche seitens des Militärs oder anderer paramilitärischen Gruppierungen. Verbunden mit dem Recht, das diesen Regimen eingeräumt wird, die Erlöse

---

<sup>973</sup> Vgl. Hahn (2009), S. 42 – 43.

<sup>974</sup> Pogge (2003), S. 243.



aus diesen Rohstoffverkäufen wiederum am Absatzmarkt für Waffen (re-)investieren zu können, verfestigt sich durch das internationale Rohstoffprivileg das ungerechte und die eigene Bevölkerung unterjochende Machtgefüge.<sup>975</sup>

Neben dem internationalen Rohstoffprivileg konnte sich im Weiteren ein nicht minder unheilvolles internationales Kreditprivileg etablieren. Despotische Regierungen verfallen regelmäßig und nur allzu leicht der Versuchung ihre eigenen privaten Schulden zu Staatsschulden zu transformieren, wiewohl sie damit primär Söldnertrupps anheuern oder Waffen käuflich akquirieren, die ihnen beim eigenen Machterhalt helfen sollen. Eine besondere Form dieser Ungerechtigkeit besteht in der Folge darin, dass im Übergang zu demokratisch legitimierten Nachfolgeregierungen die letztgenannten unter dem zuvor angehäuften Schuldenberg massiv zu leiden haben. Dringende Strukturreformen sowie Nahrungsmittelkäufe können daher oft nicht finanziert werden.<sup>976</sup>

Das Anliegen von Thomas Pogge ist es daher aufzuzeigen, dass es dies auch aufgrund innerstaatlicher Gründe, wie dem Fehlen einer gefestigten politischen Kultur oder in Ermangelung einer als Korrektiv agierenden Zivilgesellschaft, zu ergründen gilt. Dies alles spielt sich jedoch in einem globalen Umfeld ab, dessen Determinanten in erster Linie von den Industriestaaten und den internationalen Institutionen geschaffen und auch geprägt werden. Sie sind es auch, die durch die Ausübung hegemonialer Machtstrukturen primär und vordergründig profitieren. Pogge sieht darin auch einen Affront gegen die doch universell geltenden Menschenrechte, da er aus diesen eine moralisch begründbare institutionelle Grundlage zu deduzieren versucht: *„Personen, die darin involviert sind, zwangsbehaftete soziale Institutionen aufrechtzuerhalten, tragen eine geteilte moralische Verantwortung, dass diese Institutionen zumindest den Kern der universellen Kriterien grundlegender Gerechtigkeit sichern, indem sie, soweit dies vernünftigerweise möglich ist, die Menschenrechte aller Personen erfüllen, deren Verhalten durch sie reguliert werden soll.“*<sup>977</sup>

Die Transformation dieser institutionellen Gerechtigkeitsverpflichtungen hängt jedoch weiterhin auch von anderen politischen Faktoren ab. In erster Linie sieht Pogge die Verantwortung für die internationale Ausrichtung der Menschenrechte im Aufgabengebiet der Nationalstaaten; aber auch die Internationalen Organisationen entlässt Pogge nicht aus ihrer Mitverantwortung, da ihre Handlungen die Menschenrechtsbedingungen in anderen Teilen der Welt stark beeinflussen können. Am Ende gelangt die Verantwortungskette bis zu jedem Einzelnen von uns. So werden von uns – zwar unintendiert – durch unser Konsumverhalten Menschenrechtsverletzungen stillschweigend in Kauf genommen.<sup>978</sup>

Zieht man nunmehr einen Vergleich zwischen Pogge und Singer, so sieht ersterer weniger ein Versagen der moralisch menschlichen Natur, sondern demgegenüber eher institutionelle Ungerech-

---

<sup>975</sup> Thomas Pogge verweist dabei auf die dramatische Situation in Nigeria, das paradoxerweise trotz enormen Rohstoffreichtums mitunter die schlechtesten Entwicklungsquoten vorzuweisen hat. Vgl. Pogge (2003), S. 233 – 235.

<sup>976</sup> Vgl. Hahn (2009), S. 45 – 46.

<sup>977</sup> Pogge (2002), S. 49. Er plädiert demnach für eine allumfassende Verantwortlichkeit innerhalb des Menschenrechtsregimes. *„Es ist daher ihre kollektive Verantwortung dieses System so zu strukturieren, dass alle Teilnehmer einen sicheren Zugang zu den Gegenständen ihrer Menschenrechte haben.“* Ebd., S. 66. (Beide Zitate Übersetzungen des Autors aus dem Englischen)

<sup>978</sup> Vgl. ebd., S. 21 – 68.

tigkeiten globalen Ausmaßes. In dieser Hinsicht zeigt sich die individuelle Verantwortung gegenüber Herausforderungen von globaler Armut als eine Aufgabe und Angelegenheit der politischen Gerechtigkeit. Die eben erörterte Verantwortungskette, die schließlich bei jedem Einzelnen von uns endet, bleibt einigermaßen diffus. Der individuelle Verantwortungsgrad variiert nämlich unter anderem auch danach, ob jemand die Menschenrechtsverletzungen direkt und unmittelbar durch eigene Handlungen kausal (mit-)verursacht hat, quasi als Komplize fungiert und von den Menschenrechtsverletzungen oder den Begleitumständen profitiert, oder sich einfach generell vermehrt für eine gerechtere moralische internationale Ordnung einsetzen könnte. Ein weiterer Kritikpunkt respektive ein weiteres Problem besteht darin, dass sich nicht alle Armutssituationen auf internationaler Ebene letztlich auf verwerfliches individuell-verantwortungswidriges Verhalten zurückführen lassen. Pogge macht zwar eindrucksvoll deutlich, dass die internationale Grundarchitektur bzw. die internationalen Institutionen für das Problem der globalen Armut mitverantwortlich sind. Er übersieht bei der Konzentration auf negative Gerechtigkeitsverpflichtungen sowie internationale Zusammenhänge jedoch geflissentlich, dass die von ihm so kritisierten Grundstrukturen auf internationaler Ebene nicht besonders stark ausgebildet sind.<sup>979</sup>

Die Arbeiten Peter Singers und Thomas Pogges rezipierend entwickelt David Miller seine Theorie der nationalen Verantwortung, welche den liberalen Nationalismustheorien zuzuordnen ist. Ansprüche auch der globalen sozialen Gerechtigkeit sind dabei *prima facie* wieder im Aufgabengebiet der Nationalstaaten zu verorten, wiewohl die Geltung der globalen Menschenrechte auch von David Miller keineswegs geleugnet wird. In Abgrenzung zu Thomas Pogge wendet David Miller aber ein, dass die globale Weltordnung keinesfalls alleinig für das Phänomen der globalen Armut herangezogen werden könne. Im Gegensatz zu Pogge, der diese Aspekte vollkommen ausblendet, weist Miller bei Nationen, die unter einer despotischen Herrschaft zu leiden haben, auch auf innerstaatliche Einflüsse hin. Miller leugnet demnach den von Pogge ausgerufenen explanatorischen Globalismus und fordert im gleichen Atemzug ein Mehr an Sensibilität, bevor man vorschnell die ganzheitlich zu tragende Verantwortung für schwere Armutsfälle kollektiv der internationalen Gemeinschaft zuschreibt. Die Nationalstaaten dürfen diesbezüglich keinesfalls aus ihrer Pflicht entlassen werden. Die Transferierung des Problems der globalen Armut auf eine höhere Ebene löst das Problem nämlich nicht. Auch für Miller stellt sich die Frage der globalen Armut primär als Gerechtigkeitsfrage dar. Zur Beantwortung bzw. zur Lösung dieser Fragestellung wählt Miller eine eigene selbständige Herangehensweise an

---

<sup>979</sup> Diese und noch weitere Kritikpunkte an den theoretischen Konzepten Thomas Pogges findet man bei *Hahn* (2009), S. 48 – 49.

das Phänomen der Menschenrechte. Relevant sollen aber bei Miller nur jene Menschenrechte sein, die die menschlichen Grundbedürfnisse befriedigen wollen.<sup>980</sup>

Wird es einer Person daher versagt, ihre innersten und notwendigsten Grundbedürfnisse befriedigen zu können, steht zuerst die sie beheimatende Nation und subsidiär die internationale Gemeinschaft in der Pflicht. Für die Verantwortlichkeit der Staaten oder der internationalen Gemeinschaft lässt Miller jedoch nur drei plausible Begründungen gelten. Zum einen noch aus der Kolonialzeit entstammende und hervorgehende Ungerechtigkeiten, die sich bis zum heutigen Tage nachweislich negativ auswirken; weiters, wenn manche Nationen auf Kosten anderer von der auf internationaler Ebene vorherrschenden Weltordnung profitieren oder sich für die Aufrechterhaltung dieses ungerechten Weltordnungssystems einsetzen; und drittens wenn die Not und das erlebte Elend einer Nation das alleinige Resultat einer Naturkatastrophe ist, bei der eine Eigenverantwortung des Staates gänzlich ausgeschlossen werden kann. Wo jedoch die Armut in die kollektivierbare Verantwortlichkeit der betroffenen Nation fällt, besteht für die internationale Gemeinschaft per se keine Gerechtigkeitspflichten, sondern höchstens humanitäre Verpflichtetheit zur adäquaten Hilfeleistung. Diese humanitären Verpflichtungen resultieren aus recht strengen moralischen Anforderungen, die sich aber nicht auf eine Rechtsnorm zurückführen lassen. Aber selbst ohne repressive Durchsetzungsnormen wird eine wohlhabende Nation, die sich weigert, die ihr durchaus mögliche humanitäre Hilfe zu leisten, in der Weltöffentlichkeit diskreditiert. Miller deutet daher die bei Pogge noch negativ interpretierten Gerechtigkeitspflichten ins Positive um. Er bedient sich diesbezüglich einer moralischen Gerechtigkeitskonzeption, um die Hilfsverantwortung wohlhabender Nationen begründen zu können.<sup>981</sup>

#### IV.6.4. Gerechtigkeitserwägungen im Umweltvölkerrecht

Das Umweltvölkerrecht ist in Relation zu anderen Teilen des Völkerrechts ein relativ junges und somit neuartiges Rechtsgebiet.<sup>982</sup> Beim Umweltschutz, als ein globales Problem im Spannungsfeld von Recht und Gerechtigkeit, ist zunächst auf die erheblichen Defizite des gesetzten Rechts zu verweisen. Das inhaltlich defizitäre Recht ist daneben noch zu wenig effektiv. Es bleibt demnach bedauerlicherweise zu konstatieren, dass Natur und mit ihr zusammen tradierte Wertvorstellungen

---

<sup>980</sup> Zu diesen Grundbedürfnissen zählt Miller ausschließlich jene Dinge, die eine Person unbedingt benötigt, um nicht in ihrer Integrität einen nachhaltigen Schaden zu erleiden. Er definiert dabei einen Mindeststandard, den er unbedingt für notwendig hält und den eine Person benötigt, um ein „*minimal anständiges Leben in der Gesellschaft zu führen, zu der sie gehört. [...] Diese Bedingungen, und ähnliche, definieren eine Schwelle, die alle Menschen erreichen sollten, egal ob sie in der Lage sind, eine florierende Existenz zu erreichen oder nicht.*“ Miller (2007), S. 181. (Übersetzungen des Autors aus dem Englischen)

<sup>981</sup> Vgl. Hahn (2009), S. 54.

<sup>982</sup> Im Wesentlichen wurde es durch die Stockholmer-Konferenz des Jahres 1972 (United Nations Conference on the Human Environment) begründet, bei denen 26 Prinzipien verabschiedet wurden, die teilweise aus dem Völkergewohnheitsrecht übernommen worden sind. Berühmter als diese Gründerkonferenz wurde die 1992 abgehaltene Konferenz der Vereinten Nationen für Umwelt und Entwicklung in Rio de Janeiro, die das Umweltvölkerrecht erheblich weiterentwickelte und eine Verknüpfung umweltpolitischer Fortschritte mit notwendigen politischen und wirtschaftlichen Entwicklungen herstellte.

auf nur äußerst ungenügende Weise in der internationalen Rechtsordnung verankert sind, und ein wirksamer Schutz sich durch und mit den vorhandenen Normen nicht bewerkstelligen lässt. Gerechtigkeit im Bereich des Umweltschutzes wird deshalb heutzutage dahingehend interpretiert, dass er zum einen kompetente und auch praktikabel handhabbare Lösungen für komplexe Umweltprobleme parat halten und zum anderen im außernormativen Bereich allgemein überzeugende Gerechtigkeitskonzepte zur Verfügung stellen soll.<sup>983</sup>

Gerechtigkeit im Umweltvölkerrecht konnte sich dabei entlang sog. Leitsätzen bzw. Prinzipien entwickeln, die dem staatlichen Handeln eine gewisse Orientierungsstruktur geben sollen. Der Rechtscharakter bzw. die Rechtsqualität dieser Prinzipien ist – wie so häufig im internationalen Recht – nicht vollends geklärt, doch wird man dem Gros dieser Normen zumindest das Prädikat des Völkergewohnheitsrechts attestieren können. Für konkrete Handlungsimperative der Staaten sind diese Prinzipien des Völkergewohnheitsrechts jedoch zu unpräzise, da sie zu allgemein formuliert sind und darüber hinaus zu universelle und zu ambitionierte Zielvorstellungen verfolgen.<sup>984</sup>

- Das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung

Das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung ist wie die Begrifflichkeit der Gerechtigkeit selbst ein relativ schwer beschreibbares Phänomen. Das Spannungsverhältnis zwischen ökonomischen, sozialen und ökologischen Zielvorstellungen sowie die differenten Ausgangslagen der Staaten relativiert dieses Prinzip noch mehr. Klar ist jedenfalls, dass es beim Prinzip der nachhaltigen Entwicklung um eine von allen Staaten gemeinsam zu tragende Verantwortung in Umweltbelangen geht, das jedoch nicht für alle Staaten die gleichen Konsequenzen entfaltet. Als Beispiel kann hier das Kyoto-Protokoll angeführt werden, in denen einzelnen Staaten verschiedene und sehr unterschiedliche materielle Verpflichtungen auferlegt wurden.

- Das Konzept des gemeinsamen Erbes der Menschheit

Dieses Konzept bietet einen Ansatzpunkt für die Nutzung von staatsfreien Räumen. Es handelt sich dabei de facto weniger um ein Prinzip, als einen in mehreren völkerrechtlichen Verträgen angesprochenen Schutzgrundsatz. Als ein Veranschaulichungsbeispiel kann in diesem Kontext die Seerechtskonvention von 1982 genannt werden.

- Das Kooperationsprinzip

Das Kooperationsprinzip ist ein sichtbares Zeichen des Paradigmenwechsels im Völkerrecht. Der lange Zeit vorherrschende Status der Koexistenz wird dabei immer weiter zurückgedrängt und durch eine Zunahme an Kooperation substituiert. Die dringlichen globalen Problemlagen können nämlich nur auf Grundlage aktiver Kooperation der Staaten selbst gelöst werden. Eine Konsequenz des Kooperationsprinzips sind heutzutage – noch vor Jahren unvorstellbare – Informations-, Warn- und Konsultationspflichten.

---

<sup>983</sup> Vgl. *Wolf* (1994), S. 164 – 169.

<sup>984</sup> Die nun im Folgenden dargestellte Aufzählung folgt über weite Strecken den von der Juristin Astrid Epiney aufgestellten (Gerechtigkeits-)Prinzipien des Umweltvölkerrechts. Vgl. *Epiney* (2007), S. 33 – 36.

- Das Verursacherprinzip

Dieses Prinzip fragt nach der Kostentragung für umweltpolitische Maßnahmen. Der Verursacher von Umweltproblemen soll dabei zur allumfassenden Kostenübernahme verpflichtet werden. Als ein aktuelles Beispiel kann die Ölkatastrophe 2010 im Golf von Mexiko angeführt werden, bei dem die USA die Alleinverantwortung von BP postulierte und die Übernahme sämtlicher Kosten und Folgekosten seitens des Ölmultis forderte. BP akzeptierte schließlich die Verantwortung und sagte zu, sämtliche Kosten dieser Umwelttragödie zu übernehmen. Des Weiteren existiert die Zielsetzung, umweltschädigendes Verhalten schon präventiv zu vermeiden und ein kollektives Bewusstsein für die gemeinsame Verantwortung zum Schutz der Interessen künftiger Generationen zu kreieren.

- Der Grundsatz der angemessenen Nutzung gemeinsamer natürlicher Ressourcen

Befinden sich wertvolle Ressourcen auf mehreren Staatsterritorien, so wird die Frage nach der rechtmäßigen Nutzung virulent. Staaten sollten in dieser Konstellation ein Verhalten an den Tag legen, welches auch dem anderen Staat eine adäquate Nutzung ermöglichen soll. Vor dem Hintergrund staatlicher Integrität dürfen dabei Nutzungsrechte des anderen nicht ex ante geschmälert werden. Dieser Grundsatz dient als Leitprämisse für so manch bilaterale Übereinkunft. Heutzutage treten vor allem bei der Beanspruchung wertvoller Bodenschätze Konflikte auf, wenn Grenzen nicht genau definiert sind (so z.B. am Nordpol).

Gerechtigkeitsaufgeladenes Recht geriert sich somit als zentrale Entscheidungsregel im Umweltvölkerrecht, deren Konflikte prima vista von anderen Einflüssen wie der Naturwissenschaft, der Technik oder Ökonomie erzeugt werden, von diesen ursächlichen Erzeugern jedoch nicht auf zufriedenstellende Art und Weise einer probaten Lösung zugeführt werden. Eine potentielle Theorie der Umweltgerechtigkeit sieht sich zunächst prioritär immer mit der scheinbar hoffnungslosen Situation konfrontiert, Lösungskonzepte auszuarbeiten, ohne die Ursachen selbst beeinflussen zu können.<sup>985</sup>

Die Hauptherausforderung im Rahmen des Umweltvölkerrechts besteht sicherlich darin, dem Gerechtigkeitsideal für alle Staaten eine gewisse Verbindlichkeit zu verleihen. In diesem Kontext darf auch die institutionelle Ebene nicht vernachlässigt werden. Derzeit ermangelt es nämlich in der an sich breit gefächerten Struktur der Vereinten Nationen an einer internationalen Umweltorganisation, die bei der Erarbeitung umweltvölkerrechtlicher Probleme sowie bei deren Interpretation und bei deren Kontrolle schlichtend agieren könnte.<sup>986</sup>

---

<sup>985</sup> Eine Theorie der ökologischen Ungerechtigkeit kann sich nicht hinter dem heuristischen Prinzip des Rawls'schen „*Schleier des Nichtwissens*“ verbergen.

<sup>986</sup> Alfred Rest geht über den Gedanken an die Schaffung einer multinationalen Umweltorganisation noch hinaus. Er postuliert vehement die Idee eines Umweltgerichtshofes, der bei internationalen Umweltübereinkommen möglichst obligatorisch zuständig sein sollte. Vgl. Rest (1998).

#### IV.6.5. Von der Universalität der Menschenrechte zur humanitären Intervention

Von einer unverbrüchlichen Universalität der Menschenrechte im globalen Kontext zu sprechen ist durchaus gefährlich. Denn die Menschenrechte, so wie sie in unserer gut abgegrenzten Vorstellungsweise existieren, sind durch eine westliche, eurozentristische Sichtweise geprägt, die nur allzu oft andere Kulturen sowie deren Religionsverständnis sträflich und gröblich vernachlässigen.<sup>987</sup>

Wurde bereits im Kapitel IV.1.2. über den inhaltlichen Definitionsgehalt von Grund- und Menschenrechten räsoniert, so muss im Rahmen der globalen Gerechtigkeit auch über die Möglichkeit von deren internationalen Durchsetzung gesprochen werden. Menschenrechte werden regelmäßig nicht durch das Abfassen umfang- und wortreicher Protestnoten zum Durchbruch verholfen. Neben der im nächsten Kapitel näher zu behandelnden Internationalen Strafgerichtsbarkeit gesellt sich heutzutage noch die humanitäre Intervention, die immer dann angestrengt wird, wenn ein Staat seinen Untertanen die rudimentärsten und grundlegendsten Menschenrechte verweigert.

Als Urheber der Lehre vom gerechten Krieg wird heutzutage Cicero bezeichnet, der humanitäre Interventionen dann für zulässig deklarierte, wenn ein gerechtfertigter Grund (ein sog. *insta causa*) vorlag, um den gerechten Zustand wiederum zu restituieren. Ein derart gerechter Krieg kann aber immer nur die ultima ratio des politischen Handelns sein, und muss von einer anderen legitimen Autorität ausgeführt werden.<sup>988,989</sup> Die alte antike Idee von der unverbrüchlichen Universalität der Menschenrechte sollte erst wiederum nach 1945 mit der Internationalisierung der Menschenrechte eine umfassende Renaissance erleben. Die Idee kulminierte schlussendlich in der „*Universalen Erklärung der Menschenrechte*“ im Dezember 1948, die erstmals universelle Menschenrechtsstandards festsetzte, auf deren Grundlage eine Vielzahl weiterer obligatorischer Menschenrechtsverträge – wie etwa auch die EMRK – formuliert wurden.<sup>990</sup>

Auf diesen Menschenrechtskatalog wird auch immer wieder rekurriert, wenn es darum geht humanitäre Interventionen unter Verweis auf Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen zu legitimieren. Ein Aspekt, der immer wieder im Hinblick auf Gleichheit und Gerechtigkeit umfangreichen Anlass zur Kritik gibt, ist der Umstand, dass humanitäre Interventionen aus inkonsistenten Motivationslagen der intervenierenden Staaten heraus durchgeführt werden, deren Bestrebungen nur allzu oft durch ökonomische und andere machtpolitische Interessen nebulös verschleiert sind.<sup>991</sup>

---

<sup>987</sup> Elisabeth Holzleithner bezeichnet diesen Umstand als eurozentristischen Kulturimperialismus. Vgl. Holzleithner (2009), S. 104 – 105.

<sup>988</sup> Vgl. Cicero, De Officiis I, 34 – 38.

<sup>989</sup> Diese antiken Überlegungen, die innerhalb der Internationalen Beziehungen heutzutage wiederum an Bedeutung gewonnen haben, büßten zwischenzeitlich an Relevanz ein. Mit dem Mittelalter und dem Aufstieg des Nationalstaates als politischer Akteur wurde das *ius ad bellum* mehr und mehr durch das *ius in bello* ersetzt, welches seinerseits die Spielregeln und Modalitäten der Kriegsführung pro futuro festlegen sollte. Vgl. Holzleithner (2009), S. 107.

<sup>990</sup> Vgl. Berka (1999), S. 29.

<sup>991</sup> Eine durchaus interessante Ansicht vertritt diesbezüglich Taylor Seybolt. Er stellt in seiner lesenswerten Monographie weniger die Frage nach den richtigen oder falschen Motivationslagen der intervenierenden Staaten, sondern versucht eher abzuklären, wie hoch die Erfolgsaussichten einer solchen Intervention in Relation zu den verursachten Schäden seien. Vgl. Seybolt (2008).

Auch besteht im Konzert der Internationalen Beziehungen in den seltensten Fällen Konsens darüber, wie exakt eine solche humanitäre Intervention auszusehen hat. Grundsätzlich werden allgemein relevante demokratische Grundstandards, wie Rechtsstaatlichkeit und Liberalität nicht unbedingt gefordert, da sie als eine nur allzu evidente westlich akzentuierte Sichtweise über die Ausgestaltung von Herrschaftsverhältnissen qualifiziert werden. Alles in allem stehen humanitäre Interventionen nicht selten unter äußerst ambivalenten Vorzeichen. Wird aus humanitären Gründen von der Staatengemeinschaft interveniert, so wird dieser Eingriff anderenorts nicht selten als Übergriff angesehen, bei dem es unzählige Opfer zu beklagen gilt. Wird andererseits nicht interveniert, so lässt man Unterdrückte und Unterjochte sehenden Auges in der Gewaltherrschaft despotischer Staaten. Solche diffizilen Fragestellungen mit dem Verweis auf das Ideal der Gerechtigkeit zu beantworten, stellt keinesfalls ein leichtes Unterfangen dar.

#### IV.6.6. Internationale Strafgerichtsbarkeit als Ausdruck globaler Gerechtigkeit

Das zarte und zunächst zögerliche Erwachen der Internationalen Strafgerichtsbarkeit in institutioneller Hinsicht lässt sich auf die Mitte der 1990er Jahre zurückdatieren. Vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen wurde im Mai 1993 der Strafgerichtshof in Jugoslawien und im November 1994 jener für Ruanda installiert. Ersterer sollte in Jugoslawien verübte Kriegsverbrechen zum Untersuchungsgegenstand haben, während zweiterer die Völkerrechtsverbrechen in Ruanda einer allumfassenden Aufklärung zuführen sollte.<sup>992</sup>

Nach allgemeiner hoher Zustimmung und breiter Zufriedenheit über diese beiden Versuchsbalone der Internationalen Strafgerichtsbarkeit herrschte auf internationaler Ebene ungewöhnliche Einhelligkeit. Schließlich rang man sich im Jahr 1998 zur Verabschiedung des sog. „*Romstatuts*“ und damit zur Installierung eines in Permanenz agierenden und operierenden Strafgerichtshofes durch. Dieser konnte schließlich nach langwierigen und zähen Verhandlungen im Juli 2002 seine Tätigkeit aufnehmen.<sup>993</sup>

Mit der Einigung auf das „*Romstatut*“ verzichteten die Signatarstaaten auf einen Teil ihrer ureigensten nationalstaatlichen Souveränität. Die Eigenlogik des „*Romstatutes*“ versteht sich dabei als eine komplementäre Ergänzung zu den nationalen völkerstrafrechtlichen Normen. So ist beispielsweise im Rahmen des Statuts auch verankert, dass grundsätzlich nationalstaatliche Normen prioritär zu den Normen des Internationalen Strafgerichtshofes stehen. Das normiert eine subsidiäre Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes, der nur bei Fehlen strafrechtlicher Bestimmungen bzw. bei deren menschenrechtswidrigen oder rechtsmissbräuchlichen Anwendung zum Einsatz gelangen soll-

---

<sup>992</sup> Als formelle Prozessgrundlage diente in beiden Fällen jeweils ein Statut, das vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen nach Kapitel VII der UN-Charta erlassen wurde. Vgl. diesbezüglich die Resolutionen des Sicherheitsrates 827/1993 vom 25. Mai 1993 sowie 955/1994 vom 8. November 1994.

<sup>993</sup> Genauere Details über den holprigen Verhandlungsverlauf sowie über das ambivalente Verhalten der Vereinigten Staaten findet man unter *Ambos* (1999).

te. So wird der Gerichtshof immer dann tätig, wenn innerhalb der nationalstaatlichen Grenzen eine effektive und faire Strafverfolgung nicht mehr gewährleistet werden kann.<sup>994</sup>

Die internationale strafrechtliche Verfolgung von Kriegsverbrechen zeigt die immanenten Grenzen der Möglichkeiten von Strafjustiz auf und konfrontiert diese mit großen Herausforderungen, welche zu meist aus praktischen Gegebenheiten resultieren.<sup>995</sup> So macht es u.a. Schwierigkeiten präsumtiv vermutete Kausalitätsketten im Rahmen eines Prozesses tatsächlich zu rekonstruieren. Auch stehen sich die Täter und die als Zeugen herangezogenen Opfer in solchen Prozessen in den seltensten Fällen kontradiktorisch gegenüber. Auch die Richtigkeit sowie die Authentizität der herangeschafften Dokumente lässt sich oft ex post nicht einwandfrei feststellen. Auch die Zeitspannen zwischen dem Tatzeitpunkt und der Anklageerhebung sowie zwischen der Anklageerhebung und der Verhandlung sind entsprechend lang und können von den Tätern bzw. deren Erfüllungsgehilfen dafür verwendet werden, die inkriminierten Hintergründe zu verschleiern.<sup>996</sup>

Sind die herkömmlichen traditionellen nationalstaatlichen Strafverfahren noch so ausgestaltet, dass möglichst alle Straftäter einem effektiven und effizienten Strafprozess wünschenswerter Weise einer Strafverfolgung zuzuführen sind, so kann diese Anforderung an den Internationalen Strafgerichtshof nicht gestellt werden, da die potentielle und auch tatsächliche Anzahl an Völkerrechtsverbrechen seine Kapazitätsgrenzen bei Weitem sprengen würde. Dem Internationalen Strafgerichtshof kann es vielmehr nur um die Setzung generalpräventiver Signalwirkungen gehen. Allerdings wird im Rahmen des „*Romstatuts*“ auch die Rolle der Opfer umfassend und vollständig neu definiert. Ein immanenter und unmittelbarer Opferbezug ist heutzutage einer der integralen Grundsäulen des modernen Strafrechts. Wurden früher Opfer des Öfteren als Beweismittel degradiert, so konnte der Internationale Strafgerichtshof durchaus die Möglichkeit schaffen, den Opfern bzw. ihren Angehörigen eine Chance zu einer umfassenden Aufarbeitung des erlittenen Unrechts einzuräumen. Durch die Teilnahme und Teilhabe am Prozess, kann neben Aspekten der individuellen Genugtuung auch ein Versöhnungsprozess in der von den Menschenrechtsverletzungen betroffenen Gemeinschaften initiiert

---

<sup>994</sup> Zur Vertiefung seien folgende Werke anempfohlen: *Bruer-Schäfer* (2001) sowie *König* (2003).

<sup>995</sup> Die Internationale Strafgerichtsbarkeit steht in der Tradition der zeithistorischen Vergangenheitsbewältigung. Vergangenes soll dabei reflektiert und allumfassend aufgearbeitet werden, um auch eine mögliche Korrektur des politischen Systems zu begünstigen bzw. einen kritischen innergesellschaftlichen Diskurs zu initiieren. Das (internationale) Strafrecht kann dabei eine nicht unbeachtliche unterstützende Rolle einnehmen. Vgl. *Steinbach* (2010), S. 85 – 86.

<sup>996</sup> Roland Miklau warnt in diesem Zusammenhang, ob der an das Strafrecht herangetragene Herausforderungen, vor einer möglichen strukturellen Überforderung desselben. Vgl. *Miklau* (2010), S. 71.



werden.<sup>997</sup> Das Opfer wird ganz im Sinne einer universell verstandenen Gerechtigkeit selbst zum Subjekt des Völkerstrafrechts.<sup>998</sup>

Der Internationale Strafgerichtshof existiert und seine Existenz darf bereits als ein Meilenstein der Strafrechtshistorie zelebriert werden. Lange Zeit war nämlich ein Internationaler Strafgerichtshof nur als Theorem in den theoretischen Strafrechtsdiskursen denkbar. Wiewohl bedauerlicherweise immer noch nicht alle Völkerrechtsverbrechen durch den Internationalen Strafgerichtshof geahndet werden können, erfährt er dennoch mit zunehmender Fortdauer seines Bestehens mehr und mehr an Legitimität. Schon zum heutigen Tage bedeutet er für die Verdächtigen sowie für deren Vermögen die Setzung immanenter Schranken. Befindet man sich einmal auf der Auslieferungsliste des Internationalen Strafgerichtshofes, so ist man seiner internationalen Reputation längst verlustig geworden. Der Bewegungsradius auf internationalem Terrain erleidet dann eine erhebliche und nicht unwesentliche Restriktion. Daneben werden Vermögenswerte des Delinquenten eingefroren, was regelmäßig auch erhebliche Machteinbußen zur Folge hat.<sup>999</sup>

Neben diesen vom Internationalen Strafgerichtshof gesetzten Schrankenwirkungen setzen auch die lange Zeit in einem Dornröschenschlaf befindlichen Nationalstaaten ermutigende Schritte. So erfährt beispielsweise das in den Strafrechtsordnungen der Nationalstaaten verankerte Universalitätsprinzip eine erhebliche Aufwertung.<sup>1000</sup> Denn der Internationale Strafgerichtshof und dessen Kompetenzen stehen in einer subsidären, komplementären Relation zu denjenigen der nationalen Strafverfolgungsbehörden. Art. 17 Abs. 1 lit. a des „Romstatuts“ zieht eine Strafverfolgung durch den Internationalen Strafgerichtshof nämlich nur dann in Betracht, wenn der Staat, in dem das Verbrechen gegen die Menschlichkeit verübt worden ist, „nicht willens oder nicht in der Lage [ist], die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen.“<sup>1001</sup>

---

<sup>997</sup> So manifestiert sich etwa das neue Opferverständnis im Rahmen des „Romstatuts“ folgendermaßen: „Sind die persönlichen Interessen der Opfer betroffen, so gestattet der Gerichtshof, dass ihre Auffassungen und Anliegen in von ihm für geeignet befundenen Verfahrensabschnitten in einer Weise vorgetragen und behandelt werden, welche die Rechte des Angeklagten sowie die Fairness und Unparteilichkeit des Verfahrens nicht beeinträchtigt oder damit unvereinbar ist. Diese Auffassungen können in Übereinstimmung mit der Verfahrens- oder Beweisordnung von den gesetzlichen Vertretern der Opfer vorgetragen werden, wenn der Gerichtshof dies für angebracht hält.“ (Art. 68 Abs. 3 des „Romstatuts“).

<sup>998</sup> Waren etwa bis dato Reparationszahlungen im internationalen Strafrecht nicht vorgesehen, so können nunmehr Restaurationsleistungen vor dem Internationalen Strafgerichtshof verlangt und auch eingeklagt werden. Vgl. Höpfel (2005), S. 98.

<sup>999</sup> Vgl. Lagodny (2005), S. 10.

<sup>1000</sup> So normiert beispielsweise § 321 des österreichischen Strafgesetzbuches das Verbrechen des Völkermords. Sollte jemand dieses Verbrechens für schuldig erkannt werden, ist über ihn zwingend das Strafausmaß der lebenslangen Freiheitsstrafe auszusprechen. In Deutschland wiederum wurde im Jahr 2002 ein eigenständiges Völkerstrafgesetzbuch (dBGB I S. 2254) geschaffen, welches im Anschluss an das „Romstatut“, das deutsche materielle Strafrecht einer notwendig gewordenen Novellierung unterzogen und somit Rechtsklarheit geschaffen hat. Diese Implementierung bzw. die Verstärkung des Universalitätsprinzips in den nationalen Strafrechtsregimen, hatte über ihren eigentlichen Regelungsinhalt hinaus wichtige Signalwirkungen. Es stärkt das Bewusstsein innerhalb der Bevölkerung für deren immanente Wichtigkeit und vermag somit indirekt zur Förderung und Verbreitung des humanitären Völkerrechts beizutragen.

<sup>1001</sup> Als mangelnden Willen zu einer effizienten Strafverfolgung wird dabei fehlende Unabhängigkeit, Unparteilichkeit oder Ernsthaftigkeit der Justiz ins Treffen geführt. Diese Komplementarität der Strafverfolgungsfähigkeit war nicht nur im Rahmen der Installierung des Internationalen Strafgerichtshofes ein notwendiger Kompromiss, sondern schützt diesen auch vor einer sonst drohenden quantitativen Überfrachtung. Vgl. Miklau (2010), S. 73.

Wenn man die bereits in Kapitel IV.2. herausgearbeiteten Ergebnisse im Hinblick auf die Gerechtigkeit in der Strafgerichtsbarkeit in das unmittelbare Kalkül zieht, so offenbaren sich in der Alltagspraxis und den unterschiedlichsten differenten Rechtstraditionen geschuldet, weitere Probleme, die einer universellen gerechten Strafgerichtsbarkeit entgegenstehen können. So müssen die Richter in Ermangelung von praktikablen und probaten materiellen Strafrechtsbestimmungen, Verfahrens- und auch Beweislastregelungen, diese permanent ergänzen, um den notwendigen Erfordernissen entsprechen zu können.<sup>1002</sup> Weiters gilt auch die allgemeine Länge sowie Komplexität des Verfahrens nicht gerade als wünschenswerter Zustand, die teilweise durch den Umstand eine erhebliche Verschärfung erfahren, dass es den Angeklagten gestattet ist, sich selbständig verteidigen zu dürfen. Darüber hinaus gilt es aufgrund der relativ geringen Zahl der abgeurteilten Fälle noch keinerlei Kohärenz im System der Strafzumessung. Das weitaus größte Problem liegt jedoch im universellen Status des Internationalen Strafgerichtshofes begründet. Er muss sowohl Elemente des traditionell kontinentaleuropäischen, als auch jene des angloamerikanischen Rechtssystems, wie auch vieler anderer Strafrechtssysteme miteinander in Verbindung bringen, obzwar sich diese in grundsätzlichen prozessrelevanten Fragen diametral widersprechen.<sup>1003</sup>

Trotz allem ist eine vollständige Strafverfolgung des Internationalen Strafgerichtshofes mehr als illusorisch. Der Internationale Strafgerichtshof kann vielmehr nur äußerst selektiv vorgehen. Die Hauptprämisse der Internationalen Strafgerichtsbarkeit sollte es vielmehr sein, dass man die Hauptschuldigen an Mord- und Gewalttaten exzessiven Ausmaßes – so man ihnen habhaft wird und diese von den Staaten auch an den Internationalen Strafgerichtshof ausgeliefert werden – zur Rechenschaft zieht. Dessen ungeachtet kann die Etablierung eines Internationalen Strafgerichtshofes auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts als epochaler Fortschritt von historischer Dimension bezeichnet werden. Insbesondere kann zum jetzigen Zeitpunkt resümierend festgehalten werden, dass er seine generalpräventive Signalwirkung in Richtung der Haupttäter von Genoziden keinesfalls verfehlt hat. Diese evidente Funktion der Internationalen Strafgerichtsbarkeit ist vor allem für die (mediale) Außenwirksamkeit, aber auch für ihre Legitimationsansprüche von signifikanter Bedeutung. Daneben darf der durch die Internationale Strafgerichtsbarkeit generierte Eigenwert nicht vernachlässigt werden. Eine möglichst emotionsfreie, wahrheitsgetreue Rekonstruktion der in den Unrechtsregimen begangenen Gräueltaten, kann, unabhängig von der strafrechtlichen Verantwortung Einzelner, helfen, den Nährboden für einen demokratischen Wiederaufbau der unter Diktaturen gelittenen Gesellschaftssysteme zu bereiten.<sup>1004</sup>

---

<sup>1002</sup> Sie perpetuieren aber damit den zentralen strafrechtlichen Grundsatz „*nullum crimen sine lege et nullum poena sine lege*“, der im Rahmen des österreichischen Strafrechtes beispielsweise in § 1 StGB normiert ist.

<sup>1003</sup> Vgl. Lagodny (2005), S. 9.

<sup>1004</sup> Vgl. Miklau (2010), S. 75.

## V. Teil – Epilog

Die im Zuge dieser Dissertation angestellten Untersuchungen sollten entlang der in I.4.3.3. angeführten Forschungsfragen die unbedingt notwendige Kontextbezogenheit des Gerechtigkeitsbegriffs paradigmatisch illustrieren. Denn alle im Zuge dieser Arbeit behandelten Themengebiete haben letztlich eines gemein. Sie finden allesamt vor dem Hintergrund polykontextueller Umwelten statt, in denen in den seltensten Fällen Fixpunkte zur Verfügung stehen, die dem externen Beobachter zur Orientierung dienen können. Solche Fixpunkte sind beispielsweise die immer wieder auch in unterschiedlichen Kontexten analysierten Begrifflichkeiten der individuellen Freiheit, der Gleichheit, dem Sollen oder auch der Richtigkeit. Gerade diese erwähnten Handlungsprämissen sind integrale Bestandteile des Rechts und somit auch der Gerechtigkeit.

In dieser Dissertation wurde Gerechtigkeit als immanenter Bestandteil der Sozialmoral dargestellt, der sowohl eine materielle, als auch eine formelle Dimension aufweist. Formell bedeutet in diesem Zusammenhang das permanente In-Relation-Setzen zu den bereits eben erwähnten anderen gesellschaftlichen Prämissen, die ihrerseits auch materielle Gerechtigkeitsvorstellungen in sich vereinen. Ist einmal eine gesellschaftliche Konvention über Gerechtigkeitsvorstellungen und -erwartungen erzielt worden, so gilt es dieser in Gestalt des Instrumentariums des Rechts innerhalb gesellschaftlicher Strukturen zum Durchbruch zu verhelfen. Die gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen und -erwartungen sollen dabei möglichst mit den inhaltlichen Ordnungsanweisungen des Rechts kongruieren.

Bereits im Zuge der Begriffsanalyse konnte die hohe Subjektivitäts- und Kontextabhängigkeit des Gerechtigkeitsbegriffs festgestellt werden. So lässt sich für das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit dezidiert konstatieren, dass auch dem Recht ein gewisser moralischer Mindestgehalt – abgesehen von den absolutistisch anmutenden rechtspositivistischen Ansichten, die zumeist aber auf einer Fehlinterpretation der jeweiligen Theorie beruhen – eigen ist. Die Verbindung der Gerechtigkeit mit der Politik ist hingegen eine äußerst ambivalente. Gerechtigkeit wurde zu einer der Leitprämissen des politischen Handelns auserkoren, da sie in diesem Kontext häufig mit Interessenabwägung und Adäquanz assoziiert wird. Auf der anderen Seite tendieren politische Akteure dazu, ihr gesamtes Handeln nur allzu oft unter das Prädikat der Gerechtigkeit zu stellen und hoffen sich durch diesen Verweis das Erörtern näherer Details zu ersparen.

Wenden wir uns zunächst nochmalig dem theoretischen Teil dieser Arbeit zu, in dem sich mehrere Paradigmenwechsel registrieren lassen. Stand in den antiken Gerechtigkeitstheorien noch die Frage nach dem Ursprung und dem Wesen von Gerechtigkeit im Vordergrund, eint die aktuellen Gerechtigkeitstheorien vor allem ihr Partikularismus.

So wurde in der Antike Gerechtigkeit zunächst streng deontologisch aufgefasst; d.h. als innere ethische Pflicht, die schließlich vom eigenen zum gesamtgesellschaftlichen Glück führen sollte. Als

wohl wichtigster Theoretiker dieser Epoche kann Aristoteles identifiziert werden, dessen Forderung nach interessenabwägendem Handeln auf der einen und dessen ausdifferenzierte Gerechtigkeitsterminologie auf der anderen Seite sich noch heute einer regen Rezeption erfreuen.

Der Aufstieg des Christentums zur Weltreligion hatte eine Transzendenz des Gerechtigkeitsbegriffs zur Folge. Gerechtigkeit wurde dabei der Begründungssphäre des Menschlichen und der zwischenmenschlichen Interaktionsformen entzogen und auf eine höhere metaphysisch-göttliche Ebene transferiert. Als tugendhaft galt es dabei die göttlichen Gebote zu erkennen und sein Leben danach auszurichten. Beispielhaft ist hier Thomas von Aquin zu nennen, der die Aristotelische Gerechtigkeitsterminologie mit der Tugend der Billigkeit ergänzte.

Mit der Neuzeit kam es abermals zu einem Paradigmenwechsel. Die Transzendenz wurde beibehalten, nur wurde anstelle des Göttlichen spätestens ab Rousseau das Vernunftskonzept gesetzt. Auch der Ursprung der universalistischen Menschenrechtsidee lässt sich in dieser Zeit verorten. Einer der wichtigsten Promotoren dieser Idee war dabei Immanuel Kant, der im Anschluss an Rousseau erkannte, dass dem Gesetzgeber in seinen Gestaltungsambitionen immanente Schranken auferlegt werden müssen.

Nachdem Gerechtigkeit als ein Teil der Rechtsidee Anerkennung gefunden hat, machte sich am Fin de Siècle ein gewisser Relativismus und Skeptizismus breit. Vor allem die Theorieströmung des Rechtspositivismus wollte die Geltung des Rechts von dessen inhärenten Gerechtigkeitsforderungen lösen.

Dieser Relativismus wurde erst durch einen epochalen Meilenstein der Theoriegeschichte, der „*Theorie der Gerechtigkeit*“ von John Rawls, beendet. Diese theoretische Arbeit sollte neue Perspektiven innerhalb der Rechtstheorie eröffnen. Im Anschluss an Rawls erlebten die politischen Gerechtigkeits-theorien eine bis zum heutigen Tag anhaltende Renaissance. Es gilt nunmehr das Motto: „*Weniger ist mehr*“. Die neuen Gerechtigkeitstheorien beabsichtigen nicht die universalistische Klärung ganzer Gesellschaftssysteme, sondern wollen vielmehr innerhalb genau abgesteckter Grenzen reliable Gerechtigkeitsskonzepte entwerfen.

All dies führt zur eigentlichen Kernthematik dieser Arbeit, nämlich der Frage, ob Gerechtigkeit durch das Recht erzielt werden kann und die Politik als primärer Gestalter gesellschaftlicher Zustände es fertig bringt, dergestalt gerechte Rechtsnormen zu generieren und diese auch pro futuro durch permanente Adaptionen aufrecht zu erhalten? Dabei galt es aus den politischen Gerechtigkeits-theorien Essentialia herauszuarbeiten und diese auf ihre empirische Operationalisierbarkeit hin zu überprüfen.

Der empirische Teil dieser Dissertation legt unter anderem die Schlussfolgerung der relativen Dominanz des Prozeduralen innerhalb demokratischer Verfassungsstaaten bei der Suche nach – die soziale Ordnung normierenden – Entscheidungen nahe. Die anspruchsvolle Aufgabe zur Erzielung gerechter sozialer Lebensverhältnisse wird sohin den vielfältig vorhandenen rechtlichen Verfahren

aufoktroziert. Sie müssen dabei so konzipiert sein, dass sie die Wahrscheinlichkeit dahingehend erhöhen, als gerecht anerkannte allgemeine fundamentale Normen und Ergebnisse hervorzubringen.

Eines der wohl ältesten Rechtsinstitute, in dem Gerechtigkeit von Anfang an eine dominierende Rolle spielen sollte, ist das Strafrecht. In Abkehr des heute antiquiert erscheinenden Vergeltungsgedankens stehen gegenwärtig vor allem Präventionserwägungen sowie die Opferinteressen im Fokus des strafrechtlichen Diskurses. Mit der Ausdifferenzierung der Strafmaßnahmen kann nunmehr auch besser auf die intendierte Resozialisierung des Täters hingewirkt werden.

Auch im nächsten Rechtsinstitut, dem Steuerrecht, spielen Gerechtigkeitserwartungen eine nicht unbedeutende Rolle. Steuern, die ja zur Finanzierung des Staatsganzen unbedingt von Nöten sind, sollen möglichst gerecht; d.h. in concreto gleichmäßig, eingehoben werden. Das zentrale Prinzip, was sich hierbei durchzusetzen vermochte, ist jenes der individuellen Leistungsfähigkeit, bei dem die individuelle Steuerleistung des Einzelnen seinen wirtschaftlichen Verhältnissen folgen sollte.

Obzwar normative Gerechtigkeitsdebatten naheliegender Weise zumeist in der Sphäre des öffentlichen Rechts verortet sind, existieren auch im Rahmen des Zivilrechts gerechtigkeitsindizierte Schranken. Exemplarisch sei an dieser Stelle die Generalklausel der „*guten Sitten*“ angeführt, die ihrerseits – ganz konträr zum eigentlich dominanten zivilrechtlichen Dogma der Privatautonomie – gewisse Vertragsinhalte nicht unter dem Schutzmantel der Rechtsordnung stellen lässt.

Das Desideratum der sozialen Gerechtigkeit prägt wiederum den aktuellen politikwissenschaftlichen Diskurs. Es ist aber derart vielschichtig, dass es einigermaßen schwer fällt, an dieser Stelle einzelne Facetten herauszustreichen. Dennoch dominiert eine Spielart der Gerechtigkeit ganz deutlich diese Debatte: die Verteilungsgerechtigkeit, also die Frage wie genau soziale Güter und Lasten in einer sozialen Gemeinschaft bestmöglich aufgeteilt werden können und sollen.

Ähnlich vage stellt sich schlussendlich auch das Konzept der globalen Gerechtigkeit dar. Globalisierte Problemstellungen werden von unterschiedlichen Akteuren mit unterschiedlichen Interessenlagen jeweils anders gesehen und interpretiert. Nichtsdestotrotz besann man sich in letzter Zeit aufbauend auf den universellen Charakter der Menschenrechte auf gemeinsame – wenn auch zumeist nur latent vorhandene – Wertvorstellungen, die sich beispielsweise auch in der aktuellen Nachhaltigkeitsdebatte manifestieren.

Abschließend kann also festgehalten werden, dass durch den inflationären Gebrauch, der fast einem Missbrauch nahekkommt, der Gerechtigkeitsbegriff heutzutage eine veritable Schwächung erlitten hat. Wenn aktuell etwas oder jemand die Punzierung „*gerecht*“ erhält, sollten beim potentiellen Adressatenkreis bereits die Alarmglocken schrillen. Es bedarf – und dies sollte im Rahmen dieser Dissertation aufgezeigt werden – einer näheren, diskursiveren Betrachtung, wenn letztendlich darüber befunden werden soll, ob diese Testierung ihren Lackmus-Test auch absolvieren wird können.

Ein anderes Mal erweist sich Gerechtigkeit als ein Potemkinsches Dorf; wenn beispielsweise etwas nicht grundlegend legitimiert bzw. gerechtfertigt werden kann, versteckt sich derjenige, der

Gerechtigkeit in den Diskurs ins Spiel bringt, oberflächlich hinter diesem Ideal. Da Gerechtigkeit dabei auf allgemein weit verbreitete, nahezu reflexartige, Zustimmung trifft, verlangt dies diesfalls einen weiteren, tieferen Blick hinter die Fassade der Gerechtigkeit.

Die Gerechtigkeit ist jedenfalls kein statisches unbewegliches Monument. Kaum gibt man sich mit vermeintlich gerechten Zu- bzw. Umständen zufrieden, sogleich werden wiederum neue Gerechtigkeitsforderungen und -erwartungen artikuliert. Diese kompetitive Herausforderung gilt es sowohl für das politische System, als auch für die Rechtsordnung anzunehmen, und unter einer möglichst hohen Involvierungsquote aller Beteiligten auf die Ausgestaltung möglichst gerechter Lebensverhältnisse hinzuwirken. Gerade die normativen Dimensionen der Gerechtigkeitstheorien können dabei als Wegweiser fungieren.

Deshalb bleibt dem Autor am Ende nur ein Appell zur kritischen Reflexion, die geboten erscheint, wenn der Anspruch der Gerechtigkeit erhoben wird: Es kann legitim sein, was nicht legal ist; es kann jedoch auch legal sein, was nicht legitim ist oder um der Themenstellung dieser Dissertation Rechnung zu tragen:

**Es kann gerecht sein, was nicht rechtens ist; es kann jedoch auch etwas  
rechtens sein, was nicht gerecht ist.**

Der sehnsuchtsvolle Wunsch nach Kongruenz von Recht und Gerechtigkeit bleibt davon freilich unberührt.

## Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert*: A Definition of Law, in: *Krawietz, Werner/ MacCormick, Neil/ von Wright, George-Henrik*: Prescriptive Formality and Normative Rationality, in: *Modern Legal Systems*, Festschrift für Robert S. Summers, Berlin 1994, S. 101 – 107.
- Alexy, Robert*: Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg/München 1992.
- Alexy, Robert*: Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments, in: *Valdés, Ernesto-Garçon/ Krawietz, Werner, von Wright, George-Henrik* (Hg.): *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Festschrift für Carlos Alchourrón und Eugenio Bulygin, Berlin 1997, S. 235 – 250.
- Alexy, Robert*: Law and Correctness, in: *Freeman*, 51. Jg., 1998, S. 205 – 221.
- Alexy, Robert*: Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Hamburg 1993.
- Alexy, Robert*: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt am Main 1978.
- Ambos, Kai*: Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 111. Jg., 1999, S. 175 – 211.
- Apathy, Peter/ Riedler, Andreas*: § 879 ABGB mit umfangreichen Nachweiskatalog, in: *Schwimann, Michael* (Hg.): *ABGB. Praxiskommentar*, Bd. 4, Wien 2006, S. 144 – 180.
- Aquin, Thomas von*: *Summa Theologiae*, Graz/Wien/Köln 1934 [1265 – 1273].
- Arens, Peter*: *Zivilprozeßrecht*, München 1984.
- Arioli, Kathrin* (Hg.): *Frauenförderung durch Quoten*, Basel/Zürich 1997.
- Aristoteles*: *Nikomachische Ethik*, Stuttgart 1983.
- Austin, John*: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London 1911 [1885].
- Baer, Susanne*: Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1996.
- Barry, Brian*: *Political Argument*, London 1965.
- Barth, Pascal*: Bedarf es nach PISA 2006 Chancengleichheit? Eine moralphilosophische Betrachtungsweise, Norderstedt 2008.
- Baumann, Jürgen*: Schuld und Sühne als Grundprobleme heutiger Strafrechtspflege, in: *ders.* (Hg.): *Mißlingt die Strafrechtsreform*, Neuwied/Berlin 1969, S. 8 – 30.
- Beauvoir, Simone de*: *Das andere Geschlecht. Sitte und Sexus der Frau*, Bd. 1 und 2, Hamburg 1951 [1949].
- Becker, Irene/ Hauser, Richard*: *Anatomie der Einkommensverteilung. Ergebnisse der Einkommens- und Verbrauchsstichproben 1969 – 1998*, Berlin 2003.
- Becker, Michael/ Zimmerling, Ruth*: Einleitung in: *dieselben* (Hg.): *Politik und Recht, Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 36*, Wiesbaden 2006, S. 9 – 29.
- Beck-Mannagetta, Margarethe*: Mittelalterliche Gerechtigkeitslehre, in: *Beck-Mannagetta, Margarethe/ Böhm, Helmut/ Graf, Georg* (Hg.): *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, Wien/New York 1996, S. 73 – 80.
- Beiser, Reinhold*: *Steuern. Ein systematischer Grundriss*, Wien 2011.

- Benda, Ernst*: Stichwort Recht und Politik, in: *Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf* (Hg.): Lexikon der Politikwissenschaft. Theorien, Methoden, Begriffe, Bd. 2 (N – Z), München 2010, S. 884 – 886.
- Benda, Ernst*: Stichwort Rechtsstaat, in: *Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf* (Hg.): Lexikon der Politikwissenschaft. Theorien, Methoden, Begriffe, Bd. 2 (N – Z), München 2010a, S. 890 – 892.
- Benjamin, Walter*: Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, Frankfurt am Main 1965.
- Bentham, Jeremy*: A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government, London 1777 [1776].
- Bentham, Jeremy*: Anarchical Fallacies: Being an Examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution, in: *Bowring, John* (Hg.): The Works of Jeremy Bentham, Bd. II, New York 1962 [1820], S. 489 – 534.
- Benzenhöfer, Udo*: Der gute Tod? Geschichte der Euthanasie und Sterbehilfe, Göttingen 2009.
- Berger, Johannes*: Wie ungleich und ungerecht ist die Einkommensverteilung?, in: *Budowiski, Monica/ Nollert, Michael* (Hg.): Soziale Gerechtigkeiten, Zürich 2008, S. 113 – 136.
- Berka, Walter*: Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, Wien/New York 1999.
- Berkemann, Jörg*: Fairneß als Rechtsprinzip. Eine Vorlesung, in: Juristische Rundschau 1989, Heft 6, S. 221 – 228.
- Bierhoff, Hans*: Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit, in: *Reifferscheid, Adolf* et al. (Hg.): Ergänzbares Lexikon des Rechts, Neuwied 1996, S. 1 – 10.
- Binder, Julius*: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, Tübingen 1935.
- Birk, Dieter*: Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, Köln 1983.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht, in *ders.* (Hg.): Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt am Main 1976, S. 336 – 348.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1976a.
- Bourdieu, Pierre*: Praktische Vernunft. Zur Theorie des Handelns, Frankfurt am Main 1999 [1994].
- Braun, Helga/ Jung, Dörthe*: Globale Gerechtigkeit? Feministische Debatte zur Krise des Sozialstaats, in: *dieselben* (Hg.): Globale Gerechtigkeit? Feministische Debatte zur Krise des Sozialstaats, Hamburg 1997, S. 7 – 21.
- Braunack, Anne-Eva*: Allgemeine Kriminologie, Reinbeck 1974.
- Bruer-Schäfer, Aline*: Der Internationale Strafgerichtshof. Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Politik und Recht, Frankfurt am Main u.a. 2001.
- Brugger, Winfried*: Stufen der Begründung von Menschenrechten, in: Der Staat, 31. Jg., 1992, S. 19 – 38.
- Brunkhorst, Hauke*: Die Kontingenz des Staates, in: *Kersting, Wolfgang* (Hg.): Gerechtigkeit als Tausch?, Frankfurt am Main 1997, S. 225 – 242.
- Brusiin, Otto*: Über die Objektivität der Rechtssprechung, Helsinki 1949.
- Buchanan, Artur/ Cassirer, Ernst* (Hg.): G.W. Leibniz. Philosophische Werke, Hamburg 1996.
- Bukowski, Tadeusz*: Hegel über das Verhältnis von juridischem Recht und politischer Macht, in: *Wischke, Mirko/ Przyłbski, Andrzej* (Hg.): Recht ohne Gerechtigkeit? Hegel und die Grundlagen des Rechtsstaates, Würzburg 2010, S. 83 – 99.
- Bulygin, Eugenio*: Alexy und das Richtigkeitsargument, in: *Aarnio, Aulis/ Paulson, Stanley L./ Weinberger, Ota/ von Wright, George-Henrik/ Wyduckel, Dieter* (Hg.): Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, Berlin 1993, S. 19 – 24.



- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1991 [1982].
- Cicero*: De officiis, übersetzt und kommentiert von *Heinz Gunermann*, Stuttgart 1980 [44 v. Chr.].
- Dallinger, Ursula / Liebig, Stefan*: Gerechtigkeit zwischen den Generationen in der wohlfahrtsstaatlichen Alterssicherung, in: *Liebig, Stefan / Lengfeld, Holger / Mau, Steffen* (Hg.): Verteilungsprobleme und Gerechtigkeit in modernen Gesellschaften, Frankfurt/New York 2004, S. 97 – 131.
- Den Uyl, Joop*: Science and Justice in Leibniz's Political Thought, in: *Woolhouse, Roger* (Hg.): Critical Assessments to Leibniz, Bd. 4, London/New York 1994, S. 393 – 412.
- Derrida, Jacques*: Falschgeld: Zeit geben I, München 1993 [1991].
- Derrida, Jacques*: Gesetzeskraft. Der mystische Grund der Autorität, Frankfurt am Main 1991 [1990].
- Doblhofer, Doris / Küng, Zita*: Gender Mainstreaming. Gleichstellungsmanagement als Erfolgsfaktor – das Praxishandbuch, Heidelberg 2008.
- Dreier, Ralf*: Recht und Gerechtigkeit, in: *Grimm, Dieter* (Hg.): Einführung in das Recht. Aufgaben, Methoden, Wirkungen, Heidelberg 1985, S. 95 – 127.
- Dreier, Ralf*: Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, in: *ders.* (Hg.): Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt am Main 1981, S. 270 – 285.
- Dubischar, Roland*: Buchbesprechung. Niklas Luhmann – Legitimation durch Verfahren, in: Zeitschrift für Zivilprozeß, 87. Jg., 1973, S. 88 – 90.
- Dworkin, Ronald*: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main 1990 [1977].
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously, Cambridge 1978.
- Dyk, Irene*: Randgruppen: Gerechtigkeit oder Chancen, in: *Koller, Peter* (Hg.): Gerechtigkeit im politischen Diskurs der Gegenwart, Wien 2001, S. 263 – 285.
- Ehrlich, Eugen*: Grundlegung der Soziologie des Rechts, Berlin 1967.
- Eidenmüller, Horst*: Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 2005.
- Elster, Jon*: The Empirical Study of Justice, in: *Miller, David / Walzer, Michael* (Hg.): Pluralism, Justice and Equality, Oxford 1995, S. 81 – 98.
- Engels, Friedrich*: Ein gerechter Tagelohn für ein gerechtes Tagewerk, MEW Bd. 19, 1881.
- Engisch, Karl*: Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1971.
- Epiney, Astrid*: „Gerechtigkeit“ im Umweltvölkerrecht, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), 54. Jg., Nr. 27, 2007, S. 31 – 38.
- Epikur*: Briefe – Sprüche – Werksfragmente, übersetzt und herausgegeben von Hans-Wolfgang Krautz, Stuttgart 1980.
- Ermacora, Felix*: Politische Aspekte der Verfassungsentwicklung seit 1970, in: *Kohl, Andreas / Stirnemann, Alfred* (Hg.): Österreichisches Jahrbuch für Politik 1978, Wien 1979, S. 59 – 84.
- Felix, Günther*: Harzburger Protokoll 1983, Bad Harzburg 1983.
- Finnis, John*: Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory, Oxford 1998.
- Finnis, John*: Natural Law and Natural Rights, Oxford 1980.
- Flaig, Egon*: Ehre gegen Gerechtigkeit. Adelsethos und Gemeinschaftsdenken in Hellas, in: *Assmann, Jan / Janowski, Bernd / Welker, Michael* (Hg.): Gerechtigkeit. Richten und Retten in der abendländischen Tradition und ihren altorientalischen Ursprüngen, München 1998, S. 97 – 140.
- Foerster, Heinz von*: Wissen und Gewissen, Frankfurt 1993.

- Folckers, Horst*: Johannes mit Aristoteles ins Gespräch über die Gerechtigkeit vertieft: Epilegomena zum 12. Kamel des Niklas Luhmann, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 21. Jg., 2000, S. 61 – 107.
- Forschner, Maximilian*: Thomas von Aquin, München 2006.
- Frankena, William K.*: The Concept of Social Justice, in: *Brandt, Richard B.* (Hg.): Social Justice, New Jersey 1962, S. 1 – 29.
- Fröhlich, Günter*: Stichwort: Gerechtigkeit, in: *Schäfer, Christian* (Hg.): Platon-Lexikon. Begriffswörterbuch zu Platon und der platonischen Tradition, Darmstadt 2007, S. 135 – 137.
- Froblich, Norman/ Oppenheimer, Joe*: Choosing Justice. An Experimental Approach to Ethical Theory, Berkeley 1992.
- Glass, Gene*: Primary, Secondary, and Meta-Analyses of Research, in: *Educational Researcher*, 5. Jg., 1976, S. 3 – 8.
- Gönner, Nicolaus Thaddäus*: Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Bd. 1, Erlangen 1804.
- Graf, Georg*: Das bürgerliche Recht und die Moral der Bürger. Überlegungen zum Verhältnis von Moral und Zivilrecht, in: *Beck-Mannagetta, Margarethe/ Böhm, Helmut/ Graf, Georg* (Hg.): Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, Wien/New York 1996, S. 163 – 205.
- Gräfrath, Bernd*: Wie gerecht ist die Frauenquote? Eine praktisch-philosophische Untersuchung, Würzburg 1992.
- Grillberger, Konrad*: Arbeitsrecht und Gerechtigkeit, in: *Beck-Mannagetta, Margarethe/ Böhm, Helmut/ Graf, Georg* (Hg.): Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, Wien/New York 1996; S. 257 – 274.
- Grimm, Dieter*: Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft, in: *Bermbach, Udo* (Hg.): Politische Wissenschaft und politische Praxis, Politische Vierteljahresschrift (PVJ), Sonderheft 9, Opladen 1978, S. 272 – 295.
- Grimm, Dieter*: Recht und Politik, in: *Juristische Schulung*, 9. Jg., 1969, S. 501 – 510.
- Gschiegl, Stefan*: Der österreichische Verfassungsgerichtshof. Objektiver Hüter der österreichischen Bundesverfassung oder politischer Akteur? Eine diskursive politikwissenschaftlich Analyse, Diplomarbeit, Wien 2007.
- Guest, Stephen*: Two Strands in Hart's Concept of Law. A Comment on the Postscript to Hart's 'The Concept of Law', in: *ders.* (Hg.): Positivism Today, Aldershot 1996, S. 29 – 44.
- Gusy, Christoph*: Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985.
- Haase, Kerstin*: Gerechtigkeit und Unparteilichkeit. Zum Verhältnis von normativen und empirischen Theorien der Gerechtigkeit, in: *Liebig, Stefan/ Lengfeld, Holger* (Hg.): Interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung. Zur Verknüpfung empirischer und normativer Perspektiven, Frankfurt am Main 2002, S. 53 – 75.
- Habermas, Jürgen*: Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt am Main 1996.
- Habermas, Jürgen*: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Frankfurt am Main 1992.
- Habermas, Jürgen*: Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Frankfurt am Main 1973.
- Habermas, Jürgen*: Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft, in: *ders.* (Hg.): Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt am Main 1991, S. 100 – 118.
- Hagen, Johann-Josef*: Soziologie und Jurisprudenz. Zur Dialektik von Gesellschaft und Recht, München 1973.

- Hahn, Henning: Globale Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, Frankfurt am Main/New York 2009.
- Harrer, Friedrich: § 1295 ABGB mit umfangreichen Nachweiskatalog in: *Schwimmann, Michael* (Hg.): ABGB. Praxiskommentar, Bd. 6, Wien 2006, S. 54 – 128.
- Harsanyi, John Charles: Cardinal Welfare. Individualistic Ethics and Interpersonal Comparisons of Utility, in: *Journal of Political Economy*, 63. Jg., 1955, S. 309 – 321.
- Hart, Herbert L. A.: Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: *ders.* (Hg.): Recht und Moral. Drei Aufsätze, Göttingen 1971, S. 14 – 75.
- Hart, Herbert L. A.: Der Begriff des Rechts, Frankfurt am Main 1973 [1961].
- Hassemer, Winfried: Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer, Berlin 2009.
- Hauser, Richard: Soziale Gerechtigkeit in Deutschland – Zieldimensionen und empirische Befunde am Beispiel der Generationengerechtigkeit, in: *Empter, Stefan/ Vehrkamp, Robert B.* (Hg.): Soziale Gerechtigkeit – eine Bestandaufnahme, Gütersloh 2007, S. 136 – 167.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse III, herausgegeben von *Eva Moldenhauer* und *Karl Markus Michel*, Werke Bd. 10, Frankfurt am Main 1986.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1981 [1821].
- Henkel, Heinrich: Die richtige Strafe, Tübingen 1969.
- Hinz, Thomas/ Liebig, Stefan: Bericht zur Studie Einkommensgerechtigkeit in Deutschland, Konstanz/Bielefeld 2010.
- Hobbes, Thomas: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates, Frankfurt am Main 1994 [1651].
- Hoerster, Norbert: Sterbehilfe im säkularen Staat, Frankfurt am Main 1998.
- Höffe, Otfried: Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, München 1999.
- Höffe, Otfried: Der Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik, Ditzingen 1988.
- Höffe, Otfried: Die Menschenrechte als Legitimation und kritischer Maßstab der Demokratie, in: *Schwartländer, Johannes* (Hg.): Menschenrechte und Demokratie, Kehl/Straßburg 1981, S. 241 – 274.
- Höffe, Otfried: Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt am Main 1987.
- Höffe, Otfried: Positivismus plus Moralismus. Zu Augustinus' eschatologischer Staatstheorie, in: *Horn, Christoph* (Hg.): Augustinus. De civitate dei, Oldenburg 1997, S. 259 – 288.
- Höffe, Otfried: Stichwort Gerechtigkeit, in: *Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf* (Hg.): Lexikon der Politikwissenschaft. Theorien, Methoden, Begriffe, Bd. 1 (A – M), München 2010, S. 305 – 310.
- Höffe, Otfried: Vision Weltrepublik. Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung, in: *Brugger, Winfried* (Hg.): Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2008, S. 380 – 396.
- Hoffmann, Roland: Verfahrensgerechtigkeit Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, Paderborn/Wien 1992.
- Hofmann, Hasso: Legitimität und Rechtsgeltung. Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie, Berlin 1977.
- Holland-Cunz, Barbara: Demokratiekritik: Zu Staatsbildern, Politikbegriffen und Demokratieformen, in: *Becker, Ruth/ Kortendiek, Beate* (Hg.): Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung. Theorie, Methoden, Empirie, Wiesbaden 2010, S. 538 – 546.

- Holoubek, Michael*: Zur Struktur sozialer Grundrechte, in *Hammer, Stefan* (Hg.): Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa. Festschrift für Theo Öhlinger, Wien 2004, S. 507 – 528.
- Holzer, Wolfgang*: Ausweitung der Mitbestimmung und abhängige Arbeitsleistung, in: *Martinek, Otto* (Hg.): Arbeitsrecht und Soziale Grundrechte. Festschrift für Hans Floretta zum 60. Geburtstag, Wien 1983, S. 505 – 526.
- Holzleitner, Elisabeth*: Genderngleichheit und Mehrfachdiskriminierung: Herausforderungen für das Europarecht, in: *Arioli, Kathrin* (Hg.): Wandel der Geschlechterverhältnisse durch das Recht?, Zürich/St. Gallen, S. 305 – 320.
- Holzleitner, Elisabeth*: Gerechtigkeit, Wien 2009.
- Homann, Karl*: Ökonomik. Fortsetzung der Ethik mit anderen Mitteln. München 2001, <http://www.philoek.uni-muenchen.de/homann/Oekonomik-FortsetzungderEthik.pdf> (letzter Zugriff am 23. 4. 2010).
- Höpfel, Frank*: Zur Stellung des Opfers von Menschenrechtsverletzungen vor internationalen Strafgerichten, in: *Bárd, Károly/ Soyser, Richard* (Hg.): Internationale Strafgerichtsbarkeit – Status Quo und Perspektiven, Wien/Graz/Berlin 2005, S. 97 – 105.
- Horn, Christoph/ Scarano, Nico* (Hg.): Philosophie der Gerechtigkeit: Texte von der Antike bis zur Gegenwart, Frankfurt am Main 2002.
- Horstmann, Kai*: Nur eine Idee? Reflexion zur Einleitung, in: *Horstmann, Kai/ Hüttenboff, Michael/ Koriath, Heinz* (Hg.): Gerechtigkeit eine Illusion?, Münster 2004, S. VII – XIII.
- Hume, David*: Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral, herausgegeben, übersetzt und mit Einleitung versehen von *Manfred Kühn*, Hamburg 2003 [1751].
- Hume, David*: Essays Moral, Political and Literary, herausgegeben von *Eugene F. Miller*, Indianapolis 1987 [1777].
- Husserl, Edmund*: Einleitung in die Ethik. Vorlesungen Sommersemester 1920/1924, herausgegeben von *Hennig Peuker*, Dordrecht 2004.
- Iorio, Marco*: Karl Marx - Geschichte, Gesellschaft, Politik. Eine Ein- und Weiterführung, Berlin 2003.
- Jakobs, Günther*: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin 1991.
- Jansen, Nils*: Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998.
- Jauernig Othmar*: Zivilprozeßrecht, München 1985.
- Jellinek, Georg*: Die sociaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Berlin 1908 [1878].
- Jestaedt, Matthias*: Vorwort des Herausgebers, in *ders.* (Hg.): Hans Kelsen. Werke 2, Tübingen 2008, S. VII – XLVII.
- Joecks, Wolfgang*: Abzugsverbot für Bestechungs- und Schmiergelder, in: Deutsches Steuerrecht (DStR), 37. Jg., 1999, S. 1025 – 1032.
- Kant, Immanuel*: Grundlegung zu Metaphysik der Sitten. Werk Bd. VII, herausgegeben von *Wilhelm Weischedel*, Frankfurt am Main 1977 [1785].
- Kant, Immanuel*: Kritik der praktischen Vernunft, Hamburg 2003 [1788].
- Kant, Immanuel*: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, herausgegeben von *Wilhelm Weischedel*, Frankfurt am Main 1982 [1785].
- Kaplow, Louis/ Shavell, Steven*: Why the Legal System is less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, in: Journal of Legal Studies, 23. Jg., 1994, S. 667 – 681.
- Kaser, Max*: Ius gentium, Köln/Wien 1993.

- Kaufmann, Arthur*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Vortrag in der Gesamtsitzung der Philosophisch-Historischen und der Mathematisch-Naturwissenschaftlichen Klasse der Bayrischen Akademie der Wissenschaften am 17. Februar 1989, München 1989.
- Kaulbach, Friedrich*: Einführung in die Metaphysik, Darmstadt 1991.
- Kausch, Erhard*: Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts, in: *Grimm, Dieter* (Hg.): Einführung in das Recht. Aufgaben, Methoden, Wirkungen, Heidelberg 1985, S. 1 – 39.
- Kelsen, Hans*: Das Problem der Gerechtigkeit, in: *ders.*: Reine Rechtslehre, Wien 1960, S. 355 – 444.
- Kelsen, Hans*: Österreichisches Staatsrecht, Wien 1923.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre, Wien 1960.
- Kelsen, Hans*: Vom Wesen und Wert der Demokratie, Aalen 1981 [1929].
- Kelsen, Hans*: Was ist Gerechtigkeit?, Wien 1975 [1953].
- Kerferd, George Briscoe/ Flasbar Hellmut*: Die Sophistik, in: *Flasbar Hellmut* (Hg.): Grundriß der Geschichte der Philosophie. Bd. 2, Basel 1998, S. 1 – 137.
- Kienapfel, Diethelm/ Höpfel, Frank*: Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Wien 2009.
- Kirchhof, Paul*: Besteuerung im Verfassungsstaat, Tübingen 2000.
- Kirchhof, Paul*: Besteuerung und Eigentum, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), 39. Jg., 1981, S. 213 – 285.
- Kirchhof, Paul*: Die Steuerrechtsordnung als Wertordnung, in: Steuer und Wirtschaft (StuW) 1996, 73. Jg., S. 3 – 11.
- Kirste, Stephan*: Einleitung, in: *Kirste, Stephan/ Waechter, Kay/ Walther Manfred* (Hg.): Die Sophistik. Entstehung, Gestalt und Folgeprobleme des Gegensatzes von Naturrecht und positivem Recht, Stuttgart 2002, S. 7 – 16.
- Klein, Franz*: Gleichheitssatz und Steuerrecht. Eine Studie über Gleichheit und Gerechtigkeit der Besteuerung im System des Grundgesetzes, Köln 1966.
- Klemme, Heiner F.*: David Hume zur Einführung, Hamburg 2007.
- Klenner, Hermann*: Gerechtigkeit – eine rechtsphilosophische Kategorie, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 27. Jg., 1979, S. 792 – 802.
- Kley, Roland*: Hayek's Social and Political Thought, Oxford 1994.
- Klug, Ulrich*: Abschied von Kant und Hegel (1968), in: *Thomas Vormbaum* (Hg.): Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit, Bd. II: 19. und 20. Jahrhundert, Baden-Baden 1993, S. 275 – 280.
- Knoll, Bodo*: Minimalstaat, Tübingen 2008.
- Kobler, Josef*: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin 1923.
- Köhler, Michael*: Iustitia fundamentum regnorum. Gerechtigkeit als Grund der Politik, in: *Schmücker, Reinold/ Steinvorth, Ulrich* (Hg.): Gerechtigkeit und Politik. Philosophische Perspektiven, Berlin 2002, S. 25 – 40.
- Kobli, Martin*: Von Solidarität zu Konflikt? Der Generationenvertrag und die Interessenorganisationen der Älteren, in: *Verbeugen, Günter* (Hg.): Die wachsende Macht der Älteren, Köln 1994, S. 61 – 74.
- Koller, Peter*: Die rationale Begründung sozialer Ungleichheiten, in: *Nida-Rümelin, Julian* (Hg.): Rationalität, Realismus, Revision, Perspektiven der analytischen Philosophie, Bd. 23, Berlin/New York 1999, S. 695 – 702.
- Koller, Peter*: Soziale Gleichheit und Gerechtigkeit, in: *Müller, Peter-Hans/ Wegener, Bernd* (Hg.): Soziale Ungleichheit und soziale Gerechtigkeit, Opladen 1995, S. 53 – 79.

- Koller, Peter: Soziale Güter und soziale Gerechtigkeit, in: Koch, Hans Joachim/ Köhler, Michael/ Seelmann, Kurt (Hg.): Theorien der Gerechtigkeit, Stuttgart 1994, S. 79 – 104.
- Koller, Peter: Soziale und globale Gerechtigkeit, in: Neumaier, Otto/ Sedmak, Clemens/ Zichy, Michael (Hg.): Gerechtigkeit. Auf der Suche nach einem Gleichgewicht, Frankfurt am Main/Lancaster 2005, S. 89 – 120.
- Koller, Peter: Zur Semantik der Gerechtigkeit, in: ders. (Hg.): Gerechtigkeit im politischen Diskurs, Wien 2001, S. 19 – 46.
- Köllisch, Tilman: Vom Dunkelfeld ins Hellfeld. Anzeigeverhalten und Polizeikontakte bei Jugenddelinquenz, Freiburg 2004.
- König, Kai-Michael: Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz, Baden-Baden 2003.
- Korinek, Karl: Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: Schäffer, Heinz/ König, Klaus/ Ringhofer, Kurt (Hg.): Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift für Erwin Melichar zum 70. Geburtstag, Wien 1983, S. 39 – 55.
- Koziol, Helmut/ Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, Wien 2006.
- Kramer, Matthew: The Rule of Misrecognition in the Hart of Jurisprudence, in: Oxford Journal of Legal Studies, 8. Jg., 1988, S. 401 – 433.
- Kramer, Rolf: Soziale Gerechtigkeit. Inhalt und Grenzen, Berlin 1992.
- Krause, Skadi/ Malowitz, Karten: Michael Walzer zur Einführung, Hamburg 1998.
- Kraut, Richard: The Defense of Justice in Plato's Republic, in: ders. (Hg.): The Cambridge Companion to Plato, Cambridge 1992, S. 311 – 337.
- Krejci, Heinz: Das Sozialversicherungsverhältnis, Wien 1977.
- Kreuzer, Johann: Augustinus zur Einführung, Hamburg 2005.
- Kriele, Martin: Recht und praktische Vernunft, Göttingen 1979.
- Kubiczek, Konrad: Gerechtigkeit im Gerichtsalltag – Illusion oder Wirklichkeit?, Diplomarbeit, Wien 2008.
- Kunz Karl-Ludwig/ Mona, Martino: Rechtsphilosophie-Rechtstheorie-Rechtssoziologie, Bern/Stuttgart/Wien 2006.
- Ladwig, Bernd: Gerechtigkeitstheorien. Zur Einführung, Hamburg 2011.
- Ladwig, Bernd: Gerechtigkeit und Verantwortung. Liberale Gleichheit für autonome Personen, Berlin 2000.
- Lagodny, Otto: Wirklichkeit und Perspektiven der internationalen Strafgerichtsbarkeit, in: Bárd, Károly/ Soyer, Richard (Hg.): Internationale Strafgerichtsbarkeit – Status Quo und Perspektiven, Wien/Graz/Berlin 2005, S. 7 – 20.
- Lambertini, Renzo: Von der *ius iustitiae generalis* zur *ius iustitiae legalis*: Die Politisierung des Gerechtigkeitsbegriffs im 13. Jahrhundert am Beispiel des Aegidius Romanus, in: Miscellanea Mediaevalia, 25. Jg., 1999, S. 131 – 145.
- Larenz, Karl: Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979.
- Leibholz, Gerhard: Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 89. Jg., 1974, S. 369 – 379.
- Leibholz, Gerhard: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, München 1959.

- Leibniz, Gottfried Wilhelm*. Der Briefwechsel mit Antoine Arnauld, herausgegeben und übersetzt von *Reinhard Finster*, Hamburg 1997.
- Leibniz, Gottfried Wilhelm*. Sämtliche Schriften und Briefe. Philosophische Schriften, Bd. 4, bearbeitet und herausgegeben von *Heinrich Schepers*, Berlin 1999, S. 1960 – 2949.
- Leisering, Lutz*. Gerechtigkeitsdiskurse im Umbau des deutschen Sozialstaats, in: *Empter, Stefan/ Vebrkamp, Robert B.* (Hg.): Soziale Gerechtigkeit – eine Bestandsaufnahme, Gütersloh 2007, S. 77 – 108.
- Leisering, Lutz*. Paradigmen sozialer Gerechtigkeit. Normative Diskurse im Umbau des Sozialstaats, in: *Liebig, Stefan/ Lengfeld, Holger/ Mau, Steffen* (Hg.): Verteilungsprobleme und Gerechtigkeit in modernen Gesellschaften, Frankfurt am Main/New York 2004, S. 29 – 68.
- Leisner, Walter*. Der Gleichheitsstaat. Macht durch Nivellierung, Berlin 1980.
- Leist, Anton*. Ökologische Gerechtigkeit als bessere Nachhaltigkeit, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ)*, Nr. 27, 54. Jg., 2007, S. 3 – 9.
- Lenckner, Theodor*. Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nulla crimen sine lege“, in: *Juristische Schulung*, 8. Jg., 1968, S. 249 – 257 und 304 – 310.
- Liebig, Stefan/ Lengfeld, Holger*. Gerechtigkeitsforschung als interdisziplinäres Projekt, in: *Liebig, Stefan/ Lengfeld, Holger* (Hg.): Interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung. Zur Verknüpfung empirischer und normativer Perspektiven, Frankfurt am Main 2002, S. 7 – 20.
- Liebig, Stefan*. Gerechtigkeitseinstellungen und Gerechtigkeitsurteile. Zur Unterscheidung zweier Urteilstkategorien, in: *Liebig, Stefan/ Lengfeld, Holger* (Hg.): Interdisziplinäre Gerechtigkeitsforschung. Zur Verknüpfung empirischer und normativer Perspektiven, Frankfurt am Main 2002a, S. 77 – 102.
- Liebig, Stefan*. Modelle und Befunde der empirischen Gerechtigkeitsforschung in Deutschland am Beispiel der Einkommens- und Steuergerechtigkeit, in: *Empter, Stefan/ Vebrkamp, Robert B.* (Hg.): Soziale Gerechtigkeit – eine Bestandsaufnahme, Gütersloh 2007, S. 111 – 135.
- Liszt, Franz von*. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bd. 1, Berlin 1905.
- Lohmann, Georg*. Soziale Gerechtigkeit und soziokulturelle Selbstdeutungen. Relativismus bei Marx, Walzer und Rawls, in: *Koch, Hans Joachim/ Köhler, Michael/ Seelmann, Kurt* (Hg.): Theorien der Gerechtigkeit, Stuttgart 1994, S. 223 – 236.
- Löschnig-Gspandl, Marianne*. Der außergerichtliche Tatausgleich im allgemeinen Strafrecht: Voraussetzungen und Anwendungsmöglichkeiten, in: *Miklau, Roland/ Schroll, Hans-Valentin* (Hg.): Diversion – ein anderer Umgang mit Straftaten, Wien 1999, S. 85 – 98.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*. Über das Fehlen von Grundrechten in Hegels Rechtsphilosophie. Zugleich ein Beitrag zum Verständnis der historischen Grundlagen des Hegelschen Staatsbegriffs, in: *Lucas, Hans-Christian/ Pöggeler, Otto* (Hg.): Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte, Stuttgart/Bad Cannstedt 1986, S. 421 – 446.
- Lucas, John Randolph*. On Justice, Oxford 1980.
- Ludwig, Bernd*. Die Wiederentdeckung des Epikureischen Naturrechts, Frankfurt am Main 1998.
- Luf, Gerhard*. Freiheit als Rechtsprinzip. Rechtsphilosophische Aufsätze, Wien 2008.
- Luf, Gerhard*. Grundfragen der Rechtsphilosophie und Rechtsethik, Wien 2008.
- Luhmann, Niklas*. Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt 1993.
- Luhmann, Niklas*. Die Gesellschaft der Gesellschaft. Bd. 1 und 2, Frankfurt am Main 1997.
- Luhmann, Niklas*. Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: *ders.* (Hg.): Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt 1981, S. 374 – 418.
- Luhmann, Niklas*. Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: *Rechtstheorie*, 41. Jg., 1973, S. 131 – 167.

- Lubmann, Niklas*: Legitimation durch Verfahren, Darmstadt 1978 [1969].
- Lubmann, Niklas*: Positives Recht und Ideologie, in: *ders.* (Hg.): Soziologische Aufklärung, Opladen 1971, S. 178 – 203.
- Lubmann, Niklas*: Rechtssoziologie. Bd. 1 und 2, Reinbek bei Hamburg 1972.
- Lubmann, Niklas*: Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974.
- MacCormick, Neil*: Entrechtlichung der Moral und rationaler Diskurs, in: *Aarnio, Aulis/ Paulson, Stanley L./ Weinberger, Ota/ von Wright, Georg Henrik/ Wyduckel, Dieter* (Hg.): Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, Berlin 1993, S. 547 – 561.
- Macpherson, Crawford B.*: Naturzustand und Marktgesellschaft, in: *Kersting, Wolfgang* (Hg.): Thomas Hobbes. Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, Berlin 2008, S. 107 – 126.
- Mader, Peter*: Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung, Wien 1994.
- Mahlmann, Matthias*: Rationalismus in der praktischen Theorie, Baden-Baden 1999.
- Maier, Eva-Maria*: Teleologische und politische Vernunft. Entwicklungslinien republikanischer Politik bei Aristoteles und Thomas von Aquin, Baden-Baden 2002.
- Mair, Andreas*: Arbeitskampf und Arbeitsvertrag. Zum Verhältnis von kollektivem Kampf und individualrechtlicher Bindung, Wien/New York 2008.
- Marx, Karl*: Das Kapital, 3. Band, MEW Bd. 25, 1894.
- Marx, Karl*: Hefte zur epikureischen, stoischen und skeptischen Philosophie, MEW Ergänzungsband 1 (auch erschienen in MEW Bd. 40), 1839.
- Marx, Karl*: Instruktionen für die Delegierten des Provisorischen Zentralrates zu den einzelnen Fragen, MEW Bd. 16, 1866.
- Marx, Karl*: Kritik des Gothaer Programms, MEW Bd. 19, 1875.
- Marx, Karl*: Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei, MEW Bd. 19, 1891.
- Meinke, Jens Peter*: Rechtfertigung der Erbschaft- und Schenkungsteuer, in: *Birk, Dieter* (Hg.): Steuern auf Erbschaft und Vermögen, Köln, 1999, S. 39 – 58.
- Menchaca, Victor Arévalo Menchaca*: Hart und der Rechtsbegriff. Eine kritische Synthese, in: *Krawietz, Werner/ Ott, Walter* (Hg.): Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart. Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag, Berlin 1987, S. 73 – 94.
- Merkel, Adolf*: Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Wien 1923.
- Mertens, Thomas*: International or Global Justice? Evaluating the Cosmopolitan Approach, in: *Pogge, Thomas/ Føllesdal, Andreas* (Hg.): Real World Justice, Dordrecht 2005, S. 85 – 113.
- Messner, Johannes*: Das Naturrecht, Berlin 1984.
- Miklau, Roland*: Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Eine Herausforderung für das Strafrecht, in: *Kuretsidis-Haider, Claudia/ Garscha, Winfried* (Hg.): Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Transitional Justice 1945 bis heute. Strafverfahren und ihre Quellen, Graz 2010, S. 71 – 80.
- Mill, John Stuart*: Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy, London 1996.
- Miller, David*: Grundsätze sozialer Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 2008.
- Miller, David*: National Responsibility and Global Justice, Oxford 2007.
- Miller, David*: Principles of Social Justice, Cambridge 1999.



- Miller, David*: Social Jusice, Oxford 1992.
- Miller, Richard*: Rawls and Marxism, in: *Philosophy and Public Affairs*, 3. Jg, 1974, S. 167 – 180.
- Mizrab, Esteban*: Die Wiederherstellung des Rechts. Zu Hegels Theorie der Strafe, in: *Wischke, Mirko/ Przyłębski, Andrzej* (Hg.): Recht ohne Gerechtigkeit? Hegel und die Grundlagen des Rechtsstaates, Würzburg 2010, S. 227 – 241.
- Montesquieu*: Vom Geist der Gesetze, Stuttgart 1965 [1748].
- Müller, Jörg*: Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993.
- Nagel, Thomas*: Bevorzugung gegen Benachteiligung, in: *ders.* (Hg.): Über das Leben, die Seele und den Tod, Königstein 1984, S. 107 – 121.
- Nietzsche, Friedrich*: Götzen-Dämmerung, in: *ders.*: Werke, herausgegeben von *Karl Schlechta*, Bd. 2, Darmstadt 1966 [1889], S. 939 – 1033.
- Noll, Peter*: Gesetzgebungslehre, Reinbeck 1973.
- Nozick, Robert*: Anarchie, Staat, Utopia, München 1978 [1974].
- Nozick, Robert*: The Examined Life. Philosophical Meditations, New York 1989.
- Nunner-Winkler, Gertrud*: Moral und Politik? (Vorwort), in: *Pioch, Roswitha*: Soziale Gerechtigkeit in der Politik. Orientierungen von Politikern in Deutschland und den Niederlanden, Frankfurt am Main 2000, S. 17 – 29.
- Oberer, Hariolf*: Kant. Analysen–Probleme–Kritik, Würzburg 1997.
- Offe, Claus*: How can we trust our fellow citizens?, in: *Warren, Mark* (Hg.): Democracy and Trust, Cambridge 1999, S. 42 – 87.
- Öhlinger, Theo*: Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Funk, Bernhard-Christian/ Holzinger, Gerhart/ Klecatsky, Hans R./ Korinek, Karl/ Mantl, Wolfgang/ Pernthaler, Peter* (Hg.): Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag, Wien 2002, S. 539 – 551.
- Öhlinger, Theo*: Verfassungsrecht, Wien 2009.
- Ott, Walter*: Der Rechtspositivismus, Berlin 1992.
- Parsons, Talcott*: Gesellschaften, Frankfurt am Main 1975.
- Pauer-Studer, Herlinde*: Das Andere der Gerechtigkeit. Moraltheorie im Kontext der Geschlechterdifferenz, Berlin 1996.
- Penz, Reinhard/ Priddat, Birger P.*: Ideen und Konzepte sozialer Gerechtigkeit und ihre Bedeutung für die neueren Entwicklungen im deutschen Sozialstaat, in: *Empter, Stefan/ Vehrkamp, Robert B.* (Hg.): Soziale Gerechtigkeit – eine Bestandsaufnahme, Gütersloh 2007, S. 51 – 76.
- Perelman, Chaim*: Über die Gerechtigkeit, München 1967.
- Peter, Valentin*: Das Recht der offenen Gesellschaft, Berlin 2001.
- Phillips, Anne*: The Politics of Presence, Oxford 1995.
- Pilz, Frank/ Ortwein, Heike*: Das politische System Deutschlands, München/Wien 2008.
- Pioch, Roswitha*: Soziale Gerechtigkeit in der Politik. Orientierungen von Politikern in Deutschland und den Niederlanden, Frankfurt am Main 2000.
- Plato*: Der Staat (Politeia). Übersetzt und herausgegeben von *Karl Vretska*, Stuttgart 2008 [um 370 v. Chr].

- Platzgummer, Winfried*: Strafe, Schuld, Persönlichkeitsadäquanz, in: *Melnitzky, Walter* (Hg.): Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie. Festschrift für *Franz Pallin* zum 80. Geburtstag, Wien 1989, S. 319 – 332.
- Plotin*: Über Ewigkeit und Zeit (Ennade), übersetzt und herausgegeben von *Werner Beierwaltes*, Frankfurt am Main 1981.
- Pogge, Thomas*: Anerkannt und doch verletzt durch internationales Recht: Die Menschenrechte der Armen, in: *Bleisch, Barbara/ Schaber, Peter* (Hg.): Weltarmut und Ethik, Paderborn 2007, S. 95 – 138.
- Pogge, Thomas*: Armenhilfe in Ausland, in Analyse und Kritik, in: *Zeitschrift für Sozialtheorie*, 25. Jg., 2003, S. 202 – 247.
- Pogge, Thomas*: World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms, Cambridge 2002.
- Poser, Hans*: Gottfried Wilhelm Leibniz zur Einführung, Hamburg 2005.
- Preiss, Walter*: Hans Kelsens Kritik am Naturrecht. Die Naturrechtslehre, eine vergebliche Suche nach absoluter Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1993.
- Prodi, Paolo*: Eine Geschichte der Gerechtigkeit. Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat, München 2003.
- Radbruch, Gustav*: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)*, 1. Jg., 1946, S. 105 – 108.
- Radbruch, Gustav*: Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, in *Horn/Scarano* (2002) [1934].
- Radbruch, Gustav*: Einführung in die Rechtswissenschaft, Stuttgart 1980 [1910].
- Radbruch, Gustav*: Klassenrecht und Rechtsidee, in: *ders.* (Hg.): Der Mensch im Recht, Göttingen 1969, S. 23 – 34.
- Radbruch, Gustav*: Rechtsphilosophie, Stuttgart 1973 [1932].
- Radbruch, Gustav*: Vom individualistischen zum sozialen Recht, in: *ders.* (Hg.): Der Mensch im Recht, Göttingen 1969a, S. 35 – 49.
- Raiser, Thomas*: Einführung in die Rechtssoziologie, Frankfurt am Main 1985.
- Raiser, Thomas*: Grundlagen der Rechtssoziologie, Tübingen 2007.
- Rancière, Jacques*: Das Unvernehmen, Frankfurt am Main 2002.
- Raphael, David Daiches*: Hobbes on Justice, in: *Rogers, G. A.* (Hg.): Perspectives on Thomas Hobbes, New York 1988, S. 153 – 170.
- Rawls, John*: Das Recht der Völker, Berlin/New York 2002 [1999].
- Rawls, John*: Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1998 [1971].
- Raz, Joseph*: Legitimate Authority, in: *ders.* (Hg.): The Authority of Law, Oxford 1979, S. 3 – 27.
- Renner, Karl*: Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts, Stuttgart 1965 [1929].
- Renner, Moritz*: Kontingenz, Redundanz, Transzendenz? Zum Gerechtigkeitsbegriff Niklas Luhmanns, in: *Ancilla Iuris*, 62. Jg., 2008, S. 62 – 72.
- Rest, Alfred*: Zur Notwendigkeit eines internationalen Umweltgerichtshofes, in: *Liber amicorum for Prof. Ignaz Seidl – Hohenveldern*, Den Haag 1998, S. 575 – 592.
- Rieger, Günter*: Stichwort Kommunitarismus, in: *Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf* (Hg.): Lexikon der Politikwissenschaft. Bd. 1, München 2004.

- Roeder, Hermann: Vergeltungsidee und Vorbeugungsgedanke im Spiegel der Strafrechtsreform, in: Juristische Blätter, 83. Jg., 1961, S. 137 – 144.
- Römpp, Georg: Kant leicht gemacht. Eine Einführung in seine Philosophie, Köln 2005.
- Rottleuthner, Hubert: Gerechtigkeit bei und nach Marx, in: Koch, Hans Joachim/ Köhler, Michael/ Seelmann, Kurt (Hg.): Theorien der Gerechtigkeit, Stuttgart 1994, S. 208 – 222.
- Rousseau, Jean-Jacques: Diskurs über die Ungleichheit, Stuttgart 2008 [1755].
- Rousseau, Jean-Jacques: Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, Stuttgart 1998 [1762].
- Rüssmann, Helmut: Normative Begründungsmöglichkeiten jenseits der Gesetzesbindung, in: Koch, Hans Joachim/ Köhler, Michael/ Seelmann, Kurt (Hg.): Theorien der Gerechtigkeit, Stuttgart 1994, S. 24 – 40.
- Rüthers, Bernd: Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, Tübingen 2009.
- Sadurski, Wojciech: Giving Desert its Due, Dordrecht 1985.
- Sartorius, Rolf: Positivism and the Foundations of Legal Authority, in: Gavison, Ruth (Hg.): Issues in Contemporary Legal Philosophy, Oxford 1987, S. 43 – 61.
- Sauer, Birgit: Das „bewundernswerte Männliche“ des Staates. Überlegungen zum Geschlechterverhältnis in der Politik, in: Femina Politica, 11. Jg., 2001, S. 50 – 62.
- Schäfer, Christian: Stichwort Gerechtigkeit, in: ders. (Hg.): Platon-Lexikon. Begriffswörterbuch zu Platon und der platonischen Tradition, Darmstadt 2007, S. 131 – 135.
- Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin 2000.
- Scheffler, Samuel: Boundaries and Allegiances: Problems of Justice and Responsibility in Liberal Thought, Oxford 2001.
- Scheffler, Samuel: The Rejection of Consequentialism: A Philosophical Investigation of the Considerations Underlying Rival Moral Conceptions, Oxford 2003.
- Schlag, Martin: Gerechtigkeit als Entscheidungskriterium verfassungsrechtlicher Judikatur, in: Beck-Mannagetta, Margarethe/ Böhm, Helmut/ Graf, Georg (Hg.): Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, Wien/New York 1996, S. 235 – 256.
- Schmidt, Helmut: Auf der Suche nach einer öffentlichen Moral, Stuttgart 1998.
- Schmidt, Manfred: Policy-Analyse, in: Mohr, Arno (Hg.): Grundzüge der Politikwissenschaft, München/Wien 1995, S. 567 – 604.
- Schmidt, Steffen: Hegels „System der Sittlichkeit“, Berlin 2007.
- Schmidt, Thorsten Ingo: Primäre und sekundäre Regeln bei H.L.A. Hart. Zum 100. Geburtstag von Herbert Lionel Adolphus Hart, in: Zeitschrift für Rechtsphilosophie, 5. Jg., 2007, S. 44 – 52.
- Schmidt, Vivien: Values and Discourse in the Politics of Adjustment, in: Scharpf, Fritz/ Schmidt Vivien (Hg.): Welfare and Work in the open Economy. From Vulnerability to Competitiveness, Oxford 2000, S. 229 – 309.
- Schneider, Josef: Untersuchungen über das Verhältnis von humanitas zu Recht und Gerechtigkeit bei Cicero, Freiburg 1964.
- Schrank, Franz: Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung. Eine Untersuchung zum geltenden Recht, Wien 1982.
- Schultze, Rainer-Olaf: Stichwort Demokratie, in: Noblen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf (Hg.): Lexikon der Politikwissenschaft. Theorien, Methoden, Begriffe, Bd. 1 (A – M), München 2010, S. 137 – 140.

- Schultze, Rainer-Olaf*: Stichwort Politik/Politikbegriffe, in: *Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf* (Hg.): Lexikon der Politikwissenschaft. Theorien, Methoden, Begriffe, Bd. 2 (N – Z), München 2010a, S. 746 – 747.
- Schulze, Ralf* (Hg.): Meta-Analysis. New Developments and Applications in Medical and Social Sciences, Cambridge 2003.
- Schütrumpf, Eckart*: Konventionelle Vorstellungen über Gerechtigkeit. Die Perspektive des Thrasymachos und die Erwartungen an eine philosophische Entgegnung, in: *Höffe, Otfried* (Hg.): Platon. Politeia (Klassiker auslegen), Berlin 1997, S. 29 – 53.
- Schwintowski, Hans Peter*: Recht und Gerechtigkeit. Eine Einführung in Grundlagen des Rechts, Berlin 2005.
- Seidl-Hobenveldern, Ignaz*: Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht, Berlin 1952.
- Seybolt, Taylor*: Humanitarian Military Intervention. The Conditions for Success and Failure, Oxford/New York 2008.
- Shapiro, Fred R.* (Hg.): The Yale Book of Quotations, New Haven 2006.
- Shklar, Judith*: Über Ungerechtigkeit. Erkundungen zu einem moralischen Gefühl, Berlin 1992.
- Singer, Peter*: Hunger, Wohlstand und Moral, in: *Bleisch, Barbara/ Schaber, Peter* (Hg.): Weltarmut und Ethik, Paderborn 2007, S. 27 – 52.
- Singer, Peter*: Leben retten: Wie sich Armut abschaffen lässt – und warum wir es nicht tun, Zürich/Hamburg 2010 [2009].
- Singer, Peter*: One World: The Ethics of Globalization, New Haven 2004 [2002].
- Smith, Adam*: The Theory of Moral Sentiments, herausgegeben von *David Daiches Raphael* und *Alec Lawrence Macfie*, Oxford 1976 [1759].
- Smith, Adam*: Wealth of Nations, herausgegeben von *Andrew Skinner*, London 1999 [1776].
- Sozialwissenschaftliche Arbeitsgemeinschaft*: Grundfragen der Strafrechtsreform, Wien 1961.
- Speckbacher, Gerhard*: Alterssicherung und intergenerationale Gerechtigkeit, Heidelberg 1994.
- Spengler, Oswald*: Neubau des Deutschen Reichs, München 1924.
- Stangl, Wolfgang*: Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Österreich 1954 – 1975, Wien 1985.
- Steinbach, Peter*: Verbrecherischer Staat – Verantwortung des Einzelnen. Bemerkungen zur strafrechtlichen Verfolgung von Makroverbrechen, in: *Kuretsidis-Haider, Claudia/ Garscha, Winfried* (Hg.): Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Transitional Justice 1945 bis heute. Strafverfahren und ihre Quellen, Graz 2010, S. 81 – 96.
- Steinworth, Ulrich*: Gleiche Freiheit. Politische Philosophie und Verteilungsgerechtigkeit, Berlin 1999.
- Sternberger, Dolf*: Die drei Wurzeln der Politik, Frankfurt am Main 1984.
- Stieger-Gmür, Regula*: Gerechtigkeit im Strafrecht durch Individualisierung. Ein theoretischer und empirischer Beitrag zum Problem der Rechtsfindung im schweizerischen Jugendstrafrecht, Diessenhofen 1976.
- Stiglitz, Joseph*: Globalization and its Discontents, New York 2002.
- Stratenwerth, Günter*: Schuld und Rechtfertigung. Der Bundestag zwischen Regierungsentwurf von 1962 und Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer von 1966, in: *Baumann, Jürgen* (Hg.): Mißlingt die Strafrechtsreform, Neuwied/Berlin 1969, S. 31 – 47.
- Székessy, Lilja*: Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus, Berlin 2003.
- Taylor, Michael*: Anarchy and Cooperation, London/New York 1976.

- Teubner, Gunther*: Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure. Plenarvortrag am Weltkongress der Rechts- und Sozialphilosophie in Granada, 24.-29. Mai 2005, in: *Der Staat*, 45. Jg., 2006, S. 161 – 187.
- Teubner, Gunther*: Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, in: *ders.* (Hg.): Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit, Stuttgart 2008, S. 9 – 36.
- Thienel, Rudolf*: Soziale Grundrechte in Österreich? Zur Durchsetzung sozialer Garantien in Verfassungsrang. Paper zur Frühjahrstagung der Österreichischen Juristenkommission 2005 zum Thema: Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes, 2005.
- Tipke, Klaus*: Besteuerungsmoral und Steuermoral, Wiesbaden 2000.
- Tipke, Klaus*: Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis, Köln 1981.
- Tobler-Linder, Verena*: „Kernkultur“ – Ein Approach zu einer globalen Gerechtigkeit, in: *Budowski, Monica/ Nollert, Michael* (Hg.): Soziale Gerechtigkeiten, Zürich 2008, S. 185 – 209.
- Tocqueville, Alexis de*: Der alte Staat und die Revolution, herausgegeben von *Jacob B. Mayer*, München 1989 [1856].
- Tomandl, Theodor*: Wie gerecht ist das Sozialrecht?, in: *Beck-Mannagetta, Margarethe/ Böhm, Helmut/ Graf, Georg* (Hg.): Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, Wien/New York 1996, S. 275 – 310.
- Trapp, Rainer*: Nicht klassischer Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1988.
- Trapp, Rainer*: Politisches Handeln im wohlverstandenen Allgemeininteresse, in: *Koch, Hans Joachim/ Köhler, Michael/ Seelmann, Kurt* (Hg.): Theorien der Gerechtigkeit, Stuttgart 1994, S. 54 – 78.
- Treiber, Hubert*: Regulative Politik in der Krise? Anmerkungen zu einem aktuellen Thema, in: *Kriminalsoziologische Bibliographie*, 10. Jg., 1983, S. 21 – 54.
- Triepel, Heinrich*: Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, Stuttgart 1942.
- Tschentscher, Axel*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik, und prozedurales Recht, Baden-Baden 1999.
- Tugendhat, Ernst*: Vorlesung über Ethik, Frankfurt am Main 1993.
- Ucakar, Karl/ Gschiegl, Stefan*: Das politische System Österreichs und die EU, Wien 2010.
- Ulpian*: Fragmenta sive ex Ulpiani libro singulari regularum excerpta, herausgegeben von *Philipp Eduard Husccke*, Lipsiae 1886.
- Vehrkamp, Robert B.*: Soziale Gerechtigkeit in Deutschland – Einleitung und Überblick, in: *Empter, Stefan/ Vehrkamp, Robert B.* (Hg.): Soziale Gerechtigkeit – eine Bestandsaufnahme, Gütersloh 2007, S. 9 – 21.
- Vlastos, Gregory*: Justice and Happiness in the Republic, in: *ders.* (Hg.): Plato. A Collection of Critical Essays, New York 1971, S. 66 – 95.
- Vlastos, Gregory*: The Theory of Social Justice in the Polis in Plato's Republic, *ders.* (Hg.): Studies in Greek Philosophy. Bd. 2, Princeton 1995, S. 69 – 103.
- Vogel, Klaus/ Waldboff, Christian*: Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, Heidelberg 1999.
- Vogel, Klaus*: Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung an das Verfassungsrecht, in: *Friauf, Karl Heinrich* (Hg.): Steuerrecht und Verfassungsrecht, Köln 1989, S. 123 – 144.
- Vollkommer, Max*: Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozeß, in: *Baltzer, Johannes* (Hg.): Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, S. 195 – 219.

- von Alemann, Ulrich*: Stichwort Politikbegriffe, in: *Kriz, Jürgen/ Noblen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf* (Hg.): Politikwissenschaftliche Methoden, München 1994, S. 297 – 301.
- von Hayek, Friedrich August*: Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971.
- von Hayek, Friedrich August*: Law, Legislation and Liberty, Bd. II: The Mirage of Social Justice, London 1976.
- von Justi, Johann Heinrich Gottlob*: Staatswirtschaft oder systematische Abhandlung aller ökonomischen und Cameral-Wissenschaften, die zur Regierung eines Landes erfordert werden. Bd. 1, Leipzig 1758.
- Waldner, Rupert*: Steuergerechtigkeit als eine entscheidungstheoretische Interpretation. Diplomarbeit, Innsbruck 1991.
- Walzer, Michael*: Liberalismus und die Kunst der Trennung, in: *ders.* (Hg.): Zivile Gesellschaft und amerikanische Demokratie, Berlin 1992 [1984], S. 38 – 63.
- Walzer, Michael*: Socializing the Welfare State, in: *Gutmann, Amy* (Hg.): Democracy and the Welfare State, Princeton 1988, S. 13 – 26.
- Walzer, Michael*: Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit, Frankfurt am Main 1992a [1983].
- Weber, Max*: Gesammelte politische Schriften, Tübingen 1971 [1921].
- Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1956 [1922].
- Weber-Fas, Rudolf*: Lexikon Politik und Recht. Geschichte und Gegenwart, Paderborn 2008.
- Wegener, Bernd*: Gerechtigkeitstheorie und empirische Gerechtigkeitsforschung, in: *Müller, Hans-Peter/ Wegener, Bernd* (Hg.): Soziale Ungleichheit und soziale Gerechtigkeit, Opladen 1995, S. 195 – 218.
- Wegener, Bernd*: Soziale Gerechtigkeitsforschung: Normativ oder deskriptiv?, Überarbeitetes Transkript zu seiner Antrittsvorlesung an der Humboldt-Universität Berlin, Berlin 1994.
- Weick, Karl*: Der Prozeß des Organisierens, Frankfurt 1985.
- Weinberger, Ota*: Natürliche Konstituenten der Gerechtigkeit, in: *Aarnio, Aulis/ Paulson, Stanley L./ Weinberger, Ota/ von Wright, George-Henrik/ Wyduckel, Dieter* (Hg.): Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, Berlin 1993, S. 563 – 584.
- Weinrib, Ernest*: Aristotle's Forms of Justice, in: *Ratio Juris*, 2. Jg., 1989, S. 211 – 226.
- Weiser, W.G.*: Die Vermögenssteuer, Wien 1917.
- Wesener, Gunter*: Aequitas naturalis, natürliche Billigkeit, in der privatrechtlichen Dogmen- und Kodifikationsgeschichte, in: *Beck-Mannagetta, Margarethe/ Böhm, Helmut/ Graf, Georg* (Hg.): Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, Wien/NewYork 1996, S. 81 – 105.
- White, F.C.*: Justice and the Good of Others in Plato's Republic, in: *History of Philosophy Quarterly*, 5. Jg., 1988, S. 395 – 410.
- Wiederin, Ewald*: Soziale Grundrechte in Österreich. Paper zur Frühjahrstagung der Österreichischen Juristenkommission 2005 zum Thema: Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes, 2005.
- Wildt, Andreas*: Gibt es Marxsche Kriterien der politischen Gerechtigkeit?, in: *Schmücker, Reinold/ Steinvorth, Ulrich* (Hg.): Gerechtigkeit und Politik. Philosophische Perspektiven, Berlin 2002, S. 57 – 74.
- Wischke, Mirko/ Przyłębski, Andrzej*: Einleitung. Recht ohne Gerechtigkeit? Hegel und die Grundlagen des Rechtsstaates, in: *dieselben* (Hg.): Recht ohne Gerechtigkeit? Hegel und die Grundlagen des Rechtsstaates, Würzburg 2010, S. 7 – 13.
- Wiswede, Günter*: Einführung in die Wirtschaftspsychologie, München/Basel 2000.

- Wolf, Peter*: Kann unser Steuersystem für Gleichheit und Gerechtigkeit sorgen? (Teil 1), in: *Finanzjournal*, 24. Jg., 1993, S. 202 – 205.
- Wolf, Peter*: Kann unser Steuersystem für Gleichheit und Gerechtigkeit sorgen? (Teil 2), in: *Finanzjournal*, 24. Jg., 1993a, S. 230 – 234.
- Wolf, Rainer*: Gerechtigkeit und Umweltschutz. Von subjektiv-rechtlichen Begründungsparadoxien zu kollektiv-rechtlichen Lösungsansätzen, in: *Koch, Hans Joachim/ Köhler, Michael/ Seelmann, Kurt* (Hg.): *Theorien der Gerechtigkeit*, Stuttgart 1994, S. 163 – 189.
- Würthenberger, Thomas*: Strafrichter und soziale Gerechtigkeit, in: *Germann, Oscar Adolf* (Hg.): *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht*, Bern 1959, S. 35 – 55.
- Young, Iris Marion*: From Guilt to Solidarity. Sweatshops and Political Responsibility, in: *Dissent*, Heft 3, 49. Jg., 2003, S. 39 – 44.
- Young, Iris Marion*: Fünf Formen der Unterdrückung, in: *Nagl-Docekal/ Pauer-Studer, Gerlinde* (Hg.): *Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität*, Frankfurt am Main 1996, S. 99 – 139.
- Young, Iris Marion*: Humanismus, Gynozentrismus und feministische Politik, in: *List, Elisabeth/ Studer, Herlinde* (Hg.): *Denkverhältnisse, Feminismus und Kritik*, Frankfurt am Main 1989, S. 37 – 65.
- Young, Iris Marion*: *Justice an the Politics of Difference*, Princeton 1990.
- Young, Iris Marion*: Responsibility and Global Justice. A Social Connection Model, in: *Social Philosophy and Policy Foundation*, 23. Jg., 2006, S. 102 – 130.
- Young, Iris Marion*: Structural Injustice and the Politics of Difference, in: *Laden, Anthony Simon/ Owen, David* (Hg.): *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge 2007, S. 60 – 88.

## **Abstracts**

### **Das Prinzip der Gerechtigkeit zwischen politischen Handlungsparadigmen und normativer Wirklichkeit**

Das Ideal der Gerechtigkeit trägt etwas inhärent Normatives in sich. Dennoch verbleibt es solange ohne tiefere Bedeutung, bis es nicht in Relation zu anderen Wertmaßstäben, wie etwa der individuellen Freiheit oder der Gleichheit, oder empirischen Phänomena gesetzt wird. Ziel dieser Dissertation war es zunächst den normativen Kern des Ideals der Gerechtigkeit und seine von ihm ausgehende Außenwirksamkeit zu ergründen. Nach gebotener Begriffs- und Methodenklärung sollten zunächst in einem theoretischen Teil chronologisch die wichtigsten Rechtstheoretiker mitsamt ihrer bedeutsamsten Thesen dargelegt werden. Ausgehend von intrinsisch-motivierten universalistischen Ansätzen in der Antike lässt sich heutzutage eine bewusst ausdifferenzierte, partikularistische Gerechtigkeitsdebatte registrieren. Im Anschluss an die Rekonstruktion der normativen Gerechtigkeitstheorien soll das Prinzip der Gerechtigkeit in seinem Bedeutungszusammenhang für konkrete Rechtsinstitute und Politikfelder analysiert werden. Beginnend von der formalistischen Verfahrensgerechtigkeit sollen danach Gerechtigkeitsvorstellungen und -erwartungen in rechtswissenschaftlichen Kerngebieten, wie dem Straf-, Steuer- und Zivilrecht sowie in gesellschaftspolitisch relevanten sozialen und globalen Kontexten ausführlich illustriert werden.

### **The principle of justice between political paradigms and normative reality**

The ideal of justice carries something inherently normative within. But it still remains without any further meaning, unless it is put in relation to other standards, such as the individual freedom, equality or other empirical circumstances. The intention of this thesis is to investigate the core of justice and the effects on its environments. Important legal theorists together with their most significant theses should be illustrated after a compulsory clarification of concepts and methods. In the ancient world emphasis was put in a universalized, intrinsically-motivated theoretical approach. Nowadays the discourse is dominated by differentiated theoretical debates. Following the chronicle reconstruction of the normative theories, the principle of justice is supposed to be connected analytically with concrete legal and political issues. Starting with the phenomena of procedural justice, other central law fields, for example the criminal, tax or civil law, and politically relevant social and global contexts are examined.



## **Kurzlebenslauf**

### **Mag. Stefan Gschiegl**

|                |                                                                                 |
|----------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| Geburtsdaten:  | geboren am 13.07.1979                                                           |
| Familienstand: | verheiratet mit MMag. Sabine Oswald-Gschiegl                                    |
| Mutter:        | Mag. Brigitte Gschiegl, leitende Angestellte in einem Wiener Innovationsbetrieb |
| Vater:         | Gerhard Gschiegl, Elektriker                                                    |
| Geschwister:   | Eva Gschiegl (30) und Lukas Gschiegl (11)                                       |

### **Bildungsgang**

|             |                                                                           |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------|
| 1986 – 1990 | Volksschule in Gumpoldskirchen                                            |
| 1990 – 1998 | Gymnasium (Frauengasse) in Baden                                          |
| 1999 – 2005 | Diplomstudium der Rechtswissenschaft an der Universität Wien              |
| 2000 – 2006 | Bakkalaureatsstudium der Betriebswirtschaftslehre an der Universität Wien |
| 2001 – 2007 | Diplomstudium der Politikwissenschaft an der Universität Wien             |
| 2006 – 2010 | Magisterstudium der Betriebswirtschaftslehre an der Universität Wien      |
| 2007 – 2012 | Doktoratsstudium der Philosophie (Politikwissenschaft)                    |

### **Berufslaufbahn**

|                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Universität:      | Tutor/ Studien- und Projektassistent am Institut für Staatswissenschaft an der Universität Wien                                                                                                                                                                                                |
| Außeruniversitär: | Präsenzdienst vom Oktober 1998 bis Mai 1999 in Wien und Salzburg<br>Gerichtspraxis von November 2010 bis August 2011 am Landesgericht und Bezirksgericht Krems an der Donau<br>Diverse Praktika u.a. bei<br>GESIBA (Gemeinnützige Siedlungs- und Bauaktiengesellschaft) und<br>FREQUENTIS GmbH |