

Heinrich Honsell

Was ist Gerechtigkeit?



Stämpfli Verlag



MANZ



C.H. BECK

Gerechtigkeit ist zunächst zweierlei: Ein uralter Menschheitstraum und zugleich höchst aktueller Diskussionsgegenstand. Nahezu jede politische Diskussion dreht sich um Gerechtigkeit: Generationengerechtigkeit, Steuergerechtigkeit, Gerechtigkeit der Güterverteilung im Staat und viele Gerechtigkeiten mehr

- Ist unser Strafrecht aktuell und gerecht?
- Ist unsere Steuerpolitik gerecht?
- Wie gerecht ist unsere Umweltpolitik?
- Sind die internationalen (Finanz-) Märkte gerecht?

Gerechtigkeit ist objektiv das Ideal der Rechtsordnung. Subjektiv ist sie eine Tugend. Sie lässt sich nicht in einer abstrakten allgemeingültigen Definition erfassen.

Beschreiben kann man aber ihre einzelnen Aspekte, die zwar für sich allein und isoliert den Begriff nicht vollständig erklären, jedoch in ihrer Zusammenschau ein Bild ergeben.

Dieses Buch nähert sich dem Phänomen «Gerechtigkeit» zunächst historisch. Denn ihre Ideengeschichte ist objektiv unsere wichtigste Erkenntnisquelle und zeigt eine erstaunliche «anthropologische Konstante». Schnell aber ist man auf diesem Weg bei aktuellen Diskussionen: Wie gerecht ist unser Gemeinwesen?

Heinrich Honsell

Was ist Gerechtigkeit?



Stämpfli Verlag

Das Umschlagfoto zeigt den Gerechtigkeitsbrunnen in Bern.
Fotografin: Margareta Sommer. Es stammt aus dem Buch «Bern», das im Oktober 2019 ebenfalls im Stämpfli Verlag erscheint. Wir danken herzlich für die Abdruckgenehmigung.

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

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

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2019
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-5351-5

Über unsere Online-Buchhandlung
www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-1048-8 (Stämpfli)
Print ISBN 978-3-214-14669-6 (Manz)
Print ISBN 978-3-406-75153-0 (Beck)



Vorwort

Die Gerechtigkeit ist ein uralter Menschheitstraum. Eine Welt, in der niemand Unrecht tut und niemand Unrecht oder Not leidet. Gerechtigkeit ist objektiv das Ideal der Rechtsordnung. Subjektiv ist sie eine Tugend. Sie lässt sich nicht in einer abstrakten allgemeingültigen Definition erfassen. Beschreiben kann man aber ihre einzelnen Aspekte, die zwar für sich allein und isoliert den Begriff nicht vollständig erklären, jedoch in ihrer Zusammenschau ein Bild ergeben. Auch Unrecht lässt sich allgemein nicht einfach definieren. Doch ist Recht ex negativo leichter zu bestimmen und im konkreten Fall weiss man fast immer, wenn jemandem Unrecht geschieht. Die materielle Gerechtigkeitsethik wird seit der Antike als «Naturrecht» bezeichnet, dem Gesetzgebung und Rechtsprechung idealiter entsprechen. Es hat seine Quelle in einer humanen Ethik und entspringt unserem Gewissen. Zentrale Aspekte der Gerechtigkeit sind Fairness, Toleranz und vor allem Gleichheit, welche die schwierige Frage aufwirft, was gleich ist; denn das Leben ist bunt und verschiedengestaltig. Auch verlangt jeder Vergleich zweier Lebenssachverhalte eine Abstraktion, in der die Gefahr falscher Verallgemeinerung und der Verfehlung des Konkreten angelegt ist. Nur Gleiches soll gleich, Ungleiches grundsätzlich ungleich behandelt werden. Ungerecht ist die Ungleichbehandlung von Gleichem und in der Regel ebenso die Gleichbehandlung von Ungleichem. Am schwierigsten ist die gerechte Verteilung von Chancen und Risiken, von Gütern und Lasten. Das ist das Dauerthema der sozialen Gerechtigkeit und die alte Streitfrage, ob die Güterverteilung nach Leistungs- oder Bedarfsgerechtigkeit erfolgen soll. Einer Abstimmung mit der Gleichheit bedarf die Freiheit, denn alle sollen gleich frei sein und zu grosse Freiheit des einen kann für den anderen Unfreiheit bedeuten. Der Freiraum des Individuums hat seine Grenze dort, wo der

gleiche Freiheitsraum der Anderen tangiert wird. Schliesslich bedarf die Gerechtigkeit der Ergänzung durch zwei weitere Tugenden, nämlich Wahrheit (Wahrhaftigkeit) und Mass (Verhältnismässigkeit).

Dem Phänomen der Gerechtigkeit nähert man sich am besten historisch. Denn ihre Ideengeschichte ist objektiv unsere wichtigste Erkenntnisquelle und zeigt eine erstaunliche «anthropologische Konstante».

Das Buch wendet sich an Juristen und interessierte Laien in den deutschsprachigen Ländern, aus denen auch die zitierte Literatur und die modernen Fallbeispiele überwiegend stammen.

Ich danke den Verlagen C.H. Beck (München) und Manz (Wien) für die Aufnahme des Buches in ihr Verlagsprogramm. Mein besonderer Dank gilt dem Stämpfli Verlag, namentlich Herrn Dr. Rudolf Stämpfli und Herrn Stephan Grieb, die mich zu dieser Arbeit angeregt und ermutigt haben.

Salzburg und Zürich, im Sommer 2019

Heinrich Honsell

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
I. Kapitel: Gerechtigkeit – Geschichte und Idee	1
1. Recht und Gerechtigkeit.....	1
2. Grundprinzipien und Definition der Gerechtigkeit	12
3. Verteilende und ausgleichende Gerechtigkeit.....	22
II. Kapitel: Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit	45
1. Freiheit	45
2. Gleichheit.....	59
3. Brüderlichkeit, Soziale Gerechtigkeit	68
III. Kapitel: Gerechtigkeit, Wahrheit und Mass.....	71
1. Wahrheit.....	71
2. Mass	79
IV. Kapitel: Naturrecht und Positivismus.....	83
1. Naturrecht und Gesetz.....	83
2. Strenges Recht und Billigkeit.....	119
V. Kapitel: Gesetz und Auslegung	125
1. Gesetz.....	125
2. Auslegung	128
3. Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot im Strafrecht.....	137
VI. Kapitel: Gerechtigkeit und Strafe.....	147
1. Strafe und Strafzweck	147
2. Ungerechte und harte Strafen.....	154
3. Neue Strafen und Tatbestände	160
VII. Kapitel: Tierschutz	171
VIII. Kapitel: Nationalökonomie und Gerechtigkeit... 	175
1. Verteilungsgerechtigkeit und Geldpolitik, insbe- sondere der Europäischen Zentralbank (EZB)	175
2. Generationengerechtigkeit	182

3. Gerechtigkeit und Steuern.....	183
IX. Kapitel: Globale Gerechtigkeit	189
1. Gerechtigkeit und Globalisierung	189
2. Krieg und Frieden	193
3. Umweltschutz und Klimawandel	197
X. Kapitel: Zusammenfassung und Schluss	201
1. Zusammenfassung.....	201
2. Schluss	205
Sachregister	207

I. Kapitel: Gerechtigkeit – Geschichte und Idee

1. Recht und Gerechtigkeit

Das Recht ist **objektiv** die verbindliche soziale **Ordnung** des menschlichen Zusammenlebens und die Gerechtigkeit ist ihr Ideal, nach dem Gesetzgebung und Rechtssprechung stets streben müssen.¹ Sie ruht auf zwei grundlegenden Prinzipien. Das eine ist die gegenseitige Achtung der menschlichen Würde und der Rechte und Pflichten des Individuums. Das andere die Verfolgung eines *bonum commune* (*κοινή συμφέρον*² – «Gemeinwohl»), als Voraussetzung einer sozialen Gemeinschaft zu gegenseitigem Nutzen und Anerkennung. Das sind die beiden tragenden Pfeiler des seit der Antike sog. Naturrechts.³ Die richtige Ordnung bezeichnen wir als gerecht. Gerechtigkeit wird erst relevant, wenn Menschen in Gemeinschaft leben und sich eine Ordnung geben müssen. In Einsamkeit und Freiheit ist Gerechtigkeit kein Thema und für Robinson auf der Insel

¹ Vergleichbar dem Wahren in der Philosophie oder dem Schönen in der Kunst nach griechischem Vorbild: das Schöne und Gute: *Καλοκαγαθία* – *Kalokagathia*, ein Kunstwort aus *καλὸν* und *ἀγαθόν* – *kalòn kai agathón*.

² Aritoteles Nik. Eth. V 1160a sagt geradezu, das *δίκαιον* sei das *κοινή συμφέρον* – das Gerechte sei das der Gemeinschaft Nützliche; vgl. auch *Hirzel*, *Themis, Dike und Verwandtes* (1907/1966) – Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen 204 mwNw in Fn 2. – Zum heutigen Begriff, zu dessen Konkretisierung Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmässigkeit in den Vordergrund gerückt werden s. *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg., 2002), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*.

³ Vgl. *Verdoss*, *Statisches und dynamisches Naturrecht* (1971) 104 f. Zum (umstrittenen) Naturrecht und seiner zeitlosen Geltung unten I 2 u. IV 1.

spielt sie keine Rolle. Die soziale Kontingenz der Gerechtigkeit zeigt sich auf zwei Ebenen, einmal im Verhältnis von Gemeinschaft und Bürgern, zum anderen im Verhältnis der Bürger untereinander. Bei der ersten geht es um Macht und Herrschaft sowie um Verteilung von Chancen und Risiken, Gütern und Lasten durch den Staat. Bei der zweiten um den Ausgleich von Konflikten und die Korrektur von Rechtsverhältnissen, bei denen sich durch ungerechte Verträge oder unrechtmässige Handlungen eine Abweichung von der «rechten Mitte» (μεσότης) ergeben hat. Die eine ist die **verteilende** (unten I 3 a), die andere die **ausgleichende Gerechtigkeit** (unten I 3 b). Beide haben eine lange Geschichte und lassen sich bis auf Aristoteles zurückverfolgen.⁴ Auf römischen Münzen wurde die Gerechtigkeit als personifizierte Gottheit (Aequitas) dargestellt, mit Füllhorn und Balkenwaage,⁵ die das Zuteilen und das Ausgleichen symbolisieren (unten I 3).

Im Gegensatz zur objektiven Gerechtigkeit als dem Ideal der Rechtsordnung ist Gerechtigkeit **subjektiv** eine **Tugend**. Das ist die Eigenschaft einer Person, die sie zu richtiger Verteilung von Gütern oder Lasten und zu weiser Entscheidung von Rechtsfällen befähigt. Aristoteles⁶ nannte sie die vollkommenste Tugend, so staunenswert wie Abend-

⁴ Nikomachische Ethik 1130b i.f.–1131a unten Fn 52.

⁵ Näher *H. Lange* Die Wörter AEQUITAS und IUSTITIA auf römischen Münzen SZ 52 (1932) 296 ff.; *G. Schieman*, Aequitas, in: Der Neue Pauly I (1996) Sp 188; *Mayer-Maly*, Aequitas, in: Der Kleine Pauly, Bd. 1 (1964) Sp. 97 f. Das Füllhorn symbolisiert allgemein Glück und Reichtum. In späteren Darstellungen der Gerechtigkeit ist es, weniger sympathisch, durch das Schwert ersetzt (unten Fn 322).

⁶ Nik. Ethik 1129b: πολλάκις κρατίστη τῶν ἀρετῶν ... καὶ οὔτε ἔσπερος οὔτε ἑώος οὔτω θαυμαστός.

und Morgenröte. Nach Cicero⁷ ist sie die Herrin und Königin aller anderen Tugenden. Seit der Antike kennt man vier Kardinaltugenden:⁸ Gerechtigkeit (δικαιοσύνη – dikaiosyne, iustitia), Tapferkeit (ἀνδρεία – andreia, fortitudo, constantia), Mässigung, Besonnenheit (σωφροσύνη – sophrosyne, temperantia, moderatio) und Klugheit (σοφία – sophia, prudentia, sapientia). Dieser Vierer-Kanon galt über die Jahrhunderte hinweg und gilt noch heute.⁹

Das Wort Gerechtigkeit (Recht, gerecht) hängt zusammen mit recht, gerade, richtig, und ist **etymologisch** ein Lehnwort, das sich von lat. recte ableitet, das (wie das griechische δίκαιος – dikaios) recht, gerade heisst und semantisch gleichbedeutend ist mit ius¹⁰, iustus, iustitia (lat. für Recht, richtig, gerecht, Gerechtigkeit), just, juste, justice (engl., frz. für gerade, gerecht, Gerechtigkeit), giustizia (it.), justicia (span.) und justiça (portug.). Daneben finden wir auch die dem deutschen Recht verwandten und ebenfalls von recte abgeleiteten Wörter diritto, derecho, droit und right. Auch richten und Gericht gehören zu diesem Wortstamm.

Die **älteste Aussage** zu Recht und Gerechtigkeit in der europäischen Antike findet sich in der griechischen Mytholo-

⁷ De off. III 19: Iustitia enim una virtus omnium est domina et regina virtutum.

⁸ *Aristoteles* Rhet. I 9, 1366b 9 ff.; *Cicero* de off. I 14 ff., 3, 95 f. u. öfter.

⁹ In der theologischen Tradition kommen noch Glaube (fides), Hoffnung (spes) und Liebe (caritas) hinzu, so dass sich eine Siebenzahl ergibt; vgl. z.B. *Drewermann*, Die sieben Tugenden (2012). Die drei sind aber keine Tugenden i.S.d. klassischen Tradition.

¹⁰ Das Grundwort *ius* ist in der Bedeutung Recht nur noch als lateinisches Fremdwort im Deutschen erhalten, so studiert man in Österreich Jus oder in Deutschland Jura; überlebt hat aber die ganz andere Bedeutung *Soße*, *Saft*, *Brühe* in frz. jus; vgl. auch *Ciceros* Wortspiel in der zweiten Rede gegen Verres I 121 mit der Doppeldeutigkeit von ius verrinum (Recht/Schweinebrühe des Verres).

gie. Nach *Hesiod*¹¹ hat Zeus für seine Geschöpfe folgende Ordnung (Nomos) erlassen: «Den Fischen, Tieren und Vögeln befahl er, einander zu fressen, weil unter ihnen keine Gerechtigkeit herrscht, dem Menschen aber gab er das Recht und die Gerechtigkeit» (δίκη, δικαιοσύνη – dike, dikaiosyne). In der Fabel von Habicht und Nachtigall geht es um die «Macht des Stärkeren».¹² Das *Recht des Stärkeren* war in der griechischen Antike ein alter Topos. Noch

¹¹ *Hesiod*, Theogonie 902; Werke 275; dazu *Flügel*, Die Idee des Rechts und der Gerechtigkeit bei Homer und Hesiod, Zs. f. Philosophie und Pädagogik 16 (1909) 161 ff. *Verdross*, Die Begründung der antiken Rechtsphilosophie durch Hesiod, Anz. öAk. Wiss. (1946) 23 ff.; ders. (-*Drossberg*), Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie² (1948) 16 ff.; *Mayer-Maly*, Nachdenkliches über Jus, Mél. Schmidlin (1998) 481 ff.= Ges. Schr. (2019) 247 ff.

¹² *Hesiod*, Werke 202:

«So zur Nachtigall, der melodischen, sagte der Habicht,
Als mit den Krallen sie fassend, er hoch in den Wolken dahinzog;
Diese jedoch wehklagte, zerfleischt von den Krallen, den krummen,
Jämmerlich – jener nun sprach zu ihr die gebietende Rede:
«Törin! Wozu das Geschrei? Du bist in des Stärkeren Macht jetzt;
Bist du die Sängerin auch, du gehst, wohin ich dich bringe;
Je nach Belieben erwähl' ich zum Schmaus dich oder entlass dich;
Tor ist, wer sich erkühnt, mit dem Stärkeren je sich zu messen».

Hesiod betont aber die Überlegenheit der Dike über die Hybris:
«Hör, o Perses, aufs Recht, und hüte dich wohl vor Gewalttat!
Wahrlich, Gewalttat ist für den Niedrigen schlimm; doch der Hohe

Selber verfällt ihr leicht und fühlt als drückende Last sie,
Wenn er ins Unglück stürzte. Der andere Weg, zu dem Siege
Sich zu verhelfen, ist besser, das Recht steht über Gewalttat,
Wenn es zum Ende gelangt, und im Leiden begreift es ein Tor selbst.»

(Übersetzung nach *H. Gebhardt*, bearbeitet von *E. Gottwein*)

Thrasymachos hatte behauptet, «Recht ist, was dem Stärkeren nützt». ¹³ Ein Satz, der nach Hesiod und Platon zugunsten einer gerechten Ordnung überwunden werden muss. Was sagt uns das heute? ¹⁴

Die Frage nach der Gerechtigkeit muss jede Zeit neu stellen, selbst wenn die Antwort meist unverändert ist. Auch wenn nicht angenommen werden kann, unsere heutige Gerechtigkeitsvorstellung sei einfach ein Produkt aus Antike und Christentum, Scholastik und Aufklärung, ¹⁵ so zeigt die faszinierende Ideengeschichte der Gerechtigkeit doch eine erstaunliche «anthropologische Konstante» ¹⁶ und bleibt objektiv unsere wichtigste Erkenntnisquelle. Zum Beispiel ist die Vertragsidee, der Schutz des Schwächeren und die Absage an das Recht des Stärkeren noch heute aktuell und der Gegensatz von Naturrecht und Positivismus, strengem Recht und Billigkeit (IV. Kapitel) zieht sich wie ein roter

¹³ *Platon*, *Politeia* 338c; näher unten bei Fn 213.

¹⁴ Es geht hier nicht um die Fragestellung des Historikers «wie es wirklich gewesen ist» und was eine Aussage im Zeitkontext bedeutet, sondern um die zeitlose Gültigkeit der wichtigsten Fragen der Menschheit.

¹⁵ So befürchtet z.B. *H. Dreier*, *Recht und Gerechtigkeit* 69, in: *Verrone/Nickl* (Hrsg.) *Welche Gerechtigkeit?* (2016) 70, dass ein ziemlich ungeniessbarer Begründungsbrei zusammengerrührt würde, wenn man annähme, unsere freiheitlich moderne Ordnung sei sozusagen ein Gesamtprodukt aus antiker Philosophie, christlich-jüdischem Denken, Spätscholastik und Aufklärung. Denn verkannt würde da die staatsphilosophisch tiefe Kluft zwischen Antike und Mittelalter einerseits, Neuzeit andererseits. Weiter gehen viele Historiker, die aktuell überhaupt keine Aussage aus alten Quellen für heutige Fragen heranziehen wollen, weil sie durch Herauslösung aus dem Kontext verändert würde. Dieser Einwand ist fehl am Platz, denn es geht nicht um den historischen Kontext, sondern um die zeitlose Gültigkeit.

¹⁶ *Verdross*, *Grundlinien* 101; von einer anthropologischen Konstante der Ungerechtigkeit spricht *Schopenhauer* (unten Fn 29), 236 dazu *J. Petersen* (ebd.) 48 f.

Faden durch die Geschichte, von der griechischen Antike bis zur Gegenwart. Ebenso die für das Recht wesentliche Frage, ob ein Gesetz strikt nach seinem Wortlaut anzuwenden ist oder nach Sinn und Zweck (V. Kapitel). Die allen Menschen zustehenden universellen Menschenrechte, die Fragen von Recht und Ethik, von Gesetz und Ordnung, ergeben ein Bild zeitloser Rechtsanthropologie und sind unverändert aktuell und modern.

Ein weiterer Grund und Vorzug geschichtlicher Betrachtung liegt darin, dass historische Zeugnisse und Aussagen über Gerechtigkeit **verifizierbar** sind und **empirische Urteile** zulassen. Das geltende Recht und die Frage der Gerechtigkeit hingegen ist **normativer Natur** und die Meinungen darüber, was im Einzelfall gerecht ist und was ungerecht, gehen namentlich bei parteipolitischen Fragen der Verteilungsgerechtigkeit häufig auseinander. Auch im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Gleichheit, zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit (zwischen materieller und formeller Gerechtigkeit) stehen sich die Meinungen oft diametral gegenüber. Gerechtigkeit und Rechtssicherheit stehen auch stellvertretend für Naturrecht versus Positivismus.¹⁷ Im Gegensatz zu dem normativen Aspekt bietet der empirische einen Einblick in die Idee der Gerechtigkeit im Wandel der Jahrhunderte.¹⁸

¹⁷ Vgl. insbesondere das 2. und das 4. Kapitel.

¹⁸ Anders *Kirste*, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins (1998) 394 f., 396 ff., der von einer «notwendigen Verzeitlichung» des Rechts ausgeht und die Zeitlosigkeit gewisser ethisch verbindlicher und rechtlicher Grundnormen leugnet; dies in Auseinandersetzung mit *Alexy*, Law, discourse and time, in: Time, Law, and Society, Bjarup/Blegvad Hrsg. (ARSP Beiheft 64, 1995) 101 ff., der zutreffend zeitlose Gültigkeit bestimmter Elemente des Rechts annimmt, namentlich der fundamentalen Menschenrechte.

Auch wenn Juristen und Rechtsphilosophen keine abschliessende Antwort geben können auf die abstrakte Frage, was Gerechtigkeit ist,¹⁹ so sagt uns das unverbildete Rechtsgefühl des Laien und das nicht durch eine *déformation professionnelle* beeinträchtigte Judiz des Juristen doch meist, wenn etwas (und was) im konkreten Fall ungerecht ist. Die positive Aussage, was gerecht ist, ist schwieriger.²⁰ Solange es kein Unrecht gibt, erübrigt sich die Frage nach der Gerechtigkeit. Erst durch das Unrecht wird sichtbar, was gerecht wäre. Recht wird gewissermassen erst durch Unrecht bestimmt.²¹ Gerechtigkeit kommt nicht so extrem vor wie Ungerechtigkeit. Es gibt grosses Unrecht, aber nur eine einfache Gerechtigkeit. Das Adjektiv *gerecht* ist an sich nicht steigerungsfähig. Noch deutlicher ist dies bei dem

-
- 19 Z.B. schreibt *J. Schröder*, *Verzichtet unser Rechtssystem auf Gerechtigkeit?* (2005) 36, man könne nicht ein für allemal angeben, was Gerechtigkeit eigentlich sei.
- 20 So sagt auch *H. Dreier*, *Recht und Gerechtigkeit* 69, in: *Verrone/Nickl* (Hrsg.), *Welche Gerechtigkeit?* (2016), wir könnten uns über das, was absolut ungerecht ist, in der Regel leichter verständigen als über die gerechteste Regelung; ebenso *H. Hoffmann*, *Einführung in die Rechts- und Staatslehre* (2. Aufl. 2003) 72 ff.; *Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit* (2004) 43; ähnlich *Kriele*, *Kriterien der Gerechtigkeit* (1963) 69, die Frage nach Recht und Unrecht lasse sich «nicht abstrakt, sondern nur anhand eines konkreten Falles ... entscheiden».
- 21 *Schopenhauer*, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, 1844 (Schopenhauer Werke, Zürcher Ausgabe A. Hübscher, Hrsg., 1977) I/2 § 63, 423; *ders.*, *Preisschrift über die Grundlagen der Moral* (1841); *ders.*, 1851 (a.a.O. II/1 § 121) 262: Der Begriff Unrecht sei der ursprüngliche und gäbe es kein Unrecht, würde nie vom Recht geredet worden sein; zu der weiteren Schlussfolgerung, Unrecht sei der positive Begriff, Recht, die Negation, mithin der negative, s. *Jens Petersen*, *Schopenhauers Vorstellung der Gerechtigkeit* (2018) 78 ff., 90 f.; *H. Hoffmann*, *Gerechtigkeitsphilosophie aus Unrechtserfahrung – zum Gerechtigkeitsinn der Arbeiter im Weinberg*, FS Heckel (1999) 547 ff.

Begriff *wahr*. Immerhin kann sich der Laie auch zu der Frage, welche Lösung in einem Einzelfall gerecht ist, in aller Regel eine Meinung bilden – Empathiefähigkeit, Unparteilichkeit und fehlendes Eigeninteresse vorausgesetzt.

Die erste und wichtigste Forderung an die Gerechtigkeit ist das Unterbleiben von Unrecht. Gerechtigkeit ist allerdings mehr als die bloße Abwesenheit von Unrecht, so wie Glück mehr ist als das bloße Ausbleiben von Unglück.

Wird niemand unterdrückt oder diskriminiert, so stellt sich als Nächstes die Frage nach sozialer Gerechtigkeit und gesellschaftlicher Teilhabe. Hier gibt es, anders als bei der Wahrheit, keine absoluten, sondern nur subjektive bzw. relative Antworten. Eine vorsichtige Antwort könnte lauten, dass jeder die **Chance** haben sollte auf einen gewissen **Anteil an privatem Glück**. Dabei geht es um mehr als ein blosses Streben nach prosperierenden materiellen Verhältnissen oder einem an physischer und psychischer Lust orientierten Hedonismus, wie im Garten *Epikurs*. Für den Menschen als soziales Wesen (ζῷον πολιτικόν²² – zoon politikon, ens sociale) ist Anerkennung und (insbesondere beruflicher) Erfolg ebenso wichtig. Das Gelingen privaten Glücksstrebens (**pursuit of happiness**) hängt auch sonst von vielen Faktoren ab. Zunächst aber ist «jeder seines eigenen Glückes Schmied» und «den Tüchtigen hilft das Glück» (fortes fortuna adiuvat). Staat und Gesellschaft können lediglich günstige Rahmenbedingungen für individuelles Glücksstreben schaffen.

Der Begriff der Gerechtigkeit wird mitunter in einem weiteren Sinne verstanden, der über das Verhältnis Bürger – Staat oder der Bürger untereinander hinausgeht. So sprechen wir etwa von Umweltgerechtigkeit (unten IX 3) oder Generationengerechtigkeit (unten VIII 2). Dabei geht es weniger um

²² *Aristoteles*, Politik 1153a 1–11.

Gerechtigkeit als allgemein um Vernunft und Zweckmässigkeit und um ein «Natur- bzw. Vernunftrecht» in modernem Sinn.

Im 20. Jahrhundert hat man auf die Frage, was Gerechtigkeit ist, verschiedene Antworten gegeben. Für *Rawls* bestand der zentrale Aspekt der Gerechtigkeit in **Fairness**.²³ Diese ist aber nicht das wichtigste generelle Prinzip der Gerechtigkeit, sondern spielt hauptsächlich als Verfahrensgrundsatz oder im Verhalten gegenüber anderen eine Rolle, wie man am besten im Sport sehen kann. Sie geht über eine «Legitimation durch Verfahren»²⁴ noch hinaus, denn Fairplay erschöpft sich nicht im Einhalten von Regeln, sondern bedeutet Achtung und Respekt vor dem Gegner. Art. 6 der UN-Menschenrechtskonvention garantiert ein «Recht auf ein faires Verfahren». Fairness erfasst aber im Recht nicht alle Aspekte der Gerechtigkeit, sondern nur den Teilaus-

²³ A Theory of Justice (1971), dt. Eine Theorie der Gerechtigkeit (1975) 28 ff.: «Die Gerechtigkeitsgrundsätze sind diejenigen Grundsätze, die freie und vernünftige Menschen in ihrem eigenen Interesse in einer anfänglichen Situation der Gleichheit zur Bestimmung der Grundverhältnisse ihrer Verbindung annehmen würden. [...] Diese Betrachtungsweise der Gerechtigkeitsgrundsätze nenne ich Theorie der Gerechtigkeit als Fairness»; s. auch dens., Justice as fairness (1985); Kelly (Hrsg., 2006) Schulte (Übers.), Gerechtigkeit als Fairness (2006). Freilich geht *Rawls* Theorie noch weit über den Aspekt der Fairness hinaus, s. Fn 45, 125, 148. – Zur Fairness s.a. *Saladin*, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (1975) 41 ff., 86 ff., der den Rechtsstaatsgedanken, das Gerechtigkeitsgebot, das Willkürverbot und die oben genannten Justizgrundrechte unter diesem Gedanken zusammenfasst.

²⁴ S. dazu die gleichnamige Schrift von *Luhmann* (1969); ferner *R. Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit (1992). «Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit» in dem umfassenden Sinn eines rationalen Diskurses erörtert *A. Tschentscher* (2000/2009).

schnitt der Verfahrensgerechtigkeit, im Zivilprozess Waffengleichheit,²⁵ rechtliches Gehör (z.B. Art. 103 Abs. 1 GG), insbesondere die Anhörung beider Seiten (*audiatur at altera pars*) und Unparteilichkeit. Die wichtigsten Justizgrundrechte im Strafverfahren sind: Keine Strafe ohne klares, bestimmtes und vorausgehendes Gesetz – *nulla poena sine lege certa, clara, praevia* (Art. 103 Abs. 2 GG; näher dazu unten V 3), die Unschuldsvermutung (*in dubio pro reo*) und das Verbot der Doppelbestrafung (*ne bis in idem* Art. 103 Abs. 3 GG); dazu näher unten III 1.

In ähnlicher Weise erhebt *Kelsen*²⁶ einen Teilausschnitt zum Wesen der Gerechtigkeit, das er in der **Toleranz** sieht. Toleranz gegenüber Andersdenkenden ist eine der wichtigsten Maximen in der Demokratie und in der pluralistischen Gesellschaft. Historisch bestand das Toleranzgebot namentlich gegenüber anderen Religionen. Die Idee der (religiösen) Toleranz ist das zentrale Thema in der Ringparabel in *Lessings* Nathan der Weise. Heute ist Toleranz vor allem gegenüber Fremden und politisch Andersdenkenden gefordert. Das Toleranzgebot besteht natürlich nicht gegenüber Intoleranz und bedeutet nicht Akzeptanz von unethischem oder rechtswidrigem Verhalten. Auch die Toleranz stellt aber nur einen Teilaspekt der Gerechtigkeit dar und ist mit ihr nicht gleichzusetzen.

Für *Radbruch*, *Dworkin* oder *Perelman* u.a. bedeutete Gerechtigkeit **Gleichheit**.²⁷ Gleichheit vor dem Gesetz ist in

²⁵ In der Schweiz spricht man bildlich von «gleich langen Spiesen».

²⁶ Was ist Gerechtigkeit? (1953/2016) 45 ff.; zur Toleranz und ihren Grenzen zuletzt *J. Gauck*, Toleranz: Einfach schwer (2019).

²⁷ Z.B. *Radbruch* SJZ 1946, 105, 107 «die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht»; zu *Radbruch* auch unten Fn 232, 332; *Dworkin*, Was ist Gleichheit? (2009); *ders.*, Gerechtigkeit für Igel (2012), befasst sich mit dem Satz des altgriechischen Lyrikers Archilochos (7. Jh. v.Ch.) «der Fuchs weiss viele Dinge

der Demokratie eine unbestrittene Selbstverständlichkeit. Der Gleichheitsbegriff ist aber formal. Eine Pflicht zu materieller Gleichbehandlung gibt es nicht (dazu unten II 2). Wenn es nur um eine Erstverteilung ginge und quasi bei Null begonnen werden könnte, sollten alle das Gleiche erhalten und behalten. Auch wo es nicht um einen Neustart geht, ist aber die Forderung *Jedem das Gleiche* illusorisch. Massgeblich sind die ganz unterschiedlichen Verhältnisse, in welche die Menschen hineingeboren werden, sei es in Europa oder in der Dritten Welt, sei es in reiche oder in arme Verhältnisse. Nicht zuletzt bestehen Unterschiede in den intellektuellen Fähigkeiten. Gewährt wird lediglich Chancengleichheit, vor allem in der Bildung.

Ungleiches wird ungleich behandelt. So hat niemand Einwendungen, wenn alle ein gleich grosses Stück Kuchen bekommen, aber das Geburtstagskind ein grösseres. Erhält aber, wie das Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg (Matth. 20, 1–16) erzählt, jeder Arbeiter einen Denar Tageslohn, egal wann er angefangen hat? Man hat dies «Unge­rechtigkeit durch Gleichbehandlung» genannt.²⁸ Eine differenzierende Antwort ist seit der griechischen Antike, dass nicht immer **alle das Gleiche** erhalten, sondern **jeder das Seine**, das ihm Gebührende – *sum cuique*. Was das heisst,

aber der Igel weiss eine grosse Sache». Danach ist u.a. gerecht, wer gelingendes Leben mit der Verantwortung für andere verbindet. Gegen diese Definition ist kaum etwas einzuwenden. Mit dem Igel des Archilochos hat sie indes nichts zu tun; dazu *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft⁸ (2017) § 11 VIII, wo ein Zusammenhang mit der *Maxime non multum sed multa* vermutet wird. – Für Gleichheit als Kern der Gerechtigkeit ferner *Perelman*, Gerechtigkeit 21 ff., 27 f.: «Es sind sich wohl alle darin einig, dass gerecht sein, die Menschen auf die gleiche Weise behandeln heisst». *B. Jestaedt*, Recht und Gerechtigkeit (1990) 16: «Gerechtigkeit im objektiven Sinn bedeutet Gleichheit»; kritisch z.B. *Hörster*, Was ist eine gerechte Gesellschaft? (2013).

²⁸ *H. Hoffmann*, FS Heckel (1999) 547, 567 f.

ist freilich unklar und noch mehr umstritten (dazu unten 3 a). Der Satz ist zunächst eine Einschränkung einer formalen und generellen Gleichbehandlung und verlangt Differenzierung i.S.e. *reasonable discrimination* (vernünftigen Differenzierung). Das beantwortet aber die Frage nicht, was «das Seine» ist. Der Staat soll *gleiche Lebenssverhalte gleich* behandeln und *ungleiche verschieden*. Gleichbehandlung ist ex negativo nur ein Verbot der Ungleichbehandlung, also der unvernünftigen Diskriminierung (*unreasonable discrimination*). **Gleichbehandlungsgebot** und **Diskriminierungsverbot** gehören zusammen, sind nur die zwei Seiten ein und derselben Münze und werden auch nebeneinander genannt, z.B. in Art. 3 Abs. 1 und 3 GG.

2. Grundprinzipien und Definition der Gerechtigkeit

Entgegen einer immer noch verbreiteten Auffassung kann die Existenz einer materiellen Gerechtigkeitsethik jenseits des positiven Rechts nicht ernsthaft in Frage gestellt werden (unten IV). Dabei ist es gleichgültig, ob man sie als «Naturrecht» bezeichnet, was seit der griechischen Antike üblich ist (unten IV 1) oder als göttliche Ordnung oder ob man auf eine Herkunftsangabe verzichtet und schlicht das Gewissen als Quelle einer humanen Ethik angibt, so dass das Natur- oder Vernunftrecht gleichsam eine Externalisierung unseres Gewissens ist. Das Gewissen in uns ist nicht genetisch angelegt – ein Gerechtigkeitsgen hat man noch nicht gefunden – sondern ein Produkt menschlicher Zivilisation. Es bildet sich in der frühkindlichen Erziehung zu sozialem Verhalten und hat eine archetypische Dimension. Wichtig ist in unserem Kontext allein, dass es sich um ethische Rechtssätze handelt, die alle kennen und die jedem einleuchten. Allerdings stellt die Gerech-

tigkeit geringere Anforderungen als Moral und Ethik, die verlangen, das Gute um seiner selbst willen, selbstlos zu tun. Gerechtigkeit verlangt Fairness, aber nicht notwendig Altruismus, sondern nur Freiheit von Egoismus.²⁹ Dass z.B. Kleinkinder das Teilen erst lernen müssen, lässt sich beobachten. Gerechtigkeit fordert in nuce jedenfalls, was auch der weltweit gebräuchliche Kindervers, die berühmte *Goldene Regel*, besagt: «Was du nicht willst, das man dir tu’, das füg’ auch keinem anderen zu». Die Beachtung allein dieses Minimalstandards hätte den grauenhaften Zivilisationsbruch des Naziregimes verhindert. Die *Maxime* ist, seit es Aufzeichnungen gibt, in allen Gesellschaften anerkannt, neben der griechisch-römischen Antike auch im Vorderen Orient und im Fernen Osten.³⁰ In der Bibel finden wir sie im apokryphen Buch Tobit.³¹ Das Neue Testament hat die positive Variante «Was ihr also von anderen erwartet, das tut auch ihnen».³² Hierher gehört auch das alte «do ut des» –

²⁹ In ihm sieht *Schopenhauer* geradezu den Gegenbegriff zur Gerechtigkeit, Preisschrift über die Grundlagen der Moral, 1841 (*Schopenhauer Werke*, Zürcher Ausgabe Bd. VI A. Hübscher, Hrsg., 1977) 236, 238; dazu *J. Petersen* *Schopenhauers Vorstellung der Gerechtigkeit* (2018) 41 ff.

³⁰ *S. Forschner* u.a. (Hrsg.), *Lexikon der Ethik*⁷ (2008) 118; *Mayer-Maly*, *Rechtsgeschichtliche Bibelkunde* (2003) 26 ff. In der griechischen Antike ist die früheste Quelle einer der Sieben Weisen, vielleicht *Thales* von Milet (zu ihm auch Fn 151, 173, 205), vgl. *Diogenes Laertios*, *Leben und Lehren berühmter Philosophen*, (Ausgabe 1921), *Thales* I 36 i.f.: «Wie kann man am Besten und Gerechtesten leben? Wenn wir, was wir an anderen tadeln, selber nicht tun». Zahlreiche Nw. bei Wikipedia «Sieben Weise von Griechenland».

³¹ 4,16: Quod ab alio oderis fieri tibi, vide ne alteri tu aliquando facias – was du von anderen fürchtest, sieh zu, dass du es nicht selbst einmal einem anderen antust.

³² *Mattheus* 7,12; ebenso *Lukas* 6,31: Und wie ihr wollt, dass euch die Menschen tun sollen, das tut auch ihr ihnen. Allgemein nennt Jesus dies das wichtigste Gebot neben der Gottesliebe: «Liebe

ich gebe, damit du gibst, der Konnex zwischen Leistung und Gegenleistung der synallagmatischen Verträge, die von Aristoteles bei der korrigierenden Gerechtigkeit thematisiert werden (Nik. Eth. 1131a dazu unten 3). Quasi in umgekehrte Richtung geht die kausale Variante, die auch die Rache (unten VI 1) einschliessende Maxime «wie du mir – so ich dir».

Die Goldene Regel reflektiert das psychologische Faktum, dass wir absolut empfindlich sind, wenn uns selbst Unrecht geschieht, dagegen je nach Empathiefähigkeit nur mehr oder weniger, wenn es anderen widerfährt. Daher ist die Kontrollüberlegung nützlich, wie wir uns fühlen würden, wenn dasselbe uns geschähe. Das gilt auch für Kinder, die ab einem gewissen Alter³³ im Allgemeinen ein deutliches Gerechtigkeitsgefühl haben, wenn man vom Teilen einmal absieht. In einer philosophischen Fassung begegnet uns die Goldene Regel im kategorischen Imperativ von *Immanuel Kant*: «Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könnte».³⁴

Aus der Erkenntnis der Goldenen Regel wurde der Grundvertrag zwischen den Menschen entwickelt, den die Schwächeren abschliessen, damit der Stärkere nicht tun kann, was

deinen Nächsten wie dich selbst» (*Markus 12, 29–31*). Beide Varianten finden sich auch bei *Thomas Hobbes*, *Leviathan (or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil, 1651* abgedruckt bei Wikisource s.h.v.) I 14: This is that law of the gospel: Whatsoever you require that others should do to you, that do ye to them. And that law of all men, quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris.

³³ In den kognitiven Neurowissenschaften ist nicht gesichert, ob sich ein Gerechtigkeitsinn schon mit drei oder eher erst mit sechs Jahren entwickelt.

³⁴ *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft, § 7 Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft, Akademieausgabe V 30.

er will, wie das in dem ursprünglichen Zustand der Natur der Fall war. So heisst es z.B. bei *Ovid* (*Fasti* 3, 279): *Inde datae sunt leges ne firmior omnia posset* – die Gesetze sind darum erlassen worden, damit sich der Stärkere nicht alles erlauben kann. Ein Beleg aus vorsokratischer Zeit ist der Anonymos Jamblich³⁵:

Denn da die Menschen nicht im Stande sind, für sich allein zu leben, haben sie sich der Not gehorchend zusammengeschlossen [...] Zusammenzuleben und doch ohne Gesetz zu sein, erwies sich aber als unmöglich – [...] darum herrschen Gesetz und Recht königlich über die Menschen und das wird niemals anders werden, denn es ist durch die Kraft der Natur festgelegt.

Die Vorstellung, dass das Recht auf einem *Vertrag der Bürger* beruht, findet sich weiter bei *Platon*, *Politeia*³⁶ und bei

³⁵ *Diels/Kranz* II 402 fr. 6.

³⁶ Der Dialog *Politeia* handelt auf weiten Strecken von der Gerechtigkeit, ist aber für das Thema weniger ergiebig. Die Kernstelle beschäftigt sich mit Spitzfindigkeiten über Unrecht und Unrechtleiden, den Freunden nützen und den Feinden schaden. – *Polit.* 358e – 359a: *πεφυκέναι γὰρ δὴ φασιν τὸ μὲν ἀδικεῖν ἀγαθόν, τὸ δὲ ἀδικεῖσθαι κακόν; πλέονι δὲ κακῷ ὑπερβάλλειν τὸ ἀδικεῖσθαι ἢ ἀγαθῷ τὸ ἀδικεῖν; τοῖς μὴ δυναμένοις τὸ μὲν ἐκφεύγειν τὸ δὲ αἰρεῖν δοκεῖ λυσιτελεῖν συνθέσθαι ἀλλήλοις μήτ' ἀδικεῖν μήτ' ἀδικεῖσθαι· καὶ ἐντεῦθεν δὴ ἄρξασθαι νόμους τίθεσθαι καὶ συνθήκας αὐτῶν, καὶ ὀνομάσαι τὸ ὑπὸ τοῦ νόμου ἐπίταγμα νόμιμόν τε καὶ δίκαιον· καὶ εἶναι δὴ ταύτην γένεσιν τε καὶ οὐσίαν δικαιοσύνης, μεταξύ οὗσαν τοῦ μὲν ἀρίστου ὄντος, ἐὰν ἀδικῶν μὴ διδῷ δίκην, τοῦ δὲ κακίστου, ἐὰν ἀδικούμενος τιμωρεῖσθαι ἀδύνατος ᾖ; τὸ δὲ δίκαιον ἐν μέσῳ ὄν τούτων ἀμφοτέρων ...* – Sie sagen, Unrecht sei von Natur aus gut, Unrechtleiden schlecht. Daher schliessen Menschen, die nicht in der Lage sind, ungestraft Unrecht zu begehen und zugleich das Unrechtleiden zu vermeiden, Verträge ab und stellen Gesetze auf, die das Unrechtleiden verhindern, indem sie das Unrecht tun