

I. DAS PROJEKT EINER KRITISCHEN THEORIE DER GERECHTIGKEIT

2. Ein modernes Konzept der Gerechtigkeit und die Normativität des modernen Rechts

In der Einleitung (1.1) habe ich als ein Kennzeichen eines *modernen* Gerechtigkeitskonzepts bzw. allgemeinen Begriffs der Gerechtigkeit ausgewiesen, dass es ein substanzielles Gleichheitsverständnis zugrunde legt. Substanziell in dem Sinne, dass Gerechtigkeit nicht nur fordert, alle gleichermaßen gerecht zu behandeln (aber womöglich jeweils ganz anders), sondern dass aus der gleichermaßen gerechten Behandlung auch eine in bestimmten Hinsichten tatsächlich gleiche Behandlung folgt. Ausgangspunkt der Beschreibung von drei Merkmalen eines modernen allgemeinen Gerechtigkeitsbegriffs ist die Verhältnisbestimmung dieses substanziellen Gleichheitsverständnisses zur Normativität des modernen Rechts.

Es ist eine verbreitete These, dass es eine Umstellung von einem vormodernen auf einen modernen Rechtsbegriff gab. Die grundsätzliche Idee ist dabei, dass sich eine gerechte soziale Ordnung im vormodernen Sinne dadurch ausgezeichnet habe, dass sie einer *objektiv* richtigen (Rechts)Ordnung entspricht, während eine gerechte soziale Ordnung im modernen Sinne einer Ordnung entspricht, die allen ihr Unterworfenen als (substanziell) Gleichen gerecht wird, dadurch, dass sie ihnen *subjektive Rechte* zugesteht (vgl. Strauss 1977 [1953]: 188–190). Ich werde nicht selbst für die These, dass es diese Verschiebung von einem vormodernen zu einem modernen Rechtsverständnis gab, argumentieren. Sie ist allerdings weit verbreitet und die Diskussion bezieht sich vor allem darauf, wann diese begriffliche Verschiebung stattgefunden hat und wie sie genau zu verstehen ist.¹

Substanzielle Gleichheit wird durch subjektive Rechte gewährleistet, indem allen *in bestimmten Hinsichten* tatsächlich dasselbe zugestanden wird. Davon ausgehend lassen sich drei Merkmale eines allgemeinen Gerechtigkeitsbegriffs bestimmen: erstens, dass es eben nur bestimmte Hinsichten sind, unter denen alle gleich behandelt werden (2.1), zweitens, dass die normative Grundorientierung einer Gerechtigkeitskonzeption, die Idee von einer (substanziellen) Gleichheit, in Form einer Gleichheit von Rechten erfassbar ist (2.2) und drittens, dass diese subjektiven Rechte institutionell abgesichert werden müssen (2.3).

1 Eine grundsätzliche Hinterfragung dieser Verschiebung findet sich hingegen bei Black 1990. Für eine affirmative Haltung dazu, dass diese Verschiebung stattgefunden hat, siehe: Loos und Schreiber 1984, Habermas 1994 [1992]: 109, Menke 2015: 15–97 (Teil I). Zu Menkes Konzeptualisierung, siehe Kapitel 3. Zu der Frage, wann diese Verschiebung stattgefunden hat, siehe z.B. Tiernay 1980, Tuck 1987, Brett 1997.

Habe ich zunächst geschrieben, dass die Verschiebung von einem vor-modernen zu einem modernen Gleichheitsverständnis (bezogen auf die Gerechtigkeit) verbunden werden kann mit der Verschiebung von einem Recht, das sich normativ erst an einer objektiv richtigen Ordnung und dann an der Berücksichtigung subjektiver Rechte orientiert, kann man beide Seiten auch in einem breiteren Verständnis des deutschen Wortes ›Recht‹ enger zusammenbinden.² ›Recht‹³ schließt nämlich in seiner Bedeutung ›Gerechtigkeit‹, ›subjektives Recht‹ und ›positives Recht‹ (Gesetz) ein.⁴ So ein dreidimensionaler Rechtsbegriff sollte dabei nicht ohne Weiteres als weiter Rechtsbegriff im Sinne Hegels⁵ – und daran anschließend Honneths (vgl. 4.1) – verstanden werden.

Ein solches dreidimensionale Verständnis von Recht liegt, laut Steven Lukes, auch bei Marx vor. Bezogen auf den ganz zu Beginn der Arbeit eingeführten ›Marx'schen Verdacht‹ gegenüber dem Gerechtigkeitsbegriff schreibt Lukes, dass Marx nicht nur dem Gerechtigkeitsbegriff kritisch gegenüberstand, sondern einer gesamten »morality of *Recht*«, welche die drei Dimensionen der Gerechtigkeit, der Menschen- oder subjektiven Rechte und des positiven Rechts einschließt (Lukes 1985: 27f.). Lukes unterscheidet eine »morality of *Recht*« von einer »morality of emancipation« (ebd.), um in der Debatte darum, ob und welche normative oder moralische Position Marx vertreten hat, eine differenzierte Position zu beziehen. Seine Position ist, dass Marx eine »morality of *Recht*« abgelehnt hat, aber dennoch eine »morality of emancipation« affirmierte, d.h. nicht jede Form von moralischem Denken abgelehnt hat. Auch Maihofer betont die »dialektische[...] Struktur von Gerechtigkeit, Menschenrechten und Recht« bei Marx (Maihofer 1992).

- 2 Daher auch der Titel der Arbeit: Zeitstrukturen des *Rechts*.
- 3 Im Duden wird zwischen drei Bedeutungsdimensionen von »Recht« unterschieden: Recht als »Gesamtheit der Gesetze und gesetzähnlichen Normen« (positives Recht), als »berechtigter zuerkannter Anspruch« (subjektives Recht) und als »Berechtigung, wie sie das Recht[sempfinden] zuerkennt« (Gerechtigkeit). Vgl. Duden 2020b.
- 4 Es kann sogar sein, dass bei bestimmten historischen Rechtsverständnissen die Dimensionen der Gerechtigkeit und der objektiven Rechtsordnung gar nicht auseinandergetreten sind und es somit schon ein Merkmal eines modernen Rechtsbegriffs ist, dass sich Gerechtigkeit gegenüber dem gesetzten Recht überhaupt kritisch oder affirmierend verhält (vgl. Loos und Schreiber 1984: 234 und Menke 2015: 57). Womöglich ist also schon dieses dreidimensionale Rechtsverständnis, unabhängig von der jeweiligen Beschreibung der einzelnen Dimensionen, historisch spezifisch.
- 5 Für Hegel ist »das Rechtssystem das Reich der verwirklichten Freiheit [insgesamt, E.N.]« (Hegel 2009 [1821]: 37 (§4)).

Auch in Bezug auf Fichtes Rechtsbegriff, der in Kapitel 7 relevant wird, kann man laut Frederick Neuhouse von so einem dreidimensionalen Verständnis von Recht sprechen. Neuhouse schreibt in seiner Einleitung zur englischsprachigen Ausgabe von Fichtes *Grundlage des Naturrechts*, dass der von Fichte verwendete deutsche Ausdruck Recht nicht mit einem englischen Wort zu übersetzen sei. »Recht« verweise auf drei englische Ausdrücke: »right«, »law« and »justice« (vgl. Neuhouse 2000: VII, Neuhouse 1994: 117, Fn. 4⁶).

Mit dieser vorläufigen Bestimmung des Gerechtigkeitsbegriffs in enger Verbindung zur Idee des Rechts bzw. als Teil eines breiten Begriffs des Rechts affirmiere ich zunächst gewissermaßen den von Frieder Vogelmann so benannten »legalistischen Stil in der liberalen politischen Theorie« (Vogelmann 2016: 86). Ich halte es wie Vogelmann für wichtig, darauf hinzuweisen, dass bestimmte Merkmale vieler Arten von Politischer Theorie und Philosophie eng mit einer juridischen Denkweise verbunden sind. Den Bezug auf das Recht zu kappen, würde dementsprechend für viele theoretische Ansätze eine Umstellung ihrer Grundbegriffe bedeuten. In dieser Arbeit möchte ich in einem »legalistischen« *Framework* bleiben, um gewissermaßen von innen heraus zu überprüfen, wie weit es trägt.

Hebe ich die Verbindung zwischen der Normativität der Gerechtigkeit und positivem Recht hervor, auch um die Gerechtigkeitsbegrifflichkeit kritisch auf ihre *Konsequenzen* hin zu untersuchen (vgl. zu meiner Methode, 1.2), dann bedeutet das, dass ich dem Recht als gesellschaftliche Institution, entgegen mancher Deutungen von Marx' Rechtskritik, einen Eigenwert zugestehe und es nicht etwa als bloße Abbildung von ökonomischen Verhältnissen betrachte. Ansonsten würde es keinen Sinn machen, von Beherrschungspotentialen des Rechts selbst zu sprechen; sie wären dann nur über das Recht vermittelte Beherrschungspotentiale der kapitalistischen Ökonomie. Das schließt nicht aus, das Verhältnis von Recht und Ökonomie als komplementär oder sich gegenseitig bedingend zu beschreiben; Recht geht aber nicht in ökonomischen Verhältnissen auf.⁷

6 Interessanterweise nimmt Neuhouse an letzterer Stelle eine Zuordnung von der Auseinandersetzung mit »Recht« zu einer bestimmten Disziplin, nämlich Politischer Theorie, vor (zu dieser Disziplinenfrage, vgl. Kapitel 5).

7 Diese Eigenständigkeit des Rechts betonen auch Menke (vgl. Menke 2017b: 88) und Loick: Entgegen mancher »Marxistische[r] Rechtstheorie«, die »das Recht [...] zu einem bloßen Überbauphänomen oder zur Widerspiegelung der ökonomischen ›Basis‹ herabstufen [...] [, E.N.] soll das Recht als konstitutives Element der bürgerlichen Gesellschaft in den Blick geraten.« (Loick 2017a: 14f.)

2.1 Der reduzierte Blick der Gerechtigkeit

Wenn ein moderner Gerechtigkeitsbegriff die substanzielle Gleichheit von Individuen sichert, fokussiert er sich auf bestimmte Hinsichten von Individuen, nämlich die, in denen sie gleich behandelt werden sollen, und blendet andere, die nicht die Gleichheit der Individuen betreffen, aus.

Damit sind Hinsichten, die etwa das individuelle Glück betreffen, nicht relevant für die Perspektive der Gerechtigkeit. Dafür, dass eine Gruppe von Individuen gerecht organisiert ist oder es sich um eine gerechte intersubjektive Relation oder Institution handelt, müssen bloß bestimmte Mindestbedingungen erfüllt sein. Die beteiligten Subjekte müssen dafür nicht notwendig glücklich sein, ein gutes Leben führen oder in einer sittlichen Gemeinschaft⁸ leben. Die Perspektive der Gerechtigkeit auf soziale Verhältnisse ist somit »reduziert« (Forst 2011: 136). Ich verstehe diese Reduziertheit der Gerechtigkeitsperspektive programmatisch und – zumindest zunächst – nicht als Mangel einer Theorie der Gerechtigkeit.⁹ Die reduzierte Perspektive der Gerechtigkeit ist in meiner Terminologie nur ein Mangel, wenn sie gleichzeitig *reduktiv* ist. Reduktiv ist die Perspektive nur, wenn eine Gerechtigkeitstheorie keine *adäquate* Auswahl der Dinge, die gerechtigkeitsrelevant sind, trifft. Dass sie eine Auswahl trifft und nicht alles – wie das Glück der Betroffenen – als gerechtigkeitsrelevant bestimmt, ist Programm.

Dass die Perspektive der Gerechtigkeit also eine Grenze zieht zwischen sozialen Verhältnissen, die relevant für sie sind – die sie gewissermaßen interessieren –, und solchen, die aus ihrer Perspektive nicht relevant oder uninteressant sind, ist bloß beschreibend. Diese Grenzziehung zeigt in dessen auch den liberalen Charakter der Gerechtigkeitsperspektive an;

- 8 Zur Abgrenzung von ›Gemeinschaft‹ und ›Gesellschaft‹, siehe: Tönnies 2005 [1887]. Vgl. dazu: Gertenbach, Laux, Rosa und Strecker 2010: 30, Jaeggi und Celikates 2017: 27–41.
- 9 Forst, von dem ich den Ausdruck der Reduziertheit übernehme, bleibt auf ihn bezogen ambivalent. In seinem Aufsatz »Das Wichtigste zuerst. Umverteilung, Anerkennung und Rechtfertigung« (Forst 2011: 134–154) scheint er den Ausdruck eher programmatisch zu verwenden (vgl. S. 136 und 154). An anderer Stelle, nämlich in seinem Artikel »Gerechtigkeit nach Marx« (Forst 2015a: 171–185), verwendet er den Ausdruck allerdings eindeutig pejorativ, wenn er über Gerechtigkeitstheorien schreibt, die er ablehnt, und diese als »reduziert und irreführend« (171) beschreibt. Gleichzeitig schreibt er am Ende dieses Aufsatzes über das richtige Verständnis des Grundanspruchs der Gerechtigkeit, dass dieser ein »sparsamer und produktiver« (184) sei. Semantisch könnte das Adjektiv »sparsam« ähnlich verstanden werden wie »reduziert«. Terminologisch ist in diesem Aufsatz aber klar, dass Forst die Reduziertheit einer Gerechtigkeitstheorie als Problem ansieht. Ich verwende »Reduziertheit« hingegen nicht pejorativ.

wo genau diese Grenze gezogen wird, ist zweitrangig: »Entscheidend ist für den Liberalismus nicht so sehr, wo genau diese Grenze gezogen, als dass sie überhaupt gezogen wird, und dass sie unter keinen Umständen vergessen oder ignoriert werden darf.« (Shklar 2013 [1989]: 174) Dieses Kennzeichen des Liberalismus ist normativ dadurch verbürgt, dass es ein liberales Ideal ist, paternalistische Vorschriften darüber, was ein gutes oder glückliches Leben ausmacht, zu vermeiden.

Habermas hat so eine Grenze in Form einer Trennung von Ethik (Fragen des guten Lebens) und Moral gezogen (vgl. Habermas 2015 [1983]: 113 und Habermas 1991).¹⁰ Sie geht auf Kants Differenzierung zwischen Glückseligkeit und dem moralisch Guten bzw. zwischen kategorischen und hypothetischen Imperativen zurück.¹¹ Forst affirmiert die Idee einer »*deontologische[n] Differenz*« zwischen Moral und Ethik (Forst 2015a: 121).¹² Spezifischer meint er, dass »[z]wischen dem moralischen und ethischen Kontext eine kriteriale *Grenze von Reziprozität und Allgemeinheit*« liegt (Forst 2007a: 108). Dabei ordnet er Gerechtigkeitspflichten eindeutig dem Bereich zu, für den die Kriterien der Reziprozität und Allgemeinheit gelten (dem moralischen Kontext): »Wenn wir über politische und soziale Gerechtigkeit sprechen, so reden wir über die [...] Pflichten der Mitglieder eines gesellschaftlichen und politischen Kontextes, Institutionen auf Basis von Normen zu errichten, die zu Recht beanspruchen können, allgemein und reziprok gültig [...] zu sein [...].« (Forst 2011: 139, vgl. auch Gilibert 2016: 7).¹³ Bei Habermas zeigt sich im politisch-sozialen Kontext auch eine strukturähnliche Unterscheidung, jedoch nicht diejenige zwischen Ethik und Moral, sondern zwischen solchen Meinungen, die Effekte auf die allgemeine Gesetzgebung haben sollten, und solchen, die dies nicht haben sollten (vgl. Habermas 1994 [1992]: Kapitel 8 und 9).¹⁴

Auch Rawls unterscheidet zwischen dem Rechten (»the right«) und Ideen oder Vorstellungen des Guten bzw. des guten Lebens (vgl. Rawls 1992b). In der angelsächsischen Debatte im Anschluss an Rawls stellt sich zudem die Frage nach der Unterscheidung von gerechtigkeitsrelevant und -irrelevant unter den Stichworten des *scope* und der *site* der Gerechtigkeit. Unter ersteres fällt die Frage, welche

¹⁰ Vgl. Einleitung zu Teil II.

¹¹ Zum Kantischen Hintergrund von Habermas' Moralverständnis und der Unterscheidung von Moral und Ethik, siehe: Lohmann 2009: 82–87.

¹² Siehe dazu insbesondere seinen Aufsatz »Ethik und Moral« (Forst 2007a: 100–126).

¹³ Zur Definition der Kriterien von Reziprozität und Allgemeinheit und ihrem – meiner Ansicht nach – fraglichen Bezug zum Bereich des Moralischen, siehe 6.1.

¹⁴ Für eine Auseinandersetzung mit der dafür bedeutenden Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Autonomie, siehe Kapitel 8.

Akteure als Subjekte der Gerechtigkeit zählen, unter letzteres, welche Arten von *Handlungen* für die Gerechtigkeit interessant sind. Die Debatte entspinnt sich im Anschluss an Rawls' Bestimmung der Relevanz der distributiven Gerechtigkeit (seines Differenzprinzips) ausschließlich für Nationalstaaten (*scope*) und für die »*basic structure*« einer Gesellschaft (*site*) (vgl. exemplarisch zu dieser Debatte: Abizadeh 2007, Cohen 1997 und Cohen 2008). Ich vermeide diese Begriffe bewusst, da bei einer kritisch-prozeduralen Gerechtigkeitstheorie, die mich schließlich interessiert, weder *scope* noch *site* im Abstrakten bestimmbar sind und aufeinander verweisen. Im Anschluss an die *site*-Problematik verwende ich das Vokabular der *inneren Grenze* und im Anschluss an die *scope*-Problematik das der äußeren Grenze der Gerechtigkeit (siehe insbesondere Kapitel 6.1 und 6.5).¹⁵

Kritiken am Liberalismus zeigen, dass eine Gefahr besteht, die Grenze zwischen Dingen, die aus Perspektive der Gerechtigkeit relevant sind und solchen, die es nicht sind, falsch zu ziehen und dass diese in der Vergangenheit (auf spezifische Art und Weise) falsch gezogen wurde:

Aus einer Marx'schen Perspektive etwa zieht eine Gerechtigkeitsperspektive diese Grenze dann falsch, wenn sie die Arbeitsverhältnisse zwischen Personen bereits als gerecht ansieht, weil sich diese in Arbeitsverträgen als gleiche Vertragspartner/innen gegenüberstehen. Denn das Feststellen der Gleichheit zwischen den Parteien ist bedingt durch eine auf falsche Art und Weise begrenzte Perspektive, in diesem Fall eine privatrechtliche Perspektive. Öffnet man den Blick und bezieht die gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse mit ein, stellt sich heraus, dass neben einem Verhältnis formaler Gleichheit auch eines der Ausbeutung besteht: Personen, die selbst keine Produktionsmittel (etwa Land und Maschinen) besitzen (die Klasse der Arbeiter/innen), sind, um ihr Leben zu erhalten, darauf angewiesen, ihre Arbeitskraft an Personen, die diese besitzen, zu verkaufen. Die besitzende Klasse der Kapitalist/innen wiederum beutet die Arbeiter/innen dadurch aus, dass sie ihnen weniger Lohn ausbezahlt als ihre Arbeitskraft an Wert (für die Kapitalist/innen) produziert. Eine Perspektive der Gerechtigkeit, die dieses Ausbeutungsverhältnis nicht sehen kann, weil sie ihren Blick auf privatrechtliche Verhältnisse verengt hat, ist *reduktiv*.¹⁶

Zweitens muss in diesem Kontext die feministische Kritik an der starren Trennung von Öffentlichkeit und Privatheit erwähnt werden. Der

15 Vgl. dazu auch Matha Nussbaums Buch mit dem Titel *Grenzen der Gerechtigkeit. Behinderung, Nationalität und Spezieszugehörigkeit*, in dem sie sich sowohl mit der inneren (Behinderung, Spezieszugehörigkeit) und äußeren (Nationalität) Grenze der Gerechtigkeit beschäftigt (Nussbaum 2014 [2006]).

16 Ausführlich zur Ausbeutung, siehe Kapitel 3.1.2. Vgl. auch Fn. 2 in der Einleitung für ein entsprechendes Zitat bei Marx.

berühmte Slogan »Das Private ist politisch«¹⁷ besagt: Es ist falsch, bei der Betrachtung der gesellschaftlichen Verhältnisse davon auszugehen, dass alles »in rechter Ordnung« sei, wenn die sozialen Beziehungen, die als öffentliche gelten, *gerecht* gestaltet sind. Gerade die in der privaten Sphäre verorteten sozialen Phänomene oder Strukturen zeigen an, wo gesellschaftliche Missstände existieren. Eine Gerechtigkeitsperspektive, die diese Sphäre systematisch aus ihrem Blickfeld ausschließt, ist auf eine falsche Art und Weise reduziert, also *reduktiv*.¹⁸

Im Anschluss an diese kurzen Bemerkungen über mögliche falsche Grenzziehungen, d.h. reduktive Gerechtigkeitsperspektiven, stellt sich unmittelbar die Frage, wie denn die Gerechtigkeit auf angemessene Art und Weise reduziert sein könnte und ob nicht eine reduzierte Perspektive notwendigerweise eine reduktive ist. Dabei ist es irrelevant, ob die traditionellen Begriffe der Öffentlichkeit und Privatheit¹⁹ für die Beschreibung dieser Grenzziehung beibehalten werden oder nicht – um den begrifflichen Ballast zu begrenzen, spreche ich von *gerechtigkeitsrelevant* im Gegensatz zu *gerechtigkeitsirrelevant* bzw. der *inneren* (und äußeren) *Grenze der Gerechtigkeit*.²⁰ Die Frage, ob es eine nicht reduktive Grenzziehung geben kann, wird im Verlauf der Arbeit verhandelt (siehe dazu zunächst Kapitel 5). Fest steht bereits: Wenn eine reduzierte Perspektive immer eine reduktive wäre, dann wäre eine kritische Theorie der Gerechtigkeit unmöglich, denn die Perspektive der Gerechtigkeit ist per definitionem reduziert.

2.2 Subjektive Rechte: Gleichheit als Gleichheit von Rechten

Substanzielle Gleichheit wird über subjektive Rechte gewährleistet. Subjektive Rechte ermöglichen es, Individuen in bestimmten Hinsichten gleich zu behandeln und sie in den restlichen Hinsichten frei über ihr

17 Der Slogan wurde in den 1960er Jahre während der Studentenbewegung von dem Sozialistischen Studentenbund geprägt (vgl. Lenz 2010: 46f.).

18 In meinen weiten Begriff der Ausbeutung schließe ich dieses Problem ein, vgl. 3.1.2.

19 Ohne an dieser Stelle die Begriffe der Öffentlichkeit, Privatheit und ihr Verhältnis selbst differenzierter zu betrachten, sei auf zwei Publikationen zum Thema hingewiesen: eine liberale, die, nach eingehender Problematisierung, schließlich den Wert der Unterscheidung verteidigt (Rössler 2001) und eine, die deren Wichtigkeit für den Liberalismus betont, aber sich von ihr und somit dem Liberalismus distanziert: Geuss 2013 [2001].

20 Zu Forsts Verständnis des Verhältnisses von »Privatheit« und »Öffentlichkeit« zur Differenz von »Ethik« und »Moral«, vgl. Forst 1996, darin etwa S. 355.

Leben bestimmen zu lassen. Die substanzielle Gleichheit entspricht also einer Gleichheit als Gleichheit von Rechten. Substanzielle Gleichheit ist also in einer bestimmten Form gegeben. Die Gleichheit als Gleichheit von Rechten verstehe ich als die generelle Form, in der sich die normative Grundorientierung von verschiedenen Gerechtigkeitskonzeptionen ausdrückt.

Gerechtigkeit fordert also nicht einfach substanzielle Gleichheit für alle relevanten Individuen, sondern deren *gleiche Rechte*. Die bekannte Tanner Lecture von Amartya Sen zu der Frage »Equality of What?« (Sen 2011 [1980]), die verhandelt, in welcher »Währung« Gerechtigkeit Gleichheit messen sollte, müsste demnach präziser gefasst eigentlich »Equality of Rights to What?« heißen.²¹ Denn die Antwort auf die Frage, wovon Gerechtigkeit Gleichheit gewähren sollte, ist nicht etwa eine *Empfehlung* dessen, was der Gleichheit – auf bestimmte Weise gemessen – gemäß jeder und jedem zugeteilt werden sollte, sondern die Antwort formuliert einen individuellen *Anspruch* – ein Recht²² – darauf, was

- 21 Im Anschluss an den Vortrag entspann sich eine gleichnamige Debatte (*Equality of What?*) vgl. Cohen 1990 und Forst 2011: 34f.
- 22 Subjektive Rechte bloß als Ansprüche (*claim*) zu verstehen ist erklärungsbedürftig. Denn Hohfeld hat wirkungsmächtig zwischen vier Elementen subjektiver Rechte, von denen der Anspruch nur eines ist, unterschieden: »privilege«, »claim«, »power« und »immunity« (Hohfeld 1913: 284, vgl. Wenar 2020). Die Dimensionen »power« und »immunity« sind dabei sekundär zu »privilege« und »claim«, da »power« die Macht einer Person bezeichnet, den Rechtsstatus einer anderen Person zu verändern (d.h. ihre *privileges* und *claims*) und »immunity« wiederum die Macht einer Person bezeichnet, Änderungen an ihrem eigenen Rechtsstatus (ihrer *privileges* und *claims*) zurückzuweisen. Um die Vorrangstellung der Dimension des *claims* in meiner Darstellung zu plausibilisieren, bleibt demnach nur zu erläutern, wie sich »privilege« und »claim« zueinander verhalten. Laut Hohfeld hat immer eine Person B eine Pflicht, wenn eine Person A einen Anspruch (*claim*) hat; eine Person B hat allerdings bloß »keinen Anspruch«, wenn eine Person A ein »privilege« genießt. Hohfelds Analyse bezieht sich allerdings auf subjektive Rechte in bestehenden Rechtsordnungen. In meiner Interpretation ist aber das Besondere an der Idee eines subjektiven Rechts, dass es sowohl außer als auch in einer bestehenden Rechtsordnung eine Bedeutung hat (vgl. *Recht auf Rechte*, s.u.); die Tatsache, dass ich ein »privilege« zu x habe, worauf (bisher) niemand anders einen Anspruch gestellt hat (»keinen Anspruch« hat), lässt sich also überführen in eine Situation, in der mein »privilege« zu einem »claim« wird, d.h. damit einhergeht, dass jemanden anderen die Pflicht zugeteilt wird, weiterhin keinen Anspruch auf x zu stellen. Ein »privilege« ist demnach gewissermaßen (noch) außerhalb einer Rechtsordnung gedacht (oder bezieht sich innergesellschaftlich auf einen nicht rechtlich geregelten Bereich), während ein »claim« innerhalb einer Rechtsordnung gedacht ist. Pflichten, die Rechten korrespondieren, gibt es demnach nur in

jeder und jedem in gleichen Teilen zusteht. Diese Identität von Gleichheit und Rechten, die Menke freilegt, ist konstitutiv für den Liberalismus, obwohl, oder gerade weil, sie nicht explizit gemacht wird:

»[...] die Forderung der Gleichheit *ist* – nichts anderes als – die Forderung der Rechte. Das ist die Identitätsthese des Liberalismus. Der Liberalismus hält diese Identifizierung von Gleichheit und Rechten für selbstverständlich, denn er meint: Nur die Forderung nach Rechten kann eine berechnigte Forderung sein.« (Menke 2015: 338)

Dieses Verständnis von Gleichheit als Gleichheit von Rechten ist im Kontext der begrifflichen Verschiebung im Verständnis der Normativität des Rechts von vormodernem zu modernem Recht zu sehen (s.o.). Gerecht ist das vormoderne Recht, wenn jedem in Bezug auf eine objektiv geltende gerechte Rechtsordnung das Seine zukommt. Gerecht hingegen ist das moderne Recht, wenn es die subjektiven Rechte der von der Rechtsordnung Betroffenen nicht einschränkt. Normatives Ziel einer positiven Rechtsordnung ist damit nicht mehr die Herbeiführung einer objektiv gerechten Ordnung, sondern eine Beschränkung von Handlungen dahingehend, dass sie keine (subjektiven) Rechtsverletzungen konstituieren. Wie die Handlungen oder Handlungselemente, die keine Rechtsverletzungen darstellen, normativ strukturiert sind, ist dabei irrelevant. Subjektive Rechte dienen demnach nicht dem Ziel, richtige Handlungen herbeizuführen, sondern fungieren »als Instrument der Sicherung *vorrechtlicher* Freiheit« (Loos und Schreiber 1984: 289, Herv. E.N.). Dieses moderne Rechtsverständnis ist somit in seiner Realisierung auf eine ihm vorgängige Faktizität (»*vorrechtliche* [...] Freiheit«)²³ angewiesen. Die Bestimmung der Faktizität ist aus Perspektive eines modernen Rechtsverständnisses also eigentlich irrelevant. Es wird sich allerdings zeigen – und das ist wichtig für den weiteren Verlauf der Argumentation –, dass die Realisierung eines solchen Rechtsverständnisses einerseits dennoch auf eine bestimmte Struktur der Faktizität angewiesen ist und andererseits auch die Faktizität selbst (mit)formt. Hierbei kann ein Widerspruch zwischen der Bedingung der Realisierung (eine bestimmte Struktur der Faktizität) und der Formung durch die Realisierung entstehen.²⁴

bestehenden Rechtsordnungen (vgl. Menke 2015: 27 und Kapitel 7, insb. 7.5). ›Anspruch‹ bezieht sich in meiner Terminologie sowohl auf *privilege* und *claim* in Hohfelds Sinn.

²³ Zu Habermas' Verständnis der *Faktizität* des Rechts, siehe Kapitel 8.3.

²⁴ Dieser Widerspruch entspricht der gemeinsamen Problemstruktur von Ausbeutung, Normalisierung, Beschleunigung und Flexibilisierung als Beherrschungsformen unterschiedlicher Gerechtigkeitskonzeptionen. Darauf gehe ich in 10.4 genauer ein. Siehe dazu auch schon: Neuhaus 2018a.

Recht auf Rechte

Ich möchte nun mein spezifisches Verständnis der Vorrangstellung des subjektiven Rechts im modernen Rechtsverständnis erläutern und so ihre Bedeutung für die Gerechtigkeit aufzeigen. Ich benutze dafür den berühmten von Hannah Arendt aufgebrachten Ausdruck eines »Recht[s], *Rechte zu haben*« (Arendt 1949: 760) oder eines *Rechts auf Rechte*.²⁵ Sie entwickelte den Begriff im Kontext ihrer Kritik des Menschenrechtsdiskurses. Die Pointe des *Rechts auf Rechte* ist, dass es keine bestimmbare Liste von partikularen Menschenrechten gibt, sondern, dass der normative Kerngedanke der Menschenrechte der Forderung nach dem Rechtsstatus als solchem gleichkommt. Ein Rechtsstatus, den man nur hat, wenn man Teil einer (partikularen) Rechtsgemeinschaft ist, die Individuen institutionalisierte subjektive Rechte gewährleistet. Somit wird ein Zusammenhang zwischen institutionalisierten subjektiven Rechten zu einem Meta-Recht²⁶ auf solche Rechte hergestellt. Menke betont insbesondere die eine Richtung dieses Bedingungsverhältnisses – von institutionalisierten Rechten zu einem Meta-Recht –, indem er schreibt: »Wenn es subjektive Rechte gibt, dann gibt es auch ein Recht auf subjektive Rechte.« (Menke 2008b: 107)²⁷ Die These der Verschiebung eines vor-modernen auf ein modernes Rechtsverständnis, welches den subjektiven Rechten vor dem objektiven Recht eine Vorrangstellung einräumt, lässt sich in zwei Hinsichten beschreiben, nämlich in Bezug auf die unterschiedenen Rechte in der Formel: *Recht1 auf Rechte2*.

In Bezug auf *Rechte2* bedeutet dies einerseits die Konkretisierung von bestimmten Grundrechten in einer Verfassung und andererseits, dass die Regulierungsweise des Rechts – auch die nicht verfassungsrechtliche – tatsächlich vor allem durch die Bereitstellung subjektiver Rechte organisiert ist.²⁸ Eva Schulev-Steindl und Menke argumentieren für so ein vom subjektiven Recht ausgehendes Verständnis von modernem Recht. Schulev-Steindl schreibt dementsprechend in ihrer sowohl rechtstheoretischen als auch dogmatischen Analyse des subjektiven Rechts:

25 Vgl. Arendt 2016 [1951]: 614.

26 Den Ausdruck Meta-Recht übernehme ich von Azmanova (Azmanova 2016: 471).

27 Siehe auch: Menke 2015: 316. Ich betone hingegen auch das umgekehrte Bedingungsverhältnis – von einem Meta-Recht zu institutionalisierten Rechten (dazu mehr in Kapitel 2.3 und 7).

28 Die Realisierung des *Rechts auf Rechte* fordert demnach nicht nur Rechte (*Recht auf Rechte*) auf Verfassungsebene, sondern auch einfachgesetzliche Rechte, wobei allerdings die Grundrechte (Verfassungsebene) »die Einrichtung subjektiver [...] Rechte auf einfachgesetzlicher Ebene präformieren« (Schulev-Steindl 2007: 6).

»Das Recht des einzelnen scheint [...] im Zentrum des Rechts zu stehen, ja seinen wesentlichen und zentralen Baustein zu bilden. Sodass man sich fragt, ob nicht letztlich die gesamte Rechtsordnung um das subjektive Recht herum gruppiert und von ihm ausgehend erschlossen werden kann.« (Schulev-Steindl 2007: 3f.)²⁹

Ein wichtiges Kennzeichen der Regulierungsform einer Gesellschaft durch subjektive Rechte ist, dass diese Rechte bloß in Anspruch genommen werden *können*, aber nicht müssen, dass Rechte einklagbar, aber nicht einklagpflichtig sind.³⁰ Gleichwohl ist es umstritten, wie eine Diskussion im Anschluss an Menkes Buch *Kritik der Rechte* (2015) zeigt, ob es wirklich Sinn macht, das Recht insgesamt als so maßgeblich durch das subjektive Recht bestimmt anzusehen. Die kritische Rückfrage ist, ob dabei nicht eine Analyse, die nur auf das Privatrecht zutrifft, fälschlicherweise auch auf andere Rechtsgebiete, etwa das Strafrecht, übertragen wird (vgl. Möllers 2016 sowie Menke, Schmidt und Zabel 2017). Für William Scheuerman ist es ein allgemeines Problem der Rechtskritik der zeitgenössischen kritischen Theorie, dass sie das Recht in ihrer Gesamtheit nicht erfasse, weil sie sich zu sehr auf das »abstrakte Recht« (Hegel)³¹ fokussiere und andere Rechtsgebiete und somit bestimmte andere Funktionen und Leistungen des Rechts übersehe (vgl. Scheuerman 2017³²).³³ Für meine Argumentation ist dieses Problem nur bedingt relevant, weil ich mich auf der Ebene von Gerechtigkeits*theorien* bewege (und nicht auf der Ebene einer kritischen Theorie von bestehenden Rechtsstrukturen), deren oft implizit bleibendes Rechtsverständnis in den Blick genommen werden soll. Dabei interessiert mich dann

29 Vgl. Menke 2015: 235–40.

30 Vgl. Möllers 2020: darin 5.2 (»Die juristische Form des subjektiven Rechts«). Die »juristische Form des subjektiven Rechts« ist für Möllers eines von drei notwendigen Merkmalen des Rechts, die anderen beiden sind: »Die Form des Gerichts« und »die juristische Form der Sanktion am Beispiel der Kriminalstrafe«.

31 Laut Menke entspricht das Privatrecht, dem »heutige[n] Römische[n] Recht oder [...] [dem] »abstrakte[n] Recht.« (Menke, Schmidt und Zabel 2017: 272).

32 Vgl. auch Honneths (2017) Antwort auf Scheuerman.

33 Man könnte die Kritik an dem Mangel der Berücksichtigung der Eigenständigkeit anderer Rechtsgebiete (neben dem Privatrecht) auch anders aufziehen. Wenn es eine methodische Absicht von Menke ist, die ich teile, nicht nur Fragen der *Begründung* von Recht, sondern eben auch der *Rechtsform* miteinzubeziehen (vgl. 1.2 und 2.3), dann ließe sich die Frage stellen, warum man dann nur »bis zur Rechtsanwendung« gehen sollte und ob man nicht noch in einem weiteren Schritt etwa Strafpraktiken untersuchen müsste. Es kommt hinzu, dass Foucault die Beherrschungsform der Normalisierung (3.2.2) insbesondere bezogen auf Strafpraktiken erarbeitet hat.

wiederum nur, ob dieses implizite Rechtsverständnis normativ wünschenswert ist und erst einmal nicht, ob es auch verwirklicht ist. Dabei wäre es also durchaus möglich, dass die Realität der Theorie gewissermaßen voraus ist (vgl. 1.2.2.1).³⁴

Die Vorstellung, dass positives Recht insgesamt vor allem über die Bereitstellung subjektiver Rechte operieren soll, ist auf der Ebene des allgemeinen Begriffs der Gerechtigkeit (Konzept) zu sehen. Diese Vorstellung eines Rechts, das über subjektive Rechte operiert, kann aber auch noch in verschiedenen *spezifischen* Rechtsformen ausbuchstabiert werden (vgl. 2.3).

In Bezug auf *Recht*₁³⁵ lässt die Formel (Recht auf Rechte) offen, wie genau das Adressiert-Werden *des Individuums als Gleichem*, sein Rechtsstatus, ausbuchstabiert wird. Bis hierhin bewegen wir uns also auf der Ebene des Konzepts oder des allgemeinen Begriffs und noch nicht auf der Ebene der spezifischen Konzeption. Ich werde im Folgenden vorschlagen, dass eine libertäre Konzeption der Gerechtigkeit *Recht*₁ als ›Recht auf private Freiheit (auf Rechte)‹ ausbuchstabiert und eine egalitaristische als ›Recht auf soziale Teilhabe (auf Rechte)‹ (vgl. Kapitel 3.1.1 und 3.2.1). Eine kritisch-prozedurale Konzeption der Gerechtigkeit buchstabiert dieses Meta-Recht meinem Verständnis nach als ›Recht auf Politik (auf Rechte)‹ aus, während es bei Forst selbst sein ›Recht auf Rechtfertigung (auf Rechte)‹ ist. Ich möchte an dieser Stelle nur kurz skizzieren (ausführlicher dazu Kapitel 3.1.2), inwiefern das ›subjektive Recht auf private Freiheit (auf Rechte)‹ in Bezug auf die oben behauptete Problematik der Faktizität, dass bei der Anwendung eines subjektiven Rechts ein Widerspruch zwischen der Bedingung der Realisierung (einer bestimmten Struktur der Faktizität) und der Formung (der Faktizität) durch die Realisierung entstehen mag, zu kritisieren ist. Die Bedingung der Realisierung eines subjektiven Rechts auf private Freiheit ist, dass die vorrechtliche Faktizität, die es als private Freiheit sichern will, aus der normativen Perspektive des geforderten Rechts unproblematisch ist, d.h. noch keine Rechtsverletzungen konstituiert. Das ist allerdings eine illusionäre Vorstellung über eine Gesellschaft, die mit Rechtskategorien operiert.³⁶ Sie ist immer schon durch asymmetrische, d.h. potentiell

34 Bei Loick ist es so, dass für die Problemdiagnose bzgl. des modernen Rechts das Strafrecht eine wichtige Rolle spielt, jedoch nicht bezogen auf den normativen Vorschlag eines radikal transformierten Rechts, denn dieses Recht soll gar nicht mehr strafen (vgl. Loick 2017a: 324).

35 Laut Menke ist es irreführend, *Recht*₁ (bei Arendt) als subjektives Recht zu begreifen (vgl. Menke 2008a: 145, Menke 2014: 340 und Menke 2016: 55). Dafür, wie ich den Status des Meta-Rechts, jedenfalls bezogen auf die kritisch-prozedurale Konzeption der Gerechtigkeit, verstehe, siehe 7.5.

36 Vgl. dazu Rousseaus *Diskurs über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit unter den Menschen* (Rousseau 2019 [1755]).

ungerechte Machtstrukturen gekennzeichnet, deren Sicherung (durch das Recht auf private Freiheit) dem normativen Anspruch (des Rechts auf private Freiheit) entgegensteht.

Es sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass die gängige Unterscheidung zwischen negativen, Teilhabe- und Teilnahmerechten (vgl. Marshall 1992 [1949]) für meine Systematik in Bezug auf *Rechte* nicht unmittelbar relevant ist, weil die (entscheidende) Form der Rechte, die ich hier beschrieben habe, grundlegender ist und somit für alle drei Typen gilt (vgl. Menke 2015: 222). Allerdings lässt sich in Bezug auf die Ebene *Recht* sagen, dass sich die Unterscheidung in negative, Teilhabe- und Teilnahmerechte gewissermaßen in der Unterscheidung zwischen einem Recht auf private Freiheit auf Rechte, einem Recht auf soziale Teilhabe auf Rechte und dem Recht auf Politik auf Rechte (als Spezifikationen von *Recht*) widerspiegelt. Die drei Meta-Rechte betonen oder extrapolieren, so könnte man sagen, jeweils die normative Idee einer der drei Rechtgruppen (die sich allerdings bei Marshall auf institutionalisierte Rechte beziehen), so etwa das Meta-Recht auf Politik die Wichtigkeit der politischen Teilnahme.

Wichtig an der These, dass substanzielle Gleichheit in Form einer Gleichheit von Rechten gegeben ist, ist, dass dies nicht ohne Konsequenzen ist, sondern mitbestimmt, was es in der Realität bedeutet, bestimmte Vorstellungen substanzieller Gleichheit (eben in Form von Rechten) durchzusetzen. So schreibt Menke, dass die Form der Rechte »nicht neutral« sei (Menke 2015: 9). Und Alon Harel betont: »Rights are not mere replica of the underlying pre-existing values [...]« (Harel 2014: 18).

2.3 Gesetz, Rechtsform und (implizites) Gesellschaftsbild

Das dritte Merkmal des Begriffs der Gerechtigkeit bezieht sich darauf, was eine Antwort auf die Frage, ob etwas gerecht ist oder nicht, in ihrer Konsequenz bedeutet. Es besagt, dass Forderungen der Gerechtigkeit sich mit Bezug auf positives, institutionalisiertes Recht – auf *Gesetze* (nicht bloß Empfehlungen etwa) – materialisieren müssen. Das kann dreierlei heißen: dass existierende Gesetze verändert werden, dass gesellschaftliche Bereiche, die vorher nicht reguliert waren, nun durch neue Gesetze rechtlich reguliert werden *oder* dass gesellschaftliche Bereiche, die rechtlich geregelt waren, nun nicht mehr rechtlich geregelt werden.

Gesetz und allgemeine moderne Rechtsform

Auch wenn es eine Vielzahl von Formen rechtlicher Regulierung gibt, vom Mordverbot bis zur städtischen Bezuschussung von Nachhilfe für Kinder aus sozialschwachen Elternhäusern etwa, muss sich entsprechend des zweiten Merkmals die grundlegende Form des Rechts als Regulierung durch subjektive Rechte beschreiben lassen. Ausgehend von der Frage nach den Konsequenzen der Kritik einer Gerechtigkeitsforderung heißt das, dass man, wenn man fragt, ob etwas gerecht oder ungerecht ist, immer auch schon fragt, ob es *erlaubt oder verboten* sein sollte: ob es ein Recht gibt, etwas zu tun oder zu lassen (Erlaubnis), oder ob es verboten ist (keine Erlaubnis). Die Gerechtigkeit, so die These, fordert also nicht positiv, dass x getan werden sollte, sondern bloß, dass x nicht getan werden sollte, oder dass x erlaubt werden sollte. Die rechtliche Umsetzung von diesen Verboten oder Erlaubnissen (also eine Regulierung durch Rechte) kann jedoch auch *juridische Rechtspflichten* nach sich ziehen. Diese sind aber letztlich auch als Mittel zum Zweck der Verhinderung von Verletzungen subjektiver Rechte zu verstehen. So schreibt Schulev-Steindl: »Die das eigene Recht und die Rechte der Mitbürger sichernden Pflichten treten dagegen [gegen subjektive Rechte, E.N.] eher instrumental und sekundär in den Hintergrund« (Schulev-Steindl 2007: 4). In Bezug auf das Beispiel der Bezuschussung von Nachhilfe für Kinder aus sozialschwachen Elternhäusern könnte man das folgendermaßen übersetzen: Das ursprüngliche Gerechtigkeitsurteil ist: »Es ist ungerecht, dass Kinder aus sozialschwachen Familien schlechter in der Schule sind, auch wenn sie sich genauso anstrengen.«³⁷ Wenn man dieser Aussage zustimmt, so die These, die diesem dritten Merkmal entspricht, dann geht damit irgendeine Forderung einher, die auch etwas mit rechtlicher Regulierung – mit Gesetzen – zu tun hat. Jemand glaubt also nicht wirklich, dass es ungerecht ist, dass Kinder aus sozialschwachen Familien schlechter in der Schule sind, auch wenn sie sich genauso anstrengen, wenn sie/er gleichzeitig glaubt, dass daraus aber keine rechtlichen Konsequenzen folgen sollten. Dabei scheint es offensichtlich, dass die städtische

37 Die dahinterstehende Idee ist, dass Kinder aus sozialschwachen Elternhäusern vielleicht einen genauso großen Lernfortschritt in der Schule machen wie Kinder aus etwa Akademiker/innenhaushalten, dass sie aber, weil sie von einem »niedrigeren Niveau« starten, im Endergebnis dennoch schlechter abschneiden. Es wird komplizierter, wenn man miteinbezieht, dass Kinder aus sozialschwachen Haushalten vielleicht auch einen geringeren Lernfortschritt machen (nicht nur ein schlechteres Endergebnis erzielen) und dass dies aber auch nicht durch etwas Selbstverschuldetes (wie individuelle Faulheit) zustande kommt, sondern weil sie von Zuhause keinen so effektiven »Lernhabitus« wie andere Kinder mitbringen. Diese Erweiterung der Problematik vernachlässige ich hier.

Bezuschussung von Nachhilfe für Kinder aus sozialschwachen Haushalten als Beispiel für eine ›softe‹ Regulierung sinnvoller ist als etwa Lehrer/innen mit Mitteln des Strafrechts zu verbieten, drei konsekutive Notenspiegel zu vergeben, in denen sich jeweils statistisch ein Zusammenhang zwischen individueller sozialer Herkunft und erreichter Note nachweisen lässt. Gleichwohl ließe sich, zugegebenermaßen auf etwas umständliche Weise, auch die Maßnahme der Bereitstellung von Mitteln für kostenlose oder vergünstigte Nachhilfe in der Sprache von Erlaubnissen und Verboten fassen, so etwa: ›Es sollte verboten sein, dass Kinder aus sozialschwachen Elternhäusern, denen keine zusätzliche Unterstützung gegeben oder zumindest angeboten wird (wie etwa kostenlose oder vergünstigte Nachhilfe), schlechter bewertet werden (weil ihr Lernfortschritt nur an den Noten gemessen wird)‹. Oder in Bezug auf das Erlaubtsein: ›Es sollte erlaubt sein, dass Schüler/innen von Lehrer/innen (unterschiedlich) bewertet werden, vorausgesetzt es wird ausreichend dafür getan, ein gewisses Maß an Chancengleichheit herzustellen (durch etwa kostenlose oder vergünstigte Nachhilfe)‹.³⁸

Man könnte davon sprechen, dass der Gerechtigkeit eine *starke Normativität* in dem Sinne innewohnt, dass die Bewertung von einem sozialen Phänomen als gerecht oder ungerecht unmittelbar mit der Forderung nach der (veränderten) Regulierung desselben einhergeht. Eine solche Regulierung sollte schlussendlich auch mit Zwang durchgesetzt werden. Um auf das obige Beispiel zurückzukommen: Wenn ein Lehrer über Jahre hinweg seine Schüler/innen anhand ihrer sozialen Herkunft bewertet und Angebote wie kostenlose oder vergünstigte Nachhilfe – angenommen sie ist prinzipiell effektiv – torpediert oder eben ihre Effekte nicht anerkennt, dann sollte dieser Lehrer auch vom Schuldienst entlassen werden.

Bis hierhin habe ich also erläutert, dass die Perspektive der Gerechtigkeit einen *inhaltlichen* Bezug zum Recht aufweist in dem Sinne, dass Gerechtigkeitsforderungen durch Gesetze und schlussendlich auch mit Zwang durchgesetzt werden sollten. Positives Recht muss somit zumindest zum Teil *als Mittel zum Zweck der Gerechtigkeit* verstanden werden (vgl. Möllers 2020). Im Folgenden möchte ich, neben dem inhaltlichen Bezug der Gerechtigkeit auf das Recht, noch Fragen der *Rechtsform* in den Blick nehmen.

38 Es lassen sich auch andere durch rechtliche Regelungen überhaupt erst ermöglichte Handlungen, wie zum Beispiel ›einen Antrag für die Auszahlung von Kindergeld einreichen‹, auf die normative Sprache des Verboten- und Erlaubtseins zurückführen: ›Es sollte in unserer Gesellschaft verboten sein, dass Personen, die Kinder großziehen, keinen finanziellen Ausgleich für die dabei zusätzlich entstehenden Kosten bekommen.‹ oder ›Es sollte erlaubt sein, Kinder adäquat großzuziehen, ohne dass man sich dies mit den eigenen finanziellen Mitteln leisten kann.‹

Ein allgemeines Merkmal der modernen Rechtsform habe ich bereits benannt, nämlich, dass sie durch subjektive Rechte reguliert (vgl. auch schon 2.2), was gleichbedeutend damit ist, Verbote und Erlaubnisse auszusprechen. Zudem ist es ein Merkmal der allgemeinen modernen Rechtsform, dass Gesetze *allgemein* formuliert sein müssen, d.h., dass nicht etwa ein Monarch nach Gutdünken bestimmte Leute gewaltsam von etwas abhalten darf, sondern dass Gesetze, die nicht auf konkrete Individuen bezogen sind, Verbote und Erlaubnisse aussprechen, die man (idealerweise) als Umsetzung von richtigen Gerechtigkeitsforderungen verstehen kann.³⁹ Auf der Idee der Allgemeinheit des Gesetzes beruht auch der Grundsatz der Gewaltenteilung, insbesondere zwischen Legislative und Judikative. Die Legislative verabschiedet allgemeine Normen, die dann von der Judikative auf einzelne Fälle angewendet werden, ohne dass dabei das allgemeine Gesetz zur Disposition stünde. Ausgehend von den drei genannten Merkmalen der allgemeinen modernen Rechtsform (Regulierung durch subjektive Rechte, Allgemeinheit sowie der Grundsatz der Gewaltenteilung)⁴⁰ stellen sich allerdings noch weitere (spezifische) Formfragen, mit denen wir auf die Konzeptionsebene gelangen.

Spezifische Rechtsform und (implizites) Gesellschaftsbild

Die spezifischen Formfragen des Rechts entstehen dadurch, dass das Recht als allgemeines Regelwerk in bestimmten Fällen auch noch angewendet werden muss (ausführlich dazu Kapitel 8). In vielen Gerechtigkeits-theorien wird die Frage nach der Rechtsanwendung ausgeblendet.⁴¹ Ich möchte

39 Für eine überzeugende Erläuterung, warum Gerechtigkeit in ihrer Umsetzung *allgemeiner* Gesetze bedarf, siehe: Gädeke 2017: 188ff.

40 Als weitere Merkmale der allgemeinen modernen Rechtsform wären Publizität, die Schriftform, eine relative Stabilität über die Zeit hinweg und die Zukunftsgerichtetheit sowie damit zusammenhängend das Rückwirkungsverbot zu nennen, vgl. Calliess 1999: 19 und Gädeke 2017: 190.

41 So auch bei Forst (vgl. Forst 2011: 30), siehe auch Kapitel 8. Mir scheint auch Rawls' erste Idealisierung der gesellschaftlichen Umstände, die er bei der Formulierung seiner Gerechtigkeits-theorie (als *ideal theory*) zugrunde legt, Fragen der Rechtsanwendung auszuschließen. Diese erste Idealisierung besagt, dass er von einer »strict compliance« mit den Rechtsregeln ausgeht, deren Gerechtigkeitskriterium er untersuchen will (Rawls 1999 [1971]: 8). Explizit schließt er dabei etwa die Behandlung von Fragen der Strafgerechtigkeit aus (vgl. ebd.). Aber auch andere Rechtsanwendungsfragen (nicht nur die Anwendung des Strafrechts) scheinen mir durch diese Idealisierung ausgeblendet zu werden, wenn Rawls zunächst mit der Annahme arbeitet, dass Personen sich sozusagen automatisch an die von der Gerechtigkeit auszuweisenden Rechtsregeln halten würden.

jedoch vorschlagen, dass eine Gerechtigkeitstheorie eigentlich auch die Frage der Form des Rechts, sowohl allgemein als auch spezifisch, miteinbeziehen sollte oder präziser: dass sie dies implizit ohnehin tut und deshalb explizit machen sollte. Rechtliche Regulierung ist, weil Recht angewendet werden muss, mehr als das bloß neutrale Mittel zum Zweck inhaltlicher Gerechtigkeitsforderungen; es gibt auch eine rechtliche Eigendynamik⁴². Diese rechtliche Eigendynamik hat (gesellschaftliche) Konsequenzen, die eine kritische Theorie der Gerechtigkeit, weil sie den Blick auch auf die Konsequenzen von normativen Forderungen lenkt (vgl. Methode in 1.2), nicht ignorieren sollte. In diesem Abschnitt erläutere ich insbesondere in Auseinandersetzung mit Habermas' Begriff eines Rechtsparadigmas genauer, was mit der spezifischen Rechtsform (auf Konzeptionsebene) gemeint ist. Mit der spezifischen Rechtsform ist auch ein (implizites) Gesellschaftsbild verbunden, ein Bild davon, welches ›Material‹ Gesetze regeln.

In *Faktizität und Geltung* verwendet Habermas die Rede von einem Rechtsparadigma. Ein Rechtsparadigma besteht bei Habermas aus drei Elementen: einem normativen Grundverständnis des Rechts, einer Vorstellung der Rechtsform sowie einem (impliziten) Gesellschaftsbild (vgl. Habermas 1994 [1992]: 527). Da ich das normative Grundverständnis bereits durch Merkmal 2, Gleichheit als Gleichheit von Rechten, abgedeckt habe, interessieren mich hier nur die letzten beiden Elemente dessen, was für Habermas ein Rechtsparadigma konstituiert. Der Frage nach dem (impliziten) Gesellschaftsbild nähert sich Habermas über die Frage nach der Anwendung des Rechts. Von da aus kommt man auch zu der Idee einer spezifischen Rechtsform.

Ein allgemeines Gesetz ›wirkt‹ nicht einfach automatisch, sondern muss, damit es soziale Wirkung entfaltet, angewendet werden. Richter/innen sind Individuen, die eine solche Rechtsanwendung vornehmen. Nach Habermas orientieren sich Richter/innen bei der Anwendung von Gesetzen an »intuitiv[em] [...] Hintergrundwissen« bzw. einem »impliziten Gesellschaftsbild« (Habermas 1994 [1992]: 470, 469). Dieses orientierende Hintergrundwissen bzw. Gesellschaftsbild kann man historisch-deskriptiv in den Blick nehmen, wenn man sich fragt, welche impliziten Annahmen denn tatsächlich richterliche Entscheidungen prägen. Oder aber, was für den Kontext dieser Arbeit relevanter ist, man kann auch konstruktiv-normativ nach dem »richtigen« Paradigma fragen, also nach dem angemessenem Hintergrundwissen sozusagen (Habermas 1994 [1992]: 474).⁴³ Nur zu manchen Rechtsparadigmen gehört,

42 Diese Eigendynamik kann positive oder negative Effekte (vgl. Kapitel 3 und 10) haben. Möllers spricht in Bezug auf die positiven Effekte von einer »Eigengerechtigkeit« des Rechts (Möllers 2020).

43 Forst hat ein explizites Gesellschaftsbild, nämlich die sozialtheoretische Seite seines deskriptiven Rechtfertigungsbegriffs (6.3.2). Vgl. auch Kapitel 8.

laut Habermas, auch eine spezifische, also über die allgemeine moderne Rechtsform hinausgehende, Konkretisierung der Rechtsform. Habermas unterscheidet zwischen einem liberalen, einem sozialstaatlichen und einem prozeduralistischen Rechtsparadigma, wobei er letzteres vertritt (vgl. Habermas 1994 [1992]: 468ff.). Beim liberalen und sozialstaatlichen verweist das Rechtsparadigma auch auf eine spezifische Rechtsform, beim liberalen auf ein Recht, das über alle Rechtsgebiete hinweg einer formalen Rationalität gehorcht, beim sozialstaatlichen auf ein Recht, das über alle Rechtsgebiete hinweg einer materialen Rationalität unterliegt. Sein prozeduralistisches Rechtsparadigma allerdings verweist nicht auf eine spezifische Rechtsform (vgl. Habermas 1994 [1992]: 494). Was genauer unter formalem oder materialem Recht bzw. einem Recht, das einer formalen bzw. materialen Rationalität unterliegt, zu verstehen ist, erläutere ich im 3. Kapitel. Im 8. Kapitel werde ich herausstellen, wieso aus Perspektive kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit eher als aus Habermas' Perspektive auch eine bestimmte Form des Rechts, nämlich reflexives Recht, als attraktiv erscheint.

Nur wenn die Regulierungsweise der Gerechtigkeit (die allgemeine Rechtsform), die spezifizierte Rechtsform (formal, material, reflexiv) und die Frage nach dem angemessenen Gesellschaftsbild in den Blick genommen werden, kann man – im Sinne einer kritischen Theorie – darüber reflektieren, was es heißen würde, eine bestimmte normative Vorstellung der Gerechtigkeit auch umzusetzen. Dabei können die »Eigenlegitimität« (Möllers 2020) sowie das Beherrschungspotential⁴⁴ der spezifischen Rechtsform, die eine bestimmte normative Gerechtigkeitskonzeption befürwortet, aufgedeckt werden.

* * *

Zum Schluss dieses Kapitels seien noch zwei Bemerkungen zur Verbindung der drei Merkmale und den Umständen der Gerechtigkeit gemacht:

Der reduzierte Charakter der Gerechtigkeit (2.1), der besagt, dass die Gerechtigkeit unterscheidet zwischen gerechtigkeitsrelevant und -irrelevant kehrt in Bezug auf das zweite Merkmal wieder. Die Faktizität, die subjektive Rechte nicht interessiert, weil sie (zumindest vermeintlich) nichts mit der (Nicht)Verletzung des relevanten subjektiven Rechts zu tun hat, ist aus Gerechtigkeitsperspektive irrelevant. Das Gerechtigkeitsirrelevante bzw. die Faktizität kann auch als Nicht-Recht oder als Außerrechtliches bezeichnet werden (vgl. Menke 2008b: 83 und Menke

44 Bezogen auf das Beherrschungspotential schreibt Jean Cohen treffend: »For even if one gets the normative principles of justice right [...] the mode of legal regulation itself can nevertheless have negative consequences.« (Cohen 2002: 16)

2015: 56–60). Die Unterscheidung zwischen Recht und Außerrechtlichem oder Nicht-Recht betrifft die Demarkierung des Raums des Rechtlichen. In diesem Raum kann dann noch einmal zwischen Recht und Unrecht unterschieden werden (siehe auch Kapitel 3). Ein Gerechtigkeitsbegriff, der dem dritten Merkmal entsprechend allerdings auch auf sein (zunächst implizites) Gesellschaftsbild reflektiert, erkennt diese Faktizität als sein »(internal) other« (vgl. schon 1.2 und erneut Menke 2000: 114).

Es ist eine vielfach vertretene These, dass die Normativität der Gerechtigkeit nur unter bestimmten Umständen relevant wird, den sogenannten »Umständen der Gerechtigkeit«. Es ist eine Frage, ob diese Umstände »das menschliche Leben« generell kennzeichnen oder nur bestimmte historische Epochen (Gosepath 2008: 395). Ihre Relevanz für den hier eingenommenen Blick der Gerechtigkeit möchte ich an dieser Stelle kurz erläutern: Die Rede von Umständen der Gerechtigkeit geht auf David Hume zurück (ebd.). Für Hume sind diese gekennzeichnet durch »gemäßigte Knappheit und konkurrierende[] Ansprüche« (ebd.). Rawls fügt Humes zweidimensionaler Beschreibung der Umstände der Gerechtigkeit die, womöglich konfliktbehaftete, Existenz einer Pluralität von verschiedenen Vorstellungen über das gute Leben hinzu (vgl. Lukes 1985: 31f.). Lukes spricht in diesem Zusammenhang auch von »conditions of *Recht*«, was für die Zwecke dieser Arbeit eine passende Redeweise ist (Lukes 1985: 31). Ohne hier genau darauf einzugehen, worin die Bedingungen für die Notwendigkeit von Recht liegen, steht außer Frage, dass die »morality of *Recht*« in einer sozialen Ordnung nicht notwendig wäre, in der Menschen ohne Konflikte lebten (vgl. Gosepath 2008: 395). Marx kann so gelesen werden, dass die Umstände der Gerechtigkeit selbst überwunden werden müssen, um wahre, menschliche Emanzipation zu ermöglichen. Das Beharren auf der unweigerlichen Existenz dieser Umstände ist, nach Marx, bereits eine ideologische Verklärung der »morality of *Recht*«. In Bezug auf die im Zuge von Merkmal 3 eingeführte Kategorie des (impliziten) Gesellschaftsbilds könnte man also sagen, dass Teil einer jeden spezifischen Gerechtigkeitskonzeption *mindestens* sein muss, Gesellschaft als konflikthaft und plural zu sehen. Von dieser Minimalbedingung gehe ich im Folgenden aus.⁴⁵

45 Gerechtigkeitsverständnisse, die diese Pluralität ignorieren, fallen dementsprechend aus dem vorgeschlagenen allgemeinen Begriff der Gerechtigkeit heraus. Das sind utilitaristische oder sogenannte suffizientaristische Gerechtigkeitsvorstellungen.