

scheidung von Rechtsunsicherheit und nicht, wie man meinen möchte, von Rechtssicherheit geprägt ist, spiegelt sich, wie auch der abgestufte Zweifel am Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz überhaupt⁵³, nett übertrieben in den unterschiedlichen Antworten auf die »weltbewegende« Frage wider, was wohl zwei mit zwei multipliziert ergebe? Sagte der Mathematiker (nach einigen Tagen angestrengtester Denkarbeit): »Das Problem ist lösbar«; sagte der Politiker: »Ich verstehe die Frage nicht«; sagte der Psychiater: »Weiß ich nicht, aber gut, dass wir darüber geredet haben«; der Rechtsanwalt aber antwortete: »Wie jeder weiß, ist zwei mal zwei vier; was ich aber nicht weiß, ist, ob wir damit vor Gericht durchkommen.«

Gerechtigkeit als Maß für Recht und Unrecht? | Mit dem Was legitimiert Recht?
Ordnungsreglement herrschaftsförmig organisierter Gesellschaften werden deren Mitglieder zu einem den Anforderungen dieses Rechts gemäßen Tun und Unterlassen verpflichtet und berechtigt. Was aber berechtigt die Obrigkeit, die ihr Untergebenen zu berechtigen? Nur deren Macht über die weniger Mächtigen oder gar über die Machtlosen? Ähnlich etwa, wie es nach Baruch de Spinozas (1632–1677) ernüchternder Feststellung die Naturbestimmung und daher das Recht der größeren Fische ist, die kleineren Fische zu fressen?⁵⁴ Anders hinterfragt: Wenn das Recht der Staatsmacht Maß ist, mit dem vergangenes Verhalten beurteilt wird, um es erforderlichenfalls als Unrecht zu maßregeln, und an dem sich künftiges Verhalten orientieren soll, um nicht als Regelverstoß geahndet zu werden, dann bleibt das Problem, an welchem Maß das Recht selbst gemessen wird? Das Recht legalisiert, was aber legitimiert das Recht? Das Recht illegalisiert, was aber illegitimiert das Recht? Es geht um die Dialektik von Wille und Willkür des Gesetzgebers, um das sich im Gesetzgebungsprozess offenbarende Wechselverhältnis zwischen Objektivität und Subjektivität, aber damit auch um objektivierbare Kri-

53 | Vgl. Julius H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* [1847], Freiburg, Berlin 1990.

54 | Spinoza, *Tractatus theologico-politicus* [1670], Darmstadt 1979 (lat./dt.), S. 466. Vgl. A. Kaufmann, »Es ist das Recht der Fische zu schwimmen, und das der größeren die kleineren zu fressen«, in: Volkmar Schöneburg (Hg.), *Philosophie des Rechts und das Recht der Philosophie*, Frankfurt/Main 1992, S. 7–14.

terien für eine Kritik des Rechts *en detail* und *en gros*. Selbst in einer wirklichen Demokratie, in der nach Samuel Pufendorfs (1632–1694) Kennzeichnung die Befehlenden und die Gehorchenden ein und dieselben sind⁵⁵, würde das Recht nicht schon deshalb legitimiert sein, weil es von allen gebilligt oder wenigstens geduldet wird. Kollektiver Irrtum mag sich leichter tragen, bleibt aber, was er ist: Irrtum.

Der vom Papst Johannes Paul II. 1983 promulierte *Codex Iuris Canonici* behauptet im Text (u), dass es ein alle Menschen (und nicht nur die Katholiken) verpflichtendes göttliches Gesetz (eine *lex divina*) gebe, und Regel 1254 desselben *Codex* spricht von einem »angeborenen Recht« (*ius nativum*) der katholischen Kirche. Da der Papst nicht nur das sichtbare Oberhaupt der katholischen Kirche, sondern auch (gemäß Regel 331, auf Matthäusevangelium XVI, 18–20, fußend) der Stellvertreter (*vicarius*) Christi auf Erden zu sein beansprucht, ist dann also Gott selbst Autor der *lex divina*, zumindest der des Kirchenrechts aller Christen? Tatsächlich haben Gesetzgeber zu allen Zeiten sich selbst legitimierend geltend gemacht, daß die von ihnen zu verantwortende Rechtsordnung Gottes Willen entspricht. Irdisches wird von Irdischen durch Überirdisches legitimiert. Ausdrücklich behaupteten u.a. die Jenseitsherkunft ihrer Diesseitsgesetze der König von Babylonien, wie sich aus der Präambel zu Text (b) ergibt, der Gesetzgeber der Israeliten Mose (*Exodus* XX u. XXIV), der Autor des *Corpus iuris* (f), aber auch Frankreichs Revolutionäre von 1789, die ihre Menschen- und Bürgerrechte (m) »unter dem Schutz des höchsten Wesens« zu »geheiligten Rechten« erklärten.

Ein schwacher Abglanz davon findet sich noch im BRD-Grundgesetz (t), das mit dem Satz beginnt: Das deutsche Volk habe sich »im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott« dieses Gesetz gegeben, sich also nach Meinung der von den Alliierten beauftragten so genannten Väter nebst Mütter des Textes gegenüber Gott verpflichtet geglaubt; das wird allerdings von der herrschenden Juristenmeinung nicht als *invocatio dei*, nicht als anti-atheistische, auch nicht als pro-christliche Auslegungsmaxime für die bundesrepublikanische Rechtsordnung gewertet, sondern in eine nicht zur Disposition stehende, also *objektiv* verbindliche Gerechtigkeitsmaxime allgemeinsten Art uminterpretiert. Die

55 | Vgl. Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, Lund 1672, S. 980: »democratia [...] iidem sint, qui imperant & parent«.

überfällige Verfassung der *Europäischen Union* ist bisher auch daran gescheitert, dass sich die beteiligten Staaten nicht darüber einigen konnten, ob und wie man den jüdischen, den christlichen und den muslimischen Gott mit dem der Atheisten für das Ordnungs- und Unordnungsgefüge Europas verantwortlich machen sollte. Wo Säkularität gegeben ist, kann ›Heiligkeit‹ nicht vorgegeben sein.

Wohl aber ist die Frage nach einem gültigen Maß für die Bewertung von Recht und Unrecht, die Frage also nach deren Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit für jeden Denkenden unvermeidbar. Um Illusionen vorzubeugen: Solange die gesellschaftlichen Ursachen für die Existenz von Recht und Unrecht bestehen bleiben, bleiben auch die Ursachen dafür bestehen, dass es zwar herrschende und davon abweichende, aber keine für jedermann anerkennungsfähigen Auffassungen darüber gibt, worin denn eigentlich ›Gerechtigkeit‹ bestehe? Die Gerechtigkeit mitsamt ihrem Gegenteil ist nämlich wie das Recht und dessen Gegenteil durch den Selbstwiderspruch der Gesellschaft bedingt; deren Ausdrucksweise liegt nicht in der Eintracht sondern in der Zwietracht, im Streit. Auch wer, wie der Autor dieser Abhandlung, der schon in der Antike bössartigen Herrenmoral ganz entschieden entgegentritt – zu der sich ausgerechnet in einem Dialog mit Sokrates (470–399 v.u.Z.) ein gewisser Thrasymachos (2. Hälfte des 5. Jh. v.u.Z.) bekannte, der die Gerechtigkeit mit dem Vorteil der Herrschenden gleichsetzte, kann doch dessen Beobachtung kaum bestreiten, dass Ungerechtigkeiten nicht von denjenigen geschmäht werden, die Angst davor haben, sie zu begehen, sondern von denjenigen, die sie zu erleiden fürchten.⁵⁶

Haben also, wie Friedrich Nietzsche (1844–1900) meinte⁵⁷, Objektivität und Gerechtigkeit nichts miteinander zu tun? Ist ›Gerechtigkeit‹, gegenwärtig die Zentralvokabel in den Programmen aller politischen Parteien in Deutschland, bloße Verschleierungsterminologie, bestenfalls Trieb ohne Urteilskraft? Jedenfalls gibt es objektivierbare Bewertungskriterien für eine Rechtsordnung und deren Elemente, die Rechtsnormen. Was aber von einer hierarchisch geordneten Gesellschaft nicht erwartet werden sollte, ist eine konsenstaugliche Betrachtungsweise darüber, was

Die Frage nach dem Maß von Recht und Unrecht

Universalismus versus Partikularismus

56 | Thrasymachos in: Wilhelm Capelle (Hg.), *Fragmente der Vorsokratiker*, Stuttgart 1968, S. 357–359.

57 | Nietzsche, *Werke*, Bd. 1, München 1977, S. 247 [1873].

im jeweiligen Hier und Heute gerecht ist, und was ungerecht. In der Realität gerät der Universalismus ewiger Werte mit dem Partikularismus tatsächlicher Interessen in Konflikt. Die Ewigkeitsgeltung von Gerechtigkeitsprinzipien ist nur um den Preis ihrer Inhaltsleere zu haben. Wählt man die Abstraktionsebene hoch genug, vermag man auch Meinungsübereinstimmungen zu erreichen, allerdings nur einen Verbalkonsens. Wenn es konkret wird, stoßen sich in Raum und Zeit die Gegensätze. Es sind Begehrlichkeiten, die dann als Gerechtigkeit firmieren. Niemand hält sich und seine eigene Sache für ungerecht. Ungerecht sind immer nur die anderen. Noch jeder Krieg ist auf jeder Seite für die ›Gerechtigkeit‹ geführt worden. Für je allgemein akzeptabler ›Gerechtigkeit‹ gehalten wird, desto größer ist die Gefahr, dass sie dem Unrecht lediglich als Draperie dient. Nur den Interesselosen sind Ansprüche aus Gerechtigkeit ebenso wie Verweigerungen von Gerechtigkeit gleichgültig. Aber wer ist schon interesselos?

Wo Interessen konfliktieren, konfliktieren letztlich die Ideen auch. Noch keines Philosophen Gerechtigkeitskriterium erwies sich als widerspruchs- oder gar widerlegungsfest. Selbst mit dem gedanklichen Gehalt von *Jedem das Seine*, einem häufig als Gerechtigkeitsformel schlechthin (miss-)verstandenen Schlagwort, ist während seiner nachweislich zweieinhalbtausendjährigen Verwendungsgeschichte von Philosophen und Juristen, von Staatsmännern, Gesetzgebern, Politikern und Werbefachleuten Verschiedenartiges, ja Entgegengesetztes gerechtfertigt worden. *Jedem das Seine* wurde als Leerformel gedeutet, aber auch als Aufforderung, allen das ihnen Gebührende zukommen zu lassen, mindestens jedoch das von ihnen bereits Erworbene zu bewahren; es wurde als Legitimation bestehender Eigentumsverhältnisse (ausdrücklich auch von Sklaverei und Leibeigenschaft), als Devise für Preußens Schwarzen Adlerorden, als Einlieferungsmotto für das KZ Buchenwald, als Reklametext für Kapitalistenkommerz benutzt, aber auch als Parole für eine Gesellschaft ohne Herren und Knechte, für eine ›Gerechtigkeit von unten‹.⁵⁸

Selbstlegitimation
des Rechts

Die Umkehrung des bekannten Protagoras-Satzes, dass der Mensch das Maß aller Dinge sei, durch die Platon-These, wonach in Wirklichkeit Gott das Maß aller Dinge sei⁵⁹, fand ihre gelehr-

58 | H. Klenner, »Jedem das Seine«, in: Kurt Pätzold/Manfred Weißbecker (Hg.), Schlagwörter und Schlachtrufe, Bd. 2, Leipzig 2002, S. 327–332.

59 | Vgl. Platon, Theaitetos 152 a; Nomoi 716 c

teste Anwendung auf juristischem Gebiet in den Schriften der Scholastiker. Augustinus' (354–430) Provokation, der Menschen ungerechte Gesetze könne man nicht Recht nennen, konkretisierend, bestritt Thomas von Aquino (1225–1274) jede Selbstlegitimation von Recht und Gesetz: Es gebe vielmehr einen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem göttlichen, dem natürlichen und dem menschlichen Gesetz; Geltungsgrund der *lex humana* sei die *lex naturalis*, wie deren Geltungsgrund die *lex divina* sei; falls aber des Menschen Gesetz dem göttlichen oder dem von diesem abgeleiteten natürlichen Gesetz widerspreche, dann sei es gar kein wirkliches Recht, sondern brutales Unrecht, sei es keine *lex*, sondern *legis corruptio*.⁶⁰ In der scholastischen Theorie war der Gerechtigkeitsmaßstab für die Beurteilung wie für die Verurteilung des irdischen Rechts im überirdischen Recht angesiedelt. In der gesellschaftlichen Praxis wurden mit der Ableitung des jeweils nachgeordneten Gesetzes aus dem jeweils höherwertigen und schließlich aus dem allerhöchsten, dem göttlichen Gesetz die Eroberungskriege der einen Mächtigen gegen andere Mächtige, die Kolonisierungen Afrikas, Amerikas und Asiens samt Sklaverei, die Adelherrschaft wie die Leibeigenschaft gerechtfertigt und die Häretiker als Falschgläubige gebannt und verbrannt, da es doch außerhalb der Kirche kein Seelenheil gebe. Da half es den Machtlosen wenig, auf fromme Verse anderer Art zu verweisen: Du sollst deinen Nächsten lieben wie dich selbst (*Leviticus* XIX, 18); es solle überhaupt kein Armer unter euch sein (*Deuteronomium* XV, 4); Gott werde die Machthaber vom Thron stoßen und die Niedrigen erheben (*Lukas* I, 52); einer solle des anderen Last tragen (*Galater* VI, 2); den ersten Christen habe alles gemeinsam gehört (*Apostelgeschichte* IV, 32). Unter denjenigen, die mit solchen und vielen anderen Bibelpassagen ihr revolutionäres Gedankengut begründeten, war Gerrard Winstanley (1609–1676) wohl der Sprachgewaltigste; mit seinem neuen »Law of Righteousness« (*Gesetz der Gerechtigkeit*)⁶¹ diffamierte er jede Rechtsordnung als Unrecht, die mit dem Land die Gutsbesitzer,

60 | Augustinus, Vom Gottesstaat [um 420], Bd. 2, München 1978, S. 567; Thomas von Aquino, Summa theologiae [um 1270], Bd. 13, Heidelberg 1977, S. 26, 97; Suárez, Abhandlung über die Gesetze und Gott den Gesetzgeber [1612], Freiburg 2002, S. 392–404.

61 | Winstanley, Gleichheit im Reiche der Freiheit, Frankfurt/Main 1988, S. 7 [1649].

mit der Staatsgewalt die Besitzenden, mit dem Recht die Juristen, und mit dem Zugang zu Gott die Priester privilegierte. Vergänglich, natürlich.

Menschenrechte
als Maß des
Rechts

Es ist das bis jetzt unabgeholte Verdienst der europäischen Aufklärung, die Universalisierung (und damit die Demokratisierung) eines rational erarbeiteten irdischen Gerechtigkeitsverständnisses betrieben zu haben. Nicht mit der Offenbarung von Göttern, sondern mit der Vernunft von Menschen wurde operiert. Erst wenn die Menschen aus eigenem Erleben gelernt haben, ihre Interessen zu erkennen, könne eine der *civil society* gemäße Rechtsordnung entstehen. Höchstens metaphorisch holte man die Menschenrechte als Maß des Rechts vom Himmel. Ansonsten duldeten die Aufklärer auf dem Richterstuhl ihrer Gesellschaftskritik nur des Menschen autonome, durch Selbstkritik geläuterte Vernunft, also weder Religion noch Moral und schon gar nicht die Berufung auf eine der Vernunft vorgeblich widerstrebende Erfahrung. Hegel, der erklärte Verächter allen pomphaften Redens über das Wohl *aller* Menschen (»ein leerer Bombast«) war es, der mit einer heute noch (oder schon wieder) atemberaubenden Radikalität die Historisierung von Staatsverfassungen, Rechtsordnungen und damit auch ihrer Kritik betrieb: Hundertjähriges und wirkliches positives Recht gehe mit Recht zugrunde, wenn die Basis wegfällt, welche die Bedingung seiner Existenz ist.⁶²

Die Aufklärer begnügten sich nicht damit, durch ihren Richterspruch kritischer Vernunft das überkommene Recht innerhalb der damaligen klerikal abgesegneten Feudalgesellschaft als ungerecht zu disqualifizieren; was immer nur sein solle, ohne zu sein, habe nämlich keinerlei Wahrheit. Ihr eigentliches Anliegen bestand darin, eine den übereinstimmenden Interessen eines jeden gerecht werdende bürgerliche Gesellschaft herbeiführen zu helfen. In ihr würden Recht und Gerechtigkeit zusammenfallen, denn keiner werde so reich sein, um sich einen anderen kaufen zu können, und keiner so arm, um sich verkaufen zu müssen.⁶³ Die erste groß angelegte Realanalyse der bürgerlichen Gesellschaft durch Adam Smith (1723–1790) ergab, dass es in ihr für

62 | Vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1820/21], Berlin 1981, S. 409, 454.

63 | Vgl. Rousseau, Du contrat social [1762], Paris 1966, S. 88 (deutsch: Frankfurt/Main 1996, S. 72).

jeden Reichen mindestens fünfhundert Arme geben müsse, und der Überfluss der Wenigen die Dürftigkeit der Vielen voraussetze.⁶⁴ Sichtlich davon beeinflusst, begann dann der kluge Beobachter Hegel, den Absolutheitsanspruch einer Gesellschaft zu zersetzen, die durch einen Vertrag eines jeden *mit* einem jeden, den bisherigen Krieg eines jeden *gegen* einen jeden zu beenden beansprucht hatte: In Wirklichkeit bleibe diese bürgerliche Gesellschaft ein »Kampfplatz des individuellen Privatinteresses aller gegen alle«; sie werde durch die ihr innewohnende Dialektik, den Widerspruch zwischen übermäßigem Reichtum auf der einen und tiefster Armut auf der anderen Seite, über sich hinausgetrieben; es werde auch weiterhin »immer revolutioniert«!⁶⁵

Auch wenn, wie sich bald zeigen sollte, mit *dieser* Dialektik kein wirkliches Hinaustreiben über die bürgerliche Gesellschaft erreichbar ist (und auch von Hegel nicht wirklich erstrebt war), so erweist sich doch gerade in der Jetztzeit, da Wolkenkuckuckshäuser jenseits und diesseits des Atlantik eine reaktivierte Gesellschaftsvertragstheorie als Spielwiese für Gerechtigkeitsvisionen nutzen, um die realkapitalistische Gegenwartsgesellschaft samt ihrer Rechts- und Unrechtsordnung legitimierbar zu machen⁶⁶, dass »Gerechtigkeit«, verstanden als Maß von Recht und Unrecht, nur dann zu einem *Wissenschafts*objekt gemacht werden kann, wenn die wirklichen Bewegungsgesetze der Gesellschaftsentwicklung zur Grundlage eines Forschungsprogramms genommen werden. Den Brutalphänomenen der *civil society* ist weder mit einer moralisierenden Schönfärberei beizukommen, noch mit prozeduralen Theorien, die aus bloß erdachten Bedingungen sozialer Kommunikation verbindliche Bewertungskriterien für Recht und Unrecht ableiten wollen. Da über die künftige Machtverteilung in Staat und Gesellschaft nur unter den Bedingungen ihrer gegenwärtigen Macht/Ohnmacht-Verteilung ent-

Gerechtigkeit als
Maß von Recht
und Unrecht

64 | Vgl. Smith, Eine Untersuchung über das Wesen und die Ursachen des Reichtums der Nationen [1776], Bd. 3, Berlin 1984, S. 86.

65 | Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1820/21], S. 270, 336, 505, 526.

66 | Vgl. vor allem John Rawls, Justice as Fairness, Cambridge/MA, 2001 (deutsch: Frankfurt/Main 2003); Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt/Main 1992; zur Kritik vgl. die Lemmata »Gerechtigkeit« und »Gesellschaftsvertrag«, in: Wolfgang F. Haug (Hg.), Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Bd. 5, Hamburg 2001, S. 357–397, 611–629.

schieden wird, muss wenigstens die Gretchenfrage gestellt werden, wie aus Kapitalsouveränität Volkssouveränität entstehen kann.

Ziviler Ungehorsam, Revolution Ist damit die Gerechtigkeitsfrage vom Tisch? Eher im Gegenteil. In noch jeder Gesellschaft gibt es ungerechte Gesetze (z.B. [q]) gegen die Widerstand zu leisten illegal, doch höchst legitim ist. Wie Gustav Radbruch (1878–1949) aus seinen Lebenserfahrungen schlußfolgerte, ist die gefährlichste Form des Unrechts jenes Unrecht, »das die Form des Gesetzes annimmt, das gesetzliche Unrecht«. ⁶⁷ Und in Geschichte und Gegenwart hatten politische Bewegungen immer wieder zu entscheiden, ob man einer Rechtsordnung infolge ihrer fundamentalen historischen Ungerechtigkeit als Ganzes die vorher – wenn auch widerwillig – geleistete Befolgungsbereitschaft entziehen und das riskante Unternehmen einer Revolution beginnen solle. ⁶⁸ Insofern haben Gerechtigkeitsüberlegungen dem zivilen Ungehorsam ein gutes Gewissen beschert, und Gerechtigkeitsforderungen als Mobilisierungsmittel gegen die als ungerecht bewerteten Gesellschafts- und Rechtsverhältnisse eine kritische Distanz zwischen Erreichtem und Erreichbarem, zwischen Realität und Idealität, zwischen Gesolltem und Gewolltem, zwischen Legalität und Legitimität, zwischen Unrecht und Recht wach zu halten geholfen.

Geht man den Dingen freilich bis hin zum Selbstwiderspruch der Gesellschaft auf den Grund, in dem diese Abhandlung das Wesen des Rechts wie des Unrechts, der Gerechtigkeit wie der Ungerechtigkeit festmacht, dann kommt man in unserer Zeit globaler wie nationaler Privatisierungs- und Entsolidarisierungsorgien kaum an der verblüffenden Einsicht vorbei, dass am Ende alle Rechts- und Gerechtigkeitsprobleme in Vergesellschaftungsforderungen münden. ⁶⁹

Abschließendes | Die Rede von der sinkenden Steuerungskraft des Rechts geht um. Kein Wunder, wenn die Lektüre von Gesetzblättern den Eindruck vermittelt, dass das Recht zu den fungiblen Gütern unserer Gesellschaft gehört. Von Tag zu Tag scheint es veränderbar zu sein und verfügbar *ad libitum* für diejenigen, die

67 | Radbruch, Gesamtausgabe, Bd. 20, Heidelberg 2003, S. 25 [1949].

68 | Vgl. Lukas H. Meyer (Hg.), *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, Baden-Baden 2004.

69 | Vgl. Wolfgang F. Haug, *Dreizehn Versuche, marxistisches Denken zu erneuern*, Berlin 2001, S. 76.