

## AUFGABE UND GRENZEN DER FRAGE NACH GERECHTIGKEIT

REINHOLD ZIPPELIUS,  
Universität Erlangen-Nürnberg,  
Deutschland

### 1. *Der sozialwissenschaftliche und der sozialetische Aspekt des Rechts*

Aus der sozialwissenschaftlichen Sicht der Systemtheorie stellt sich die Rechtsgemeinschaft als "Interaktionensystem" dar, d.h. als ein Gefüge zwischenmenschlicher Beziehungen. Diese Betrachtungsweise will die Strukturen der Gemeinschaft (d.h. die konstanten Beziehungsformen zwischen den Menschen) in ihrem Zusammenhang (d.h. als System) begreifen. Die Rechtsgemeinschaft stellt sich hier als ein sozialkybernetisches System dar, in welchem die Rechtsnormen, als intersubjektive, das menschliche Verhalten steuernde Sinngehalte fungieren. Außer gebietenden und verbietenden Verhaltenssteuerungen enthält die Rechtsordnung Kompetenzen (Regelungsbefugnisse) und Verfahrensregeln, aufgrund deren jene Verhaltensnormen rechtsverbindlich erlassen werden.

Dieses Regelungssystem dient der Interessenregulierung: Aus der Umwelt werden an die Inhaber der Regelungsbefugnisse (z.B. an ein Parlament) Wünsche herangetragen. Gewöhnlich sind diese Ausdruck von Interessen und Wertvorstellungen, die mit anderen Interessen in Konflikt geraten. Das durch solche Wünsche veranlaßte Gesetz (oder der sonstige Rechtsakt enthält dann Verhaltensnormen, die dies näher bestimmen, welche der betroffenen Interessen in welcher Weise und in welchem Maße verfolgt werden dürfen und Schutz genießen, und zwar gewöhnlich auf Kosten anderer Interessen, die zurückstehen müssen. So hat schon Philipp Heck die Gesetze geradezu als "die Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüber tretenden und um Anerkennung ringenden Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Richtung" bezeichnet.<sup>1</sup>

Auch die rechtlichen Kompetenzen und die Verfahren, in denen sie ausgeübt werden, erfüllen also eine sozialkybernetische Funktion: Sie dienen als Regulatoren, die einerseits durch geltend gemachte Interessen beeinflusst werden ("input") und andererseits verbindliche Interessenregulierungen liefern ("output"). Auf diese Weise werden mit ihrer Hilfe die in einer Gemeinschaft vorhandenen Interessen und Einflüsse kanalisiert und

<sup>1</sup> Ph Heck, *Archiv für die civilistische Praxis* 112 (1914), S. 17.

koordiniert. Durch diese Interessenregulierungen bewirken sie soziologisch eine "funktionelle" Integration.

Aber diese sozialwissenschaftliche Betrachtungsweise gibt dem Juristen nur eine unvollständige Sicht der Dinge. Nicht jede beliebige rechtliche rechtliche Lösung eines Interessenkonflikts findet unsere Zustimmung. Zum Beispiel kritisieren wir eine Interessenregelung, die allein das Interesse des Mächtigeren auf Kosten des Schwächeren befriedigt. Sobald wir aber das bestehende Recht kritisieren, moralisieren wir: Solche Kritik bleibt nicht dabei stehen, die vorgefundenen Zustände einfach zu registrieren, sondern legt einen Maßstab an das Vorhandene an. Sie wirft die Frage nach der "besseren", "gerechteren" Alternative auf. Damit wird die Methode bloßer Beschreibung verlassen und werden Kategorien der Ethik, speziell der Gerechtigkeit, eingeführt. Wir finden gerade in unseren Tagen besonders häufig das bestehende Recht einer solchen Kritik unterzogen: Es sei sozial ungerecht, bevorzuge die einen in unangemessener Weise und setze die anderen zurück, gebe den einen zuviel Macht und den anderen zuwenig Mitbestimmung, gewähre ungleiche Bildungschancen, und was sonst noch an Einwendungen vorgebracht wird.

Solches Infragestellen der bestehenden Regelungen gehört zum "Normalzustand" eines Rechts, das nicht zu einem banalen Zweig der Soziologie werden, sondern auch eine moralische Wissenschaft bleiben will. Soll eine Gemeinschaftsordnung auf Dauer als gerecht empfunden werden, dann muß auch die prinzipielle Bereitschaft bestehen, diese Ordnung jederzeit erneut zu rechtfertigen, und das heißt auch, sie bereitwillig einer Kritik nach dem Maßstab der Gerechtigkeit auszusetzen. Radbruch ist so weit gegangen, zu behaupten, der gesamte politische Tageskampf stelle sich als eine endlose Diskussion über die Gerechtigkeit dar.<sup>2</sup> Das ist sicher übertrieben und auch etwas zu optimistisch gesehen, aber es tritt in dieser Formulierung besonders zugespitzt jener nicht aufgebare Anspruch zutage, die gefundenen rechtlichen Lösungen im Namen der Gerechtigkeit immer von neuem zur Diskussion stellen zu können.

## 2. Das Problem konsensfähiger sozialetischer Aussagen

Das Recht kann soziale Probleme in der einen oder anderen Weise lösen. Angesichts solcher Alternativenwahl entsteht die wichtige Frage: Können wir überhaupt mit zureichenden Gründen zwischen "besseren" und "schlechteren", "gerechteren" und "ungerechteren" Lösungen unterscheiden. Anders ausgedrückt: Wie läßt sich zwischen verschiedenen Regelungsmöglichkeiten eine "richtige" Wahl treffen? Gibt es Richtlinien für eine solche Alternativenwahl, die sich rechtfertigen, also in konsensfähiger Weise verteidigen lassen?<sup>3</sup>

<sup>2</sup> G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl. 1963, § 9.

<sup>3</sup> Vgl. zu diesem Problem L. Recaséns Siches, *La logique materielle du raisonnement juridique*, in H. Hubien (ed.) *Le raisonnement juridique*, 1971, S. 129 ff.

Zunächst fragt es sich, ob, auf welche Weise und in welchem Maße überhaupt ein Konsens in Gerechtigkeitsfragen möglich und der bloße Subjektivismus überwindbar ist. Denn auf diesen läßt sich keine Gemeinschaftsordnung gründen: Die höchstpersönliche Überzeugung des einen kann mit der jedes anderen in Konflikt geraten. So hält es etwa der eine nach seiner Gewissensüberzeugung für berechtigt, daß eine Schwangere nach Belieben die Schwangerschaft unterbrechen dürfe, der zweite hält eine Abtreibung nur zur Rettung des Lebens der Mutter oder aus sonstigen schwerwiegenden Gründen für berechtigt und der dritte lehnt Schwangerschaftsunterbrechungen in jedem Falle ab. Solche divergierenden Überzeugungen sind keine geeignete Grundlage einer Gemeinschaftsordnung, die ja gerade auch Menschen unterschiedlicher Überzeugungen zu einem Zusammenleben koordinieren soll.

Können wir also auch in Fragen der Ethik den Standpunkt bloßer Subjektivität überwinden?

Kant schlug als Verhaltensrichtlinie, die von allen notwendig zu akzeptieren, also allgemeingültig sei, bekanntlich ein formales Prinzip vor. Der Prüfstein für die Richtigkeit einer Handlungsmaxime sollte in ihrer Verallgemeinerungsfähigkeit liegen. Demnach lautet sein allgemeines Rechtsgesetz: "Recht ist . . . der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann".<sup>4</sup> Damit hat Kant zwar die allgemeine Aufgabe des Rechts auf den Begriff gebracht: In der Gemeinschaft ist die Freiheit des einen durch die Freiheit der anderen beschränkt, und es stellt sich die Aufgabe, diese Freiheiten gegeneinander nach allgemeinen Gesetzen abzugrenzen. Aber Kant hat hier nur eine notwendige Bedingung, nicht aber schon die zureichenden Bedingungen für die Lösung jener Aufgabe angegeben. Denn es können sehr verschiedenartige und einander widersprechende Verhaltensordnungen je für sich verallgemeinerungsfähig sein. So kann, um nur ein Beispiel zu nennen, eine Gesellschaftsordnung ohne privates Eigentum an industriellen Produktionsmitteln ebenso allgemein gedacht werden, wie eine Gesellschaftsordnung, in der es solches Privateigentum gibt. Es bleibt also immer wieder die Frage offen, welche unter solchen verallgemeinerungsfähigen Alternativen man richtigerweise wählen soll.

Die Frage spitzt sich also dahin zu: ob nicht nur formale, sondern auch inhaltliche Fragen der Ethik prinzipiell konsensfähig seien. Aber hier stößt man auf das Verdikt Carnaps: "Die logische Analyse spricht . . . das Urteil der Sinnlosigkeit über jede vorgebliche Erkenntnis, die über oder hinter die Erfahrung greifen will . . . Entweder gibt man für 'gut' und 'schön' und die übrigen in den Normwissenschaften verwendeten Prädikate empirische Kennzeichen an oder man tut das nicht. Ein Satz mit einem derartigen Prädikat wird im ersten Fall ein empirisches Tatsachenurteil, aber kein

<sup>4</sup> I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1. Teil, Einl. in die Rechtslehre § C.

Werturteil; im zweiten Fall wird er ein Scheinsatz; einen Satz, der ein Werturteil ausspräche, kann man überhaupt nicht bilden".<sup>5</sup> Da wir aber gerade über die bloße Beschreibung sozialwissenschaftlicher Gegebenheiten hinausgelangen und zu Kriterien der Richtigkeit des Rechts gelangen wollen (1), wären wir nach dieser Meinung auf dem besten Wege, sinnlose Dinge zu reden.

Dem stellen wir die Tatsache entgegen, daß wir jedenfalls über elementare inhaltliche Einsichten des Rechtsgefühls (also der Werterfahrung) uns zu verständigen und sogar zu einem Konsens zu gelangen pflegen: so z.B. darüber, daß es billig sei, wenn jemand für einen vorsätzlich angerichteten Schaden einen gleichwertigen Ausgleich liefere und daß auch beim Güteraus-tausch die auszutauschenden Güter und Leistungen gleichwertig sein sollten; ferner, daß z.B. der Reiche mehr Steuern zahlen sollte als der Arme; sodann, daß es unbillig sei, jemanden für die Verursachung eines Schadens zu bestrafen, zu der er sich nicht frei entschieden hat, sondern z.B. durch einen epileptischen Anfall determiniert wurde; schließlich etwa, daß man sich gegen rechtswidrige Angriffe verteidigen, hierbei aber nicht das erforderliche Maß überschreiten dürfe.

Solche Erfahrungen sind uns nicht nur *quoad actum*, sondern auch ihrem Erfahrungsinhalt nach zugänglich. Das heißt: Die empirische Feststellung ist nicht auf die bloße Aussage beschränkt, daß in einer Gesellschaft bestimmte Wertungen tatsächlich vorgenommen werden. (Gewiß kann man sich auf diese "Außenansicht" der Wertung beschränken, also auf die bloße Feststellung, daß andere Menschen bestimmte Verhaltensweisen für gerecht, tugendhaft usw. befinden. Mit dieser Blickrichtung wird etwa eine Sittengeschichte geschrieben.) Wertungen lassen sich nicht nur "von außen her", als tatsächlich eingenommene und geäußerte Stellungnahmen anderer Menschen, betrachten. Sondern sie haben für den, der sie vollzieht, auch eine "Innenansicht", nämlich einen spezifischen Erfahrungs —und Erkenntnisgehalt. So werden etwa bestimmte Handlungen als gerecht, taktvoll usw., d.h. in je einem spezifischen Sinn billigens und daher verwirklichenswert erfahren.

In welchem Sinne und in welchem Ausmaß sind nun solche Erfahrungen des Rechtsgefühls konsensfähig, d.h. einer intersubjektiven Einigung zugänglich? Zu dieser Frage darf ich wiederholen, was ich andernorts schon ausgeführt habe.<sup>6</sup>

"Der Empirist wird dazu neigen, die sichere und eindeutige intersubjektive Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit einer Erfahrung am Beispiel der sinnlichen Wahrnehmungen zu demonstrieren. Kritische Überlegung zeigt aber, daß nicht einmal die intersubjektive Identität der sinnlichen Wahrnehmungswelt völlig gewiß ist: Es gehört zu den im Alltag selbstverständlichen, aber im strengen Sinne unbeweisbaren Hypothesen, daß andere

<sup>5</sup> R. Carnap, *Erkenntnis*, Bd. 2 (1931), S. 237.

<sup>6</sup> R. Zippelius, *Das Wesen des Rechts*, 3. Aufl. 1973, Kap. 2<sup>o</sup>.

Menschen etwa mit den Worten 'grasgrün' oder 'veilchenblau' oder 'Glockengeläute' je den gleichen optischen oder akustischen Wahrnehmungsinhalt verbinden wie ich selbst. Solche Wahrnehmungsinhalte sind in die Struktur unserer Wahrnehmungswelt eingeordnet: zum Beispiel als der Farbton einer bestimmten Blume, als der Klang der von dieser Kirchenglocke herübertönt. Im strengen Sinne intersubjektiv mittelbar ist immer nur dieser Lagenort, den der Wahrnehmungsinhalt innerhalb einer solchen Struktur hat. Der qualitative Inhalt als solcher gehört hingegen der Privatsphäre eines jeden an. Daß auch er für verschiedene Menschen identisch sei, ist nicht streng beweisbar.

Diese kritische Besinnung mag davor bewahren, an die intersubjektive Mittelbarkeit und Nachprüfbarkeit von Werterfahrungen mit zu hohen Erwartungen heranzugehen, die sich nicht einmal für sinnliche Wahrnehmungen erfüllen lassen.

Auch für die Werterfahrung können wir für spezifische Erfahrungsinhalte 'Lagenorte' in unserer Erfahrungswelt angeben: Wir können die Sachverhalts — und Verhaltenstypen bezeichnen, die eine Werterfahrung spezifischen Inhalts vermitteln: zum Beispiel eine arglistige Täuschung, eine Lebensrettung unter eigener Lebensgefahr. Aber daß etwa das Miterleben einer mutigen Lebensrettung anderen Menschen Werterfahrungen des gleichen qualitativen Inhalts vermittelt wie mir, ist ebensowenig feststellbar, wie etwa die Tatsache, daß eine Wiese für die anderen ebenso grün ist wie für mich. Daß gleichwohl beides der Fall sei, gehört zu den selbstverständlichen, aber im strengen Sinn unbeweisbaren Hypothesen, auf denen unser tägliches Leben fußt.

Ein 'Erfahrungsaustausch' kann hierbei wenigstens über elementare Wertesichten stattfinden, also z.B. darüber, daß treues, redliches, hilfsbereites, mutiges Verhalten überhaupt billigenswert sind, daß also, je für sich allein genommen, treues Verhalten dem untreuen, redliches dem unredlichen usw. vorzuziehen ist.

Ein 'Erfahrungsaustausch' ist auch darüber möglich, daß unterschiedliche Ereignisse, etwa ein redliches Verhalten, eine mutige Tat, ein selbstloser Verzicht, Werterfahrungen qualitativ verschiedenen Inhalts vermitteln, daß also überhaupt ein qualitativer Unterschied in den axiologischen Erfahrungsinhalten besteht.

Die Wertungen gehen freilich auseinander, sobald es sich um Abwägungen zwischen verschiedenen Zwecken und Interessen handelt. Gerade solche Abwägungsprobleme spielen im Gemeinschaftsleben aber die wirklich bedeutende Rolle. Hier machen sich die unterschiedlichen, anlage — oder umweltbedingten Vorzugstendenzen geltend. Die Menschen haben verschiedene Wertungsdispositionen . . .

Komplexe Werturteile, die eine Abwägung einschließen, lassen sich also in aller Regel nicht allgemeingültig, nicht in restlos intersubjektiv übereinstimmender Werterfahrung bestätigen. Die Abwägungen stimmen hier oft

nicht einmal im —intersubjektiv vergleichbaren— Ergebnis überein. Konsens findet sich hier von Fall zu Fall meist nur bei einem Teil der Rechtsgenossen. Soll man in solcher Fällen überhaupt noch von einer ‘Wahrheit’ (d.h. intersubjektiver Bewährbarkeit) der Werturteile reden? Wir können das offenlassen.

Jedenfalls hat Konsens in der Wertung eine praktische Funktion bei der Herstellung einer Gemeinschaft, auch ohne Rücksicht darauf, ob er ‘Wahrheiten’ erschließt: Denn zur Regulierung und Koordination menschlichen Verhaltens bedarf es konsensfähiger Lösungen gesellschaftlich relevanter Gerechtigkeitsprobleme.

Hierbei werden wir nach einer breitestmöglichen intersubjektiven Übereinstimmung in der Wertung suchen (und zwar auch ohne Rücksicht auf deren Erkenntnisfunktion). Das verlangt schon das Prinzip der Demokratie, demzufolge möglichst viele an der Festlegung der sozialen Ordnungsmuster teilhaben sollen. Das gebietet aber auch das Interesse an Orientierungsgewißheit; denn zu ihr gehört auch die Verlässlichkeit jener Verhaltensmuster, die, zumal als ‘Verkehrssitte’, von den meisten akzeptiert werden.”

### 3. Die Antinomie der Zwecke

Ein nicht ausräumbarer relativierender Faktor liegt also darin: In ein und derselben Entscheidung fordern verschiedene, oft sich widerstrebende Zwecke ihr Recht. Die Menschen haben aber unterschiedliche Präferenzen (Vorzugstendenzen) gegenüber dem einen oder anderen dieser Zwecke und kommen daher meist nur zu einem partiellen Konsens (günstigenfalls wenigstens zu einer Mehrheitsentscheidung) darüber, in welchem Ausmaß die verschiedenen Zwecke zu berücksichtigen sind.

Max Weber hat angesichts dieser Situation das berühmte Bild eines Polytheismus der Werte gebraucht und hat die um Anerkennung streitenden Werte mit den alten Göttern verglichen: Sie sind heute “entzaubert und daher in Gestalt unpersönlicher Werte, entsteigen ihren Gräbern, streben nach Gewalt über unser Leben und beginnen untereinander wieder ihren ewigen Kampf”.<sup>7</sup> Der Widerstreit der großen Zwecke des Staates und des Rechts und die Unmöglichkeit, diesen Widerstreit in streng konsensfähiger Weise zu lösen, war auch für Radbruch der entscheidende Grund des ethischen Relativismus.<sup>8</sup> Selbst wenn wir die überindividualistischen und die transpersonalen Zwecke (in Radbruchs Sicht die großen Gegenspieler der individualistischen Zwecke) beiseite setzen, selbst wenn wir also auf den individualistischen Zweck beschränken, möglichst vielen zu größtmöglicher Selbstbestimmung, Selbstentfaltung und größtmöglichem Wohlstand zu verhelfen, stoßen wir auf Antinomien: Der eine legt stärkeres Gewicht auf eine möglichst ungehinderte Ellenbogenfreiheit für alle (Liberalismus), der

<sup>7</sup> M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl. 1968, S. 605.

<sup>8</sup> G. Radbruch, a. a. O., § 7.

zweite auf die Sicherung von Ordnung und Rechtsfrieden (Law and Order), der dritte auf die gleichmäßige Verteilung der materiellen Grundlagen der Persönlichkeitsentfaltung und des materiellen Wohlstandes (Sozialismus) und der vierte auf die Möglichkeit zur Mitbestimmung der politischen und ökonomischen Verhältnisse (Demokratismus). Es sind Zwecke, die sich gelegentlich ergänzen, in vielen Fällen aber auch miteinander kollidieren. Auch wenn die Mehrheit der Bürger zu einem Konsens darüber kommt, daß ihr Staat den "individualistischen" Zweck zu verfolgen habe, für Freiheit und Glück möglichst vieler zu sorgen, muß dieser Staat also immer noch eine Vielzahl nachgeordneter Zwecke in seine Dispositionen einbeziehen, muß zwischen widerstreitenden Zwecken wählen, häufiger aber noch das richtige Maß bestimmen, in dem der eine oder andere dieser Zwecke verfolgt werden darf.

Zu solchen Entscheidungen kann der Konsens der Majorität nicht in jedem Einzelfall ermittelt und eingeholt werden. In der Demokratie müssen die Regierenden aber jedenfalls versuchen, in fortwährender Auseinandersetzung mit der öffentlichen Meinung ihre Interessenabwägungen in konsensfähiger Weise zu begründen und zu verteidigen, das heißt so, daß sie wenigstens die Zustimmung der Mehrheit finden. Und in dem Maße, wie das fortgesetzt gelingt, liefern Regierung und Parlament eine integrierende Rechtfertigung ihrer Wirksamkeit.

Weil aber dem Bemühen um Konsens nur ein begrenzter Erfolg beschieden ist und weil dieses Bemühen auf prinzipielle Schranken stößt, wäre es schon prinzipiell unmöglich, die verlässlichen Orientierungsmuster einer Gemeinschaft nur auf konsensfähige Einsichten zu gründen. Schon deshalb (und auch aus anderen, hier nicht zu erörternden Gründen) müssen zusätzliche Prinzipien und Techniken eingeführt werden, um dem Gemeinschaftsleben durchwegs die unentbehrliche Orientierungsgewißheit zu geben.

So muß etwa eine nach bestimmten Spielregeln, z.B. in einem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren, zustandegekommene Norm als rechtsverbindliche Richtschnur gelten. Auch das Prinzip der Rechtssicherheit dient dem Bedürfnis, verlässliche Dispositionsgrundlagen auch dort zu sichern, wo eindeutige Erkenntnis allein diese nicht bereitstellen kann. Dieses Prinzip verlangt von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung Kontinuität in solchen Entscheidungen, die rechtsethisch vertretbar, wenn auch nicht notwendig sind.