

RECHT ALS MASSTAB FÜR ÖKONOMISCHES, SOZIALES, POLITISCHES UND KULTURELLES LEBEN IN UNSERER ZEIT

WERNER MAIHOFFER
Alemania Federal

Einleitung: Die Frage nach dem Recht als Masstab des Lebens

“Recht als Masstab für ökonomisches, politisches und kulturelles Leben in unserer Zeit” heisst das *Generalthema*, unter dem der X. Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie in Mexico soeben feierlich eröffnet worden ist.

In meinem Einleitungsvortrag, den ich die Ehre habe vor den hier aus allen Weltgegenden versammelten illustren Kolleginnen und Kollegen unserer Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie zu halten, will ich eine Exposition dieses Themas versuchen, von den gestellten Fragen her, auf die möglichen Antworten hin, von denen die Diskussion unseres Kongresses als Thesen oder doch Hypothesen ausgehen könnte.

Gefragt ist nach dem *Recht als Masstab des Lebens in unserer Zeit*. Allgemeiner ausgedrückt: nach der *Funktion des Rechts für die Existenz des Menschen in der heutigen Welt*.

Von den verschiedenen Einzelfragen, die sich aus dieser umfassenden Fragestellung ergeben, will ich zwei herausgreifen. 1. Die Frage: Was heisst das, der Form wie dem Inhalt nach, was hier als die *Funktion des Rechts* heute behauptet wird, “*Masstab*”, “*Prinzip*”, oder gar “*Regulator*” für das Leben in unserer Zeit zu sein, wie die unterschiedlichen sprachlichen Umschreibungen des Generalthemas unseres Weltkongresses lauten? 2. Die Frage: Was bedeutet dies, von der Form wie dem Inhalt des Rechtes her, für die *Existenz des Menschen* heute, die als “*ökonomisches, politisches und kulturelles Leben in unserer Zeit*” umschrieben wird; der auch jene soziale Dimension menschlichen Zusammenlebens hinzugehört, die Kollege Curiel in seiner Festrede heute Vormittag über die Bedeutung der rechtlichen Werte für die Lösung der sozialen Probleme unserer Zeit so eindrucksvoll verdeutlicht hat.

Die Beantwortung dieser beiden Fragen wird uns Aufschluss darüber geben, wad dieses *Recht der Gegenwart* und das nach seinen Wertmasstäben, Legitimationsprinzipien, Regulationsmechanismen geordnete und geregelte *Leben unserer Zeit* nach Form und Inhalt von dem früherer Zeiten auszeichnet und unterscheidet.

Was sagt uns die Rechts- und Sozialphilosophie über die *Form des Rechts überhaupt* und welche neueren Entwicklungen und besonderen Erscheinungen kennzeichnen die *Form des Rechts heute* als “Regulator” des Lebens der Menschen in unserer Zeit, das sind die beiden Themen, denen ich mich zunächst im ersten Teil unseres Vortrages zuwenden will.

I. *Die Form des Rechts als “Regulator” des Lebens der Menschen in unserer Zeit*

Das Rechtsdenken

Das Rechtsdenken der Gegenwart, wie es nach der Zertrümmerung des klassischen Naturrechts vom Philosophischen Idealismus ausgeht und im Historismus, Positivismus und heutigen Realismus sich fortsetzt, versteht das *Recht seiner Form nach* als *allgemeine Gesetzmäßigkeit*, und diese als *verbindendes Wollen*. Was heisst dies?

1. *Die Form des Rechts als Gesetzmäßigkeit: Das verbindende Wollen*

Sieht man das Recht nicht mehr als etwas von Natur Gegebenes oder gar von Gott Vorgegebenes, sondern als etwas vom Menschen Geschaffenes, dann wird Antwort auf die Frage nötig, was denn der *Grund für das Recht im Leben des Menschen* ist, das sich schon der *Form nach* von allem anderen unterscheidet, was sonst das Leben zwischen Menschen ausmacht.

Die Antwort lautet: *Grund für die Form des Rechts* ist die *Freiheit des Menschen*, das aber heisst: die *grundsätzliche Unverfügbarkeit des fremden Wollens*, es sei denn *vermittels der allgemeinen Gesetzmäßigkeit eines verbindenden Wollens*.

Schon im *Naturzustand* bedarf der Mensch der Verfügung über dieses an sich für ihn Unverfügbare: das fremde Wollen, überall da, wo er für sein Leben und Ubelwollen” des Anderen ausgeliefert ist. Aber der Mensch erlangt von Natur aus diese für sein Leben notwendige Verfügung über das fremde Wollen immer nur, wo er *Macht* über den Andern hat, oder wo *Liebe* den Andern an ihn bindet. Deshalb kann im *Naturzustand* eine *natürliche Ordnung* gleicher

Freiheiten und Rechte Zwischen Menschen nur entstehen, wo ein annäherndes Gleichgewicht der Abhängigkeiten, sei es der Macht, sei es der Liebe zwischen Menschen besteht. Halten sich doch nur so die Möglichkeiten der Verfügung des Einen über das Wollen des Andern wechselseitig die Waage, den jeweiligen Andern zu einem zuträglichen Verhalten anzuhalten und von einem abträglichen Verhalten abzuhalten.

In jedem anderen Falle herrscht nicht das Recht der Freiheit, sondern ein "Recht der Natur", das Hegel in seiner Philosophie des Geistes darum folgerichtig als das blosse "Dasein der Stärke und das Geltendmachen der Gewalt" bezeichnet hat; damit als "ein Naturzustand, ein Zustand der Gewalttätigkeit und des Unrechts, von welchem nichts Wahreres gesagt werden kann, als *dass aus ihm herauszugehen ist*".

Damit wird die *Geschichte des Rechts* zu einem historischen Prozess der schrittweisen aber doch unaufhaltsamen Ersetzung und Zurückdrängung solcher natürlicher Abhängigkeiten überall da, wo diese zur verlässlichen Sicherstellung eines annähernden Gleichgewichtes der Abhängigkeiten, der Macht wie der Liebe zwischen Menschen nicht ausreicht; bis hin zum patriarchalischen Verhältnis der Geschlechter, aber auch zum paternalistischen Verhältnis der Arbeit.

Der *Kulturzustand*, in dessen Entstehen der Mensch noch immer begriffen ist, stellt deshalb nicht nur den vereinzelt Versuch dar, dem Übermut der Macht oder dem Ausbleiben der Liebe im Verhältnis zwischen Menschen hier oder dort von Rechts wegen zu begegnen. Er stellt vielmehr das Verhältnis und Verhalten zwischen Menschen insgesamt auf den von ihm selbst geschaffenen Boden einer *künstlichen Ordnung* nach allgemeinen Gesetzen, sei es der Moral, sei es des Rechts.

Die Regulation des Lebens des Menschen erfolgt von nun an in der Form *allgemeiner Gesetzlichkeit*, die dem Menschen die notwendige Verfügung über das fremde Wollen nicht mehr nach den *Fakten* der Macht oder Liebe, sondern nach den *Prinzipien* der Moral und des Rechts gewährt.

Schon die *Moral*, durch die der Mensch Verfügung über dieses an sich unverfügbare fremde Wollen erlangt, wo immer er in seinem Leben vom Wohl- oder Ubelwollen des Andern grundlegend abhängig ist, hat diese Form allgemeiner Gesetzlichkeit. Sie stellt den Menschen unter den Anspruch seiner Vernunft, zu einem "vernünftigen", Grundsätzen und damit "allgemeinen" Gesetzlichkeiten entsprechenden Verhalten zwischen Menschen: nach dem *Prinzip der Gegen-*

seitigkeit (der sog. Goldenen Regel); Verhalte Dich so, wie Du wolltest, dass auch der jeweilige Andere Dir gegenüber sich verhält!; oder gar nach dem *Prinzip der Allseitigkeit* (dem sog. Kategorischen Imperativ): Verhalte Dich so, wie Du wolltest, dass auch alle Anderen sich (in Deiner Rolle und Lage) verhalten!

Nicht anders ist auch die allgemeine Gesetzlichkeit, welche die Form des *Rechts* ausmacht, von denselben Prinzipien der Gegenseitigkeit und Allseitigkeit her gedacht und gemacht. Jedenfalls im Recht unserer Zeit: der Epoche der Moderne, an deren Schwelle Kant mit Rousseau unverlierbar gültig auch für das Recht der Gegenwart diese allgemeine Gesetzlichkeit als die Form des Rechts aus dem *angeborenen Recht der Freiheit und Gleichheit jedes Menschen* begründet und gerechtfertigt hat.

Recht ist danach nicht ein bloss formaler Regulator purer Positivität, sondern schon als Recht der Form nach prinzipiell legitimiert nur, wenn es diesem *Recht der Freiheit* jedes Menschen entspricht: seiner *“Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür”* aber auch dem *Recht der Gleichheit* jedes Menschen nicht widerspricht: seiner *“Unabhängigkeit nicht zu mehreren von anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann”*, wie es in Kants Metaphysik der Sitten einleitend heisst.

Nur aus diesen Voraussetzungen lässt sich ein Recht begründen, das schon seiner Form nach unserem heutigen Begriffe von Recht entspricht: als *“der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann”*.

Nur unter diesen Voraussetzungen lässt sich nach unserem heutigen Bewusstsein von Recht daher auch eine Verfügung über das an und für sich Unverfügbare des Menschen: das fremde Wollen, rechtfertigen, sei es als *gegenseitig verbindendes Wollen im Vertrag*, sei es als *allseitig verbindendes Wollen im Gesetz*.

Wir erkennen so, dass das Recht als *“Regulator”* des Lebens der Menschen die *Form einer allgemeinen Gesetzlichkeit hat, deren verbindendes Wollen aus Prinzipien der Vernunft: der Gegenseitigkeit und Allseitigkeit begründet und gerechtfertigt sein muss, soll sie in einer Gesellschaft der Freien und Gleichen Verpflichtungskraft und damit Rechtsgehorsam beanspruchen können*. So unaufgebbare dieser Ausgangspunkt einer Begründung und Rechtfertigung schon der *Form des Rechts* aus der *Freiheit und Gleichheit des Menschen* für das *Recht in der Epoche der Moderne* insgesamt auch immer ist und bleibt, deren demokratische Revolutionen doch aus eben diesem Denken herkommen und abstammen, so unübersehbar sind bestimmte

Eigentümlichkeiten, die das *Recht der Gegenwart* gegenüber allem vorhergehenden auszeichnen und unterscheiden.

2. Die Form des Rechts heute: Gesetzlichkeit und Zweckmässigkeit

Die hier in den vergangenen einhundertfünfzig Jahren sich abzeichnenden Veränderungen lassen, wie ich meine, einen universellen Trend erkennen, der bei aller Ungleichzeitigkeit des Fortschritts mehr oder weniger ausgeprägt in allen Rechtsordnungen und jedem Rechtsdenken heute anzutreffen ist.

Die erste dieser Entwicklungen, wie sie schon im *Übergang vom Idealismus zum Historismus* einsetzt, ist die folgerichtige *Veränderung der Gesetzlichkeit des Rechts*. Nicht, dass nicht auch nach der kantischen Trennung von Legalität und Moralität das Recht heute aus Moral legitimiert, aus Vernunft gerechtfertigt werden müsste. Aber es muss zugleich so gedacht und gemacht sein, dass es den Menschen auch da erreicht, wo er auf Appelle der Moral, auf Gebote der Vernunft nicht mehr ansprechbar ist. Mit Kants Worten: "Das Gesetz muss auch für ein Volk von Teufeln passen, wenn sie nur Verstand haben!"

Schon bei Anselm von Feuerbach, dem Vater des Rechtsstaatsdenkens im Strafrecht, findet sich eine Auffassung der Gesetzlichkeit als Faktor der Motivation im rationalen Kalkül auch *des Menschen*, der sich nurnoch als reines *Verstandessubjekt* nach Gesichtspunkten der Klugheit und Nützlichkeit zum Recht und gegen das Unrecht bestimmen lässt. Anerkennung des Strafgesetzes als Magna Charta des Staatsbürgers, Forderung nach gesetzlicher Bestimmtheit der Strafbarkeit usw. sind die Früchte dieser ersten *rationalistischen Ernüchterung des Rechtsdenkens*, dessen Folgewirkungen bis heute unabgeschlossen sind. Sie verwandeln recht eigentlich erst das auf die *Vernunftperson* abgestellte idealistische Rechtsdenken zu Beginn der Epoche der Moderne in ein rationales Rechtsdenken aus dem Verstandessubjekt eines homo iuridicus, der (ähnlich dem zeitgenössischen homo oeconomicus) als ein in Abwägung von Vorteilen und Nachteilen sich bestimmendes rationales Subjekt aufgefasst und deshalb als solches auch im Gesetz von heute vorausgesetzt und daraufhin angesprochen wird.

Die zweite dieser Entwicklungen setzt ein in der *Hochblüte des Positivismus*, der sich ebenso wie der Historismus auf eine blosse *Selbstrechtfertigung des Rechts* aus dem Verfahren seiner Entstehung, sei es einer *in der Gesellschaft stillwirkend gewachsenen*

Gewohnheit, sei es eines vom Staate ausdrücklich geschaffenen Gesetzes zurückgezogen hatte.

Dies führt zwangsläufig in solchem Positivismus zu einer *Legitimation des Rechts* aus dem blossen Verfahren seiner Entstehung, zugleich aber auch der *Reduktion des Rechts* auf die reine Gesetzlichkeit konditionaler Programme, in der logischen Form hypothetischer Urteile, ohne Rücksicht auf die Zweckmässigkeit solchen Rechts bei der Rechtsanwendung im Einzelfall, wie dies schon in Hans Kelsens Reiner Rechtslehre unübertroffen deutlich wird.

Niklas Luhmanns spätere systemtheoretische Reflexionen haben das Verdienst, diese Auffassung des Rechts als reine Gesetzlichkeit, ohne Rücksicht auf ihre Zweckmässigkeit, zu Ende gedacht zu haben. Seine Vorstellung von einer *reinen Verfahrenslegitimation des Rechts*, vom *Recht als blosses Konditionalprogramm*, von der *Entlastung des Richters von jeder Folgenverantwortung im Einzelfall*, zur *Reduktion der Komplexität von Recht*, die er für das Kennzeichen des Rechts heute hält, haben bei aller intellektuellen Faszination solchen technokratischen Rigorismus nur den einen Nachteil, dass sie eben *den* Erscheinungen und Entwicklungen widersprechen, die wir im Recht der Gegenwart und seinem veränderten Verhältnis zum Leben unserer Zeit allenthalben feststellen.

So lässt sich zwar das *klassische Vergeltungsstrafrecht* des Übel für Übel noch als reines Konditionalprogramm begreifen, dessen Gesetzlichkeit ohne Rücksicht auf seine Zweckmässigkeit normiert und, unter Entlastung des Richters von jeglicher Folgeverantwortung, im Einzelfall exekutiert werden kann. Nicht aber ein *modernes Resozialisierungsstrafrecht*, das dem Richter im Einzelfall nunmehr ausdrücklich die nur von ihm überhaupt auszutragende Folgeverantwortung aufträgt: die der Gesetzlichkeit entsprechende, ebenso der Schuld der Tat "gerechte", wie für die Resozialisierung des Täters, aber auch die Generalprävention der Gesellschaft "zweckmässige" Strafe zu finden. Hier wird so die *Legitimation des Rechts*, über seine Gesetzlichkeit hinaus nicht nur *aus seiner Gerechtigkeit im Einzelfall*: Schuldangemessenheit als *Obergrenze* der Strafe, sondern ebenso aus der *Folgenverantwortung für seine Zweckmässigkeit im Einzelfall* gefordert: aus dem Gesichtspunkt der Generalprävention ("Verteidigung der Rechtsordnung") zur Bestimmung der *Untergrenze* der Strafe, wie dem Gesichtspunkt der Individualprävention (Resozialisierung oder besser RElegalisierung: Nichtwiederstraffälligwerden des Täters) zur eigentlichen *Inhaltsbestimmung* der Strafe.

Es ist darum wohl kein geschichtlicher Zufall, dass der eigentliche

Durchbruch zu einem neuen Realismus im Recht unserer Zeit sich in der Nachfolge Rudolf von Jherings und Adolf Merckels, bei Franz von Liszt, dem grossen Vorkämpfer des Sozialstaatsgedankens im Strafrecht, vollzogen hat.

Er führt, nicht nur im Rechtsbereich des Strafrechts, zu einer zweiten *realistischen Ernüchterung des Rechtsdenkens*, die den "Zweck im Recht", die "Zweckmässigkeit des Rechts", ganz anders als bisher gegenüber seiner Gesetzlichkeit und Gerechtigkeit ernst nimmt und deshalb der Auffassung von Gesetzlichkeit im Positivismus als reines "Konditionalprogramm" eine Vorstellung des Rechts als "gesetzeskonditioniertes Zweckprogramm" (wie im heutigen Strafrecht) oder doch "zweckkontrolliertes Konditionalprogramm" (wie im heutigen Zivilrecht) entgegensetzt.

Wenn die Zeichen der Zeit nicht trügen, steht damit die Rechtsentwicklung insgesamt nach Idealismus, Historismus und Positivismus, im *Übergang zu einem neuen Realismus im Rechtsdenken der Gegenwart*. Mit dem die Realität gegenüber der Idealität wie der Positivität des Rechts einen veränderten Stellenwert gewinnt, wie immer auch die Namen für solchen Rechtsrealismus lauten: Legal Realism, Realistic Jurisprudence, Soziologische Jurisprudenz, oder auch schou interessenjurisprudenz. Diesen Richtungen des Rechtsdenkens der Gegenwart insgesamt ist ein neues Verhältnis nicht nur zur Realität, sondern auch ein anderes Verständnis des Rechts als Antwort auf diese Realität eigen, womit auch einige der als naturrechtlich zu den Akten gelegten Fragestellungen nach der *Richtigkeit des Rechts*, bezogen auf die *Wirklichkeit des Lebens*, wenn auch unter veränderten Prämissen und Methoden wiederaufgenommen und neubedacht werden.

Entwicklung des Strafrechts von der ursprünglichen Triebhandlung über die klassische Vergeltungsstrafe zur modernen Zweckstrafe heisst das Programm für diesen Schritt über den Positivismus hinaus schon bei Franz von Liszt; Übergang vom früheren repressiven Recht über das spätere autonome Recht zu einem responsiven Recht heisst jetzt bei Philip Selznick die Formel für die Umschreibung derselben, Rechtsentwicklung, die in einen grundlegenden Wandel schon der Form des Rechts mündet, als Regelung und Ordnung des Lebens der Menschen in unserer Zeit nicht nur nach *Prinzipien der Gesetzlichkeit*, sondern zugleich nach *Kriterien der Zweckmässigkeit*.

In welchem Verhältnis stehen diese Kennzeichen der *Form des Rechts heute* zu jenem Masstab für den *Inhalt von Recht* den wir als den der Gerechtigkeit zu bezeichnen pflegen? Dieser Frage wollen wir uns im zweiten Teil unserer Ausführungen zuwenden.

II. *Der Inhalt des Rechts als "Maßstab" des Lebens des Menschen in unserer Zeit*

Auch das Rechtsdenken des nachnaturrechtlichen Zeitalters versteht das *Recht* seinem *Inhalt nach* als *Gerechtigkeit* und diese als *vermitteltes Wohl*. Was heisst dies?

1. *Der Inhalt des Rechts als Gerechtigkeit: Das vermittelte Wohl*

Inhalt des Rechts ist das Gerechte, heisst es von alters her seit Platon und Aristoteles. Diese *Gerechtigkeit* als der Inhalt allen Rechts wird ebenso aus dem Grundverhältnis des Menschen zum Menschen bestimmt, im Hinblick auf die Vorteile und Nachteile, die sich aus dem Verhalten des Einen für den Andern, und umgekehrt, im Verhältnis zueinander ergeben. Dabei wird die Gerechtigkeit als das "*Mittlere*" aufgefasst, zwischen dem Zuviel und Zuwenig an Vorteilen und Nachteilen für den Einen wie den Andern. Oder, wie es in Zuspitzung dieses Gedankens auf das Ungerechte heisst: als die Mitte zwischen Unrecht und Unrechtleiden.

Demzufolge geht es nach diesem *Maßstab der Gerechtigkeit* in allem Recht seinem Inhalte nach um die *Gleichheit des Wohls*: der Vorteile wie der Nachteile im Verhältnis und Verhalten von Menschen; sei es in der Weise der austeilenden Gerechtigkeit (der *iustitia distributiva*), die dem Einen wie dem Andern gleiche Vorteile wie Nachteile zumisst; sei es in der Weise der ausgleichenden Gerechtigkeit (der *iustitia commutativa*), die ein entstandenes Ungleichgewicht von Vorteilen oder Nachteilen für den Einen oder Andern ausgleicht und damit aufhebt.

Bestimmt man so, wie dies seit der nikomachischen Ethik des Aristoteles die Rechts- und Sozialphilosophie bis in die Gegenwart hinein tut, den *Maßstab der Gerechtigkeit* aus dem *Gedanken der Gleichheit*, dann erbigt sich daraus folgerichtig jene gedoppelte Forderung der Gerechtigkeit: "Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln", was die Ungleichbehandlung des Gleichen ebenso ausschliesst wie die Ungleichbehandlung des Ungleichen einschliesst. Damit aber hängt das, was aus diesem *Maßstab der Gerechtigkeit* für den *Inhalt des Rechts* folgt, massgebend und entscheidend davon ab, inwieweit die Menschen in ihrem Verhältnis und Verhalten zu andern Ihrgleichen als Gleiche oder Ungleiche aufgefasst und behandelt werden.

Damit wird die *Entwicklung des Rechts*, von der antiken Sklavengesellschaft an, über die mittelalterliche Feudalgesellschaft bis in die Rechts- und Sozialstaaten der Gegenwart hinein, nicht nur zum

“*Fortschritt im Bewusstsein der Freiheit*” (Hegel), sondern zum Kampf um Gleichheit: zu einem schrittweisen, aber doch unaufhalt-samen *Fortschritt im Bewusstsein der Gleichheit*, mit der am Ende in den demokratischen Revolutionen durchgesetzten Einforderung gleicher Menschen— und Bürgerrechte, aber auch der Forderung nach Gleichberechtigung der Geschlechter und so fort.

Schon Aristoteles hat in seiner Politik klar gesehen und gesagt, dass wir weder daraus, dass Menschen in einigen Hinsichten gleich sind, folgern können, sie seien in allen Hinsichten gleich; noch aber umgekehrt daraus, dass sie in einigen Hinsichten ungleich sind, sie seien in allen Hinsichten ungleich.

In welchen Hinsichten aber Menschen sich als gleich, in welchen als ungleich erkennen und anerkennen, aber auch nicht mehr als solche betrachten und behandeln lassen wollen, dies macht, bis hin zum heutigen Kampf um gleichen Lohn für gleiche Arbeit, um den gerechten Lohnanteil am arbeitsteilig erwirtschafteten Gesamtertrag der Unternehmen, um gerechte Vermögensbeteiligung am gemeinsam erarbeiteten Zuwachs der Produktivvermögen, den Gegenstand der Auseinandersetzung um den *Inhalt des Rechts nach dem Masstab der Gerechtigkeit* in den Agrar— wie Industriestaaten der Gegenwart in Ost und West, in Nord wie Süd, bei aller Ungleichzeitigkeit des Fortschritts im Bewusstsein der Freiheit wie der Gleichheit, hier wie dort aus.

Unverkennbar neigt das Recht der Gegenwart dabei immer stärker dem Grundsatz zu, Gleichheit vorauszusetzen und damit Gleichbehandlung zu verlange, wo immer sich Ungleichheit und damit Ungleichbehandlung von Menschen nicht zureichend und überzeugend begründen und rechtfertigen lässt.

So wie im Unterschied zum früheren obrigkeitrechtlichen Rechtsstaat der *freiheitliche Rechtsstaat* von dem Grundsatz bestimmt ist: *Im Zweifel für die Freiheit!*, so gilt darum für den *freiheitlichen Sozialstaat* von heute, im Unterschied zum früheren ständestaatlichen Sozialstaat der Grundsatz: *Im Zweifel für die Gleichheit!*

Im Zweifel für die Gleichheit und nicht gegen die Gleichheit, heisst darum die *Forderung der Gerechtigkeit heute*. Dieser universelle Trend, den wir auch bei unserer Erörterung der Form des Rechts heute feststellen konnten, heisst nun zwar nicht, dass Gerechtigkeit nicht auch ebenso Ungleichheit kenne und Ungleichbehandlung forderte. Entscheidend allerdings ist, wer für diese Ausnahme von der Regel den Begründungszwang und die Beweislast trägt, und die liegt bei der Inhaltsbestimmung des Rechts am Masstab der Gerechtigkeit heute bei dem, der Ungleichbehandlung will.

Diese Einsicht in das Regel– und Ausnahmeverhältnis zwischen Gleichheit und Ungleichheit scheint mir angesichts all der noch unge lösten Fragen um die der jeweils *zureichenden Voraussetzungen für die Anwendung von Inhaltsmaßstäben der Gerechtigkeit* wie Leistung oder Bedürfnis, Verdienst oder Schuld usw. Auch in der politischen Konsequenz von schlechthin ausschlaggebender Bedeutung. Nicht weniger bedeutsam aber erscheint mir, trotz all der fruchtbaren Arbeit, die auf diesem Felde der Rechts– und Sozialphilosophie geleistet worden ist, ich nenne hierfür nur die Namen Chaim Perelman und Ilmar Tammelo, dass hier die Argumente im Diskurs um die Inhaltsbestimmung der Gerechtigkeit schon danach differenziert werden, von welcher Dimension der Person dabei die Rede ist: Ob eine Regelung und Ordnung des Rechts also die Dimension der Individualität, der Sozialität oder der Humanität der Person betrifft.

Geht es um das Recht des *Menschen überhaupt*, dann ist Gerechtigkeit schlechthin *Gleichheit*, wie sie sich dies etwa in den gleichen Menschenrechten ausspricht, welche die *Humanität der Person* garantieren.

Geht es dagegen um die *Individualität der Person*, um *diesen Selbst* höchstpersönlich und unverwechselbar, dann ist Gerechtigkeit schlicht *Ungleichheit*, wie wir dies etwa bei der Billigkeit als “Gerechtigkeit des Einzelfalls” erkennen.

Geht es jedoch um alle jene ökonomischen, sozialen, politischen und kulterellen Positionen und Funktionen, welche die *Sozialität der Person* als ein *bestimmter Jemand* ausmachen, dann bedeutet und fordert Gerechtigkeit *bald Gleichheit, bald Ungleichheit* im Verhältnis und Verhalten zwischen Menschen, je nachdem ob es sich hierbei um Ebenen der Zuordnung oder der Gleichordnung handelt, aufdem Menschen etwa in der öffen Richen Arbeits und Berufswelt zueinander stehen und einander beugen.

Weil so in der Dimension der Sozialität für die Person im Verhältnis und Verhalten zu andern Personen bald Gleichheit, bald Ungleichheit im Vergleich zum jeweiligen Andern besteht und entsteht, muss bei allen Akten der zuteilenden wie der ausgleichenden Gerechtigkeit hier dem jeweils Verantwortlichen die ausdrückliche, wenn nötig öffentliche Begründung und Rechtfertigung für Unleichbehandlung abgefordert werden. Was *allein* schon munche der überkommenen Ungleichheiten und fortdauernden Ungleichbehandlungen unmöglich machte, wenn sie öffentlich, gar weltöffentlich bei ihrem rechten Namen genannt werden müssten.

2. *Der Inhalt des Rechtsheute:* *Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit*

Bisher war bei unserer Erörterung des *Inhaltes des Rechts* nur von der *Gerechtigkeit als Masstab* die Rede. Dies ist kein Zufall.

Dies hat einmahl den uralten Grund, dass von der Rechtsphilosophie der Antike bei Platon an die Formel gilt: Dass das "Gerechte auch das Nützliche" sei (das *dikaion* also auch das *sympheron*), gegen den Protest schon der griechischen Aufklärung der Sophisten, die im Blick auf die Wirklichkeit ihrer Zeit zu Recht dieses "Gerechte als das dem Stärkeren Nützliche" bezeichnen haben. Seither ist die Frage offen, ob Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit des Rechts sich entsprechen oder, gar schon in Grundsatz, widersprechen.

Der neuere Grund dafür, dass diese Sache verworrener ist denn je, liegt in der heute nach Gustav Radbruchs Vorgang beliebten *Herabstufung der Gerechtigkeit zu einem bloss formalen Prinzip* und ihrer gleichzeitigen *inhaltlichen Ausfüllung durch eine Zweckmässigkeit*, nach der bald dann das *Individuum* (Freiheit), bald die *Nation* (Volk), bald die *Kultur* (Werk) zum höchsten Zwecke des Rechts und damit Inhalt der Gerechtigkeit gesetzt werden kann. Es ist hier nicht der Ort für eine ins einzelne gehende Auseinandersetzung mit diesem *Wertrelativismus* wie dem gleichzeitigen *Methodendualismus* der Neukantianer, die Kant als Rechtsphilosophen zu fast völliger Unkenntlichkeit verändert haben.

Ist bei Kant doch von einer in solchem Neukantianismus möglicher Relativierung der Freiheit der Person nach dem Satze: Ich bin nichts, mein Volk ist alles! mit keinem Wort die Rede. Die Rede ist vielmehr in Kants Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht von einer bürgerlichen und *weltbürgerlichen Gesellschaft*: "die die grösste Freiheit. . . ihrer Glieder und doch die genaueste Bestimmung und Sicherung der Grenzen dieser Freiheit hat", in einem gesetzmässigen inneren wie äusseren Staatenverhältnis, dessen Erreichung Kant nichts weniger denn als die "höchste Aufgabe der Natur für die Menschengattung" bezeichnet hat. Sie ist es noch heute.

Mir scheint, dass wir aus den Sackgassen der Rechtsphilosophie, in die wir uns auch in der Frage der Gerechtigkeit verlaufen haben, nur herauskommen, wenn wir klar sehen und erkennen, was doch in manchen Bereichen der heutigen Rechtswissenschaft offen zutage liegt, dass Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit zwei verschiedene Masstäbe der Inhaltsbestimmung des Rechts sind, die sich im Regelfall nicht entsprechen, sondern eher widersprechen, zumindest in Spannung zueinander stehen. Wie uns dies aus der Straffindung unseres modernen

Resozialisierungsstrafrechts vertraut ist, wo jeweils die Gerechtigkeit als Schuldangemessenheit der Strafe mit widerstreitenden Masstäben der Zweckmässigkeit: der Generalprävention wie der Individualprävention zu einem vernünftigen Austrag gebracht werden müssen.

Wertrationale und zweckrationale Begründung und Rechtfertigung des Rechts allein geben uns hier wie auch sonst den Anhalt für eine Bestimmung des Inhaltes von Recht heute, am *Masstab der Gerechtigkeit wie der Zweckmässigkeit*, ohne idealistische Entrückung des Rechts vom Boden der Wirklichkeit einerseits und realistische Verflachung zu einer wertfreien Nützlichkeit anderen seits.

So wie auch *Politik*, schon im Verständnis Kants, eben nicht nur "*Staatsklugheitslehre*" ist: "zu seinen auf Vorteil berechneten Absichten die tauglichsten Mittel zu wählen", sondern immer auch: "*ausübende Rechtslehre*", die der ganz anderen geistigen Anstrengung gilt, jeden Akt der Politik mit Moral und Recht in "Einverständnis zu bringen". Überaus bezeichnend für unseren Zusammenhang erklärt darum Kant im Anhang seiner Schrift *Zum Ewigen Frieden* es für einen "Grundsatz der moralischen Politik: dass sich ein Volk zu einem Staat nach den alleinigen Rechtsbegriffen der Freiheit und Gleichheit vereinigen solle, und dieses Prinzip ist nicht auf Klugheit, sondern auf Pflicht gegründet". Denn: "Das Recht der Menschen muss heilig gehalten werden, der herrschenden *Gewalt* mag es auch noch so grosse Aufopferung kosten".

So zwiespältig und widersprüchlich ist nun einmal die Welt in der wir leben gebaut, dass es grösste Anstrengung für den Menschen bedeutet, gerecht zu handeln, weil dies keinesfalls immer auch bedeutet, dass er von seinem Gesichtspunkt von Vorteil und Machteil her damit zweckmässig handelt. Darin dürfen uns all die frommen Versicherungen, von denen die Rechts- und Sozialphilosophie zweier Jahrtausende voll ist, nicht irreführen: Dass das Gerechte immer auch das Zweckmässige sei!

Aber nicht nur diese Spannung zwischen Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit müssen wir aushalten und austragen. Auch die Gerechtigkeit ist, wie die Zweckmässigkeit, in sich eine Sache des Austrags von Gegensätzen, zwischen dem Zuviel und Zuwenig für den Einen und Andern, wie wir sahen.

Weshalb wir diesen *Inhalt des Rechts*: den Masstab der *Gerechtigkeit* auch als das *vermittelte Wohl* umschrieben haben. Im Unterschied zur *Form des Rechts*: jener Regelung und Ordnung der *Gesetzlichkeit*, die wir als *verbindendes Wollen* bezeichnet haben. Wonach sich das *Recht insgesamt nach Form und Inhalt als des verbindende Wollen und vermittelte Wohl* umschreiben liesse.

Was aber soll das für die *Gerechtigkeit* heissen, auch im Unterschied zur Zweckmässigkeit, sie sei das *vermittelte Wohl*? Das ist die Frage, der wir uns nun abschliessend zuwenden wollen.

Wenn Gerechtigkeit damit zu tun hat, Gleiches gleich und Ungleiches zwar nicht gleich, aber doch angemessen und verhältnismässig (im Vergleich zu damit Vergleichbarem) zu beurteilen und zu behandeln, und wenn dies für alles gilt und gelten muss, was im Verhältnis und Verhalten zwischen Menschen Vorteil oder Nachteil für den Einen oder Andern sein kann, wenn dem Einen davon Zuwenig zukommt oder Zuviel und dem Anderen umgekehrt, dann muss eine nach *Gerechtigkeit geordnete Gesellschaft* durchgängig die Vermittlung zwischen dem Vorteil oder Nachteil des Einen mit dem des Andern nach Grundsätzen der Gleichheit oder doch der Verhältnismässigkeit leisten.

Das aber gilt nicht nur für das Verhältnis des Einen zum Andern, sondern auch im Verhältnis des Einzelnen zu allen Andern: der Allgemeinheit. Soll das Recht auch in diesem *Verhältnis des Einzelnen zur Allgemeinheit* Gerechtigkeit gewährleisten, dann muss es zwei extreme Positionen schlechthin ausschliessen, will es seinem Anspruch der Gerechtigkeit als vermitteltes Wohl genügen. Wir nennen sie den autoritären und den liberalen Irrtum.

Dem *autoritären Irrtum* erliegt, Wer es mit dem Recht des Menschen (des Einzelnen) für vereinbar hält, in einen Widerstreit zwischen dem Wohl des Einzelnen und dem Wohl der Allgemeinheit, das besondere dem allgemeinen Wohl aufzuopfern; etwa nach dem Grundsatz: Recht ist, was dem Volke nützt! Schon Hegel hat das in seiner Rechtsphilosophie, bisher wenig bemerkt, für den auf Freiheit und Gleichheit gegründeten Verfassungsstaat, den wir heute konstitutionelle Demokratie nennen, die Vorstellung entgegengesetzt: "Das Prinzip der modernen Staaten hat diese ungeheure Stärke und Tiefe, das Prinzip der Subjektivität sich zum *selbständigen Extreme* der persönlichen Besonderheit vollenden zu lassen und zugleich es in die *substanzielle Einheit zurückzuführen* und so in ihm selbst diese zu erhalten". Weshalb Hegel vom platonischen Staate der Antike sagen kann, was ebenso im Prinzip für die kollektivistischen Staaten der Moderne gilt: In ihnen findet sich zwar "schon die Allgemeinheit vor, aber die Partikularität war noch nicht losgebunden und freigelassen, und zur Allgemeinheit, d.h. zum allgemeinen Zwecke des Ganzen zurückgeführt". Denn: "Im platonischen Staate gilt die subjektive Freiheit noch nichts, indem die Obrigkeit noch den Individuen die Geschäfte zuweist. . . Die subjektive Freiheit, die berücksichtigt werden muss, fordert aber freie Wahl der Individuen".

Dem *Liberalem Irrtum* erliegt, wer es mit dem Recht des Menschen (aller Andern!) für vereinbar hält, in einem Widerstreit zwischen dem besonderen Wohl des Einzelnen und dem allgemeinen Wohl des Ganzen, das allgemeine dem besonderen Wohl aufzuopfern; etwa nach dem Grundsatz: Recht ist, was dem Einzelnen nützt!

Demgegenüber gehen wir heute wider von einer "prästabilierten Harmonie" aus, dass was dem Wohle des Einzelnen nützt, notwendig auch dem Wohle der Allgemeinheit dient; noch umgekehrt: dass was dem Wohle der Allgemeinheit nützt, stets auch dem Wohle des Einzelnen dient. Über diesem Irrglauben, dass beide Nützlichkeiten, Zweckmässigkeiten, ja Notwendigkeiten von sich aus übereinstimmen und nicht im Gegenteil sich grundsätzlich widersprechen, belehrt uns schon der *präformierte Konflikt* zwischen dem Recht und Wohl der Allgemeinheit und dem Recht und Wohl des Einzelnen, den wir bei Findung der "notwendigen Strafe" schon innerhalb der *Zweckmässigkeit* zwischen den Gesichtspunkten der Individual prävention und der Generalprävention auszutragen und zu vermitteln, haben nicht minder aber auch innerhalb der *Gerechtigkeit* selbst, wie uns dies aus der vorgängigen Bestimmung auch der "gerschten Strafe" als der richtigen Mitte zwischen einem Zuviel oder Zuwenig an Gewichtung der *Tatschuld* des Täters in bezug auf die Andern und an *Tatschuld* des Täters in bezug auf sich Selbst vertraut ist.

Austrag und Ausgleich dieser Gegensätze und Widersprüche in einem Mittleren zwischen dem, was das Recht und Wohl des Einzelnen *und* das Recht und Wohl der Allgemeinheit bedeuten und fordern, ist die schwierige Aufgabe, die wir menschliche Gerechtigkeit nennen.

Dies gilt nicht nur für die Vermittlung des Rechtes und Wohles des Einzelnen mit dem Recht und Wohl der Allgemeinheit, um den unser *moderner Rechtsstaat* sich dreht: die grösste mögliche Freiheit und Sicherheit des Einzelnen mit der grössten und gleichen Freiheit und Sicherheit aller Andern: der Allgemeinheit zusammen zu gewährleisten. Dies gilt ebenso auch für die nicht weniger schwierige Vermittlung jenes ganz anderen Rechtes und Wohles des Einzelnen mit dem Recht und Wohl der Allgemeinheit, um den es in unserm *modernen Sozialstaat* geht: die grösste mögliche Wohlfahrt des Einzelnen mit der grössten und gleichen Wohlfahrt aller Andern: der Allgemeinheit zusammen sicherzustellen.

Schluss: Die Wiederaufnahmen der Frage nach der Gerechtigkeit einer Gesellschaft *im Rechtsdenken heute*

Wir stehen heute vor einer dem Ende des 18. Jahrhunderts vergleichbaren historischen Situation, als die grundsätzliche Frage Rous-

seaus aufbrach und dann nicht nur als Macht, sondern als Recht in die Wirklichkeit einbrach: "Wie findet man eine Gesellschaftsform, die mit der ganzen gemeinsamen Kraft die Person und das Vermögen jedes Gesellschaftsgliedes verteidigt und schützt und kraft dessen jeder einzelne, obgleich er sich mit allen vereint, gleichwohl nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie vorher?" Dadurch, dass er seine Freiheit dem Recht überantwortet und anvertraut: jener *allgemeinen Gesetzlichkeit des verbindenden Wollens und vermittelten Wohls, das wir menschliche Gerechtigkeit nennen*.

Ich meine, auch die Rechts- und Sozialphilosophie steht damit heute, die Schriften von Nozick und Rawls sind mir ein Zeichen dafür, von derselben Frage wie damals, wenn auch zugleich auf einer anderen: neuen Ebene. Nunmehr auch gerichtet darauf: Wie schaffen wir eine Gesellschaftsform, in der sich der Einzelne in einer Gesellschaft der Freien und Gleichen mit Allen vereint und in der er nicht nur "so frei belibt wie vorher", sondern in der er auch sein Streben nach persönlicher Wohlfahrt (pursuit of happiness) mit dem aller Andern so vereinbart, dass der gesellschaftliche Reichtum zur Sache Aller und nicht nur einiger Weniger werden kann.

Wir fragen damit neu und anders nach nichts weniger als den grundsätzlichen Voraussetzungen, unter denen ein politisches System für alle ihm "Zugehörigen", ihm "Unterworfenen" prinzipiell akzeptabel ist, nicht nur als eine Ordnung grösster möglicher Freiheit und Sicherheit eines Jeden, sondern auch grösster möglicher Wohlfahrt und Gerechtigkeit für einen Jeden.

Damit verbindet sich in solchen neuen Fragen nach den Voraussetzungen einer in allen diesen Hinsichten "*wohlgeordneten Gesellschaft*": die alte Frage nach den Voraussetzungen einer Ordnung grösster und gleicher Freiheit und Sicherheit in einer Gesellschaft, wie sie erstmals in der *Rechtsutopie* einer "*weltbürgerlicher Gesellschaft*" bei Kant in der Nachfolge Rousseaus umfassend für das innere wie für das äussere Staatenverhältnis zum Thema gemacht ist, mit der ganz anderen Frage nach den gleichzeitigen Voraussetzungen einer Ordnung grösster und gleicher Wohlfahrt und Gerechtigkeit in der Gesellschaft, wie sie sich ebenso für das innere wie das äussere Staatenverhältnis heute stellt und mit der *Sozialutopie* einer "*klassenlosen Gesellschaft*" bei Marx aus dem Denkansatz Feuerbachs: "Die Politik muss unsere Religion werden!", auch das Rechtsdenken von Grund auf zu bestimmen beginnt. Ob im Versuch des etablierten Sozialismus des Ostens dieses "irdische Jammertal" nicht nur in eine Gesellschaft ohne Klassen, sondern, der Verheissung entsprechend, zuletzt auch in ein "Reich der Freiheit" zu verwandeln; sei es im

Bestreben der revolutionären Demokratien des Westens, den erreichten Rechtsstaat grösster Freiheit und Sicherheit in einer weltbürgerlichen Gesellschaft zu einem ebenso freiheitlichen Sozialstaat grösster Wohlfahrt und Gerechtigkeit in einer klassenlosen Gesellschaft zu vollenden.

Weder die *klassenlose Gesellschaft, die keine freien Weltbürger mehr kennt*, noch eine *weltbürgerliche Gesellschaft, die noch immer Klassen kennt*, bringt uns auf diesen Weg. Ich meine, hier liegt ein weites Feld für das Vordenken des Hier und Dort heute noch Undenkbaren, für einen neuen: anderen “Aufstand des Menschen aus Selbstverschuldeter Unmündigkeit”, der schon für Kant Aufklärung heisst. Einer neuen aufklärung nicht mehr nur unter dem Vorzeichen der *Freiheit und Sicherheit*, unter dem der *Aufstand der Menschen zum “aufrechten Gang”* hervorging, den wir als *Demokratie in der Sphäre des Staates* und als *Rechtsstaat* heute zu den unaufgebbaren Errungenschaften der Epoche der Moderne zählen, sondern nun auch unter dem Zeichen der Wohlfahrt und Gerechtigkeit, auf die Verwirklichung der *Demokratie auch in der Sphäre der Gesellschaft* und damit die *Sozialstaates* im inneren wie im äusseren Staatenverhältnis hinausgeht.

Es ist das Geschäft der Rechts- und Sozialphilosophie in der *Wieder aufnahme dieser grossen europäischen Traditionen des modernen Rechtsdenkens heute* ihren Teil dazu beizutragen, diesen hier sich anbahnenden Veränderungen den friedlichen Weg vernünftiger Einsichten zu eröffnen, bevor es zu spät ist: Den des *Rechts als Masstab für das Leben des Menschen in unserer Zeit*, aber zugleich auch als *Forderung nach einem Leben der grössten unter Menschen möglichen Freiheit und Sicherheit*, aber auch *Wohlfahrt und Gerechtigkeit in einer klassenlosen weltbürgerlichen Gesellschaft*.