

Der Rechtsstaat setzt Massstäbe im Umgang mit der Macht.

Rechtsphilosophische Überlegungen*

Adrian Loretan

Inhaltsverzeichnis

1. Pluralismus
2. Warum gilt Recht (Legitimation)
3. Der Totalitarismus
4. Der Rechtspositivismus
5. Der Rechtsstaat setzt Massstäbe
 - 5.1 Der Massstab Freiheit
 - 5.2 Der Massstab Demokratie
 - 5.3 Der Massstab «Fairness»
 - 5.3.1 Der Blick von unten
 - 5.3.2 Gerechtigkeit als Fairness
6. Literaturverzeichnis

1. Pluralismus

In liberalen Demokratien findet ein ständiger Wettbewerb um die Macht statt. Unterschiedliche Ideologien, Weltanschauungen und Religionen¹ wollen ihre Wahrheitsansprüche zum Inhalt des staatlichen Handelns (Gesetzgebung, Exe-

* Anlässlich einer Tagung für das Kader des Staatspersonals des Kantons Luzern zum Thema «Macht und Staat» habe ich diese Überlegungen ein erstes Mal 2006 in der ehemaligen Zisterzienserkloster St. Urban vorgetragen und zur Diskussion gestellt.

¹ Vgl. KÖNNEMANN/LORETAN, *Religiöse Vielfalt*.

kutive, Justiz) erheben oder doch zumindest teilweise einbringen können (z. B. Fristenlösungsdebatten).

Ein solches System, das keine für jede Bürgerin und jeden Bürger verbindliche Gesellschafts- und Staatsideologie kennt, nennt man pluralistisch. Es findet ein permanenter «Kampf um das Recht»² statt. Dieser Machtkampf polarisiert die Gegner und politisiert alle gesellschaftlich bedeutenden Vorgänge.

Einer der bedeutendsten politischen Philosophen des 20. Jahrhunderts, der Amerikaner John Rawls (†2002) formuliert diesen Zwiespalt so: «Die Philosophie, verstanden als Suche nach der Wahrheit einer unabhängigen metaphysischen und moralischen Ordnung, kann nach meiner Überzeugung in einer demokratischen Gesellschaft keine brauchbare gemeinsame Basis für eine politische Gerechtigkeitskonzeption bereitstellen.»³

Die Frage in einer liberalen Demokratie bleibt aber, «wie wir eine öffentliche Grundlage der politischen Übereinstimmung finden können». Entscheidend ist, dass es gelingt, «die der öffentlichen politischen Kultur eines Verfassungsstaates zugrunde liegende tiefere Übereinstimmung zu einer kohärenten Auffassung zu formen, die mit besonders festen, wohlerrungenen Überzeugungen dieser Kultur zusammenstimmt»⁴.

² Nach VON JHERING, *Kampf*.

³ RAWLS, *Gerechtigkeit* 264. Von den siebziger Jahren bis in die neunziger Jahre hielt John Rawls Vorlesungen über die «Geschichte der Moralphilosophie». Rawls war nicht von Hause aus Philosophiehistoriker, sondern ein Philosoph von ungeheurer theoriebildnerischer Kraft und stupender Informiertheit über sozialwissenschaftliche Forschung. Trotzdem war für ihn das Hineindenken in Fragen und Gedanken, die mit unseren heutigen nicht deckungsgleich sind, von grosser Bedeutung. Das Verstehen des Fremdartigen der Tradition galt ihm als notwendiges Moment im Verstehen des Eigenen. Wie kaum ein zweiter Philosoph des angelsächsischen Raums verortete sich Rawls in den langen Zyklen des Denkens. Kant war – neben Lincoln – der Leitstern seines Forschens, und er verwendete viel Energie darauf, die kantischen Wurzeln der «Theorie der Gerechtigkeit» offenzulegen. Diese besondere Qualität schlägt sich auch in den quantitativen Verhältnissen der «Geschichte der Moralphilosophie» nieder. Knapp 100 Seiten Hume, jeweils ungefähr 50 Seiten Leibniz und Hegel stehen mehr als 200 Seiten Kant gegenüber. Vgl. RAWLS, *Geschichte*; RUDOLPH, *Theophrast*; SCHMIDINGER, *Metaphysik*.

⁴ Vgl. RAWLS, *Gerechtigkeit* 263; diesen Gedanken weiterentwickelt hat HABERMAS, *Religion*.

2. Warum gilt Recht? (Legitimation)

Warum gilt Recht? Die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts ist eine zentrale Frage für den Gesetzgeber, für die Rechtsanwender und für alle dem Recht Unterworfenen.

Gemäss dem Rechtspositivismus beansprucht das positive Recht, unabhängig von seinem Inhalt, absolute Macht. Dem positiven Recht, sei es freiheitlich oder totalitär, soll man absolut gehorchen. Dies ist die gefährlichste Form des Rechtspositivismus, gegen die schon Immanuel Kant (1724–1804) geschrieben hat.

Rechtsanwender ohne einen bewusst gewählten eigenen rechtsphilosophischen Standort sind ein gesellschaftliches und politisches Risiko. Sie üben ihren Beruf als Staatsangestellte oder Beamtinnen ohne Bewusstsein der gesellschaftlichen Tragweite seiner Wirkungen aus, gleichsam im «Blindflug». Das führte, wie die Geschichte lehrt, zu gravierenden Machtmissbräuchen. Deutsche Juristen z. B. schauen auf vier einschneidende Änderungen des politischen Systems in 70 Jahren zurück: 1918/19; 1933; 1945/49; 1989/90.⁵

Wer hier einfach rechtspositivistisch antwortet: Recht ist Recht bzw. Rechtskraft ist Rechtskraft, der treibt den Rechtspositivismus auf die Spitze. Damit wird der Relativismus uneingeschränkt gelobt. Denn die Macht des Gesetzes genügt sich selbst. Inhaltlich könnte auch das Gegenteil gelten, ohne dass dies der Geltung Abbruch täte.

3. Der Totalitarismus

In totalitären Systemen ist der Machtanspruch total, d. h. er erstreckt sich nicht nur auf den öffentlichen Lebensbereich, sondern umfasst auch die Privatsphäre⁶, die Weltanschauung und das Gewissen der Menschen. Der totalitäre Staat will einen neuen Menschen schaffen.

⁵ «Das Werk Carl Schmitts ist der Skandal der deutschen Rechtsgeschichte. Es verbindet die letzten Jahre des Kaiserreiches, die Weimarer Republik, das Dritte Reich und die Bundesrepublik miteinander.» ADAM, *Carl Schmitt* 275.

⁶ Vgl. ARENDT, *Elemente* 574 ff.; vgl. HABERMAS, *Hannah Arendts Begriff*.

Zu diesem Zweck setzt er rücksichtslos alle Machtmittel ein, von der psychischen Zersetzung bis zur physischen Vernichtung politischer Gegner. Das Recht wird zum Mittel der Versklavung des Menschen im Dienst der jeweiligen totalitären Weltanschauung. Die Selbstbindung staatlicher Machtausübung an das Rechtsstaatsprinzip wird verworfen.

Zum Beispiel konnte der nationalsozialistische Gesetzgeber im Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 in Art. 1 sich folgende Vollmacht geben: «Reichsgesetze können ausser in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden.» Immanuel Kant hatte seine Kritik dieses Gesetzes schon in der *Metaphysik der Sitten* vorausgenommen, als er schrieb: «Eine Regierung, die zugleich gesetzgebend wäre, würde despotisch zu nennen sein.»⁷

Nicht einmal die älteste moderne Demokratie, die USA, ist gefeit vor Macht einbrüchen in die Rechtsstaatlichkeit. Das Eingeständnis des US-Präsidenten George W. Bush, dass es geheime Gefängnisse gebe, sei bloss ein Teil der Wahrheit. So lautet die Kritik des Tessiner Ständerates Dick Marty, der in der CIA-Affäre für den Europarat als Sonderermittler tätig war. Dieser Kritik schlossen sich das Europäische Parlament und der Europarat an. Sie forderten US-Präsident Bush auf, die europäischen Standorte der Geheimgefängnisse offenzulegen.

Bereits Augustinus stellte fest, Staaten ohne Gerechtigkeit seien nichts anderes als grosse Räuberbanden. Treffend – so Augustinus – «war darum die Antwort, die einst ein aufgegriffener Seeräuber Alexander dem Grossen gab. Denn als der König den Mann fragte, was ihm einfallt, dass er das Meer unsicher mache, erwiderte er mit freimütigem Trotz: Und was fällt dir ein, dass du das Erdreich unsicher machst? Freilich, weil ich's mit einem kleinen Fahrzeug tue, heisse ich Räuber. Du tust's mit einer grossen Flotte und heisst Imperator.»⁸

4. Der Rechtspositivismus

Wenn das Recht jeden beliebigen Inhalt haben kann und gleichzeitig absolut verbindlich ist, wird der Willkür der Inhaber der politischen Gewalt Tür und Tor geöffnet. Der Rechtspositivismus betrachtet die Herrschaft der Politik als Ausdruck irgendeines politischen Willens. Der grosse Rechtspositivist Hans

⁷ KANT, *Metaphysik* §49, 435.

⁸ AUGUSTINUS, *Gottesstaat* 68.

Kelsen (1881–1973) hat dies veranschaulicht mit der «Pilatus-Parabel», um den Sinn des von ihm geforderten weltanschaulichen Relativismus zu verdeutlichen.⁹

«Die schlichte, in ihrer Naivität lapidare Darstellung gehört zu dem Grossartigsten, was die Weltliteratur hervorgebracht hat; und, ohne es zu beabsichtigen, wächst sie zu einem tragischen Symbol des Relativismus und der Demokratie [...] Und Pilatus fragte ihn [...] ironisch: Also du bist der König der Juden? Und Jesus antwortet [...] ganz erfüllt von der göttlichen Sendung: Du sagst es. Ich bin ein König [...] Jeder, der aus der Wahrheit ist, hört meine Stimme.

Da sagt Pilatus, dieser Mensch einer alten, müde und darum skeptisch gewordenen Kultur: Was ist Wahrheit? – Und weil er nicht weiss, was Wahrheit ist, und weil er – als Römer – gewohnt ist, demokratisch zu denken, appelliert er an das Volk und veranstaltet eine Abstimmung [...] Die Volksabstimmung fällt gegen Jesus aus.»¹⁰

Diese Stelle aus dem Johannes-Evangelium beschäftigte Kelsen ein Leben lang, um an ihr das grundsätzliche Dilemma des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit, von Recht und Macht aufzuzeigen.¹¹

Diese Geschichte wird an der Luzerner Universität umso leichter in Erinnerung bleiben, als der Berg Pilatus über der Stadt Luzern jeden Tag daran erinnert: Der römische Statthalter Pilatus weiss nicht, was richtig ist, und führt deshalb eine demokratische Abstimmung durch. So wurden Jesus und früher schon Sokrates durch Mehrheitsbeschluss zu Unrecht zum Tode verurteilt.

Der Rechtspositivismus meint, rein prozedural ohne Inhaltsdiskussion vorgehen zu können. Davon unterscheidet sich mein inhaltlicher Ansatz, der um seine vorpositiven Gerechtigkeits- bzw. Richtigkeitskriterien weiss. Ein Rechtsstaat, der auf Demokratie und Freiheitsrechten (Grundrechten) aufbaut, hat

⁹ Das Jesus-Verhör durch Pilatus im Johannes-Evangelium diente Kelsen als «Parabel», die das Dilemma der Demokratie zwischen relativen Mehrheitsentscheidungen und absoluten Gerechtigkeitsvorstellungen symbolisieren sollte.

¹⁰ KELSEN, *Wesen* 103 f.

¹¹ In Kelsens Auffassung gehören auch «vernünftig» begründete materielle Anforderungen zu den transzendenten, absoluten Gerechtigkeitsvorstellungen, in deren Konsequenz die autoritäre und nicht selbst bestimmte Zwangsordnung folgt. Denn der Verweis auf die Vernunft kann dazu dienen, über den positiven Gestaltungswillen konkreter Individuen hinweg eine überpersonale Autorität zu installieren, die Kelsen genauso als transzendent bezeichnet wie den Verweis auf einen Gott, selbst dann, wenn die vernunft-naturrechtliche Argumentation sich transzendentallogisch gibt. Kelsen kritisiert alle ethisch argumentierende Politik und die Sehnsucht des Menschen nach transzendenter Rechtfertigung ihres Handelns. Dies lenke von der persönlichen Verantwortung des Menschen ab.

diese zwei vorpositiven Elemente zu begründen. Der rein positivistische Rechtsstaat könnte sich auch ohne Demokratie und ohne Freiheitsrechte entwickeln.

Der demokratische Rechtspositivismus anerkennt das vorpositive Gerechtigkeitskriterium der Demokratie. Der Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie muss aber begründet werden. Das Verhältnis von Demokratie und Freiheitsrechten bedarf ebenfalls einer inhaltlichen Klärung. Für gewisse demokratische Rechtspositivisten löst die Demokratie alle Fragen. Demokratie darf aber nicht mit der Willkür der Mehrheit verwechselt werden. Im demokratischen Rechtsstaat verschränkt sich die Faktizität der staatlichen Rechtsdurchsetzung mit der Legitimität eines Freiheit begründenden Verfahrens der Rechtssetzung.

Relativismus war für Kelsen keine Formel toleranter Gleichgültigkeit, sondern meinte die Forderung, das Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeitsvorstellungen und den Möglichkeiten ihrer positivrechtlichen Umsetzung auszuhalten, die Zumutung von Mehrheitsentscheidungen zu dulden. Auch andere Rechtspositivisten beschäftigen sich unter dem Stichwort Rechtsethik bzw. Rechtsphilosophie mit vorpositiven Richtigkeitskriterien. Sie werden dabei darauf bestehen, dass es sich bei solchen Kriterien nicht um «Recht» handelt, soweit das positive Recht sie nicht inkorporiert hat. So verstanden kann zwischen dem demokratischen Rechtspositivismus und der modernen Rechtsphilosophie, die mit Kant vorpositive Richtigkeitskriterien nennt (Freiheit, Demokratie), weiter ein anspruchsvoller Dialog geführt werden.¹²

5. Der Rechtsstaat setzt Massstäbe

Die Spielregeln, an die sich die Bürgerinnen und Bürger zu halten haben, werden von diesen selbst aufgestellt. Ein demokratisches Verfahren bewirkt deshalb die grösste Legitimation des Rechtsstaates.

Ein Abbau von Freiheitsrechten bzw. Grundrechten trifft alle Bürgerinnen und Bürger sehr direkt. Geht man mit der abendländischen Tradition davon aus, dass alle Menschen gleich sind, so muss jedes Abweichen von der Gleichheit begründet werden.

Um das differenzierte System eines demokratischen Rechtsstaates verstehen und einüben zu können, braucht es ein Minimum an staatsbürgerlicher Erzie-

¹² Ein solcher Dialog zwischen einer rechtspositiven Position (Bundesrichter Hansjörg Seiler) und einer rechtsphilosophischen Position (der Schreibende) findet sich in RICHLI, *Gerechtigkeit*.

hung an den öffentlichen Schulen. Nur so können sich Bürgerinnen und Bürger als Autoren der Gesetze entdecken und Lust bekommen mitzureden, mitzuentcheiden und Normen aufzustellen, die alle binden. Zuvor gilt es, in öffentlichen Schulen, Kinderparlamenten und Parlamenten von Jugendlichen und Senioren zu fragen: Wie sollte ein demokratischer Rechtsstaat aussehen? Die im staatlichen Recht der Schweiz umschriebenen Kirchgemeinden bzw. Religionsgemeinden bieten ebenfalls einen Einführungskurs in die direkte Demokratie der Schweiz für alle neu Hinzugekommenen.

Die Rechtswissenschaft wird sich mit rechtsphilosophischen Denkmodellen auseinandersetzen, denn die Demokratie lässt Fragen entstehen. Eine blinde Rechtswissenschaft, die rechtspositivistisch die inhaltlichen Fragen ausklammert, verkommt zum juristischen Handwerk, für das Gerechtigkeit ein Wort ohne Bedeutung ist. «Wo bleibt die Gerechtigkeit?» Mit dieser Frage beginnt die Philosophie Platons gegenüber dem ungerechten Rechtsstaat, der Sokrates zum Tode verurteilt hat; die christliche Theologie beginnt ebenfalls mit dem Tod eines Unschuldigen, der vom Rechtsstaat Römisches Reich verurteilt wurde.

Damit solche Ungerechtigkeiten nicht durch das Recht legitimiert werden, setzt der Rechtsstaat Massstäbe im Umgang mit der Macht. Das Wesen des Rechts soll nach Immanuel Kant nicht aus der Erfahrung, sondern a priori aus den Ideen der Vernunft entnommen werden. «Eine bloss empirische Rechtslehre ist [...] ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! Dass er kein Gehirn hat.»¹³ Eine empirische Rechtslehre ist leer; «sie drückt also das *Nichts* aus, sie kann irgendeinen Inhalt haben, sie enthält nur die Politik. Dieser Satz Kants enthält die schönste und beste Widerlegung»¹⁴ eines blinden Rechtspositivismus.

5.1 Der Massstab Freiheit

Den Begriff des Rechts deutet Immanuel Kant¹⁵ als das praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere. Dies findet seinen Niederschlag in der be-

¹³ KANT, *Metaphysik* §B 336.

¹⁴ CATTANEO, *Totalitarismus* 16.

¹⁵ Kant hat schon in der «Kritik der reinen Vernunft» die Notwendigkeit der Idee einer Verfassung «von der grössten Menschlichen Freiheit nach Gesetzen» unterstrichen. Also schon in seinem wichtigsten allgemeinphilosophischen Werk erscheint das Recht als Idee, nach dem man streben soll. In einer unveröffentlichten Reflexion Kants findet sich die folgende Stelle: «Was ist Metaphysik? Philosophie des Übersinnlichen, desjenigen, was in keiner Erfahrung gegeben

rühmten Rechtsdefinition Kants: «Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.»¹⁶ Die generelle Abgrenzung von Freiheitssphären steht also im Vordergrund.

Will man Freiheit in Gemeinschaft widerspruchsfrei denken, so muss man die Möglichkeit der Macht durch eine Instanz¹⁷ mitdenken, die einerseits das Gewaltmonopol besitzt, die sich aber andererseits an der Verallgemeinerbarkeit (allgemeines Gesetz) der Prinzipien orientiert, nach denen sie handelt. Die Machtbefugnis des Staates ist also für Kant die Voraussetzung für die rechtliche Freiheit der Individuen. Mit dem Verallgemeinerbarprinzip müssen die Staatsbeamten und Staatsangestellten ein hohes sozialetisch-institutionelles Bewusstsein entwickeln, denn der Staat ist weder eine Räuberbande (Augustinus) noch ein Selbstbedienungsladen für eigene Interessen.

5.1.1 Konsequenzen der Freiheit

Die Befreiung und Mündigkeitserklärung des selbständigen¹⁸ Menschen, der befähigt ist, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen, bezeichnet Kant 1784 als Ziel der neuen Bewegung *Aufklärung*. Sie hat die moderne Entwicklung erst ermöglicht. Nicht nur die Abschaffung der Hexen- und Ketzerprozesse, der Inquisition, der Folter im Gerichtswesen und der religiösen Diskriminierung Andersgläubiger im öffentlichen Leben sind Errungenschaften dieser Zeit, sondern auch die Erkämpfung der allgemeinen Menschenrechte, die erstmals in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776 und in der

werden kann. Dahin gehört auch das Recht.» (CATTANEO, *Totalitarismus* 16). Hier wird der metaphysische Ursprung der Rechtsidee bei Kant deutlich, wie auch in der berühmten Definition des Rechts in der *Metaphysik der Sitten*.

¹⁶ KANT, *Metaphysik* §B 337.

¹⁷ Vgl. z. B. den Schiedsrichter beim Fussballspiel.

¹⁸ Kant hat dazu inspiriert, den Gesichtspunkt, unter dem Fragen der Gerechtigkeit unparteiisch beurteilt werden können, anhand des Rousseau'schen Modells der Selbstgesetzgebung zu erläutern: Demnach muss ein jedes vernünftiges Wesen so handeln, als ob es durch seine Maximen jederzeit ein gesetzgebendes Glied im allgemeinen Reich der Zwecke wäre. Von einem Reich der Zwecke spricht Kant, weil jedes seiner Glieder sich selbst und alle anderen niemals bloss als Mittel, sondern jederzeit zugleich als «Zweck an sich selbst» betrachtet. Als gesetzgebend ist niemand einem fremden Willen untertan, aber zugleich ist jeder den Gesetzen, die er sich selbst gibt, wie alle anderen unterworfen; vgl. KANT, *Grundlegung* 72.

berühmten Deklaration der französischen Nationalversammlung von 1789 staatsrechtlich verankert wurden. Die freie Entfaltung der Wissenschaften und der gesamten Kultur hat ihre Grundlagen in der Aufklärung.

5.2 Der Massstab Demokratie

In der Geschichte der politischen Philosophie¹⁹ treten die beiden Legitimationsquellen des demokratischen Rechtsstaates in Konkurrenz zueinander: Liberalismus und Republikanismus streiten sich darüber, welche Freiheitsrechte den Vorrang haben. Kommen zuerst die subjektiven Freiheitsrechte der Privatbürger der modernen Wirtschaftsgesellschaft oder die politischen Teilnahmerechte der Staatsbürger? Oder anders ausgedrückt:

Sind Gesetze nur dann legitim, wenn sie mit den Grundrechten übereinstimmen?

Oder sind Gesetze nur dann legitim, wenn sie aus demokratischer Willensbildung hervorgehen?

Oder betrachten wir die beiden Prinzipien als gleich ursprünglich?²⁰

Demokratie darf nicht mit Machtwillkür der Mehrheit verwechselt werden.²¹

Im Bereich des Rechts verschränkt sich die Faktizität der staatlichen Rechts-

¹⁹ 1) «Das liberale Rechtsparadigma rechnet mit einer privatrechtlich – vor allem über Eigentumsrecht und Vertragsfreiheit – institutionalisierten Wirtschaftsgesellschaft, die dem spontanen Wirken von Marktmechanismen überlassen bleibt. Diese Privatrechtsgesellschaft ist auf die Autonomie von Rechtssubjekten zugeschnitten, die in ihrer Rolle als Marktteilnehmer die eigenen Lebenspläne mehr oder weniger rational verfolgen.» HABERMAS, *Zusammenhang* 302.

2) Dagegen hat sich ein Sozialstaatsmodell entwickelt. Es geht davon aus: Wenn die Freiheit des Habens soziale Gerechtigkeit garantieren soll, dann muss eine Gleichheit des rechtlichen Könnens bestehen. Mit der wachsenden ökonomischen Ungleichheit sind aber die Voraussetzungen der chancengleichen Nutzung gleich verteilter Rechtskompetenzen immer unwahrscheinlicher.

²⁰ Welche Rechte müssen wir uns also, wenn wir unser Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen, gegenseitig zuerkennen? «Um nachzuweisen, dass Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nicht in einer paradoxen Beziehung stehen, müssen wir erklären, in welchem Sinne die Grundrechte *insgesamt*, und keineswegs nur die politischen Bürgerrechte, für den Prozess der Selbstgesetzgebung konstitutiv sind.» HABERMAS, *Rechtsstaat* 146.

²¹ Die Herrschaft der Gesetze im Rechtsstaat ist der politischen Selbstgesetzgebung so eingeschrieben «wie der moralischen Selbstgesetzgebung der Kategorische Imperativ, wonach nur verallgemeinerbare, d. h. allgemein zustimmungsfähige Maximen vernünftig – im Sinne der gleichen Achtung für jeden – legitim sind. Aber während das moralisch handelnde Individuum

durchsetzung mit der Legitimität eines Freiheit begründenden Verfahrens der Rechtssetzung.²² Die gegenseitige Abhängigkeit von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie wird in diesem Ergänzungsverhältnis deutlich. Beide zehren von Ressourcen, die sie füreinander darstellen.

5.3 Der Masstab «Fairness»

5.3.1 Der Blick von unten

«Die philosophische und theologische Tradition hat Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit vorwiegend aus der Sicht der Täter betrachtet. Sie sah in der Gerechtigkeit diejenige Tugend, die jedem das Seine gewährt, und fand Ungerechtigkeit dort, wo es an dieser Tugend fehlt.»²³ Die Perspektive auf die Begriffe Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit verschiebt sich grundlegend, wenn diese Begriffe nicht aus der Sicht der Täter, sondern aus derjenigen der Opfer betrachtet werden. Dann wird Ungerechtigkeit nicht als Abwesenheit einer Tugend verstanden, sondern als Verweigerung von Anerkennung. Vor allem dort wird Anerkennung vorenthalten und Macht missbraucht,

- wo die Achtung vor der menschlichen Würde irgend einer Person versagt wird,
- wo das Recht auf körperliche Unversehrtheit missachtet wird oder
- wo Menschen der Zugang zu Freiheit, Gleichheit und gesellschaftlicher Teilnahme verweigert wird.²⁴
- Die Menschenrechte – in ihrer individuellen und sozialen Ausprägung – sind besonders wichtige Indikatoren für solchen Machtmissbrauch.

Ungerechtigkeit und damit auch der Machtmissbrauch ist also eine geschichtlich geprägte Kategorie,²⁵ wie folgende Beispiele illustrieren:

- Farbige nahmen ihre Rechtlosigkeit zu bestimmten Zeiten als unabänderliches Unglück hin. Heute reichen die Farbigen Sammelklagen ein, die

seinen Willen an die Idee der Gerechtigkeit bindet, bedeutet die vernünftige Selbstbindung des politischen Souveräns eine Bindung an legitimes Recht.» HABERMAS, *Rechtsstaat* 149.

²² HABERMAS, *Zusammenhang* 294.

²³ HUBER, *Gerechtigkeit* 184.

²⁴ Vgl. ebd.

²⁵ Vgl. MOORE, *Ungerechtigkeit*.

diesen kollektiven Machtmissbrauch vor amerikanischen Gerichten zur Sprache bringen wollen.

- Frauen verstanden ihre gesellschaftliche Unterordnung als gottgewollt. Sie erkannten, dass die ihnen aufgenötigte rechtliche Ungleichheit den Charakter willkürlichen Machtmissbrauchs trug, den sie nicht länger hinzunehmen bereit waren. Denn gesellschaftliche Ungleichheit ist nur dann mit der gleichen Würde aller Menschen vereinbar, wenn sie aus Freiheit anerkannt und hingenommen wird.

Rassismus und Sexismus sind zwei Grundformen von Machtmissbrauch. In beiden Fällen wird strukturelle gesellschaftliche Ungerechtigkeit aus der Gruppenzugehörigkeit als solcher hergeleitet. Dies ist mit dem Gedanken einer allen Menschen gleichen Würde schlechterdings nicht vereinbar.

Deshalb ist es bedrückend, «dass die Kirchen im Kampf gegen die Diskriminierung von Frauen keineswegs eine Vorreiterrolle übernahmen, sondern in manchen Teilen der Welt eher unter den Nachzüglern zu finden sind»²⁶.

5.3.2 Gerechtigkeit als Fairness

Die «Theorie der Gerechtigkeit» von John Rawls²⁷ sucht Kriterien der Gerechtigkeit aus dem Prinzip der «Fairness» zu entwickeln. Er verwendet dazu eine einfache²⁸ Frage, die in jeder verfassungsgebenden Versammlung gestellt werden sollte: «Auf welche Bedingungen würden Menschen sich verständigen, wenn sie sich – ohne alle weiteren Voraussetzungen – zu einem gesellschaftlichen Verband zusammenschliessen?»

Bei diesem Gedankenexperiment geht Rawls davon aus, dass die Beteiligten sich von dieser Regelung keinen individuellen Vorteil versprechen können. Sie entscheiden nämlich ohne Kenntnis ihrer individuellen Begabungen und Fähigkeiten, ihrer jeweiligen gesellschaftlichen Stellung und ihrer besonderen Interes-

²⁶ Vgl. HUBER, *Gerechtigkeit* 186.

²⁷ Wichtige Arbeiten John Rawls' wurden ins Deutsche übersetzt: *Politischer Liberalismus* (1998); *Idee* (1994); *Völkerrecht* (1996). Aus der umfangreichen amerikanischen Diskussion nenne ich hier nur die zusammenfassende und weiterführende Arbeit von BEDFORD-STROHM, *Vorrang*, v. a. 204–292.

²⁸ Heuristisches Prinzip: Arbeitshypothese als Hilfsmittel der Forschung; vorläufige Annahme zum Zweck des besseren Verständnisses eines Sachverhalts. – Heuristik: Wissenschaft von den Verfahren, Probleme zu lösen; methodische Anleitung zur Gewinnung neuer Erkenntnisse.

sen. All dies ist hinter einem «Schleier der Unkenntnis» (*veil of ignorance*) verborgen.

Unter dieser Voraussetzung sieht sich jede Person genötigt, nach Regelungen Ausschau zu halten, die nicht nur in ihrem eigenen Interesse, sondern zugleich im Interesse aller liegen. Um des eigenen Vorteils willen sieht sich jede Person veranlasst, den Vorteil aller anderen gleich wichtig zu nehmen.

Prinzipien der Gerechtigkeit werden formuliert, die dem Kriterium der Verallgemeinerbarkeit genügen. Rawls knüpft damit an Immanuel Kant²⁹ an. Er wählt ebenfalls eine Konzeption, die sich am Grundsatz der Verallgemeinerbarkeit orientiert. Dabei sind aber die Auswirkungen auf die schwächsten Glieder der Gesellschaft ausdrücklich in den Blick zu nehmen.

Unter den Bedingungen der Gleichheit aller Beteiligten (die Situation der Personen im Rechtsstaat) würden freie und vernünftige Menschen nach Rawls zwei Grundsätze der Gerechtigkeit zur Grundlage des gesellschaftlichen Lebens machen. Diese lauten (verkürzt):

- Jede Person hat gleiches Recht auf das umfangreiche Gesamtsystem gleicher Grundfreiheiten, das für alle möglich ist.
- Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten müssen so beschaffen sein, dass sie dem am wenigsten Begünstigten den grösstmöglichen Vorteil bringen und mit Positionen verbunden sind, die jedem offenstehen.³⁰

Geht man nun von der in der abendländischen Tradition verbreiteten Intuition aus, dass Menschen (als Ebenbilder Gottes gemäss Gen 1,27, als moralische Personen oder Ähnliches³¹) gleich sind, so muss eben jedes Abweichen von der Gleichheit begründet werden. Rawls hält nun ein solches Abweichen im Bereich der Freiheit für überhaupt nicht begründbar: Freiheit muss gleich verteilt sein – selbst dann, wenn eine ungleiche Verteilung von weit grösserem Gesamtnutzen wäre. Darin liegt eine scharfe Abgrenzung zum *Utilitarismus*³², dessen Anhänger Rawls in früheren Jahren selbst war.

²⁹ Dies wiederum verbindet ihn mit den rechtsphilosophischen Arbeiten von Jürgen Habermas.

³⁰ RAWLS, *Theory* 53 f.; dt. Übersetzung: *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 2000, 81.

³¹ Vgl. SCHMID, *Philosophen* 51.

³² Den Utilitarismus sieht Georg Kramer-McInnis ebenfalls als gescheitert an. Er reduziere den Menschen auf eine Maschine und sei daher mit jeglichem liberalem Denken unvereinbar. Er betrachtet den Utilitarismus sogar als Vorläufer der totalitären Regime des 20. Jahrhunderts. Der Spätaufklärer Bentham trat unter anderem für das Frauenstimmrecht, die Abschaffung der Todesstrafe und die Legalisierung der Homosexualität ein. Vgl. KRAMER-MCINNIS, *«Gesetzgeber der Welt»*.

Auch bei sozialen und wirtschaftlichen Ungleichheiten gilt für Rawls die Vermutung, dass sie zu vermeiden sind – ausser dann, wenn es im Falle ihrer Existenz auch dem am schlechtesten Gestellten noch besser geht als in einer Situation völliger Gleichheit. Die Nähe dieser Gerechtigkeitstheorie zu biblischen Impulsen der Gerechtigkeitstradition hat Wolfgang Huber aufgezeigt.³³

Das Verallgemeinerungsprinzip von Kant und Rawls möchte ich zum Schluss vereinfachend in Erinnerung rufen mit den Worten der Goldenen Regel, die in verschiedenen Religionen vorkommt. Ich zitiere sie hier in der Fassung der Predigt eines jüdischen Rabbi aus Nazaret: «Alles, was ihr also von anderen erwartet, das tut auch ihnen!» (Mt 7,12). Damit ist die Grundlage des Verallgemeinerungsprinzips von Kant und Rawls und der Menschenrechte gegeben! Mit meinen rechtsphilosophischen Überlegungen versuchte ich, rechtsstaatliche Massstäbe im Umgang mit der Macht in Erinnerung zu rufen.

6. Literaturverzeichnis

ADAM ARMIN, *Carl Schmitt (1888–1985)*, in: MAYER-TASCH PETER CORNELIUS /BERND MAYERHOFER (Hg.), *Porträtgalerie der Politischen Denker*, Bern/Göttingen 2004, 275–279.

ARENDT HANNAH, *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*, Frankfurt a. M. 1962.

AUGUSTINUS AURELIUS, *Vom Gottesstaat*, Buch 4, Kap. 4, in: HOERSTER NORBERT (Hg.), *Klassische Texte der Staatsphilosophie*, München 112001, 67–76.

BEDFORD-STROHM HEINRICH, *Vorrang für die Armen. Auf dem Weg zu einer theologischen Theorie der Gerechtigkeit*, Gütersloh 1993.

CATTANEO MARIO A., *Totalitarismus und Politik – Rechtsstaat und Menschenwürde*, in: Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt a. M., Bd. 40 Nr. 1, Frankfurt a. M. 2002.

³³ Vgl. HUBER, *Gerechtigkeit* 184–198. GROTEFELD, *Überzeugungen*.

GROTEFELD STEFAN, *Religiöse Überzeugungen und politische Deliberation*. Der politische Liberalismus als Herausforderung für die theologische Ethik, in: *Bulletin ET 14* (2003), 58–69.

HABERMAS JÜRGEN, Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?, in: DERS., *Zeit der Übergänge*. Kleine Politische Schriften IX, Frankfurt a. M. 2001, 132–151.

HABERMAS JÜRGEN, *Hannah Arendts Begriff der Macht (1976)*, in: *Politik, Kunst, Religion. Essays über zeitgenössische Philosophen*, Stuttgart 1978, 1997.

HABERMAS, JÜRGEN, *Religion in der Öffentlichkeit*. Kognitive Voraussetzungen für den «öffentlichen Vernunftgebrauch» religiöser und säkularer Bürger, in: DERS., *Zwischen Naturalismus und Religion*. Philosophische Aufsätze, Frankfurt a. M. 2005, 119–154.

HABERMAS JÜRGEN, *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, in: DERS., *Die Einbeziehung des Anderen*. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt a. M. 1999, 293–305.

HUBER WOLFGANG, *Gerechtigkeit und Recht*. Grundlinien christlicher Rechts-ethik, Gütersloh 1996.

JHERING RUDOLF VON, *Der Kampf um das Recht*, Wien ²²1929.

KANT IMMANUEL, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe (Hg.: Heinrich Weischedel) Bd. IV, Darmstadt ⁷1998.

KANT IMMANUEL, *Metaphysik der Sitten*. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, § B, Werkausgabe (Hg.: Heinrich Weischedel), Darmstadt ⁷1998.

KANT IMMANUEL, *Metaphysik der Sitten*. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, II. Teil, I. Abschnitt, § 49, Werkausgabe (Hg.: Heinrich Weischedel), Darmstadt ⁷1998.

KELSEN HANS, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen ²1929.

KÖNNEMANN JUDITH/LORETAN ADRIAN (Hg.), *Religiöse Vielfalt und der Religionsfrieden*. Herausforderungen für die Kirchen, Zürich 2009.

KRAMER-MCINNIS GEORG, *Der «Gesetzgeber der Welt»*. Jeremy Benthams Grundlegung des klassischen Utilitarismus unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechts- und Staatslehre, Zürich 2009.

MOORE BARRINGTON, *Ungerechtigkeit*. Die sozialen Ursachen von Unterordnung und Widerstand, Frankfurt a. M. 1982; engl. Original: *Injustice*. The Social Basis of Obedience and Revolt, New York 1978.

RAWLS JOHN, *A Theory of Justice*, 1972, Oxford 1999; dt.: Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 2000.

RAWLS JOHN, *Die Idee des politischen Liberalismus*. Aufsätze 1978–1989, Frankfurt a. M. 1994.

RAWLS JOHN, *Das Völkerrecht*, in: SHUTE STEPHEN/HURLEY SUSAN (Hg.), *Die Idee der Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1996, 53–103.

RAWLS JOHN, *Gerechtigkeit als Fairness, politisch und nicht metaphysisch*, in: DERS., *Die Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt a. M. 1994, 255–292.

RAWLS JOHN, *Geschichte der Moralphilosophie*. Hume, Leibniz, Kant, Hegel, Hg.: Barbara Herman, Frankfurt a. M. 2002.

RAWLS JOHN, *Politischer Liberalismus*, Frankfurt a. M. 1998.

RICHLI PAUL (Hg.), *Wo bleibt die Gerechtigkeit?* Antworten aus Theologie, Philosophie und Rechtswissenschaft, Zürich 2005.

RUDOLPH ENNO, *Theophrast*. Destruktion der Metaphysik, in: GRAESER ANDREAS/ERLER MICHAEL (Hg.), *Philosophen des Altertums*, Darmstadt 2000.

SCHMID HANS BERNHARD, *Philosophen durchleuchten den Menschen auf seine Würde*, in: NZZ vom 29. August 2002, Nr. 199.

SCHMIDINGER HEINRICH, *Metaphysik. Ein Grundkurs*, Stuttgart 2000