

Recht und Gerechtigkeit

Einleitende Bemerkungen anlässlich einer Gesprächsrunde im Café Philo in Solothurn am 27.10.19

1. Einleitung

In einer Sammlung von germanischen Rechtsregeln findet sich der Spruch:

«*Recht ist, was recht ist*». Damit ist unser Thema umrissen: Recht soll vor allem diejenigen Vorschriften enthalten, die der Gerechtigkeit entsprechen.

Ich beginne mit einigen Beispielen:

Bis 1971 war den Frauen das Stimm- und Wahlrecht auf Bundesebene verwehrt. War das damals gerecht? Ist heute das integrale Erwachsenenstimmrecht gerechter? Ist es gerecht, dass ein Drittel unserer Wohnbevölkerung zwar unserem Recht unterworfen ist und Steuern bezahlen muss, aber über kein Stimmrecht verfügt?

Oder: Ehepaare werden steuerlich und in der Sozialversicherung schlechter behandelt als Konkubinatspaare: ist das eine Frage der Gerechtigkeit?

Oder: Gewisse Muslima tragen eine Burka oder einen Nihab. Nach einer verbreiteten Meinung soll das strafrechtlich geahndet werden, ist das gerecht?

Reiche zahlen gemäss Steuerprogression mehr Steuern als weniger Begüterte: ist das gerecht?

2. Zum Begriff des Rechts

Unter *Recht* verstehen wir die Gesamtheit der Normen und Entscheidungen, die vom Staat, d.h. von Organen, die zur Setzung des Rechts befugt sind, erlassen wurden. Ich beschränke mich hier auf das sog. positive Recht, wie es von staatlichen Organen gesetzt wird, primär vom Parlament (und in der Schweiz u.U. auch unter Mitwirkung des Volkes), aber auch von der Regierung, der Verwaltung und von Gerichten. Das Parlament erlässt vor allem Verfassungsbestimmungen und Gesetze, die Exekutive Verordnungen und Verfügungen, das Gericht Urteile im Fall von Streitigkeiten. Zum Recht gehören auch Verträge und internationales Recht.

Das objektive Recht wird von *Staat durchgesetzt*, idR durch die Verwaltung. Subjektive Rechte können vor *Gericht* durch Klage oder Beschwerde durchgesetzt werden. Objektives Recht und subjektives Recht gelten als „zwei verschiedene Seiten derselben Medaille“.

3. Rechtsnormen und Moralnormen

Es gibt nicht nur Rechtsnormen, sondern auch andere Normen. Zum besseren Verständnis sei zuerst auf die Unterscheidung von Sollensnormen und Seinsnormen hingewiesen. Sollensnormen verlangen ein bestimmtes Verhalten, während Seinsnormen vor allem Zustände und Verhaltensgepflogenheiten beschreiben, wie sie etwa bei Gesetzmässigkeiten in den Naturwissenschaften vorkommen. Oder bei der Normung von technischen Geräten. Rechtsnormen sind hingegen Sollensnormen, sie wollen etwas bewirken. Sie sind normativ.

Normen, die Verhaltensregelmässigkeiten zwischen Menschen wiedergeben, also zum Ausdruck bringen, «was man macht und normal ist», nennt man *soziale Normen*. Sie stellen eigentlich Seinsnormen dar und können empirisch ermittelt werden. Beispiele: Grusspflichten, Dankespflichten. Sie können das Verhalten aber indirekt auch steuern, weil sonst gesellschaftliche Sanktionen drohen (Ausgrenzung) und mutieren deshalb teilweise auch zu Sollensnormen.

Geht es bei sozialen Normen um Grundsätze des sozialen Zusammenlebens, die von der Gesellschaft als besonders wichtig und allgemeingültig eingestuft werden, die einen hohen sittlichen Wert verkörpern, so handelt es sich um *Moralnormen*. Moral umfasst faktische Handlungsmuster, -konventionen, -regeln oder -prinzipien von Individuen, Gruppen oder Kulturen. Sie stellen sittlich-ethische Normen dar, Grundsätze, Werte, die das zwischenmenschliche Verhalten einer Gesellschaft regulieren. Diese akzeptiert diese Normen als verbindlich (öffentliche Moral). Der Verstoss gegen Moralvorstellungen wird als Unmoral bezeichnet. Werden Moralvorstellungen bewusst missachtet oder zurückgewiesen, spricht man von Amoral.

Wie stehen diese Moralnormen zu den Rechtsnormen? Moralnormen sind den Rechtsnormen ähnlich. Beide fordern uns auf, etwas zu tun, zu unterlassen oder sich entsprechend zu verhalten. Auch die Moral enthält also normative Regeln, Sollensvorschriften. Doch Rechtsnormen sind demokratisch gesetzt, verbindlich, der Staat sorgt für ihre *Durchsetzung*. Moralische Gebote und Verbote führen nur zu einer gesellschaftliche Reaktion, eventuell bis hin zu einer Ächtung. Rechtsnormen können *jederzeit geändert* werden, moralische haben langfristig bestand. Recht bezieht sich vornehmlich auf das *äussere Verhalten* des Menschen, während die Moral die Gesinnung des Menschen anspricht.

Moralisches Verhalten kann durch staatliche Organe nur erzwungen werden, soweit es vom Recht aufgenommen und durch das Recht gefordert wird. Man könnte von einer *rechtlich verbindlichen Moralnorm* sprechen (zB. Tötungsverbot). Das ist auch oft der Fall. Moral verweist uns auf die Gerechtigkeit, worauf sogleich zurückzukommen ist.

Je nach Gesellschaftsordnung und politischer Auffassung überschneiden sich Recht, Moral und Sitte unterschiedlich stark. So ist beispielsweise ein ehebrecherisches Verhalten in der Schweiz zwar offiziell verpönt, nicht aber verboten, wohl aber in anderen Ländern und Kulturen. Es gibt allerdings auch moralisch neutrale Rechtssätze, zum Beispiel das Links- oder Rechtsfahrgebot im Straßenverkehr. Recht und Moral decken sich also häufig, jedoch nicht immer.

Eine *Sitte* wie eine Kleiderordnung kann rechtlich verbindlich sein, muss es aber nicht. So sind Richter und Rechtsanwälte in gewissen Ländern gesetzlich verpflichtet, eine Robe zu tragen. Eine anständige Kleidung bei einem Opernbesuch ist keine Rechtspflicht, entspricht (oder entsprach?) aber gängigen Anstandsvorstellungen. Zur Zeit wird in der Schweiz über Kleiderfragen im Zusammenhang mit Angehörigen des Islams gestritten, also ob das Kopftuch in Schulen erlaubt ist oder ob das Tragen einer Burka oder eines Nihabs verboten werden soll.

4. Funktionen des Rechts

Warum setzen wir Recht, verlassen uns auf Recht? Was erwarten wir von ihm? Könnten wir auf Recht verzichten? Recht erfüllt in der modernen Sozialordnung mehrere *Funktionen*, alternativ oder kumulativ:

Erstens soll das Recht *Erwartungssicherheit, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz* leisten. Was in der Verfassung steht, gilt. Ich muss mich auf das Vereinbarte, das Beschlossene abstützen und darauf vertrauen können, das es gilt, und dass nicht jeder darauf zurückkommen kann.

Das Recht stellt zweitens die Verfahren zur Verfügung, um Bestrittenes abzuklären und definitiv einer Lösung zuzuführen. Es garantiert die *Durchsetzung des Rechts*.

Das Recht soll das drittens Gemeinwesen *verfassen* und die Grundlagen der Demokratie bestimmen (Verfassung, Gesetzgebung, Organisationen und Abläufe festlegen, es dient der *Integration* des Gemeinwesen und weist eine *Legitimationsfunktion* auf.

Recht wird viertens zunehmend für die Gestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse eingesetzt (*Gestaltungsfunktion*). In der modernen Zeit dient es immer mehr auch der Verwirklichung politischer Ziele, also zB zur Herstellung von mehr Gerechtigkeit.

Schliesslich, aber grundlegend, schützt das Recht, vor allem das Verfassungsrecht mit den Menschenrechten, die Menschen in ihrer Lebensgestaltung, ihren Freiheitsbedürfnissen vor der Ausübung staatlicher Macht (*Schutzfunktion*).

5. Zusammenfassend

Recht ist in entwickelten Sozialsystemen ein Instrument der Ordnung, der Gestaltung, der Steuerung, der Stabilisierung und damit der Fundierung der Demokratie. Es enthält viele Moralnormen, aber nicht alle. Es gibt Moralnormen, die sich nicht rechtlich verdichtet haben. Auch das Umgekehrte gilt: Nicht alles Recht ist moralisch aufgeladen. Es richtet sich zB an Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit oder der Überlieferung aus (zB. Rechts- oder Linksverkehr).

6. Zum Begriff der Gerechtigkeit:

Zurückkommend auf die alte Parömie: Recht ist was recht ist. «Gerecht» stammt von «richtig» und von «recht»; es ist etwas richtig nach unserem Empfinden, es ist recht so, es kann doch nicht recht sein, dass ... Gerechtigkeit hängt mit Recht und Unrecht zusammen. Oft erschliesst sich das Gerechte im Negativen: Wir erachten etwas als ungerecht, nicht richtig, stossend ... Gerechtigkeit hängt also mit einem Werturteil zusammen. Wir halten etwas für angemessen, so wie es sein soll, oder jemanden als gerecht in seinem Handeln.

In Verfassungsformulierungen lesen wir zB., der Richter sei an Gesetz und Recht gebunden. Hier verweist also der Terminus Recht auf Gerechtigkeitsanliegen, die dem Gesetz vorgehen können. Also nicht mit dem gesetzten Recht identisch sind.

Gerechtigkeit bezieht sich einmal auf Sachverhalte und Handlungen (es ist ungerecht, dass Frauen weniger verdienen als Männer..). Oder aber sie bezieht sich auf Menschen, auf ihre Einstellungen, Handlungen, sittlichen Charaktereigenschaften. Dann werden *Tugenden* angesprochen, vor allem eine der Kardinaltugenden neben den anderen drei (der Weisheit, der Tapferkeit und der Besonnenheit). Seit dem Kaiser Justinian gelten 3 Grundforderungen an das Recht:

- Lebe ehrenhaft
- Tue niemandem Unrecht
- Gewährleiste jedem das Seine.

Heute spricht man kaum mehr von Tugenden. Doch ohne Gesinnung und Verantwortung kann keine Gerechtigkeit in Gesellschaft und Staat entstehen.

Was richtig ist, beurteilt jeder Einzelne, es ist also primär einmal ein subjektives Empfinden. Doch es ist mehr, denn Menschen suchen nach allgemein gültigen Massstäben, was gerecht sein soll und was nicht. So sind wir uns einig, dass es gerecht ist, wenn in der Demokratie jede Stimme gleichermassen zählt. Und ungerecht, wenn ein Einzelner über 3 Stimmen

verfügen würde... Neben die subjektive Gerechtigkeit tritt die *kollektive Gerechtigkeit*.

7. Rechtlich verfasste Gerechtigkeit

Das als gerecht Empfundene kann in eigentliche Rechtsnormen einfließen, wie wir dies bei den Moralnormen gesehen haben. Es handelt sich dann um verbindliches Recht, das Gerechtigkeitsanliegen zum Ausdruck bringt, etwa bei der AHV: alle Menschen sollen ein menschenwürdiges Alter bestreiten können. Freilich kann das Gerechte auch in einer religiösen Ordnung verankert sein, Ausfluss etwa von biblischen Geboten und Verboten... Dann entscheidet eine andere Autorität, nicht wir Menschen, was recht ist.

In der legalen Ordnung werden menschliche Gerechtigkeitsvorstellungen zum Ausdruck gebracht, und zwar von den an der Rechtsetzung Beteiligten. Die geschichtliche Erfahrung zeigt, dass das Gesetz auch ein Gefäss für Unrecht sein kann, wie etwa besonders drastisch zur Zeit des Nationalsozialismus oder des Kommunismus. Die Rechtsphilosophie thematisiert das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit seit den griechischen Philosophen mit unterschiedlichen Zugängen. Im Vordergrund stand lange Zeit die Figur eines dem Recht übergeordneten Naturrechts, gegen welches die menschliche Rechtsetzung nicht verstossen dürfe.

Doch nicht alles Recht ist auf Gerechtigkeit bezogen. Um Ordnung zu schaffen und Sicherheit zu gewährleisten, streben Rechtsnormen zweckmässige Lösungen an, die nicht grundlegende Fragen der Gerechtigkeit ansprechen (zB. die Festlegung der Feriendauer in Schulen).

8. Kontextabhängige Gerechtigkeit

Die Auffassung darüber, was als gerecht erscheint, kann zeitabhängig sein. Das fehlende Frauenstimmrecht erachten wir heute als ungerecht, damals war es dies für eine Mehrheit der Männer nicht. Früher wurden Frauen nicht zum Anwaltsberuf zugelassen... Gerechtigkeit kann auch ortsabhängig sein. Auf anderen Kontinenten gelten teilweise andere Gerechtigkeitsvorstellungen als bei uns, etwa was die Stellung der Frau angeht.

9. Soziale und politische Gerechtigkeit

Traditionell unterscheidet man soziale Gerechtigkeit und politische Gerechtigkeit. Soziale Gerechtigkeit bezeichnet den Zustand einer Gesellschaft, das Verhältnis der Menschen zueinander. Bei sozialen Institutionen wie Ehe und Familie, Wirtschaft und Bildungswesen spricht man auch von objektiver oder institutioneller Gerechtigkeit. Politische Gerechtigkeit bezieht sich auf Recht und Staat, auf die Staatsform, die Teilhabe der Menschen am Gemeinwesen, die Schaffung und die Durchsetzung von Recht.

Bei der sozialen Gerechtigkeit sind insbesondere zwei bedeutsame Beziehungsformen relevant, die austeilende und die ausgleichende Gerechtigkeit:

10. Austeilende Gerechtigkeit, Iustitia distributiva:

Bei der austeilenden Gerechtigkeit geht es um die Verteilung von Gütern und Rechten, aber auch von Lasten, nach dem Motto «Jedem das seine». Doch «das Seine» kann verschiedenes bedeuten: erworbene Rechte des Einzelnen (was mir rechtlich schon zusteht), die Zuteilung nach einem geleisteten Beitrag oder nach individuellen Bedürfnissen (zB. Armut). Diese Verteilung kann nach unterschiedlichen Grundsätzen erfolgen, vor allem nach dem *Gleichbehandlungsgebot* oder nach dem *Bedürfnisprinzip*. Fehlt es an Grundsätzen, wird willkürlich verteilt, also nicht gerecht.

11. Gleichbehandlungsgebot

Die Verteilung nach dem Gleichheitsgebot entspricht einem grundlegenden Prinzip unseres Staates. Nach Art. 8 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich; niemand darf diskriminiert werden. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist verfassungsrechtlich verbürgt. Gleiches soll gleich behandelt werden, Ungleiches ungleich. Sinnbildlich dafür ist die Augenbinde der Justitia. Dazu braucht es Regeln, regelkonformes Handeln, keine Willkür im Einzelfall. Allerdings: Gleiches soll nach Massgabe seiner Gleichheit gleich behandelt werden. Also braucht es hier einen Massstab, ein Werturteil. Sind Männer und Frauen gleich zu behandeln. eheliche und uneheliche Kinder, Reiche und Arme? Ja, weil es sich um Menschen handelt, die mit der gleichen Menschenwürde versehen sind. Nein, wenn wir gewisse Unterschiede als relevant erachten, etwa biologische Unterschiede (Schwangerschaft). Schwangerschaftsurlaub gibt es nur für Schwangere! Hier öffnet sich ein weites Feld, um mit Fontane zu sprechen. Weltanschaulich geprägte Prägungen und Einstellungen spielen eine grosse Rolle, wenn das Gleiche nach einem übergeordneten Massstab zu ermitteln ist.

Der grosse Philosoph Immanuel Kant propagierte beispielsweise eine formale Gleichheit: er lehnte sich an die Goldene Regel an: Handle andere so, wie Du von ihnen behandelt werden willst. Kants kategorischer Imperativ lautet: «Handle nur nach derjenigen Maxime, von der du wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde!». Er verzichtet also auf materielle, inhaltliche Kriterien.

Die Verteilungsregel soll unparteiisch angewendet werden. Aus der Rechtsgleichheit fliesst auch das Gebot der Unparteilichkeit.

12. Bedürfnisprinzip

Nach dem Bedürfnisprinzip ist eine Verteilung gerecht, wenn jeder erhält, was ihm zukommt. Was er «verdient», worauf er Anspruch hat. Dies geht zurück auf Aristoteles. Dafür müssen sachliche Gesichtspunkte für den Anspruch vorliegen, etwa seine Bedürfnisse (ein schwächeres Kind erhält mehr), seine Leistungen (wer mehr geleistet hat, soll auch mehr erhalten; leistungsgerechter Lohn). Klassische Streiffrage: gibt es gerechte Preise oder Löhne?

13. Ausgleichende Gerechtigkeit, Iustitia commutativa

Sie betrifft das Verhältnis zwischen zwei Personen; etwa in der Familie (Jugend – Alter). Der Austausch kann *freiwillig* erfolgen (Tauschgerechtigkeit und Vertragsgerechtigkeit), etwa im Sozialstaat und bei den Sozialversicherungen, durch Kauf oder Darlehen. Beim *unfreiwilligen* Austausch geht es um Wiedergutmachung (Schadenersatz bei Verletzung fremder Ansprüche, Strafrecht). Für das erstere ist das Vertragsrecht typisch, für das zweite das Recht der unerlaubten Handlung und Bereicherung, also der Schadenersatzansprüche.

Heute werden Gerechtigkeitsvorstellungen unter neuen Begriffen thematisiert, so zB. die *Generationengerechtigkeit* (den nächsten Generationen keine Hypotheken hinterlassen), die *Nachhaltigkeits- oder ökologische Gerechtigkeit* (Natur als Gemeineigentum der Menschheit, die jeder Generation gleichermaßen gehört).

14. Rechtsstaat

Noch ein Wort zur *politischen Gerechtigkeit*. Diese kulminiert im Rechtsstaat. Dieser ist in der Bundesverfassung verankert. Er verlangt die Bindung aller Staatsgewalt an Recht und Gesetz, die Verhältnismässigkeit allen Staatshandeln, Treu und Glauben und Vertrauensschutz sowie vor allem die umfassende Geltung der Freiheitsrechte der Menschen und der Rechtsgleichheit. In diesen Grundwerten widerspiegeln sich elementare Gerechtigkeitsanliegen im kollektiven Raum. Für die Menschen erweisen sich die Freiheitsrechte, die Rechtsgleichheit und soziale Ansprüche als vorrangige Ausprägungen der Gerechtigkeit. Doch auch ein faires Verfahren, etwa im Prozess, kann Voraussetzung dafür sein, dass ein gerechtes Ergebnis resultiert. Man spricht dann von *Justiz- und Verfahrensgerechtigkeit*.

15. Schlussbemerkungen und Zusammenfassung in 7 Punkten

- 1) Was richtig im Sinne von gerecht ist, entspricht einer subjektiven Haltung, die aber geprägt wird von objektiven Massstäben und Überzeugungen in einer Gesellschaft. Gerechtigkeit beruht auf Überzeugungen und Werturteilen in einer Gesellschaft, die sich über Jahrhunderte entwickelt haben und sich weiterentwickeln. Eigentlich gibt es nicht DIE Gerechtigkeit, sondern *Gerechtigkeiten im Plural*.

- 2) Das Gerechte kann *in Rechtsnormen* «verfestigt» werden und ist dann für alle verbindlich. Da die Auffassungen, was in concreto gerecht erscheint, auseinandergelassen werden, wird darüber in der Gesellschaft und in der Politik gerungen. Dieser Konflikt spiegelt sich in der praktischen Politik wider (zB. in der Klimapolitik). Und Politik ist die Pforte zum geltenden Recht. Dieses ist verfestigte Politik.
- 3) Es gibt aber in einem Staat auch unverbrüchliche, grundlegende Werte, die man nicht der Tagespolitik aussetzen will. Diese finden wir in der *Verfassung*, vor allem in den Grundrechtsgewährleistungen, den rechtsstaatlichen Garantien, den demokratischen Prinzipien oder dem Sozialstaat.
- 4) Das gesetzte, geltende Recht kann auch als *krass ungerecht* empfunden werden, etwa weil sich die Gerechtigkeitsvorstellungen gewandelt haben oder weil es von Anfang an ungerecht war und ist. So etwa im dritten Reich in Deutschland. Dann kann sich das Problem eines Widerstandsrechts gegenüber staatlichen Rechtsnormen stellen.
- 5) Es gibt aber auch Recht, das nicht an Eckwerten der Gerechtigkeit gemessen werden kann. etwa das Organisationsrecht. Es richtet sich zB an *Effizienzgesichtspunkten* oder an der *Tradition* aus. Soll der Bundesrat 7 oder 9 Mitglieder aufweisen?.
- 6) Gerechtigkeit ist nicht alles: Es gibt neben der Gerechtigkeit *andere Werte und Einstellungen*, die für das menschliche Leben und den sozialen Zusammenhalt grundlegend sind: etwa Liebe, Fairness, Freundschaft oder Gemeininn.
- 7) Zum Schluss zwei erfahrungsgeprägte *Warnungen*: Einmal ist Vorsicht geboten, wenn Einzelne, etwa in der Politik, ihre Postulate mit einer nicht bestreitbaren, allgemein gültigen Gerechtigkeitsidee begründen. Wie ausgeführt gibt es oft mehrere «Gerechtigkeiten».

Zudem sind alle Postulate und Forderungen nach einem Zustand idealer Gerechtigkeit gefährlich. Oft resultiert dann das Gegenteil von Gerechtigkeit. Denn das absolute Glück kann kein zu erreichendes Ziel sein, sondern nur die Behebung ungerechter Zustände und die Annäherung an gerechtere Verhältnisse im Konsens. Es bestätigt sich meine bereits geäußerte These: Es ist einfacher, klar Ungerechtes zu bekämpfen, als sich über das Gerechte zu einigen...