

Sonderdruck aus:

# RECHTSTHEORIE

ZEITSCHRIFT FÜR LOGIK, METHODENLEHRE  
KYBERNETIK UND SOZIOLOGIE DES RECHTS

Herausgegeben von

Karl Engisch, H. L. A. Hart, Hans Kelsen†

Ulrich Klug, Sir Karl R. Popper

108  
P 414  
n° 242



10. Band 1979 Heft 4

DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

# RECHTSTHEORIE

Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts

Herausgegeben von Prof. Dr. Karl Engisch, Heidelberg / Prof. Dr. H. L. A. Hart, Oxford / Prof. Dr. Hans Keulen †, Berkeley / Prof. Dr. Ulrich Klug, Köln  
Prof. Dr. Dr. Karl R. Popper, London.

Redaktion: Prof. Dr. Klaus Adomeit, FU Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, van-t'Hoff-Straße 8, 1000 Berlin 33; Prof. Dr. Dr. Werner Krawietz, Universität, Fachbereich Rechtswissenschaft, Bispinghof 24/25, 4400 Münster (geschäftsführend); Prof. Dr. Dr. Adalbert Podlech, Technische Hochschule, Fachgebiet Öffentliches Recht, Hochschulstr. 1/III, 6100 Darmstadt.

Verlag: Duncker & Humblot, Dietrich-Schäfer-Weg 9, 1 Berlin 41 (Steglitz), Ruf: 791 20 26  
Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich im Gesamtumfang von ca. 512 Seiten.

Abonnementspreis halbjährlich DM 64,— zuzüglich Porto.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdruckes, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten.

© 1980 Duncker & Humblot, Berlin. Druck: Alb. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61.

---

## Inhalt

### Abhandlungen und Aufsätze

- Chaim Perelman*, Gleichheit und Gerechtigkeit ..... 385  
*Ota Weinberger*, ‚Wissen‘ und ‚Nicht-Wissen‘ in der praktischen Argumentation. Überlegungen zu einem Grundlagenproblem der Moraltheorie und Rechtspolitik ..... 391  
*Friedrich Kaulbach*, Recht und Moral in der rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart ..... 409  
*Wolfgang Marx*, Über Notwendigkeit und Struktur einer ethischen Fundamentaltheorie ..... 431

### Berichte und Kritik

- José de Sousa e Brito*, Hart's Criticism of Bentham ..... 449  
*Walther Kummerow*, Vertrag und Vertragstreue als Bedingungen der Legitimität des Staates. Die staatsphilosophischen Vertragstheorien und ihre naturrechtliche Grundlage ..... 462  
*Thomas Schlapp*, Zur Unterscheidung von Objektsprache und Metasprache 502

Fortsetzung 3. Umschlagseite



58946

## GLEICHHEIT UND GERECHTIGKEIT\*

Von Chaim Perelman, Brüssel

Obwohl der Begriff der Gerechtigkeit einer der umstrittensten Begriffe zu sein scheint, seit streitende Parteien beanspruchen, allein ihre Sache sei gerecht, ist der Begriff der Gleichheit doch einer formalen und nicht kontroversen Definition zugänglich. Es erscheint reizvoll, beide Begriffe zusammenzubringen und den einen durch den anderen zu erläutern. Verschiedene Anhänger des Sozialismus, wie etwa *George Bernard Shaw*, dessen Vorträge über Gleichheit 1971 veröffentlicht wurden<sup>1</sup>, haben dies in der Tat versucht.

Shaw behandelt Gleichheit als ein Ideal, das durch die sozialistische Revolution realisiert wird. In seiner Vortragssammlung heißt es: „Durch Revolutionen können wir den vollkommenen Staat erreichen, wobei das Kriterium der Vollkommenheit Gleichheit ist<sup>2</sup>.“ In einem Vortrag, der von ihm im Jahre 1884 unter dem Titel „Die sozialistische Bewegung ist nur die Verteidigung unserer letzten Ehre“ gehalten wurde, sagt Shaw, das Wort „Ehre“ bedeute, daß „wenn ein Mann eine Stunde für einen anderen gearbeitet hat, dieser andere nicht weniger als eine Stunde für jenen arbeiten soll“<sup>3</sup>. Und unter der Überschrift „Gleichheit“ heißt es in einem anderen Vortrag: „Fragt man den ersten besten, was Sozialismus ist, so wird er sagen, daß es ein Zustand der Gesellschaft ist, in dem das gesamte Einkommen des Landes auf alle in genau gleichen Anteilen verteilt ist, ohne Ansehen ihres Fleißes, ihres Charakters oder irgendeiner anderen Erwägung außer derjenigen, daß alle Lebewesen sind“<sup>4</sup>. Diese wenigen Beispiele, in denen gleiche und gerechte Behandlung identifiziert werden, zeigen zugleich, wie die Idee der Gleichheit modifiziert wird, wenn man sie zur Gerechtigkeit in Beziehung setzt.

Der Begriff der Gleichheit ermöglicht, wenn er formal arithmetisch definiert wird, zu beweisen, daß  $2 + 2 = 4$ , aber daß auch  $2 + 2 \neq 5$  ist. Wir können zeigen, daß wir hier zwei wahre Aussagen haben, in denen

\* Vortrag, gehalten auf Einladung der Westfälischen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) an der Universität Münster am 16. Februar 1979. Ins Deutsche übertragen von Dieter Wyduckel und Werner Krawietz.

<sup>1</sup> *George Bernard Shaw, The Road to Equality. Ten unpublished Lectures and Essays 1884 - 1918.* Ed. by Louis Crompton, Boston 1971.

<sup>2</sup> *Shaw*, a.a.O., S. 62.

<sup>3</sup> *Ebd.*, S. 1.

<sup>4</sup> *Ebd.*, S. 155.

es nicht darum geht, ob Gleichheit oder Ungleichheit den Vorzug haben soll. Es genügt hier festzustellen, daß wenn die Summe zweier Zahlen einer dritten gleich ist, sie nicht irgendeiner anderen Summe gleich sein kann, die von der letzteren verschieden ist. Denn ohne Frage kann aus diesem Zusammenhang keine andere Gleichheit hervorgehen als diejenige, die ohnehin schon existiert.

Die Art von Gleichheit, die man seit Aristoteles zum Begriff der Gerechtigkeit in Beziehung gesetzt hat, ist die der Gleichbehandlung. Hierbei geht es, wie *Bernard Shaw* feststellt, darum, menschliche Lebewesen gleichzubehandeln.

In demselben Sinn, aber weniger dogmatisch, schreibt *Isaiah Berlin* in seinem Aufsatz „Gleichheit“: „Gleichheit bedarf keiner Begründung; nur Ungleichheit muß begründet werden<sup>5</sup>.“ Gleichheit benötigt keine Rechtfertigung, denn sie wird für gerecht angesehen; auf der anderen Seite wird die Ungleichheit, die nicht gerechtfertigt ist, willkürlich und damit ungerecht erscheinen. In genau demselben Sinn schreibt *John Rawls* in seiner Theorie der Gerechtigkeit: „Alle sozialen Werte — Freiheit, Chancen, Einkommen, Vermögen und die sozialen Grundlagen der Selbstachtung — sind gleichmäßig zu verteilen, soweit nicht eine ungleiche Verteilung jedermann zum Vorteil gereicht<sup>6</sup>.“ Es wird in diesen beiden Fällen zugestanden, daß Gründe eine ungleiche Behandlung rechtfertigen können und — daraus folgend — daß Gleichheit kein Wert ist, dem in jedem Falle Genüge getan werden muß.

In meinem ersten Werk über Gerechtigkeit habe ich 6 Formeln distributiver Gerechtigkeit unterschieden:

- Jedem das Gleiche.
- Jedem nach seinen Verdiensten.
- Jedem nach seinen Werken.
- Jedem nach seinen Bedürfnissen.
- Jedem nach seinem Range.
- Jedem nach dem, was das Recht bestimmt<sup>7</sup>.

Auf der Suche nach einem allen gemeinsamen Element konnte ich eine formale Gerechtigkeitsregel isolieren, die als ein Handlungsprinzip definiert ist, aufgrund dessen Lebewesen oder Situationen, die einander wesentlich gleichen, in gleicher Weise zu behandeln sind<sup>8</sup>. Die verschiedenen Formeln distributiver Gerechtigkeit bieten die Kriterien, nach denen sich die Unterschiede bestimmen lassen, welche für die wesentliche Gleichheit von Lebewesen oder Situationen relevant bzw. irrelevant

<sup>5</sup> *Isaiah Berlin*, Equality. In: Proceedings of the Aristotelian Society 56 (1956), S. 301 - 326 (305).

<sup>6</sup> *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 1975, S. 83.

<sup>7</sup> *Chaim Perelman*, Über die Gerechtigkeit, München 1967, S. 16 ff.

<sup>8</sup> *Perelman*, a.a.O., S. 45.

sind. Der Vorzug der letzten Formel, jeden nach Maßgabe des Rechts zu behandeln, liegt in der rechtlichen Auferlegung der relevanten Kriterien, denn sie verpflichtet uns, alle diejenigen gleichzubehandeln, für die das Recht keine Unterscheidung vorsieht: in *paribus causis, paria iura*.

Einige behaupten, daß die Regel formaler Gerechtigkeit nicht mehr ist als ein Gesetz der Logik, das gleiche Behandlung für alle diejenigen fordert, auf welche dieselbe Regel Anwendung findet. Aber es gibt zwei Einwände gegenüber dieser Sichtweise.

Der erste ist, daß ein Gesetz der Logik, das notwendig gilt, keine Ausnahmen zuläßt. Aber wir können namens der Billigkeit formelle Gerechtigkeit zurückweisen. So würde ich, wenn ich oberster Gesetzgeber in Saudi-Arabien wäre, wo für mehr als tausend Jahre Dieben in Übereinstimmung mit dem Koran die linke Hand abgeschlagen wurde, dieser Art der Bestrafung des Diebstahls entgentreten. In Abänderung dieser Regel würde ich mit der Vergangenheit gebrochen und so wesentlich gleiche Fälle unterschiedlich behandelt haben. Es ist allerdings wahr, daß das Recht die Juristen konservativ macht, denn es fordert von ihnen, nach Präzedenzfällen zu suchen und, bei Fehlen guter Gründe, dies nicht zu tun, die gegenwärtigen Fälle in derselben Weise zu behandeln wie wesentlich gleiche Fälle der Vergangenheit. Aber jeder Jurist wird einräumen, daß man Präzedenzfälle mit guten Gründen vernachlässigen kann.

Der zweite Einwand gegenüber der Identifikation einer formellen Gerechtigkeitsregel mit einem logischen Gesetz ist der, daß es sich um eine *Gerechtigkeitsregel* handelt, die nur dann anwendbar ist, wenn es auf die Gerechtigkeit ankommt. Wenn die Bäuerin ein einzelnes Huhn aus 100 auswählt, um es zu schlachten und zum sonntäglichen Mittagmahl zu servieren, ist sie nicht verpflichtet, die verbleibenden 99, die von dem einen ununterscheidbar sind, in der gleichen Weise zu behandeln. Gerechtigkeitsabwägungen spielen für ihre Handlungsweise keine Rolle, und sie ist nicht verpflichtet, alle Hühner gleichzubehandeln.

Die Belgische Verfassung bestimmt in Artikel 6, daß „alle Belgier vor dem Gesetz gleich sind“ und weist so jene Privilegien zurück, die das ‚Ancien Régime‘ Adel und Geistlichkeit im Hinblick auf Steuern, Zugang zu öffentlichen Ämtern und zum Recht gewährt hatte. Jedoch wurde den Frauen der Zugang zu Parlament und Justiz für nahezu ein Jahrhundert verweigert. Und für mehr als ein Jahrhundert wurde ihnen das Recht abgesprochen zu wählen, ungeachtet der Existenz dieses Artikels. So sehen wir, daß die allgemeine Forderung nach Gleichheit niemals aus etwas anderem besteht als der Zurückweisung bestimmter spezifischer Ungleichheiten und nicht aller vorstellbaren Ungleichheiten.

Einige Verfassungen, so die Österreichs von 1934, gehen weiter, indem sie nicht nur den Richtern vorschreiben, solche Fälle gleichzubehandeln,

in denen der Gesetzgeber keine Unterscheidung macht, sondern darüber hinaus die Einführung willkürlicher Unterscheidungen durch Gesetz verbieten, es sei denn, diese sind durch objektive Gründe gerechtfertigt. Ferner untersagen zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der Bundesrepublik Deutschland dem Gesetzgeber, wesentlich gleiche Fälle ungleich zu behandeln. Eine Unterscheidung wird als willkürlich behandelt, wenn kein klarer und guter Grund ersichtlich ist, welcher sie nach der Natur der Sache oder gemäß einer vernünftigen, relevanten oder wenigstens nicht unvernünftigen Erwägung zu unterstützen geeignet ist<sup>9</sup>. Aber was ein guter Grund ist, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, unterliegt dem gesellschaftlichen und geschichtlichen Wandel. Obwohl es dem Obersten Gerichtshof Belgiens in seinem Urteil vom 11. November 1889 natürlich erschien, Frauen mit der Begründung von der Justiz auszuschließen, der Gesetzgeber „habe die Tatsache, daß die Justiz den Männern vorbehalten sei, für ein zu augenfälliges Axiom erachtet, um es ausdrücklich anzuordnen“, würde aus heutiger Sicht ein solches Argument nicht nur völlig unannehmbar, sondern mehr noch vollkommen unvernünftig erscheinen. Es ist interessant, in Gesetzgebung und Jurisprudenz verschiedener Rechtssysteme zu verfolgen, wie die zur Rechtfertigung von Diskriminierungen angeführten Gründe sich entwickelt haben. Seit solche Entwicklungsabläufe mit denen der Ideologien verbunden sind, läßt die Art und Weise, in der Ungleichheiten aufrechterhalten werden, ein bezeichnendes Licht auf die Entwicklung von Geisteshaltungen in einer gegebenen Gesellschaft fallen.

Man kann in diesen Fällen sehen, welche Werte gegenüber einer als Form von Gerechtigkeit betrachteten Gleichbehandlung als vorrangig angesehen werden. *Nicholas Rescher* hat in seinem Buch „Distributive Justice“ in dieser Art und Weise die Konflikte untersucht, die zwischen Gerechtigkeit und Utilitarismus entstehen können<sup>10</sup>.

Es ist klar, daß wir aus Gründen der Gerechtigkeit oder Gleichbehandlung eine Verteilung von 2,2,2 einer von 3,3,0 vorziehen werden, wenn 6 Einheiten eines positiven Werts unter drei Personen A, B, C, zwischen denen kein wesentlicher Unterschied besteht, aufzuteilen sind. Es ist klar, daß wir nach utilitaristischen Gesichtspunkten eine Verteilung von 3,3,3 gegenüber einer Verteilung von 2,2,2 den Vorzug geben. Aber nach Maßgabe welcher Kriterien wäre eine Verteilung von 3,3,X einer solchen von 2,2,2 vorzuziehen?

<sup>9</sup> Vgl. *Werner Böckenförde*, *Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz und die Aufgabe des Richters*, Berlin 1957, S. 62 f. Siehe hierzu auch meinen Artikel „Egalité et valeurs“. In: *Egalité I*, Bruxelles 1971, S. 323.

<sup>10</sup> *Nicholas Rescher*, *Distributive Justice. A Constructive Critique of the Utilitarian Theory of Distribution*, Indianapolis 1966.

Rescher gibt ein Beispiel, in dem Gerechtigkeit — nämlich Gleichbehandlung — eher aus utilitaristischen Gründen denn aus Billigkeitserwägungen aufgegeben werden kann.

Aber die schwierigsten Probleme tauchen in Verbindung mit der Kategorie der Gleichbehandlung auf. Herkömmlicherweise zielt in unserer individualistischen Zivilisation die Gleichbehandlung auf menschliche Lebewesen. Aber dieser Standpunkt ist ein sehr spezieller. Kann man nicht auch ein Konzept der Gleichbehandlung für Familien, Städte, Nationen, Rassen, Staaten, Universitäten, Berufe, soziale Klassen usw. entwerfen?

In den USA wird der Zugang zu einigen Universitäten nicht durch eine Auswahl der besten Kandidaten geregelt, die nahezu alle schwarzen Studenten ausschließen würde, sondern durch eine quotenmäßige Zuteilung von Plätzen an die schwarzen Studenten, selbst wenn dadurch besser geeignete weiße Studenten zurückgewiesen werden. Ferner, wenn man zwei Gemeinschaften gleichbehandeln will (so die flämisch und die französisch sprechenden Volksgemeinschaften in Belgien), so wird sich notwendig herausstellen, daß Individuen auf der einen gegenüber solchen auf der anderen Seite bevorzugt werden. In einem föderalistischen System wie dem der USA wird dieselbe Anzahl von Senatoren durch jeden Staat gewählt, unabhängig davon, ob dieser nur hunderttausend oder mehr als zwanzig Millionen Einwohner hat. Aber diese Ungleichheit wird ausgeglichen durch die Wahl von Repräsentanten im Verhältnis zur jeweiligen Bevölkerung. Man kann an diesem Beispiel sehen, wie unterschiedliche Anwendungen des Gleichheitsprinzips miteinander kollidieren und durch jede Art von Kompromiß miteinander in Einklang gebracht werden können.

Aber die wirkliche Schwierigkeit in dieser Frage geht aus dem Widerspruch zwischen zwei Konzepten der Gleichheit hervor, dem der Gleichbehandlung und dem der Gleichheit der Zustände.

Gleichheit, wie sie in der Französischen Revolution und im 19. Jahrhundert ausgebildet wurde, war vor allem Gleichbehandlung, die sich in der Abschaffung der Privilegien manifestierte; daraus erwuchs das in den liberalen Demokratien allgemein akzeptierte Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz. Aber die Vorstellung, die heute zunehmend durchdringt, ist die der Reduzierung von Ungleichheiten unter den Mitgliedern einer Gesellschaft oder zwischen Nationen und Staaten, deren Entwicklung noch nicht weit fortgeschritten ist, indem man den in der schwächeren Position Befindlichen Privilegien verleiht. Erleichterungen, Zuschüsse und spezielle Hilfen werden denjenigen gewährt, die entweder durch die Natur oder durch die Gesellschaft benachteiligt sind. In Handelsverträgen zwischen Staaten werden solche Privilegien an die

gegeben, deren Wirtschaft schwach oder unterentwickelt ist. Worauf es heute ankommt, ist weniger Gerechtigkeit im Sinne von Gleichbehandlung als vielmehr Gerechtigkeit, verstanden als Abbau öffentlicher Ungleichheiten gegebener Zustände und Situationen.

Selbst eine so kurze Untersuchung der Bedingungen, auf die Gleichheit als ein Wert angewandt wird, läßt erkennen, wie unangemessen es ist, soziale Gleichheit als ein Zeichen der Vervollkommnung anzusehen. Tut man dies, so unterschlägt man nicht nur die Existenz anderer Werte, wie die der Effizienz oder des sozialen Nutzens, sondern auch die Tatsache, daß Gleichheit sowohl auf Individuen als auch auf Gruppen jeder Art bezogen werden kann, sowie den Umstand, daß die Gleichbehandlung der Gleichheit der Zustände gegenübergestellt werden kann.

Deshalb ist es nicht befriedigend, Gleichheit mit Gerechtigkeit zu identifizieren, wenn gute Gründe für eine Rechtfertigung von Ungleichheit fehlen. Denn es ist notwendig, erst einmal zu klären, um welche Art von Gleichheit es überhaupt geht.

Wir haben gesehen, daß die gleiche Behandlung wesentlich gleicher Fälle, gestützt auf Präzedenzerwägungen, Juristen konservativ macht, wenn man als konservativ jene bezeichnet, für die nur der Wandel gerechtfertigt werden muß, während der status quo keiner Rechtfertigung bedarf. Kein vernünftiger Mensch stellt Regeln und akzeptierte Werte ohne gute Gründe in Frage; und einer dieser Gründe ist eine unannehmbar Verschiedenheit und Ungleichheit der Umstände.

Die Schlußfolgerung, die sich aus dieser Analyse ergibt, ist die, daß bereits die Untersuchung der Art und Weise, in der unterschiedliche soziale Werte durch Moral, Recht oder Religion praktisch umgesetzt werden, eine nicht reduzierbare Vielfalt von Gesichtspunkten und Zielen aufdeckt. Eine derartige Vielfalt erlaubt es uns nicht, eine einzige Wahrheit anzustreben, die jederzeit auf alle anwendbar ist, sondern nur eine komplexe Abwägung, die uns helfen kann, die Vielfalt von Kulturen, Ideologien, Religionen und Philosophien zu verstehen. Es ist von diesem Standpunkt aus unannehmbar, die Idee der Gerechtigkeit auf die der Gleichheit zu reduzieren.



## Buchbesprechungen

- Vranken, Johannes Bernardus Marie, *Kritiek en methode in de rechtsvinding. Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutik van H. G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren* (Werner Krawietz) ..... 507
- Stahlmann, Günther, *Zur Theorie des Zivilprozeßrechts. — Von der Legitimation durch Erkenntnis zur Legitimation durch Verfahren* (Gerhard Struck) ..... 507
- Poeschel, Jürgen, *Anthropologische Voraussetzungen der Staatstheorie Rudolf Smends. Die elementaren Kategorien Leben und Leistung* (Edzard Schmidt-Jortzig) ..... 510

## Anschriften der Mitarbeiter

- Prof. Dr. Chaim Perelman, 32 rue de la Pêcherie, B-1180 Bruxelles
- Prof. DDr. Ota Weinberger, Universität Graz, Institut für Rechtsphilosophie, Universitätsstraße 27/II, A-8010 Graz
- Prof. Dr. Dr. Friedrich Kaulbach, Wichernstraße 13, 4400 Münster
- Prof. Dr. Wolfgang Marx, Universität Bonn, Philosophisches Seminar, Am Hof, 5300 Bonn
- Dr. José de Sousa e Brito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1600 Lisboa, Portugal
- Walther Kummerow, In der Neckarhelle 57, 6900 Heidelberg
- Thomas Schlapp, Fichtestraße 20, 6072 Dreieich-Sprendlingen

