



Rechtsphilosophie

Überarbeitete Fassung 2025

Christian Hiebaum
FB Rechtssoziologie, Rechtspolitik, Verhandlungs- und Mediationsforschung
Tel.: +43 (0)316 380-3394
E-Mail: christian.hiebaum@uni-graz.at

Vorbemerkung

Das vorliegende Skriptum soll eine Einführung in die *materielle Rechtsphilosophie* bieten, insbesondere für Studierende der Rechtswissenschaften an der Universität Graz im Modul „Recht und Gesellschaft“ des ersten Studienabschnitts. Der Fokus liegt also auf der Bewertung (Rechtfertigung und Kritik) rechtlicher Institutionen und den dafür einschlägigen Weisen rationalen Argumentierens. Das andere Teilgebiet der Rechtsphilosophie, die analytische Rechtstheorie einschließlich der juristischen Methodologie, bildet den Gegenstand der Vorlesung „Rechtstheorie und Methodenlehre“ im zweiten Studienabschnitt.

Bei diesem Skriptum handelt es sich nicht nur um eine *sehr komprimierte* Darstellung von einschlägigen Begriffen, Problemen und Argumenten, sondern auch um eine *hochselektive*. Einige durchaus zentrale Themen der Rechtsphilosophie werden nicht behandelt oder allenfalls „gestreift“, einerseits aus Zeitgründen (die Vorlesung ist lediglich zweistündig) und andererseits, weil sie Gegenstand anderer Lehrveranstaltungen im Modul „Recht und Gesellschaft“ sind: u.a. „Staat und politisches System“, „Staat, Ökonomie und Recht“ und „Die Gender-Dimensionen des Rechts“.

Naturgemäß gibt es zahlreiche inhaltliche Überschneidungen zwischen Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie, insbesondere dort, wo es um die Klärung von Grundbegriffen geht. Dementsprechend finden sich einige Passagen nahezu oder völlig wortgleich sowohl in diesem als auch im Rechtssoziologie-Skriptum.

Die Einführung ist *eher problem- als theoriebezogen*. Das heißt, sie beinhaltet – wieder: um den Prüfungsstoff der zweistündigen Vorlesung anzupassen – keine systematische Darstellung verschiedener rechtsphilosophischer Denktraditionen.

Die Literatur, auf die ich mich *hauptsächlich* stütze, ist jeweils unter den Kapitelüberschriften angegeben. Gelegentlich verweise ich im Text noch auf weitere Literatur, vor allem, aber nicht nur dann, wenn ich Passagen aus ihr zitiere. In der angegebenen Literatur finden sich auch Fragestellungen und Argumente, auf die ich in der Vorlesung nicht oder zumindest nicht im Detail eingehen kann.

Kein Freund von I, __, * oder : in Wörtern und generell etwas skeptisch, aber auch nicht völlig gleichgültig gegenüber Erwartungen „sprachlicher Inklusion“, verwende ich für Personen durchgehend das Femininum. Kein Geschlecht ist „bloß mitgemeint“, alle Geschlechter sind genau gleich gemeint. Wenn es auf das biologische oder soziale Geschlecht oder die „gender identity“ ankommt, wird dies explizit gemacht.

Christian Hiebaum

Graz, Jänner 2023

Inhaltsverzeichnis

- 1 Rechtsphilosophie, Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie 4

Allgemeiner Teil

- 2 Recht und Moral 7
- 3 Gerechtigkeit 17
- 4 Effizienz 28

Besonderer Teil

- 5 Grund- und Menschenrechte 35
- 6 Eigentum 44
- 7 Strafen 53
- 8 Antidiskriminierungsrecht 61

1 Rechtsphilosophie, Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie

Lit. P. Koller, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2. Aufl. Wien/Köln/Weimar: Böhlau Verlag 1997, Kap. I.2.3.

Die Rechtsphilosophie ist ein klassisches rechtswissenschaftliches Grundlagenfach. Sie bildet die Schnittstelle zwischen dem juristischen, dem philosophischen und dem sozialwissenschaftlichen Denken. Lange bevor „Interdisziplinarität“ zu einem Schlagwort und Desiderat wurde, fanden in der Rechtsphilosophie verschiedenartige auf das Recht bezogene Fragestellungen und Argumentationsweisen zusammen. Die Analyse des Verhältnisses zwischen den Fragestellungen und Argumentationsweisen der Juristinnen, der Ethikerinnen, der Sozialphilosophinnen, der Ökonominen, der Soziologinnen etc. gehört ebenfalls zu den Aufgaben der Rechtsphilosophie.

Um besser zu verstehen, was es mit Rechtsphilosophie auf sich hat, ist es ratsam, sich vor Augen zu halten, dass man das Recht aus drei verschiedenen und zugleich verschränkten Perspektiven betrachten kann: der Beobachterinnen-, der Teilnehmerinnen- und der Gesetzgeberperspektive. Mit jeder dieser Perspektiven korrespondiert grob eine Gruppe rechtswissenschaftlicher Fächer.

Drei Perspektiven der Rechtsbetrachtung

(1) Beobachterinnenperspektive

Beobachterinnen betrachten die Rechtswirklichkeit, ihre Entwicklung und Dynamik von außen. Ihr Erkenntnisinteresse ist ein prinzipiell wertneutrales.

Diese Perspektive kennzeichnet die **Rechtssoziologie**, aber auch die Rechtsgeschichte, die Rechtsanthropologie, die Politikwissenschaften und die positive Ökonomik.

(2) Teilnehmerinnenperspektive:

Teilnehmerinnen betrachten das Recht von innen. Sie haben ein praktisches Orientierungsinteresse, d.h. sie fragen sich als Rechtsadressatinnen, was jeweils rechtlich geboten, verboten und erlaubt ist. Sie sind dabei insofern nicht wertneutral, als sie sich einen möglichst vernünftigen Reim auf Normen machen wollen, denen ihre Handlungen zu entsprechen haben. Dies manifestiert sich insbesondere in Kontroversen über die richtige Interpretation von Normen und darüber, wie Prinzipien, Werte und Interessen abzuwägen sind.

Die Teilnehmerinnenperspektive kennzeichnet die **Rechtsdogmatik** und die juristische Praxis. Grundsätzlich ist es aber die Perspektive aller, die Rechtsnormen, die sie im Großen und Ganzen für legitim halten, befolgen wollen.

(3) Gesetzgeberperspektive:

Die Gesetzgeberperspektive ist die Perspektive derer, die Recht (im Lichte von Standards der Effizienz, des Gemeinwohls und der Moral) bewerten und an seiner Gestaltung bzw. am politischen Diskurs darüber beteiligt sind.

Sie ist die Perspektive der **Rechtspolitik** und kennzeichnet im Ensemble der Rechts- und rechtsnahen Wissenschaften die **(materielle) Rechtsphilosophie**, die politische Philosophie sowie die normative Ökonomik.

Verschränkung der Perspektiven

Jede Beschreibung eines Rechtssystems von außen erfordert Verständnis dafür, wie sich das Recht für die Teilnehmerinnen darstellt. Dies setzt mit Teilnehmerinnen geteilte Wertvorstellungen voraus, die wiederum bei der Interpretation des Beobachteten ins Spiel kommen. Man kann nicht gänzlich von den eigenen Standards der Vernünftigkeit abstrahieren, wenn man das Handeln anderer verstehen möchte.

Teilnehmerinnen müssen bisweilen rechtspolitische Wertungen rekonstruieren bzw. selbst vornehmen und begründen. Zugleich beobachten sie, was im Rechtssystem vor sich geht, mithin was und wie die anderen Teilnehmerinnen (insb. die mit Autorität ausgestatteten Organe des Systems) tun. Juristinnen etwa, die Beratungsfunktionen erfüllen, entwickeln nicht nur (womöglich nicht einmal hauptsächlich) mehr oder weniger raffinierte eigene Argumente und Interpretationen, sondern orientieren sich auch daran, wie „die Dinge tatsächlich laufen“ und wie die Höchstgerichte regelmäßig entscheiden.

Rechtspolitisch Argumentierende wiederum müssen das Recht, das sie bewerten oder gestalten, kennen – und zwar so, wie es sich Beobachterinnen- und Teilnehmerinnen darstellt (bzw. darstellen wird). Nicht zufällig sind in den Gesetzgebungsprozess, z.B. in die Legistik, viele Juristinnen involviert. Regelungsbedarf wiederum lässt sich oft nicht ohne eine gewisse rechtssoziologische Expertise und bestimmte Wertungen erkennen.

Rechtswissenschaftliche (Sub-)Disziplinen

(1) Rechtsphilosophie

Die Rechtsphilosophie (jenseits der analytischen Rechtstheorie) fokussiert auf die Rechtfertigung und Kritik von Rechtsnormen und rechtlichen Institutionen. Ziel ist nicht

herauszufinden, was das geltende Recht in diesen oder jenen Fällen sagt, sondern, wie das Recht beschaffen sein sollte, nach welchen Prinzipien Rechtssysteme im Allgemeinen und einzelne rechtliche Institutionen zu gestalten sind. So verstanden, eben als Theorie der normativen Grundlagen von Rechtspolitik, überlappt sich die Rechtsphilosophie sehr weitgehend mit der politischen Philosophie und der normativen Institutionenökonomik.

Ihre Analysen können freilich auch hilfreich sein bei der Interpretation des geltenden Rechts (insbesondere von sehr abstrakten Normen wie Grundrechtsbestimmungen oder Generalklauseln) und bei Abwägungen von Gütern und Interessen, wie sie von Juristinnen oftmals verlangt werden. Dementsprechend steckt in vielen rechtsdogmatischen Lehrgebäuden und Argumentationen einiges an (mitunter wenig reflektierten) rechtsphilosophischen Annahmen. Das gilt besonders augenscheinlich für Verfassungs- und Völkerrechtsdogmatiken, aber auch für juristische Begründungen von Lösungen schwieriger haftungsrechtlicher Probleme, Lösungen, die sich nicht hinreichend klar aus dem Wortlaut einschlägiger Gesetze ergeben. Kurz, die Grenzen zwischen Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik bzw. juristischem Denken im engeren Sinne sind durchaus weniger scharf, als man zunächst vielleicht annehmen möchte.

(2) Rechtsdogmatik

Die Rechtsdogmatik zielt auf eine Systematisierung des geltenden Rechts und entwickelt Lösungsansätze für typische und atypische Rechtsprobleme. Dabei rekonstruiert sie auch die Wertungen, die dem je geltenden Recht zugrunde liegen. Es gibt eine Dogmatik des österreichischen Rechts (des Zivilrechts, des Strafrechts, des Verfassungsrechts etc.), des deutschen Rechts, des französischen Rechts, des Völkerrechts, des Europarechts etc. Die Rechtsdogmatik steht (zumindest in Kontinentaleuropa) üblicherweise – und zu Recht – im Zentrum der Juristinnenausbildung und wird manchmal – fälschlicherweise – auch mit Rechtswissenschaften *gleichgesetzt*.

Gerade die dogmatische Erschließung neuer Rechtsgebiete erfolgt oft mittels theoretisch-politischer Reflexion und Argumentationsweisen aus den Nachbardisziplinen wie der Philosophie, der Ökonomik und der Soziologie. Via Rechtsphilosophie (auch wenn von ausgewiesenen Dogmatikerinnen betrieben) gelangen diese Reflexionen und Argumentationsweisen in die rechtswissenschaftliche Forschung und Lehre.

(3) Rechtssoziologie

Die Rechtssoziologie untersucht theoretisch und empirisch Wechselbeziehungen zwischen dem Rechtsgeschehen und anderen gesellschaftlichen Phänomenen, insbesondere Entstehung, Effektivität, Funktionalität und Dysfunktionalität rechtlicher Institutionen als Systeme sozialer Normen. Sie ist Teil sowohl der Rechtswissenschaften als auch der Soziologie und überschneidet sich naturgemäß mit der Sozialphilosophie, den Politik- und den Wirtschaftswissenschaften, aber auch mit der Psychologie (soweit sich diese Disziplinen ebenfalls beschreibend und erklärend mit dem Recht befassen).

Rechtssoziologische Theorien und Befunde bilden oft den impliziten und bisweilen auch expliziten Hintergrund rechtsdogmatischer und rechtsphilosophischer Analysen und Argumente.

2 Recht und Moral

Lit. P. Koller, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2. Aufl. Wien/Köln/Weimar: Böhlau Verlag 1997, Kap. I.2.2, V.1.-2.

Die **Frage, was Recht eigentlich ist und wie es sich zur Moral verhält**, ist die noch immer kontrovers diskutierte **Grundfrage der Rechtsphilosophie**. Genau genommen habe wir es mit einem Bündel von vielen Fragen zu tun. Im juristischen *Routinebetrieb* stellen sich uns diese Fragen üblicher- und glücklicherweise nicht. Zumindest wird von Juristinnen in der Regel nicht erwartet, dass sie philosophieren und darauf explizite, wohlüberlegte Antworten geben. Dennoch liegen auch dem juristischen Alltagsdenken wenigstens einige (meistens implizite) Annahmen über die Natur des Rechts und dessen Verhältnis zu moralischen Normen und Werten zugrunde. Solche Annahmen zu explizieren und reflektieren ist die erste Aufgabe der Rechtsphilosophie. Einerseits sollen ihre Analysen dem besseren allgemeinen Verständnis unserer sozialen (insbesondere unserer rechtlichen und politischen) Praxis dienen; andererseits hängt von ihnen manchmal auch etwas für die juristische Begründung von Einzelfallentscheidungen ab. Im Folgenden klammern wir aber die Aspekte der Problematik weitgehend aus, die für die juristische Argumentation von Belang sein können.¹ Stattdessen stiegen wir mit einer groben und in dieser Form wohl wenig umstrittenen **Charakterisierung des Rechts** als besonderes System sozialer Normen ein, wenden uns dann dem **Begriff der Moral** zu, um schließlich kurz zu erörtern, **was für ein Typ von Moral für die Rechtsethik maßgeblich ist**.

Recht

Wenn wir von „Recht“ sprechen, können wir damit das objektive oder ein subjektives Recht sowie positives oder ideales Recht meinen. **Objektives Recht** sind Rechtsnormen, Rechtsordnungen oder Teile davon, z.B. eine Regel, die sich aus einem bestimmten Gesetz ergibt, das österreichische Recht, das deutsche Recht und das Völkerrecht, das (österreichische, deutsche etc.) Zivilrecht. **Subjektive Rechte** sind Anspruchs-, Freiheits-, Kompetenz- und Immunitätsrechte Einzelner oder einzelner Gruppen, z.B. Eigentumsrechte, Grundrechte und Schadenersatzansprüche. Subjektive Rechte werden typischerweise mit objektivem Recht begründet. **Positives Recht** ist „real existierendes“ Recht im objektiven oder subjektiven Sinne, z.B. das österreichische Schadenersatzrecht und darauf gegründete Schadenersatzansprüche. **Ideales Recht** ist objektives oder ein subjektives Recht, wie es sein *sollte*. Im Folgenden verstehen wir unter Recht primär objektives positives Recht. Vorstellungen vom idealen, insbesondere *moralisch* idealen Recht spielen zwar

¹ Mit diesen befasst sich die Vorlesung „Rechtstheorie und Methodenlehre“ im zweiten Studienabschnitt.

bei der Interpretation von positivem Recht eine Rolle, dienen aber in erster Linie der Bewertung und gesetzgeberischen Gestaltung von positivem Recht.

Bei objektivem positivem Recht handelt es sich jedenfalls um ein System sozialer Normen, um einen Teil der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Doch nicht jede soziale Norm, mag sie noch so wirksam und anerkannt sein, ist eine Rechtsnorm und nicht jedes System sozialer Normen ein Rechtssystem. Was das „Wesen“ von Rechtsnormen angeht, so stellen viele primär auf den für das Recht typischen Zwang² ab. Im Gegensatz zu solchen Zwangstheorien stellen Konsens- oder Anerkennungstheorien auf die gesellschaftliche Akzeptanz ab. Ein angemessener Rechtsbegriff wird sowohl Zwangs- als auch Anerkennungselemente als essenziell ausweisen und dabei vor allem die besonderen Modalitäten der Normentstehung und Normdurchsetzung hervorheben.

Begriff des objektiven positiven Rechts

Definition (nach Koller): Recht ist eine Menge sozialer Normen, (1) deren Wirksamkeit im Großen und Ganzen durch organisierten Zwang garantiert wird, (2) deren Erzeugung auf einer entsprechenden Ermächtigung beruht und (3) deren Verbindlichkeit die hinreichend weitverbreitete Überzeugung ihrer Legitimität voraussetzt.

Ad (1): Das Recht ist nicht bloß auf informellen sozialen Druck gestützt. Es enthält vielmehr **Normen, die einigermaßen genau regeln, wer unter welchen Bedingungen gegen wen mit welchen Mitteln Zwang ausüben darf** (Selbsthilfe ist zumindest im staatlichen Recht die Ausnahme). Respektive sieht es dafür und für die Beilegung von Konflikten Verfahren vor (nicht unbedingt nur Gerichtsverfahren, sondern auch sonstige Schlichtungs- und Vermittlungsverfahren). **Organisierte Rechtsdurchsetzung ist nicht gleich staatliche Rechtsdurchsetzung.** Recht gab es schon vor dem modernen Staat mit Gewaltmonopol, wobei in der Frühzeit der Rechtsentwicklung die Grenzen zwischen Recht und sonstigen sozialen Normen besonders unscharf waren. Das Recht ist zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Orten nach und nach aus sozialen Normen entstanden. Die genauen Zeitpunkte und Orte des Übergangs von bloß konventionellen Normen zu Rechtsnormen lassen sich kaum angeben.³

Ad (2): Zumindest modernes Recht enthält zahlreiche Normen, die Personen oder Personengruppen ermächtigen, **planmäßig neue, an die Allgemeinheit adressierte Normen zu schaffen.** In der Frühzeit des Rechts gab es weniger gezielte Rechtssetzung als Konventionen. **Gewohnheitsrecht** kennen wir aber nach wie vor. Insbesondere im internationalen Recht (Völkerrecht) hat es große Bedeutung.

Ad (3): Das Legitimitätsersfordernis unterscheidet Recht von Ordnungen, die auf nichts als Gewalt gestützt sind, etwa von Ordnungen, die Verbrecherbanden etabliert haben und

² *Irgendeine* Art von Zwang ist mit vielen nichtrechtlichen sozialen Normen ebenfalls verbunden. Und oft ist der nichtrechtliche soziale Zwang wesentlich stärker und unangenehmer als der rechtliche. So wird der Ausschluss aus einem Freundeskreis üblicherweise als signifikant einschneidender erlebt als ein Organstrafmandat für Falschparken oder das verbotene Freilaufenlassen der eigenen Hunde.

³ Zu Vor- und Frühformen des Rechts siehe U. Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 5. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Erster Teil.

die typischerweise nicht einmal von ihren Mitgliedern als Systeme von Normen anerkannt werden, die auch für Nichtmitglieder *verbindlich* wären.

Für bloße **Beobachterinnen** des Rechts ist legitim, was die Beobachteten für legitim halten. **Teilnehmerinnen** und **aus der Gesetzgeberperspektive auf das Recht Blickende** stützen sich dagegen auf ihre eigenen Vorstellungen politischer (insbesondere moralischer und ökonomischer) Vernünftigkeit bzw. Akzeptabilität. Diese Vorstellungen bilden den Rahmen sowohl für Bewertungen als auch für Interpretationen des Rechts (und Abwägungen von Interessen und Prinzipien). Die Legitimität des Rechts kann davon abhängen, welche bzw. wessen Präferenzen in den Rechtssetzungsprozess eingeflossen sind (**Input-Legitimität**), und/oder davon, wie der Inhalt der Normen und deren soziale Auswirkungen zu bewerten sind (**Output-Legitimität**).⁴

Legitimität als Rechtsgeltungsbedingung und als Bewertungsmaßstab

Damit soziale Normen Rechtsverbindlichkeit entfalten können, müssen sie von den Erzeugerinnen und Adressatinnen nicht für optimal (moralisch einwandfrei sowie dem Gemeinwohl und der Effizienz zuträglich wie keine anderen Normen) gehalten werden. Es genügt, dass das System, das sie bilden, im Großen und Ganzen für die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft als legitim gelten kann und die Normen im Einklang mit den Regeln ihrer Erzeugung geschaffen wurden, z.B. mittels demokratischer Verfahren oder gemäß den vertragsrechtlichen Vorgaben des internationalen Rechts („**Legitimität durch Verfahren**“). Umgekehrt garantiert inhaltliche Optimalität noch keine Legitimität und Rechtsgeltung.

Das heißt, ihre Rechtsgeltung ziehen Normen zu einem großen Teil aus der Tatsache, dass sie entsprechend den Regeln eines legitimen Systems entstanden sind. Wobei auch das System, dem die Normen angehören, nicht als optimal oder ideal angesehen werden muss.

Manchmal reicht das ordnungsgemäße Zustandekommen der Normen im Rahmen eines für legitim gehaltenen Systems **nicht aus**. Wenn Normen nach Auffassung allzu vieler Adressatinnen allzu eklatantes moralisches Unrecht darstellen oder sonst allzu unvernünftig anmuten und deshalb regelmäßig ignoriert werden, sind sie nicht Teil des geltenden Rechts. Jedenfalls gibt es einen Zusammenhang zwischen Moral (und sonstigen Bewertungsmaßstäben), Legitimität und Effektivität. Dieser ist nicht nur politisch und soziologisch relevant, sondern auch juristisch. Normen, die regelmäßig unangewendet bleiben, weil man sie weithin als unannehmbar ansieht, werden „**obsolet**“ genannt. (Der Geltungsverlust durch Obsoleszenz ist das Gegenstück zur Entstehung von

⁴ In der jüngeren politikwissenschaftlichen Literatur findet man noch ein drittes Legitimitätskriterium bzw. eine dritte Legitimitätsdimension: „throughput“-Legitimität. Dabei geht um die Art und Weise, *wie* Präferenzen zu kollektiv verbindlichen Entscheidungen verarbeitet werden. Es handelt sich um ein „procedural criterion concerned with the quality of governance processes, as judged by the accountability of the policy-makers and the transparency, inclusiveness and openness of governance processes“ (V. Schmidt und M. Wood, Conceptualizing throughput legitimacy: Procedural mechanisms of accountability, transparency, inclusiveness and openness in EU governance. *Public Administration* 97 2019, 727–740).

Gewohnheitsrecht durch langandauernde, von einem Rechtsgeltungswillen, einer „*opinio iuris*“, getragene Übung.)

Wenngleich Legitimität nicht gleich inhaltliche Optimalität bedeutet, sind **über das Legitimitätserfordernis positives und ideales Recht**, wenn auch auf unklare und in der Rechtstheorie höchst umstrittene Weise, **miteinander verbunden**.⁵ Zwar verdankt sich die Legitimität einzelner politischer Entscheidungen in der modernen Gesellschaft tatsächlich zuallererst der Legalität („**Legitimität durch Legalität**“). Doch es braucht für Legalität selbst ein gewisses Maß an Legitimität, sodass Legitimität sich nicht gänzlich auf Legalität reduzieren lässt. Und oft sagen wir: „Das ist zwar legal, aber nicht legitim.“ Wenn das *zu oft* von *zu vielen* über politische Entscheidungen gesagt wird, hat dies Auswirkungen auf die Legalität der politischen Entscheidungen – weil es die Systemlegitimität beseitigt.

Wann genau wir was für politische Entscheidungen und Institutionen für legitim halten *sollen*, darüber existiert eine vielschichtige Debatte in der normativen Rechts- und politischen Philosophie, auf die wir uns hier nicht einlassen können. Die Anforderungen, von denen die Debatte handelt, gehen jedoch oft über die Anforderungen hinaus, deren Erfüllung Voraussetzung für die bloße Rechtsgeltung von Normen ist.⁶ Auch hier zeigt sich die Differenz zwischen der rechtspolitischen (insbesondere rechtsethischen) Perspektive und der Perspektive derer, die sich fragen, was das geltende Recht gerade ist und (zu Recht oder zu Unrecht) verlangt.

Das ideale Recht ist das Recht, wie es sein sollte, das Recht, an dem das positive Recht gemessen wird. Die Bewertungsstandards, die wir in öffentlichen Debatten zugrunde legen, sind hauptsächlich Standards der Moral (nicht zuletzt der Gerechtigkeit) und der Effizienz.⁷

Moral

Der Begriff der Moral wird auf **Ideale, Werte, Tugenden und Normen** bezogen. Das heißt, wir sprechen von moralischen Idealen, moralischen Werten, moralischen Tugenden und moralischen Normen. Im Folgenden liegt der Fokus auf moralischen Normen. Solche Normen (welche ihrerseits auf Ideale und Werte gestützt sind) können auch zur Begründung und Bewertung von Rechtsnormen und rechtlichen Institutionen herangezogen

⁵ Die Debatte darüber, wie diese Verbindung *genau* beschaffen ist, ist Gegenstand von „Rechtstheorie und Methodenlehre“. Hier nur so viel: Auch diejenigen, die eine positivistische „Trennungsthese“ vertreten, leugnen üblicherweise nicht, dass es *irgendeine* Verbindung von Recht und anderen Normensystemen, insbesondere Moral, gibt. Sie behaupten also nicht, dass Recht mit Moral *gar nichts* zu tun hätte.

⁶ Siehe F. Peters, Legitimacy. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy* Summer 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/legitimacy/>

⁷ Was es mit dem ebenfalls bedeutsamen Maßstab des Gemeinwohls auf sich hat, ist eine besonders schwierige Frage, die wir hier nicht erörtern können. Siehe dazu C. Hiebaum (Hrsg.), *Handbuch Gemeinwohl*, Wiesbaden: Springer VS, insb. Teil III.

werden. Ihre Analyse und Reflexion bildet den Gegenstand der Rechtsethik.⁸ Bisweilen stehen moralische Normen mit dem positiven Recht dergestalt in Konflikt, dass wir uns fragen müssen, ob wir noch verpflichtet sind, rechtskonform zu handeln, oder gar, ob eine Rechtsverletzung *geboten* ist.

Begriff moralischer Normen

Nach einem in der Ethik vorherrschenden, zumindest aber weitverbreiteten Verständnis zeichnen sich moralische Normen (gegenüber anderen Normen, nicht zuletzt Rechtsnormen) durch drei Merkmale aus: (1) Sie beruhen auf **autonomer Anerkennung**; (2) für sie wird der Anspruch auf **universelle Geltung** erhoben; und (3) sie haben **besonderes Gewicht** gegenüber anderen Handlungsgründen.

Ad (1): Moralische Normen besitzen Bindungskraft nur für diejenigen, deren freie Anerkennung als richtige Normen sie finden. Das heißt, die etwaige Tatsache, dass eine Norm von einer machtvollen Autorität gesetzt oder postuliert wird oder von vielen anderen anerkannt wird, macht die Norm für mich nicht zu einer moralisch verbindlichen Norm. Allenfalls ergeben sich aus anderen moralischen Normen für mich Gründe, diese Norm zu befolgen. Auch können für suboptimal gehaltene Normen, moralische Verbindlichkeit entfalten, weil sie Teil eines Kompromisses sind, welcher seinerseits moralisch Schlechteres wie gewaltsame Auseinandersetzungen verhütet. Im Gegensatz dazu sind Rechtsnormen heteronome Normen. Ihre Geltung als Rechtsnormen hängt nicht von der je individuellen Anerkennung als richtig ab. Man könnte auch sagen: Die Verbindlichkeit einer Norm *als moralische Norm* ergibt sich aus ihrer inhaltlichen Richtigkeit, die Verbindlichkeit einer Norm *als Rechtsnorm* dagegen nicht. Richtigkeit und Verbindlichkeit fallen bei moralischen Normen, nicht aber bei Rechtsnormen, zusammen.

Ad (2): Personen, die die Normen als moralisch richtig anerkennen, meinen, dass unter den je gleichen Bedingungen alle anderen sie auch als richtig anerkennen und befolgen sollten. Für Rechtsnormen ist dieser universelle Geltungsanspruch nicht wesentlich. Typischer-, wenn auch nicht notwendigerweise adressieren sie eine partikulare, hauptsächlich territorial definierte Gemeinschaft.

Ad (3): Moralische Normen sind gewöhnlich wichtiger als andere Handlungsgründe. Wenn moralische Normen sich mit anderen Normen im Widerspruch befinden, kommt ihnen grundsätzlich Vorrang zu. (Aber wie wir noch sehen werden, scheint es innerhalb gewisser Grenzen durchaus eine moralische Pflicht zur Befolgung moralisch suboptimaler Rechtsnormen zu geben.)

Moralische Normen können **strikt universell** sein (z.B. das Verbot zu töten; das Gebot, Notleidenden zu helfen) **oder beziehungsrelativ** (Gerechtigkeitsnormen).

⁸ Unter Ethik allgemein versteht man heute überwiegend das Nachdenken über Fragen der Moral. Manchmal wird aber auch differenziert und „Ethik“ mit Fragen des Guten (und des guten, gelungenen Lebens) und „Moral“ mit Fragen des Rechten oder Richtigen assoziiert. Rechtsethik ist jener Teil der Ethik, der sich dabei mit der Begründung und Bewertung von Recht bzw. rechtlichen Institutionen befasst.

Dieser Moralbegriff ist offensichtlich normen-, genauer: pflichten- und rechtezentriert. Aber nicht bei allen Ethiken geht es primär um Normen, aus denen sich Pflichten und Rechte ergeben. Das trifft insbesondere auf Tugendethiken zu.

Exkurs zu Tugendethiken

Üblicherweise sind Tugendethiken **(neo-)aristotelische Ethiken**, die bestimmte Verhaltensdispositionen und Einstellungen (z.B. Besonnenheit, Maß, Tapferkeit, Gerechtigkeit, Großzügigkeit, Mitgefühl, Hilfsbereitschaft und Solidarität) als gut ausweisen, weil sie zu Glück(seligkeit), Selbstverwirklichung o.Ä. führen bzw. weil das gute Leben ein tugendhaftes Leben *sei*. Solche Ethiken haben, wie es scheint, direkt nicht viel zur Begründung genereller Rechtsnormen beizutragen, eben weil ihr Fokus nicht auf Rechten und Pflichten liegt.

Gleichwohl kann die Gestaltung sozialer Rahmenbedingungen für ein tugendhaftes Leben durchaus als rechtspolitische Aufgabe verstanden werden, und Rechtsnormen (genauer: äußere Zwänge oder Anreize) können zur Entstehung von Tugenden beitragen („crowding in“) oder existierende Tugenden untergraben („crowding out“).⁹ Auch können Reflexionen darüber, was überhaupt ein gutes Leben ausmacht und unter welchen Bedingungen ein gutes Leben möglich bzw. wahrscheinlich ist, rechtspolitisch relevant sein.¹⁰

Bisweilen ist mit „Tugendethik“ aber nicht bloß eine Ethik des Guten, sondern eine **Ethik des Vorzüglichen** gemeint, die bestimmte Verhaltensdispositionen und Einstellungen als lobens- bzw. bewundernswert ausweist. Eine solche Ethik ist als Rechtsethik insofern ungeeignet, als es gute Gründe gibt, keine rechtliche Pflicht zur Übererfüllung moralischer Pflichten (zu „supererogatorischem“ Handeln) zu statuieren. Denn damit wären unweigerlich allzu große Probleme der Überforderung und der Durchsetzung sowie die Gefahr totalitärer Kontrolle verbunden. Was immer (ihrerseits moralisch begründete) Freiheitsrechte sonst noch für Funktionen haben, sie sollen nicht zuletzt vor derartigen tugendethischen Zumutungen schützen. (Auch moralische *Pflichten* sind aus guten Gründen nur teilweise verrechtlicht.)

Moralische Vielfalt

Aus (1) folgt, dass **moralische Vielfalt** in einer Gesellschaft **möglich** ist. Menschen können eben unterschiedliche, einander widersprechende Moralen anerkennen. Aus (2) folgt, dass einer solcher Zustand moralisch **suboptimal** ist. Denn – und so stellt es sich aus der Perspektive *jeder* Moral (im obigen Sinne) dar – er ist ein untrügliches Zeichen dafür, dass nicht alle für die richtige Moral votieren. Es können nicht zwei oder mehrere einander widersprechende Moralen gleichzeitig *richtig* und also gültig sein.

⁹ Siehe dazu das Skriptum *Rechtssoziologie*, Kap. 5.

¹⁰ Man denke an den von Martha Nussbaum und Amartya Sen entwickelten „capability approach“ in der (Rechts-)Politik der Armutsbekämpfung sowie an feministische Kritiken an der sexistischen Differenzierung von Tugenden einerseits und an der Entwertung „weiblicher“ Tugenden wie Fürsorge andererseits.

Aus der Suboptimalität moralischer Vielfalt folgt aber nicht, dass es moralisch geboten oder auch nur erlaubt wäre, mit Zwangsgewalt moralische Vielfalt zu unterbinden bzw. „Andersgläubige“ zu unterdrücken. Halbwegs komplexe Moralen liefern, bei allen Differenzen zwischen ihnen, auch **Gründe, Vielfalt zuzulassen und Toleranz zu üben**, ja sogar in Form von Freiheitsrechten rechtlich zu institutionalisieren. Aus der bloßen Tatsache (wenn es denn eine ist), dass ich moralisch richtig liege und die Andere falsch, ergibt sich für mich nicht das Recht, die Andere zu irgendetwas zu zwingen.

Zum einen dient Toleranz (als verbreitete individuelle Einstellung wie als rechtliche Institution) dem **sozialen Frieden**, welcher ebenfalls moralischen Wert besitzt. Zum anderen ist niemand von uns unfehlbar. Jede kann mit ihren moralischen Überzeugungen falsch liegen. Und ein Zustand der moralischen Uniformität, in dem alle für das moralisch Falsche votieren, wäre noch weniger optimal als ein Zustand, indem das nur einige tun. Um zu gut begründeten moralischen Überzeugungen zu gelangen, ist eine **regelmäßige kritische Selbstüberprüfung** notwendig. Eine solche erfordert jedoch die Konfrontation mit Alternativen oder wird dadurch leichter gemacht. Mehr noch, so zumindest das Argument von John Stuart Mill: Wir laufen ohne diese regelmäßige Auseinandersetzung mit anderen moralischen Vorstellungen auch Gefahr, bald gar nicht mehr zu wissen, was wir eigentlich glauben, sodass unsere Überzeugungen zu schlichten, „daher- und nachgeplapperten“ Dogmen degenerieren.¹¹

Eine moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam?

Selbst wenn eine Norm als Rechtsnorm zweifelsfrei gilt, stellt sich noch die Frage, ob wir moralisch verpflichtet sind, sie zu befolgen. Aus (3) könnte man schließen, dass es immer zumindest moralisch erlaubt und bisweilen sogar geboten ist, gegen moralisch suboptimales Recht zu verstoßen.¹² Doch dieser Schluss wäre wohl etwas vorschnell. Unplausibel mutet aber auch die gegenteilige Extremposition an, wonach es immer moralisch geboten ist, rechtliche Vorschriften zu befolgen, also ganz gleich, wie sie beschaffen sind.

Eine **Mittelposition** stellt darauf ab, ob die *allgemeine* Nichtbefolgung der Norm moralisch wünschenswerter oder weniger wünschenswert wäre: „[S]elbst wenn rechtliche Vorschriften den Anforderungen der Moral nicht ganz entsprechen, so kann ihre allgemeine Befolgung, verglichen mit der Nichtbefolgung, doch allen Beteiligten zum Vorteil gereichen. So mag es zwar sein, dass unsere Steuergesetze nicht gerade das Nonplusultra einer gerechten Besteuerung verkörpern; aber sie zu haben, ist immerhin besser, als wenn gar keine Steuergesetze existierten. [...] **Es ist [...] erst dann zulässig, rechtlichen Geboten den Gehorsam zu verweigern, wenn ihre allgemeine Befolgung, von einem unparteiischen Standpunkt aus betrachtet, selbst noch ein Zustand ohne rechtliche Regelung vorzuziehen wäre.** So ist z. B. ein Strafgesetz, das einer Gruppe von Menschen nicht einmal den geringsten Schutz ihres Lebens oder ihres Eigentums bietet,

¹¹ Siehe J. S. Mill, *Über die Freiheit*. Stuttgart: Reclam 1974, Zweites Kapitel. Man könnte vielleicht auch sagen: Wir werden in moralischen Belangen zu bloßen Bullshit-Produzentinnen (siehe H. Frankfurt, *On Bullshit*. Princeton: Princeton University Press 2005).

¹² Die Frage, ob und inwieweit moralisch falsches Recht überhaupt gelten kann, ist eine andere Frage. Diese ist Gegenstand der Debatte zwischen Vertreterinnen von Naturrechtslehren und Rechtspositivistinnen und wird in der Vorlesung „Rechtstheorie und Methodenlehre“ behandelt.

so dass es für diese Menschen sogar besser wäre, in einem Zustand der Rechtlosigkeit zu leben, von einem unparteiischen Standpunkt aus gänzlich unannehmbar. Es hat daher seinen Anspruch auf Befolgung verwirkt.“ (Koller, *Theorie des Rechts*, 293)

Die Grenzen sind freilich schwer zu ziehen. Zwischen den genannten Beispielen gibt es einen großen Graubereich. In der Regel sind **Abwägungen** vorzunehmen: „Im Allgemeinen wird es umso eher zulässig sein, sich über rechtliche Vorschriften hinwegzusetzen, je *grundlegender* und *einleuchtender* die moralischen Gebote sind, gegen die diese Vorschriften verstoßen, je *eklatanter* und *eindeutiger* der Verstoß der rechtlichen Vorschriften gegen die moralischen Gebote ist, und je *gewichtiger* im Einzelfall die eigenen moralischen Pflichten sind, die der Befolgung der rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.“ (Koller, *Theorie des Rechts*, 294)¹³

Denkbar sind auch Fallkonstellationen, in denen sogar **eine moralische Pflicht zur Rechtsverletzung** besteht. Eine solche wird man freilich dann nicht annehmen können, wenn die Kosten und Risiken für die Rechtsverletzerin (und jene Personen, denen gegenüber Rechtsverletzerin eine besondere moralische Verantwortung hat), beträchtlich sind. Wer solche Kosten und Risiken für sich selbst in Kauf nimmt (ohne seine Verantwortung gegenüber anderen zu verletzen), handelt tugendhaft im Sinne von „moralische Pflichten übererfüllend“ und verdient Bewunderung.

Welche Moral für die Rechtsethik?

Welcher Moral soll das Recht entsprechen bzw. was für moralische Vorstellungen sollen mit Mitteln des Rechts durchgesetzt werden? Zur Illustration des Problems kann die in den 1950er- und 1960er-Jahren in Großbritannien geführte Debatte zwischen dem liberalen Rechtsphilosophen H. L. A. Hart und dem konservativen Richter Lord Patrick Devlin dienen. Ausgangspunkt war ein Bericht des *Committee on Homosexual Offences and Prostitution* von 1957, der die Empfehlung enthielt, einvernehmliche homosexuelle Aktivitäten zwischen Erwachsenen im Privaten zu entkriminalisieren. Denn es sei nicht Aufgabe des Staates, das Privatleben der Bürgerinnen zu regulieren. Dem hielt Devlin drei Argumente entgegen:

- (1) Jede Gesellschaft braucht für ihren Bestand allgemein geteilte moralische Standards, eine **konventionelle Moral**.
- (2) Jede Gesellschaft hat das Recht, ihre konventionelle Moral auch mit Mitteln des Strafrechts zu erzwingen.
- (3) Welche moralischen Standards als allgemein verbindlich gelten sollten, entscheidet sich nach dem Empfinden der anständigen und vernünftigen Durchschnittsbürgerin.

¹³ Eine ausführliche Darstellung der facettenreichen Diskussion über zivilen Ungehorsam bietet C. Delmas und K. Brownlee, *Civil Disobedience*. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy* Spring 2021, <https://plato.stanford.edu/entries/civil-disobedience/>.

- (4) Wenn die meisten große Abscheu gegen Homosexualität empfinden, hat die Gesellschaft das Recht, homosexuelle Aktivitäten mit Mitteln des Strafrechts zu unterdrücken.

Dagegen argumentierte Hart:

- (1) Dass eine Gesellschaft auf weithin geteilte moralische Standards angewiesen ist, heißt nicht, dass ihre Existenz von der Einhaltung derjenigen Standards abhängt, die gerade vorherrschen.
- (2) Ob eine Gesellschaft das Recht hat, die Einhaltung der vorherrschenden Standards zu erzwingen, hängt davon ab, wie diese Standards und die sozialen Strukturen, in denen sie sich widerspiegeln, zu bewerten sind.
- (3) Die Entscheidung über die moralische Zulässigkeit strafrechtlicher Sanktionen zur Durchsetzung der vorherrschenden Standards ist vom Standpunkt einer **kritischen Moral** aus zu treffen.
- (4) Die Erzwingung einer Moral, die erheblich in die individuelle Freiheit eingreift, bedarf einer besonderen Rechtfertigung.

Was für **allgemeine Anforderungen und Grenzen** ergeben sich aus einer kritisch-rationalen Moral, also einer Moral, die beansprucht, nicht bloß vorherrschende Vorurteile widerzuspiegeln, sondern aus allgemein akzeptablen Vernunftgründen anerkannt werden zu können?

- Das Recht soll unparteilich begründbaren moralischen Rechten und Pflichten Geltung verschaffen (Gebote der Nicht-Schädigung und Aufrichtigkeit sowie der Gerechtigkeit), soweit dies dem Schutz fundamentaler individueller Interessen dient. Dementsprechend machen Gesetzgeber üblicherweise auch nicht *jede* moralische Pflicht zu einer Rechtspflicht.
- Zur Erreichung bestimmter kollektiver Ziele kann uns das Recht auch Pflichten auferlegen, die selbst nicht unmittelbar aus moralischen Geboten folgen. Sie werden erst durch die rechtliche Festlegung zu moralischen Pflichten.
- Die Erzwingung der Einhaltung der Pflichten bedarf einer eigenen rationalen Rechtfertigung, insoweit damit in individuelle Freiheitssphären eingegriffen wird.

Was die Rechtfertigung (oder weiter: Bewertung) von Rechtsnormen betrifft, so bieten sich insbesondere **zwei Weisen des rechtsethischen Argumentierens** an: deontologische und konsequentialistische. Hier nur eine kurze Charakterisierung (weitere Beispiele folgen ab Kap. 5):

- (1) **Deontologische Ethiken** sind antikonsequentialistisch. Aus deontologischer Sicht sind Handlungen oder Regeln, denen die Handlungen folgen, an sich gut oder schlecht und deshalb geboten oder verboten, nicht wegen irgendwelcher Folgen für das Wohlergehen von irgendjemandem. Deontologische Argumente in der Praxis sind Prinzipienargumente (z.B. „Versprechen sind einzuhalten“, „Niemand soll von eigenem Unrecht profitieren“, „Der Staat darf niemandem eine Religion aufzwingen, selbst wenn es die wahre glückselig machende Religion wäre“, „Wer Unrecht setzt, ist zu bestrafen“). Liberale Versionen solcher Argumente stellen regelmäßig auf moralische Freiheitsrechte ab, denen das Recht Rechnung zu tragen oder Geltung zu verschaffen habe.

Beispiel Covid-19-Impflicht als Thema für Deontologinnen: Verletzt der Gesetzgeber die Autonomie der Einzelnen, wenn er ihnen eine Impfpflicht auferlegt? Unterscheidet sich eine solche Pflicht von der Steuerpflicht oder sonstigen Solidaritätspflichten? Oder verrechtlicht der Gesetzgeber damit nur das Prinzip der Nichtschädigung bzw. das Prinzip, anderen keine Risiken aufzuerlegen, wenn sich dies mit minimalem Aufwand vermeiden lässt?

- (2) **Konsequenzialistische Ethiken** dagegen machen die moralische Qualität einer Handlung oder einer Regel (etwa einer Rechtsregel) von den Folgen der Handlung bzw. der allgemeinen Befolgung der Regel abhängig. Mit dem Konsequenzialismus kann man in der Rechtsethik augenscheinlich am meisten anfangen, vorausgesetzt, man verfügt über ausreichend empirisches Wissen (deontologische Ethiken erfordern weniger empirisches Wissen – dafür bergen sie die Gefahr in sich, zu Prinzipienreiterei zu verleiten oder in komplexen Situationen keine hinreichende Handlungsorientierung zu bieten).

Beispiel Covid-19-Impflicht als Thema für Konsequenzialistinnen: Wie groß ist Nutzen einer Impfpflicht, wie viele Infektionen, Krankenstandstage, leichte und schwere Erkrankungen, Krankenhausaufenthalte und Todesfälle lassen sich damit vermeiden? Mit wie vielen unerwünschten oder gar schwerwiegenden Impfnebenwirkungen und Impfschäden ist zu rechnen?

Die meisten ethischen Analysen (des geltenden Rechts und rechtspolitischer Vorschläge), die eine gewisse Plausibilität aufweisen, kombinieren deontologische und konsequenzialistische Argumentationsweisen.

3 Gerechtigkeit

Lit. P. Koller, Soziale Gerechtigkeit – Begriff und Begründung, In *Ermägen Wissen Ethik* 14(2) 2003, 237-241.

Moralische Normen können strikt universell oder beziehungsrelativ sein. Beziehungsrelative moralische Normen sind Normen, deren Anwendbarkeit besondere Beziehungen zwischen Subjekten voraussetzt. Die Normen der Gerechtigkeit sind solche beziehungsrelativen moralischen Normen. So ist Verbot, andere am Körper zu verletzen (wenn nicht gerade eine Notwehr- oder Notstandssituation vorliegt), eine strikt universelle Norm und die Norm, die uns sagt, was eine angemessene Sanktion für Körperverletzungen wäre, eine Gerechtigkeitsnorm, genauer: eine Norm der korrektiven Gerechtigkeit.

Den Begriff der Gerechtigkeit wenden wir auf verschiedene Dinge an: auf Handlungen, auf Personen, Regeln und Institutionen. Metaphorisch sprechen wir auch noch von der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit des Lebens, einer Niederlage im Sport usw. In diesen Verwendungen interessiert uns der Begriff hier aber nicht.

Uns interessieren Normen, die sich auf Handlungen und auf Regeln beziehen. Denn Personen sind gerecht, wenn sie gerecht zu *handeln* pflegen, und Institutionen sind nichts anderes als mehr oder weniger komplexe *Regelsysteme*.

Formale und materiale Gerechtigkeit

Über Gerechtigkeit bestehen notorisch zahlreiche Meinungsverschiedenheiten. Konsens besteht aber über das **Prinzip der formalen Gerechtigkeit**: Gleiches ist gleich zu behandeln.

Das Prinzip bezieht sich auf Handlungen und enthält keine Aussage über den Inhalt von Regeln. Es sagt, *dass* nach Regeln zu handeln ist, ab er nicht nach *welchen* Regeln. Es schließt lediglich völlig willkürliches Handeln aus. Deshalb ist es mit jedem Regelsystem vereinbar. Würde ich, C.H., einer sexistischen Regel folgend Frauen bei der Beurteilung von Prüfungsarbeiten konsequent diskriminieren, würde das dem Prinzip der formalen Gerechtigkeit also durchaus entsprechen. Gerecht wäre das aber nicht. **Formale Gerechtigkeit ist eine notwendige, aber nicht hinreichende *Bedingung* für gerechtes Handeln.**

Wir benötigen also noch **Normen der materialen Gerechtigkeit**. Diese beziehen sich eben auf die Regeln selbst, also auf deren Inhalt, und damit auch auf Institutionen. Zwar besteht beträchtlicher Dissens darüber, was die materiale Gerechtigkeit im Detail verlangt, aber die Theorie der Gerechtigkeit hat durchaus einiges mehr zu sagen als bloß „Bei der Gerechtigkeit scheiden sich die Geister“ oder „Da geht’s nicht um Vernunft oder gar Objektivität, sondern lediglich um subjektive bzw. kulturgeprägte Empfindungen“.

Vor allem legt eine eingehende Beschäftigung mit Gerechtigkeit nahe, zwischen mindestens **vier Grundformen der Gerechtigkeit** zu unterscheiden: Verteilungsgerechtigkeit, Tauschgerechtigkeit, politische Gerechtigkeit und korrektive Gerechtigkeit.¹⁴ Diesen Formen der Gerechtigkeit **entsprechen unterschiedliche Grundtypen sozialer Beziehungen**. In vielen realen sozialen Beziehungen finden sich (unterschiedlich stark ausgeprägt) Aspekte mehrerer dieser Grundtypen.

Verteilungsgerechtigkeit (distributive Gerechtigkeit)

Die Verteilungsgerechtigkeit setzt **Gemeinschaftsverhältnisse** voraus. Ein Gemeinschaftsverhältnis liegt vor, wenn mehreren Personen gemeinsam Güter zukommen oder die Personen gemeinsam Lasten zu tragen haben. Nur unter dieser Bedingung stellt sich die Verteilungs- und damit die Verteilungsgerechtigkeitsfrage. Dabei können wir zwischen **drei Idealtypen** unterscheiden:

- **Besitzgemeinschaften** sind Gemeinschaften, deren Mitglieder gemeinsam etwas besitzen. Ob die Personen sonst noch etwas miteinander zu tun haben, ist unerheblich. Ja, sie müssen sich nicht einmal kennen, um eine Besitzgemeinschaft zu bilden. Ein Beispiel für eine Besitzgemeinschaft wäre die Erbgemeinschaft, ein anderes die gesamte Menschheit in Bezug auf natürliche Ressourcen und kulturelle Errungenschaften.
- **Kooperationsgemeinschaften** hingegen bestehen darin, dass mehrere Personen (in der Regel arbeitsteilig) zusammenwirken und dabei etwas produzieren, das es in der Folge zu verteilen gilt. Das können Gewinne sein, aber auch Verluste. Kooperationsgemeinschaften bilden etwa Unternehmen (eine Kooperationsgemeinschaft liegt einerseits zwischen den Eigentümerinnen bzw. Gesellschafterinnen vor, andererseits aber auch zwischen den Eigentümerinnen und Mitarbeiterinnen).
- **Solidargemeinschaften** schließlich zeichnen sich dadurch aus, dass die Mitglieder durch wechselseitige Identifikation und Gefühle des Wohlwollens miteinander verbunden sind. Beispiele dafür wären Familien, Freundeskreise und, wenigstens der Selbstbeschreibung nach, Nationen. Letztere wären ebenfalls, wie dies Besitz- und Kooperationsgemeinschaften sein können, Gemeinschaften von füreinander Fremden.

Die meisten existierenden Gemeinschaften sind allerdings **Hybride**, d.h. sie weisen Elemente von mindestens zwei der drei genannten Idealtypen auf. Unternehmen etwa sind zweifellos Kooperations-, oftmals wohl auch Besitzgemeinschaften und eventuell sogar Solidargemeinschaften (insbesondere bei Familienunternehmen ist dies der Fall).

Fraglich ist, inwieweit bzw. in welchen Hinsichten die Gesamtgesellschaft eine Gemeinschaft darstellt. Insbesondere ist umstritten, ob und inwieweit es sich beim

¹⁴ Dazu kommen dann noch Mischformen wie wirtschaftliche Gerechtigkeit, Geschlechtergerechtigkeit, kulturelle Gerechtigkeit, intergenerationelle Gerechtigkeit, Klimagerechtigkeit etc.

gesamtgesellschaftlichen materiellen Wohlstand um ein gemeinschaftliches Gut handelt, das (nach Normen der distributiven Gerechtigkeit) zu verteilen ist. Sehr ausgeprägt Marktliberale (Neoliberale, Libertäre) meinen: Die Wirtschaft der Gesellschaft ist eher ein großer Markt, der bloß aus vielen Tauschverhältnissen besteht, die zusammen kein Gemeinschaftsverhältnis ergeben. Stärker sozialdemokratisch oder sozialistisch Denkende meinen: Nein, die Wirtschaft ist nicht nur ein Markt, sie ist auch ein gemeinschaftliches Unternehmen, in dem arbeitsteilig und in wechselseitiger Abhängigkeit Wohlstand produziert wird.¹⁵ Viele politische Diskussionen über wirtschaftliche Gerechtigkeit handeln zumindest implizit davon, ob und inwieweit überhaupt Normen der Verteilungsgerechtigkeit anzuwenden sind (welche Normen das immer genau sein mögen).

Gleichbehandlungsprinzip:

Wenn es ein fundamentales allgemeines Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit gibt, dann ist es heute, da wir von einer basalen Gleichheit aller Menschen ausgehen, das **Gleichbehandlungsprinzip**: Güter und Lasten sind unter den Gemeinschaftsmitgliedern gleich zu verteilen, wenn es nicht allgemein akzeptable Gründe für eine Ungleichverteilung gibt.

Wohlgeachtet, das Gleichbehandlungsprinzip ist ein Prinzip der materialen Gerechtigkeit. Es ist zwar sehr abstrakt, aber nicht gänzlich frei von Bezug auf den Inhalt von Regeln. Immerhin enthält es eine Präsumtion für die Gleichverteilung und einen Hinweis darauf, wie Ungleichverteilungsgründe beschaffen sein müssen (sie müssen allgemein akzeptabel sein, nicht unbedingt: allgemein akzeptiert). Deshalb ist es nicht zu verwechseln mit dem Prinzip der formalen Gerechtigkeit.

Ungleichverteilungsgründe

Die geläufigsten Ungleichverteilungsgründe sind die folgenden:

(1) unterschiedliche Beiträge/Leistungen (**Leistungsprinzip**)

Das Leistungsprinzip bezeichnet kein freistehendes Gerechtigkeitsprinzip, sondern lediglich einen potenziell guten Ungleichverteilungsgrund. Dabei kann man entweder auf die subjektive Leistung abstellen, also die Anstrengungen, oder auf die objektive Leistung, die Produktivität der Einzelnen. Mit beiden Deutungen sind Probleme verbunden. Subjektive Leistungen lassen sich schwer messen. Und soweit sie sich messen lassen, wären dazu oftmals kaum freiheitsverträgliche Kontrollmaßnahmen nötig. Die objektive Produktivität der Einzelnen wiederum hängt von vielen natürlichen und sozialen Zufälligkeiten ab, etwa der genetischen Ausstattung, der (Aus-)Bildung und der zur Verfügung stehenden Technologie. Zwischen Leistung im subjektiven und Leistung im objektiven Sinne bestehen wiederum Wechselwirkungen. Mitunter gilt: Je weniger Talent ich für etwas habe, desto weniger investiere ich in die Entwicklung des Talents und der entsprechenden Fähigkeiten.

¹⁵ Dazu P. Koller, Gesellschaftsauffassung und soziale Gerechtigkeit. In *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Hrsg. G. Frankenberg, Frankfurt am Main: Fischer 1994, 129-150; Individualismus und Liberalismus bei Hayek und Nozick. In *Wirtschaftsethik und Recht*, Hrsg. K. Seelmann, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 39-57.

(2) unterschiedliche Bedürfnisse (**Solidaritätsprinzip**)

Auch unterschiedliche Bedürfnisse können Ungleichverteilungen rechtfertigen. Das Solidaritätsprinzip wird etwa zur Rechtfertigung von Systemen der Pflichtkrankenversicherung herangezogen, in denen es nicht oder kaum auf die Höhe individueller Beitragsleistungen ankommt, wenn es um die Zuweisung und Finanzierung medizinischer Ressourcen geht, und liegt der gängigen Kritik an Systemen der „Zwei- oder Mehrklassenmedizin“ zugrunde.

(3) berechnete Erwartungen (**Vertrauensprinzip**)

Berechnete Erwartungen können zumindest vorübergehende Ungleichverteilungen rechtfertigen. Nach der Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs handelt es sich beim Vertrauensgrundsatz zugleich um ein sich aus dem Gleichheitssatz ergebendes *Rechtsprinzip*. Ein Beispiel für die Anwendung dieses Prinzips ist die gängige Praxis, diejenigen, die sich bereits in Pension befinden oder kurz vor der Pensionierung stehen, von Pensionskürzungen auszunehmen. Die Jungen, so das Argument, können sich noch auf reduzierte Pensionsleistungen einstellen.

(4) Freiheit (**Freiheitsprinzip**)

Das Freiheitsargument lautet in etwa: Wer auf Freiheitsrechte Wert legt, muss sich – innerhalb bestimmter Grenzen – mit den distributiven Konsequenzen des unterschiedlichen Gebrauchs der Freiheitsrechte abfinden. Das Schenken und das Vererben etwa verändern ständig Verteilungen in der Gesellschaft. Wenn wir meinen, dass alle frei sein sollten, anderen etwas zu schenken oder zu vererben, müssen wir die daraus resultierenden Neu- und Ungleichverteilungen akzeptieren. Das Gleiche gilt grundsätzlich für den Gebrauch von Freiheitsrechten in Form von Konsum-, Ausbildungs- und Berufswahl- sowie Investitionsentscheidungen.

(5) soziale (bzw. ökonomische) **Effizienz**

Schließlich sprechen noch Effizienzargumente dafür, gewisse Ungleichheiten zuzulassen, nämlich insofern zur Effizienz Anreizstrukturen nötig sind, welche ihrerseits ein gewisses Maß an Ungleichheit bedingen.

Das **relative Gewicht dieser Gründe** ist natürlich umstritten und **variiert mit dem Verteilungskontext** bzw. der sozialen Bedeutung des zu verteilenden Gutes. So sind Arbeitseinkommen, Zugang zu Bildung, medizinische Leistungen, Pensionen etc., wie es scheint, jeweils sehr unterschiedlich zu verteilen.

Verteilt werden Güter und Lasten typischerweise in Form von Rechten und Pflichten. Vor allem gesamtgesellschaftliche **Verteilungen**, etwa von Einkommen und Vermögen bzw. Eigentumsrechten, erfolgen **in der Regel nicht direkt durch eine zentrale Instanz** wie den Gesetzgeber, **sondern** ergeben sich **indirekt aus der Anwendung von Regeln im gesellschaftlichen Leben**. Die meisten dieser Regeln (des Vertragsrechts, des Unternehmensrechts, des Patentrechts, des Steuerrechts etc.) haben nicht nur den Zweck, Verteilungsgerechtigkeit zu gewährleisten. Sie und ihr Zusammenspiel lassen sich aber auch unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit analysieren, rechtfertigen und kritisieren.¹⁶

¹⁶ Siehe C. Hiebaum, Anerkennen und verteilen. Votum für ein ökumenisch-distributives Gerechtigkeitsparadigma. *Juridikum* 2019, 226-235; ausführlicher C. Hiebaum, Distributions, Relations,

Tauschgerechtigkeit

Die Tauschgerechtigkeit setzt Austauschbeziehungen voraus. Eine **Austauschbeziehung** liegt immer dann vor, wenn zwei oder mehrere Personen einander wechselseitig Rechte und Pflichten übertragen, insbesondere (aber nicht nur) wenn sie entgeltliche Rechtsgeschäfte abschließen wie z.B. Kaufverträge, Arbeitsverträge, Werkverträge, Mietverträge oder Kreditverträge.

Ein klassisches Prinzip der Tauschgerechtigkeit wäre das **Prinzip der Äquivalenz**: Demnach müssen die getauschten Güter gleichwertig sein. Dieses Prinzip setzt aber die Möglichkeit der objektiven Bewertung der Güter und damit ein **unabhängiges Wertmaß** voraus. Zu denken wäre dabei an die Arbeitszeit, also die Zeit, die in die Produktion eines Gutes oder die Erbringung einer Leistung geflossen ist. Doch dieses Wertmaß erweist sich bei näherer Betrachtung nur als sehr eingeschränkt praktikabel. Immerhin wird heute überwiegend hochgradig arbeitsteilig und industriell produziert. Zudem ist die Produktion stark durch die Geldwirtschaft geprägt.

Im Privatrecht, genauer: im Schuldrecht, das insbesondere auf Tauschgerechtigkeit abzielt, spielt das Äquivalenzprinzip dementsprechend eine Nebenrolle. Nur wenige Normen beziehen sich direkt auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Zu diesen zählen die Bestimmungen über „laesio enormis“ und Wucher, die freilich nicht auf die Arbeitszeit abstellen, sondern auf den Verkehrs-, also den Marktwert der getauschten Güter.

Angesichts der Probleme, die mit den Äquivalenzprinzip verbunden sind, meint man zumindest heute, dass es für die Gerechtigkeit eines Tauschgeschäfts weniger auf seinen Inhalt ankommt als darauf, unter welchen Bedingungen das Tauschgeschäft abgeschlossen wird. Das heißt, **unser Tauschgerechtigkeitsverständnis ist ein vorwiegend prozeduralistisches**.

Nach dem **Prinzip der fairen Austauschbeziehungen** muss das Geschäft frei von Irrtum und Zwang zwischen vernünftigen und gleichermaßen voneinander unabhängigen Tauschparteien zustande gekommen sein.¹⁷ Wenn „Tauschgerechtigkeit“ hauptsächlich die Gerechtigkeit des *Zustandekommens* von Transaktionen meint, dann ist klar, dass Tauschgerechtigkeit nicht zuletzt von der Ressourcenverteilung im Hintergrund der Transaktionen abhängt. Das heißt: Die Fairness eines Tauschgeschäfts leidet auch darunter, dass eine Partei durch die *Umstände* zum Vertragsschluss gezwungen wird oder mangels Bildung die Konsequenzen des Geschäfts nicht hinreichend gut abschätzen kann. Wollte man nun Tauschgerechtigkeit ausschließlich über direkt transaktionsbezogene

and Justifications: Mixing Flavours of Egalitarianism. In *Constitutionalism Justified*. Rainer Forst in *Discourse*, Hrsg. E. Herlin-Karnell und M. Klatt, Oxford: Oxford University Press, 73-102. Ausführlich zu Recht und distributiver Gerechtigkeit aus philosophischer, sozialwissenschaftlicher und juristischer Perspektive G. Baumgartner, J. Heinrich, R. Rebhahn und F. P. Sutter (Hrsg.), *Verteilungsgerechtigkeit im Recht*, Wien: Verlag Österreich 2017.

¹⁷ Wohlgemerkt, die Bedingungen, von denen die Gerechtigkeit von Tauschgeschäften abhängt, sind anspruchsvoller als die Bedingungen, unter denen es üblicherweise zu Paretoverbesserungen kommt (siehe Kap. 4).

Regeln (etwa des Konsumentenschutzrechts oder des Arbeitsrechts) sicherstellen, liefe das aber auf eine sehr weitgehende Beschränkung der Privatautonomie hinaus. Und das bedeutet: **Marktfreiheit und Tauschgerechtigkeit zusammen** sind **nur mit einer ausgewogenen Verteilung der materiellen und immateriellen Ressourcen im Hintergrund** zu haben.

Politische Gerechtigkeit

Die politische Gerechtigkeit setzt **Herrschaftsbeziehungen** voraus. Eine Herrschaftsbeziehung liegt immer dann vor, wenn eine oder mehrere Personen die Macht und die Befugnis haben, verbindlich über Handlungen bzw. Handlungsumstände anderer zu entscheiden.

Auf die Frage, wann Herrschaft gerecht ist, könnte man antworten: „Wenn sie dem Schutz legitimer Rechte Einzelner oder einzelner Gruppen oder der Gewährleistung von Bedingungen allgemein vorteilhafter Kooperation dient.“ Doch ähnlich wie bei der Tauschgerechtigkeit hat sich im Laufe der Zeit auch bei der politischen Gerechtigkeit ein gewisser **Prozeduralismus** durchgesetzt. Man fokussiert also weniger auf den Inhalt herrschaftlichen Handelns als auf die Bedingungen der Herrschaftsausübung, vor allem auf die demokratische Qualität der Herrschaft. Das heißt erstens, dass zwischen Herrschenden und Beherrschten eine Art von **Kongruenz** bestehen muss (die jeweils Herrschenden sind für eine bestimmte Zeit aus dem Kreis der Herrschaftsunterworfenen durch Wahl oder Los zu ermitteln), und es heißt zweitens, dass die Herrschaftsunterworfenen **politische Gleichheit** genießen, also gleiche Partizipationsrechte und -möglichkeiten haben müssen.

Wenn diese Auffassung zutrifft, dann ist offensichtlich, dass auch *politische* Gerechtigkeit wenigstens **teilweise von der Ressourcenverteilung im Hintergrund abhängt**. Insbesondere große wirtschaftliche Ungleichheit führt tendenziell zu politischer Ungleichheit.¹⁸ Es folgt also schon aus der politischen Gerechtigkeit, dass wirtschaftliche Ungleichheit in gewissen Grenzen zu halten ist.

Korrektive Gerechtigkeit

¹⁸ Siehe etwa M. Gilens, *Affluence and Influence. Economic Inequality and Political Power in America*. Princeton/Oxford: Princeton University Press 2012; J. Hopkin und J. Lynch, Winner-Take-All Politics in Europe? European Inequality in Comparative Perspective. *Politics and Society* 44(3), 335-343; W. Schakel, Unequal Policy Responsiveness in the Netherlands. *Socio-Economic Review* 19(1) 2021, 37-57.

Die korrektive Gerechtigkeit setzt **Unrechtsbeziehungen** voraus. Eine Unrechtsbeziehung besteht darin, dass jemand die Rechte anderer verletzt oder sonst gegen Regeln des Zusammenlebens verstoßen hat. Damit stellt sich die Frage, wie auf das gesetzte Unrecht reagiert werden soll. Geht es um Wiedergutmachung bzw. Schadenersatz, sprechen wir von **restitutiver Gerechtigkeit**. Mit dem Schadenersatzrecht können wir uns begnügen, wenn weder fundamentale individuelle noch besonders gewichtige öffentliche Interessen beeinträchtigt wurden. Andernfalls scheint uns auch eine strafrechtliche Sanktionierung angebracht. Und dann stehen Normen der **retributiven Gerechtigkeit** zur Debatte.

Beispiele für Prinzipien der korrektiven Gerechtigkeit:

- Die Sanktion soll dem Unrecht bzw. der Schuld entsprechen. So wäre es ungerecht, Vergewaltigung gleich zu behandeln wie Ladendiebstahl. Dies ist sowohl für den Gesetzgeber als auch für rechtsanwendende Organe relevant.
- Es soll keine rückwirkenden Sanktionsregeln geben. Das heißt, man soll nur für diejenigen Handlungen bestraft werden können, die bereits im Zeitpunkt ihrer Setzung mit Strafe bedroht waren.
- Grundsätzlich ist niemand für fremdes Unrecht verantwortlich zu machen. (Davon gibt es im zivilen Haftungsrecht einige Ausnahmen.)
- Wer den Nutzen aus einer gefährlichen Sache hat, soll auch die Risiken tragen. Auf dieses Prinzip lassen sich die diversen Gefährdungshaftungsnormen stützen, nach denen die Schadenersatzpflicht nicht von Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) abhängt.

Wie Tausch- und politische Gerechtigkeit, so ist auch **korrektive Gerechtigkeit schwer bis gar nicht zu realisieren unter Bedingungen großer Ungleichheit der Ressourcenverteilung im Hintergrund**. Zudem besteht sowohl unter Strafrechtlerinnen als auch unter Sozialforscherinnen breiter Konsens darüber, dass man aus großer wirtschaftlicher Ungleichheit resultierende Kriminalität mit Mitteln des Strafrechts nicht wirklich in den Griff bekommen kann.

Soziale Gerechtigkeit

Die soziale Gerechtigkeit ist auf anderer Ebene angesiedelt als die Grundformen der Gerechtigkeit. Sie umfasst alle **Gerechtigkeitsforderungen und -normen**, und zwar solche der Verteilungs-, der Tausch-, der politischen und der korrektiven Gerechtigkeit, **die sich auf umfassende soziale Ordnungen (und eben nicht soziale Mikrokontexte) beziehen**. Zwischen mir, CH, und meiner Frau könnte es sehr ungerecht zugehen, aber diese Ungerechtigkeiten wären nicht unbedingt eine soziale Ungerechtigkeit. Eine solche läge freilich vor, wenn diese Ungerechtigkeiten einen Defekt des österreichischen Ehe- und Familienrechts und in weiterer Folge des politischen Systems offenbarten, beides Teile der österreichischen Sozialordnung.

Primärer Bezugsbereich der sozialen Gerechtigkeit sind also die **grundlegenden Institutionen der bzw. einer Gesellschaft**. Doch auch wenn sich die Normen der sozialen

Gerechtigkeit primär auf die Basisinstitutionen der Gesellschaft beziehen, beziehen sie sich möglicherweise nicht *allein* darauf, sondern auch noch auf das private Handeln innerhalb dieser Institutionen. Wir kommen am Ende noch kurz darauf zu sprechen.

Eine andere viel diskutierte Frage lautet: Sind die Normen der sozialen Gerechtigkeit, insbesondere der Verteilungsgerechtigkeit, auch auf trans- und internationale soziale Zusammenhänge anzuwenden (Kosmopolitismus) oder beschränkt sich ihr Anwendungsbe-
reich auf staatlich verfasste Gesellschaften (Partikularismus)? Diese Frage wird hier aber nicht weiter erörtert.¹⁹

Prämissen und Argumentationsweisen

Wenn wir Gerechtigkeitsargumente entwickeln, bewegen wir uns auf dem Terrain der Moral und erheben dementsprechend den Anspruch der **Unparteilichkeit**. Unparteilichkeit wiederum verlangt, die Interessen von als eigenständig und separat begriffenen Personen prima facie gleich zu gewichten. Das heißt: Meine Interessen darf ich nicht deshalb für gewichtiger halten als die Interessen anderer, weil es *meine* Interessen sind.

Daraus wiederum folgt dreierlei:

1. Wenn es um Gerechtigkeit geht, zählen nicht bloß die de-facto-Präferenzen der Einzelnen. Diese können ja auch ausgesprochen dumm und unmoralisch sein. Allenfalls haben wir uns zu fragen, was die Präferenzen unter idealen, Unparteilichkeit sicherstellenden Bedingungen wären. Eine Gerechtigkeitsargumentation beinhaltet daher ein höheres Maß an **Idealisierung** als eine ökonomische Argumentation, in der die Präferenzen der Einzelnen einfach als weitgehend unhinterfragte Daten fungieren.
2. Gerechtigkeit herstellen bedeutet mehr als bloß die Gesamtsumme individueller Nutzen zu maximieren. Eine Gerechtigkeitsargumentation unterstellt **moralische Gleichheit** aller als Wesen mit Rechten und nicht bloß als Orte von Präferenzen, Glück und Leid.
3. In der Gerechtigkeitsargumentation können wir aber auch **nicht völlig von Bedürfnissen und vernünftigen Interessen abstrahieren**. Das bedeutet: Mit ausschließlich deontologischen Argumenten gelangt man zu keiner plausiblen Konzeption der Gerechtigkeit.

Wenn wir von sozialer Gerechtigkeit sprechen, sprechen wir immer auch über fundamentale Interessen. Diese werden in der politischen Philosophie oft (aber nicht immer) als **Grundgüter** verstanden. Man versteht darunter abstrakt beschriebene Güter, die für ein gutes Leben essenziell sind, von denen vernünftige Menschen also eher mehr als weniger haben wollen, ganz gleich, wie sie sich genau ein gutes Leben vorstellen. Nicht alle dieser Güter sind (direkt) Gegenstand rechtlicher Normierung bzw. Verteilung. Gesundheit und geistige Fähigkeiten etwa sind es nicht (im Gegensatz zu medizinischen Leistungen und Bildungszugängen). Gegenstand rechtlicher Normierung bzw. Verteilung sind die **sozialen Grundgüter**. Zu den sozialen Grundgütern zählen jedenfalls:

¹⁹ Siehe C. Broszies und H. Henning (Hrsg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltex-te zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*. Berlin: Suhrkamp 2010.

- allgemeine Rechte
- Freiheiten
- politische Teilhabe
- soziale Chancen
- Einkommen und Vermögen

Diese Güter bilden denn auch den Gegenstand derjenigen Postulate der sozialen Gerechtigkeit, über die wenigstens im Abstrakten und offiziell weithin Konsens besteht. Meinungsverschieden brechen freilich auf, wenn es ums Konkrete geht.

Postulate der sozialen Gerechtigkeit

Rechtliche Gleichheit verlangt gleiche allgemeine Rechte und Pflichten, festgelegt durch allgemeine und unpersönliche Gesetze. Ungleichbehandlungen bedürfen sachlicher und allgemein akzeptabler Gründe. Diesem Postulat tragen insbesondere verfassungsrechtliche Gleichheitsgarantien Rechnung, etwa Art. 7 B-VG. Umstritten ist mitunter, welche Ungleichheiten sich, wenn überhaupt, wie rechtfertigen lassen.

Bürgerliche Freiheit verlangt gleiche größtmögliche soziale Freiheit im Rahmen eines friedlichen und gedeihlichen Zusammenlebens. Dem entsprechen liberale Grundrechte wie beispielsweise Meinungs-, Versammlungs-, Religions-, Erwerbs- und Eigentumsfreiheit oder das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Meinungsverschiedenheiten treten dann auf, wenn Freiheiten miteinander oder mit öffentlichen Interessen kollidieren, die der Gesetzgeber zu befördern versucht. Dann stellen sich oft schwierige Abwägungsfragen politischer und mitunter auch rechtlicher Art.

Demokratische Beteiligung verlangt, dass alle Gesellschaftsmitglieder das gleiche Recht haben, an der politischen Willensbildung und Entscheidungsfindung über öffentliche Angelegenheiten mitzuwirken. Zu diesem Zweck existieren Gesetze, die Wahl- und Stimmrechte einräumen sowie Wahl- und Abstimmungsverfahren regeln, aber eben auch Grundrechte wie die Meinungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit und die Koalitionsfreiheit). Umstritten ist, wer alles zu diesen „Gesellschaftsmitgliedern“ zählt: nur Bürgerinnen oder alle, die sich im Geltungsbereich der jeweiligen Gesetze dauerhaft aufhalten? Subsumiert man darunter überhaupt alle, die von politischen Entscheidungen *betroffen* sind, bräuchte es unter Bedingungen der Globalisierung wohl ein demokratisches weltpolitisches System. Ob ein solches in der Form einer Gewalt monopolisierenden Weltstaates möglich oder auch nur wünschenswert wäre, ist alles andere als klar. Die meisten würden wohl beides verneinen.

Soziale Chancengleichheit verlangt, ganz allgemein gesprochen: die Gleichheit des Zugangs zu allen begehrten sozialen Positionen. Chancengleichheit kann sehr *formalistisch* verstanden werden. Dann genügen die Beseitigung diskriminierender rechtlicher Barrieren und die Einrichtung fairer Vergabeverfahren. Mit „Chancengleichheit“ kann aber auch *substanzielle* Chancengleichheit gemeint sein. Substanzielle Chancengleichheit erfordert überdies gleiche Chancen zum Erwerb der für begehrte Positionen nötigen Qualifikationen. Daraus ergeben sich Forderungen nach einem gut dotierten öffentlichen

Bildungssystem und darüber hinaus nach einer gewissen Angleichung der Startbedingungen der Menschen (etwa durch Familienförderungsgesetze sowie Erbschafts- und Vermögensbesteuerung).

Noch eine Spur umstrittener, zumindest wenn es ins Detail geht, ist das Postulat der **wirtschaftlichen Ausgewogenheit**. Dieses verlangt Folgendes: Insoweit die Gesellschaft in Bezug auf materiellen Wohlstand eine Gemeinschaft darstellt, soll der Wohlstand gleichverteilt werden, wenn es nicht allgemein akzeptable Gründe für Ungleichverteilung gibt. Insoweit ein Gemeinschaftsverhältnis vorliegt, beinhaltet wirtschaftliche Gerechtigkeit auch Normen der Verteilungsgerechtigkeit. Und insofern die Wirtschaft noch aus Tausch-, Herrschafts- und Unrechtsbeziehungen besteht, zählen zur wirtschaftlichen Gerechtigkeit auch Normen der Tausch-, der politischen und der korrektiven Gerechtigkeit. Der wirtschaftlichen Gerechtigkeit kann das Steuerrecht dienen, aber auch Regeln über Transferleistungen, Sozialgesetze oder das kollektive Arbeitsrecht, welches Mitbestimmungsrechte für Belegschaften vorsieht, zielen (neben anderem) auf wirtschaftliche Gerechtigkeit.

Damit können grundsätzlich auch **Marktliberale** leben. Immerhin ist das Postulat mit einer Klausel versehen: „insoweit die Gesellschaft eine Gemeinschaft darstellt“. Aber für Marktliberale existiert eben mit Bezug auf materiellen Wohlstand tendenziell kein Gemeinschaftsverhältnis. Sie sehen hauptsächlich Tausch- und allenfalls Unrechtsbeziehungen. Dementsprechend ist wirtschaftliche Gerechtigkeit für sie lediglich ein Mix aus Tausch- und korrektiver Gerechtigkeit. Da von lauter freiwilligen Verträgen ausgegangen wird, nimmt man auch keine Herrschaftsverhältnisse an, etwa *in* Unternehmen, auf die Normen der politischen Gerechtigkeit Anwendung finden könnten, mit denen sich wiederum Forderungen nach Arbeitnehmerinnenmitbestimmung begründen ließen.²⁰

Soziale Gerechtigkeit und private Entscheidungen

Abschließend noch eine Bemerkung zum **Anwendungsbereich von Normen der sozialen Gerechtigkeit**: Als Beispiel für eine etwas konkretere Norm der wirtschaftlichen Gerechtigkeit wird gerne das **Differenzprinzip** von **John Rawls** angeführt. Dieses besagt, dass eine Ungleichverteilung von Einkommen und Vermögen nur insoweit gerecht ist, als von ihr die Schwächsten profitieren – etwa weil die Ungleichverteilung notwendig ist, um Anreize zu Leistungen zu schaffen und zu erhalten, die auch den Schwächsten zum Vorteil gereichen.²¹ Rawls hat das Differenzprinzip lediglich auf Institutionen (von denen das Steuerrecht einen wichtigen Teil bildet) bezogen, also nicht auf individuelles Handeln, nicht einmal auf einzelne gesetzgeberische Entscheidungen. Nach Rawls sind die Einzelnen bei ihren privaten Investitions- und Konsumententscheidungen also nicht an das Differenzprinzip gebunden.

Wie das Prinzip selbst und seine Begründung durch Rawls ist auch diese **Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die Basisinstitutionen der Gesellschaft nicht unumstritten**. Eine in der politischen Philosophie vieldiskutierte Kritik (von G. A. Cohen)

²⁰ Siehe E. Anderson, *Private Government. How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)*. Princeton/Oxford: Princeton University Press 2017.

²¹ J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1975.

lautet: Warum verlangen die Leistungsfähigen einen größeren Anteil am materiellen Wohlstand als Anreiz? *Können* sie sonst Leistungen nicht erbringen oder *wollen* sie nur nicht? Wenn sie nur nicht wollen, haben wir es mit so etwas wie Erpressung zu tun. Und Ungleichheit, die sich lediglich so etwas wie einer Erpressung verdankt, ist ungerecht. Das Differenzprinzip sollte besser so verstanden werden, dass es auch von den Einzelnen etwas verlangt, nämlich, auf solche Erpressungen zu verzichten. Sonst ist es kein Gerechtigkeitsprinzip.²² Wenn Cohen Recht hat, dann ist soziale Gerechtigkeit eben nicht bloß eine Frage der richtigen Gestaltung von insbesondere rechtlichen Institutionen und damit der Rechtsethik.

²² G. A. Cohen, *If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich?* Cambridge, Mass./London: Harvard University Press 2001; ders., *Rescuing Justice and Equality*. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press 2008. Eine Verteidigung der Rawls'schen Auffassung gegen derartige Einwände bietet T. W. Pogge, On the Site of Distributive Justice: Reflections on Cohen and Murphy. *Philosophy and Public Affairs* 29(2) 2009, 137-169.

4 Effizienz

Lit. H.-B. Schäfer und C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer Gabler 2012, 11-25; J. G. Murphy und C. L. Coleman, *Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence*, Revised Edition. Westview Press 1990, Kap. 5.

Neben der Moral und dabei insbesondere der Gerechtigkeit bildet auch die Effizienz einen Maßstab für die Analyse und Bewertung des Rechts. Mit Effizienz befasst sich in erster Linie aber nicht die Rechtsphilosophie, sondern die **Rechtsökonomik** („law and economics“). Diese ist mittlerweile eine eigenständige Disziplin zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Ihr Ziel ist es einerseits, der Rechtspolitik eine ökonomische Grundlage, also dem Gesetzgeber ein ökonomisches Begriffs- und Argumentationsmethoden-Repertoire zu geben, und andererseits, diese Begriffe und Methoden auch für die juristische Falllösung fruchtbar zu machen.

In den USA absolviert übrigens ein großer Teil der Bundesrichterinnen nach dem Studium noch einen Rechtsökonomik-Lehrgang. Nach jüngeren empirischen Analysen hat das Absolvieren dieses Lehrgangs zur Folge, dass die Richter tendenziell unternehmensfreundlich und gewerkschafts- und regulierungsbehördenfeindlich entscheiden – obwohl in den Lehrgängen keineswegs nur Marktfundamentalistinnen unterrichten. Es scheint also ein gewisser Bias in der Rechtsökonomik zu stecken.²³ Dennoch hat sie einiges zu bieten, vor allem dort, wo die Moral sehr abstrakt bleibt und lediglich einen Rahmen bereitstellt und wo hartnäckige Meinungsverschiedenheiten bestehen. Man muss allerdings ihre Grenzen kennen. Vor allem sollte man nicht annehmen, dass ökonomische Argumente moralische Argumente gänzlich ersetzen können.

Der **Begriff der Effizienz** wird zuallererst auf Handlungen, Strategien, Produktionsweisen und dergleichen bezogen. Effizient, so sagen wir, ist eine Handlung, wenn sie ein Ziel mit geringstmöglichem Mitteleinsatz bzw. mit den vorhandenen Mitteln möglichst viele Ziele erreicht. Da zwischen Zielen und Mitteln ein Abwägungszusammenhang besteht, sollte man etwas präzisieren: Eine Handlung ist effizient, wenn sie einen möglichst großen Nettonutzen (Nutzen abzüglich Kosten) bewirkt.²⁴ Dagegen wird **der Begriff in der Rechtsökonomik**, wie im Folgenden, **auf soziale Zustände (Strukturen, Institutionen und Praktiken) bezogen und zur Bewertung im Hinblick auf ihre Vorteilhaftigkeit bzw. Nützlichkeit für die beteiligten Personen verwendet**.

Dass ein Zustand effizient ist, bedeutet nicht, dass moralisch nichts an ihm ausgesetzt werden könnte. Ein eklatant ungerechter sozialer Zustand kann unter dem Gesichtspunkt der Effizienz optimal sein. Ebenso kann eine Effizienzsteigerung mit größerer Ungerechtigkeit einhergehen. Bisweilen aber sprechen Effizienz- und Gerechtigkeitsargumente

²³ Siehe E. Ash, D. L. Chen und S. Naidu, Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice. *NBER Working Paper* No. 29788 2022, 1, https://www.nber.org/system/files/working_papers/w29788/w29788.pdf

²⁴ Man bemerke: Effizienz ist nicht gleich Effektivität. Ziele können auch auf ineffiziente Weise erreicht werden.

durchaus für ein und dieselbe Rechtspolitik (z.B. für oder gegen eine Liberalisierung von Märkten).

Was heißt nun aber „nützlich für die beteiligten Personen“? Das hängt vom Effizienzkriterium ab, das wir verwenden.

Pareto-Effizienz

Das in der Mikroökonomik wohl am häufigsten verwendete Kriterium ist das Pareto-Kriterium. Wenn von sozialer Effizienz die Rede ist, dann meint man üblicherweise Pareto-Effizienz. Das Kriterium gibt es in einer starken und in einer schwachen Version:

Starke Version: Zustand Y ist Zustand X vorzuziehen, wenn in Y alle besser fahren als in X. Optimal, also effizient, ist ein Zustand dann, wenn er sich nicht mehr so verändern lässt, dass alle besser fahren.

Schwache Version: Y ist X vorzuziehen, wenn in Y zumindest eine Person besser fährt als in X und keine Person schlechter. Optimal, also effizient, ist ein Zustand dann, wenn er sich nicht mehr so verändern lässt, dass mindestens eine Person besser fährt und keine Person schlechter.

Ein **Zustand der extremen Ungleichheit kann also durchaus effizient bzw. optimal sein**. Er ist es eben dann, wenn er sich nicht mehr so verändern lässt, dass alle gewinnen oder zumindest eine Person gewinnt und keine verliert. **Auch kann eine Paretoverbesserung zu mehr Ungerechtigkeit führen**. Das tut sie dann, wenn zwar keine Person etwas verliert, aber der Abstand zwischen den Armen und politisch Machtlosen einerseits und den Reichen und politisch Mächtigen andererseits noch größer wird.

Der **Gesetzgeber kann selten direkt Paretoverbesserungen herbeiführen** (dazu müssten die Interessen der Einzelnen sehr weitgehend harmonieren und dem Gesetzgeber außerdem bekannt sein). Was immer der Gesetzgeber tut, meistens gibt es Gewinnerinnen und Verliererinnen. Dann ist das Pareto-Kriterium nicht anwendbar. Das heißt: Aus dem Kriterium ergibt sich nicht die Empfehlung an den Gesetzgeber, nichts zu beschließen, was keine Paretoverbesserung bewirkt. Mit hoher Wahrscheinlichkeit produziert der Gesetzgeber, wenn er keine Paretoverbesserung herbeiführt, einen Zustand, dessen Rückgängigmachung wieder keine Paretoverbesserung darstellen würde.

Der Gesetzgeber kann **aber durchaus Rahmenbedingungen schaffen, die Paretoverbesserungen in der Folge möglich machen oder erleichtern**. Paretoverbesserungen selbst kommen beispielsweise durch **Tauschgeschäfte bzw. Markttransaktionen** zustande. Könnten wir Sachen nicht an diejenigen verkaufen, vermieten oder verpachten, die an ihnen ein größeres Interesse haben, hätten wir definitiv viele ineffiziente Allokationen (Zuordnungen) von Gütern.

Um Tauschgeschäfte zu ermöglichen und zu erleichtern, gewährleistet der Gesetzgeber, auch der österreichische im ABGB, **Vertragsfreiheit**. Diese besteht aus Abschlussfreiheit, Inhaltsfreiheit, Endigungsfreiheit und Formfreiheit. Würde man etwa für jedes noch

so triviale Rechtsgeschäft einen Notar brauchen, wären die Kosten des Vertragsabschlusses (Transaktionskosten) so hoch, dass viele allseitig nutzbringende Geschäfte gar nicht zustande kämen.

Mit Pareto-Effizienzerwägungen aber lassen sich nicht nur Vertrags- und Marktfreiheit rechtfertigen, sondern auch zahlreiche Beschränkungen derselben. Beschränkungen, die dem Schutz vor Ausbeutung und Irreführung dienen. Man denke an Regeln über die Geschäftsfähigkeit, die nicht hinreichend rationale Personen (Kinder, Jugendliche, geisteskranken Menschen) vor Selbstschädigung schützen sollen. Man denke aber auch an Regeln des Arbeitsrechts, die Machtasymmetrien zwischen den Vertragsparteien verringern bzw. neutralisieren sollen, und an das Konsumentenschutzrecht, das hauptsächlich Informationsasymmetrien neutralisieren soll.²⁵ Solche Beschränkungen werden jedoch nicht allein mit Pareto-Effizienzerwägungen begründet, sondern auch und vor allem mit Erwägungen der Tauschgerechtigkeit. Diese verlangt mehr als die Gewährleistung von Bedingungen, die Paretoverbesserungen wahrscheinlich machen. So kann etwa ein ausbeuterischer Arbeitsvertrag eine Paretoverbesserung bewirken und dennoch unter dem Gesichtspunkt der Tauschgerechtigkeit zu beanstanden sein.

Damit die Regeln, die Paretoverbesserungen möglich und wahrscheinlich machen sollen, auch eingehalten werden, braucht es weitere Regeln, insbesondere Haftungsnormen, die den Einzelnen einen hinreichenden Anreiz geben, sich regelkonform zu verhalten. Für alle der genannten Regeln sprechen auch moralische, insbesondere Gerechtigkeitsargumente. Hier ging es aber nur darum zu zeigen, dass es für sie ebenso ökonomische Gründe gibt.

Kaldor-Hicks-Effizienz

Unmittelbar rechtspolitisch leistungsfähiger als das Pareto-Kriterium ist das Kaldor-Hicks-Kriterium. Denn dieses lässt Gewinnerinnen und Verliererinnen zu:

Das Kriterium lautet: Y ist X vorzuziehen, wenn in Y zumindest eine Person so große Vorteile hat, dass sie diejenigen, die in X besser fahren, entschädigen könnte. Optimal, also effizient, ist ein Zustand dann, wenn er sich nicht mehr so verändern lässt, dass die Gewinnerinnen die Verliererinnen entschädigen könnten.

So kann eine Einführung von Markt- bzw. Wettbewerbsstrukturen, wiewohl keine Paretoverbesserung, eine Kaldor-Hicks-Verbesserung darstellen. Freilich erfordert das Kaldor-Hicks-Kriterium, anders als Pareto-Kriterium, einen Vergleich zwischen den Gewinnen und den Verlusten. Immerhin stellt es auf die Möglichkeit einer Entschädigung ab.

²⁵ Ganz allgemein haben Regeln über Informationspflichten aus ökonomischer Sicht auch die Funktion, Transaktionskosten zu verringern und damit nutzbringende Tauschgeschäfte zu erleichtern. Die Weitergabe von Informationen, über die man bereits verfügt, verursacht typischerweise geringeren Aufwand als die Beschaffung der Informationen. Und hoher Informationsbeschaffungsaufwand hält leicht vom Abschluss nützlicher Rechtsgeschäfte ab.

Dafür, dass die Entschädigung nicht tatsächlich erfolgen muss, sondern eine hypothetische ist, lassen sich vor allem zwei Gründe ins Treffen führen:

- (1) **Transaktionskosten:** Die Abwicklung der Entschädigung würde selbst oft einen Aufwand verursachen, der von den Gewinnen nichts mehr übrigließe. (Und bliebe etwas übrig, hätten wir ohnehin eine Paretoverbesserung.)
- (2) **Leistungsanreize:** Ein sofortiger Ausgleich von Verlusten würde Leistungsanreize schwächen oder gänzlich beseitigen, sodass längerfristig auch diejenigen, die zunächst verlieren, kein Interesse an einer Regel haben, die sofortige Entschädigungen gebietet.²⁶

Das Coase-Theorem

Ein zentrales Theorem der Rechtsökonomik stammt von Ronald Coase.²⁷ Es besagt im Wesentlichen: Alle Probleme der Bereitstellung öffentlicher Güter bzw. der Verhinderung sozialer Kosten ließen sich zwischen rationalen Subjekten im Wege von Tauschgeschäften lösen, wenn die Transaktionen keinerlei Kosten verursachen würden. Oder anders: **Wenn Markttransaktionen kostenlos sind, dann ist jede durch den Gesetzgeber vorgenommene Zuteilung von Rechten gleichermaßen effizient.** Rationale Einzelne würden jede zunächst ineffiziente Allokation durch Tauschgeschäfte so verändern, dass keine Paretoverbesserung mehr möglich ist.

Man beachte, Voraussetzung (neben der Rationalität der Parteien) ist, dass mit den Transaktionen selbst keine Kosten verbunden sind. Solche **Transaktionskosten** wären insbesondere: Informationskosten, Anbahnungskosten, Verhandlungskosten, Kosten der Kontrolle und Durchsetzung von Vereinbarungen und Kosten der Lösung von Problemen kollektiven Handelns (wenn die Parteien Personenmehrheiten sind)

Illustration

Angenommen, zwei Landwirtinnen A und B produzieren nebeneinander. A betreibt Rinderzucht, B Ackerbau. Die Rinder von A haben die Angewohnheit, auf die Felder von B zu gehen und dort Schäden zu verursachen. Soll A für diese Schäden von B haften oder nicht? Nach dem Coase-Theorem macht es, wenn Markttransaktionen keine Kosten verursachen, ökonomisch keinen Unterschied, ob der Gesetzgeber eine Haftung statuiert oder nicht:

- (1) Wenn A für Schäden von B haftet, kann A B durch Abstandszahlungen dazu bringen, etwas weniger Getreide anzubauen, solange ihr Grenznutzen aus der

²⁶ Bei Langfristigkeitsargumenten ist freilich Vorsicht geboten. Denn wie der Ökonom John Maynard Keynes einmal angemerkt hat: Langfristig sind wir alle tot. Außerdem ist, wenn man mit dem Kaldor-Hicks-Kriterium Rechtspolitikern rechtfertigen möchte, darauf zu achten, dass es nicht Gruppen gibt, die *ständig* bzw. *systematisch* verlieren.

²⁷ R. H. Coase, The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* 3 1960, 1-44. <https://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>.

Aufzucht eines weiteren Rindes den Grenznutzen von B aus dem Anbau einer zusätzlichen Getreidemenge übersteigt.²⁸

- (2) Wenn A nicht für Schäden von B haftet, kann B A durch Abstandszahlungen dazu veranlassen, etwas weniger Rinder zu halten, solange ihr Grenznutzen aus dem Anbau einer zusätzlichen Getreidemenge den Grenznutzen von A aus der Aufzucht eines weiteren Rindes übersteigt.

Ohne Transaktionskosten ist der Fall ökonomisch nicht zu unterscheiden vom Fall einer Landwirtin, die sowohl Rinder züchtet als auch Ackerbau betreibt. Auch diese Landwirtin muss sich überlegen, wieviel sie wovon produziert, und das hängt naturgemäß von vielen Faktoren ab, die sie selbst nicht unter Kontrolle hat: Futtermittel- und Saatgutkosten, Tierarztkosten, Maschinenkosten, Marktpreise für Getreide und Fleisch etc.

Was aus dem Coase-Theorem (nicht) folgt

Aus dem Theorem folgt nicht, dass es ökonomisch betrachtet egal ist, was der Gesetzgeber macht, solange er nur für einen freien Markt sorgt. Denn abgesehen davon, dass wir nicht alle durchweg rationale Eigennutzenmaximiererinnen sind, verursacht in der Realität jede Markttransaktion Kosten (mindestens Zeitaufwand).

Der Gesetzgeber sollte Regeln allerdings so gestalten, dass die Transaktionskosten möglichst gering bleiben (z.B. Informationspflichten festlegen und durch Haftungsregeln absichern).

Dort, wo Transaktionskosten gleichsam naturgemäß exorbitant hoch sind, sollen womöglich (schon aus ökonomischen Gründen) gar keine Markttransaktionen (Tauschgeschäfte) zugelassen werden. Beispiel: Eine Fabrik belastet die Umwelt und schädigt damit die Interessen von Anrainerinnen. Da Letztere erst ein oftmals sehr kniffliges Kooperationsproblem untereinander zu lösen haben²⁹, bevor sie mit den Eigentümerinnen der Fabrik verhandeln können, und die (internen wie externen) Verhandlungen überdies sehr aufwendig werden können, liegt es nahe, das Problem nicht auf dem Verhandlungsweg, sondern durch Umweltschutz- und Raumordnungsvorschriften zu lösen.

Praktische Bedeutung

Das Coase-Theorem inspiriert zunächst vor allem die **Rechtspolitik**. Es bildet etwa die Grundlage für die Bepreisung von Emissionen durch Systeme des Handels mit Emissionslizenzen (im Gegensatz etwa zu einer Bepreisung im Wege der Besteuerung).

Das Theorem spielt bisweilen aber auch **in juristischen Argumentationen** eine Rolle, insbesondere im Zusammenhang mit schwierigen Haftungsfragen. Die Idee ist: Man stelle sich einen perfekten Markt mit lauter rationalen Parteien vor und überlege, zu welchem

²⁸ *Grenzkosten* sind die Kosten einer zusätzlichen Gütereinheit; der *Grenznutzen* ist Nutzen einer zusätzlichen Gütereinheit. Allgemeine Entscheidungsregel: Sorge dafür, dass Grenzkosten und Grenznutzen gleich sind! Dann ist das optimale Produktionsniveau erreicht.

²⁹ Gefangenendilemma: Jede Anrainerin hat ein Interesse daran, dass alle sich an der Finanzierung einer hinreichend hohen Abstandszahlung (an die Eigentümerinnen der Fabrik) beteiligen. Aber sie hat nicht unbedingt ein Interesse, sich selbst daran zu beteiligen bzw. den anderen auch nur wahrgemäß über das eigene Interesse an der Reduktion der Emissionen Auskunft zu geben.

Ergebnis kostenlose Verhandlungen zwischen den Parteien führen würde. Dieses Ergebnis ist dann zugleich das rechtlich gebotene.

Drei Arten von Rechtsregeln aus ökonomischer Sicht

Im Folgenden sollen Eigentums-, Haftungs- und Unveräußerlichkeitsregeln unter dem Gesichtspunkt der Effizienz grob analysiert werden, um einen besseren Eindruck von der rechtsökonomischen Denkungsart zu geben.

Eigentumsregeln

Eigentumsregeln schützen Interessen dadurch, dass sie exklusive Nutzungsrechte gewähren, mit denen in der Regel auch Verfügungsrechte verbunden sind.

Exklusive Nutzungsrechte geben prinzipiell einen **Anreiz zu nachhaltiger Produktivität**. Sie führen zu einer **Internalisierung sozialer Kosten**. Das heißt, ohne solche Rechte würden viele Kosten der Nutzung von Ressourcen in den Kalkulationen der Einzelnen nicht zu Buche schlagen.

Ein Beispiel („**Tragödie der Allmende**“): Stellen wir uns eine im Gemeineigentum stehende Wiese vor, die alle Gemeinschaftsmitglieder als Weidefläche nutzen können. Wenn jedes Gemeindemitglied so viel Vieh weiden lässt, das Grenzkosten und Grenznutzen gleich sind, wird die Wiese bald zerstört sein und sich nicht mehr als Weidefläche eignen. Es liegt hier also ein Gefangenendilemma vor. Jede hat ein Interesse am Erhalt der Wiese, aber keine daran, zum Erhalt selbst etwas beizutragen. Ergebnis: Alle fahren schlechter durch allseitige Nichtkooperation. Mögliche Lösung des Problems: Eigentumsrechte an Teilen der Wiese. Damit erhält jede einen Anreiz, für den Erhalt der Wiese, genauer gesagt: ihres Teils, zu sorgen.

Allerdings kann der Gebrauch von Eigentumsrechten selbst soziale Kosten verursachen (z.B. in Form von Umweltverschmutzung, Klimawandel, Zersiedelung der Landschaft mit schlechten ökonomischen und ökologischen Konsequenzen). Somit sind auch gewisse Eigentumsbeschränkungen ökonomisch sinnvoll.³⁰

Verfügungsrechte wiederum ermöglichen Tauschgeschäfte und damit **Paretoverbesserungen**. Eine generelle rechtliche Unmöglichkeit, Sachen, aus denen man kaum Nutzen zieht, (gegen Entgelt) anderen zu überlassen, die ein größeres Interesse an ihnen haben, würde ineffiziente Allokationen von Gütern „einfrieren“. Außerdem würden wir ohne die Möglichkeit zu tauschen nur mehr für den Eigenbedarf produzieren, es gäbe kaum noch Arbeitsteilung und damit signifikante Wohlstandseinbußen.

³⁰ Privateigentum und zentrale, staatliche Regulierung sind freilich nicht die einzigen Optionen, die für die Lösung von Allmende-Problemen zur Verfügung stehen. Siehe E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press 1990.

Haftungsregeln

Haftungsregeln legen einen **Preis für die Verletzung von Interessen** anderer fest, so dass keine aufwendigen Vorabverhandlungen nötig sind. Sie geben einen **Anreiz zur Vermeidung von Schädigungen anderer**. Das ist insbesondere dann sinnvoll, wenn die Vermeidung der Fremdschädigung weniger Kosten verursacht als Schutzmaßnahmen der potenziell Geschädigten.³¹

Gäbe es gar keine Haftungsregeln, käme es wohl zu allzu vielen, eigentlich leicht vermeidbaren Schädigungen. Das wäre ineffizient. Würden wir aber umgekehrt für *jeden* Schaden haften, den wir verursachen, wäre jegliche Interaktion mit anderen extrem riskant und wir würden potenziell nutzbringende Interaktionen stark reduzieren. Auch dies wäre nicht im Sinne der sozialen Effizienz.

Die **rechtspolitische Herausforderung** besteht darin, einen Anreiz zur Fremdschadensvermeidung zu geben, ohne den sozialen Austausch allzu riskant machen. In der Regel ist deshalb als Mittelweg die Verschuldenshaftung vorgesehen. Nur ausnahmsweise wird verschuldensunabhängig gehaftet. Das lässt sich oft auch ökonomisch rechtfertigen. So verursacht etwa eine verschuldensunabhängige Haftung bei Verkehrsunfällen mit Kraftfahrzeugen insgesamt deutlich weniger Kosten, weil sie die Schadensabwicklung erleichtert.³²

Unveräußerlichkeitsregeln

Unveräußerlichkeitsregeln legen fest, dass **bestimmte Rechte entweder gänzlich unübertragbar sind oder nicht gegen Entgelt übertragen werden können**. Viele Rechte können wir übertragen, sogar gegen Entgelt (z.B. Eigentums- und sonstige Nutzungsrechte, Forderungen und Mitgliedschaftsrechte an Kapitalgesellschaften). Manche können wir übertragen, aber nicht gegen Entgelt (z.B. Stimmrechte in universitären Gremien und Kommissionen). Und manche können wir gar nicht übertragen (z.B. basale Freiheitsrechte oder hoheitliche Befugnisse).

Hauptsächlich sprechen moralische bzw. Gerechtigkeitsargumente für solche Verbote in Form von Unveräußerlichkeitsregeln. Aber es gibt bisweilen auch ökonomische Gründe. Zumindest manche Unveräußerlichkeitsregeln **verhindern Ineffizienz in Form von Ausbeutung, Korruption und Rechtsunsicherheit**. Dürften etwa hoheitliche Befugnisse bzw. Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen ge- und verkauft werden, wäre Korruption legalisiert. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit würde – zum Nachteil aller oder der meisten – zu einem Rückgang der Investitionen führen. (Freilich erfordert Korruptionsbekämpfung viel mehr als Unveräußerlichkeitsregeln: die Förderung von Tugenden, nicht zu geringe Gehälter für das Vollziehungspersonal, ein gewisses, mitunter ein sehr hohes Maß an Unabhängigkeit etc.)

³¹ Dementsprechend kann auch die weitere Präzisierung und Zuordnung von Sorgfaltsanforderungen davon abhängen, wer der „cheapest cost avoider“ ist.

³² Klassisch: G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven/London: Yale University Press 1970.

5 Grund- und Menschenrechte

Lit. J. Nickel, Human Rights. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy* Spring 2019, <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>; A. Buchanan, Human Rights. In *The Oxford Handbook of Political Philosophy*, Hrsg. D. Estlund, Oxford: Oxford University Press 2012, 279-297; P. Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte. In *Philosophie der Menschenrechte*, Hrsg. S. Gosepath und G. Lohmann, Frankfurt am Main 1998, 96-123.

Drei Verwendungsweisen der Ausdrücke „Grundrechte“ und „Menschenrechte“ können unterschieden werden: (1) Manchmal sind damit fundamentale **moralische Rechte** gemeint, die einen Maßstab zur Bewertung insbesondere politischer Institutionen und Entscheidungen bilden. (2) Insbesondere Juristinnen meinen damit aber in der Regel nur **juridische Rechte**, wie sie von staatlichen Verfassungen und/oder völkerrechtlichen Verträgen statuiert werden. (3) In der politischen Debatte bezieht man sich auch oft auf **Rechte, die verfassungsgesetzlich oder völkerrechtlich garantiert und implementiert sein sollten** – sei es, weil es sich bei ihnen um fundamentale moralische Rechte im Sinne von (1) handelt, sei es, weil man sich davon wünschenswerte Konsequenzen für die allgemeine Wohlfahrt (z.B. politische Stabilität oder Wirtschaftswachstum) erwartet. Zumindest einige Rechte im Sinne von (3) sind, was ihren Inhalt und ihren räumlichen Geltungsbereich betrifft, auch juridifiziert, das heißt: Rechte im Sinne von (2).

Grund- und Menschenrechte sind, bei allen Unzulänglichkeiten ihrer Implementierung, eine typische, wenn nicht gar essenzielle Institution der modernen (Welt-)Gesellschaft. Sie sind das Ergebnis von Individualisierungs- und Demokratisierungsprozessen (durchaus in Form politischer Kämpfe) und zugleich Triebkraft für selbige. Als rechtliche Institution (und nicht bloß moralisches Postulat) **schützen sie fundamentale Freiheits-, Partizipations- und gegebenenfalls auch Wohlfahrtsinteressen** von Individuen und sogar Gruppen (z.B. Recht auf kollektive Selbstbestimmung). Sie sind ein wesentlicher **Teil jeder im weiten Sinne liberalen und zumindest minimal egalitären Konzeption sozialer Gerechtigkeit**. So lassen sich jedem der oben angeführten Postulate der sozialen Gerechtigkeit bestimmte fundamentale Rechte zuordnen. Gleichwohl erfordert ihre Begründung und inhaltliche Konkretisierung oft mehr als Gerechtigkeitsüberlegungen, z.B. Überlegungen über die Mindestvoraussetzungen für ein gutes Leben oder darüber, was „Autonomie“ bedeutet. Umgekehrt wird wenigstens von Gegnerinnen eines starken Markt- oder Neoliberalismus angenommen, dass sich soziale Gerechtigkeit nicht in der Implementierung von Grund- und Menschenrechten einschließlich diverser Diskriminierungsverbote *erschöpft*.

Grund- und Menschenrechte sind **Gegenstand zahlreicher juristischer und politischer Kontroversen sowie ethischer und rechtsphilosophischer Reflexionen**. Letztere handeln vor allem von der Begründung bzw. Rechtfertigung von Menschenrechten. Umstrittener als die Idee fundamentaler universeller Rechte ist, welche Rechte das sind, was genau ihr Inhalt ist, wem gegenüber sie bestehen und inwieweit bei ihrer Bestimmung kulturellen Differenzen Rechnung zu tragen ist.

Struktur und Arten von Rechten

Auch wenn sie sich auf sehr unterschiedliche Weise mit Rechten befassen, so teilen Juristinnen, Philosophinnen und Soziologinnen üblicherweise den Begriff des subjektiven Rechts. Zumindest meinen sie, dass **Rechte ihrem Wesen nach Beziehungen** sind (wenngleich sich einige wie Güter behandeln, also übertragen, sogar veräußern lassen). Damit wir von einem Recht sprechen können, braucht es ein **Subjekt**, dem das Recht Handlungsmöglichkeiten eröffnet oder dessen Interessen durch das Recht geschützt werden, eine **Adressatin**, deren Handlungsmöglichkeiten durch das Recht beschränkt werden, die also zu irgendetwas (und sei es nur ein Unterlassen) verpflichtet wird, und eine **Bestimmung des Inhalts** der Handlungsmöglichkeiten bzw. Interessen und Verpflichtungen. Juridische Rechte beinhalten im Allgemeinen außerdem eine Befugnis des Rechtssubjekts zur Durchsetzung der Pflichten der Adressatinnen. Dafür sind bestimmte Verfahren vorgesehen.

Soweit das Recht tatsächlich existiert, etwa als Bestandteil der geltenden Rechtsordnung, begründet es eine **soziale Beziehung**, eben zwischen den Subjekten und Adressatinnen (inkl. Durchsetzungsinstanzen). Das heißt natürlich nicht, dass ohne Rechte keine sozialen Beziehungen bestünden, sondern nur, dass Rechte selbst schon Beziehungen darstellen bzw. andere Beziehungen mehr oder weniger stark prägen.

Was Typen subjektiver Rechte betrifft, so können wir dreifach unterscheiden: nach dem Kreis der Subjekte zwischen **universellen** und **partikularen Rechten**; nach dem Kreis der Adressatinnen zwischen **generellen** und **speziellen**; und nach dem Inhalt zwischen **Anspruchs-, Freiheits-, Kompetenz- und Immunitätsrechten**.³³

Subjekte

Grund- und Menschenrechte adressieren als juridische Rechte nahezu ausschließlich Staaten. Und sie sind **so gut wie allesamt universelle Rechte**, also Rechte, die prinzipiell jeder Person zukommen. Einige dieser Rechte bestehen freilich nicht gegenüber *jedem* Staat, sondern nur gegenüber demjenigen Staat, dessen Bürgerin man ist oder in dem man sich dauerhaft rechtmäßig aufhält (etwa das Recht, an Wahlen teilzunehmen oder das Recht auf Niederlassungsfreiheit). Derartige **universelle spezielle Rechte** (vielleicht besser: universelle *generell-spezifische* Rechte) finden wir auch in Katalogen von explizit „Menschenrechte“ genannten Rechten. In nationalen Verfassungen bzw. im auf die jeweilige Verfassung bezogenen Diskurs dagegen werden solche Rechte in der Regel als „**Bürgerrechte**“ bezeichnet. Sie bilden eine Subgruppe von „**Grundrechten**“. Sowohl universelle generelle (Menschenrechte im strikten Sinne) als auch universelle spezielle Rechte (Staatsbürgerinnenrechte) sind in Rechtstexten (Verfassungstexten, internationalen Verträgen etc.) sehr **abstrakt** formuliert und umfassen jeweils ein Bündel konkreterer Rechte. Ihre nähere Bestimmung erfolgt nicht selten durch Verfassungs- und internationale Gerichte.

³³ Siehe Koller, *Theorie des Rechts*, Kap. II.3.

Oft heißt es, dass Menschenrechte Rechte sind, die man einfach deshalb besitzt oder (als juristische Rechte) besitzen sollte, *weil man ein Mensch ist*. Analog werden Bürgerinnenrechte als Rechte verstanden, die man einfach *aufgrund der Zugehörigkeit zu einem Staat* besitzt oder besitzen sollte. Dennoch sprechen wir im moralischen wie im rechtlichen Menschenrechtsdiskurs auch noch von **Frauenrechten, Kinderrechten und Rechten religiöser oder kultureller Minderheiten**. Diese „**besonderen**“ Rechte sollen der Tatsache Rechnung tragen, dass die Befriedigung fundamentaler Freiheits-, Partizipations- und Wohlfahrtsinteressen sehr unterschiedlich gefährdet sein kann.³⁴ Die Gefahren für Männer, Erwachsene oder Angehörige der Mehrheit sind aufgrund natürlicher und sozialer Gegebenheiten nicht durchweg dieselben wie jene für Frauen, Kinder oder Minderheiten. Es handelt sich bei den besonderen Rechten Letzterer um Konkretisierungen und Ergänzungen, die **notwendig erscheinen für die Gewährleistung von Gleichheit**, wie sie wesentlicher Bestandteil der Menschenrechtsidee ist.

Adressatinnen

Die Adressatinnen von juristischen fundamentalen Rechten sind primär Staaten. Diese sind zu einem Unterlassen und/oder Tun verpflichtet. Ausnahmsweise entfalten solche juristischen Rechte aber auch Drittwirkung und verpflichten Private.³⁵ Soweit fundamentale Rechte **als moralische Rechte** zu verstehen sind, spiegeln sie Prinzipien des Zusammenlebens wider, die **jedes soziale Verhältnis unmittelbar betreffen**.

Generell ergeben sich aber aus fundamentalen Rechten **moralische Pflichten für die Einzelnen, sich an der für die Durchsetzung und Gewährleistung nötigen Kooperation zu beteiligen**, etwa an der Finanzierung von Rechtsschutzeinrichtungen.³⁶ Das wirft auch Fragen der Verteilungsgerechtigkeit auf. Die gemeinsame Last (in Bezug auf sie besteht ein Gemeinschaftsverhältnis) ist nämlich aufteilen, d.h. es ist näher zu bestimmen, wer was bzw. wieviel beizutragen hat.

³⁴ Manche dieser Rechte sind nicht einmal Rechte von Einzelmenschen, sondern von Kollektiven (etwa Rechte auf kollektive Selbstbestimmung). Für die Ethik stellen kollektive Rechte ein größeres Problem dar als für das Recht (siehe C. Hiebaum, Gruppeninteressen und kollektive Rechte. In *Handbuch Gemeinwohl*, Hrsg. C. Hiebaum, Wiesbaden: Springer VS 2022, 311-322). Das Recht kann prinzipiell *jede* Entität (sogar Teile der unbelebten Natur) mit Rechtssubjektivität ausstatten.

³⁵ Inwieweit sich aus Menschenrechten direkt Pflichten für machtvollen nichtstaatliche Akteurinnen, etwa multinationale Korporationen, ergeben, ist heute aber nicht nur Gegenstand ethischer, sondern auch völkerrechtlicher Debatten. Siehe etwa K. Schmalenbach, Multinationale Unternehmen und Menschenrechte. *Archiv des Völkerrechts* 39(1) 2001, 57-81.

³⁶ Die Implementierung von Rechten durch den Staat ist niemals kostenlos, selbst wenn es sich um bloße Freiheitsrechte oder negative Anspruchsrechte handelt (siehe S. Holmes und C. R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York/London: W. W. Norton & Company 1999). Und sie wird umso aufwendiger, je mehr der Staat *aktiv* tun muss, um die den Rechten zugrundeliegenden Interessen zu befrieden (man denke etwa an ein Recht auf Gesundheitsversorgung oder soziale Sicherheit).

Nach der Statuslehre Georg Jellineks³⁷ können fundamentale Rechte folgendermaßen kategorisiert werden: (1) **Freiheits- und negative Anspruchsrechte**, die einen „status negativus“ begründen; (2) **Partizipations- bzw. politische Rechte**, die einen „status activus“ begründen; und (3) **soziale bzw. positive Anspruchsrechte**, die einen „status positivus“ begründen. Für gewöhnlich wird eine historische Entwicklung von (1) über (2) nach (3) konstatiert.³⁸

Diese Unterscheidung wird dadurch ein wenig relativiert, dass (für Staaten) nicht bloß eine Pflicht zur Achtung von Freiheits- und negativen Anspruchsrechten besteht, sondern auch eine Pflicht zu ihrem Schutz und ihrer Förderung, was ein aktives Tun erfordert. Im Recht kommt dies u.a. in Gewährleistungspflichten und institutionellen Garantien zum Ausdruck.

Die Rechte, die sich in der Liste der **Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte** von 1948 finden, könnte man auch zu *sechs* Familien von Rechten bündeln: „(1) Security rights that protect people against murder, torture, and genocide; (2) Due process rights that protect people against arbitrary and excessively harsh punishments and require fair and public trials for those accused of crimes; (3) Liberty rights that protect people’s fundamental freedoms in areas such as belief, expression, association, and movement; (4) Political rights that protect people’s liberty to participate in politics by assembling, protesting, voting, and serving in public office; (5) Equality rights that guarantee equal citizenship, equality before the law, and freedom from discrimination; and (6) Social rights that require that governments ensure to all the availability of work, education, health services, and an adequate standard of living. A seventh category, minority and group rights, has been created by subsequent treaties. These rights protect women, racial and ethnic minorities, indigenous peoples, children, migrant workers, and the disabled.“ (Nickel, Human Rights, Abschn. 3)³⁹

Begründungen

Mitunter werden **fundamentale Rechte als „angeborene“ und „unveräußerliche“ Rechte** bezeichnet. Wenn damit gemeint ist, dass die Rechte über besonders großes Gewicht verfügen und auch in diesem Sinne fundamental sind, dann ist dies plausibel. Weniger plausibel wäre die Feststellung, dass sie vollkommen unabhängig von der

³⁷ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i. B.: J.C.B. Mohr 1892.

³⁸ Klassisch für Großbritannien: T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class, and Other Essays*, Cambridge: Cambridge University Press 1950.

³⁹ Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ist als Resolution der UN-Generalversammlung freilich nicht unmittelbar und strikt rechtsverbindlich. Sie stellt sog. „soft law“ dar. Ihre Bedeutung für die weitere Entwicklung und die Interpretation des „hard law“ der Menschenrechte (Menschenrechtskonventionen als völkerrechtliche Verträge) ist jedoch nicht zu unterschätzen.

gesellschaftlichen (wirtschaftlichen, institutionellen, technologischen etc.) Entwicklung allen Menschen zu allen Zeiten gleichermaßen zukommen und auch unter keinen Umständen beschränkt werden können. Selbst fundamentale moralische Rechte sind nicht unbedingt historisch-sozial invariabel.

Dass Menschen fundamentale Rechte haben bzw. fundamentale juristische Rechte haben sollten, wird oft mit der **Annahme gleicher Würde** begründet. Damit befinden wir uns auf deontologischem Terrain. Von weiteren Argumenten ist nicht ganz klar, ob sie lediglich eine Präzisierung des Würdearguments oder eine Alternative darstellen: Menschenrechte, so ein Argument, gründen auf **menschlicher Handlungsfähigkeit und Autonomie**. Oder anders: Letztere zu sichern ist der *Sinn* von Menschenrechten. (Dies freilich wirft die Frage auf, wie es sich mit den Rechten jener verhält, die von vornherein unfähig sind, rational und autonom zu handeln, z.B. Komatöse, Demente, Schizophrene oder schwer Depressive.) Andere Argumente gründen die Rechte auf **Grundbedürfnisse, menschliches Wohlergehen, fundamentale Interessen, Fairness, Gleichheit, positive Freiheit** (Freiheit *zu*, im Gegensatz zu Freiheit *von*) oder ein basales **Recht auf Rechtfertigung**.

Augenscheinlich **utilitaristische Argumente** betonen weniger den Nutzen von Menschenrechten für die *einzelnen* Rechtssubjekte als die wünschenswerten sozialen Konsequenzen der breiten Anerkennung und (rechtlichen) Implementierung von Menschenrechten, z.B. Sicherheit als Voraussetzung für Investitionen und Wirtschaftswachstum oder die Etablierung von Sphären der Freiheit zum Experimentieren mit Lebensstilen und Produktionsmethoden, was absehbar zu allgemein nützlichen Innovationen, sozialem Fortschritt und Wohlstandsgewinnen führt. Manche Argumente, die auf wünschenswerte soziale bzw. wirtschaftliche Folgen abstellen, eignen sich aber selbst dann nicht als *öffentliche* Argumente, wenn sie zutreffen. Stark vereinfacht: Grundrechte, insbesondere Rechte auf Eigentumsschutz, schaffen Sicherheit und damit ein gutes Klima für private, sozial nützliche Investitionen. Das tun sie aber nur dann, wenn sie nicht nur deshalb eingeführt werden.⁴⁰ Gleichwohl eignen sich solche konsequenzialistischen Argumentationsweisen durchaus für die nähere Bestimmung der Rechte. Sie bieten sich gerade dann an, wenn die Interessen, die verschiedenen Rechten zugrunde liegen, miteinander oder mit öffentlichen Interessen konfligieren.

Spannungen und Spannungsabbau

Die rechtliche Institutionalisierung fundamentaler Rechte ist, wie eingangs bemerkt, das Ergebnis politischer Kämpfe, insbesondere von Kämpfen um die Materialisierung der moralischen Idee gleicher Würde. Die Entwicklung der Menschenrechte als Teil des Rechts lässt sich als **Expansion mit einer inhaltlichen und einer räumlichen**

⁴⁰ Siehe J. Elster, *Solomonic Judgements. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press 1989, Kap. IV

Dimension beschreiben: „Was die *inhaltliche* Dimension betrifft, so ist eine allmähliche *Ausweitung* der Menschenrechtsidee zu beobachten. Die Ausweitung hat sich nach und nach in drei Etappen vollzogen, denen jeweils verschiedene Typen von Menschenrechten entsprechen, und zwar im Wesentlichen die folgenden: liberale Rechte, politische Rechte und soziale Rechte. ... Dazu kommt eine Expansion ... in der *räumlichen* Dimension. Gemeint ist die zunehmende *Verbreitung* dieser Rechte über die ganze Welt, ihre *Universalisierung*, die in zwei Formen auftritt: Zum einen gibt es die Bemühung, den Menschenrechten internationale Geltung zu verschaffen, indem man die einzelnen Staaten – vor allem mittels völkerrechtlicher Abkommen – darauf zu verpflichten sucht, diese Rechte *innerhalb ihres Gebiets zu respektieren und zu schützen*. Zum anderen wird aber, insbesondere von Seiten der armen Länder, immer deutlicher die Forderung erhoben, daß die Menschenrechte auch auf der Ebene der Beziehungen *zwischen* den Nationen Anerkennung finden müssen; so komme es vor allem darauf an, eine gerechtere Verteilung des irdischen Reichtums herbeizuführen, um allen Menschen auf der Welt ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen.“ (Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte, 97).

Zwischen diesen beiden Expansionen besteht ein **Spannungsverhältnis**: „Denn je mehr die Menschenrechte fordern und je größere Anforderungen an die soziale Ordnung sie inkludieren, desto geringer scheinen die Aussichten, sie in globalem Umfang zu gewährleisten.“ (Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte, 98) Dieses Spannungsverhältnis prägt auch die Diskussion zwischen Konservativen, die zu einem gewissen Menschenrechtsminimalismus neigen, und Progressiven, die eine, freilich nicht gerade leicht zu bewerkstellende „tiefgreifende Reform der bestehenden internationale Ordnung postulieren“, um sehr anspruchsvollen Menschenrechten faktische Geltung verschaffen zu können (Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte, 99).

Jede Konzeption von Rechten muss gewissen **Erfordernissen des menschlichen Zusammenlebens Rechnung tragen**. Das gilt auch für Konzeptionen von Menschenrechten. Dass alle die gleichen Menschenrechte haben, kann nicht bedeuten, dass jeder Mensch gegenüber allen anderen die genau gleichen Pflichten hat. Wäre dies der Fall, stünde es um Menschenrechte als mögliche soziale Realität schon prinzipiell sehr schlecht. Man darf vermuten: Wäre jeder Mensch gleichermaßen für die Befriedigung fundamentaler Interessen aller anderen verantwortlich, blieben allzu viele solcher Interessen aufgrund der **Überforderung** der Einzelnen oder aufgrund von **Koordinationsproblemen** unbefriedigt. Zudem meinen wohl die meisten, dass sie **gegenüber bestimmten Personen stärkere Pflichten haben als gegenüber anderen** – auch wenn es sich um Pflichten zur Befriedigung fundamentaler Interessen handelt.

In der modernen Gesellschaft ist deshalb nicht nur die wirtschaftliche Produktion durch ein hohes Maß an **Arbeitsteilung** gekennzeichnet, sondern auch das moralische Leben. Moralische Arbeitsteilung **als System abgestufter gegenseitiger Pflichten** kommt in zwei (durchaus kombinierbaren) Modellen vor: (1) Nach dem **Modell der zweckmäßigen Pflichtenzuweisung** können einige Rechte nur Wirksamkeit erlangen, wenn wir ihre Wahrung bestimmten Personen oder Institutionen übertragen. (2) Nach dem **Modell der beziehungsabhängigen Verantwortlichkeiten** dagegen haben Menschen gegeneinander umso stärkere Pflichten, „je enger sie durch ein Verhältnis der Kooperation oder der

Abhängigkeit miteinander verbunden sind“ (Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte, 106).

Zwar lässt sich mit diesen Modellen das oben beschriebene Spannungsverhältnis zwischen der inhaltlichen und der räumlichen Expansion nicht auflösen. Aber sie erlauben es, die Praxis der Menschenrechte und den Streit um Menschenrechte als Spezialfall eines ganz allgemeinen Problems des moralischen Lebens in einer komplexen Gesellschaft zu erkennen. In der Beschreibung von Strukturen moralischer Arbeitsteilung verschwimmen naturgemäß die Grenzen zwischen sozialwissenschaftlicher, ethischer und juristischer Analyse.

Fundamentale Rechte und Demokratie

Sowohl **Menschenrechte** im strikten Sinne (universelle generelle Rechte) als auch Bürgerinnenrechte (universelle spezielle Rechte) **beschränken den Spielraum für einfache Mehrheitsentscheidungen**. Sie tun das *rechtlich*, etwa indem sie höherrangiges Recht darstellen, das nur durch qualifizierte Mehrheiten geändert werden kann; und/oder sie tun es *faktisch*, etwa weil ihre Aussetzung den kostspieligen Austritt aus einem internationalen Vertrag wie der Europäischen Menschenrechtskonvention bedeuten würde.

Gleichwohl besteht nicht einfach ein Konflikt zwischen Menschenrechten und Demokratie. Manche **Beschränkungen** der Demokratie sind, der Art nach, Beschränkungen, **die Demokratie** als ein weithin für legitim gehaltenes und funktionstüchtiges System der kollektiven Entscheidungsfindung erst **ermöglichen**. Demokratie ohne robuste gleiche fundamentale Rechte, „**illiberale Demokratie**“ (Victor Orban), wird deshalb auch in der empirischen Demokratieforschung manchmal als „Widerspruch in sich“ bezeichnet.⁴¹

Freiheits- und Partizipationsrechte sind zwar keine hinreichenden Bedingungen für eine funktionsfähige Demokratie, aber in einer komplexen Massengesellschaft durchaus notwendig.⁴² Zusammen mit Verfahrensnormen und diversen *Checks and Balances* begrenzen diese Rechte, verfassungs- und/oder völkerrechtlich festgelegt, „die Macht von Individuen und einzelnen Subgruppen und schützen vor allzu viel Myopie und destruktiven Emotionen. In diesem Sinne empfiehlt es sich etwa für eine moderne Gesellschaft, religiöse bzw. theologische Fragen durch verfassungsrechtliche Verankerung einer allgemeinen Religionsfreiheit von der normalpolitischen Agenda zu nehmen.“⁴³ Bezeichnenderweise gehen systematische Menschenrechtsverletzungen und Rechtsstaatlichkeitseinbußen oft

⁴¹ A. Schäfer und M. Zürn, *Die demokratische Regression*, Berlin: Suhrkamp 2021, 23.

⁴² Neben diversen rechtlichen Garantien braucht es auch kulturelle und vor allem strukturelle Voraussetzungen. Insbesondere müssen sich wirtschaftliche und sonstige soziale Ungleichheiten in gewissen Grenzen halten. Andernfalls sind sie mit politischer Gleichheit unvereinbar.

⁴³ C. Hiebaum, Kollektive Selbstbindung. In *Handbuch Gemeinwohl*, Hrsg. C. Hiebaum, Wiesbaden: Springer VS 2022, 119-133, 126; siehe auch S. Holmes, *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago/London: The University of Chicago Press 1995.

Hand in Hand mit Entdemokratisierung. Und genauso oft lässt sich der Kampf um Freiheits- und Partizipationsrechte als Kampf um eine Demokratisierung sozialer Verhältnisse verstehen.

Damit ist aber **nicht** gesagt, **dass robuste Rechte demokratischer Politik immer zu-träglich wären**. Viel hängt davon ab, um was für Rechte es sich handelt und wie soziale Strukturen beschaffen sind. So befördern weithin als natürlich oder sakrosankt angesehene Eigentumsrechte unter Bedingungen großer wirtschaftlicher Ungleichheit **populistische Politiken des Ressentiments** gegen relativ leicht identifizierbare, ohnehin bereits stark diskriminierungsgefährdete soziale Gruppen.⁴⁴

Ein enges Korsett an Rechten kann auch zu einer **Juridifizierung des politischen Diskurses** führen – umso mehr, wenn Gehalt und Umfang der Rechte überwiegend durch Gerichte und nicht demokratische Gesetzgeber festgelegt werden. Ein juridifizierter politischer Diskurs ist ein stark verengter Diskurs, der keineswegs allen für eine vernünftige Entscheidungsfindung relevanten Gesichtspunkten und Interessen Rechnung tragen kann. Zudem dominieren in ihm naturgemäß diejenigen, die glaubhaft behaupten können, über eigene oder zugekaufte juristische Expertise zu verfügen. Auch das mag populistische Reaktionen (gegen „die da oben“, gegen „Eliten“) auslösen. Nur manche der Reaktionen sind eher prodemokratisch-egalitaristisch, andere sind lediglich illiberal.

Zwei Kritiken (und drei Erwiderungen)

Realistische Beobachterinnen weisen bisweilen darauf hin, dass es **eigentlich keine universellen Rechte gebe, weil Menschenrechte nicht überall auf der Welt anerkannt** sind, geschweige denn verlässlich durchgesetzt werden. Als empirische Aussage ist das zutreffend. Doch Ausdrücke wie „fundamentale Rechte“, „Grundrechte“ oder „Menschenrechte“ verweisen auch auf die **moralische Dimension** dieser Rechte. Sie bringen gewissermaßen das Desiderat der allgemeinen Anerkennung und Durchsetzung bestimmter Normen zum Ausdruck, und dass die darauf beruhenden Rechte bestimmte Interessen von Menschen schützen sollen, einfach weil es sich um Interessen von Menschen als solchen oder von Menschen als Mitglieder politischer Gemeinschaften handelt.

Doch auch dass es sich um Rechte handelt, die überall auf der Welt anerkannt und durchgesetzt werden *sollten*, wird von manchen bestritten. **Menschenrechte**, so das Argument, **spiegelten lediglich „westliche Werte“ wider** und würden anderen Kulturen aufgezungen. **Aber auch in der „westlichen Kultur“ selbst** musste und muss die **Menschenrechtsidee** sich immer wieder **gegen widerstreitende Interessen** und

⁴⁴ Zum Phänomen des „plutokratischen Populismus“ in den USA J. S. Hacker und P. Pierson, *Let Them Eat Tweets. How the Right Rules in an Age of Extreme Inequality*, New York: Liveright 2021; siehe dazu auch <https://matrix.berkeley.edu/research-article/video-authors-meet-critics-let-them-eat-tweets/>.

Ordnungsvorstellungen behaupten. Ebenso gibt es in „nichtwestlichen Kulturen“ viele, die, *gegen die herrschenden Eliten*, auf Menschenrechten bestehen und um diese kämpfen.

Zudem ist die Frage, ob und wie genau menschliche Interessen durch institutionalisierte Menschenrechte geschützt werden sollen, nicht bloß mit Blick auf „kulturelle Identitäten“ zu beantworten. Viel hängt von unserer biologischen Beschaffenheit und der Beschaffenheit der Gesellschaft ab. Und zumindest heute leben wir überwiegend nicht mehr in voneinander unabhängigen und sehr homogenen Gesellschaften. Wesentliche Sphären der Gesellschaft sind zu einem guten Teil globalisiert. **Unsere Leben sind durch Kapitalismus, Wissenschaft etc. geprägt und verbunden. Das, zusammen mit globalen Problemen wie dem Klimawandel, sollte es uns ermöglichen, uns – bei allen kulturellen Differenzen – als für gleiche fundamentale Rechte *hinreichend ähnlich* anzusehen.**

6 Eigentum

Lit. J. Waldron, Property and Ownership. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy* Spring 2020, <https://plato.stanford.edu/entries/property/>.

Wie Ressourcen (Land, natürliche und hergestellte Güter, Informationen und Technologie etc.) gebraucht werden, ist nicht egal. Über den Gebrauch von Ressourcen werden Bedürfnisse und Interessen befriedigt. Und vom Gebrauch vorhandener Ressourcen hängt ab, welche Ressourcen es in Zukunft geben wird. Da notorisch Uneinigkeit darüber herrscht, wer welche Ressourcen auf welche Weise und in welchem Umfang nutzen darf, braucht es **Eigentumsregeln**. Eigentumsregeln sind **Regeln über den Ressourcengebrauch**. Ohne sie gäbe es allzu viel Konflikt und zu wenig Kooperation, Produktion und Tausch in der Gesellschaft.

Das gilt umso mehr, wenn es um knappe und lebenswichtige Ressourcen geht. Dementsprechend zählt **H. L. A. Hart** Eigentumsregeln zum „**minimalen Gehalt des Naturrechts**“: „It is a ... fact that human beings need food, clothes, and shelter; that these do not exist at hand in limitless abundance; but are scarce, have to be grown or won from nature, or have to be constructed by human toil. These facts alone make indispensable some minimal form of the institution of property (though not necessarily individual property), and the distinctive kind of rule which requires respect for it.“⁴⁵ Zu den weiteren allgemeinen Tatsachen (neben Ressourcenknappheit), die derartige Regeln erforderlich machen, zählen nach Hart: die menschliche Verletzbarkeit und der Wunsch, in Sicherheit zu leben; die Ähnlichkeit der Menschen in Stärke und Intelligenz; beschränkter Altruismus; sowie Grenzen des Wissens und der Selbstkontrolle.

Solche Regeln können drei Arten von Eigentum institutionalisieren: Gemeineigentum, kollektives Eigentum und privates Eigentum. Nach einer kurzen Darstellung dieser drei Eigentumsarten wird der Fokus hier auf dem Privateigentum liegen.

Arten von Eigentum

Ein System von **Gemeineigentum** ist durch Regeln charakterisiert, die allen Gemeinschaftsmitgliedern den Ressourcengebrauch (etwa die Nutzung von Land als Weidefläche) ermöglichen. Idealerweise ist der Gebrauch (von wem auch immer) so organisiert,

⁴⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford: Clarendon Press 1994, 196. Als Rechtspositivist macht Hart die Geltung von Rechtsnormen im Allgemeinen und von Eigentumsregeln im Besonderen aber nicht von ihrer moralischen Richtigkeit abhängig. Für ihre Rechtsgeltung ist demnach unerheblich, ob die Eigentumsregeln gerecht sind. Es brauche nur irgendwelche solcher Regeln.

dass die Ressource auch erhalten bleibt und produktiv genutzt wird (dass es also zu keiner „Tragödie der Allmende“ kommt).

Kollektives Eigentum ist dadurch gekennzeichnet, dass die Gemeinschaft als Ganzes via Mechanismen der kollektiven Entscheidungsfindung über die Nutzung der Ressource bestimmt. Diese kollektiven Entscheidungen können aus Debatten zwischen Stammesältesten oder aus demokratischen Verfahren hervorgehen oder aber staatliche, durch die regierende Partei verordnete „Fünf-Jahres-Pläne“ sein. Dass sich etwas im kollektiven Eigentum (etwa in „Staatsbesitz“) befindet, bedeutet nicht unbedingt, dass es auch Gemeineigentum wäre.

Privates Eigentum hingegen gibt einzelnen natürlichen oder juristischen Personen die exklusive Befugnis, über diejenigen Ressourcen zu entscheiden, die ihnen zugeordnet sind (die sich eben in ihrem Eigentum befinden): „In a system of private property, the person to whom a given object is assigned (e.g., the person who found it or made it) has control over the object: it is for her to decide what should be done with it. In exercising this authority, she is not understood to be acting as an agent or official of the society. She may act on her own initiative without giving anyone else an explanation, or she may enter into cooperative arrangements with others, just as she likes. She may even transfer this right of decision to someone else, in which case that person acquires the same rights she had. In general the right of a proprietor to decide as she pleases about the resource that she owns applies whether or not others are affected by her decision. If Jennifer owns a steel factory, it is for her to decide (in her own interest) whether to close it or to keep the plant operating, even though a decision to close may have the gravest impact on her employees and on the prosperity of the local community.“ (Waldron, Property and Ownership, Abschn. 1)⁴⁶ Obwohl es sich dabei um ein System je individuellen Entscheidens handelt, sind die Regeln, die es bilden, **soziale Regeln und deshalb rechtfertigungsbedürftig**: „first, because it empowers individuals to make decisions about the use of scarce resource in a way that is not necessarily sensitive to others’ needs or the public good; and second, because it does not merely permit that but deploys public force at public expense to uphold it.“ (Waldron, Property and Ownership, Abschn. 1). Dementsprechend sind private Eigentumsrechte auch nirgendwo unbeschränkt. Die prinzipielle Zulässigkeit von Einschränkungen zum Schutz fundamentaler Rechte und auch von weniger fundamentalen Interessen anderer sowie von öffentlichen Interessen ist unbestritten – auch wenn im Konkreten die Meinungen auseinandergehen.

Weil private Eigentumsrechte auf vielfältige Weisen beschränkt sind, wird manchmal auch die Auffassung vertreten, dass die Charakterisierung einer Person als Eigentümerin einer Sache nicht viel über die Rechte der Person aussagt. **Eigentum** sei vielmehr **als Bündel von Rechten** zu verstehen, die mit der Sache, um die es geht, variieren.

⁴⁶ Auch die Gemeinschaft als Ganze kann den eigenen Privateigentumsregeln unterworfen sein. Man denke an den Staat als Unternehmer in der sog. Privatwirtschaftsverwaltung.

Begriffe des privaten Eigentums und der Eigentumsordnung

Privates Eigentum im engeren zivilrechtlichen Sinne ist ein **exklusives Nutzungsrecht** an einer Sache, typischerweise verbunden mit einem **Verfügungsrecht**, dem Recht, die Sache anderen entgeltlich oder unentgeltlich, dauerhaft oder auf Zeit zu überlassen (vgl. § 354 ABGB). Als dingliches Vollrecht ist es ein **partikulares, generelles Freiheitsrecht**. Das heißt: Es steht jeweils einer bestimmten Person zu, erlaubt prinzipiell die umfassende Nutzung einer Sache (inkl. ihrer Zerstörung oder Aufgabe) und verpflichtet alle anderen zum Unterlassen von Nutzungsbeeinträchtigungen. Wie jedes andere Recht stellt es, soweit implementiert, eine **soziale Beziehung** dar. Das System der Regeln, aus denen sich das Eigentumsrecht, sein Inhalt und sein Umfang ergeben, ist eine komplexe **soziale Institution**. Zu diesen Regeln zählen nicht nur die Regeln des allgemeinen Zivilrechts, sondern auch jene Regeln des öffentlichen Rechts, die Nutzungs- und Verfügungsrechte auf diverse Weisen beschränken (z.B. Umwelt- und Klimaschutzvorschriften) oder an das Eigentum bzw. seinen Erwerb bestimmte Pflichten knüpfen (z.B. Steuergesetze).⁴⁷

In einem weiteren Sinne versteht man unter Eigentum so etwas wie **Vermögen**, selbst im Recht. So sind im öffentlichen Recht (insbesondere, wenn es um das Grundrecht auf Eigentumsfreiheit geht) mit „Eigentum“ sämtliche „vermögenswerten Privatrechte“ gemeint, also etwa auch Forderungen (z.B. Anleihen) und Anteilsrechte an Kapitalgesellschaften (z.B. Aktien).⁴⁸ Eng verbunden mit dem Begriff des Vermögens ist der Begriff des **Kapitals**. Manchmal werden die Begriffe synonym verwendet, manchmal ist mit „Kapital“ lediglich das Eigentum an Produktionsmitteln gemeint (Liegenschaften, Maschinen, Patente etc. und eben nicht kostbarer Schmuck, Gemälde oder Oldtimer-Fuhrparks, die keinen Profitzwecken dienen).⁴⁹

Oft ist auch von einer „**Eigentumsordnung**“ die Rede. Darunter kann man mindestens zweierlei verstehen: (1) das System von (hauptsächlich rechtlichen) Eigentumsregeln, die festlegen, wer unter welchen Bedingungen woran ein Eigentumsrecht hat und worin dieses Recht genau besteht; (2) dieses System *und* die Verteilung von Eigentumsrechten, die sich aus der Anwendung der Regeln ergibt. Für die Rechtsphilosophie ist, soweit sie auch die Theorie der sozialen Gerechtigkeit inkludiert, vor allem die Eigentumsordnung im Sinne von (2) von Interesse.

Neben Gemeingütern, d.h. Dingen, deren Nutzung, wie immer reguliert, allen Gemeinschaftsmitgliedern offensteht (Allmendegüter), dürfte es privates Eigentum an

⁴⁷ Regeln des öffentlichen Rechts (z.B. des Forstgesetzes) können bestimmte Nutzung von Dingen, die sich eigentlich im Privateigentum befinden (z.B. Wälder), auch Nichteigentümerinnen erlauben (z.B. betreten oder Beeren und Pilze sammeln).

⁴⁸ Würden ordnungsgemäß entstandene Kreditforderungen von Banken vom Gesetzgeber für null und nichtig erklärt, hätten wir es demnach durchaus mit einer (möglicherweise verfassungswidrigen) Enteignung zu tun, auch wenn kein Eigentum im engen zivilrechtlichen Sinne entzogen wird. Ebenso kann eine Umwidmung von Liegenschaften, die kein *Entzug* von Eigentum ist, aber den Marktwert drastisch reduziert, eine *Enteignung* im verfassungsrechtlichen Sinne darstellen („materielle Enteignung“).

⁴⁹ Zu verschiedenen Begriffen des Kapitals und ihrer Bedeutung für die ökonomische Ungleichheitsforschung siehe B. Milanovic, Capital as a historic concept, <http://glineq.blogspot.com/>.

persönlichem Hab und Gut in allen Gesellschaften mit einer rechtlichen Organisation des Zusammenlebens geben und gegeben haben. Dies verleitet leicht zum Fehlschluss, dass Eigentum als Institution, *wie wir sie kennen*, gleichsam natürlich sei. Tatsächlich handelt es sich aber um eine Institution, die eine **große historische und kulturelle Variabilität** aufweist. Dementsprechend war und ist sie oft direkt oder indirekt Gegenstand sozialer Kämpfe und politischer Debatten. **Dass wir als *Private* grundsätzlich fremdes Eigentum zu respektieren haben, bedeutet nicht, dass die gerade etablierte Eigentumsordnung** (sowohl im engen als auch im weiteren Sinne) **keiner politischen** (moralischen und/oder ökonomischen) **Rechtfertigung bedürfen würde und als unabänderlich hinzunehmen wäre.** Viele der Kämpfe und Debatten um Eigentum haben Märkte und Besteuerung als ihre unmittelbaren Gegenstände.⁵⁰ Im Folgenden fokussieren wir aber nur auf die prominentesten direkt eigentumsbezogenen Argumentationsweisen.

Rechtfertigung, Kritik und Begrenzungen

Die philosophische Beschäftigung mit Wesen und Wert des Eigentums, vor allem des Privateigentums, hat eine lange Tradition. Einige der Motive, Bilder und Argumente der „Klassiker“ finden sich auch im gegenwärtigen Rechtsdenken und im politischen Diskurs wieder.⁵¹

Antike bis Moderne

In der Antike betrachtete man das Eigentum vor allem in Verbindung mit Tugenden. **Plato** hat eine starke Präferenz für **kollektives Eigentum**, weil dieses **notwendig** sei **für das Streben nach der Realisierung gemeinsamer Interessen.** **Aristoteles** dagegen

⁵⁰ Zu Märkten aus der Perspektive der mit der Rechtsphilosophie eng verbundenen Moral- und politischen Philosophie D. Satz, *Why Some Things Should Not Be for Sale. The Moral Limits of Markets*, Oxford: Oxford University Press 2010; E. Anderson, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1993, Kap. 7-9. Zentrale Texte zur Rechtfertigung und Kritik des Marktes aus der Geschichte des ökonomischen, soziologischen und ethischen Denkens enthält L. Herzog und A. Honneth (Hrsg.), *Der Wert des Marktes. Ein ökonomisch-philosophischer Diskurs vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Berlin: Suhrkamp 2014. Einen guten Einblick in die Philosophie des Marktes bietet L. Herzog, Markets. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy* Summer 2021, <https://plato.stanford.edu/entries/markets/>. Zu Steuern siehe F. Koch, Steuern. In *Handbuch Gerechtigkeit*, Hrsg. A. Goppel, C. Mieth und C. Neuhäuser, J.B. Metzler 2016, 451-455; M. O'Neill und S. Orr (Hrsg.), *Taxation. Philosophical Perspectives*, Oxford: Oxford University Press 2018; L. Murphy und T. Nagel, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Oxford: Oxford University Press 2002; J. Heinrich und T. Karlovsky, Aspekte einer gerechten Lastenverteilung im Steuerrecht. In *Verteilungsgerechtigkeit im Recht*, Hrsg. G. Baumgartner, J. Heinrich, R. Rebhahn und F. P. Sutter, Wien: Verlag Österreich 2017, 107-235; P. Koller, Plädoyer für progressive Erbschaftssteuern. In *Erbschaftsteuer im Kontext*, Hrsg. H. P. Gaisbauer, O. Neumaier, G. Schweiger und C. Sedmak, Wiesbaden: Springer VS 2013, 59-79.

⁵¹ Siehe etwa J. Penner und M. Otsuka (Hrsg.), *Property Theory. Legal and Political Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

hebt den **Wert des privaten Eigentums für die Beförderung von Tugenden wie Klugheit und (Selbst-) Verantwortlichkeit und für die individuelle Freiheit** hervor, welche ihrerseits Voraussetzung für politische Teilhabe sei.

Im Mittelalter betont **Thomas von Aquin** die Pflicht der Reichen zur Wohltätigkeit (korrespondierend mit einem Recht der Armen auf Wohltätigkeit). Grundbedürfnisse von Menschen hätten immer mehr Gewicht als durch menschliche Gesetze eingeräumte Rechte.

In der Neuzeit und Frühmoderne lenken **Hobbes** und **Hume** den Blick weg von einer vorgeblich natürlichen Ordnung der Dinge, hin zum **sozialen Charakter der Eigentumsordnung als etwas von einem Souverän Geschaffenem oder auf Konventionen Beruhendem**. **Locke** wiederum gründet das Eigentumsrecht auf einer **ersten Vermischung herrenloser Sachen mit eigener Arbeit** (z.B. Kultivierung von Land), da auf diese Weise niemandem etwas weggenommen, tatsächlich sogar die Menge an Gütern für andere vergrößert werde.⁵²

Kant sieht die einseitige **erste Aneignung lediglich (aber immerhin) als „provisorisch“** an. Volle Legitimität würden Eigentumsrechte erst durch eine bürgerliche Verfassung erhalten, die die Interessen jeder Person respektiere. **Hegel** streicht – ähnlich wie **Aristoteles** – den **Beitrag des Eigentums zur in Stufen verlaufenden Entwicklung des freien und verantwortlich handelnden Selbst** hervor.

Auch **Marx** nimmt eine Entwicklung in Stufen an. Unter dem Eindruck der „sozialen Frage“ des 19. Jahrhunderts (Massenverelendung, politische Ungleichheit) geht es ihm allerdings weniger um die persönliche Entwicklung der Einzelnen als um die soziale Entwicklung. **Privateigentum (an Produktionsmitteln)** stellt für ihn nur eine **Zwischenstufe** dar.⁵³ Der Kapitalismus (Privateigentum an Produktionsmitteln, Lohnarbeit und Märkte) entfalte die Produktivkräfte der Gesellschaft (Menschen und ihre Fähigkeiten, Technologie und Produktionsmethoden, Wissenschaft etc.), bis er, wie der Feudalismus zuvor und weil die Produktionsverhältnisse (Beziehungen der Herstellung, des Austausches und des Verbrauchs von Gütern) dem Entwicklungsstand der Produktivkräfte nicht mehr entsprechen, überwunden werde und wir bei einem Endzustand ohne durch staatliche Eigentumsregeln aufzulösende Verteilungskonflikte (Kommunismus) angelangt seien.⁵⁴ Andere dem Sozialismus ansonsten durchaus wohlwollend Gegenüberstehende wie der Liberale und Utilitarist **John Stuart Mill** sind diesbezüglich weniger optimistisch.

⁵² In der Terminologie der späteren Wohlfahrtsökonomik: Es liege eine Paretoverbesserung vor. **Locke** hatte nicht zuletzt die Inbesitznahme Nordamerikas durch die Europäerinnen vor Augen. Die bereits auf dem Kontinent ansässigen, zum Teil nomadisch lebenden Menschen hatten seiner Auffassung nach nicht zuvor schon Eigentumsrechte am Land erworben.

⁵³ Bei aller Kritik am Kapitalismus hält **Marx** das berühmte, von Jacques-Pierre Brissot de Warville entlehnte Diktum des Sozialisten und Anarchisten **Pierre-Joseph Proudhons**, Eigentum sei Diebstahl, für inkohärent, da Diebstahl Eigentum voraussetze. (Zudem versteht **Marx**, zu Recht oder zu Unrecht, seine Kapitalismuskritik und seine Kritik am Privateigentum nicht als *moralische* Kritik.)

⁵⁴ In der Frühzeit des Kapitalismus etwa bewirkte die Überwindung feudaler Strukturen und persönlicher Abhängigkeitsverhältnisse durch moderne (Privat-)Eigentumsregeln und Vertragsrecht nicht nur mehr soziale Freiheit für große Teile der Bevölkerung, sondern auch mehr Gleichheit. Mit der Industrialisierung der Produktion und dem Aufkommen einer Klasse von Kapitalisten

Als Reaktion auf **Krisen des Laissez-faire-Liberalismus** sowie den faschistischen und den staatssozialistischen Antiliberalismus und um den „klassischen Liberalismus“ wiederzubeleben, werden im 20. Jahrhundert deklariert **neoliberale Theorien** entwickelt. Die Argumente für robuste Eigentumsrechte und eine durch den Staat garantierte Wettbewerbsordnung sind einerseits moralische und andererseits sozialtheoretische und ökonomische.⁵⁵ Insbesondere **Hayek** schwankt zwischen dem **Freiheitsargument** (wobei er Freiheit negativ und sehr formalistisch als Nicht-einer-Autorität-bzw.-einer-beschränkenden-Norm-unterworfen-Sein versteht) und der **Idee, dass Privateigentum und freie Märkte gesellschaftlichen Fortschritt bewirken**. Ein zentrales Management *kollektiven* Eigentums (ohne den marktlichen Preismechanismus) müsse daran scheitern, dass die Planungsinstanzen nicht über die nötigen Informationen über Bedürfnisse/Präferenzen und Kapazitäten verfügen.⁵⁶

Friedman betont zudem den **Beitrag des Privateigentums zum Erhalt politischer Freiheit**. Er argumentiert, „that political liberty is enhanced in a society where the means of intellectual and political production (printing presses, photocopying machines, computers) are controlled by a number of private individuals, firms, and corporations—even if that number is not very large. In a capitalist society, a dissident has the choice of dealing with several people (other than state officials) if he wants to get his message across, and many of them are prepared to make their media available simply on the basis of money, without regard to the message. In a socialist society, by contrast, those who are politically active either have to persuade state agencies to disseminate their views, or risk underground publication.“ (Waldron, Property and Ownership, Abschn. 5)

Gerade **in der Ökonomik und in der konsequenzialistischen Ethik** wird zur Rechtfertigung von Privateigentum auf die **Notwendigkeit der Reduktion negativer externer Effekte** (sozialer Kosten) verwiesen (vgl. „Tragödie der Allmende“, Kap. 4). Mit diesem Argument lassen sich freilich auch zahlreiche Beschränkungen von Eigentumsrechten begründen. Denn deren Gebrauch sowie die Verfügung über sie durch Tauschgeschäfte können ihrerseits beträchtliche soziale Kosten verursachen (etwa in Form von Umwelt- und Klimabelastungen, Zersiedelung, Zerstörung von Kulturgütern oder Korruption).⁵⁷

Neoliberale Sozial- und Wirtschaftstheorien finden eine teilweise Entsprechung in einer von Locke inspirierten und „**Libertarismus**“ genannten Spielart des Liberalismus.

(typischerweise männlichen Geschlechts), für die die Masse Lohnarbeit zu verrichten hatte, nahmen soziale Freiheit und Gleichheit wieder deutlich ab (siehe E. Anderson, *Private Government. How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)*, Princeton: Princeton University Press 2017). Bereits existierende Ungleichheiten in der Eigentumsverteilung und in weiterer Folge der sozialen Chancen werden durch ein liberales Erbrecht verstärkt (siehe J. Beckert, *Unverdientes Vermögen. Soziologie des Erbrechts*, Frankfurt/New York: Campus 2004).

⁵⁵ Siehe T. Biebricher, *Neoliberalismus zur Einführung*, Hamburg: Junius 2012.

⁵⁶ Siehe dazu auch den mit historiografischen Einleitungen und einem ausführlichen Literaturverzeichnis versehenen Roman *Red Plenty* von Francis Spufford (London: Faber and Faber Limited 2010, dt. *Rote Zukunft*, Übers. J. Valk, Hamburg: Rowohlt 2012).

⁵⁷ Siehe J. Quiggin, *Economics in Two Lessons. Why Markets Work So Well, and Why They Can Fail So Badly*, Princeton/Oxford: Princeton University Press 2019.

Insbesondere **Nozick** argumentiert allerdings weniger konsequenzialistisch als Hayek, Friedman et al. Nach der ersten legitimen Aneignung und gerechten Tauschgeschäften komme es zwar sehr wahrscheinlich zu einer Ungleichverteilung von Eigentum (im engeren wie im weiteren Sinn). Doch niemand habe einen Grund, diese für ungerecht zu halten, und der Staat kein Recht, in sie mittels Besteuerung zu Zwecken der Umverteilung einzugreifen. Schließlich seien keine Rechte verletzt worden. **Besteuerung**, die nicht bloß der Finanzierung des Rechtsschutzapparates einschließlich der militärischen Verteidigung, laufe auf ein **Zwangsarbeitsregime** hinaus. Immerhin würde sie bedeuten, dass wir, ob wir wollen oder nicht, einen Teil der Zeit für andere zu arbeiten haben.⁵⁸

Kritik am Neoliberalismus und Libertarianismus

Gegen neoliberale und libertaristische Konzeptionen von Eigentum als ein weitgehend unbeschränkbares individuelles Freiheitsrecht gibt es zahlreiche Einwände. Zwar wird üblicherweise nicht in Abrede gestellt, dass privates Eigentum soziale Freiheit begründet. Immerhin ist das Eigentumsrecht selbst ein Freiheitsrecht. Doch das Freiheitsargument gilt vielen als zumindest unvollständig, insoweit die *distributive* Dimension ausgeblendet wird. Denn durch ein Eigentumsrecht einer Person wird die (negative) Freiheit anderer beschränkt. Und je weniger man besitzt, desto öfter und schneller stößt man an fremde Eigentumsrechte und desto weniger kann man tun, ohne dem Rechtszwang, mit dem die Eigentumsrechte gesichert werden, ausgesetzt zu sein.⁵⁹ Eine **sehr ungleiche Verteilung von Eigentum verringert insgesamt die soziale Freiheit in der Gesellschaft**. Man könnte – gegen Friedman – ergänzen, dass unter einer sehr ungleichen Verteilung von Vermögen auch die politische Freiheit leide, da die Begünstigten notorisch deutlich größeren Einfluss auf die kollektive Entscheidungsfindung haben.

Hayek hält distributive Gerechtigkeit bezogen auf die Gesamtgesellschaft für ein atavistisches „Trugbild“.⁶⁰ Unter anderem geht er dabei davon aus, dass Verteilungsgerechtigkeit eine zentrale Verteilungsinstanz erfordere. Doch das lässt sich bestreiten. **Verteilungen können auch durch indirekt** im Wege von Tauschgeschäften entsprechend den

⁵⁸ Zwar gilt Robert Nozicks *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford: Basil Blackwell 1974) als ein Hauptwerk des jüngeren eigentumszentrierten Liberalismus. Doch angesichts der Tatsache, dass die Menschheitsgeschichte (neben anderen Dingen) eine Abfolge von gewaltsamen oder sonst wie ungerechten Aneignungen und Gütertransfers ist, stellt sich die Frage, ob es heute auch nur *irgendjemanden* geben kann, der nach dieser Theorie ein Eigentumsrecht besitzen würde, in das der Staat nicht eingreifen darf. Außerdem scheint es, als ob ein nozickianischer Staat nur in dem Sinne ein „Minimalstaat“ sein kann, wie Nozick ihn allein für legitim hält, dass er keine andere Aufgabe als den Schutz der (Eigentums-)Rechte hat. Minimal im Sinne von „wenig in die Gesellschaft eingreifend“ kann er wohl nicht sein, wenn seine Aufgabe die Korrektur sämtlicher Aneignungs- und Übertragungsungerechtigkeiten ist.

⁵⁹ Siehe G. A. Cohen, Justice, Freedom, and Market Transactions. In *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge: Cambridge University Press, 38-66.

⁶⁰ F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London/New York: Routledge 2013, Volume 2. Damit meint Hayek, dass unsere Verteilungsgerechtigkeitsgefühle aus seiner Zeit stammen, da die Menschen noch in relativ kleinen, wenig komplexen Gruppen zusammenlebten. Die moderne, offene bzw. freie Gesellschaft jedoch sei eine nichtgeplante und nicht planbare, durch zahlreiche anonyme Kontakte und Interaktionen geschaffene Ordnung. Güterverteilungen in einer solchen „spontanen Ordnung“ seien weder gerecht noch ungerecht.

einschlägigen Regeln **zustande kommen und dennoch Gegenstand eines Gerechtigkeitsurteils sein**. Durch die politische Gestaltung der Regeln mögen sich nicht beliebige Verteilungen gezielt herbeiführen lassen, aber eine grobe Steuerung ist durchaus möglich. Das gilt insbesondere für die Verteilung von Eigentum bzw. von Einkommen und Vermögen.⁶¹

Ein dritter, keineswegs nur von Sozialistinnen, sondern auch von Liberalen erhobener Einwand gegen die populäre Idee, dass Privateigentum dem Steuerrecht, Systemen der sozialen Sicherung etc. vorgeordnet und also fundamentaler sei, lautet, dass **in Absehung von anderen sozialen Institutionen das Privateigentum und Beschränkungen von Nutzungs- und Verfügungsrechten gar nicht vernünftig diskutiert werden können**. Ausgestaltungen des Privateigentums, des Steuerrechts, des Sozialrechts, des Gesellschaftsrechts, des Insolvenzrechts etc. lassen sich demnach nicht jeweils isoliert sinnvoll rechtfertigen. Die Idee, dass wir ein moralisches Recht auf alles hätten, was wir auf Märkten lukrieren können, wie sie gerade existieren und durch Rechtsnormen organisiert sind, sodass der nachträgliche Eingriff in dieses Recht durch Besteuerung einer *besonderen* Rechtfertigung bedürfe, ist ein Mythos.⁶² Anders formuliert: Die **Primärverteilung von Eigentum** ist genauso wenig natürlich und deshalb **genauso rechtfertigungsbedürftig wie die Sekundärverteilung** durch Besteuerung sowie Transfer- und Sozialleistungen.

Recht und Rechtsphilosophie des Eigentumsschutzes

Dass die einmal etablierte Verteilung der Eigentumsrechte (im weiteren Sinne) gar kein normatives Eigengewicht hat, folgt aus der Kritik an Neoliberalismus und Libertarismus freilich nicht – zumindest nicht für diejenigen, die dem Privateigentum nicht generell ablehnend gegenüberstehen. Auch nach dem geltenden Recht (z.B. Art. 1 1. Zusatzprotokoll zur EMRK) sind nicht alle Eingriffe in regelkonform erworbenes Eigentum zulässig. Abgesehen davon, dass Eingriffe vom „**öffentlichen Interesse**“ verlangt und von Gesetzen vorgesehen sein müssen, gilt es, **legitimen Erwartungen** Rechnung zu tragen (Vertrauensgrundsatz), selbst wenn sich die Rechte nicht aus einer jahrhundert- oder jahrtausendealten Linie gerechter Akte des Erwerbs ergeben.

Allerdings bestehen über das öffentliche Interesse sowie darüber, was genau *legitime* Erwartungen sind und welches Gewicht sie haben, **politische Meinungsverschiedenheiten**.⁶³ Juristinnen, die einschlägige Entscheidungen zu treffen und zu begründen haben, betreiben unweigerlich Rechtspolitik und stehen dabei mit zumindest einem Bein auf

⁶¹ Siehe P. Koller, Individualismus und Liberalismus bei Hayek und Nozick. In *Wirtschaftsethik und Recht*, Hrsg. K. Seelmann, Stuttgart: Franz Steiner, 39-57, 49.

⁶² Siehe L. Murphy und T. Nagel, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Oxford: Oxford University Press 2002.

⁶³ Man denke etwa an rechtspolitische (und mitunter auch juristische) Kontroversen über die Restitution von Eigentum, das früheren Besitzerinnen (im moralischen oder rechtlichen Sinne) unrechtmäßig entzogen wurde. Grundsätzlich zu historischem Unrecht (nicht nur zu Verletzungen des Eigentumsrechts) L. Meyer, Intergenerational Justice. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy* Spring 2021, Abschn. 5, <https://plato.stanford.edu/entries/justice-intergenerational/#Sign-PastWron>.

rechtsphilosophischem Terrain. Ob ihnen das bewusst ist oder nicht, sie argumentieren innerhalb bestimmter sozialtheoretischer, ethischer und ökonomischer Paradigmen.

7 Strafen

Lit. Z. Hoskins und A. Duff, Legal Punishment. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy* Winter 2021, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>; J. C. Joerden, Strafge-rechtigkeit. In *Handbuch Gerechtigkeit*, Hrsg. A. Goppel, C. Mieth und C. Neuhäuser, J. B. Metzler 2016, 123-130.

Recht wird üblicherweise, gerade von juristischen Laien, zuallererst mit Zwang assoziiert. Und wenngleich er bei weitem nicht alles ist, was das Recht auszeichnet, so ist der **orga-nisierte Zwang** in der Tat ein wesentliches Merkmal eines jeden Rechtssystems (siehe Kap. 2). Der Zwang des Rechts manifestiert sich nicht nur in unmittelbarer physischer Gewalt (etwa durch die Polizei), sondern auch, ja hauptsächlich, in der Androhung und Verhängung von Sanktionen verschiedenen Typs.

Gewöhnlich meinen wir mit „Sanktionen“ **normalerweise unerwünschte Unrechtsfol-gen**⁶⁴, also **negative Sanktionen**.⁶⁵ Im Folgenden geht es aber nicht um sämtliche nega-tive Sanktionen (zu denen auch die Entstehung und Durchsetzung von Schadenersatz-pflichten gehört), sondern nur um **Strafen**, wie sie von staatlichen oder internationalen Gerichten verhängt werden.

Die **Fragen**, mit denen sich die Rechtsphilosophie hauptsächlich befasst, lauten:

- Was genau sind Strafen?
- Was für ein spezielles Unrecht stellen Verbrechen (im weiten, Vergehen einschließen-den Sinne) dar?
- Warum, wenn überhaupt, sollen wir ein Strafsystem errichten und erhalten (gegeben, dass sich eine Bestrafung für als Verbrechen charakterisierte Handlungen nicht von selbst versteht, d.h. andere Reaktionen zumindest denkbar sind)?
- Wer soll wofür bestraft werden?
- Wie sind Strafen (allgemeine Strafrahmen und Strafen im Einzelfall) zu bemessen?
- Und nach welchen Prinzipien sollen Strafverfahren und in weiterer Folge der Straf-vollzug gestaltet sein?

⁶⁴ „Normalerweise unerwünschte Unrechtsfolgen“, weil Menschen gelegentlich auch Straftaten be-gehen, um eine Haftstrafe verbüßen zu können und etwa im Winter nicht obdachlos zu sein. Die Zahl solcher Fälle dürfte aber – wenigstens hierzulande – äußerst klein sein. „Normalerweise unerwünschte Unrechtsfolgen“, weil nicht jede normalerweise unerwünschte Rechtsfolge eine Sanktion ist. So kann die Entstehung einer in der Regel unerwünschten Steuerpflicht als Folge des Erzielens von Einkommen in einer bestimmten Höhe nicht als Sanktionierung im wörtlichen Sinne verstanden werden (auch wenn bisweilen polemisch von einer „Bestrafung der Leistungsträger“ ge-sprochen wird).

⁶⁵ Geläufig ist aber auch die Verwendung von „sanktionieren“ im Sinne von „genehmigen“, „ab-segnen“ oder „billigen“. Dementsprechend ist in der Soziologie auch von „positiven Sanktionen“ die Rede (Vorteile bzw. Belohnungen, Ehrungen, Preise, Orden, Titel etc.). Mitunter stellen diese ein probateres Mittel der Verhaltenssteuerung dar als die Androhung von Strafen oder Schaden-ersatzpflichten. Unüblich sind jedenfalls positive Sanktionen für bloß rechtskonformes Verhalten. Letzteres wird von jeder Person erwartet. Manchmal aber werden positive und negative Sanktio-nen miteinander verknüpft. Beispiel: Wer einen Fund meldet, hat Anspruch auf „Finderlohn“; wer dies nicht tut, macht sich der Unterschlagung schuldig und muss mit einer Strafe rechnen.

Nicht alle dieser Fragen können wir hier eingehend erörtern. Eine *vollständige* Theorie der Gerechtigkeit gerichtlicher Strafen würde außerdem noch eine Theorie der Legitimität von Staaten und internationaler Institutionen sowie große Teile einer Theorie der sozialen Gerechtigkeit beinhalten. Eine solche Theorie bzw. die Debatte darüber kann im Folgenden aber nicht einmal skizziert werden.

Strafen und Verbrechen

Wie immer eine *präzise* Definition von „(gerichtliche) **Strafe**“ aussehen könnte, „we can say that legal punishment involves the **imposition of something that is intended to be both burdensome and reprobative, on a supposed offender for a supposed crime, by a person or body who claims the authority to do so.** ... Penalties, such as parking tickets, might be imposed to deter the penalised conduct (or to recoup some of the costs that it causes) without being intended to express **societal condemnation.** But even if a primary purpose of punishment is deterrence ..., its imposition (the conviction and formal sentence that the offender receives in court, the administration of the punishment itself) also expresses the censure or condemnation that the offender's crime is taken to warrant.“ (Hoskins und Duff, Legal Punishment, Abschn. 1).

In demokratisch-rechtsstaatlichen Systemen sind die verhängten Strafen nicht mehr körperliche Züchtungen oder Verstümmelungen, Stigmatisierungen oder öffentliche Herabsetzungen, sondern vor allem Geld- und Freiheitsstrafen, seltener Todesstrafen. Aber auch Verpflichtungen zu gemeinnützigen Arbeiten sind verbreitet. Was solche Reaktionen auf unerwünschtes Handeln besonders rechtfertigungsbedürftig macht, ist die Tatsache, dass sie mehr oder weniger **gravierende Eingriffe in grund- und menschenrechtlich geschützte (oder zu schützende) Interessen** darstellen. Bisweilen bedeuten sie sogar eine zeitweise oder dauernde Suspendierung fundamentaler Freiheitsrechte.

Reagiert wird mit Strafen auf Verbrechen („crimes“). Doch was sind **Verbrechen** bzw. was soll vom Strafrecht als Verbrechen bestimmt werden? Verbrechen sind ein Typus von Unrecht, nämlich **öffentliches Unrecht**: „Crimes are, at least, socially proscribed wrongs — kinds of conduct that are condemned as wrong by some purportedly authoritative social norm. That is to say that they are wrongs which are not merely ‘private’ affairs, which properly concern only those directly involved in them: the community as a whole — in this case, the political community speaking through the law — claims the right to declare them to be wrongs. But crimes are ‘public’ wrongs in a sense that goes beyond this. Tort law, for instance, deals in part with wrongs that are non-private in that they are legally and socially declared as wrongs — with the wrong constituted by libel, for instance. But they are still treated as ‘private’ wrongs in the sense that it is up to the person who was wronged to seek legal redress. She must decide to bring, or not to bring, a civil case against the person who wronged her; and although she can appeal to the law to protect her rights, the case is still between her and the defendant. By contrast, a criminal case is

between the whole political community — the state or the people — and the defendant: the wrong is ‘public’ in the sense that it is one for which **the wrongdoer must answer not just to the individual victim, but to the whole polity through its criminal court.**“ (Hoskins und Duff, Legal Punishment, Abschn. 2)⁶⁶

Viele strafrechtpolitische Kontroversen resultieren daraus, dass **keineswegs immer offensichtlich ist, was als lediglich privates und was schon als öffentliches Unrecht angesehen werden soll.** Zumal unter „öffentliches Unrecht“ auch die Verletzung fundamentaler, gewichtiger Individualinteressen fällt. Dass eine Vergewaltigung öffentliches Unrecht (sogar sehr schweres⁶⁷) ist, liegt auf der Hand. Aber gilt das auch für jede sexuelle Belästigung diesseits der Nötigung? Bis zu einem gewissen Grad hängt die Kategorisierung auch davon ab, wie häufig bestimmte Unrechtspraktiken auftreten und was andere Reaktionen als gerichtliche Strafen gegen sie ausrichten. Bisweilen scheint die „societal condemnation“, wie sie das Strafrecht besonders nachdrücklich zum Ausdruck bringt, essenziell für ihre Eindämmung.

Aber warum, wenn überhaupt, und inwieweit mit Strafen auf öffentliches Unrecht reagieren? Immerhin könnte „societal condemnation“ auch anders ausgedrückt werden. Die folgenden Argumentationsweisen betreffen sowohl die Strafandrohung an sich als auch die abstrakte und konkrete Strafbemessung (Strafrahmen und Zumessung im Einzelfall).

Konsequenzialistische Argumente

Nach konsequenzialistischer Auffassung sind Strafen nur insoweit gerechtfertigt, als sie die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt steigern und es keinen kostengünstigeren Weg gibt, dies zu erreichen. Konsequenzialistische Straf- bzw. Strafbegründungstheorien sind **relative Theorien**, weil sie einen Bezug auf ein Ziel enthalten, das mit der Strafe verfolgt wird.

Das Ziel, dessen Erreichung man sich von einem Strafsystem üblicherweise und hauptsächlich verspricht, ist eine Reduktion von Verbrechen durch Abschreckung. Einerseits sollen Strafen bzw. ihre Androhung und Verhängung allgemein von verbrecherischem

⁶⁶ Zumindest in Österreich sind aber nicht alle Strafdelikte sog. *Offizialdelikte*. Das heißt, nicht alle Straftaten dürfen unabhängig von den Präferenzen der Opfer verfolgt werden. Gewissermaßen *Hybride* zwischen privatem und öffentlichem Unrecht im obigen Sinne sind *Privatanklage-, Antrags- und Ermächtigungsdelikte*.

⁶⁷ Nicht bloß ein Verstoß gegen die „Sittlichkeit“, wie es früher im österreichischen StGB hieß, sondern eine schwerwiegende Verletzung des Rechts auf sexuelle Integrität und Selbstbestimmung. Siehe dazu N. Benke und E. Holzleithner, Zucht durch Recht. Juristische Konstruktionen der Sittlichkeit im österreichischen Strafrecht. *L’Homme. Europäische Zeitschrift für Feministische Geschichtswissenschaft* 9(1) 1998, 41-88; E. Holzleithner, Sexuelle Selbstbestimmung als Individualrecht und als Rechtsgut. Überlegungen zu Regulierungen des Intimen als Einschränkung sexueller Autonomie. In *Regulierungen des Intimen. Sexualität und Recht im modernen Staat*, Hrsg. U. Lembke, Wiesbaden: Springer VS 2016, 31-50.

Handeln abhalten (**Generalprävention**), andererseits sollen die Bestraften dazu motiviert werden, in Zukunft keine Verbrechen zu verüben (**Spezialprävention**). Der Vollzug soll außerdem der **Resozialisierung** dienen. Jener von Freiheitsstrafen dient außerdem noch der **Sicherheit** von möglichen Opfern.

Die Idee der Vergeltung als Zweck spielt in konsequenzialistischen Straftheorien keine Rolle. Was auf den ersten Blick „fortschrittlich“ erscheint, wird von vielen als Schwäche angesehen. Das gilt insbesondere für den Fokus auf Prävention. Zwar lässt sich auf diese Weise gut das Rückwirkungsverbot begründen, andere Normen, wie das Prinzip, dass die Strafe dem Unrecht bzw. der Schuld entsprechen soll, oder das Prinzip „Im Zweifel für den Angeklagten“, weniger gut oder gar nicht:

„**Einwände** gegen eine ‚relative‘ Konzeption der Strafbegründung bestehen etwa darin, dass diese – würde sie konsequent umgesetzt – zu sehr hohen Strafen führen könnte, indem die begangene Straftat nur Anlass, aber nicht das Maß der Strafe sei und damit alles von dem anzustrebenden Präventionszweck abhängt. Lasse sich z. B. Ladendiebstahl nicht anders verhindern als durch Androhung und Verhängung langjähriger Freiheitsstrafen, müssten diese eben verhängt werden. Mitunter wird auch gegargwöhnt, durch eine generalpräventive Theorie ließe sich sogar begründen, die Angehörigen eines Täters zu bestrafen, etwa wenn man diesen nicht ergreifen könne, da auch dies einen Abschreckungseffekt erziele. Teilweise wird aber auch bezweifelt, dass sich mit der Androhung von Strafe überhaupt ein präventiver Effekt erzeugen lasse, weil bei der Begehung von (schweren) Straftaten meist ganz andere Motivlagen (etwa bei Mord: Eifersucht, Hass, Sexualtrieb etc.) die zentrale Rolle spielen und Täter solcher Delikte dabei regelmäßig zuletzt an eine eventuelle Strafandrohung denken bzw. sich bei der Begehung ihrer Tat davon kaum beeinflussen lassen ...

Einen **grundsätzlichen philosophischen Einwand gegen eine (rein) präventionsbezogene Begründung der Strafe** hat zudem bereits Kant formuliert. Kant stützt sich dabei auf die von ihm entwickelte Konzeption der Menschenwürde, die dadurch zu achten sei, dass man **keinen Menschen bloß als Mittel** und nicht zugleich als Zweck gebrauche ... – ein Grundsatz, den man missachtete, würde man mit der Bestrafung nur (bzw. primär) einen Präventionszweck verfolgen. Inwieweit Kant in seine Straftheorie aber nicht ohnehin neben Vergeltungsaspekten auch Präventionsaspekte aufgenommen hat, ist durchaus umstritten ...“ (Joerden, Strafgerechtigkeit, 126)

Kriminalökonomische Modelle, die sich auf Homo-oeconomicus-Annahmen stützen,⁶⁸ legen zudem eine Strafrechtspolitik nahe, die auf die Androhung *besonders hoher Strafen* zwecks Prävention setzt. Die Androhung solcher Strafen, so das Argument, verursache selbst keine Kosten, könne aber, einen Mangel an Investitionen in die Verhinderung und Aufklärung von Verbrechen kompensieren.⁶⁹ Allerdings werden (insbesondere) die Kosten des Vollzugs von Freiheitsstrafen exorbitant, wenn allzu viele potenzielle Straftäterinnen gar nicht danach streben, ihren Erwartungsnutzen zu maximieren (Nutzen der

⁶⁸ Siehe G. S. Becker, Kriminalität und Strafe. Ein ökonomischer Ansatz. In *Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens*, 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 1991, 39-96.

⁶⁹ Zum Neoliberalismus in der Verbrechensbekämpfung T. Biebricher, *Neoliberalismus zur Einführung*, Hamburg: Junius 2012, 179-184.

Straftat – Kosten x Eintrittswahrscheinlichkeit), oder dabei übermäßig optimistisch kalkulieren.

Für Konsequentialistinnen ergeben sich aus Zweifeln an präventionsfokussierten Strafbegründungen (ebenso wie aus den Einwänden gegen den Retributivismus – siehe unten) **Argumente für Reformen** des Strafrechts, die – zumindest im Bereich der geringfügigen Kriminalität – Alternativen wie den Außergerichtlichen Tatausgleich vorsehen. Insbesondere **für Alternativen zur Freiheitsstrafe sprechen auch ökonomische Gründe**: Haftplätze kosten sehr viel Geld, das, so das Argument, anderswo besser investiert wäre – zumal Gefängnisaufenthalte nicht nur nicht unbedingt zu einer „Resozialisierung“ führen, sondern oftmals eine weitere „Desozialisierung“ bewirken.

Retributivistische Argumente

Retributivistische Theorien sind in dem Sinne **absolute Theorien**, dass „sie die Straftat durch die Strafe gewissermaßen ‚ausgleichen‘ wollen und keinen darüberhinausgehenden Zweck verfolgen. Im Vordergrund stehen hier deshalb **Vergeltung, gerechter Ausgleich, Sühne, Wiederherstellung des Rechts, zum Teil auch Wiedergutmachung** (die indes genau genommen Schadensersatz und nicht Strafe ist ...).“ (Joerden, Strafrechtigkeit, 125)

Als Gründe werden im Einzelnen insbesondere genannt: (1) Verbrechen verschafft einen unfairen Vorteil; (2) die Bestrafung bringt unsere normalen und angemessenen emotionalen Reaktionen auf verbrecherisches Unrecht zum Ausdruck; (3) mit Strafe wird eine Schuld gegenüber dem Opfer beglichen, die über eine Verpflichtung zum Schadenersatz hinausgeht.

Kritik: Gegen (1) wird eingewendet, dass sich der „unfaire Vorteil“ schwerlich quantifizieren lässt. Außerdem mutet die Annahme unplausibel an, dass das Unrecht von Verbrechen wie Mord oder Vergewaltigung in einem unfairen Vorteil besteht. (2) wirft die Frage auf, warum unsere „normalen und angemessenen emotionalen Reaktionen“ durch gerichtliche Strafen und nicht anders zum Ausdruck gebracht werden sollen. (3) bedarf noch einer Erklärung, worin die genau die moralische Schuld gegenüber dem Opfer besteht, die durch einen Ersatz des materiellen Schadens nicht beglichen werden könne. Zudem gibt es auch Verbrechen ohne Opfer im landläufigen Sinne, Verbrechen gegen die Rechtsgemeinschaft als solche.

Generell besteht nach Auffassung der Kritikerinnen die Gefahr, „dass die Strafe auf diese Weise in die **Nähe bloßer Rache** gerückt werde ..., wenn sie auch nicht mehr private Rache ist, sondern nunmehr staatlich vollzogene. Zudem wird eingewandt, dass Strafe immer Übelszufügung sei, die deshalb einer Rechtfertigung bedürfe durch etwas Positives, das durch sie bewirkt werde. Der Blick müsse sich mit anderen Worten auf die

Zukunft richten und nicht auf eine bloße Bewältigung der Vergangenheit ...“ (Joerden, Strafgerechtigkeit, 125)

Vom **positivem Retributivismus**, der Gründe für die Bestrafung gibt, zu unterscheiden ist der **negative Retributivismus**, der *Beschränkungen* beim Strafen auferlegt: „punishment should be imposed only on those who deserve it, and only in proportion with their desert.“ (Hoskins und Duff, Legal Punishment, Abschn. 4) Oft wird der negative Retributivismus mit konsequenzialistischen Argumentationsweisen zu Mischkonzeptionen kombiniert.

Mischargumentationen

Hybride Ansätze **vereinigen Elemente retributivistischer und konsequenzialistischer Theorien**. Manche sind grundsätzlich konsequenzialistisch, nehmen aber retributivistische Beschränkungen an.⁷⁰ Andere sind grundsätzlich retributivistisch, lassen aber konsequenzialistische Beschränkungen gelten.⁷¹ **Oft werden Beschränkungen des Retributivismus auch *nicht*konsequenzialistisch begründet**, typischerweise mit Bezug auf Grund- und Menschenrechte.⁷²

Möglich sind zudem Theorien, die gleichermaßen retributivistisch und konsequenzialistisch angelegt sind, jedoch **Retributivismus und Konsequenzialismus als für jeweils unterschiedliche Bereiche des Strafsystems, nämlich gesetzliche Strafandrohung und gerichtliche Strafzumessung, maßgeblich ansehen**: „on such an account, the legislature determines crimes and establishes sentencing ranges with the aim of crime reduction, but the judiciary makes sentencing decisions based on retributivist considerations of desert.“ (Hoskins und Duff, Legal Punishment, Abschn. 6) Zwischen der Begründung einer gesetzlichen Strafandrohung und der gerichtlich verhängten Strafe im Einzelfall unterschied im frühen 19. Jahrhundert auch Paul J. A. Feuerbach. Joerden fasst Feuerbachs

⁷⁰ Beispiel: „Grundsätzlich geht es nur um Prävention und Verhaltenssteuerung, aber wenn schon Strafen, dann sollen sie dem Unrecht entsprechen: Diebstahl soll also nicht wie Mord behandelt werden, selbst wenn lebenslange Freiheitsstrafen die Zahl der Diebstähle drastisch reduzieren würde.“

⁷¹ Beispiele: (i) „Jede Straftäterin soll entsprechend dem Unrecht und der Schuld bestraft werden, es sei denn der Verzicht darauf dient der Aufklärung weiterer, größerer Verbrechen bzw. macht als generelle Norm verbrecherische Kooperationen unwahrscheinlicher“ (Idee der *Kronzeugenregelung*). (ii) „Strafen für verbrecherische Diktatorinnen nach dem Übergang zu demokratisch-rechtsstaatlichen Verhältnissen sollen nicht angedroht oder verhängt werden, wenn dies den sozialen Frieden stark gefährden oder friedliche Regimewechsel unwahrscheinlich machen würde (weil die Aussicht auf Bestrafung ein Grund ist, ‚mit Zähnen und Klauen‘ an der Macht festzuhalten).“ (Siehe dazu J. Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press 2004)

⁷² Beispiel: „Auch wenn das verübte Unrecht eigentlich nur mit dem (womöglich sogar qualvollen) Tod des Straftäters abgegolten werden kann, hat kein Staat das Recht, Menschen zu Bestrafungszwecken das Leben zu nehmen. Niemand kann sein Recht auf Leben verwirken.“

Argumentation folgendermaßen zusammen: „Die Berechtigung zur Strafandrohung ließe sich ... (zumindest indirekt) aus dem allgemeinen Notwehrrecht ableiten: Wenn es zulässig erscheint, gegen jemanden (unter Umständen sogar gewaltsam) vorzugehen, der einen Anderen (rechtswidrig) angreift (Notwehr), sollte es als Minus auch erlaubt sein, ihm für den Fall seines Angriffs eine Sanktion anzudrohen. Dieses Recht ist allerdings dem einzelnen Bürger wegen des Gewaltmonopols des Staates entzogen, der es treuhänderisch für den Bürger verwaltet. Dabei ergibt sich zugleich, dass keine höhere Strafe angedroht werden darf als zur Demotivation eines (potenziellen) Täters erforderlich, wodurch sich zumindest eine gewisse Proportionalität zwischen Strafhöhe und Tatschwere ergibt. Zugleich wird damit dem im Strafrecht anerkannten Grundsatz Rechnung getragen, dass das Strafrecht nur *ultima ratio* der Sozialkontrolle sein sollte, weil dann, wenn es andere wirk-same, weniger einschneidende Maßnahmen zur Verhaltenssteuerung gibt, die Androhung von Strafe als schwerste Form staatlichen Tadels nicht gerechtfertigt erscheint. Ist auf diese Weise die Androhung von Strafe jedenfalls zur Abwehr gravierender Rechtsgutbeinträchtigungen begründbar, folgt die Berechtigung zur Strafzufügung daraus, dass die Strafandrohung leer und wirkungslos wäre, würde sie im Fall der Begehung der Straftat nicht auch wahr gemacht.“ (Joerden, Strafgerechtigkeit, 126-127)

Allerdings wäre es wohl zu einfach, den Konsequezialismus auf die Begründung der Strafandrohung bzw. der gesetzlichen Strafrahmen zu beschränken. Jedenfalls tun dies nicht alle Gesetzgeber. So ist in Österreich dem **Präventionsgesichtspunkt** bisweilen (keineswegs immer!) **auch bei der Strafzumessung** im Einzelfall Rechnung zu tragen.⁷³

Strafverfahren und Strafvollzug

Während darüber, was genau ein strafwürdiges Unrecht darstellt, sowie über die Strafen selbst und ihre Begründung auch unter im Großen und Ganzen liberalen Demokratinnen einiges an Dissens besteht, ist man sich über die **Grundsätze, die das Strafverfahren leiten sollen**, weitgehend einig:

„Im Vordergrund steht dabei zunächst die strafrechtliche **Unschuldsvermutung** ..., wonach jeder als unschuldig zu gelten hat, bis ihm seine Schuld in einem förmlichen

⁷³ Siehe etwa § 37 StGB: (1) Ist für die Tat keine strengere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angedroht, so ist statt auf eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als einem Jahr gleichwohl auf eine Geldstrafe von nicht mehr als 720 Tagessätzen zu erkennen, wenn es nicht der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe bedarf, um den Täter von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten. [*Anm.: Spezialprävention*]

(2) Ist für eine Tat eine strengere Freiheitsstrafe als nach Abs. 1, aber keine strengere als eine zehnjährige Freiheitsstrafe, angedroht, so ist die Verhängung einer Geldstrafe von nicht mehr als 720 Tagessätzen anstelle einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als einem Jahr nur zulässig, wenn es nicht der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe bedarf, um den Täter von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten, und die Verhängung einer Geldstrafe genügt, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. [*Anm.: Generalprävention*]

Gerichtsverfahren nachgewiesen wurde. Seine Fortsetzung findet dieses Prinzip in der strafprozessualen Beweislastregel, wonach bei nicht nachgewiesener Schuld ein Freispruch zu erfolgen hat bzw. bei Zweifeln über den Sachverhalt die dem Angeklagten günstigste Sachverhaltsgestaltung zugrunde zu legen ist (*in dubio pro reo*). Weiterhin setzt die Strafverfahrensgerechtigkeit insbesondere voraus, dass keiner seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf ..., der Beschuldigte stets einen Anspruch auf rechtliche Prüfung gegen ihn gerichteter staatlicher Verfolgungsmaßnahmen hat ..., er nicht wegen ein und derselben Tat zweimal zur Verantwortung gezogen werden darf (*ne bis in idem* ...), er einen Anspruch auf rechtliches Gehör hat (*et audiatur altera pars* ...), er nicht ohne seinen Willen zur Mitwirkung bei der Aufklärung der Tat durch eigene Aussagen gezwungen werden darf (*nemo tenetur se ipsum accusare*), er dementsprechend zu den gegen ihn erhobenen Anschuldigungen schweigen darf, er weiterhin einen **Anspruch auf einen Verteidiger** hat, **bestimmte Beweismethoden verboten** sind (etwa Vernehmungen unter Androhung oder gar Anwendung von Folter, Einsatz von Täuschungen oder Narkotika etc. ...) und das **Strafverfahren in der Regel öffentlich** durchgeführt werden muss. Alle diese prozessrechtlichen Prinzipien und Regeln (und weitere, die hier nicht im Einzelnen genannt werden können) dienen dazu, zu gewährleisten, dass der Beschuldigte in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren nicht zu einem Objekt dieses Verfahrens wird, sondern dass er stattdessen Prozesssubjekt sein kann. Kantisch gesprochen geht es hier um die Wahrung der Menschenwürde auch des (möglichen) Straftäters, der nicht zu einem bloßen Mittel einer Wahrheitsfindung ‚um jeden Preis‘ werden soll.“ (Joerden, Strafgerechtigkeit, 128-129)

In den letzten Jahrzehnten fand noch ein anderer Gesichtspunkt verstärkte Beachtung in Diskussionen über die Gestaltung des Strafverfahrens: **Opferschutz und Opferrechte**.⁷⁴ Einerseits geht es darum, zu verhindern, dass das (öffentliche) Strafverfahren weiteres Opferleid verursacht, insbesondere zu „sekundären Viktimisierungen“ führt. Andererseits sollen Opfer die Gelegenheit erhalten, ihre Perspektive und Ansprüche (jenseits des zivilrechtlichen Schadenersatzes) geltend zu machen. Diese sollen nicht hinter dem Strafanspruch der Rechtsgemeinschaft bzw. des Staates unsichtbar werden, gerade dann nicht, wenn das öffentliche Unrecht durch das individuelle Leid *konstituiert* wird.

Was den **Vollzug von Freiheitsstrafen** betrifft, so lassen sich gewisse Vorgaben *deontologisch* begründen, nämlich aus dem Prinzip der Menschenwürde und den dieses Prinzip konkretisierenden Grund- und Menschenrechten. Aber auch *konsequenzialistische und ökonomische Ansätze* bieten zahlreiche Ressourcen für die Begründung bestimmter Ausgestaltungen des Vollzugs. Immerhin ist ein plausibler Zweck von Strafen die Resozialisierung. Daraus ergeben sich einige Anforderungen und Desiderate (vernünftige Beschäftigung, Ausbildungsmöglichkeiten, psychologische Betreuung etc.).

⁷⁴ Siehe etwa U. Jesionek und M. Hilf (Hrsg.), *Die Begleitung des Verbrechensoffers durch den Strafprozess*, Innsbruck/Wien: Studienverlag 2006 und die Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=en>.

8 Antidiskriminierungsrecht

Lit. A. Somek, *Rechtliches Wissen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2006, Kap. 6.

Moderne Rechtsordnungen enthalten zahlreiche Gleichheitsversprechen. Die Grundlage dafür bilden die oben aufgelisteten abstrakten Postulate der sozialen Gerechtigkeit (Kap. 3): rechtliche Gleichheit, bürgerliche Freiheit, politische Beteiligung, soziale Chancengleichheit und wirtschaftliche Ausgewogenheit. Je nach genauer Interpretation schließen diese Postulate bestimmte Ungleichbehandlungen bei der Zuweisung sozialer Güter (Rechte, Freiheiten, Chancen, Mitbestimmungsmöglichkeiten, Einkommen/Vermögen) aus. Allerdings erfolgt die Zuweisung vieler konkreter sozialer Güter (wie Arbeitsplätze oder medizinische Ressourcen) nicht direkt durch nationale oder internationale Gesetzgeber, sondern durch andere staatliche Akteurinnen und Private in einem aus generellen Normen bestehenden Rahmen.

Vor allem (aber keineswegs ausschließlich) sind es Markttransaktionen, die darüber entscheiden, wer genau über welche Ressourcen genau verfügt. Dabei lassen sich die Einzelnen unvermeidlich von **Stereotypen** leiten. Stereotype sind Bündel kognitiver und oft auch normativer Erwartungen und grundsätzlich unverzichtbar für die Navigation durch die soziale Welt. Vielen Stereotypen liegen auch keine unreflektierten Vorurteile zugrunde, sondern durchaus robuste statistische Daten oder vernünftige empirische Annahmen: Dass Raucherinnen insgesamt anfälliger sind für bestimmte schwere Erkrankungen und Frauen eine höhere Lebenserwartung haben als Männer, hat Einfluss auf Versicherungsverträge und Prämienhöhen; dass Absolventinnen eines rechtswissenschaftlichen Studiums gewöhnlich mehr von Recht verstehen als Absolventinnen des Molekularbiologiestudiums, wird schon vor Einstellungsentscheidungen bei der Auswahl der zu Vorstellungsgesprächen Einzuladenden berücksichtigt. Daran ändert nichts, dass die Stereotype nicht in jedem einzelnen Fall zutreffen. Tatsächlich existieren auch Normen, die von uns verlangen, nach Stereotypen zu handeln: etwa, dass wir in einem Land der Dritten Welt, nicht aber in Österreich, unser Auto nur auf bewachten Parkplätzen stehen lassen (andernfalls bei einem Diebstahl kein Ersatzanspruch gegen die Versicherung besteht).

Manche Stereotype sind bloße Vorurteile. Doch selbst wenn sie gut fundiert sind und auf hinreichend viele Individuen der jeweiligen Gruppe zutreffen, kann das Handeln nach ihnen in einer dem Anspruch nach zumindest minimal egalitären Gesellschaft verpönt sein. Mag etwa die Nichteinstellung von Frauen, weil man mit „Babypausen“ rechnet, auch rational sein, kann dieses Handeln durchaus **Gegenstand rechtlicher Diskriminierungsverbote** sein.

Nicht allen Diskriminierungen liegen konkrete Stereotype zugrunde. Manchmal sind es auch bloße Aversionen gegen Menschen mit bestimmten Merkmalen wie Hautfarbe oder Herkunft, für die keinerlei Begründung angegeben wird (nicht jede Rassistin hat eine Rassentheorie parat, von der wenigstens sie selbst überzeugt wäre). Das heißt, manchmal haben wir es **unvermittelter Demütigung** zu, mit einer Behandlung von

Personen, als existierten diese schlicht nicht als gleichwertige Personen. Außerdem werden Personen bisweilen soziale Nachteile auferlegt, denen sie nur entgehen können, wenn sie sich über das Zumutbare hinaus „einem bestimmten Modell des Personseins“ (Somek) anpassen müssen, um sozialen Nachteilen zu entgehen. Somek nennt diese Form der Diskriminierung **Überdeterminierung**.⁷⁵ Das „bestimmte Modell des Personseins“, etwa eine Konzeption des „vernünftigen Durchschnittsmenschen“, kann ebenfalls als Stereotyp verstanden werden. In diesem Fall resultiert die Benachteiligung von Personen aber nicht daraus, dass sie stereotypisiert, also voreingenommen wahrgenommen würden, sondern aus der Erwartung der Anpassung an ein allgemeines Stereotyp.

Ob Gesetzgeber eine Gruppe unter Diskriminierungsschutz stellen sollen, hängt davon ab, ob und in welchem Ausmaß die Gruppe tatsächlich diskriminierungsgefährdet ist. Das variiert mit den sozialen Verhältnissen, also historisch und kulturell. Es hängt **aber auch davon ab, ob sich mit Diskriminierungsverboten überhaupt und auf vertretbare Weise etwas ausrichten lässt.** Dass es gemeinhin als schön geltende Menschen augenscheinlich leichter haben als Menschen, die für hässlich gehalten werden („lookism“), mag man bedauern. Derartige Benachteiligungen mit rechtlichen Diskriminierungsverboten abzustellen dürfte aber unmöglich sein oder öffentliche Erörterungen (der perzipierten Schönheit oder Hässlichkeit) bedingen, auf die die Benachteiligten selbst gerade keinen Wert legen.

Hier interessieren **Diskriminierungen durch** einzelne Akteurinnen, insbesondere **Private**: „Das Antidiskriminierungsrecht beruht auf einer *Grundentscheidung*. Sie besteht darin, **bestimmte Subjekte in bestimmten Handlungszusammenhängen an vergleichsweise strengere Gleichheitsanforderungen zu binden als andere Subjekte.** Die Unterscheidung wird gezogen, insofern das Verhalten der Adressaten in solchen Kontexten über die soziale Verteilung von Gütern und Lasten einen wesentlichen Ausschlag gibt. Die damit vollzogene Hervorhebung einer sozialen Stellung kann sich bloß an die Subjekte halten, die besonderen Einfluss auf die Verteilung haben (wie Arbeitgeber), oder darüber hinausgehend mit einem Bezug auf Güter kombiniert werden, die zur Verteilung anstehen (man denke etwa an die Vermietung von Wohnraum).“ (Somek, *Rechtliches Wissen*, 212)⁷⁶

⁷⁵ Ausführlicher zu den drei (miteinander zusammenhängenden) Formen der Diskriminierung, Demütigung, Stereotypisierung und Überdeterminierung, A. Somek, *Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht*, Wien/New York: Springer 2001, 379-384.

⁷⁶ Aus den Postulaten der sozialen Gerechtigkeit und dem allgemeinen Gleichheitsrecht lässt sich aber auch ein Antidiskriminierungsprinzip ableiten, das den Gesetzgeber bindet. Freilich, nach der in der Rechtsdogmatik und der Judikatur vorherrschenden Auffassung gebietet der Gleichheitssatz (zumindest der österreichischen Verfassung) zugleich mehr und weniger, nämlich Sachlichkeit (siehe M. Pöschl, *Gleichheit vor dem Gesetz*, Wien/New York: Springer 2008). Die Grundlage dafür bildet eine Interpretation von „Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz“ als „Wesentlich Gleiches ist gleich, wesentlich Ungleiches ist ungleich zu behandeln“. Das heißt, man wendet das Prinzip der formalen Gerechtigkeit (siehe Kap. 3) auf Regeln an. Kritisch dazu Somek, *Rationalität und Diskriminierung* und C. Hiebaum, Gleichheit und Sachlichkeit. Über eine unglückliche Beziehung. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 64 2009, 257-275.

Diskriminierung und Diskriminierungsstrukturen

Eine **Diskriminierung** liegt grundsätzlich **dann** vor, **wenn**:

- (1) eine Person benachteiligt wird aufgrund von Merkmalen (Geschlecht, Hautfarbe, Herkunft, sexuelle Orientierung, Alter, religiöse Einstellungen etc.), über die zu verfügen unmöglich oder unzumutbar ist⁷⁷,
und
- (2) diese Benachteiligung ihrerseits nicht durch Vorteile für die Gruppe, der die Person angehört, ausgeglichen wird⁷⁸ oder auf Gründen beruht, die die Annahme beinhalten, dass den Angehörigen der Gruppe ein geringerer Wert zukommt.

Wenn die inkriminierte Benachteiligung direkt aufgrund besagter Merkmale erfolgt, handelt es sich um **unmittelbare Diskriminierung**. Wenn sie Effekt einer scheinbar neutralen Regelung ist, gilt sie als **mittelbare Diskriminierung** (z.B. Urlaubsregeln, die auf Vollzeitarbeitsverhältnisse abstellen, wie sie für Männer, aber nicht für Frauen typisch sind).

Schon die **bloße Feststellung einer Diskriminierung beinhaltet demnach Wertungen bzw. normative Annahmen**: (i) Annahmen darüber, was eine Benachteiligung und ein vernünftiger Ausgleich einer solchen ist; (ii) darüber, welche Veränderungen von Merkmalen zumutbar ist; und/oder (iii) was es bedeutet, Angehörigen einer Gruppe einen geringeren Wert zuzuschreiben. Vor allem die Abwertung im Sinne von (iii) lässt sich denen, die sich diskriminierend verhalten, oft nicht als *Absicht* zuschreiben. Wäre dies eine notwendige Bedingung für das Vorliegen einer verpönten Diskriminierung, wäre das Antidiskriminierungsrecht von vornherein weitgehend zahnlos. Es würde nur unmittelbare Diskriminierungen verbieten, und solche lassen sich allzu leicht vermeiden oder verschleiern.

Rationale, nicht irrationale und irrationale Diskriminierung

Rationale Diskriminierung ist eine für die Handelnde vorteilhafte Benachteiligung anderer aufgrund der Verwendung von Stereotypen. Das ist strenggenommen nicht ganz korrekt. Denn rationales Handeln ist nicht unbedingt eigennütziges Handeln. Die Rechtfertigung für die Engführung des Begriffs des rationalen Handelns auf rationales *und*

⁷⁷ So meinen etwa selbst diejenigen, die das biologische Geschlecht einer Person (wohl entgegen dem, was die herrschende Auffassung in der Humanbiologie ist) für prinzipiell veränderbar halten, üblicherweise nicht, dass eine solche Veränderung zugemutet werden kann. Dass einige sich freiwillig Hormonbehandlungen und chirurgischen Eingriffen unterziehen, macht diese nicht allgemein zumutbar.

⁷⁸ Ein Beispiel: „Wer aufgrund geistiger oder körperlicher Gebrechen nicht in der Lage ist, jene Qualifikationen zu erwerben, die ein praktizierender Arzt haben sollte, wird vielleicht mit seinem Schicksal hadern, aber keinen zwingenden (oder auch nur guten) Grund haben, die Regelung, wonach ein Arzt ein Medizinstudium und den sog Turnus absolviert haben muss, als Diskriminierung anzusehen.“ (Hiebaum, Gleichheit und Sachlichkeit, 272) So liegt es auch im Interesse der geistig überdurchschnittlich Limitierten, dass praktizierende Ärztinnen den gewöhnlichen intellektuellen, nervlichen und körperlichen Anforderungen ihres Berufs gerecht werden.

eigennütziges Handeln liegt darin, dass wir uns hier primär auf Diskriminierungen durch Private und dabei auf soziale Kontexte beziehen, in denen rationale Akteurinnen tatsächlich überwiegend daran interessiert sind, ihren eigenen Nutzen zu mehren. Zu diesen Kontexten zählen insbesondere Arbeits- und Wohnungsmärkte.⁷⁹ Dort ist die Verwendung von Stereotypen immer dann rational, wenn sie effizienter ist als die Aufklärung der relevanten Tatsachen.

Nicht irrationale Diskriminierung ist jede für die Handelnde zwar nicht vorteilhafte, aber auch nicht nachteilige Benachteiligung anderer aufgrund der Verwendung von Stereotypen.

Irrationale Diskriminierung ist jede für die Handelnde nachteilige Benachteiligung anderer aufgrund der Verwendung von Stereotypen.

Strukturelle Diskriminierung

Manche Marktliberale vertreten die **Auffassung, dass es eigentlich keinen rechtlichen Diskriminierungsschutz, sondern nur freie Märkte braucht, um Diskriminierungen verschwinden zu lassen.** Denn Diskriminierung sei prinzipiell ökonomisch irrational. Wer regelmäßig diskriminiere, erlege sich selbst einen Nachteil auf und könne deshalb langfristig im Wettbewerb nicht bestehen. Doch Diskriminierung kann leicht strukturell werden. „**Strukturelle Diskriminierung**“ bezeichnet ein System von sozialen Entscheidungsbedingungen und eine entsprechende Praxis, welche die Mitglieder einer Gruppe insgesamt tendenziell benachteiligt. Dabei müssen die einzelnen Benachteiligungen nicht unbedingt auf einer Diskriminierungsabsicht beruhen.

Viele Stereotype haben eine Tendenz, sich selbst zu bestätigen und als soziale Gegebenheiten zu verfestigen. Das liegt auch daran, dass **Diskriminierungsopfer bisweilen selbst**, und zwar durchaus rational, zur Entstehung und Bewahrung diskriminierender Strukturen **beitragen**.

Auf dem Markt ist, entgegen den Auffassungen mancher Marktliberaler, die Anpassung an diskriminierende Präferenzen anderer ein Gebot der Rationalität.⁸⁰ Mitunter existieren diese Präferenzen auch gar nicht wirklich, sondern werden *fälschlicherweise* wechselseitig unterstellt. In der Sozialpsychologie wird dieser Fall „**pluralistische Ignoranz**“ genannt.⁸¹

⁷⁹ Für einen ansonsten angemesseneren Begriff des rationalen Handelns siehe z.B. J. Elster, *Solo-nomic Judgements. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press 1989, 3-7. Demnach zeichnet sich ideal-rationales Handeln durch drei Merkmale aus: (1) Es ist das beste Handeln gegeben Überzeugungen und Wünsche; (2) die Überzeugungen sind die bestbegründeten gegeben die vorhandenen Evidenzen; und (3) der Evidenzsammlungsaufwand war optimal gegeben Wünsche und frühere Überzeugungen.

⁸⁰ Siehe auch C. R. Sunstein, *Why Markets Don't Stop Discrimination*. In *Free Markets and Social Justice*, New York/Oxford: Oxford University Press 1997, 151-165.

⁸¹ D. Prentice, *Pluralistic Ignorance*. In *Encyclopedia of Social Psychology*, Hrsg. R. F. Baumeister und K. D. Vohs, Thousand Oaks: SAGE Publications 2007, 674-675.

Das folgende, sehr stilisierte Beispiel soll auch eine Ahnung davon vermitteln, wie eine Diskriminierungsgeschichte in der Gegenwart nachwirkt, weil sich viele Akteurinnen auf Stereotype und ihre Auswirkungen eingestellt haben (auch wenn sie den Stereotypen individuell wenig bis nichts abgewinnen können):

- (1) Es existiert das Stereotyp, dass Frauen besser für Kindererziehung geeignet sind oder dafür eine besondere Präferenz haben.
- (2) Arbeitsgeberinnen stellen eher Männer als Frauen ein. Das ist in der Regel nicht irrational; oft ist es sogar rational, nämlich dann, wenn die Kundschaft ebenfalls dem Stereotyp anhängt und Männern größere einschlägige Kompetenz unterstellt.
- (3) Frauen werden dadurch genötigt, tatsächlich die Hauptlast der Kinderbetreuung zu tragen; der Gesetzgeber trägt diesem Umstand Rechnung (z.B. durch Nachtarbeitsverbote).
- (4) Wenn keine Aussicht auf Vermeidung der Diskriminierung besteht, ist Anpassung rational (Verzicht auf besondere Ausbildung und Bewerbung um „Männerjobs“). Damit entsteht das, was im Stereotyp vorausgesetzt wird, nämlich die *Präferenz* von Frauen für Kinderbetreuung und Teilzeitjobs.
- (5) Diese Präferenz wird dadurch verstärkt, dass das Einkommen des Mannes in der Regel über dem der Frau liegt, sodass darauf weniger leicht verzichtet werden kann.
- (6) Umso mehr ist allseitige Orientierung am Stereotyp rational; die Orientierung am Stereotyp bedeutet eine effiziente Orientierung an der Realität.
- (7) Naturalisierung: „Dinge können nicht anders sein“. Neutralisierung: „Dinge sind, wie sie sind – weder gut noch schlecht“.

Das Antidiskriminierungsrecht ist eine Strategie, derartige soziale Mechanismen zu unterbrechen bzw. deren Wirksamkeit abzuschwächen.

Funktionen, Komplikationen und Limitationen des Antidiskriminierungsrechts

Antidiskriminierungsgesetze schränken (wie viele andere Rechtsvorschriften auch) die Privatautonomie bestimmte sozialer Akteurinnen (Arbeitgeberinnen, Vermieterinnen, Lokalbetreiberinnen etc.) ein. Letzteren werden Pflichten auferlegt. Die daran geknüpften Sanktionen (Strafen, Schadenersatzpflichten) geben Anreize zu Kooperation, die notwendig, wenn auch nicht hinreichend ist für die Gewährleistung sozialer Gleichheit (**materielle Funktion**).

Darüber hinaus signalisieren solche Gesetze auch Werthaltungen der Rechtsgemeinschaft, insbesondere ein Bekenntnis zur Statusgleichheit aller Rechtsgenossinnen. Sie machen klar, dass bestimmte, oft lange Zeit benachteiligte oder gar verfolgte Gruppen denselben Respekt verdienen wie andere (**symbolische Funktion**). Auf diese Weise tragen sie zu einer öffentlichen Kultur bei, in der gewisse Einstellungen wie Rassismus und

Sexismus verpönt sind und ohne nennenswerte Gefahr auch „bloß“ informeller Sanktionierung nicht mehr artikuliert werden können.

Unter denen, die auf gleiche Freiheit aller Gesellschaftsmitglieder Wert legen oder zumindest die einschlägigen rechtsförmigen Versprechen (in Verfassungen und internationalen Verträgen) ernst nehmen, besteht **Einigkeit darüber, dass wir in einer heterogenen Gesellschaft mit großer sozialer Ungleichheit ohne Antidiskriminierungsrecht nicht auskommen.**⁸² Gleichwohl gilt es, den Blick vor Problemen des Antidiskriminierungsrechts nicht zu verschließen. Die Probleme lassen sich freilich rechtsdogmatisch und durch kluge Rechtspolitik verringern (wenn schon nicht gänzlich auflösen).

Rechtssicherheitsprobleme

Unmittelbare Diskriminierungen lassen sich, wie gesagt, relativ leicht verschleiern. Ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, ist wiederum oft nicht klar, zumal es für scheinbar neutrale, aber systematisch eine Gruppe benachteiligende Regelungen ebenso unverdächtig anmutende Begründungen geben kann. Genauer: Es ist mitunter schwer zu bestimmen, ob eine *verpönte* Diskriminierung vorliegt. Immerhin sollte Einzelnen keine *allzu* große Verantwortung für die Korrektur von Ungleichheiten und Stereotypen auferlegt werden, zu deren Entstehung sie wenig bis nichts beigetragen haben. Viel hängt deshalb von mitunter **schwer prognostizierbaren richterlichen Abwägungen** ab.⁸³

Intersektionalität

Wir alle gehören verschiedenen Gruppen an, und manche **verschiedenen diskriminierungsgefährdeten Gruppen**. Man denke etwa an schwarze lesbische Frauen. Für diesen Sachverhalt hat Kimberlé Crenshaw den Begriff der Intersektionalität geprägt.⁸⁴ Daraus können sich rechtliche Probleme ergeben. Denn Diskriminierungsverbote stellen üblicherweise auf ein bestimmtes Merkmal (Geschlecht, Hautfarbe, sexuelle Orientierung o.Ä.) ab. Man würde nun erwarten, dass Personen, die mehrere solcher Merkmale aufweisen, umso besseren Diskriminierungsschutz genießen. Doch wie Crenshaw gezeigt hat,

⁸² Weniger Einigkeit besteht über (die Begründung von) Maßnahmen zur Förderung systematisch benachteiligter Gruppen („affirmative action“), etwa mittels *Quotenregelungen*. Zentrale Texte dazu enthält B. Rössler (Hrsg.), *Quotierung und Gerechtigkeit. Eine moralphilosophische Kontroverse*, Frankfurt am Main/New York: Campus 1993.

⁸³ Sehr hart (womöglich *zu* hart) resümiert Somek: „Im Effekt wird den entscheidenden Stellen großer Entscheidungsspielraum eingeräumt. Den Normen fehlt, was man von Normen erwartet: die Normierung.“ (Somek, *Rechtliches Wissen*, 233)

⁸⁴ K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*. *University of Chicago Legal Forum* 1 1989, 139-167, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>; siehe auch E. Holzleithner, *Mehrfachdiskriminierungen im europäischen Rechtsdiskurs*. In *Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse*, Hrsg. U. Hormel und A. Scherr, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften 2010, 94-113; E. Holzleithner, *Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination*. *Transnational Law and Contemporary Problems* 14 2005, 945-953, <https://homepage.univie.ac.at/~holzlee2/HolzleithnerDis-Entangling.pdf>.

ist oft das Gegenteil der Fall. **Antidiskriminierungspolitiken, die jeweils auf ein Merkmal fokussieren, „are becoming ‘exclusive.’** They tend to articulate first and foremost the interests of the ‘privileged’ members within the disadvantaged group, namely those who are only ‘singlyburdened.’⁸⁵

Umgekehrt birgt der (rechts)politische **Fokus auf mehrfach diskriminierte Subgruppen** das **Risiko** in sich, zur Konstruktion immer speziellerer Identitäten beizutragen und in **einer exzessiven „Identitätspolitik“** zu münden, die Solidarität zwischen Benachteiligten untergräbt oder deren Herstellung erschwert. Eine solche Solidarität wiederum braucht es für die effektive Bekämpfung sozialer Ungleichheiten einschließlich Diskriminierungen.⁸⁶

Konflikte zwischen diskriminierten Gruppen

Benachteiligte können gleichgültig gegenüber Benachteiligungen anderer sein oder sogar Präferenzen für solche Benachteiligungen haben. Daraus können Konflikte zwischen Gruppen entstehen. Man denke an Angehörige religiöser Minderheiten mit ausgeprägten eigenen Diskriminierungswünschen. Oft ist freilich nicht klar, ob die konfliktgegenständlichen Benachteiligungen tatsächlich Diskriminierungen darstellen. Respektive: Ein Teil des Konflikts besteht sogar in **Auffassungsunterschieden darüber, wessen Präferenzen diskriminierende Präferenzen sind.**

⁸⁵ Holzleithner, *Mainstreaming Equality*, 947.

⁸⁶ Ein starker Fokus auf „Identität“, „Diversität“ und „Inklusion“ wird deshalb auch von manchen Sozialistinnen abgelehnt. Es handle sich dabei um Gleichheitspolitik für die neoliberale Gesellschaft. Polemisch zugespitzt: „[W]ithin that moral economy a society in which 1% of the population controlled 90% of the resources could be just, provided that roughly 12% of the 1% were black, 12% were Latino, 50% were women, and whatever the appropriate proportions were LGBT people. It would be tough to imagine a normative ideal that expresses more unambiguously the social position of people who consider themselves candidates for inclusion in, or at least significant staff positions in service to, the ruling class.“ (A. Reed jr., *From Jenner to Dolezal: One Trans Good, the Other Not So Much. Common Dreams* 15.6.2015, <https://www.commondreams.org/views/2015/06/15/jenner-dolezal-one-trans-good-other-not-so-much>) Siehe auch W. B. Michaels, *The Trouble with Diversity. How We Learned to Love Identity and Ignore Inequality*, New York: Metropolitan Books 2006.

Ein **aktuelles Beispiel** ist der **Streit um Rechte von Transgender-Personen**, insbesondere von Transfrauen, also biologischen Männern⁸⁷, die sich als Frauen identifizieren.⁸⁸

⁸⁷ Schon die Verwendung der Begriffe „biologischer Mann“ und „biologische Frau“ ist kontrovers. Zur Erklärung der hier gewählten Terminologie: Viele derjenigen, die sich für die Anliegen von Transgender-Personen stark machen, bevorzugen die Rede von einem „zugewiesenen Geschlecht“. Bisweilen wird dies mit einer Art Konstruktivismus („Diskursidealismus“) begründet, der in der Annahme zu bestehen scheint, unsere Beschreibungen würden die natürliche Wirklichkeit einschließlich des biologischen Geschlechts eines Menschen erst hervorbringen. Ich halte diese Annahme für ganz und gar abwegig. Dass wir uns für das Beschreiben der Wirklichkeit der Sprache zu bedienen haben und die Sprache wiederum Teil sozialer Praktiken ist, macht das, was wir beschreiben und um das herum wir soziale (z.B. rechtliche) Praktiken entwickelt haben, nicht zu etwas Sprachlich-Sozialem. Etwas häufiger wird ein anderer Grund für die Ablehnung der Rede von „biologischen Männern“ und „biologischen Frauen“ angegeben, nämlich dass die in der Biologie und Medizin für Säugetiere einschließlich Menschen überwiegend angenommene Binarität der Geschlechter gar nicht existiere. Stattdessen hätten wir es mit einem Spektrum zu tun (siehe etwa A. Fausto-Sterling, *Why Sex Is Not Binary*, *New York Times* Oct. 25, 2018, https://www.researchgate.net/publication/338234318_Why_Sex_Is_Not_Binary_591). Was nach herkömmlicher Auffassung lediglich eine (nur selten korrekturbedürftige) Registrierung des männlichen oder weiblichen Geschlechts eines Individuums nach der Geburt (respektive mittels Ultraschalls schon vorher) ist, stelle in Wahrheit, so Vertreterinnen der Spektrums-Auffassung, eine Zuweisungsentscheidung dar, die sich einem allzu selektiven Blick auf die komplexe Wirklichkeit verdankt. Man fokussiere zu Unrecht darauf, ob ein Organismus darauf angelegt sei, große unbewegliche oder kleine bewegliche Keimzellen zu produzieren, um im ersten Fall seine Weiblichkeit und im zweiten Fall seine Männlichkeit zu konstatieren. Ohne selbst über nennenswerte biologische Expertise zu verfügen, scheinen mir der Spektrums-Auffassung, zumindest aber ihrer Verwendung in der Debatte, begriffliche Konfusionen zugrunde zu liegen (siehe E. Hilton und C. Wright, *Two Sexes*. In *Sex and Gender: A Contemporary Reader*, Hrsg. A. Sullivan und S. Todd, London/New York: Routledge 2023, 16-34). Auch wenn mir hier nicht daran gelegen ist, Partei im Streit um die Rechte von Transgender-Personen zu ergreifen, mag man aufgrund meiner Begriffswahl eine gewisse Einstellung zu manchen Positionen und Begründungen in der juristischen und rechtspolitischen Gender-Debatte vermuten. Das wäre freilich auch der Fall, würde ich von Personen sprechen, denen ein männliches Geschlecht oder ein weibliches Geschlecht „zugewiesen“ worden sei. Die gewählten Begriffe haben, wie ich meine, zumindest drei Vorzüge: (1) Sie sind durchaus mit der Tatsache vereinbar, dass sich manchen Menschen kein eindeutiges Geschlecht (leicht und zugleich sehr verlässlich) zuordnen lässt. Und dabei leisten sie nicht einer Vermischung der Debatten um Transgender-Rechte und um die Rechte von Menschen mit Intergeschlechtlichkeitskonditionen Vorschub. Bei letzteren Kindern bedeutet „Geschlechtszuweisung“ allzu oft ungerechtfertigte, mindestens aber höchst fragwürdige chirurgische Interventionen. (2) Sie suggerieren nicht, dass eine Person umso männlicher oder weiblicher ist, je mehr Merkmale vorhanden und je stärker die Merkmale ausgeprägt sind, die mit dem jeweiligen Geschlecht biologisch assoziiert sind: Körpergröße, Bartwuchs, Fett an bestimmten Körperstellen, Muskel-Fett-Verhältnis etc. (Vertreterinnen der Spektrums-Auffassung werden darin vielleicht einen politisch-sozialen Vorzug sehen, aber einen, der mit der größeren Ungenauigkeit der binären biologischen „Geschlechtszuweisung“ erkauft werde.) (3) Da sie nicht auf soziale oder individuelle Entscheidungen bei der Geschlechtsbestimmung abstellen, führen sie weniger leicht zu einer Verwechslung dessen, was im biologischen Sinne männlich oder weiblich ist, mit dem, was kulturell als „maskulin“ oder „feminin“ codiert ist (Kleidung, Spiel- und Sportpräferenzen, Kommunikationsverhalten, Gestik, Gangart etc.). Definitiv liegt ihrer Verwendung keine biologistische Auffassung zugrunde, wonach die kulturellen Codierungen selbst rein biologisch erklärbar, im Grunde also natürlich sind.

⁸⁸ Siehe C. Price, *Women's Spaces, Women's Rights: Feminism and the Transgender Rights Movement*. *Marquette Law Review* 103(4) 2020, 1509-1564, <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5461&context=mulr>; siehe auch das Streitgespräch zwischen Faika El-Nagashi und Katt Spiel in *Der Standard* vom 25. Juli 2022: <https://www.derstandard.at/story/2000137639109/debatte-um-trans-personen-mir-wurde-ins-ge-sicht-gespu-ckt>. Schon was eine „gender identity“ genau ist, wenn nicht die Identifikation mit

Für diejenigen mit einem halbwegs robusten Commitment zum Wert individueller Autonomie und sozialer Freiheit (im Gegensatz etwa zu illiberalen Populistinnen) ist die rechtlich und rechtspolitisch relevante Frage weniger, ob Transgender-Personen grundsätzlich bzw. jemals als das anerkannt und adressiert werden sollen, als was sie sich selbst sehen. Die Frage lautet vielmehr, ob Transgender-Personen (insbesondere jene, die kein hormonelles oder chirurgisches „Transitioning“ vollziehen oder vollzogen haben) *all* die Rechte haben sollen, die an das Geschlecht geknüpft sind, mit dem sie sich identifizieren, bzw. welche dieser Rechte sie haben sollen. Umstritten sind u.a. der Zugang zu Frauenhäusern, Damentoiletten und -umkleideräumen sowie Frauengefängnissen und die Möglichkeit, an Frauensportbewerben teilzunehmen oder in den Genuss von bestimmten Frauenförderungsmaßnahmen zu kommen.⁸⁹ Darüber hinaus geht es um die Frage, ob man Kinder und Jugendliche in ihren Trans-Identitäten (die möglicherweise wieder aufgegeben werden) bestärken soll, eventuell bis hin zur Verabreichung von Pubertätsblockern und Hormonen und zu chirurgischen Eingriffen.

Manche Feministinnen nehmen hier einen Konflikt zwischen den Interessen bestimmter Männer und den Interessen von Frauen als „sex class“ an. Andere hingegen votieren für ein inklusiveres Verständnis von „Frau“.⁹⁰ (Transmänner, also biologische Frauen, die sich als Männer identifizieren, spielen in der politischen Debatte eine geringere Rolle, da sich von ihrer Inklusion in Männerbereiche kaum jemand eine Beeinträchtigung von Männerinteressen erwartet.)

Soziale Ungleichheiten, die keine Diskriminierungen sind

Nicht alle sozialen Ungleichheiten lassen sich am besten als Diskriminierungen oder Diskriminierungseffekte beschreiben. Das gilt vor allem für Ungleichheiten in der gesamtgesellschaftlichen Verteilung von Einkommen und Vermögen bzw. für **Klassenunterschiede**. Zwar mögen Ungleichheiten *innerhalb* der Klassen auf relativ systematischen Diskriminierungen und auf einer Geschichte der Unterdrückung und des sozialen Ausschlusses beruhen. Doch Klassenunterschiede selbst resultieren in der modernen

einem sozial etablierten Geschlechtsstereotyp, ist vielen nicht klar. Siehe dazu mit Hauptfokus auf der weiblichen Geschlechtsidentität K. Jenkins, Amelioration and Inclusion: Gender Identity and the Concept of *Woman*. *Ethics* 126(2) 2016, 394–421 (<https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/683535>); K. Jenkins, Toward an Account of Gender Identity. *Ergo* 5(27) 2018, 713–744 (<https://quod.lib.umich.edu/e/ergo/12405314.0005.027/--toward-an-account-of-gender-identity?rgn=main;view=fulltext>); kritisch: T. Bogardus, Some Internal Problems with Revisionary Gender Concepts. *Philosophia* 48 2019, 55–75 (<https://link.springer.com/article/10.1007/s11406-019-00107-2>).

⁸⁹ Ähnlich wie es in einigen anderen Staaten bereits geschehen ist, hat 2024 auch der Bundesgesetzgeber in Deutschland ein „Selbstbestimmungsgesetz“ beschlossen, wonach jede Person (höchstens einmal pro Jahr) ihren Geschlechtseintrag im Personenstandsregister ohne vorherige medizinische Begutachtung ändern lassen kann. Die Regelung einiger rechtlicher Konsequenzen einer solchen Änderung wird offen- bzw. Ländern, Sportverbänden und anderen Instanzen überlassen.

⁹⁰ Siehe etwa Jenkins, Amelioration and Inclusion; kritisch (und mit Bezug auf die Debatte um den Gender Recognition Act in UK): M. Leng, Amelioration, Inclusion, and Legal Recognition: On Sex, Gender, and the UK's Gender Recognition Act. *Journal of Political Philosophy* 31(2) 2023, 129–157 (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jopp.12295>).

Gesellschaft aus sozialen Mechanismen, wie sie für die kapitalistische Marktwirtschaft typisch sind. Diese haben nicht *unbedingt* etwas mit fragwürdigen Stereotypisierungen oder bloßen Antipathien zu tun.⁹¹

Will man diese Unterschiede etwas einebnen oder strebt man gar eine klassenlose Gesellschaft an, empfehlen sich – nicht als Alternative, sondern als Ergänzung – **andere Rechtsnormen als Diskriminierungsverbote**, vor allem Reformen der Eigentumsordnung. Zwischen dem **Kampf gegen Diskriminierungen** und jenem **für mehr wirtschaftliche Gleichheit in der Gesamtgesellschaft** gibt es, bei allen Verschränkungen, einen typischen **Unterschied**: Letzterer zielt auf eine Auflösung der benachteiligten Gruppen bzw. ein Verschwimmen der Gruppenkonturen ab, denn die Gruppen, um die es geht (z.B. Arme, Armutsgefährdete und sonstige wirtschaftlich Schwache), werden durch die Benachteiligung erst konstituiert. Ersterer dagegen zielt nicht darauf ab, die benachteiligten Gruppen zu beseitigen. Ihre spezifischen Merkmale (Geschlecht, Hautfarbe, sexuelle Orientierung etc.) können und sollen weiterexistieren, aber eben ohne mit sozialen Nachteilen verknüpft zu sein.

⁹¹ Man bemerke: Auch „Klassismus“ im Sinne einer Diskriminierung nach Klassenzugehörigkeit, eine Schlechterbehandlung von wirtschaftlich Schwachen, ist nicht das, was wirtschaftliche Ungleichheit (hauptsächlich) erklärt. Denn damit Klassismus praktiziert werden kann, muss es bereits ungleiche Klassen geben.