

Stephan Ast / Julia Hänni / Klaus Mathis / Benno Zabel (Hg.)

# Gleichheit und Universalität

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2010 in Halle (Saale) und im Februar 2011 in Luzern



ARSP Beiheft 128

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Franz Steiner Verlag



Nomos

Stephan Ast / Julia Hänni / Klaus Mathis / Benno Zabel (Hg.)  
Gleichheit und Universalität

**ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE**

**ARCHIVES FOR PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY**

**ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT ET DE PHILOSOPHIE SOCIALE**

**ARCHIVO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL**

Herausgegeben von der Internationalen Vereinigung

für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)

Redaktion: Dr. Annette Brockmüller, LL. M.

Beiheft 128

Stephan Ast / Julia Hänni /  
Klaus Mathis / Benno Zabel (Hg.)

# Gleichheit und Universalität

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR)  
in der Internationalen Vereinigung für  
Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2010  
in Halle (Saale) und im Februar 2011 in Luzern



Franz Steiner Verlag



Nomos

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig und strafbar.

© Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2012

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.

Printed in Germany.

Franz Steiner Verlag: ISBN 978-3-515-10067-0

Nomos Verlag: ISBN 978-3-8329-7310-0

## INHALT

Vorwort .....	7
Einleitung .....	9

### I GLEICHHEIT UND DIFFERENZ (HALLE 2010)

*Franziska Martinsen*

Auch nachts sind nicht alle Katzen grau. Zum Verhältnis von Gleichheit und Differenz .....	19
---	----

*Stephan Ast*

Gleichheit, Differenz und Generalisierung – Was es heißt, sich nach einer generellen Norm zu richten .....	31
---	----

*Thomas Grosse-Wilde*

Gleichheit und Differenz in der Strafzumessung .....	45
--	----

*Norbert Paulo*

Eine partikularistische Sicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz .....	59
---	----

*Tim Wihl*

Egalitärer Minimalconstitutionalismus. Gleichheit als notwendige und hinreichende Bedingung des demokratischen Verfassungsstaates .....	77
---	----

*Michael Grünberger*

Das Prinzip der personalen Gleichheit. Eine Skizze des Rechtfertigungsmodells von Gleichbehandlungspflichten privater Akteure .....	91
---	----

*Tilman Altwicker*

Rechtsethische Rekonstruktion des Diskriminierungsverbots .....	107
---	-----

*Pawel Polaczuk*

Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls. Grundriss der Kritik .....	121
--	-----

### II UNPARTEILICHKEIT UND UNIVERSALISIERUNG (LUZERN 2011)

*Klaus Mathis*

Unparteilichkeit .....	133
------------------------	-----

<i>Julia Hänni</i> Universalisierung .....	141
<i>Frederik von Harbou</i> Anspruch und Anthropologie: Unparteilichkeit und Universalismus als rechtsethische Herausforderungen ...	151
<i>Sabrina Zucca-Soest</i> Zur Universalität von Normen.....	165
<i>Tarek Naguib</i> Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘: Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien denken!?	179
<i>Till Zimmermann</i> Die Rollentauschprobe im Strafrecht .....	195
<i>Luca Langensand</i> Richterauswahl – Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit .....	213
<i>Tobias Schaffner</i> Universelle Gleichheit in Hugo Grotius’ Lehre vom natürlichen Privatrecht...	227
<i>Magdalena Hoffmann</i> Völker im Urzustand: Zu Rawls’ Begründung seines ‚Rechts der Völker‘ .....	247
<i>Rainer Keil</i> Unparteilichkeit und Universalisierbarkeit: Taugliche Kriterien für das Maß an Offenheit territorialer Außengrenzen für Flüchtlinge und Immigration? .....	263
<i>Tobias Zürcher</i> Moralischer Relativismus, philosophischer Pragmatismus und universelle Menschenrechte .....	277
<i>Matthias Jenal</i> Sind Menschenrechte universalisierbar? Eine Interpretation im Licht der Sprachphilosophie Wittgensteins .....	291
<i>Peter G. Kirchschräger</i> Das ethische Charakteristikum der Universalisierung im Zusammenhang des Universalitätsanspruchs der Menschenrechte .....	301
Informationen zu den Autoren .....	313

## VORWORT

Der vorliegende Tagungsband vereint die Referate von zwei Jahrestagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR). Die erste Tagung fand am 21. und 22. September 2010 in Halle (Saale) zum Thema „Gleichheit und Differenz“ statt, die zweite wurde am 17. und 18. Februar 2011 unter dem Titel „Unparteilichkeit und Universalisierung“ in Luzern veranstaltet.

Unser herzlicher Dank gilt zunächst den Referentinnen und Referenten sowie allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern beider Tagungen, die für anregende Referate und lebendige Diskussionen sorgten. Für ihre freundliche Unterstützung ist sodann der IVR, Sektion Deutschland sowie den beiden Sprechern des JFR, Carsten Bäcker und Sascha Ziemann, herzlich zu danken. Ein Dank gebührt auch den zahlreichen Helfern, deren Engagement eine unerlässliche Voraussetzung für das Gelingen der Tagungen war. Für die hallische Tagung ist die ehrenamtliche Mitarbeit zahlreicher Studenten besonders hervorzuheben. Für die Luzerner Tagung sind vor allem folgende Personen dankend zu erwähnen: Balz Hammer, MLaw, Claudio Staub, BLaw, Lynn Watkins und Miriam Dobbins, MLaw, für ihren unermüdlichen Einsatz bei der Vorbereitung und Durchführung der Tagung, Flavia Brülisauer, BLaw, für die tatkräftige Unterstützung bei der Fertigstellung des Tagungsbandes. Unser Dank gilt gleichermaßen der Forschungskommission der Universität Luzern, dem Schweizerischen Nationalfonds, der Gemeinnützigen Gesellschaft der Stadt Luzern und der Josef Müller Stiftung Muri für die großzügige finanzielle Unterstützung sowie der Universität Luzern für die Bereitstellung der Räumlichkeiten.

Schließlich möchten wir auch dem „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ dafür danken, dass mit diesem Band die gute Tradition fortgeführt werden kann, die auf den JFR-Tagungen gehaltenen Vorträge als ARSP-Beiheft zu veröffentlichen.

Halle und Luzern, im September 2011

Stephan Ast, Julia Hänni, Klaus Mathis, Benno Zabel





## EINLEITUNG

Die erste der beiden Tagungen befasste sich vor allem mit unterschiedlichen Sichtweisen auf die Gleichheit – der Rolle der Gleichheit als Gerechtigkeitsprinzip, der Gleichheit der Rechtsanwendung als methodologischem Problem, dem Stellenwert des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes sowie mit der Begründung von Diskriminierungsverboten. Im Mittelpunkt der Luzerner Tagung standen die Prinzipien der Unparteilichkeit und der Universalität in Recht und Ethik.

Zu den Beiträgen im Einzelnen:

1. Das Verhältnis von Gleichheit und Differenz sowie die verschiedenen Bedeutungen des Begriffs der Gleichheit im Diskurs über die Gerechtigkeit deckt *Franziska Martinsen* auf. Der Begriff der Gleichheit habe im Kern einen komparativen Sinn, etwa bei der gleichen Verteilung. Wenn er als Allgemeinheit im Sinn der Inklusion aller verstanden werde, sei er streng genommen redundant. Auch die Gleichsetzung von Gleichheit mit Unparteilichkeit (als Absehen von einer Person) sei ungenau. Häufig gehe es bei dieser Rede um den Aspekt der Willkürfreiheit, die durch die Rechtfertigbarkeit ausgezeichnet sei. Dieser komme die Priorität in der Gerechtigkeitskonzeption zu, weil Gleichheit und Unparteilichkeit als Versionen dieses Prinzips verstanden werden können. Nachdem sie somit die Priorität und fundamentale Stellung der Gleichheit in Zweifel gezogen hat, hinterfragt *Martinsen* die Präsomption der Gleichheit, die auf die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen zielt. Die Berufung auf Aristoteles gehe fehl, weil dessen Formel von der Gleichbehandlung des Gleichen und Ungleichbehandlung des Ungleichen symmetrisch angelegt ist und auf die Angemessenheit statt auf die Gleichheit ziele. Die Gerechtigkeitstheorie müsse immer auch der Besonderheit von Menschen und Sachverhalten Rechnung tragen können, ohne freilich die Idee der Gleichheit zu verabschieden.

Im anschließenden thematischen Abschnitt geht es um die Gleichheit der Rechtsanwendung unter methodologischem Gesichtspunkt – mit Bezug zuerst auf die Konkretisierung von Voraussetzungen eines Gesetzes und anschließend von unbestimmten Rechtsfolgenanordnungen.

*Stephan Ast* unterscheidet zunächst Auslegung und Subsumtion als Stufen der Gesetzesanwendung durch das Kriterium, dass alle verallgemeinerungsfähigen Annahmen einer Fallentscheidung Auslegung seien und die Subsumtion nur die Tatsachenfrage betreffe. Nach der Unterscheidung von Arten der Auslegung liegt das Hauptaugenmerk darauf, dass Besonderheiten (Differenzen) eines Falls, die in den gegebenen Normen noch nicht berücksichtigt sind, in der Beurteilung für relevant erachtet werden können. Diese Möglichkeit stellt das Subsumtionsmodell in Frage. Sie wurde als eine besondere Eigenschaft von Normen, als deren „defeasibility“ beschrieben bzw. als eine im Wechsel der Prämissen liegende „nichtmonotone“ Ableitung der Einzelfallnorm. *Ast* zeigt auf, dass sich dieses Problem bis zu Aristoteles zurück verfolgen lässt und stellt die These auf, dass dieses Ergebnis durch die Annahme einer *ceteris-paribus*-Klausel zu lösen sei, die sich – als Bestandteil der auszulegenden Norm selbst – auf den Gleichheitssatz zurückführen lasse, sofern dieser als materielle Gerechtigkeitsanforderung verstanden wird.

*Thomas Grosse-Wilde* stellt sich dem Problem der Gleichheit in der Strafzumessung. Während in der deutschen Rechtsprechung die Strafzumessung als nicht überprüfbar Tatsachenfrage behandelt wird, legt *Grosse-Wilde* dar, dass Unrecht und

Schuld nicht unvergleichbare Größen seien und dass die Strafzumessungsentscheidung deshalb implizit Regeln voraussetzt, die expliziert werden können. Diese Regeln fügen sich in die in Bezug genommene Norm dergestalt ein, dass sie deren Voraussetzungen und zugleich deren Rechtsfolge spezifizieren – freilich nicht punktgenau und mit einer *ceteris-paribus*-Klausel, die eine begründete Modifikation der Regel zulässt. Die gleiche Anwendung dieser Regeln ist dadurch zu gewährleisten, dass sie als *revisible* Rechtsfragen anerkannt werden. Dass diese Regeln, die möglicherweise erst *ex post facto* zu bilden sind, nicht gesetzlich fixiert sind, widerspreche nicht dem Gesetzlichkeitsprinzip; es ist vielmehr eine Forderung des Schuldprinzips, das die Berücksichtigung des Einzelfalls einfordere.

In den beiden folgenden Aufsätzen wird der Inhalt und der Stellenwert des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes kritisch revidiert.

*Norbert Paulo* hinterfragt das weithin akzeptierte Verständnis von Art. 3 GG als Ausdruck der materiellen Gerechtigkeit, wie es mit der „neuen Formel“ des BVerfG verbunden ist, welche auf die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen am Verhältnismäßigkeitsmaßstab zielt. Der Wortsinn von Art. 3 hingegen spreche in erster Linie für eine Regelanwendungsgleichheit. Bereits die Ausdehnung auf die Rechtsetzungsgleichheit werde aus ihm nur in Verbindung mit Art. 1 III GG plausibel. Der somit in Art. 3 I GG hineingelesenen Gerechtigkeitsforderung, die sich auf (vermeintlich) antike Ursprünge und die Prinzipien der Unparteilichkeit und Universalisierung berufe, setzt der Aufsatz die partikularistische Perspektive entgegen. Diese könne zwar ein Willkürverbot rechtfertigen, nicht aber eine weitergehende Überprüfung der Gründe, die für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung angeführt werden. Das berechtigte Anliegen der Verhältnismäßigkeitsüberprüfung will *Paulo* eher in den Freiheitsgrundrechten verorten. Er plädiert für einen jedenfalls transparenteren Umgang mit Art. 3 I GG.

*Tim Wibl* beginnt ebenfalls beim Verhältnis von Freiheit und Gleichheit, setzt aber verfassungstheoretisch den Begriff der Gleichheit primär. In einer Strukturanalyse der Freiheitsrechte legt er dar, dass für diese die identitäre Gleichheit der Bürger unabdingbar ist und dass weiterhin die Gleichheit im Sinn der (historisch-kontingenten) gleichen Anerkennung realer Verschiedenheit zu beachten ist. Nur ein moralisches Postulat sei hingegen die Gleichheit in Bezug auf den Rechtsinhalt (etwa Eigentum). Die Gleichheit wird anschließend in Bezug gesetzt zu anderen paradigmatischen Rechten, dem Eigentum und der Meinungsfreiheit. Mit Bezug auf die Gleichheit lasse sich auch das Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie besser bestimmen als in der Habermas'schen Gleichursprünglichkeitsthese: Der Rechtsstaat sei als Gewährleistung von Identität in der Rechtsform die notwendige Bedingung der Demokratie, und die Demokratie sei als Durchsetzung der Anerkennung von Differenzen zugleich eine Bedingung des Rechtsstaats. Praktische Folge einer solchen Konzeption ist ein Minimalkonstitutionalismus: Das Verfassungsgericht habe zum einen die identitäre Gleichheit zu gewährleisten, zum anderen das demokratische Verfahren zur Definition und Anwendung der Diskriminierungsregeln zu kontrollieren.

Der Frage, wie Diskriminierungsverbote in allgemeinen Grundsätzen begründet werden können, widmen sich in Bezug auf das Privatrecht *Michael Grünberger* und in Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR *Tilmann Altwicker*.

*Michael Grünberger* erläutert zunächst die Verbindung von Gleichheit und Privatautonomie im Privatrecht. Während die Gleichheit im Sinn der gleichen Rechtsfähigkeit aller als Grundbedingung der Akzeptanz von Privatautonomie anerkannt ist, wird die Privatautonomie andererseits häufig gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung ins Feld geführt. Demgegenüber sei dieser gleichrangig neben der Privatautonomie anzusiedeln. Er enthalte neben den heute schon anerkannten speziellen Diskriminierungsverboten ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot. Eine einfache Ungleichbehandlung könne dabei durch jeden sachlichen Grund gerechtfertigt sein. Insoweit genüge bereits die Berufung auf die Privatautonomie. Bei Diskriminierungsverboten wird die Rechtfertigungsanforderung hingegen in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gesteigert. *Grünberger* begründet den Anspruch auf Gleichbehandlung zunächst als moralischen Anspruch, um anschließend auf das wichtigste Gegenargument einzugehen: dass die Annahme einer rechtlichen Gleichbehandlungspflicht unzulässig in die Privatsphäre eingreife. Er fasst demgegenüber die Idee der Privatsphäre als eine immer schon politische Konzeption auf, deren Prämissen er offen legt.

*Tilmann Altwicker* stellt zunächst fest, dass die subtileren Formen der Diskriminierung und das Diskriminierungsverbot in der Ethik und politischen Philosophie kaum Beachtung fänden. Insoweit erläutert er mit der „rechtsethischen Rekonstruktion“ eine Methode, wie sich eine deskriptiv verstandene Rechtsethik dieser Thematik annehmen könne. Am Beispiel des Nichtdiskriminierungsrechts der Europäischen Menschenrechtskonvention will *Altwicker* aufzeigen, dass allein die beiden Prinzipien der korrektiven und distributiven Gerechtigkeit taugliche rechtsethische Prinzipien sind, die dem Diskriminierungsrecht zugrunde gelegt werden können. Als diskriminierungsspezifische Gerechtigkeitskonzeption stellt er sodann die Gleichheit der „Mittel des So-Sein-Könnens“ heraus. Durch Formen der Diskriminierung werden diese Mittel verkürzt oder ungerecht verteilt. Diese Mittel sind diejenigen Güter, die Bedingungen für die Verwirklichung des eigenen Lebensplans sind.

Der letzte Beitrag zum hallischen Tagungsband führt ebenfalls auf das allgemeine Thema der Gerechtigkeit zurück. Er schließt somit den Kreis und leitet zugleich zu Themen der Luzerner Tagung über. *Pawel Polaczuk* analysiert die Struktur der „Theorie der Gerechtigkeit“ von John Rawls. In dieser sind Theorie und Konzeption der Gerechtigkeit zu unterscheiden, aus welcher sich Verteilungsprinzipien ableiten lassen. *Polaczuk* zeigt auf, dass sich Elemente der Theorie und der Konzeption jeweils mit intuitiven Ansichten über die Gerechtigkeit untrennbar vermengen. Die Intuitionen werden dabei in der Theorie von ihren tatsächlichen Entstehungsbedingungen abgekoppelt. Als Element der Theorie werden die grundlegenden Annahmen über die Gesellschaft und die Wahlbedingungen indes nur ganz abstrakt erfasst, so dass eine umfassende Konzeption der Gerechtigkeit, die sich auf andere Verhältnisse als die in der Theorie hineingelegten beziehen ließe, bei Rawls nicht ergebe.

2. Die Luzerner Tagung stand unter dem Titel „Unparteilichkeit und Universalisierung“. In seiner Einleitung zum Thema „Unparteilichkeit“ gibt deshalb *Klaus Mathis* einen Überblick über die Rolle der Unparteilichkeit in der Ethik und im Recht. Er wirft dabei unter anderem die Fragen auf, ob ein empathischer Richter unparteilich sein kann und ob das Konzept der Unparteilichkeit mit der Tugend der Freundschaft vereinbar ist. *Julia Hänni* führt anschliessend ins Thema „Universalisierung“ ein. Ausgehend von einer Reflexion darüber, in welchem Maß die Universalisierung

sierung als Eigenheit der juristischen Argumentationsstruktur verstanden werden kann, charakterisiert sie Wesensmerkmale der universalistischen Denkweise. Sie stellt dar, welche universalistischen Tendenzen sich in der aktuellen Rechtsentwicklung in institutioneller Hinsicht zeigen und eröffnet die Diskussion darüber, welche universalistischen Prinzipien als Geltungsgrundlage des Rechts herangezogen werden können.

*Frederik von Harbou* geht in seinem Beitrag der Frage nach, inwieweit eine Realisierung der Gerechtigkeitspostulate der Unparteilichkeit und der Universalisierung aus den anthropologischen Vorgegebenheiten des Rechts überhaupt möglich ist – dies insbesondere angesichts der Tatsache, dass Parteilichkeit und Partikularismus kulturübergreifende Phänomene sind. Gestützt auf die Erkenntnisse der evolutionären Psychologie, aber auch in kritischer Auseinandersetzung mit ihr, analysiert *von Harbou* entwicklungspsychologische Vorgegebenheiten insbesondere mit Bezug auf die Kleingruppenmoral, um damit auf der Grundlage einer naturwissenschaftlich informierten Anthropologie auf „Fallen der Evolution“ aufmerksam zu machen, die es gerade mit Bezug auf die Heranbildung normativer Ordnungen zu reflektieren gilt.

In ihrem Beitrag „Zur Universalität von Normen“ untersucht *Sabrina Zucca-Soest* ob und auf welche Weise das ethische Prinzip der Universalität zur Begründung und Legitimation von (Rechts)Normen herangezogen werden kann. Dabei stellt sie sich die Fragen nach der Grundlage der Geltungskraft des Rechts, die sie durch die Anerkennung fundiert. Diese Anerkennungsprozesse werden meist nach den jeweils partikularen Gemeinschaften unterschieden. Um dementsgegen eine allgemeingültige normative Ordnung zu entwerfen, wird die auf den universalpragmatischen Ansatz gestützte Möglichkeit einer rationalen, intersubjektiv verfassten Universalität von Normen nachgezeichnet. Dabei gründet sich die Anerkennung der Normen auf der Achtung der Autonomie des jeweils anderen, sowie – umgekehrt – die Anerkennung der eigenen Autonomie seitens des jeweils andern. Dieses prozedurale Vernunftverfahren, in dem normative Geltungsansprüche begründet und deren Anerkennung rational motiviert werden, wird anschließend anhand konkreter sich stellender Probleme diskutiert, insbesondere am Beispiel der Frage nach der universalen Geltung von Menschenrechten.

Im Aufsatz „Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘: Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien denken!?“ unterzieht *Tarek Naguib* die Kategorienbildung im Antidiskriminierungsrecht einer kritischen Analyse. Dieses markiere in gut gemeinter Absicht Kategorien wie z. B. Behinderung, Geschlecht, Ethnie, Rasse, Alter, fahrende Lebensform, Religion, soziale Stellung oder sexuelle Identität in der Hoffnung, dadurch Diskriminierung zu bekämpfen. Mit der Verwendung dieser Kategorien bzw. dem unbewussten Umgang mit den darin geltungshistorisch eingeschriebenen Essentialismen zementiere es jedoch gerade diskriminierende Wissensbestände in den bestehenden Strukturen und Identifikationsmustern und reproduziere die Stigmatisierungen, die es zu beseitigen suche. Naguib versucht deshalb, mit seinem „Transformations-Konzept“ diese Problematik durch einen postkategorialen Umgang mit ‚Gleichheit und Differenz‘ zu überwinden.

*Till Zimmermann* macht sich in seinem Aufsatz „Die Rollentauschprobe im Strafrecht“ den Rawls’schen „Schleier des Nichtwissens“ und den damit verbundenen Rollentausch für die Strafrechtswissenschaft zunutze. Er wendet dabei die Rol-

lentauschprobe auf verschiedene dogmatische Fragestellungen des Strafrechts an, wie etwa den rechtfertigenden Notstand oder den Person-Status siamesischer Zwillinge. Dabei offenbart dieses Modell gewisse praktische Schwierigkeiten, die sich etwa durch dessen sog. Erfahrbarkeitsbedingung stellen. Danach muss der Verlust, den jemand durch die Frustration seiner Interessen erleidet, nachvollzogen werden können. Wie aber soll man sich in die Gefühlswelt eines Embryos oder eines Koma-Patienten versetzen? Diese und weitere Probleme der Rollentauschprobe nimmt *Zimmermann* als Anlass, um die Rollentauschprobe zu modifizieren und eine „korrektive Versuchsanordnung“ als Lösungsvorschlag für das Rollentauschexperiment anzubieten.

Im Beitrag „Richterauswahl – Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit“ beleuchtet *Luca Langensand* die Richterwahl in der Schweiz und versucht, unter Rückgriff auf die normative Ethik Kriterien für die richterliche Unparteilichkeit und das Auswahlverfahren der Richter abzuleiten. Unabdingbare Voraussetzungen eines Richters seien die fachliche Qualifikation, eine besondere soziale Kompetenz und die Abwesenheit jeglicher Abhängigkeiten und Zwänge. Mit Bezug auf die Schweiz stellt er fest, dass die Richterauswahl stark durch die großen politischen Parteien im Land bestimmt sei. Obwohl grundsätzlich jeder Schweizer Aktivbürger als Richter gewählt werden könne, würden de facto die meisten Richtersitze gemäss den parteipolitischen Kräfteverhältnissen unter den im Parlament vertretenen Parteien verteilt. Hinzu komme, dass es in der Schweiz keine gesetzlichen Anforderungen für die fachliche Qualifikation der Richter Kandidaten gebe. Diese Wahlmodalitäten und die kurze Amtszeit, verbunden mit dem Erfordernis der Wiederwahl, bürden die Gefahr einer Abhängigkeit der gewählten Richter von den politischen Parteien, was letztlich zu einer Politisierung der Justiz führe.

In enger Anlehnung an die naturrechtliche Perspektive Hugo Grotius' leitet *Tobias Schaffner* als Ziel jeder Rechtsordnung ein universales materielles ethisches Prinzip her – das Gemeinwohl – welches er sodann konkretisiert. In kritischer Gegenposition zum Rechtspositivismus Harts wird eine Erweiterung des Aufgabenbereichs der Rechtsphilosophie auf ethische Fragen vorgeschlagen, was eine inhaltlich reichere Sinn- und Zweckbestimmung des Rechts erlaubt. Das Recht bezweckt zunächst, den Rechtsfrieden zu erhalten, und zwar als individuelles – und ebenso als kollektives Ziel der Bevölkerung. Der so anzustrebende Rechtsfriede, der auf natürliche Handlungsziele wie den Respekt der Mitmenschen und die Vernunft zurückzuführen ist, bildet eine Vorstufe zur Erreichung des Gemeinwohls – des *bonum commune* – als Endzweck jeder staatlichen Gemeinschaft und damit auch als ethisches Ziel einer jeden Rechtsordnung. Vor dem Hintergrund dieses Ziels legt *Schaffner* die grundlegende Bedeutung der natürlichen Gleichheit aller Menschen im Privatrecht sowie die Zweckmäßigkeit der Einteilung des Rechts in verschiedene Rechtsgebiete dar.

*Magdalena Hoffmann* widmet sich im Beitrag „Völker im Urzustand: Zu Rawls' Begründung seines ‚Rechts der Völker‘“ John Rawls' Werk „The Law of Peoples“. Dieser unterscheidet zwischen „liberalen Völkern“ und „achtbaren Völkern“. Während die liberalen Völker aus freien und gleichen Individuen bestehen, weisen die achtbaren Völker zwar Demokratiedefizite auf, sind aber dennoch hinreichend ‚anständig‘, um als Partner anerkannt zu werden. Rawls versucht zu zeigen, dass in den jeweils separat konstruierten Urzuständen sowohl die liberalen als auch die achtba-

ren Völker die gleichen acht Prinzipien gutheißen würden, nämlich die Respektierung der Freiheit und Unabhängigkeit der Völker, die Pflicht zur Einhaltung von Verträgen, die Gleichstellung der Völker, die Nichteinmischung, das Recht auf Selbstverteidigung, die Achtung der Menschenrechte, Einschränkungen der Kriegsführung sowie eine Pflicht zur Assistenz. Der von beiden Völkertypen akzeptierte Menschenrechtskatalog ist dabei allerdings auf eine Klasse „besonders dringlicher“ Menschenrechte beschränkt: die Freiheit von Sklaverei und Leibeigenschaft, die Gewissensfreiheit, die Sicherheit ethnischer Gruppen vor Massenmord und Genozid, das Recht auf Leben sowie das Recht auf persönliches Eigentum und auf formale Gleichheit. *Hoffmann* erachtet es als nicht überzeugend, dass sich die liberalen Völker mit dem bescheidenen Menschenrechtskatalog der achtbaren Völker zufrieden geben sollen und diskutiert in der Folge zwei Alternativszenarien, einerseits mit einem gemeinsamen Urzustand von liberalen und achtbaren Völkern, andererseits mit der Konstruktion des Rechts der Völker aus einer Schnittmenge der Ergebnisse von zwei vollkommen unabhängigen Urzuständen.

Der Frage, ob und inwiefern politische Außengrenzen überhaupt sinnvoll als Problem der Gerechtigkeit diskutiert werden können, geht *Rainer Keil* nach. In Auseinandersetzung mit Michael Walzers Sphärenlehre, dem Utilitarismus zur Flüchtlingspolitik bei Peter und Renata Singer und der Gerechtigkeitstheorie John Rawls' werden dabei weniger taugliche universalisierbare Kriterien für das Maß an Offenheit territorialer Aussengrenzen für Flüchtlinge und Immigration gefunden als bei Kant: Im Rückgriff auf Kants kosmopolitische Gedanken, d. h. gestützt auf das angeborene Recht, „die Gemeinschaft mit allen zu versuchen und zu diesem Zweck alle Gegenden der Erde zu besuchen“, werden weltbürgerrechtliche, aber dennoch nicht illusionäre Kriterien begründet, die für die Legitimation oder Kritik von Flüchtlings- und Migrationspolitik dienen können.

In Anbetracht der Feststellung, dass allen Menschenrechten, für die universelle Geltung beansprucht wird, relativistische Einwände entgegen gehalten werden, untersucht *Tobias Zürcher* die Kohärenz der relativistischen Argumentation selbst. Anhand zweier Unterformen des Relativismus, d. h. des „Sprecherrelativismus“ und des „Gruppenrelativismus“, wird zunächst geprüft, in welchem Maß diese Richtungen eine universalistische Denkweise tatsächlich relativieren können, um anschließend generell danach zu fragen, inwiefern sich eine relativistische Argumentation überhaupt kohärent formulieren ließe. Dieselbe Frage wird schließlich auch mit Bezug auf den Pragmatismus Rortys gestellt, der sich grundsätzlich gegen ein Begründungsprogramm von Normen richtet. *Zürchers* Untersuchung führt schließlich zu einer „Umkehr der Beweislast“: Aufgrund der aufgezeigten Probleme der relativistischen Argumentationsformen liegt es vorab und hauptsächlich an den Moralrelativisten, eine kohärente Argumentationsstruktur gegen den Universalismus vorzubringen.

Die Frage nach einer universellen Geltung der Menschenrechte wird im Beitrag von *Matthias Jenal* vor dem Hintergrund sprachphilosophischer Überlegungen aufgegriffen: Der juristische Diskurs über Kerngehalte universell geltender Menschenrechte ist – über völkerrechtliche Texte – primär sprachlich vermittelt, so dass die sprachliche Sinnermittlung und Bedeutung jener Kerngehalte als Ausgangspunkt für die Frage dienen soll, ob universell gültige Normen überhaupt denkbar sind. Im Rückgriff auf die Bedeutungsinterpretation der Sprache bei Wittgenstein wird die

Frage nach der universalen Bedeutung von Menschenrechtstexten zur Frage nach der Möglichkeit einer „universalen Lebensform“: Indem sich die Bedeutung der Sprache gemäß der Konzeption Wittgensteins erst mit Blick auf den konkreten Gebrauch innerhalb eines sozialen Kontexts („Lebensform“) bestimmen lässt, stellt sich die zentrale Frage, ob eine entsprechende global-sprachliche Lebensform überhaupt denkbar ist.

*Peter G. Kirchschräger* setzt sich in seinem Beitrag mit der Herausforderung der Universalität der Menschenrechte durch die kulturelle Differenz auseinander. Von vielen Seiten werde die Universalität der Menschenrechte wegen ihrer angeblichen westlichen Herkunft in Frage gestellt, beispielsweise etwa in der sogenannten „Asian values debate“. Kirchschräger setzt sich mit diesen Argumenten auseinander und überwindet in der Folge die naturrechtliche Vorstellung von den angeborenen Menschenrechten und begreift diese vielmehr als Rechte, die sich die Menschen gegenseitig gewähren und gegeneinander erheben. Er kommt in seiner Analyse zum Schluss, dass die Menschenrechte die kulturelle Vielfalt nicht gefährden, sondern vielmehr ihrer Sicherung dienen. Es sei nämlich fraglich, wie sonst die Vielfalt geschützt werden könnte, als deren konstituierenden Elemente das Partikularinteresse förderten. Die fundamentale Funktion der Menschenrechte für den Pluralismus bestehe deshalb darin, einen gemeinsamen Referenzrahmen zu begründen, in dem um die Verständigung zwischen den Kulturen, Traditionen, Religionen und Weltvorstellungen permanent gerungen werden könne. Insofern mache der Universalitätsanspruch der Menschenrechte einen respektvollen Umgang mit kultureller Differenz erst möglich.





# I GLEICHHEIT UND DIFFERENZ

HALLE 2010



FRANZISKA MARTINSEN\*

## AUCH NACHTS SIND NICHT ALLE KATZEN GRAU. ZUM VERHÄLTNISS VON GLEICHHEIT UND DIFFERENZ

Kern der Untersuchung des Verhältnisses von Gleichheit und Ungleichheit ist die Frage, inwiefern Gerechtigkeitstheorien der Besonderheit von Menschen und Sachverhalten Rechnung tragen können, ohne Gefahr zu laufen, die Idee der Gleichheit zu verabschieden – und umgekehrt. Zwei Desiderata zeitgenössischer Gerechtigkeitsansätze sollen dabei erläutert werden: Erstens bedürfen die meisten Gerechtigkeitstheorien (sie seien der Einfachheit halber egalitaristische Ansätze genannt) einer kritischen Reflexion ihrer metatheoretischen Begründungsparameter. Eine begriffliche Unterscheidung der Prinzipien Gleichheit, Allgemeinheit und Unparteilichkeit versus Nicht-Willkür ist hierbei unabdingbar. Zweitens erfordert die Annahme der so genannten Präsumptionsregel eine nähere Beleuchtung, da diese die Aristotelische Gerechtigkeitsformel, gleiche Fälle gleich, ungleiche ungleich zu behandeln, in unstatthafter Weise verkürzt, was mitunter verzerrende Auswirkungen auf die moralische und juristische Beurteilung von Differenzen zwischen Menschen und ihren soziokulturellen Lebensbedingungen zeitigen könnte.

### 1 DIALEKTIK VON DIFFERENZ UND GLEICHHEIT

Den Ausgangspunkt meiner Überlegungen zum Verhältnis von Gleichheit und Ungleichheit im Kontext einer Theorie der Gerechtigkeit<sup>1</sup> bildet die Annahme einer Dialektik von Differenz und Gleichheit in Gerechtigkeitsbelangen. Dialektik von Differenz und Gleichheit – dies mag nach einer Ausflucht klingen, als sollte nicht entschieden werden, ob der einen oder der anderen Vorrang zuzusprechen sei, wie es in vielen Gerechtigkeitsdiskursen, allen voran im Streit zwischen Egalitaristen und Nonegalitaristen, erwartet wird.<sup>2</sup> Doch dies ist nicht der Fall. Es sind vielmehr systematische Gründe, die mich von einer Dialektik sprechen lassen. Meine Überlegungen zum Verhältnis von Gleichheit und Differenz basieren auf der grundsätzlicheren Frage, inwiefern Gerechtigkeitstheorien in normativer Hinsicht der Besonderheit von Personen und Sachverhalten Rechnung tragen können, ohne die emanzipatorische Idee der Gleichheit zu verabschieden – und umgekehrt.

Was den Aspekt des Emanzipatorischen anbetrifft, kommt dem Begriff der Gleichheit, historisch betrachtet, spätestens seit dem 18. Jahrhundert eine besondere Bedeutung zu – ist er doch der zentrale Begriff der Moderne schlechthin. Gleichheit stellt die Grundidee des modernen Rechts dar, wie sie sich im Konzept etwa der

\* Ich danke sowohl dem Tagungspublikum des Jahrestreffens des Jungen Forums Rechtsphilosophie in Halle als auch den Kolloquiumsteilnehmer\_innen des Forschungsinstitutes für Philosophie Hannover (FIPh) für konstruktive Kritik und wertvolle Hinweise.

- 1 Die folgenden Ausführungen beruhen auf einem weiter gefassten Verständnis von Gerechtigkeit, das sowohl ihre juristisch/moralphilosophische als auch ihre politische Dimension umgreift. Sie beziehen sich nicht nur auf Verteilungsgerechtigkeitsprobleme in engeren Sinne.
- 2 Die mitunter sehr kontroversen Debatten über den Stellenwert der Gleichheit für den Begriff der Gerechtigkeit insbesondere der 1990er Jahre sind u. a. nachvollziehbar anhand folgender Darstellungen: *Anderson*, What is the Point of Equality?, *Ethics* 1999 (109:2), S. 287–337; *Krebs*, Einleitung, in: *Dies*, (Hg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit. Texte der neuen Egalitarismuskritik, Frankfurt am Main 2000, S. 7–37; *Ladwig*, Gerechtigkeit und Gleichheit, *Information Philosophie* 2006 (1), S. 24–31.

Grundrechte niederschlägt. Das Recht versteht hierbei Gleichheit als normative Maßgabe, nach der alle Menschen gleichermaßen berücksichtigt – und eben nicht durch klassenbezogene, rassistische oder andere chauvinistische Überzeugungen benachteiligt oder gar vom Geltungsbereich des Rechts ausgeschlossen werden. Ähnlich geht auch die moderne Moral von einer starken Idee der Gleichheit aus, die in der Auferlegung jedes Einzelnen, sich in Bezug auf die Befolgung von Pflichten jedem anderen gleichzusetzen, besteht.<sup>3</sup> Im Zuge der Ausweitung normativer Gleichheitsansprüche auf die verschiedensten gesellschaftlichen Felder – etwa auf den Bereich der Geschlechterverhältnisse – lässt sich allerdings eine zunehmende Gleichsetzung der Termini Gleichheit und Gerechtigkeit beobachten. Gerechtigkeit wird von vielen TheoretikerInnen der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts *als* Gleichheit verstanden. Das heißt, wenn es um die normative Bestimmung von Rechten, moralischen Pflichten, von Verteilungsregeln oder normativen Beurteilungsmaßstäben geht, gilt für viele Gerechtigkeitsansätze, dass Gleichheit im Sinne von Gleichbehandlung eine normative Vorrangstellung gegenüber anderen Prinzipien hat. In den meisten Gerechtigkeits-theorien kommt der Gleichheit sowohl ein *fundamentaler Status* als auch *konzeptuelle Priorität* zu.<sup>4</sup> Fundamentaler Status heißt hierbei, dass Gleichheit als formales normatives Prinzip nicht aus einem anderen normativen Prinzip abgeleitet wird. Priorität bedeutet, dass auch bei der Definition von inhaltlichen Gerechtigkeitsprinzipien, z. B. von näher bestimmten Verteilungsregeln, Gleichheit die unumstößliche Prämisse darstellt.<sup>5</sup> Spätestens bei den materialen Ausgestaltungen von Gerechtigkeitsvorstellungen zeigt sich aber, dass Gleichheitsansprüche mit Forderungen einer Berücksichtigung von Besonderheiten in Konflikt geraten können, die sich nicht durch eine prinzipielle Vorrangstellung von Gleichheitsnormen auflösen lassen. So müssen sich Gerechtigkeitskonzeptionen, die eine gleiche Verteilung begründen, *gerade* mit den Besonderheiten von Personen und Sachverhalten auseinandersetzen. Auch im Recht kommt der Individualität insofern besondere Bedeutung zu, als die Anwendung von Gleichheitsnormen im Einzelfall geprüft werden muss. Der Begriff der Differenz tritt, sofern er als Anspruch auf Besonderheit, auf das Nicht-Gleiche verstanden wird, hinsichtlich seiner normativen Geltungsansprüche in Konkurrenz zur Gleichheit, ohne dass ihm *kategorisch* in jedem einzelnen Fall eine nachrangige Stellung zugewiesen werden könnte.

Im Folgenden möchte ich zwei Probleme des gegenwärtigen Diskurses über das Verhältnis von Gleichheit und Differenz in Gerechtigkeitsbelangen erläutern: Erstens bedürfen die meisten zeitgenössischen Gerechtigkeits-theorien (nennen wir sie der Einfachheit halber egalitaristische Ansätze) einer kritischen Reflexion ihrer Begründungsparameter. Ich werde im Folgenden zeigen, dass ein Grundproblem vieler

3 Vgl. *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, Berlin 2000, S. viii sowie S. 2–3.

4 Vgl. *Menke* (Fn. 3), S. 6 ff.

5 So formulieren Autoren wie Ronald Dworkin, Richard Arneson oder Philippe Van Parijs, um nur einige prominente Namen zu nennen, Prinzipien der Gleichverteilung, bei denen es um den direkt relationalen Vergleich zwischen Personen und Sachverhalten unter der Prämisse des Werts der Gleichheit im Sinne eines anzustrebenden Ziels geht. Vgl. *Dworkin*, What Is Equality? Part 1: Equality of Resources, *Philosophy and Public Affairs* 1981 (10:3), S. 185–246; *Dworkin*, What Is Equality? Part 2: Equality of Resources, *Philosophy and Public Affairs* 1981 (10:4), S. 283–345; *Arneson*, Luck Egalitarianism and Prioritarianism, *Ethics* 2000 (110:2), S. 339–349; *Van Parijs*, Why Mothers Should Be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income, *Philosophy and Public Affairs* 1991 (20:2), S. 101–131.

Gerechtigkeitsansätze darin besteht, dass die Begriffe Gleichheit und Allgemeinheit bzw. Gleichheit und Unparteilichkeit im Sinne von Nicht-Willkür miteinander verwechselt werden. Diese Vertauschung überfrachtet den Begriff der Gleichheit nicht nur mit (falschen) Bedeutungen, sondern impliziert darüber hinaus auch regelrechte Fehlverständnisse von Gleichheit. Zweitens muss meiner Ansicht nach die Annahme der so genannten Gleichheitspräsumtion, wie sie für einen Großteil der Gerechtigkeitstheorien konstitutiv ist, näher beleuchtet werden, da sie die Aristotelische Gerechtigkeitsformel, gleiche Fälle gleich, ungleiche ungleich zu behandeln,<sup>6</sup> in unstatthafter Weise verkürzt und damit in wichtige und vernünftige Möglichkeiten der Ausgestaltung von Gerechtigkeitsmaßgaben verspielt. Die Verkenntung der Komplexität von Gerechtigkeitsbelangen kann somit verzerrende Auswirkungen auf die moralische und juristische Beurteilung der Besonderheiten von Menschen und ihren Lebensbedingungen zeitigen. Mit der Erörterung dieser beiden Probleme soll, dies sei vorangeschickt, keine Demontage des Gleichheitsbegriffs vorgenommen werden. Im Gegenteil. Es geht mir vielmehr darum, den Status des Gleichheitsbegriffs sorgfältiger zu reflektieren als dies in vielen Gerechtigkeitsdebatten getan wird. Ein einseitiges Nachdenken über Gerechtigkeit, das sich durch eine Engführung von Gerechtigkeit mit Gleichheit ergibt, birgt die Gefahr, dass das Konzept der Gleichheit selbst zu einem Tabu gerät und dadurch gewaltförmige Autorität gegenüber Formen der Besonderheit auszuüben droht. Im Grunde genommen geht es daher auch um den Aufweis der Schutzwürdigkeit des Gleichheitsbegriffs, um die Darlegung, unter welchen Bedingungen die Idee der Gleichheit ihre wahre emanzipative Kraft zu entfalten vermag. Emanzipation gelingt nur dort, wo ungerechtfertigte Ungleichheiten aufgezeigt und entsprechend bekämpft werden können. Das heißt jedoch nicht, dass Gleichheitsforderungen immer und bei jeder Gerechtigkeitsfrage die normative Maßgabe sein müssen.

## 2 BEFRAGUNG DER GLEICHHEIT

Um den Begriff der Gleichheit angemessen reflektieren zu können, soll er also im Folgenden befragt werden.<sup>7</sup> Die Befragung der Gleichheit geschieht dabei aus einer doppelten Perspektive, zum einen von außen, d. h. aus der Perspektive des Anderen der Gleichheit, aus dem Blickwinkel der Differenz, zum anderen von innen, im Sinne einer Selbstbefragung. Aus der Außenperspektive, also von der Differenz her gesehen, wird der Begriff der Gleichheit insofern in Frage gestellt, als seine Betonung des Nicht-Individuellen genauer überprüft wird. Die Differenz setzt sich somit zur Gleichheit in ein Oppositionsverhältnis. Beide werden also zunächst als gleichrangige normative Orientierungsmaßstäbe betrachtet. Der Begriff der Differenz stellt dabei den Prüfstein für den Begriff der Gleichheit dar, d. h. er prüft, inwiefern Gleichheit hinsichtlich eines Sachverhaltes zutreffend ist. Handelt es sich bei zwei (oder mehreren) Personen oder Gegenständen tatsächlich um gleiche, ist aus der Perspektive der Differenz zu fragen, ob es angemessen ist, das (möglicherweise) Be-

6 Vgl. *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, übers. v. U. Wolf, Reinbek b. Hamburg 2006, 1131a 23–25 und *Aristoteles*, *Politik*, übers. v. E. Rolfes, Hamburg 1995, 1280a 10–14.

7 Vgl. *Menke* (Fn. 3), S. 7f.

sondere an ihnen nicht in Betracht zu ziehen, sondern das ihnen beiden Gemeinsame zu betonen. In Christoph Menkes Worten bedeutet die Befragung der Gleichheit von außen, sie „im Verhältnis zu Anderem statt im Vorrang vor Anderem“<sup>8</sup> zu begutachten. Die Binnenbefragung der Gleichheit ist hingegen als Sich-selbst-in-Frage-Stellen der Gleichheit zu verstehen. „Denn die normative Orientierung an Individualität von der aus die Idee der Gleichheit von außen befragt wird, tritt im inneren Vollzug der Gleichheit selbst schon auf; wir beziehen uns auf sie, genauer: wir übernehmen diese andere normative Orientierung gerade auch dann, wenn es uns um Gleichheit geht.“<sup>9</sup> Es geht hier also um die innere logische Verfassung des Gleichheitsbegriffs selbst: „Die Orientierung an Gleichheit ist so verfasst, dass sie bereits in sich enthält, was ihr sodann, sie befragend und begrenzend, von außen entgegentritt. Die moderne Idee der Gleichheit enthält ihren Gegensatz als ihre Voraussetzung.“<sup>10</sup> Mit Menke also lässt sich meiner Meinung nach die Dialektik umreißen, die ich dem Verhältnis von Gleichheit und Differenz eingangs zugesprochen habe. Aufgrund der begrifflichen Verfasstheit der Gleichheit, die den Bezugspunkt der Besonderheit bereits in sich enthält, sind Gleichheit und Differenz in ihrer Opposition auf einander verwiesen. Gleichheit lässt sich nicht denken ohne ihr Gegenteil, die Ungleichheit.<sup>11</sup> Doch nicht nur logisch, sondern auch inhaltlich bestimmen wir den Maßstab der Gleichheit unmittelbar anhand der Wahrnehmung von Unterschieden. Gleichheit ist somit zunächst einmal eine komparative Kategorie. Allerdings werde ich Verlauf meiner Überlegungen zeigen, dass es bei der Frage um Gleichheit oder Differenz nicht immer um komparative bzw. relationale Belange geht, sondern dass Gleichheit, verstanden als normative Forderung, oftmals eher eine Bedingung der Einbeziehung aller in einen bestimmten Geltungsbereich darstellt.

### 3 FALSCHES VERSTÄNDNIS DES STATUS VON GLEICHHEIT

Ich komme damit zum ersten Problem des Diskurses über das Verhältnis von Gleichheit und Differenz. Die Annahmen sowohl der begrifflichen Fundamentalität als auch der konzeptuellen Priorität der Gleichheit innerhalb von Gerechtigkeitstheorien sind meines Erachtens insofern problematisch, als sie auf einem falschen Verständnis des Status der Gleichheit innerhalb von Gerechtigkeitskonzepten beruhen.

(i) Die Annahme der Fundamentalität der Gleichheit versteht die *Verfassung* der Gleichheit insofern falsch, als sie Gleichheit mit (deskriptivem) Gleichsein bzw. (präskriptivem) Gleichmachen verwechselt, anstatt sie in der Forderung der *Berücksichtigung* aller Betroffenen zu verorten. Dass sie allesamt als gleich angesehen werden

8 Menke (Fn. 3), S. 7.

9 Menke (Fn. 3), *ibid.*

10 Menke (Fn. 3), *ibid.*

11 Anders als Menke den Aufweis, dass Gleichheit und Differenz in einem Verhältnis des unabdingbaren internen Verweisungszusammenhangs stehen, in dem oben aufgeführten Zitat formuliert, gehe ich davon aus, dass es sich um eine wechselseitige Relation handelt: Umgekehrt hat meines Erachtens auch die Idee der Differenz die Gleichheit zum Bezugspunkt. Damit neige ich also durchaus zu einer ausbalancierteren Auffassung des begrifflichen Verhältnisses zwischen Differenz und Gleichheit als sie Menke vertritt.

sollen, ist nicht dieselbe Forderung wie diejenige, dass keiner der Betroffenen aus der Geltung des Rechts oder der Moralität ausgeschlossen werden soll. Es geht vielmehr genau darum, dass alle in den Bereich der Berücksichtigung durch das Recht bzw. die Moral eingeschlossen werden. Am Beispiel der gleichen Achtung lässt sich der Sachverhalt verdeutlichen. Die Achtung gegenüber einem Menschen ist ein nicht-komparativer Standard, den es um des Individuums selbst willen<sup>12</sup> zu erfüllen gilt und nicht in Bezug auf andere Menschen, mit denen das Individuum relational verglichen würde. An der Gegenüberstellung von Gleichheit und Allgemeinheit wird deutlich, dass die Rede von Gleichheit in Fällen, da ihr Begriff lediglich Allgemeinheit repräsentiert, redundant ist: „Allgemeinheit impliziert Gleichheit der Anwendung auf eine Klasse von Fällen.“<sup>13</sup> Die Ergänzung des Attributs „gleichermaßen“ zur Feststellung der Bedingungen oder der Konsequenzen eines Gerechtigkeitsprinzips verwandele es aber noch nicht notwendigerweise in eines, in dem es auch tatsächlich um komparative Gleichheit gehe. Der Satz, ‚Alle Menschen sollen gleichermaßen durch das Recht berücksichtigt werden‘, verändert seine Bedeutung nicht, wenn er lautet: ‚Alle Menschen sollen durch das Recht berücksichtigt werden‘.<sup>14</sup> Anders gelagert ist der Fall hingegen, wenn Gleichheit tatsächlich komparativ, also nicht-redundant gemeint ist. Wenn es beispielsweise darum geht, etwas numerisch gleich zu verteilen, etwa bei der Aufteilung einer Menge Süßigkeiten an Kinder, oder wenn es in bestimmten Verhandlungssituationen darum geht, dass Machtpositionen so exakt wie möglich gleich gewichtet sind. In solchen Situationen kann der direkte Vergleich zwischen den Gerechtigkeitssubjekten verteilungsrelevant sein. Dementsprechend ist bei diesen Fällen der Zusatz „gleichermaßen“ erforderlich. In vielen Fällen, in denen wir über Gleichheit sprechen, haben wir es allerdings mit einem Begriff der Allgemeinheit statt der Gleichheit zu tun. Die Allgemeinheit einer Forderung hat *Inklusion* zur Konsequenz, nicht unbedingt Gleichheit im komparativen bzw. relationalen Sinne. Für viele Absichten, z. B. im Rahmen einer politischen Sensibilisierung, kann es sinnvoll sein, zumindest in rhetorischer Hinsicht, den Terminus Gleichheit zu verwenden, um an die historischen Errungenschaften von sozialen oder politischen Kämpfen zu erinnern oder um an ein bestimmtes Format des emanzipatorischen Engagements zu appellieren, das auf der Befragung von Privilegien beruht. Bei genauerer Betrachtung jedoch, und zumal im geschützten Forum der philosophischen Auseinandersetzung, erweist es sich oftmals gerade nicht als statthaft, unpräzise von Gleichheitsforderungen zu sprechen, wenn eigentlich der Anspruch auf Inklusion gemeint ist, der sich von einer gleichmachenden Tendenz bei der Behandlung von Tatbeständen abhebt. Von einer richtigen Verortung normativer Ansprüche im Zuständigkeitsbereich der Inklusion verspreche ich mir die

12 So besagt es zumindest die kantische Argumentation, jedem Menschen Wert an sich zuzusprechen. Diese deontologische Begründung ist nicht die einzig plausible und darüber hinaus nicht nur philosophisch umstritten. Avishai Margalit beispielsweise zeigt in seiner Studie (vgl. *Margalit*, Politik der Würde. Über Achtung und Verachtung, Berlin 1997) nicht nur sehr anschaulich das phänomenologische Spektrum an sozialen und kulturellen Differenzierungen in der Achtungsbeziehung gegenüber Personen auf. Er thematisiert vor allem verschiedene konkurrierende moraltheoretische Argumentationsstränge, Achtung gegenüber allen Personen zu rechtfertigen (vgl. insb. Kap. 4–6).

13 Vgl. *Raz*, Strenger und rhetorischer Egalitarismus, in: *Krebs* (Hg.) (Fn. 2), S. 50–80, hier: 54.

14 Vgl. auch *Krebs* (Fn. 2), 18.



Chance, im Modus des Einbezugs aller durchaus die Möglichkeit bewahren zu können, die Differenzen zwischen und von Einzelfällen zu berücksichtigen.

Wie könnte nun eine Lesart der Gleichheit als Inklusion aussehen? Um diese Frage zu beantworten, wende ich mich zunächst einer analytischen Differenzierung des Gleichheitsterminus zu. Der Gleichheitsbegriff hat zwei Dimensionen, sowohl eine deskriptive – als vergleichende Tatsachenaussage über phänomenale Zustände von Personen und Gegenständen – als auch eine präskriptive – im Sinne einer normativen Zielvorstellung.<sup>15</sup> Gleichheit ist dabei eine dreistellige Relation – ohne Angabe des Maßstabes bliebe die Rede von Gleichheit unvollständig: „Die Feststellung von Gleichheit erfordert einen Vergleichsmaßstab bzw. Standard, im Hinblick auf den der Vergleich vorgenommen werden soll“.<sup>16</sup> Es ist wichtig, einen entscheidenden Unterschied wahrzunehmen, nämlich zwischen Gleichheitsaussagen, die immer komparativ sind, und dem Maßstab (= der Hinsicht) der Gleichheit selbst, der sowohl komparativ/relational als auch absolut begründet sein kann.<sup>17</sup> Eine Balkenwaage etwa versinnbildlicht den komparativen Aspekt des Maßstabes der Gleichheit: „Ob sich beide Waagschalen auf gleicher Höhe befinden, hängt von den jeweils darin liegenden Gegenständen und ihrer Relation zueinander ab.“<sup>18</sup> Absolut ist der Maßstab der Gleichheit hingegen dann, wenn eine bestimmte Kategorie für die Bestimmung der Gleichheit relevant ist, in die die entsprechenden Gegenstände je für sich fallen, und nicht der Umstand, ob Gegenstände nur in Bezug aufeinander zu dieser Kategorie gehören. Als Beispiel führt Thomas Schramme die Kategorie „Brillenträger“ an. Ob ein Mensch ein Brillenträger oder eine Brillenträgerin ist, macht ihn allen Brillenträgern gleich, ohne dass er ad personam mit den anderen verglichen wird, dass heißt, ohne dass seine Besonderheit als Individuum auf dem Spiel steht. Der Brillenträger und die Brillenträgerin sind allen anderen Brillenträgern gleich, weil er oder sie die Maßgabe „Brillenträger“ erfüllt. Das Problem vieler Gerechtigkeitstheorien besteht darin, dass sie nicht genügend klären, von welchem Gleichheitsmaßstab sie tatsächlich ausgehen, also, ob sie auf einen komparativ gefassten oder absoluten Maßstab rekurren. Während der deskriptive Gebrauch des

15 Vgl. *Williams*, Der Gleichheitsgedanke, in: *Ders.*, Probleme des Selbst. Philosophische Aufsätze 1956–1972, Stuttgart 1978, S. 363–379, hier: S. 366; vgl. auch *Williams*, Person, Character and Morality, in: *Ders.*, Moral Luck, Cambridge 1981. Der Maßstab der Gleichheit besagt bezüglich der Beschaffenheit einer begrenzten oder unbegrenzten Anzahl von Personen oder Gütern, dass diese in einer bestimmten Hinsicht weder identisch noch nur weitestgehend ähnlich, sondern gleich sind, d. h., das Prädikat ‚gleich‘ rangiert auf einer Skala aller möglichen Graduierungen von ‚ähnlich‘ bis ‚nahezu identisch‘ (vgl. *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 2004, S. 115). „Identität“ im engeren Sinne heiße numerische Identität, d. h. wenn „a und b der Zahl nach ein einziges Ding sind“ (*Tugendhat/Wolf*, Identität, in: *Dies.*, Logisch-semantische Propädeutik, Stuttgart 1983, S. 168–184, hier: S. 169). Qualitative Identität sei die Bezeichnung für Identität im weiteren Sinne, und zwar, wenn zwei Gegenstände, die der Zahl nach zwei verschiedene sind, in einer bestimmten Eigenschaft (oder mehreren) gleich sind. Der Begriff der absoluten qualitativen Gleichheit ist damit ein Grenzbegriff: Gleiche, aber numerisch verschiedene Gegenstände müssen sich mindestens in einer Hinsicht, nämlich der „raumzeitlichen Lokalisierung“ (S. 171), unterscheiden. Sie können sich im Grenzfall in allen Eigenschaften unterscheiden (vgl. S. 169–172), dann sind sie nicht mehr gleich, sondern verschieden.

16 Schramme, Die Anmaßung der Gleichheitsvoraussetzung, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2003 (51:2), S. 255–273, hier: S. 256.

17 Vgl. Schramme (Fn. 16), S. 256.

18 Schramme (Fn. 16), S. 256.

Gleichheitsterminus im Sinne einer Äquivalenzrelation in dem hier interessierenden Kontext zunächst einmal unproblematisch sein mag, erweist sich die präskriptive Verwendung hingegen als problematischer. Gleichheit als Zielvorstellung besagt, dass der Maßstab der Gleichheit normativ gemeint ist. Die Rede von Gleichheit im präskriptiven Sinne bedeutet dann die Perspektive der Herstellung von Gleichheit, wo noch keine Gleichheit besteht. Diese Perspektive allerdings bedarf einer eigenen Begründung, der Verweis auf den Terminus Gleichheit ist nicht selbst-erklärend. Und es ist diese Begründung, die von den meisten egalitaristischen Theorien ausgespart wird, wenn Gerechtigkeit schlichtweg *als* Gleichheit aufgefasst wird. Gleichheit erscheint damit als unhinterfragter Maßstab, der zur pauschalen Zielvorstellung einer Gerechtigkeitskonzeption gerät. In der Pauschalität liegt jedoch genau das Problem. Denn Gleichheit *per se* ist, und dies vergessen zuweilen egalitaristisch argumentierende Theoretikerinnen und Theoretiker, begrifflich *kein Synonym* für Emanzipation oder Gleichberechtigung. Gleichheit kann ihre egalitäre, hierarchie-kritische Kraft immer nur im jeweiligen Kontext entfalten. Gleichheit kann in zweierlei Hinsicht ihr emanzipatives Potential verpuffen lassen. Zum einen, wenn sie nicht im Sinne einer Inklusionsnorm interpretiert wird, sondern unschwellig als relationale Kategorie fungiert. Diese Erfahrung machen häufig marginalisierte Gruppen in sozialen oder politischen Auseinandersetzungen. So hat sich die Forderung nach Gleichheit, wie sie die Französische Revolution auf ihren Fahnen führte, aus feministischer Perspektive als exklusiv erwiesen, da sie nur auf das männliche Geschlecht angewendet wurde, und damit eine bestimmte Differenz zwischen Menschen zementierte. Zum anderen kann Gleichheit, wenn sie dogmatisch oder ideologisch verstanden wird, in einen Gleichheitsterror umschlagen, der zwar die egalitierende Norm ernst nehmen mag, aber u. U. wiederum Minderheiten das gleiche Recht auf Besonderheit verwehrt.

(ii) Die Annahme der Priorität von Gleichheit begreift ihre *Stellung* innerhalb einer Gerechtigkeitskonzeption falsch, weil sie der Gleichheit mindestens eine Vorrangposition zumisst, meistens sie gar als einziges Prinzip der Gerechtigkeit verabsolutiert. Damit missversteht sie Gleichheit als monolithische Zielvorstellung und vernachlässigt eine mögliche Variante der Gleichheit als Begleiterscheinung absoluter Standards, die auf Inklusion und nicht Herstellung von Gleichheit zielen (Beispiel Brillenträger). Die Zuschreibung von Priorität hängt mit der Annahme zusammen, dass das formale Prinzip der Gleichheit deshalb für Gerechtigkeit konstitutiv ist, weil durch seine Beachtung Willkür ausgeschlossen werden soll. In diesem Zusammenhang wird Gleichheit oftmals mit Unparteilichkeit gleichgesetzt. Wenn wir uns genauer anschauen, wofür Gleichheit, und in ihrem Schlepptau Unparteilichkeit, in der Rede über formale Gerechtigkeit stehen, wird deutlich, dass die meisten Theoretiker eigentlich ‚Willkürfreiheit‘ meinen. Es ist richtig, dass Gerechtigkeit Nicht-Willkür verlangt. Entgegen einer weitverbreiteten Ansicht ist Nicht-Willkürlichkeit jedoch *nicht gleichbedeutend* mit Gleichheit noch mit Unparteilichkeit. Gleichheit und Unparteilichkeit sind Versionen des Prinzips der Nicht-Willkür, die sich durch das begründungstheoretische Metaprincip der *Rechtfertigbarkeit* auszeichnet. Was Bernd Ladwig etwa generell für die Moral formuliert, dass sie „für alle Streitfälle

willkürfrei gerechtfertigte Lösungen<sup>19</sup> verlangt, gilt im engeren Sinne für die Gerechtigkeit. Willkürfreiheit kann sich zwar – je nach Kontext – durchaus zum einen durch Unparteilichkeit, zum anderen durch Gleichheit ausdrücken. Das Problem besteht hierbei jedoch, dass oftmals diese beiden Begriffe synonym mit ‚Willkürfreiheit‘ verwendet (bzw. untereinander verwechselt) werden, ohne dass im Einzelnen darauf geachtet wird, *welche spezifische Form* der Willkürfreiheit unterschiedliche Fälle der Gerechtigkeit jeweils verlangen. Unparteilichkeit, d. h. die Absehung von einer Person (oder Sache), kann tatsächlich das Gegenteil einer spezifischen Form der Willkür, in diesem Falle der Parteinahme für eine Person (oder eine Sache) bedeuten. Gleichheit im Sinne inklusiver Berücksichtigung aller Betroffenen kann ebenfalls das Gegenteil eines willkürlichen Ausschlusses von Personen von dieser Berücksichtigung bedeuten. Die Erfüllung von Unparteilichkeit oder Gleichheit, und das ist trivial, muss aber nicht in *jedem* Falle gleichbedeutend mit ‚Gerechtigkeit‘, also mit Nicht-Willkür, sein. Es lassen sich Umstände denken, in denen die besondere Berücksichtigung einer Person, also die Nicht-Absehung von einer Person, durchaus gerecht sein kann. Bestimmte Maßnahmen der so genannten positiven Diskriminierung oder Quotenregelungen können, wenn sie wohl begründet sind (etwa durch die feministische Forderung der beruflichen Gleichberechtigung von Frauen in männerdominierten Domänen), durchaus als gerecht gelten. Da also weder Unparteilichkeit noch Gleichheit prinzipiell als formale Begründung gelten können, sondern lediglich hinsichtlich des jeweiligen Kontextes, können sie nur als je spezifische Varianten einer formalen nicht-willkürlichen Rechtfertigung für Urteile und Handlungen gelten.

Um den begrifflichen Zusammenhang von Unparteilichkeit und Gleichheit zuzuspitzen: Unparteilichkeit kann in vielen Fällen durchaus durch das Gleichheitsgebot erfüllt werden. Von einer unparteilichen Richterinstanz wird etwa erwartet, dass sie beide Seiten gleichermaßen berücksichtigt. Streng genommen geht es jedoch auch hier darum, dass das Gebot der Willkürfreiheit nicht verletzt wird, das dann nicht gegeben wäre, würde der Richter/die Richterin nur für eine Seite Partei ergreifen und damit die eine Partei aus der Berücksichtigung in Bezug auf das Recht ausschließen. Formale Gleichheit ist als Variante des Gebots der Willkürfreiheit zu betrachten, sie ist nicht mit ihm identisch. Es kann unter anderen Prinzipien, etwa Unparteilichkeit oder Allgemeinheit, als Rechtfertigungskriterium herangezogen werden, aber es trumpft sie nicht prinzipiell. Die formale Gleichheit kann somit als inklusives Kriterium verstanden werden, ohne dabei deskriptives Gleichsein der Betroffenen vorauszusetzen noch präskriptiv deren Gleichmachen vorzuschreiben.<sup>20</sup> Substantiell kann Gleichheit hingegen tatsächlich den Inhalt einer normativen Regel bedeuten. Gleichheit kann dann konkret eine egalisierende Behandlung von Menschen in vergleichender Hinsicht meinen. Gleichheit wird somit selbst zum Gehalt von Gerechtigkeit. Aber auch hier ist es erst recht fraglich, ob die Fundamentalität und Priorität der Idee der Gleichheit evident sind.

19 Ladwig, Gerechtigkeit, in: G. Göhler/M. Iser/I. Kerner (Hg.), Politische Theorie. 22 umkämpfte Begriffe, Wiesbaden 2004, S. 119–136, hier: S. 131.

20 Vgl. Menke (Fn. 3), S. 2.

#### 4 VERZERRUNGEN DER PRÄSUMPTIONSREGEL

Mit diesem Zweifel an der Evidenz der Fundamentalität und Priorität der Idee der Gleichheit komme ich zum zweiten Problem, der verzerrenden Auswirkung der Geltung der Präsumptionsregel. Ich möchte noch einmal daran erinnern, dass ich von einer Dialektik von Gleichheit und Differenz ausgehe, weil nicht nur der Begriff der Differenz auf den der Gleichheit bezogen ist, sondern vor allem die Idee der Gleichheit begrifflich ihren Gegensatz als ihre Voraussetzung enthält. Diese Dialektik unterschlägt der Egalitarismus, wenn er die Beweislast der Rechtfertigung von Gerechtigkeitsmaßnahmen einseitig zugunsten der Gleichheit verortet.<sup>21</sup> Die so genannte „Präsumtion der Gleichheit“<sup>22</sup> ist hierfür ein Beispiel. Ihr zentraler Gedanke lautet: „Alle Betroffenen sind ungeachtet ihrer deskriptiven Unterschiede numerisch oder strikt gleich zu behandeln, es sei denn bestimmte [...] Unterschiede[...] sind in der anstehenden Hinsicht relevant und rechtfertigen durch allgemein annehmbare Gründe erfolgreich eine ungleiche Behandlung [...]“.<sup>23</sup> An dem Kerngedanken ist zunächst einmal in formaler Hinsicht plausibel, dass Gerechtigkeit die inklusive Berücksichtigung der (moralischen oder juridischen) Rechtsansprüche Aller verlangt. Liegen relevante Unterschiede vor, können Abweichungen der Gleichbehandlung gerechtfertigt werden – vielmehr müssen sie gerechtfertigt werden, da sie andernfalls als willkürlich einzustufen sind und damit das formale Erfordernis der Inklusion verletzen. Problematisch an der Präsumptionsregel ist jedoch ihre Aussage bezüglich der materialen Regeln der Behandlung von verschiedenen Personen. Dass nur für Ungleichheit (ungleiche Behandlungen), nicht aber für Gleichheit eine Begründung gefordert wird, stellt eine Asymmetrie dar, die sich nicht aufrechterhalten lässt. Vielmehr gerät die konstitutive Rolle der Gleichheitspräsumtion für eine Gerechtigkeitskonzeption in Misskredit. Es gibt freilich zwei Ansätze, die die ausgezeichnete Stellung der Gleichheit zu begründen versuchen. Ernst Tugendhats Version hat (wie er später selbst zugibt<sup>24</sup>) dabei allerdings den Anschein, als handele es sich um eine pragmatische Begründung, wenn er der Gleichbehandlung bescheinige, dass sie die einfachste Regel sei, die Ungleichbehandlung hingegen zu viele verschiedene Regeln verlange.<sup>25</sup> Im Zuge einer Selbstrevision versucht Tugendhat die pragmatische Begründung durch eine konzeptuelle zu ersetzen: Nur Gleichverteilung könne gegenüber allen gleichermaßen begründet werden, wobei das „gleichermaßen“ für die Moralbegründung generell zwingend erforderlich sei.<sup>26</sup> Für Gosepath wiederum besteht ein begründungstheoretischer Zusammenhang zwischen dem Unparteilichkeitsgebot bzw. dem allgemeinen Rechtfertigungsgebot und der Gleichheitspräsumtion.<sup>27</sup> Doch scheint das vermeintlich erforderliche ‚gleichermaßen‘ in diesem Falle

21 Vgl. *Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik, Frankfurt am Main 1993, S. 374; kritisch dazu *Schramme* (Fn. 16), S. 263.

22 Vgl. *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1975, S. 83, *Westen*, The Empty Idea of Equality, *Harvard Law Review* 1982 (95:3), S. 537–596, hier: 230 ff., *Gosepath* (Fn. 15), S. 201–211. Zum Begriff der Präsumtion siehe *Katzner*, Presumptivist and Nonpresumptivist Principles of Formal Justice, *Ethics* 1971 (81:3), S. 253–258.

23 *Gosepath* (Fn. 15), S. 14 u. S. 202.

24 Vgl. *Tugendhat*, Dialog in Laetitia, Frankfurt am Main 1997, S. 71.

25 Vgl. *Tugendhat* (Fn. 21), S. 374.

26 Vgl. *Tugendhat* (Fn. 24), S. 64 u. 72 f.

27 Vgl. *Gosepath* (Fn. 15), S. 207.

einer Verwechslung mit dem Begriff der Allgemeinheit zu unterliegen. Auch vermag der Versuch, die Gleichheitspräsumtion aus einem allgemeinen Begründungsgebot der Unparteilichkeit zu folgern, nicht zu plausibilisieren, warum das *onus probandi* nur auf Seiten der Ungleichheit liegen solle.

Entgegen den Vereinnahmungsversuchen, Aristoteles als Gewährsmann der Gleichheitspräsumtion anzuführen, kann anhand der aristotelischen Gerechtigkeitsformel, gleiche Fälle gleich, ungleiche Fälle ungleich zu behandeln,<sup>28</sup> gezeigt werden, dass die Beweislast auf beiden Seiten liegt. Da meistens nur die erste Hälfte der Regel erwähnt wird, suggeriert die einseitige Betonung der Gleichheit, dass nur Ungleichheit eigens begründet werden muss. Die Formel ist aber bei Aristoteles symmetrisch, es gibt keinen Vorrang der Gleichheit für gleiche Fälle vor der Ungleichheit der ungleichen Fälle – was Tugendhat auch folgendermaßen eingesteht: „Aber statt auf Gleichheit einfach zu pochen [...], müssten wir klären, welchen Stellenwert die Gleichheit in der Frage nach der Gerechtigkeit hat, ein Tatbestand, der der Ulpianischen Formel auf Anhieb nicht anzusehen ist.“<sup>29</sup> Vielmehr geht es Aristoteles um die Proportion der Verhältnisse, nicht um Gleichheit (oder Ungleichheit) als solche – und damit um *Angemessenheit* statt Gleichheit.<sup>30</sup> Ob in einem Fall eine Gleich- oder eine Ungleichbehandlung angemessen ist, kann nicht durch eine Präsumtion vorab ‚entschieden‘ werden. Sowohl die gleiche als auch die ungleiche Verteilung bedürfen einer willkürfreien Begründung anhand von Gerechtigkeitsprinzipien, z. B. dem Unparteilichkeitsprinzip. Dass das Gebot der Unparteilichkeit jedoch nicht per se mit der Gleichheitspräsumtion in eins gesetzt werden kann, zeigt sich daran, dass den Gegenbegriff von Unparteilichkeit nicht Ungleichheit, sondern Willkür (und zwar dann in der speziellen Version der Parteilichkeit) bildet. Unparteilichkeit heißt, keine Partei zu ergreifen, sondern ohne Ansehung der Person zu urteilen. In das „ohne Ansehung“ selbst ist jedoch kein komparativer Maßstab, sondern ein absoluter Maßstab der Allgemeinheit eingelassen: ohne Ansehung jeglicher (d. h. keiner einzigen) Person. Faktisch mag die Absehung von jeglicher Person (d. h. von allen Personen) eine tatsächliche Gleichbehandlung bedeuten, begrifflich ist dies nicht zwingend so.

## 5 SCHLUSS

Fest steht, dass eine willkürliche Behandlung oder Verteilung in jedem Fall ungerrecht ist. Eine nicht-willkürliche Behandlung ist eine anhand von vernünftigen Prin-

28 Vgl. *Aristoteles* (Fn. 6), Nikomachische Ethik, 1131a 23–25 und *Aristoteles* (Fn. 6), Politik, 1280a 10–14.

29 *Tugendhat* (Fn. 24), S. 67–68. Vgl. die Ulpian zugeschriebene, in Ansätzen aber schon bei Platon durch den Begriff des *προσῆκον* (vgl. *Platon*, *Politeia*, Sämtliche Werke, Bd. 10, griechisch und deutsch, übers. v. F. Schleiermacher u. F. Susemihl, hrsg. v. K. Hülser, Frankfurt am Main/Leipzig 1991, 331e–332c) und bei *Aristoteles* (Fn. 6), Nikomachische Ethik, 1134a 1–5, angelegte Formel: „*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*“ – „Gerechtigkeit ist der feste und dauerhafte Wille, jedem das Seine zuzuteilen“, *Ulpian*, *Digesten* 1,1,10, zitiert nach *O. Behrens/R. Knütel/B. Kupisch/H. H. Seiler* (Hg.), *Corpus Juris Civilis. Digesten* 1–10, Text und Übersetzung auf der Grundlage der von Th. Mommsen und P. Krüger besorgten Textausgabe, Heidelberg 1995, S. 94.

30 Vgl. *Katzner* (Fn. 22), S. 254, *Feinberg*, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs 1973, S. 100 ff.

zipien begründete Verteilung – je nach Sachlage eine der Gleichheit oder der Ungleichheit. Damit braucht die Berücksichtigung der Gleichheit, ebenso wie die der Differenz, plausible Gründe, und kann nicht einfach fraglos vorausgesetzt werden. Thomas Schramme weist mit leiser Ironie darauf hin, dass Gerechtigkeit kein statisches Gebilde ist, das das eigene Urteilsvermögen und damit den Raum, die Tugend der Gerechtigkeit zu entfalten, ersetze: „Wie sollte Gerechtigkeit sonst eine Tugend sein? Wenn die Handlungsanweisung immer eindeutig ist, nämlich Gleichverteilung bei Unsicherheit über gegenteilige Gründe und Ungleichverteilung bei entsprechender Sicherheit, gibt es keinen Platz für eine Tugend der Gerechtigkeit.“<sup>31</sup>

Wenn wir an dieser Stelle die Bezeichnung „Tugend“ durch „Auseinandersetzung“ ersetzen, lässt sich zumindest im Ansatz aufzeigen, wie die Dialektik von Besonderheit und Gleichheit in der (demokratischen) Praxis auszugestalten wäre. Es liegt dann an der Qualität, d. h. am Umfang, an der Sorgsamkeit und dem Differenzierungsvermögen der sozialen, politischen, und nicht zuletzt der philosophischen Auseinandersetzungen, die Wahrnehmung dafür zu schärfen, dass allenfalls hinter einem Schleier des Nichtwissens Katzen grau erscheinen mögen. Bei Tageslicht hingegen lässt sich wohl nicht abstreiten, dass sie es in Wirklichkeit nicht einmal des Nachts sind.

31 Schramme 2003, S. 263.