

# Iurisprudentia universalis

Festschrift für Theo Mayer-Maly  
zum 70. Geburtstag

herausgegeben von  
Martin J. Schermaier,  
J. Michael Rainer und Laurens C. Winkel



2002

BÖHLAU VERLAG KÖLN WEIMAR WIEN

## Iustitia distributiva – iustitia commutativa

Heinrich Honsell, Zürich

*Sources are murmuring  
and you must be quiet and listen to them ...*  
E. Rabel, Vorträge, RabelsZ 50 (1986) 284

### I. Einleitung

Die moderne Diskussion über den Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles leidet an zwei Schwächen: Zum einen besteht eine gewisse Unsicherheit über die Bedeutung der Dichotomie *iustitia distributiva/commutativa*, die hauptsächlich auf der Unklarheit der deutschen Begriffe *verteilende* und *ausgleichende* Gerechtigkeit beruht. Zum anderen wird immer wieder behauptet, dass die *iustitia distributiva* auch im Privatrecht eine Rolle spiele<sup>1</sup>. Die Klärung dieser beiden Fragen und die Analyse des aristotelischen Gerechtigkeitsbegriffs sind Gegenstand des folgenden Beitrags, den ich Theo Mayer-Maly, dem alten Freund und Weggefährten, in freundschaftlicher Verehrung widme.

### II. Die Lehre des Aristoteles und ihre Geschichte

Die Dichotomie *iustitia distributiva/commutativa*, der austeilenden und ausgleichenden (wörtlich: austauschenden) Gerechtigkeit geht auf Aristoteles<sup>2</sup> zurück, der sie im fünften Buch seiner Nikomachischen Ethik entwickelt hat. Der lateinische Begriff *iustitia commutativa*<sup>3</sup> findet sich allerdings – soweit ersichtlich – erst in der Scholastik,

<sup>1</sup> So insbes. J. Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München 1941, 73 u. passim und namentlich Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, München 1997 (zustimmend Mayer-Maly, JBl 1999, 685); Canaris, Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, JBl 1995, 2, 15 f.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II 2, 13. Aufl., München 1994, § 75 I 2i, § 84 I 2c; Collins, Distributive Justice through Contracts, Oxford 1992; Kronman, Contract Law and Distributive Justice, Yale Law Journal 89 (1980) 281, 498 ff., 42 f.

<sup>2</sup> Nikomachische Ethik 1130 b ff.; eigentlich ist es eine Trichotomie, doch lassen wir die vergeltende Gerechtigkeit des Strafrechts hier weg; dazu Eth. Nic. 1132 b.

<sup>3</sup> Zur *iustitia distributiva* bei Ulpian s. bei Anm. 21.

namentlich bei Thomas von Aquin<sup>4</sup>, der sich freilich eng an Aristoteles angelehnt hat. Seitdem ist das Begriffspaar Bestandteil der meisten Abhandlungen über Gerechtigkeit<sup>5</sup>, wobei jedoch seine historische Herkunft gelegentlich gar nicht mehr erwähnt wird<sup>6</sup>. Zwar soll nicht behauptet werden, dass diese Begriffe auch noch nach fast 2 1/2 tausend Jahren nur in Kenntnis des Aristoteles oder gar in aristotelischem Sinne verwendet werden könnten. Doch ist die Kenntnis ihrer Geschichte immerhin förderlich. Verwendet man historische Begriffe bloß *ornandi causa*, entstehen leicht Irrtümer. Beginnen wir also mit Aristoteles.

Aristoteles bezeichnet die Gerechtigkeit (*δικαιοσύνη* [dikaiosyne]) als „die vollkommene Tugend, die heller leuchtet als Abend- und Morgenstern“<sup>7</sup>. Zur Bezeichnung der beiden Arten der Gerechtigkeit verwendet er für die erste nicht das Substantiv (*δικαιοσύνη*), sondern das substantivierte Adjektiv (*δίκαιον* [dikaion]). Er nennt das Gerechte beim Verteilen *δίκαιον ἐν ταῖς διανομαῖς*, bzw. *δίκαιον διανεμητικόν* [en tais dianomais, bzw. dikaion dianemetikon] (verteilende Gerechtigkeit). Davon unterschieden wird das „zu Korrigierende bei den Austauschverhältnissen“ (*ἐν τοῖς συναλλαγμάσι διορθωτικόν* [en tois synallagmasi diorthotikon])<sup>8</sup> oder auch *δίκαιον διορθωτικόν* [dikaion diorthotikon] *Διορθοῦν* [diortoun] heißt korrigieren, berichtigen, verbessern, (wörtlich: gerade machen, von *ὀρθός* [orthos] aufrecht, gerade, richtig) und wird mit *ausgleichen* nicht zutreffend wiedergegeben. Ausgleichen (oder gleich machen) heißt *ἰσκειν*, *ἰσάζειν* [iskein, isazein]<sup>9</sup> oder *ἰσοῦν* [isoun], von

<sup>4</sup> Summa theologica II-II qu. 61, 1: Videtur quod inconvenienter ponantur duae species justitiae, justitia distributiva et *commutativa*. Thomas ist freilich der Auffassung, dass die distributiva nicht zur Gerechtigkeit gehöre. Darauf ist hier nicht einzugehen.

<sup>5</sup> Vgl. etwa K. Adomeit, Rechts- und Staatsphilosophie I Antike, 2. Aufl., Heidelberg 1992; B. ien, Gerechtigkeit bei Aristoteles, in: Höffe (Hg.) Aristoteles, Die Nikomachische Ethik, Berlin 1995, 135 ff.; E. Brunner, Gerechtigkeit, Zürich 1943; H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Berlin 1986, 203 ff.; H. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1977, 391 ff.; K. Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, München 1971, 178 ff., 246 ff.; A. Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, Heidelberg 1990; K. Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl., Berlin 1991, 173 ff., 178 ff., 183 ff.; K. üster, FS Raiser (hg. v. F. Baur), Tübingen 1974, 542 ff.; Th. Mayer-Maly, Rechtsphilosophie, Wien 2001, 9 f.; H. Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit, Zürich 1941; C. Perelman, Über die Gerechtigkeit, München 1967; J. Rawls, Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 1975; K. F. Röhl, Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung, Baden-Baden 1992; M. Salomon, Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Leiden 1937; I. Tamello, Theorie der Gerechtigkeit, Freiburg 1977, 82 ff.; ders., Zur Philosophie der Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 1982, 65 ff.; Waldstein, Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian, in: FS Mayer-Maly (hg. v. M. Beck-Mannagetta), Wien 1996, 1 ff.; ders., Ist das *suum cuique* eine Leerformel?, in: FS Verdross (hg. v. H. Michsler), Berlin 1980, 285 ff.

<sup>6</sup> Z.B. ist der Dichotomie in der Methodenlehre von Larenz (6. Aufl. 1991, 173 ff., 183 u. passim) breiter Raum gewidmet, ohne dass Aristoteles erwähnt wird.

<sup>7</sup> Nikomachische Ethik 1129 b 1 f.

<sup>8</sup> Eth. Nic. 1130 b, 1131 a.

<sup>9</sup> Dieser Begriff wird nur im Deliktsrecht für den Ausgleich des Schadens verwendet, vgl. Anm. 14.

ἴσος [isos] (gleich), einer in juristischem Kontext im Griechischen ebenso wichtigen Vokabel wie im Deutschen das Wort *gleich*; ἰσότης [isotes] ist Gleichheit, Gleichbehandlung und Gleichberechtigung. Die ἰσονομία [isonomia], die Gleichheit vor dem Gesetz – heute ein zentrales Grundrecht in demokratischen Verfassungen – ist eine Errungenschaft der griechischen πολιτεία [politeia], der Wiege der Demokratie. Die *iustitia commutativa* bei Thomas v. Aquin ist eine Übersetzung von συνάλλαγμα [synallagma], nicht von διορθωτικόν [diorthotikon].

Statt *iustitia commutativa* muss es also richtig *iustitia correctiva*<sup>10</sup>, *korrigierende Gerechtigkeit* heißen, wenn man Missverständnisse vermeiden will. Denn es geht bei Austauschgeschäften zwischen Privaten nicht um *austauschende Gerechtigkeit*, sondern nur um eine allfällige Korrektur des Austausches. Auch der Begriff der *ausgleichenden Gerechtigkeit* ist unzweckmäßig, denn er führt leicht zu dem Missverständnis, die Parteien selbst seien zu einem gerechten Ausgleich der gegenseitigen Interessen verpflichtet. Nur der verteilende Staat ist auf die sogleich näher zu beschreibende proportionale Gerechtigkeit verpflichtet. Beim Austausch hingegen ist es nicht ein an die Parteien gerichtetes Gebot ausgleichender oder austauschender Gerechtigkeit, sondern dem hier zunächst nicht beteiligten Staat obliegt die korrigierende Gerechtigkeit, wenn das von den Parteien erzielte Ergebnis der Rechtsordnung widerspricht. Diese korrigierende Funktion wird durch die Begriffe *ausgleichend* oder *austauschend* nicht richtig wiedergegeben.

Die *verteilende* oder *zuteilende Gerechtigkeit* (δικαιοσύνη διανεμητική [dikaiosyne dianemetike]) hat der Staat bei Vergabe von Ämtern oder Verteilung von Gütern zu beachten. Die *korrigierende Gerechtigkeit* (δικαιοσύνη διορθωτική) hingegen ist die staatliche Aufgabe im Privatrecht, also im Verhältnis der Bürger untereinander. Das entspricht der heutigen Einteilung in öffentliches Recht und Privatrecht<sup>11</sup>. Allgemein betrifft das Zuteilen ein Verhältnis der Über- und Unterordnung, wie es insbesondere in der staatlichen Hoheitsverwaltung, aber auch in der Leistungsverwaltung besteht, das Austauschen dagegen eine Gleichordnung. Die Gerechtigkeit des Staates gegenüber den Bürgern ist also die unter Ungleichen, die der Bürger untereinander die unter Gleichen.

Dies ist im Wesentlichen die Aussage der zentralen Stelle zur Dichotomie der Gerechtigkeit in der Nikomachischen Ethik, die lautet<sup>12</sup>:

„Die Gerechtigkeit im besonderen und das ihr entsprechende Recht ist wieder zweifacher Art: Die eine Art hat mit der Verteilung von Ehren (Ämtern), Geld und anderen Dingen zu tun, die man un-

<sup>10</sup> Die Aristoteles-Ausgabe von Loeb übersetzt den Begriff richtig mit *corrective justice*, vgl. The Loeb Classical Library, Aristotle, The Nicomachean Ethics, London 1968, übers. v. Rackham, 267, 273.

<sup>11</sup> So G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956, 126; K. Adomeit, Rechts- und Staatsphilosophie I (o. Anm. 5) 103; B. Rütters, Rechtslehre, München 1999, Rn 352 ff.; einschränkend C. Anaris (o. Anm. 1) 33 f.; 125 f.

<sup>12</sup> 1130 b ff. 1132 a. In Anlehnung an die Übersetzung von Nestle, Aristoteles Hauptwerke, Wiss. Buchgemeinschaft Darmstadt 1977.

ter die Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft verteilen kann; denn hier besteht ja die Möglichkeit, dass der eine gleich viel wie der andere erhält oder auch nicht gleich viel; die andere ist die korrigierende (*διορθωτικόν*) im Austausch (Verkehr, *συναλλαγμ*). Dieser gliedert sich wieder in zwei Teile, nämlich in freiwilligen und unfreiwilligen Austausch. Beispiele freiwilligen Austauschs sind Kauf, Darlehen, Bürgschaft, Nutznießung, Verpfändung, Miete. Diese Art von Austausch ist freiwillig. Der unfreiwillige ist teils heimlicher Art wie Diebstahl, Ehebruch, Giftmischerei, Kuppelei, Betrug, Mord, falsches Zeugnis, teils gewaltsamer Art, wie Misshandlung, Freiheitsberaubung, Totschlag, Raub, Verstümmelung, üble Nachrede und Beleidigung. Da der Ungerechte ein Feind der Gleichheit und das Unrecht ein Verstoß gegen die Gleichheit ist, so muss es offenbar auch ein Mittleres zwischen dem Ungleichen geben und das ist eben das Gleiche. Denn bei jeder Handlung, bei der es ein Mehr oder Weniger gibt, gibt es auch das Gleiche. Wenn nun das Unrecht ein Verstoß gegen die Gleichheit ist, so ist das Gerechte das Gleiche, was ja auch ohne Beweis jedermann einleuchtet. Da aber das Gleiche ein Mittleres ist, so muss auch das Gerechte ein Mittleres sein. ... Wenn nämlich die Personen nicht gleich sind, so werden sie auch nicht das Gleiche haben dürfen, und hier liegt ja die Quelle von allem Streit, der entsteht, wenn entweder Gleiche nicht Gleiches oder Nichtgleiche Gleiches haben oder zugeteilt bekommen. Das ergibt sich ja auch, wenn man den Maßstab der Würdigkeit anlegt. Denn jedermann gibt zu, dass das Gerechte bei der Verteilung nach Maßgabe der Würdigkeit (*κατ' ἀξίαν*) erfolgen müsse; nur freilich verstehen unter Würdigkeit nicht alle dasselbe, sondern die Demokraten sehen sie in der Freiheit (von Geburt), die Oligarchen teils im Reichtum, teils in adliger Abkunft, die Aristokraten in der Leistungsfähigkeit. Somit ist das Gerechte etwas Proportionales. ... Es bleibt noch die korrigierende (Gerechtigkeit) übrig, die in Austauschverhältnissen gilt (*Τὸ δὲ λοιπὸν ἐν τῷ διορθωτικῷ, ὃ γίνεται ἐν τοῖς συναλλάγμασι ...*<sup>13</sup>), die teils freiwillig teils unfreiwillig sind. Diese Art des Gerechten hat eine andere Form als die vorige. Denn die Gerechtigkeit, die gemeinsame Güter verteilt, verfährt immer nach der beschriebenen Proportionalität (*ἀναλογία* [analogia]); ... die korrigierende (Gerechtigkeit) aber ist zwar auch eine Art Gleichheit und das Unrecht eine Ungleichheit, aber nicht nach jener geometrischen, sondern nach der arithmetischen Proportion (*γεωμετρικὴ* [geometrike] bzw. *ἀριθμητικὴ ἀναλογία* [arithmetike analogia]). Es macht nämlich keinen Unterschied, ob ein ordentlicher Mensch einem schlechten etwas vorenthält oder ein schlechter einem ordentlichen oder ein ordentlicher oder ein schlechter Mensch einen Ehebruch begeht, sondern das Gesetz sieht nur auf den Unterschied in der Größe des angerichteten Schadens und behandelt beide gleich, ob nun der eine Unrecht getan, der andere es erlitten, der eine den Schaden angerichtet hat, der andere von ihm betroffen wurde. Daher versucht der Richter dieses Unrecht, das eine Ungleichheit darstellt, auszugleichen...“<sup>14</sup>.

Zunächst muss man sich klarmachen, dass die schematische Einteilung des Aristoteles den offenbar mehr spielerischen und logizistischen Versuch einer logisch-systematischen Darstellung von Tugenden darstellt. Ausgangspunkt ist seine Feststellung, dass nicht nur die Gerechtigkeit, sondern ganz allgemein die sittliche Tüchtigkeit, ein Gleichgewicht oder die Mitte zwischen einem Zuviel und einem Zuwenig<sup>15</sup> darstellt. So verwendet Aristoteles das Schema von Gleichheit und Ungleichheit – proportio-

<sup>13</sup> Rackham (o. Anm. 10) übersetzt: The remaining kind is corrective justice, which operates in private transactions...

<sup>14</sup> ὥστε τὸ ἀδικον τοῦτο ἄριστον ἐν ἰσάζειν κειρᾶναι ὁ διακστής. Hier wird der Ausdruck *ausgleichen* verwendet, der wegen der vorangehenden Deliktsbeispiele passt. Ein an die Parteien gerichtetes Postulat einer ausgleichenden Gerechtigkeit im Vertragsrecht findet sich bei Aristoteles nicht (vgl. auch Anm. 46); so aber Gordley, *Equality in Exchange*, *Californian Law Review* 69 (1981) 1587 ff., 1589, 1611 ff. u. passim; dagegen zu Recht Canaris (o. Anm. 1) 18 Fn. 25 und 57. Zum gerechten Preis unten Anm. 47 u. 48.

<sup>15</sup> Eth. Nic. 1106 a-b, u. passim; speziell für die Gerechtigkeit 1131 a; s. oben im Text; ebenso Platon Staat 359.

naler und exakter Gleichbehandlung – das er bei der Gerechtigkeit zugrundelegt, auch bei der Freundschaft, die er im VIII. Buch erörtert, wobei er ausdrücklich einen Vergleich zur Gerechtigkeit zieht<sup>16</sup>.

Noch wichtiger als die Gerechtigkeit sei für den Staat die Freundschaft<sup>17</sup>:

„Bestehen Freundschaften auf der Grundlage der Gleichheit, so empfangen beide Partner von einander das Gleiche und tauschen eins gegen das andere z.B. Lust gegen Nutzen. Freundschaft unter Ungleichen ist Lieben nach Verhältnis der Würdigkeit: Bei allen Freundschaften, die durch das Übergewicht des einen Partners charakterisiert sind, muss auch der Grad der Zuneigung proportional (*ἀνάλογον* [analogon]) sein, denn der wertvollere Teil muss mehr Zuneigung empfangen als geben und der nützlichere auch ... Denn wenn die Zuneigung dem anderen entsprechend seiner Würdigkeit zuteil wird, dann entsteht in gewissem Sinne Gleichheit, die ja bekanntlich als Merkmal der Freundschaft gilt<sup>18</sup>, Freunde die gleich sind, müssen sich nach (exakter) Gleichheit lieben und es in allem Sonstigen (gegenseitig) gleich machen; ungleiche Freunde hingegen müssen das leisten, was der Überlegenheit proportional ist<sup>19</sup>. ... Gleichheit in der Gerechtigkeit und in der Freundschaft sind indes nicht dasselbe. Denn im Recht bedeutet *gleich* in erster Linie Proportionalität, während die formale (exakte) Gleichheit an zweiter Stelle kommt. In der Freundschaft hingegen steht die formale Gleichheit an erster Stelle, die Proportionalität an zweiter“<sup>20</sup>.

Aus der römischen Antike ist das Begriffspaar *Iustitia distributiva* und *commutativa* nicht überliefert. Der Sache nach finden wir aber jedenfalls die *iustitia distributiva* in der berühmten Gerechtigkeitsdefinition und den *praecepta iuris* des Ulpian<sup>21</sup>: *iustitia est constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Auch die *iustitia correctiva* ist mit dem *alterum non laedere* zumindest angedeutet.

Als Zwischenergebnis können wir zunächst festhalten, dass die bei der *iustitia distributiva* (*δικαιοσύνη διανεμητική*) zu beachtende Proportionalität, d.h. die Berücksichtigung der Würdigkeit der Person, nur das Problem der (meist durch den Staat erfolgenden) Verteilung von Gütern und heute vor allem der Auferlegung von Lasten betrifft. Aristoteles entscheidet sich hier nicht für den Satz „jedem das Gleiche“, sondern für „jedem das Seine“. Dabei bleibt offen, nach welchen Prinzipien die Würdigkeit zu bestimmen ist; denn unter Würdigkeit verstünden nicht alle dasselbe.

<sup>16</sup> Dieser Kontext wird namentlich in der rechtsphilosophischen Literatur oft übersehen; richtig aber F. J. B e r b e r, *Das Staatsideal im Wandel der Weltgeschichte*, 2. Aufl., München 1978, 89 f.; s. ferner K. A d o m e i t, *Aristoteles über die Freundschaft*, Heidelberg 1992.

<sup>17</sup> Eth. Nic. 1155 a: Die Erfahrung zeige, dass es die Freundschaft ist, die die Staaten zusammenhält und die dem Gesetzgeber mehr am Herzen liegt als die Gerechtigkeit.

<sup>18</sup> Eth. Nic. 1158 a, b.

<sup>19</sup> Eth. Nic. 1162 b; *τοὺς ἴσους μὲν κατ' ἰσότητά δι τῷ ψεῖν καὶ τοῖς λοιποῖς ἰσάζειν, τοὺς δ' ἀνίσους τῷ τῷ ἀνάλογον ταῖς ὑπεροχαῖς ἀποδιδόναι.*

<sup>20</sup> A.a.O. 1158 b, wer z. B. dem anderen mehr nützt, wird mehr geliebt, wer dem anderen weniger nützt, liebt ihn mehr, man denke an ein Paar ungleichen Alters, wo man auch heute nicht selten das Modell „Geld gegen Jugend“ findet.

<sup>21</sup> D. 1,1,10.

Auch wenn wir die politischen Vorstellungen, die Aristoteles dazu andeutet, heute nicht mehr teilen und nicht mehr alle Kriterien akzeptieren, bleibt doch die alte Streitfrage, ob und wann die Verteilung nach Leistung oder nach Bedarf erfolgen soll. Sie lässt sich in generalisierender Weise nicht beantworten<sup>22</sup>.

Nach Aristoteles besitzt die proportionale Gerechtigkeit eine höhere Dignität als die formale (sowie der Geometrie in der griechischen Philosophie ein höherer wissenschaftlicher Rang eingeräumt wurde als der Arithmetik). Das leuchtet ein, wo es um den Ausgleich von faktischer Ungleichheit geht. Man kann die Schwächen der formalen Gleichheit auch heute noch am besten mit der sarkastischen Kritik von Anatol France verdeutlichen: „La majestueuse égalité des lois qui interdit au riche comme au pauvre, de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain“. Der Staat soll also nur Gleiches gleich, Ungleiches dagegen ungleich behandeln. Bei Aristoteles hat aber die Theorie von der proportionalen, distributiven Gerechtigkeit auch eine Schattenseite, denn sie erlaubte, je nach der politischen Prämisse, auch eine Ungleichbehandlung von Gleichen. Namentlich diente sie der Rechtfertigung der Sklaverei<sup>23</sup>. Während Aristoteles und auch Cicero – scheinbar naiv – die Sklaverei aus der Natur ableiten, haben schon die Vorsokratiker und später auch die Sophisten betont, dass die Menschen von Natur aus alle gleich sind, dass sie nicht die Natur, sondern das Gesetz zu Sklaven macht<sup>24</sup>. Thrasymachos beklagt, dass die Gesetze nur dem Vorteil der Stärkeren dienen<sup>25</sup>. Die These des Aristoteles vom Sklaven von Natur, „der an der Vernunft nur insoweit teilhat, als er sie in anderen vernimmt, aber sie nicht selbst besitzt“<sup>26</sup>, ist eine primitive und provokante Rechtfertigung der Sklaverei und der Herrschaft des Stärkeren unter Berufung auf die biologische Natur, in der das „Recht“ des Stärkeren gilt. Cicero lässt in *de republica*<sup>27</sup> den Scipio ganz im Sinne stoischer Lehre sagen, dass man die Vermögensgleichheit nicht herstellen wolle und die intellektuellen Fähigkeiten nicht gleich seien, dass aber die Rechte der Staatsbürger die gleichen sein müssten: *iura certe paria debent esse eorum inter se, qui sunt cives in eadem civitate*. An eine politische Gleichberechtigung war dabei natürlich nicht gedacht. Eine *aequalitas*, welche die notwendige Abstufung nach der *dignitas* nicht berücksichtigt nennt Cicero *iniquissima*. Weder Cicero noch die Quelle

<sup>22</sup> Perelman (o. Anm. 5) zählt z.B. sechs Kategorien: 1. jedem das Gleiche; 2. jedem gemäss seinem Verdienst; 3. jedem gemäss seinen Werken; 4. jedem gemäss seinen Bedürfnissen; 5. jedem gemäss seinem Rang; 6. jedem gemäss dem durch Gesetz Zugeteilten; kritisch zu diesen eher unsystematischen und sich überschneidenden Kriterien zu Recht L a r e n z (o. Anm. 5) 174 ff.

<sup>23</sup> Aristoteles Politik 1254 b – über die Natur der Sklaverei.

<sup>24</sup> Hippias, Platon Protagoras 337 ff.; Diels/Kranz II 333; Antiphon bei Diels/Kranz, Antiphon A 7, B 1; Alkidamas, Scholion zu Aristoteles Rhetorik I 13: Gott hat alle Menschen frei erschaffen, die Natur hat niemanden zum Sklaven gemacht.

<sup>25</sup> Platon Pol. 338 c; dazu S a l o m o n, SZ 32 (1911), 19 ff., 142 ff.; D. N ö r r, Rechtskritik in der röm. Antike, München 1974, 20 f.; H o n s e l l, IURA 26 (1975), 177 f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>26</sup> Pol. 1254 B.

<sup>27</sup> 1,43 und 53.

aus der er hauptsächlich schöpft, nämlich die Stoa, haben sich, trotz des Lippenbekenntnisses, dass alle Menschen von Natur gleich sind, für eine Beseitigung der Sklaverei eingesetzt<sup>28</sup>. Jahrhunderte blieb dies die herrschende Doktrin. Erst das Christentum hat die Sklaverei beseitigt.

Es war eine primitive Legitimation einer Unterdrückungsideologie, die sich wie ein roter Faden von Unrecht und Verbrechen bis ins 20. Jahrhundert zieht: Die Nationalsozialisten haben über das Tor zum Konzentrationslager Buchenwald geschrieben: Jedem das Seine. Man sieht: Der Satz ist gegen zynische Pervertierung nicht geschützt.

Die proportionale Gerechtigkeit des *sum cuique* ist eine Leerformel<sup>29</sup>, die nichts darüber sagt, was wem zuzuteilen ist. Gleichwohl ist sie nicht ohne Wert. Ihr positiver Ansatz liegt in der Erkenntnis, dass staatliche Zuteilungen und Belastungen nicht einem formalen Gleichbehandlungsgebot unterstehen, sondern auf Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit (usw.)<sup>30</sup> abstellen müssen. Das ist heute verfassungsrechtlich *communis opinio*. Beispiele gibt es für beides: Das Kriterium der Leistungsfähigkeit finden wir etwa im progressiven Einkommenssteuertarif<sup>31</sup>, dasjenige der Bedürftigkeit im Sozialrecht<sup>32</sup>. Das Gebot der Gleichbehandlung ist nur ein Verbot unvernünftiger Ungleichbehandlung von Gleichem (unreasonable discrimination). Auch das ist eine Leerformel, denn die eigentliche Frage bleibt: Was ist gleich? Dass die Meinungen darüber im Einzelfall je nach politischer Richtung auseinandergehen und dass auch bei neutralen Gerichten die *ratio distinguendi* hierzu weithin arbiträr bleibt, liegt auf der Hand. Auf die im Verfassungsrecht viel diskutierte Frage der Gleichbehandlung, die ganze Bibliotheken füllt, ist hier nicht weiter einzugehen.

Ein verbreitetes Missverständnis ist es, dass bei der *iustitia distributiva* immer unterschiedlich zugeteilt würde<sup>33</sup>. Bei gleichem Sachverhalt ist natürlich gleich zuzuteilen. Der Staat ist (jedenfalls weitgehend) an den Gleichbehandlungsgrundsatz und damit an das Willkürverbot gebunden und das impliziert, wie schon Aristoteles sagt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Gegen Letzteres verstößt der

<sup>28</sup> Vgl. z.B. Cicero a.a.O. 3,33 ff.; zur Stoa s. M. Pohlenz, Die Stoa, 3. Aufl., Göttingen 1964, 136.

<sup>29</sup> So schon H. Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, Wien 1953, 23 ff.; ders., Reine Rechtslehre, Wien 1960, 366 f., 440; dagegen zu Unrecht Waldstein, FS Verdross (o. Anm. 5) 285 ff.; a.M. auch Canaris (o. Anm. 1) 18 f.; Henkel (o. Anm. 5).

<sup>30</sup> Ausführlich zur modernen Diskussion über die Kriterien Canaris (o. Anm. 1) 21 ff., 23 mwN in Fn. 35 ff.

<sup>31</sup> Eine Besteuerung nach einem Einheitssatz, ohne Rücksicht auf die Höhe des Einkommens, wie sie jahrhundertlang Praxis war, ließe sich nach heute wohl überwiegender Auffassung als ungerechte Gleichbehandlung von Ungleichen kritisieren.

<sup>32</sup> Zur *iustitia distributiva* im Sozialrecht s. Zacher, FS Maihofer (hg. v. A. Kaufmann), Frankfurt a. M. 1988, 669 ff.

<sup>33</sup> Eingehend dazu Canaris (o. Anm. 1) 12 f. mwN.

Staat oft, indem er populistisch auf Wählerstimmen schielend Wohltaten an alle verteilt, z.B. Kinder- oder Karenzgeld ohne Rücksicht auf Bedürftigkeit.

Im Privatrechtsverkehr (έν τοῖς συναλλάγμασι) gilt nicht Proportionalität (ἀναλογία), sondern Gleichheit (ἰσότης). Idealerweise sind die Parteien gleich und nicht an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden, der ja einen übergeordneten Dritten voraussetzt, der beide Parteien gleich behandeln soll. Im Privatrecht besteht unter den Parteien also im Allgemeinen kein Gleichbehandlungsgebot, vielmehr herrscht im Grundsatz Willkür, was in der alten Tradition dieses Wortes plastisch zum Ausdruck kommt, das jahrhundertlang geradezu als Begriff für den Vertrag gestanden hat<sup>34</sup>.

Aristoteles nennt die proportionale Gleichheit auch γεωμετρική ἀναλογία, die formale ἀριθμητική ἀναλογία<sup>35</sup> (geometrische und arithmetische Proportion).

Συναλλαγή oder συνάλλαγμα [synallage oder synallagma], als gegenseitiger Austausch (Verkehr), betrifft zunächst den Vertrag, wird aber von Aristoteles ausdrücklich auch auf Delikte bezogen, indem er zwei Arten von Handlungen unterscheidet: freiwillige (Verträge) und unfreiwillige (Delikte). Im Rahmen der Privatautonomie der Bürger untereinander kommt es nicht auf Proportionalität im Sinne von Würdigkeit, Leistung, Bedürftigkeit (usw.) an. Es gilt vielmehr formale (schlichte) Gleichheit. Führt sie zu Ergebnissen, die gegen die Rechtsordnung verstoßen, greift die *iustitia correctiva* ein.

Da der wesentliche Unterschied der beiden Arten der Gerechtigkeit in der Dichotomie Proportionalität (γεωμετρική ἀναλογία) und formale Gleichheit (ἀριθμητική ἀναλογία oder ἰσότης) liegt, hat man versucht, beide quasi von den Rechtsfolgen her zu definieren: Die *iustitia distributiva* urteile in Ansehung der Person, die *iustitia commutativa* ohne Ansehen der Person<sup>36</sup>. Das Letztere war jahrhundertlang und ist noch heute das Ideal einer gerechten und unparteiischen Justiz. Augenbinde und Waage sind die Symbole der Justitia. Auch das hat Licht und Schatten. Die exemplarische Geschichte des Müller Arnold, in der auch der „kleine Mann“ gegenüber den Großen sein Recht bekommt, steht für die eine Seite, das Anatol France-Zitat für die andere.

<sup>34</sup> Vgl. die alte Stufenordnung „Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht und Landrecht bricht gemeines Recht“.

<sup>35</sup> Eth. Nic. 1132 a. Vielleicht konnte man in gleichem Sinne auch von γεωμετρική bzw. ἀριθμητική ἰσότης sprechen. Der Begriff ἰσότης γεωμετρική findet sich bei Platon Gorgias 507 c.

<sup>36</sup> S. etwa Salomon (o. Anm. 5) 32 ff.; zustimmend Canaris (o. Anm. 1) 11 mNw in Fn. 11.

### III. *Iustitia distributiva* im modernen Privatrecht?

Wie eingangs bereits dargelegt, wird heute nicht selten behauptet, dass die *iustitia distributiva* auch im Privatrecht eine Rolle spiele<sup>37</sup>. So schreibt zum Beispiel Canaris<sup>38</sup>, unter Berufung auf Esser<sup>39</sup>, Henkel<sup>40</sup> und F. Bydliński<sup>41</sup>, es sei nicht zu leugnen, dass die Abgrenzung zwischen *iustitia distributiva* und *iustitia commutativa* schwierig sei, denn beide Gerechtigkeitsformen seien nicht selten miteinander verbunden, ja bis zur Untrennbarkeit miteinander verschlungen, und die Unterscheidung zwischen beiden in ihrer strengen Dichotomie führe nicht immer zu völlig befriedigenden Ergebnissen. So enthalte z.B. das Recht der unerlaubten Handlungen, das nach der zutreffenden Grundkonzeption von Aristoteles grundsätzlich eine Domäne der ausgleichenden Gerechtigkeit sei, heutzutage auch mehr oder weniger ausgeprägte distributive Elemente und würde deshalb von der h.L. zu Recht der *iustitia distributiva* zugeordnet. Canaris<sup>42</sup> nimmt im „Hinblick auf die Dominanz der Privatautonomie ein Regel-Ausnahmeverhältnis mit grundsätzlichem Vorrang der ausgleichenden Gerechtigkeit“ an, sieht aber „erhebliche Ergänzungen und Korrekturen durch die austeilende Gerechtigkeit“. Hinsichtlich der Frage nach der Bindung der Privatrechtssubjekte an die Postulate der *iustitia distributiva* sei es geradezu evident, dass sie nur, aber immerhin, für besonders gelagerte Konstellationen<sup>43</sup> zu bejahen sei.

Esser<sup>44</sup> und Canaris<sup>45</sup>, gehen von der Vorstellung aus, dass der Gesetzgeber „als Spitze des Dreiecks zwischen den Parteien“ quasi zuteilend tätig werde. Nur mit dieser Annahme kann man zu dem Ergebnis kommen, dass die distributive Gerechtigkeit auch in der Gleichordnung des Privatrechts eine Rolle spiele. Diese Vorstellung ist indes für den aristotelischen Begriff unzutreffend und auch für eine moderne Gerechtigkeitstheorie nicht weiterführend. Selbstverständlich sind es Gesetzgeber und Richter, die letztlich über das Recht unter den Parteien entscheiden. Das war auch zur Zeit des Aristoteles nicht anders. Aber das ist gerade die Funktion der *iusti-*

<sup>37</sup> So insbes. Esser aa.O., 73 u. passim und namentlich Canaris (o. Anm. 1) 11, Canaris JBl 1995, 2, 15 f.; Larenz/Canaris (o. Anm. 1) § 75 I 2i; § 84 I 2c; Collins (o. Anm. 1); Kronman, Contract Law and Distributive Justice, Yale Law Journal 89 (1980) 281, 498 ff.: 42 f.

<sup>38</sup> Canaris (o. Anm. 1) 14 u. passim.

<sup>39</sup> Esser (o. Anm. 1) 73.

<sup>40</sup> Henkel (o. Anm. 5) 406, 413.

<sup>41</sup> F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991, 360.

<sup>42</sup> Canaris (o. Anm. 1) 125 ff.

<sup>43</sup> Canaris (o. Anm. 1) 78 ff. erörtert nur Beispiele aus dem Arbeitsrecht, nämlich Mutterschutz (insbesondere den Fall der leugnenden Schwangeren), Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und das Recht des Stellenbewerbers zum Leugnen von Vorstrafen.

<sup>44</sup> Esser (o. Anm. 1) 73.

<sup>45</sup> Vgl. Larenz/Canaris (o. Anm. 1) § 84 I 2c.

*tia correctiva* und nicht diejenige der *distributiva*. Und so heißt es bei Aristoteles<sup>46</sup> zum Privatrechtsverkehr und zur *iustitia correctiva*: „...also ist das den Austausch (Verkehr) Korrigierende die Mitte zwischen Vorteil und Nachteil<sup>47</sup>. Wenn man daher streitet, so nimmt man Zuflucht zu dem Richter. Zum Richter gehen, heißt aber zur Gerechtigkeit gehen; denn der Richter soll gewissermaßen die personifizierte Gerechtigkeit sein“.

Die Vermeidung von Ungerechtigkeit im Privatrecht ist also die Aufgabe der *iustitia correctiva*. Hätte man den insoweit farblosen und missverständlichen Begriff der ausgleichenden Gerechtigkeit nicht eingeführt, wäre dies auch heute selbstverständlich. Im Vertragsrecht sind die Parteien weder zu einer proportionalen, noch im Grundsatz zu einer ausgleichenden Gerechtigkeit verpflichtet. Die Verwirklichung materieller Vertragsgerechtigkeit im Einzelfall ist nicht Aufgabe des Privatrechts<sup>48</sup>. Nur wenn die von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen nicht eingehalten werden, greift die *iustitia correctiva* ein. Die *iustitia distributiva* spielt im Privatrecht keine Rolle. Eine Bindung der Parteien an das Postulat der Verteilungsgerechtigkeit wäre mit der Privatautonomie unvereinbar.

Die Beseitigung von Ungleichheit und Ungerechtigkeit unter Privaten lässt sich also dort, wo ein staatlicher Eingriff notwendig erscheint, auch heute noch am einfachsten in die Kategorie der *iustitia correctiva* (δικαιοσύνη διορθωτική) einordnen. Dies gilt auch und insbesondere in den Fällen, in denen der Staat an die Rolle einer (schwächeren) Partei anknüpft, um deren Schutz auch im Privatrecht zu gewährleisten, wie bei sozial Schwachen, bei Arbeitnehmern, Mietern oder beim Konsumentenschutz, dessen heutige Ausprägungen allerdings durchaus zweifelhafte Modeerscheinungen des US- und EU-Rechts sind.

<sup>46</sup> Eth. Nic. 1132 a.

<sup>47</sup> Das damit an sich angesprochene Thema des gerechten Preises wird von Aristoteles in diesem Zusammenhang nicht klar thematisiert. Seine Ausführungen zum Geld als Mittel zur Durchführung eines gerechten Tausches haben aber die mittelalterliche Lehre vom gerechten Preis beeinflusst (s. die folgende Fußnote; ferner Canaris, [o. Anm. 1] 16 f.). Dass das Postulat des gerechten Preises im Privatrecht – von hier nicht zu erörternden Missbrauchsfällen abgesehen – keine Berechtigung hat, ist heute communis opinio.

<sup>48</sup> Das Postulat eines gerechten Preises findet man erst bei Thomas v. Aquin (Summa theologiae II-II qu. 77). Darauf kann hier nicht eingegangen werden. Zur Geschichte der Lehre vom gerechten Preis s. etwa G e n z m e r, Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und der *laesio enormis*, Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Berlin 1937, 25 ff.; H. K a l b, *Laesio enormis* im gelehrten Recht, Wien 1992; C. B e c k e r, Die Lehre von der *laesio enormis* in der Sicht der heutigen Wucherproblematik, Köln 1993; H. S i e m s, Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen, Hannover 1992; M a y e r - M a l y, *Iura* 6 (1955), 128 ff.; W a c k e, „Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List, SZ 94 (1977), 184 ff.; L u i g, Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB, in: FS Coing (hg. v. N. Horn), München 1982, 171 ff.; B a l d w i n, The Medieval Theories of the Just Price, Transactions of the American Philosophical Society, N.S. vol. 49.4, Philadelphia 1959.

Nach einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts<sup>49</sup>, der die Privatautonomie erheblich einschränkt, ist der Richter bei belastenden Verträgen, die das Ergebnis eines „strukturellen Ungleichgewichts“ sind, zu einer korrigierenden Inhaltskontrolle verpflichtet. Auch dies lässt sich – wie immer man verfassungsrechtlich und ordnungspolitisch dazu steht – einfach als Fall der *iustitia correctiva* verstehen. Die Beseitigung der Ungleichheit ist nicht staatliche Distribution, sondern staatliche Korrektur. Es erscheint gekünstelt, in solchen Eingriffen mit *Canaris*<sup>50</sup> einen Akt proportionaler (distributiver) Gerechtigkeit zu sehen, indem man argumentiert, dass der Staat dem Schwächeren „in Ansehung der Person“ quasi zum Ausgleich seiner „Bedürftigkeit“ proportional mehr Rechte zuteilt. In der Regel beschränkt der Staat die Privatautonomie zum Schutze des Schwächeren durch zwingende Normen. In der Kategorie des Aristoteles sind das ausnahmslos Fälle der *iustitia correctiva*.

Alles *ius cogens* ist – materiell betrachtet – öffentliches Recht<sup>51</sup> und doch rechnen wir das Arbeits-, Miet-, oder Wettbewerbsrecht immer noch zum Privatrecht. Dort geht es jedoch nicht um richtiges Verteilen, sondern um (eine nach den jeweiligen politischen Vorstellungen) gerechte Korrektur.

Im Übrigen muss man fragen, ob mit einer Qualifizierung von Schutznormen zugunsten Schwächerer als Akt distributiver Gerechtigkeit ein Erkenntnisgewinn verbunden ist. Was Aristoteles anlangt, ist die *iustitia distributiva* für den Privatrechtsverkehr (*συνάλλαγμα*) nicht belegt<sup>52</sup>. Die Benachteiligung im Privatrecht wird, wie gesagt, nicht als Problem der *δικαιοσύνη διανεμητική* begriffen, sondern als Fall der *δικαιοσύνη διορθωτική*. In der Tat lassen sich alle diese Beispiele mit einem korrigierenden Eingreifen des Gesetzgebers oder Richters zum Schutze der schwächeren Partei einfacher – und, was Aristoteles anlangt, quellentreuer – erklären als mit dem Distributionsgedanken.

Das leitende Prinzip des Privatrechts bleibt die Privatautonomie, die nur bei Missbrauch oder Marktversagen sowie aus sonstigen Gründen des *ordre publique* durch die *iustitia correctiva* beschränkt wird. Dass der Gesetzgeber seine meist eph-

<sup>49</sup> NJW 1994, 36; krit. dazu etwa Zöllner, AcP 196 (1996) 1, 15 ff.; Honsel, NJW 1994, 565 ff.

<sup>50</sup> *Canaris* (o. Anm. 1) 35, 39.

<sup>51</sup> Vgl. die schon von Papinian (D. 2,14,38) begründete, aber erst später so genannte „Verfügungstheorie“: *publicum ius quod privatorum pactis mutari non potest*.

<sup>52</sup> Auch Eth. Nic. 1134 a a.A. lässt sich hierfür anführen, denn die Stelle bezieht sich weder auf das Privatrecht, noch auf den Staat, sondern erörtert allgemein unter ethischem Aspekt die Verteilung durch den Gerechten: *καὶ ἡ μὲν δικαιοσύνη ἐστὶ καθ' ἣν δὲ δίκαιος λέγεται πρακτικὸς κατὰ προαίρεσιν τοῦ δικαίου, διανεμητικὸς καὶ αὐτῷ πρὸς ἄλλον καὶ ἑτέρῳ πρὸς ἕτερον οὐχ οὕτως ὥστε τοῦ μὲν αἰρετοῦ πλέον αὐτῷ ἕλλαινον δὲ τῷ πλησίον, τοῦ βλαβεροῦ δ' ἀνάπαλιν, ἀλλὰ τοῦ ἴσου τοῦ κατ' ἀναλογίαν, ὁμοίως δὲ καὶ ἄλλω πρὸς ἄλλον*. – Auch bei Ulpian (liber prim. regularum, D. 1,1,10) taucht die *iustitia distributiva* als allgemeine Handlungsmaxime gerechten Handelns auf, ebenfalls ohne Bezug auf das Privatrecht und ohne Erwähnung der *iustitia commutativa*: *iustitia est constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; vgl. dazu H. Honsel, Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin 1997, 17 f.

meren<sup>53</sup> Gerechtigkeitsvorstellungen auch im Privatrecht oft generalisierend und ohne vernünftige Begrenzung zwangsweise durchsetzt, nicht selten mit fatalen Folgen für die Vertragsgerechtigkeit, steht auf einem anderen Blatt<sup>54</sup>.

Was den Gerechtigkeitsgehalt staatlicher Eingriffe anlangt, betont *Canaris* zutreffend die alte Erkenntnis, dass überzogener Sozialschutz, namentlich im Miet- und Arbeitsrecht, zur Benachteiligung von Arbeits- und Wohnungssuchenden führt<sup>55</sup>. Die Erkenntnis, dass der Staat auch in diesen Bereichen das Meiste dem Markt überlassen könnte, wenn er seine eigentliche Aufgabe erfüllen würde, nämlich für vernünftige Rahmenbedingungen und ausgeglichene Märkte<sup>56</sup> zu sorgen, hat sich leider noch immer nicht durchgesetzt.

Die Parteien sind nicht zur Beachtung einer Austauschgerechtigkeit oder eines Äquivalenzprinzips verpflichtet. Auch der Richter ist nicht befugt, Austauschgerechtigkeit herzustellen, solange die Grenze nicht überschritten ist, jenseits derer die *institia correctiva* eingreift. Erst recht hat die distributiv-proportionale Gerechtigkeit inter partes keine Bedeutung. Insbesondere spielt die Würdigkeit keine Rolle. Anders als die (der *institia distributiva* verpflichtete) öffentliche Hand muss der private Verkäufer seine Ware weder an alle Abnehmer zum gleichen Preis verkaufen, noch muss er sie an einen bedürftigen Käufer billiger abgeben, wie umgekehrt ein reicher Käufer dem armen Verkäufer nicht etwa einen höheren Preis bezahlen muss.

Freilich gibt es einige Ausnahmen, in denen auch im Privatrecht eine *Gleichbehandlungspflicht* besteht. So kennt etwa das Wettbewerbsrecht, neben zahlreichen Beschränkungen der Vertragsfreiheit zur Verhinderung von Marktversagen<sup>57</sup>, einen

<sup>53</sup> *Adomeit* (FS Hilger/Stumpf, hg. v. T. Dieterich, München 1983, 1 ff.) bemerkt treffend, dass oft erst die vorletzte Novelle, die letzte notwendig gemacht hat. Wer seinen Schönfelder selbst einordnet, weiß davon ein Lied zu singen. Wegen der Gesetzesflut stapeln sich meist einige Ergänzungslieferungen, ehe man dazukommt, sie einzuordnen. Dann stellt man fest, dass ein Großteil der eben mühsam eingeordneten Blätter gleich wieder herauszunehmen ist. Schon *Montesquieu* hat beklagt, dass ein schlechtes Gesetz ständig neue schlechte nach sich zieht: „Une mauvais loi oblige toujours le législateur a en faire beaucoup d'autres, souvent tres mauvais aussi.“ *Montesquieu Cahiers* 119, zit. nach *G. Ripert, Les forces creatrices du droit*, Paris 1955, 324.

<sup>54</sup> Z.B. im Wettbewerbsrecht, vgl. Anm. 57.

<sup>55</sup> *Canaris* (o. Anm. 1) 73 f.

<sup>56</sup> S. etwa *Honsell*, AcP 186 (1986), 115 ff., zum Thema Privatautonomie und Wohnungsmiete.

<sup>57</sup> Das moderne Wettbewerbsrecht geht allerdings inzwischen über die Bekämpfung von Marktversagen weit hinaus. Die Übertreibungen namentlich des europäischen Wettbewerbsrechts sind höchst problematisch. Die EU-Wettbewerbskommission hat die Tendenz, sogar Verträge, die keinerlei wettbewerbsbeschränkende Abreden enthalten, einfach deshalb für unwirksam zu erklären, weil sie auf längere Dauer abgeschlossen sind und kontrahierungswillige Wettbewerber deshalb keine Abschlussmöglichkeit gerade mit diesen Partnern haben. Das ist zwar absurd, aber leider Realität. Unklar ist nur noch, ob die Vertragsdauer (je nach Branche) durch „Gruppenfreistellungsverordnung“ auf 5 oder 15 Jahre begrenzt wird. Eine Exklusivbindung des Vertragspartners oder ein Gebietsschutz als Mindestanforderung einer Wettbewerbsbeschränkung ist nach den überzogenen Vorstellungen der Kommission und leider zunehmend auch des EuGH nicht mehr Voraussetzung einer Anwendung des Art. 85 (jetzt: Art. 81) EWG-Vertrag. Diese schwammige und unstrukturierte Generalklausel enthält ein Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen mit Nichtigkeitsfolge, das in der Praxis der Kommission zu einem immer öfter in An-

Kontrahierungszwang für Monopole. Weiter muss z.B. eine Preisbindung – soweit ausnahmsweise zulässig – auch eingehalten werden. Das dubiose, inzwischen abgeschaffte RabattG und die Zugabeverordnung<sup>58</sup> schließlich verboten u.a. einen höheren Barzahlungsrabatt als 3%.

Weitere Beispiele einer *Gleichbehandlungspflicht* im Privatrecht, die leicht vermehrt werden könnten, sind die aus Amerika importierten takeover-rules (Gleichbehandlung der Aktionäre bei öffentlichen Übernahmeangeboten) oder der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.

Auch für diese Fälle konstatiert C a n a r i s<sup>59</sup> eine Bindung von Privatrechtssubjekten an die Postulate der *iustitia distributiva*. Auch wenn sich das Verhältnis des Monopolisten zu seinem Vertragspartner oder des Arbeitgebers zu seinen Arbeitnehmern als ein solches unter Ungleichen, d.h. als Über- und Unterordnung auffassen lässt, ändert das nichts daran, dass gesetzwidriges Verhalten in diesen Fällen von der Rechtsordnung (nur) mittels der *iustitia correctiva* verhindert wird.

#### IV. Zwei Einzelfragen

##### 1. Organzuteilung, ein Fall der *iustitia distributiva*

Ein Paradigma der Distributionsgerechtigkeit, das auch C a n a r i s<sup>60</sup> erwähnt, ist die schwierige Frage der Zuteilung von Organtransplantaten<sup>61</sup>. Dass man dies nicht dem Markt und damit der Privatautonomie überlassen kann, ist ethisch unmittelbar einleuchtend. Es entstünde sonst ein Organhandel, bei dem der Meistbietende den Zuschlag erhielte. Die Verteilungsfrage spitzt sich zu, weil die Organtransplantation oft eine Frage von Leben und Tod ist. Es gibt viel zu wenige Transplantate, was mit den restriktiven Transplantationsgesetzen zusammenhängt, die für die Explantation

spruch genommenen Reurecht für Geschäftspartner verkommen ist, die den Vertrag aus anderen Gründen nicht mehr halten wollen. Wer Verträge nur deshalb für nichtig erklärt, weil einem Vertragspartner durch die Bindung Alternativen abgeschnitten werden, die er andernfalls wahrnehmen könnte (so EuGH EuZW 1999, 212) oder um anderen Marktteilnehmern bessere Kontrahierungsmöglichkeiten zu verschaffen (ähnlich EuGH Slg. I 1998 1997, 2004 f. Tz 22 ff.) wird um den zweiten Schritt eines Kontrahierungszwangs auf Dauer nicht herumkommen. Am Ende wird die Privatautonomie durch hoheitliche Kassation und Vertragszuweisung ersetzt. Bedauerlich und unverständlich ist die weitgehend unkritische Hinnahme dieser Entwicklung durch die Wissenschaftler des Wettbewerbsrechts, die offenbar von einer ausgeprägten deformation professionelle befallen sind. Was wäre von einer Rechtsordnung zu halten, die verfügt, dass Ehen oder Partnerschaften auf 5 Jahre begrenzt werden, damit auch andere Mitbewerber um eine schöne Frau eine Chance bekommen? Das Beispiel ist natürlich nur eine *deductio ad absurdum*. Wir sind aber in der Tat auf dem Weg in eine „brave new world“ und manche *deductio ad absurdum* ist morgen Realität.

<sup>58</sup> Eine NS-Gesetzgebung aus dem Jahre 1933 gegen das „zumeist jüdisch geleitete Großkaufhaus“.

<sup>59</sup> C a n a r i s (o. Anm. 1) 36 ff., 125 ff.

<sup>60</sup> C a n a r i s (o. Anm. 1) 42 f.

<sup>61</sup> Dazu etwa H. S c h m i d t, Politik der Organverteilung, Baden-Baden 1996.

die Zustimmung der Angehörigen verlangen<sup>62</sup>. Die sind in ihrem Schmerz und aus (vermeintlicher) Pietät mit dieser Entscheidung oft überfordert. Die Organzuteilung wirft Fragen auf, die hier nur kurz angedeutet werden können: So ist man sich zwar einig, dass nur medizinische Kriterien in Betracht kommen, nicht z.B. soziale oder gar pekuniäre. Insoweit herrscht also formale Gleichheit, doch ist z.B. umstritten, inwieweit das Alter des Empfängers zu berücksichtigen ist. Der junge Patient hat das Leben noch vor sich und kann mit dem Organ länger leben als der alte. Schwierig ist auch die Abwägung zwischen Dringlichkeit und Organkompatibilität. Soll man das Organ dem dringendsten Fall geben, dem ansonsten der Tod auf der Warteliste droht, oder eher dem, der bei dem sog. Gewebematch die höchste Punktzahl erreicht, also das geringste Abstoßungsrisiko hat?

Der deutsche Gesetzgeber plant, die Organvergabe einer Vermittlungsstelle zu übertragen und die einzelnen Transplantationszentren auf die Einhaltung der von der Bundesärztekammer zu erlassenden Richtlinie zu verpflichten<sup>63</sup>. Daran sieht man, dass es sich in Wahrheit um öffentliches Recht<sup>64</sup> handelt, nicht um Privatrecht, weshalb sich mit diesem Beispiel die Vermengungsthese von *Canaris* nicht belegen lässt.

## 2. Die Gefährdungshaftung, kein Fall der *iusiustitia distributiva*

Das letzte und am wenigsten überzeugende Beispiel, das *Canaris*<sup>65</sup> im Anschluss an *Esser*<sup>66</sup> für die *iusiustitia distributiva* im Privatrecht anführt, ist die Gefährdungshaftung

<sup>62</sup> So auch das deutsche Transplantationsgesetz von 1997. Die meisten Transplantate gibt es – relativ gesehen – in Österreich, das eine klare und einfache Widerspruchslosung normiert hat (§ 62a ö-KAG).

<sup>63</sup> S. Schmidt (o. Anm. 61) 169.

<sup>64</sup> *Canaris* (o. Anm. 1) 42 meint, es handle sich um Privatrecht, wenn man die Verteilung in die Hand von Privatrechtssubjekten lege.

<sup>65</sup> *Canaris* (o. Anm. 1) 14; *Canaris*, JBl 1995, 2, 15 f.; ausführlich *Larenz/Canaris* (o. Anm. 1) § 84 I 2c. „Während die Deliktshaftung eine Erscheinungsform der ausgleichenden Gerechtigkeit oder *iusiustitia commutativa* darstellt, wird die Gefährdungshaftung überwiegend der ausgleichenden Gerechtigkeit oder *iusiustitia distributiva* zugeordnet. Daran ist jedenfalls richtig, dass sie nicht in den Bereich der ausgleichenden Gerechtigkeit i.S. der *iusiustitia commutativa* fällt. Aristoteles, auf den diese Unterscheidung bekanntlich zurückgeht und an dessen Sprachgebrauch man sich daher primär orientieren sollte, misst dieser Form der Gerechtigkeit eine wiederherstellende oder korrektive Funktion zu – die genaue Übersetzung ist schwierig – und illustriert diese durch Beispiele schwerer Untaten (so dass bei ihm, historisch leicht erklärbar, insoweit eine Abgrenzung zwischen Straf- und Schadenersatzrecht nicht vorgenommen wird). Man kann diese Ausgleichsfunktion entsprechend unserem heutigen Rechtsempfinden auf Fahrlässigkeitstaten erstrecken, weil auch bei diesen noch ein kompensatorisches Bedürfnis wirksam wird und die Vorstellung nachvollziehbar ist, dass der Täter dem Opfer etwas weggenommen hat, was eigentlich diesem gebührt, doch wäre eine solche Sichtweise offenkundig unfruchtbar, ja widersinnig, wenn die Ersatzpflicht wie bei der Gefährdungshaftung kein Verschulden voraussetzt. Demgemäß ist es durchaus einleuchtend, dass *Esser* in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen Unrecht und Unglück heranzieht und auf dieser Grundlage die Gefährdungshaftung als Mittel zur Verteilung des letzteren in den Bereich der *iusiustitia distributiva* einordnet. Allerdings liegt im Verhältnis

tung. Er meint<sup>67</sup>, diese gehöre nicht zur *iustitia commutativa*, weil sie von Verschulden, ja sogar von Unrecht unabhängig sei, und man die Kategorie der *iustitia commutativa* bei den unfreiwilligen Interaktionen nicht von diesen Merkmalen lösen könne, ohne sie um jeglichen vernünftigen Sinn zu bringen. Das bleibt indes eine bloße Behauptung, in der offenbar die Vorstellung nachwirkt, dass Haftpflicht Verschulden voraussetze, eine Haftung ohne Verschulden also die streng zu begründende Ausnahme sei<sup>68</sup>. Diese Anschauung lebt auch in dem in Deutschland und der Schweiz (nicht aber in Österreich) immer noch gültigen Dogma fort, dass Gefährdungshaftungstatbestände als Ausnahmeregelungen nicht analogiefähig seien<sup>69</sup>. Die Zuordnung der Gefährdungshaftung zur *iustitia distributiva* ist verfehlt, weil der Ausgleichsgedanke des Haftungsrechts, entgegen *Canaris*, von Verschulden und Unrecht völlig unabhängig ist. Es ist nicht begründbar, dass der Gedanke des Ausgleichs für ein Sonderopfer oder für den Betrieb einer Gefahrenquelle in eigenem Interesse durch einen Zuteilungsgedanken ersetzt werden müsste. Das gesamte Haftpflichtrecht gehört zur *iustitia correctiva* (oder wenn man so will, zur *commutativa*). Das zeigt sich schon daran, dass der *Ausgleich* (Kompensation) zwischen Schädiger und Geschädigtem das primäre Ziel jeden Haftpflichtrechts ist. Das ist heute unbestritten, wenngleich die law and economics-Schule die Prävention zu Unrecht in den Vordergrund rücken will<sup>70</sup>.

Man darf sich gegenüber diesem Befund auch nicht durch die Vorstellung unsicher machen lassen, dass Gesetz oder Richter den Schaden zwischen den Parteien *verteilen*. Grundsätzlich trägt jeder seinen Schaden selbst, sofern kein gesetzlicher (oder richterrechtlicher) Zurechnungsgrund besteht, der eine (vollständige oder teilweise) Schadensüberwälzung rechtfertigt. Schadensverteilung in diesem Sinne bleibt ein Akt der *iustitia correctiva*, einerlei, ob es sich um Verschuldens- oder Gefährdungshaftung handelt. Anknüpfungspunkt der gesetzgeberischen „Berichtigung“ im Sinne

---

zwischen Schädiger und Opfer nicht die für die *iustitia distributiva* charakteristische Über- und Unterordnungskonstellation vor, doch ist diese immerhin insofern gegeben, als es der Gesetzgeber ist, der als Spitze des Dreiecks den Unglücksschaden von einem auf den anderen umverteilt und nicht lediglich letzterem etwas zuerkennt, was ersterer ihm im Widerspruch zur gerechten Ordnung weggenommen hat und was ihm also ohnehin gebührt. Auch das weitere Merkmal der *iustitia distributiva*, dass bei ihr an Eigenschaften in der Person eines Beteiligten angeknüpft wird, ist bei der Gefährdungshaftung typischerweise erfüllt, da ersatzpflichtig grundsätzlich der Halter, Betreiber, Unternehmer, Produzent usw. ist und es sich also im Gegensatz zur deliktischen Einstandspflicht nicht um eine Jedermann-Haftung handelt“.

<sup>66</sup> Esser (o. Anm. 1) 73, freilich anders als *Canaris* (vgl. die vorige Note) nur mehr oder weniger obiter.

<sup>67</sup> *Canaris* (o. Anm. 1) 14 f.

<sup>68</sup> Das war jahrhundertlang ein unerschütterliches Axiom; vgl. z.B. *Jhering*, Das Schuldmoment im Privatrecht, 14: „Dass nicht die Verursachung zum Schadenersatz verpflichtet, sondern die Schuld, sei so selbstverständlich wie der Satz des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff in der Luft.“

<sup>69</sup> Nachweise bei *Honsell*, Die Reform der Gefährdungshaftung, ZSR 1997 I, 297 ff.

<sup>70</sup> Näher dazu *H. Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, 14 ff.; s. auch *G. Brügge*, Prinzipien des Haftungsrechts, Baden-Baden 1999, 3 u. passim.

der *iustitia correctiva* ist im einen Fall das Verschulden, im anderen das Halten einer gefährlichen Sache (usw.). Auch der Umstand, dass in Sonderfällen, wie der Billigkeitshaftung Deliktsunfähiger nach § 829 BGB, Art. 54 OR oder § 1310 ABGB, auf die Vermögensverhältnisse der Beteiligten rekurriert, also „in Ansehung der Personen“ entschieden werden kann, ändert nichts an diesem Befund.

Die Kategorisierung der Gefährdungshaftung als Emanation der *iustitia distributiva* ist also weder unter systematischem, noch unter historischem Aspekt zutreffend.

## V. Schluss

Aristoteles unterscheidet die verteilende Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*, *δικαιοσύνη διανεμητική*), die unter Ungleichen gilt, namentlich im Verhältnis Staat – Bürger, von der korrigierenden (*iustitia correctiva*, *δικαιοσύνη διορθωτική*) im Privatrechtsverkehr als einem Recht unter Gleichen. Der Begriff der *iustitia commutativa* (wörtlich: austauschende Gerechtigkeit) stammt nicht von Aristoteles, sondern von Thomas von Aquin. Der in der deutschen Literatur meist verwendete Begriff der austauschenden oder ausgleichenden Gerechtigkeit ist missverständlich, denn die Parteien sind zu einem gerechten Ausgleich der gegenseitigen Interessen nicht verpflichtet. Es geht nicht um austauschende Gerechtigkeit, sondern um eine allfällige Korrektur des Austausches. Die verteilende oder zuteilende Gerechtigkeit besteht im Über- und Unterordnungsverhältnis, namentlich in der staatlichen Hoheits- und Leistungsverwaltung. Die korrigierende Gerechtigkeit im Privatrecht obliegt Gesetzgeber und Richtern. Die *iustitia distributiva* ist proportional, denn sie verteilt die Güter nach „Würdigkeit“. Im Privatrecht dagegen herrscht formale Gleichheit. Privatautonomie und Vertragsfreiheit haben ihre Grenzen jedoch in der *iustitia correctiva*.

Die These von der Relevanz der *iustitia distributiva* im Privatrecht entspricht nicht der Lehre des Aristoteles. Allerdings finden sich im Privatrecht zahlreiche öffentlich-rechtliche Einsprengungen. Die Zunahme des zwingenden (öffentlichen) Rechts im Privatrecht scheint ein unaufhaltsamer Prozess, und man kann fragen, ob das berühmte Verdikt von Gustav Boehmer „Öffentliches Recht vergeht, Privatrecht besteht“ noch eine Zukunft hat. Zweifellos wäre ein Rückbau des öffentlich-rechtlichen Regelungslabyrinths (nicht nur) im Privatrecht wünschenswert<sup>71</sup>. Gleichwohl benötigt man die Figur der *iustitia distributiva* zur Erzielung gerechter Ergebnisse oder auch nur zur besseren Erklärung von Phänomenen des Privatrechts nicht. Vermeidet man den unklaren Begriff der *iustitia commutativa* und bleibt man bei der aristotelischen *iustitia correctiva*, welche gerade das Eingreifen des Staates in die Privatautonomie betrifft, so ist der Begriff der *iustitia distributiva* trotz des offenbar unaufhaltsam wachsenden Anteils öffentlicher Normen im Privatrecht auch heute entbehrlich.

<sup>71</sup> Ein bei den anderen juristischen Fachrichtungen wohl weniger populäres Scherzwort vergleicht Privatrecht mit Schach, öffentliches Recht mit Mühle und Strafrecht mit „Mensch ärgere dich nicht“.