

Titel / Title:

Rechtsethische Rechtfertigung -
material oder prozedural?

Autor / Author:

Dietmar von der Pfordten

PE PREPRINTS

Annual 2000

No. 04

Edited by Dietmar von der Pfordten und Gerhard Schurz

Philosophische Vorveröffentlichungsreihe an der Universität Erfurt
Philosophical Prepublication Series at the University of Erfurt

Rechtsethische Rechtfertigung - material oder prozedural?¹

Sieht man von einigen weniger zentralen Regelungsbereichen ab,² so läßt sich das positive Recht³ als eine spezifische Realisationsform *politischer Entscheidungen* qualifizieren. Für moderne Rechtsstaaten muß diese Qualifikation noch verstärkt werden: Das positive Recht stellt *die zentrale* und in vielen Fällen *einzig legale*⁴ Realisationsform politischer Entscheidungen dar. Dient das positive Recht auf diese Weise der Verwirklichung politischer Entscheidungen, so kann es nur unter zwei Voraussetzungen als rechtsethisch legitim angesehen werden: (1) wenn die politische Entscheidung, die es verkörpert, *als solche* in abstracto ethisch legitim ist und (2) wenn die *Rechtsform* als spezifisches Instrument zur Durchsetzung der fraglichen politischen Entscheidung in concreto ethisch legitim ist.⁵

Da die Untersuchung beider Legitimitätsvoraussetzungen des positiven Rechts den hier zur Verfügung stehenden Raum überschreiten würde, wird die Frage nach der Materialität oder Prozeduralität der rechtsethischen Rechtfertigung in der folgenden Untersuchung nur im Hinblick auf die *erste* Voraussetzung rechtsethisch legitimen Rechts, also die Voraussetzung der ethischen Legitimität der politischen Entscheidung selbst, aufgeworfen.

Dazu wird zunächst die Unterscheidung zwischen *normativem Individualismus* und *normativem Kollektivismus* eingeführt und erläutert (I). Dann wird vor dem Hintergrund dieser Unterscheidung das Verhältnis zwischen *materialen* und *prozeduralen* Rechtfertigungselementen analysiert. Im Rahmen dieses

¹ Ich danke den Teilnehmern der Frankfurter Tagung und insbesondere den Koreferenten Elisabeth Holzleithner und Rainer Forst für ihre kritischen Kommentare, die zu einzelnen Präzisierungen des Textes beigetragen haben.

² Wie dem Kirchenrecht, Teilen des Völkerrechts und dem Satzungsrecht privatrechtlich verfaßter juristischer Personen.

³ Also tatsächlich bestehende Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte, Gerichtsurteile etc.

⁴ Für das deutsche Recht gilt das in Art. 20 II, III und 28 I S.1 GG niedergelegte Rechtsstaatsprinzip. Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg, ²1995, § 24. Das Bundesverfassungsgericht fordert als Teil des Rechtsstaatsprinzips im Rahmen des Vorbehalts des Gesetzes, daß „wesentliche“ Entscheidungen nicht nur rechtsförmig, sondern gesetzesförmig, also durch die Parlamente, getroffen werden (BVerfGE 47, 46 (78f.)). Im angelsächsischen Rechtskreis wird die politische Herrschaft durch die sog. „rule of law“ dem Recht unterworfen.

⁵ Man denke für Zweifel an die Debatte um die zunehmende Verrechtlichung aller Lebensbereiche. Vgl. Karsten Voigt (Hg.), *Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*, Königstein/Ts. 1980. Kurt Seelmann, *Rechtsphilosophie*, München 1994, § 1, Rn. 20-34.

Abschnitts wird die zentrale These vertreten, daß die Prozedur der materialen Rechtfertigung nachgeordnet werden sollte (II). Um die Möglichkeit einer derartig vorzuordnenden materialen Rechtfertigung zu erweisen, wird im nächsten Abschnitt dafür argumentiert, daß nur eine *normativ-individualistische* Rechtfertigungstheorie politische Entscheidungen zu legitimieren vermag (III). Da die *Diskursethik* im Gegensatz zur hier vertretenen zentralen These die Prozedur einer materialen Rechtfertigung vorzuordnen versucht, folgt eine Kritik an zwei ihrer Grundannahmen (IV). Zum Abschluß wird ein Ausblick auf die Entfaltung einer normativ-individualistischen Rechtfertigung im Rahmen der sog. *Dreizonentheorie politischer Gerechtigkeit* gegeben (V).

I. Normativer Individualismus versus Normativer Kollektivismus

Nach der Zurückdrängung religiöser und naturrechtlicher Rechtfertigungsversuche haben sich seit dem 17. Jahrhundert zur rechtsethischen Rechtfertigung politischer Entscheidungen zwei große Theoriealternativen herauskristallisiert,⁶ die allerdings nicht strikt dualistisch, sondern in verschiedenen Abstufungen und Ausprägungen auftreten. Diese beiden großen politisch-ethischen Theoriealternativen kann man als „normativen Individualismus bzw. Humanismus“ und „normativen Kollektivismus“ bezeichnen.⁷ Sie lassen sich folgendermaßen definieren :

⁶ Eine detailliertere Analyse dieses Prozesses findet sich in meiner demnächst erscheinenden Habilitationsschrift *Rechtsethik* und in dem gleichfalls demnächst erscheinenden Artikel *Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der Politischen Philosophie der Neuzeit*.

⁷ Es gibt bisher, soweit ich sehe, keinen größer angelegten Versuch, die Kategorisierung „normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus“ für eine Analyse der Ideengeschichte der neuzeitlichen politischen Philosophie fruchtbar zu machen. Aber es gibt zumindest einige Ansätze einer früheren Verwendung des Individualismusbegriffs im politischen Kontext: Der Begriff taucht nach Steven Lukes, *Individualism*, Oxford 1979, S. 4ff., im politischen Kontext zum erstenmal an der Wende zum 19. Jahrhundert bei konservativen Theoretikern wie de Maistre zur Kritik der liberalen Zersetzung von Religion, Gesellschaft und Staat auf. Eine nicht nur beiläufige Erwähnung des Individualismusbegriffs findet sich, soweit ich sehen, kann in der Historiographie der Politischen Philosophie zum erstenmal in George H. Sabine *A History of Political Theory* von 1937, 4. Aufl. Hinsdale 1973, S. 438f. Sabine konstatiert schon mit völliger Klarheit, daß Thomas Hobbes mit seinem Individualismus als erster die zentrale Entwicklung des politischen Denkens der folgenden Jahrhunderte vorweggenommen hat. Sabine macht den Individualismusbegriff aber nicht zum zentralen Analyseinstrument für den weiteren Diskussionsverlauf und entwickelt auch den Gegenbegriff des Kollektivismus kaum. Genau umgekehrt geht Popper 1945 in *The Open Society and Its Enemies*, London, vor. Popper verwendet vor allem den Begriff des „Kollektivismus“ um die Verfechter einer nach seiner Sicht „geschlossenen Gesellschaft“ Platon, Hegel und Marx in bekanntermaßen recht polemischer und zweifelhafter Weise zu analysieren. Der Individualismusbegriff wird dabei nur sehr vage eingeführt und liberalistisch und egalitär aufgeladen. C. B. McPherson hat 1962 in *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford, von einer marxistischen Warte aus Hobbes, Locke und andere als „Besitzindividualisten“ gekennzeichnet. James Buchanan hat

normativer Individualismus bzw. Humanismus:

„Alle politischen Entscheidungen finden ihre letzte Rechtfertigung in der Zustimmung, den manifesten Interessen oder den individuell oder generell vermutbaren Belangen⁸ des von der jeweiligen Entscheidung betroffenen *Individuums*, d. h. – wenn man Tiere außer Betracht läßt – der betroffenen Menschen.“

normativer Kollektivismus:

„Alle politischen Entscheidungen finden ihre letzte Rechtfertigung in der Zustimmung, den manifesten Interessen, oder den individuell oder generell vermutbaren Belangen eines politischen oder zumindest politische Legitimität verleihenden *Kollektivs*, d. h. des Staats, der Nation, des Volks, der Rasse, der Gesellschaft, der Sprach- oder Kulturgemeinschaft etc.“

Durch das Adjektiv „normativ“ werden beide Bestimmungen als *ethische* Theoriealternativen gekennzeichnet. Damit sind sie von drei anderen möglichen Bedeutungen der Termini „Individualismus“ und „Kollektivismus“ abgegrenzt: (1) einer *soziologisch- bzw. anthropologisch-deskriptiven*, (2) einer *begrifflich-instrumentellen* und (3) einer *tatsächlich-politischen*. Die soziologisch- bzw. anthropologisch-deskriptive Bedeutungsalternative bestimmt die *empirisch* vorfindliche oder generell anzunehmende Individualisierung bzw. Kollektivierung einer Gesellschaft. Die begrifflich-instrumentelle Bedeutungsalternative bezieht sich auf die Verwendung *kollektiver und individueller Begriffe*, wie

zusammen mit Gordon Tullock ebenfalls 1962 in *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, S. 3, in systematischer Absicht einen „methodologischen“ Individualismus vorgeschlagen. Bei beiden schrumpft der Individualismusbegriff aber zum Klassifikationsbegriff, ohne daß ein Gegenbegriff entfaltet wird, der eine Gradualisierung erlaubt. Eine neuere Verwendung des Terminus „normativer Individualismus“ findet sich z. B. bei Wolfgang Kersting, *Die Politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt 1994, S. 17.

⁸ Die Begriffe „Zustimmung“, „manifeste Interessen“ und „individuell oder generell vermutbare Belange“ sollen das gesamte Spektrum der möglichen Eigenschaften, die bei den Individuen zur Rechtfertigung politischer Entscheidungen relevant werden können, abdecken. Diese Angabe ohne genauere Verhältnisbestimmung und ohne egoistische Verengung genügt für die Zwecke einer allgemeinen Klassifikation und Diskussion. Wenn im Folgenden abkürzend von „Interessen“ (in einem weiteren Sinn) der Individuen gesprochen wird, sollen jeweils alle diese möglichen Eigenschaften mitgemeint sein. – Eine detaillierter entfaltete ethische Theorie müßte zu der Frage Stellung nehmen, welche dieser Eigenschaften unter welchen Bedingungen vorrangige Beachtung verdient. Ich plädiere dabei von einer normativ-individualistischen Position aus für die Kaskade eines Vierstufengangs der Berücksichtigung der betroffenen Individuen. Jeder Folgeschritt in der oben angegebenen Reihenfolge der vier Alternativen darf prinzipiell erst gewählt werden, wenn der vorherige Schritt zu keinem Ergebnis geführt hat. Eine ähnliche Kaskade ist dem Juristen aus der Regelung des Aufwendungsersatzes in der Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 683 BGB geläufig.

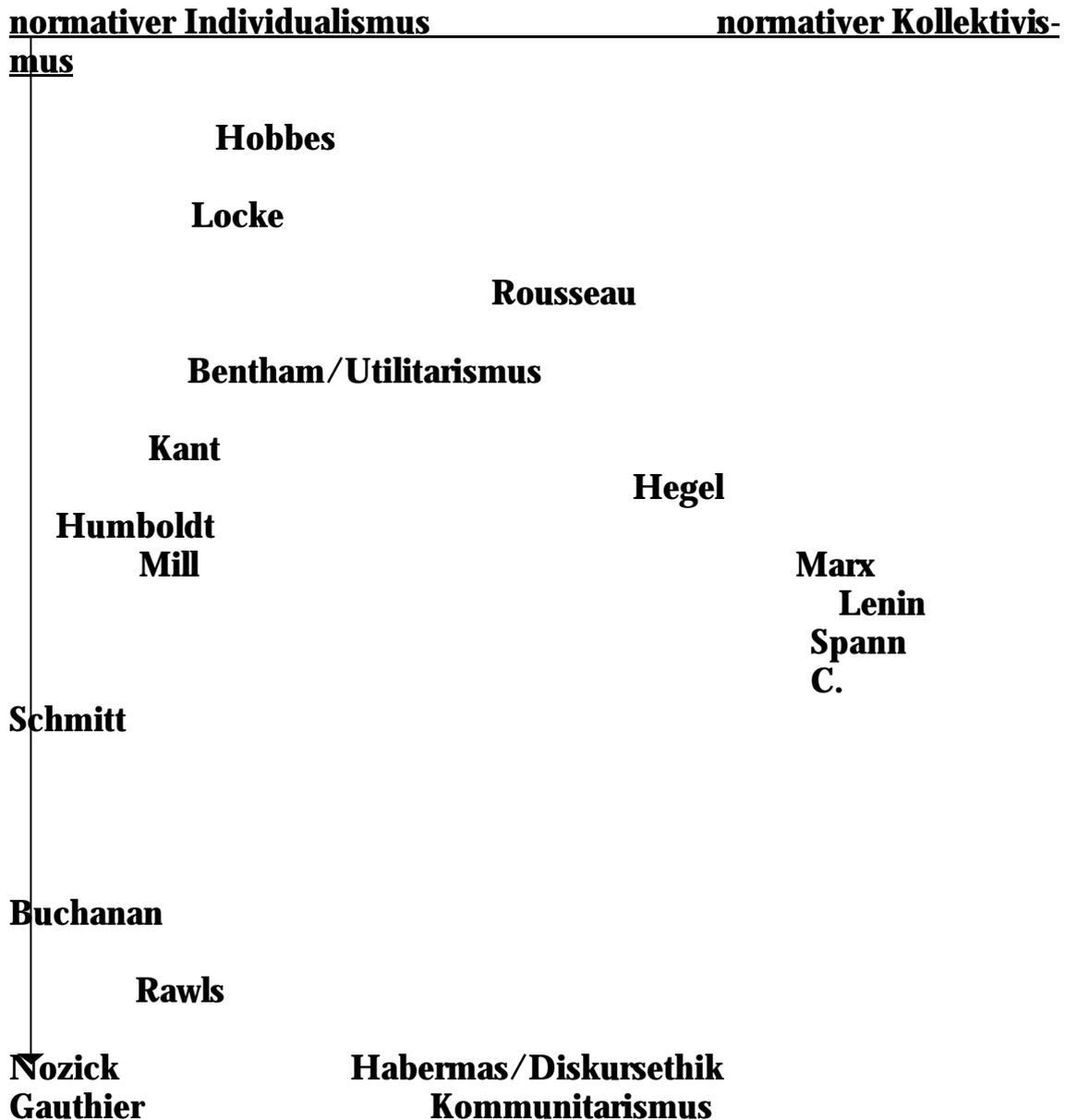
„Bewahrung der Rechtsordnung“, „Verteidigungsbereitschaft“, „Staat“, „Individualrecht“ etc. Die *tatsächlich-politische* Bedeutungsalternative kennzeichnet schließlich eine tatsächliche individualistische oder kollektivistische Politik.

Bedeutungsalternativen von „Kollektivismus“ und „Individualismus“			
1) soziologisch- bzw. anthropologisch-deskriptive Bedeutung empirische Studien bezüglich einzelner Gesellschaften und generelle anthropologische Annahmen	2) normativ-ethische Bedeutung X politisch-ethische Theorien, in denen die Individuen den letzten Zurechnungspunkt der normativen Rechtfertigung bilden	3) begrifflich-instrumentelle Bedeutung politische und juristische Begriffsbildungen, z. B. „Bewahrung der Rechtsordnung“, „Individualrecht“	4) auf tatsächliches politisches Handeln bezogene Bedeutung z. B. individualistische oder kollektivistische Wirtschaftsform

Die zweite, normativ-ethische Bestimmung, die hier ausschließlich gemeint ist, wenn von „normativem Individualismus“ gesprochen wird, ist von den anderen Bedeutungsalternativen prinzipiell unabhängig. Auf die Frage dieser Unabhängigkeit wird noch zurückzukommen sein.

Um die Auseinandersetzung zwischen normativem Individualismus und normativem Kollektivismus zu verdeutlichen, ist es hilfreich, einen Überblick über einige historische Vertreter dieser Positionen zu gewinnen. Die folgende Graphik soll zu diesem Zweck eine Orientierung über die geistigen Verlaufslinien geben. Sie dient nicht einer detaillierten ideengeschichtlichen Darstellung:⁹

⁹ Vgl. zu einer ausführlicheren Darstellung: meine demnächst erscheinenden Habilitationsschrift *Rechtsethik* und den gleichfalls demnächst erscheinenden Artikel *Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der Politischen Philosophie der Neuzeit*.



Erläuterungen:

– *Hobbes* hat als erster prominenter Theoretiker in der Neuzeit eine Version des normativen Individualismus als legitimatorische Rückführung politischer Herrschaft auf die betroffenen Individuen vertreten. Allerdings sah er diese Rechtfertigung nur bis zur tatsächlichen Einsetzung eines Souveräns als notwendig an.¹⁰ Mit dem Einsetzungsakt ist der Souverän legitimiert und kann weitgehend beliebige politische Entscheidungen treffen.

– *Locke* übernimmt Hobbes' normativ individualistischen Ausgangspunkt, lehnt aber die Beschränkung der Rechtfertigungsbedürftigkeit auf die bloße Einsetzung des Sou-

¹⁰ Thomas Hobbes, *Leviathan*, hg. von Richard Tuck, 1651, Cambridge 1991, Kap. 17, p. 121.

veräns und die Folge einer absoluten Herrschaft bei Hobbes ab. Die normativ-individualistische Rückbindung politischer Herrschaft wird permanent, ist allerdings noch naturrechtlich überwölbt und modifiziert.¹¹

– Rousseau geht zwar vom Individualwillen aus, läßt aber nicht den zusammengesetzten Willen aller (*volonté de tous*), sondern einen kollektiven Gesamtwillen (*volonté générale*) für die politische Entscheidung maßgeblich werden.¹² Der politische Vertrag wird zum Gesellschaftsvertrag ausgeweitet, der den Menschen erst zum Menschen und Vernunftwesen macht.

– Der *Utilitarismus* (*Bentham* etc.) sieht zwar individuelle Freude und individuelles Leid als maßgeblich an, ordnet aber das einzelne Individuum dem größten Glück der größten Zahl unter.¹³

– Kant formuliert die Zusammenstimmung der Willkür des einen mit der Willkür des anderen als Rechtsprinzip, hält aber die kooperationsstiftende Vernunft bzw. das allgemeine Gesetz nicht vollständig von nicht individuell rechtfertigbaren Elementen frei, etwa dem „Allgemeinwillen“ Rousseaus.¹⁴

– Humboldt verzichtet auf diese Elemente und geht deshalb in seinem normativen Individualismus über Kant hinaus.¹⁵

– Hegel konstatiert die Aufhebung der individuellen Subjektivität in der Objektivität und Totalität des Staates.¹⁶

– Marx geht vor allem in seiner frühen Phase von den Bedürfnissen des einzelnen und seiner Entfremdung durch die kapitalistisch organisierte Arbeit aus, ordnet ihn aber

¹¹ John Locke, *Two Treatises of Government*, 1690, hg. von Peter Laslett, Cambridge 1960, 1988, II 87, p. 324.

¹² Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, Paris 1992, II 3, S. 54. Dt.: *Gesellschaftsvertrag*, Stuttgart 1977, S. 31.

¹³ Jeremy Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, Buffalo 1988, p. 1ff.

¹⁴ Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, Band VI von Kant's gesammelten Schriften. Hg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1907, Nachdruck 1968, S. 230 einerseits, S. 313f. andererseits.

¹⁵ Wilhelm v. Humboldt, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Stuttgart 1982, S. 52: „Der Staat enthalte sich aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger und gehe keinen Schritt weiter, als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist;“.

¹⁶ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, Bd. 7 der Suhrkamp-Werkausgabe, Frankfurt a. M. 1986, § 258, S. 399: „Wenn der Staat mit der bürgerlichen Gesellschaft verwechselt und seine Bestimmung in die Sicherheit und den Schutz des Eigentums und der persönlichen Freiheit gesetzt wird, so ist das Interesse der Einzelnen als solcher der letzte Zweck, zu welchem sie vereinigt sind, und es folgt hieraus ebenso, daß es etwas Beliebiges ist, Mitglied des Staates zu sein. – Er hat aber ein ganz anderes Verhältnis zum Individuum; indem er objektiver Geist ist, so hat das Individuum selbst nur Objektivität, Wahrheit und Sittlichkeit, als es ein Glied desselben ist. Die *Vereinigung* als solche ist selbst der wahrhafte Inhalt und Zweck, und die Bestimmung der Individuen ist, ein allgemeines Leben zu führen.“.

den historisch-materialistischen Entwicklungsgesetzen und der Diktatur des Proletariats unter.¹⁷

– Mill verteidigt einerseits den Utilitarismus, andererseits mit dem „harm-principle“ in „On Liberty“ eine normativ-individualistische Staatsrechtfertigung.¹⁸

– Lenin wendet sich gegen den „Subjektivismus“ und verteidigt die deterministische Interpretation der Geschichte durch die marxistische Orthodoxie.¹⁹

– Othmar Spann propagiert den Ständestaat.²⁰

– Carl Schmitt schaltet in seiner *Verfassungslehre* die Individuen mit seiner Apologie einer kollektiven existentiellen politischen Entscheidung des Volkes aus.²¹

– Buchanan, Nozick, Gauthier führen den normativen Individualismus ins nicht mehr begründbare Extrem:²² Nurmehr gemeinsame politische Projekte, die sich auch aus einer zufälligen Koordination tatsächlich ergeben oder ergeben könnten, sollen legitim sein. Jede darüber hinausgehende Kooperation ist illegitim. Damit werden die Individuen in der Verfolgung ihrer Belange limitiert.

– Rawls geht in seiner ursprünglichen Theorie von Individuen aus, inkorporiert aber mit der Voraussetzung einer Wahl unter dem „Schleier des Nichtwissens“, der Annahme einer Entscheidung der politischen Gemeinschaft über alle Grundgüter und dem Resultat, daß eine Maximinstrategie gewählt werden würde, auch kollektivistische Elemente.²³

– Der *Kommunitarismus* kritisiert zwar den Liberalismus, aber vor allem in seinem individualistischen Menschenbild und seinen libertären Ergebnissen. Die Vertreter des Kommunitarismus vermeiden zumeist eine klare Entscheidung für eine normativ-kollektivistische Rechtfertigung.²⁴

– Habermas (*Diskursethik*) setzt mit der Überordnung des Diskursprinzips D über das Universalisierungsprinzip U den Kollektivismus des Diskurses zumindest in der Theoriekonstruktion über die Rechtfertigung unter Rückbeziehung auf die einzelnen betroffenen Individuen.²⁵ In *Faktizität und Geltung* stehen die Beachtung der Menschenrechte und der Primat der Parlamentsentscheidung in einer unaufgelösten Zwitterigkeit.²⁶

¹⁷ Karl Marx, MEW-Ergänzungsband, Erster Teil, S. 511-514; *Deutsche Ideologie*, MEW 3, S. 20, 27, 218 einerseits; *Kapital* Bd. III, MEW 25, S. 891; *Kritik des Gothaer Programms*, MEW 19, S. 18 andererseits. Vgl. auch Ian Forbes, *Marx and the new Individual*, London 1990.

¹⁸ John Stuart Mill, *Utilitarianism*, 1861, *On Liberty*, 1859, in: ders., *Utilitarianism*, hg. von Mary Warnock, Glasgow 1962.

¹⁹ Leszek Kolakowski, *Die Hauptströmungen des Marxismus*, Band 2, München 1978, S. 402f.

²⁰ In: *Der wahre Staat*, Graz 1921, ⁵1972.

²¹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, ⁸1993, S. 238.

²² James Buchanan, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago 1975; Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York 1974; David Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford 1986, 1988.

²³ John Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, Oxford 1986, S. 11ff., 60ff., 90ff..

²⁴ Michael Sandel (Hg.), *Liberalism and its Critics*, New York 1984, S. 5.

²⁵ Jürgen Habermas, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: ders., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 60.

²⁶ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, Kapitel 3, S. 109ff, z. B. S. 133: „Der gesuchte interne Zusammenhang zwischen Volkssouveränität und Menschenrechten liegt im

Erläuterungen:

- Die *Weimarer Reichsverfassung* kodifiziert mit der Nachordnung der individuellen Menschenrechte gegenüber den staatlichen Organisationsgesetzen eine Mischung aus normativem Individualismus und Kollektivismus.
- Der *Stalinismus* geht in seinem Kollektivismus noch über Marx und Lenin hinaus.
- Der *Faschismus* verneint mit der Parole „Du bist nichts, dein Volk ist alles“ die legitimatorische Bedeutsamkeit der Individuen. Im Rechtsbereich geschieht dies durch die Inflationierung von Gemeinwohlformeln.²⁷
- Das *Grundgesetz* ruht mit seiner Vorordnung der Menschenwürde und der Grund- und Menschenrechte auf einem normativ-individualistischen Fundament.
- Die *Systemtheorie* schaltet bei Niklas Luhmann im Rahmen ihrer Ausschließlichkeit beanspruchenden deskriptiven Beschreibung das Individuum als normativ rechtfertigende Instanz aus und setzt die Systemfunktionalität als letztentscheidend. Damit wird – selbst wenn die Systemtheorie selbst nicht den Status einer normativ-ethischen Theorie beansprucht – zumindest als Folge auch eine normativ-individualistische Rechtfertigung politischer Entscheidungen verdrängt²⁸

In der vorliegenden Untersuchung wurde nicht wie in anderen Untersuchungen in liberale und nichtliberale Positionen²⁹ oder in Gesellschaftsvertragstheorien (Kontraktualismus) und Nichtgesellschaftsvertragstheorien (Nichtkontraktualismus)³⁰ unterschieden, weil sich die erste Unterscheidung stärker auf politische Ergebnisse bezieht, die zweite lediglich auf ein bestimmtes Konstruktionsmodell. Beides ist von der fundamentaleren Entscheidung zwischen einer normativ-individualistischen und einer normativ-kollektivistischen Rechtfertigung abhängig.³¹

II. Materiale und Prozedurale Rechtfertigungselemente

Sowohl im Rahmen einer normativ-individualistischen als auch im Rahmen einer normativ-kollektivistischen Rechtfertigung wird eine *Relation* zwischen der zu rechtfertigenden politischen Entscheidung und dem Individuum oder dem Kollektiv als Entität bzw. genauer: zu deren Eigenschaften, der Zustimmung, den Interessen oder Belangen (siehe die obigen Definitionen)

²⁷ Vgl. Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin 1974. Oliver Lepsius, *Die Gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, München 1994.

²⁸ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1993.

²⁹ Vgl. David Johnston, *The Idea of a Liberal Theory. A Critique and Reconstruction*, Princeton 1994.

³⁰ Vgl. Wolfgang Kersting, *Die Politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt 1994.

³¹ Vgl. zu einer detaillierteren Auseinandersetzung mit diesen beiden Kategorisierungsalternativen meinen demnächst erscheinenden Artikel *Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der Politischen Philosophie der Neuzeit*.

aufgebaut. In beiden Fällen ist also eine *Entität* mit ihren *Eigenschaften* letzter Zurechnungspunkt der Rechtfertigung, nicht aber eine Prozedur.

Dieser Bezug auf die Eigenschaft einer Entität ist zunächst als bloßer Verweis auf einen Relationspunkt nur formal. Der Bezug öffnet aber quasi einen Legitimitätskanal zwischen den fraglichen Eigenschaften der Entität und der politischen Entscheidung. Die Zustimmung, Interessen oder Belange müssen sich in der Realität auf materiale inhaltliche Entscheidungen beziehen, z. B. den Schutz des eigenen Lebens oder die Freiheit der Wissenschaft. Sowohl der normative Individualismus als auch der normative Kollektivismus stellt deshalb in letzter Instanz eine *materiale* Rechtfertigungstheorie in einem weiteren Sinn dar,³² nicht aber eine *prozedurale*. Im Rahmen dieser materialen Rechtfertigungstheorie verweist die ethische Begründung auf einen letzten Zurechnungspunkt der Eigenschaften der fraglichen Entität, der von der fraglichen Entität inhaltlich gefüllt werden muß.³³ Material heißt also nicht „metaphysisch“ oder „transzendental“, sondern bedeutet nur, daß sich die ethische Begründung auf die Interessen jedes einzelnen moralischen bzw. rechtlichen Akteurs stützt.

Zwischen den letzten formalen und dann in der Konkretisierung auch materialen Zurechnungspunkt der Rechtfertigung mit Bezug auf die Individuen oder Kollektive und die zu rechtfertigende politische Entscheidung können nun aus Zweckmäßigkeitgründen *prozedurale* Elemente eingeschoben werden. Diese aus Zweckmäßigkeitgründen eingeschobenen prozeduralen Elemente dürfen aber – so meine zentrale These – keine vor- oder übergeordnete Rolle gegenüber dem letzten Zurechnungspunkt der Rechtfertigung – also den Individuen oder Kollektiven – für sich beanspruchen, sondern müssen diesem materialen Zurechnungspunkt nach- und untergeordnet bleiben.³⁴ Eine prozedurale Begründungstheorie vertritt demgegenüber die genau umgekehrte These, daß die Prozedur der Bezugnahme auf die Individuen oder Kollektive vorgeordnet ist. Man kann also zwischen der These einer material *abhängigen* Prozedur und der These einer material *unabhängigen* Prozedur unterscheiden. Wir werden im folgenden sehen, daß die Einführung einer material *unabhängigen* Prozedur den normativen Individualismus einschränkt oder sogar verläßt.

³² Damit ist keine materiale Wertethik, wie sie Max Scheler entwickelt hat, verbunden.

³³ Etwas anders hier John Rawls, *Reply to Habermas*, in: *Political Liberalism*, New York 1996, S. 421-433, der „substantive justice“ als *Ergebnis* der Prozedur auffaßt. Dies verkennt aber, daß es nicht um tatsächliche Prozeduren geht, sondern um theoretische Rechtfertigungselemente.

³⁴ Vgl. zu einer im Ergebnis ähnlichen Position im Rahmen einer Gegenkritik gegen Habermas: John Rawls, *Reply to Habermas*, in: *Political Liberalism*, New York 1996, S. 421-433. Vgl. zu einer partiell parallelen Diskussion über eine Verfassungsinterpretation der US-Verfassung, für eine Interpretation, die sich am politischen Willensbildungsprozeß orientiert: John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge 1980 und dagegen: Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge 1985, S. 57ff.

Wie kann die Prozedur aus Zweckmäßigkeitsgründen eingesetzt werden: Geht man davon aus, daß politische Entscheidungen Entscheidungen der politischen Gemeinschaft sind, dann benötigt man die Prozedur als Aggregationsmechanismus jedenfalls dann nicht, wenn man einen vollständigen normativen Kollektivismus vertritt, d. h. wenn eine Gesamtentscheidung des Kollektivs schon vorhanden ist oder – wie bei Carl Schmitt³⁵ – durch den unmittelbaren Evidenzakt einer existentiellen Dezision erzeugt wird.

Eine Prozedur kann dagegen in zwei Fällen als nachgeordnetes Instrument Verwendung finden: Es kann sich um eine Prozedur handeln, die einer kollektivistischen Rechtfertigung dient, also um die Prozedur einer kleinen Herrschaftselite, etwa eines Politbüros, eines Kronrats oder nichtpolitischer Kollektive, also Ständen, Räten, Familien, Clans oder „communities“. Es kann sich aber auch um eine Prozedur im Dienste einer normativ-individualistischen Rechtfertigung handeln.

In beiden Fällen muß *vor* dem Einsatz der Prozedur geklärt werden, *wer* an der Prozedur teilzunehmen berechtigt ist.³⁶ Und es muß die *Gestaltung* der Prozedur festgelegt werden, ob es sich also um eine Diskussion, eine Abstimmung, ein Losverfahren etc. handelt. Die Prozedur kann ihre Teilnehmer und ihre Gestaltung nicht selbst bestimmen. Versucht sie diese Bestimmung aus einer weiteren Prozedur zu gewinnen, so führt dies in einen unendlichen Regreß der Prozeduren. Die Bestimmung der Teilnehmer und der Gestaltung der Prozedur *vor* ihrer Anwendung ist also zum einen unvermeidlich und kann zum zweiten nicht wieder durch ausschließlichen Rekurs auf Prozeduren geleistet werden. Angesichts dieser Ausgangslage hat man nur zwei Alternativen: Entweder man entscheidet sich für eine material unabhängige Prozedur und nimmt die Teilnehmer und die Gestaltung der Prozedur als Faktum hin ohne eine weitere normative Rechtfertigung zu liefern. In diesem Fall wird die Prozedur bloße Setzung bleiben und keine normative Rechtfertigungskraft entfalten können. Oder man ordnet der materialen Rechtfertigung durch den normativen Individualismus oder den normativen Kollektivismus³⁷ die Prozedur als material abhängige Prozedur zur Bestimmung ihrer Teilnehmer und ihrer Gestaltung nach. Nur dann kann die Gesamtrechtfertigung normative Rechtfertigungskraft entfalten. Wird die Prozedur als Selbstzweck angesehen und gegenüber der materialen Rechtfertigung vor- oder gleichgeordnet, wie dies die Diskursethik partiell tut,³⁸ so geschieht zweierlei: Zum einen gesteht man sich nicht ein, daß man eine vorgängige, schon die wesentliche Rechtfertigungslast tragende Entscheidung über die Teilnehmer und die Gestaltung der Prozedur trifft, die

³⁵ Carl, Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, 81993, S. 238.

³⁶ Vgl. für eine ähnliche, auf die Diskursprozedur bezogene Kritik: Peter Gril, *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus der Sicht der Diskurstheorie*, Berlin 1998, S. 112ff.

³⁷ Konstruktiv denkbar wäre des weiteren auch eine religiöse oder naturrechtliche Bestimmung.

³⁸ Dazu unten!

ihrerseits nicht begründet sondern gesetzt oder akzeptiert wird. Zum anderen verläßt man, wenn man sich bei dieser Entscheidung – wie die Diskursethik – für die Individuen als Teilnehmer des Diskurses entscheidet, den normativ-individualistischen Ausgangspunkt und gelangt zu einem partiellen Kollektivismus, dem Kollektivismus der Diskursgemeinschaft. Das Resultat ist dann eine merkwürdige Zwitterposition zwischen Individualismus und Kollektivismus. Die Vor- oder Gleichordnung der Prozedur über die materiale Rechtfertigung des normativen Individualismus raubt der Gesamtkonstruktion also nicht nur ihre normative Begründungskraft, sondern verschiebt sie im Ergebnis auch in eine Zwitterstellung zwischen normativem Individualismus und normativem Kollektivismus.

Nachfolgend wird die zentrale These der normativ notwendigen Nachordnung der Prozedur gegenüber der materialen Rechtfertigungsverankerung in zwei Schritten weiter gestützt, einem *positiven* und einem *negativen* Schritt.

Positiv muß im Abschnitt III. gezeigt werden, daß eine der beiden materialen Rechtfertigungsformen – der normative Individualismus oder der normative Kollektivismus – Zustimmung verdienen denn würde keine der beiden materialen Rechtfertigungstheorien Zustimmung verdienen, so könnte ihre Vorordnung vor die Prozedur nicht zur Bestimmung der Teilnehmer und der Gestaltung der Prozedur führen. Man würde dann wieder auf die bloße faktische Setzung oder Akzeptanz der Prozedur angewiesen sein. Dies würde eine prozedurale rechtsethische Rechtfertigung des positiven Rechts nicht plausibel werden lassen. Aber es würde immerhin auch nicht mehr die Behauptung erlauben, daß eine materiale Rechtfertigung anzuerkennen und damit der Prozedur vorzuordnen ist. Es wird hier dafür plädiert, daß der normative Individualismus zur ethischen Rechtfertigung politischer Entscheidungen als einzig geeignet anzusehen ist.

Negativ wird im Abschnitt IV. der Versuch einer Vorordnung der Prozedur gegenüber der Bezugnahme auf die Individuen durch die Diskursethik kritisiert.

III. Begründung des normativen Individualismus

Warum verdient der normative Individualismus in der politischen Ethik³⁹ gegenüber dem normativen Kollektivismus, aber auch gegenüber einem

³⁹ Ich glaube, daß der normative Individualismus auch für eine nichtpolitische Ethik gilt, und zwar in Form einer Berücksichtigung der Belange von anderen, also der Anderinteressen, kann diese weitergehende These aber hier nicht diskutieren. Vgl. zu einer ersten Entfaltung dieser Ethik der Anderinteressen: Dietmar von der Pfordten, *Ökologische Ethik*, Reinbek 1996, S. 203-255. Vgl. zu einer neueren normativ-individualistischen Ethik: Thomas Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Cambridge 1998.

kryptokollektivistischen Prozeduralismus den Vorzug?⁴⁰ Man sollte sich zu einer Antwort zunächst Situationen vor Augen führen, in denen eine ethische Rechtfertigung politischer, rechtsförmig verfaßter⁴¹ Entscheidungen nötig wird: Ein Mensch⁴² erhält einen Mahnbescheid. Oder er wird aufgefordert, Einkommenssteuer zu bezahlen. Oder er wird zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und eingesperrt. In all diesen Fällen wendet sich die politische Gemeinschaft an den Betroffenen als Einzelperson. Die Organe der politischen Gemeinschaft stellen sich ihm als ihre Repräsentanten gegenüber. Sie konfrontieren den einzelnen mit einer Verpflichtung.

Um die Implikationen dieser Verpflichtung zu verstehen, ist es ratsam, sich über eine sprachfunktionale Bedingung von Verpflichtungen klar zu werden: Will man eine normative Verpflichtung aussprechen, so können Verpflichtender und Verpflichteter *nicht identisch* sein. Zumindest für einen kurzen Zeitpunkt politischer Herrschaftsausübung muß eine individualisierende Quasitrennung zwischen Verpflichtendem und Verpflichtetem, in unserem Fall also der politischen Gemeinschaft und dem einzelnen Betroffenen, stattfinden. Würde der einzelne nicht auf diese Weise als Verpflichteter individualisiert, so könnte allenfalls eine gemeinschaftliche Selbstbindung eingegangen werden, etwa wie wenn sich ein Parlament eine Geschäftsordnung gibt oder die Errichtung eines neuen Plenarsaals beschließt. Derartige kollektive Selbstbindungsakte können jederzeit widerrufen werden. Sie gleichen individuellen Selbstversprechen, etwa wie wenn man sich vornimmt, regelmäßig Klavier zu spielen. Derartige kollektive Selbstbindungsakte sind ethisch nicht problematisch, sofern kein einzelner gegen seinen Willen zu etwas verpflichtet wird.⁴³

Das sprachfunktional notwendige Auseinandertreten von Verpflichtendem und Verpflichtetem hat nun in den Beispielfällen des Verhältnisses zwischen politischer Gemeinschaft und einzeitigem Menschen folgende Konsequenz: Im Rahmen der Verpflichtung zu einer Handlung durch die politische Gemeinschaft und des zwangsweisen Vollzugs dieser Verpflichtung wird der einzelne quasi temporär und einzelfallbezogen aus der politischen Gemeinschaft ausgeschlossen. In früheren Zeiten geschah ein derartiger

⁴⁰ Vgl. zum folgenden meine im Erscheinen befindliche Habilitationsschrift *Rechtsethik*, Kapitel 6.4.4.

⁴¹ Die rechtsförmige Verfassung der politischen Entscheidungen ist für das Argument belanglos. Ich wähle hier nur rechtsförmige politische Entscheidungen als Beispiele, weil uns derartige Fälle vertraut sind und sie im Rechtsstaat die weit überwiegende Anzahl darstellen.

⁴² Es wird hier und nachfolgend nicht zwischen bloßen Rechtsunterworfenen und Bürgern unterschieden. Eine ethische Rechtfertigung des positiven Rechts ist gegenüber allen Rechtsunterworfenen nötig. Wenn ein politisches Gemeinwesen bestimmte politische Partizipationsrechte nicht allen Rechtsunterworfenen, sondern nur seinen Staatsbürgern gewährt, so bedarf dies einer zusätzlichen rechtsethischen Rechtfertigung, die hier nicht diskutiert werden kann.

⁴³ Ich vernachlässige hier die Möglichkeit von „Pflichten gegen sich selbst“ einer politischen Gemeinschaft.

Ausschluß auch tatsächlich: Jemand wurde für vogelfrei erklärt oder ins Exil geschickt, oder es wurden ihm im Falle einer Verurteilung die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt. Heute verzichtet man aus Gründen der gesellschaftlichen Befriedung und Humanisierung auf derartig drakonische Maßnahmen. Aber in der Sache bleibt notwendig ein Residuum der temporären und einzelfallbezogenen Entgegensetzung von verpflichtender politischer Gemeinschaft und verpflichtetem Betroffenen erhalten, das derartigen Ausschlußmaßnahmen strukturell ähnelt.

Die zentrale Rolle, welche die Individualisierung im Rahmen der Herrschaftsausübung einnimmt, manifestiert sich im Recht sehr deutlich in den rigiden Adressierungsvorschriften: Ein Verwaltungsakt ist nur gültig, wenn der Verpflichtete genau angegeben wird. Ein Urteil ist nur vollstreckbar, wenn im Rubrum der Verurteilte eindeutig genannt ist.

Was folgt nun aus der Tatsache der Individualisierung politischer Entscheidungen? Zunächst ist klar, daß politische Entscheidungen der Rechtfertigung bedürfen. Der einzelne fragt, *warum* er sich der politischen Verpflichtung unterwerfen soll. Er fühlt sich nicht selten ungerecht behandelt. Er protestiert. Es ist wichtig, sich deutlich vor Augen zu führen, daß Individualisierung und ethische Rechtfertigungsbedürftigkeit Hand in Hand gehen. Nur *weil* sich die politische Gemeinschaft dem einzelnen verpflichtend gegenüberstellt, bedarf es einer spezifischen politisch-ethischen Rechtfertigung für diese heteronome Verpflichtung. Hätte der einzelne sich selbst verpflichtet oder würde es sich, wie im obigen Beispiel der Parlamentsgeschäftsordnung, um eine Selbstverpflichtung eines politischen Organs oder der politischen Gemeinschaft als Ganzer handeln, wäre keine ethische Rechtfertigung nötig, weil der einzelne nicht in seiner freien Entscheidung eingeschränkt worden wäre. Dabei muß nicht die stärkere These behauptet werden, daß die tatsächliche Rechtfertigungsforderung des einzelnen *metaphysisch fundiert* oder ihrerseits *ethisch gerechtfertigt* ist. Es genügt die Feststellung, daß der einzelne die Rechtfertigungsforderung *faktisch* erhebt.

Wie kann nun die Rechtfertigung der notwendig individualisierenden und damit die Individualität des einzelnen anerkennenden politischen Herrschaftsausübung erfolgen? Bei einem Verzicht auf starke metaphysische Annahmen kann die Rechtfertigung allein so erfolgen, daß der Verpflichtungsakt als temporäre und einzelfallbezogene Maßnahme gekennzeichnet wird, die eine legitime Konkretion der Selbstgesetzgebung des Betroffenen in der politischen Gemeinschaft darstellt. Die Herrschaftsausübung gegenüber dem einzelnen ist nur gerechtfertigt, *weil* der Betroffene auf einer zeitlich, persönlich und sachlich abstrakteren Ebene selbst zugestimmt hat, zugestimmt hätte oder zumindest hätte zustimmen können. Dieser Gedanke liegt allen normativ-individualistischen Theorien zugrunde. Warum muß aber dieser demokratische Rechtfertigungsverweis in letzter Instanz immer ein normativ-individualistischer sein? Warum muß er sich auf das *idealiter* singularisierte Individuum beziehen, obwohl klar ist, daß dieses

Individuum *realiter* in Gemeinschaften eingebettet lebt und viele seiner Wertungen den Wertungen dieser Gemeinschaften – darunter auch, aber nicht nur, den Wertungen der politischen Gemeinschaft – entlehnt?

Die Antwort ergibt sich aus der Individualisierung als notwendige Voraussetzung der Verpflichtung. Wenn der einzelne Betroffene durch die staatliche Herrschaftsmaßnahme als Individuum quasi temporär aus der politischen Gemeinschaft ausgeschlossen wurde, kann die ethische Rechtfertigung nur dadurch gelingen, daß er im Rahmen dieser Rechtfertigung wieder in die politische Gemeinschaft integriert wird. Diese Integration muß aber den einzelnen als Individuum mit seinen Belangen – mag ihr Ursprung sein, welcher er wolle – ernst nehmen, d. h. zumindest partiell für die fragliche Entscheidung als vorpolitisch und vorgesellschaftlich anerkennen, sonst kann sie nicht erfolgreich sein.

Würde sich die Rechtfertigung ausschließlich oder überwiegend auf die gemeinschaftlich geteilten Werte der politischen Gemeinschaft oder einzelner nichtpolitischer Untergemeinschaften (Klasse, Schicht, regionale Zugehörigkeit, Berufsgruppe, Nachbarschaft etc.) berufen, so läge darin gegenüber dem betroffenen einzelnen kein Integrationsakt, der gerade die entscheidende Kompensation für die individualisierende und damit quasiexkommunizierende Wirkung der Verpflichtung bildet.⁴⁴ Würde zum Beispiel die Verpflichtung des einzelnen zur Zahlung einer neuen Steuer mit der positiven Bewertung dieser Steuer durch die politische Gemeinschaft oder einer nichtpolitischen Untergemeinschaft gerechtfertigt, so könnte der einzelne mit Fug und Recht einwenden: „Ich kann mich nicht erinnern, daß ich diese Bewertung geteilt habe, und ich bin nicht gewillt, sie zu teilen. Mit ihrem Verpflichtungsakt zeigt die politische Gemeinschaft, daß sie sich gegen mich stellt.“ Der Schlachtruf „No taxation without representation“, den die nordamerikanischen Siedler dem englischen Mutterland entgegengerufen haben, drückt genau diesen Gedankengang aus.

Wie wir oben sahen, ist mit dem normativen Individualismus kein *soziologisch- bzw. anthropologisch-deskriptiver* Individualismus impliziert. Die Tatsache, daß der Mensch in Gemeinschaften lebt, ist nicht zu bestreiten. Dies hindert aber nicht, ihn im Sinne des normativen Individualismus im Rahmen einer normativ-ethischen politischen Rechtfertigungstheorie als Individuum zu berücksichtigen. Der Vorwurf der Kommunitaristen, liberale Theoretiker gingen von einem „unencumbered self“,⁴⁵ einem „unsituierten Selbst“, aus, verkennt das spezifisch Normative politisch-ethischer Rechtfertigungen.

⁴⁴ Es gibt natürlich auch politische Verpflichtungen, die sich an nichtpolitische Gemeinschaften richten, etwa an Unternehmen, Kirchen oder Parteien. Aber diese politischen Verpflichtungen betreffen im Endeffekt immer auch die einzelnen Mitglieder dieser Gemeinschaften und sind insofern gegenüber diesen rechtfertigungsbedürftig. Der Steuerbescheid gegenüber einer Aktiengesellschaft muß nicht nur gegenüber dem Vorstand, sondern auch gegenüber den Aktionären und Arbeitnehmern als einzelnen ethisch gerechtfertigt werden.

⁴⁵ Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge 1982, S. 94.

Die Tatsache, daß die Individuen tatsächlich in nichtpolitischen oder politischen Gemeinschaften situiert sind, hindert nicht die Abstraktion von dieser Situierung und die Auszeichnung der Individuen als normativer Bezugspunkt einer ethischen Rechtfertigung. Es spricht auch nichts dagegen, die tatsächliche Situierung der Individuen in Gemeinschaften in die normative Rechtfertigung der politischen Entscheidung eingehen zu lassen. Dies darf aber nur vermittelt durch die Interessen der Individuen geschehen. Man darf zumindest dann nicht bei einer kollektiven Willensbildung der nichtpolitischen Gemeinschaft stehenbleiben, wenn diese nicht auf die Interessen ihrer Mitglieder Rücksicht nimmt. Im Zweifel haben die Interessen der Mitglieder einer nichtpolitischen Gemeinschaft Vorrang vor der nichtpolitischen Gemeinschaft als Ganzer.

Der normative Individualismus impliziert auch kein individualistisches *tatsächliches politisches* Handeln. Man könnte z. B. auf der Grundlage des normativen Individualismus unter bestimmten Voraussetzungen – etwa weit überlegener Effizienz und Achtung politischer Freiheiten – ohne weiteres eine kollektive Wirtschaftsordnung, etwa eine Zentralverwaltungswirtschaft, oder relativ starke Formen von Patriotismus propagieren. Nicht ausgeschlossen ist mit der Entscheidung für den normativen Individualismus schließlich die Schaffung *kollektiver Güter* und die Verwendung *kollektiver Begriffe*, wie etwa der Begriff des „Gemeinwohls“. In *letzter Instanz* müssen diese kollektiven Güter und Begriffe allerdings legitimatorisch auf die Interessen der betroffenen Individuen rückführbar sein. Im Falle eines Konflikts haben sie gegenüber den Interessen der Betroffenen keinen ultimativen *in*-trinsischen Wert.

Ist der normative Individualismus akzeptiert, dann kann die Prozedur keine übergeordnete Stellung und keinen Selbstzweck für sich beanspruchen. Sie muß von der primären Entscheidung für den normativen Individualismus und damit von den Interessen der betroffenen Individuen abhängig gedacht werden.

Bevor diese Abhängigkeit skizziert wird, soll zu Versuchen Stellung genommen werden, das Verhältnis umzukehren und die *Prozedur* der *materiellen* Bezugnahme auf die individuelle Zustimmung, Interessen, Belange etc. voroder zumindest gleichzuordnen.

IV. Kritik der Diskursethik

Derartige Versuche kann man in Deutschland seit Ende der 60er Jahre vor allem bei Vertretern der Diskursethik, also z. B. Karl-Otto Apel und Jürgen Habermas⁴⁶ lokalisieren.⁴⁷ Sie manifestieren sich bei Habermas außer in der

⁴⁶ Karl-Otto Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, in: ders., *Transformation der Philosophie* Bd. II, Frankfurt a. M. 1973, S. 358-435; ders., *Diskursethik vor der Pro-*

expliziten Forderung nach einer „prozeduralistischen Gerechtigkeitstheorie“⁴⁸ zum Beispiel in seiner Vorordnung des Prinzips D vor das Prinzip U:⁴⁹

D.: „Nur die Normen dürfen Gültigkeit beanspruchen, die in praktischen Diskursen die Zustimmung aller Betroffenen finden könnten.“

U.: „U besagt, daß eine Norm genau dann gültig ist, wenn die voraussichtlichen Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus ihrer allgemeinen Befolgung für die Interessenlagen und Wertorientierungen eines jeden voraussichtlich ergeben, von allen Betroffenen gemeinsam zwanglos akzeptiert werden könnten.“

D bezieht sich zwar auf die „Zustimmung der Betroffenen“, verlangt aber die Teilnahme an der Diskursprozedur. Da die Individuen ihre Interessen dem fiktiven Diskurs unterwerfen müssen und nicht die tatsächliche Zustimmung bzw. die tatsächlichen Interessen oder Belange entscheidend sind, sondern die *mögliche* Zustimmung, gewinnt der Diskurs offensichtlich

blematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?, in: ders. und Matthias Kettner (Hg.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. M. 1992, S. 29-61; ders., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M. 1990; Jürgen Habermas, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: ders.: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M. 1983, 1988³, S. 53-125; ders., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, in: ders., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M. 1983, 3. Aufl. 1988, S. 127-125-206; *Erläuterungen zur Diskursethik*, in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M. 1991, 1992², S. 119-226; ders., *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, in: *Kritische Justiz* 20 (1987), S. 1-16, v. a. S. 12f.; ders., *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 11-64; Wolfgang Kuhlmann, *Reflexive Letztbegründung. Untersuchungen zur Transzendentalpragmatik*, Frankfurt a. M. 1985; Robert Alexy, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M. 1995, S. 127-164.

⁴⁷ In den USA gibt es mit wesentlich geringerer Bedeutung seit Ende der 80er Jahre eine ähnliche „deliberative-democracy-Bewegung“. Vgl. Joshua Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in: Alan Hamlin und Philip Pettit, *The Good Polity*, Oxford 1989, S. 17-34. Aber Cohen wendet sich explizit gegen die Vorordnung der Prozedur vor materiale Entscheidungen, in: *Pluralism and Proceduralism*, *Chicago-Kent Law Review* 69 (1994), S. 589-618.

⁴⁸ Jürgen Habermas, *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, in: *Kritische Justiz* 20 (1987), S. 12.

⁴⁹ Jürgen Habermas, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: ders., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 59f. Habermas spricht hier vage davon, daß U durch D „inspiriert“ sei und daß D „vorerst nicht mehr als ein abduktiv gewonnener Vorschlag“ sei. Vgl. zum Ableitungsverhältnis von D und U auch: Jürgen Habermas, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: ders., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M. ³1988, S. 96f.; *Erläuterungen zur Diskursethik*, in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M. 1991, S. 134. Vgl. zu einer Kritik: Ernst Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt a. M. 1993, S. 168ff.; Peter Gril, *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie*, Berlin 1998, S. 91ff.

als Generationsprozedur für die Zustimmung eine mehr als nur instrumentelle Stellung gegenüber den diskursunabhängigen Interessen der Betroffenen.

Viele Autoren haben gegenüber der Diskursethik zu Recht darauf hingewiesen, daß aus der Idee eines idealen Diskurses oder Konsenses allein nichts Inhaltliches folgt – es sei denn, man hätte es schon vorher hineingelegt.⁵⁰ Allerdings ist demgegenüber zuzugeben, daß sich bei Habermas Aussagen wie die folgende finden:

„Mit D wird nicht schon unterstellt, daß eine Begründung moralischer Normen ohne ein substantielles Hintergrundeinverständnis überhaupt möglich ist.“⁵¹

Man fragt sich, ob das heißen soll, daß die normative Begründungslast auf dem „Hintergrundeinverständnis“ liegt – dann wäre die Vorordnung der Prozedur vor eine materiale Begründung zweifelhaft und das Signum „Diskursethik“ irreführend – oder ob das „Hintergrundeinverständnis“ nur eine notwendige, nicht normativ wirksame Bedingung für die normative Rechtfertigungskraft des Prinzips D bildet.⁵²

In jedem Fall erscheint es sinnvoll zu fragen, welche *Gründe* bzw. *Grundannahmen* sich bei Apel und Habermas finden, um den Diskurs und den idealen Konsens als wesentliche Elemente einer ethischen Rechtfertigung auszuzeichnen. Es mag dann dahingestellt bleiben, ob die normative Rechtfertigungslast auf dem Diskursprinzip D liegt oder auf diesen Gründen bzw. Grundannahmen. Dabei kann natürlich keine Vollständigkeit der Analyse des Werkes dieser beiden Denker beansprucht werden. Es wird nur um den Versuch einer Kritik einzelner Gründe bzw. Grundannahmen gehen.

Als Ausgangspunkt ihrer Argumentation taucht bei beiden Denkern immer wieder auf, daß theologische und metaphysische Rechtfertigungen nicht

⁵⁰ Peter Koller, *Jürgen Habermas über Moral, Staat und Politik*, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 52 (1998), S. 260f.; John Rawls, *Reply to Habermas*, in: ders., *Political Liberalism*, Cambridge 1996, S. 421-433; Sybille Tönnies, *Besprechung von Habermas' Faktizität und Geltung*, in: *Rechtstheorie* 24 (1993), S. 390f.; Ota Weinberger, *Diskursive Demokratie ohne Diskursphilosophie*, in: *Rechtstheorie* 27 (1996), S. 427-437. Vgl. zu einer Kritik an der transzendentalpragmatischen Fundierung der Diskursethik: Eric Hilgendorf, *Zur Transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln*, in: *Rechtstheorie* 27 (1995), S. 183-200; Gerhard Schönrich, *Bei Gelegenheit Diskurs*, Frankfurt a. M. 1994.

⁵¹ Jürgen Habermas, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 59.

⁵² Bei Karl-Otto Apel scheint mir dagegen der normativ-begründende Status des Diskurses nicht zweifelhaft zu sein. Vgl. ders., *Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?*, in: ders. und Matthias Kettner (Hg.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. M. 1992, S. 55.

mehr tragfähig sind.⁵³ Allerdings teilt die Diskursethik diesen Verzicht auf metaphysische Fundierungen mit vielen anderen Autoren der Gegenwart, etwa Günther Patzig⁵⁴ oder Dieter Birnbacher⁵⁵, die sich trotz einer ähnlichen Zurückweisung der Metaphysik nicht dazu veranlaßt sahen und sehen, Diskursethiker zu werden. Die Diskursethik stellt sich insofern nur als *eine mögliche* Reaktion auf den Verlust verallgemeinerbarer metaphysischer Gewißeheiten dar.

Auf dieser nachmetaphysischen Basis werden von Apel und Habermas zwei Grundannahmen gemacht, die offensichtlich wesentlich für die Auszeichnung des Diskurses als zentrales Rechtfertigungselement sind:

(1) die Annahme, zur Konstruktion einer ethischen Rechtfertigung bräuchten wir notwendig einen „gemeinsamen Bestand“,⁵⁶ etwas „Intersubjektives“, ein „ethisches Prinzip“, die „praktische Vernunft“⁵⁷ als Kollektivgut und dieser „gemeinsame Bestand“ sei nur noch in den formalen Kommunikationsbedingungen zu finden,

(2) die Annahme das Individuum sei als „vergesellschaftetes“ zu denken.⁵⁸

Ich will die erste These die „*Gemeinbestandsthese*“ und die zweite These die „*Vergesellschaftungsthese*“ nennen und nacheinander diskutieren.

(1) Die *Gemeinbestandsthese* taucht in rudimentärer Form schon im ersten, programmatischen Aufsatz Apels „*Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*“ Ende der 60er Jahre auf. Dort heißt es:

„Wenn es kein ethisches Prinzip gibt, das sowohl normativ verbindlich als auch intersubjektiv ist, dann vermag die ethische Verantwortung die private Sphäre grundsätzlich nicht zu transzendieren.“⁵⁹

⁵³ Karl-Otto Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M. 1990, S. 23; Jürgen Habermas, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 16, 58.

⁵⁴ Vgl. *Ethik ohne Metaphysik*, Göttingen 1971, ²1983.

⁵⁵ Vgl. *Verantwortung für zukünftige Generationen*, Stuttgart 1988.

⁵⁶ Jürgen Habermas, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 58.

⁵⁷ Ebenda, S. 46.

⁵⁸ Jürgen Habermas, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 43. ders., *Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G. H. Meads Theorie der Subjektivität*, in: ders., *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. M. 1988, S. 223f.

⁵⁹ Karl-Otto Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, in: ders., *Transformation der Philosophie*, Bd. II, Frankfurt a. M. 1973, S. 375.

In diesem Zitat bleibt noch offen, was unter „ethischem Prinzip“ zu verstehen ist, eine bloße Konstruktion zur Lösung von Konfliktlagen oder ein gemeinsamer Bestand. Aber die Forderung nach etwas „Intersubjektivem“ weist schon auf die zweite Alternative hin. Bei Habermas heißt es dann:

„Diese Idee zeigt den Ausweg aus jener Situation, wo die Beteiligten den ontotheologischen Rückhalt verloren haben und ihre normativen Orientierungen sozusagen ganz aus sich selber schöpfen müssen. Wie erwähnt, können die Beteiligten nur auf die *Gemeinsamkeiten* rekurrieren, über die sie *aktuell* bereits verfügen. Nach dem letzten Fehlschlag sind diese auf den Vorrat an formalen Eigenschaften der performativ geteilten Beratungssituation geschrumpft. Alle haben sich schließlich auf das kooperative Unternehmen einer praktischen Beratung schon eingelassen. Das ist eine ziemlich schmale Basis, aber die inhaltliche Neutralität dieses *gemeinsamen Bestandes* kann angesichts der Verlegenheit des weltanschaulichen Pluralismus auch eine Chance bedeuten“ [Hervorhebung von mir – DvdPf].⁶⁰

Apel und Habermas halten also zur Lösung ethischer Konflikte „Gemeinsamkeiten“ bzw. einen „gemeinsamen Bestand“ für notwendig, wobei ihnen angesichts der Pluralisierung der Wertvorstellungen und Lebensformen zur Gewinnung dieses „gemeinsamen Bestands“ nur noch die formalen Eigenschaften der performativen Beratungssituation zur Verfügung zu stehen scheinen. Man kann in dieser Suche nach einem „gemeinsamen Bestand“ ein eigenartiges quasi-substantielles Rudiment partiell metaphysischer Ethikvorstellungen, insbesondere der Hegelschen Ethik sehen, ein Rudiment, das auf merkwürdige Weise mit den prozeduralen Elementen und Ergebnissen der Theorie kontrastiert. Habermas versucht zwar generell in neuerer Zeit seine ethische Position immer näher an die Kantsche Ethik heranzuführen. So soll etwa der Kategorische Imperativ durch das Diskursprinzip eine „diskursethische Lesart“ erhalten.⁶¹ Ob aber Kant die praktische Vernunft als einen derartigen „gemeinsamen Bestand“ angesehen haben würde, kann man durchaus bezweifeln. Das „Sittengesetz in mir“ und das „Faktum der Vernunft“ finden sich zwar in allen rationalen Wesen in gleicher Form. Aber die Rede vom „gemeinsamen Bestand“ substantialisiert die Kantschen Denkbedingungen in nicht unproblematischer Weise. Der Versuch, die Bewußtseinsphilosophie intersubjektiv-kommunikativ zu ergänzen, schafft erst die Voraussetzungen für die Gemeinbestandsthese. Was ist von der Gemeinbestandsthese zu halten? Zunächst muß man klar zwischen einer *pragmatisch-soziopsychologisch-politologischen* und einer *normativ-*

⁶⁰ *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 58.

⁶¹ Ebenda, S. 49.

ethischen Lesart dieser These unterscheiden – eine Unterscheidung, die Habermas allerdings vor dem Hintergrund seines Versuchs einer Integration von Sozialtheorie und Ethik in *Faktizität und Geltung* verwirft⁶², die aber für eine normative Rechtfertigungstheorie wesentlich erscheint.

Im Hinblick auf die *pragmatisch-sozialpsychologisch-politologische* Lesart ist wohl kaum zu bezweifeln, daß sowohl die Etablierung einer Moral – also tatsächlicher kollektiver, nichtpositiver Verhaltensnormen⁶³ – als auch die Etablierung einer Rechtsordnung als Mittel derartiger gemeinsamer Bestände bedarf. Jede Verfassung ruht auf Bedingungen, die sie nicht selbst garantieren kann.⁶⁴ Verschiedene Autoren haben die „Zivilgesellschaft“ als einen derartigen gemeinsamen Bestand propagiert.⁶⁵ Die *pragmatische* Notwendigkeit derartiger gesellschaftlicher Gemeinsamkeiten kann wohl kaum zweifelhaft sein. Allerdings werden zu diesem pragmatisch-instrumentellen Zweck der tatsächlichen Stützung des politischen Systems und damit der wesentlichen Regelungen des positiven Rechts gemeinsame formale Kommunikationsbedingungen nicht genügen, denn auch Feinde und Bürgerkriegsparteien kommunizieren unter derartigen formalen Bedingungen. Man braucht zur tatsächlichen sozialpsychischen Stabilisierung der politischen Ordnung vielmehr stärkere gemeinsame soziale, kulturelle und historische Werthaltungen. Die *ethische* Lesart der Gemeinbestandstheorie fragt nun aber nicht nach dem *pragmatisch-instrumentell* Notwendigen, sondern nach dem *ethisch* Notwendigen und Gerechtfertigten. In Frage steht, ob man einen „gemeinsamen Bestand“ notwendig braucht, um in ethischen Konfliktlagen eine gerechte Lösung zu erreichen. Die Diskursethik bejaht dies, weil sie offensichtlich davon ausgeht, daß die Lösung derartiger Konfliktlagen quasi-substantiell aus etwas anderem geschöpft werden muß, etwa nach dem Motto: „wo nichts war, kann auch nichts werden“. Aus den subjektiven Interessen der beteiligten Individuen kann die Lösung aber nicht kommen, weil diese Interessen sich antagonistisch gegenüberstehen und lediglich „privater“ Natur sind. Meine These ist demgegenüber, daß man einen derartigen quasi-substantiellen, „gemeinsamen Bestand“ zwar *pragmatisch-sozialpsychologisch*, nicht aber *normativ-ethisch* braucht. Die ethische Lösung einer Konfliktlage

⁶² Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 19ff.

⁶³ Ich verwende die Termini „Moral“ und „Ethik“ gemäß dem überwiegenden Gebrauch in der ethischen Diskussion, nicht wie Habermas mit Bezug auf das Unterscheidungskriterium der Allgemeinheit.

⁶⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M. 1991, S. 91.

⁶⁵ Vgl. Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, Paris 1992, IV 8, S. 158ff. Dt.: *Gesellschaftsvertrag* Stuttgart 1977, S. 140ff.; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 443ff.; Julian Nida-Rümelin, *Zur Philosophie einer globalen Zivilgesellschaft*, in: Christine Chwaszcza/Wolfgang Kersting, *Politische Philosophie der Internationalen Beziehungen*, Frankfurt a. M. 1998, S. 223-243; ders., *Der zivile Staat*, in: Andreas Luckner (Hg.), *Dissens und Freiheit – Kolloquium Politische Philosophie*, Leipzig 1995, S. 21-32.

zwischen Individuen fließt nicht aus etwas anderem Gemeinsamen, sondern aus den Interessen der Individuen und den Bedingungen der Konfliktsituation,⁶⁶ vergleichbar einem mathematischen Ergebnis, das sich aus den einzelnen Elementen im Zusammenspiel mit den mathematischen Regeln ergibt – nur wie wir seit Aristoteles wissen⁶⁷ weniger exakt. Man mag fragen, wie eine derartige Lösung möglich ist, wenn die Beteiligten ausschließlich subjektive und antagonistische Interessen haben? Aber es ist ein verhängnisvoller Trugschluß, zu glauben, weil die *Ausgangselemente* eines Relationierungsproblems beliebig sind, könne es keine definitive *Lösung* für dieses Relationierungsproblem geben. Man denke sich als Beispiel einen zweidimensionalen euklidischen Raum und situiere darin in beliebiger Stellung zwei nichtparallele Geraden. Trotz der beliebigen Situierung der Geraden in diesem Raum können wir mit absoluter Sicherheit den einzigen, eindeutig bestimmbaren Punkt feststellen, in dem sie sich schneiden.

Ähnliches gilt nun im Prinzip auch für ethische Konfliktslagen. Man denke sich als ein auf das Wesentliche reduziertes Beispiel zwei Menschen unterschiedlicher Sprache, die halb verhungert zur gleichen Zeit den einzigen Feigenbaum in einer verlassenen Oase erreichen. Ohne daß sie ein einziges Wort zueinander sagen, beginnen sie von den Früchten des Baumes zu essen. Zur Lösung des ethischen Problems, wieviel jeder von den Früchten essen darf, sollte man sich folgendes vergegenwärtigen: Jeder von beiden hat ein Interesse an den Feigen. Vernachlässigt man Zusatzbedingungen, die die Lösung möglicherweise verkomplizieren würden, wie unterschiedliches Gewicht, größeren Hunger etc., so hat keiner von beiden einen guten oder besseren Grund, einen größeren Anteil an den Feigen zu erhalten als der andere. Die Menge der Feigen muß also in zwei gleich große Hälften geteilt werden. Inwiefern die Beteiligten in dieser ethischen Konfliktslage zur Lösung dieses Verteilungsproblems einen „gemeinsamen Bestand“ und die Bezugnahme auf gemeinsame formale Kommunikationsbedingungen bräuchten, ist nicht ersichtlich. Auch ohne die Annahme eines gemeinsamen Bestands oder eines Diskurses zwischen den Betroffenen könnte ein dritter Beobachter die gerechte ethische Konfliktlösung finden. Daher erscheint weder die Gemeinbestandsthese plausibel, noch die auf ihr aufbauende These, dieser gemeinsame Bestand bestünde nurmehr in den Diskursbedingungen.

Betont werden muß, daß bei ethischen Konflikten zwischen Menschen in einer Gesellschaft natürlich, im Gegensatz zu unserem reduktiven Beispiel, gemeinschaftliche Bindungen und Verpflichtungen eine Rolle spielen *können*. Würde in unserem Beispiel etwa eine Vereinbarung zwischen beiden Hungernden existieren, die einem der beiden den Vorrang bei der Feigenernte

⁶⁶ Damit ist noch nichts über die pragmatische Frage gesagt, wie die Individuen motiviert werden, eine ethische gerechte Konfliktlösung auch zu verwirklichen.

⁶⁷ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, 1094b.

einräumte, so wäre diese Vereinbarung als „gemeinsamer Bestand“ ethisch relevant. Man muß aber klar zwischen der nicht gerechtfertigten Annahme der *generellen* Notwendigkeit eines gemeinsamen Bestands und dem *kontingenten* Vorhandensein eines derartigen Bestands in einzelnen Fällen unterscheiden.

Weiterhin kann das tatsächliche Gespräch ohne Zweifel als Mittel zur Aufklärung der je individuellen Belange wichtig sein. Es soll auch nicht bestritten werden, daß zur Lösung *einiger* Kooperationsfragen – v.a. wenn es um die Schaffung gemeinsamer Projekte geht – eine tatsächliche Vereinbarung benötigt wird. Aber all dies verpflichtet nicht, den gemeinsamen Bestand des Diskurses als eigenständiges, nichtinstrumentelles, übergeordnetes ethisches Rechtfertigungselement auszuzeichnen und die Bezugnahme der Rechtfertigungsrelation auf die Individuen dieser Auszeichnung des Diskurses unter- oder gleichzuordnen.

Zu erwähnen bleibt noch, daß die Zurückweisung der Gemeinbestandsthe-se nicht dazu verpflichtet, eine libertär-individualistische Position einzunehmen, etwa dergestalt, daß die tatsächliche empirische Interessenkoordination entscheiden soll oder nur noch strategisch-instrumentelles Handeln angenommen werden kann, wie bei Nozick, Buchanan oder Gauthier.

(2) Die *Vergesellschaftungsthe-se* geht davon aus, daß die Individuen – so Habermas – „einzig auf dem Wege der Vergesellschaftung individuiert“ werden⁶⁸. Diese These hat zwei Varianten: die *Kommunikationsthe-se* und die *Anerkennungsthe-se*. Nach der Kommunikationsthe-se kann die Urteils- und Willensbildung und die Handlungskoordination nicht ohne die „transzendental-logische Voraussetzung einer Kommunikationsgemeinschaft“ verstanden werden.⁶⁹ Die Sprache wird zur „primären Quelle der sozialen Integration“.⁷⁰ Nach der Anerkennungsthe-se⁷¹ ist die Anerkennung durch andere

⁶⁸ Jürgen Habermas, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 57; ders., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 107; ders., *Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G. H. Meads Theorie der Subjektivität*, in: ders., *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. M. 1988, S. 187-241, 223f. Vgl. Karl-Otto Apel, *Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?*, in: ders. und Matthias Kettner (Hg.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. M. 1992, S. 50.

⁶⁹ Karl-Otto Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, in: ders., *Transformation der Philosophie*, Bd. II, Frankfurt a. M. 1973, S. 375, Fn 26.

⁷⁰ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 34.

⁷¹ Axel Honneth, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt a. M. 1992, S. 277f: „... intersubjektive(n) Struktur der persönlichen Identität: Die Individuen werden als Personen allein dadurch konstituiert, daß sie sich aus der Perspektive zustimmender oder ermutigender Anderer auf sich selbst als Wesen zu beziehen lernen, denen bestimmte Eigenschaften und Fähigkeiten positiv zukommen.“ Jürgen Habermas, *Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G. H. Meads Theorie der Subjektivität*, in: ders., *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. M. 1988, S. 209,

für die „eigene“ Identität und damit auch für den Aufbau von Gesellschaft und politischer Gemeinschaft konstitutiv. Die Anerkennungsthese ist soweit ersichtlich nicht nur auf die Beschreibung der individualpsychologischen Entwicklung beschränkt, sondern sie bestimmt auch die Bedingungen ethischer Legitimität von Politik und Recht. Für Habermas gilt:

„Die Kommunikationsvoraussetzungen, unter denen jene Parteien ihre Vereinbarungen treffen, erklären einen moralischen Gesichtspunkt, der nicht zum Privileg einer bestimmten Kultur gehört, sondern tiefer, und zwar letztlich in den Symmetrien gegenseitiger Anerkennung kommunikativ handelnder Subjekte überhaupt verankert ist.“⁷²

„Immerhin erinnert Raiser an den durch individualistische Lesarten unkenntlich gewordenen Sinn der subjektiven Rechte. Diese beruhen nämlich auf der reziproken Anerkennung kooperierender Rechtssubjekte.“⁷³

„Eine additive Hinzufügung von Sozialrechten genügt nicht, um jene intersubjektive Struktur von Anerkennungsverhältnissen deutlich zu machen, die der Rechtsordnung als solcher zugrundeliegt.“⁷⁴

Umgekehrt geschieht Selbstfindung durch Anerkennung mit Hilfe des Diskurses:

„Auch diesmal findet das Ich zu sich nur auf dem Umweg über andere, über den kontrafaktisch unterstellten universellen Diskurs.“⁷⁵

Nicht bezweifelbar an diesen Thesen ist wiederum der Verzicht auf einen metaphysischen Ausgangspunkt zur Konstruktion einer allgemein akzeptierbaren Ethik. Der Mensch kann auf einer wissenschaftlich-säkularen Grundlage nicht mehr als *res cogitans* wie bei Descartes oder als *homo noume-*

225ff.; ders., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 33, 86, 107; ders., *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M. 1996, S. 57; ders., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 116. Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 1994, 1996, S. 413ff., passim. – Ich werde nicht versuchen, verschiedene Nuancierungen in den Positionen dieser Vertreter der „Frankfurter Schule“ herauszupräparieren.

⁷² Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 86.

⁷³ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 116.

⁷⁴ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 117.

⁷⁵ Jürgen Habermas, *Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G. H. Meads Theorie der Subjektivität*, in: ders., *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. M. 1988, S. 227.

non wie bei Kant qualifiziert werden. Sprachliche Kommunikation und Anerkennung durch andere spielen bei der Individualisierung eine wesentliche Rolle.

Überzogen erscheint es aber, diese gesellschaftlichen Konstitutionsbedingungen des Selbst in seltsamer Reminiszenz an die alten metaphysischen Auffassungen absolut und permanent zu setzen⁷⁶ und den Individuen im Wege einer antiindividualistischen und antiaufklärerischen Überreaktion neben einer metaphysisch fundierten Individualität auch jede allmähliche relative und graduelle empirisch-psychologische Eigenkonstitution der Individualisierung abzusprechen, die sich vom frühkindlichen Ausgangspunkt der Anerkennung durch andere emanzipiert und dann Grundlage einer nicht ausschließlich vergesellschafteten normativ-individualistischen Rechtfertigung politischer Entscheidungen ist.

In einer pluralen Gesellschaft sind auch die Kommunikations- und Anerkennungsbedingungen plural und widersprüchlich geworden. Jugendliche erhalten etwa für gewisse Verhaltensweisen – z. B. die Beschallung ihrer Umwelt mit sog. Ghattoblustern – bei ihren Altersgenossen als eigenständige Individuen Anerkennung, während Erwachsene ihnen dafür die Anerkennung versagen, weil sie in derartigen Verhaltensweisen nur eine Fernsteuerung der Musikindustrie zu erkennen glauben. Angesichts dieser Pluralität von Kommunikations- und Anerkennungsbedingungen besteht eine wesentliche Voraussetzung der Adoleszenz darin, sich distanzierend und wertend gegenüber den Wertungen der gesellschaftlichen Umwelt zu verhalten und sich einen eigenen Standpunkt gegenüber der Pluralität gesellschaftlicher Kommunikations- und Anerkennungsmuster aufzubauen. Wir setzen bei einem reifen und erwachsenen Menschen gerade voraus, daß er Selbstbewußtsein und Selbstwertgefühl entwickelt und nicht mehr vollständig oder auch nur überwiegend von der Anerkennung und den Kommunikationsformen einzelner anderer abhängt. Wir erwarten, daß er die Anerkennungs- und Kommunikationsmuster anderer seinerseits kritisch beurteilen kann. Die Vertiefung der kommunikativen Kompetenz geht im übrigen gerade über die Grundlage der bloß formalpragmatischen Kommunikationsbedingungen hinaus und ermöglicht die Schaffung neuer Worte und

⁷⁶ Jürgen Habermas, *Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G. H. Meads Theorie der Subjektivität*, in: ders., *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. M. 1988, S. 209: „Das Selbst des ethischen Selbstverständnisses ist auf die Anerkennung durch Adressaten angewiesen, weil es sich als Antwort auf die Zumutungen eines Gegenübers allererst herausbildet. Weil mir die anderen Zurechnungsfähigkeit unterstellen, mache ich mich nach und nach zu dem, der ich im Zusammenleben mit den anderen geworden bin. Das Ich, das mir in meinem Selbstbewußtsein als das schlechthin Eigene gegeben zu sein scheint, kann ich nicht allein aus eigener Kraft, gleichsam für mich allein, aufrechterhalten - es „gehört“ mir nicht. Dieses Ich behält vielmehr einen intersubjektiven Kern, weil der Prozeß der Individuierung, aus dem es hervorgeht, durch das Netzwerk sprachlich vermittelter Interaktionen hindurchläuft.“

die Formulierung neuer Sachverhalte um sich kritisch auf das gesellschaftlich Hergebrachte beziehen.

Wenn jemand wie ein Pawlowscher Hund im Reiz-Reaktionsschema auf Anerkennung und gesellschaftliche Kommunikationsmuster reagiert, dann hat er eine wesentliche Bedingung des Erwachsenseins nicht verwirklicht. Es mag sein, daß die Medientotalisierung unserer Gesellschaft weiter fortschreitet, so daß in Zukunft einzelne nur noch über die medialen Anerkennungsbedingungen konstituiert werden. Aber diese spezifische, historische, antiaufklärerische Gesellschaftsform zur Grundlage einer Überzeitlichkeit und Allgemeinheit beanspruchenden ethischen Rechtfertigung zu nehmen, erscheint zweifelhaft.

Im übrigen unterschlägt die Vergesellschaftungsthese den zentralen Unterschied zwischen einzelnen gesellschaftlichen Formationsumgebungen – Familie, Arbeitsplatz, Gewerkschaft, Vereine etc. – und der politischen Gemeinschaft. *Die* eine „Gesellschaft“ ist sowieso eine eher irreführende soziologische Begriffsprägung. Denn selbst wenn es zuträfe, daß die Menschen durch die einzelnen gesellschaftlichen Formationen individualisiert würden, schliesse das nicht aus, daß sie als Individuen die Entscheidungen der politischen Gemeinschaft bestimmen. Die Annahme, die Politik sei faktisch ein gesellschaftliches Subsystem, hindert den Sozialwissenschaftler, im Rahmen einer normativen Rechtfertigung klar zwischen gesellschaftlicher Formation und normativer Rechtfertigungsrelation zu unterscheiden.

Ein Vertreter der Vergesellschaftungstheorie könnte nun – mich nicht überzeugend – einwenden, die Vorstellung einer autochthonen Selbstbestimmung und Selbstwerdung des Individuums sei ihrerseits als empirisch-psychologische Vorstellung Selbsttäuschung und hohles Residuum eines Bildungsromanideals des 18. Jahrhunderts. Gesetzt den Fall, dieser Einwand träfe zu, dann bliebe doch als von allen empirisch arbeitenden Sozialpsychologen und Soziologen bestätigtes Phänomen die Tatsache der zunehmenden Individualisierung der westlichen Gesellschaften,⁷⁷ die sich übrigens auch im Recht niedergeschlagen hat,⁷⁸ verbunden mit einem Selbstverständnis der Menschen, das sich in der Inflationierung von Vokabeln wie „Selbstsuche“, „Selbstentfaltung“ und „Selbstverwirklichung“ ausdrückt. Auch wenn man mit der Diskursethik der Ansicht wäre, daß sich in diesem individualistischen Selbstverständnis nur ein Irrtum über ihre Vergesellschaftung manifestiere, bleibt als Faktum die Vorstellung der Menschen, daß sie als Individuen selbständig über die Bedingungen, unter denen über sie Herrschaft ausgeübt wird, entscheiden können und entscheiden wollen. Dies genügt dem normativen Individualismus als Basis. Irgendwelche metaphysi-

⁷⁷ Hans van der Loo, Willem van Reijen, *Modernisierung. Projekt und Paradox*, München 1992.

⁷⁸ Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Das Bild vom Menschen in der heutigen Rechtsordnung*, in: ders.: *Recht, Staat, Freiheit Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a. M. 1991, S. 58-66.

schen Annahmen über ein individuell konstituiertes Selbstbewußtsein, Autonomie oder Willensfreiheit sind nicht erforderlich. Der normative Individualismus versucht die Menschen nicht davon zu überzeugen, daß sie im Hinblick auf die autochthonen Formationsbedingungen ihres individualistischen Selbstverständnisses im Irrtum sind, sondern nimmt dieses Selbstverständnis ernst, etwa indem er den Individuen gestattet, nicht von vornherein alles dem Diskurs mit anderen und damit der Zustimmungspflichtigkeit durch andere zu unterwerfen. Welchen guten Grund gibt es etwa, daß alle einen Diskurs darüber abhalten und mitentscheiden sollen, welche Interessen in den politischen Kompromißbildungsprozeß eingehen sollen?

Man kann zusammenfassen: Selbst wenn man die psychologische These akzeptiert, daß für die kindliche Entwicklung gesellschaftliche Kommunikations- und Anerkennungsmuster wesentlich sind, so sprechen doch drei Einwände dagegen, deshalb den Diskurs den individuellen Interessen im Rahmen einer normativ-ethischen Rechtfertigung politischer Entscheidungen vor- oder auch nur gleichzuordnen: (1) Die Adoleszenzentwicklung des einzelnen ist durch die Gewinnung eines distanzierenden und wertenden Verhältnisses gegenüber diesen Vergesellschaftungsbedingungen gekennzeichnet.⁷⁹ Das Selbst ist nicht „durch und durch gesellschaftlich konstituiert“⁸⁰. (2) Zwischen den Formationen durch einzelne gesellschaftliche Umgebungen und der Relation Individuum-politische Gemeinschaft muß klar unterschieden werden. (3) Ausschlaggebend für die normativ-ethische Rechtfertigung politischer Entscheidungen ist das Selbstverständnis der Betroffenen, mag dies auch idealisierend sein.

Die Ablehnung von Diskursprinzip und Prozedur als oberste, ethische Entscheidungskriterien schließt diese aber natürlich nicht als wesentliches Mittel zur Verwirklichung des normativen Individualismus und zur Verbesserung tatsächlicher ethischer, politischer und juridischer Entscheidungen aus, etwa im Wege rechtlicher Verfahrensordnungen. Die material *abhängige* Prozedur ist gerechtfertigt, nicht aber die material *unabhängige*.

Nach dieser Kritik der Vorordnung der Prozedur gegenüber der materialen Rechtfertigung des normativen Individualismus sollen zum Abschluß kurz einige weitere inhaltliche Thesen zur Entfaltung einer normativ-individualistischen Rechtfertigung skizziert werden. Dies dient nicht zuletzt dazu, den Einwand zu entkräften, die hier vertretene Nachordnung der Prozedur gegenüber der materialen Rechtfertigung bleibe bloßes Postulat.

⁷⁹ Es gibt allerdings einzelne gesellschaftliche Lebensbereiche, die wenig objektivierbare Selbstbestätigung erlauben und den einzelnen beständig in einer relativen Abhängigkeit von ihren Anerkennungsmustern zu halten versuchen, was vereinzelt zu psychischen Friktionen und Retardierungen führt: z. B. Politik und Wissenschaft.

⁸⁰ So aber Jürgen Habermas, *Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G. H. Meads Theorie der Subjektivität*, in: ders., *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. M. 1988, S. 223.

V. Die Entfaltung des normativen Individualismus in der Dreizonentheorie politischer Gerechtigkeit

Hat man die Grundthese des normativen Individualismus, jede politische Entscheidung könne ihre letzte Rechtfertigung nur in den Interessen (im weiteren Sinne) der von der jeweiligen Entscheidung betroffenen Menschen finden, akzeptiert, stellt sich die Frage, *wie* die Zustimmung, die manifesten Interessen oder die individuell oder generell vermutbaren Belange⁸¹ der betroffenen Menschen zur Rechtfertigung bzw. Beeinflussung der politischen Entscheidungen herangezogen werden müssen. Die Antwort kann keine einfache sein. Sondern es kommt darauf an, um welche Art von Interessen es sich handelt. Die *Art und Weise* der Berücksichtigung der individuellen Interessen kann nach der Position des normativen Individualismus nur von der *Art* dieser Interessen der Individuen abhängen. Der große Irrtum vieler politischer Theorien, etwa des Utilitarismus oder der collective-choice-Theorie besteht darin, eine einzige uniforme Aggregationstheorie für alle Interessen und Belange anzunehmen.

Geht man mit der normativ-individualistischen Grundthese davon aus, daß ausschließlich die Individuen mit ihren Interessen und Belangen politische Gemeinschaftsentscheidungen legitimieren können, dann gibt es nur drei normativ-rechtfertigende Relationsmöglichkeiten (die allerdings miteinander kombiniert werden können):

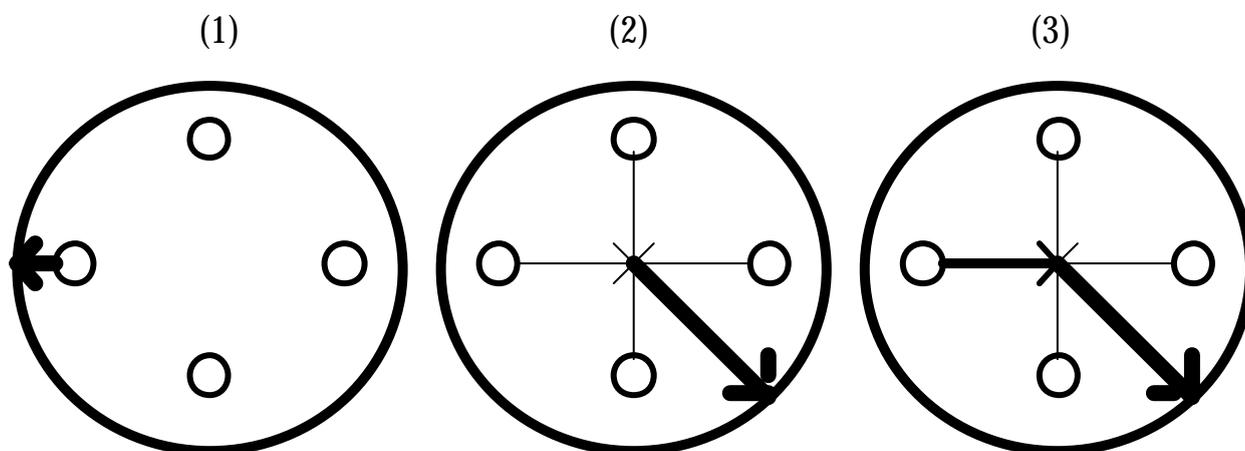
- (1) Jedes *einzelne* Individualinteresse einer Person rechtfertigt per se die Gemeinschaftsentscheidung. Dies ist bei einer Mehrheit von Individuen nur möglich, falls sich die Rechtfertigung jeweils auf einen Umgebungsbereich der einzelnen Individuen beschränkt, also zum Beispiel: das Interesse *jedes* einzelnen Individuums an *seinem eigenen* Leben.
- (2) Alle Individualinteressen rechtfertigen zusammen in *gleicher* Weise die Gemeinschaftsentscheidung.
- (3) Alle Individualinteressen rechtfertigen zusammen die Gemeinschaftsentscheidung, aber *nicht* in gleicher Weise. Eine Person oder mehrere Personen haben bei dieser Alternative also ein Übergewicht bei der Entscheidungsrechtfertigung.

Folgendes Schaubild soll die drei Relationsmöglichkeiten verdeutlichen.⁸² Dabei symbolisieren kleine Kreise die Individuen und ihre Interessen, große

⁸¹ Ich verstehe diese Termini nicht egoistisch verengt. Es kann sich auch um Strebungen im Interesse von Familienangehörigen oder anderen Menschen oder um politische Ideale handeln.

⁸² Schaubild (3) stellt natürlich nur eine mögliche Variante der dritten Alternative dar.

Kreise die politische Entscheidung und Pfeile die Rechtfertigungsrelationen, wobei die Dicke der Pfeile das Gewicht bei der Entscheidungsrechtfertigung verdeutlichen soll.



Da nur diese drei Typen einer Rechtfertigungsrelation zwischen individuellen Interessen und politischen Entscheidungen möglich sind, ist eine politische Entscheidung dann gerecht, wenn zwischen diesen drei Typen einer Rechtfertigung politischer Entscheidungen durch Individualinteressen eine gerechte Auswahl getroffen wird. Aber nach welchem Kriterium soll man auswählen? Zur Beantwortung muß man sich klar machen, daß das entscheidende Auswahlkriterium sich wegen der materialen normativ-individualistischen Grundlage wiederum *nur* aus der Zustimmung, den Interessen oder Belangen der Individuen ergeben kann, denn der politischen Gemeinschaft als solcher oder einer Prozedur in ihr kommt ja kein intrinsischer Wert zu.

Analysiert man die Interessen der Individuen, so kann man feststellen, daß diese Interessen in unterschiedlichem Maße von der politischen Gemeinschaft abhängen. Dann erscheint es aber gerecht, den Individuen hinsichtlich der Interessen, die weniger stark – oder sogar gar nicht – von der politischen Gemeinschaft abhängen, ein größeres Bestimmungsrecht einzuräumen, hinsichtlich der Interessen, die stärker von der politischen Gemeinschaft abhängen, dagegen ein geringeres Bestimmungsrecht. Zentraler Entscheidungsmaßstab muß deshalb die *Individual- bzw. Gemeinschaftsbezogenheit*⁸³ der in Frage stehenden Individualinteressen sein. Ob es sich, um ein Beispiel anzuführen, um ein Interesse an der körperlichen Unversehrtheit oder um ein Interesse an dem Bau öffentlicher Verkehrsmittel handelt, begründet einen wesentlichen Unterschied. Das entsprechende normative Prinzip soll

⁸³ Gemeint ist hier jeweils nur die *politische* Gemeinschaft, nicht andere Gemeinschaften wie die Familie etc.

Prinzip der relativen Individual- bzw. Gemeinschaftsbezogenheit der Individualinteressen heißen. Es lautet:

Je stärker das Interesse eines Menschen von der politischen Gemeinschaft abhängt, desto eher darf diese entscheiden.

Dieses Prinzip mag auf den ersten Blick sehr formal und fremdartig wirken. Aber es transformiert lediglich ein Prinzip auf eine politisch-legitimatorische Ebene und damit auf die rechtfertigenden Interessen der Bürger, das wir täglich anwenden, nämlich das *Prinzip der Urheber- bzw. Erhalterlegitimität*:

Wer etwas hervorgebracht hat und /oder erhält, darf auch darüber entscheiden – oder zumindest mitentscheiden – was damit geschieht.⁸⁴

Warum ist die Zuordnung der Entscheidungslegitimität zu demjenigen, der etwas hervorgebracht hat oder erhält, gerecht? Die Antwort stützt sich auf eine Art Beweislastumkehr: Es gibt keinen Grund für eine Entscheidung durch jemand anderen. Wer etwas hervorgebracht hat oder erhält, steht in einem engen natürlichen Beziehungsverhältnis zu dem Hervorgebrachten oder Erhaltenen. Unter der Voraussetzung, daß die Hervorbringung oder Erhaltung nicht unrechtmäßig war, ist der bestehende Zustand ethisch nicht zu beanstanden. Dann bedarf aber jede Beeinträchtigung dieses Zustands ihrerseits der ethischen Rechtfertigung, denn warum sollte jemand befugt sein, einen ethisch nicht zu beanstandenden Zustand gegen den Willen des Betroffenen zu ändern?

Das Prinzip der Urheber- bzw. Erhalterlegitimität konkretisiert ein noch abstrakteres ethisches Prinzip, das man als *Prinzip der Betroffenenlegitimität* oder *Autonomieprinzip* bezeichnen könnte:

Jeder einzelne Mensch darf über das, was ihn betrifft, selbst entscheiden.

Dieses Prinzip und das am Anfang unserer Überlegungen definierte politisch-ethische Prinzip des normativen Individualismus, wonach alle politischen Entscheidungen auf die betroffenen Individuen zurückgeführt wer-

⁸⁴ Sind Hervorbringender und Erhaltender (bzw. Unterhaltender) nicht identisch, kann es zu Konflikten kommen, die gelöst werden müssen. Im Zivilrecht muß zum Beispiel geklärt werden, ob der Eigentümer einer Sache dem Besitzer Aufwendungen auf die Sache erstatten muß etc.

den müssen, sind Spezifizierungen eines allgemeinen normativen Individualismus, wonach letzter Zurechnungspunkt normativ-ethischer Handlungsreglementierung die von einer Handlung betroffenen Individuen sind.

Aus den drei divergenten Aggregationsmöglichkeiten individueller Interessen ergibt sich die Differenzierung in drei Zonen politischer Gerechtigkeit, die als ethische Konstruktionselemente dienen. Ich nenne diese drei Zonen Individualzone, Relativzone und Sozialzone. Jedes Interesse eines Menschen in einer politischen Gemeinschaft fällt in eine dieser drei Zonen und wird dort in divergenter Weise mit den Interessen der anderen Menschen in dieser politischen Gemeinschaft zusammengefaßt. Für Details und die Auseinandersetzung mit Einwänden fehlt hier der Raum. Ich muß dazu auf anderweitige Veröffentlichungen verweisen.⁸⁵

⁸⁵ Vgl. zu einer ersten vorläufigen Darstellung: Dietmar von der Pfordten, *Vorüberlegungen zu einer Dreizonentheorie politischer Gerechtigkeit*, in: Peter Koller und Klaus Puhl (Hg.), *Current Issues in Political Philosophy: Justice in Society and World Order*. Wien 1997, S. 94-98. Eine ausführlichere Entfaltung wird sich in meiner demnächst erscheinenden Habilitationsschrift *Rechtsethik* finden.