

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE
SITZUNGSBERICHTE · JAHRGANG 1989, HEFT 7

ARTHUR KAUFMANN

Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit

Vorgetragen in der Gesamtsitzung
der Philosophisch-Historischen und der
Mathematisch-Naturwissenschaftlichen Klasse
am 17. Februar 1989

MÜNCHEN 1989
VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
In Kommission bei der C. H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung München

ISSN 0342-5991
ISBN 3 7696 1555 7

© Bayerische Akademie der Wissenschaften München, 1989
Druck der C.H.Beck'schen Buchdruckerei Nördlingen
Printed in Germany

Kazimierz Opalek
zu seinem 70. Geburtstag
verehrungsvoll zugeeignet

1. Vorbemerkung

Die Kernfrage aller Rechtsphilosophie ist von jeher die: Was sind, unabhängig von jedweder bestimmten positiven Setzung, Recht und Unrecht und wie unterscheiden sie sich voneinander? Gewiß ist nicht jedes rechtsphilosophische Bemühen auf diese Kernfrage gerichtet. Es gibt Zweige der Rechtsphilosophie – man nennt sie heute meist „Rechtstheorie“ –, die sich mehr mit den formalen Eigenschaften und Strukturen des Rechts beschäftigen, wie z. B. die Analytische Rechtstheorie oder die Normentheorie. Es wäre töricht, sie als formalistisch oder rein technisch-rationalistisch abzutun, wie das heute gewisse irrationale Strömungen im Umkreis der Postmoderne tun. Aber es ist gewiß richtig, daß solche formalen Rechtstheorien nicht um ihrer selbst willen betrieben werden dürfen, denn sonst trifft der Vorwurf, den man ihnen macht, zu, daß sie nämlich keine Antworten auf die „eigentlichen Fragen“ haben¹. Zumindest mittelbar müssen auch sie einen Beitrag zur Bewältigung der großen Aufgabe leisten, das Recht vom Unrecht zu scheiden. Sie sollten sich als das verstehen, als was sie schon Gustav Radbruch gekennzeichnet hat: „ein ungemein verdienstvoller Vorbau zu jeder möglichen Rechtsphilosophie, aber nicht das Gebäude selber“².

Im folgenden soll vom Recht selber die Rede sein, vom „richtigen Recht“ (was immer das sei), also letzten Endes von der Gerechtigkeit. Es geht, etwas nüchterner ausgedrückt, um die Frage nach der Wahrheit normativer Sätze bzw. um ihre Richtigkeit, wenn man sich an die heute übliche Terminologie hält und von wahr-unwahr nur im Bereich empirischer Aussagen (bei theoretischen Diskursen) spricht,

¹ Vgl. etwa P. Koslowski, Die postmoderne Kultur; Gesellschaftlich-kulturelle Konsequenzen der technischen Entwicklung, 1987, bes. S. 12ff. Sodann auch A. Kaufmann, Recht und Rationalität, in: Rechtsstaat und Menschenwürde; Festschrift für Werner Maihofer, 1988, S. 11ff.; derselbe, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 1989, bes. S. 4ff.

² G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 113.

bei normativen Aussagen (bei praktischen Diskursen) dagegen von richtig-unrichtig. Ich werde im folgenden aber keinen allzu strengen Gebrauch von dieser Unterscheidung machen.

Zur Vorabklärung sei noch gesagt, daß ich weder der klassischen Naturrechtslehre folge, wonach sich richtige Normen ebenso begründen lassen wie wahre Tatsachenaussagen, noch aber auch der Auffassung von Nominalismus und Empirismus, denen zufolge normative Aussagen überhaupt nicht wahrheitsfähig sind. Einerseits leuchtet mir nicht ein, daß, wie z. B. Richard M. Hare meint, die Universalisierung von normativen Aussagen wie „a ist gut“ im gleichen Sinne möglich sei wie die von deskriptiven Aussagen der Art „a ist rot“³. Andererseits halte ich dafür, daß es auch im normativen Bereich Kriterien der Evidierung, Einsichtigmachung und vor allem auch der Falsifizierung gibt, die es erlauben, hier von wahren Erkenntnissen zu sprechen. Allerdings wird es in Fragen des Normativen selten solche Argumente geben, die eine einzige Lösung als die allein richtige erweisen (das ist übrigens auch in der modernen Physik vielfach so). Der Jurist ist daran gewöhnt, daß es oft mehrere „vertretbare“ Lösungen gibt, und die zeitgenössische Rechtstheorie macht nur noch einen kleinen Schritt, wenn sie darlegt, daß es in der Welt des Normativen mehrere richtige Antworten geben kann, wiewohl sie voneinander abweichen (nur am Rande sei vermerkt, daß diese Auffassung nicht identisch mit dem rechtsphilosophischen oder werttheoretischen Relativismus ist, für den es beim Werthafte überhaupt keine Erkenntnisse gibt). Weil es beim Normativen, wie gesagt, sehr oft nicht die eine und einzig richtige Antwort gibt, gebraucht man hier auch nicht die logischen Modalitäten wie „unmöglich“, „notwendig“, „zwingend“, sondern vorzugsweise solche wie „plausibel“, „stimmig“, „triftig“. Wenn ein logischer Schluß notwendig ist, kann es keinen anderen auch möglichen Schluß daneben geben. Aber „plausibel“ können mehrere verschiedene Rechtsaussagen zu derselben Frage gleichermaßen sein (freilich nicht bei direkter Gegensätzlichkeit)⁴.

³ R. M. Hare, *Die Sprache der Moral*, 1983, S. 139ff., 144ff.

⁴ Näher dazu A. Kaufmann, *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft; Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986), 425ff.

2. Grundlagen der prozeduralen Theorien

2.1. Die Abkehr vom Subjekt-Objekt-Schema in der Erkenntnis

Durch Jahrhunderte hindurch hat man das „richtige Recht“, die Gerechtigkeit, als etwas Objektives angesehen, genauer: als ein Objekt, einen Gegenstand, der dem erkennenden Bewußtsein substantiell entgegensteht. Man hielt sich an das Subjekt-Objekt-Schema, wonach in der Erkenntnis das Objekt vom Subjekt streng getrennt ist, also nichts Subjektives in die Erkenntnis einfließt. Nur so glaubte man zu objektiv wahren, subjektfreien und damit auch zirkelfreien Erkenntnissen gelangen zu können – im normativen Bereich nicht anders als im empirischen. Zumeist hat man – von der Antike bis heute – dieses Objektive, das der Rechtskenntnis vorgegeben und von ihr unverfälscht zu erfassen ist, in der „Natur“ gesucht, sei es nun die empirische oder die sittliche Natur des Menschen, sei es ein Gesetz über ihm (Logos, Ideen, Voluntas Dei) oder ein Gesetz in der eigenen Brust: immer war diese Natur ein Objekt, das will sagen: etwas nicht vom Erkenntnissubjekt Gemachtes oder Gestaltetes, etwas, das es in seiner Gegebenheit zu belassen, auf das es nur hinzuhorchen hatte, oder so: das Objekt als das Maßgebende, das Subjekt als das Maßempfangende. Ich bin mir wohl bewußt, daß ich hier schrecklich vereinfache. Man kann aus der Geschichte leicht Gegenbeispiele bringen; z. B. hat schon Plotin die „Natur“ als etwas Prozeßhaftes angesehen, und eine ganz ähnliche Auffassung finden wir später bei Schelling. Aber für den von mir hier verfolgten Zweck stimmt das Gesagte cum grano salis. Hinzuzufügen ist aber noch, daß die von mir als „objektivistisch“ gekennzeichneten Richtungen keineswegs nur diejenigen sind, die sich ausdrücklich als Naturrechtslehren ausgeben. Der Rechtspositivismus ist dem Subjekt-Objekt-Schema genau so verhaftet wie die Naturrechtslehre, denn nach ihm ist Rechtsanwendung nichts anderes als Subsumtion unter das Gesetz, dessen Positivität (die gewissermaßen die „Natur“ des Rechts

darstellt) etwas ganz und gar Objektives, vom Rechtsanwendenden unangetastet zu Lassendes ist. Der Richter ist „nur dem Gesetz unterworfen“, heißt es noch heute in Art. 97 Abs. 2 des Grundgesetzes⁵.

Aber während in der juristischen Alltagspraxis das Subjekt-Objekt-Schema noch immer die Vorstellungswelt des Juristen bestimmt (vergleichsweise so wie in der physikalischen Alltagswelt das Vorstellungsbild des Physikers), ist es aus der modernen Rechtstheorie (ähnlich wie aus der modernen theoretischen Physik) längst verbannt. Die Wende brachte einmal die philosophische Hermeneutik seit Schleiermacher, zum andern aber und vor allem die kritische Philosophie Kants (in der theoretischen Physik namentlich Einstein und Heisenberg). Inzwischen ist es, jedenfalls in der Theorie, ein Allgemeinplatz, daß Erkenntnis nicht einfach eine Abbildung des Objekts im Bewußtsein ist, daß vielmehr der Erkennende, zumal der Rechtserkennende, aktiv-gestaltend in die Erkenntnis eingeht. Ein Physiker hat den Satz geprägt, daß die Fälle gar nicht so selten sind, „in denen man erkennt, was man erkennen will“⁶. Ein solcher Satz – er trifft für die Welt des Normativen, des Rechtlichen, noch weitaus mehr zu als für die Physik – macht deutlich, wie außerordentlich problematisch prozedurale Theorien sind, die davon ausgehen, daß Subjekt und Objekt in der Erkenntnis nicht fein säuberlich zu trennen sind.

2.2 Kants transzendentaler Ansatz

Wie gesagt, die kopernikanische Wende kam durch Kant. In seiner „Transzendentalen Logik“⁷ (aber auch anderen Stellen) hat er dargelegt, daß uns Objekte nicht in ihrem reinen Ansichsein gegeben sind. Denn reine Anschauung enthält lediglich die Form, unter welcher etwas angeschaut wird, und reiner Begriff allein die Form des Den-

⁵ Zur Problematik dieser Bestimmung siehe A. Kaufmann, Vierzig Jahre Rechtsentwicklung – dargestellt an einem Satz des Grundgesetzes, in: W. Bleek und H. Maull, Hrsg., Ein ganz normaler Staat?; Perspektiven nach 40 Jahren Bundesrepublik, 1989, S. 51 ff.

⁶ Stephen W. Hawking, Eine kurze Geschichte der Zeit, 1988, S. 50.

⁷ Kant, Kritik der reinen Vernunft, A 50 ff., 74 ff.

kens eines Gegenstandes überhaupt. „Rein“ und demgemäß „a priori“ kann eine Vorstellung nur sein, wenn ihr keine Empfindung beigemischt ist. Aber, so sagt Kant, „unsere Natur bringt es so mit sich, daß die Anschauung niemals anders als sinnlich sein kann“. Der Verstand ist einer Anschauung nicht fähig; er ist einzig „das Vermögen, den Gegenstand sinnlicher Anschauung zu denken“. Es eignet ihm somit keine schöpferisch-aktive Erkenntniskraft, sondern nur die „Spontaneität des Erkenntnisses“, d. h. die Zusammenfassung des Mannigfaltigen zum Begriff. „Folglich ist uns keine Erkenntnis a priori möglich, als lediglich von Gegenständen möglicher Erfahrung“. Und etwas weiter unten heißt es vom Verstand, „daß er die Schranken der Sinnlichkeit, innerhalb deren uns allein Gegenstände gegeben werden, niemals überschreiten“ kann.

Dieser transzendente Ansatz Kants, daß wir reine Erkenntnis nicht von den Gegenständen an sich, sondern nur von Gegenständen möglicher Erfahrung haben, ist eine klare Absage an jedes substanzontologische Denken, damit zugleich eine Absage an das Naturrecht im herkömmlichen Verstande. Aber daß Kant damit zugleich das Fundament für den Rechtspositivismus gelegt hätte, ist ein Mißverständnis vieler seiner Epigonen, wie es eben auch ein Mißverständnis ist, er habe das Subjekt-Objekt-Schema einfach umgewendet. Kant denkt nicht objektivistisch und nicht subjektivistisch, sondern prozeßhaft. Das hat schon Arthur Schopenhauer ganz deutlich gesehen. In den „beiden Grundbegriffen der Ethik“ sagt er: „Kants Begründung seines Moralgesetzes ist . . . keineswegs die empirische Nachweisung desselben als einer Tatsache des Bewußtseins noch eine Appellation an das moralische Gefühl noch eine *petitio principii* unter dem vornehmen Namen eines ‚absoluten Postulats‘, sondern es ist ein sehr subtiler Gedankenprozeß“⁸. Der kategorische Imperativ bedeutet denn auch gar nichts anderes als das Unterfangen, inhaltliche moralische Aussagen aus einem gedanklichen Verfahren abzuleiten. Am Anfang steht bei Kant nicht ein inhaltlich-moralisches Prinzip, sondern das Verfahren.⁹ Darauf wird zurückzukommen sein.

⁸ Schopenhauer, Die beiden Grundprobleme der Ethik, in: Sämtliche Werke, hrsg. von W. Frhr. v. Löhneysen, Bd. III, S. 667.

⁹ Vgl. G. Ellscheid, in: A. Kaufmann und W. Hassemer, Hrsg., Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 5. Aufl. 1989, S. 175 ff.

In der Zeit nach Kant konnte es eine wissenschaftliche Begründung für eine objektivistische, substanzontologische Rechtsauffassung, insbesondere für ein Naturrecht alter Art, nicht mehr geben. In den ersten Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg flackerte allerdings ein solches Naturrechtsdenken noch einmal für kurze Zeit auf, besonders drastisch in der frühen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der mehrfach ein vorgegebenes, objektives und unveränderliches Sittengesetz beschworen und daraus bestimmte rechtliche Konsequenzen abgeleitet hat¹⁰. Man kann für diese Naturrechtsrenaissance verständliche Gründe finden, aber daß sie Episode war, wird heute kaum noch bezweifelt. Der Weg hinter Kant zurück ist uns verbaut. Übrigens gab es schon vor dieser Zeit Naturrechtskonzepte, die an moderne Gerechtigkeitstheorien anklingen. Exemplarisch genannt sei das 1943 erschienene Buch des Schweizer Theologen Emil Brunner: „Gerechtigkeit“. Für Brunner erfolgt die Begründung der Gerechtigkeit freilich nicht im Wege eines fiktiven Gesellschaftsvertrags und auch nicht im Wege einer fiktiven idealen Sprechsituation, aber doch auch in einem fiktiven Gedankenprozeß, indem er das Problem *sub specie dei* zu betrachten und zu lösen versucht¹¹.

2.3 Inhalte aus der Form?

Allein auf eine solche irgendwie prozeßhafte Weise kann man, geläutert durch Kant, das Problem der Begründung normativer Urteile angehen. Es wurde schon gesagt: Der kategorische Imperativ bedeutet nichts anderes als das Unterfangen, inhaltliche moralische Aussagen aus einem gedanklichen Verfahren abzuleiten. Inhalte, so sie aus der Erfahrung kommen, gelten nur *a posteriori*. Wenn dem aber so ist, sollte man dann nicht einmal versuchen, ob sich konsistentere Inhalte aus der Form gewinnen lassen? In der Tat hat dieser Gedanke, daß die „reine Form“, das „reine Sollen“, Inhalte und konkrete Verhaltensregeln gebären könnte, die dem Trug der Wahrneh-

¹⁰ Aufsehen erregt haben vor allem das Kuppel- und das Selbstmordurteil des Bundesgerichtshofs; siehe Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, 6. Bd., 1954, S. 46 ff. und S. 147 ff.

¹¹ E. Brunner, *Gerechtigkeit; Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*, 1943, bes. S. 29 ff.

mung entrückt sind, auf viele Denker Faszination ausgeübt¹². Heute werden diese Versuche meist als „prozedurale Theorien“ der Wahrheit bzw. der Gerechtigkeit bezeichnet. Ich werde im folgenden die zwei wichtigsten Modelle vorstellen: das Vertragsmodell (dafür steht vor allem der amerikanische Rechtsphilosoph John Rawls) und das Diskursmodell (der wichtigste Gewährsmann dafür ist Jürgen Habermas). Beiden Modellen gemeinsam ist, daß der Konsens als das maßgebende Wahrheits- oder Richtigkeitskriterium angesehen wird.

Ausklammern muß ich hier die auf Talcott Parsons zurückgehende, hierzulande hauptsächlich von Niklas Luhmann vertretene Systemtheorie, denn diese liegt auf einer ganz anderen Ebene. Für Luhmann gibt es so etwas wie „Richtigkeit“, „Gerechtigkeit“, „Wahrheit“ überhaupt nicht; das sind vielmehr nur Symbole, mit deren Gebrauch man gute Absichten beteuert oder einen vorausgesetzten Konsens ausdrückt¹³. Denn nach dieser Theorie ist die Systemfunktion umfassend, eine Kritik am System von extrasystematischen Positionen aus ist daher unmöglich. Das System produziert sich und seine Anerkennung (durch Lernprozesse) selbst: „Legitimation durch Verfahren“. Es kommt nicht darauf an, daß „Gerechtigkeit“ verwirklicht wird (sie gibt es ja nicht), sondern daß das System funktioniert, indem es soziale Komplexität reduziert¹⁴.

Ich bin der Meinung, daß dieser Entwurf Luhmanns aus sich selber heraus nicht widerlegbar ist. Er zeigt aber auch, daß eine konsequent durchgeführte rein prozedurale Theorie keine Inhalte mehr zuläßt.

¹² Dafür ließen sich viele Belege anführen. Ein Meisterstück ist G. Radbruchs Unterfangen, aus dem Prinzip des rechtsphilosophischen Relativismus „die sachlichen Forderungen des Naturrechts zu begründen: Menschenrechte, Rechtsstaat, Gewaltenteilung, Volkssouveränität“; siehe: *Der Mensch im Recht*, 1957, S. 80ff., 87. Vgl. auch denselben, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1965, S. 26f., wo aus der formal verstandenen Idee der Gerechtigkeit inhaltliche Rechtssätze abgeleitet werden. – Ich selbst habe früher auch geglaubt, aus dem formalen und absoluten Schuldprinzip bestimmte Schuldinhalte gewinnen zu können: *Das Schuldprinzip*, 1961 (2. Aufl. 1976). Ich halte diese Inhalte nach wie vor für richtig, jedoch muß ich einräumen, daß sie weitgehend der Erfahrung entstammen. – Konsequenter war hier immer Hans Kelsen, der seine „Reine Rechtslehre“ nie zur Quelle von Rechtsinhalten gemacht hat.

¹³ N. Luhmann, *Positives Recht und Ideologie*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 53 (1967), 567f.

¹⁴ N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

Es gibt überhaupt kein „Was“, das aus dem „Wie“ hervorgeht, es gibt nur das „Wie“. Damit wird das Recht absolut fungibel. Und wenn auch dieser Funktionalismus theoretisch unanfechtbar erscheint (ähnlich wie der ganz konsequent durchgeführte Nominalismus), so muß er doch aus praktischen Gründen zurückgewiesen werden – gemäß der Devise des amerikanischen Pragmatisten Charles Sanders Peirce: „An ihren Früchten werdet ihr sie erkennen!“¹⁵ Die Früchte des Funktionalismus sind dem Recht nicht bekömmlich.

¹⁵ Ch. S. Peirce, *Collected papers*, 1931 ff., 5. Bd., S. 204, 464f.

3. Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit

3.1. Das Vertragsmodell

Theorien des Gesellschafts- oder Staatsvertrags hat es schon viele gegeben: Hobbes, Rousseau, Beccaria, Kant...¹⁶ Die Idee ist bekannt: Die Vertragstheorie fingiert etwas als gesollt, weil es vernünftigerweise nicht nicht gewollt sein kann, weil es im wahren Interesse der Kontrahenten liegt. Mit anderen Worten: Die Vertragstheorie empfiehlt für die Prüfung der Gerechtigkeit eines jeden Rechtsverhältnisses ein Verfahren, das für die Untersuchung der Richtigkeit speziell des Rechtsverhältnisses Staat seit langem geübt wird: sich das Rechtsverhältnis als Resultat eines Gesellschaftsvertrags zu denken. Eigentlich sollte man annehmen, daß bei korrekter Beobachtung dieses Verfahrens allenthalben gleiche Ergebnisse erzielt werden. Daß dem aber nicht so ist, weiß man. Einer der härtesten Prüfsteine der Vertragstheorie war immer die Todesstrafe. Beccaria hielt sie für unvereinbar mit der Vertragstheorie, Rousseau dagegen für vereinbar. Erst recht Kant wandte sich gegen Beccarias „Sophisterei und Rechtsverdrehung“, indem er mit einem für seine Denkweise charakteristischen Kunstgriff die Argumentation in eine transzendente Ebene (heute würden wir vielleicht sagen: Meta-Ebene) verlegt und nicht fragt, was das empirische Individuum wirklich will, sondern was vernünftigerweise nicht nicht gewollt werden kann.

Spätestens hier wird deutlich, daß die Vertragstheorie als Kontrahenten eines Staats- oder Gesellschaftsvertrags ein reines Vernunftwesen fingiert, das sein wahres Interesse kennt und sich dadurch bestimmen läßt. Es ist das sehr kluge und sehr eigennütziges Individuum, das uns in der klassischen Nationalökonomie als der homo oeconomicus begegnet. Das Recht ist nicht für Schlafmützen

¹⁶ Sehr klar dazu schon G. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 106ff.

gedacht: *Iura semper vigilantibus*. Kontrahent des Staatsvertrags ist also nicht das empirische Individuum mit seinem wirklichen Willen und den von ihm wirklich gehegten Interessen. In der Unterscheidung Rousseaus zwischen *sujet* und *citoyen* wie vor allem zwischen *volonté des tous* und *volonté générale* kommt das ebenso deutlich zum Ausdruck wie in Kants Gegenüberstellung des *homo phaenomenon* und des *homo noumenon*. Es ist klar, daß bei einer solchen Strukturierung des Gesellschaftsvertrags der Bereich des Sozialen mehr oder weniger unter den Tisch fällt.

John Rawls hat in seinem 1971 erschienenen Werk „A Theory of Justice“¹⁷ den Gedanken der Vertragstheorien wieder aufgenommen, indem er in einem Denkprozeß die grundlegenden Rechte und Pflichten herausdestillieren will, die in einer rechtsstaatlichen Gesellschaft einem jeden zukommen müssen. Auch er will universalisierbare Normen dadurch gewinnen, daß sich die moralisch Urteilenden in einen fiktiven Urzustand („original position“) versetzen. Das Neue bei seiner Theorie ist aber nun folgendes: Um auszuschließen, daß sich die Vertragspartner einseitige Vorteile verschaffen und parteiisch urteilen, breitet Rawls über sie den „Schleier des Nichtwissens“, d. h. er läßt sie in Unkenntnis über ihre physisch-psychischen Eigenschaften und ihre soziale Rolle im wirklichen Leben, mit anderen Worten: In die „original position“ gehen keine Macht- und Drohpotentiale ein. Zudem trifft Rawls die Entscheidung, daß sich alle Partner des Vertrags infolge ihrer Unwissenheit über die eigenen Positionen in einer künftigen Ordnung risikoscheu verhalten; sie wählen entsprechend der Maximin-Regel für Entscheidungen unter Unsicherheit diejenigen Grundsätze, die das eigene Risiko im wirklichen Leben gering halten.

Auf Details der Rawlsschen Theorie kann hier ebenso wenig eingegangen werden, wie auf eine Einzelkritik verzichtet werden muß. Es gibt manches, was nicht so ohne weiteres einleuchtet, beispielsweise warum sich die Kontrahenten unter Umständen nicht auch risikofreudig verhalten sollten (ganz abgesehen davon, daß es in unserer Welt ein Risiko sein kann, kein Risiko einzugehen). Insgesamt jedoch erscheinen die von Rawls erzielten Ergebnisse plausibel. Aber warum erscheinen sie uns plausibel? Oder so gefragt: Warum sind die

¹⁷ Deutsche Ausgabe: J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975.

Vertragspartner gerade zu diesen Regeln gelangt? Sie sind es deshalb, weil Rawls schon bestimmte Gerechtigkeitsvorstellungen unterstellt, und natürlich seine eigenen bzw. die seiner Gesellschaft, genauer: der amerikanischen Gesellschaft des 20. Jahrhunderts (ein sowjetrussischer Rechtsphilosoph würde seine Vertragspartner im Urzustand andere Regeln finden lassen). Was Rawls vorlegt, ist das Konzept eines liberalen und sozialen Rechtsstaats, ist eine konstitutionelle Demokratie mit sozial-temperierter Marktwirtschaft, wobei das Moment des „Sozialen“ in einem amerikanischen Konzept besonders sympathisch erscheint. Es ist übrigens der Bemerkung wert, daß der schon einmal genannte Schweizer Theologe Emil Brunner auf der Basis der von ihm gedanklich grundgelegten schöpfungsmäßigen Urordnung lange vor Rawls zu im wesentlichen gleichen Resultaten gelangt ist. So ist Otfried Höffe zuzustimmen, wenn er bemerkt: „Die Annahme des Urzustandes stellt eine Annäherung an unser intuitives Verständnis des moralischen Standpunkts dar. Wo dieses intuitive Verständnis aufhört und damit auch die Plausibilität, da endet auch Rawls' Sicherheit in der Begründung universalisierbarer Normen“.¹⁸

Dieser Befund wird von Rawls selbst bestätigt. Er teilt nämlich schon sogleich am Anfang seiner Untersuchung das von ihm intuitiv gewonnene Ergebnis mit, bevor er die Versuchsanordnung festlegt. Man kann eben Verfahrensregeln nicht bestimmen, ohne eine Ahnung zu haben, was dabei herauskommen soll. Ich mache Rawls diesen Zirkel nicht zum Vorwurf, um so weniger ihm, als er den Zirkel gar nicht in Abrede stellt. Doch wie auch immer, es hat sich gezeigt, daß die normativen Inhalte gar nicht, jedenfalls nicht allein, aus dem Verfahren gewonnen sind. Sie entstammen vielmehr wesentlich dem Wissen und der geschichtlich sowie gesellschaftlich geprägten Erfahrung eines hochgelehrten Philosophen unserer Zeit.

¹⁸ Nachweis bei P. Koller, Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen, in: L. Kern und H. P. Müller, Hrsg., Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt? Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie, 1986, S. 28, 33.

3.2. Das Diskursmodell

Der Zirkel in der Argumentation ließe sich nur vermeiden, wenn es gelänge, rein aus dem Verfahren, ohne Vorgabe oder Vorwissen von empirischen Inhalten, zu reinen, nichtempirischen Inhalten zu kommen. Die Theorie des rationalen Diskurses (auch bei ihr ist nur das Wort „Diskurs“ wirklich neu, der Sache nach gibt es das mindestens schon seit Einführung der elenktischen Methode in der von Platon gegründeten Akademie) hält sich dazu imstande. Robert Alexy hat diesen Anspruch auf eine kurze Formel gebracht. Nach dieser Theorie, so sagt er, „ist eine normative Aussage richtig . . ., wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur, der des rationalen Diskurses, sein kann“¹⁹. Wie ist das zu verstehen?

Jürgen Habermas hat gegen Rawls eingewandt, daß die Aufgaben, die in moralischen Argumentationen gelöst werden sollen, nicht monologisch bewältigt werden könnten, sondern eine kooperative Anstrengung erforderten. Moralisches Argumentieren diene dem Ziel, einen gestörten Konsens wiederherzustellen. Denn Konflikte im Bereich normengeleiteter Interaktionen gingen unmittelbar auf ein gestörtes normatives Einverständnis zurück²⁰. Die Replik, daß dieser Einwand nicht zutreffe, weil in der Rawlsschen „original position“ jeder Beteiligte es gegenüber jedem anderen rechtfertigen können muß, wenn er mit seiner Ordnung von Geltungsansprüchen ethische Priorität beansprucht²¹, leuchtet nicht ein. Gewiß muß er das rechtfertigen, aber er bleibt dabei doch in der „Rolle des Einzelgängers“²². Allerdings wird man fragen müssen, ob Habermas' Einwand gegen Rawls nicht auch gegen ihn selbst gewendet werden muß, da ja auch bei ihm Diskurs und idealiter erzielter Konsens nicht real existieren, sondern fiktiv angenommen werden. Einen wirklichen Konsens gibt

¹⁹ R. Alexy, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 2, 1981, S. 177 ff., 178.

²⁰ J. Habermas, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1983, S. 76 f.

²¹ L. Kern, Von Habermas zu Rawls; Praktischer Diskurs und Vertragsmodell im entscheidungslogischen Vergleich, in Kern/Müller, Gerechtigkeit (Fn. 18), S. 93.

²² So in etwas anderem Zusammenhang W. Hassmer, Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 2. Bd., 1972, S. 474.

es auch nach dieser Theorie nicht. Die Konzeption einer freien Argumentationsgemeinschaft, die von Peirce grundgelegt wurde, hat nur den Charakter einer regulativen Idee, die der argumentativen Rekonstruktion beanspruchter Geltung dient. Ein behaupteter Konsens, eine behauptete Geltung, soll so behandelt werden, als ob erst der Konsens aller diese Behauptung bestätigen könnte. De facto eingeholt werden kann dieser Konsens nicht, er wird vielmehr in dem faktischen Anspruch auf Geltung unterstellt, also fingiert. Das kann hier nicht weiter verfolgt werden.

Habermas²³ selbst stellt sich die Aufgabe, wahre bzw. richtige Inhalte aus dem Prozeß rationaler Kommunikation zu gewinnen, wobei es bei dem theoretischen Diskurs um die Wahrheit von empirischen Aussagen, bei dem praktischen Diskurs um die Richtigkeit von normativen Aussagen geht. Habermas verkennt nicht, daß nur ein begründeter Konsens Wahrheits- bzw. Richtigkeitskriterium sein kann. Was aber legitimiert den Konsens? Eigentlich müßte die Antwort lauten: ein Konsens über den Konsens. Da dies jedoch zu einem infiniten Regreß führen würde, sucht Habermas einen anderen und sehr bezeichnenden Weg. Er stellt auf die „Kraft des besseren Arguments“ ab, und diese kann allein durch die formalen Eigenschaften des Diskurses erklärt werden und nicht durch etwas, das entweder, wie die logische Konsistenz von Sätzen, dem Argumentationszusammenhang zugrundeliegt, oder, wie die Evidenz von Erfahrungen, von außen in die Argumentation eindringt. Und was sind nun diese formalen Eigenschaften des konsenserzielenden Diskurses, die ihn als Wahrheits- bzw. Richtigkeitskriterium ausweisen? Im Anschluß an Stephen Toulmin²⁴ erblickt Habermas diese Kriterien in den Bedingungen einer „idealen Sprechsituation“: Chancengleichheit für alle Diskursteilnehmer, Redefreiheit, keine Privilegierungen, Wahrhaftigkeit, Freiheit von Zwang.

In der Tat dürften hierin die wesentlichen formalen Bedingungen eines rationalen Diskurses liegen. Aber wieso erzeugt er die Wahrheit bzw. die Richtigkeit eines Etwas (empirischer Tatsachen, rechtlicher Normen), wo ihm doch gerade kein Etwas zugrundeliegt? Ha-

²³ Vgl. zum folgenden J. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, S. 127ff.

²⁴ St. Toulmin, *Der Gebrauch von Argumenten*, 1978.

ben wir hier nicht wieder diese geheimnisvolle Urzeugung des Stoffs aus der Form, die schon bei Kant angeklungen ist? Daß auch das Modell von Habermas nicht aufgeht, nicht aufgehen kann, hat in eindrucksvoller Weise unlängst Lucian Kern wieder nachgewiesen²⁵. Er zeigt zutreffend, daß das Prinzip des besseren bzw. besten Arguments zwar immer eine Lösung ermöglicht, aber da Habermas keinerlei Hinweis gibt, worauf das bessere (beste) Argument beruht, ist die Lösung beliebig. Anders als bei Rawls, aus dessen Differenzierungsprinzip sich eine ethische Priorität bestimmter Argumente vor anderen ableiten läßt (der schlechtergestellten Person ist das prioritätsentscheidende Argument zuzubilligen), gibt es bei Habermas kein Prioritätskriterium, und deshalb führt seine Konstruktion des praktischen Diskurses letztlich zu einem „leeren Prinzip“. Habermas läßt es, sagt Kern, „dabei bewenden, daß es für jeden Diskurs aufgrund des besten Arguments eine Lösung gibt, ohne uns aber Hinweise darauf zu geben, wie diese Lösung im Einzelfall aussehen kann, d. h. genauer: warum welche individuelle Meta-Ordnung die höchste Priorität erhält“. Um diese Unbestimmtheit in der Konstruktion des Diskurses zu beheben, wäre eine Theorie der Priorität erforderlich, die Habermas aber nicht vorlegt.

Die Grundannahme der Diskurstheorie, daß eine normative Aussage dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten formalen Prozedur darstellt, beruht auf einer Selbsttäuschung, die durch eine bestimmte Auffassung von Wahrheit nur notdürftig verdeckt wird. Danach soll das Kriterium, das „in letzter Instanz“ (Habermas) entscheidet, ob eine Aussage wahr bzw. richtig ist, der korrekt gewonnene Konsens sein (Konsensustheorie der Wahrheit). Der Jurist würde hier von einem unerlaubten Insichgeschäft sprechen. Gewiß ist die von den Diskurstheoretikern (aber nicht nur von ihnen) bekämpfte Korrespondenztheorie der Wahrheit, die mit der alten Adäquatio-Formel arbeitet (*veritas est adaequatio intellectus et rei*) in gewissem Sinne naiv, nämlich soweit damit gesagt sein soll, wir würden die Welt genau so erfassen, wie sie an sich ist. Wir haben immer nur ein „Bild“ von der Welt. Und wenn, um einen Blick in meine strafrechtliche Werkstatt zu werfen, den Aussagetatbeständen (Eidesdelikten) nach heute kaum noch bezweifelter Auffassung die

²⁵ L. Kern, Von Habermas (Fn. 21, 18), S. 84.

objektive Eidestheorie zugrundeliegt, wonach es für die Wahrheit oder Falschheit einer Aussage auf ihre Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung mit der Wirklichkeit – und nicht mit der Vorstellung oder Überzeugung von Wirklichkeit (subjektive Eidestheorie) – ankommt, dann geschieht das nicht aus Naivität, sondern mit der stillschweigenden Unterstellung, daß jeder sowieso nur „nach bestem Wissen“ aussagen, nur das „Bild“ wiedergeben kann, das er hat; jede Aussage, auch die wahrhaftigste, begleitet immer ein unausgesprochenes „Soviel ich weiß“. Und weil dem so ist, daß jede Aussage nur das Vorstellungsbild des Aussagenden wiedergibt, besagt der Einwand, die Korrespondenztheorie beruhe auf einem Selbstwiderspruch, für die Kontroverse nichts. Gewiß ist die Korrespondenztheorie einseitig und ergänzungsbedürftig, aber die Konsensustheorie ist in sich un schlüssig, weil sie die Entstehung der Aussage (wichtig für ihren Beweiswert) mit ihrem Inhalt (wichtig für ihren Wahrheitswert) verwechselt. Wie ich mir die Vereinigung der richtigen Aspekte sowohl der Korrespondenz- wie auch der Konsensustheorie denke, nämlich zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, habe ich an anderer Stelle ausgeführt; darauf kann hier nicht näher eingegangen werden²⁶.

Soweit die Diskurstheorie nur formale Regeln benennt, wie vernünftig zu argumentieren ist – die Bedingungen einer „idealen Sprechsituation“ –, kann sie nur zu der Feststellung berechtigen, daß ein Konsens formal korrekt zustande gekommen ist, sie kann aber nicht die Erreichung der Wahrheit bzw. der Richtigkeit von einem inhaltlichen Etwas, z. B. von Normen, behaupten. Daß in einem Diskurs Wahrheit erzielt wird, hängt nicht nur und nicht einmal primär von dem Gegebensein einer idealen Sprechsituation ab, sondern vor allem von dem Sachwissen und der Erfahrung der Diskurspartner, also von etwas, das von außen in den Diskurs eingebracht wird. Der rationale, konsenserzielende Diskurs als solcher sagt uns nicht, was wahr oder richtig ist, und nicht, was wir tun sollen. Erst wenn man dem Diskurs einen Inhalt, ein „Thema“, gibt, der nicht mit dem Diskurs ineinsfällt, kann die Diskurs- bzw. Konsensustheorie als Wahrheits- und Richtigkeitstheorie fungieren.

²⁶ Vgl. näher A. Kaufmann, Über die Wissenschaftlichkeit (Fn. 4), bes. S. 440 ff.; derselbe, in Kaufmann/Hassemer, Einführung (F. 9), S. 131 ff.; derselbe, Nach-Neuzeit (Fn 1), S. 32 ff., bes. S. 37 f.

Die Inhalte unserer Erkenntnis kommen – zumindest überwiegend – aus der Erfahrung. Wer glaubt, er habe sie einzig der Form, dem Verfahren, entnommen, täuscht sich. Allen diesen rein prozeduralen Theorien ist gemeinsam, daß die Inhalte erschlichen sind. Und es wird eine „Rationalität“ vorgegaukelt, die so nicht besteht. Stammen die Inhalte vorzugsweise (wenn nicht gar allein) aus der Erfahrung, dann gelten sie nicht a priori und nicht absolut. Und das Konsensprinzip verbürgt keine „Letztbegründung“ von Wahrheit, wie manche Diskurstheoretiker sie in Anspruch nehmen²⁷, sondern niemals mehr als Plausibilität, als Wahrscheinlichkeit, als Entscheidung unter Risiko. Und wie die Inhalte erschlichen sind, so ist auch ihre angeblich zirkelfreie Gewinnung ein Trug. Es gibt keine inhaltliche Erkenntnis, ohne daß ihr unausgewiesene Annahmen zugrundeliegen, wie ja auch die Logik mit impliziten Definitionen arbeiten muß. Das besagt aber nichts gegen inhaltliche Begründungen an sich, sondern nur etwas gegen die Behauptung ihrer Letztgültigkeit und Absolutheit.

Was leisten dann aber überhaupt die prozeduralen Theorien? Dazu ist zunächst zu sagen, daß sie als Denkmodelle durchaus sinnvoll und nützlich sind. Als solche haben sie einen heuristischen Wert. Man kann das mit der jedem Juristen geläufigen *Condicio-sine-quan-non*-Formel vergleichen, mit deren Hilfe man niemals einen unbekanntem Kausalzusammenhang auffinden oder ausschließen kann, die aber sehr wohl geeignet ist, eine aus der Erfahrung gewonnene Bejahung oder Verneinung von Kausalität auf ihre Stimmigkeit zu überprüfen. Ähnlich können prozedurale Theorien der Stimmigkeits- oder Plausibilitätskontrolle dienen.

Sodann und vor allem ist darauf hinzuweisen, daß die prozeduralen Theorien durchaus einen richtigen Aspekt aufweisen. Zwar entsteht Wahrheit bzw. Richtigkeit im Bereich des Normativen (ob auch in anderen Bereichen, bleibe dahingestellt) nicht einzig durch

²⁷ So vor allem K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung; Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, 1988 S. 8, 117f., 143ff., 198ff., 347f. u. ö. Ähnlich, wenn auch nicht so pointiert, O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit; Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 1987, S. 28. Auch J. Habermas (Fn. 23, S. 179), spricht von einer Begründung „in letzter Instanz“. – Dazu (auch kritisch) neuerdings W. Kuhlmann, *Reflexive Letztbegründung; Untersuchungen zur Transzendentalpragmatik*, 1985.

Verfahren, aber doch sehr wohl im Verfahren, das will sagen: nicht ohne Verfahren. Denn Erkenntnisse von Normativem sind immer auch Produkt des Erkennenden. Aber sie sind nicht einzig das Produkt des Erkennenden, soll der Wahrheitsprozeß nicht dem Unternehmen des Münchhausen gleichen, sich am eigenen Zopf aus dem Sumpf zu ziehen (Münchhausendilemma oder -trilemma). Auch der praktische (normative) Diskurs muß einen „Gegenstand“ haben.

Richtig ist freilich, daß es bei normativen Diskursen keine substantiellen Gegenstände gibt. Falsch ist jedoch, wenn man daraus folgert, solchen Diskursen fehle überhaupt etwas, was, zumindest rudimentär, außerhalb des Diskurses besteht. Welcher Jurist wüßte nicht, daß es einen Prozeß ohne einen Prozeßgegenstand, der ihm Identität verleiht, nicht gibt. Er weiß aber auch, daß einerseits dieser Prozeßgegenstand als Prozeßgegenstand vor dem Prozeß nicht schon fertig gegeben ist, sondern erst im Prozeß seine genauen Konturen erhält, daß andererseits der Prozeßgegenstand aber auch nicht einzig das Produkt des Prozesses ist, sondern ihm als ein historisches Ereignis mit Rechtsverhältnischarakter vorausliegt. „Gegenstände“ der normativen Wissenschaften – Ethik, Normentheorie, Rechtswissenschaft – sind nie Substanzen, sondern Verhältnisse, Relationen, sie sind seinshaft und prozeßhaft, außerhalb wie innerhalb des Prozesses ihrer konkreten Gestaltwerdung – ihr Gegenstand ist letzthin der Mensch, aber nicht der Mensch als Substanz, sondern der Mensch als Person, verstanden als das Ensemble der Beziehungen (Relationen), in denen der Mensch zu anderen Menschen und zu den Dingen steht. Der Mensch als Person bestimmt den juristischen Diskurs, nicht nur das Procedere, sondern auch den Inhalt. Denn der Mensch als Person ist das „Wie“ und das „Was“ des normativen Diskurses in einem, „Subjekt“ und „Objekt“, „Aufgegebenes“ und „Gegebenes“, und zwar nicht in abstracto, sondern in seiner konkreten Geschichtlichkeit. Darum sagt schon Hegel: Das Rechtsgebot ist: „sei eine Person und respektiere die anderen als Personen“.²⁸ Und mit Peirce ist – gegen Kant – zu erinnern, daß Erkennen und Anerkennen miteinander korrespondieren.²⁹ Eine so ver-

²⁸ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 36.

²⁹ Eingehend L. Schulz, Das rechtliche Moment der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce, 1988.

standene personal (nicht substantiell, sondern relational) fundierte prozedurale Wahrheits- und Gerechtigkeits-theorie wird dies alles zu bedenken haben.³⁰

³⁰ Näher A. Kaufmann, Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen; Grundlegung einer personalen Rechtstheorie, in: Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts 17 (1986), 257 ff.; derselbe, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung (Fn. 9), S. 139 ff.; derselbe, Nach-Neuzeit (Fn. 1), S. 35 ff.

4. Ein prozedurales Modell auf der Grundlage der Philosophie Kants

Was hat es nun aber mit Kants prozeduralem Ansatz auf sich, auf den zurückzukommen oben versprochen wurde? In einer nicht sehr bekannt gewordenen, sehr scharfsinnigen, aber auch sehr spekulativen Schrift über „Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants“ hat Günter Ellscheid³¹ den Nachweis zu erbringen versucht, daß sich im Bereich der kritischen Philosophie Kants eine inhaltlich erfüllte Ethik und Philosophie des Rechts ohne die Annahme materialer Werte im Sinne idealer Vorgegebenheiten erarbeiten läßt. Ellscheid will das Argument abwehren, eine Ethik sei ohne Annahme materialer Werte, wie sie in der Wertphilosophie erfolgt, nicht möglich.

Ich kann Ellscheids Gedankengebäude hier nur in sehr geraffter Form wiedergeben. Seine Ausgangsbasis ist, daß für den Juristen nur eine solche Methode sinnvoll sein kann, die ihm erlaubt, sowohl die Sollensnorm als auch die Umstände des Falles zu berücksichtigen. Darum kann er, der Jurist, sich mit dem Methodendualismus der neukantischen Philosophie und Rechtsphilosophie, wonach Sein und Sollen getrennte Bereiche, verschiedene Welten sind, nicht zufriedengeben. Ellscheid meint, und ich denke, er hat recht, daß dieser Methodendualismus, entgegen verbreiteter Auffassung, in Kants Philosophie nicht angelegt ist, denn theoretische und praktische Philosophie stehen bei Kant in einer inneren Einheit.

Der zentrale Begriff in der Untersuchung Ellscheids ist der des Sollens. Im Gegensatz zum Sein ist das Sollen nicht wirklich. Das Sollen ist die Negation der Realität. Das Denken des Sollens oder des Wertes ist ein reines Tun des Bewußtseins, das nicht vom Sein her determiniert ist. Werte sind nichts als eine reine Spontaneität des Ichs. Deshalb hat Kant die Wahrheit des Sollens in der reinen Form gesucht.

³¹ G. Ellscheid, Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants, 1968.

Sein und Sollen zeigen sich zunächst im Verhältnis der Bedingtheit und der Unbedingtheit. Sein ist immer bedingt durch anderes Sein – ein unendlicher Regreß. Das Sollen ist das Unbedingte³², das keinen weiteren Grund hat, in sich selbst Grund ist, es ist reiner Begriff, der sich auf nichts richtet als auf sich selbst, und ist damit schlechthin wahr. Ellscheid übersieht durchaus nicht, daß es im Grunde das Gottesproblem ist, das er hier erörtert.

Das Sollen ist nicht von bestimmtem Verhalten abstrahiert, denn das Verhalten enthält das Sollen nicht. Das Sollen kann nur aus sich selbst erklärt werden. Es ist nicht die Summe der Einzelnormen, sondern das schöpferische Prinzip, aus dem sich die Einzelnormen entfalten lassen. Das Sein ist Einheit durch Abstraktion aus der Mannigfaltigkeit, das Sollen gebietet eine Mannigfaltigkeit durch Deduktion aus der Einheit.

Das Sein ist Realität, das Sollen die sich darauf beziehende Negation. Die Absolutheit des Sollens kann nur negativ bestimmt werden: Verneinung der Zufälligkeit, Verneinung des Bedingten, Widerspruch zur grundlosen Faktizität (auch hier wieder die Parallele zum Gottesproblem; nach der „negativen Theologie“ kann Gottes absolutes Wesen nur durch Negation gekennzeichnet werden: was und wie er nicht ist).

Das Sollen ist aber nicht Vernichtung des Seienden, nicht das böse Nichts. Das Sollen negiert das Seiende nicht nur, sondern bewahrt es auch. Es ist Formung und Verarbeitung des Stoffes: Kultur. Doch gibt der Begriff der Verarbeitung allein keine Richtung an. „Soll die Rede von der Notwendigkeit des Sollens nicht leer bleiben, so muß das Sollen auf einen Inhalt führen, der ihm unauswechselbar zugehört, also auf bestimmte moralische oder rechtliche Ge- und Verbote, die unter sich in ursprünglichem Einklang stehen, weil sie alle aus der einen Idee des Sollens als ihrem Prinzip entspringen. Die gegenstandslose Unbedingtheit des Sollens muß sich, weil sie auf das mannigfaltige Seiende ihrem eigenen Begriff nach bezogen ist, äußern,

³² Vgl. dazu die Kritik Schopenhauers: „Die völlige Undenkbarkeit und Widersinnigkeit dieses der Ethik Kants zum Grunde liegenden Begriffs eines unbedingten Sollens tritt in seinem System selbst später, nämlich in der ‚Kritik der reinen Vernunft‘ hervor; wie ein entlarvtes Gift im Organismus nicht bleiben kann, sondern endlich hervorbrechen und sich Luft machen muß. . .“: Die beiden Grundprobleme der Ethik (Fn. 8), S. 649.

d. h. es müssen bestimmte Handlungen, Zustände, Ziele oder Zwecke als die äußere Gestalt der unbedingten Notwendigkeit des Sollens aus der Idee des Unbedingten in ihrem Verhältnis zur Mannigfaltigkeit des Seienden geschöpft werden, und zwar in der Weise, daß dadurch das Sollen nicht der Zufälligkeit und Beliebigkeit der Realität verfällt, an der er erscheinen muß. Denn das Sollen drückt absolute Notwendigkeit aus“.³³

Das Sollen ist Verarbeitung der Realität. Aber wie kann sich die Notwendigkeit des Sollens in der Konkretheit und Zufälligkeit des Seienden darstellen? Das ist, wie Ellscheid weiter ausführt, nur möglich, indem das Seiende in seiner Wiederholbarkeit und damit Gleichheit erfaßt und zu Tatbeständen vertypt wird (Ablehnung der Existenzphilosophie mit ihrer Negation der Allgemeinheit). Erforderlich ist also die Generalisierung und Schematisierung der Fälle. Das Medium ist der Allgemeinbegriff als Mittler zwischen dem ganz konkreten Einzelnen und dem absoluten Sollen.

Damit ist – nach Ellscheid – „in der Reflexion Kants erreicht, daß sich das Sollen nur im Rückbezug auf Realität im Modus gegebener Mannigfaltigkeit, wie sie die Natur darbietet, erfassen kann; daß das Sollen kein eigenes, inhaltlich erfülltes Reich neben der Realität darstellt, sondern nur im Rückbezug auf die gegebene Realität sich inhaltlich erfüllen und so sich selbst gewinnen kann“. Und erreicht ist vor allem dies, den „Ansatz im Kantischen Denken, der sich an vielen Stellen zeigt, grundsätzlich zu entwickeln und den kategorischen Imperativ, der die Idee der Form eines allgemeinen Gesetzes überhaupt zum Richtpunkt des Handelns aufstellt, als Resultat der Entfaltung der Dialektik von Sein und Sollen zu begreifen“.³⁴

Das alles besagt aber nicht, so führt Ellscheid seinen Gedanken gang fort, daß Form Inhaltlosigkeit sei. Auch eine formale Ethik ist nicht ohne Inhalt. Das Verhältnis von Sein und Sollen bedeutet eine Verknüpfung von Verschiedenheit und Identität in der menschlichen Gemeinschaft. Das Prinzip der Gemeinschaft bestimmt den Inhalt der sittlichen und rechtlichen Postulate. Der Mensch in seiner „ungeselligen Geselligkeit“ muß die Verschiedenheit so leben, daß dadurch die ursprüngliche Einheit nicht verstellt wird: Verbot der Tötung,

³³ G. Ellscheid, Das Problem (Fn. 31), S. 68f.

³⁴ G. Ellscheid, Das Problem (Fn. 31), S. 88f.

tätige Liebe, Sorge um den Mitmenschen, Achtung, Würde. Das Recht muß die Freiheit sichern, in der allein die sittliche Pflichterfüllung möglich ist. Dabei sind die geschichtliche Situation zu berücksichtigen, die Verschiedenheit der Menschen, der historische Wandel. Das macht die Positivität der Rechts- und Sittenordnung nötig. Diese sind aber immer durch die Idee zu kritisieren. So bilden Naturrecht und positives Recht eine Einheit: Das Naturrecht erscheint im positiven Recht.

Für das intentionale Denken, das sich nur auf die Realität im engeren Sinne richten kann, ist es unbegreiflich, wie man vom reinen Begriff des Sollens zu einem inhaltlichen Prinzip gelangen kann. Deshalb ist der Übergang vom direkten Denken zum reflexiven Denken erforderlich. „Das Sollen als das Unbedingte widersetzt sich seinem eigenen Begriff nach der intentionalen Erfassung und fordert eine andere Art der inhaltlichen Erfüllung. Diese Erfüllung kann nur so vor sich gehen, daß gefragt wird, was dem denkenden Wesen die Realität ist, wenn es die Idee des unbedingten Sollens schon vor aller inhaltlichen Erfüllung für wahr hält. Die sich dann ergebenden Schlußfolgerungen sind der einzige Inhalt des Sollens“.³⁵ (Es sei nur angemerkt, daß auch hier bei Ellscheid ein Regreß auf einen fiktiven Ante-Zustand erfolgt.) Das Beispiel, an dem Ellscheid seine Konklusionen demonstriert, ist, wie bei Kant, das Verbot der Selbsttötung³⁶.

Dabei kommt es Ellscheid darauf an, daß das Sollen nicht aus der „Natur“ des Menschen geschöpft wird. Die sittliche Idee ist nicht eine Eigenschaft des Menschen, sie wird nur im Denken durch Lösung von aller Realität erfaßt. Das Begreifen des Sollens durch sich selbst hindert nicht die Entfaltung der Ethik, sondern ermöglicht sie. Die im Sollen gedachte Unbedingtheit bringt sich in der Welt der erfahrenen Antriebe, Strebungen, Zwecke und Gegenstände als ein apriorisches, aktiv strukturiertes Moment zur Geltung. Die Werte sind Resultate des Denkens. Einer wissenschaftlichen Ethik muß es

³⁵ G. Ellscheid, Das Problem (Fn. 31), S. 124.

³⁶ Entgegen Kant und Ellscheid ist zu sagen, daß das Verbot der Selbsttötung keineswegs aus dem reinen Begriff des Sollens folgt. Rational ist dieses Verbot nicht zu begründen. Wer nicht aus religiösen Motiven sein Leben als eine Gabe Gottes erachtet, verstößt nicht gegen die Vernunft, wenn er es für verfügbar hält. Für die Rechtsordnung muß gelten: *Etiamsi daremus non esse Deum* (Hugo Grotius).

darum gehen, diese Genesis zu begreifen und dadurch die Werte zu begründen. Diesen Weg beschreibt die formale Ethik durch ihre Methode der dialektischen Reflexion.

Reflektierendes und intentionales Denken sind konträr, aber doch aufeinander bezogen. Das intentionale Erkennen, das auf die Wirklichkeit gerichtet ist, führt bei der Verifikation zu unendlichen Regressen. Das Sollen, das sich nur dem reflektierenden Denken erschließt, bedarf keiner Verifizierung nach Art der Tatsachenswissenschaften, jedoch eines Abhorchens der Situation. Das Sollen ist eine wahre Idee – wahr freilich nicht im Sinne des gegenständlichen Bewußtseins. Es ist wahr für sich selbst. Es entspringt reiner Spontaneität des Denkens, es ist nicht rezeptiv, sondern schöpferisch. Das Sollen folgt notwendig aus der Struktur des Denkens, die allen Menschen wesentlich und gemeinsam ist. Die Idee des Sollens ist ein transzendentes Implikat des Denkens, der Idee der bei sich selbst bleibenden Vernunft.

Die Notwendigkeit des Sollens ergibt sich somit aus der inneren Notwendigkeit der Reflexion. Das Sollen ist damit ein in sich wahrer Begriff. Für das ungegenständliche Denken ist der Begriff der Ort der Wahrheit, während für das intentionale Denken das Urteil der Ort der Wahrheit ist. „Die Idee des Sollens“, sagt Ellscheid (und hier klingen Gedanken des Kritischen Rationalismus im Sinne von Karl R. Popper an), „ist jene kritische Idee, in der sich die Vernunft über ihr eigenes Wesen belehrt und den Sinn des Seienden kritisch entfaltet“.³⁷ Und am Schluß heißt es, daß die Idee des Sollens als reine Form der Reflexivität „ein Analogon jenes göttlichen Verstandes“ ist, „dem sich die Mannigfaltigkeit aus der Funktion der Einheit des Denkens ergibt“.³⁸

Soweit Ellscheid.

³⁷ G. Ellscheid, Das Problem (Fn. 31), S. 187.

³⁸ G. Ellscheid, Das Problem (Fn. 31), S. 190.

5. Kritik und Ergebnis

Man könnte Kritik und Ergebnis in einem Satz zusammenfassen: Sofern Ellscheid den Gottesbeweis zu führen imstande ist, ist seine Argumentation schlüssig. Ist doch, was er anruft, jenes „Wort“, durch das alles geworden ist und ohne das nicht eines von dem ward, was geworden ist (Joh. 1, 1–3). Es ist ein imposanter Kraftakt, den Ellscheid uns vorgeführt hat. In der zeitgenössischen Rechtsphilosophie gibt es eine gewisse Parallele, nämlich in dem Streit zwischen H. L. A. Hart, dem Vater der Analytischen Rechtstheorie, und seinem Schüler Ronald Dworkin, dem die reine Analytik nicht mehr genügt. Hart sieht von seiner positivistischen Warte aus, daß Rechtsregeln unscharfe Ränder haben, und wenn ein schwieriger Fall (hard case) nicht eindeutig von seiner Rechtsregel abgedeckt wird, entscheidet der Richter nach seinem Ermessen; im Rahmen des Ermessensspielraums ist seine Entscheidung stets „richtig“. Dworkin macht demgegenüber die Unterscheidung zwischen Prinzipien, die eine Dimension des Gewichts oder der Bedeutung haben, und Regeln, die keinen Spielraum, sondern nur ein Entweder-Oder lassen (im Strafrecht entspricht dem der Streit zwischen Spielraum- und Punktstrafentheorie³⁹). Dworkin ist sich dabei im klaren darüber, daß dieser Standpunkt nur behauptet werden kann, wenn man einen Juristen mit übermenschlichen Fähigkeiten – Dworkin nennt ihn „Herkules“ – fingiert, für den es immer nur eine Lösung, nie eine Wahl gibt. Hart meint dazu, diese Theorie müsse man durchaus ernst nehmen, wenschon Dworkin „the noblest dreamer of them all“ zu nennen sei⁴⁰.

Ich meine, das paßt auch auf Ellscheid. Er ist dieser „Herkules“, der alle Bedingtheit und Zirkelhaftigkeit in unserem Denken auflöst und zur Einheit bringt. Und gewiß muß man seine Theorie ernst

³⁹ Siehe dazu neuestens W. Grasnick, Über Schuld, Strafe und Sprache; Systematische Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen- und Spielraumtheorie, 1987. Dazu A. Kaufmann, in: Neue Juristische Wochenschrift 1988, S. 2784f.

⁴⁰ Vgl. dazu P.-M. Mazurek, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung (Fn. 9), S. 302ff.

nehmen, denn sie stellt, wie mir scheint, den äußersten Punkt dar, bis zu dem eine prozedurale Theorie der Wahrheit und der Gerechtigkeit getrieben werden kann. Er ist aber doch auch der „noblest dreamer“, der im „Denken des Denkens“ die irdische Realität weit unter sich gelassen hat.

Nur am Rande sei angemerkt, daß Ellscheid, durchaus bewußt, die Philosophie Kants in mehreren Punkten verläßt. Kant geht davon aus, daß der Begriff auf ein in der Anschauung Gegebenes angewiesen ist. Ellscheid leugnet diese Angewiesenheit (jedenfalls in dem Sinne, wie sie Kant versteht). Nach Kant ergibt sich aus dem reinen Begriff als solchem keine Erkenntnis. Bei Ellscheid dagegen ist inhaltliche Erkenntnis aus reinem Begriff (dem reinen Sollen) möglich. Und während Ellscheid durch dieses Modell von „Form-Inhalten“ eine zirkelfreie Begründung der Ethik erreichen will, erfolgt bei Kant die Materialisierung der Ethik durchaus zirkelhaft. Darauf hat vor allem Hans Welzel aufmerksam gemacht. Er hat dargetan, daß Kant in seiner Ethik, wiewohl er an die Stelle des objektiv-materialethischen Problems, das die ganze seitherige Naturrechtslehre beschäftigt hat, das Problem der subjektiven Moralität treten läßt, dabei doch immerfort eine objektiv-sittliche Ordnung der Dinge voraussetzt. Welzel bemerkt dazu, daß Kant „die selbständige Bedeutung verkennt, die dem materialethischen Problem (dem ‚Was‘ der sittlichen Handlung) gegenüber dem subjektiv-moralischen Problem (dem ‚Wie‘ der sittlichen Handlung) zukommt. Statt dessen glaubt er, aus dem ‚Wie‘ das ‚Was‘ entwickeln zu können, nämlich mittels des kategorischen Imperativs.“⁴¹ Wenn Welzel allerdings meint, es handle sich hier um einen vitiösen und vermeidbaren Zirkel, so irrt er.

Auch Ellscheid entgeht diesem Zirkel des Denkens nicht. Seine Inhalte, so sie wirklich Inhalte sind, sind erschlichen, größtenteils aus den anthropologischen Zielsetzungen der Philosophie Kants. Sofern aber die Form-Inhalte als absolut gedacht werden, sind sie leer. Ich kann das hier nur an einem Beispiel deutlich machen. Wenn man das oberste Prinzip der Rechtsordnung, die Unantastbarkeit der Menschenwürde, aus einem Begriff des reinen Sollens folgert, ist es leer. Allein unter dieser Voraussetzung, daß es leer ist, können im

⁴¹ H. Welzel, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, 4. Aufl., 1962 (Nachdruck 1980), S. 169.

Streit um das Abtreibungsverbot zwei sich widersprechende Behauptungen nebeneinander bestehen, die beide mit dem Gebot der Achtung der Menschenwürde argumentieren: 1. Aus der Menschenwürde, der Autonomie der werdenden Mutter, folgt, daß sie frei über sich und „ihren Bauch“ verfügen kann. 2. Die Menschenwürde kommt jedem menschlichen Lebewesen zu, auch dem ungeborenen Kind, und folglich kann die Schwangere über dieses Lebewesen in ihrem Schoß grundsätzlich nicht verfügen. Beide Aussagen können ersichtlich nur dann zugleich Gültigkeit haben, wenn „Menschenwürde“ nicht inhaltlich gedacht wird, wenn sie ein leeres Wort ist. Wird sie aber inhaltlich gedacht, und natürlich wird sie immer inhaltlich, und das heißt: aus der Erfahrung gedacht, dann ist notwendig eines der beiden Urteile falsch (was nicht zwingend heißt, eines sei richtig – denn im deontischen Bereich gilt der Satz des ausgeschlossenen Dritten nicht mit der Stringenz wie im ontischen Bereich).

Das Ergebnis meiner Überlegungen ist ernüchternd, aber keineswegs neu. Die prozeduralen Theorien ersparen uns nicht das mühsame Unternehmen der empirischen Wahrheitssuche: des Auffindens von Erfahrungen im Bereich des Werthafte, dem dann freilich auch die normative Beurteilung folgen muß. Es wäre zu schön, wenn man wahre Inhalte einfach durch Denkprozesse aus der Form gewinnen könnte. Aber bis jetzt hat es sich noch nicht ereignet, daß „Form an sich“ Inhalte hervorbringt – es sei denn – wie gesagt – man versteht „reine Form“ (und „reines Sollen“) als Gott, der im Moment des Urknalls das Wort zum Sein werden ließ. Das ist indessen nicht mein Thema. In der Welt, in die wir Menschen hineingeboren worden sind – und das ist sehr lange Zeit nach dem Urknall geschehen –, gibt es solche Ereignisse, solche Singularitäten, nicht.

Diskurs ist nötig, jedoch nicht nur in der Form eines fiktiven Denkmodells, sondern vor allem in der Form tatsächlich existierender Argumentationsgemeinschaften, bei denen wirkliche Erfahrungen und Überzeugungen über „Sachen“ ausgetauscht werden. Ein solcher realer Diskurs bedarf eines empirischen Fundaments. Auch Philosophie, auch Rechtsphilosophie sind, wollen sie nicht im Spekulativen verharren, auf die Erfahrung und das Experiment angewiesen. Das Experiment der Philosophie ist ihr Auftreten in der Geschichte, und dieses Experiment hat den großen Vorzug, daß es nicht bloß fiktiv ist.

Daß solches Denken nicht den Zufälligkeiten des Augenblicks verhaftet ist, sondern aus dem „Erbe“ der Tradition als dem gemeinsamen Boden der öffentlichen Welt, auf dem wir stehen, lebt, ist ein Gedanke, der der modernen Philosophie wohlvertraut ist⁴². Und gegen alle formalistischen Rationalisten sei einmal mehr gesagt, daß zwischen so verstandener Tradition und Vernunft kein Gegensatz besteht.

Zum Schluß: Was ist der Kern aller Rationalität bei der Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit? Kant sagt es:

1. Selbst denken.
2. Sich (in der Mitteilung mit Menschen) in die Stelle jedes anderen zu denken.
3. Jederzeit mit sich selbst einstimmig zu denken⁴³.

⁴² Siehe vor allem H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 5. Aufl. 1986, S. 270ff.

⁴³ Kant, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, BA 166.