



DISSERTATION

Titel der Dissertation

„GERECHTIGKEIT ALS TAUSCH“
Eine kritische Betrachtung der politischen Philosophie
Otfried Höffes

Verfasser

Mag. iur. Fritz Patrick Arlamovsky

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Gerhard Luf

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	4
I. Einleitung	5
II. Politische Gerechtigkeit	7
II.1. Ethik der Politischen Gerechtigkeit	10
II.2. Die Anthropologie der Politischen Gerechtigkeit	15
III. Höffes deskriptiv-legitimatorische Semantik	20
III.1. Definition der Gerechtigkeit	20
III.2. Legitimationsaufgabe	24
III.3. Gerechtigkeitsperspektive	26
III.4. Zwischenbilanz	29
IV. Höffes Auseinandersetzung mit dem Rechtspositivismus	36
IV.1. Höffe und Hobbes	41
IV.2. Höffe und Kelsen	45
IV.3. Höffe und Hart	55
IV.4. Höffe und Luhmann	57
IV.5. Zwischenbilanz	59
V. Höffes Auseinandersetzung mit dem Anarchismus	67
V.1. Ausformungen des Anarchismus	69
V.2. Dilemmata des Anarchismus	73
V.3. Konflikt oder Kooperation	74
V.4. Glück oder Freiheit	78
V.5. Exkurs: Die Freiheit des Willens	80
V.6. Aufbau des Naturzustandes bei Höffe	83
V.7. Der primäre Naturzustand	87
V.8. Der sekundäre Naturzustand	90
V.9. Wirklichkeitsdefizite des sekundären Naturzustandes	91
V.10. Der Staat der Gerechtigkeit	92
V.11. Kritik der Konzeption des Naturzustandes bei Höffe	93
V.12. Zwischenbilanz	97
VI. Höffe und Rawls	100
VI.1. Rawls' Konzeption des Gesellschaftsvertrages	104
VI.2. Der Schleier des Nichtwissens	105
VI.3. Die beiden Grundsätze der Gerechtigkeit	107
VI.4. Das Überlegungsgleichgewicht	110
VI.5. Das Differenzprinzip	111

VI.6.	Das Prinzip der demokratischen Gleichheit	112
VI.7.	Gerechtigkeit zwischen Generationen bei Rawls und Höffe	114
VI.8.	Das Trittbrettfahrer-Dilemma bei Rawls und Höffe	116
VI.9.	Von der empirischen zur normativen Ethik	116
VI.10.	Zwischenbilanz	118
VII.	Höffe und Kant	121
VII.1.	Rechts- und Staatsphilosophie bei Höffe und Kant	122
VII.2.	Zwischenbilanz	126
VIII.	Legitimation der Menschenrechte und Strategien politischer Gerechtigkeit	129
VIII.1.	Freiheitsverzicht und subjektiver Anspruch	132
VIII.2.	Universale Zwangsbefugnisse	135
VIII.3.	Menschenrechte und transzendente Interessen	137
VIII.4.	Strategien politischer Gerechtigkeit	139
VIII.5.	Positivierungsaufgaben	141
VIII.6.	Der demokratische Verfassungsstaat	142
VIII.7.	Minimal- oder Sozialstaat	144
VIII.8.	Zwischenbilanz	146
IX.	Fazit	152
X.	Anhang	158
X.1.	Literaturverzeichnis	158
X.2.	Abstract	163
X.3.	Lebenslauf	164

Vorwort

Der Weg zur Fertigstellung der vorliegenden Arbeit war lang und manchmal auch etwas beschwerlich. Herrn Professor Luf, der das Thema und die Entstehung der Arbeit angeregt bzw. gefördert und kritisch begleitet hat, sowie Frau Ass.-Prof. Holzleithner und dem weiteren Gutachter Prof. Böhm, möchte ich an dieser Stelle für Ihre Unterstützung danken. Zu wiederholen habe ich auch den Dank an meine Familie für deren vielfältige Unterstützung.

Wien, im Juli 2009

Fritz Patrick Arlamovsky

I. Einleitung

Die Ursprünge einer (im strengen Wortsinn verstandenen) Philosophie der Gerechtigkeit liegen im antiken Griechenland. Ihren ersten Höhepunkt erreicht sie im ältesten der Gerechtigkeit gewidmeten Werke des Abendlandes, in Platons (427-347 v.Chr.) Dialog „Politeia“ („Der Staat“), mit dem Untertitel „Peri dikaiou“ („Über das bzw. den Gerechte[n]“).¹ Viele große Denker, ob nun Philosophen, Juristen oder Schriftsteller, beschäftigten sich seither durch die Jahrhunderte mit dem Wesen der Gerechtigkeit.

Vor allem aber ist die Frage nach dem Wesen der Gerechtigkeit eine Grundfrage der *Rechtsphilosophie*. Heute beschäftigt sich die Rechtsphilosophie zumeist mit zwei Fragestellungen, denen die Frage nach dem Wesen der Gerechtigkeit eingelagert ist: zunächst versucht sie zu erhellen, worum es sich bei „Recht“ überhaupt handelt und wie es näher zu bestimmen bzw. zu definieren ist. Andererseits geht die Rechtsphilosophie der Frage nach, ob es bestimmbare Kriterien des Richtigen gibt, die nicht schon einer Norm oder einem Gesetz, das von einem staatlichen Gesetzgeber erlassen wurde, entnommen werden können. Man fragt in diesem Fall auch danach, ob sich sinnvoll von „vorpositivem“ oder „überpositiven“ Recht sprechen lässt.²

Es ist daher nahe liegend, dass sich auch Otfried Höffe (*1948) in seiner Funktion als Professor für Rechtsphilosophie an der Universität Tübingen und anerkannter Rechtsphilosoph seit Jahrzehnten mit Fragen der Gerechtigkeit und den damit zusammenhängenden Fragestellungen beschäftigt. Sein Werk „Politische Gerechtigkeit“ (1987), das im Rahmen dieser Arbeit hauptsächlich diskutiert wird, stellt den Kristallisationspunkt seiner Beschäftigung mit einer umfassenden Theorie der Gerechtigkeit dar und fand einen breiten Widerhall in der wissenschaftlichen Literatur.³

¹ Vgl. Höffe, Gerechtigkeit, S. 20.

² Vgl. Seelmann, Rechtsphilosophie, S.1.

³ Vgl. dazu Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, Auseinandersetzung mit der politischen Philosophie O. Höffes, Frankfurt/Main, 1997.

Sein erklärtes Ziel ist es, mit Hilfe eines tauschtheoretischen Gerechtigkeitsbegriffes (der unter der Formel „Gerechtigkeit durch Tausch“ bekannt ist) eine Grenze zwischen legitimen und nichtlegitimen Staats- und Rechtsformen⁴ zu ziehen, ja überhaupt Recht und Staat zu legitimieren und limitieren sowie zu beweisen, dass der demokratische Verfassungsstaat wegen seiner gesetzlichen Grundrechtsgarantien entschlossen zu befürworten ist.⁵ „Nebenbei“ erhebt seine Theorie auch den Anspruch, mittels eines interkulturellen Rechtsdiskurses auf der Grundlage seines tauschtheoretischen Gerechtigkeitsbegriffes universell gültige Menschenrechte begründen zu können.

Höffe erhebt die Tauschgerechtigkeit zum bestimmenden normativen Grundbegriff seiner Ethik.

Es wird sich aber erst nach einer Auseinandersetzung mit seinen Argumenten zeigen, ob der hohe, selbstgesteckte Anspruch einer „Neuvermessung des Gerechtigkeitsdiskurses“⁶ eingelöst werden kann und einer kritischen Betrachtung standhält *oder doch das Pathos unter dem Verputz der Ethik zum Vorschein kommt.*

⁴ Höffe, Politische Gerechtigkeit (PG), S.11.

⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 22.

⁶ Höffe, PG, S. 11.

II. Politische Gerechtigkeit

Die „Politische Gerechtigkeit“ kann auch mehr als zwei Jahrzehnte nach ihrem ersten Erscheinen im Jahr 1987 noch immer als Höffes wichtigste rechtsphilosophische Arbeit bezeichnet werden, da in ihr alle Elemente seiner Gerechtigkeitsphilosophie zu einer einzigen kritischen Rechts- und Staatstheorie verdichtet werden. In seinen späteren Publikationen greift er auch immer wieder auf die darin entwickelten Prinzipien zurück, ohne sie wesentlich zu verändern.⁷

Im Folgenden werde ich zunächst den Aufbau von Höffes Hauptwerk skizzieren und sodann darlegen, was Höffe unter dem Begriff „Politische Gerechtigkeit“ versteht.

Sein Werk ist in drei Hauptteile gegliedert. Höffe erläutert in seiner Einleitung zuerst das Programm seiner Arbeit und setzt sie in den Kontext der abendländischen Rechts- und Staatsphilosophie. Danach wendet er sich der Kritik des Rechts- und Staatspositivismus und dessen bekanntesten Vertretern (Hobbes, Kelsen, Austin, Hart und Luhmann) zu. Dabei geht die Klärung seines Gerechtigkeitsbegriffes mit einer schrittweisen Kritik des Rechtspositivismus Hand in Hand.⁸ Darauf folgt seine Kritik des Anarchismus, die für ihn letztlich auf die Frage nach der Alternative „Herrschaftsfreiheit“ oder „gerechte Herrschaft“ hinausläuft. Dabei wird der von Höffe entwickelte tauschtheoretische Gerechtigkeitsbegriff in der Versuchsanordnung eines von ihm konzipierten Naturzustandes „getestet“. Im letzten Teil seiner Arbeit wendet er sich der politischen Gerechtigkeit als Prinzip einer Freiheitsgemeinschaft zu und argumentiert, wie ein „Staat der Gerechtigkeit“⁹ ausgestaltet sein müsste, wobei er eine tauschtheoretische Begründung der Menschenrechte vornimmt. Der dritte Teil kann auch als systematischer Hauptteil betrachtet werden, da er die Konklusion aus den beiden davor ausführlich aufgearbeiteten Teilen darstellt. Die argumentative Hauptarbeit wird allerdings in den ersten beiden Teilen geleistet.

⁷ Vgl. Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 29.

⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 40.

⁹ Höffe, PG, S. 428.

Höffe versteht sein Werk „Politische Gerechtigkeit“ auch als Reaktion auf die zum Zeitpunkt ihres Entstehens in den 1980-er Jahren heftig geführten rechtsphilosophischen Diskussionen. Damals herrschten einerseits der Rechts- und Staatspositivismus mit Luhmanns Funktionalismus und Kelsens „Reiner Rechtslehre“, andererseits die so genannte „Kritische Theorie“ mit einer Präferenz für Herrschaftsfreiheit und mit Vorbehalten gegen eine Rechts- und Staatstheorie vor. Höffe setzt sich in seinem Hauptwerk so ausführlich mit dem Positivismus als auch dem Anarchismus auseinander, weil er sie als die beiden grundlegenden, zugleich einander widersprechenden Herausforderungen jeder politischen Gerechtigkeitsphilosophie versteht.¹⁰ Die gründliche Auseinandersetzung erfolgt, so Höffe, in einer Radikalität, die ihr sogar einen fundamentalphilosophischen Rang verleiht. Er bezeichnet seine Theorie daher auch ausdrücklich als „politische Fundamentalphilosophie“.¹¹

Dadurch zeigt die Entstehungsgeschichte insofern eine Ähnlichkeit zu Rawls „Theory of Justice“ (1971), als diese ebenso als gründlich argumentierte Reaktion auf die damals (in den 1960-er Jahren) im angloamerikanischen Raum vorherrschende Utilitarismus-Diskussion formuliert wurde. Und wie Rawls verwendet auch Höffe in seiner „Politischen Gerechtigkeit“ Begriffe und Argumente der klassischen neuzeitlichen Philosophie, wie etwa das „altbewährte“ Argumentationsmodell des Naturzustandes bzw. Gesellschaftsvertrages.¹²

Doch Höffes „Neuvermessung“ des Gerechtigkeitsdiskurses setzt nicht erst bei Rawls (und seinem Streit mit dem Utilitarismus) ein. Er versucht jene Prämissen zu verifizieren, die seiner Ansicht nach von Rawls (und Vertretern des Utilitarismus) wie selbstverständlich vorausgesetzt werden, in der philosophisch-politischen Diskussion zwischen dem politischem Dogmatismus des Rechtspositivismus und dem politischen Skeptizismus des Anarchismus jedoch fragwürdig geworden sind¹³.

¹⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 487.

¹¹ Höffe, PG, S. 28.

¹² „In der politischen Philosophie der Vertrag, auf dem nach der Auffassung der Naturrechtslehre der Aufklärung die Vereinigung der vorher, im sog. Naturzustand, vereinzelt lebenden Menschen zu einem Sozialverband, insb. zum Staat, beruht.“ Meiner, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, S. 257.

¹³ Höffe, PG, S. 16.

Verantwortlich dafür war nicht einfach ein modischer Themenwechsel Ende des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts, sondern die Argumente eines ethischen Relativismus, die die Möglichkeit einer wissenschaftlich-philosophischen Rechts- und Staatsethik grundsätzlich in Zweifel zu ziehen begannen.¹⁴

Um das anspruchsvolle Unterfangen der „Neuvermessung“ zu meistern setzt Höffe bei den Ursprüngen und „Klassikern“ der abendländischen Rechts- und Staatsethik an und entfaltet in der kritischen Auseinandersetzung mit Platon, Aristoteles, Hobbes, Kant und Rawls seinen Grundlegungsdiskurs. Dazu gehört auch die unerlässliche Legitimation der Zwangs- bzw. Strafbefugnis, welche von jedem Rechts- und Staatswesen in Anspruch genommen wird und daher in der Rechts- und Staatsphilosophie ausführlich diskutiert wird. Die Aufgabe seiner Theorie der politischen Gerechtigkeit sieht er weiters darin, den Gegensatz zwischen politischem Dogmatismus und politischem Skeptizismus zu überwinden. Er bezeichnet daher seine Theorie ausdrücklich als „Projekt der Moderne“.¹⁵

Dieses „entzündet“ sich an zwei Grunderfahrungen: an der Radikalkrise des Gemeinwesens, also der Erschütterung der Rechts- und Staatsordnung und an der Radikalkritik der politischen Verhältnisse, sohin der Erfahrung von Ausbeutung und Unterdrückung. Als Beispiel des höchsten Grades der Unterdrückung nennt Höffe die Verweigerung elementarer Menschenrechte (worunter jedenfalls das Recht auf körperliche Unversehrtheit bzw. Leben fällt) und andererseits als Beispiel für den Höhepunkt der Staatserschütterung jene politisch-religiösen Bürgerkriege, die zu den historischen Bedingungen gehören, unter denen Thomas Hobbes Hauptwerk „Leviathan“ entstand.¹⁶ Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann wohl auch die Lage im Irak oder Somalia als Beispiel für eine Radikalkrise des Gemeinwesens genannt werden.¹⁷

Für Höffe entstehen daraus je nach Grunderfahrung gegenläufige philosophische Konzepte. Einerseits führt die allgemeine Erfahrung des Bürgerkrieges zum positiven Recht und der dafür verantwortlichen Staatsmacht (mit der Befugnis zu zwingen)

¹⁴ Vgl. Höffe, PG, S.15.

¹⁵ Vgl. Höffe, PG, S.21.

¹⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 22.

¹⁷ Was wohl für alle so genannten „failed states“ gilt.

andererseits die Erfahrung politischer Unterdrückung zur Idee der Herrschaftsfreiheit als Gesellschaftsprinzip. Dieser Widerspruch, den Höffe auch als „Antinomie des Politischen“ bezeichnet, hebt sich auf, wenn man die gegenläufigen philosophischen Konzepte als Folge der einseitigen Wahrnehmung politischer Grunderfahrungen entlarvt.¹⁸

Das erscheint prima facie einleuchtend und sogar psychologisch nachvollziehbar. Es legt allerdings auch den Schluss nahe, dass Höffes philosophische Rechts- und Staatsphilosophie selbst von bestimmten Grunderfahrungen geprägt sein könnte.

II.1. Ethik der Politischen Gerechtigkeit

Bereits in der Einleitung macht Höffe klar, dass seine Theorie in der naturrechtlichen Tradition verwurzelt ist und bezeichnet das seiner Theorie zugrunde liegende Argumentationsmuster als „Anthropologie plus Ethik“¹⁹. Demnach bestimmt seine Anthropologie die Natur des Menschen und daraus die Begründung der Notwendigkeit staatlicher Herrschaft, während seine Ethik den moralischen Standpunkt der politischen Gerechtigkeit formuliert, die der Limitation staatlicher Herrschaft dient.

„Die philosophische Kritik kann von verschiedenen Gesichtspunkten aus erfolgen. Dort, wo sie von einer Idee überpositiver Verbindlichkeit, insbesondere der Sittlichkeit, bestimmt ist, spricht die abendländische Tradition von Naturrecht, in der Neuzeit auch von Vernunftrecht, neutraler aber von politischer Gerechtigkeit.“²⁰

Höffe verwendet den neutralen Begriff „politische Gerechtigkeit“, da seiner Auffassung nach Naturrecht und erforschbare Natur nichts miteinander zu tun haben.²¹ Wie sehr sich Höffe der naturrechtlichen Tradition aber verpflichtet fühlt, erkennt man daran, wie Augustinus' Schreckgespenst der „Räuberbanden“ leitmotivisch Höffes Werk durchzieht. Im Gegensatz zu Hobbes, der von Höffe

¹⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 23.

¹⁹ Höffe, PG, S. 381.

²⁰ Höffe, PG, S. 11.

²¹ Vgl. Höffe, Gerechtigkeit, S. 46.

eingehend diskutiert wird, vertritt er mit seiner Definition der politischen Gerechtigkeit folglich einen „materialen Gerechtigkeitsbegriff“. ²²

Höffe's „Politische Gerechtigkeit“ wird von ihm auch als „sittliche Perspektive auf Recht und Staat“ bezeichnet und zielt auf praktische Anwendung ab. ²³ Er versteht seine Theorie in Anlehnung an Aristoteles daher als praktische Philosophie. Sie bezweckt, eine Kritik des geltenden Rechts und des Staates überhaupt zu ermöglichen. Die erste Voraussetzung bzw. Forderung der praktischen Philosophie erkennt Höffe darin, dass sie keinen Selbstzweck darstellt. Für Höffe stellt sich der in der Ethik geschulte Mensch auf sich selbst und löst sich von den äußeren Fesseln der Tradition und der Vorstellung, es gäbe „Patentrezepte“ für das gute Leben. ²⁴

Er bemängelt im Zuge der Einleitung der „Politischen Gerechtigkeit“, dass die Wiederbelebung der philosophischen Ethik noch immer im Bann der Entfremdung der Philosophie von der Rechts- und Staatstheorie steht. Höffe kritisiert damit Apel und Habermas, die in ihrer Diskursethik die Frage aussparen, ob es sittliche Verbindlichkeiten gibt, deren Anerkennung die Menschen einander schulden und zu deren Durchsetzung Zwangsbefugnisse bzw. Rechts- und Staatsverhältnisse legitim sind. Dasselbe Fragedefizit konstatiert Höffe bei Vertretern der konstruktivistischen Ethik Erlanger und Konstanzer Herkunft. Sogar an Rawls bemängelt er, dass die sittliche Legitimation der Zwangsbefugnis im Kernprogramm seiner „Theorie der Gerechtigkeit“ nicht vorkommt. Für Höffe gilt es diese Defizite in seiner Theorie zu überwinden und die Ethik um eine Rechts- und Staatstheorie zu erweitern bzw. die Gerechtigkeitstheorie Rawls zu einer Theorie zu vertiefen, die politische Zwangsbefugnisse aus sittlicher Perspektive diskutiert. ²⁵

Höffe wendet sich mit seiner Ethik aber nicht nur gegen institutionsfreie Diskurstheorien, sondern auch gegen die seiner Auffassung nach tendenziell ethikfreien Institutionstheorien und hält fest, dass eine reflektierte Institutionstheorie ohne eine Diskussion ihrer normativen Prämissen, mithin ohne eine Ethik, nicht auskommt. ²⁶

²² Vgl. Alwart, dt. JZ 1990, S. 473ff.

²³ Höffe, PG, S. 28.

²⁴ Vgl. Höffe, Nikomachische Ethik (NE), S. 36.

²⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 26f.

²⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 27.

Die Ethik (und auch Höffes „Politische Gerechtigkeit“) als praktische Philosophie steht allerdings vor dem grundsätzlichen Problem, eine Theorie der Praxis zu sein. Als Wissenschaft ist sie darauf angelegt, etwas Gemeinsames, Allgemeines zu formulieren. Andererseits ist der Hauptgegenstand der wissenschaftlichen Beobachtung nicht das Allgemeine, sondern das davon umfasste Einzelne. Für Höffe ist das Einzelne aber nicht von der Philosophie zu erkennen, weshalb man sich mit normativen Strukturgittern begnügen muss: „Weil die intendierte Praxis individuell, jede philosophische Aussage aber allgemein ist, hat im Fall der Ethik die Philosophie den Charakter eines Grundriss-Wissens.“²⁷ Hier folgt Höffes Philosophie seinem zentralen Bestreben nach Bescheidenheit bzw. allgemeiner Zustimmungsfähigkeit seiner Prämissen, um in der philosophischen Analyse des Guten und Gerechten den politischen Dogmatismus bzw. politischen Skeptizismus zu überwinden.

Höffe betont, dass sich Handlungsgrundsätze formulieren lassen, deren Gerechtigkeit niemand ernsthaft bestreiten könne. Viele Rechtsphilosophen, darunter auch Rawls, orientieren sich bei der Suche nach Handlungsgrundsätzen am Problem der gerechten Verteilung (von Gütern), der so genannten „Verteilungsgerechtigkeit“. Diese entwickelt mehrere Prinzipien, nach denen Sachverhalte auf ihre Gerechtigkeit hin überprüft werden können. So ist etwa eine Verteilung von Gütern dann gerecht, wenn jeder gleich viel bekommt. Sie kann aber auch als gerecht bezeichnet werden, wenn jeder so viel erhält wie es seinen Bedürfnissen entspricht. Es gibt allerdings kein unstrittiges leitendes Prinzip, das jeweils ein bestimmtes Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit im Einzelfall als einzig anwendbar erklärt. Für Höffe ist daher strittig, was in Verteilungsfragen als gerecht bezeichnet werden darf.²⁸

Tatsächlich erscheint problematisch, dass Prinzipien oder Theorien der Verteilungsgerechtigkeit meistens nur für eine bestimmte Gesellschaft formuliert wurden und daher auch nur innerhalb dieses Rahmens gerechtfertigt erscheinen. Es ist fraglich, ob sich diese Prinzipien auf die gesamte Welt anwenden lassen. Gosepath und Lohmann warnen in diesem Zusammenhang vor einer „universalistischen“ Überdehnung. Diese entsteht beim Versuch Theorien der Verteilungsgerechtigkeit universell anzuwenden, wodurch sie von jenen intuitiv

²⁷ Vgl. Höffe, Nikomachische Ethik (NE), S. 37.

²⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 42.

geteilten Gerechtigkeitsvorstellungen gelöst werden, von denen sie regelmäßig abhängen.²⁹

Höffe orientiert sich darum bei der Suche nach unstrittigen Handlungsgrundsätzen an der Tauschgerechtigkeit. Die Prinzipien der Tauschgerechtigkeit sind für ihn im Prinzip unstrittig und daher den strittigen Prinzipien der Verteilungsgerechtigkeit vorzuziehen: „Unkontroverse Prinzipien gibt es etwa für die Tauschgerechtigkeit. Sie fällt unter jene retributive (ausgleichende) Gerechtigkeit, die im abendländischen Gerechtigkeitsdiskurs seit Aristoteles maßgeblicher Untersuchung, dem Gerechtigkeitsbuch (Buch V) der Nikomachischen Ethik, neben der Verteilungsgerechtigkeit (distributiven Gerechtigkeit) den zweiten Anwendungsbereich der Gerechtigkeitsidee darstellt. Bei der Tauschgerechtigkeit ist es zwar im Einzelfall oft schwierig festzustellen, welchen Wert die zu tauschenden Waren oder Dienstleistungen haben. Daß aber ein Tausch nach dem Prinzip der Gleichwertigkeit des Nehmens und des Gebens gerecht heißt, ist so gut wie unbestritten.“³⁰ Darum ist ihr vor der umstritteneren Verteilungsgerechtigkeit der argumentationstheoretische Vorrang zu gewähren. Höffe ist weiters der Überzeugung, dass die Tauschgerechtigkeit die grundlegende Gerechtigkeitsform ist. Er versucht daher zu beweisen, dass selbst in einem normativ undefinierten Ausgangszustand („Naturzustand“) dem Tausch eine gerechtigkeitsgenerierende Wirkung zukommt.

Er stellt sodann fest, dass neben der Tauschgerechtigkeit auch bei Verfahrensfragen (nahezu) unkontroverse Prinzipien existieren. Dazu zählen etwa das Gebot auch die andere Seite zu hören, das Verbot in eigener Sache Richter zu sein sowie die Forderung Streitfälle ohne Ansehen der Person zu entscheiden. Diese Prinzipien gelten deshalb als gerecht, weil sie der Unparteilichkeit dienen, die Höffe wiederum als ein höheres Gerechtigkeitsprinzip identifiziert. Er bezeichnet weiters das Verbot der Willkür als eine Minimalbedingung der Unparteilichkeit und betont, dass das Prinzip der Gleichwertigkeit des Nehmens und Gebens auch als ein Fall von Unparteilichkeit interpretiert werden kann, denn das wechselseitige Nehmen und

²⁹ Vgl. Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 17.

³⁰ Höffe, PG, S. 42f.

Geben, dass in einem gerechten Tausch stattfindet, hängt ohne Ansehen der Person allein vom Wert der getauschten Waren und Dienstleistungen ab.³¹

Höffe bedient sich wie Rawls des Begründungsmodells des Gesellschaftsvertrages. Allerdings rekonstruiert er den im Naturzustand erfolgenden fiktiven Vertragsabschluss, wie noch näher ausgeführt wird, als einen Akt des „transzendentalen Tausches“, durch den die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Menschen hervorgebracht werden: „Rechte auf Leib und Leben, auf Eigentum, auf einen guten Namen, auf Religionsfreiheit usw. kann man nämlich als einen Tausch rekonstruieren, den jeder Mensch nicht mit etwa einigen, sondern mit allen Menschen vornimmt. Die eigene Fähigkeit, Täter von Gewalt zu sein, tauscht man für das Interesse ein, fremder Gewalt nicht zum Opfer zu fallen.“³² Daraus erklärt sich auch die schlagwortartige Formel „Gerechtigkeit als Tausch“, mit der Höffes philosophischer Ansatz oft beschrieben wird.

Dass eine Gleichwertigkeit des Nehmens und Gebens grundsätzlich als „gerecht“ bezeichnet werden kann, ist formal nicht bestreitbar, sowenig wie man an der Richtigkeit folgender Gleichung bzw. kommutativer Aussage zweifeln könnte: $x + n - n = x$. Wer unter der Bedingung der Gegengabe etwas aufgibt bzw. hergibt, der hat nach Höffe ein Menschenrecht auf die Wiedergabe und vice versa. Dass der Tausch eine wichtige Funktion erfüllt ist allerdings keine neue Erkenntnis. Ein Sprichwort der Ureinwohner Australiens besagt: „Gib, soviel du empfängst, und alles wird zum besten stehen.“³³ Höffes leitendes Prinzip des Tausches erscheint bei erster Betrachtung intuitiv verständlich. Dies ist wenig verwunderlich, da der Tauschgedanke bzw. das Prinzip der Reziprozität als „totales Prinzip“ (im Sinne Levi-Strauss') in unserer Gesellschaft immer schon verankert ist. Das heißt, der Tauschgedanke ist kein Produkt der Moderne oder des klassischen Altertums, sondern entstand vermutlich bereits zu einer Zeit als die ersten Menschen auf der Erde siedelten.³⁴

³¹ Vgl. Höffe, PG, S. 43f.

³² Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 29.

³³ Nachweis bei Mauss, Die Gabe, S. 65.

³⁴ Vgl. Mauss, Die Gabe, S. 164.

Anhand seiner weit gefassten Definition des Tauschbegriffes zeigt sich, wie sehr Höffes Begriffsbildung von Ethnologen (und Soziologen) wie Levi-Strauss und Marcel Mauss³⁵ beeinflusst wurde³⁶. Höffe spricht sich ausdrücklich gegen einen engen, nur ökonomischen Tauschbegriff aus und berücksichtigt vielmehr auch generationenübergreifende Tauschvorgänge und ideelle Vorteile wie Sicherheit und Macht, die schon von Levi-Strauss und Marcel Mauss ausführlich beschrieben wurden.³⁷ Es handelt sich daher um einen umfassenden Tauschbegriff, den Höffe in seiner Theorie gebraucht.

Neben einer Neuvermessung des Gerechtigkeitsdiskurses ist es schließlich Höffes erklärte Intention mit Hilfe des Tauschdenkens eine deutliche Gesellschaftskritik zu formulieren, die den Kontroversen um die Verteilungsgerechtigkeit entzogen sein soll.³⁸

II.2. Die Anthropologie der Politischen Gerechtigkeit

Als Grundlage naturrechtlicher Überlegungen sind Aussagen über die Natur des Menschen in neuzeitlichen Gerechtigkeitstheorien häufig anzutreffen. Höffes „Politische Gerechtigkeit“ zählt ebenso dazu. Allgemein bekannt ist etwa der Streit um die Frage, ob es sich beim Menschen um ein von Natur egoistisches Wesen handle, das nur nach seinem eigenem Glück strebe (Hobbes), ob er von Natur zum Altruismus neige (Shaftesbury) oder ob sich im Menschen natürliche Selbstliebe und Sympathie verbinden (Hume).³⁹ Aus den genannten Annahmen wurden unterschiedliche Naturrechtskonzeptionen entwickelt, wobei sich Höffe bei der Darlegung seiner Theorie vor allem mit Hobbes Naturrechtskonzeption auseinandersetzt.

³⁵ Vgl. Mauss, Die Gabe, S. 167ff.

³⁶ Höffe zitiert Mauss und Levi-Strauss auch ausdrücklich im Zusammenhang mit der topischen Explikation des Gerechtigkeitsbegriffes, PG, S. 86 und im Sekundärliteraturverzeichnis sowie in: Höffe, Menschenrechte und Tauschgerechtigkeit in Fischer, Freiheit oder Gerechtigkeit, S. 28.

³⁷ Vgl. Höffe, Gerechtigkeit, S. 68.

³⁸ Vgl. Höffe in: Freiheit oder Gerechtigkeit, S. 32.

³⁹ Vgl. Seelmann, Rechtsphilosophie, S. 144.

Thematisch gesehen führt er seine anthropologischen Argumente im Zusammenhang mit der Kritik des Anarchismus aus. Höffe konzipiert darin (einen den klassischen Naturrechtstheorien ähnelnden) mehrstufigen Naturzustand, dessen Prämissen seiner politischen Anthropologie entnommen sind. Diese soll ihm die logisch nicht zu beanstandende empirische Grundlage für das normativ-ethische Begründungselement seiner Theorie liefern.

Die heutige (Rechts-)Anthropologie ist jedenfalls in ihren Schlüssen von einem empirischen Menschenbild (das zu konstruieren seinerseits nicht unerhebliche methodische Schwierigkeiten mit sich bringt) auf den Menschen, wie er sein soll (sozusagen vom „Abguss“ auf die „Vorlage“), ausgesprochen zurückhaltend und vorsichtig. Nach Lampe plädiert sie lediglich für eine Berücksichtigung der biologischen und kulturellen Gegebenheiten bei der Festlegung von Zweck und Normprogramm des Rechts.⁴⁰

Höffe übt sich auch ausdrücklich in Zurückhaltung bei der Formulierung seiner anthropologischen Prämissen.⁴¹ Es geht ihm in der „Politischen Gerechtigkeit“ nur um einen Teilbereich der (philosophischen) Anthropologie, die er als „politische Anthropologie“ bezeichnet. Er entwickelt damit ein Legitimationsmuster zur Rechtfertigung des Zwangs, das Anthropologie und Ethik verbinden soll. Die politische Anthropologie ist dabei für ihn ein wichtiges Instrument, um das Legitimationsmuster „Anthropologie plus Ethik“ dem Vorwurf eines „bloßen, von allen deskriptiven Fragen abgekoppelten Sollens“ zu entziehen.⁴²

Sein Legitimationsmuster ist wesentlich auf ein deskriptives Wissen angewiesen, das man auch als wahrheitsfähige Information über gegenwärtige Sachverhalte verstehen kann und mit einem Wahrheitsanspruch verknüpft ist. Höffe stellt die (rhetorische) Frage, ob ein Sozialzwang im Vergleich mit einem zwangsfreien Zusammenleben distributiv vorteilhafter ist und bezeichnet dies als radikale Legitimation dritter Stufe. Er hält fest, dass die Verpflichtung das menschliche Zusammenleben auf einen distributiven Vorteil zu gründen eine moralische Forderung ist, wohingegen der Ausweis der Vorteilhaftigkeit des Sozialzwanges

⁴⁰ Vgl. Seelmann, Rechtsphilosophie, S. 145.

⁴¹ Vgl. Höffe, PG, S. 218f.

⁴² Höffe, PG, S. 218.

deskriptiver Natur ist: „Dass es aber distributiv gemeinsame Interessen gibt, die sich mit einem Sozialzwang verbinden und trotzdem vorteilhaft bleiben, ist keine moralische, überhaupt keine normative, sondern eine deskriptive Frage.“⁴³

Vor diesem Hintergrund widmet sich Höffe der *conditio humana*, den Bedingungen des Menschseins, deren einzelne Charakteristika nach seiner Theorie die „Anwendungsbedingungen“ der Gerechtigkeit ausmachen. Höffes politische Anthropologie fragt danach, ob es natürliche Interessen oder Menschheitsinteressen gibt, die entweder für oder gegen soziale (im speziellen rechts- und staatsförmige) Zwangsbefugnisse sprechen und meint damit beide Male Interessen, die nicht nur einzelnen Menschen oder einer Gruppe sondern allen Menschen distributiv gemeinsam sind.⁴⁴

Er merkt in diesem Zusammenhang an, dass der politische Grundlagenstreit oftmals auf der Ebene konkurrierender Menschenbilder angesiedelt ist. Dem Anarchisten und seiner Utopie der Herrschaftsfreiheit hält man in diesem Zusammenhang entgegen, er hänge einem wirklichkeitsfremden Optimismus an, der sich die Menschen friedfertiger und selbstloser vorstelle, als sie eigentlich seien. Vice versa wird den Verfechtern politischer Herrschaft vorgeworfen, sie seien zu pessimistisch und können sich den Menschen nur als streitbaren Egoisten denken. Dabei betont Höffe, dass man für eine politische Anthropologie jenseits optimistischer oder aber pessimistischer Menschenbilder jedenfalls zwei Grundmodelle annehmen kann. Nach dem einen Modell gilt der Mensch vornehmlich als Kooperations-, nach dem anderen als Konfliktwesen. Höffe stellt fest, dass sich für die Frage nach der Legitimität politischer Zwangsbefugnisse eines der beiden Modelle zumindest als deutlich höherrangig, wenn nicht sogar als allein entscheidend erweisen könnte. Er legt daher großen Wert auf die Beantwortung der Frage, ob in der menschlichen Koexistenz vornehmlich die Kooperation oder aber der Konflikt zählt. Nicht zuletzt geht es ihm im Rahmen der politischen Anthropologie auch um die Frage, ob es in der menschlichen Koexistenz primär auf das Glück oder aber auf die Freiheit der Beteiligten ankommt.⁴⁵

⁴³ Höffe, PG, S. 217.

⁴⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 218.

⁴⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 220.

Für alle Fragen findet Höffe auch hier paradigmensetzende Vordenker (wie Platon, Aristoteles, Hobbes, Rawls, Gehlen und Schelsky) und führt ihre Antworten und Argumentationsmuster zu einer eigenen philosophisch-anthropologischen Betrachtungsweise des Menschen zusammen. Diese soll dabei möglichst bescheiden, weil allgemein zustimmungsfähig sein. Höffe beruft sich ausdrücklich nicht nur auf ein *bestimmtes* Menschenbild. Ansonsten wäre er dem Risiko ausgesetzt, dass das ganze Legitimationsmodell scheitern könnte, wenn das Menschenbild sodann die Natur des Menschen nicht vollständig abbildet.⁴⁶

Höffe erachtet die philosophische Anthropologie weder als zentrale Teildisziplin der Philosophie wie etwa Plessner und Gehlen, noch als völlig überflüssig oder gar schädlich, wie Heidegger und Adorno.⁴⁷ Für Höffe stellt sich die Anthropologie als periphere Teildisziplin der Philosophie dar, deren Notwendigkeit nicht bestritten wird. Nach Thies kann man bei der Behandlung der beiden großen anthropologischen Streitfragen⁴⁸ zumindest vier sozial-anthropologische Positionen bestimmen. Diesen Positionen ordnet Thies prominente Vertreter bzw. philosophische Schulen (Aristoteles, Nietzsche, Hobbes, Stoa) zu, wobei er zu bedenken gibt, dass es sich um idealtypische Positionen handelt. Höffe wird zwar von Thies in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich genannt, doch kann man Höffe aufgrund seiner Standpunkte wohl am ehesten der stoischen sozial-anthropologischen Position zuordnen, die den Menschen als sozietäres und egalitäres Lebewesen ansieht. Diese anthropologische Position liegt auch den meisten klassischen Naturrechtstheorien zugrunde.⁴⁹

Es dürfte wohl als problematisch zu werten sein, dass für einige Philosophen die philosophische Anthropologie (zu der auch Höffes politische Anthropologie zu zählen ist) eher zur Klärung der Frage beitragen kann, welche Erfahrungsmodalitäten dem Menschen aufgrund seiner organischen und mentalen Ausstattung möglich sind. Die Fragen nach der Legitimation der jeweiligen Erfahrungsweisen scheint sie allerdings zu vernachlässigen.⁵⁰

⁴⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 219.

⁴⁷ Vgl. Thies, (Einführung in die) Philosophische Anthropologie, S. 15.

⁴⁸ Erstens ob die Menschen eher Einzelgänger oder Gemeinschaftswesen sind und zweitens ob die Menschen eher gleich oder ungleich sind. Vgl. Thies, Philosophische Anthropologie, S. 83.

⁴⁹ Vgl. Thies, Philosophische Anthropologie, S. 83ff.

⁵⁰ Vgl. Paetzold in Martens/Schnädelbach, Philosophie Bd.2, S. 457ff.

Grundsätzlich lebt die philosophische Anthropologie aus einem positiven Bezug zu den Wissenschaften vom Menschen. Allerdings ist sie weder Methodologie oder Wissenschaftstheorie der Humanwissenschaften, noch kann man sie als bloße Verallgemeinerung von empirischen Forschungsergebnissen betrachten. Paetzold charakterisiert das Ziel der philosophische Anthropologie folgendermaßen: „Der Rekurs auf die verstreuten Erfahrungswissenschaften zielt vielmehr ab auf philosophische Deutung. Es geht um ‚ein Bild vom Menschen‘ [Gehlen], d.h. einer Gesamtschau.“⁵¹

Bei der Auseinandersetzung mit Höffes Anthropologie ist schließlich der dominierende Tauschgedanke hervorzuheben. Sogar die Gesellschaft entsteht bei Höffe erst aus einer wechselseitigen Anerkennung⁵² (aus einem Austausch) und ist im Gegensatz zur Umwelt keine unverzichtbare (und damit zunächst nicht-verhandelbare) Vorgabe⁵³. Das ist m.E. allerdings eine zweifelhafte Prämisse. Ebenso nachvollziehbar erscheint es nämlich, auch die Gesellschaft als unverzichtbare Vorgabe zu verstehen. Denn nur für die erste Generation der Menschen in einem theoretischen Naturzustand trifft Höffes Prämisse zu. Schon für alle nachfolgenden Generationen ist die Gesellschaft, in die sie hineingeboren wurden, ebenso wie die Natur eine zunächst nicht verhandelbare Vorgabe.

Die weitere Auseinandersetzung mit Höffes Anthropologie erfolgt im Rahmen der Darstellung bzw. Kritik seiner Anarchismuswiderlegung.

⁵¹ Paetzold in Martens/Schnädelbach, Philosophie Bd.2, S. 452.

⁵² Vgl. Höffe in „Freiheit oder Gerechtigkeit“, S. 26.

⁵³ Vgl. Höffe in „Freiheit oder Gerechtigkeit“, S. 37.

III. Höffes deskriptiv-legitimatorische Semantik

Um den normativen Standpunkt der Gerechtigkeit per se zu rechtfertigen und um Gerechtigkeit objektiv begründbar zu machen, unternimmt Höffe eine semantische Analyse des Begriffes „Gerechtigkeit“. Die semantische Analyse spielt für ihn bei der Rechts- und Staatsethik keine propädeutische Rolle, sondern führt schon in die Sachdiskussion, weshalb Höffe die semantische Analyse auch im Rahmen des ersten Hauptteils, der „Widerlegung des Rechtspositivismus“ abhandelt.⁵⁴ Er beginnt die Skizze einer Semantik der politischen Gerechtigkeit zunächst deskriptiv. Um nicht dem Einwand ausgesetzt zu sein die semantische Analyse befasse sich lediglich mit der Bedeutung von Wörtern, entwickelt Höffe in Folge eine Semantik in legitimatorischer Absicht, in der nicht länger nur die tatsächliche Verwendung des Gerechtigkeitsbegriffes, sondern die Legitimität dieser Verwendung untersucht wird.⁵⁵

III.1. Definition der Gerechtigkeit

Als erstes Ergebnis der bedeutungsanalytischen Untersuchung der Prädikate „gerecht“ und „ungerecht“ hält Höffe fest, dass „gerecht“ der objektiv oder objektiv gemeinten Befürwortung oder Legitimation einer Sache dient, „ungerecht“ der objektiven, mindestens aber objektiv gemeinten Ablehnung.⁵⁶ In beiden Fällen wird dabei unterstellt, dass es sich nicht um rein subjektive Empfindungen wie Gefallen oder Missfallen handelt, sondern vielmehr um eine in der Sache liegende und insofern objektive Beurteilung. Die Verwendung der Gerechtigkeitsprädikate sind für Höffe Ausdruck objektiver Wertschätzung, durch die wir etwas als rechtmäßig (und

⁵⁴ Anm.: der besseren Verständlichkeit halber, wird dieser Einteilung nicht gefolgt und die semantische Analyse in dieser Arbeit in einem eigenen Kapitel behandelt.

⁵⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 49f.

⁵⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 50.

legitim) oder gut und richtig bzw. als unrechtmäßig (und illegitim) oder falsch ansprechen.⁵⁷

Das Anwendungsfeld der Prädikate umfasst die menschliche Praxis in verschiedenen Aspekten: das Handeln, seine Subjekte, die Normen und Normensysteme des Handelns und die Institutionen, in deren Rahmen sich das menschliche Handeln abspielt. Es umfasst nicht nur persönliche Beziehungen, sondern auch Recht und Staat, das Verhältnis von Staaten untereinander und nicht zuletzt das Verhältnis der Lebenden zu den zukünftigen Generationen. Nicht vom Anwendungsfeld der Gerechtigkeitsprädikate umfasst sind etwa Naturereignisse, wie z.B. ein Erdbeben. Dieses ist zwar unerwünscht, kann aber niemals ungerecht sein.⁵⁸

Höffe qualifiziert die genannten Elemente der Analyse der Gerechtigkeitsprädikate zunächst als „soziale Verbindlichkeit“, wobei nicht jeder sozialen Verbindlichkeit eine Gerechtigkeitsbedeutung zukommt.⁵⁹ Er differenziert weiters zwischen positiven bzw. konventionellen Verbindlichkeiten⁶⁰ und Verbindlichkeiten mit denen wir die tatsächlich geltenden, positiven Verbindlichkeiten hinterfragen und auf ihre Richtigkeit oder Nichtrichtigkeit hin bewerten. Gerechtigkeit ist nach Höffe kein Begriff der positiven Verbindlichkeiten, sondern einer der kritischen Legitimation, mit der die tatsächlich geltenden Verbindlichkeiten hinterfragt werden können.

Da die Gerechtigkeit aber als „kritisch-soziale Verbindlichkeit“ noch immer zu unbestimmt ist, führt Höffe eine „semantische Differentialanalyse“ durch.⁶¹ Er vergleicht die Verwendungsweise normativer Begriffe wie „brauchbar/unbrauchbar“ und „vorteilhaft/nachteilig“ mit den Gerechtigkeitsprädikaten „gerecht/ungerecht“. Höffe schließt daraus auf eine hierarchische Struktur, welche sich in drei Verbindlichkeitsstufen oder Bewertungs- bzw. Legitimationsstufen zeigt. Auf der ersten Verbindlichkeitsstufe wird die menschliche Praxis von beliebigen, aber jeweils vorausgesetzten Absichten her bewertet, sodass alleine die Mittel, Wege und

⁵⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 50.

⁵⁸ Außer man betrachtet es als „Strafe Gottes“, was in nicht säkularen Gesellschaften durchaus noch beobachtet werden kann.

⁵⁹ Höffe, PG, S. 52.

⁶⁰ Das sind jene Verbindlichkeiten, die in einer Gruppe oder Gesellschaft tatsächlich gelten.

⁶¹ Höffe, PG, S. 52.

Verfahren, nicht aber Ziele und Zwecke beurteilt werden. Die Verbindlichkeit wird hier rein instrumental oder funktional verstanden.

Die zweite Verbindlichkeitsstufe bewertet sodann jene Ziele oder Zwecke, die auf der ersten Stufe vorausgesetzt aber nicht normativ thematisiert sind. Den Referenzpunkt der Beurteilung stellt hier das Wohlergehen des Betroffenen dar. Wegen ihrer Orientierung am Wohlergehen nennt man seit Kant die Verbindlichkeit zweiter Stufe auch „pragmatisch“.⁶² Abhängig davon ob es sich um das Wohlergehen eines Einzelnen oder einer Gruppe handelt, spricht man auch von einer individual- bzw. sozialpragmatischen Bewertung. Falls eine Handlung mehrere Personen tangiert bedeutet eine individualpragmatische Bewertung einen Egoismus, der das Eigenwohl über das Wohlergehen der anderen stellt. Die sozialpragmatische Bewertung findet sich im Utilitarismus wieder, der das (durchschnittliche) Wohlergehen aller Betroffenen zur maßgeblichen Richtschnur erhebt, wenn es um die Frage geht, was „gut“ oder „gerecht“ ist.⁶³

Schließlich steht aber über der pragmatischen Bewertung eine dritte Stufe, die über die technische und pragmatische Dimension hinausreicht. Die Gerechtigkeit gehört demnach zu jener dritten Stufe, die als moralisch oder sittlich, gelegentlich auch als ethisch bezeichnet wird. Höffe erläutert die Bedeutung dieser dritten Stufe an zwei Beispielen: „In Urteilen von der Art ‚klug, aber ungerecht‘ oder ‚vielleicht dumm, aber fair‘ wird die zweite Bewertungsstufe zugunsten einer dritten und höheren Stufe relativiert.“⁶⁴ Ob diese Bewertungsstufe aber berechtigt ist, kann die deskriptive Semantik freilich nicht aufzeigen.⁶⁵ Mit dem Begriff der sittlichen Bewertung ist die Definition der Gerechtigkeit aber immer noch unterbestimmt.

Höffe differenziert weiters zwischen personaler und politischer Gerechtigkeit und hält fest, dass die politische Gerechtigkeit als Gerechtigkeit eines Rechts- und Staatswesens ihren Platz im Rahmen der institutionellen Gerechtigkeit hat. Erneut unterscheidet er jeweils zwei Stufen in der Verwendung der Gerechtigkeitsprädikate. Im personalen Sinn werden auf einer ersten Stufe die Gerechtigkeitsprädikate in

⁶² Höffe, PG, S. 54.

⁶³ Vgl. Höffe, PG, S. 50ff.

⁶⁴ Höffe, PG, S. 54.

⁶⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 55.

Bezug auf einzelne Handlungen verwendet. Auf der zweiten Stufe stellt die personale Gerechtigkeit die Grundeinstellung einer Person dar und ist eine sittliche Tugend. Einen gerechten Charakter schulden wir uns aber nicht, sondern „nur“ ein gerechtes Handeln⁶⁶.

Nach Höffe ist die Unterscheidung der personalen von der politischen Gerechtigkeit für die philosophische Rechts- und Staatskritik von zentraler Bedeutung. Er räumt zwar ein, dass es zwischen der personalen Gerechtigkeit und der moralischen Qualität von Rechts- und Staatsverhältnissen Wechselbeziehungen gibt (mit anderen Worten: wenn die Staatsorgane personal gerecht sind, dann ist dies für die moralische Qualität eines Staates von Vorteil), beschränkt sich aber dennoch auf die Begründung politischer Gerechtigkeit.⁶⁷

In Bezug auf die politische Verwendung betrifft die Gerechtigkeit erster Stufe einzelne Handlungen einer politischen Instanz, wie etwa ein Gesetz oder ein Urteil. Dort wo öffentliches Handeln in der Regel und wesentlich gerecht ist, kann man im Sinne einer politischen Gerechtigkeit zweiter Stufe ein Rechts- und Staatswesen als ganzes für gerecht halten. Dabei, so folgert Höffe weiters, wird die Gerechtigkeit der zweiten Stufe als etwas angesehen, das man vom Rechts- und Staatswesen verlangen darf.⁶⁸

Zusammenfassend kann man festhalten, dass Höffe bei seiner semantischen Analyse von Aussagen über Gerechtigkeit vier Elemente des Gerechtigkeitsbegriffes aufdeckt. Demnach intendieren Aussagen über Gerechtigkeit 1.) eine objektive Bewertung, 2.) benutzen wir Aussagen über Gerechtigkeit, um die moralische Qualität von sozialen Handlungen, Institutionen, sozialen Ordnungsbeziehungen und Verteilungsschemata zu bewerten, 3.) sind diese Aussagen nicht-sittlichen Bewertungsperspektiven übergeordnet und 4.) kommt der Gerechtigkeit ein normativer Vorrang („einen Anspruch haben“) gegenüber Mitleid, Wohlwollen und Solidarität zu.⁶⁹

⁶⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 58f.

⁶⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 60.

⁶⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 59f.

⁶⁹ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 27.

III.2. Legitimationsaufgabe

Die Aufhellung des tatsächlichen Gebrauchs der Gerechtigkeitsprädikate bestimmt bzw. erklärt zwar den Begriff der (politischen) Gerechtigkeit äußerst genau, vermag ihn aber nicht zu legitimieren, was Höffe auch zugesteht. Sie vermag, so betont er, allerdings zu zeigen, dass der Begriff für Rechts- und Staatsverhältnisse eine normative Verbindlichkeit dritter Stufe bedeutet und dass die Anerkennung dieser sittlichen oder ethischen Verbindlichkeit nicht bloß erhofft, sondern auch verlangt werden darf. Doch ist damit nichts gewonnen, solange nicht geklärt ist, ob und warum ein solches Verlangen berechtigt ist. Höffe bezeichnet dies als fehlende Legitimation der politischen Gerechtigkeit bzw. als „metalegitimatorische“ Aufgabe. Im Rahmen der „metalegitimatorische“ Aufgabe stellt Höffe einerseits die Frage, was an einem Rechts- und Staatswesen legitimationsbedürftig ist und wieso man andererseits eine sittliche Perspektive braucht, um das Legitimationsbedürfnis des Politischen, also des Rechts- und Staatswesens, zu erfüllen.⁷⁰

Höffe stellt fest, dass das Politische, auf das sich die sittliche Perspektive richtet, keine starre, gleich bleibende Gestalt aufweist. Er verhindert mit einer dynamischen Interpretation des Politischen, dass nur bestimmte historische Ausformungen von Recht und Staat als legitimationsbedürftig gelten. Denn – so führt Höffe weiters aus – das Politische, auf das sich eine sittliche Perspektive richten muss, hat keine starre, sich überall gleich bleibende Gestalt. Höffe expliziert weiters drei Begriffselemente des Politischen bzw. eines Rechts- und Staatswesens, die wohl als unstrittig bezeichnet werden können. Erstens besteht ein Rechts- und Staatswesen notwendigerweise aus mehreren Personen, die man auch als Staatsvolk bezeichnen kann. Höffe definiert das Gemeinwesen als Personenverband oder auch menschliches Beziehungsgefüge mit Kooperations- und Konfliktelementen. Da die Mitglieder eines Gemeinwesens regelmäßig mehreren Generationen angehören, erweitert Höffe den Begriff des Personenverbandes. Das Gemeinwesen stellt sich für ihn auch als eine Generationengemeinschaft dar, die auf eine gewisse Dauer gestellt und ein geordnetes, strukturiertes und organisiertes Gefüge ist. Aufgrund der Organisationsstruktur des Gemeinwesens definiert er es außerdem als eine soziale

⁷⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 62.

Institution, welche sich durch eine zwangsbesetzte Verhaltensregelung auszeichnet. Höffe konstatiert, dass (soziale) Institutionen die Handlungsfreiheit einschränken und sich gegebenenfalls mit Zwang durchsetzen.

Nach Höffe bestimmen die drei genannten Elemente – Personenverband, Generationengemeinschaft und soziale Institution mit Zwangscharakter – allerdings erst die Gattung des Politischen.

Er stellt sodann die Frage, was an diesem facettenreichen Phänomen nun konkret legitimationsbedürftig ist. Unproblematisch erscheint ihm ein Verständnis von Staat und Recht in der Form des Personenverbandes und der Kooperationsgemeinschaft, solange sie ohne Zwang auskommen und von den Beteiligten frei anerkannt werden. Problematisch stellt sich allerdings – nach Höffe – die Verknüpfung von Kooperation mit Zwang dar, da der Zwang die Handlungsfreiheit des Einzelnen einschränkt. Höffe schließt aus der resultierenden Einschränkung der Handlungsfreiheit des Einzelnen auf die Legitimationsbedürftigkeit des ausgeübten Zwangs, weshalb für ihn die Legitimationsaufgabe „Zwangsbefugnis“ heißt. Diese ist aber kein Spezifikum eines modernen Rechts- und Staatswesens, sondern kann schon in einer vorstaatlichen Gesellschaft bzw. Gruppe vorkommen. Höffes Rechts- und Staatskritik in fundamentalphilosophischer Absicht fragt daher grundsätzlich, ob es überhaupt sozialen Zwang geben darf und erst danach, ob der Rechts- und Staatszwang den anderen Zwangsformen überlegen ist.⁷¹

Er unterscheidet in diesem Zusammenhang drei Stufen einer legitimationsorientierten (d.h. an der Legitimation der Gerechtigkeitsperspektive) Rechts- und Staatskritik. Die erste Stufe der Rechts- und Staatskritik ist von der Idee einer legitimen bzw. gerechten Herrschaft geleitet. Sie bleibt oberflächlich, solange sie die Existenz eines Rechts- und Staatswesens und damit einer Herrschaft unter den Menschen für selbstverständlich hält. Die Kritik zweiter Stufe prüft, ob es überhaupt einen Rechts- und Staatszwang geben darf, doch bleibt sie systematisch gesehen unvollständig, da sie die Legitimationsfrage nur auf die besondere Rechts- und Staatsform sozialen Zwangs und nicht auf jeden denkmöglichen Sozialzwang erstreckt. Erst die radikale Kritik dritter Stufe prüft, ob sozialer Zwang überhaupt legitim ist. Da Höffe seine

⁷¹ Höffe, PG, S. 67.

„Politische Philosophie“ als Fundamentalphilosophie versteht, stellt er ebenfalls die Frage, ob und allenfalls welcher (soziale) Zwang legitim ist.⁷²

III.3. Gerechtigkeitsperspektive

Nachdem Höffe die Legitimationsaufgabe „Zwangsbefugnis“ beschrieben hat, beleuchtet er die zweite Dimension im Begriff der politischen Gerechtigkeit, die er als „Gerechtigkeitsperspektive“ bezeichnet. Er versucht die Begründungsleistung mit einer semantischen Analyse in legitimatorischer Absicht zu erbringen und prüft, ob für die Legitimation der Zwangsbefugnis die Gerechtigkeitsperspektive nicht gewissermaßen unerlässlich ist. Da das positiv Gegebene, also der soziale Zwang selbst, legitimiert werden muss, muss ein Rückgriff auf bestehende, ebenfalls positive Normen offensichtlich scheitern. Die Begründungsleistung kann für Höffe nur von einer kritischen Legitimation erbracht werden, die vor- und überpositive Argumente enthält.⁷³

Die Legitimationsaufgabe ist für ihn dann erfolgreich bestanden, wenn es gelingt zu zeigen, dass eine bestimmte Rechts- und Staatsgewalt mehr dem Wohl der Bürger dient als eine andere Gestalt, denn dann wären die „entsprechenden Zwangsformen zweifelsohne legitim.“⁷⁴ Freilich muss Höffe zugestehen, dass erst dieses pragmatische Argument eine zureichende politische Legitimation ermöglicht.

Das Wohl der Betroffenen wird pragmatisch durch eine Art Nutzen-Kosten Bilanz ermittelt. Diese beschränkt sich zwecks Vereinfachung und Praktikabilität auf die durch den Sozialzwang verursachten Freiheitseinschränkungen und Freiheitsgewinne.⁷⁵

Am Beispiel der utilitaristische Ethik argumentiert Höffe, dass für die Benachteiligten (die Verlierer eines kollektiv verstandenen Gemeinwohlbegriffes: „größtes Glück für

⁷² Vgl. Höffe, PG, S. 68.

⁷³ Vgl. Höffe, PG, S. 70.

⁷⁴ Höffe, PG, S. 72.

⁷⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 73.

die größte Gruppe“) eine zwangsbefugte Sozialordnung nicht anderes als bloßer Zwang ist, insofern das Gemeinwohl wie das Individualwohl „berechnet“ wird.⁷⁶ Aber weil sich für Höffe die Legitimationsaufgabe Zwangsbefugnis am Wohlergehen jedes *einzelnen* Betroffenen entscheidet, kann sie nur dann positiv zu lösen sein, wenn jeder einzelne wohlüberlegt zustimmen könnte, also die Legitimation zeigen kann, dass sie „für jeden einzelnen mehr Vor- als Nachteile erbringt“⁷⁷. Höffe nennt das Kriterium deshalb auch „distributiver Vorteil“, betont dabei aber, dass „distributiv“ nicht so verstanden werden dürfe, als ob es einen Dritten geben müsse, der den Vorteil zwischen den Parteien distributiert bzw. verteilt. Etwas allgemein Vorteilhaftes kann demnach ebenso durch einen Tausch zustande kommen, wobei der distributive Vorteil auch in einem wechselseitigen Nutzen bestehen könne. Mit dem Kriterium des distributiven Vorteils relativiert Höffe die sozialpragmatische Verbindlichkeit zugunsten jener dritten Bewertungsstufe, die er zuvor bereits als moralische bzw. ethische Bewertungsstufe oder auch Gerechtigkeitsperspektive bezeichnet hat.⁷⁸ Das bedeutet, nur jene Rechts- und Staatsgewalt kann Legitimität beanspruchen, die jedem einzelnen mehr Vor- denn Nachteile bringt. Auch Zwang ist demnach nur dann legitim, wenn der durch ihn gesicherte Freiheitszustand distributiv vorteilhaft ist und jedermann den zwangsbewehrten Zustand der Freiheit einem ungeregelten Zustand zügelloser, widerstreitender Interessen vorzieht.

Das Kriterium des distributiven Vorteils verkörpert daher *das* oberste Prinzip politischer Gerechtigkeit und kann als Kernelement seiner Theorie betrachtet werden. Für Höffe ist mit der Gerechtigkeitsperspektive, also der Verpflichtung auf den Vorteil jedes einzelnen, das Legitimationsbedürfnis einer Zwangsbefugnis rundum erfüllt. Denn wo nicht nur ein kollektiver, sondern auch ein distributiver Vorteil besteht, bedarf es nach Höffe keiner weiteren Legitimation, weshalb auch die politische Gerechtigkeit nicht länger als *einer* sondern als *der* moralische Standpunkt gegenüber Recht und Staat gelten dürfe. Er hält ausdrücklich fest, dass keine weiteren Beweggründe wie Solidarität oder Mitleid für seine Theorie notwendig sind, um den Zwang eines Rechts- und Staatswesens zu rechtfertigen. Wenn jeder Bürger

⁷⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 75f.

⁷⁷ Höffe, PG, S. 76.

⁷⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 76.

seinen Zustand trotz Zwang als vorteilhafter gegenüber dem zwanglosen Zustand bewertet, bedarf es gar keiner Legitimation des Zwanges mehr.⁷⁹

Höffe konstatiert sodann, dass die semantische Analyse der Gerechtigkeit zeige, dass sie sich weder durch technische noch (sozial)pragmatische Ansprüche außer Kraft setzen lässt, sondern ihnen gegenüber vielmehr eine nicht kompromissfähige Legitimationsperspektive darstellt. Sie stellt weiters die Bedingung dar, unter der Ansprüche wie die Rechtssicherheit gerechtigkeitsrelevant werden. Höffe bezeichnet daher die Gerechtigkeit ausdrücklich als „kategorischen Imperativ für zwangsbefugte Sozialverhältnisse“ und die politische Gerechtigkeit als „kategorischen Imperativ für Rechts- und Staatsordnungen“.⁸⁰

Höffe verschweigt nicht, dass Kants kategorischer Imperativ, der in seiner Verbindlichkeit erfahrungsunabhängig ist, deshalb auch der Kritik der modernen Philosophie ausgesetzt ist. Der Kritik, wonach kategorische Verbindlichkeiten oft einen inhumanen Fanatismus bedeuten, versucht Höffe mit dem Argument zu widersprechen, dass der Nachweis der Gerechtigkeit, wenn man sie als distributiven Vorteil versteht, nur durch ein zweistufiges Verfahren nachweisbar ist. Folglich wäre zu zeigen, dass die Einrichtung einer zwangsbefugten Sozialordnung bzw. die eines Rechts- und Staatswesens erstens für die betroffene Gruppe von Vorteil ist, sodann zweitens, dass der Gruppenvorteil jedem Gruppenmitglied zugute kommt. Während sich die politische Legitimation im ersten Schritt als (sozial-)pragmatisch darstellt, erhält sie – so Höffe – im zweiten Schritt ihre spezifische Gerechtigkeitsbedeutung. Er unterscheidet weiters zwischen einer schwächeren bzw. stärkeren Deutung des Kriteriums des distributiven Vorteils, die davon abhängt inwieweit die Größe des jeden Einzelnen zukommenden Vorteils berücksichtigt wird. Höffe begnügt sich mit einer schwächeren Deutung des Kriteriums des distributiven Vorteils, nach der es ausreicht, dass die Zwangsbefugnis für jeden einzelnen nur irgendwie von Vorteil ist. Der Vorteil muss nicht für jeden einzelnen gleich groß sein. Ist diese Bedingung erfüllt, kann man allerdings von einer stärkeren Deutung des Kriteriums sprechen. Höffe geht davon aus, dass diese Differenz, wegen der für seine Grundlegung relevanten Fundamentaldimension der Gerechtigkeitsfragen, sogar entfallen könne

⁷⁹ Vgl. Höffe, PG, S.77.

⁸⁰ Höffe, PG, S.77.

und setzt die Widerlegung des Rechtspositivismus mit der Lösung der Legitimationsaufgabe fort.⁸¹

III.4. Zwischenbilanz

Höffes semantische Einführung und Argumentationsweise zur Rechtfertigung seiner „Politischen Gerechtigkeit“ erscheint durchaus Erfolg versprechend, denn das Verfahren der begriffsanalytischen Eröffnung eines semantischen Zugangs zur Moral hat auch in der analytischen Moralphilosophie bereits eine gewisse Tradition. Es erscheint auch methodisch zweckmäßig sich zunächst auf das äußere Mittel der Erkenntnis, die Sprache bzw. das Sprechen, zu konzentrieren, da man heute kaum mehr eine philosophische Theorie unmittelbar mit dem Sein oder unmittelbar mit der Erkenntnis beginnen kann.⁸² Dass der Begriff der Gerechtigkeit eine lang zurückreichende Tradition hat, dürfte unumstritten sein. Ebenso, dass er schwer zu bestimmen ist, obwohl oder gerade weil er ein zentraler Begriff sowohl des alltäglichen Lebens als auch der Philosophie (und der Rechtsphilosophie im Speziellen) ist. Der Gerechtigkeitsbegriff erweist sich weiters, wie in der Einleitung angedeutet, als sehr komplex, vielschichtig und ist politisch heftig umstritten. Dennoch geht Höffe offensichtlich davon aus, dass sich durch eine gründliche Analyse eine stabile, allgemein geteilte Kernbedeutung des abstrakten Begriffs ermitteln lassen muss, über die weitgehend Einigkeit herrscht, weil sich sonst gerade seine wichtige Funktion in moralischen und politischen Auseinandersetzungen nicht erklären ließe.⁸³

Es überrascht daher nicht, dass Höffe im Zuge der semantischen Analyse Anleihen bei Tugendhat nimmt, wenn er eine begründungstheoretische Tieferlegung des Rawlschen „Hermeneutizismus“ versucht, um die – bei Rawls fehlende – Rechtfertigungsleistung der Zwangsbefugnis zu erbringen.⁸⁴ Während Tugendhat

⁸¹ Vgl. Höffe, PG, S. 78.

⁸² Vgl. Ferber, Philosophische Grundbegriffe I., S. 32.

⁸³ Vgl. Gosepath, Gleiche Gerechtigkeit, S. 31.

⁸⁴ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 26 mwN.

sich von seiner semantischen Analyse des moralischen Grundprädikats „gut“⁸⁵ eine Klärung des moralischen Urteils und dessen Begründbarkeit erhofft, stützt Höffe seine begründungstheoretischen Erwartungen auf eine analoge bedeutungsanalytische Untersuchung des Gerechtigkeitsprädikats.⁸⁶

Höffe verfolgt hier offenbar eine der heute in der Sprachphilosophie vorherrschenden Richtungen, nämlich die „Philosophie der normalen Sprache“, die Sprache (hier im speziellen den Begriff ‚Gerechtigkeit‘) auf ihre ursprüngliche, alltägliche Verwendung und Bedeutung hin analysiert.⁸⁷ Als schulbildendes Merkmal der auch als „ordinary language“ Philosophie bezeichneten Philosophie der normalen Sprache gilt die von Wittgenstein geprägte Auffassung, dass die normale Sprache schon ganz „in Ordnung“ sei und daher für philosophische Zwecke nicht der idealsprachlichen Korrektur oder Normierung bedürfe. Denn die normale Sprache enthält selbst schon alle Ressourcen für die Analyse und die Auflösung philosophischer Probleme.⁸⁸ Und davon geht Höffe zwangsläufig aus, wenn er mittels semantischer Analyse von gerechtigkeitsrelevanten Prädikaten den Gerechtigkeitsbegriff erhellen will.

Fraglich bleibt, ob Höffe die Legitimation der Legitimationsfrage zufrieden stellend beantwortet. Höffe argumentiert schließlich, dass der Legitimationsbegriff „gerecht“ dann legitimiert ist, wenn er sich als geeignetes Vehikel für die Lösung der Legitimationsaufgabe Zwangsbefugnis erweist.

Die von Höffe aufgedeckten Elemente und Bedeutungen der Gerechtigkeitsprädikate kann man jedenfalls als Ergebnis einer nachvollziehbaren, stichhaltigen Analyse bezeichnen. Die Bausteine seiner deskriptiven Semantik bieten eine solide Grundlage für seine Theorie. Auf der Ebene der semantischen Analyse ähnelt Höffes Darstellung jener von Horn und Scarano, die in dem von ihnen herausgegebenen Buch „Philosophie der Gerechtigkeit“ zu vergleichbaren Ergebnissen gelangen.⁸⁹

⁸⁵ Vgl. Tugendhat, Probleme der Ethik, S. 57.

⁸⁶ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 26.

⁸⁷ Im Gegensatz zur idealsprachlichen Richtung, die anhand von Sprachkritik und Formalisierung versucht, eine Sprache hoher logischer Präzision zu schaffen, die den Anforderungen exakter Wissenschaften genügt. In diesem Sinne könnte man auch Kelsen als idealsprachlichen Positivisten bezeichnen, der eine juristische Wissenschaft hoher logischer Präzision zu schaffen versucht, wobei ein so schwer definierbarer Begriff wie Gerechtigkeit stört.

⁸⁸ Vgl. Keil in Martens/Schnädelbach, Philosophie Grundkurs Bd.2, S. 579.

⁸⁹ Hrsg. Horn Christoph und Scarano Nico, Philosophie der Gerechtigkeit, Frankfurt/Main, 2002

Aber auch Stefan Gosepath, befasst sich in seiner Arbeit „Gleiche Gerechtigkeit“ (2004) wie selbstverständlich mit der Semantik des Gerechtigkeitsbegriffes und gelangt in diesem Zusammenhang ebenfalls zu fast gleich lautenden Ergebnissen wie Höffe, was sich an Gosepaths Abhandlung der Unparteilichkeitsthematik deutlich zeigt.⁹⁰

Wie Höffe aber zugestehen muss, besteht die Herausforderung allerdings noch nicht in der Analyse der faktischen Verwendung der Gerechtigkeitsprädikate, sondern in ihrer Rechtfertigung. In diesem Punkt treten dann schließlich auch die Unterschiede zwischen den verschiedenen Gerechtigkeitstheorien deutlich hervor, selbst wenn die semantischen Analysen der verschiedenen (Rechts-)Philosophen vorerst zu ähnlichen Ergebnissen führen.

Einige Rezensenten der „Politischen Gerechtigkeit“ bringen Zweifel an der Stichhaltigkeit der Argumente für Höffes Semantik in legitimatorischer Absicht vor. Es wird unter anderem kritisiert, dass die Legitimation der Legitimationsfrage, die „metalegitimatorische Aufgabe“⁹¹ unklar und willkürlich erscheint.⁹²

Wolfgang Kersting bemängelt gerade in diesem Zusammenhang die von Höffe vorgenommene Verschränkung der ‚Legitimation der Gerechtigkeitsperspektive‘ mit der ‚Legitimationsaufgabe: Zwangsbefugnis‘ ausdrücklich als „unverständlich“.⁹³ Höffe führe nicht klar aus, weshalb die beiden denklologisch miteinander verknüpft sind und bringe dafür eben keine ausreichenden Argumente vor. Allein die Behauptung, dass der Legitimationsbegriff „gerecht“ dann legitimiert ist, wenn er sich als geeignetes Vehikel für die Lösung der Legitimationsaufgabe Zwangsbefugnis erweist, reicht Kersting nicht. Dieser Einwand ist wohl nicht gänzlich unberechtigt. Die Legitimation der Gerechtigkeitsperspektive soll ja zeigen, mit welchem Recht man Gerechtigkeit einfordern kann. Wieso dies mit der Rechtfertigung einer Zwangsbefugnis verknüpft sein soll, führt Höffe tatsächlich nur mangelhaft aus. Kersting kritisiert weiters, dass eine Legitimation der Zwangsbefugnis gewisse Gerechtigkeitsprinzipien doch schon voraussetzt, zu deren Durchsetzung eben dann

⁹⁰ Vgl. Gosepath, Gleiche Gerechtigkeit, S. 36ff.

⁹¹ Höffe, PG, S. 62.

⁹² Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 27.

⁹³ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 27.

Zwang angewendet werden darf. Kersting konstatiert: „Bei Höffe scheint es (...) so zu sein, dass die Auflösung der metalegitimatorischen Aufgabe mit der Auflösung der Aufgabe der Zwangsbegründung zusammenfällt.“⁹⁴ Die Begründung der Gerechtigkeitsperspektive wäre demnach weniger die erhoffte Legitimation der Gerechtigkeitsperspektive, denn eine „Bewährung der deskriptiv-semantisch bestimmten, historisch vorfindlichen Gerechtigkeitskonzeption an der Begründungsaufgabe Zwang.“ Eine Legitimation der Zwangsbefugnis stellt in den Augen Kerstings keine Legitimation der Gerechtigkeitsperspektive dar, sondern höchstens eine Teillegitimation, insofern jeder Theorie der Gerechtigkeit auch die Legitimationsaufgabe Zwangsbefugnis immanent ist. Höffe könne daher für seine ‚metalegitimatorische Aufgabe‘ allenfalls eine „sublegitimatorische Lösung“ anbieten, da seine Gerechtigkeitsphilosophie nur den Übergang von den in der faktischen Verwendung der Gerechtigkeitsprädikate sich manifestierenden Gerechtigkeitsvorstellungen zu ihrer philosophischen Explikation vollziehen kann.⁹⁵ Mit anderen Worten: Höffe kann zwar die in der faktischen Verwendung von Gerechtigkeitsprädikaten zum Ausdruck kommenden Gerechtigkeitsvorstellungen in seiner Theorie umfassend darstellen und erklären, aber nicht begründen.

Wesentlich erscheint in diesem Kontext auch Kerstings Einwand, warum Höffe dies nicht begründen kann. Nach Höffe ist jeder Zwang zu rechtfertigen, da er die Handlungsfreiheit des einzelnen einschränkt.⁹⁶ Das wird von Höffe aber nur beiläufig festgehalten. Eine nähere Begründung, warum dies so ist, bleibt er tatsächlich schuldig. Dass eine Einschränkung der Handlungsfreiheit zu begründen oder zu rechtfertigen ist, ergibt sich aber nicht von selbst. Auch wenn man es als evident betrachten würde, dass eine Einschränkung der Handlungsfreiheit zu begründen ist, würde der Hinweis darauf eine Legitimation nicht ersetzen können, da Evidenzen keine legitimatorische Begründungskraft besitzen. Kersting konstatiert daher, dass ein Sachverhalt überhaupt nicht als solcher legitimationsbedürftig und folglich die *normativ* explizierbare Eigenschaft dieser Legitimationsbedürftigkeit auch nicht aus den *deskriptiven* Merkmalen des Sachverhaltes ableitbar wäre: „Die Einsetzung der deskriptiv ermittelten Bedeutungskomponenten des Gerechtigkeitsbegriffes in legitimatorischer, sowohl den Zwang als auch zugleich die Gerechtigkeitsperspektive

⁹⁴ Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 28.

⁹⁵ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 28.

⁹⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 71.

legitimierende Absicht kann nicht zusätzlich auch zur Rechtfertigung eben der menschenrechtlichen Wertstellungen führen, die den normativen Hintergrund für die Feststellung der Legitimationsbedürftigkeit des Zwangs bilden.“⁹⁷

Mit anderen Worten: Wenn man etwa als unbeteiligter Dritter (ohne moralisches Vorverständnis) beobachtet, wie eine Person die Handlungsfähigkeit einer anderen einschränkt, kann man sich auch gar nichts dabei denken, solange man nicht selbst betroffen ist. Es gibt keinen zwingenden Grund diesen Sachverhalt für legitimationsbedürftig zu halten, außer ich anerkenne bereits die menschenrechtliche Wertstellung, dass jede Einschränkung der Handlungsfreiheit zu begründen ist. Kerstings Argument scheint tatsächlich eine Schwachstelle der Höffeschen Theorie aufzuzeigen. Interessanterweise ähnelt diese Kritik in etwa jener Höffes an Rawls Begründung der Gerechtigkeitsprinzipien. Diese würden einen Gerechtigkeitssinn voraussetzen, wobei aber im Gerechtigkeitssinn schon ein normatives Leitprinzip, nämlich die Unparteilichkeit, enthalten ist.⁹⁸

Was bedeutet aber diese Kritik für das Gelingen der Legitimationsaufgabe? Höffe lässt offen, wie die „Legitimierung legitimierender Gerechtigkeit“ gelingen kann und was unter dieser Legitimierung legitimierender Gerechtigkeit überhaupt zu verstehen ist. Die Verschränkung der Legitimationsaufgabe Zwangsbefugnis mit der Legitimation der sittlichen Perspektive („dem moralischen Standpunkt) bringt offenbar keine Antworten hervor, die uns die Lage versetzen, den objektiven Gültigkeitsanspruch positiv zu entscheiden.

Da aber die Frage nach der Legitimationsbedürftigkeit des Zwanges von allen maßgeblichen (Rechts)Philosophen thematisiert wurde bzw. diskutiert wird kann man wohl sagen, dass in der politischen Moderne die Grundüberzeugung vorherrscht, dass keine Freiheitseinschränkung legitime Geltung beanspruchen darf, die nicht die Zustimmung der von ihr Betroffenen finden kann. Diese Grundüberzeugung ist so unstrittig, dass man sie auch als normativen Grundsatz bezeichnen kann. Vor dem Hintergrund dieses normativen Grundsatzes unserer politischen Kultur kann man daher von einer Unabweisbarkeit der Legitimationsbedürftigkeit des Zwanges sprechen, sodass man mit Höffe diese Prämisse beibehalten kann. Auch Kersting

⁹⁷ Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 30.

⁹⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 47.

geht in diesem Zusammenhang von der Unabweisbarkeit der Legitimationsbedürftigkeit des Zwanges aus, sodass sich für ihn die aufgezeigten Mängel der Höffeschen Theorie nicht nachteilig auf den Versuch der Höffeschen Rechts- und Staatsbegründung auswirken.⁹⁹

Es finden sich in der Literatur aber nicht nur kritische Einwände, sondern auch Argumente, die Höffes Theorie grundsätzlich bestätigen. In der Rechtsphilosophie wird schließlich weitgehend anerkannt, dass die Legitimationsaufgabe Zwangsbefugnis grundsätzlich durch die Versuchsanordnung Naturzustand/Gesellschaftsvertrag gelöst werden kann bzw. die Lösung impliziert. Der große Vorteil dieser Konstruktion ist demnach, außer ihrer Verständlichkeit, ihre Anwendbarkeit auf *die Frage nach dem Recht zu zwingen*, das gerade die Besonderheit der Gerechtigkeitsregeln ausmacht.¹⁰⁰ Ebenso ist die Frage, weshalb die Einhaltung von Regeln erzwungen werden darf, für jede Gerechtigkeitstheorie eine entscheidende Begründungs- oder Rechtfertigungsfrage. Höffe beantwortet die Frage, wie bereits ausgeführt, mit dem Argument des distributiven Vorteils.

Nach Steinvorth ist aber die Frage der Erzwingbarkeit von Regeln letztlich der Frage der Verbindlichkeit von Regeln nachgeordnet.

Für ihn bieten sich hier zwei Erklärungsmodelle an, die im Folgenden in der gebotenen Kürze wiedergegeben werden, da sie einen möglichen Kritikpunkt an Höffes philosophischem Ansatz verdeutlichen. 1.) Das Modell der Spielregeln und 2.) das Modell der Etikette. Aufgrund der Tatsache, dass Spielregeln in ihrer Verbindlichkeit für die Mitspieler gut zu verstehen sind, liegt der Schluss nahe, mit ihrer Hilfe ebenso die Verbindlichkeit von Gerechtigkeitsregeln (und der damit verbundenen Befugnis zu zwingen) zu verstehen. Das damit verbundene Hauptproblem liegt darin, dass die Mitspieler in der realen Welt (abseits vom theoretischen Naturzustand) faktisch ungleich sind. Dies bedeutet aber regelmäßig, dass die Menschen kein Eigeninteresse an der allgemeinen Anerkennung von Gerechtigkeitsregeln haben müssen. Damit wäre aber Höffes These von der nicht über die Klugheit hinausgehenden Moral angreifbar.¹⁰¹

⁹⁹ Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S.30.

¹⁰⁰ Vgl. Steinvorth in Martens/ Schnädelbach, Philosophie Grundkurs Bd.1, S.330ff.

¹⁰¹ Vgl. Höffe, PG, S. 402.

Da das Modell der Spielregeln die Begründungsleistung – so Steinvorth – nicht erbringen kann, ist das Modell der Etikette vorzuziehen, dem in der Rechtsphilosophie bislang weniger akademische Aufmerksamkeit zuteil wurde.

Demnach kann man Gerechtigkeitsregeln als jene Regeln „der eigentlich menschlichen bzw. menschenwürdigen Gesellschaft verstehen, als Regeln der Gemeinschaft derer, die nicht zu den Wilden und Gesetzlosen außerhalb der beschützten Grenzen gehören wollen, die, wenigstens in der Vorstellung der Zivilisierten, wie Tiere einander Gewalt tun, keinen Begriff von Ehrlichkeit und Anstand haben und nur nach dem so genannten Recht des Stärkeren leben.“¹⁰²

Für Philosophen wie Plato, Locke, Rousseau, Kant und Rawls ist nach Steinvorth die Befolgung der Gerechtigkeitsregeln tatsächlich die Etikette und Ausweis der Unterscheidung von Mensch und Tier.¹⁰³ Höffe müsste man wohl auch dazu zählen, insofern auch für ihn der Mensch nicht lediglich ein Lebewesen unter vielen ist.¹⁰⁴

Nachdem mit der Darstellung von Höffes semantischer Analyse die Vorbereitung der Widerlegung des Rechtspositivismus abgeschlossen ist, folgen die Darstellung und Kritik seiner Positivismuswiderlegung.

¹⁰² Steinvorth in Martens/ Schnädelbach, Philosophie Grundkurs Bd.1, S.366.

¹⁰³ Vgl. Steinvorth in Martens/ Schnädelbach, Philosophie Grundkurs Bd.1, S.336ff.

¹⁰⁴ Vgl. Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 39.

IV. Höffes Auseinandersetzung mit dem Rechtspositivismus

In seiner Auseinandersetzung mit dem Rechtspositivismus beschäftigt sich Höffe mit den maßgeblichsten rechtspositivistischen Positionen und steckt damit ein weites Feld ab, das von Hobbes und dem rechtsethischen Relativismus über die Reine Rechtslehre Kelsens und die Imperativentheorie nach Austin bis zur analytischen Konzeption Harts und dem systemtheoretischen Prozeduralismus Luhmanns reicht.¹⁰⁵

Der Rechtspositivismus wird gemeinhin als jene juristische Richtung verstanden, welche das Recht mit dem in Gesetzen, Satzungen, Grundsatzurteilen usw. gegebenen so genannten positiven Recht gleichgesetzt und sowohl das Naturrecht wie alle ausdrücklich nicht in ein Gesetz zugelassener Maßstäbe und Wertungen ablehnt.¹⁰⁶ Höffes „Politische Gerechtigkeit“ beruft sich hingegen ausdrücklich auf das Naturrecht, insoweit sie von ihm selbst auch als normative Grundlage bzw. „legitime Erbin“ der Naturrechtstradition bezeichnet wird.¹⁰⁷

Der Rechtsbegriff ist auch deswegen ein in hohem Maße umstrittener Begriff, da er mit differierenden politischen Weltanschauungen eng verwoben ist.¹⁰⁸ Dies ist wohl unumstritten und zeigt sich auch in der täglichen politischen Auseinandersetzung und Berichterstattung, dass im Einzelfall oftmals keine Einigkeit darüber herrscht, was gerecht ist bzw. kann man von verschiedenen politischen Standpunkten aus ein und denselben Sachverhalt mal als (sozial) gerecht oder ungerecht ansprechen.

Höffe erläutert daher ausführlich die Stellung seiner ‚Politischen Gerechtigkeit‘ im Spannungsverhältnis von Naturrecht und Positivismus, bevor er im Kapitel „Mythos Rechtspositivismus“ mit der Widerlegung des Positivismus fortfährt. Er bedient sich

¹⁰⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 3f.

¹⁰⁶ Meiner, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, S. 510.

¹⁰⁷ Vgl. Höffe, PG; S. 109.

¹⁰⁸ Vgl. Koller, Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen in Neumann/Kirste, Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, S. 162.

bei dieser Aufgabenstellung wiederum der Gegenüberstellung gegenläufiger (rechts-)theoretischer Behauptungen: einem Rechtspositivismus einerseits und einem sogenannten Rechtsmoralismus andererseits, den Höffe durch den deutschen Rechtsphilosophen Radbruch¹⁰⁹ (1878-1948) und seine (als Reaktion auf das Unrechtsregime des Dritten Reichs gedachte) These geprägt sieht, dass man positives Recht gar nicht anders definieren könne, als eine Ordnung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. Höffe bezeichnet dieses Spannungsverhältnis als „Antinomie der Rechtstheorie“¹¹⁰, da sich sowohl für den Rechtspositivismus als auch den Rechtsmoralismus (die allerdings einander ausschließen) gute Argumente finden lassen. Für ihn spitzt sich die Auseinandersetzung in den Fragen zu, ob man zwischen einer relativen und einer absoluten Trennung von Recht und Moral unterscheiden muss sowie bei der Definition des Rechts nur im Speziellen, aber nicht im Allgemeinen auf den Gerechtigkeitsbezug verzichten darf.¹¹¹ Wie im Folgenden gezeigt wird, wählt Höffe mit der Einführung eines dreidimensionalen Rechtsbegriffs einen Weg, der den Rechtsbegriff unabdingbar mit der Gerechtigkeitsperspektive verknüpft, ohne dass der Rechtsbegriff für die juristische Praxis wertlos würde, worauf er Wert legt.

Höffe unterscheidet in seiner Analyse drei Formen bzw. aufsteigende Stufen des Rechtspositivismus, um in weiterer Folge jene Aussagen zusammenzufassen, mit denen er einen strengen rechtstheoretischen Positivismus rekonstruieren kann. Erst ein strenger rechtstheoretischer Positivismus stellt nach Höffe die höchste Stufe der Verneinung der Gerechtigkeitsperspektive dar und macht eine Widerlegung notwendig.

Auf der ersten Stufe (*Vorstufe*) liegt nämlich noch gar kein Positivismus vor, sondern lediglich eine allgemeinen Rechtstheorie, die nach Höffe positivismusneutral ist, solange sie keine ausdrückliche Verneinung der Gerechtigkeitsperspektive vornimmt. Er weist in diesem Zusammenhang die Vermutung zurück, dass schon dann ein Positivismus anzunehmen wäre, wo sich „die Begriffserklärung auf den Gegenstandsbereich einer positiven Rechtswissenschaft, das tatsächlich geltende

¹⁰⁹ Wobei Radbruch im Laufe seines Lebens zunächst positivistische Positionen vertrat und erst später –angesichts der Schreckensherrschaft des NS-Staates- seine naturrechtliche These formulierte.

¹¹⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 123.

¹¹¹ Vgl. Höffe, PG, S. 129.

Recht, einschränkt und alle anderen Begriffe beiseite läßt.“¹¹² Höffe vermeint darin lediglich einen thematischen Rechtspositivismus erkennen zu können, welcher seiner Gerechtigkeitstheorie keine Probleme bereitet, solange nicht ausdrücklich auch das (moralisch) gesollte Recht untersucht wird. Letztlich ist für ihn die thematische Spezialisierung sogar eine notwendige Voraussetzung einer autonomen Wissenschaft des positiven Rechts: „Statt die Gerechtigkeitsperspektive in Frage zu stellen, erbringt die thematische Spezialisierung in der Rechtstheorie eine bemerkenswerte wissenschaftstheoretische Leistung: die Definition und Konstitution einer autonomen Wissenschaft des positiven Rechts.“¹¹³ Er unterstellt weiters, dass es dieses Definitions- und Konstitutionsinteresse ist, das die Hauptintention der neuzeitlichen Rechtspositivisten bildet (wobei er exemplarisch Austin, Hart und Kelsen erwähnt), wodurch die Gerechtigkeitsperspektive zur Nebensache wird. Solange man aber im Recht die deskriptive Frage nach dem tatsächlich geltenden von der Frage nach dem (sittlich) richtigen Recht abgrenzt und sich lediglich auf die Beantwortung einer von beiden Fragen konzentriert, ist nach Höffe noch keine Provokation der Gerechtigkeitstheorie zu befürchten.¹¹⁴

Auch die zweite Stufe (Höffe bezeichnet sie als „Nullstufe“) des rechtstheoretischen Positivismus stellt noch keine Provokation der Gerechtigkeitstheorie dar. Die Nullstufe zeichnet sich nach Höffe dadurch aus, dass man die positive Rechtswissenschaft als Wissenschaft der tatsächlich geltenden Rechtsnormen bzw. als von allen nichtpositivrechtlichen Elementen freie Wissenschaft versteht. Allerdings macht Höffe auf eine Bedingung aufmerksam, unter der diese Form des rechtstheoretischen Positivismus steht um als gerechtigkeitsneutral gelten zu können: „Solange sich die Rechtstheorie mit der doppelten thematischen Spezialisierung zufrieden gibt und weiß, dass sie sich statt für das Recht überhaupt nur für das positive Recht unter rechtsdogmatischer Perspektive interessiert, enthält sie für den Gerechtigkeitsstandpunkt keine Provokation.“¹¹⁵

Erst auf der dritten Stufe seiner Rekonstruktion, dort wo Gerechtigkeit sowohl aus einem Spezialdiskurs, als auch aus *jedem* Rechts- und Staatsdiskurs ausgeblendet

¹¹² Höffe, PG, S.115.

¹¹³ Höffe, PG, S.116.

¹¹⁴ Vgl. Höffe, PG, S.116.

¹¹⁵ Höffe, PG, S.117.

wird, spricht Höffe von einem (rechtstheoretischen) Positivismus als Provokation der Gerechtigkeitsperspektive.¹¹⁶ Nach Höffe gibt es im Wesentlichen drei Arten von Argumenten, die dies vermeintlich begründen und ebenso viele Spielarten eines rechtstheoretischen Positivismus bezeichnen.

Zu jenen „strengen“ positivistischen Thesen, die Gerechtigkeit aus jedem wissenschaftlichen Rechts- und Staatsdiskurs ausblenden, zählt Höffe 1.) einen allgemein wissenschaftstheoretisch begründeten Positivismus, nach dem Gerechtigkeit überhaupt aus jedem wissenschaftlichen Diskurs herausfalle (mit Kelsen als herausragendem Vertreter),¹¹⁷ 2.) einen rechtstheoretisch fundierten Positivismus (oder auch rechtstheoretischen Positivismus im engeren Sinn), für den Gerechtigkeit schlicht nicht zu den Geltungsbedingungen des positiven Rechts gehört¹¹⁸; und 3.) einen Rechtspositivismus als sozialgeschichtliche Theorie (mit Luhmann als beispielhaftem Vertreter), wonach für das moderne Recht die Nichtzugehörigkeit der Gerechtigkeit zum Recht charakteristisch sei.¹¹⁹ In der ersten und zweiten Variante liegt nach Höffe ein geschichtsunabhängiger oder grundsätzlicher, in der dritten ein epochal gültiger, modernitätstheoretischer Positivismus vor. Das bedeutet letztlich nichts anderes als, dass die ersten beiden Varianten die Relevanz der Gerechtigkeit grundsätzlich leugnen, während der Rechtspositivismus als sozialgeschichtliche Theorie lediglich behauptet, dass heutzutage, für unsere Epoche, der Gerechtigkeit für das Recht keine immanente Bedeutung (mehr) zukommt.

Höffe entwickelt in weiterer Folge jenen dreidimensionalen Rechtsbegriff, mit dem er die „strengen“ positivistischen Rechtstheorien systematisch klassifizieren kann. Die erste Dimension des Rechtsbegriffes begreift Höffe im Willen und der Macht zur Rechts(durch)setzung. Die zweite Dimension erweitert den Rechtsbegriff um das Moment der Befugnis (zur Rechtssetzung), während die dritte Dimension das Moment der Anerkennung (durch die Rechtssubjekte) enthält. Dem korrelieren wiederum drei Formen des Positivismus. Erstens ein naiver oder radikaler Positivismus, dessen Rechtsbegriff nur die erste Dimension, den Willen und die

¹¹⁶ Höffe, PG, S. 117.

¹¹⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 166.

¹¹⁸ Höffe behandelt in diesem Zusammenhang etwa Hobbes „Leviathan“.

¹¹⁹ Vgl. Höffe, PG, S. 118.

Macht anerkennt und zweitens ein abgeschwächter oder reflektierter Positivismus, der -wie Kelsens Rechtstheorie- das Moment der Befugnis berücksichtigt. Nach Höffe führt schließlich drittens ein so genannter „Restpositivismus“ das Moment der Anerkennung ein, dass aber – unter anderem auch von Hart – nur rein empirisch (und nicht normativ) verstanden wird.¹²⁰

Es ist offensichtlich, dass Höffe Wert auf eine gründliche Auseinandersetzung mit dem Rechtspositivismus legt. Er versteht die genannten rechtspositivistischen Theorien als eine eventuelle Provokation seiner Gerechtigkeitsphilosophie und überprüft sie darauf, welche Bedeutung sie der Gerechtigkeitsperspektive bei ihrer Definition des Rechtsbegriffes beimessen. En passant nützt er diese Auseinandersetzung, um zu einem präziseren Rechts- und Staatsbegriff zu gelangen.¹²¹ Er stellt mit seiner Theorie der Gerechtigkeit immerhin die – unter vielen Juristen noch immer umstrittene – These auf, dass sich „das positive Recht *insgesamt* nicht ohne Rückgriff auf eine Gerechtigkeitsperspektive definieren lasse“¹²².

Auffallend ist, dass der argumentative Aufbau von Höffes Arbeit vor allem an Hand von ‚Antinomien‘, die er hier als gegensätzlichen philosophischen Denkrichtungen versteht, erfolgt. Das zeigt sich bereits bei seiner Auseinandersetzung mit den Fragen nach der Konflikt- oder Kooperationsnatur der Menschen bzw. ob man nach Glück oder Freiheit strebt, wo er ebenfalls gegenläufige philosophische Thesen gegenüberstellt und aus deren Analyse seine eigenen Antworten begründet. Höffe erklärt auch die wechselseitige Verschränkung von Staatlichkeit und Gerechtigkeit im Zuge einer Doppelwiderlegung der antagonistischen anarchistischen und rechtspositivistischen Thesen von der wechselseitigen Ausschließlichkeit von Staatlichkeit und Gerechtigkeit.¹²³

Höffe geht es aber ebenso um die grundsätzliche Möglichkeit eines vor- bzw. überpositiven Standpunktes der Kritik des geltenden Rechts, um es von der nackten Gewalt großer Räuberbanden abgrenzen zu können. Normalerweise indiziert die

¹²⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 137f.

¹²¹ Vgl. Höffe, PG, S. 112.

¹²² Höffe, PG, S. 112.

¹²³ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 30.

Berufung auf überpositive Normen eine Nähe zum Naturrechtsdenken, das allerdings dem Vorwurf des Sein-Sollens-Fehlschlusses ausgesetzt ist. Dem Sein-Sollens-Fehlschluss bzw. der Verletzung des Hume'schen Gesetzes, vermeint Höffe entgehen zu können, indem er sich zwar auf deskriptive Aussagen über die Natur beruft, diesen Aussagen aber eine normative Prämisse vorausstellt. Die normative Prämisse ist für Höffe entscheidend dafür, dass das Hume'sche Gesetz nicht verletzt wird. Offen bleibt dann lediglich die Frage nach der Verbindlichkeit der vorangestellten Prämisse, welche von Höffe (wie bereits ausgeführt) unter Zuhilfenahme seiner Semantik in deskriptiv-legitimatorischer Absicht - einschließlich des Kriteriums des distributiven Vorteils- eindeutig beantwortet wird.

IV.1. Höffe und Hobbes

Folgt man Höffe, so kommt Thomas Hobbes für den rechtstheoretischen Positivismus eine besondere Rolle zu. Die erste Auseinandersetzung mit der Philosophie Thomas Hobbes findet bereits in der Einleitung statt. Schon im Zuge der Erläuterung des Programms der „Politischen Gerechtigkeit“ stellt Höffe die äußerst bildhafte programmatische Forderung „Justitia statt Leviathan“ auf.¹²⁴

Er spielt damit auf Hobbes' bekanntestes Werk „Leviathan“ an, das 1651 in London veröffentlicht wurde und für die damalige Zeit in revolutionärer Art und Weise die Notwendigkeit staatlicher Ordnung rechtfertigte. In methodischer Hinsicht ist an Hobbes' Hauptwerk auffällig, dass er versuchte die mathematisch orientierte Naturwissenschaft auf die Rechts- und Staatslehre anzuwenden, wodurch er auf die Entwicklung der Rechts- und Staatsphilosophie der folgenden Jahrhunderte einen enormen Einfluss ausübte. Der „Leviathan“ verkörpert dabei den absoluten Staat, der dem Naturzustand, in dem ein Krieg aller gegen alle regiert, diametral gegenübersteht. Hobbes widerspricht damit, wenn er den Menschen eine ungesellige, habgierige und brutale Natur attestiert, vor allem Aristoteles, der noch

¹²⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 12ff.

von der anthropologischen Annahme ausging, dass der Mensch von Natur aus ein „zoon politikon“ sei.¹²⁵

Auch kritisiert Hobbes Aristoteles' Unterscheidung zwischen kommutativer und distributiver Gerechtigkeit bzw. seinen Objektivismus bei der Bestimmung von gerechten Güterquanten. Hobbes entscheidet sich für das Prinzip „volenti non fit iniuria“ und offenbart somit seine voluntaristische Auffassung von Gerechtigkeit: Gerechtigkeit ist demnach vielfach das, was autonome Vertragspartner als solche anzusehen bereit sind.¹²⁶ Dieses (bereits römisch-rechtliche) Prinzip ist auch weiterhin für das moderne Rechtsverständnis prägend und im Grundsatz der Vertragsfreiheit (allerdings mit gewissen Einschränkungen) im österreichischen Recht verankert.¹²⁷

Zusammenfassend kann man sagen, dass Hobbes im 13. Kapitel seines Werkes „Leviathan“ (anthropologisch betrachtet) zwar nicht bestreitet, dass die Menschen hinsichtlich ihrer körperlichen oder geistigen Fähigkeiten Unterschiede aufweisen. Aber er betrachtet diesen Umstand (wie Höffe) als irrelevant, weil dennoch selbst der Schwächste in der Position wäre, den Stärksten zu töten, sei es durch List oder durch ein Bündnis mit anderen. Hobbes nimmt eine radikale Interessenreduktion vor, indem er den menschlichen Selbsterhaltungstrieb und das Streben nach Glück als die alles dominierenden Motive menschlichen Handelns unterstellt.¹²⁸ Der Mensch ist bei Hobbes nicht von einer allgemeinen Vernunft geleitet, sondern ausschließlich durch sein rationales Eigeninteresse (in Frieden zu leben) motiviert und daher ein egoistischer Nutzenmaximierer. Hobbes folgert, dass der Staat kein naturgegebenes Element ist, sondern ein künstliches Gebilde, das aus Not und Einsicht entstanden ist: aus der Not heraus, weil keiner allein in der Lage ist, sich ausreichend vor den anderen zu schützen; und aus der Einsicht, dass nur eine Staatengründung dem Frieden und der Selbsterhaltung dienen kann. Für Hobbes ist Friede das höchste Ziel, nach dem alle streben.¹²⁹ Diese Einsicht erscheint angesichts seiner Biographie

¹²⁵ Vgl. Grabner-Haider, Die wichtigsten Philosophen, S. 86.

¹²⁶ Horn/Scarano, Philosophie der Gerechtigkeit, S. 155.

¹²⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II., S. 12.

¹²⁸ Vgl. Hobbes, Leviathan, Kap. 13 in Horn/Scarano, Philosophie der Gerechtigkeit, S. 165f.

¹²⁹ Vgl. Hobbes, Leviathan, Kap. 15 in Horn/Scarano, Philosophie der Gerechtigkeit, S. 169f.

wenig verwunderlich.¹³⁰ Der Friede ist allerdings nur dadurch zu gewährleisten, dass jedermann dafür, dass ihm Schutz gewährt wird, die gesamte persönliche Macht und Freiheit an einen Willen abgibt, der dann den Gesamtwillen repräsentiert. Für Hobbes ist daher auch die absolute Monarchie die beste Staatsform. Bezüglich seiner Ethik ist bemerkenswert, dass sie völlig von seiner Anthropologie und von seiner Begeisterung für die damals vorherrschende Naturphilosophie geprägt ist.¹³¹

Höffe hält im Zuge der Auseinandersetzung mit Hobbes fest, dass in der einen oder anderen Form jedes politische Gemeinwesen Zwangsbefugnisse ausüben kann, wodurch es zu einer Herrschaftsinstitution wird, die die bedrohlichen Züge eines Staates mit Blankovollmacht, eines omnipotenten oder absolutistischen Staates annehmen kann. Hobbes hat, indem er die unüberwindliche, absolute Staatsgewalt mit dem alttestamentarischen Seeungeheuer „Leviathan“ aus dem Buch Hiob vergleicht, eine Metapher geschaffen, die noch heute anschaulich die behauptete Omnipotenz des Staates widerspiegelt. Höffe sieht nun die Aufgabe seiner Rechts- und Staatsphilosophie darin, den tendenziell übermächtigen Staat, den „Leviathan“, mit sittlichen Argumenten in seine Schranken zu weisen: „An die Stelle des Leviathan, der nur die Insignien der Herrschaft trägt, tritt Justitia, deren Herrschaftssymbol, das Schwert, von vornherein im Dienste der Gerechtigkeit steht.“¹³²

Hobbes' besondere Rolle bei der Diskussion des Positivismus im Rahmen der Höffeschen Rechts- und Staatsphilosophie ergibt sich unter anderem aus seiner bekannten und oft rezierten These „non veritas sed auctoritas facit legem“ (Leviathan, Kap. 26).¹³³ Allerdings versteht Höffe diese These im Gegensatz zu anderen Rechtsphilosophen nicht als vermeintliche Grunddevise eines neuzeitlichen Rechts- und Staatspositivismus. Vielmehr interpretiert er den berühmte Satz so, dass er auf drei Minimalbedingungen aufmerksam macht, bei deren Nichtbeachtung eine Rechtstheorie –unabhängig davon ob sie positivistisch oder antipositivistisch ist- als naiv zu gelten hat. Die erste Minimalbedingung bzw. Teilbehauptung lautet, dass Rechtsnormen nicht zu einer Natur gehören, der man kontemplativ gegenübertritt.

¹³⁰ Im Zuge seines Lebens musste Hobbes viermal seine Heimat auf Grund von Bürgerkriegen verlassen (Vgl. Grabner-Haider, Die wichtigsten Philosophen, S. 86f).

¹³¹ Vgl. Anton Grabner-Haider, Die wichtigsten Philosophen, S. 87f.

¹³² Höffe, PG, S. 21.

¹³³ Vgl. Höffe, PG, S. 130.

Sie werden von Menschen ersonnen und sind daher nicht natürlich, sondern künstlich. Die zweite Teilbehauptung lehnt jenen strengen Rechtsmoralismus ab, der schon die Einsicht in die Ungerechtigkeit mit der Nichtgeltung gleichsetzt. Höffe fasst zunächst diese beiden Teilbehauptungen zusammen und hält fest, dass man Hobbes These von der Geltung des Rechts als „Geltung kraft Autorität“ bzw. genauer als „Geltung kraft autorisierter Macht“ verstehen kann. Die dritte Teilbehauptung wird von Höffe sodann auch als dritte Dimension der Hobbesschen Geltungstheorie bezeichnet und besagt, dass zum Moment der Rechtsbefugnis eine Befugnis zweiter Stufe hinzutritt, die auch „Legitimität“ heißt. Nach Höffe kann man Hobbes These „Geltung kraft Autorität“ schließlich als Formel „Geltung kraft Konsens“ interpretieren. Hobbes Theorie ist daher für Höffe nicht den Machttheorien der Geltungstheorien des Rechts zuzuordnen, sondern aufgrund des geschilderten Moments der Befugnis der Theoriengruppe der Ermächtigungstheorien. Für Höffe bedeutet dies auch, dass Hobbes' Rechtstheorie eine klare Gerechtigkeitsbedeutung enthält. Allerdings vertritt Hobbes nur eine rechtskonstituierende Gerechtigkeit ohne eine rechtsdefinierende Gerechtigkeit anzuerkennen. Hobbes erkennt zwar nach Höffe die Gerechtigkeit als notwendiges Begriffselement eines Staats- oder Rechtswesens an, aber diese Anerkennung ist letztlich nur die Einsetzung der öffentlichen Macht. Die Gerechtigkeit dient bei Hobbes nur der Ermächtigung bzw. Legitimation einer Zwangsinstitution, aber nicht ihrer Limitation, kritisiert Höffe. Genau diese Lücke versucht er schließlich auch mit seiner kritischen Theorie der politischen Gerechtigkeit schließen. Höffe stellt weiters fest, dass Hobbes Theorie trotzdem auf der Begründungsseite zumindest gerechtigkeitsoffen ist, während z.B. Kelsen die Rechtstheorie gegen die Gerechtigkeit vollständig abschirmen will. In der Positivismus-Diskussion unternimmt Höffe aber noch nicht die Widerlegung des Hobbesschen Staatsabsolutismus, sondern versucht seine Theorie von der Dreidimensionalität des Rechtsbegriffes genauer herauszuarbeiten.¹³⁴

Die Auseinandersetzung mit Hobbes zieht sich durch Höffes gesamtes Werk und endet erst im letzten Abschnitt der „Politischen Gerechtigkeit“ im Kapitel „Abschied vom Leviathan“.¹³⁵ Darunter versteht Höffe – wie noch gezeigt wird – aber nicht die Verabschiedung des Staates überhaupt, sondern lediglich den Abschied von der (Hobbesschen) Vorstellung, der Staat habe eine „Blankovollmacht“ gegenüber

¹³⁴ Vgl. Höffe, PG, S.135f.

¹³⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 433.

seinen Bürgern. Mit Gerhardt kann man sagen, dass Höffe Sinn und Aufgabe des Staates in den *Rechtsstaat* legt.¹³⁶

IV.2. Höffe und Kelsen

Während Hobbes in allen drei Teilen der „Politischen Gerechtigkeit“ ausführlich behandelt wird, erfolgt die Auseinandersetzung mit Hans Kelsen (1881-1973) ausschließlich im Zusammenhang mit der Widerlegung des Rechtspositivismus. Im Gegensatz zu Hobbes beschränkt sich Kelsens wirkungsgeschichtlicher Einfluss letztlich auch „nur“ auf die Rechtswissenschaften. Mit seiner juristischen Theorie hat er andererseits weltweite Beachtung gefunden.¹³⁷ Höffe moniert, dass Kelsen, den er zwar als einflussreichen Rechtstheoretiker schätzt, die Gerechtigkeitsperspektive und das Naturrechtsdenken - im Gegensatz zu Hobbes - gänzlich ablehnt.¹³⁸ Er bezeichnet ihn einerseits als Vertreter eines „rechtsethischen Emotivismus oder Nonkognitivismus“¹³⁹, der die Gerechtigkeit für schlechthin unerkennbar hält und andererseits als Vertreter eines reflektierten Positivismus, der das Recht, als durch eine autorisierte Macht zureichend definiert erachtet und per definitionem ohne Gerechtigkeitsaspekte auskommt.¹⁴⁰

Kelsen schließt seine bekannte Abhandlung über die Gerechtigkeit, tatsächlich mit einem relativistischen Bekenntnis: „Ich muss mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist.“¹⁴¹ Im Zuge dieser Abhandlung beschäftigt er sich mit mehreren Gerechtigkeitstheorien bekannter Philosophen und schließt angesichts zahlreicher widerstreitender Gerechtigkeitsprinzipien darauf, dass objektive Gerechtigkeit nicht erkennbar sei.¹⁴² Kelsen geht zwar nicht so weit zu sagen, dass es keine Gerechtigkeit gibt, sondern behauptet, dass man zwischen verschiedenen Normen keine objektiv begründete

¹³⁶ Vgl. Volker Gerhardt, Das wiedergewonnene Paradigma in Gerechtigkeit als Tausch?, S.67.

¹³⁷ Vgl. Kley/Tophinke, Überblick über die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen in Juristische Ausbildung, 2001, Heft 2, S. 169.

¹³⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 110.

¹³⁹ Vgl. Höffe, PG, S. 119.

¹⁴⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 155.

¹⁴¹ Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 52.

¹⁴² Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 52.

Wahl treffen könne. Letztlich wird von Kelsen alles Werten, in Übereinstimmung mit Max Webers Postulat der Wertfreiheit, als bloßes subjektives Meinen abgetan. Die Gerechtigkeitsperspektive scheidet daher auch von Anfang an aus dem Programm von Kelsens Rechtstheorie, der „Reinen Rechtslehre“, aus. Allerdings geht Höffe davon aus, dass auch Kelsens rechtsethischer Relativismus, der sich in seinem obigen Zitat äußert, mittels einer Semantik in legitimatorischer Absicht zurückgewiesen werden könnte.¹⁴³

Dazu versucht Höffe zuerst die empirischen Grundlagen des Relativismus zu erschüttern, indem er Argumente dafür anführt, dass es hinter den oberflächlich konkurrierenden Gerechtigkeitsprinzipien Gemeinsamkeiten gibt, die der Relativismus übersieht.¹⁴⁴ Das ist von großer Bedeutung für die Widerlegung des Rechtspositivismus. Kelsen leitet nämlich aus dem relativen Charakter des Werturteils, demzufolge eine Gesellschaftsordnung gerecht ist, ab, „dass Gerechtigkeit kein das Recht von anderen Zwangsformen unterscheidendes Merkmal sein kann“.¹⁴⁵

Interessant ist in diesem Zusammenhang daher der direkte Vergleich der Argumente zur Frage oberflächlich konkurrierenden Gerechtigkeitsprinzipien anhand Kelsens „Reiner Rechtslehre“ und der Abhandlung „Was ist Gerechtigkeit?“¹⁴⁶ und Höffes „Politischer Gerechtigkeit“, sowie seiner Abhandlung „Gerechtigkeit: eine philosophische Einführung“. In der Abhandlung „Was ist Gerechtigkeit?“ (wie auch der Reinen Rechtslehre¹⁴⁷) behauptet Kelsen, dass die zahlreichen vorfindlichen Gerechtigkeitsprinzipien nur inhaltsleere Formeln der Gerechtigkeit wären. Demnach ist etwa die bekannte Gerechtigkeitsformel „Jedem das Seine“ („suum cuique“) nur unter der Bedingung anwendbar, dass die Frage, was denn jedermann als das seine beanspruchen darf, schon entschieden bzw. beantwortet wurde. Diese Vorfrage, so folgert Kelsen weiters, wird wiederum durch die jeweils gegebene Gesellschaftsordnung determiniert. Man könne daher jede Rechtsform mit Hilfe dieses Prinzips als gerecht definieren, womit Kelsen das Prinzip allerdings ad absurdum führt: „Diese Möglichkeit, jede gegebene Gesellschaftsordnung als gerecht

¹⁴³ Vgl. Höffe, PG, S. 120.

¹⁴⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 42.

¹⁴⁵ Kelsen, Reine Rechtslehre ², S. 50.

¹⁴⁶ Vgl. Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 32.

¹⁴⁷ Kelsen, Reine Rechtslehre ², S. 50.

- weil der Formel „Jedem das Seine“ entsprechend - zu verteidigen, erklärt ihre allgemeine Annahme; zeigt aber auch zugleich, dass sie als Definition der Gerechtigkeit völlig wertlos ist.“¹⁴⁸

Für Höffe erschließt sich die gesamte Bedeutung des Prinzips „Jedem das Seine“ allerdings erst in Verbindung mit den ersten beiden Teilen dieser Formel, die dem römischen Recht entnommen sind.¹⁴⁹ Kelsen berücksichtigt diese in seiner Abhandlung tatsächlich überhaupt nicht. Der erste Grundsatz „Lebe ehrenhaft“ stellt für Höffe eine Forderung nach Selbstanerkennung dar, der zweite Grundsatz „Verletze niemanden“ fordert demnach die Fremdanerkennung (das Recht des anderen anzuerkennen, nicht verletzt zu werden), und der gegenständliche Grundsatz schließlich gebietet eine wechselseitige, öffentliche gesicherte und insofern staatsförmige Anerkennung. Höffe geht also davon aus, dass jedem das seine zu gewährleisten nur in einem allumfassenden Rechtszustand möglich bzw. zu verwirklichen ist. Allumfassend, da die Rechte des Einzelnen ständig durch Mitglieder der Gesellschaft (die Gesamtheit aller Anderen) gefährdet sind.¹⁵⁰

Kelsen hingegen vermeint im Zuge seiner Abhandlung auch in der „Goldenen Regel“, auf die sich Höffe zur Grundlegung seines Gerechtigkeitsbegriffes und Menschenrechte beruft, kein objektivierbares Gerechtigkeitsprinzip erkennen zu können.¹⁵¹ Die Aufforderung der Goldenen Regel „Was du nicht willst, was man dir tut, das füge auch keinem anderen zu“ hat für Kelsen nämlich folgende Bedeutung: „Verhalte dich gegenüber anderen so, wie diese sich dir gegenüber verhalten sollen; und zwar einer objektiven Ordnung gemäß verhalten sollen.“¹⁵² Damit ist für ihn aber die Gerechtigkeitsfrage wiederum nicht beantwortet, denn zur Beantwortung der Frage was „gerecht“ ist, wird man Kelsens Auffassung nach ebenfalls auf die jeweils gegebene positive Moral und das positive Recht (das ja je nach Gesellschaftsordnung verschieden sein kann) zurückgreifen bzw. zurückverweisen müssen.¹⁵³ Für Kelsen ist etwa ein Ergebnis der Goldenen Regel, dass man z.B. ihren Verletzer nicht bestrafen dürfe, da niemand wünscht bestraft zu werden, auch

¹⁴⁸ Kelsen, Was ist Gerechtigkeit, S. 32f.

¹⁴⁹ Aus dem Vorwort des vom oström. Kaiser Justinian (527-565) kodifizierten Corpus Juris Civilis.

¹⁵⁰ Höffe, Gerechtigkeit, S. 52.

¹⁵¹ Vgl. Höffe, PG, S. 86f.

¹⁵² Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 40.

¹⁵³ Vgl. Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 40.

wenn er ein Verbrechen begangen hat.¹⁵⁴ Höffe entgegnet diesem Argument, dass man die Goldene Regel nicht direkt auf Bedürfnisse und Interessen der Betroffenen anwenden dürfe, da sie sonst zu absurden Ergebnissen führt, wie Kelsen ja zeigt. Nach Höffe gebietet die Goldene Regel, bei den Mitmenschen die Bedürfnisse, Interessen und Ideale genau so in Rechnung zu stellen, wie man es von den anderen für sich selbst erwartet. Allerdings nur unter Voraussetzung, dass man von den jeweiligen persönlichen Vorlieben und Wertvorstellungen abstrahiert.¹⁵⁵

Kelsen führt weitere Beispiele für den relativen Charakter eines gerechtigkeitsbezogenen Werturteils an. Demnach wären die kapitalistischen Zwangsordnungen der westlichen Welt, vom Standpunkt des kommunistischen Gerechtigkeitsideals, und die kommunistische Zwangsordnung der UdSSR, vom Standpunkt des kapitalistischen Gerechtigkeitsideals, kein Recht. „Ein zu solcher Konsequenz führender Begriff des Rechts kann von einer positivistischen Rechtswissenschaft nicht akzeptiert werden.“¹⁵⁶ Kelsens Betrachtungsweise ist allerdings verkürzt und übersieht daher möglicherweise Gemeinsamkeiten. Denn vielleicht kommt es nicht auf das formal in der jeweiligen Verfassung verankerte „Gerechtigkeitsideal“ an, sondern darauf, dass diese einander oberflächlich widersprechenden Zwangsordnungen, dennoch große Übereinstimmungen zumindest im Strafrecht aufwiesen. In den USA und der UdSSR sind bzw. waren Mord und Totschlag, Vergewaltigung, Raub, Betrug und Diebstahl strafbar. Dass das Gerechtigkeitsideal ideologisch instrumentalisiert werden kann und dennoch Übereinstimmungen in wesentlichen (nach Höffe gerechtigkeitsrelevanten) Normen konstatiert werden können, bleibt von Kelsen in diesem Zusammenhang unthematisiert.

Höffe entwickelt in weiterer Folge anhand seines bewährten Modells eine Stufentheorie, die auf seiner Semantik in legitimatorischer Absicht aufbaut, um Kelsens rechtsethischen Relativismus gänzlich zu entkräften und zu zeigen, dass Kelsen nicht über einen formalisierten Gerechtigkeitsbegriff hinauskommt.

¹⁵⁴ Was im Bereich des Finanzstrafrechts mit der durchaus üblichen und gebräuchlichen Selbstanzeige gem. § 29 FinStG zumindest empirisch widerlegt werden kann.

¹⁵⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 86f.

¹⁵⁶ Kelsen, Reine Rechtslehre ², S. 51.

Die erste Stufe bezeichnet er als Unparteilichkeit bei der Regel-Anwendung, der allerdings selbst noch keine originäre Gerechtigkeitsbedeutung innewohnt, denn: „wenn man im Fall von Verfahren schon die Unparteilichkeit in der Regelanwendung als gerecht bezeichnet, so handelt es sich um eine *subsidiäre*, nicht originäre Gerechtigkeit. Die unparteiische Regelanwendung kann auch im Dienst eines organisierten Bantentums und offensichtlicher Unrechtsstaaten stehen.“¹⁵⁷ Erst mit der zweiten Stufe, jener der unparteiischen Regelfestsetzung kann dies ausgeschlossen werden.

Obwohl Kelsen jede gerechtigkeitsorientierte Rechtstheorie ablehnt, spielt diese Ablehnung für die Grundlegung einer rein wissenschaftlichen Jurisprudenz nur eine begrenzte Rolle. Höffe gelangt zu diesem Schluss, da Kelsen im Hauptteil der „Reinen Rechtslehre“ Gerechtigkeit überhaupt nicht thematisiert und folgert daraus, dass man die „Reine Rechtslehre“ auch ohne ethikkritische Spitze lesen und sich auf die Hauptintention konzentrieren könne. Dann stellt sich die „Reine Rechtslehre“ innerhalb der allgemeinen Rechtstheorie als thematische Spezialisierung dar, die die Grundlegung einer wissenschaftlichen Rechtsdogmatik versucht.¹⁵⁸

Im Kapitel „Positivistische Rechtsbegriffe“ führt Höffe sodann die Hauptelemente seiner Widerlegung des Positivismus aus, wobei er wiederum direkt auf Kelsen Bezug nimmt. Er beschreibt zunächst den unstrittigen Ausgangspunkt, dass man grundsätzlich Recht als zwangsfähige Ordnung verstehen kann, wobei der Zwang von Menschen ausgeht (und nicht etwa eine Naturerscheinung ist). Da diese Feststellung in ihrer Allgemeinheit auch auf die konventionelle Moral zutrifft (die ebenfalls durch Menschen Zwang ausüben kann), bedarf der Begriff des Rechts einer weiteren Differenzierung. Ein Element dieser Differenzierung stellt die „Befugnis“ bzw. die Hierarchie von Befugnissen dar, die dem Recht bzw. der entscheidenden ‚Befugnis zu Zwingen‘ zugrunde liegt. Wenn man das Recht nämlich ohne jeden Aspekt der Befugnis definiert, dann reduziert sich die positive Geltung schließlich auf die bloße Durchsetzbarkeit, womit Staaten von großen Räuberbanden aber nicht mehr zu unterscheiden wären.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Höffe, PG, S. 45.

¹⁵⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 121.

¹⁵⁹ Vgl. Höffe, PG, S. 148.

Allerdings ist die Ausdifferenzierung des Rechtsbegriffes auch hier noch nicht abgeschlossen, wie Höffe an einem Beispiel illustriert: „Weil es auch beim Verbrechen eine Hierarchie von Befugnissen geben kann, wird mit der Befugnishierarchie – einem wiederum bloß formalen Element - das Recht zwar von Einzelräubern, außerdem von der konventionellen Moral abgesetzt. Aber eine zureichende Rechtsdefinition steht noch immer aus.“¹⁶⁰

Zumindest eine unstrittige formale Eigenschaft des Rechts kann Höffe in dessen Regelcharakter feststellen.¹⁶¹ Kelsen und Radbruch müssten dem wohl auch zustimmen, da sie den Regelcharakter des Rechts genauso als eine notwendige Eigenschaft bzw. Definitionselement desselben begreifen. Diese unstrittige Eigenschaft ist aber nicht exklusiv auf Rechtsnormen beschränkt, wie Höffe zu bedenken gibt. Grundsätzlich kann ja nicht ausgeschlossen werden, dass auch bei „großen Räuberbanden“ Befehle und Anweisungen Regelcharakter aufweisen. Dass für Piraten und Seeräuber des 17. und 18. Jahrhunderts zumindest untereinander gesetzmäßige Regeln galten, die auch durchgesetzt wurden, ist jedenfalls wissenschaftlich gesichert und bereits von Kelsen in seiner Reinen Rechtslehre aufgegriffen worden.¹⁶² Hingegen kann ausgeschlossen werden –und das ist der springende Punkt der Ausdifferenzierung des Rechtsbegriffes-, dass beim organisierten Verbrechen die Gruppe der vom externen Zwang Betroffenen und insoweit vom Zwang Benachteiligten mit der Gruppe der vom externen Zwang Bevorteilten ident ist. Beim Recht hingegen besteht – nach Höffe - eine Identität von Bevorteilten und Benachteiligten, beide Gruppen fallen zusammen. Diese Einheit der Bevorteilten und Benachteiligten hat –folgt man Höffe - in jedem Fall eine originäre Gerechtigkeitsbedeutung.¹⁶³

Dieser Punkt findet bei Kelsen allerdings keine Beachtung, obwohl er –so Höffe- zunächst auf dieses Problem einzugehen scheint. Durch eine Ermächtigung bzw. Befugnis verliert bei ihm die Macht zwar prima facie den Charakter eines „factum brutum“¹⁶⁴. Verliehen wird diese Ermächtigung allerdings nur von einer höheren

¹⁶⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 168.

¹⁶¹ Vgl. Höffe, PG, S. 150.

¹⁶² Vgl. Peter T. Leeson, Law and Economics of Pirate Organizations in Journal of Political Economy, S. 1049ff.

¹⁶³ Vgl. Höffe, PG, S. 169.

¹⁶⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 151.

Instanz, sodass sie ein formaler, intrasystematisch rechtlicher Begriff bleibt. Die Hierarchie der Ermächtigungen besitzt die Struktur einer linear-deduktiven Reihe, was bedeutet, dass sie letztlich keine Begründung zu leisten vermag. Um einem infiniten Regress zu entgehen, muss Kelsen folglich auf seine Grundnorm zurückgreifen. Da wiederum die Grundnorm aber inhaltlich nicht determiniert ist, gibt es kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehaltes, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein. Lediglich die Effektivität der Rechtsordnung ist ihre einzige Geltungsbedingung. Dies genügt, da die Grundnorm selbst nur eine „Annahme“ ist und keine positiv-rechtliche Norm einer Rechtsordnung. Sie ist allerdings für Kelsen notwendig, um ein normatives System wissenschaftlich zu beschreiben. Horst Dreier folgend, ist es Kelsen so einerseits möglich, sich vom älteren (naturalistischen, unkritischen, empirischen) Rechtspositivismus abzusetzen, andererseits aber auch einen klaren Trennungsstrich gegenüber allen naturrechtlich inspirierten Konzeptionen zu ziehen. Dieser mittlere Weg würde es ihm erlauben, „der positivistischen Trennungsthese zu folgen, ohne – wie der ältere Rechtspositivismus – eine Rechtsordnung allein ihrer faktischen Existenz und Wirksamkeit wegen als normativ gerechtfertigt und objektiv verbindlich zu betrachten.“¹⁶⁵ Für Kelsen ist eine Rechtsordnung zwar mehr als schiere Faktizität. Doch dieses „Mehr“ scheint letztlich nichts weiter als seine „Grundnorm“ zu sein, welche ihrerseits aufgrund ihrer bloßen Annahme und hypothetischen Natur anfechtbar ist, sodass schließlich die Normativität des Rechts bei Kelsen künstlich erzeugt, seine Objektivität bloß ausgeliehen ist und wiederum nichts als schiere Faktizität übrig bleibt.¹⁶⁶

Die Grundnorm kann nur zum Abbruch der Legitimationskette, nicht zu einer Letztbegründung führen.¹⁶⁷ Allerdings gesteht Höffe Kelsen zu, die Lösung des Dilemmas aufgezeigt zu haben. Demnach arbeitet Kelsen das fehlende Definitionselement in seiner ‚Reinen Rechtslehre‘ zwar heraus, misst ihm aber nicht die gebührende Bedeutung innerhalb seiner Theorie zu: „Formal unterscheidet Kelsen zwischen einer internen Ordnung, die das Verhältnis der Mitglieder untereinander regelt und einer externen Ordnung, die die Beziehungen nach außen festlegt. Und behauptet, dass intern auch eine Räuberbande Raub und Mord

¹⁶⁵ Vgl. Horst Dreier, Kelsen, S. 23.

¹⁶⁶ Vgl. Horst Dreier, Kelsen, S. 23f

¹⁶⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 157.

verbietet (Rechtslehre, 48f).¹⁶⁸ Dieses Verbot ist aber für alle davon Betroffenen von Vorteil, folgert Höffe.¹⁶⁹ Kelsen anerkennt für Höffe damit das Prinzip der kollektiven Sicherheit (die er auch als „distributive Sicherheit“ bezeichnet) als Grundfunktion einer Rechtsordnung, doch übersieht er dessen doppelte Bedeutung: einerseits dient eine solche substantielle Funktion der Rechtfertigung des Bestehens einer Rechtsordnung im Gegensatz zum Nichtbestehen, andererseits ermöglicht sie die Unterscheidung einer Rechtsordnung von einer nichtrechtlichen Zwangsordnung, die Höffe mit einem organisierten Verbrechen gleichsetzt. Damit unterscheidet sich die Grundfunktion aber von den übrigen, formalen Definitionselementen des Rechts, wie die Hierarchie von Befugnissen und dem Regelcharakter, welche diese Unterscheidung nicht leisten können¹⁷⁰

Versteht man wie Höffe unter Recht immer auch eine durch distributive Sicherheit geschaffene Friedensordnung, dann ist eine reine formale Definition des Rechts nicht in der Lage, dieses Definitionselement zu integrieren. Die kollektive (bzw. distributive) Sicherheit stellt für ihn daher ein rechtsbegründendes, rechtsdefinierendes aber auch rechtslegitimierendes Gerechtigkeitselement dar. Höffe hält weiters fest, dass die positivistische These von der Blankovollmacht daher schon als rechtstheoretisch unangemessen gelten müsse. Denn „insofern die kollektive Sicherheit von jedem Rechtswesen ‚im großen und ganzen‘ erbracht wird, bezeugt sie, dass die Ausbildung eines rechtsförmigen Zusammenlebens von einer minimalen Gerechtigkeitskonzeption bestimmt und diese Konzeption dem von Kelsen behaupteten rechtsethischen Relativismus entzogen ist.“¹⁷¹ Dennoch gesteht er überraschenderweise wiederum zu, dass Kelsens provokativer Satz, wonach jeder beliebige Inhalt Recht sein könne, weitgehend richtig sei. Die einzige Einschränkung die Höffe hier macht lautet, dass Inhalte, die dem Begriff einer „Rechtsautorität“ widersprechen, nicht Recht sein können.

Kelsen und Höffe stimmen offensichtlich überein, dass Recht gesetzt werden muss. Der Unterschied besteht darin, dass bei Kelsen alles, worauf sich das Recht bezieht, Rechtscharakter annimmt.¹⁷² Um jene Inhalte demaskieren zu können, die einer

¹⁶⁸ Höffe, PG, S. 158.

¹⁶⁹ Da sich letztlich niemand sicher sein kann, nicht auch selbst übervorteilt zu werden.

¹⁷⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 158f.

¹⁷¹ Höffe, PG, S. 159.

¹⁷² Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre², S. 282.

„Rechtsautorität“ widersprechen, bietet sich bei Höffe nur jene Fundamentalschicht der Gerechtigkeit an, die zur Definition eines Staatswesens als „Nicht-Verbrechersyndikat“ unverzichtbar ist. Wie oben bereits ausgeführt, kann es sich dabei nur um Grundfunktionen des Typus kollektive Sicherheit handeln. Sofern diese Fundamentalschicht der Gerechtigkeit vollständig fehlt, bleibt eine Sozialordnung für die Betroffenen „fremder Zwang“ und „bloße Gewalt“.¹⁷³ Dann kann man aber mit Höffe noch nicht von einer Rechtsordnung sprechen, was sein entscheidendes Argument gegen eine gänzlich gerechtigkeitsfreie Rechtsdefinition darstellt. Allerdings schränkt Höffe sogleich ein, dass Prinzipien mittlerer und konkreter Gerechtigkeit für die Rechtsdefinition überflüssig sind, weshalb eine ungerechte Rechtsverbindlichkeit trotzdem geltendes Recht sein kann, also Teil des Rechtsbestandes einer Rechtsordnung.¹⁷⁴ Damit entfernt er sich deutlich von den meisten naturrechtlichen Rechtsdefinitionen.

Wenn es bei Kelsen in Kapitel 28 der Reinen Rechtslehre heißt: „Ein positives Recht gilt nicht darum, weil es gerecht ist, das heißt: weil seine Satzung einer Gerechtigkeitsnorm entspricht, und gilt auch, wenn es ungerecht ist.“¹⁷⁵, dann muss man mit Höffe hinzufügen: nur unter der Bedingung, dass Grundfunktionen vom Typ der kollektiven Sicherheit wie selbstverständlich vorausgesetzt und der Beliebigkeit entzogen sind.¹⁷⁶

Höffe räumt letztlich ein, dass die Nichtübereinstimmung einer Norm des positiven Rechts mit einer Gerechtigkeitsnorm nicht mit ihrer Nichtgeltung gleichzusetzen ist, wenn er zugesteht, dass eine ungerechte Rechtsverbindlichkeit geltendes Recht sein kann.¹⁷⁷ Im Sinne einer geltungserhaltenden Interpretation der Höffeschen Theorie müsste man hier sodann ergänzen, dass eine ungerechte Rechtsverbindlichkeit nur unter der Bedingung geltendes Recht sein kann, dass sie revidierbar ist. Sieht eine Rechtsautorität auf Dauer davon ab, dann müsste sie den Status einer Rechtssetzungsautorität wohl verlieren. Höffe müsste schließlich auch mit Kelsen darin übereinstimmen, dass Gerechtigkeit und Recht nicht identisch sind, wenn er

¹⁷³ Höffe, PG, S. 170.

¹⁷⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 160.

¹⁷⁵ Kelsen, Reine Rechtslehre², S. 402.

¹⁷⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 159.

¹⁷⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 160.

ungerechtem Recht nicht die positive Geltung abspricht.¹⁷⁸ Damit entfernt sich Höffe wiederum deutlich von den meisten naturrechtlichen Rechtstheorien.

Ein weiteres Beispiel für Kelsens ausgeprägten Wertrelativismus, das von Höffe nicht berücksichtigt wird, lässt sich an seinem Verständnis von Unrecht als Recht darstellen. Kelsen betrachtet Unrecht als „eine Bedingung, nicht als eine Negation des Rechts“¹⁷⁹. Rechtsbruch bedeutet demzufolge allein die Erfüllung der die Sanktionsfolge nach sich ziehenden Voraussetzungen, also weniger die Bedrohung des Rechts als die sozusagen programmgemäße Auslösung seines Funktionszusammenhanges. Dadurch ist Kelsen aber der Kritik ausgesetzt, dass es den Rechtsunterworfenen letztlich freigestellt ist, zu stehlen oder nicht zu stehlen, zu töten oder nicht zu töten, wie es ihnen beliebt. Doch dies ist wohl der Preis für das Programm der Reinen Rechtslehre, die Beschreibung des Rechts ohne Frage nach seiner Werthaftigkeit zu leisten und dadurch die Objektivität der Rechtswissenschaften sicherzustellen. Weil das Recht keinen absoluten, sondern nur einen bestreitbaren und damit relativen Wertanspruch verkörpert, kann auch die von einem damit divergierenden Standpunkt aus gesehen unmoralischste Rechtsnorm „unter das Seziermesser der Jurisprudenz gelegt und insofern als Recht akzeptiert werden.“¹⁸⁰

Wenn sich Höffes These, dass das Recht nicht ohne Gerechtigkeit definiert werden kann, als falsch erweist, wäre es schwierig, die positivistische These der Trennung von Recht und Moral und dem damit verbundenen relativen Wertanspruch des Rechts zu bestreiten. Das Gegenteil wäre jedoch der Fall, wenn sich die These der gerechtigkeitsimmanenten Rechtsdefinition, wahr ist. Höffes These würde dann wohl als eine solide Basis für das Argument gelten können, dass Moral notwendig in das Recht eingeschlossen ist. Man darf dabei aber nicht übersehen, dass der Einschluss von gewissen moralischen Elementen ins Recht nicht nur hilft (vermeintlich) Probleme zu lösen, sondern gleichzeitig auch theoretische Probleme schafft. Die Fragestellungen bzw. Probleme, die der Einschluss von Moral scheinbar zu lösen beitragen kann, sind einerseits das Problem der Grundwerte, die die Basis des Rechts bilden und es rechtfertigen, andererseits das Problem der Realisierung der

¹⁷⁸ Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre², S. 357f.

¹⁷⁹ Kelsen, Reine Rechtslehre², S. 26f.

¹⁸⁰ Horst Dreier, Kelsen, S. 207f

Gerechtigkeitsperspektive im Rahmen der Setzung der Anwendung des Rechts, als auch das Problem der Limitation des Rechts.¹⁸¹

IV.3. Höffe und Hart

Herbert Harts Beitrag zur systematischen Weiterentwicklung des rechtstheoretischen Positivismus sieht Höffe vor allem in der Verwendung eines differenzierteren Begriffs der rechtlichen Wirksamkeit, die für ihn über Kelsen hinausreicht. Unter den englischsprachigen Rechtstheoretikern des 20. Jahrhunderts hat Hart daher für Höffe die größte Bedeutung erlangt.¹⁸²

Hart bestimmt demnach das Recht als eine Einheit zweier Regelarten, einerseits den sanktionsgebundenen Primärregeln und andererseits Sekundärregeln denen Rechtskompetenzen übertragen sind. Nach Höffe variiert er damit Kelsens Ansicht. Nur jene Zwangsvorschriften besitzen folglich Rechtscharakter, die von einer autorisierten Macht stammen, während beliebige Zwangsvorschriften keinen Rechtscharakter aufweisen (was in Kelsens Theorie durchaus möglich wäre). Hart und Kelsen beantworten die Frage nach der Autorisierung einer Rechtsmacht nicht mit legitimatorischen, sondern empirischen Begriffen und berufen sich in Übereinstimmung mit der Theorie des Rechtsempirismus auf die tatsächliche Wirksamkeit einer Rechtsordnung. Höffe führt weiters aus, dass Kelsen die tatsächliche Wirksamkeit einer Rechtsordnung noch äußerlich oder sozial definiert, während Hart zusätzlich das Definitionselement der „inneren Zustimmung“ einfügt. Die Rechtsordnung findet demnach bei der überwiegenden Mehrheit der Betroffenen nicht nur einen gewohnheitsmäßigen Gehorsam wie bei Kelsen, sondern sogar freie Anerkennung.¹⁸³

Höffe überprüft in weiterer Folge, ob Harts Definitionselement der „freien Anerkennung“ geeignet ist, die Definitionslücke zu schließen, die bei einem bloßen Macht- und Befugnisbegriff des Rechts (wie er bei Kelsen vorliegt) bestehen bleibt.

¹⁸¹ Vgl. Rüthers, Rechtstheorie, S. 232ff.

¹⁸² Vgl. Höffe, PG, S. 161.

¹⁸³ Vgl. Höffe, PG, S. 162.

Indem Hart die Wirksamkeit der Rechtsordnung mittels der Zustimmung einer Mehrheit der Rechtsunterworfenen definiert, bleibt das Recht nur bei jenen die nur aus Angst vor Strafe gehorchen, ein Müssen, wohingegen die Mehrheit die Zwangsordnung freiwillig anerkennt und dadurch das Müssen zu einem Wollen transformiert wird. Höffe gibt allerdings zu bedenken, dass es darauf ankommt, wie der Begriff der Anerkennung bzw. des Wollens genau verstanden wird, damit die Definitionslücke geschlossen werden kann. Er führt weiters aus, dass Hart die Anerkennung der Zwangsordnung durch die Rechtsunterworfenen als empirisch-psychologischen Vorgang definiert, was zu Komplikationen führt. Betrachtet man nämlich die Anerkennung als bloßes Faktum, dann wäre die Zustimmung von den Gründen, aus denen sie erfolgt, unabhängig. Nicht jeder Zustimmungsgrund lässt aber schon auf eine Rechtsordnung schließen, was er an folgendem Beispiel veranschaulicht: „Die Betroffenen könnten etwa so verblendet sein, daß sie auch eine Zwangsordnung anerkennen, die nur der Gruppe der Zwingenden, nicht die der Gezwungenen nützt, die also bloß einen externen, keinen internen Vorteil hat.“¹⁸⁴ Dann wäre aber eine solche Ordnung nicht als Rechtsordnung zu bezeichnen, sondern als „Verbrechersyndikat“, wie Höffe anschließend feststellt. Diesem Beispiel stellt er die Möglichkeit gegenüber, dass eine Zwangsordnung zwar einen Rechtscharakter aufweisen könne (etwa weil sie Grundfunktionen wie die kollektive Sicherheit schützt), aber von den Rechtsunterworfenen dennoch faktisch (aus was für Gründen auch immer) nicht anerkannt wird.

Harts empirisch-psychologischer Begriff der Anerkennung bzw. des Wollens ist Höffe daher teils zu weit, teils zu eng und kann für ihn die Definitionslücke nicht schließen. Auch weil man den Akt der Anerkennung nur schwer von internalisiertem Zwang unterscheiden kann. Dies gelingt nur mit einem strengen Anerkennungsbegriff, was allerdings –so Höffe- dazu führt, dass das positive Recht an die Moralität oder personale Gerechtigkeit der Rechtsunterworfenen gebunden wird. Diese Verbindung führt aber das Definitionselement des Rechts als äußerer Zwangsordnung letztlich ad absurdum, was Höffe kritisiert.

Er unternimmt daher eine Differenzierung im Begriff der Anerkennung um der Moralisierung zu entgehen: „Auf einer ersten Stufe, lässt sich behaupten, kann die

¹⁸⁴ Höffe, PG, S. 163.

Anerkennung der Rechtsverbindlichkeiten sehr wohl aus Angst vor Strafen erfolgen. Aber auf einer zweiten Stufe müsste man aber einsehen, dass das Zwangssystem Funktionen erfüllt, deren Vorteil größer als der Nachteil der Zwangsnormen sind, so dass man dem Zwangssystem frei zustimmen kann.“¹⁸⁵

Damit bleibt für Höffe einerseits der Zwangscharakter des positiven Rechts erhalten und wird trotzdem des bloßen Zwangs, der „nackten Gewalt“ entkleidet. Er schließt auch die Definitionslücke, indem auf der zweiten Stufe die innere Zustimmung an ein Kriterium, nämlich den (relativen) Vorteil für die vom Zwang Betroffenen, bindet. Für Höffe bedeutet dies, dass -wie schon bei der Auseinandersetzung mit Kelsen ausgeführt- sich ohne gewisse kollektive bzw. distributiv gemeinsame Interessen das positive Recht nicht gegen externe Gewalt zureichend abzugrenzen vermag.¹⁸⁶

IV.4. Höffe und Luhmann

Nachdem Höffe mit der Kritik an Kelsen und Hart sowohl den allgemein wissenschaftstheoretisch begründeten Positivismus als auch den Positivismus im engeren Sinn abhandelt, wendet er sich Luhmann und dem mit ihm assoziierten Rechtspositivismus als sozialgeschichtlicher Theorie zu. Aus Luhmanns Hauptwerk „Legitimation durch Verfahren“ (1969) extrahiert Höffe die seiner Ansicht nach gerechtigkeitsrelevanten Passagen. Höffe unterstellt Luhmann - wie Kelsen -, dass seine Theorie zwar rechtsdefinierende Gerechtigkeitsmerkmale aufweist, deren Bedeutung aber nicht thematisiert und so die Gerechtigkeitsperspektive „unterschlägt“. Höffe macht zumindest drei Legitimationsebenen des Luhmannschen Rechtsbegriffes aus. Luhmanns erstes Legitimationstheorem heißt demnach: „Geltung kraft Zustimmung“. Unter Zuhilfenahme dieser Formel lassen sich in einem zweiten Schritt legitime (von Höffe auch als „gerechte“) von nicht-legitimen („ungerechten“) Zwangsordnungen unterscheiden sowie die gewaltfreie vor der gewaltsamen Konfliktlösung als legitim ausweisen.¹⁸⁷ Höffe gelangt schließlich zum Ergebnis, dass Luhmanns Geltungsthese des Rechts „Geltung/Legitimation kraft

¹⁸⁵ Höffe, PG, S. 164.

¹⁸⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 161ff.

¹⁸⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 174f.

Zustimmung mittels Verfahren“ heißt. Damit enthält aber Luhmanns These, ebenso wie Kelsens Grundnorm, nur eine rein formale und keine inhaltliche Autorisierung, was von Höffe kritisiert wird. Er formuliert in der Folge auch einen Ausweg aus diesem – für ihn - unbefriedigenden Zustand: „Sucht man im Rahmen einer Systemtheorie ein Gerechtigkeitsprinzip, so liegt es nicht schon in der adäquaten Komplexitätsbewältigung, sondern in einem zusätzlichen Selektionsprinzip, und zwar jenem Prinzip, das innerhalb der komplexitätsadäquaten, mithin erhaltungsfähigen Systeme die gerechten, nämlich distributiv vorteilhaften von den nur kollektiv, vielleicht sogar partikular vorteilhaften Varianten unterscheidet.“¹⁸⁸ Da Luhmann dieses Selektionsprinzip nicht ausdrücklich in seine Systemtheorie integriert, vertritt er – nach Höffe - eine neue Variante des Rechtspositivismus.

Allerdings geht Höffe (obwohl er zum Zeitpunkt der dritten Auflage der PG im Jahre 2002 wohl Gelegenheit gehabt hätte) nicht auf das 1993 erschienene Werk „Das Recht der Gesellschaft“ ein, das sich – wie der Titel nahe legt - intensiv mit der Gerechtigkeitsfrage („Kontingenzformel Gerechtigkeit“) befasst.¹⁸⁹ Man kann in diesem Zusammenhang auch von der „Unabweisbarkeit der Gerechtigkeitsfrage“¹⁹⁰ sprechen, der sich auch Luhmann in seinem späteren Werk stellt. Nach Luhmann muss zwar die theoretische Placierung der Idee der Gerechtigkeit im Rechtssystem neu überlegt werden, aber keineswegs muss man auf die Idee der Gerechtigkeit verzichten. Die Gerechtigkeit findet auch bei Luhmann ihren Platz. Und zwar als Kontingenzformel des Rechtssystems, vergleichbar dem Prinzip der Knappheit im Wirtschaftssystem oder Ideen wie Bildung oder Lernfähigkeit im Erziehungssystem.¹⁹¹

Seine Intention ist es jedenfalls, wie Höffe einen Weg der Kritik des geltenden Rechts abseits der klassischen Naturrechtstheorie aufzuzeigen,¹⁹² wobei er allerdings festhält, dass die Kontingenzformel Gerechtigkeit „weder eine Aussage über das Wesen oder die Natur des Rechts enthält, noch ein Prinzip der Begründung der Rechtsgeltung, noch schließlich ein Wert ist, der das Recht als vorzuziehenswert

¹⁸⁸ Höffe, PG, S. 184f.

¹⁸⁹ Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 214.

¹⁹⁰ Zippelius, Das Wesen des Rechts, S. 60.

¹⁹¹ Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 217f.

¹⁹² Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 220.

erscheinen ließe“¹⁹³, womit er sich doch wieder klar als Positivist positioniert. Im Gegensatz zu Kelsen leugnet Luhmann die Gerechtigkeitsperspektive nicht gänzlich, sodass er wohl Höffe zustimmen müsste, dass sich Recht insgesamt nicht ohne eine Gerechtigkeitsperspektive definieren lasse. Diese kann aber – wie das obige Zitat zeigt - für Luhmann niemals vor- oder überpositiv sein, weshalb Höffes Kritik wohl weiterhin zutreffend ist.

IV.5. Zwischenbilanz

Die Auseinandersetzung mit Höffes Argumenten zeigt einige mögliche Kritikpunkte seiner Positivismuswiderlegung auf, wobei unstrittig sein dürfte, dass Höffe die zahlreichen rechtspositivistischen Positionen detailreich beschreibt und sich mit ihnen intensiv beschäftigt. Die rechtstheoretisch anspruchvollste Arbeit Höffes liegt wohl in der Behandlung von Hans Kelsens „Reiner Rechtslehre“. Kelsen wurde wohl nicht ohne Grund von etlichen Rechtswissenschaftlern als „Jurist des (20., Anm.) Jahrhunderts“ apostrophiert. Es ist daher wenig verwunderlich, dass auch in der Literatur die Kritik an Höffes Widerlegung des Rechtspositivismus hauptsächlich im Zusammenhang mit der vermeintlichen Widerlegung von Kelsens Theorie erfolgt. Die Höffesche Rekonstruktion der rechtsphilosophischen (positivistischen) Positionen von Hobbes, Austin, Hart und Luhmann und seine Auseinandersetzung mit ihnen erscheint im Vergleich dazu als weitaus weniger problematisch.

Ein möglicher Kritikpunkt, der in der Literatur noch nicht eingehend behandelt wurde, könnte darin liegen, dass Höffe bei seinem maßgeblichen Gerechtigkeits-Kriterium -dem distributiven Vorteil- nur eine schwache Deutung vertritt, insofern der Vorteil nicht bei jedem einzelnen gleich groß sein muss. Wie gezeigt wurde reicht es, dass der einzelne nur irgendwie besser gestellt ist als zuvor, um mit Höffe vom Vorliegen eines Vorteils auszugehen. Die Verbesserung tritt aber –folgt man Höffe- schon dann für jeden einzelnen „automatisch“ ein, wenn Grundfunktionen des Rechts erfüllt werden, ohne Rücksicht auf mittlere Gerechtigkeitsprinzipien oder konkrete Gerechtigkeit. Dass der Vorteil auf die Rechtsunterworfenen beliebig verteilt sein

¹⁹³ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 223.

kann, bedeutet allerdings auch, dass letztlich auch eine ungerechte Zwangsordnung durch den distributiven Vorteil rechtfertigbar sein könnte, solange jeder im Vergleich zum unregulierten Zustand davor nur irgendwie besser gestellt ist. Schließlich kann man wohl behaupten, dass (unabhängig vom Regelinhalt) geregelte Systeme besser sind (im Sinne von stabiler) als unregelte Systeme. Höffe verwehrt sich zwar ausdrücklich dagegen, dass innerhalb einer Gesellschaft eine Gruppe eine andere Gruppe übervorteilt, doch erscheint dieses Ergebnis als Folge der schwachen Deutung des Prinzips des distributiven Vorteils zumindest theoretisch denkbar.¹⁹⁴

Dass es Höffe darüber hinaus gelungen wäre, etwa die rechtspositivistische Trennungsthese zu widerlegen wird von seinen Kritikern, allen voran Kersting, ebenso heftig bestritten. Um eine Aussage darüber treffen zu können, ob diese Kritik berechtigt ist, muss zunächst das inhaltliche Argument der Kritik ausgeführt werden.

Die Kritik Kerstings verdeutlicht pointiert die strittigen Punkte von Höffes „Politischer Gerechtigkeit“ im Hinblick auf die Widerlegung des Rechtspositivismus nach Kelsen.

Kersting hält fest, dass die „Fundamentalschicht der Gerechtigkeit“ in kaum mehr als der Gewährleistung kollektiver Sicherheit durch ein System autoritativ gesetzter, zwangsbewehrter genereller und allgemeiner Normen besteht. Hinter Höffes „Minimalgerechtigkeit“ zeichnen sich demnach die Umrisse Hobbesscher Herrschaftslegitimation ab. Der Staat, der dem rechtspositivistischen Rechtsbegriff den Gerechtigkeitskern verleiht, ist –so Kersting– der kontraktualistische Staat des neuzeitlichen Naturrechts. Die Rechtsordnung wird damit von Höffe als die Ordnung identifiziert, die in der Perspektive individualistischer Entscheidungsrationalität einem Zustand kollektiver Unsicherheit vorzuziehen ist. Folgt man Kersting weiters, dann sondert Höffe damit aus der Klasse der Zwangsordnungen jenen Zwangsordnungstyp als Recht aus, der die Aufgaben der allgemeinen Sicherung und Handlungskoordination einem Zwangssystem genereller Handlungsnormen überträgt, die die Freiheit aller in gleicher Weise einschränken und zugleich alle an dem dadurch ermöglichten Sicherheitsgewinn beteiligen. Kersting bezweifelt allerdings, dass Höffes Gedanke von der fundamentalen Gerechtigkeitsschicht des Rechts rechtspositivistischkritisch wirksam wäre und sein staatsphilosophisches

¹⁹⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 163.

Argument der Herrschaftslegitimation in eine Widerlegung des Rechtspositivismus transformiert werden kann.¹⁹⁵

Für Kersting folgt aus der Identität der deskriptiven rechtsdefinierenden Merkmalen des Rechtspositivismus mit den konstitutiven Merkmalen einer minimalgerechten Ordnung keinesfalls, dass die Gerechtigkeitsdimension dem Rechtsbegriff semantisch eingelagert und der rechtspositivistische Rechtsbegriff damit schon widerlegt wäre.¹⁹⁶ Kersting stellt rhetorisch die provokative Frage, warum aus der Existenz herrschaftslegitimierender Gründe eine argumentative Verpflichtung zur Aufgabe der positivistischen Trennungsthese entstehen soll. Daraus folgt für ihn, dass man als Positivist weiterhin daran festhalten kann, dass es einen hinreichend verständlichen und konsensfähigen Begriff des positiven Rechts gibt, der seine eigenen Geltungsbedingungen formuliert und von sich her keinerlei logischen Bezug auf moralische Normen besitzt. Kersting hält weiters fest, dass ein Rechtspositivist einen funktionalistischen Vorbegriff von Rechtsordnung hat. Er weist in diesem Zusammenhang auch Höffes Behauptung zurück, dass Kelsens rechtspositivistische Unterscheidung zwischen Rechtsgemeinschaft und Räuberbande keine Zuerkennung eines Gerechtigkeitswertes impliziert¹⁹⁷

„Dass der rechtspositivistische Rechtsbegriff Ordnungs-, Stabilitäts- und Kontinuitätsvorstellungen impliziert, die ihrerseits sich auf einen Gewalt und Unordnung rational vorzuziehenden Zustand beziehen, macht die rechtspositivistische These von der begrifflichen Unabhängigkeit des Rechtsbegriffes von moralischen Normen nicht inkonsistent.“¹⁹⁸

Er widerspricht damit Höffes Feststellung, dass „die von Kelsen behauptete Beliebigkeit im Inhalt von Rechtsnormen nur so weit gilt, wie Grundfunktionen vom Typ der kollektiven Sicherheit wie selbstverständlich vorausgesetzt und der Beliebigkeit entzogen sind“¹⁹⁹

¹⁹⁵ Vgl. Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S.35f.

¹⁹⁶ Vgl. Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S.37.

¹⁹⁷ Vgl. Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S.33ff.

¹⁹⁸ Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 36.

¹⁹⁹ Höffe, PG, S. 159.

Kersting hält zwar fest, dass „*die normativ-deskriptive Beschreibungsparallelität der begrifflichen Bestimmungen der Rechtsordnung zur Widerlegung des Rechtspositivismus nicht ausreicht*“, überraschenderweise bedeutet dies für die Politische Gerechtigkeit aber kein Scheitern, da sich „der Rechtspositivismus keinesfalls dem Programm einer staats- und rechtsethischen Legitimationstheorie in den Weg stellt und insofern keinerlei Widerlegungsnotwendigkeit besteht.“²⁰⁰

Mit anderen Worten: keine rechtspositivistische Theorie erhebt den Anspruch eine *kritische* Philosophie von Recht *und* Staat zu sein.

Darüber hinaus könnte man auch anmerken, dass Höffe den Rechtspositivismus der „Reinen Rechtslehre“ ohnehin elegant umspielt, wenn er einräumt, dass eine ungerechte Rechtsverbindlichkeit trotzdem geltendes Recht sein kann und damit Kelsens Hauptkritikpunkt an der Naturrechtslehre gewissermaßen den Wind aus den Segeln nimmt.²⁰¹

Ein weiterer möglicher Kritikpunkt liegt darin, dass Höffe Kelsens Fokus auf die Sein-Sollens-Disjunktion, die für die Reine Rechtslehre von elementarer und fundamentaler Bedeutung ist, überhaupt nicht thematisiert. Sie ist aber eine der zentralen Prämissen der Reinen Rechtslehre und wenn man versucht Kelsens Theorie mittels ihrer eigenen Grundannahmen zu widerlegen, dann wäre sie jedenfalls ein möglicher Angriffspunkt. Unbestritten ist in diesem Zusammenhang, dass aus einer Aussage logisch kein Normsatz abgeleitet werden kann – und vice versa. Kelsen projiziert allerdings diese logische Regel zu einem Unterschied mit ontologischer Qualität bzw. zu einer Vergegenständlichung der Welt des Sein und der Welt des Sollens. Funk konstatiert, dass Kelsen somit an den Beginn seiner Überlegungen genau jenen Fehlschluss setzt, den er vermieden wissen wollte: nämlich aus einer logischen Regel eine ontologische Regel abzuleiten.²⁰²

Bei der Auseinandersetzung mit der äußerst umfangreichen Literatur zu Kelsens rechtswissenschaftlichen Werken drängt sich weiters die Vermutung auf, dass gewisse Elemente von Höffes Widerlegungsstrategie weder neu, fundamental oder

²⁰⁰ Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 37.

²⁰¹ Vgl. Höffe, PG, S. 160.

²⁰² Bernd-Christian Funk, Materiales Rechtsverständnis, S.127.

gar revolutionär sind.²⁰³ Außerdem erscheint Höffes Auseinandersetzung mit Kelsen, angesichts der Fülle der wissenschaftlichen Kelsen-Sekundärliteratur letztlich als zu kurz. Höffe gelingt es deshalb nicht Kelsens Theorie unmittelbar mit Kelsens eigenen Prämissen zu widerlegen. Dass dies durchaus möglich ist, zeigen Funk und Dreier.

Horst Dreiers Kelsen Abhandlung bleibt ebenfalls unberücksichtigt, obwohl auch er sich umfassend mit Kelsens Theorie und seinem Wertrelativismus auseinandersetzt. Unter Heranziehung seiner Arbeit kann man argumentieren, dass Kelsens Hauptdifferenz zu Höffe in seiner „Auflösung der Begriffe Staat und Staatswille zu bloßen Mitteln juridischer Erkenntnis“ und der Gleichsetzung von Recht und Staat liegt, was wohl die eigentliche „Provokation“ der Höffeschen Theorie darstellt.²⁰⁴

Diese Gleichsetzung bedeutet zwar eine Bindung der staatlichen Omnipotenz in verfahrensmäßiger Hinsicht, allerdings schlägt sie nur auf die Rechtsform, aber nicht auch auf den Rechtsinhalt durch, sodass wiederum jedes beliebige Verhalten Inhalt der Rechtsnorm sein kann. In Kelsens Verständnis steht sie auch z.B. der restlosen Beseitigung individueller Freiheit nicht entgegen, solange nur eine rechtliche Grundlage bzw. rechtliche Ermächtigung zur entsprechenden Normsetzung vorhanden ist. Auch wenn Kelsen die Verrechtlichung des Staates „nur“ als rechtstheoretisches Prinzip ausformuliert, so hat dies doch deutliche Auswirkungen auf den tatsächlich gegebenen politisch-sozialen Hintergrund.²⁰⁵

Beim Rechtsbegriff sind die Unterschiede deutlich geringer, trennt Höffe und Kelsen diesbezüglich doch nur eine (äußerst dünne) Fundamentschicht der Gerechtigkeit.

Tatsächlich dürfte heute unter den meisten Rechtsphilosophen unstrittig sein, dass das Recht als Summe wertbezogener Sollensnormen notwendig selbst auch eine weltanschauliche Grundlage besitzen muss. Höffe liegt mit seinen Einwänden gegen Kelsen also nicht grundsätzlich falsch. Eine wertfreie Geltungsbegründung des Rechts ist schlicht undenkbar, wenn es nicht seines materialen Gehaltes entkleidet werden soll. Wertfreies Recht würde notwendig wertlos. Es ist ebenso klar, dass eine

²⁰³ Vgl. etwa die Darstellung der Auseinandersetzung zwischen Kelsen und Hold-Ferneck, in Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, Hrsg. Robert Walter.

²⁰⁴ Horst Dreier, Kelsen, S.208.

²⁰⁵ Horst Dreier, Kelsen, S. 222.

monokausale Begründung des Rechtsbegriffes zum Scheitern verurteilt ist, da dies zwangsläufig zu Einseitigkeiten bzw. Verzerrungen führt. Da sich Höffe mit einer rein formalen Definition des Rechts nicht zufrieden gibt, liegt der Schluss nahe, dass auch er letztlich werthafte und damit im logischen Sinne nicht beweisbare Elemente in den Rechtsbegriff und den Geltungsgrund mit aufnehmen muss.²⁰⁶

Solange Höffe den wichtigsten Prämissen Kelsens zustimmt (wie z.B. der Geltung einer ungerechten Norm), kann er nicht vermeiden, dass er Kelsen theoretisch näher steht, als ihm Recht sein kann.²⁰⁷ Allerdings könnte man mit Höffes Theorie jene Elemente ausfüllen, die der „Reinen Rechtslehre“ nach Horst Dreier fehlen. Demnach bedarf die Reine Rechtslehre samt Kelsens Demokratiekonzeption der Einbettung in eine weiter ausgreifende Gesellschaftstheorie, die sich als sozialphilosophisch gestützte Theorie sozialer Systeme darstellt.²⁰⁸

Interessant erscheint auch ein Vergleich Höffes mit Georg Jellinek (1851-1911), der wie Kelsen eigentlich dem Rechtspositivismus zugeordnet wird. Er vertritt in seinem Werk „Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe“ (1908) allerdings die Auffassung, dass das Recht und das Sittliche in einem unauflösbaren Zusammenhang stehen. Er hält ausdrücklich fest, dass das Recht „nichts anderes als das ethische Minimum“ sei: „Das Recht wird also, als das erhaltende Moment, das Minimum der Normen eines bestimmten Gesellschaftszustandes bilden, d.h. diejenigen Normen umfassen, welche die unveränderte Existenz eines solchen sichern.“²⁰⁹ Nach Jellineks Verständnis kann man Recht als jene durch menschlichen Willen zu verwirklichenden Existenzbedingungen der Gesellschaft definieren. Dem Einwand, dass Recht erst dadurch Recht wird, dass es der allgemeine Wille so bezeichnet, begegnet er folgendermaßen: „Aber der allgemeine Wille kann durch Irrtum verleitet werden, auch das sozial schädliche als Recht zu bezeichnen; der individuelle oder kollektive Herrscher kann seine unberechenbare Willkür zum geltenden Rechte erheben. Ein solches Recht ist jedoch nur seiner formalen Seite nach Recht, dem tieferen materialen Grunde nach ist es Unrecht oder im besten

²⁰⁶ Vgl. Rüthers, Rechtstheorie, S. 357.

²⁰⁷ Das zeigt sich auch deutlich daran, dass sich Kelsen, so wie Höffe, eingehend mit der Idee der Welteinheit, des Weltstaates und des principium unitatis beschäftigt, was wohl auf beider Kant-Affinität beruht (Vgl. dazu Horst Dreier, Kelsen, FN 359, S.224).

²⁰⁸ Horst Dreier, Kelsen, S. 294.

²⁰⁹ Jellinek, Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., Berlin 1908, S. 45.

Fälle rechtlich irrelevant. (...) Von den religiösen Anschauungen bis zu den Zufälligkeiten der nationalen oder gar lokalen Sitte ist das Recht durch alle Erscheinungsformen menschlicher Gemeintätigkeit bestimmt und bedingt. Denn alle Funktionen und Institutionen der Gesellschaft suchen bewusst oder instinktiv sich zu erhalten und drängen daher zur Bildung von Normen hin, soweit menschlicher Wille auf ihre Existenz Einfluß haben kann.“²¹⁰ Für Jellinek ist das Recht, ebenso wie die Gesellschaft Änderungen unterworfen und insofern relativ. „Als ewiges, absolutes Recht könnten nur die dürftigen Normen erscheinen, ohne deren Befolgung auch nicht einmal das Zustandekommen der primitivsten Form menschlicher Gesellung denkbar ist.“²¹¹

Da sich Höffe nur mit Jellineks „Allgemeiner Staatslehre“ beschäftigt, entgehen ihm hier wohl wichtige Ideen und Argumente für seine Arbeit. Die von Höffe angesprochene Grundsicht der Gerechtigkeit lässt sich nämlich vielleicht auch als ethisches Minimum interpretieren, ohne das man Recht nicht definieren kann.

Am Ende der Behandlung und Auseinandersetzung mit Höffes Widerlegung des Rechtspositivismus erscheint die Feststellung zulässig, dass keine Rechtsdefinition völlig unabhängig von moralischen Vorstellungen ist. Selbst wenn die Strafgesetze keine formelle Geltung mehr hätten, würden die Rechtsunterworfenen nicht plötzlich zu Verbrechern oder Ganoven. Zumindest nicht eher, als zuvor. Und zwar nicht, weil man es eben gewohnt war dem Rechtssystem zu gehorchen und daher weiterhin einem gewissen inneren Zwang des Rechts erliegt, sondern weil einige, dem Zusammenleben wesentliche Regeln, eine stabilisierende Funktion erfüllen und deswegen weiterhin durch die Rechtsunterworfenen selbst durchgesetzt und praktiziert werden.

Nicht alles was technisch als Recht oder Rechtsnorm angesprochen werden kann, verdient deswegen in einem empathischen Sinn ebenfalls als Recht bezeichnet zu werden.

Kelsen äußerte sich bereits 1926 in einem Diskussionsbeitrag beinahe prophetisch: „Der Rechtspositivismus ist nicht erledigt und wird es niemals sein, so wenig wie das

²¹⁰ Jellinek, Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., Berlin 1908, S. 58f.

²¹¹ Jellinek, Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., Berlin 1908, S. 45.

Naturrecht erledigt ist, dieses nie erledigt sein wird. Dieser Gegensatz ist ein ewiger. Die Geistesgeschichte zeigt nur, dass bald der eine, bald der andere Standpunkt in den Vordergrund tritt.“²¹²

Mit dieser – angesichts der Zweifel an Höffes vollständiger Widerlegung des Positivismus wohl weiterhin – zutreffenden Aussage kann man dieses Kapitel abschließen und mit der Darstellung sowie kritischen Betrachtung von Höffes Anarchismuswiderlegung fortfahren.

²¹² Kelsen, Beitrag zum Vortrag von E. Kaufmann, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 3, 1927, S.53f, Nachweis bei Koller, Der Begriff des Rechts und seine Konzeption in Brugger/Neumann/Kirste, Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, S. 157.

V. Höffes Auseinandersetzung mit dem Anarchismus

Nachdem Höffe den Standpunkt der politischen Gerechtigkeit mittels einer semantischen Analyse begrifflich geklärt und gegen rechtspositivistische Einwände Stellung bezogen hat, wendet er sich der Kritik des Anarchismus zu. Für Höffe beginnt die eigentliche Legitimationsaufgabe mit der Rechtfertigung politischer Zwangsbefugnisse vom Vorteil jedes Betroffenen her. Gemäß seiner bisherigen Vorgangsweise wird die Rechtfertigung in der Auseinandersetzung mit einem politischen Skeptizismus geführt, „dem Anarchismus als Gesellschaftsprinzip“²¹³, der grundsätzlich die Legitimität jeglicher politischer Zwangsbefugnis in Zweifel zieht. Höffe betont, dass zwar gewisse Vorarbeiten schon in der Widerlegung des rechtsethischen Skeptizismus geleistet wurden, doch bildet in der Positivismuskritik der Zwangscharakter des Rechts eine unumstrittene Prämisse. Es wird daher der Frage nachgegangen, ob man überhaupt jemals ein Recht hat jemanden anderen zu zwingen, gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen, oder bloß immer die Macht dazu? Die Begründung des Zwangscharakters des Rechts ist jedenfalls eine Kardinalaufgabe jeder Gerechtigkeitstheorie.

Höffe beginnt seine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Anarchismus im Kapitel „Die Utopie der Herrschaftsfreiheit“ wiederum konventionell, nämlich mit einer Begriffbestimmung des griechischen Fremdwortes.

Mit „Anarchie“ bezeichnete man ursprünglich die 404 v. Chr. beginnende Regierungszeit der dreißig Tyrannen in Athen, unter der es keinen Herrscher (gr.: archon) gab. Bereits im Altertum benannte man damit auch den Zustand der Gesellschaft, in dem die Staatsgewalt aufgehoben oder keine Regierung vorhanden ist. Das Wort „Anarchismus“ ist schließlich eine Neubildung zu Anarchie und bezeichnet grundsätzlich eine Gesellschaftslehre, in der die bestehenden Rechtsordnungen als Ausdruck illegitimer Herrschaft über Menschen abgelehnt und

²¹³ Höffe, PG, S. 191.

die Zerstörung der repressiven Elemente der Staatsgewalt sowie aller persönlichen Führungsansprüche gefordert wird.²¹⁴

Höffe hält fest, dass der Ausdruck Anarchie zumeist eine sittlich-politische Bewertung mit sich führt, die bis in 19. Jahrhundert regelmäßig negativ ausfiel. Die Anarchie gilt der Mehrheit als ein Chaos, das für die Menschen absolut schädlich ist. Die Herrschaft erscheint in der Geschichte der Menschheit in so einem Maß als natürlich, dass die Herrschaftsfreiheit lange Zeit nicht einmal als Utopie in das Blickfeld tritt.²¹⁵ Höffe rechtfertigt die gründliche Auseinandersetzung mit dem Anarchismus anhand zweier Argumente. Der utopische Charakter der Idee der Herrschaftsfreiheit wäre erstens kein Argument gegen eine gründliche Auseinandersetzung, da in der Entwicklung des politischen Denkens die antizipierende Annahme von derzeit noch unbekannten Herrschaftsformen immer schon eine wichtige Rolle spielte. Durch ihr Gegenbild zur vorhandenen Wirklichkeit mehrten politische Utopien die Hoffnung auf bessere Verhältnisse und provozieren das Engagement zur Überwindung der gegenwärtigen. Nach Höffe findet man deshalb in der politischen Philosophie seit ihren Anfängen bedeutende Utopien. Er konstatiert allerdings, dass mit dem Anarchismus ein neues Paradigma in den politischen Diskurs eintritt und das seit Platon entwickelte Ideal der gerechten Herrschaft ablöst. Ein zweites Argument für eine sorgfältige Auseinandersetzung mit dem Anarchismus erkennt Höffe darin, dass die Geschichte des Spätmittelalters und vor allem der Neuzeit zu einem wesentlichen Teil von Umwälzungen, Reformen und Befreiungskämpfen geprägt war, die allesamt zum Abbau von Herrschaft beitrugen. Damit erscheint für Höffe das Postulat der Herrschaftsfreiheit als gar nicht so realitätsfremd.²¹⁶

Systematisch beginnt Höffe die Auseinandersetzung mit dem Anarchismus mit der Bildung neutraler Begriffe. Da der Ausdruck der Anarchie seiner Ansicht nach so selten neutral verwendet wird, knüpft er die erste nichtreligiöse Verteidigung der Herrschaftsfreiheit genau an jene Begrifflichkeit an, die für ihn zwar in einem anarchismus-kritischen Argumentationszusammenhang steht, aber für sich genommen neutral ist, „eben die des Naturzustandes“.²¹⁷

²¹⁴ Vgl. Meiner, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, S. 38f.

²¹⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 197.

²¹⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 194f.

²¹⁷ Höffe, PG, S. 198.

Zunächst behandelt Höffe allerdings den Begriff der „Herrschaft“. Dieser ist nicht unproblematisch, trägt der Begriff nach Adorno doch das „Moment des Furchtbaren“ und die „Tendenz zur Totalität“ in sich.²¹⁸ Höffe sieht dies differenzierter und stellt fest, dass auch bei einem zweipersonalen Herrschaftsverhältnis wechselseitige Verpflichtungen und Vorteile bestehen können, die das Verhältnis auch zu legitimieren vermögen. Erst durch eine Begriffsausweitung nähert sich schließlich das Verhältnis eines Herrschers zu seinen Untertanen einer bloßen Eigentumsbeziehung an, wodurch es einen sachenrechtlichen Charakter bekommt, der wechselseitige Verpflichtungen und Vorteile weitgehend ausschließt (und daher illegitim sein muss). Höffe folgert weiters, dass man die fortschreitende Ausweitung, die der Herrschaftsbegriff erfährt, in einer Stufenfolge festhalten kann, die sich an die Begriffsgeschichte anlehnt, primär aber in systematischer Absicht konstruiert wird. Die Stufenfolge beginnt er mit dem geringsten Begriffsumfang, dem schwächsten Herrschaftsbegriff und entwickelt sodann zunehmend stärkere Begriffe.

V.1. Ausformungen des Anarchismus

Die Stufenfolge der Herrschaftsformen beginnt Höffe mit einer vorpolitischen oder natürlichen Herrschaft, die er als bloß soziale Überordnung versteht, die keinerlei Rechts- oder Staatscharakter hat.²¹⁹ Gegen die Auffassungen von so bekannten Philosophen wie Rousseau und Proudhon, wonach die Einführung des Privateigentums als der Anfang der Herrschaftsbildung verstanden werden kann, bringt er vor, dass bereits vorrechtliche Gegebenheiten zwangsfähige Über- und Unterordnungen begründen können. Zu den vorrechtlichen Gegebenheiten zählt Höffe außergewöhnliche Fähigkeiten wie manuelle Fertigkeit, körperliche Kraft oder auch die Kompetenz, Rat zu erteilen. Auch die natürliche Überlegenheit der Eltern über ihre Kinder wird als Beispiel vorrechtlicher Gegebenheiten angeführt. Höffe prüft das Eltern/Kind-Verhältnis sodann anhand seines formalen Gerechtigkeitskriteriums, wonach eine Herrschaft dann als gerecht bezeichnet werden kann, wenn sie frei anerkannt wird, was sich im vorliegenden Falle (folgt man Höffe) einer natürlichen Über- bzw. Unterlegenheit etwa „in der Bitte um Hilfe und der Annahme der

²¹⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 205 mwN.

²¹⁹ Vgl. Höffe, PG, S. 209ff.

Hilfeleistung niederschlägt“. Die freie Zustimmung, vermeint Höffe, kann auch konkludent erfolgen. „Säuglinge (...) erbitten die Hilfe durch Schreien, nehmen die Mutterbrust oder die Flasche ‚mit Wohlgefallen‘ entgegen und lassen sich bereitwillig füttern.“²²⁰ M.E. muss man im zitierten Satz zumindest ‚erbitten‘ ebenfalls unter Anführungszeichen setzen, da Säuglinge sicherlich nichts erbitten können (was nicht bedeutet, dass es für den Betrachter den Anschein haben kann) und auch sonst in keiner Form einen eindeutigen Willen äußern können. Es bleibt unklar, worin man in diesem Beispiel die Zwangsfähigkeit der überlegenen Person erkennen will. Besteht sie etwa in der Möglichkeit, das Kind zum Essen zu zwingen? Jedenfalls lässt sich daraus nicht der Schluss ziehen, dass bei einer „bloß natürlichen Über- und Unterordnung die Zwangsfähigkeiten der überlegenen Personen solange legitim erscheinen (ist sie es nun oder nicht?), wie sich auf die Leistung von Schutz und Hilfe sowie auf die Dauer der Leistung beschränken. Höffe scheint die Unklarheit seiner Ausführungen ebenfalls bewusst, denn sonst bestünde für ihn wohl kein Grund „nur in einem eingeschränkten Sinn von Zwang zu reden“²²¹, sodass am Ende gar nicht mehr von Zwang, sondern von einer natürlichen Autorität oder Nullstufe der Herrschaft die Rede ist.

Dort wo die Eltern oder verallgemeinernd gesagt die Überlegenen über den Bereich und die Zeit der Hilfeleistung hinaus vorgeordnet bleiben, spricht Höffe von einer Ausweitung der Autorität als natürliche oder vorpolitische Herrschaft. Das Argument der „freien Anerkennung“ und die übrigen Argumente, die die natürliche Autorität für Höffe legitimieren, reichen für die natürliche oder vorpolitische Herrschaft nicht aus. „Die bleibende Überordnung könnte beispielsweise mit einer Dankbarkeit für die Hilfeleistung begründet werden“, wodurch in die „ursprüngliche einseitige Beziehung eine Wechselseitigkeit eintritt“.²²² Nimmt man das an, was aber überhaupt nicht zwingend ist, dann (und nur dann) kann man Höffe darin zustimmen, dass damit auch das materielle Kriterium der Gerechtigkeit, der wechselseitige Vorteil, erfüllt wird. Die Dankbarkeit ist m.E. ein zu schwaches Argument, um zu legitimieren, dass die natürliche Herrschaft ihrer Art und Reichweite nach durch zwangsfähige Regelungen bestimmt wird.

²²⁰ Höffe, PG, S. 210.

²²¹ Höffe, PG, S. 210.

²²² Höffe, PG, S. 211.

Es überrascht nicht, dass die darauf folgende zweite Stufe und politische Herrschaft nicht durch die „eventuelle Legitimität vorpolitischer Herrschaft“ zureichend zu begründen ist. Die politische Herrschaft besteht demnach in fest umschriebenen Amtsbefugnissen, die einzelnen Mitgliedern übertragen werden, wohingegen die politische Macht in einer Amtsmacht besteht.

Die dritte, auch nachpolitische Stufe besteht schließlich in einer Personifizierung. Darunter erfasst Höffe, dass einer Person selbst die Zwangsmacht zukommen soll und nicht länger einem bestimmten Amt. Er versteht darunter die unumschränkte Macht des Herrschers über alle seine Untertanen, als ob sie sein Eigentum wären. Besonders ausgeprägt ist das eigentumsähnliche Verhältnis zwischen Menschen in der Institution der Sklaverei und krassen Formen der Leibeigenschaft, wie Höffe weiter ausführt.²²³

In Umkehrung des Stufenbaus der Herrschaft interpretiert Höffe sodann die Anarchie als einen progressiven Herrschaftsabbau (mit anderen Worten: Anarchie kann man auch als Kritik der Herrschaftsformen verstehen), der bei der begrifflich am weitest ausgedehnten Herrschaftsform, der personalen Herrschaft, ansetzt.²²⁴

Er baut auf der untersten Stufe der Herrschaftsfreiheit die Elemente „nachpolitischer“ Herrschaft ab. Durch die Ablehnung personaler Herrschaft entsteht ein Zustand politischer Herrschaft, „in der die Menschen nicht länger als Sachen behandelt werden und die Zwangsmacht sich auf gewisse, durch Regeln definierte Amtsbefugnisse beschränkt, Befugnisse die überdies im Rahmen einer Rechtsordnung einem Minimum an distributiv gemeinsamen Interessen dienen.“²²⁵ Auf der ersten Stufe von Anarchie geht es ihm im Wesentlichen um die Freiheit von Diktatur und Despotie. Auch Höffe versteht diese erste Stufe der Ablehnung einer personifizierten Herrschaft als Kritik von Despotie, Tyrannis oder Diktatur in der Rechts- und Staatstheorie von der Antike bis heute, die so gut wie unbestritten ist. Wenn man sie aber nur als eine Kritik der personifizierten Herrschaft darstellt, ist sie natürlich gegen den Paradigmenwechsel von der Utopie der gerechten Herrschaft zu der der Herrschaftsfreiheit indifferent. Man kann Höffe darin zustimmen, dass

²²³ Vgl. Höffe, PG, S. 211.

²²⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 212ff.

²²⁵ Höffe, PG, S. 213.

aufgrund des Obgesagten gefolgert werden kann, dass die Ablehnung personaler Herrschaft für die anarchistische Ablehnung von Zwangsinstitutionen und politischen Ämtern überhaupt zu unspezifisch bleibt. Die unterste Stufe der Herrschaftsfreiheit ist ja, wie Höffe ebenfalls festhält, in den demokratischen Verfassungsstaaten der Moderne verwirklicht, dennoch bleibt „die Gesellschaft im wesentlichen dem voranarchistischen Ideal einer gerechten Zwangsmacht verhaftet“.²²⁶

Die eigentliche Herausforderung für die politische Gerechtigkeit beginnt erst bei einer zweiten Stufe der Herrschaftsfreiheit, wo zusätzlich zur personifizierten Herrschaft alle Rechts- und Staatselemente abgeschafft sind, so dass es nur noch eine vorpolitische Herrschaft übrig bleibt. Nach Höffe resultiert daraus ein rechts- und staatsfreies Zusammenleben, das aber nicht notwendigerweise von anderen Zwangsinstitutionen frei ist.

Erst auf der dritten Stufe der Herrschaftsfreiheit verschwinden dann auch alle Formen von anderen Zwangsinstitutionen. Höffe vermeint weiters, dass sodann auf einer vierten Stufe sogar alle natürliche Autorität abgelehnt wird, wodurch auch die Hilfs- und Schutzaufgaben der Eltern gegen ihre Kinder entfallen könnten. Ich bezweifle, dass man die von Höffe zitierten Äußerungen Karl Grüns tatsächlich in diese Richtung verstehen kann. Anarchie als „reine Selbstbestimmung“ schließt nicht notwendigerweise das Bestehen einer natürlichen Autorität aus und macht m.E. keine Aussage darüber.

Jene anarchistischen Positionen, die den ersten drei Stufen der Herrschaftsfreiheit entsprechen, kann man nach Höffe auch als abgeschwächten, strengen und radikalen Anarchismus bezeichnen. Er hält neuerlich fest, dass der abgeschwächte Anarchismus noch gar keine Antithese zur politischen Gerechtigkeit darstellt. Der strenge und radikale Anarchist müsste hingegen (wollte er Recht behalten) zeigen, dass ein Zusammenleben, das sich auf die Anerkennung natürlicher Rechte verpflichtet, „tatsächlich auf Rechtsverbindlichkeiten und Staatsgewalten verzichten kann“.²²⁷

²²⁶ Höffe, PG, S. 213.

²²⁷ Höffe, PG, S. 215.

V.2. Dilemmata des Anarchismus

Für Höffe ist aber ein Vertreter des radikalen Anarchismus, der auf Rechtsverbindlichkeiten und Staatsgewalten verzichten will, sodann mit folgendem Dilemma konfrontiert: Entweder gibt es tatsächlich Rechte, d.h. subjektive Ansprüche, deren Anerkennung man von seinen Mitmenschen verlangen kann; dann korrespondieren damit aber auf der anderen Seite auch Pflichten, die die Handlungsfreiheit einschränken. Oder es darf überhaupt keine Freiheitseinschränkungen geben, wodurch aber auch subjektive Ansprüche hinfällig würden. Dieses Dilemma betrifft nach Höffe den Rechts- oder Anspruchcharakter *natürlicher* Rechte. Ein zweites Dilemma taucht bei der Beschreibung der Eigenschaft des Natürlichen auf, wenn man den Gedanken von natürlichen Rechten oder Menschenrechten aufgibt und sich mit relativen Rechten begnügt: „Entweder wird bei den freien Vereinbarungen wirklich etwas vereinbart, dann entsteht zwar etwas, das auch der Anarchismus will, eine gesellschaftliche Ordnung“. Nun entsteht aber hinsichtlich des Einhaltens der Vereinbarung ein Zwang, denn sonst bliebe man auch nach einer Vereinbarung frei (sie zu halten oder nicht), sodass eigentlich nichts vereinbart wird und „jedenfalls keine gesellschaftliche Ordnung zustande kommt“.²²⁸

Höffe konstatiert, dass das Recht einerseits als Formzwang die Art und Weise definiert, wie positiv geltende Vereinbarungen zustande kommen, und andererseits als Strafwang dafür Sorge trägt, dass die geltenden Vereinbarungen durchgesetzt werden. Die Dilemmata des Anarchismus zeigen aber, dass es in beiderlei Hinsicht jenen sozialer Zwang gibt, den der strenge und radikale Anarchismus seiner Ansicht nach eigentlich ablehnen.²²⁹

Bemerkenswert erscheint, dass das Trittbrettfahrer-Dilemma im Zusammenhang mit anarchistischen Theorien kaum thematisiert wird, obwohl sie in der Praxis m.E. auch daran scheitern müssten.

²²⁸ Höffe, PG, S. 216.

²²⁹ Vgl. Höffe, PG, S. 217.

Höffe vermeint, dass angesichts der anarchistischen Herausforderung jeder Herrschaft der Ausweis distributiv gemeinsamer Interessen mit Hilfe einer radikalen Legitimation dritter Stufe erfolgen muss. Diese führt den Beweis, dass ein Sozialzwang distributiv vorteilhafter ist als ein zwangsfreies Zusammenleben. Höffe bemerkt hier, dass die Forderung, menschliches Zusammenleben auf den distributiven Vorteil zu verpflichten, eine moralische Forderung ist.

Die Legitimationskontroverse um die gerechte Herrschaft beschäftigt sich mit der Frage, ob es distributiv gemeinsame Interessen gibt, die sich mit einem Sozialzwang verbinden lassen und trotzdem vorteilhaft bleiben. Für die Beantwortung dieser Frage ist man laut Höffe auf ein deskriptives Wissen angewiesen, dass dem Bereich der philosophischen Anthropologie zuzuordnen ist. Deren Grundfragen lauten erstens, ob im zwischenmenschlichen Leben die Konflikt- oder Kooperationsnatur des Menschen dominiert und zweitens, ob das menschliche Handeln nach Glück oder Freiheit strebt.

Einerseits ist für Höffe die Konfliktnatur des Menschen ein anthropologisches Faktum, andererseits geht er davon aus, dass das menschliche Handeln nach Freiheit strebt, wie im Folgenden noch näher ausgeführt wird.

Höffe hält abschließend fest, dass die politische Natur nicht die ganze Natur des Menschen darstellt und der Staat nicht mit der vollen Humanität identisch ist. Er plädiert dafür, dass sich ein wahrhaft humanes Gemeinwesen dieser Grenzen bewusst sein muss.²³⁰

V.3. Konflikt oder Kooperation

Höffe greift für die Beantwortung der Frage, ob der Mensch vornehmlich als Konflikt- oder als Kooperationswesen anzusehen ist wiederum auf einen Vergleich von widerstreitenden Aussagen über das menschliche Wesen zurück, die zum Teil aus der Antike stammen. Er setzt sich dabei ausführlich mit Platon, Aristoteles und (erneut) Hobbes auseinander. Er erläutert im Zuge seiner Ausführungen

²³⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 288.

Kooperationsmodelle, Konfliktmodelle sowie die heute vorherrschenden Mischmodelle. Bezeichnet man mit Höffe die antiken Modelle als „alten Weg“ und die modernen Modelle als „neuen Weg“, so bekommt man allerdings den Eindruck, dass sich bereits Platon nicht für nur einen Weg entscheiden konnte. Platon sieht (wie auch Höffe) in der Hilfsbedürftigkeit bzw. Unselbstständigkeit des Menschen (als Neugeborener) ein anthropologisches Grunddatum.²³¹ Beide gehen auch davon aus, dass man zur Befriedigung seiner Bedürfnisse regelmäßig auf andere Menschen angewiesen ist (sei es wegen der Natur des Menschen – wie im Fall der Abhängigkeit eines Neugeborenen von seiner Mutter oder wegen der Arbeitsteilung der entwickelten Gesellschaften). Höffe vermeint hier auch das von ihm verwendete Legitimationsmuster „Anthropologie plus Ethik“ bei Platon wiedererkennen zu können.

Als Ergebnis seiner Analyse hält Höffe fest, dass sowohl Platon als auch Aristoteles ein natürliches Interesse des Menschen an einem zwangsfähigen Gemeinwesen behaupten und somit letztlich ihre Gesellschaften alleine aus der Kooperationstendenz des Menschen nicht erklären können. Für Höffe besteht der Kern der Platonischen Polislegitimation aus einer Vermittlung der normativen mit der deskriptiven Seite. Das normative Element Platons erkennt Höffe im aufgeklärten Selbstinteresse der Polismitglieder, wohingegen die deskriptive Seite in der Bestimmung von lebensnotwendigen Bedürfnissen gelegen ist. Er betont weiters, dass in Platons Elementarpolis eine Tauschgerechtigkeit herrschen soll, da Platon jene Kooperation für vorteilhaft hält, in der man jene (seine) Dinge oder Tätigkeiten, die einen Marktwert haben, mit den komplementären Spezialprodukten der anderen tauscht. Platons Elementarpolis weist für Höffe keine Sozialnormen oder öffentlichen Gewalten auf und ist für ihn daher sogar weniger als ein Minimalstaat, nämlich „bloße Gesellschaft“²³². Lediglich ein gemeinsames Interesse und Ziel reicht für die allgemein vorteilhafte Kooperation und Entwicklung scheinbar aus. Es reicht laut Höffe allerdings nicht aus, die legitimatorische Aufgabe zu lösen, warum das Zusammenleben einen Zwangscharakter und der Zwang eine Rechts- und Staatsform annehmen darf. Platon und Aristoteles weisen mit ihren Konzepten demnach in die richtige Richtung, aber ein politisches Gemeinwesen, wie es heute

²³¹ Vgl. Höffe, PG, S. 233.

²³² Höffe, PG, S. 240.

z.B. existiert, ist damit für Höffe noch lange nicht legitimiert.²³³ Die Lösung dieser Aufgabe ist erst bei näherer Betrachtung der Konfliktnatur des Menschen, als einer „Anwendungsbedingung für Herrschaft“ zu erwarten.²³⁴

Untersucht wird von ihm, ob Konflikte zwischen Menschen notwendigerweise entstehen müssen. Zutreffendenfalls wäre weiters zu prüfen, ob die Lösung von Konflikten unter Zwang für alle Beteiligten vorteilhaft sein kann und somit legitimiert wäre. Bemerkenswert ist im Zusammenhang mit der Frage nach der „Natur“ des Menschen auch, dass Höffe einerseits versucht, die möglichen Antworten von empirischen Untersuchungen weitgehend abzukoppeln, um sie als möglichst erfahrungsunabhängig auszuweisen.²³⁵

Dabei gibt es in der Anthropologie gerade zur Frage der Konflikt- oder Kooperationsnatur des Menschen wissenschaftlich gesicherte Forschungsergebnisse, aus denen sich „starke“ anthropologische Prämissen formulieren ließen. Der deutsche Anthropologe Wulf Schiefenhövel ist unter anderem bekannt für zahlreiche Publikationen über seine Forschungsreisen zum Volk der Eipo auf West-Neuguinea. Aus den Ergebnissen seiner Forschungen zum Aggressionstrieb der Ureinwohner kann entnommen werden, dass weder allein ein unausrottbarer angeborener Aggressionstrieb noch allein eine frustrierende frühe Sozialisation der Kinder für späteres kriegerisches Verhalten verantwortlich gemacht werden kann, sondern Resultat einer gezielten Erziehung ist, die Aggressivität als geeignetes Mittel zur Erlangung von individuellen oder gemeinschaftlichen Zielen ansieht.²³⁶ Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass der Aggressionstrieb des Menschen kein Symptom der Konfliktnatur des Menschen ist.

Warum Höffe dennoch seine „schwachen“ anthropologischen Prämissen beibehält, bleibt offen. Eine Erklärung kann sein Bestreben nach allgemeiner Zustimmungsfähigkeit sein. Für verwertbare Ergebnisse bedarf es allerdings realer Bedingungen der Naturzustandskonzeption oder einer Rechtfertigung ihres

²³³ Vgl. Höffe, PG S. 237.

²³⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 290.

²³⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 293.

²³⁶ Roth, Aus der Sicht des Gehirns, S. 354.

Fehlens.²³⁷ Die Aufgabe lautet also, Tiefe und Breite zu versöhnen, wie es im Schach treffend heißt.

Vom entwicklungsgeschichtlichen Standpunkt aus betrachtet scheint es, als war bereits für die Menschen in den ursprünglichen, ersten Gesellschaften Konflikt und Kooperation von eminenter Bedeutung.²³⁸ Die von Höffe geschätzten französischen Ethnologen Levi-Strauss und Mauss haben auch zu diesem Thema in ihren Werken Stellung bezogen. Demnach gab es keinen Mittelweg: entweder volles Vertrauen und damit Kooperation innerhalb einer Gruppe oder volles Misstrauen gegenüber anderen Gruppen, was Konflikt bedeutete. Volles Vertrauen bedeutete hingegen, dass man, nachdem man seine Waffen niederlegte, die Hände frei hatte, um sie einander zu reichen und sodann alles zu verschenken, „von kleinen Aufmerksamkeiten bis hin zu seinen Töchtern“²³⁹. Für Levi-Strauss jedenfalls ein Beispiel für eine universale Situation.²⁴⁰ Nach Mauss gibt man natürlich nicht ganz selbstlos sondern auch im Hinblick auf die Wiedergabe, die mindestens ebenso groß ist wie die erste Gabe, so dass man nicht sagen kann, es ginge hier nur um einen ökonomischen Tausch, denn man „bezahlt“ für Frieden und Stabilität. Und am Ende des Austausches haben beide Seiten letztlich mehr, da der Austausch eine stabilisierende Wirkung hat, sodass man die „Früchte“ des Tausches genießen kann.²⁴¹ Es ist vielleicht das reale Substrat Höffes transzendentalen Tausches bzw. dient dessen empirischer Verstärkung und Absicherung, da durch gleichwertige Austauschhandlungen das soziale Geflecht enger geknüpft wird und die Stabilität des ganzen Systems steigt, was wohl positiv zu bewerten ist, ohne dass hier ökonomische Faktoren eine dominierende Rolle spielen. Dies hat wohl auch schon Aristoteles gesehen, „(...) man muss dem, der uns gefällig gewesen ist, Gegendienste erweisen und auch seinerseits mit Freundlichkeit begegnen“²⁴². Es

²³⁷ Roth, Aus der Sicht des Gehirns, S.201: „Es gilt dass indirekte empirische Evidenzen vorhanden sein müssen, die eine Hypothese hinreichend glaubwürdig machen“ „Schließlich findet man in der Philosophie häufig Aussagen, die sich auf Empirisches beziehen, wissenschaftlich aber längst widerlegt sind (z.B. der Mensch als <Mängelwesen>)“.

²³⁸ Vgl. Mauss, Die Gabe, S. 180.

²³⁹ Mauss, Die Gabe, S. 180.

²⁴⁰ Vgl. Levi-Strauss, Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft, S. 644.

²⁴¹ Vgl. Mauss, Die Gabe, S. 181.

²⁴² Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1132 b31/5.

zeigt sich, dass Mauss' und Levi-Strauss' Erkenntnisse über den Tausch einiges zu einer empirischen Bestätigung der Höffeschen Konzeption beitragen könnten.²⁴³

Argumentationstheoretisch kann man m.E. für die Legitimationsaufgabe die Kooperation vorerst vernachlässigen, indem man kontrafaktisch vom Schlimmsten ausgeht, nämlich dass die Konfliktnatur das Wesen des Menschen gänzlich bestimmt. Schafft man von diesem Punkt aus den Ausweis, dass man allseits vorteilhaften Freiheitseinschränkungen zustimmen kann, so ist die Folge, dass diese gerecht sind, wohl auch bei der Annahme einer Kooperation unter Menschen berechtigt. Trotzdem ist Höffes Prämisse vor allem von Gerhardt kritisiert worden. Das Primat des Konflikts führt demnach zu argumentationstheoretischen Schwierigkeiten, auf die in der Zwischenbilanz noch näher einzugehen ist.²⁴⁴

V.4. Glück oder Freiheit

Höffe setzt sich sodann mit der Frage auseinander, ob das menschliche Handeln im Naturzustand nach Glück oder nach Freiheit strebt. Dabei geht es ihm aber nicht um einen moralischen Begriff von Freiheit, wie etwa bei Kant im Zusammenhang mit der Autonomie des Willens, sondern schlicht um Handlungsfreiheit, die man auch als Willkürfreiheit oder Gutdünken bezeichnen kann.²⁴⁵

Nach Aristoteles strebt der Mensch bzw. streben alle Handlungen und Entschlüsse hingegen nach dem Guten. Das wird von Höffe gar nicht bestritten, denn es ist für seine Konzeption eines Naturzustandes nämlich nur insoweit relevant, als zur Erlangung desselben dem einzelnen keine Schranken gesetzt sind. Das bedeutet für Höffe, dass der Handlungsfreiheit legitimatorisch der Vorrang vor dem Glück gebührt, da das, was das Glück für jeden ausmacht, verschieden sein kann, wohingegen die Handlungsfreiheit im primären Naturzustand lediglich in einer Freiheit von Zwang für

²⁴³ Vgl. Levi Strauss, Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft: „Tausch hat nicht wirtschaftlichen Charakter, sondern ist „fait social total“, S. 107; aus Austausch zieht weder der eine noch der andere wirklich materiellen Nutzen, S. 109; Spiel des Tausches ist komplexe Gesamtheit bewusster oder unbewusster Manöver, um Sicherheiten zu gewinnen, sich vor Gefahren zu schützen, die Allianzen und Rivalitäten mit sich bringen, S. 110; beim Tausch geht es um mehr als um die ausgetauschten Dinge, S. 116“.

²⁴⁴ Vgl. Gerhardt in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 77ff.

²⁴⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 300.

alle besteht und somit die damit verbundenen Folgen für alle gleichermaßen spürbar sein können.²⁴⁶

Die Geschichte bietet zahlreiche Beispiele²⁴⁷ dafür, dass der Mensch im Umgang miteinander weder äußere noch innere Schranken zu kennen scheint und insofern tatsächlich zu allem fähig ist (übrigens auch im Umgang mit der Natur), so dass man auch hier mit Höffe von einer erfahrungsgesättigten Prämisse sprechen kann. Höffe verwehrt sich allerdings gegen den nahe liegenden Schluss, die Legitimationsaufgabe könne von einer (politischen) Anthropologie – wie dies etwa Christian Illies²⁴⁸ in seiner Arbeit zur Konvergenz von Moral und Natur versucht – alleine gelöst werden. Schließlich ist er zuallererst Ethiker.

Für Höffe ist die Freiheit eine Prämisse mit weit reichender Bedeutung. Wenn nämlich dem Naturzustand ein bestimmtes Menschenbild zugrunde liegen soll, so liegt dies nach Höffe allenfalls in der Freiheit, die er aus legitimationstheoretischen Gründen als unbegrenzt ansetzt und nicht im Individualismus.²⁴⁹ Diese Voraussetzung ist mitverantwortlich dafür, dass sich Höffes Gerechtigkeitstheorie als eine Freiheits- und nicht als Glückstheorie gestaltet.²⁵⁰ Wegen der großen Bedeutung für seine Theorie rechtfertigt Höffe die Auswahl der Prämisse Handlungsfreiheit in der Auseinandersetzung mit Hobbes, als frühneuzeitlichen und Rawls, als heutigen Vertreter der Legitimationsdebatte. Dabei geht es ihm aber um Handlungsfreiheit im Sinne von Willkürfreiheit oder Gutdünken.²⁵¹ Diese besteht darin, dass es dem Akteur selbst überlassen bleibt, was er begehrt und wie er das Begehrte zu erlangen versucht. Es bleibt jedem selbst überlassen, ob er z.B. sein Überleben für eine *conditio sine qua non* seines Glücks hält und worin er über das bloße Leben hinaus sein Glück sucht. Für Höffe zählt folglich nur das sozial unbegrenzte Gutdünken, die von anderen nicht eingeschränkte Willkürfreiheit als eine taugliche Prämisse der Naturzustandskonzeption.²⁵²

²⁴⁶ Von Höffe auch als Handlungsfreiheit im Sinne von Willkürfreiheit verstanden, vgl. PG, S. 300ff.

²⁴⁷ Wie z.B. der Holocaust während des 2. WK oder der Genozid in Ruanda im Jahr 1994.

²⁴⁸ Christian Illies, *Philosophische Anthropologie im biologischen Zeitalter*, Frankfurt/Main, 2006.

²⁴⁹ „Seit dem 18. Jhdt. Ausdruck für die Ansicht, dass das Individuum, seine Interessen, Ansprüche und Rechte denen der Gemeinschaft, der Gesellschaft oder des Staates überzuordnen seien bzw. ihnen zeitlich und wesensmäßig vorausliegen. (...) Formen des Individualismus sind der Egoismus, der Altruismus und vor allem der Liberalismus“ vgl. Meiner, *Philosophisches Wörterbuch*, S. 313.

²⁵⁰ Höffe, PG, S. 306ff.

²⁵¹ Vgl. Höffe, PG, S. 300.

²⁵² Vgl. Höffe, PG, S. 321.

Man kann also zusammenfassend festhalten, dass in Höffes Menschenbild die Gefahr des Konflikts unter Menschen eine dominierende Rolle einnimmt und die Qualität einer anthropologischen Konstante erhält.

Weiters bezeichnet Höffe die Freiheitsannahme als „in der Legitimationsdebatte unbestritten“ und „sogar mit der Debatte als solcher gesetzt“²⁵³. „Denn wenn die Legitimität von sozialem Zwang überhaupt diskutiert wird, so setzt man ein von allem sozialen Zwang freies, deshalb auch jeder objektiven Glücksdefinition unabhängiges und insoweit der Willkür des Handelnden überantwortetes Tun und Lassen voraus.“²⁵⁴

Höffe geht also auch davon aus, dass sich die Annahme der Handlungsfreiheit als Prämisse eines primären Naturzustandes bewährt²⁵⁵ und dass der Begriff des Glücks für die Legitimationsaufgabe entbehrlich wird, sobald man jedem die Freiheit zu seinem eigenem Glück zugesteht.²⁵⁶

V.5. Exkurs: Die Freiheit des Willens

Die Freiheit ist eines der elementaren Konzepte der Moralphilosophie. Auch Höffe versteht die „Politische Gerechtigkeit“ als eine Freiheitstheorie. Die Frage nach der Freiheit einer Handlung bzw. nach der Freiheit des Willens hat auf dem Gebiet der Moralphilosophie (wie auch dem Strafrecht) weit reichende Folgen. Man kann sagen, dass die Möglichkeit normativer Ethik grundsätzlich von der Bejahung der Frage abhängt, ob es eine Freiheit des Willens, der Entscheidung und des Handels überhaupt gibt. Verneinendenfalls ist ja das Erleben von Freiheit und des Sollens offensichtlich Täuschung und Einbildung. Begriffe wie Verantwortung und Schuld werden gegenstandslos wie die ethische Forderung so zu handeln, als ob man verantwortlich wäre zur Fiktion wird. Der wichtigste Grund: ein moralisches Sollen

²⁵³ Höffe, PG, S. 301.

²⁵⁴ Höffe, PG, S. 301.

²⁵⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 328.

²⁵⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 302.

setzt immer auch ein (generelles oder situatives) Können voraus. „Die bleibende Wichtigkeit des Bewusstseinsbegriffes liegt nach dem Abweis der Gleichsetzung Mentalität = Bewusstsein und der verminderten Bedeutung des Bewusstseinsthemas insgesamt heute noch in der Ermöglichung ethischer Reflexion begründet. Nur prinzipiell bewusste mentale Zustände können auch reflektiert und von der Person damit absichtlich verändert werden. Deshalb hängt an dem Bewusstseinsbegriff unser Selbstverständnis als autonome, zur (Selbst-) Veränderung fähige Wesen.“²⁵⁷

Der Determinismus steht in den Naturwissenschaften für die Voraussetzung eines durchgängigen Kausalzusammenhangs aller Vorgänge in der Welt, was auch seelische Erlebnisse und Willenshandlungen einschließt. In der uns interessierenden Ethik bedeutet Determinismus die Annahme einer Bestimmung des Willens durch innere oder äußere Ursachen, die die Freiheit des Willens daher ausschließt. Den Naturwissenschaften bleibt allerdings nichts anderes übrig, denn erst die Annahme eines durchgängig durch Naturgesetze bestimmten Verlaufs aller Ereignisse ermöglicht die Vorhersagbarkeit und Berechenbarkeit von Ereignissen. Im Gegensatz dazu geht der Indeterminismus von der Nichtbestimmtheit der physischen Vorgänge durch das Kausalprinzip oder einer Handlung durch Charakter und Motive (als innere bzw. äußere Ursachen) aus. Genauer gesagt bestreitet er zumindest die Behauptung, dass alle Handlungen determiniert sind. Die Überzeugung von der Willensfreiheit im eigentlichen Sinn (die Freiheit der Wahl zwischen zwei oder mehr Möglichkeiten, von denen grundsätzlich jede gewollt werden kann) kann ebenfalls als Indeterminismus bezeichnet werden und entspringt aus dem unmittelbaren Erleben, im Fall von Motivfreiheit oder Unentscheidbarkeit zwischen verschiedenen Zielen und Mitteln eine aktive Wahl treffen zu können. Der Determinismus hingegen spricht von Freiheit nur im Sinne des Fehlens äußeren Zwangs, sodass wir zwar tun, was wir wollen, wir aber schon genötigt sind dies zu wollen²⁵⁸. Selbstredend, dass für Gerechtigkeit im Determinismus wenig Bedarf besteht (allenfalls Fragen der Verteilungsgerechtigkeit).

Für einen Philosophen wie Höffe ist die von Neurologen wie Roth geäußerte Behauptung, die Willensfreiheit sei nur Fiktion eine Provokation. Gerne nimmt er den Fehdehandschuh auf und nimmt mit einem Aufsatz zum Thema Hirnforschung und

²⁵⁷ Hastedt in Martens/Schnädelbach, Philosophie Bd.2, S. 675.

²⁵⁸ Vgl. Meiner, Philosophisches Wörterbuch, S. 734.

Willensfreiheit dazu Stellung: „Früher waren es Sozialwissenschaftler, neuerdings sind es Hirnforscher, die einen Kardinalbegriff der Moderne, die Freiheit, zur Täuschung erklären. Im Namen eines zweiten Kardinalbegriffes, der Aufklärung, rücken sie dem ersten Kardinalbegriff zu Leibe.“²⁵⁹

Höffe bedient sich einer kantischen Argumentation um die Hirnforscher zu widerlegen. Demnach müsste Kant der Behauptung zustimmen, dass sich jedes Ereignis, einschließlich jeder Handlung, hinterfragen lässt, sodass folglich jedes Ereignis potentiell determiniert ist. Allerdings sind Ereignisse nur soweit determiniert, wie „man sich im Umkreis möglicher Erfahrung bewegt“²⁶⁰, was Höffe zur Zwischenbilanz veranlasst, dass „manche Hirnforscher Deutungen vornehmen, die durch die (übrigens nicht ganz) unstrittigen Beobachtungen nicht unstrittig gedeckt sind.“²⁶¹

Höffe gibt sich mit dieser Zwischenbilanz nicht zufrieden und erläutert in weiterer Folge anhand von Auszügen aus Kants Kritik der reinen Vernunft den Begriff der Freiheit. Dieser ist drei-stufig auslegbar. Jede Handlung oder Aktion ist demnach frei, wenn sie „wie der freie Fall nicht von außen gehemmt ist.“²⁶² Daran schließt sich die zweite Bedeutung an, wonach ein (auch subhumanes) Handeln, das nicht aus äußerem Zwang erfolgt, sondern vom Handelnden selbst ausgeht ebenfalls frei ist. Höffe erläutert dies anhand folgenden Beispiels: Wird jemand gestoßen, sodass er fällt, so ist zwar der Stoßende frei, der Fallende hingegen nicht. Auf der dritten Bedeutungsebene schließlich tritt ein ‚Wissen‘ hinzu. Kant würde laut Höffe in diesem Zusammenhang (wo man nicht aus Zwang und zusätzlich mit Wissen agiert) von Willkür sprechen. Höffe betont deshalb: „Und wo man sich durch Erziehung und Selbsterziehung die Haltung der Ehrlichkeit erwirbt, insofern sich die volle Wirklichkeit der Moral zu eigen macht, deshalb selbst in schwierigster Lage ehrlich bleibt und ebenso hilfsbereit und couragiert, dort zeigen Moral und Willensfreiheit ihre Realität.“²⁶³

²⁵⁹ Höffe in Geyer, Hirnforschung und Willensfreiheit, S. 177.

²⁶⁰ Höffe in Geyer, Hirnforschung und Willensfreiheit, S. 179.

²⁶¹ Höffe in Geyer, Hirnforschung und Willensfreiheit, S. 179.

²⁶² Höffe in Geyer, Hirnforschung und Willensfreiheit, S. 180.

²⁶³ Höffe in Geyer, Hirnforschung und Willensfreiheit, S.182.

Höffe beendet seine Aufsatz mit der metaphorischen Anmerkung, dass die „Welt des Seins nicht die Welt des Sollens aus den Angeln heben kann“²⁶⁴

Doch selbst wenn man gegen Höffe mit Roth übereinstimmen wollte, dass wir uns die Willensfreiheit nur einbilden, so könnte man immer noch entgegen halten, dass „wir durch unser Handeln auch dieser Fiktion eine objektive Realität geben, indem wir sie in die Tat umsetzen (...) Eine Person kann nicht nur wie eine Triebfeder sagen ‚ich muss‘, sondern hat die innere Freiheit, ‚Nein‘ zu sagen, indem sie ein selbstverursachendes ‚Du sollst!‘ gegen ihre Wünsche erster Stufe handlungswirksam machen kann.“²⁶⁵

Mit Carrier/Mittelstraß kann man diesen Exkurs abschließen und demnach mit Recht sagen, dass die sokratische Frage nach dem richtigen Selbst- und Situationsverständnis von der prinzipiellen Materialität der Bewusstseinsprozesse nicht berührt wird: „Wenn wir uns orientieren wollen, benötigen wir andere Mittel, als wenn wir über uns verfügen wollen.“²⁶⁶

V.6. Aufbau des Naturzustandes bei Höffe

Höffe versteht den Begriff des Naturzustandes nicht als zivilisationstheoretischen Begriff. Es geht ihm bei der Bezeichnung „Naturzustand“ um jenen Zustand, der von allen Rechts- und Staatsverhältnissen sowie anderen Formen des sozialen Zwangs frei ist. Höffe stellt die Frage, ob er auch rundum konfliktfrei ist. Damit versucht er eine wichtige Prämisse des Anarchismus bzw. der Herrschaftsfreiheit zu überprüfen. Er spricht sich dafür aus, anthropologischen Voraussetzungen von empirischen Untersuchungen weitgehend abzukoppeln und sie möglichst erfahrungsunabhängig zu beantworten, da anthropologische Elemente meist umstritten sind. Höffe muss allerdings eingestehen, dass „damit zu rechnen ist, dass sich aus schwachen

²⁶⁴ Höffe in Geyer, Hirnforschung und Willensfreiheit, S. 182.

²⁶⁵ Ferber, Grundbegriffe 2, S. 195.

²⁶⁶ Vgl. Hastedt in Martens/Schnädelbach, Philosophie Bd.2, S. 675.

anthropologischen Prämissen nur eine relativ schwache legitimationstheoretische Konklusion ziehen lässt.“²⁶⁷

Die Konzeption des Naturzustandes ist für Höffe nicht notwendigerweise mit der Legitimation von Staatsverhältnissen aus einem Gesellschaftsvertrag verbunden, weshalb sie auch gesondert untersucht werden kann. Für ihn besteht die Aufgabe des Naturzustandes darin, ein systematisches Argument zu entwickeln und auf seine legitimationstheoretische Aussagekraft hin zu beurteilen.²⁶⁸

Höffe ist sich der Gefahr bewusst, dass eine Konzeption des (primären) Naturzustandes nicht zwangsläufig ergebnisneutral sein muss, weshalb im Sinne der Natur- und Sozialwissenschaften streng zwischen der Versuchsanordnung und der tatsächlichen Durchführung des Versuchs zu unterscheiden ist: „Damit das Experiment nicht in sich schlüssig, als Ganzes aber willkürlich ist, darf der erste Teil, die Versuchsanordnung, nicht durch beliebige Annahmen bestimmt sein.“²⁶⁹ Sein Argument beginnt er daher nicht mit bestimmten Voraussetzungen, sondern versucht zuerst zu begründen, warum diese oder jene Voraussetzung gemacht werden muss. Diese Begründung kann allerdings nicht im Wege der Deduktion erfolgen, da dies nach Höffe zu einem logischen Zirkel führen würde. Für Höffe erfolgt die Rechtfertigung der Prämissen aus der systematischen Aufgabe, einen „zunächst vorethischen Beitrag zur Legitimationskontroverse zu leisten und den Konflikt als die mögliche Anwendungsbedingung von Herrschaft zu klären“. Höffe lässt sich dabei von zwei Aspekten leiten: einerseits darf die Legitimationskontroverse mit der Vorfrage Konflikt oder Kooperation, nicht vorentschieden, andererseits darf sie nicht gegenstandslos werden. Sein Naturzustand als Versuchsanordnung sieht daher von all dem ab, was in der Kontroverse mit dem strengen Anarchismus als strittig erfasst wurde. Demnach ist für Höffe die politische Herrschaft bzw. jeder Zwang von Menschen gegen Menschen unmittelbar umstritten, wohingegen die Notwendigkeit von Konflikten als der wahrscheinlichen Anwendungsbedingung von Herrschaft mittelbar umstritten ist.²⁷⁰

²⁶⁷ Höffe, PG, S. 293.

²⁶⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 294.

²⁶⁹ Höffe, PG, S. 295.

²⁷⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 295.

Um die Reich- und Tragweite des legitimationstheoretischen Versuchs klar zu erkennen und zugleich wesentliche Kritikpunkte am Gedanken des Naturzustands gegenstandslos werden zu lassen, versucht Höffe in drei Abstraktionsschritten die Annahme eines Zusammenlebens (Naturzustand) zu formulieren, das von allen sozialen Freiheitseinschränkungen unabhängig ist.²⁷¹

Der erste Abstraktionsschritt besteht für Höffe darin zuerst alle Unterschiede beiseite zu setzen, die zwischen den verschiedenen Herrschaftsformen bestehen. Für die grundsätzliche Frage nach der Legitimität der Herrschaft überhaupt ist es irrelevant, ob die Herrschaft durch eine antike Polis oder einen modernen Staat ausgeübt wird. Für ihn folgt darauf, nachdem bereits von allen geschichtlichen Besonderheiten abstrahiert wurde, der entscheidende Schritt zur Definition des Naturzustandes: die Abstraktion von der Rechts- und Staatsform menschlichen Zusammenlebens. Im dritten Schritt werden schließlich alle Rechte und die ihnen korrespondierenden Freiheitseinschränkungen beiseite gesetzt. Höffe führt aus, dass der zweite Abstraktionsschritt zu einem sekundären Naturzustand oder Naturrechtszustand führt, der zwar Freiheitseinschränkungen, aber keine öffentliche Zwangsinstitutionen („Staat“) kennt. Erst die dritte Abstraktionsstufe führt nach Höffe zum systematisch primären Naturzustand, der die Freiheit der Akteure in sozialer Hinsicht überhaupt nicht einschränkt.²⁷²

Es ist allerdings fraglich, ob die Rechtfertigung von Prämissen aus der systematischen Aufgabe erfolgen kann, „einen zunächst vorethischen Beitrag zur Legitimationskontroverse zu leisten und den Konflikt als die mögliche Anwendungsbedingung von Herrschaft zu klären“. Es taucht hier derselbe Einwand auf, den Höffe bei Rawls moniert, indem er ausführt, dass Rawls' Gerechtigkeitsgrundsätze nur eingeschränkt anwendbar wären: „Die Gerechtigkeitsfrage dürfte nur an eine Teilmenge der Konflikte gestellt werden, nämlich an jene Konflikte, die aus einer Kooperation entstehen.“²⁷³ Wären somit nicht e contrario Höffes Argumente nur auf Fragen der Gerechtigkeit im Zusammenhang mit Konflikt, als mögliche Anwendungsbedingung von Herrschaft, anwendbar (wenn man also zustimmte, dass man ungerecht behandelt wird, dann würde dies nach

²⁷¹ Höffe, PG, S. 297.

²⁷² Vgl. Höffe, PG, S. 298ff.

²⁷³ Höffe, PG, S. 324.

Höffes Theorie, da hier kein Konflikt entsteht, nicht moralisch relevant sein)? Die Durchführung des Versuchs soll schließlich zeigen, ob sich die anarchistische Position der absoluten Herrschaftsfreiheit bestätigt oder Höffes Theorie.

Höffe untersucht in weiterer Folge auch die Naturzustandskonzeptionen von Hobbes und Rawls auf ihre anthropologischen Prämissen hin und stellt sie den Vorzügen der Handlungsfreiheit als Prämisse seines primären Naturzustandes gegenüber.

Er verwirft Hobbes' Konzeption des Naturzustandes als Krieg aller gegen alle. Diese geht seines Erachtens von vier Behauptungen, die sich dem 13. Kapitel des Hobbes'schen Leviathan entnehmen lassen, aus. Es sind dies 1.) das Selbsterhaltungs- und Glücksstreben, 2.) die Todesfurcht, 3.) ein ruheloses Machtstreben und 4.) eine Gleichheitsprämisse. Höffe sieht nur die erste Annahme als zumindest teilweise gerechtfertigt an und folgert, dass die Vorzüge seiner Theorie darin liegen, dass es jedem selbst überlassen bleibt, ob er sein Überleben für eine *conditio sine qua non* seines Glücks hält und worin er über das bloße Leben hinaus sein Glück sucht. Deshalb zählt für Höffe nur die von anderen Akteuren nicht eingeschränkte Willkürfreiheit zur obersten Prämisse seiner Naturzustandskonzeption.

Interessant ist, dass Höffe die Gleichheitsprämisse verwirft, denn diese hat für ihn bereits eine moralische Bedeutung. Sie besteht bei Hobbes in der Annahme, dass jeder Mensch sowohl potentiell Opfer als auch Täter eines gewaltsamen Todes sein kann. Höffe kritisiert daran, dass die darin enthaltene Annahme annähernd gleicher Stärke kontrafaktisch sei, da es „besonders Schwache“²⁷⁴, wie Kleinkinder, Kranke etc., gibt, die von den anderen Akteuren bedroht werden können, ohne dass sie selbst über ein Drohpotential verfügen. Für eine Rechts- und Staatsbegründung bedeutet diese Annahme, dass man konkludent von den Mächtigeren forderte, die Schwäche der „besonders Schwachen“ nicht auszunützen. Ob diese Forderung aber berechtigt ist, gilt es erst einmal zu begründen. M.E. ist dieser Einwand aber nicht schwerwiegend. Es ist nachvollziehbar, bei der Naturzustandskonzeption Kinder und Gebrechliche vorläufig auszuklammern. Auch in einem vertragstheoretischen Sinn ist es nachvollziehbar, dass man nur mit jenen Parteien, die einen

²⁷⁴ Höffe, PG, S. 320.

„rechtsgeschäftlichen“ Willen äußern können und geschäftsfähig sind kontrahiert bzw. kontrahieren kann.

Höffe konstatiert bei Rawls, ebenso wie bei Hobbes, die Annahme der kontrafaktischen Gleichheitsprämisse. Rawls würde darüber hinaus sogar die Gefahr eines gewaltsamen Todes unterschlagen.²⁷⁵ Dem ist allerdings nicht widerspruchsfrei zu folgen. Schließlich Rawls führt bei der Definition der Anwendungsbedingungen der Gerechtigkeit aus, dass „jedem die anderen mit vereinten Kräften seine Pläne durchkreuzen können.“²⁷⁶ Nun ist m.E. der gewaltsame Tod die ultimative Form, jemandes Pläne zu durchkreuzen, sodass letztlich an der nicht ausdrücklichen Erwähnung des gewaltsamen Todes nicht auszusetzen ist. Andererseits ist Höffe darin zuzustimmen, dass Rawls den Anwendungsbereich der Gerechtigkeit stark einzugrenzen scheint. Demnach wird die Rolle der Gerechtigkeit durch die Forderung bestimmt, dass man Grundsätze braucht, um zwischen den verschiedenen möglichen Gesellschaftsordnungen entscheiden zu können, die eine Verteilung der Güter bestimmen, und um eine Übereinkunft über die richtigen Anteile bei dieser Verteilung zustande zu bringen.²⁷⁷ Konflikte, die aus der bloßen Koexistenz in der gemeinsamen Welt (z.B. nachbarschaftliche Konflikte) entstehen, wären sohin gerechtigkeitsirrelevant.

Ebenso nachvollziehbar ist die Kritik an Rawls' Annahme, die er übrigens mit Hobbes teilt, dass jeder danach strebt, möglichst viel an Grundgütern zu erlangen.²⁷⁸ Das mag zwar empirisch nicht ganz falsch sein, doch ist es vermutlich kulturell bestimmt, wonach man strebt. Für Höffe versteckt sich in der Annahme eines derart unbegrenzten Begehrens ein psychologisches Element, das umstritten ist, weshalb er im Gedankenexperiment des primären Naturzustandes lieber darauf verzichtet.²⁷⁹

V.7. Der primäre Naturzustand

²⁷⁵ Höffe, PG, S. 323.

²⁷⁶ Rawls, TG, S. 149.

²⁷⁷ Vgl. Rawls, TG, S. 149.

²⁷⁸ Vgl. Rawls, TG, S. 111ff.

²⁷⁹ Vgl. Höffe, PG, S. 326.

„Was geschieht, wenn das sozial uneingeschränkte Gutdünken einer Person auf das ebenso uneingeschränkte Gutdünken anderer Personen stößt?“²⁸⁰

Für Höffe ergeben sich drei Deutungen des Gedankenexperiments. Nach einer ersten Deutung wird dabei das „Recht“ auf alles als ein Anspruch verstanden, den man gegen andere hat. Das kann z.B. ein Besitztitel sein, der die anderen Gruppenmitglieder verpflichtet, sich einer unerlaubten Nutzung eines Gegenstandes zu enthalten. Allerdings haben alle anderen Gruppenmitglieder ebenso ein „Recht“ auf alles. Höffe bezeichnet diese Situation folgerichtig als widersprüchlich. Sie hebt den Begriff eines „Rechts“ bzw. Anspruchs und den korrespondierenden Begriff einer Pflicht zur Zurückhaltung auf. Das „Recht“ auf alles meint nach Höffe überhaupt keinen Anspruch, vielmehr dass jeder nach seinen Überzeugungen begehren und handeln darf. Er folgert weiters, dass sich das sozial uneingeschränkte Begehren des primären Naturzustandes auch einer Person oder Sache zuwenden kann, auf die sich ebenfalls das Begehren eines anderen richtet. Dabei kann man mit Höffe, als zweite mögliche Interpretation, das Begehren als bloßen Wunsch verstehen, ohne dass zu seiner Verwirklichung irgendetwas unternommen wird. Der Konflikt bzw. die Konkurrenz existiert damit nur im Bewusstsein und tritt nicht in der gemeinsamen Außenwelt zutage. Diese Situation ändert sich, so Höffes dritte Interpretation, sobald der Wunsch zu einem handlungsmächtigen Begehren wird und sich eine Person A denselben Gegenstand der äußeren Welt aneignen will, wie eine andere Person B.²⁸¹ Für Höffe steht dann „das handlungsmächtige Begehren des einen in realer Konkurrenz zum handlungsmächtigen Begehren des anderen“²⁸². Der Konflikt entsteht demnach schon dann, wenn ein handlungsfähiges Gutdünken auf ein ebensolches, konkurrierendes handlungsfähiges Gutdünken stößt. Der Konflikt muss dabei noch nicht ausgetragen²⁸³ werden und ist für Höffe „ein sekundäres Problem“.

Die Durchführung des Versuchs führt Höffe zu dem ersten Ergebnis, dass menschliches Zusammenleben prinzipiell unter einer Konflikt- und Zwangsgefahr steht. Der soziale Zwang ist überall dort, wo Menschen in Gruppen

²⁸⁰ Höffe, PG, S. 328f.

²⁸¹ Vgl. Höffe, PG, S. 329.

²⁸² Höffe, PG, S. 330.

²⁸³ Das Austragen des Konfliktes kann darin bestehen, dass man sich einigt, dass man einseitig nachgibt oder darin dass man einander bekämpft, um zu einer Lösung des Konflikts zu gelangen.

zusammenkommen, ein unvermeidbares Faktum.²⁸⁴ Die entstehenden Konflikte werden darin von den Akteuren selbst, unmittelbar und unter Einsatz ihrer natürlichen Machtmittel, gelöst. In jedem Fall ist die Handlungsfreiheit in sozialer Perspektive nicht mehr unbeschränkt. Für Höffe steht folgendes Resultat des Gedankenexperiments des primären Naturzustandes fest: „Bei einer Koexistenz freier Personen in derselben Außenwelt muß ständig mit Konflikten gerechnet werden“²⁸⁵. Die unbegrenzte Handlungsfreiheit des einen kann nicht mit der unbegrenzten Handlungsfreiheit eines anderen zusammen bestehen. Daraus folgert er, dass die aus der bloßen Koexistenz in derselben Außenwelt drohenden Konflikte als solche die Bedeutung eines sozialen Zwangs haben. Der soziale Zwang darf aber nicht psychologisch oder als faktische Aggression, Streitlust oder ähnliches verstanden werden sondern einerseits sozial sowie andererseits ganz formal und neutral als in einer für den einzelnen von anderen Personen (und damit von außen) erfolgten Freiheitseinschränkung.²⁸⁶

Selbst der Mächtigste ist – vergleichbar mit der Hobbesschen Naturzustandskonzeption – in dieser Versuchsanordnung nicht vor einem gewaltsamen Tod sicher, weshalb Höffe von einer „Universalität des Opferseins“ sprechen kann, die im Naturzustand vorherrscht.²⁸⁷ Die Utopie der Herrschaftsfreiheit entpuppt sich für Höffe als Gefahr einer grenzenlosen Willkürherrschaft über Menschen und wie bei Hobbes herrscht ein latenter Krieg, wodurch sich ein „Recht auf alles“ letztlich als ein „Recht auf nichts“ erweist.²⁸⁸

Der Streitpunkt heißt für ihn daher nicht länger „sozial unbegrenzte oder sozial begrenzte Freiheit“ bzw. „soziale Zwangsfreiheit oder sozialer Zwang“. Offen ist für Höffe nur mehr die Art des sozialen Zwangs: „So sehr wir es bedauern mögen – die ‚große Utopie‘ der Zwangs – und Herrschaftsfreiheit muß der ‚kleinen Utopie‘ des geringeren oder besseren Zwangs weichen.“²⁸⁹ Die Legitimationsdebatte bewegt sich fortan auf der Ebene von (pragmatischen) Vorzugsurteilen, denn für Höffe ist nur noch die Art des sozialen Zwangs fraglich.

²⁸⁴ Vgl. Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 42.

²⁸⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 331.

²⁸⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 332.

²⁸⁷ Höffe, PG, S. 338.

²⁸⁸ Höffe, PG, S. 341.

²⁸⁹ Höffe, PG, S. 335.

Für Höffe verdeutlicht das den ersten Baustein seiner Legitimationsaufgabe. Eine Rechts- und Staatsordnung lässt sich unter anderem deswegen rechtfertigen, weil es – wie zuvor festgestellt – ohnehin sozialen Zwang gibt und weil der rechts- und staatsfreie Zwang dem teilweise rechts- und staatsförmigen Zwang unterlegen ist.²⁹⁰

V.8. Der sekundäre Naturzustand

Der Übergang zu einem geregelten Zustand vollzieht sich bei Höffe mit einem wechselseitigen Freiheitsverzicht. Dabei gibt zwar jeder Akteur im primären Naturzustand einen Teil seiner Freiheit auf, wird aber mit dem allseitigen Aufgeben bzw. Verzicht auch der entsprechenden Freiheit der anderen Akteure (ihn zu töten, auszurauben usw.) entzogen, wodurch der Übergang in den sekundären Naturzustand erfolgt. Höffe folgert, dass mit dem gegenseitigen Freiheitsverzicht auch ein Tausch stattfindet. Genau genommen handelt es sich um einen negativen Tausch, da – wie er weiter ausführt – das wechselseitige Nehmen und Geben nicht in positiven Leistungen, sondern in Verzichten besteht. Höffe hält fest, dass der negative Tausch dennoch eine positive Bedeutung trägt, denn für den eigenen Tötungsverzicht erhält man den der anderen, was ihn zum Schluss kommen lässt, dass man sich gegenseitig die Integrität von Leib und Leben, von Eigentum, Ehre und sogar Religionsfreiheit gewährt. Höffe betont allerdings, dass die wechselseitig gewährte Integrität von Leib und Leben in nichts anderem als dem gegenseitigen Tötungsverzicht besteht. Er versteht die Integrität des Lebens oder der Ehre und den Verzicht zu töten oder zu beleidigen als zwei Betrachtungsweisen ein und desselben sozialen Vorgangs. „Der Verzicht ist die Bedingung der Möglichkeit für die Integrität.“²⁹¹ Höffe legt Wert auf die Feststellung, dass primär die Menschen selbst die grundlegenden Rechte gewähren und diese nicht von Dritten zugeteilt werden.

„Mit den wechselseitig vorteilhaften Freiheitsverzichten benennt die natürliche Gerechtigkeit die Bedingungen, unter denen jeder Mensch unvermeidliche Sozialzwänge zur eigenen Sache machen und sie damit ihres Charakters bloßen

²⁹⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 336.

²⁹¹ Höffe, PG, S. 385.

Zwangs, ‚nackter Gewalt‘ entkleiden kann“.²⁹² Man erkennt hier wiederum deutlich Höffes Hauptanliegen (wie in der Positivismuswiderlegung), Zwang unter Menschen vom Stigma der nackten Gewalt zu befreien.

Diese natürliche Rechtsgesellschaft hat nach Höffe gegenüber seinem primären Naturzustand einen entscheidenden Gerechtigkeitsvorsprung, denn sie bietet einen Koexistenzzustand, der zunächst für jeden vorteilhafter ist als der primäre Naturzustand. Er hält ausdrücklich fest, dass „die Menschen ‚hinter ihrem Rücken‘ in einem Punkt einig sind.“²⁹³ Nach Höffe herrscht Einigkeit darüber, dass selbst wenn die Menschen unterschiedliche Leitziele verfolgen, ihnen ein gegenseitiger Freiheitsverzicht einen größeren Vorteil bringt, relativ zum jeweiligen persönlichen Leitziel, als ein Verzicht auf die gegenseitigen Freiheitsverzicht, den Höffe als „Verzicht auf den Verzicht“ bezeichnet. Er illustriert dies anschaulich anhand eines Beispiels: wem die Furcht vor dem Tod über alles geht, der will „eo ipso“ (eben dadurch) lieber selber leben als andere töten dürfen und zieht daher den gegenseitigen Lebensschutz der steten Todesgefahr vor. Höffe postuliert in Folge, dass unabhängig von den Inhalten des Begehrens die geregelte Freiheitskoexistenz der ungeregelten überlegen ist und zwar nicht nur für viele sondern für jeden einzelnen, weshalb sie auch gerecht ist.²⁹⁴

V.9. Wirklichkeitsdefizite des sekundären Naturzustandes

Höffe muss allerdings einräumen, dass die natürliche Rechtsgesellschaft des sekundären Naturzustandes Wirklichkeitsdefizite aufweist. Der Vorsprung der natürlichen Rechtsgesellschaft erweist sich damit als scheinhaft. Das erste Wirklichkeitsdefizit, Höffe bezeichnet es als Interpretationsdilemma, entsteht aus einem Mangel an der objektiven Bestimmbarkeit der Grenzen der Freiheitsräume. In der natürlichen Rechtsgesellschaft des sekundären Naturzustandes ist jeder Richter in eigener Sache.²⁹⁵ Kersting charakterisiert den sekundären Naturzustand folgendermaßen: „Interpretationskonflikte der Grundfreiheitsregeln des sekundären

²⁹² Höffe, PG, S 396.

²⁹³ Höffe, PG, S. 387.

²⁹⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 388.

²⁹⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 407ff.

Zustandes rufen genau die unregelte Gewalt auf den Plan, die abzuschaffen das Regelwerk der Grundfreiheiten etabliert wurde.“²⁹⁶ Der zweite Einwand betrifft den Mangel an Rechtsdurchsetzungskraft, denn die natürliche Rechtsgesellschaft ist gegenüber gerechtigkeitsparasitären „Schwarzfahrern“ wehrlos (sobald eine Gruppe eine bestimmte Größe überschreitet, kann man relativ einfach seine Rechte ausnützen, ohne die Pflichten einzuhalten)²⁹⁷. Wer sich nämlich als Schwarzfahrer oder Trittbrettfahrer seine Willkürfreiheit vorbehält, während sich die anderen auf den gegenseitigen Freiheitsverzicht einlassen, erhält sein Recht auf alles, da es nicht durch den latenten Krieg zu einem Recht auf nichts entwertet wird. Der Trittbrettfahrer kann so die Vorteile des primären und des sekundären Naturzustandes kombinieren und verhindert das Erreichen des an sich kollektiv-distributiv vorteilhaften sekundären Naturzustandes.

V.10. Der Staat der Gerechtigkeit

Einen Ausweg bietet willkommenerweise die Einrichtung einer Gesetzgebungs- und Rechtssprechungsautorität, die auch die Schwarzfahrer²⁹⁸ nicht straflos davon kommen lässt. Die Etablierung einer Zwangsmacht ist schon deswegen nötig, um das System der natürlichen Gerechtigkeit zu retten und den Gerechtigkeitsvorsprung zu bewahren. Folglich ist ein Gemeinwesen, das allseits vorteilhafte Freiheitsverzicht verbindlich festlegt und notfalls mit Zwang durchsetzt – im Gegensatz zur Auffassung eines strengen bzw. radikalen Anarchismus nach Höffe – keine nackte Gewalt, sondern eine Wirklichkeitsbedingung gerechtigkeitsgeregelter Koexistenz.²⁹⁹

Damit ist aber für Höffe auch der strenge bzw. radikale Anarchismus widerlegt, da man mit guten Argumenten behaupten kann, dass die Gerechtigkeit (bzw. eine Gesellschaft, sofern sie als gerecht bezeichnet werden soll) nach Rechtsordnung und Staat verlangt. Allerdings gewähren weder Rechtsordnung noch Staat eine

²⁹⁶ Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 45.

²⁹⁷ „(...) vergeltungssensible Populationsgrenze des Tit-for-Tat-Modells der zwangsfreien Kooperation (...)“ Kersting in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 54.

²⁹⁸ Die aufgrund ihrer individualistischen Prägung (Nutzenmaximierungsrationalität) ja gar nicht anders können, als es zu probieren, solange das Risiko erwischt zu werden gering ist.

²⁹⁹ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 47.

Gerechtigkeit, sondern gewährleisten sie lediglich, wodurch sie nicht nur legitimiert, sondern vor allem auch limitiert werden. Für Höffe führt das Gedankenexperiment Naturzustand zu dem Ergebnis, dass in einem wechselseitigen Verzicht (auf Gewalt) jeweils alle Akteure ihren individuellen Vorteil finden. Der distributive Vorteil bedeutet, wenn er allen zugute kommt, auch eine gerechte Verteilung, womit eine erste Stufe sozialer Gerechtigkeit erreicht wird. Nach dem Grundsatz der Tauschgerechtigkeit wird ein wechselseitiger Gewaltverzicht herbeigeführt, und stellt dieser sohin ein elementares Ordnungsprinzip des menschlichen Zusammenlebens dar.³⁰⁰

V.11. Kritik der Konzeption des Naturzustandes bei Höffe

Für Kersting ist der vermeintliche Vorzug von Höffes Theorie, ihr voraussetzungsarmer Aufbau, ein Schwachpunkt: denn die Ausgangszustände sind rechtfertigungstheoretisch zu unterbestimmt und führen zu moralisch kontraproduktiven Ergebnissen.³⁰¹ Weiters erkennt er in den gegenseitigen Freiheitsverzicht bei Höffe schon eine normative Struktur, denen eine Recht-Pflicht-Korrespondenz eingelagert ist.³⁰²

Er kritisiert weiters, dass Höffe die Begründungsleistung seiner Naturzustandskonzeption ausschließlich der individualistischen Rationalität der einzelnen Akteure überlässt, wodurch Höffe in systematische Nähe zu Buchanans Rechts- und Staatsbegründung rückt. Es lohnt sich deshalb ein kurzer Exkurs zu Buchanans relevanten Aussagen zu diesem Thema, um zu überprüfen, inwieweit Kerstings Behauptung gefolgt werden kann. Das folgende Zitat Buchanans betrifft die Frage, wie ein anarchistischer Naturzustand, vergleichbar mit Höffes primären Naturzustand, von den Akteuren verlassen werden kann:

„The contract is one of *bilateral behavioural exchange*. Individual A agrees to give up some share of his own defense-predation effort in exchange for a related behavioural change on the part of individual B. There is no incentive for either person to take this behavioural change unilaterally, and there is nothing in the initial agreement, as such,

³⁰⁰ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 73.

³⁰¹ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 49.

³⁰² Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 44.

which requires or even induces any acceptance by the other of the legitimacy of either person's command over goods, either in the preagreement or postagreement stage. Mutual acceptance of "ownership rights" is not a part of this preliminary disarmament agreement. On the other hand, by negotiating such an initial agreement to limit defense and predation, "law" of a sort has now emerged. The two persons accept limits to their own freedom of action, to their own liberty. The first leap out of the anarchistic jungle has been taken."³⁰³

Wo allerdings allein der Vorteil regiert (aufgrund der Nutzenmaximierungsrationalität der Akteure), sind Absprachen ohne gemeinsame Zwangsvorkehrungen nichts wert. Auch diese Erkenntnis teilt Höffe mit Buchanan:

„As more parties are added to the initial contractual agreement, in which an assignment of rights is settled, the influence of any one person's behaviour on that of others becomes less and less. As an element inhibiting individual defections on an initial contract, this influence tends to disappear completely after some critical group size is reached. In large-number groups, each individual rationally acts as if his own behaviour does not influence the behaviour of others. He treats others' behaviour as a part of his natural environment, and he adjusts his behaviour accordingly. In this large-number setting, man ceases to be a "social animal" at least in this explicit behavioural sense. This setting remains analogous to an *n*-person prisoners' dilemma, but it is one in which fully voluntary compliance with contract, or law in any form, cannot be predicted. Each person has a rational incentive to default; hence, many persons can be predicted to default and the whole agreement becomes void unless the conditions of individual choice are somehow modified."³⁰⁴

Höffe verändert die "conditions of individual choice", indem er einen unparteiischen Dritten einführt, der die Tauschvorgänge überwacht, wobei auch hier Buchanan diesen Gedanken zuerst formulierte:

„In an idealized sense, the enforcing institution is necessarily external to the parties that reach agreement in the initial contract. The analogy to a simple game may be helpful. Two boys mutually acknowledge some division of marbles between them,

³⁰³ Buchanan, Limits of Liberty, S.56.

³⁰⁴ Buchanan, Limits of Liberty, S. 60.

and they seek to play a game. Each boy may know, however, that his opponent will have a strong incentive to cheat unless he is closely monitored. They agree and appoint a referee or umpire, inform him about the specific rules under which they choose to play, and ask that he enforce adherence to these designated rules. This is precisely the functional role assigned to the state in its law-enforcement task. The state becomes the institutionalized embodiment of the referee or umpire, and its only role is that of insuring that contractual terms are honoured. This analogy exposes a recurrent fallacy in many discussions of property rights and of the role of the state in enforcing these rights. Enforcement of claims is categorically different from defining these claims in the first place. Claims are conceptually agreed upon by all parties in the constitutional stage of social contract. The state is then called upon to monitor these claims, to serve as an enforcing institution, to insure that contractual commitments are honored. To say that rights are defined by the state is equivalent to saying that the referee and not the players choose both the initial division of the marbles and the rules of the game itself".³⁰⁵

Wie Höffe stellt Buchanan die Limitierung des Staates in den Vordergrund. Für Kersting ist offenkundig, dass Buchanans Überlegungen das Vorbild des Höffeschen Marktes des negativen Freiheitsverzichts darstellen.³⁰⁶

Kersting qualifiziert den Konsens des Höffeschen Vertragsargumentes als einen theoretisch deduzierten, strategischen Konsens, der auf einem generalisierten, in reziproke Instrumentalisierung eingebetteten Egoismus basiert. Dies kann nur durch eine radikale Interessenhomogenisierung (auf basale Interessen) erreicht werden. Diese garantiert ein gleiches entscheidungsrelevantes Interesse von jedermann und ein allgemein anerkennungsfähiges Ergebnis.³⁰⁷

Wenn man in diesem Zusammenhang sodann Geismanns Feststellung folgt, dass die Bedingungen der Entstehung und Erhaltung des Staates als Rechtssicherungsordnung rein *empirischer* Natur³⁰⁸ sind, dann ist Höffes Argument, dass der primäre Naturzustand zu seiner Überwindung einer zwangsbewehrten

³⁰⁵ Buchanan, Limits of Liberty, S. 62.

³⁰⁶ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 58

³⁰⁷ Vgl. Kersting in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 50.

³⁰⁸ Vgl. Geismann, Naturrecht nach Kant, S. 21.

Organisation (z.B. wegen des Trittbrettfahrer-Dilemmas) bedarf, wohl ebenso rein empirischer Natur. Wäre er damit aber nicht einem naturalistischen Fehlschluss erlegen? Ursachen sind noch lange keine Gründe für Verbindlichkeiten, um die es hier geht.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft den Vertragsgedanken der Höffeschen Theorie.

Für Kersting führt der Kontraktualismus ein legitimations- und rechtfertigungstheoretisches Leben aus zweiter Hand, da die vertragstheoretische Begründung geltungslogisch von der Anerkennung der Ausgangssituation abhängig ist (weshalb sie Höffe ja möglichst voraussetzungsarm definieren wollte): „Das Vertragsinhaltsargument ist nur darum berechtigt, die Ergebnisse seiner Übereinkünfte als gerecht und moralisch wahr zu qualifizieren, weil sich in ihnen die moralischen Eigenschaften der Vertragssituation reflektieren. Unter moralisch zulässigen Vertragsbedingungen zustandgekommene Übereinkünfte sind selbst moralisch zulässig: das ist das Grundprinzip der moralisch qualifizierten Prozeduralismus.“³⁰⁹

Auch Günther kritisiert eine der Grundannahmen der Höffeschen Argumentation und bemängelt die fehlende Rechtfertigung des Prinzips der Wechselseitigkeit: „Das Argument, ein wechselseitiger Freiheitsverzicht sei ein distributiver Vorteil und infolgedessen für jeden zwangsfrei zustimmungsfähig, setzt die Anerkennung des Prinzips der Wechselseitigkeit schon voraus. Denn nur so lässt sich von jedem einzelnen fordern, sein Selbstinteresse um den Vorteil eines jeden anderen zu erweitern.“³¹⁰

Daraus schließt er, dass die Akteure des primären Naturzustandes bereits einen Gerechtigkeitssinn haben müssen, um einen moralischen Standpunkt gegenüber sich selbst und anderen einnehmen zu können. Und nur weil sie einen Gerechtigkeitssinn haben, ist die Zustimmung zu einem wechselseitigen Freiheitsverzicht zwanglos. Damit wäre aber Höffes Definition der Handlungsfreiheit nicht haltbar und in weiterer Folge auch nicht die Legitimation einer rechts- und staatsförmigen Zwangsbefugnis aus der Anwendung des Prinzips der distributiven

³⁰⁹ Kersting in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 52.

³¹⁰ Günther in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S.198.

Gerechtigkeit auf den Konflikt zwischen handlungsfreien Personen. Nach Günther erfüllt Höffes Argument erst dann seine Aufgabe, wenn Konflikt und Kooperation verschränkt werden.³¹¹

Wenn Höffe, wie gezeigt, die Begründungsleistung seiner Naturzustandskonzeption ausschließlich der individualistischen Rationalität der einzelnen Akteure überlässt, so stellt dies im Lichte der Kritik eine nicht ausreichend begründete Prämisse dar.

V.12. Zwischenbilanz

Obwohl Höffe versucht, seine Naturzustandskonzeption ergebnisneutral zu gestalten, gelingt es ihm nicht – so der Tenor der Kritik – das selbstgesteckte Ziel einer Fundamentalbegründung der Gerechtigkeitsperspektive zu erreichen. Einerseits hat er mit denselben Problemen wie sein (tatsächlich gänzlich unzitiert gebliebener) Vordenker Buchanan zu kämpfen. Andererseits ist die Naturzustandskonzeption bei näherer Betrachtung nicht so ergebnisneutral wie versprochen, was auch Klaus Günther in seiner Kritik pointiert festhält: „Das legitimationstheoretische Gedankenexperiment erweist sich als ein leichtes Spiel, weil Höffe das Element der „Handlungsfreiheit“ semantisch dergestalt festlegt, dass das Ergebnis schon vor der Ausführung des Experiments feststeht. Es kann zu gar nichts anderem als „Zwang“ führen.“³¹² Die von Höffe im Naturzustand angenommene schrankenlose Freiheit bedeutet „ein sozial uneingeschränktes Dürfen, eine in zweierlei Hinsicht geltende negative Freiheit („Freiheit wovon“).“³¹³

Nach Günther ist „Handlungsfreiheit“ im Höffeschen Kontext nichts anderes als die Negation des Sozialen schlechthin. Damit erweist sich für ihn die das Gedankenexperiment leitende Frage, ob eine Gruppe handlungsfreier Personen in einer gemeinsamen Außenwelt als von sozialem Zwang frei gedacht werden könne, als bloß rhetorisch.³¹⁴ Wenn Höffe die Handlungsfreiheit im Naturzustand per

³¹¹ Vgl. Günther in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 199.

³¹² Günther in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 196.

³¹³ Höffe, PG, S. 313.

³¹⁴ Vgl. Günther in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 196.

definitionem nur einem einzelnen Akteur zukommen lässt, dann muss es schon aus analytischen Gründen wahr sein, dass eine *Gruppe* handlungsfreier Personen nur als „sozialer Zwang“ gedacht werden kann, folgert Günther. Für ihn erübrigt sich mit dieser Feststellung sogar eine detaillierte Durchführung des Gedankenexperiments überhaupt, dem aufgrund der angeführten Argumente wohl zugestimmt werden kann.

Wie bereits angedeutet, wird Höffe auch dafür kritisiert, dass er – politiktheoretisch gesehen – die Kooperation unter Menschen marginalisiert. Volker Gerhardt moniert, dass Höffes These, mit der Kooperation lasse sich kein Staat machen (weil die Anwendungsbedingung politischer Herrschaft im Konflikt liegt³¹⁵), nicht einmal unter den restriktiven Bedingungen einer bloßen Legitimationstheorie zu halten ist. Denn politisch interessiert ja jeder Konflikt nur mit Blick auf seine Bewältigung. Nach Gerhardt könne man einen Staat gerade wegen der Konfliktnatur des Menschen in bewusster Kooperation aufbauen, wobei sich Höffe mit der entweder/oder Alternative von Konflikt und Kooperation den Übergang zu einer (nach Gerhardts Verständnis) auch im engeren Sinne politischen Konzeption der Gerechtigkeit selbst verstellt.³¹⁶ Rawls folgt im Gegensatz dazu weitgehend Hume und hält fest, dass die Gesellschaft ein Unternehmen der Zusammenarbeit zum gegenseitigen Vorteil sei, wobei er aber nicht die Möglichkeit von Interessenkonflikten negiert.³¹⁷ Höffe versucht schon in der „Politischen Gerechtigkeit“ diesem Einwand zu begegnen, indem es ausführt, dass legitimationstheoretisch sehr wohl vom Primat des Konflikts ausgegangen werden dürfe. Indem Höffe zwischen einer legitimationstheoretischen und politiktheoretischen Betrachtungsweise unterscheidet gelingt dies auch, weshalb die Kritik Gerhardts in diesem Punkt nicht berechtigt erscheint.

Tatsächlich wird die Widerlegung des strengen Anarchismus bedeutend schwieriger, wenn man wie Koller ein anderes Begriffsverständnis von Recht vertritt als Höffe: „Es genügt, Recht als eine soziale Ordnung zu verstehen, deren Wirksamkeit durch geregelten Zwang garantiert wird und deren Durchsetzung (...) einer entsprechenden Befugnis bedarf (...).“³¹⁸ Denn „die Geltung sozialer Normen setzt nicht notwendig eine politische Herrschaftsorganisation voraus“.³¹⁹

³¹⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 260.

³¹⁶ Gerhardt in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 77f.

³¹⁷ Vgl. Rawls, TG, S. 149.

³¹⁸ Koller in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 302.

³¹⁹ Koller in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 302.

Koller kritisiert bei Höffe weiters die Verknüpfung der Begriffe „Recht“ und „Staat“³²⁰ und formuliert seine Bedenken folgendermaßen: „Höffes Rechtsbegriff ist deswegen zu stark, weil eine rechtliche Ordnung nicht notwendig eine öffentliche Zwangsgewalt im Sinne einer alleinzuständigen Organisation mit einer monopolistischen Zwangsbefugnis voraussetzt. Rechtshistorische und ethnologische Forschungen zeigen, dass sich das Recht als ein selbstständiges, von Religion und Sitte unterscheidbares Regelsystem lange vor dem Entstehen einer zentralisierten Herrschaftsorganisation herauszubilden beginnt.“³²¹

Zu bedenken ist auch die grundsätzliche Kritik Brunkhorsts an Höffes Darstellung von Aristoteles und Hobbes im Rahmen der Widerlegung des Anarchismus. Brunkhorst moniert, dass Höffe (im Wege einer scientistischen Abstraktion) die Freiheitstheorien von Hobbes und Aristoteles aus ihrem geschichtlichen „Wirkungszusammenhang“ (i.S. Gadamer) herauslöst und unmittelbar miteinander konfrontiert. Weiters kritisiert Brunkhorst die Auffassung Höffes, dass Aristoteles mit der „Kooperationsnatur“ und Hobbes mit der „Konfliktnatur“ des Menschen empirische Tatsachen der Natur entdeckt hätten. Brunkhorst hält Höffe im Ergebnis vor, dass die Annahme derart klar isolierbarer anthropologischer Tatsachen in Lichte der wahrheits- und wissenschaftstheoretischen Einsichten von Pragmatismus und Hermeneutik als Rückfall in die Illusionen der theoretischen Metaphysik zu werten sei.³²²

³²⁰ Höffe versteht unter ‚Recht‘ ein System sozialer Normen, für deren Erzeugung und Durchsetzung eine öffentliche Zwangsgewalt zuständig ist. Ein Staat liegt für Höffe hingegen vor, wenn diese Zwangsgewalt die Form einer institutionalisierten Herrschaftsorganisation annimmt.

³²¹ Koller in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 301.

³²² Vgl. Brunkhorst, *Die Kontingenz des Staates* in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 235f.

VI. Höffe und Rawls

Meines Erachtens ist der Vergleich zulässig, dass Höffes „Gerechtigkeit durch Tausch“ sozusagen das deutschsprachige Gegenstück zu John Rawls „Theorie der Gerechtigkeit“ darstellt. Es ist wohl auch nicht von der Hand zu weisen, dass Höffe aufgrund seiner intensiven philosophischen Auseinandersetzung mit der „Theorie der Gerechtigkeit“ ein umfassendes Wissen über das Werk seines Kollegen erwerben konnte, das er für seine eigene Theorie verwerten konnte. Höffe publizierte mehrere Abhandlungen über Rawls Werke, darunter auch einen Diskussionsband über die „Theorie der Gerechtigkeit“³²³. Es ist daher auch Höffes Verdienst, dass Rawls im deutschen Sprachraum binnen weniger Jahre zum „Klassiker“ avancierte.³²⁴

Die „Theorie der Gerechtigkeit“ ist zweifellos das einflussreichste zeitgenössische Werk zum Thema Gerechtigkeit und liefert bis heute dem politischen Handeln und Handelnden wertvolle Impulse.³²⁵ Bereits in seinen früheren Schriften „Justice as fairness“ (1958), „Distributive justice“ (1968), „Constitutional liberty“ (1963) und „Civil disobedience“ (1966) hat Rawls die argumentativen Grundlagen seiner Theorie entwickelt, was sowohl aus den Titeln als auch aus der Einleitung seiner „Theory of Justice“ ersichtlich ist.

Rawls Einfluss auf die moderne politische Philosophie wird von einigen Philosophen sogar so hoch angesetzt, dass jede Theorie politischer Gerechtigkeit nach Rawls sich an seiner Konzeption messen und mit dieser vergleichen lassen müsse.³²⁶ Die Vermutung ist naheliegend, dass sich Höffe dieses Umstandes bei der Verfassung der „Politischen Gerechtigkeit“ bewusst war. Deshalb wird auch im Rahmen dieser Arbeit der Versuch unternommen, Rawls und seine Überlegungen angemessen zu behandeln und anhand ausgewählter Beispiele in Kontext zu Höffes „Politischer Gerechtigkeit“ zu setzen.

³²³ Hrsg. O. Höffe, John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2., bearbeitete Auflage, Berlin, 2006.

³²⁴ Vgl. Julian Nida-Rümelin, Gerechtigkeit bei John Rawls und Otfried Höffe in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 306.

³²⁵ Vgl. Kersting, Rawls: Zur Einführung, S.7 und Grabner-Haider, Die wichtigsten Philosophen, S. 193f.

³²⁶ Vgl. Nida-Rümelin in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 306.

Es bestehen bei allen philosophischen Unterschieden auch einige bemerkenswerte Gemeinsamkeiten im Aufbau der beiden Theorien. Rawls (1921- 2002) schreibt ausdrücklich in der Einleitung seines bereits 1971 erschienen Werkes, „dass der Zweck des Buches erreicht ist, wenn es zu einer klaren Erkenntnis der Hauptstrukturen des Gerechtigkeitsbegriffes im Sinne der Lehre vom Gesellschaftsvertrag führt und Hinweise zu seiner weiteren Ausarbeitung liefert.“³²⁷ Der Anspruch an seine Arbeit ist daher niedriger anzusetzen, als bei Höffe mit seinem fundamentalphilosophischen Anspruch. Dennoch bedienen sich beide in ihren Theorien der Lehre des Gesellschaftsvertrages. Rawls Ruhm gründet sich auch gerade darauf, dass er das alte vertragstheoretische Muster der neuzeitlichen politischen Philosophie „wiederbelebt“ hat.³²⁸

In der „Theory of Justice“ definiert Rawls soziale Gerechtigkeit bekanntermaßen als Fairness in der Verteilung der Lebenschancen für alle Mitglieder einer Gesellschaft. Er geht von der historischen Prämisse aus, dass die Menschen in den früheren Kulturen in ihren Kleingruppen annähernd die gleichen Grundrechte und sozialen Pflichten hatten. Verschiedene Stufen des Reichtums und der Macht wurden nur dann als gerecht empfunden, wenn alle Mitglieder der Gruppe darin für sich einen Vorteil erkennen konnten. Im Besonderen ging es darum, dass auch die sozial Schwächeren durch die Stärkeren hinreichend gesichert werden konnten.³²⁹

Die Anwendung des Begründungsschemas Gesellschaftsvertrag weist allgemein darauf hin, dass die Verteilung der begrenzten Güter nach Grundsätzen erfolgen muss, denen alle Beteiligten frei zustimmen könnten. Nach der von Rawls kritisierten utilitaristischen Auffassung ist eine Gesellschaft dann gerecht, wenn ihre Institutionen für die Summe der Mitglieder die größtmögliche Menge an Befriedigung hervorbringen. Doch nach der „Theorie der Gerechtigkeit“, die Rawls als auch „moralische Gegenposition“³³⁰ zum Utilitarismus bezeichnet, akzeptieren die Menschen von Anfang an den Grundsatz der gleichen Freiheit für alle, ohne die Ziele dieser Freiheit im Einzelnen zu kennen. In ihr hat die Vorstellung von persönlichen Rechten den Vorrang vor der Idee des moralischen Guten. Dass sie dies tatsächlich

³²⁷ John Rawls, TG, S. 12.

³²⁸ Vgl. Kersting, Rawls: Zur Einführung, S. 20.

³²⁹ Vgl. Grabner-Haider, Die wichtigsten Philosophen, S. 193.

³³⁰ Vgl. Rawls, TG, S. 12.

von Anfang an akzeptieren, ist aber letztlich nicht ausgemacht und stellt eine argumentationstheoretische Prämisse dar, die nicht ausreichend begründet erscheint.

Hingegen vermeidet Rawls (so wie auch Höffe) in seiner Theorie einen häufigen Fehler philosophischer Theorien, weil er gerade nicht definiert, was ein gutes Leben ist.³³¹ Er stellt fest, dass die Mittel, mit deren Hilfe Menschen ihre eigenen Ziele verfolgen, gerechtigkeitsrelevant sind. Diese Mittel oder Behelfe sind Grundfreiheiten³³² und Grundgüter.³³³ Es erscheint auf den ersten Blick gerecht, dass diese Freiheiten für jeden gleich sein sollten. Wie oben zitiert ist der Gesellschaftsvertrag das Legitimationsinstrument. Diesen schließen rationale Akteure unter einem Schleier des Nichtwissens, damit jeder Akteur dieselben Interessen wie ein beliebiger anderer Akteur hat und unparteiisch handelt. Diese Akteure handeln in der hypothetischen Vertragssituation, in der sie zwar über die zukünftige Gesellschaftsordnung entscheiden können, aber selbst nicht wissen, an welcher Stelle dieser Ordnung sie sich befinden werden, insofern rational, als sie sich auf eine faire Ordnung und Verteilung der Güter einigen. Rawls betrachtet die Gesellschaft als ein nützliches, kooperatives System zum gegenseitigen Vorteil. Aufgrund der Konkurrenz aller Akteure um die gleichen Güter – wie Vermögen, Freiheit usw. - ergeben sich Interessenskonflikte. Natürlich bestehen aber nicht nur Konflikte, sondern auch gleiche abstrakte Interessen, wie z. B. das Interesse an Sicherheit oder Frieden, die Möglichkeit, Lebenspläne zu verwirklichen usw.³³⁴

Um diese Interessen alle unter einen Hut zu bringen, sind in einer Gesellschaft (die Interessenkonflikte friedlich lösen will) Verfahren notwendig. Rawls wendet sich von dem zuerst bei Hobbes formulierten Naturzustand der Gesellschaft ab, wonach sich die Mitglieder der Gesellschaft potenziell in einem permanenten Kriegszustand um knappe Güter befinden. Rawls hingegen möchte vielmehr die Gesellschaftsbasis ins Positive drehen und von einer Gruppe von Menschen mit mehr oder weniger gleichartigen Interessen ausgehen. Diese Akteure versuchen nun nicht durch

³³¹ Vgl. Rawls, TG, S. 151.

³³² Vgl. Rawls, TG, S. 82.

³³³ Vgl. Rawls, TG, S. 112.

³³⁴ Vgl. Rawls, TG, S. 20 und S. 149.

Gewalt, sondern durch (friedliche) Einigung eine für alle akzeptable Lösung für die Allokation der Grundgüter zu erreichen.³³⁵

Rawls Gerechtigkeitstheorie ist vertragstheoretisch, da sie sich zur Rechtfertigung der Prinzipien auf die allgemeine Zustimmungsfähigkeit der Prinzipien bezieht.³³⁶ Der Vertrag ist dabei aber nur ein hypothetisches Konstrukt. Nicht der Vertrag ist wichtig, sondern der Konsens, den dieser impliziert (was ebenso für Höffes Vertragsargument gilt). Es geht also nicht um die faktische Zustimmung, sondern um die fiktive Zustimmungsfähigkeit.³³⁷ Darum ist der Gesellschaftsvertrag auch zeitlos, weil er zu jedem Zeitpunkt in der Geschichte zustimmungsfähig ist, wie noch ausgeführt wird.

Noch ein Detail der Rawlsschen Gesellschaftskonzeption erscheint erwähnenswert: die Annahme, dass bereits eine Gesellschaft vorhanden ist und damit eine gewisse Verteilung der knappen Grundgüter schon gegeben ist, was somit einen wesentlichen Unterschied zu Höffes Theorie darstellt.³³⁸ Mit dieser wichtigen Prämisse gelingt es Rawls die schwerwiegende Diskussion um die Herkunft und Entstehung der vorgefundenen Güterverteilung auszuklammern. Rawls hält in diesem Zusammenhang fest, dass im Ergebnis jede zu einem beliebigen Zeitpunkt der Menschheitsgeschichte vorgefundene Allokation vielfach auf gewaltsamer Besitzaneignung oder anderen ungerechtfertigten Handlungen beruhe.³³⁹ Dies sei allerdings zu keinem Zeitpunkt revidierbar, wobei natürlich angemerkt werden muss, dass sehr wohl auch ungerechte Allokationen revidiert wurden (z.B. Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus). Richtiger wäre wohl zu sagen, dass die Revidierung oftmals untunlich oder nicht praktikabel ist. Rawls wollte ausdrücklich einen Beitrag zur praktischen Philosophie leisten und nicht ein theoretisches Konzept aufstellen, das bereits wegen einer seiner Grundannahmen undurchführbar wäre. Eine Revision der vorgefundenen Verteilung würde sozusagen eine Rückgängigmachung der menschlichen Geschichte voraussetzen, was tatsächlich ausgeschlossen erscheint. Die Frage nach Herkunft und Verdienst einer vorhandenen Verteilung wird daher in Rawls' Werk nicht diskutiert. In der klassischen

³³⁵ Vgl. Kersting, Rawls: Zur Einführung, S. 33f.

³³⁶ Vgl. Kolm, „Distributive Justice“ in Goodin/Pettit, S. 448 und Kersting, Rawls: Zur Einführung, S. 31.

³³⁷ Vgl. Rawls, TG, S. 142.

³³⁸ Vgl. Rawls, TG, S. 20f.

³³⁹ Vgl. Rawls, TG, S. 291ff.

Juristerei ist wohl die „probatio diabolica“ hiermit vergleichbar, d.h. wenn man versuchte die Ungerechtigkeiten der menschlichen Geschichte rückgängig zu machen, würde dies in einem infiniten Regress enden.

Rawls fingiert, dass sich die Mitglieder der Gesellschaft im Urzustand zu einer fiktiven Verfassungswahl zusammenfinden. Im Gegensatz zu Höffe schließen die Akteure im Urzustand einen Gesellschaftsvertrag und keinen Tausch. In dieser Wahl soll sich die Gesellschaft auf die verfassungsmäßigen Befugnisse der Regierung und die Grundrechte der Bürger einigen.³⁴⁰

Als Grundgüter, die zur Verteilung anstehen, bezeichnet er explizit Rechte, Einkommen, Vermögen und Chancen. Er geht davon aus, dass die Gesellschaftsmitglieder insoweit von Selbstinteresse getrieben sind, als dass sie ein Mehr von diesen Gütern einem Weniger auf jeden Fall vorziehen würden.³⁴¹ Er distanziert sich damit von allen altruistischen Ansätzen einer Gesellschaftskonzeption und öffnet seine Theorie für diesbezügliche anthropologische Annahmen bzw. Fakten.³⁴² Für Rawls ist nur das als gerecht zu bezeichnen, worauf sich die Menschen in einer fairen Ausgangssituation auf der Basis rationaler Entscheidungen bei einer Verfassungswahl einigen würden.

VI.1. Rawls' Konzeption des Gesellschaftsvertrages

Wie alle Vertragstheorien geht auch Rawls nur von einer hypothetischen Einigung auf den Gesellschaftsvertrag aus.³⁴³ Er stellt fest, dass zu keinem Zeitpunkt eine konstituierende Versammlung aller Gesellschaftsmitglieder durchführbar ist. Selbst wenn sie es wäre, könnten immer wieder Gesellschaftsmitglieder hinzukommen, die nicht bei der Versammlung dabei waren, weshalb der seinerzeitige Vertrag mangels Zustimmung keinerlei Verbindlichkeit für sie entfalten würde. Dieses prinzipielle Problem umgehen alle Vertragstheoretiker dadurch, dass sie die Menschen der Ur-Gesellschaft sich auf Grundsätze einigen lassen, von denen man annehmen kann,

³⁴⁰ Vgl. Rawls, TG, S. 224f.

³⁴¹ Vgl. Rawls, TG, S. 112.

³⁴² Vgl. Rawls, TG, S. 173.

³⁴³ Vgl. Rawls, TG, S. 142.

dass die Einhaltung für jedes hypothetische Gesellschaftsmitglied momentan und in der Zukunft vernünftig und von Vorteil wäre. Sind also die Grundsätze für jeden zu jeder Zeit vernünftig, kann dem Vertrag hinreichende Verbindlichkeit zugeschrieben werden. Notwendig ist laut Rawls weiters, dass die mithilfe des Gesellschaftsvertrages gewonnen Grundsätze eine Rolle in unserem moralischen Denken und Handeln spielen. Würde man trotz der praktischen Unmöglichkeit daran denken, eines Tages tatsächlich eine solche Versammlung einzuberufen, ließe sich natürlich jedes Mitglied von seinem Eigeninteresse leiten. Jeder würde überlegen, ob der zur Diskussion stehende Grundsatz seine eigene Lage verbessern oder verschlechtern würde und sich im Zweifelsfall von diesen Überlegungen bei seinem Abstimmungsverhalten leiten lassen.³⁴⁴

Rawls will nun mit seiner Konzeption des Urzustandes dieses Problem umgehen. Dabei darf dieser Ansatz nicht damit verwechselt werden, dass Rawls das Eigeninteresse der Mitglieder ausschließen wollte. Seine Prämisse besagt, dass die Mitglieder wissen, dass nach der Verfassungswahl die gesellschaftlichen Güter nach den gewählten Grundsätzen verteilt werden. Die Entscheidung erfolgt egoistisch, allerdings unter einem „Schleier des Nichtwissens“ aus einer vorgegebenen Anzahl von Gerechtigkeitsvorstellungen.³⁴⁵

VI.2. Der Schleier des Nichtwissens

Der Schleier des Nichtwissens ist neben den beiden Grundsätzen der Gerechtigkeit wohl eines der bekanntesten Elemente der Rawlsschen Theorie. Mit seiner Hilfe wird sichergestellt, dass die Gesellschaftsmitglieder nicht wissen, was sie in ihrer Entscheidung dazu veranlassen könnte, zu eigenen Gunsten von dem gesellschaftlich Wünschbaren abzuweichen.³⁴⁶ Die Menschen hinter dem Schleier des Nichtwissens erkennen nicht, wie sich die verschiedenen Möglichkeiten auf ihre

³⁴⁴ Vgl. Rawls, TG, S. 140ff.

³⁴⁵ Vgl. Rawls, TG, S. 225.

³⁴⁶ Vgl. Rawls, TG, S. 159ff.

Interessen auswirken würden, und müssen die zur Wahl stehenden Grundsätze allein unter allgemeinen Gesichtspunkten beurteilen.³⁴⁷

Die Notwendigkeit für einen solchen Schleier des Nichtwissens sieht Rawls in der originären oder natürlichen Ungerechtigkeit im Sinne von Unverdienstlichkeit der Verteilung der Güter. Die aktuelle Güterverteilung, insbesondere die Verteilung von Intelligenz oder Körperkraft, ist für Rawls grundsätzlich unverdient. Daher wäre es nicht gerechtfertigt, dass die Gesellschaftsmitglieder von der Kenntnis um ihre relative gesellschaftliche Position beeinflusst werden. Rawls erläutert in diesem Zusammenhang, dass schon viele Denker vor ihm auf ähnlichen Gedanken gekommen sein müssen. So erkennt er etwa im Schleier des Nichtwissens indirekte Parallelen zu Kants kategorischem Imperativ. Rawls meint, dass Kant in der Aufforderung, unsere Maxime zu prüfen, indem wir uns fragen, was der Fall wäre, wenn sie ein allgemeines Naturgesetz wäre, impliziert, dass wir unseren Platz in diesem vorgestellten System der Natur nicht kennen.³⁴⁸

Der Schleier des Nichtwissens umfasst auch das Wissen der Akteure von ihrer gesellschaftlichen Position, sogar ihre persönlichen Vorlieben sind ihnen nicht bekannt. Es wird angenommen, dass ihnen bestimmte Arten von Einzeltatsachen unbekannt sind. Niemand kennt seinen Platz in der Gesellschaft, seine Klasse oder seinen Status oder welcher Generation er angehört. Eben sowenig kennen die Akteure ihre natürlichen Gaben, ihre Intelligenz, Körperkraft und ähnliches mehr. Ferner kennt niemand seine Vorstellung vom Guten, die Einzelheiten seines vernünftigen Lebensplanes, auch nicht die Besonderheiten seiner Psyche wie seine Einstellung zum Risiko oder seine Neigung zu Optimismus oder Pessimismus. Auch Neid wird von Rawls nicht als entscheidungsrelevantes Gefühl akzeptiert. Die von den Gerechtigkeitsgrundsätzen definierte Gerechtigkeitsvorstellung wird von den Akteuren unter der Voraussetzung geschlossen, dass es keinen Neid gibt.³⁴⁹

Es fehlen im Urzustand letztlich auch die Anwendungsbedingungen für Neid, da niemand weiß, was er besitzt, noch was die anderen Akteure haben. Worauf soll man also neidig sein?

³⁴⁷ Vgl. Kolm, „Distributive Justice“ in Goodin/Pettit, S. 448.

³⁴⁸ Vgl. Rawls, TG, S. 159, FN 11.

³⁴⁹ Vgl. John Rawls, TG, S. 168.

VI.3. Die beiden Grundsätze der Gerechtigkeit

Rawls beginnt mit der Formulierung der beiden berühmten Grundsätze, auf die man sich seiner Auffassung nach im Urzustand einigen würde, am Anfang seines Werkes, ergänzt diese jedoch im Laufe seiner Abhandlung in mehreren Schritten.³⁵⁰ Die erste Formulierung lautet: Jedermann soll gleiches Recht auf das umfangreichste System gleicher Grundfreiheiten haben, das mit dem gleichen System für alle anderen verträglich ist.

Zweitens sind soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten so zu gestalten, dass a) vernünftigerweise zu erwarten ist, dass sie zu jedermanns Vorteil dienen, und b) sie mit Positionen und Ämtern verbunden sind, die jedem offen stehen.³⁵¹

In der Folge modifiziert Rawls seine Annahmen, um sodann festzustellen, dass die Grundsätze und Vorrangregeln unvollständig sind.³⁵² Das müsse man aber hinnehmen, da ansonsten die Formulierung der Grundsätze noch komplizierter würde.³⁵³ Dieses Vorgehen ist wohl als pragmatisch zu bezeichnen und zeigt erneut, dass Rawls keinen Letztbegründungsanspruch stellt.

Zusammengefasst kann man sagen, dass es im ersten Prinzip um die menschenrechtliche Garantie der Grundfreiheiten geht, wie sie in der liberalen politischen Theorie entworfen worden sind. Hierunter fallen politische Freiheiten (wie etwa Rede- und Versammlungsfreiheit), die man als auch Grundrechte bezeichnen kann. Dieses System der Grundfreiheiten darf nur unter der Bedingung eingeschränkt werden, dass es mit einem gleichen System von Freiheiten für andere unvereinbar ist. Im zweiten Prinzip geht es um die Rechtfertigung sozialer Ungleichheiten (Chancen), die nur dann gerecht sind, wenn jedermann von diesen Ungleichheiten mehr profitiert als durch Gleichverteilung der Grundgüter, wobei sich Rawls an den Schlechtestgestellten in einer Gesellschaft orientieren will, um dies

³⁵⁰ Vgl. John Rawls, TG, S. 81ff.

³⁵¹ Höffe vermeint in den beiden Grundsätzen der Gerechtigkeit sogar Georg Jellineks Unterscheidung des Rechts (status negativus, activus und positivus) wiederzuerkennen. Vgl. Höffe in Fischer, Freiheit oder Gerechtigkeit, S. 24.

³⁵² Vgl. Rawls, TG, S. 282f.

³⁵³ Vgl. Rawls, TG, S. 337.

Beispiel zu verdeutlichen. Zusätzlich normiert der zweite Grundsatz gleiche Chancen für alle, damit Positionen, die solche Vorteile gewöhnlich mit sich bringen, auch faktisch jedem offen stehen. Diese beiden Grundsätze gelten als das Zentrum der Rawls'schen Theorie.³⁵⁴

Es ist kein Geheimnis, dass der Schlüssel zum Verständnis seiner Theorie im Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit eingebettet liegt. Verteilt werden durch die Grundstruktur jeder Gesellschaft nicht nur wirtschaftliche Güter, sondern auch Freiheiten und Rechte. Schon durch die Ausgestaltung der Institutionen bedingt sich eine bestimmte Verteilung dieser Güter. Um sagen zu können, dass diese Verteilung gerecht ist, müssen die Institutionen und ihr Handeln den in den Gerechtigkeitsgrundsätzen aufgestellten Bedingungen genügen. Rawls Theorie entwickelt daher die Grundstruktur einer Gesellschaft, die man als gerecht bezeichnen kann.³⁵⁵ Sie ist eindeutig auf die Kritik der heute existierenden westlichen Gesellschaften zugeschnitten und daher dem Vorwurf mangelnder Universalisierbarkeit ausgesetzt.³⁵⁶

Koller erkennt in Rawls Grundsatz „Grundrechte und Güter sind gleich zu verteilen“ (sofern nicht die ungleiche Verteilung für alle vorteilhaft ist) gewisse Ähnlichkeiten zu Höffes Kriterium des distributiven Vorteils. Rawls legt sozusagen das Kriterium des distributiven Vorteils auf den Zustand der Gleichheit fest. Koller sieht in dem Umstand, dass Rawls das Postulat der Unparteilichkeit voraussetzt, entgegen der Ansicht Höffes einen Vorzug. Höffes Kriterium allein könne nämlich auch zu evident ungerechten Ergebnissen führen: „Angenommen, die Besatzung eines Schiffes, das auf einer weitabgelegenen Insel gestrandet ist, findet dort ein in einem vorstaatlichen Zustand lebendes Volk friedlicher Jäger und Sammler vor. (...) Angesichts ihrer offensichtlichen Unterlegenheit willigen die Einwohner ein, sich den Ankömmlingen zu ergeben und ihnen um den Preis ihres Überlebens als Sklaven zu dienen. So kommt eine herrschaftliche Ordnung zustande, die den Gehorsam der Einheimischen mit organisierten Zwangsmitteln sichert. Wenn angenommen wird, dass die beiden Gruppen (...) bei ihrem Aufeinandertreffen durch keinerlei moralische Normen

³⁵⁴ Vgl. Hastedt in Schweppenhäuser, Grundbegriffe der Ethik, S. 147.

³⁵⁵ Vgl. Horn/Scarano, Philosophie der Gerechtigkeit, S. 337.

³⁵⁶ Obwohl Rawls in der Einleitung ja festhält gerade keine universelle Theorie der Gerechtigkeit formulieren zu wollen, vgl., TG, S. 12ff.

beschränkt sind, so scheint die etablierte Ordnung durch das Kriterium des distributiven Vorteils legitimiert. Denn man kann sagen, diese Ordnung gereiche beiden Gruppen zum Vorteil: die Eroberer lassen die Eingeborenen am Leben und bekommen dafür deren Sklavendienste als Gegenleistung.³⁵⁷ Für Koller ist demnach problematisch, dass Höffe die Anwendungsbedingungen des Kriteriums des distributiven Vorteils nicht definiert, sodass das Kriterium keine Ergebnisse – wie gezeigt - garantieren kann, die dem Erfordernis der Unparteilichkeit entsprechen.

Schon bei Buchanan findet sich eigentlich Kollers Hauptkritikpunkt wieder: „In the discussion of anarchistic interaction to this point, I have assumed implicitly that all persons will exist as independently acting defenders and predators both prior to and after a natural equilibrium is attained. If personal differences are sufficiently great, however, some persons may have the capacities to eliminate others of the species. In this instance, the natural equilibrium may be reached only when the survivors exercise exclusive environmental domain. The complete elimination of other persons may not, however, be the most preferred course of action by those who possess superior capacities.” In Buchanans Beispiel spielt es keine Rolle, ob die Individuen beider Gruppen auf der Insel grundsätzlich ein transzendentes Interesse daran haben, nicht getötet zu werden. “Even more desired might be the state in which those who are "weak" are allowed to exert effort in producing goods, after which the "strong" seize all, or substantially all, of these for their own use. *From this setting, the disarmament contract that may be negotiated may be something similar to the slave contract, in which the "weak" agree to produce goods for the "strong" in exchange for being allowed to retain something over and above bare subsistence, which they may be unable to secure in the anarchistic setting.* A contract of slavery would, as other contracts, define individual rights, and, to the extent that this assignment is mutually accepted, mutual gains may be secured from the consequent reduction in defense and predation effort. This may seem to represent a somewhat tortuous interpretation of slavery as an institution, but it is explicitly designed to allow the analytical framework developed here to be fully general.”³⁵⁸

Buchanan zieht den Schluss, dass ein Gesellschaftsvertrag, der eine Gruppe von Individuen benachteiligt, von jener Gruppe trotzdem akzeptiert und gewollt würde

³⁵⁷ Koller in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 290.

³⁵⁸ Buchanan, *Limits of Liberty*, S. 60.

(daher gültig zustande kommt), wenn der Nichtabschluss des Gesellschaftsvertrages eine größere Benachteiligung nach sich ziehen würde als der Abschluss. Das Kriterium des distributiven Vorteils ist -i.S.v. Höffes schwächerer Deutungsart- nicht in Lage das von Buchanan geschilderte Beispiel als ungerecht auszuweisen, solange alle Parteien des Gesellschaftsvertrages einen größeren Vorteil aus dessen Abschluss ziehen als aus dessen Nichtabschluss. Dass der Vorteil bei allen gleich verteilt sein muss, ist nur nach der stärkeren Leseart des Kriteriums notwendig, die von Höffe allerdings in der Legitimationsdebatte verworfen wird.

VI.4. Das Überlegungsgleichgewicht

Rawls bezieht diesen Begriff auf die Konkretisierung seines Urzustandes. Er bezeichnet damit die wechselseitige Anpassung von Grundsätzen und überlegten Urteilen. Dieses Gleichgewicht ist nicht notwendigerweise stabil, was allerdings bedeutet, dass Rawls' Grundsätze nie Letztbegründungscharakter haben können.³⁵⁹ An die Stelle einer Letztbegründung tritt vielmehr ein Netz sich gegenseitig stützender Aussagen.³⁶⁰

Zur Rechtfertigung der Gerechtigkeitsgrundsätze müssen nach Rawls folgende Arten von wohlüberlegten Urteilen in ein Überlegungsgleichgewicht gebracht werden. Dazu zählen 1.) Wohlüberlegte Urteile über die fairen Bedingungen, in denen die Gerechtigkeitsgrundsätze gewählt werden sollen 2.) wohlüberlegte Urteile über Gerechtigkeitsgrundsätze sowie 3.) wohlüberlegte Urteile über die Gerechtigkeit einzelner Fälle. Für Höffe relativiert Rawls damit Tragweite seiner Vertragstheorie, da er bei einer normativ bestimmten Lebenswelt ansetzt um das Überlegungsgleichgewicht zu erreichen. Während die Vertragstheorie sonst üblicherweise als geschichts- und kulturunabhängig betrachtet wird und für Höffe folglich ahistorisch argumentiert, spielen beim Überlegungsgleichgewicht der „Theorie der Gerechtigkeit“ die Geschichte und jeweilige Kultur der Anwender eine bedeutende Rolle.³⁶¹

³⁵⁹ Vgl. Rawls, TG, S. 38.

³⁶⁰ Vgl. Höffe, Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 23.

³⁶¹ Vgl. Höffe, Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 23.

Rawls' reziproke Steuerung von rational ausgewiesenen Grundsätzen und überlegten Alltagsurteilen liegt für Höffe daher zwischen einem rein deduktiven Verfahren, also der Generalisierung von vorfindlichen Gerechtigkeitsurteilen, und einem erfahrungsunabhängigen Entwurf.³⁶²

VI.5. Das Differenzprinzip

Das Prinzip dient Rawls zur scharfen Abgrenzung vom Utilitarismus. Er arbeitet dieses Prinzip als ausdrückliche Ergänzung zum Pareto-Optimalitätsprinzip heraus, da dies *alleine* keine taugliche Gerechtigkeitsvorstellung.³⁶³

Pareto-Optimalität ist nämlich nur ein Effizienzkriterium, kein Kriterium der Gerechtigkeit, denn der Ausgangspunkt („status quo ante“), von dem aus der bessere Zustand der Vorteilsmehrung beurteilt wird, ist vollständig beliebig, weshalb pareto-optimale Situationen extrem ungerecht sein können (wie dies auch Koller anhand des zitierten „Sklassenbeispiels“ zeigt). Rawls erlaubt stattdessen nur die Besserstellung eines Akteurs, wenn dadurch die Besserstellung auch des schlechtest Gestellten ermöglicht wird oder, wenn die Verringerung der Unterschiede zwischen zwei Gesellschaftsmitgliedern den schlechtest Gestellten noch schlechter stellen würde. Die Maximierung des Allgemeinnutzens als oberstes Bewertungskriterium wird verworfen.

Mit Gosepath kann man sagen, dass das Differenzprinzip ein Begrenzungsprinzip sozioökonomischer Ungleichheiten ist. Soziale Ungleichheiten sind demnach ungerecht, sie überschreiten die zulässige Grenze, wenn es möglich ist, durch Umverteilung von den Bessergestellten zu den Schlechtergestellten die soziale oder ökonomische Lage der schlechtergestellten Personen längerfristig zu verbessern. Zu bedenken ist allerdings, dass im Umkehrschluss die ökonomische Lage der bessergestellten Personen längerfristig verschlechtert wird. Nach Rawls ist dies aber gerecht, da man sich im Urzustand darauf einigen würde.

³⁶² Vgl. Höffe, Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 24.

³⁶³ Vgl. Rawls, TG, S. 92.

Für Rawls stellt das Differenzprinzip die einzige Ausnahme von der gerechtfertigten Gleichverteilung ökonomischer Ressourcen dar.³⁶⁴ In der Rawlsschen Theorie nimmt daher der Gedanke, dass jedes einzelne Gesellschaftsmitglied den beiden Gerechtigkeitsgrundsätzen unter dem Gesichtspunkt seines eigenen Wohlergehens zustimmen können muss, eine zentrale Stellung ein. Zustimmung wird der einzelne wohl auch deshalb, weil ihn das Differenzprinzip materiell absichert. Durch dieses sind nach Rawls Legislative und Exekutive darauf festgelegt, ein angemessenes soziales Minimum für jedes Gesellschaftsmitglied sicherzustellen (In dem Zusammenhang sei auf die – zum Teil sehr heftigen und emotionalen - Reaktionen in Österreich auf die Einführung der Grundsicherung verwiesen). Dieses umfasst aber mehr als das, was man zum Überleben braucht.³⁶⁵ Es muss so viel sein, dass sich die Person auch als Mensch entfalten kann. Angemessen ist das soziale Minimum dann, wenn dadurch die langfristigen Lebensaussichten der am wenigsten Begünstigten auf das höchstmögliche Niveau gehoben werden. Nach oben ist dies lediglich durch zwei Faktoren begrenzt: erstens müssen noch genügend Ressourcen übrig bleiben, damit der Staat die gleichen Freiheiten für alle sicherstellen kann, und zweitens muss auch aus Gründen der Gerechtigkeit gegenüber zukünftigen Generationen eine Sparrate eingeführt werden, um die Gerechtigkeit der Gesellschaft auf Dauer aufrechtzuerhalten.

Für Angelika Krebs ist das Differenzprinzip ein gutes Beispiel für einen moderaten, pluralistischen Egalitarismus, da es das strenge Gleichheitsprinzip abmildert (indem es unter bestimmten Bedingungen Ungleichheiten als gerecht ausweist).³⁶⁶

VI.6. Das Prinzip der demokratischen Gleichheit

Zur Interpretation des zweiten Grundsatzes zieht Rawls das Prinzip der demokratischen Gleichheit heran.³⁶⁷ Das System der natürlichen Freiheit als ein System ohne Regeln, in dem natürlicherweise jedem eben alle Möglichkeiten offen stehen, kann seines Erachtens nicht gerecht funktionieren, da die Ausgangs- oder

³⁶⁴ Vgl. Stefan Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, S. 426ff.

³⁶⁵ Vgl. Rawls, TG, S. 319.

³⁶⁶ Vgl. Angelika Krebs, *Gleichheit oder Gerechtigkeit*, S. 16.

³⁶⁷ Vgl. Rawls, TG, S. 86ff.

Startbedingungen für alle unterschiedlich sind. Das Prinzip der liberalen Gleichheit reicht ihm ebenfalls nicht, da danach nur diejenigen gleiche Chancen haben, die auch von Natur aus die gleichen Voraussetzungen mitbringen. Wiederum würden natürliche Unterschiede nicht ausreichend durch Gesellschaftsgrundsätze egalisiert. Es ist keine Überraschung, dass er auch das Prinzip der natürlichen Aristokratie ablehnt, nach dem denjenigen mehr Chancen zugesprochen werden, die auch über mehr Fähigkeiten verfügen. Übrig bleibt seines Erachtens nur das Prinzip der Demokratischen Gleichheit, wo durch die Vernunft die „Lotterie der Natur“³⁶⁸ und historischer Kontingenzen eliminiert werden. Rawls geht dabei wiederum von seinem Diktum aus, dass niemand seine naturgegebene Besserstellung verdient hat. Daher sei diese Besserstellung auch weder als gerecht noch als ungerecht zu beurteilen. Sie ist ein vorgegebenes Faktum, das letztlich nur durch die Gesellschaftsverfassung korrigiert werden kann. Warum aber Gerechtigkeit überhaupt relational, als die Gleichheit des einen mit den anderen, zu verstehen sein soll, wird von Rawls, wie von anderen Egalitaristen, kaum thematisiert.

Dabei wird heute von vielen Kritikern eingewandt, dass Gleichheit nicht als Grundlage von Gerechtigkeit taue. Krebs unterscheidet in diesem Zusammenhang zumindest vier Egalitarismuskritiken. 1.) Der Einwand der Verwechslung von „Gleichheit“ mit „Allgemeinheit“ beziehungsweise von „Gleichheit als Ziel“ der Gerechtigkeit mit „Gleichheit als Nebenprodukt“ allgemeiner Gerechtigkeitsforderungen, 2.) der (immer gern verwendete) Vorwurf der Inhumanität, 3.) der (ebenfalls schwer zu entkräftende) Vorwurf der Unterschätzung der Komplexität unserer Gerechtigkeitskultur und 4.) der Einwand der Nichtrealisierbarkeit, was in der praktischen Philosophie wohl als schwerwiegender Einwand anzusehen ist.³⁶⁹

Je nach ihrer Ausgestaltung sind egalitäre Gerechtigkeitstheorien mehr oder weniger anfällig für die obigen Kritikpunkte.

³⁶⁸ Rawls, TG, S. 94.

³⁶⁹ Vgl. Angelika Krebs, Gleichheit oder Gerechtigkeit, S. 8ff.

VI.7. Gerechtigkeit zwischen Generationen bei Rawls und Höffe

Nach Rawls stellt das Problem der Gerechtigkeit zwischen den Generationen eine (fast) unüberwindbare Bewährungshürde jeder ethischen Theorie dar. Der Schleier des Unwissens bezieht sich deshalb auch auf die Stellung der Gesellschaftsmitglieder in der Zeit. Sie wissen nicht, in welcher Generation sie leben. Sie wissen nicht, wie viele Generationen vor ihnen gelebt haben und auch nicht, wie viele noch nach ihnen kommen werden.³⁷⁰

Der Schleier des Nichtwissens neutralisiert daher ihre Stellung in der Zeit. Damit wird auch impliziert, dass die Mitglieder der Urzustands-Gesellschaft denkmöglich auch unterschiedlichen Generationen angehören können. Denn wüssten sie nichts von ihrer relativen Position, hätten aber jedenfalls die Gewissheit, alle derselben Generation anzugehören, wäre keine hinreichende Bedingung gegeben, um jegliche Zeitpräferenz auszuschalten. Sie präferieren daher nicht die eigene Generation vor der nachfolgenden. Rawls setzt voraus, dass einerseits die Beteiligten im Urzustand Vertreter von Nachkommenlinien sind und andererseits, dass der beschlossene Grundsatz so beschaffen sein muss, dass sie wünschen können, alle früheren Generationen möchten ihn befolgt haben (was wohl nicht zufällig an Kant erinnert). Faktisch sind letztlich alle Generationen unter dem Schleier des Nichtwissens vertreten.³⁷¹ Die Anwendung des zweiten Gerechtigkeitsgrundsatzes findet nun auch auf die intergenerative Verteilung Anwendung.³⁷² D.h. Ungleichheiten sind nur dann tolerabel, wenn dadurch die Schlechtestgestellten einen Vorteil erlangen. Diese Schlechtestgestellten können nun auch Angehörige einer fernen Generation sein.

Demnach führt eine konsequente Anwendung dieses Grundsatzes unmittelbar zu dem Ergebnis, dass eine präsente Generation dem Grunde nach eigentlich gar keine unwiederbringlichen Ressourcen verbrauchen dürfte, da diese nach dem Verbrauch definitiv nicht mehr den folgenden Generationen zur Verfügung stehen (das berücksichtigt allerdings nicht, dass durch den Verbrauch einer Ressource vielleicht die Bedingungen zu einer Verbesserung entstehen könnten). Der gegenwärtige Zustand kann allerdings auch so gestaltet sein, dass sich wegen des Verzichts des

³⁷⁰ Vgl. Rawls, TG, S. 319ff.

³⁷¹ Vgl. Rawls, TG, S.325.

³⁷² Vgl. Rawls, TG, S. 322.

Ressourcenverbrauchs mit Blick auf künftige Generationen die Aussichten der Schlechtestgestellten der gegenwärtigen Generation zu verschlechtern beginnen. Dies gilt es allerdings auch wegen des zweiten Grundsatzes zu vermeiden. Um das Problem in den Griff zu bekommen, führt Rawls letztlich den Begriff des gerechten Spargrundsatzes ein³⁷³.

Für Höffe kann Rawls Grundgedanke von der Verantwortung nachfolgenden Generationen gegenüber grundsätzlich überzeugen.³⁷⁴ Er moniert bei Rawls allerdings das Fehlen der ökonomischen und bevölkerungspolitischen Dimension bei der Behandlung der Gerechtigkeit zwischen den Generationen. Weiters bemängelt Höffe, dass Rawls die Gerechtigkeit zwischen den Generationen lediglich vom Unterschiedsprinzip und seiner Perspektive der Schlechtestgestellten her erörtert, dabei aber weder die Tauschgerechtigkeit noch die korrektive Gerechtigkeit berücksichtigt.³⁷⁵

Höffe handelt das Thema der Gerechtigkeit zwischen den Generationen im Zusammenhang mit dem Gedankenexperiment des Gefangenen-Dilemmas ab. Es handelt sich bei ihm lediglich um eine Variation des dem Gedankenexperiments zugrunde liegenden Problems in diachroner (d.h. zeitversetzter) Perspektive und resultiert aus der Zeitverschiebung bei den Macht- und Drohpotentialen. Als Kind und gegen Ende des Lebens als Alter und Gebrechlicher verfügt man über keinerlei Drohpotentiale, weshalb die ihnen gegenüber vorgenommenen Freiheitsverzichtse einseitig sind. Allerdings wechselt diese Einseitigkeit im Laufe eines menschlichen Lebens. Dennoch bedarf es einer institutionellen Durchsetzung, da in der natürlichen Rechtsgesellschaft, in der die Verantwortung bei jedem einzelnen liegt, die Gefahr droht, dass sich die zweite Generation gegenüber der ersten als Trittbrettfahrer verhält. Solange es keine Vorkehrungen gibt, die Trittbrettfahrer verhindern, kommt *gar kein gemeinsamer Vorteil* des Höffeschen Generationentausches zustande.³⁷⁶

³⁷³ Vgl. Rawls, TG, S. 323.

³⁷⁴ Vgl. Höffe, Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 175.

³⁷⁵ Vgl. Höffe, Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 176f.

³⁷⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 426f.

VI.8. Das Trittbrettfahrer-Dilemma bei Rawls und Höffe

Sowohl Höffe als auch Rawls sehen eine Lösung für das Trittbrettfahrer-Dilemma in der Zwangsfähigkeit bzw. Rechtsdurchsetzung durch den Staat. Denn auch wenn jeder Mensch den gleichen Gerechtigkeitssinn hätte, so besteht doch immer die Versuchung, sich um seinen Beitrag herumzudrücken bzw. auf einseitige Freiheitsverzicht der anderen zu vertrauen. Dieses Problem wird auch von Hobbes in seinem Werk „Leviathan“ erkannt, was sowohl Höffe als auch Rawls aufgreifen. Für Rawls ist das Trittbrettfahrer-Dilemma nicht anderes als die Verallgemeinerung des Häftlings-Dilemmas, für das der Hobbes'sche Naturzustand beispielgebend ist.³⁷⁷ Höffe und Rawls gelangen schließlich zum Ergebnis, dass ein Verfahren zur Verhängung von Strafen eingeführt werden muss, um öffentliches Vertrauen in die Regelung aufrechtzuerhalten, die für jeden am vorteilhaftesten ist (oder jedenfalls besser als ihr Fehlen).³⁷⁸ Bei Höffe heißt es: „Wer trotzdem die allseits vorteilhafte Koexistenz will, der muss sich auf gemeinsame Zwangsvorkehrungen einlassen, die jeden besser stellen und deshalb gerecht sind.“³⁷⁹ Womit aber wiederum dieser Zweck das Mittel Staat rechtfertigt, was im klaren Gegensatz zu Kant steht. Der Umstand, dass der primäre Naturzustand nur dann überwunden werden kann, wenn es gemeinsame Zwangsvorkehrungen gibt, wird von Höffe im Weiteren allerdings nicht problematisiert.

VI.9. Von der empirischen zur normativen Ethik

Für Höffe ist Rawls trotz aller Kritik auch heute noch der in der politischen Philosophie einflussreichste (und weiterhin populärste) Utilitarismuskritiker. Rawls sieht seine Theorie tatsächlich als deutlichen Kontrapunkt zum Utilitarismus, wie bereits ausgeführt wurde. Beide monieren, dass es im Utilitarismus keine – oder nur eine mittelbare - Rolle spielt, wie die Summe der Befriedigungen über die einzelnen Menschen verteilt ist.³⁸⁰ Besonders die utilitaristischen Positionen von Sidgwick,

³⁷⁷ Vgl. Rawls, TG, S.302.

³⁷⁸ Vgl. Rawls, TG, S. 303.

³⁷⁹ Höffe, PG, S. 425.

³⁸⁰ Vgl. Rawls, TG, S. 44.

Bentham und John Stuart Mill werden von Rawls kritisiert.³⁸¹ Seine Kritik stützt sich im Wesentlichen auf das Argument, dass der Utilitarismus eine unabsehbare Folgenkonsequenz impliziert, die von keinem rational handelnden Individuum übersehen werden kann. Für Rawls birgt der Utilitarismus keine Gerechtigkeitserwägungen, da er auf Nutzenmaximierung abstellt und Gerechtigkeitserwägungen nicht explizit formuliert. Ebenso sieht er in diesem Konzept eine Gleichgültigkeit gegen Erscheinungsformen der Ungerechtigkeit. Rawls hält die Vorteile eines Individuums nicht mit den Nachteilen eines anderen für verrechenbar und den Utilitarismus daher für indifferent zwischen den Interessen Einzelner. Er stellt fest, dass im Utilitarismus nur die Summe der Befriedigungen der Menschen maßgeblich ist, was von einem moralischen Standpunkt aus, der das Individuum zum Maßstab nimmt, abzulehnen ist. Es zeigt sich, dass Höffe hier mit Rawls weitgehend übereinstimmt, insofern er ebenfalls das Individuum gegen das Diktat der nutzenmaximierenden Mehrheit verteidigt. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Rawls am Utilitarismus kritisiert, dass er die Verteilung des Glücks auf die einzelnen nicht (genügend) berücksichtigt und der Einzigartigkeit jeder menschlichen Existenz nicht Rechnung trägt: „Der Utilitarismus nimmt die Verschiedenheit der einzelnen Menschen nicht ernst.“³⁸²

Trotz seiner Bedeutung als Utilitarismuskritiker, so führt Höffe aus, bediene Rawls sich eines methodischen Instrumentariums, mit dem die erforderliche Begründung der Gerechtigkeitsperspektive letztlich nicht möglich sei. Diese fehlende normative Kompetenz zeigt sich für Höffe darin, dass Rawls zur Begründung seiner Gerechtigkeitsprinzipien einen Gerechtigkeitssinn voraussetzt, im Gerechtigkeitssinn aber schon ein normatives Leitprinzip, die Unparteilichkeit, enthalten ist. Da aber die Unparteilichkeit laut Höffe zumindest auf einer ersten Stufe als höchstes Prinzip der Gerechtigkeit bezeichnet werden kann und die Gerechtigkeitsperspektive vom Utilitarismus in Frage gestellt wird, enthält die „Theory of Justice“ in ihrem utilitarismus-kritischen Aspekt eine *petitio principii*. Also einen Beweisfehler, der darin besteht, dass zum Beweis einer Behauptung B eine Aussage A (es gibt einen Gerechtigkeitssinn, -perspektive) herangezogen wird, die selbst noch eines Beweises bedarf.³⁸³

³⁸¹ Vgl. Rawls, TG, S. 51ff.

³⁸² Rawls, TG, S. 45.

³⁸³ Vgl. Höffe, PG, S. 46ff.

VI.10. Zwischenbilanz

Im Gegensatz zu Höffes Position ist nach Rawls Gerechtigkeit sehr wohl mit einem Zustand gleicher Güterverteilung als Vorbedingung verknüpft. Es bedarf aber auch staatlicher Institutionen zur Rechtsdurchsetzung (der in der Verfassungswahl beschlossenen Grundsätze) und Güterverteilung, womit er sich wieder der Position Höffes annähert, der ebenfalls staatliche Institutionen zur Rechtsdurchsetzung als unbedingt notwendig ansieht. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch darin, dass Rawls, ganz in der Tradition egalitärer Liberaler wie Dworkin und Nagel, den Staat als institutionelles Fundament umfassender Redistributionshandlungen schlicht voraussetzt und nicht wie Höffe zu legitimieren versucht.³⁸⁴ Rawls entwirft die Grundstruktur einer (chancen-)gerechten Gesellschaft, wohingegen Höffe den Schwerpunkt auf die Begründung der Zwangsbefugnis und der Staatslegitimation legt. Rawls' Gerechtigkeitstheorie kann man als Theorie der Verteilungsgerechtigkeit bezeichnen, deren Anwendungsfeld nicht das soziale Handeln der Menschen, sondern die Grundstruktur einer Gesellschaft ist.³⁸⁵

Für Höffe resultiert die Begründung staatlicher Institutionen nicht vornehmlich in ihrer Verteilungsaufgabe. Er betrachtet sie zu allererst als Konsequenz der Notwendigkeit der Überwachung wechselseitiger Freiheitsverzichtes und des allgemeinen Vorteils sowie der Legitimation der Zwangsbefugnis. Höffe vermeint damit auch eine Limitierung seiner Theorie auf westliche Gesellschaftsordnungen zu vermeiden, die er bei Rawls moniert.

Gerade in Rawls' „berühmtem“ Schleier des Nichtwissens konstatiert Höffe einen legitimatorischen Mangel. Der Schleier des Nichtwissens wird von Rawls als Prämisse vorausgesetzt, um in der Theorie zu fairen Ergebnissen zu gelangen. Er erscheint Höffe aber nicht ausreichend begründet, da Rawls im Wesentlichen eine empirische Theorie der Gerechtigkeit vorlegt, die die grundsätzliche Frage nach der Berechtigung der Gerechtigkeitsperspektive offen zu lassen scheint. Tatsächlich

³⁸⁴ Horn/Scarano, Philosophie der Menschenrechte, S. 351.

³⁸⁵ Vgl. Kersting, Rawls: Zur Einführung, S.37.

kann (und will) Rawls letztlich die Frage, warum man unparteiisch handeln soll, nicht im Sinne einer Letztbegründung beantworten, was nach Höffe seine fehlende legitimatorische Kompetenz verdeutlicht.³⁸⁶

Dabei berücksichtigt er aber nicht, dass Rawls nur deswegen den Anspruch einer moralischen Letztbegründung nicht erhebt, um dem Metaphysikvorwurf zu entgehen. Er unterstellt die Geltungsansprüche seiner Gerechtigkeitsprinzipien ausdrücklich den historischen Rahmenbedingungen der modernen Verfassungsstaaten und dem „Common Sense“ über grundlegende Prinzipien, der ihnen immanent ist. Rawls verwendet (im Gegensatz zu Höffe) einen Begriff der Person, der moralisch äußerst anspruchsvoll konzipiert ist.³⁸⁷ In Höffes Konzeption des Naturzustandes benötigt der Mensch zunächst gar keine Moral, nur Klugheit.³⁸⁸

Höffe kritisiert weiters, dass Rawls das kantische Prinzip der Handlungsfreiheit nicht entschieden genug anerkenne und Kant zuwenig rechts- und staatsphilosophisch interpretiere. Nur deshalb könne Rawls die Zwangsbefugnis als genuin Hobbessche These ansprechen, obwohl sie für Kant ebenfalls ein unentbehrliches Element des sittlichen Rechtsbegriffes bilde.³⁸⁹ Allerdings erscheint dieser wohl berechtigte Einwand nicht schwerwiegend, denn solange die Zwangsbefugnis thematisiert wird, geht argumentativ nichts verloren und erfüllt Rawls' Theorie insoweit auch die Grundanforderung jeder Gerechtigkeitstheorie. Interessanterweise spielt gerade die Gerechtigkeit bei Kant, zumindest was ihre ausdrückliche Erwähnung betrifft, keine große Rolle. Das ist umso bemerkenswerter, als z.B. Rawls seine beiden Gerechtigkeitsprinzipien ausdrücklich als kategorische Imperative³⁹⁰ bezeichnet, während Kant keinerlei Verknüpfung seines Moralprinzips mit dem Gerechtigkeitsbegriff vornimmt. Auch konkrete Aussagen über Menschenrechte findet man bei Kant kaum.³⁹¹

³⁸⁶ Höffe, PG, S. 49.

³⁸⁷ Vgl. Luf, Freiheit als Rechtsprinzip, S. 160.

³⁸⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 402.

³⁸⁹ Vgl. Höffe, PG, S. 22.

³⁹⁰ Vgl. Rawls, TG, S. 285f.

³⁹¹ Weder greift Kant das Motiv der Gerechtigkeit als eines tugendhaften personalen Habitus auf, noch thematisiert er Gerechtigkeit als eine Eigenschaft von Handlungen. Vgl. Horn/Scarano, Philosophie der Menschenrechte, S. 164.

Rawls' und Höffes Theorien ist wiederum gemeinsam, dass sie jeweils in eine Konsenstheorie politischer Legitimation münden. Der Konsens ist allerdings grundlegend unterschiedlich konstituiert. Bei Höffe beruht der Konsens auf einem distributiv gemeinsamen Interesse, während bei Rawls unter dem Schleier des Nichtwissens sogar dann noch ein Konsens möglich ist, wenn gar kein gemeinsames Interesse vorliegt oder bekannt ist.³⁹²

³⁹²Vgl. Nida-Rümelin in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 314f.

VII. Höffe und Kant

Im vorangehenden Kapitel wurde unter anderem gezeigt, dass Höffe durch seine wissenschaftliche Tätigkeit umfassende Kenntnisse der Rawlsschen Philosophie erwerben und für die Formulierung seiner eigenen Theorie nutzen konnte. Ebenso verhält es sich mit der Philosophie Immanuel Kants (1724-1804), dessen Ethik und Rechtsphilosophie bis heute eine der wichtigsten Erscheinungsformen eines deontologischen (und damit anti-utilitaristischen) Ansatzes in der Philosophie darstellt.³⁹³ Da sowohl Höffe wie Rawls ihre Theorien ebenfalls als anti-utilitaristisch bezeichnen, versuchen sie insofern an Kants Philosophie anzuschließen.

Otfried Höffe veröffentlichte zahlreiche Abhandlungen über Kants Philosophie, und genießt den Ruf ein ausgewiesener Kenner der kantischen Philosophie zu sein. Dies kann dazu verleiten, seinen Aussagen zu Kants Philosophie unkritisch zu folgen. Zu bedenken ist dennoch, dass Kant zu den wenigen Philosophen zu zählen ist, bei denen die Frage der richtigen Interpretation so heftig umstritten ist. Der philosophische Disput betrifft dabei nicht nur Details, sondern auch die Grundannahmen.³⁹⁴

Es erscheint daher geboten, Höffes Anspruch, Kant „richtig“ zu interpretieren, zu hinterfragen.³⁹⁵ Dazu werden zunächst einige von Höffes Aussagen über Kant bzw. die kantische Philosophie in der „Politischen Gerechtigkeit“ und der 1990 erschienen Abhandlung „Kategorische Rechtsprinzipien“ dargestellt sowie ihre Definitionen von Recht und Staat bzw. ihr Verständnis einer Rechts- und Staatsphilosophie kritisch gegenübergestellt.

Höffe ist der Überzeugung, dass trotz der heutigen Skepsis ein Versuch, Kants metaphysische Seite systematisch zu rekonstruieren, nicht von vornherein aussichtslos erscheint. In den „Kategorischen Rechtsprinzipien“ sucht er nach jenen

³⁹³ Vgl. Luf, Freiheit als Rechtsprinzip, S. 151.

³⁹⁴ Vgl. Kuhlmann, „Was spricht heute für eine Philosophie des kantischen Typs?“. In: Philosophie und Begründung. Hg. vom Forum für Philosophie, Bad Homburg, Frankfurt am Main, 1987 S. 84.

³⁹⁵ Vgl Höffe, PG, S. 22.

anthropologischen Elementen, die Kant zwar in seinen Schriften verwende, aber nicht deutlich genug hervorhebe.³⁹⁶ Den Grundstein für diese Suche legt Höffe bereits in der „Politischen Gerechtigkeit“.

Für die Darstellung von Höffes Positionen liegt es nun nahe, jene Aussagen zu behandeln, in denen er offensichtlich wesentliche Elemente bzw. Termini der kantischen Philosophie übernimmt. Dazu zählt ohne Zweifel seine Definition der Gerechtigkeit: „(...) kann man die Gerechtigkeit als einen kategorischen Imperativ für zwangsbefugte Sozialverhältnisse und die politische Gerechtigkeit als den kategorischen Imperativ für Rechts- und Staatsordnungen, kurz: als den kategorischen Rechts- und Staatsimperativ ansprechen.“³⁹⁷

Eine direkte Bezugnahme erfolgt weiters im Zuge der Legitimation sozialer Zwangsbefugnisse, wo Höffe das Argument der „transzendentalen Interessen“ entwickelt, das auch im Zusammenhang mit der Begründung der Menschenrechte eine entscheidende Rolle spielt und daher erst an dieser Stelle ausführlicher behandelt wird.³⁹⁸

VII.1. Rechts- und Staatsphilosophie bei Höffe und Kant

Überhaupt drängt sich bei Höffes Versuch einer Legitimation von Recht und Staat bzw. der Zwangsbefugnis ein Vergleich zu Kants Rechts- und Staatsphilosophie förmlich auf. Dabei ist aber klar, dass ein umfassender Vergleich der Rechts- und Staatsphilosophien von Kant und Höffe den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, weshalb die folgende Auseinandersetzung letztlich cursorisch bleiben muss.

Nach Kant ist Recht der „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“³⁹⁹

³⁹⁶ Vgl. Höffe in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 355.

³⁹⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 77.

³⁹⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 391.

³⁹⁹ Kant, Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe Bd. VI, S. 230f.

Dem allgemeinen Gesetz der Freiheit entspringt das einzige subjektive Recht des einzelnen Menschen: die Freiheit, d.h. die Unabhängigkeit von der Willkür eines anderen Menschen. Kant verwendet das Wort „Willkür“ und meint damit in diesem Zusammenhang die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen bzw. auch die aufgrund der Freiheit getroffene Entscheidung, wobei angemerkt werden muss, dass zur Zeit Kants „Willkür“ nicht negativ besetzt war.⁴⁰⁰ Unstrittige Aufgabe des Rechts ist es, „den Individuen durch institutionelle Gewährleistungs-, Schutz- und Teilhabebedingungen den Raum zu freiem Subjektkönnen nach Kriterien gesetzlicher, d.h. der Anerkennung gleicher Freiheit verpflichteter Allgemeinheit zu garantieren.“⁴⁰¹

Für Kant hat das Recht demnach mit einer äußeren Ordnung zur Abstimmung der Freiheitssphären des Einzelnen zu tun. Er nimmt auch eine Trennung von Recht und Moral vor, die auch in den von ihm geprägten Begriffen „Moralität“ und „Legalität“ ihre Entsprechung findet, ohne aber deren wechselseitigen Abhängigkeiten zu vernachlässigen. Das Recht ist jedenfalls eine Zwangsordnung (was aber erzwungen wird, kann nach Kant nicht mehr sittlich wertvoll genannt werden).⁴⁰²

Höffe definiert das Recht, wie bereits ausgeführt, zunächst ebenfalls als zwangsfähige Ordnung von Menschen über Menschen.⁴⁰³ Weitere formale Definitionselemente sind für ihn aber die Hierarchie von Befugnissen, der Regelcharakter des Rechts sowie die Einheit der vom Rechtszwang Bevorteilten und Benachteiligten, die er als Grundfunktion des Rechts bezeichnet.⁴⁰⁴ Höffe nimmt im Kapitel 5.3. der Politischen Gerechtigkeit („Antinomie der Rechtstheorie“)⁴⁰⁵ ebenfalls eine Trennung von Recht und Moral vor, indem er eine den Gesetzmoralismus ablehnende Rechtsdefinition als vertretbar bezeichnet.⁴⁰⁶

Es fällt auf, dass Höffes Rechtsdefinition weitaus mehr juristische Begriffe enthält als die knappe Definition Kants. Dies lässt sich mit Höffes Suche nach einem der

⁴⁰⁰ Vgl. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie², S. 197.

⁴⁰¹ Luf, Freiheit als Rechtsprinzip, S. 153.

⁴⁰² Metaphysik der Sitten, Bd. VI, S. 231.

⁴⁰³ Vgl. Höffe, PG, S. 169f und S. 159.

⁴⁰⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 159.

⁴⁰⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 123.

⁴⁰⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 127.

juristisch-praktischen Verwendung genügenden Rechtsbegriff erklären, den Kant wohl nicht vor Augen hatte. Während Kant Freiheit als das oberste Rechtsprinzip betrachtet, verdichtet Höffe das Recht auf die (materialen) gerechtigkeitsrelevanten Grundfunktionen. Wenn für Höffe letztlich jede Freiheitseinschränkung zu begründen ist, rekurriert er damit auf Kants Rechtsdefinition⁴⁰⁷

Kant postuliert, dass aus dem allgemeinen Gesetz der Freiheit das einzige subjektive Recht des einzelnen Menschen, nämlich die Freiheit, entspringt. Daran knüpft Höffe offensichtlich an.

Auch das Staatsverständnis Höffes ist wesentlich von Kant beeinflusst, wie sich an einem Vergleich der einschlägigen Textstellen belegen lässt. In der „Metaphysik der Sitten“ beschreibt Kant den Staat schlicht als „die Vereinigung einer Menge vom Menschen unter Rechtsgesetzen.“⁴⁰⁸

Aus seinen weiteren Ausführungen ergibt sich, dass es Aufgabe des Staates ist, die Freiheitsräume der Einzelnen zu garantieren und gegeneinander abzugrenzen. Man kann darin den Einfluss der Lehre vom Staatsvertrag bzw. Gesellschaftsvertrag in Anlehnung an Hobbes und Rousseau erblicken. Zunächst formuliert Kant aber keine inhaltlichen Staatsziele. Erst in seinem Spätwerk „Zum ewigen Frieden“ bezeichnet Kant die Friedenswahrung und Friedenspolitik als praktische und moralische Aufgabe des Staates.⁴⁰⁹

Die (gerechtigkeitsrelevante) Friedenswahrung und -sicherung findet sich bei Höffe allerdings schon als Grundfunktion des Rechts, wobei dem Staat in diesem Zusammenhang letztlich die notwendige Sicherung dieser Funktion zukommt. Höffes Ausführungen dazu sind aber recht vage, sodass nicht klar ist, ob die Notwendigkeit des Staates lediglich empirischer oder doch normativer Natur ist.

Es herrscht Einigkeit darüber, dass sich in Kants Staats- und Rechtslehre wichtige Gedanken zum bürgerlichen Rechtsstaat finden. So ist für Kant das Recht Ursprung

⁴⁰⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 67.

⁴⁰⁸ Kant, Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe Bd. VI, S. 231.

⁴⁰⁹ Vgl. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, S. 198.

und Rechtfertigung des Staates.⁴¹⁰ Bemerkenswert ist auch seine Auffassung, dass selbst in einem Staat ohne bürgerliche Verfassung das Volk und die einzelnen Bürger unveräußerliche Rechte gegenüber dem Staatsoberhaupt genießen.⁴¹¹ Dazu zählt Kant jedenfalls die Grundrechte Freiheit und Gleichheit, aus denen sich zumindest die Notwendigkeit des Rechts zur Kritik an Akten der Staatsgewalt ableiten lässt, also das, was man heute als demokratische Öffentlichkeit bezeichnen kann.⁴¹² Kant sah sich auf allen Gebieten der Philosophie, somit auch in der Rechts- und Staatsphilosophie, als Vorkämpfer der Aufklärung,⁴¹³ die er als „Ausgang des Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit“ definierte.⁴¹⁴

Höffe versteht unter „Staat“ eine „institutionalisierte öffentliche Rechtsmacht, die für die Gerechtigkeit unentbehrlich ist“.⁴¹⁵ Damit verlagert er den Fokus auf die Gerechtigkeit, denn nach Höffe wird der Staat durch die Gerechtigkeit sowohl legitimiert wie auch limitiert. Nicht die Gerechtigkeit benötigt per definitionem ein Staatswesen, sondern jedes Staatswesen muss ein Minimum an Gerechtigkeit aufweisen, um überhaupt als Staatswesen bezeichnet werden zu können. Im Wesentlichen widersprechen die Staats-Definitionen von Kant und Höffe einander nicht und sind miteinander durchaus in Einklang zu bringen.

Man kann Höffes „institutionalisierte öffentliche Rechtsmacht“ durchaus auch als „Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“ verstehen. Eine Rechtsmacht kann letztlich auch nur als eine Menge von Menschen, vereinigt unter (Rechts-) Gesetzen gedacht werden.

Eine Gemeinsamkeit besteht auch darin, dass das Zwangsbegründungsproblem bei Kant und Höffe der Schlüssel ist, der „das Tor zur Rechts- und Staatsphilosophie aufschließt“.⁴¹⁶ Allerdings greift Kant für den Zwangsbeweis auf die Moralphilosophie

⁴¹⁰ Vgl. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, S. 198.

⁴¹¹ Vgl. Kant, Über den Gemeinspruch, Akademieausgabe Bd. VIII, S. 303.

⁴¹² Vgl. Kant, Über den Gemeinspruch, Bd. VIII, S. 304 und Luf, Kategorische Rechtsprinzipien, S. 295.

⁴¹³ Vgl. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, S. 198.

⁴¹⁴ Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, in Berlinische Monatsschrift Bd.4, S.481, Berlin, 1784.

⁴¹⁵ Höffe, PG, S. 432.

⁴¹⁶ Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 29.

des kategorischen Imperativs zurück, während Höffe sich nur auf die deskriptive Gerechtigkeitssemantik stützt, was ebenfalls kritisiert wird.⁴¹⁷

VII.2. Zwischenbilanz

Höffes Versuch einer systematische Rekonstruktion Kants metaphysischer Seite kann nicht a priori als unzulässig bezeichnet werden. Allerdings bezeichnet etwa Luf den Versuch als unzulässig, vom kantischen Freiheitsbegriff, als dem obersten normativen Prinzip ausgehend, auf deuktivem Weg einen Katalog materialer Rechtswerte gewinnen zu wollen, in die individuelle oder gesellschaftliche Grundgüter integriert und zu einem hierarchisierten System von fundamentalen Rechten transformiert würden. Dies stünde im Widerspruch zur notwendigen Formalität des kantischen Freiheitsbegriffs, dessen Unbedingtheit sich gerade darin zeige, dass er mit seinem Anspruch auf allgemeine Gesetzmäßigkeit alle materialen Gehalte, wie anthropologische Konstanten oder Gesetzmäßigkeiten geschichtlich-gesellschaftlicher Erfahrung, notwendigerweise überschreite.⁴¹⁸

Es scheint, als ob Luf damit einen wesentlichen Kritikpunkt an Höffes Verständnis der kantischen Philosophie aufzeigen kann, insofern Höffe materiale Gerechtigkeitserwägungen zum Bestandteil seiner Gerechtigkeitstheorie macht.

Dies wird auch an Höffes Legitimationsmuster „Anthropologie plus Ethik“ deutlich, wenn man es in Kontext zu seiner Feststellung über Kant und Rawls setzt: „Kant sucht eine Rechtsethik ohne Anthropologie, aber mit Metaphysik, Rawls eine Gerechtigkeitstheorie ohne Metaphysik, aber mit Anthropologie.“⁴¹⁹ Höffe versucht mit seinem Legitimationsmuster offenbar einen Mittelweg zu beschreiten, eine Rechtsethik bestehend aus Anthropologie und „praktischer“ Metaphysik.

⁴¹⁷ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 29.

⁴¹⁸ Vgl. Luf, Freiheit als Rechtsprinzip, S. 284f.

⁴¹⁹ Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, S. 309.

Folgt man Ludwig, so ist Höffe der Überzeugung, dass eine Abwertung des metaphysischen Anspruchs mit gleichzeitiger Aufwertung der anthropologischen Momente möglich und erfolgversprechend ist. Höffe verdeutlicht die Überlegungen aus der „Politischen Gerechtigkeit“ in den „Kategorischen Rechtsprinzipien“. Sein Grundgedanke besteht darin, zunächst die „Metaphysik“ im Titel von Kants „Metaphysik der Sitten“ als eine genuin „praktische“ zu interpretieren, welche sodann der gängigen Kritik gegenüber den überzogenen Erkenntnisansprüchen der „theoretischen“ Metaphysik nicht ausgesetzt wäre.⁴²⁰

Aus transzendentalphilosophischer Sicht ist es nach Luf aber schlicht unmöglich, vorgebliche Rechtsgrundsätze äußerlich an das Rechtssystem heranzutragen, als ob sich dieses an ihnen einfach messen ließe.⁴²¹

Darum versucht Höffe wohl auch die Gerechtigkeit bereits als Definitionskriterium des Rechts zu postulieren, um dem zu erwartenden Vorwurf (Rechtsgrundsätze *äußerlich* an das Rechtssystem heranzutragen) zu entgehen. Dieses Definitionskriterium, das sich in den Grundfunktionen des Rechts wiederfindet, kann sich aber offenbar nicht mit der Formalität des kantischen Freiheitsbegriffs messen, egal ob es nun tatsächlich dem Rechtsbegriff immanent ist oder letztlich doch äußerlich (obgleich mit guten Absichten) an das Rechtssystem herangetragen wird.

Es drängt sich die Vermutung auf, dass Höffes Grundfunktion der kollektiven Sicherheit-Gerechtigkeit als Erwartungshaltung äußerlich auf das Rechtssystem projiziert würde. Die Grundfunktion expliziert unsere Vorstellung, wie das Recht mindestens ausgestaltet sein muss, damit es als (minimal) Gerecht bezeichnet werden kann.

Für Ludwig liegen die Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn man die metaphysischen Elemente der Kantischen Rechtsphilosophie durch anthropologische Voraussetzungen substituieren will, sogar deutlich auf der Hand. Demnach ist es der Begriff der *Verbindlichkeit*, der mit Kant aus einer (immer schon empirischen) Anthropologie nicht zu gewinnen ist. Ludwig bemängelt, dass Höffe die stets vorausgesetzte Verbindlichkeit rechtlicher wie ethischer Vorschriften nicht

⁴²⁰ Vgl. Ludwig in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 116f.

⁴²¹ Holzleithner/Somek, Freiheit als Rechtsprinzip, Einleitung, S. 17.

ausreichend erklären kann. Die normative Prämisse, die Höffe voranstellt, um den Sein-Sollen-Fehlschluss zu vermeiden, gründet tatsächlich nur in einer semantischen Analyse in legitimatorischer Absicht.⁴²²

⁴²² Ludwig in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch*, S. 123.

VIII. Legitimation der Menschenrechte und Strategien politischer Gerechtigkeit

Die Menschenrechte stehen für Höffe, verfassungsgeschichtlich betrachtet, im Mittelpunkt der Aufklärung bzw. des politischen Projekts der Moderne. Er versteht darunter subjektive Rechte, die jeder Mensch unter allen Umständen beanspruchen darf und „die dem Menschen als Menschen zukommen“.⁴²³ Man kann sagen, dass die Menschenrechte in der Gegenwart zu einer schlechthin grundlegenden und weltweit gültigen politischen Idee geworden sind.⁴²⁴ Höffe schränkt diese Feststellung allerdings ein und führt dazu aus, dass genau genommen nicht das Institut der Menschenrechte selbst für die Moderne charakteristisch ist, wohl aber seine umfassende Anerkennung.⁴²⁵ Damit ist etwa die Positivierung von Menschenrechten in der am 10. Dezember 1948 von der UNO Vollversammlung beschlossenen Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte gemeint.

Die Frage, ob es ein interkulturelles Strafrecht gibt, ist ebenfalls mit der Frage der Menschenrechte verknüpft, denn die geschützten Rechtsgüter (wie das Recht auf Leben) sind zum Teil ident. Höffe verwendet daher auch in seiner Arbeit „Gibt es ein interkulturelles Strafrecht“ das Argumentationsmuster des „transzendentalen Tausches“ und stützt sich auf vergleichende empirische Beobachtungen, aus denen er den Schluss zieht, dass einige grundlegende Regeln des Zusammenlebens von fast allen Kulturen geteilt werden.⁴²⁶

Das Rechtsinstitut der Grund- und Menschenrechte ist zwar etabliert, hinsichtlich seiner Legitimation bestehen aber erhebliche Auffassungsunterschiede.⁴²⁷ Auch Höffe verweist in diesem Zusammenhang auf die Bedeutung der nordamerikanischen *Virginia Bill of Rights* (1776) und der französischen *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789), die zwar politisch revolutionär waren, doch die Frage

⁴²³ Höffe in Fischer, Freiheit oder Gerechtigkeit, S.21.

⁴²⁴ Vgl. Menke/Pollmann, Philosophie der Menschenrechte, S.9.

⁴²⁵ Vgl. Höffe in Fischer, Freiheit oder Gerechtigkeit, S.21.

⁴²⁶ Vgl. Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, Frankfurt/Main, 1999.

⁴²⁷ Vgl. Höffe in Fischer, Freiheit oder Gerechtigkeit, S.21.

nach ihrer Legitimation offen lassen. Denn würde man Menschenrechte z.B. nur als durch Gesetz positiviert Normen auffassen, dann gibt es keinen Grund, sie aufgrund einer Gesetzesänderung nicht wieder abzuschaffen, was offensichtlich nicht für die Forderung nach ihrer unbedingten und universellen Geltung sprechen würde.⁴²⁸

Höffe legt Wert darauf, nicht dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, seine Menschenrechtsbegründung sei auf Demokratien westlichen Typus beschränkt und daher nicht universalisierbar: „Um Rechte auszuweisen, die dem Menschen als solchem zukommen, muß man von allen gruppen-, kultur- und epochenspezifischen Vorstellungen der Menschen, von sogenannten Menschenbildern, absehen und einen kulturunabhängigen, streng universalen Begriff vom Menschen entwickeln.“⁴²⁹

Höffe versucht in seinem fundamentalphilosophischen Legitimationsdiskurs auch Menschenrechte zu begründen. Gelingt ihm dies, so könnte das politische Projekt der Moderne einmal mehr seinen fundamentalphilosophischen Rang unter Beweis stellen, wie er hofft. Nachdem Höffe mit seiner politischen Anthropologie die charakteristisch neuzeitlichen Orientierungen (Freiheit statt Glück, Konflikt statt Kooperation) legitimationstheoretisch abgehandelt hat, versucht er im Zusammenhang mit den Menschenrechten „die verfassungsgeschichtliche Seite der Moderne“ zu legitimieren.⁴³⁰

Für Höffe gelten Menschenrechte unabhängig von neuzeitlichen Organisationen des Gemeinwesens, womit er wiederum eine dezidiert naturrechtliche Haltung einnimmt. Er räumt allerdings ein, dass der Annahme von Menschenrechten, also subjektiven Rechten, die jeder Mensch unter allen Umständen beanspruchen darf, eine Reihe von grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen. Gegen diese Bedenken wendet Höffe seine bereits in den beiden ersten Hauptteilen entwickelten Argumente ein, wodurch er dem fundamentalphilosophischen Anspruch des politischen Projektes der Moderne gerecht zu werden versucht.⁴³¹

⁴²⁸ Köhler, Recht auf Menschenrechte?, S. 115.

⁴²⁹ Höffe in Fischer, Freiheit oder Gerechtigkeit, S.21.

⁴³⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 397.

⁴³¹ Vgl. Höffe, PG, 397f.

Ein erster Einwand (nach Höffe handelt es sich um Varianten des rechtsethischen Relativismus) bringt vor, dass die Menschenrechte gesellschaftlich und geschichtlich bedingt sind und der Gedanke universeller Ansprüche im Wesentlichen auf den westlichen Kulturraum beschränkt ist. Höffe entgegnet den Bedenken, indem er zwischen einem Entdeckungs- und Rechtfertigungszusammenhang unterscheidet. Dabei schließt die relativ späte philosophisch-politische Entdeckung eine allgemeine Gültigkeit des Entdeckten nicht automatisch aus. Außerdem beruft sich Höffe erneut auf elementare Regeln wie das Tötungsverbot, die vor allen Menschenrechtserklärungen in so gut wie allen Rechtsgemeinschaften anerkannt worden sind. Höffe gibt weiters zu bedenken, dass der im Gedanken der Menschenrechte immanente Universalitätsanspruch nicht ausschließt, dass sich manche Menschenrechtserklärung bei genauerer Betrachtung als unvollständig oder einseitig erweist. Höffe bezeichnet den Gedanken der Menschenrechte ausdrücklich als „normativ-kritisch“.⁴³²

Folgt man Höffe, dann kommt ein rechtsethisch gewichtigerer, zweiter Einwand von Seiten des Utilitarismus. Demnach können (Menschen-)Rechte des Einzelnen zugunsten eines etwaigen größeren Gesamtnutzens geopfert werden, denn im Utilitarismus zählt für die Legitimation nur der kollektive und nicht der distributive Vorteil. Dem Einwand entgegnet Höffe mit der bereits referierten Explikation und Legitimation des Gerechtigkeitsstandpunktes. Zwangsförmige Sozialverhältnisse sind nur dann rundum legitim, wenn sie für jeden einzelnen und nicht bloß für die Gesamtheit der Betroffenen von Vorteil sind.⁴³³

Es verbleibt für Höffe lediglich ein dritter Einwand, demzufolge sich solche universalen, jedermann zugute kommende Vorteile gar nicht ausweisen, finden oder benennen lassen. Eine Variation dieses Einwands erkennt er in Habermas' Werk „Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln“ (1983) wieder, insofern jener behauptet, dass der „Moralphilosoph (...) nicht über einen privilegierten Zugang zu moralischen Wahrheiten“ verfügt.⁴³⁴ Höffe entgegnet, dass Habermas' Zitat nicht die Möglichkeit von universalen, die Handlungsfähigkeit erst ermöglichenden Bedingungen ausschließt. Diese Bedingungen sind für jeden vorteilhaft und

⁴³² Vgl. Höffe, PG, S. 397f.

⁴³³ Vgl. Höffe, PG, S. 398.

⁴³⁴ Habermas, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln. Nachweis in Höffe, PG, S. 398.

verdienen daher eine universale Zustimmung. Die Bedingungen können zwar auch in der diskursiven Willensbildung immer wieder neu als „vernünftig“ akzeptiert werden, sind aber systematisch gesehen vor der Willensbildung immer schon vorausgesetzt. Höffe ist davon überzeugt, dass es möglich ist, gegenseitige Freiheitsverzichte als distributiv universale Vorteile auszuweisen, von denen dann nur noch gezeigt werden muss, dass sie auch den Charakter von Menschenrechten haben, „also von Ansprüchen, die dem Menschen als solchem zukommen“⁴³⁵.

VIII.1. Freiheitsverzicht und subjektiver Anspruch

Entsprechend hält Höffe fest: „Ein Recht im Sinne von Anspruch kann jemand nur dann haben, wenn es einen anderen gibt, der ihm etwas schuldet.“⁴³⁶ Für ihn sind Ansprüche von ihrem Begriff her auf Schuldigkeiten bezogen, Rechte hingegen auf Pflichten. Wenn daher die gegenseitigen Freiheitsverzichte die Bedeutung von Menschenrechten haben sollen, dann müsste es auch korrespondierende Menschenpflichten geben, postuliert Höffe.⁴³⁷

Höffe vermeint dem Dilemma, in dem anthropologische Begründungsansätze verfangen sind (was nun die moralisch gerechtfertigten höchststrangigen und deshalb primär zu schützenden Interessen sind), zu entgehen, indem er den anthropologischen Ansatz (das deskriptive Argument) um ein kantisches Element (ein normatives Argument) erweitert.⁴³⁸ Die Menschenrechte gewährleisten – nach Höffe – die Anfangsbedingungen, die den Menschen als Menschen erst möglich machen. „Weil es – aufs Menschsein bezogen – um Bedingungen der Möglichkeit geht, kann man den seit Kant einschlägigen Ausdruck verwenden und von transzendentalen Elementen der Anthropologie sprechen oder, kürzer, von (relativ) transzendentalen Interessen.“⁴³⁹ Höffe versucht somit die philosophische Anthropologie mit der Transzendentalphilosophie und ihrem Prinzip, auf die Einheit

⁴³⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 398f.

⁴³⁶ Höffe, PG, S. 399.

⁴³⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 399.

⁴³⁸ Vgl. Stefan Gosepath in Philosophie der Menschenrechte, S. 146ff.

⁴³⁹ Vgl. Höffe in Fischer, Freiheit oder Gerechtigkeit, S. 24.

von Möglichkeitsbedingungen und Geltungsbedingungen der menschlichen Erfahrung zu reflektieren, zu versöhnen.⁴⁴⁰

Die Argumentationsaufgabe besteht darin zu zeigen, dass man gegenüber seinen Mitmenschen einen (Leistungs-)Anspruch hat, dessen Minimum heißt, keine Gewalt auszuüben (Recht auf Leben)..

Höffe geht davon aus, dass sich primär die Menschen gegenseitig solche Pflichten schulden, die mit den (Menschen-)Rechten korrelieren. Zwar räumt er ein, dass sekundär auch eine Institution oder ein Staatswesen eine gewisse Verantwortung trägt, doch auf der fundamentalphilosophischen Ebene seines Arguments hat eine Institution nur einen subsidiären Legitimationswert: „Soll es also Menschenrechte geben, dann müssen erstens die ihnen entsprechenden Menschenpflichten den natürlichen Subjekten (Individuen, vielleicht auch Gruppen, z.B. Familien) zukommen.“⁴⁴¹

Er muss im Weiteren zugestehen, dass die Gegenseitigkeit der Freiheitsverzichte allein noch kein Menschenrecht schafft, denn dazu fehlt ein Anspruch auf die Gegenseitigkeit und eine korrelative Pflicht zur Gegenseitigkeit. Auch der distributive Vorteil allein kann dies nicht leisten, wie Höffe ausführt: „Gleichwohl kann der Vorteil, selbst der Vorteil für jeden, kein zureichender Grund sein; denn was für ihn vorteilhaft ist, könnte sich jeder selbst besorgen. Warum sollte man einen zwangsbefugten Anspruch darauf haben, dass einem der andere dabei hilft?“⁴⁴² Nach Höffe ist eine weitere Bedingung anzunehmen, um den zitierten Einwand zu entkräften: Einen Anspruch auf das für ihn Vorteilhaftes hat nur, *wer sich den Vorteil durch eine Leistung verdient*. Höffe hält in diesem Zusammenhang fest, dass diese Wechselseitigkeit des Nehmens und Gebens, die er auch als gegenseitigen Tausch von Vorteil und Leistung bezeichnet, nur bei den Freiheiten stattfindet. Dabei besteht die Gegenseitigkeit mit einer gewissen Notwendigkeit. Denn die Freiheiten sind nicht durch eine eigene Leistung, sondern nur durch fremde Leistungen zu erlangen. Das Lebensrecht des einen ist in diesem Sinne nur durch den Tötungsverzicht der anderen möglich. Höffe definiert in Folge den Freiheitstausch als negative

⁴⁴⁰ Vgl. Paetzold in Martens/Schnädelbach, Philosophie Bd.2, S. 458.

⁴⁴¹ Höffe, PG, S. 400.

⁴⁴² Höffe, PG, S. 401.

Kooperation und das Resultat, die Freiheiten, als negativ-kooperative Güter und gelangt damit zu dem Ergebnis, dass die Freiheiten als absolut kooperative Güter zu bezeichnen sind. Damit meint er den Umstand, dass diese Güter nicht etwa wie gewöhnliche Arbeitsprodukte auch ohne Kooperation verfügbar wären und durch die Kooperation nur leichter, billiger und sicherer erworben werden könnten. Nach Höffes Definition gibt es die Freiheitsrechte nur bei Vorliegen der beschriebenen Wechselseitigkeit oder aber gar nicht. Demnach ist jener, der nun den Vorteil des Tötungsverzichts der anderen in Anspruch nimmt, auch verpflichtet, seinerseits einen Tötungsverzicht einzuhalten: „Freiheiten wie die Integrität von Leib und Leben sind deshalb Ansprüche, die man gegen die anderen hat, weil man gewisse Leistungen erbringt, die wie der eigene Tötungsverzicht von den anderen gewollt sind und für die der fremde Tötungsverzicht der Preis ist, ohne den der eigene Tötungsverzicht nicht erbracht wird.“⁴⁴³

Allerdings muss Höffe einräumen, dass der Tausch der Tötungsfreiheit gegen die Integrität des Lebens ein Gebot der Klugheit ist, aber keine Schuldigkeit. Höffe definiert die Freiheitsverzichte als die notwendigen Bedingungen dafür, dass die Handlungsfreiheit in sozialer Perspektive überhaupt möglich ist.⁴⁴⁴ Denn – so Höffe weiter – was immer man nun konkret begehrt und zur Erlangung desselben unternimmt, als Lebewesen braucht der Mensch dafür Leib und Leben und als Sprach- und Denkwesen die Meinungsfreiheit. Da die entsprechenden Freiheitsverzichte für jeden vorteilhaft sind, bleiben sie für Höffe Gebote der Klugheit und verlangen keine darüber hinausgehende Moralität. Er differenziert sodann zwischen absoluten und relativen Klugheitsgeboten. Im Unterschied zu gewöhnlichen, relativen Klugheitsforderungen sind absolute Klugheitsforderungen nicht durch andere Klugheitsgebote zu ersetzen. Aufgrund seiner Definition der absoluten, nicht relativen Klugheitsgebote gelangt Höffe zu dem Schluss, dass sich jeder den Freiheitsverzichten unterwerfen muss, wodurch jene Korrelation unverzichtbarer Ansprüche und Schuldigkeiten begründet wird, die sie in den Rang von Menschenrechten und Menschenpflichten hebt.

Höffe nimmt Bezug auf die gegen ihn gerichtete Kritik, nach der seiner Menschenrechtsbegründung Atomismus und ein liberalistisches Vorurteil attestiert

⁴⁴³ Höffe, PG, S. 401.

⁴⁴⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 402.

werden könnten. Die Kritik besagt, dass jeder Mensch in einem sozialen Beziehungsgeflecht lebt, ohne das er weder überleben noch angenehm und gut leben könne, während das Höffesche Menschenbild einer freien Rechtsperson die Fiktion eines isolierten Wesens sei. Höffe entgegnet dem Einwand zuerst mit dem überraschenden Zugeständnis, dass gesellschaftstheoretisch gesehen das Kooperationsmodell durchaus tragfähig sein könne, um sogleich einzuschränken, dass legitimationstheoretisch gesehen jedes soziale Beziehungsgeflecht nicht ohne Zwangselemente auskomme. Zwang ist aber für Höffe immer zu legitimieren. Gerechtfertigt wären Zwangselemente demnach nur dann, wenn sie sich für jeden vom Zwang Betroffenen als vorteilhaft erweisen können.⁴⁴⁵

VIII.2. Universale Zwangsbefugnisse

Höffe führt im Kapitel „Universale Zwangsbefugnisse“ zunächst allgemein aus, dass einem Anspruchsberechtigten eo ipso ein Verfügungsrecht über die Handlungsfreiheit des Verpflichteten zukomme. Im Unterschied dazu besteht im Fall der Grundfreiheiten das Verfügungsrecht „zwar nicht in einem positiven Sinn, dass es etwas zu gebieten, aber in dem negativen Sinn, dass es etwas (das Töten, Beleidigen, Bestehlen usw.) zu verbieten erlaubt.“⁴⁴⁶

Folgt man Höffe, so geht damit für die anderen Akteure eine äußerliche Einschränkung der Handlungsfreiheit einher, welche Zwangscharakter hat. Dabei ist allerdings unter Zwang keine Aggression zu verstehen, sondern die von anderen, mithin von außen erfolgende Freiheitseinschränkung. Diese Einschränkung stellt auch keine bloße Gewalt dar: sie ist moralisch berechtigt. Höffe bezeichnet sie daher auch als „moralisches Verfügungsrecht“. Für Höffe kommt dieses moralische Verfügungsrecht, das er auch als „natürliche Zwangsbefugnis“ bezeichnet, zur natürlichen Gerechtigkeit und ihren mittleren Prinzipien, den Grundfreiheiten, nicht nachträglich hinzu, sondern gehört schon zu deren Begriff. Das Verfügungsrecht besteht nach Höffe in nichts anderem als der Erlaubnis, Freiheitseinschränkungen, die den Grundfreiheiten widersprechen, zu verhindern. Er betont allerdings, dass mit

⁴⁴⁵ Vgl. Höffe, PG, S.403.

⁴⁴⁶ Höffe, PG, S. 403.

der Rechtfertigung eines Verfügungsrechtes nicht jeder Art und jedem Ausmaß von Zwang Tür und Tor geöffnet werden soll. Die Rechtfertigung der natürlichen Zwangsbefugnis wird von Höffe mit einer Limitation verbunden. Grundsätzlich rechens ist demnach Zwang unter Menschen nur so weit, wie die allgemein vorteilhaften Freiheitsverzichtse bzw. Grundfreiheiten reichen. „Jeder darüber hinausreichende Zwang ist als Eingriff in die Grundfreiheiten des anderen eine elementare Ungerechtigkeit, zu deren Verhinderung der andere moralisch befugt ist.“⁴⁴⁷

Höffe muss zugestehen, dass es im Einzelfall schwierig sein kann festzustellen, worin nun die angemessene Art und das rechte Maß des Zwangs bestehen, um ein Unrecht zu verhindern, ohne dabei in den Freiheitsraum eines anderen einzugreifen. Darum bedarf es bei der konkreten Anwendung des allgemeinen Prinzips „natürliche Zwangsbefugnis“ produktiver Interpretations- und Beurteilungsprozesse.⁴⁴⁸

In der Auseinandersetzung mit dem Rechtspositivismus unterscheidet Höffe, wie bereits ausgeführt, eine rechtsdefinierende von einer rechtsnormierenden Gerechtigkeit und führt als Beispiel der rechtsdefinierenden Gerechtigkeit den Lebensschutz an. Solche Rechtsaufgaben wie der Lebensschutz – so Höffe – haben aber auch die Bedeutung von Grundfreiheiten oder Menschenrechten. Ein Minimum von ihnen den Zwangsunterworfenen zu gewähren, ist für Höffe deshalb ein Definitionskriterium, mehr als ein Minimum zu gewähren, ein Normativitätskriterium des positiven Rechts.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Höffe, PG, S.405.

⁴⁴⁸ Vgl. Höffe, PG, S.405.

⁴⁴⁹ Vgl. Höffe, PG, S.406.

VIII.3. Menschenrechte und transzendente Interessen

Für Höffe bedarf es zur Begründung der Menschenrechte einer „kopernikanischen Revolution“ der Anthropologie (und nicht der Erkenntnistheorie). Diese ist allerdings nicht grundsätzlich notwendig, sondern auf ein präzises Thema beschränkt: „Statt den Menschen von dem her zu definieren, was ihm Glück, Selbstverwirklichung oder eine sinnerfüllte Existenz erlaubt, verabschieden wir das teleologische Denken. (...) Der Gedanke der Menschenrechte begnügt sich aber mit dem, was den Menschen als Menschen möglich macht; in bewußter anthropologischer Bescheidenheit konzentriert er sich auf die Anfangsbedingungen, auf Elemente nämlich, die den Menschen als Menschen möglich machen.“⁴⁵⁰ Nur deshalb könne man die Menschenrechte als angeboren und unveräußerlich bezeichnen, wie Höffe betont.⁴⁵¹

Systematisch gesehen unternimmt Höffe den Versuch einer Legitimation der Menschenrechte, indem er Kants kategorischen Imperativ mit der Idee der Menschenrechte verschränkt.⁴⁵²

Er grenzt zunächst drei (transzendente) Interessen-Gruppen ein und versucht damit zu zeigen, dass auf anthropologischer Ebene unverzichtbare Interessen ausgewiesen werden können: 1.) das Interesse an der Integrität von Leib und Leben, 2.) das Interesse an positiven (identitätsbildenden) Sozialbeziehungen und schließlich 3.) das Interesse an effektiver Intentionalität und ungehinderter Ausübung unserer Sprach- und Denkfähigkeit. Unter transzendentalen Interessen versteht Höffe all jene Interessen, die Bedingungen dafür sind, dass man überhaupt gewöhnliche Interessen haben und verfolgen kann.⁴⁵³

Grundsätzlich ist eine philosophische Anthropologie wohl geeignet, die Quellen und Wurzeln der Moralität zu erhellen. Sie versucht die Herkunft und Verankerung moralischer Normen, seien diese eben biologischer, gesellschaftlicher oder anderer

⁴⁵⁰ Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 34.

⁴⁵¹ Vgl. Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 34.

⁴⁵² Vgl. Höffe in Eckensberger/Gähde, Ethische Norm und empirische Hypothese, S. 22.

⁴⁵³ Vgl. Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 38f.

Natur, nachvollziehbar zu machen.⁴⁵⁴ Höffe muss darüber hinaus noch zeigen, dass man tatsächlich einen *Anspruch* gegenüber seinen Mitmenschen hat. Die Begründung sieht Höffe in der begrifflichen Korrelation von Rechten und Pflichten gleichsam vorgezeichnet. „Auf die Anerkennung einer Leistung besteht dort ein moralischer Anspruch, wo die Leistung lediglich unter einem Vorbehalt erbracht wird: unter der Voraussetzung, dass eine korrespondierende Gegenleistung erfolgt. Weil Menschenrechte einen Anspruch meinen, stellen sie kein Geschenk dar, das man sich entweder wechselseitig macht oder (...) dann einseitig offeriert. Um eine Gabe handelt es sich, die nur unter der Bedingung der Gegengabe erfolgt; Menschenrechte legitimieren sich aus einer Wechselseitigkeit heraus, *pars pro toto*: aus einem Tausch. Nun steht in der Menschen*pflicht*, wer die Leistungen, die lediglich unter der Bedingung der Gegenleistung erfolgen, von den anderen tatsächlich in Anspruch nimmt; umgekehrt besitzt er das Menschen*recht*, sofern er die Leistung, die nur unter der Voraussetzung der Gegenleistung erfolgt, wirklich erbringt.“⁴⁵⁵ Nach Höffe ist diese Situation dort gegeben „wo man ein unverzichtbares Interesse nur in und durch Wechselseitigkeit realisieren kann. In seiner Wahl ist man dort also gebunden, wo sich das transzendente Moment mit einem sozialen Moment verbindet, also bei einer angeborenen Wechselseitigkeit oder inhärenten Sozialität. Wo Interessen unaufgebbar und darüber hinaus an Wechselseitigkeit gebunden sind, dort überträgt sich die Unaufgebbarkeit auf die Wechselseitigkeit; in seinen Optionen ist man nicht mehr frei; der entsprechende Tausch ist unverzichtbar.“⁴⁵⁶

Höffe sieht seiner Begründung von Menschenrechten ein moralisches Element zugrunde liegen, das seiner Meinung nach über zwei Vorzüge verfügt. „Erstens gehört sie zur Moral des Geschuldeten, zur Rechtsmoral oder Gerechtigkeit; und zweitens ist sie den in der Ethik sonst üblichen Kontroversen entzogen, da sie sich mit einer Ethik der Wechselseitigkeit oder Tauschgerechtigkeit zufriedengibt.“⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Vgl. Paetzold in Maertens/Schnädelbach, Philosophie Bd. I, S. 458.

⁴⁵⁵ Vgl. Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 37 ident mit Höffe in „Freiheit oder Gerechtigkeit“, S. 28.

⁴⁵⁶ Vgl. Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 37 ident mit Höffe in „Freiheit oder Gerechtigkeit“, S. 28. Vgl. auch Höffe, PG, S. 402.

⁴⁵⁷ Vgl. Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 37 ident mit Höffe in „Freiheit oder Gerechtigkeit“, S. 28.

Er hält in diesem Zusammenhang weiters fest, dass in moralischer Hinsicht Menschenrechte auf der Goldenen Regel basieren. Damit ist klar, was gemeint ist. Jedes grundlegende Menschenrecht kann als verallgemeinerungsfähige Maxime (im Sinne Kants) verstanden werden, deren Aufhebung man nicht wollen kann. Eingedenk der bekannten Kritik an Kants Kategorischem Imperativ muss allerdings angemerkt werden, dass es schon eines moralischen Vorverständnisses bedarf, um den kategorischen Imperativ richtig anzuwenden.

VIII.4. Strategien politischer Gerechtigkeit

Höffe bezeichnet im letzten Abschnitt seines Werkes jene Wege, Kräfte und Verfahren, die die öffentlichen Gewalten soweit wie möglich an die Gerechtigkeit binden sollen, als Strategien politischer Gerechtigkeit. Diese Strategien besitzen für ihn, systematisch gesehen, sowohl eine voluntative wie kognitive Seite. Die voluntative Seite betrifft die Anerkennungsaufgabe, die kognitive Seite tangiert die Bestimmtheitsaufgabe der öffentlichen Rechtsmacht. Höffe postuliert in Folge zwei einander ergänzende Typen von Gerechtigkeitsstrategien. Einerseits finden mit Hilfe von Positivierungsstrategien die Gerechtigkeitsprinzipien ihre geschichtlich konkrete Anerkennung, während andererseits mit Hilfe von Beurteilungsstrategien die anzuerkennenden Rechtsgestalten immer neu bestimmt werden.⁴⁵⁸

Wie bereits in dieser Arbeit ausgeführt, ist die Einrichtung einer Gesetzgebungs- und Rechtssprechungsautorität, auch zur Durchsetzung der Menschenrechte, nach Höffes Theorie vorteilhaft und gerecht. Allerdings ist der „Staat der Gerechtigkeit“ nicht unmittelbar, sondern subsidiär vorteilhaft, weil er die Rechtsdurchsetzung ermöglicht. Die „originäre Verleihung“⁴⁵⁹ der Menschenrechte erfolgt durch wechselseitige Freiheitsverzicht der Akteure untereinander und nicht durch den Staat, der sie nur gewährleistet. Und nur solange er sie gewährleistet, ist er legitim.⁴⁶⁰ Höffe verwendet das Argumentationsmuster des Gesellschaftsvertrages, um seine Staatslegitimation genauer zu beschreiben. Diesen versteht er (wie Rawls) in der Tradition der klassischen Vertragstheorie als legitimationstheoretischen Begriff

⁴⁵⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 457.

⁴⁵⁹ Höffe, PG, S. 435.

⁴⁶⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 434f.

und unterscheidet dabei drei charakteristische Merkmale des Gesellschaftsvertrages. Erstens basiert der Vertragsabschluss auf dem Konsens aller Beteiligten. Zweitens richtet sich die Vereinbarung auf die Übertragung gewisser Rechte und Pflichten und bindet drittens die Vertragsparteien, sobald sie den Vertrag abgeschlossen haben. Bei Höffe findet der Konsens bzw. die freie Zustimmung aller ihre Entsprechung im kollektiv-distributiven Vorteil, wodurch er letztlich die Demokratie zum Legitimationsprinzip erhebt. Die übertragenen Rechte und Pflichten lassen sich als wechselseitige Freiheitsverzichtse begreifen, und aus der Rechtsverbindlichkeit des Gesellschaftsvertrages folgert Höffe die Notwendigkeit einer zwangsbefugten Durchsetzungsmacht.⁴⁶¹

Man kann allerdings den Gesellschaftsvertrag in zwei getrennte Verträge aufgliedern. Im ersten Vertrag, den Höffe als „Freiheitsvertrag“ bezeichnet, tauschen die Menschen untereinander Freiheitsverzichtse. Im zweiten, dem „Herrschaftsvertrag“, verzichten die Vertragspartner zu Gunsten eines Gemeinwesens darauf, ihre Rechte privat zu bestimmen und durchzusetzen. Im Gegenzug wird der Staat dazu verpflichtet, den Freiheitsvertrag umzusetzen. Der Herrschaftsvertrag begründet die Verbindlichkeit des Rechtsgehorsams, gleichzeitig bestimmt er aber auch Reichweite und Grenzen der Verbindlichkeit.⁴⁶²

Doch Höffe begnügt sich nicht mit der Legitimation staatlicher Herrschaft. Er untersucht auch, welche Anforderungen von der politischen Gerechtigkeit an die konkrete Ausgestaltung des Staates gestellt werden. Die Strategien der politischen Gerechtigkeit dienen dem Ziel, die Rechts- und Staatsmacht so zu organisieren, dass sie der Gerechtigkeit verpflichtet und insofern auch limitiert ist. Er unterscheidet dabei zwei Arten: die Positivierungsstrategien zielen auf die konkrete Anerkennung der Gerechtigkeitsprinzipien, während mit Hilfe der Beurteilungsstrategien die Gerechtigkeitsperspektive gegenüber der sich rasant verändernden Außenwelt immer wieder neu bestimmt wird.⁴⁶³

⁴⁶¹ Höffe, PG, S. 446f.

⁴⁶² Höffe, PG, S. 450.

⁴⁶³ Vgl. Höffe, PG, S. 456f.

VIII.5. Positivierungsaufgaben

Höffe setzt sich unter der Überschrift „Positivierungsaufgaben“ mit der auch heute noch aktuellen Frage auseinander, ob die Demokratie die Menschenrechte zu garantieren vermag. Dabei klammert er ausdrücklich die Behandlung des Umstandes aus, dass der Demokratie selbst schon eine Gerechtigkeitsbedeutung zukommen kann, die sich in demokratischen Mitwirkungsrechten äußert, die wiederum selbst zu den Menschenrechten zu zählen sind.⁴⁶⁴

Zu den Verfechtern einer gerechtigkeits- oder freiheitsfunktionalen Demokratietheorie zählt Höffe Jean-Jacques Rousseau. Dessen These, die Demokratie sei die einzige oder doch die beste Staatsform, um den Menschen ihre (allgemeinverträgliche) Freiheit zu sichern, sieht Höffe durch folgende Argumente begründet: „Wenn die Parlamente vom ganzen Volk gewählt werden, dann werde deshalb deren Verfassungs- und Gesetzgebung die gleiche Freiheit aller garantieren, weil einerseits alle an der Schaffung der Gesetze mit gleichem Recht mitwirkten (vgl. die demokratische Grundregel one man, one vote) und weil andererseits keiner etwas ihm Schädliches beschließe“⁴⁶⁵. Daraus folgert Jean-Jacques Rousseau, dass die Demokratie die genaue Organisationsform des Staates der Gerechtigkeit ist und Spannungen zwischen Demokratie und Gerechtigkeit nicht möglich sind.

Höffe zeigt im Folgenden die Mängel dieser Argumentation auf, wobei er zunächst zu bedenken gibt, dass es auch einen „politischen Masochismus“ gibt.⁴⁶⁶ Darunter versteht er die Bereitschaft, auch Nachteile auf sich zu nehmen, womit die Behauptung, dass keiner etwas ihm Schädliches beschließe, schon empirisch widerlegt wäre.

Der (erkenntniskritische) Einwand betrifft das Problem, dass das, was man für nicht schädlich hält, nicht immer auch „in Wahrheit“ nicht schädlich ist. Die Gründe dafür können verschiedener Natur sein: mangelnde Information, Irrtümer über Tatbestände, voreilige Urteile, illusionäre Erwartungen sowie emotionale Barrieren

⁴⁶⁴ Vgl. Höffe, PG, S. 458.

⁴⁶⁵ Höffe, PG, S. 458.

⁴⁶⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 459.

verzerren die momentane Vorstellung über das, was schädlich ist. Höffe stellt fest: „Aufgrund kognitiver oder emotionaler Grenzen der Entscheidungsträger kann das vermeintlich Nichtschädliche sehr wohl schädlich sein.“⁴⁶⁷

Er macht deutlich, dass die Demokratie allein noch keine Garantie für die Achtung der (durch transzendente Interessen gewonnenen) Menschenrechte ist und nennt als historisches Beispiel die USA, in denen sich die Sklaverei mit einer demokratischen Verfassung vereinbaren ließ.⁴⁶⁸ Er bezeichnet es daher als „Grundregel der politischen Grammatik“, dass wer genug Macht hat, die Gerechtigkeit durchzusetzen, auch genug Macht hat, sie zu verweigern.⁴⁶⁹ Für Höffe ist somit geschichtlich evident, dass die Demokratie allein diese Grundregel nicht außer Kraft setzen kann.

VIII.6. Der demokratische Verfassungsstaat

Deshalb sind auch der demokratischen Staatsgewalt gewisse Grenzen aufzuzeigen. Dazu müssen nach Höffe die Menschenrechte institutionalisiert und zum Bestandteil des geltenden Rechts gemacht werden. Den rechtssystematisch angemessenen Ort hierfür lokalisiert er in jenem Teil einer Verfassung, der der Verfügung wechselnder Mehrheiten entzogen ist. Durch die Positivierung der Menschenrechte werden diese zu staatlichen Grundrechten transformiert, wobei der Inhalt der Rechte unverändert bleibe. Der Unterschied liege in ihrer Existenzweise. Menschenrechte sind sittliche Maßstäbe, denen sich eine Rechtsordnung unterwerfen sollte. Grundrechte und Menschenrechte sind für Höffe inhaltlich gesehen ident, aber unterscheiden sich in ihrer Existenzweise: „Die Menschenrechte sind sittliche Maßstäbe, denen sich eine Rechtsordnung unterwerfen sollte, die Grundrechte dagegen die Menschenrechte, insofern sie von einer gegebenen Rechtsordnung tatsächlich anerkannt werden.“⁴⁷⁰

Höffe begreift in Anlehnung an Hegels „Die Vernunft der Geschichte“ die Weltgeschichte als einen Prozeß der zunehmenden Anerkennung der

⁴⁶⁷ Vgl. Höffe, PG, S. 460.

⁴⁶⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 460.

⁴⁶⁹ Höffe, PG, S. 461.

⁴⁷⁰ Höffe, PG, S. 462.

Menschenrechte. Den ersten „Positivierungsschub der Menschenrechte“ macht Höffe in der Ausbildung des Strafrechts aus, das Grundfreiheiten wie Leib und Leben, Ehre und Eigentum sanktionsbewehrt schützt. Es ist klar, dass mit den Anfängen des Strafrechts die Positivierungsaufgabe noch nicht abgeschlossen ist. Als weitere Zwischenstufen der Gerechtigkeitsentwicklung nennt Höffe die griechischen Stadtrepubliken, in denen die öffentliche Rechtsmacht bei einer Gemeinschaft von Freien und Gleichen (Männern) liegt, sowie das Juden- und Christentum, in denen sich langsam die Idee der Freiheit aller Menschen entwickelt. Schließlich werden erst im amerikanischen Unabhängigkeitskrieg und der Französischen Revolution die Menschenrechte als positive Rechtsprinzipien anerkannt.⁴⁷¹

Höffe erkennt in der positivrechtlichen Anerkennung eine doppelte Bedeutung der Menschenrechte: „Systematisch primär sind sie Ansprüche der Menschen gegeneinander, sekundär auch Ansprüche gegen jene Instanz, die die Ansprüche schützen soll, der Staat.“⁴⁷² Höffe führt in diesem Zusammenhang auch einige praktische Beispiele dafür an, dass der Staat seine „Schutzmacht“ missbrauchen kann, etwa indem er das Grundrecht auf Leib und Leben durch willkürliche Verhaftungen oder Folter verletzt und stellt fest, dass sich sogar der Menschenrechtsdiskurs der Neuzeit an diesen Problemen entzündete.⁴⁷³

Doch die Verbürgung der Menschenrechte alleine in einer Verfassung genüge noch nicht zu deren Durchsetzung. Höffe fordert deshalb weiters die Bindung aller öffentlichen Gewalten an eine Verfassung sowie eine Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ferner hält Höffe zur Durchsetzung der Menschenrechte eine umfassende horizontale und vertikale Gewaltenteilung für erforderlich: „Nur dort gelangen die Menschenrechte zur vollen Rechtswirklichkeit, wo zwar das Gewaltmonopol beim Gemeinwesen liegt, aber weder eine Person noch eine Instanz, noch ein staatliches Organ die unbeschränkte Macht hat, die Staatsmacht vielmehr mehrfach gegliedert ist und sich zu einem Netz sich wechselseitig kontrollierender öffentlicher Gewalten zusammenschließt.“⁴⁷⁴

⁴⁷¹ Vgl. Höffe, PG, S. 464f.

⁴⁷² Höffe, PG, S. 465.

⁴⁷³ Vgl. Höffe, PG, S. 465.

⁴⁷⁴ Höffe, PG, S. 468.

Da aber eine Gesellschaft dynamisch ist, muss die Positivierungsleistung immer neu erbracht werden. Die Beurteilungsstrategien dienen der angemessenen Berücksichtigung des Standpunktes der politischen Gerechtigkeit in diesem stetigen Anpassungsprozess. Abschließend betont Höffe, dass es mehr als ein Modell gibt, um mittlere Gerechtigkeitsprinzipien zum hier und jetzt geltenden Recht zu machen.⁴⁷⁵

VIII.7. Minimal- oder Sozialstaat

Höffe geht auf die mögliche Kritik ein, wonach die subsidiäre Rechts- und Staatslegitimation nur einen Minimalstaat („Nachtwächterstaat“) rechtfertigen könne, der sich auf einige eng umgrenzte Funktionen wie Schutz von Leib und Leben, Eigentum oder die Durchsetzung von Verträgen beschränke. Zur Begründung einer Sozialverantwortung des Staates führt Höffe sodann zwei Argumentationsstrategien aus.⁴⁷⁶

„Während eine absolute Argumentation versucht, die Sozialverantwortung als eine von den anderen Prinzipien einer gerechten Koexistenz unabhängig gültige Staatsaufgabe nachzuweisen, setzt eine funktionale Argumentation die bisherige Legitimationsrichtung fort (...) Sie betrachtet den Staat als eine Wirklichkeitsbedingung der Gerechtigkeit und zeigt, dass ohne gewisse sozialstaatliche Elemente die Grundfreiheiten keine angemessene geschichtliche Realität finden.“⁴⁷⁷

Höffe versteht die funktionale Legitimation des Sozialstaates als eine Strategie der politischen Gerechtigkeit und schließt die absolute Argumentation, die Sozialverantwortung als eine von den anderen Prinzipien einer gerechten Koexistenz unabhängig gültige Staatsaufgabe versteht, von den weiteren Überlegungen aus, da er sie als nicht zielführend betrachtet.⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ Vgl. Höffe, PG, S. 469.

⁴⁷⁶ Vgl. Höffe, PG, S. 469.

⁴⁷⁷ Höffe, PG, S. 469.

⁴⁷⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 470.

Höffe beginnt die funktionale Legitimation des Sozialstaates mit einer Entmythologisierung: selbst in einer absolut gerechten Staatsordnung wird nach Höffe nämlich nur über die Möglichkeit menschlichen Glücksstrebens entschieden, während das Aussuchen und Ergreifen der Möglichkeiten den Individuen und den Gruppen überlassen bleibt. Die Zurückweisung eines mythischen Elements, das sich in manchen politischen Hoffnungen der Moderne verberge, geschieht allerdings nicht undifferenziert, wie Höffe betont. Er differenziert in Anlehnung an Arendt zwischen „privatem Glück“ und „öffentlichem Glück“. Letztgenanntes versteht er als Recht, in Fragen des Gemeinwesens mitreden und entscheiden zu können und rückt es so in die Nähe demokratischer Mitwirkungsrechte. Die demokratischen Mitwirkungsrechte enthalten nach Höffe aber noch kein Sozialstaatselement, sondern bilden den Ausgangspunkt für dessen demokratiefunktionale Definition. Danach trage das Gemeinwesen eine Mitverantwortung für jene wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und politischen Rahmenbedingungen, ohne die man die Mitwirkungsrechte überhaupt nicht oder nur sehr schwer realisieren kann. Für Höffe ist daher eine rechtsstaatsfunktionale Legitimation denkbar, in der gewisse Sozialstaataufgaben als Rahmenbedingungen für den Rechtsstaat ausgewiesen werden. Aus den dargelegten Gründen sieht Höffe nicht schon in der konstitutionellen Demokratie die Positivierung der Gerechtigkeit vollendet, sondern erst im demokratischen und sozialen Verfassungsstaat.⁴⁷⁹

Abschließend stellt Höffe fest, dass durch die genannten Strategien politischer Gerechtigkeit lediglich die Wahrscheinlichkeit für die Verwirklichung der Gerechtigkeit erhöht wird. Eine Garantie für die Verwirklichung der Gerechtigkeit könne es schon deshalb nicht geben, weil sie in ihrer konkreten Gestalt letztlich immer ein Gegenstand der politischen Auseinandersetzung bleibt. Darum kann auch trotz der Positivierung der Menschenrechte staatliches Unrecht per se nicht ausgeschlossen werden. Konsequenterweise lehnt es Höffe daher ab, die Möglichkeit eines Widerstandsrechtes gegen die Staatsgewalten grundsätzlich auszuschließen. Lediglich gegen den idealen „Staat der Gerechtigkeit“ wäre Widerstand grundsätzlich illegitim, doch existiert ohnehin kein Staat, der diesem Anspruch genügen könne.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ Vgl. Höffe, PG, S. 471f.

⁴⁸⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 473f.

VIII.8. Zwischenbilanz

Im Zusammenhang mit Höffes Menschenrechtsbegründung lautet der einhellige Tenor der Kritiker, dass es Höffe nicht gelingt, eine Theorie *unbedingter* Menschenrechte zu begründen.

Doch nicht nur von rechtsphilosophischer Seite ist Höffes Menschenrechtsbegründung Kritik ausgesetzt. Höffes Vorstellung einer Leistung unter Vorbehalt der Gegenleistung erscheint schon aus rein rechtlichen Überlegungen bedenklich. Ein geheimer oder im Nachhinein erklärter Vorbehalt wäre wohl wirkungslos. Nur wenn vorher schon ausgemacht ist, dass die Leistung unter dem Vorbehalt der Gegenleistung erbracht wird, kann man von einem Anspruch sprechen. Aber wie beim Übergang vom Urzustand in eine geregelte Koexistenz zeigt sich, dass ohne Anreiz die Vereinbarung (z.B. durch die Möglichkeit der Bestrafung durch eine staatliche Autorität bei Verletzung der Vereinbarung) auch einzuhalten, keine Verbindlichkeiten entstehen und Rechte gerade nicht begründet werden können.

Vor allem Kettner zeigt einige Argumente auf, die gegen Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte sprechen. Besonders sein Einwand, dass Höffes Prinzip die Tauschenden nur konditional verpflichtet, wenn sie nämlich tatsächlich tauschen, erscheint substantiiert, wie im Folgenden gezeigt wird.

Für Kettner sind Menschenrechte gerade nicht auf die Goldene Regel zurückführbar, sondern auf ein Prinzip P, das er wie folgt formuliert: „Generell besteht auf die Anerkennung einer Leistung (egal welcher Art) dort ein moralischer Anspruch, wo diese Leistung lediglich unter der Voraussetzung erbracht wird, dass eine „korrespondierende Gegenleistung“ erfolgt. Obwohl auf den ersten Blick klar verständlich, vermag das Prinzip nicht die moralische Verbindlichkeit zu erklären. Eine Legitimation in semantischer Absicht reicht jedenfalls nicht aus. Sie vermag keinen Grund dafür anzugeben, sich an P zu halten, wenn man sich nicht ohnehin an P halten wollte oder dazu gezwungen wäre (Anm.: z.B. durch eine staatliche

Autorität). Unbestritten ist nur, dass „P in normalen Tauschkontexten den gerechten Äquivalententausch wie selbstverständlich regiert“ und nicht, „dass P in allen möglichen Tauschkontexten gültig ist.“⁴⁸¹ Das ist aber die Begründungsaufgabe: zu zeigen, dass P ein unbedingt gültiges universelles Moralprinzip ist. Andererseits wäre sie für die Legitimation universeller Menschenrechte wertlos. Hier scheint sich Höffes Bescheidenheit zu rächen. Die Idee des transzendentalen Tausches soll allein für den Kern der Menschenrechtsbegründung genügen. Utilitaristische Prämissen lehnt Höffe ja (zu Recht) aus prinzipiellen Überlegungen ab, andere Moralkonzeptionen aus „Sparsamkeitsgründen“.⁴⁸² Für Kettner variiert die Stichhaltigkeit der Idee des transzendentalen Tausches mit den Gültigkeitsbedingungen des oben angeführten Prinzips P. Allerdings kann Höffe nicht wiederum auf die Idee des transzendentalen Tausches rekurren, um P zu begründen, da sonst eine *petitio principii* eintrete. Kettner stellt lapidar fest: „Höffes selbstverhängter moralisch-normativer Minimalismus wird hier schwindsüchtig.“⁴⁸³

Kettner kritisiert auch ausdrücklich die mangelnde Unbedingtheit der Höffeschen Menschenrechtsbegründung: Nach Höffes Formulierung steht in der *Menschenpflicht*, wer die Leistungen, die lediglich unter der Bedingung der Gegenleistung erfolgen, von den anderen *tatsächlich in Anspruch* nimmt. Höffes Prinzip verpflichtet die Tauschenden somit nur unter einer Bedingung; wenn sie nämlich tatsächlich tauschen. Sein Prinzip benötigt daher eine Situation der tatsächlichen Inanspruchnahme einer Leistung, die lediglich unter der Bedingung der Gegenleistung erfolgt. Bedarf es aber einer bestimmten Situation (dass man tatsächlich tauscht, oder tauschen will) so lässt sich schwerlich ein unter allen Umständen allgemeinverbindliches Recht-Pflicht-Paar begründen, wie Kettner festhält.⁴⁸⁴ Nach Höffe ist dies dennoch dort möglich, wo man ein unverzichtbares Interesse nur in und durch Wechselseitigkeit realisieren kann und in seiner Wahl dort gebunden ist, wo sich das transzendente Moment mit einem sozialen Moment verbindet; also bei einer angeborenen Wechselseitigkeit oder inhärenten Sozialität (wie es Höffe formuliert). „Wo Interessen unaufgebar und darüber hinaus an Wechselseitigkeit gebunden sind, dort überträgt sich die Unaufgebarkeit auf die

⁴⁸¹ Kettner in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S.268f.

⁴⁸² Vgl. Kettner in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 273.

⁴⁸³ Vgl. Kettner in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 276f.

⁴⁸⁴ Vgl. Kettner in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 277.

Wechselseitigkeit; in seinen Optionen ist man nicht mehr frei; der entsprechende Tausch ist unverzichtbar.“⁴⁸⁵

Folgt man Kettner, so sagt Höffe damit aus, dass handlungsfähige Menschen de facto gar nicht umhin können, (irgendwelche) Interessen zu verfolgen („Gegebenheit und Gewöhnlichkeit von Interessen“); vernünftigerweise müssen sie folglich daran interessiert sein, dass alle nötigen Bedingungen, die ihnen das ermöglichen, erfüllt sind („Unverzichtbarkeit von Interessen“); dazu ist zunächst die Bedingung notwendig, dass jeder bereit ist, einem die Bedingungen, die einer benötigt, einzuräumen („Unverzichtbarkeit und inhärente Sozialität von Interessen). Höffes Kernargument besagt weiters, dass die Bedingung, dass jeder bereit ist, einem die Bedingungen, die einer benötigt, einzuräumen, allemal nötig ist und daher dem einem so nötig ist wie dem anderen („Unverzichtbarkeit der Wechselseitigkeit von unverzichtbaren Interessen“). Die Gleichwertigkeit des Nehmens und Gebens, des Tausches, vermag das „Sollen“ aber nicht zu begründen. Kettner verdeutlicht dies am überzeugendsten an folgendem Beispiel: Wird Höffes Tausch-Idee spieltheoretisch betrachtet, dann bleibt die Sollensbegründung egozentrisch und lässt sich nicht dezentrieren. „Ich muss deine Kooperation haben, darum *sollst* du kooperieren. Warum? Weil du meine Kooperation haben musst, die du nur erhältst im Austausch gegen die deine. Du *sollst* also, weil du andernfalls etwas, das du (insofern es für dich notwendig vorteilhaft ist) haben musst, nicht haben kannst.“⁴⁸⁶ Bei dem, was man haben muss, handelt es sich um etwas, das man rationaliter sogar wollen muss. Für Kettner konstituiert die Erfüllung des Grundbedürfnisses eines jeden nur etwas, das jeder aus seiner eigenen Perspektive für ein ihm selbst Zustehendes halten muss. Das vermag aber eben nur Egoisten zu überzeugen. Deshalb folgt für Kettner aus einem egozentrisch begründeten Sollen, selbst wenn mehrere egozentrische Perspektiven ineinander verschachtelt werden, nie ein dezentrierbares Sollen, das moralisch-normative Verpflichtungen seiner Auffassung nach tatsächlich auszeichnet.⁴⁸⁷ Er konstatiert, dass Höffes Idee eines transzendentalen Tausches mit demselben Problem zu kämpfen hat, wie der rationalistische Moralbegründungsversuch von Alan Gewirth und kritisiert, dass Höffe Alan Gewirth in seiner Politischen Gerechtigkeit an keiner Stelle erwähnt, obwohl

⁴⁸⁵ Vgl. Höffe in Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, S.37.

⁴⁸⁶ Kettner in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 278ff.

⁴⁸⁷ Vgl. Kettner in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 278ff.

Höffes Ausführungen im Wesentlichen der Terminologie Gewirths zum Verwechseln ähneln. Gewirth versucht (wie nach ihm Höffe im Rahmen seines Begründungsversuchs) von moralischen Rechten der Menschen qua handlungsfähiger Wesen ein Argument zu entwickeln, das mit einer schmalen aber festen Begründungsbasis des Selbstinteresses von rationalen Akteuren, die lediglich ihrem eigenen Interesse verpflichtet sind, auszukommen versucht.⁴⁸⁸

Der Begriff der Handlung impliziert Gewirth zufolge ein System von Rechten. Gewirths Ansatz besagt im Wesentlichen, dass zumindest jene Rechte zu respektieren sind, die die allgemeinen Bedingungen der Handlungsfähigkeit („conditions of agency“) und ihre konkrete Ausübung schützen. Diese Rechte gründen in der Fähigkeit, überhaupt bewusst und absichtsvoll handeln zu können und kommen daher allen handlungsfähigen Personen gleichermaßen zu.⁴⁸⁹

Die entscheidende Frage lautet: Wie wird aus einem egozentrischen Optativ O – das ist der Bedürfnisanspruch, das Wollen oder Interesse eines Handelnden, von ihm selbst vorgetragen (z.B.: „alle anderen sollen mir das für mich notwendige Meinige einräumen!“) - ein vollkommen dezentrierbarer Normativ N?⁴⁹⁰

Nach Kettner hat ein geeignetes Moralprinzip die Indifferenz zwischen der tatsächlichen Besetzung der relevanten Subjektstellen (wobei die erste Person die Stelle des beanspruchenden Subjektes darstellt; die zweite Person ist die Stelle des beanspruchten Subjektes) und der denkmöglichen Besetzung der Subjektstellen zu behaupten. Dass mir die anderen das Meinige zu lassen haben, steht mir dann nämlich aus dem Grund zu, dass jeder andere (mich selbst, wenn ich ein anderer wäre, eingeschlossen), falls er an der Subjektstelle wäre, die jetzt meine ist, vernünftigerweise nichts anderes wollen können würde, als was jetzt ich von ihm wollen muss.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ Vgl. Kettner in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch*, S. 282.

⁴⁸⁹ Vgl. Alan Gewirth, *Reason and Morality*, S. 77.

⁴⁹⁰ Kettner in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S. 281: „Der Normativ N ist ein von allen, die es betrifft, akzeptiertes deontisches Urteil, das von allen fordert, dass jeder jedem ein Seiniges einräumen soll.“

⁴⁹¹ Kettner in Kersting, *Gerechtigkeit als Tausch?*, S.281.

Nach Höffe ist der menschenrechtsbegründende, transzendente Tausch ein absolutes Gebot der Klugheit und keine bloße Schuldigkeit. Er verlangt, weil die Freiheitsverzichtete ja auch für jeden vorteilhaft⁴⁹² sind, nicht einmal eine über die Klugheit hinausgehende Moralität.⁴⁹³ Aber er verlangt das Anerkenntnis eines egozentrisch begründeten Sollens als Verpflichtungsgrund. Folgt man Kettner weiters, so reichen Höffes Vorteilsüberlegungen nicht aus, um moralische Pflichtschuldigkeiten aus sich selbst heraus zu begreifen. Die letztlich nur ihrem eigenen Wohlergehen verpflichteten Akteure haben zwar allen Grund, sich die anderen ihnen gegenüber verpflichtet zu denken, geben aber den anderen keinen guten Grund, dass diese sich ihnen gegenüber verpflichtet denken *müssen*.⁴⁹⁴ Aber genau das ist letztlich der Anspruch, an dem Höffe sich selbst misst.

Mit anderen Worten: Das präferenzindividualistische Kalkül Höffes, das weder durch Vernunftrecht noch durch menschenrechtlichen Egalitarismus eingeengt wird, sprengt den Rahmen rational-universalistischer Moralprinzipien. Zwar vermag es, in einer Abfolge sich „aufstufender“ Tauschakte, ein System strategischer Interaktionsregeln zu generieren, allerdings kann es keine unbedingte Gerechtigkeitsordnung begründen.⁴⁹⁵ Ein Grund dafür könnte Höffes Fokussierung auf die Legitimation der Zwangsbefugnis sein, wodurch seine Theorie der Gerechtigkeit eine (zu) hohe Abstraktionsstufe erreicht. Das tragende Prinzip der gleichen und wechselseitigen Tauschakte wird in der Praxis vage und folgenlos, wenn man die Bedeutung der Prädikate „gleich“ und „wechselseitig“ nicht eindeutig festlegen kann. Das kann allerdings relativ schnell passieren, z.B. schon dann, wenn es um ebenso heikle wie gesellschaftliche relevante Phänomene wie Abtreibung oder Sterbehilfe geht.⁴⁹⁶

Daneben erscheint es auch bemerkenswert, dass Höffe im Rahmen der Menschenrechtsbegründung im Gegensatz zu seinen früheren Arbeiten die Idee der Menschenwürde nicht weiterverfolgt, sondern versucht, die Begründungsleistung nur

⁴⁹² Bei Höffe bedeutet „Vorteil“ letztlich nichts anderes als „freie Zustimmung“. Vgl. Klaus Günther in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S.197.

⁴⁹³ Vgl. Höffe, PG, S. 402.

⁴⁹⁴ Vgl. Kettner in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 283f.

⁴⁹⁵ Vgl. Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 60.

⁴⁹⁶ Vgl. Klaus Günther in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 223.

mit Hilfe seiner tauschtheoretischen Theorie zu erbringen und die Menschenwürde lediglich in seinen bioethischen Artikeln und Aufsätzen abhandelt.⁴⁹⁷

M.E. besteht auch ein Spannungsverhältnis zwischen dem Prinzip der Handlungsfreiheit, das laut Höffe seiner Theorie zu Grunde liegt, und dem Argument der inhärenten Sozialität. Gerade in diesem Begründungskern des Höffeschen Arguments existiert per definitionem überhaupt keine Handlungsfreiheit.

Schließlich ist auch Höffes Strafrechtsverständnis kritisch zu hinterfragen. Die „Strafe“ hat in Höffes Gedankengang eine wesentliche Bedeutung. Es ist daher vor allem der „Strafzwang“, der den gegenseitigen Freiheitsverzicht zur konkreten Ausgestaltung verhilft.⁴⁹⁸ Für Alwart fasst Höffe damit die „Strafe“ bemerkenswerterweise nur vage ins Auge. Einerseits ist in der „Politischen Gerechtigkeit“ von „Durchsetzungszwang“ die Rede, andererseits erweckt Höffe den Eindruck, es sei primär an die staatliche Kriminalstrafe zu denken. So bezeichnet Höffe Normen mit „Verbotscharakter“ als die primären Bestimmungen einer Rechtsordnung.⁴⁹⁹ Im vertragstheoretischen Kontext formuliert Höffe, dass „Zu widerhandlungen strafrechtlich verfolgt“ würden.⁵⁰⁰

Damit verfehlt Höffes Strafrechtsverständnis aber den heutigen präventiv-pragmatischen Diskussionsstand der Straftheorien, wonach das staatliche Strafen in erster Linie ein gedeihliches gesellschaftliches Zusammenleben zu sichern habe, wie Alwart unter Heranziehung von Schmidhäuser konstatiert. Da dieser Diskussionsstand auch die moderne Realität der Strafrechtsordnung widerspiegelt, wirkt Höffes Verständnis nicht allein in theoretischer, sondern auch in praktischer Hinsicht etwas unzeitgemäß. Wegen der nur „subsidiären“ Rechts- und Staatslegitimation lässt sich für Alwart zwar nicht eindeutig sagen, wie „absolut“ Höffes Straftheorie letztlich wirklich ist, doch erscheint ihm bezeichnend, dass Höffe den Abolitionismus mit einer essentialistisch klingenden Begründung ablehnt, wonach die Abschaffung der staatlichen Kriminalstrafe am Wesen der Rechts vorbeigehen würde.⁵⁰¹

⁴⁹⁷ Vgl. Kettner in Kersting, Gerechtigkeit als Tausch?, S. 249.

⁴⁹⁸ Vgl. Höffe, PG, S. 429.

⁴⁹⁹ Vgl. Höffe, PG, S. 385.

⁵⁰⁰ Vgl. Höffe, PG, S. 446.

⁵⁰¹ Vgl. Alwart, dt. JZ 1990, S.478.

IX. Fazit

Bei einer oberflächlichen Betrachtung erscheint Höffes Idee, seine Theorie auf das vermeintlich unstrittige Prinzip der Tauschgerechtigkeit zu gründen, zunächst originell und bestechend. Doch erweist sich der Anspruch, damit eine objektive Basis für eine Gerechtigkeitstheorie gefunden zu haben, als nicht einlösbar. Wie gezeigt wurde, ist sich Höffe der Mannigfaltigkeit der menschlichen Interessen bewusst, weshalb er versucht, „transzendente“, universelle Interessen auszuweisen. Diese Interessen kann er allerdings nur durch eine radikale Abstraktion und Reduktion identifizieren. Jeder praktische, reale Tauschvorgang ist aber entweder abhängig von der Bewertung der Tauschenden oder eines objektiven Dritten. Dass reelle Tauschvorgänge zwangsläufig gerecht sind oder Einigkeit darüber besteht, dass sie gerecht sind, kann nicht gesagt werden. Nur unter den sehr engen Bedingungen des Höffeschen Tauschbegriffes kann dies behauptet werden. Die Ethik der Wechselseitigkeit oder Tauschgerechtigkeit besteht in der Gleichwertigkeit (aufgrund der Gleichartigkeit oder des Wertes) der getauschten Güter und dem Urteil, dass ein solcher Tausch gerecht ist. Jedes Argument, dass über diese Tautologie hinausgeht, ist – entgegen Höffes Ansicht - sehr wohl Kontroversen und Streitigkeiten ausgeliefert. Es ist auch äußerst unwahrscheinlich, dass vor allen anderen Philosophen wie Aristoteles, Hobbes, Kant, Rawls gerade Otfried Höffe in der Lage sein soll, die immerwährenden Kontroversen um die Definition der Gerechtigkeit und das richtige Verständnis von Recht und Staat mit seiner Theorie zu beenden.

Grundsätzlich ist Höffe wohl zuzustimmen, dass jeder Mensch ein Interesse am Überleben und körperlich-geistiger Entwicklung haben muss, egal welche sonstigen Ziele er verfolgt.

Das selbst gesteckte Ziel, unbedingte Rechte zu begründen, kann aber unter dem Primat des distributiven Vorteils nicht gelingen. Allerdings war das nur *ein* Ziel der

Höffeschen Theorie. Ein weiteres Ziel sah Höffe darin, mit Hilfe des Tauschdenkens eine deutliche Gesellschaftskritik formulieren zu können.⁵⁰²

Da wir ja von Beginn unseres Lebens an mit der Außenwelt über gemeinsame sprachliche Regeln verbunden sind und man ein Faktum der Regel im sozialen Leben anerkennen kann, geht es letztlich nur noch um die Frage, ob wir wollen, dass die (gesetzlichen) Regeln, die unser Leben maßgeblich beeinflussen, beliebig gestaltbar sein sollen. Die Kernschicht der unbedingten Regeln, Rechte und Pflichten muss definierbar sein. Die Umrisse der Kernschicht sind offensichtlich: Recht auf Leben, sprachliche Förderung, körperliche Entwicklung (basale Interessen) etc.

Das weiterhin ungeklärte Problem von interessenorientierten Tausch- oder allgemein Vertragstheorien ist ihre Reichweite, also die Bestimmung der potentiellen Tausch- oder Vertragspartner. Die Auswahl wird durch faktische Abhängigkeiten (bzw. das Wissen von ihnen) begrenzt. Man tauscht mit denjenigen Menschen, von denen man erwartet, dass sie für die Beförderung oder Behinderung subjektiver Interessen wichtig sind. Es ist unwahrscheinlich, dass dies jemals alle Menschen sind. Doch die Menschenrechte fordern gerade, tatsächlich jeden Menschen gleichermaßen zu berücksichtigen. Und zwar unabhängig davon, ob er meine Eigeninteressen fördert oder nicht und unabhängig davon, ob er reziprok meine Rechte anerkennt. Das Problem der konditionalen Verpflichtung stellt daher die zweite Begrenztheit jedes interesseorientierten Tauschmodells dar. Denn wenn der Tauschpartner meine Rechte nicht anerkennt und im Gegenzug keine Rechte hat, dann gäbe es gar keine Menschenrechte. Diese gelten aber unbedingt, also ohne Rücksicht auf das, was jemand ist oder tut.⁵⁰³

Für die politische Praxis bleiben daher wohl weiterhin Fragen der Verteilungsgerechtigkeit von größerer Bedeutung. Höffes Paradigmenwechsel hin zur Tauschgerechtigkeit bleibt in der politischen Philosophie eine Einzelmeinung.

Soweit sich Höffe zur Widerlegung des Positivismus auf elementare Regeln wie das Tötungsverbot beruft, die vor allen Menschenrechtserklärungen in so gut wie allen Rechtsgemeinschaften anerkannt worden wären, ist ihm entgegenzuhalten, dass die

⁵⁰² Vgl. Höffe in „Freiheit oder Gerechtigkeit“, S. 32.

⁵⁰³ Vgl. Menke/Pollmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 51f.

konkrete Ausgestaltung des Tötungsverbotes in den verschiedenen Rechtsgemeinschaften faktisch äußerst unterschiedlich sein kann. Mit Levi-Strauss kann man argumentieren, dass es sich hinsichtlich der Universalität des Inzestverbotes analog verhält.⁵⁰⁴ Universell ist demnach lediglich das Faktum der Regel. Das Inzestverbot ist in seiner konkreten Ausgestaltung von Rechtsgemeinschaft zu Rechtsgemeinschaft äußerst verschieden. Was in einer Rechtsgemeinschaft als Inzest angesehen wird und daher verboten ist, kann in einer anderen Rechtsgemeinschaft sogar geboten sein. Unbestreitbar ist, dass alle Rechtsgemeinschaften bzw. Gesellschaften Regeln aufweisen, die die geschlechtliche Handlungsfreiheit einschränken. Ebenso unbestreitbar ist wohl die Annahme, dass jede Kultur bestimmte Regeln aufstellt, die man als Tötungsverbot bezeichnen kann. Damit ist aber noch lange nicht bewiesen, dass das Tötungsverbot in concreto in allen Kulturen zumindest ähnlich interpretiert wird bzw. denselben Inhalt hat und deshalb als universelles Tötungsverbot bezeichnet werden darf, als ob ein und dieselbe Regel auf der ganzen Welt Gültigkeit hätte. Dies wird von Höffe in seiner Arbeit allerdings nicht ausreichend thematisiert. Die Widerlegung des rechtsethischen Relativismus muss daher zumindest angezweifelt werden, insofern Höffe die empirischen Grundlagen desselben erschüttern wollte. Zweifellos bringt Höffe einige gut recherchierte Argumente vor, die darauf schließen lassen, dass es zumindest möglich erscheint, die empirischen Grundannahmen des Positivismus zu widerlegen. Einen letzten Beweis muss er allerdings schuldig bleiben, was durchaus auch in der Natur der Sache liegen könnte, wenn man sich an Kelsens prophetisches Zitat erinnert.

Es dürfte unbestritten sein, dass die Ansichten darüber, wie die Anteile der einzelnen rechtsgestaltenden Faktoren bzw. der einzelnen Definitionselemente des Rechts zu gewichten sind, individuell und auch je nach geschichtlichen und verfassungspolitischen Epochen erheblich differieren können. Es ist zum Beispiel ein historisches Faktum, dass im vergangenen Jahrhundert unzählige Juristen (durchaus erfolgreich) in mehreren, weltanschaulich äußerst gegensätzlichen politischen Systemen tätig gewesen sind. Es erscheint daher für den in der Praxis tätigen

⁵⁰⁴ Vgl. Levi Strauss, Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft, S.644f.

Juristen wichtig, dass er überhaupt eine eigenverantwortliche Standortwahl zu der Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts trifft.⁵⁰⁵

Dabei kann Höffes Politische Gerechtigkeit zweifellos einer Orientierung dienen, aber die offenen Fragen der Geltungsbegründung des Rechts m.E. nicht abschließend beantworten, was allerdings gerade für eine *eigenverantwortliche* Standortwahl wohl nicht unbedingt notwendig ist.

Rüthers geht davon aus, dass man sich von der Vorstellung verabschieden muss, die Justiz könne eine Hüterin letzter, absoluter Gerechtigkeit sein. Auch wenn diese Ansicht wohl nur von den wenigsten Juristen ernsthaft vertreten wird, so sind die Gerechtigkeitserwartungen der Bürger an die Justiz und an die Rechtswissenschaften tatsächlich oft überspannt. Im Zivilprozess werden etwa die Gerechtigkeitseinstellungen der streitenden Parteien so gut wie immer enttäuscht, was jeder, der sich mit der „alltäglichen“ juristischen Praxis beschäftigt, wohl bestätigen kann. Selbst in einem teilweisen Obsiegen vor Gericht sehen die meisten Parteien nur die ganze Niederlage ihrer persönlichen (Gerechtigkeits-) Erwartungen. Dem steht allerdings die grundsätzliche Bindung des Rechts an Gerechtigkeitspostulate (wie z.B. die Unparteilichkeit erster und zweiter Stufe sowie das Willkürverbot) gegenüber, die für die Würde und Überzeugungskraft einer Rechtsordnung unverzichtbar sind. Dem in der Einleitung angesprochenen rasanten Anwachsen von „Verfügungswissen“ steht ein im Vergleich fast unveränderter Bestand von „Orientierungswissen“ gegenüber. Kelsens Skepsis bezüglich der wissenschaftlichen Lösbarkeit des Gerechtigkeitsproblems kann – wie gezeigt wurde - tatsächlich zum Vorwand für Beliebigkeit und letztlich Willkür des politischen Handelns werden. Ebenso wurde aber gezeigt, dass Beliebigkeit und Willkür als absolute Gegensätze der Gerechtigkeit anzusehen sind. Es scheint, als ob Fragen der gerechten Regelungen und Entscheidungen sich nicht ausschließlich mit dem Intellekt bzw. mit der Anstrengung des wissenschaftlich geschulten Verstandes lösen lassen. Höffes Arbeit versetzt den Leser zumindest in die Lage, sich werthaft zu orientieren, und kann zeigen, dass Gerechtigkeit schon seit dem Altertum auch als Frage des Rechtsgefühls und des Willens zum Guten angesehen wird. Für Rüthers hat insofern sogar der bekannteste Satz des Schriftstellers, Dichters und auch

⁵⁰⁵ Vgl. Rüthers, Rechtstheorie, S. 362.

Philosophen Antoine de Saint-Exupéry in diesem Zusammenhang für das Gerechtigkeitsproblem eine gewisse Bedeutung: „Man sieht nur mit dem Herzen gut“. Die rationale (und m.E. auch durchaus empirische bestätigte) Skepsis in Fragen der Gerechtigkeit darf nicht als Vorwand zur Beliebigkeit möglicher Lösungen missverstanden werden. Ohne klare und systemgerechte Wertorientierung kann der Jurist keine nachhaltige Jurisprudenz oder Rechtspraxis betreiben.⁵⁰⁶

Hinsichtlich der von Höffe entwickelten Strategien politischer Gerechtigkeit muss schließlich bemängelt werden, dass Höffe nicht deutlich und konsequent unterscheidet, ob die Notwendigkeit von Recht und Staat bei ihm aus der Normativität der Gerechtigkeit begründet wird oder empirisch aus der Funktion des Anti-Trittbrettfahrens. Auffallend an den von Höffe geschilderten Strategien der politischen Gerechtigkeit ist außerdem deren fast spiegelbildliche Beschreibung der staatsrechtlichen und politischen Situation in der Bundesrepublik Deutschland, was indiziert, dass Höffes Theorie zumindest teilweise ein Produkt seiner persönlichen Grunderfahrungen ist.⁵⁰⁷

Dass keiner der Gerechtigkeitstheorien bislang eine unstrittige Definition der Gerechtigkeit und des Rechtsbegriffes gelungen ist, könnte schließlich schlicht in der Supervenienz⁵⁰⁸ dieser Begriffe begründet sein.

So wie Begriff der „Wahrheit“ einen Bedeutungsüberschuss enthält, der durch die „klassischen“ Erklärungstheorien (Kohärenz-, Evidenz-, Konsens- und pragmatische Theorie) nicht ausgeschöpft wird, enthält jeder der Begriffe „Gerechtigkeit“ und „Recht“ einen Bedeutungsüberschuss, der durch die bekannten Gerechtigkeitstheorien nicht gänzlich erklärt werden kann.⁵⁰⁹ Das Kriterium des distributiven Vorteils *alleine* kann wohl nicht ausreichend sein, um zu bestimmen, was Gerechtigkeit ist, wiewohl es als *ein* Kriterium der Gerechtigkeit durchaus tauglich zu sein scheint.

⁵⁰⁶ Vgl. Rüthers, Rechtstheorie, S. 228.

⁵⁰⁷ Vgl. Alwart, dt. JZ 1990, S.473ff.

⁵⁰⁸ „Supervenienz“; auf G.E. Moore (Principia Ethica, 1903) und R.M. Hare (The Language of Morals, 1952) zurückgehender metaethisch-sprachphilosophischer Grundsatz, wonach mit Wertprädikaten wie ‚gut‘ keine Eigenschaften beschrieben, sondern beschreibbare Eigenschaften bewertet werden (...) “. Vgl. Meiner, Philosophisches Wörterbuch, S.643.

⁵⁰⁹ Vgl. Ferber, Philosophische Grundbegriffe 2, S. 96ff.

Höffes unbestreitbar größter Erfolg liegt wohl darin, dass er die Diskussion um die Legitimation des Staates, staatlichen Zwanges und der Menschenrechte neu angeregt hat bzw. der „allmächtigen“ Rawlsschen „Theory of Justice“ eine europäische Antwort entgegengesetzt hat. Dies kann ihm nicht hoch genug angerechnet werden, war doch die letzten Jahrzehnte dieses Feld hauptsächlich angloamerikanischen Philosophen überlassen worden.

X. Anhang

X.1. Literaturverzeichnis

1. Alwart Heiner, Otfried Höffes Rehabilitierung der Naturrechtslehre in deutsche Juristenzeitung S.319ff, Tübingen, 1990
2. Aristoteles, Nikomachische Ethik, Stuttgart, 2002
3. Bliz Rudolf, Wie frei ist der Mensch? Paläoanthropologie Band 1, Frankfurt/Main, 1973
4. Breuer Hubertus, Moral braucht Gefühl, Süddeutsche Zeitung, 22.3.2007
5. Dreier Horst, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden, 1986
6. Ferber Rafael, Philosophische Grundbegriffe 2, München 2003
7. Ferber Rafael, Philosophische Grundbegriffe, München, 2004
8. Funk Bernd-Christian, Materiales Rechtsverständnis – Recht als gesellschaftlicher Sachverhalt: zur normativen Dynamik von „Sein und Sollen“ (fact and value), Wien, 2008
9. Goodin Robert / Pettit Robert, A Companion to Contemporary Political Philosophy, 5.Aufl, Oxford, 2001
10. Gosepath Stefan, Gleiche Gerechtigkeit, Frankfurt/Main, 2004
11. Grabner-Haider Anton, Die wichtigsten Philosophen, Wiesbaden, 2006
12. Heintel Erich, Was kann ich wissen? Was soll ich tun? Was darf ich hoffen?, Wien, 1993
13. Hoerster Norbert, Ethik und Interesse, Stuttgart, 2003
14. Höffe Otfried, Aristoteles Nikomachische Ethik, Berlin, 1995
15. Höffe Otfried, Gerechtigkeit: eine philosophische Einführung, München, 2001
16. Höffe Otfried, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, Frankfurt/Main, 1999
17. Höffe Otfried, Kants Kritik der Reinen Vernunft, 3.Auflage, München, 2003
18. Höffe Otfried, Lesebuch zur Ethik, München, 2002
19. Höffe Otfried, Lexikon der Ethik, München, 2002
20. Höffe Otfried, Politische Gerechtigkeit, Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 3. Erweiterte Neuauflage, Frankfurt/Main, 2002

21. Holenstein Elmar, Philosophie Atlas, Orte und Wege des Denkens, Zürich, 2004
22. Horn Norbert, Einführung in die Rechtswissenschaften und Rechtsphilosophie, 4.Aufl., Heidelberg, 2007
23. Hrsg. Brunkhorst Hauke, Köhler Wolfgang R. und Lutz-Bachmann Matthias, Recht auf Menschenrechte, Frankfurt/Main, 1999
24. Hrsg. Biester Johann Erich, Gedike Friedrich, Berlinische Monatsschrift Bd.4, Berlin, 1784
25. Hrsg. Draken Klaus u.a., Philosophieren, Bamberg, 2005
26. Hrsg. Eckensberger Lutz H. und Gähde Ulrich, Ethische Norm und empirische Hypothese, Frankfurt/Main, 1993
27. Hrsg. Fischer Peter, Freiheit oder Gerechtigkeit, Leipzig, 1995
28. Hrsg. Forum für Philosophie Bad Homburg, Kants transzendente Deduktion und die Möglichkeit von Transzendentalphilosophie, Frankfurt/Main, 1988
29. Hrsg. Geyer Christian, Hirnforschung und Willensfreiheit: Zur Deutung der neuesten Experimente, Frankfurt/Main, 2004
30. Hrsg. Gosepath Stefan und Lohmann Georg, Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt/Main, 1998
31. Hrsg. Höffe Otfried, John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2., bearbeitete Auflage, Berlin, 2006.
32. Hrsg. Horn Christoph und Scarano Nico, Philosophie der Gerechtigkeit, Frankfurt/Main, 2002
33. Hrsg. Kersting Wolfgang, Gerechtigkeit als Tausch?, Auseinandersetzung mit der politischen Philosophie O. Höffes, Frankfurt/Main, 1997
34. Hrsg. Krebs Angelika, Gleichheit oder Gerechtigkeit, Frankfurt/Main, 2000
35. Hrsg. Motrosilova Nelli, Zum Freiheitsverständnis des Kantischen und nachkantischen Idealismus, Frankfurt/Main, 1998
36. Hrsg. Neumann Ulfrid und Brugger Winfried, Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt/Main, 2008
37. Hrsg. Pieper Annemarie und Urs Thurnherr, Angewandte Ethik; eine Einführung, München, 1998
38. Hrsg. Regenbogen Armin und Uwe Mayer, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Hamburg, 1998
39. Illies Christian, Philosophische Anthropologie im biologischen Zeitalter,

Frankfurt/Main, 2006

40. Kelsen Hans, Reine Rechtslehre, 1. Auflage, Wien, 1934
41. Kelsen Hans, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien, 1967
42. Kelsen Hans, Die Staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das deutsche Reich, Wien, 1927
43. Kelsen Hans, Was ist Gerechtigkeit ?, Stuttgart, 2005
44. Kersting Wolfgang, Rawls: Zur Einführung, 3. Auflage, Hamburg, 2008
45. Kley Andreas und Tophinke Esther, Überblick über die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen, Juristische Ausbildung, 2001, Heft 2, S.169-174
46. Koziol Helmut und Welser Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 12. Aufl., Wien, 2001
47. Leeson T. Peter, The Law and Economics of Pirate Organization in Journal of Political Economy, Chicago, 2007
48. Lévi-Strauss Claude, Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft, Frankfurt/Main, 1993
49. Luhmann Niklas, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/Main, 1995
50. Mackie John Leslie, Ethik, Die Erfindung des moralisch Richtigen und Falschen, Stuttgart, 1981
51. Martens Ekkehard / Schnädelbach Herbert, Philosophie Grundkurs Bd.1 und 2, 7. Aufl., Hamburg, 2003
52. Mauss Marcel, Die Gabe, Form und Funktion des Austausches in archaischen Gesellschaften, Frankfurt/Main, 1990
53. Merleau-Ponty Maurice, Das Primat der Wahrnehmung, Frankfurt/Main, 2003
54. Meyer John W., Weltkultur, Frankfurt/Main, 2005
55. Moebius Stephan, Marcel Mauss, Konstanz, 2006
56. Plessner Helmuth, Conditio humana, Frankfurt/Main, 2003
57. Rabinow Paul, Was ist Anthropologie?, Frankfurt/Main, 2004
58. Rawls John, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt/Main 2005
59. Roth Gerhard, Aus der Sicht des Gehirns, Frankfurt/Main, 2003
60. Roth Gerhard, Fühlen, Denken, Handeln: Wie das Gehirn unser Verhalten steuert, Frankfurt/Main, 2003
61. Rüthers Bernd, Rechtstheorie, München, 1999
62. Sahlins Marshall, Kultur und praktische Vernunft, Frankfurt/Main, 1994
63. Schubert, Klaus/Martina Klein, Das Politiklexikon, 4. Aufl., Bonn, 2006

64. Schweppenhäuser Gerhard, Grundbegriffe der Ethik, Hamburg, 2003
65. Seelmann Kurt, Rechtsphilosophie, 4.Aufl., München, 2007
66. Singer Wolf, Der Beobachter im Gehirn, Frankfurt/Main, 2002
67. Singer Wolf, Ein neues Menschenbild, Gespräche über Hirnforschung, Frankfurt/Main, 2003
68. Taylor Christopher, Sokrates, Freiburg im Breisgau, 2004
69. Thies Christian, Einführung in die philosophische Anthropologie, Darmstadt, 2004
70. Tuck Richard, Hobbes, Freiburg im Breisgau, 2005
71. Tugendhat Ernst, Probleme der Ethik, Stuttgart, 1984
72. Walter Robert, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II: Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1988, Wien, 1988
73. Zippelius Reinhold, Das Wesen des Rechts: eine Einführung in die Rechtsphilosophie, München, 1997
74. Zips Werner, Theorie einer gerechten Praxis oder: Die Macht ist wie ein Ei, Wien, 2002

Internetressourcen

75. Buchanan James, „Limits of Liberty, between Anarchy and Leviathan“, 1975 in www.econlib.org/LIBRARY/Buchanan/buchCv7Contents.html, 10.10.2007
76. Deutsches Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften, Thesaurus Ethik in den Biowissenschaften, Bonn, 2006, in www.drze.de/BELIT/thesaurus, 5.12.2006
77. Eisler Rudolf, Kant Lexikon, in www.textlog.de , 11.11.2008
78. Eraßme Rolf, Über das Erkenntnisproblem in I. Kants "Kritik der reinen Vernunft", Aachen, 1996, in <http://sammelpunkt.philo.at:8080/122/1/re-kant.shtml> , 11.11.2008
79. Funke J., „Der freie Wille“, Heidelberg 2003, in www.psychologie.uni-heidelberg.de/ae/allg/lehre/030623_Freier_Wille.pdf, 11.11.2008
80. Geismann Georg, Naturrecht nach Kant, Jahrbuch für Politik, 5 (1995) S. 141-177, in sammelpunkt.philo.at:8080/archive/00000680/01/9107.0.nat-kant.pdf , 11.11.2008
81. Geldsetzer Lutz, Deutsche Philosophie in www.phil-fak.uni-duesseldorf.de/philo/geldsetzer/dtphil.pdf , 11.11.2008

82. Gewirth Alan, Reason and Morality, in <http://www-news.uchicago.edu/releases/04/040517.gewirth.shtml> , 11.11.2008
83. Kant, Die Metaphysik der Sitten in <http://www.ikp.uni-bonn.de/Kant/aa06/>, 11.11.2008

X.2. Abstract

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Hauptwerk Otfried Höffes aus dem Bereich der politischen Philosophie. Es wird überprüft, ob sich mehr als zwanzig Jahre nach dem erstmaligen Erscheinen der „Politischen Gerechtigkeit“ der Anspruch des Autors, eine Radikalvermessung des Gerechtigkeitsdiskurses, noch einlösen lässt bzw. ob der geforderte Paradigmenwechsel von der Verteilungs- zur Tauschgerechtigkeit in der philosophischen Diskussion vollzogen wurde. Die Untersuchung orientiert sich in groben Zügen am Aufbau Höffes „Politischer Gerechtigkeit“. Aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für Höffes Theorie werden Rawls und Kant allerdings in eigenen Abschnitten hervorgehoben. In einem Exkurs wird auch die aktuelle Diskussion um die Auswirkungen der Hirnforschung auf das Konzept des freien Willens und Höffes Ansichten dazu referiert und kommentiert. An die Auseinandersetzung mit den drei Teilen des Buches schließt jeweils eine Zwischenbilanz, in der Höffes Prämissen und Annahmen schließlich kritisch überprüft und beurteilt werden. U.a. wird untersucht, ob dem Rechtsbegriff eine Gerechtigkeitsperspektive immanent ist und ob das tauschtheoretische Gerechtigkeitskonzept die Legitimation universeller Menschenrechte erbringen kann. Zuletzt werden schließlich die Erkenntnisse der vorangehenden kritischen Auseinandersetzung zusammengefasst, wobei im Ergebnis festgestellt wird, dass es auch Höffe nicht gelingt, eine Letztbegründung der Verbindlichkeit seines tauschtheoretischen Gerechtigkeitsbegriffes vorzunehmen. Sein Verdienst liegt vielmehr darin, die Diskussion um die Legitimation bzw. Limitation von Staat und Recht neu belebt zu haben. Die Ursache für das Nichtgelingen der Neuvermessung des Gerechtigkeitsdiskurses ist aufgrund der Untersuchung schlicht in der Supervenienz des Gerechtigkeitsbegriffes selbst gelegen.

X.3. Lebenslauf

Fritz Patrick Arlamovsky, Mag.iur.

*7.1.1977, Wien

Stbg.: Österreich/Irland

Tel.: 0664 3806184

Schulbildung:

1983-87 VS, Cottagegasse 17, 1180 Wien

1987-95 BG XIX, Gymnasiumstrasse 83, 1190 Wien (humanistischer Zweig)

1995 Matura (Spezialgebiet Englisch, Fachbereichsarbeit BE Thema „Otto Wagner und seine städtebaulichen Ideen in Wien um 1900“)

Studium:

1995-2002 Studium der Rechtswissenschaften -Uni Wien

- Diplomarbeit aus Verfassungsrecht
- Div. Seminare aus Rechtsphilosophie, -ethik u. -theorie
- 2005 (mit Unterbrechungen) - 2009 Doktoratsstudium –Uni Wien
- Dissertation: „Gerechtigkeit als Tausch“ – Eine kritische Betrachtung der politischen Philosophie Otfried Höffes"

Sprachen:

Englisch (2.Muttersprache)

Berufserfahrungen/Praktika:

10/2008-09/2009, Rechtsanwaltsanwärter

- Kanzlei MAg. Dr. Karl-Arthur Arlamovsky, 1010 Wien

10/2007-09/2008, Mitarbeit in der Hausverwaltung MAg. Dr. Karl-Arthur Arlamovsky

09/2007, Rechtsanwaltsanwärter

- Kanzlei Höhne, In der Maur & Partner, 1080 Wien

01/2006-03/2007, Rechtsanwaltsanwärter

- Kanzlei Dr. Tassilo Wallentin, 1010 Wien

09/2005, Rechtsanwaltsanwärter

- Kanzlei MMAg. Dr. Karl-Arthur Arlamovsky, 1010 Wien

02/2005-4/2005, Praktikant der Rechtsabteilung

- UN Flüchtlingshochkommissariat, Wien

05/2003-9/2004, Rechtsanwaltsanwärter

- Kanzlei Braunegg, Hoffmann & Partner, 1010 Wien

08/2002-4/2003, Rechtspraktikant

- BG Hernals, 1170 Wien
- LG f. ZRS Wien, 1040 Wien

06/1997, Rechtshörer

- HG Wien, 1010 Wien

05/1997, Kanzleipraktikum

- Kanzlei Dr. Brunner, 1010 Wien