

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE
SITZUNGSBERICHTE · JAHRGANG 1994, HEFT 3

ARTHUR KAUFMANN

Negativer Utilitarismus
Ein Versuch über das bonum commune

Vorgetragen am 10. Dezember 1993

MÜNCHEN 1994
VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
In Kommission bei der C. H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung München

ISSN 0342-5991
ISBN 3 7696 1574 3

© Bayerische Akademie der Wissenschaften München, 1994
Druck der C.H.Beck'schen Buchdruckerei Nördlingen
Gedruckt auf säurefreiem,
aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff hergestelltem Papier
Printed in Germany

Dem Andenken meines Freundes

Ilmar Tammelo

I. Vorbemerkung

Der vorliegende Text gibt einen Vortrag wieder, den ich am 10. Dezember 1993 vor der Bayerischen Akademie der Wissenschaften gehalten habe. Die Diskussion war lebhaft. Teilgenommen haben daran insbesondere die Herren *Knut Borchardt, Claus-Wilhelm Canaris, Dieter Henrich, Peter Landau, Peter Lerche, Dieter Nörr, Wolfhart Panzenberg, Leo Scheffczyk* und *Eberhard Witte*. Ich habe versucht, soweit zugänglich, d. h. soweit dies ohne grundlegende Veränderung meines Konzepts möglich war, die Diskussionsbeiträge, namentlich die kritischen, einzuarbeiten. Ich muß freilich auch sagen, daß manchen Einwendungen eine Verkennung meiner Absichten zugrunde liegt.

So hatte ich nicht im Sinn, mich kritisch zur Frage der *Universalisierbarkeit ethischer und rechtlicher Normen* zu äußern. Ich wollte etwas zu einem negativen Utilitarismus sagen. Dazu mußte ich einige Vorfragen klären. Ich verkenne nicht, daß die Voraussetzungen, die ich diesbezüglich getroffen habe, problematisch sind. Aber derartige Voraussetzungen treffen wir immer, wenn wir inhaltlich argumentieren. Man kann solche Voraussetzungen stillschweigend machen, oder man kann sie ausdrücklich benennen. Ich habe das letztere getan. Um deswillen kann man aber nicht verlangen, daß ich alle Voraussetzungen, die ich mache, eingehend begründe. Dies gäbe, wie gesagt, etwas ganz anderes, als es die vorliegende Studie ist.

Und noch eines. Es wurde bemängelt (Landau), daß meine Argumentationen *zu formal* seien. Dazu zunächst folgendes. Ich bemühe mich seit geraumer Zeit, auf die inhaltlichen Fragen der Rechtsphilosophie Antworten zu finden (zuletzt vor allem in: *Über Gerechtigkeit; Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, 1993). Aber das darf nach meiner Meinung nicht zur Vernachlässigung der Form führen, denn sonst würden solche inhaltlichen Antworten leicht zu einem Gerede verkommen. Man muß inhaltlich argumentieren, aber die Argumentation muß eine formale Struktur haben.

Grundsätzlich möchte ich dazu dies sagen: Form als solche gibt es nicht, es kann immer nur Form von etwas sein. Und Inhalte würden

ohne Form ins Amorphe zerfließen; zumal Wissenschaft ist ohne Formung nicht denkbar. Es kann sich daher immer nur darum handeln, ob das Verhältnis von formaler und materialer Seite ausgewogen ist. Das kann man generell nicht für alle möglichen Fälle festlegen, es hängt davon ab, worauf es in concreto ankommt, z. B. mehr auf materiale Gerechtigkeit oder mehr auf Rechtssicherheit. Es liegt mir fern zu behaupten, daß mir die rechte Ausgewogenheit von Form und Stoff immer gelungen sei. Aber ein Pauschalvorwurf, was ich biete, sei zu formal, hilft kaum weiter.

II. Vorfragen

Die meisten Fakten und Theorien, von denen ich ausgehe, sind in Fachkreisen wohlbekannt. Eigene Wege gehe ich, wenigstens teilweise, in der Anordnung und Gewichtung der Argumente und vor allem auch hinsichtlich der gefundenen Ergebnisse. Neu, fast neu, ist die Bezeichnung „negativer Utilitarismus“.

Zunächst möchte ich in der gebotenen Kürze einige Vorfragen klären. Als erstes will ich aufzeigen, welches der *systematische Ort* der Lehre vom bonum commune – der Utilitarismus ist eine solche Lehre – in einer möglichen Rechtsphilosophie ist. Ich kann dabei das von mir bevorzugte rechtsphilosophische System weder problematisieren noch begründen. Dieses System ist hauptsächlich von Gustav Radbruch entwickelt und von mir modifiziert worden¹. Vom Standpunkt einer anderen Systematik ergeben sich möglicherweise andere Konsequenzen. Ich vermute allerdings, daß solche Abweichungen im Hinblick auf das hier zu erörternde Thema eher marginal sind.

Radbruchs System ist trialistisch. Die Rechtsidee (Gerechtigkeit im weiteren Sinne) gliedert sich in: erstens das Gleichheitsprinzip (Gerechtigkeit im engeren Sinne); es gilt absolut, hat aber nur formalen Charakter; deshalb ist zweitens ein inhaltliches Prinzip erforderlich: die Zweckmäßigkeit oder Zweckidee des Rechts; diese ist material, gilt aber nur relativ; darum muß der Rechtsinhalt autoritativ festgesetzt werden; das ist drittens der Aspekt der Rechtssicherheit, die die Positivität des Rechts verlangt.

Was die Rechtsidee bei Radbruch ist, wird nicht deutlich. Ist sie ein Axiom, ein regulatives Prinzip, eine transzendente Bedingung für Rechtsverstehen überhaupt oder wie Hans Kelsen für die von ihm so genannte Grundnorm annimmt, eine Hypothese, nämlich das Postulat einer sinnvollen und widerspruchslosen Ordnung?² Sieht man die

¹ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, bes. S. 119ff., 142ff., 164ff. = Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe, hrsg. von A. Kaufmann, Bd. 2, *Rechtsphilosophie II*, 1993, S. 255ff., 278ff., 302ff.

² H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, S. 66.

Dinge so, dann ist die Rechtsidee nur etwas Gedachtes, nicht in der Wirklichkeit Vorfindbares. Demgegenüber erscheint es mir plausibler, wenn man die Rechtsidee nicht in einem Ideenhimmel festmacht, sondern in der Wirklichkeit *des Menschen* gemäß seiner dreifachen Ausprägung: der Mensch als autonomes Wesen, der Mensch als Zweck an sich selbst und an seiner Welt und der Mensch als heteronomes Wesen. Dieser Trias von Vernunftwesen, Sozialwesen und Sinneswesen entspricht die Trias der Rechtsidee: Gleichheit, Zweckmäßigkeit, Rechtssicherheit³.

Es kann nicht zweifelhaft sein, wo die Lehre vom *bonum commune* in dem vorgestellten System ihren Sitz hat: bei der *Zweckmäßigkeit des Rechts*. Der Ausdruck „Zweckmäßigkeit des Rechts“ ist erst in neuerer Zeit gebräuchlich geworden, wobei Max Weber Pate gestanden hat⁴; ich sehe keinen Grund, von der traditionellen Terminologie abzuweichen, derzufolge es „*soziale Gerechtigkeit*“ oder „*Gemeinwohl-gerechtigkeit*“ heißt. Daß das *bonum commune* zur inhaltlichen Seite der Gerechtigkeit gehört, macht signifikant, daß hier absolute Aussagen oder gar „Letztbegründungen“, wie sie manche Diskurstheoretiker (Habermas, Apel) heute für sich beanspruchen, nicht möglich sind. Wir bewegen uns im Bereich des werttheoretischen oder rechtsphilosophischen Relativismus. Deshalb sind Aussagen über das *bonum commune* keineswegs sinnlos, nur muß man beachten, daß es Aussagen unter Risiko sind⁵.

Die Lehre vom *Gemeinwohl* gehört traditionell zur Ethik, in objektiver Hinsicht zur ethischen Güterlehre, in subjektiver Hinsicht zur ethischen Tugend- oder Pflichtenlehre⁶. In neuerer Zeit wird dieser Güter- und Tugendethik von der Diskursethik oder verfahrensgelei-

³ Zuletzt: A. Kaufmann, Grundprobleme der Rechtsphilosophie; Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, 1994, bes. S. 139 ff.

⁴ Siehe insbes. M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft; Grundriß der verstehenden Soziologie, 5. Aufl. 1985 (Studienausgabe), S. 12 ff. und passim.

⁵ Vgl. A. Kaufmann, Grundprobleme (Fn. 3), S. 217 ff.

⁶ Im Gegensatz zu Lerche, der die Bestimmung des Gemeinwohls als Kompetenzangelegenheit erachtet, möchte ich weniger positivistisch sagen, daß die Bestimmung des Gemeinwohls zwar auch eine Kompetenzangelegenheit ist, indessen nicht nur das und auch nicht primär. Gemeinwohl „gibt“ es auch unabhängig von einer positivrechtlichen Bestimmung; eine solche allerdings formt erst das Gemeinwohl zu einer rechtlich relevanten Größe.

teten Ethik das Feld streitig gemacht⁷. Demgegenüber gehe ich von der Annahme aus, daß die Diskursethik, wenn vielleicht auch nicht nur, so doch vorzugsweise das Verfahren der Gewinnung ethischer und auch rechtlicher Normen betrifft, über die Inhalte dieses Verfahrens, zumal über die Grundfrage aller Ethik: was sollen wir tun?, sagt sie kaum etwas (das stellt sie kritiklos der Φρόνησις, der Klugheit, anheim). Hier ist nach wie vor eine Güter- und Tugendethik gefragt.

Allerdings ergibt sich von einem solchen Standpunkt aus die Frage, wie sich *Recht und Moral* zueinander verhalten. Auch das wird hier nicht thematisiert. Ich teile lediglich mit, daß nach der von mir vertretenen Auffassung Moral und Recht weder identisch sind, noch völlig verschieden, sondern dialektisch aufeinander bezogen, nicht wie konzentrische Kreise, wozu das Wort vom Recht als dem „ethischen Minimum“ (Georg Jellinek) verleiten könnte, sondern wie einander berührende und sich schneidende Kreise. Wie diese Berührung und auch Abstoßung je und je statthaben, läßt sich nicht in abstracto, sondern nur nach Maßgabe der konkreten, situativen Umstände bestimmen⁸.

Eine weitere nicht näher auszuweisende Grundannahme treffe ich in bezug auf das *Universalisierbarkeitsprinzip*. Ich gehe davon aus, daß ethische und rechtliche Normen universalisierbar sein müssen, sie müssen allgemeinen Charakter haben. Dieser Grundsatz ist überwiegend anerkannt. Es gibt freilich Ausnahmen und kritische Stimmen (Landau, Pannenberg). Eine krasse Ausnahme macht beispielsweise *Jean-Paul Sartre*. Er meint, daß erst in der Existenz durch die eigene Entscheidung des Menschen und nicht durch eine vorgegebene Idee ausgemacht und festgestellt werden könne, was der Mensch sei und wie er sich zu verwirklichen habe. Und dennoch wiederholt Sartre den kantischen kategorischen Imperativ, indem er fordert, man müsse sich immer fragen, was geschähe, wenn alle Welt so handeln würde⁹.

⁷ Vgl. dazu insbes. J. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, S. 53 ff.: Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm; K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung; Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, 1988.

⁸ Näher A. Kaufmann, *Recht und Sittlichkeit*, 1964: ders. *Grundprobleme* (Fn. 3), S. 192 ff.

⁹ J.-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, Neuausgabe 1959, S. 22 ff.

Kritisch hat *Max Scheler* vor allem gegen Kants kategorischen Imperativ, der das Musterbeispiel eines universalisierbaren Prinzips darstellt, eingewandt, daß es nicht nur ein *allgemein* an sich Gutes gebe, sondern auch ein *An-sich-Gutes für jede Person*; wörtlich: wer „kein ‚An-sich-Gutes‘ anerkennt, sondern mit Kant die Idee des Guten erst auf *Allgemeingültigkeit* (und Notwendigkeit) eines *Wollens* gründen will, für *den* gerade ist es ausgeschlossen, auch ein Gutes für mich als individueller Person anzuerkennen“¹⁰. Gleichwohl meint Scheler, wie aus dem Kontext ersichtlich ist, nicht das solipsistische Individuum, sondern Gattungen von Individuen. – Ganz ähnlich spricht auch *Werner Maihofer* davon, daß der kategorische Imperativ Kants nicht die „Eigentlichkeit des Selbstseins“ betreffe, sondern die „Uneigentlichkeit des Als-seins“, des Massedaseins, das Sein des anonymen „Man“¹¹.

Gegenüber diesen ablehnenden oder kritischen Stimmen zum Universalisierbarkeitsprinzip muß zu bedenken gegeben werden, daß es ohne Universalisierbarkeit der ethischen und rechtlichen Normen letzten Endes überhaupt keine Ethik und kein Recht geben kann, die Folge wäre die Anarchie. Man darf die Existenz von Maßnahme- und Einzelfall-„gesetzen“ nicht dahin ad absurdum führen, daß Normen schlechthin keinen Allgemeinheitscharakter zu haben brauchten. Gesetze müssen allgemein sein, sonst sind es im echten Sinne keine Gesetze. Eine ganz andere Frage ist natürlich, wieweit die Generalisierung zu gehen hat, ob ein Gesetz für alle Menschen oder nur für alle Handelskaufleute gelten soll; eine Norm kann mehr oder weniger konkret sein, aber, wie gesagt, nie individuell, sonst könnte Gerechtigkeit, insbesondere in der Form der Gleichheit, nicht verwirklicht werden.

So weit zur Klärung einiger Vorfragen.

¹⁰ M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4. Aufl. 1954, S. 496. Dazu im ganzen näher A. Kaufmann, *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 45 (1992), 77 ff.; auch in: ders., *Über Gerechtigkeit; Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, 1993, S. 327 ff.

¹¹ W. Maihofer, *Recht und Sein; Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954, passim.

III. Tammelos Vorgabe

Der Bezeichnung „negativer Utilitarismus“ ist der Leser vermutlich noch nicht begegnet. Ich selbst bin auch nur einmal auf sie gestoßen, nämlich in einer Schrift von *Ilmar Tammelo*. Kurz ein paar Daten über ihn: Ilmar Tammelo, ein Weltbürger in Sachen Rechtsphilosophie, ist 1917 im Baltikum geboren, nach dem Zweiten Weltkrieg verschlug es ihn nach Deutschland, er promovierte in Marburg, habilitierte sich bei Karl Engisch in Heidelberg, suchte dann als Staatenloser in Australien sein Glück, fand es auch, ging gleichwohl Jahre später als Nachfolger von René Marcic, der Tammelo in Australien besucht hatte und auf dem Rückflug tödlich verunglückt war, nach Salzburg und kehrte, als er den Tod nahen fühlte, 1982 nach Sydney zurück. Er hat in vielen Städten in aller Welt als Gastprofessor gewirkt, nicht zuletzt auch in München. In seinem umfangreichen Werk, das er hinterlassen hat¹², finden sich nur skizzenhafte Andeutungen zu dem, was er den negativen Utilitarismus nennt, keine ausgearbeitete Theorie. Sehen wir uns diese Andeutungen an. Es heißt da: „Das für mich höchste Gut der Gerechtigkeitsanordnung besteht in der Abschaffung oder der größtmöglichen Verminderung des Elends. Der Grundsatz des positiven Utilitarismus, wonach das größtmögliche Glück der größtmöglichen Zahl der Menschen erstrebt werden soll, ist anzuzweifeln. Das Glück ist ja nur ein Glücksfall . . . Auch den Glücklosen . . . gilt meine Sorge; ihr Los läßt mich mein etwaiges Glück nicht ungetrübt erleben. Hinzu kommt, daß das Glück der Mehrheit allzu oft mit dem Leid von Minderheiten erkaufte wird. Eingedenk all dessen sagt mir eher der negative Utilitarismus zu – jener Utilitarismus, wonach das Unglück von so vielen

¹² Siehe etwa I. Tammelo: Untersuchungen zum Wesen der Rechtsnorm, 1947; Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, 1971; Zur Philosophie des Überlebens; Gerechtigkeit, Kommunikation und Eunomie, 1975; Theorie der Gerechtigkeit, 1977; Zur Philosophie der Gerechtigkeit, 1982; außerdem mehrere Schriften zur Rechtslogik und Methodenlehre sowie zahlreiche Bücher in englischer Sprache.

Menschen wie möglich und soweit wie möglich, abgewendet werden soll.“¹³

Die Frage ist, ob diese vagen Hinweise nur den Charakter einer beiläufigen singulären Bemerkung haben oder ob sie sich in einen allgemeineren Begründungszusammenhang einordnen lassen.

¹³ I. Tammelo, Ungerechtigkeit als Grenzsituation, in: 61. Schopenhauer-Jahrbuch für das Jahr 1980, S. 30ff., 35; auch in: ders., Zur Philosophie der Gerechtigkeit, 1982, S. 127ff.

IV. Das negative Prinzip

In der Tat gibt es in der Wissenschaft, zumal in der Philosophie, so etwas wie ein *negatives Prinzip*, und man spricht von Alters her von einer „*negativen Philosophie*“ (auch von einer „*negativen Theologie*“)¹⁴. Der Grundgedanke ist, daß wir zufolge der Begrenztheit unserer Erkenntnisfähigkeit in vielen Dingen nur erkennen können, was etwas nicht ist, nicht aber, was etwas ist. So sagt im Sinne einer „*Philosophia Negativa*“ *Thomas von Aquin*, den gewiß niemand einen Agnostiker oder Relativisten nennen wird, gleich zu Beginn seiner Gotteslehre: „Bei Gott können wir nicht wissen, was er ist, sondern höchstens, was er nicht ist; deshalb können wir auch bei Gott nicht untersuchen, wie er ist, sondern nur wie er nicht ist.“¹⁵ Und an anderer Stelle heißt es ganz allgemein: „Die Wesensgründe der Dinge sind uns unbekannt“¹⁶, wir können nur, so ist zu ergänzen, erkennen, was das Wesen der Dinge nicht ist. Man mag hier auch an die „*Docta Ignorantia*“ des *Nikolaus von Kues* denken¹⁷. Ein heute fast vergessener Philosoph, *Robert Reininger*, sagt im Sinne einer „*negativen Metaphysik*“, daß jeder Versuch, das Absolute durch positive Aussagen zu bestimmen, unvermeidlich zu Aporien und Paradoxien führe, weshalb nur Aussagen negativen Charakters möglich seien¹⁸.

¹⁴ Hier ein Hinweis auf das Traktat von J. Pieper, *Philosophia negativa*, 1953.

¹⁵ Thomas von Aquin, *Summa theologiae* I, 3, pr. Siehe auch dens., *Summa contra gentiles* I, XXX.

¹⁶ Thomas von Aquin, Kommentar zur aristotelischen *Metaphysik* I, 3, Nr. 15. – Ich bringe diese Thomas-Zitate nicht, wie Landau meint, deshalb, weil ich daran meine Theorie festmachen wollte. Auch wenn es diese Stellen nicht gäbe, wäre ich zu keinen anderen Aussagen gelangt. Ich habe Thomas zitiert, weil es erstaunlich ist, daß gerade er einen solchen Standpunkt vertreten hat. Abgesehen davon sind, wie Scheffczyk zu Recht bemerkt, die Zitate dahin ergänzungsbedürftig, daß Thomas an der grundsätzlichen (objektiven) Erkennbarkeit der Dinge nicht zweifelte, wohl aber an der (subjektiven) menschlichen Erkenntniskraft.

¹⁷ Nikolaus von Kues, *De docta ignorantia*, Ausgabe Philosophische Bibliothek, 3 Bde., 1977-1979.

¹⁸ R. Reininger, *Metaphysik der Wirklichkeit*, 2. Bd., 2. Aufl. 1948, S. 179f.

Derjenige, der die negative Philosophie zu einem umfassenden Prinzip erhoben hat, ist *Karl S. Popper*, der Denker des Fallibilismus. Nach ihm lassen sich Sätze und Theorien nicht positiv begründen und verifizieren. Das wäre nur möglich, wenn die Induktion ein wissenschaftlich zulässiges Verfahren darstellen würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Trotz der riesigen Literatur über „induktive Logik“ gibt es nach Popper eine solche nicht. Der sogenannte Induktionsschluß kann sich immer als falsch erweisen. Deshalb sind selbst die von den Naturwissenschaften formulierten Naturgesetze im strengen Sinne nicht verifizierbar, weil wir immer nur endlich viele Beobachtungen zum Zwecke der Überprüfung anstellen können. Es darf in der Wissenschaft keine Sätze geben, die einfach hingenommen werden müssen. Was Wissenschaft dagegen vermag, ist das *Falsifizieren*, das Widerlegen von Theorien, indem man sie an den Tatsachen scheitern läßt¹⁹. Diese Methode der kritischen Prüfung („Popper-Kriterium“), die schon Kant empfohlen hat, ist ein ausschließlich deduktives Verfahren, das mit rein logischen Mitteln arbeitet (mit dem *modus tollens*) und daher in (fast) allen Fällen zu sicheren Ergebnissen führt. In diesem Sinne spricht Popper davon, daß die Falsifizierbarkeit geradezu ein Wesensmerkmal wissenschaftlicher Theorien sei. – Kritisch sei an dieser Stelle die Frage erlaubt, wie man eine Vorstellung davon haben kann, was falsch ist, wenn man überhaupt keine Vorstellung davon hat, was richtig oder auch nur nicht falsch ist. Das Falsifizieren ist zweifellos für jede Wissenschaft von großer Bedeutung, aber muß Wissenschaft nicht *auch* positiv begründen?²⁰

Wie dem auch sei, das Falsifizierbarkeitsprinzip spielt ohne Frage auch in der Rechtswissenschaft eine große Rolle. In allerjüngster Zeit hat Claus-Wilhelm Canaris wieder auf die Bedeutung des Falsifizierens im juristischen Bereich kritisch aufmerksam gemacht²¹. Und in einem Buch, bei dem die Druckerschwärze noch feucht ist und das

¹⁹ K. R. Popper, *Logik der Forschung*, 9. Aufl. 1989, S. 3ff., 14f., 21, 31, 45, 47ff., 54, 59, 256ff., 425ff.

²⁰ Zutreffend U. Neumann, In: A. Kaufmann/W. Hassemer, Hrsg., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5. Aufl. 1989, S. 375ff. Darauf hat auch Canaris hingewiesen.

²¹ C.-W. Canaris, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, in: *Juristenzeitung* 1993, 377ff.

den Titel „Kennzeichen Unrecht“ hat, vertreten Martin Neufelder und Wolfgang Trautmann die Auffassung, daß nicht positiv erkennbar sei, was die Gerechtigkeit ist, sondern nur negativ, was Unrecht ist, und sie definieren das Recht geradezu als „die Abwesenheit von Unrecht“²². Kritisch ist dazu zu bemerken, daß „Nicht-Unrecht“ noch nicht „Recht“ ist.

Ein besonders markantes Beispiel für ein Falsifikationsmodell in der Rechtswissenschaft ist die sogenannte *Radbruch-Formel über gesetzliches Unrecht*. Diese Formel ist in der Gegenwart wieder sehr aktuell geworden, nämlich im Hinblick auf das Unrecht, das von Gesetzes wegen in der ehemaligen DDR begangen worden ist.²³ Radbruch, der seine Formel am nationalsozialistischen Unrecht entwickelt hat, betont, daß ein Gesetz nicht schon deshalb nichtig ist, weil es im Einzelfall oder in einer Mehrzahl von Einzelfällen zu ungerechten Ergebnissen führt. Solche Verstöße können nicht zuverlässig festgestellt werden, weshalb hier die Rechtssicherheit vorgeht. Um „gesetzliches Unrecht“ handelt es sich nur dann, wenn das Gesetz generell und in grober Weise gegen die Gerechtigkeit verstößt, wenn es unter keinem denkbaren Gesichtspunkt als gerecht angesehen werden kann. Eine schärfere Grenze läßt sich nach Radbruch nicht ziehen, es sei denn in dem Fall, daß das Gesetz Gerechtigkeit gar nicht erstrebt; ein solches Gesetz ist nicht nur (ungültiges) gesetzliches Unrecht, es ist vielmehr Nicht-Recht²⁴.

Gegen diese Radbruch-Formel wurde eingewandt, daß sie nur vollziehbar sei, wenn man genau bestimmen könne, was Gerechtigkeit ist.²⁵ Doch dieser Einwand erkennt, daß Radbruch nur bestimm-

²² M. Neufelder/W. Trautmann, Kennzeichen Unrecht; Eine pragmatische Rechtsphilosophie, 1993, bes. S. 18, 38.

²³ Siehe vor allem R. Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat?; Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, in: Strafgerechtigkeit; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 57 ff.; Monika Frommel, Mauerschützenprozesse, eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel, ebenda S. 81 ff. Dort auch weitere Hinweise.

²⁴ G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), 105 ff. = Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe (Fn. 1), Bd. 3, Rechtsphilosophie III, 1990, S. 83 ff.

²⁵ So unrichtig F. v. Hippel, Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker, 1951, S. 59: Die Möglichkeit, Unrechtsgesetzen die Geltung abzusprechen,

men will, was schlechterdings Unrecht ist, wozu wohl eine globale Vorstellung gehört, was Gerechtigkeit ist (etwa das Gleichbehandlungsgebot), nicht aber eine genaue und umfassende Kenntnis dessen, was der Inhalt der Gerechtigkeit ist; Radbruch erhebt nicht den Anspruch, daß er sagen könne, was schlechthin und in allem gerecht ist.²⁶

Daß auch in anderen Wissenschaften als Ethik und Rechtswissenschaft das negative Prinzip eine nicht geringe Rolle spielt, kann hier nur angedeutet, nicht aber ausgeführt werden. Für die Wirtschaftswissenschaften zum Beispiel wurde das von Borchardt und Witte dargetan.

bestehe solange nicht, als Radbruchs Gerechtigkeitslehre „nicht über neue eindeutige (!) Inhalte verfügt“. Siehe näher dazu A. Kaufmann, *Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, 1987, bes. S. 152 ff:

²⁶ So zutreffend schon G. Spengel, *Über eine rationalistische Geisteshaltung als Voraussetzung der Jurisprudenz*, in: *Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie* (Festgabe für Gustav Radbruch), 1948, S. 68 ff., 82.

V. Der positive Utilitarismus

Bisher war vom *bonum commune* nur mehr beiläufig die Rede. Man erwarte aber nicht, daß jetzt eine umfassende Darstellung der ethischen Richtungen und Ziele erfolgt, der Lehre vom höchsten Gut und vom glückseligen Leben, der Theorien des Hedonismus, Eudämonismus, Pragmatismus, des ethischen Perfektionismus und all der anderen Strömungen, die sich im Laufe der Jahrhunderte mit der Frage: was soll ich tun? befaßt und einander abgelöst haben. Das Thema hier ist allein der Utilitarismus²⁷.

Das ist freilich eine ungenaue Redeweise. Den Utilitarismus gibt es nicht, wie sich schon bei den beiden Ahnherren des neuzeitlichen Utilitarismus, *Jeremy Bentham*²⁸ und *John Stuart Mill*²⁹ zeigt³⁰. Zwar sehen beide übereinstimmend das Ziel der Ethik darin, daß das größtmögliche Glück der größtmöglichen Zahl verwirklicht wird, aber in der Frage, was Glück ist, weichen sie doch erheblich voneinander ab. Für Bentham ist das Glück reine Nützlichkeit und als solche eine Substanz, die man verteilen kann nach dem Prinzip des *Laissez faire, laissez aller*. Mill dagegen hat einen qualitativen Glücksbegriff, der mehr bedeutet als egoistische Utilität. Glück ist das werthaft verstandene Wohlergehen nicht nur der Einzelperson, sondern auch der Gemeinschaft. Dieser Glücksbegriff³¹, der auch hier zu-

²⁷ Eine klare und kritische Darstellung des Utilitarismus findet sich bei W. Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, Bd. VI, 1989, S. 200ff. Siehe sodann auch B. Williams, *Kritik des Utilitarismus*, 1979.

²⁸ Einschlägig ist vor allem J. Bentham, *Introduction to the principles of morals and legislation*, 1789.

²⁹ Vor allem J. St. Mill, *Utilitarianism*, 1863.

³⁰ Man darf, woran Henrich erinnert, in diesem Zusammenhang Adam Smith nicht vergessen; siehe vor allem: *Eine Untersuchung über Natur und Wesen des Volkswohlstandes*, Übersetzt von E. Grünfeld, 3 Bde., 1908-1923

³¹ Zum Begriff des Glücks siehe etwa R. Spaemann, *Glück und Wohlfühlen; Versuch über Ethik*, 1989; ders. (Hrsg.), *Ethik-Lesebuch; Von Platon bis heute*, 2. Aufl. 1989; M. Forschner, *Über das Glück des Menschen*; Aristoteles, Epikur, Stoa, Thomas von Aquin, Kant, 1993.

grundegelegt wird, hat sich im Laufe der Zeit durchgesetzt, allerdings in mannigfachen Variationen. Für die hier verfolgten Absichten ist es nicht nötig, auf alle diese Einzelheiten einzugehen³². Auch die Unterscheidung von Handlungs- und Regelutilitarismus kann in unserem Zusammenhang auf sich beruhen³³.

Wohl aber muß etwas zu den wichtigsten *Einwänden gegen den (positiven) Utilitarismus* gesagt werden. Ein erster grundsätzlicher Einwand, den auch Pannenberg gemacht hat, richtet sich gegen den Utilitarismus überhaupt. Er geht dahin, daß *das eigene Glück nicht Ziel sittlichen Handelns* sein könne; dies könne nur das Gute sein. So hat vor allem Kant gelehrt, daß nur solche Zwecke moralisch seien, die zugleich Pflichten sind, und er hat diesen rigorosen Standpunkt auf die bekannte Formel gebracht: „eigene Vollkommenheit – fremde Glückseligkeit“³⁴. Wenngleich dieser Einwand auf alle Formen des Utilitarismus zielt, so ist er doch, wie mir scheint, nur gegen den hedonistischen Utilitarismus etwa im Sinne Benthams berechtigt.

Man mag hier mit Henrich fragen, ob die Bezeichnung „Utilitarismus“, auch „negativer Utilitarismus“, überhaupt treffend ist. Der werthafte Utilitarismus, zumal der negative Utilitarismus, zielt ja auf das Gute – genauer: auf das Nicht-Ungute –, wahrhaftes Glück kann nur das Gute sein. Indessen orientiert sich der negative Utilitarismus an seinem Komplement, dem positiven Utilitarismus, und im Hinblick darauf ist die Bezeichnung „Utilitarismus“ wohl nicht ganz fehl am Platze.

Weiter wird dem Utilitarismus vorgeworfen – und dieser Vorwurf ist schwer zu entkräften –, daß er sich zum einen *übernimmt*, indem er das größtmögliche Glück der größtmöglichen Zahl erstrebt, und daß er zum zweiten unmoralisch ist, weil er *die Glücklosen preisgibt*, weil

³² Zum Utilitarismus, vor allem in rechtsphilosophischer Hinsicht, siehe aus neuerer Zeit: J. Brito, Praktische Vernunft und Utilitarismus, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 51 (1993), 87ff.; O. Höffe (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik, 1992; K. Papageorgiou, Sicherheit und Autonomie; Zur Strafrechtsphilosophie Wilhelm v. Humboldts und John Stuart Mills, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 76 (1990), 324ff.

³³ Zu dieser Unterscheidung vgl. etwa N. Hoerster, Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung, 1971, S. 20ff.; G. Patzig, Ethik ohne Metaphysik, 2. Aufl. 1983, S. 145ff. Stegmüller, a. a. O. (Fn. 27) und Brito, a. a. O. (Fn. 32).

³⁴ Kant, Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe S. 385.

er sich damit abfindet, daß das Glück der Mehrheit nur allzu oft mit dem Leid der Minderheiten erkaufte wird (das muß nicht eine zahlenmäßige Mehrheit sein, entscheidend ist, daß die betreffende Gruppe in ihrem Einfluß dominierend ist)³⁵. Die Replik, daß die Mehrheit nicht glücklich sein könne, wenn es der Minderheit schlecht geht, scheitert an der Wirklichkeit. Schließlich hat man gerade auch in unserer Zeit um des Glücksgefühls der herrschenden Mehrheit willen ganze Minderheiten auszurotten versucht.

Ein weiterer Einwand zielt in die nämliche Richtung. Der Utilitarismus, so wird gesagt, versteht das Wohlergehen aller, das *Gesamtwohl, kollektiv, nicht distributiv*. Es kommt allein auf das maximale Gesamtwohl an, während die Verteilung des Gesamtwohls auf die verschiedenen Mitglieder keine selbständige Rolle spielt. Deshalb darf der Nachteil, den das System für einige haben mag, durch den größeren Vorteil der anderen aufgewogen werden. Dem können die Benachteiligten aber nicht zustimmen, denn ihre Benachteiligung wird ihnen von den Bevorzugten aufgezwungen. Für die Benachteiligten erhalten zwangsbefugte Sozialordnungen den Charakter des bloßen Zwangs; sie werden zur Gewalt und bleiben daher für die Benachteiligten illegitim³⁶.

Auch dieser Einwand zielt wie der vorige auf die *Vernachlässigung des Minderheitenschutzes*. Und das ist auch der Punkt, an dem die Gerechtigkeitstheorie des bekannten amerikanischen Rechtsphilosophen *John Rawls* den positiven Utilitarismus hinter sich läßt³⁷. Rawls verfährt distributiv, er nimmt nicht Partei für diesen oder jenen, auch nicht für eine Gruppe, sondern für jeden; das ist die von der Gerechtigkeit geforderte Unparteilichkeit. Und während beispielsweise die

³⁵ Siehe I. Tammelo, Unrechtigkeit (Fn. 13), S. 34ff.

³⁶ So O. Höffe, Politische Gerechtigkeit, 1987, S. 75f.

³⁷ J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 5. (deutsche) Aufl. 1990. Der Hinweis von Nörr, daß Rawls seine Lehre mittlerweile revidiert hat, stimmt insoweit, als Rawls seine Auffassung in der Tat in vielen Punkten geändert hat; vgl. Die Idee des politischen Liberalismus, 1992. Aber Rawls hat keineswegs alles revidiert. Gerade in den hier fraglichen Punkten hat Rawls seine Theorie nicht grundlegend verändert. Abgesehen davon ist es auch heute noch sinnvoll, seine frühere Lehre zu diskutieren. – Zum Text siehe noch H. Eidenmüller, Versuch einer Überwindung des Utilitarismus bei John Rawls, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 73 (1987), 235ff.

Diskurstheorie von Habermas für den Konfliktfall keine Prioritätsregeln kennt, hat Rawls sehr wohl solche anzubieten. Auch Rawls geht wie Habermas von dem Prinzip der Universalisierbarkeit ethischer und rechtlicher Normen aus. Aber im Unterschied zu Habermas findet sich bei Rawls ein Kriterium der Priorität, das uns für jeden einzelnen Fall sagt, warum welche individuelle Meta-Ordnung die höchste Priorität hat. Dieses Prioritätskriterium besagt, daß der Person, die bezüglich der Verteilung der individuellen Werte der Geltungsansprüche die schlechter gestellte ist, dann das prioritätsentscheidende Argument zuzubilligen ist, wenn eine Situation vorliegt, in der sie noch schlechter gestellt wäre, wenn die individuelle Meta-Ordnung der besser gestellten Person Priorität erhielte³⁸. Dieses Konzept, das, wie noch zu zeigen sein wird, in manchen Punkten mit der Lehre von dem negativen Utilitarismus konvergiert, heißt allgemeinverständlich *Minderheitenschutz, Grundrechte, Grundfreiheiten*.

Der wohl gewichtigste Einwand gegen den Utilitarismus, gegen den positiven Utilitarismus wohlgemerkt, ist, daß *Glück nicht universalisierbar* ist. Genauer gesagt: Glück ist nur dann universalisierbar, wenn man es sehr abstrakt, ja eigentlich inhaltsleer faßt. Es ist ganz ähnlich wie bei dem Begriff des Guten (was nicht dasselbe ist wie das Nicht-Ungute), dessen Universalisierung zu dem tautologischen Satz führt: Das Gute ist zu tun, das Böse ist zu lassen. Faßt man Glück konkret – und man muß es konkret fassen, wenn man inhaltlich argumentieren will –, dann bedeutet es nachgerade für jeden etwas anderes. Des einen Glück ist es, Platon zu lesen, des anderen Glück ist es, ein schnelles Motorrad zu fahren. Die Lebensqualitäten der Menschen sind zu verschieden, als daß sie auf einen Nenner zu bringen wären. Gewiß wollen alle, jedenfalls fast alle Menschen gesund, frei, reich, satt, besitzhabend und erfolgreich sein, aber es gibt viele gesunde, freie, reiche, erfolgsgewöhnte Menschen, die nicht glücklich sind, ganz abgesehen davon, daß die Universalisierung des Glücks der Mehrheit zum Unglück und Elend, vielleicht sogar zur Ausrottung der Minderheit führen kann. Wie soll überhaupt die Universalisierung des Glücks der Mehrheit aussehen? Man sagt: Universalisierung des westlichen Lebensstandards. Das würde den Kollaps

³⁸ Näher dazu L. Kern, in: L. Kern/H.-P. Müller (Hrsg.) *Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt?*; *Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie*, 1986, S. 83ff.

der von uns bewohnten Welt bedeuten und wäre daher unsittlich. Ob das wirklich so sei?, wird gefragt (Landau). Es ist deshalb so, weil der ganzen Menschheit anteilmäßig nicht entfernt so viele Ressourcen zur Verfügung stehen, wie sie heute eine kleine Minderheit verbraucht, und weil die Erde im Unrat (Atommüll!) ersticken würde, sollten alle Menschen so viele Abfälle erzeugen, wie sie die genannte Minderheit erzeugt³⁹.

Nun hat Günther Patzig zu bedenken gegeben, daß Glück nur dann nicht universalisierbar sei, wenn man es, wie Bentham, als Substanz begreift, aber er ist den Beweis schuldig geblieben, wie vom Standpunkt eines normativen Glücksbegriffs die Universalisierung gelingen könnte, ja er macht sich selbst den Einwand, daß wir es im Prinzip jedem einzelnen Menschen überlassen müssen, wie er für sich Prioritäten setzt⁴⁰. Jeder ist eben selbst seines Glückes Schmied. Eben dies sagt auch Kant: „Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlbefinden anderer Menschen denkt) glücklich zu sein, sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit anderer, einem ähnlichen Zwecke nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, (d. i. diesem Rechte des anderen) nicht Abbruch tut“⁴¹. Es ist nicht uninteressant, daß Patzig (ein Anwalt des – positiven – Utilitarismus) in dieser Frage zum selben Ergebnis kommt wie Kant; er sagt: „Niemand kann das Recht haben, andere Menschen über ihren eigenen Kopf hinweg für die Erreichung von Zielen einzuspannen, von denen *ein anderer* festgesetzt hat, daß es ihre objektiven Ziele sein sollten“⁴². Dieser Satz ist nicht zu beanstanden, nur ist es so, daß Patzig damit den strengen Utilitarismus überschreitet. – Zusammengefaßt läßt sich sagen, daß man über das Glück keine allgemeinen Regeln aufstellen kann und daß die Ethik, geschweige denn das Recht, das Glück nicht garantieren kann.

³⁹ Im Sinne des Textes V. Höhle, Philosophie der ökologischen Krise, 1991; E. Dreiermann, Der tödliche Fortschritt. 6. Aufl. 1990.

⁴⁰ G. Patzig, Ethik (Fn. 33), S. 54.

⁴¹ Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Ausgabe Weischedel, Bd. VI, S. 145.

⁴² G. Patzig, Ethik (Fn. 33), S. 140f.

VI. Der negative Utilitarismus

Wie sich gezeigt hat, leidet der positive Utilitarismus vor allem an drei Mängeln: 1. Sein Interesse gilt nur der Mehrheit (nochmals: es muß keine zahlenmäßige Mehrheit sein); möglichst viele sollen glücklich werden, um die Minderheit der Unglücklichen (zahlenmäßig kann es die Mehrheit sein) kümmert er sich nicht. *Ein Minderheitenschutz läßt sich positiv-utilitaristisch nicht begründen*, ja gegebenenfalls kann die Minderheit bekämpft werden, wenn dies dem Glücksempfinden der Mehrheit förderlich ist. 2. Der positive Utilitarismus versteht das Gemeinwohl *kollektiv, nicht distributiv*. Infolgedessen gibt es auch keine Prioritätsregeln für die Zuteilung des Gesamtwohls. 3. Das *Glück* läßt sich *nicht universalisieren*, es sei denn, man faßt es inhaltsleer; dann taugt es aber nicht zur Begründung ethischer und rechtlicher Gebote.

Diesen Mängeln entgeht der negative Utilitarismus. Er geht, worauf oben schon hingewiesen wurde, von der Einsicht aus, daß wir wissenschaftlich gesicherte (apriorische) Erkenntnisse vom „Wesen“ der Dinge, insbesondere von der Werten, allermeist nicht haben⁴³. In aller Regel können wir wissenschaftlich gesicherte Aussagen nur von dem machen, was das „Wesen“ der Dinge nicht ist, Aussagen über Unwerte. Dieses negative Prinzip ermöglicht, daß wir mit einem Minimum an Metaphysik auskommen.

Kant hat in seiner Abhandlung: „Versuch, den Begriff der negativen Größen in die Weltweisheit einzuführen“ gezeigt, daß der Mangel von X nicht dasselbe ist wie non-X; anschaulich: Wer etwa ein Medikament mit einem Glas Wasser einnimmt, fühlt bei dem Geschmack des Wassers keine Lust; dieser Mangel an Lust ist aber noch

⁴³ Erkenntnisse a posteriori, unvollkommene und inadäquate Erkenntnisse, die unter bestimmten Voraussetzungen sehr wohl auch wissenschaftlich genannt werden können, gibt es auch von Essentialia und von Werten. Solche Erkenntnisse, die aber eben nicht zwingend und also riskant sind, benötigt man vor allem zur positiven Begründung.

nicht Unlust⁴⁴. Oder ein anderes von Borchardt entlehntes Beispiel: Ein Fußballschiedsrichter hat nicht dafür zu sorgen, daß ein Spiel gut ist, er hat nur negativ darüber zu wachen, daß es nicht ungut ist, nämlich daß keine Regelverstöße vorkommen. Dementsprechend ist für uns der Mangel an Unglück nicht Glück, sondern eben Nicht-Unglück. Und Nicht-Recht ist nicht gleichbedeutend mit Unrecht, wie Nicht-Unrecht nicht gleichbedeutend mit Recht ist⁴⁵.

Angewandt auf den negativen Utilitarismus heißt das, daß es mehr gilt, dem Unglück zu wehren, als das Glück zu fördern (was immer das sei). Noch einmal sei gesagt, daß sich der positive Utilitarismus übernimmt, wenn er den Menschen Glück bescheren will. Der negative Utilitarismus dagegen strebt in realistischer Bescheidenheit nur an, den Menschen einen Zustand des Nicht-Unglücks zu sichern. Dem entspricht die Erfahrung. Wann fühlt man sich schon rundum glücklich! Normalerweise ist man zufrieden, wenn man nicht unglücklich ist. Und so ist es auch mit dem Erlebnis von Gerechtigkeit; das Problem der Gerechtigkeit stellt sich fast immer erst beim Zusammenstoß mit einer Ungerechtigkeit. Es sind die Unwerte – Ungerechtigkeit, Unglück, Unfreiheit –, die vom Menschen als immer präsenste Grenzsituationen erfahren werden.

Im Gegensatz zum positiven Utilitarismus, der Glück verwirklichen will, ist der negative Utilitarismus, der dem Unglück begegnen will, *universalisierbar*. Wovor alle Menschen verschont bleiben wollen, läßt sich konkret benennen: *Krankheit, Siechtum, Seuchen, Schmerzen, Armut, Unfreiheit, Hunger, Obdachlosigkeit, existentielles Bedrohsein*. Dabei muß, wie Borchardt hervorhebt, bedacht werden, daß z. B. Armut in dem Sinne relativ ist, als sie auf den Durchschnitt bezogen werden muß; mancher in unserem Sinne Arme wäre mit dem, was er immerhin hat, in der Dritten Welt recht wohlhabend. Entsprechendes gilt für Leid, Krankheit, Seuchen, Obdachlosigkeit...

Man kann das Gesagte auf folgenden Leitsatz bringen: Gemeinwohlerechtigkeit ist in einer solchen Weise anzustreben, daß beste-

⁴⁴ Kant, Versuch, den Begriff der negativen Größen in die Weltweisheit einzuführen, Ausgabe Weischedel, Bd. I, S. 777ff., bes. S. 792f.

⁴⁵ Man kann dem nicht das Prinzip „Tertium non datur“ entgegenhalten. Dieses Prinzip gilt uneingeschränkt nur in der ontischen Logik. In der deontischen Logik hat das „non“ nicht die gleiche Bedeutung wie in der Umgangssprache.

hendes Leiden möglichst beseitigt oder doch vermindert wird, daß kein vermeidbares Leiden entsteht und daß unvermeidbares Leiden minimalisiert und so schonend wie möglich den einzelnen Gesellschaftsmitgliedern auferlegt wird. Noch kürzer kann man es auf folgenden Imperativ bringen:

Handle so, daß die Folgen deiner Handlung verträglich sind mit der größtmöglichen Vermeidung oder Verminderung menschlichen Elends.

Bekanntlich hat *Hans Jonas* einen ähnlichen Imperativ formuliert: „Handle so, daß die Wirkungen deiner Handlung verträglich sind mit der Permanenz echten menschlichen Lebens.“ Weniger bekannt ist aber die negative Fassung, die wohl eher zu verwirklichen sein dürfte als die positive: „Handle so, daß die Wirkungen deiner Handlung nicht zerstörerisch sind für die künftige Möglichkeit solchen Lebens.“⁴⁶ Es ist die alte naturrechtliche Regel: *neminem laede*. (Man könnte hier Erwägungen darüber anstellen, ob und gegebenenfalls wie solche Imperative im Sinne des Tierschutzes zu erweitern wären. Das ist eine problematische und schwierige Regelungsmaterie, besonders dann, wenn man ganz allgemein „Rechte der Natur“ gewähren will. Mit einer Proklamation allein ist kaum etwas getan⁴⁷.)

Nochmals, es geht nicht um die Erreichung von Glück, sondern um die Abwendung der schlimmsten Arten von Unglück. Und da alle Menschen das Bestreben haben, von Unglück verschont zu bleiben, ist der negative Utilitarismus generalisierbar, konsensfähig, wird ihm niemand seine Zustimmung verweigern.

Gegen ein solches Konzept des zu verwirklichenden Gemeinwohls wird eingewendet, es sei allzu zurückhaltend und bescheiden, man müsse mehr verlangen als nur Nicht-Unglück und Nicht-Ungerechtigkeit. Dieser Einwand trifft aber nicht zu. Nicht nur, daß Ethik und Recht bisher fast immer versagt haben, wenn sie positive Werte wie Glück und Gerechtigkeit zu verwirklichen suchten – das vom negati-

⁴⁶ H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Neue Ausgabe 1980, S. 36.

⁴⁷ Vgl. dazu kritisch A. Kaufmann, *Gibt es Rechte der Natur?*, in: Festschrift für Günter Spandel, 1992, S. 59ff., auch in ders., *Über Gerechtigkeit* (Fn. 10), S. 369ff.

ven Utilitarismus ersterbte Ziel ist ein großes und gar nicht bescheidenes Ziel, und wenn die Ethik und vor allem das Recht die größtmögliche Verminderung des Elends erreichten, wäre für das bonum commune der Menschheit unendlich viel gewonnen. So wenig Elend für so wenig Menschen wie nur irgend möglich: Man muß eher fragen, ob nicht auch dieses Ziel zu hochgesteckt ist. Übrigens wäre das Konzept des negativen Utilitarismus wohl auch geeignet, der allseits beklagten Verrechtlichung aller Lebensbereiche entgegenzuwirken (die Konsequenzen für die einzelnen Rechtsbereiche wären natürlich verschieden, für das Strafrecht andere als beispielsweise für das öffentliche Recht).

Nach dem Gesagten muß kaum noch eingehend begründet werden, daß der negative Utilitarismus den *Minderheiten* gerecht wird: den Erniedrigten, Geknechteten, Verfolgten, den Armen, Hungernen und Obdachlosen, den Menschen auf der Flucht aus einer unmenschlichen Gegenwart in eine fragwürdige Zukunft. Wie bei John Rawls erhalten die schwachen, die glücklosen Personen unter bestimmten Voraussetzungen (nämlich wenn sie nach dem Verteilungsschlüssel noch schlechter gestellt würden) das prioritätsentscheidende Argument zugebilligt. Dieses Rawlssche Differenzprinzip, wonach die Schlechterstellung über das ethisch und rechtlich bessere Argument entscheidet⁴⁸, ist *die* Prioritätsregel des negativen Utilitarismus. Natürlich haben Henrich und Borchardt recht, wenn sie darauf hinweisen, daß es in concreto sehr auf die Gewichtung ankommt und namentlich darauf, wer über die Gewichtung, über die Prioritäten, entscheidet. Was dies angeht, bin ich, im Unterschied zu Rawls, der Meinung, daß sich die Kriterien von Schlechterstellung und Unglück, über die nach Rawls die gedachte „repräsentative Person“ entscheidet, nicht so sehr aus einem formalen Verfahren (bei Rawls aus der fingierten „original position“), als vielmehr zuerst und vor allem aus der *Erfahrung* ergeben. Der negative Utilitarismus benennt also eine der wichtigsten Prioritätsregeln für die Bestimmung dessen, was als das bonum commune und damit als die materiale Gerechtigkeit (Nicht-Ungerechtigkeit) anzusehen ist.

⁴⁸ Siehe J. Rawls, *Theorie* (Fn. 37) und L. Kern, *Gerechtigkeit* (Fn. 38).

VII. Einzelfragen

Man kann die Theorie des negativen Utilitarismus an einer Reihe von Einzelfragen erhärten.

Die Naturrechtsphilosophen der Aufklärungszeit haben das Wesen des Rechts negativ bestimmt. Bei *Christian Thomasius* findet sich folgende typische Dreiteilung: Die Ethik hat es mit dem *honestum* zu tun gemäß der *ersten positiven goldenen Regel*: *quod vis ut alii sibi faciant, tu et facias*; in der Politik geht es um das *decorum* entsprechend der *zweiten positiven goldenen Regel*: *quod vis ut alii tibi faciant, tu et ipsis facias*; das Recht, das Naturrecht, schließlich ist auf das *iustum* beschränkt und damit auf die *negative goldene Regel*: *quod tibi non vis fieri, alteri non feceris*. Und bezeichnenderweise fügt Thomasius hinzu: Die Rechtsvorschriften hindern die Feindschaft, erwerben aber noch keine Freunde. Sie schaffen das geringste Gut, aber halten das höchste Übel ab. Darum sind sie am notwendigsten, denn ohne sie ginge das Menschengeschlecht zugrunde⁴⁹. Übrigens kommt in den Unterscheidungen des Thomasius eine sehr bemerkenswerte Auffassung über das Verhältnis von Recht und Moral zum Ausdruck. Der § 323 c Strafgesetzbuch, der „Liebesparagraph“, der die Hilfeleistung in bestimmten Not- und Unglücksfällen gebietet (die zweite positive goldene Regel: was du willst, daß dir die andern tun, das tu du auch ihnen), ist streng genommen keine rechtliche Vorschrift (die negative goldene Regel: was du nicht willst, daß man dir tu, das füg' auch keinem andern zu), als vielmehr eine politische bzw. sozialetische; ursprünglich stand diese Bestimmung auch gar nicht im Strafgesetzbuch, sondern im Polizeirecht.

⁴⁹ Ch. Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justi ac decori, 4. Aufl. 1718 (Neudruck 1963). Dazu H. Rüping, *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule*, 1968, bes. S. 44f.

Neben der goldenen Regel ist wohl der *kategorische Imperativ Kants* der bedeutendste ethische Grundsatz⁵⁰. Darüber gibt es soviel Literatur, daß es unmöglich ist, dazu mit wenigen Worten in adäquater Weise Stellung zu nehmen. Es geht hier auch nur darum, auf einen Aspekt des kategorischen Imperativs hinzuweisen, der oft unbeachtet bleibt, nämlich auf seinen Prozeßcharakter. Dazu hat schon *Arthur Schopenhauer* geschrieben: „Kants Begründung seines Moralgengesetzes ist ... keineswegs die empirische Nachweisung desselben als einer Tatsache des Bewußtseins noch eine Appellation an das moralische Gefühl noch eine *petitio principii* unter dem vornehmen modernen Namen eines 'absoluten Postulats', sondern es ist ein sehr subtiler Gedankenprozeß“⁵¹, nämlich, wie hinzuzufügen ist, ein Verfahren zum Zwecke der Aussonderung schlechthin unmoralischen Verhaltens.

Wie im Naturrechtszeitalter der Aufklärung das Recht eine negative Funktion hatte, so werden heute die meisten *Grund- und Menschenrechte* als Abwehrrechte verstanden. *Georg Jellinek* rechnet in seinem klassischen Buch: „System der subjektiven öffentlichen Rechte“ die Mehrzahl der Grundrechte zum „negativen Status“; wörtlich: „Die einzelnen Grundrechte sind ...“, „wie allgemein bekannt, zuvörderst Negationen bisher in Kraft gewesener Beschränkungen. Weil es früher eine Zensur gab, wurde Pressefreiheit, weil Gewissenszwang herrschte, Glaubensfreiheit proklamiert.“⁵² Und auch der Gleichheitssatz hat, wiewohl er nach Jellinek ein positives Prinzip darstellt, gemäß der ganz überwiegenden Meinung in Praxis und Lehre in erster Linie eine negative Funktion, nämlich das Verbot von Will-

⁵⁰ Vom kategorischen Imperativ Kants gibt es drei Fassungen: 1. Handle so, daß die *Maxime* deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne (Kritik der praktischen Vernunft, Akademieausgabe, S. 54); 2. Handle so, als ob die *Maxime* deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte (Grundlegung der Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe, S. 421); 3. Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst (ebenda, S. 429).

⁵¹ Schopenhauer, *Sämtliche Werke*, hrsg. von W. Freiherr von Löhneysen, Bd. III, 1980, S. 667.

⁵² G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1905 (Nachdruck 1963), S. 94ff.

kür⁵³. Ähnliches könnte man bei den *General Principles of Law*, von denen heute soviel die Rede ist, feststellen.

Auf die Gretchenfrage, wie sich nach der hier vertretenen Lehre die Grund- und Menschenrechte *begründen* lassen, ist zu antworten, daß eine positive Begründung nur möglich ist, wenn diese Rechte sehr abstrakt formuliert werden. Konkret lassen sich zumeist nur negative Aussagen machen, z. B. wenn, wie es in Artikel 19 Absatz 2 Grundgesetz heißt, ein Grundrecht in seinem „Wesensgehalt“ angetastet wird. Dann ist der Grundrechtseingriff unzulässig. Und was ein Wesensgehaltseingriff ist, besagt nach einer verbreiteten, freilich nicht unbestrittenen Meinung dies, daß der Eingriff „unverhältnismäßig“ ist, also wieder eine negative Formel⁵⁴.

Mit der *Menschenwürde* wird heute sehr oft argumentiert, z. B. beim Schwangerschaftsabbruch, bei den Methoden der künstlichen Fertilisation und des Embryotransfers, bei der Gentechnologie, vor allem bei der Humangenetik, bei der Organtransplantation, bei der Sterbehilfe und in ähnlichen Bereichen mehr. Soweit sich hier überhaupt mit der Menschenwürde argumentieren läßt, können damit allermeist nur ganz extrem unsittliche Verhaltensweisen inhibiert werden. So lassen sich etwa in einem Transplantationsgesetz oder in einem Gesetz über Sterbehilfe im wesentlichen nur in einer negativen Weise besonders anstößige Praktiken verbieten (natürlich kann, wie Landau zuzugeben ist, manches auch positiv geregelt werden – oben wurde ja betont, daß in der Wissenschaft das negative Prinzip allein nicht genügen kann, man muß *auch* positiv begründen). Nicht zuletzt deswegen, weil man die hier bestehenden immanenten Grenzen des Rechts nicht beachtet hat, sind so manche Gesetzgebungsvorhaben auf diesen Gebieten bisher gescheitert.

Es ist ja auch in anderen Bereichen des Rechts so, beispielsweise bei § 138 BGB, der nur Feststellungen verlangt, was unzweifelhaft *gegen die guten Sitten* verstößt; verlangte diese Bestimmung eine positive Feststellung darüber, was eindeutig den guten Sitten entspricht,

⁵³ H.-U. Gallwas, Grundrechte, 1985, S. 38 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁵⁴ Daß diese Meinung problematisch ist, ist Lerche zuzugeben. Sie ist auch nicht meine Meinung. Siehe näher A. Kaufmann, Über den „Wesensgehalt“ der Grund- und Menschenrechte, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 70 (1984), 384 ff.

brächte sie uns in eine arge Verlegenheit (es ist hier nicht anders als bei der Radbruchschen Formel).

Jedenfalls ist, wie Canaris und Witte mit Recht betonen, die Frage, ob man eine solche Vorschrift positiv oder negativ faßt, *keine reine Formulierungsfrage* (wenn auch der Schnittpunkt von positiv und negativ nicht immer eindeutig bestimmt werden kann). Die Frage, welche Formulierung zu wählen ist, hat sachliche Konsequenzen, nicht zuletzt die Konsequenz einer unterschiedlichen Verteilung der Beweislast (nicht was den guten Sitten entspricht, muß man beweisen – das Gegebensein dieser Entsprechung wird vermutet –, man braucht vielmehr nur darzutun, daß in concreto [evident] gegen die guten Sitten verstoßen wurde, womit die oben erwähnte Vermutung ausgeräumt ist).

VIII. Schluß

Es ist gesagt worden (Canaris), ich hätte das negative Prinzip überpointiert. Das habe ich in der Tat. Eine neue Lehre – und darum handelt es sich ja wohl – muß starke Akzente setzen, um Aufmerksamkeit zu erlangen. Hermann Kantorowicz hat im Hinblick auf die von ihm mitbegründete Freirechtsbewegung einmal gesagt: „Begriffliche Klarheit bis ins letzte darf nicht gefordert werden; noch keine junge Bewegung hat genau gewußt, was sie gewollt, genau gewollt, was sie erreicht hat⁵⁵.“ Mutatis mutandis möchte ich diese Worte auch für meinen Versuch in Anspruch nehmen.

Ceterum censeo:

Man darf die menschliche Erkenntniskraft nicht überschätzen. Der Mensch ist ein endliches Wesen, und als solches vermag er nichts Absolutes zu vollbringen. Ein bekanntes Kant-Wort drückt sehr gut aus, was ich meine: „Aus so krummem Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, kann nichts ganz Gerades gezimmert werden⁵⁶.“

⁵⁵ Gnaeus Flavius (Pseudonym), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, S. 5.

⁵⁶ Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, Ausgabe Weischedel, Bd. VI, S. 41. Dazu H. Klenner, *Über Kants Krummholz-Metapher; Eine Marginalie zu seiner Rechtslehre*, in: *Rechtsstaat und Menschenwürde; Festschrift für Werner Maihofer*, 1988, S. 223.