



Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints
aus der Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter
Bonn
2000/16

Offene Gemeinwohldefinitionen

von
Christoph Engel



Offene Gemeinwohldefinitionen

Christoph Engel

Oktober 2000

Offene Gemeinwohldefinitionen

I.	Fragestellung.....	2
II.	Die notwendige Offenheit von Gemeinwohldefinitionen.....	3
1.	Interessen und Ideen.....	4
2.	Fundamentale Relativität.....	5
a)	Unvereinbare Rationalitäten.....	6
b)	Denken vom Individuum oder von der Gemeinschaft her	7
c)	Unvereinbare normative Währungen.....	7
3.	Begrenztheit der Erkenntnis	8
4.	Eigenwert von Offenheit	8
III.	Zu einfache Lösungen.....	9
1.	Leugnen des Problems.....	10
a)	Fundamentalismus.....	10
b)	Reine Deliberation.....	10
c)	Ausschließlich formale Definition des Gemeinwohls.....	10
2.	Grundloses Entscheiden.....	11
IV.	Notwendigkeit begründeter Entscheidungen.....	12
1.	Funktion für das Individuum.....	12
2.	Funktion für die soziale Koordination.....	13
3.	Funktion für den Staat.....	13
4.	Funktion für das Recht	14
V.	Lösungen.....	15
1.	Koexistenz unvereinbarer Ideen.....	15
a)	Differenzierung.....	15
b)	Stabilität durch Wandel.....	17
c)	Trennung von Entscheidung und Gründen.....	17
2.	Ideen in der Wirklichkeit.....	18
a)	Evidenz.....	19
b)	Szenario Technik	20
c)	Plastizität der Problemdefinition.....	20
3.	Begrenzte Dezsion.....	21
a)	Begrenzter Dezsionsbedarf.....	21
b)	Durch Ideen kontrollierte Dezsion.....	21
c)	Begrenzung der Dezsionswirkungen.....	23
VI.	Normative Folgerungen.....	24

* Adrienne Héritier, Christoph Knill, Stefan Okruch, Jost Pietzcker und Urs Schweizer danke ich für hilfreiche Kommentare, meiner Mitarbeiterin Esther Freistedt danke ich für ihre Hilfe bei der Zusammenstellung des Materials.

I. Fragestellung

Geht nicht. Ist gescheitert. Apolitisch. Ahistorisch. Naiv. Vormodern. Unwissenschaftlich. Schädlich. Solche wenig schmückenden Beiworte bekommt angeheftet, wer heute noch aufbricht, das Gemeinwohl zu definieren¹. Stimmt das? Oder machen es sich die Kritiker vielleicht doch zu einfach?

Das ist jedenfalls die These dieses Aufsatzes. Er plädiert für offene Gemeinwohldefinitionen. Das Plädoyer setzt sich aus drei aufeinander bezogenen Elementen zusammen: Dem Gemeinwohl, seiner Definition und ihrer Offenheit. Gemeinwohl ist der Gegenbegriff zum Individualwohl. Damit soll nicht geleugnet werden, daß auch das Individuum einen Wunsch nach normativer Vergewisserung hat. Erst in der sozialen Dimension wirft die normative Entscheidung aber ein Legitimationsproblem auf. Das Merkmal der Definition grenzt das Anliegen dieses Aufsatzes von einem bloßen Gemeinwohldiskurs ab. Es geht mit anderen Worten um verbindliche Entscheidungen über den Inhalt des Gemeinwohls². Das Merkmal der Offenheit verweist schließlich darauf, daß es nicht darum gehen kann, ein für alle Mal über den Inhalt des Gemeinwohls zu entscheiden. Gültigkeit beansprucht die Entscheidung vielmehr nur für dieses eine Mal, für das sie getroffen ist. Das ist eine stärkere Einschränkung, als wenn bloß vorläufig entschieden würde. Es geht nicht bloß darum, daß noch die volle Einsicht in den Gemeinwohlbelang fehlt. Es geht also nicht nur um einen Zwischenschritt in der linear gedachten Entwicklung der Erkenntnis und Verwirklichung von Gerechtigkeit. Vielmehr bleibt die Definition des Gemeinwohls auf Dauer offen. Die angemessene Balance widerstreitender Definitionen des Gemeinwohls ist in jeder historischen Situation wieder neu zu finden.

Wenn das Gemeinwohl durch eine Entscheidung definiert werden muß, ist seine Bestimmung keine reine Wahrheitsfrage. Deshalb kommt es darauf an, wer das Gemeinwohl definiert, und für welchen Zweck³. Darin steckt zugleich die Frage, wofür im folgenden Aussagen gemacht werden sollen. Gemeinwohldefinitionen sind auch Aussagen zu den Staatsaufgaben. Solche Aussagen werden für juristische Entscheidungen über staatliche Interventionen in die Freiheit von Individuen gebraucht. Das Übermaßverbot wird stumpf, wenn die Definition des Gemeinwohls dem Verfassungsgericht entzogen ist. Ob die gesetzgeberische Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist, läßt sich schon logisch nur mit Bezug auf ein gesetzgeberisches Ziel bestimmen. Dürfte das Gericht zu diesem Ziel gar keine Aussagen machen, könnte es nicht einmal eine Prüfung der materiellen Grundrechtsschranken vornehmen. Müßte es die expliziten und impliziten Aussagen des Gesetzgebers über das von ihm verfolgte Ziel stets für bare Münze nehmen, wäre seine Kontrolle nichts als eine

¹ Drei Stimmen aus dem Chor der Skeptiker sollen genügen: *Bernhard Schlink*: Abwägung im Verfassungsrecht (Schriften zum Öffentlichen Recht 299) Berlin 1976, 190: Sache der Politik, nicht des Verfassungsrecht; *Deborah Stone*: Policy Paradox and Political Reason, Glenview 1988, 7; *Dieter Grimm*: Staatsaufgaben – eine Bilanz, in: *ders.* (Hrsg.) Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, 771-786 (773): Staatszwecklehren sind „in Verfall geraten“.

² Der Begriff der Definition wird also nicht bloß analytisch verwendet. Es geht nicht bloß um Terminologie oder begriffliche Konventionen, sondern um Dezision.

³ Vgl. *Robert Uerpmann*: Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff (Jus Publicum 47) Tübingen 1999, 274: „Hinter der Frage nach der Zulässigkeit von Güterabwägungen im Verfassungsrecht erscheint vielmehr die Kompetenzfrage danach, wer diese Abwägungen vorzunehmen hat“.

rhetorische Pflichtübung. Anders formuliert: Aus dem Rangverhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Recht folgt notwendig die autonome Befugnis des Verfassungsgerichts zur Definition des Gemeinwohls. Gestritten werden kann nur über Grad und Maß, also über die Kontrolldichte.

Gemeinwohldefinitionen werden aber auch in der spiegelbildlichen Konstellation gebraucht, also bei juristischen Entscheidungen über die Interventionen sozialer Akteure in die Freiheit von Individuen. Das ist das Anliegen der Schutzpflichten. Sie wollen den Staat von Verfassungs wegen verpflichten, zum Schutz der Freiheit des einen in die Freiheit des anderen zu intervenieren⁴. Man kann es auch so formulieren: Staatsaufgaben sind nicht bloß Steuerungsaufgaben.

Die Definition des Gemeinwohls ist aber nicht bloß eine Rechtsfrage. Es geht auch nicht bloß darum, den individuellen, kollektiven oder korporativen Akteuren im Prozeß der juristischen Gemeinwohldefinition eine Stimme zu verschaffen⁵. Vielmehr definieren auch politische und soziale Institutionen für ihre eigenen Zwecke das Gemeinwohl. Sie sind dabei strukturell vor genau die gleichen Probleme gestellt, die uns im Folgenden beschäftigen werden.

Zunächst sollen die Kritiker zu Wort kommen. Denn im Ausgangspunkt haben sie recht: Gemeinwohldefinitionen sind notwendig offen (II). Aus dieser Einsicht darf man aber nicht vorschnell zu einfache Folgerungen ziehen (III). Wir können nicht darauf verzichten, Entscheidungen materiell zu begründen, also das Gemeinwohl zu definieren (IV). Scheinbar führt das in eine Aporie: wir brauchen Gemeinwohldefinitionen, wir können sie aber nicht bekommen. Dieser Eindruck ist falsch. Geht man von geschlossenen zu offenen Gemeinwohldefinitionen über, löst sich die Aporie auf (V). Das gelingt gleich in einer ganzen Vielzahl von Institutionen. Der Aufsatz endet deshalb mit einer Aufforderung: die Bedingungen zu bestimmen, unter denen eine dieser Institutionen den übrigen vorzuziehen ist (VI).

II. Die notwendige Offenheit von Gemeinwohldefinitionen

Gemeinwohldefinitionen sind notwendig offen. In diesem Satz sind zwei Aussagen verborgen. Ökonomen würden sie die positive und die normative Aussage nennen. Gemeinwohldefinitionen müssen offen sein. Aber selbst wenn Geschlossenheit vorstellbar wäre, wäre ein Gemeinwesen gut beraten, die Gemeinwohldefinitionen offenzuhalten. Sie sollen also auch offen sein.

Gemeinwohldefinitionen müssen offen sein, weil Menschen von Interessen und Ideen zugleich bestimmt sind (1); weil die fundamentale Relativität der Werte nicht aufhebbar ist (2); schließlich weil unsere Möglichkeiten der Erkenntnis notwendig begrenzt sind (3). Die Offenheit hat zugleich aber auch einen Eigenwert (4).

⁴ Aus der reichen Literatur s. nur *Johannes Dietlein*: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992.

⁵ Dafür hat vor allem plädiert *Peter Häberle*: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation, in: JZ 1975, 297-305.

1. Interessen und Ideen

Nichts ist umsonst in der Welt. Das gilt auch für gute Theorie. Je leistungsfähiger eine Theorie ist, desto intensiver verstellt sie nämlich den Blick auf die Teile der Wirklichkeit, die sie abblenden muß. Diese Einsicht gilt in besonderem Maße für das ökonomische Modell, oder allgemeiner für die Rational Choice Analyse. Sie reduziert menschliches Verhalten auf die Wahrnehmung von Interessen. Tatsächlich ist menschliches Verhalten aber auch von Theorien geprägt, also von Vorstellungen über Zusammenhänge in Natur und Gesellschaft⁶. Außerdem wollen die Menschen im Einklang mit normativen Leitbildern leben, denen sie sich verbunden fühlen⁷. Aus beiden Gründen muß der analytische Blick nicht nur auf Interessen fallen, sondern auch auf Ideen⁸; den Gegenpol der Ideen kann man also analytisch oder normativ verstehen.

Vor Einseitigkeit ist auch in umgekehrter Richtung zu warnen. Diese Warnung richtet sie sich nicht gegen das ökonomische Modell, sondern gegen die Diskursethik⁹. Die Diskurstheorie hat Recht, wenn sie darauf verweist, daß Individuen von normativen Leitbildern beeinflusst sind. Aber nicht nur korporative oder kollektive Akteure, auch die Individuen sind stets auch von ihren Interessen geleitet. Sie ringen nicht nur um angemessene Ideen, sondern wollen auch ihren persönlichen Vorteil gegen andere durchsetzen. Wenn man sich den herrschaftsfreien Diskurs als einen interessenfreien vorstellt, ist er eine Utopie.

Das klingt wie ein fundamentaler Angriff auf gleich beide widerstreitenden theoretischen Konzeptionen. Sieht man näher hin, wandelt sich der scheinbare Angriff aber zur Wohltat. Solange sie streng innerhalb ihres eigenen Modells bleiben, führen beide Konzeptionen nämlich in eine Aporie. Auch durch die Öffnung für die jeweils ausgeblendete zweite Triebfeder menschlichen Verhaltens löst sich diese Aporie zwar nicht notwendig und nicht in jedem Fall auf; auf diesem Wege besteht aber am ehesten Hoffnung.

Der Marquis de Condorcet hat die Ökonomen schon im Jahre 1785 darauf hingewiesen, daß Koordinationsprobleme unlösbar werden, wenn drei Personen drei verschiedene Anliegen unterschiedlich gewichten. Ein Abstimmungsprozeß wird dann zirkulär¹⁰. *Kenneth Arrow* hat das zum allgemeinen Unmöglichkeitstheorem ausgebaut:

„If we exclude the possibility of interpersonal comparisons of utility, then the only methods of passing from individual tastes to social preferences which will be satisfactory and which will be defined for a wide range of sets of individual orderings are either imposed or dictatorial“¹¹.

⁶ *Viktor Vanberg/James M. Buchanan: Interests and Theories in Constitutional Choice*, in: *Journal of Theoretical Politics* 1 (1989) 49-62.

⁷ *Fritz W. Scharpf: Games Real Actors Play. Actor-Centered Institutionalism in Policy Research (Theoretical Lenses on Public Policy)* Boulder 1997, 64.

⁸ Zusammenfassend *Albert S. Yee: The Causal Effects of Ideas on Policies*, in: *International Organization* 50 (1996) 66-108.

⁹ Ihr prominentester Vertreter ist bekanntlich *Jürgen Habermas*, s. nur: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt 1992.

¹⁰ *Marquis de Condorcet: Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris 1785 (Nachdruck New York 1972).

¹¹ *Kenneth J. Arrow: Social Choice and individual Values (Cowles Foundation Monograph 12)* New Haven² 1963, 59; eine gut lesbare Darstellung findet sich bei *Gebhard Kirchgässner: Homo Oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 74)* Tübingen 1991, 98-107.

Wenn die Individuen nicht mehr bloß um Interessen streiten, sondern zugleich auch um Ideen, wird das Koordinationsproblem jedenfalls einfacher. Denn nun müssen nicht mehr beliebige Präferenzen abgeglichen werden. Vielmehr können die Beteiligten zunächst danach streben, die widerstreitenden Wünsche durch einen Diskurs über die zugrundeliegenden Ideen in eine Ordnung zu bringen. Auch wenn sie sich auf die Rechenhaftigkeit einer einzigen normativen Währung nicht einlassen, können sie sich doch darauf verständigen, einem Anliegen schon abstrakt ein höheres Gewicht zuzuweisen¹².

Die Diskursethik hat ein spiegelbildliches Problem. Die möglichen Ideen lassen sich nicht zu einem geschlossenen System denken. Es gibt keine Grundnorm, von der sich alle normativen Entscheidungen ableiten ließen. Das wird uns noch näher beschäftigen¹³. Für die Diskursethik führt das deshalb in eine Aporie, weil man verschiedene konzeptionelle Ausgangspunkte in einer reinen Welt der Ideen nicht gewichten kann. Ebenso wenig kann man Ideen gegeneinander tauschen. Beides ist nur mit Interessen möglich. Das klassische Beispiel ist der Stimmentausch im Parlament. Die eine Partei setzt heute die von ihr favorisierte Idee hintan. Zum Ausgleich verspricht die andere Partei, künftig einmal wider die eigene Überzeugung der Idee der ersten den Vorzug zu geben.

Das Spannungsverhältnis von Interessen und Ideen ist also nicht nur unauflösbar. Es ist auch hilfreich bei der Bewältigung von Koordinationsproblemen, die andernfalls unlösbar wären. Wie jede Wohltat ist allerdings auch diese nicht kostenlos. Sie wird erkaufte mit dem Ende der theoretischen Geschlossenheit. Denn Ideen können nicht bruchlos in Interessen übersetzt werden und umgekehrt.

2. Fundamentale Relativität

Relativität wäre leicht zu ertragen, wenn sie nur daraus entstünde, daß sich zwei tatsächlich nicht geeinigt haben. Dann könnten sie sich selbst helfen, indem der Einsichtigere den anderen aufklärt. Relativität wäre auch dann nicht allzu schlimm, wenn sie daraus entsteht, daß ein Beteiligter trotz Aufklärung uneinsichtig bleibt. Dann könnten sich die Beteiligten zwar nicht mehr selbst helfen. Jede Form der zentralen Intervention würde aber genügen und wäre gerade deshalb gerechtfertigt. Wie wir gleich sehen werden, reicht die Relativität oft jedoch tiefer. Die Beteiligten wissen sicher, daß eine Einigung nicht möglich ist, weil die Kategorien unvereinbar sind¹⁴.

Daß sich die fundamentale Relativität der Ideen nicht auflösen läßt, entspricht alltäglicher Erfahrung. Menschen reden aneinander vorbei, weil das zentrale Argument des einen im Denken des anderen keinen Platz hat. Die fundamentale Relativität tritt jedoch auch in der Welt der Interessen auf¹⁵. Meßbar sind Interessen nur solange, wie sie in ein und denselben

¹² Wie diese scheinbar paradoxe Aufgabe zu bewältigen ist, wird uns unten V. näher beschäftigen.

¹³ S. sogleich unten 2.

¹⁴ Eindringlich *Wolfgang Kersting*: Moralphilosophie, Dezisionismus und pragmatische Rationalität, in: *ders.*: Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend. Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart, Frankfurt 1997, 353-396.

¹⁵ Deshalb hat *Uerpmann* (FN 3) 269 Recht, wenn er von der „Abwägung unterschiedlicher Interessen“ spricht.

normativen Währung ausgedrückt sind. Der Übergang von einer normativen Währung in eine andere ist dagegen mit genau denselben logischen Brüchen verbunden wie die Vermittlung miteinander unvereinbarer Ideen. Das wichtigste Anwendungsbeispiel ist legendär: der Stimmenkauf, also die Übersetzung vom Wertmesser des Markts in den Wertmesser der Abstimmung. Das deutet niemand als eleganten Mechanismus zur Bewältigung eines politischen Problems, sondern jedermann spricht von Korruption.

Das Problem der fundamentalen Relativität präsentiert sich auf drei Ebenen. Auf der tiefsten Ebene unterscheidet sich schon die Vorstellung von Rationalität (a). Auf der nächsten Ebene geht es darum, ob das Individuum oder die Gemeinschaft der geistige Ausgangspunkt ist (b). Auf der obersten Ebene geht es schließlich um nicht konvertible normative Währungen (c).

a) Unvereinbare Rationalitäten

Auch unter nachdenklichen Menschen löst die These beim ersten Hören regelmäßig Empörung aus: es gibt nicht nur eine Form der Rationalität, sondern mehrere, und sie sind nicht miteinander vereinbar¹⁶. Das gilt schon innerhalb der Rationalität des Erkennens; man kann dann zur Abgrenzung auch von Inkommensurabilität sprechen¹⁷. Die heutige wissenschaftliche Praxis setzt vor allem auf Objektivität. Das Ideal ist die Nachprüfbarkeit jenseits von Ort und Zeit. In früheren Jahrhunderten wäre das höchst verwunderlich erschienen. Ihr wissenschaftspolitisches Ideal war Wahrheit. Ein plastisches Beispiel liefert die Praxis der Darstellung von Lebewesen. Wer auf Objektivität setzt, wird fotografieren; wer auf Wahrheit setzt, wird die offen interpretierende Zeichnung vorziehen¹⁸.

Eben so sehr unterscheidet sich die Rationalität des Erkennens von der des Entscheidens. Psychologen haben individuelle Entscheidungen näher unter die Lupe genommen und festgestellt, daß die Menschen bestenfalls in ganz außergewöhnlichen Situationen ein Rationalkalkül von der Art anstellen, wie es dem ökonomischen Modell zugrundeliegt. In der Wirklichkeit dominieren ganz einfache Heuristiken. Das Suchprogramm ist rabiata vereinfacht. Es beschränkt sich auf ganz wenige Kriterien. Stoppregeln führen dazu, daß auch diese Suche frühzeitig abgebrochen wird. Die meisten Suchprogramme sind lexikographisch. Ist zum ersten Kriterium eine Vorentscheidung getroffen, kommt das Individuum darauf nie wieder zurück¹⁹. Auch die juristische Erfahrung belegt, daß es nicht nur auf die Richtigkeit der Entscheidung ankommt, sondern etwa auch auf ihre Sicherheit, die Schnelligkeit, das Maß der Entscheidungskosten, die Robustheit gegen Mängel im Entscheidungsverfahren, die Einsichtigkeit des Ergebnisses und die Möglichkeit zur Anpassung an veränderte Bedingungen.

¹⁶ Eindringlich *Lorraine Daston*: Objectivity versus Truth, in: *Hans-Erich Bödeker/Peter Hanns Reill/Jürgen Schlumbohm*: Wissenschaft als kulturelle Praxis, 1750-1999, Göttingen, 1999, 9-32.

¹⁷ Diese Anregung verdanke ich *Stefan Okruch*.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Sehr anregend *Gerd Gigerenzer/Peter M. Todd*: Simple Heuristics that Make us Smart, New York 1999.

b) Denken vom Individuum oder von der Gemeinschaft her

Eine Erfahrung mit fundamentaler Relativität hat fast jeder schon einmal gemacht: soll man über soziale Fragen vom Individuum her denken oder von der Gemeinschaft? Die erste Denkschule ist bekanntlich mit dem Namen *Kant* verbunden. Die zweite mit dem Namen *Hegel*. Sieht man näher hin, ist das Angebot noch reichhaltiger. Man kann vom Staat her denken und gelangt dann zu einer Staatstheologie nach Art von *Carl Schmitt* oder zu einer Integrationslehre nach Art von *Rudolf Smend*. Außerdem kann man dem individualistischen Weltbild gleich zwei andere entgegenstellen: das hierarchische und das egalitäre. Das hierarchische Weltbild setzt auf System und Experten, das egalitäre dagegen auf die Bereitschaft und Fähigkeit von jedermann, sich für das Gemeinwohl zu engagieren²⁰.

c) Unvereinbare normative Währungen

Schließlich sind viele normative Währungen im Umlauf, die untereinander nicht konvertibel sind²¹. Das beginnt im Herzen des ökonomischen Modells. Vor allem *Friedrich August von Hayek* hat darauf hingewiesen, daß sich die Aufgabe einer Wirtschaftsordnung nicht in der Allokation erschöpft. Es genügt für den wirtschaftlichen Erfolg eines Landes also nicht, daß die knappen Güter zum besten Wirt wandern. Nicht weniger bedeutsam ist die Produktion neuen Wissens. Die Wirtschaftsordnung muß Anreize für Variation, Selektion und Retention setzen. Neues Wissen muß also überhaupt geschaffen werden. Unter den vielen Neuigkeiten müssen die wertvollen ausgewählt werden. Schließlich muß die Wirtschaftsordnung dafür sorgen, daß sich diese Neuerungen auch verbreiten. Allokation steht also in einem Spannungsverhältnis zu Innovation. Neben das statische Programm der neoklassischen Ökonomie muß ein evolutorisches treten²².

Der Konflikt zwischen Effizienz und Verteilung steht beinahe täglich auf der politischen Agenda²³. Ist es also wichtiger, daß der Kuchen größer wird, den es zu verteilen gibt? Oder soll er kleiner bleiben, wenn dies der Preis für mehr Gleichheit oder Verteilungsgerechtigkeit ist?

Prinzipiell unvereinbar ist auch das utilitaristische Streben nach dem größten Glück der größten Zahl und die Vorstellung von unveräußerlichen Rechten²⁴. Diese Vorstellung findet sich etwa im Verbot des Organhandels, im Gebot der Versorgung von jedermann mit angemessenen und ausreichenden Telekommunikationsdienstleistungen (Art. 87 f I GG) oder in der kartellrechtlichen Frage, ob Größe allein staatliche Eingriffe rechtfertigt, selbst wenn der Wettbewerb funktionsfähig bleibt.

²⁰ Näher *Michael Thompson/Richard Ellis/Aaron Wildavsky*: Cultural Theory, Boulder 1990, insbes. 25-38.

²¹ Für den Juristen, aber auch für den Wirtschaftspolitiker scheint das trivial. Der Jurist schreitet dann zur „Abwägung“, der Wirtschaftspolitiker zum „trade off“. Beides ist ausgesprochen vernünftig. Aber beides sind bereits Verfahren, um die konzeptionelle Unvereinbarkeit der konkurrierenden normativen Währungen ad hoc zu überspielen. Um im Bilde zu bleiben: es gibt gerade keinen allgemeinen „Wechselkurs“. Vielmehr akzeptiert die andere Seite nur im Einzelfall Zahlungen in nicht-konvertibler Währung.

²² Aus der reichhaltigen Literatur s. nur *Friedrich August v. Hayek*: The Use of Knowledge in Society, in: *American Economic Review* 35 (1945) 519-530; *Richard R. Nelson/Sidney G. Winter*: An Evolutionary Theory of Economic Change, Cambridge 1982.

²³ Umfassend jüngst *Wolfgang Kersting* (Hrsg.): Politische Philosophie des Sozialstaats, Weilerwist 2000.

²⁴ S. dazu etwa *M.J.Radin*: Market-Inalienability, in *Harvard Law Review* 100 (1987) 1849.

Das utilitaristische Programm hat noch einen weiteren Widersacher: die Definition von Wohlfahrt aus dem Vergleich zu anderen Individuen. Aus dieser Perspektive ist eine Nation nicht deshalb wirtschaftlich erfolgreich, weil das Volkseinkommen oder das Volksvermögen hoch sind. Vielmehr kommt es darauf an, wieviele Individuen sich im Verhältnis zu denen benachteiligt sehen, an denen sie ihren persönlichen Erfolg messen. Diese relative Vorstellung liegt vor allem den Fairnesskonzepten zugrunde²⁵.

Die juristische Erfahrung fördert weitere Gründe für Relativität zu Tage. Das Recht stellt oft Planungssicherheit über Sachrichtigkeit²⁶. Ebenso oft geht den Juristen Konfliktbewältigung über Sachrichtigkeit. Das prominenteste Beispiel steht in der Charta der Vereinten Nationen. Nach Art. 33 Abs. 1 ist die gerichtliche Entscheidung, also die Anwendung des geltenden Völkerrechts, nur ein Mittel zur Beilegung internationaler Streitigkeiten, und nicht einmal das vorrangige. Schließlich haben die Individuen, ökonomisch gesprochen, nicht nur Präferenzen für Güter, sondern auch Präferenzen für Institutionen. Es ist ihnen, empirischen Erhebungen zufolge, etwa am liebsten, wenn ihre Heimatgemeinde über die Ansiedlung einer atomaren Anlage verhandeln kann. Das ziehen sie einer Expertenentscheidung vor, erst recht aber einer Abstimmung oder gar Kompensationszahlungen²⁷. Hätten sie nur Präferenzen für Güter, müßten sie die Kompensation wählen. Denn dadurch erhalten sie ja Geld und damit Zugriff auf zusätzliche Güter.

3. Begrenztheit der Erkenntnis

Logisch geschlossen sind nur Modelle, nicht die Wirklichkeit. Außerhalb von Modellen ist Erkennen deshalb immer auch Entscheiden²⁸. Erkenntnis ist also ein hermeneutischer Vorgang. Sie setzt ein Vorverständnis voraus²⁹. Dieses Vorverständnis ist unvermeidlich historisch und sozial geprägt. Das Konstruktivismus-Problem ist nicht aufhebbar³⁰.

4. Eigenwert von Offenheit

Gemeinwohldefinitionen müssen nicht nur offen sein, sie sollen es auch. Die Offenheit hat also einen Eigenwert. Nicht nur positive, sondern auch normative Analyse stützt das Konzept der offenen Gemeinwohldefinition. Die Gründe liegen auf ganz unterschiedlichen Ebenen. Der erste Grund ist der Systemtheorie entlehnt. Ihr Grundanliegen ist es, die Bedingungen zur Bewältigung höherer Komplexität herauszuarbeiten. Komplexität ist zwar kein Wert an sich. Je mehr Komplexität eine soziale Ordnung verarbeiten kann, desto robuster ist sie aber gegen externe Schocks. Zugleich birgt die Fähigkeit zur Verarbeitung von höherer Komplexität auch

²⁵ S. etwa *Bruno S. Frey*: *The Price System and Morals*, in: *ders.*: *Economics as a Science of Human Behaviour. Towards a New Social Science Paradigm*, Boston² 1999, 159-175.

²⁶ S. etwa *Christoph Engel*: *Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt*, Tübingen 1992.

²⁷ *Bruno Frey/Felix Oberholzer-Gee*: *Naturall Environment. Fair Siting Procedures*, in: *Frey Human Behaviour* (FN 25) 23-48.

²⁸ Darauf hat vor allem *Hans Albert* aufmerksam gemacht: *Hans Albert*: *Traktat über rationale Praxis* (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 22) Tübingen 1978, insb. 33-59.

²⁹ Für das Recht hat daraus bekanntlich *Josef Esser* Folgerungen gezogen: *Josef Esser*: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt 1970.

³⁰ S. nur *Peter L. Berger/Thomas Luckmann*: *The Social Construction of Reality*, New York 1966.

die Chance auf mehr Wohlstand³¹. Offene Gemeinwohldefinitionen organisieren die Koexistenz und erlauben die gegenseitige Befruchtung von Interessen und Ideen, von verschiedenen Rationalitäten und von miteinander nicht konvertiblen normativen Währungen. Sie machen deshalb die Bewältigung viel höherer Komplexität möglich.

Das zweite Argument ist evolutorisch. Konkurrierende Gemeinwohlkonzepte lassen sich als eine Art kultureller Biodiversität beschreiben³². Ganz wie bei der genetischen Biodiversität ist das ein wertvoller Schatz. Er enthält Lösungsvorräte für künftige Probleme.

Das dritte Argument blickt auf Frieden und Freiheit. Geschlossene Gemeinwohldefinitionen lassen sich nur mit Gewalt durchsetzen und aufrecht erhalten. Gerade die jüngste Geschichte enthält genug Beispiele für den totalitären Terror der einen Idee. Offene Gemeinwohldefinitionen insistieren dagegen auf der Relativität jeder einzelnen Idee. Sie wirken wie eine Art natürlicher Impfung gegen Intoleranz. Noch bedeutsamer ist das Spannungsverhältnis zwischen Ideen und Interessen. Denn Interessen kann man ja gewichten und über Interessen kann man verhandeln³³. Die – notwendig gebrochene – Übersetzung von Ideen in Interessen ist folglich eine eminente Maßnahme der Friedenssicherung. Sie wandelt Seins-Konflikte in Haben-Konflikte³⁴.

Schließlich erlaubt erst die Vorstellung einer Offenheit der Gemeinwohldefinition, die Definition des Gemeinwohls als politische Aufgabe zu begreifen. Denn in einem geschlossenen Gemeinwohlkonzept kann es ja nur Wahrheitsfragen geben. Politik wäre bestenfalls als herrschaftsfreier Diskurs im Habermas'schen Sinne denkbar. Dafür hat es historisch Näherungen gegeben, etwa die Paulskirchen-Versammlung, die frühen Jahre des Reichstag im Kaiserreich oder die Frühzeit des Europäischen Parlaments. Alle Beispiele sind aber durch dieselbe Besonderheit gekennzeichnet: geringer Einfluß und ein starker gemeinsamer Gegner. Erst auf dem Boden offener Gemeinwohldefinitionen kann auch ein starkes Parlament zum Ort für den Kampf um das Gemeinwohl werden³⁵.

III. Zu einfache Lösungen

Die Kritiker haben im Ausgangspunkt also Recht. Geschlossene Gemeinwohldefinitionen kann es nicht geben, und sie wären auch nicht wünschenswert. Von dieser Einsicht darf man sich aber nicht verführen lassen. Es wäre zu einfach, das Problem schlicht zu leugnen (1) oder zum grundlosen Entscheiden überzugehen (2).

³¹ Vgl. die knappen Bemerkungen bei *Niklas Luhmann*: Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen? Opladen³ 1990, 32-39.

³² Das schöne Bild stammt von *Paul A. David*: The Internet and the Economics of Network Technology Evolution, in: *Christoph Engel/Kenneth H. Keller* (eds.): Understanding the Impact of Global Networks on Local Social, Political and Cultural Values (Law and Economics of International Telecommunications 42) Baden-Baden 2000, 39-72 (69).

³³ S. oben 1.

³⁴ Diese Einsicht verdanke ich *Wolfgang Kersting*. Bruchlos geht das selbstverständlich nicht. Wem der Bruch zu schmerzhaft erscheint, der wird diesen Vorgang ganz anders nennen und von Korruption sprechen (worauf *Stefan Okruch* mich berechtigt hingewiesen hat).

³⁵ Vgl. aus der reichen Literatur nur *Peter Knoepfel*: Rationalitäten und Rationalität im Wechsel der westeuropäischen Luftreinhaltepolitiken (1960-2000), in: *Erik Gawel/Gertrude Lübke-Wolff* (Hrsg.): Rationale Umweltpolitik – rationales Umweltrecht. Konzepte, Kriterien und Grenzen rationaler Steuerung im Umweltschutz (Recht, Ökonomie und Umwelt 8) Baden-Baden 1999, 93-118 (96 und passim).

1. Leugnen des Problems

Eine Vogel-Strauß-Politik kann nicht helfen. Sie ist gleichwohl praktisch wie theoretisch nicht selten. In drei Spielarten begegnet sie vor allem: in einer fundamentalistischen (a), einer idealistischen (b) und einer formalistischen (c).

a) Fundamentalismus

Der Fundamentalismus macht es sich am einfachsten. Er leugnet jede Relativität, verlangt Zustimmung zu der einen Grundnorm und deduziert daraus alle Ergebnisse. Viele Religionen gehören hierher. Die Transzendenz ist der Kunstgriff, mit dem sie Relativität auf das Diesseits beschränken können. Wenn der Kunstgriff praktische Wirkung erhalten soll, brauchen sie entweder eine Priesterkaste oder eine Theologie. Die Priester empfangen Botschaften aus dem Jenseits, die Theologen müssen behaupten, über das Jenseits Aussagen machen zu können, etwa durch die Interpretation heiliger Texte. Fundamentalismus gibt es aber auch im Diesseits³⁶. Ein Beispiel ist nicht nur der Kommunismus, sondern auch eine imperialistische Ökonomik, die vorgibt, allein aus dem ökonomischen Modell politische Entscheidungen ableiten zu können.

b) Reine Deliberation

Deliberation ist ein hilfreiches Verfahren. Viel häufiger, als die Rational Choice Analyse glauben machen wollte, führt es wirklich zu besseren Ergebnissen als der reine Kampf der Interessen³⁷. Reine Deliberation wäre aber ein wirklichkeitsfremdes Konzept. Sie würde das Spannungsverhältnis von Ideen und Interessen leugnen und dem utopischen Glauben nachhängen, unvereinbare Ideen ließen sich alleine durch Deliberation vereinbar machen. Dies ist die Versuchung der Diskursethik³⁸

c) Ausschließlich formale Definition des Gemeinwohls

Schließlich hilft auch eine letzte, scheinbar elegante Lösung nicht weiter. Sie fordert, das Gemeinwohl ausschließlich formal zu definieren. Der Staat und die Gesellschaft als ganze hätten sich dann freizuhalten von allen inhaltlichen Gemeinwohldefinitionen. Materielle Werte gäbe es nicht. Sie würden ausschließlich durch formale Werte wie Toleranz und Verfahren zur Koordination ersetzt³⁹. Diese Position ist unterkomplex. Sie leugnet entweder die Existenz und die psychologische Macht von Ideen oder die Unvereinbarkeit normativer

³⁶ Anregend zu einem weiteren Beispiel *Stefan Okruch: Wirtschaft und Anthroposophie. Darstellung und Kritik des Konzepts Rudolf Steiners (Beiträge zur Ökonomie 3) Bayreuth 1993.*

³⁷ Darum hat sich in den letzten Jahren eine intensive politikwissenschaftliche Diskussion entwickelt, s. vor allem *James Bohman/William Rehg (eds.): Deliberative Democracy, Cambridge 1997; Jon Elster (ed.): Deliberative Democracy, Cambridge 1998; Stephen Macedo (ed.): Deliberative Politics, Oxford 1999.*

³⁸ S. bereits oben II.1.

³⁹ In diese Richtung scheint das Denken von *Wolfgang Kersting* zu gehen: *Wolfgang Kersting: Global Networks and Local Values*, in: *Christoph Engel/Kenneth H. Keller (eds.): Understanding the Impact of Global Networks on Local Social, Political and Cultural Values (Law and Economics of International Telecommunications 42) Baden-Baden 2000, 9-28; s. auch die ebd. 264 f. berichtete Diskussion.*

Währungen. Im letzten Fall wäre fälschlich unterstellt, daß Ideen bruchlos in Interessen übersetzt werden können⁴⁰.

2. Grundloses Entscheiden

Eine zweite Lösung ist nur scheinbar ein Fortschritt. Sie leugnet die unaufhebbare Relativität zwar nicht. Ideen und unvereinbaren normativen Währungen wird aber jeder Einfluß auf die Entscheidung verwehrt. Es wird entschieden, aber ohne Gründe. Möglich ist das in allen vier idealtypischen Mechanismen zur Koordination menschlichen Verhaltens: dem Markt, der Abstimmung, dem Befehl und der Verhandlung⁴¹.

Der Markt verwendet Geld als einheitlichen Wertmesser. Er impliziert also die Kommerzialisierung aller Ideen⁴². Dadurch wird ein Tausch möglich. Der Staat kann die Tauschchancen über den Steuer-Transfer-Mechanismus noch zusätzlich vermehren. Aus dem Steueraufkommen kann er diejenigen, die nachgeben müssen, nämlich kompensieren⁴³.

Eine Abstimmung geht strukturell ganz genauso vor. Sie wechselt nur den Wertmesser aus. An die Stelle des Geldes treten nun Stimmen. Das setzt die Einigung auf der Verfassungsebene voraus, daß jede Idee in Stimmen bewertet werden darf. Diese Lösung hat unter den Öffentlichrechtlern viele Anhänger. Das Gemeinwohl wird kurzerhand dem Willen der Mehrheit entnommen⁴⁴. Das führt zum Positivismus. Die Entscheidung gilt allein deshalb, weil sie formal korrekt zustande gekommen ist⁴⁵. Auch hier gibt es schließlich die Möglichkeit, den Entscheidungsraum mit staatlicher Hilfe zu erweitern. Man muß dann Stimmen gleichsam für künftigen Konsum sparen können. Dann wird eine Art Investitionsentscheidung möglich. Eine Seite gibt heute Stimmen her, weil sie damit rechnet, sie in der Zukunft nötiger zu brauchen. Das ist die innere Logik dessen, was die politische Ökonomie in Anlehnung an das amerikanische Vorbild meist Log-Rolling nennt⁴⁶. Wie die Kompensation geht auch das nicht ohne Mitwirkung des Staats. Man braucht eine

⁴⁰ Aus denselben Gründen hilft es auch nicht, die konzeptionelle Unvereinbarkeit der Ideen zwar anzuerkennen, ihnen allen aber formal denselben Wert zuzuweisen. Denn implizit hat man Ideen dadurch in Interessen verwandelt und ihnen sämtlich dieselbe Wertigkeit eins zugewiesen. Deshalb zurecht ablehnend *Schlink* Abwägung (FN 1) 138-141.

⁴¹ Näher zu dieser Typologie *Peter Behrens*: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 46) Tübingen 1986. Das heißt natürlich nicht, daß in diesen Koordinationsmechanismen grundlos entschieden werden muß. Vielmehr lassen sie sich auch zu der unten V 3 b empfohlenen durch Ideen kontrollierten Dezsision nutzen. Der Koordinationsmechanismus selbst ist aber für beide Lösungen offen.

⁴² Vgl. *Luhmann* Ökologische Kommunikation (FN 31) 101 f.: Kommerzialisierung als Entdifferenzierung; dort auch Beispiele für Gegenstände, die heute gerade nicht mehr als Güter begriffen werden, etwa das Seelenheil oder politische Ämter.

⁴³ *Adrienne Héritier*: Policy Making and Diversity in Europe. Escaping Deadlock, Cambridge 1999, 15: Kompensation impliziert Monetarisierung.

⁴⁴ *Günter Dürig*: Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs „Öffentliches Interesse“, unveröffentlichte Dissertation München 1949, 41, zit.n. *Uerpmann* Öffentliches Interesse (FN 3) 6; *Wolfgang Martens*: Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad-Homburg 1969, 186 f., formuliert dagegen zurecht vorsichtiger: „die Befugnis, Ziele in den Rang eines öffentlichen Interesses zu erheben, steht in einer repräsentativen Demokratie zunächst dem Gesetzgeber zu“, Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁵ So auch – und kritisch – *Schlink* Abwägung (FN 40) 134 f.

⁴⁶ Näher *Peter Bernholz/Friedrich Breyer*: Grundlagen der Politischen Ökonomie II: Ökonomische Theorie der Politik, Tübingen 1994, 72-80.

repräsentative Demokratie mit Mandatsträgern, die wenigstens für eine Legislaturperiode zusammen bleiben.

Der dritte idealtypische Koordinationsmechanismus ist der Befehl. Er verzichtet ganz auf einen Wertmesser und ersetzt ihn durch Delegation. Im Ergebnis ist dieser Mechanismus deshalb ebenso positivistisch wie die Abstimmung. Die repräsentative Demokratie mischt bekanntlich Abstimmung und Befehl.

Der vierte Koordinationsmechanismus besteht aus Verhandlungen zwischen organisierten Kollektiven. Die Verfassung gibt ihm eigentlich nur für die Verhandlungen der Tarifparteien Raum. Tatsächlich ist seine Bedeutung aber viel größer. Man denke nur an das Gesundheitswesen⁴⁷. Neue Felder treten hinzu, etwa die Selbstbeschränkungsabreden für die Produktverantwortung⁴⁸. Auch dieser Mechanismus verzichtet auf einen einheitlichen Wertmesser und ersetzt ihn durch die Chance zur Partizipation in wertdefinierten Organisationen.

IV. Notwendigkeit begründeter Entscheidungen

All die bislang vorgeführten Lösungen sind nicht nur einfach, sie sind zu einfach. Denn sie vernachlässigen den Eigenwert des offenen Diskurses mit dem Adressaten über die Ideen, auf die die Entscheidung gegründet ist. Solche Deliberation erfüllt nämlich Funktionen für das Individuum (1), für die soziale Koordination (2), für den Staat (3) und für das Recht (4).

1. Funktion für das Individuum

Dem Individuum ist gleich in mehrfacher Hinsicht geholfen, wenn nicht einfach über sein Schicksal entschieden wird, sondern wenn diese Entscheidung auf eine Auseinandersetzung mit denkbaren Gründen gestützt ist. Das entspricht zunächst einmal einer Präferenz der meisten Menschen. Solche Entscheidungen werden als fairer empfunden. Noch lieber wäre den Menschen zwar, wenn sie eine realistische Chance hätten, in Verhandlungen auf das Ergebnis Einfluß zu nehmen. Wo das ausgeschlossen ist, wollen sie aber wenigstens, daß sich die Entscheidungsinstanz „nach bestem Wissen und Gewissen“ mit dem zu entscheidenden Problem auseinandergesetzt hat⁴⁹. Die Individuen wollen weder die Kommerzialisierung aller Lebensbereiche noch den Terror der Mehrheit. Sie legen also Wert auf das Spannungsverhältnis zwischen Interessen und Ideen. Die Bereitschaft, Entscheidungen allein deshalb zu beachten, weil sie gelten, ist eine ausgesprochen knappe Ressource.

Gründe helfen dem Individuum aber auch ganz praktisch. Sie erleichtern ihm, die zugrundeliegende Situation und die Bedeutung der Entscheidung zu verstehen. Sie helfen ihm, vergleichbare Situationen zu erkennen und sein Verhalten auf die Entscheidungspraxis

⁴⁷ Anschaulich *Peter Axer*: Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes (Jus Publicum 49) Tübingen 2000.

⁴⁸ Näher *Christoph Engel*: Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 9 (1998) 535-591.

⁴⁹ Näher oben *Frey* in *Frey* (FN 25).

abzustimmen. Kurz: Gründe erleichtern die Kognition⁵⁰. Gründe schonen schließlich das Selbstwertgefühl der Adressaten⁵¹.

2. Funktion für die soziale Koordination

Wenn Entscheidungen begründet sind, sich also mit den widerstreitenden Ideen auseinandersetzen, erleichtert das auch die soziale Koordination. Gründe informieren den Adressaten zunächst einmal darüber, wie der Entscheider die Situation gedeutet hat. Die Spieltheorie macht deutlich, warum das bedeutsam ist. Koordinationsprobleme werden unlösbar, wenn nicht wenigstens einer der Beteiligten weiß, was der andere für das Spiel hält⁵². Die psychologischen Lerntheorien fördern einen zweiten Effekt zu Tage. Sie unterscheiden zwischen einer Vielzahl von Lernformen. Unter diesen Formen hat kognitives Lernen die nachhaltigsten Wirkungen. Der Steuerungserfolg tritt also mit größerer Sicherheit ein und er ist stabiler, wenn dem Adressaten die Chance geboten wird, die Gründe der Entscheidung zu verstehen⁵³. Explizite Gemeinwohldefinitionen dienen drittens als eine Art normativer Grammatik. Sie erlauben deshalb die Sinnverständigung mit dem Adressaten⁵⁴. Begründete Entscheidungen eröffnen schließlich die Chance auf eine Änderung der Präferenzen des Adressaten.

3. Funktion für den Staat

Dem Staat hilft begründetes Entscheiden auf dreifache Weise: es erleichtert die Kontrolle der Politiker, es dient als politische Heuristik und es vermittelt zusätzliche Legitimation.

In einer Demokratie verdanken die Politiker Amt und Einfluß dem Volk. Sie sind deshalb dem Volk auch für ihr Handeln verantwortlich. Das Volk kann ihr Handeln aber nur in sehr engen Grenzen beobachten. Es hat die Kontrolle der Politik deswegen spezialisierten Institutionen überantwortet. Für die Kontrolle in den Formen des Rechts ist das Verfassungsgericht zuständig. Auch das Gericht nimmt aber nicht selbst am politischen Entscheidungsprozeß teil. Auch im Verfassungsprozeß kommt nur ein Teil des politischen Entscheidungsprozesses zu Tage. Zwischen Gericht und Politikern besteht, ökonomisch gesprochen, also eine Informationsasymmetrie oder ein Prinzipal-Agent-Verhältnis⁵⁵. Wenn die Politiker ihre Entscheidungen begründen müssen, verschwindet das Prinzipal-Agent-Problem zwar nicht vollständig, es vereinfacht sich aber erheblich.

⁵⁰ Alexander L. George: The Causal Nexus between Cognitive Beliefs and Decision-Making Behaviour. The „Operational Code“ Belief System, in: Lawrence S. Falkowski: (ed.) Psychological Models in International Politics, Boulder 1979, 95-124 (besonders 113).

⁵¹ Vgl. Thompson/Ellis/Wildavsky (FN 20) 21: Werte beeinflussen, „how people justify to themselves and to others the way in which they live“.

⁵² Scharpf Games (FN 7) 40; zur Bedeutung des Informationsumfelds für die soziale Koordination näher Douglas G. Baird/Robert A. Gaertner/Randal C. Picker: Game Theory and the Law, Cambridge 1994, 79-158.

⁵³ Grundlegend zu den psychologischen Lerntheorien Michael Domjan: The Principles of Learning and Behaviour, Pacific Grove⁴ 1998.

⁵⁴ Vgl. Yee (FN 8) International Organization 1996, 94-96.

⁵⁵ Den Versuch, daraus rechtspolitische Folgerungen zu ziehen, unternehme ich in Christoph Engel: The Proper Scope of Government – a Proper Task for a Constitutional Court?, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2000/9, [erscheint in] Journal of Institutional and Theoretical Economics ***.

Das ist nützlich, weil Politiker subjektive Interessen über das Gemeinwohl stellen können⁵⁶, oder weil ihnen einfach die nötige Einsicht gefehlt hat. Der Kampf um die Definition des Gemeinwohls schafft Aufmerksamkeit für Belange und Lösungen, die andernfalls übersehen würden. Er setzt Anreize zur Kreativität. Er dient also als politische Heuristik⁵⁷. In abgeschwächter Form ist das auch dann der Fall, wenn die politische Entscheidung nachträglich unter Bezug auf Ideen und Interessen begründet werden muß. Dann kann es natürlich geschehen, daß die Gründe bloß vorgeschoben werden. Das Bewußtsein, die Entscheidung anschließend begründen zu müssen, hat aber Vorwirkungen auf den Entscheidungsprozeß selbst. Die Darstellung der Entscheidung bleibt nicht ohne Wirkung für ihre Herstellung.

Die juristische Doktrin stellt sich Legitimation vor allem als ein formales Konzept vor. Eine ununterbrochene Kette der sachlichen Legitimation soll vom Volk über das Wahlvolk zum Parlament, zur Regierung und zur Verwaltung führen. Durch den zweiten Strang der persönlichen Legitimation verdanken die Amtswalter ihr Amt letztlich dem Volk⁵⁸. Die politischen Wissenschaften nennen das Input-Legitimation und verweisen darauf, daß es daneben auch die Möglichkeit der Output-Legitimation gibt⁵⁹. Output-Legitimation beruht auf der Überzeugung der Adressaten von der Richtigkeit der getroffenen Entscheidung. Diese Überzeugung entsteht sehr viel leichter, wenn die Entscheidung begründet wird. In abgeschwächter Form gilt das selbst dann, wenn der Staat einen Grund zwar verwirft, wenn er sich damit aber in fairer Weise auseinandersetzt. Schließlich erhöhen begründete Entscheidungen die Legitimation noch aus einem weiteren Grunde. Denn nur begründete Entscheidungen können vom Verfassungsgericht wirksam kontrolliert werden. Nur bei Ihnen verschafft das Recht zur Verfassungsbeschwerde deshalb zusätzliche Legitimation⁶⁰.

4. Funktion für das Recht

Schließlich hilft begründetes Entscheiden auch dem Recht. Wir hatten uns schon vor Augen geführt, daß das Übermaßverbot stumpf wird, wenn das Verfassungsgericht das gesetzgeberische Ziel nicht auf seine Legitimität prüfen kann⁶¹. Auch die teleologische Interpretation von einfachem Recht läßt sich methodisch aber nur dann rechtfertigen, wenn unterstellt werden darf, daß der Gesetzgeber Gründe hatte. Nur dann kann es zur vornehmsten Aufgabe des Rechtsanwenders werden, diese Gründe fortzudenken.

Zu diesen rechtstechnischen treten rechtstheoretische Gründe. Mit gutem Recht treten die Juristen der ökonomischen Fixierung auf die Anreizwirkungen des Rechts entgegen. Wer die Steuerungswirkungen von Recht verstehen will, darf es nicht nur als Steuerungsinstrument verstehen. Er verkennt damit nämlich den Eigenwert der Normativität als Gegengewicht

⁵⁶ Dazu näher *Christoph Engel*: Nebenwirkungen wirtschaftsrechtlicher Instrumente, in: *ders./Martin Morlok* (Hrsg.): Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie, Tübingen 1998, 173-206, insbesondere 182-185.

⁵⁷ *George in Falkowsky* (FN 50) 113.

⁵⁸ Klassisch *Maunz/Dürig-Herzog*, Art. 20 GG, R 46 ff.

⁵⁹ *Fritz W. Scharpf*: Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch? Frankfurt 1999, 16-28.

⁶⁰ Grundlegend *Ronald Dworkin*: Taking Rights Seriously, London⁶ 1991.

⁶¹ S. o. I.

gegen politische und soziale Macht, oft sogar als Gegengewicht gegen die vorherigen Präferenzen der Individuen⁶². Die Normativität eines bloßen staatlichen Befehls beschränkt sich aber auf den Appell, die Norm zu beachten, weil sie gilt. Erst begründete Entscheidungen erschließen das eigentliche Potential der Normativität.

V. Lösungen

Wir sind damit scheinbar in der schon eingangs angekündigten Aporie: wir können auf materielle Definitionen des Gemeinwohls nicht verzichten, wir können sie aber auch nicht bekommen. Der Ausweg aus dieser Aporie liegt im Übergang von geschlossenen zu offenen Gemeinwohldefinitionen. Dieser Übergang ist auf zwei unterschiedlichen Ebenen möglich. Die erste Ebene ist abstrakt, die zweite konkret. Auf der abstrakten Ebene liegen Mechanismen zur Organisation der Koexistenz konzeptionell unvereinbarer Ideen (1). Auf der konkreten Ebene löst sich der scheinbare Widerspruch mit Blick auf das zu bewältigende Problem oft auf (2). Beides sind allerdings keine Patentlösungen. Es bleibt ein Bedarf nach Dezision. Dieser Bedarf ist nur viel begrenzter, als es zunächst schien (3).

1. Koexistenz unvereinbarer Ideen

Der erste Weg zur abstrakten Organisation der Koexistenz unvereinbarer Ideen ist systemtheoretisch inspiriert. Es ist der Weg der Differenzierung (a). Der zweite Weg ist kulturtheoretisch inspiriert. Man kann ihn auf die Formel bringen: Stabilität durch Wandel (b). Schließlich gibt es elegantere Möglichkeiten, zwischen Entscheidung und Gründen zu trennen, als uns bislang deutlich ist (c).

a) Differenzierung

Der Grundgedanke der Differenzierung ist in der Systemtheorie entfaltet. Sie teilt die konzeptionell unvereinbaren Gemeinwohldefinitionen auf verschiedene Systeme oder zumindest Subsysteme einer Gesellschaft auf. Jedes Subsystem ist ein selbst-referentieller, autopoietischer Regelkreis. Jedes Subsystem ist also autonom gegenüber Impulsen aus anderen Subsystemen. Es hat die Möglichkeit, diese Impulse als schlichten Lärm zu ignorieren. Es kann die Impulse aber auch aufnehmen. Ob es ignoriert oder aufnimmt, und in welcher Weise es aufnimmt, entscheidet das Subsystem nach seinen eigenen Maßstäben. Den Ausschlag gibt die Fähigkeit, mit dem Impuls im eigenen System etwas anzufangen⁶³. Die Möglichkeit zur produktiven Verarbeitung konzeptionell inkonsistenter Impulse entsteht also aus der bloß losen Verbindung der Subsysteme. Das eine Subsystem deduziert aus dem Impuls des anderen nicht einfach. Der Zusammenhang ist kein kausaler, sondern das, was die Systemtheorie einen funktionalen Zusammenhang nennt⁶⁴.

⁶² Näher *Christoph Engel*: Die Grammatik des Rechts, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn 2000/3.

⁶³ Näher *Lumann* Ökologische Kommunikation (FN 31), insb. 202-217.

⁶⁴ Anschaulich *Dirk Becker*: Networking the Web, in: *Christoph Engel/Kenneth H. Keller* (eds.): Understanding the Impact of Global Networks on Local Social, Political and Cultural Values (Law and Economics of International Telecommunication 42) Baden-Baden 2000, 93-112.

All das ist nicht bloß ein theoretisches Konstrukt. Vielmehr macht die Praxis von der Möglichkeit der Differenzierung bereits heute reichen Gebrauch. Manchmal liegt dem die Entscheidung eines zentralen Planers zugrunde. Andere Anwendungsfälle sind nicht top down entstanden, sondern bottom up⁶⁵.

Das klassische Beispiel für die zentral gesteuerte Differenzierung ist das Ressortprinzip. Die Regierung teilt sich in Ministerien auf, denen je ein Belang oder Sachbereich mit den ihn prägenden Rationalitäten zugewiesen wird. Jedes Ressorts plant zunächst einmal für sich. Ob aus diesen Plänen Wirklichkeit wird, hängt jedoch maßgeblich davon ab, wie die anderen Ressorts auf diese Impulse reagieren.

Ebenso klassisch ist ein zweites Beispiel. Die meisten Ökonomen haben keine prinzipiellen Einwände gegen eine staatliche Verteilungspolitik. Sie verweisen aber auf die allokativen Verzerrungen, die entstehen, wenn über Effizienz und Verteilung gleichzeitig entschieden werden soll. Sie plädieren deshalb dafür, Allokations- und Verteilungspolitik voneinander zu trennen. Allokationspolitik ist in dieser Perspektive dann reine Ordnungspolitik. Sie hat dafür zu sorgen, daß der Kuchen der Volkswirtschaft besonders groß wird. Aufgabe der Verteilungspolitik ist es, anschließend über die Aufteilung des Kuchens zu entscheiden. Die Trennung gelingt, wenn Umverteilung ausschließlich im Steuer-Transfer-Mechanismus stattfindet⁶⁶.

Das dritte Beispiel eines geplanten Mechanismus tritt als solches meist gar nicht ins Bewußtsein. Dem Juristen ist die Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht einfach selbstverständlich. Tatsächlich nimmt das separate Verfahrensrecht aber zwei zentrale Aufgaben wahr und hält das materielle Recht davon frei: Konfliktbewältigung und die Präferenzen für Institutionen⁶⁷.

Differenzierung kann jedoch auch bottom up entstehen. Dann beruht sie jedenfalls nicht auf der Intervention eines zentralen Planers. Vielleicht widerspricht sie sogar seinen Wünschen und Interessen. Für das erste sind System- und Institutionenwettbewerb die prominentesten Beispiele⁶⁸. Die Globalisierung gibt Bürgern und vor allem Unternehmen eine weitere Option

⁶⁵ Die Systemtheorie würde vermutlich nicht all die folgenden Beispiele als eigene (Sub-)Systeme gelten lassen. Hier geht es ja aber auch nicht um Autopoiesis, sondern bloß um das Prinzip der Differenzierung.

⁶⁶ S. etwa *Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Ewers*: Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, München² 1996, 290-293; *Jack Knight* weist allerdings zurecht darauf hin, daß diese Lösung politökonomisch nicht sehr wahrscheinlich ist. Verteilungsgewinne sind nämlich viel leichter zu erzielen und viel besser zu verteidigen, wenn sie als bloßer Nebeneffekt einer wohlfahrtsmehrenden Maßnahme erscheinen, *Jack Knight*: Institutionen und gesellschaftlicher Konflikt (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 99) Tübingen 1997. Die Spieltheorie kann den Grund präzise benennen. Es gibt meist mehr als eine Möglichkeit, ein soziales Dilemma zu überwinden. Regelmäßig unterscheiden sich diese Möglichkeiten gerade durch ihre Verteilungseffekte. Die eine Lösung begünstigt eine Gruppe, die andere eine andere. Dann liegt eine Situation vor, die die Spieltheoretiker „Kampf der Geschlechter“ nennen. Ist in solch einer Situation eine Lösung gewählt, ist sie stabil. Denn jedermann würde sich noch schlechter stellen, wenn das ursprüngliche Dilemma wieder auflebt. Eine auch für Juristen gut lesbare Darstellung findet sich bei *Baird Gertner/Picker* (FN 52, speziell zu diesem Spiel 41 f.).

⁶⁷ S. o. II 2 a.

⁶⁸ S. aus der mittlerweile reichhaltigen Literatur nur *Lüder-Gerken (ed.)*: Competition among Institutions, Houndmills 1995; *Markus Müller*: Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung. Europa zwischen einem Wettbewerb der Gesetzgeber und vollständiger Harmonisierung (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 163) Baden-Baden 2000.

zur Kontrolle der politischen Führung. Sie sind nicht mehr ausschließlich auf ihre politischen Rechte verwiesen, sondern können die regulierte Aktivität dem Zugriff dieses Staats entziehen. Neben Widerspruch wird auch Abwanderung zur realistischen Option⁶⁹. Der Systemwettbewerb eröffnet die Möglichkeit, ein anderes Bündel von öffentlichen Gütern zu wählen, also eine andere Balance der konzeptionell unvereinbaren Gemeinwohldefinitionen. Das Maß der Differenzierung kann durch das Aufschneiden dieser Bündel noch verstärkt werden, also durch die Dekomposition von Staatlichkeit. Im theoretischen Extrem wäre Staatlichkeit vollständig parzelliert⁷⁰.

In den USA gewinnt eine Lösung immer mehr Zuspruch, die versucht, bottom up und top down Elemente zu kombinieren. Sie hat das etwas mißverständliche Etikett *democratic experimentalism* erhalten. Der Sache nach kombiniert sie begrenzte lokale Autonomie mit zentraler Aufsicht und zentralen Interventionen. Die lokalen Einheiten sind verpflichtet, der Zentrale regelmäßig zu berichten. Die Zentrale gewinnt aus der Gesamtschau dieser Berichte benchmarks. Sie verpflichtet die übrigen lokalen Einheiten, diesen *best regulatory practices* zu genügen⁷¹.

b) Stabilität durch Wandel

Die Systemtheorie ist eine Gesellschaftstheorie. Deshalb ist es nicht verwunderlich, daß sie die Differenz in Gesellschaften oder gesellschaftliche Subsysteme verlegt. Eine radikal andere Perspektive nimmt die Kulturtheorie ein. Sie verlegt die Unruhe zwischen die Individuen. Sie stellt sich eine Gesellschaft vor, die die Spannung zwischen widersprüchlichen Konzepten des Gemeinwohls nicht auflöst, sondern aushält. Jede Idee kämpft hier beständig um Vormacht. Institutionen sorgen nur dafür, daß keine Idee diesen Kampf je gewinnt.

Im Zentrum des Konzepts steht ein scheinbarer Widerspruch: Stabilität durch Wandel⁷². Ein Mückenschwarm illustriert die Idee⁷³. Er scheint in der Luft zu stehen. Dieses Kunststück gelingt nicht etwa, weil ein Mückengeneral jeder einzelnen Mücke in jedem Moment ihre Aufgabe zuweist. Vielmehr reagiert jede einzelne Mücke beständig auf die Bewegungen der anderen Mücken in ihrer Nähe⁷⁴.

c) Trennung von Entscheidung und Gründen

Der letzte Weg auf abstrakter Ebene führt zu dem, was mal katholische Lösungen nennen könnte: in der Predigt das Prinzip hochhalten, in der Beichte den Verstoß vergeben. Auch

⁶⁹ Grundlegend *Albert O. Hirschman*: Abwanderung und Widerspruch. Reaktionen auf Leistungsabfall bei Unternehmungen, Organisationen und Staaten (Schriften zur Kooperationsforschung A/8) Tübingen 1974.

⁷⁰ Dafür streitet vor allem *Bruno Frey* mit seinem Konzept der FOICI oder Functional Overlapping Competing Jurisdictions, s. vor allem *Bruno S. Frey und Reiner Eichenberger*: The New Democratic Federalism for Europe. Functional Overlapping and Competing Jurisdictions, Cheltenham 1999.

⁷¹ Zusammenfassend *Charles Frederick Sabel/Michael C. Dorf*: A Constitution of Democratic Experimentalism, Cambridge 2000.

⁷² *Thompson/Ellis/Wildavsky* (FN 20) 22/66/80/86.

⁷³ Ebd. 83 ist es allerdings ein Starenschwarm.

⁷⁴ Ebd. 85.

Staat und Politik kann es helfen, wenn sie mit gespaltener Zunge sprechen. Das geht offen wie versteckt.

Die offene Lösung appelliert ganz bewußt an Einsicht und Toleranz. Sie beschönigt die Unauflöslichkeit des Konflikts nicht. Sie erkennt ausdrücklich an, daß auch der schließlich übergangene konzeptionelle Ausgangspunkt gute Gründe hatte. Sie betont nur, daß keine Entscheidung für alle die schlechteste Lösung wäre. Schließlich achtet sie peinlich auf die Korrektheit des Entscheidungsverfahrens⁷⁵. Die Politik hat sogar noch eine dritte Stellschraube. Sie kann nicht nur zwischen der Entscheidung und den Gründen differenzieren, sondern auch zwischen der Entscheidung und ihrer Verwirklichung⁷⁶. Hier liegt der eigentliche Wert der von den Öffentlich-Rechtlern so wenig geliebten Duldung⁷⁷.

Manchmal würde jedoch schon das klare Herausarbeiten den Konflikt verschärfen. Dann kann es besser sein, ihn unterhalb der Wahrnehmungsschwelle zu halten⁷⁸. Das gelingt am leichtesten, wenn der Konflikt hinter Erörterungen über ganz andere normative Fragen versteckt wird. Das amerikanische Recht hilft sich etwa, indem es eine Entscheidung der Jury vorsieht. Weil die Jury ausschließlich aus Laien besteht, scheidet eine dogmatische Begründung ihres Urteils von vornherein aus⁷⁹. Statt dessen kann man auch die Beweisanforderungen so hoch schrauben, daß sie praktisch nie zu erfüllen sind⁸⁰. Dann stellt man letztlich Objektivität über Wahrheit und Gerechtigkeit⁸¹. Schließlich kann man die Entscheidung in die Hinterzimmer der Macht verlegen. Davon macht das deutsche Recht ja mittlerweile regen Gebrauch, indem es politische Entscheidungen auf technische Gremien verlagert.

2. Ideen in der Wirklichkeit

Der zweite, konkrete Lösungsweg ist vom Konzept des „Problem Solving“ beeinflusst, das Herbert Simon entwickelt hat⁸². Der Gedanke wird aber von der individuellen auf die soziale Ebene transponiert⁸³.

Der Grundgedanke besteht im Übergang vom abstrakten Konflikt der Ideen zur Bewältigung konkreter Probleme in der Wirklichkeit. Scheinbar ist das noch anspruchsvoller, tatsächlich oft aber einfacher zu bewältigen. Dafür gibt es zwei Gründe. Oft vereinfacht sich die Entscheidung durch den Charakter des konkreten Problems. In diesem Fall steht das

⁷⁵ Dies ist das normative Ideal von *Guido Calabresi*: *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse 1985, 87-117.

⁷⁶ Näher *Nils Brunsson*: *The Organisation of Hypocrisy. Talk, Decision and Action in Organisations*, Chichester 1989.

⁷⁷ Symptomatisch *Georg Hermes/Joachim Wieland*: *Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens. Dogmatische Folgen behördlicher Untätigkeit im Umwelt- und Steuerrecht* (Forum Rechtswissenschaft 20) 1988.

⁷⁸ *Subterfuge* nennt das *Calabresi* (FN 75) 92 und passim.

⁷⁹ *Calabresi* (FN 75) 47.

⁸⁰ Ebd. 63 f.

⁸¹ S. o. II 2 a.

⁸² Grundlegend *Allen Newell/Herbert A. Simon*: *Human Problem Solving*, Englewood Cliffs, 1972; *John H. Holland/Keith J. Holyoak/Richard E. Nisbett/Paul R. Thagard*: *Induction. Processes of Inference, Learning, and Discovery*, Cambridge 1986.

⁸³ Diese Klarstellung verdanke ich *Stefan Okruch*.

lösungsbedürftige Problem also fest. Im zweiten Fall vereinfacht sich die Entscheidung dagegen gerade durch die Art, in der das lösungsbedürftige Problem definiert wird. Der erste Fall zerfällt noch einmal in zwei Möglichkeiten. Im weitest gehenden Fall sind alle Beteiligten von der Richtigkeit der Begründung überzeugt. Im weniger weitgehenden Fall teilen sie wenigstens die Überzeugung von der Richtigkeit des Ergebnisses. Damit haben wir drei Lösungsmöglichkeiten vor uns. Die erste setzt auf Evidenz (a), die zweite auf den Konsens über das Ergebnis (b), die dritte auf die Plastizität der Problemdefinition (c).

a) Evidenz

Evidenz ist eine typisch juristische Erfahrung. Fälle sind oft so anschaulich, daß gar kein Streit entsteht, und zwar oft auch nicht über die Gründe. Wie ist diese Erfahrung zu erklären? Die Juristensozialisation spielt dabei gewiß eine Rolle. Wer Anfangssemester unterrichtet, stellt immer wieder verwundert fest, auf welche Argumente diese unverbildeten Köpfe abstellen wollen, obwohl doch für jeden Juristen offensichtlich ist, daß sie an dieser Stelle nichts zu suchen haben. Aber Juristen streiten sich untereinander heftig. Und in den besagten Fällen ist zumindest das Ergebnis regelmäßig auch den Parteien offenkundig, wenn man es ihnen nur anschaulich genug erklärt. Es muß also noch mehr Gründe für Evidenz geben.

Eine erste Näherung nimmt das kulturtheoretische Paradigma auf und überträgt es vom sozialen Zusammenleben in den Kopf des Individuums. Das ist nicht unplausibel. Auch das Individuum geht mal mit dieser, mal mit jener Rationalität zu Werke. Es will zwar im Einklang mit normativen Leitbildern leben, dabei aber nicht allzu viele seiner Interessen opfern. Und kaum jemand hält so fundamentalistisch an einer Idee fest, daß er den konzeptionell damit nicht vereinbaren anderen Ideen jeden Einfluß auf sein Denken und Handeln absprechen wollte. Das Individuum ist, um das oben verwendete Bild wieder aufzugreifen, also nicht nur Teil des sozialen Mückenschwarms. Auch in seinem Kopf summt ein ganzer Schwarm unvereinbarer Ideen und Antriebe um die Wette⁸⁴. Evidenz ist in diesem Vorstellungsbild nicht mehr schwer zu erklären: Sie bringt bei allen Beteiligten die gleichen Saiten zum Klingen.

Sieht man näher hin, ist auch das nur eine Teilerklärung. Die Psychologie macht deutlich, daß die Menschen ihre Entscheidungen nur ganz ausnahmsweise so finden, wie das Rationalmodell der Ökonomen das konstruiert. Schon der Ausgangspunkt des ökonomischen Modells ist kontrafaktisch. Wir tragen in unserem Kopf keine vollständige Präferenzordnung herum. Wir haben also nicht einmal eine Nutzenfunktion, mit der jedes Rationalkalkül beginnen würde. Genauso wenig sind wir alle kleine Diskursethiker. Wir haben uns also nicht in mühevollen Auseinandersetzungen mit uns und anderen auf die Seite einer Idee geschlagen. Wir wären dann auch völlig außerstande, unseren Alltag zu bewältigen. Die meisten der vielen tausend Entscheidungen, die wir jeden Tag treffen, sind das Ergebnis von Routinen. Wenn es etwas schwieriger wird, helfen wir uns mit den schon erwähnten einfachen Heuristiken⁸⁵. Beides hilft allerdings zur Erklärung von Evidenz bei juristischen Fällen noch nicht weiter. Wenn die Partei nicht gerade ein Querulant ist, ist der Gang zu

⁸⁴ Thompson/Ellis/Wildavsky (FN 20) 265-267.

⁸⁵ S. o. II 2 a.

Gericht für sie eine höchst auffällige Ausnahmesituation. Und die beteiligten Juristen wissen, daß sie ihre Entscheidung anschließend kunstgerecht begründen müssen.

Die Evidenzerfahrungen der Juristen machen aber deutlich, daß es noch etwas gibt zwischen der vollen Rationalität der theoretischen Modelle und der einfachen Heuristik. Man könnte es situative Ursache-Wirkungs-Hypothesen nennen. Evidenzerfahrungen sind um so wahrscheinlicher, je stärker diese Ursache-Wirkungs-Hypothesen sozial konstruiert sind. Im letzten besteht also doch eine Brücke zwischen der Juristensozialisation und den häufigen Evidenzerlebnissen. Man darf sich nur nicht so plump vorstellen, daß den Juristen in ihrer Ausbildung eine bestimmte Ideologie eingebleut würde. Sie teilen nur die Kenntnis früherer Erfahrungen mit der gerechten Lösung typisierter Konflikte. Jeder neue Fall ist notwendig anders. Eine Situation gleicht nie vollständig der anderen. Deshalb bleibt stets Raum für abweichende Hypothesen über Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge. In manchen Situationen sind abweichende Hypothesen aber so wenig plausibel, daß das beschriebene Evidenzerlebnis entsteht.

b) Szenario Technik

Evidenz ist zwar häufiger, als eine Theorie vermuten würde, die nur auf den abstrakten Konflikt der Ideen blickt. Sie tritt aber natürlich nicht in jedem Fall, ja nicht einmal in der Mehrheit der Fälle ein. Oft können sich die Beteiligten aber wenigstens auf das Ergebnis einigen, nur ihre Gründe fallen auseinander. Diese Erfahrung nutzt eine Managementerschule. Im Planungsstab spielen verschiedene Teams verschiedene Szenarien für die Entwicklung des Marktes durch. Das Management wählt die Entscheidung, die bei möglichst vielen Szenarien richtig oder jedenfalls nicht allzu schädlich wären⁸⁶.

Die Juristen machen von derselben Technik häufig Gebrauch. Obergerichte lassen schwierige und weitreichende Rechtsfragen gern dahinstehen und machen lieber deutlich, daß es im Ergebnis nicht darauf ankommt. Das amerikanische Kollisionsrecht hat die Methode noch weiter getrieben. Es unterscheidet zwischen true und false conflicts. Nur dann, wenn die Anwendung der in Betracht kommenden ausländischen Rechtsordnungen überhaupt zu einem anderen Ergebnis führen würde, wird die kollisionsrechtliche Frage entschieden⁸⁷. Noch weiter gehen die englischen Kollegialgerichte. Die Verfahrensordnungen verpflichten die Richter nur, über das Ergebnis gemeinsam zu entscheiden. Jeder Richter kann das von allen verantwortete Ergebnis anders begründen, und das geschieht tatsächlich auch ganz regelmäßig.

c) Plastizität der Problemdefinition

Auch der letzte Lösungsweg gehört zum juristischen Alltag, allerdings zu dem Teil, über den die Zunft nicht so gerne spricht. Sie nennt es beschönigend „Arbeit am Sachverhalt“. Gemeint ist eine Definition des Konflikts in einer Weise, die das gewünschte Ergebnis nach sich zieht. Diese Möglichkeit kann natürlich mißbraucht werden. Das ist aber nicht etwa die Regel. Und

⁸⁶ Diese Parallele verdanke ich *Robert Spinrad*.

⁸⁷ *Brainerd Currie: Married Women's Contracts. A Study in Conflict-of-Laws Method*, in: *ders.: Selected Essays on the Conflict of Laws*, Buffalo 1963, 77-128.

vor allem kann man dem Problem nicht ausweichen. Die juristische Tätigkeit ist unhintergebar hermeneutisch. Im Entscheidungsprozeß müssen die Fakten, sozialwissenschaftlich gesprochen, immer stärker stilisiert werden. Diese Stilisierung kann genutzt werden, um das Problem in einer Weise zu definieren, die den Konflikt zwischen Ideen irrelevant macht. Das gilt nicht nur für die Juristen, sondern ebenso für politische Entscheidungen.

Ja mehr noch, das Geschick politischer Unternehmer besteht darin, die politische Aufmerksamkeit auf Probleme zu lenken, die im vorhandenen institutionellen Rahmen lösbar erscheinen. Im Extremfall geht dann sogar einmal die vorhandene Lösung auf die Suche nach einem geeigneten Problem.

3. Begrenzte Dezision

Der Titel dieses Aufsatzes lautet mit Bedacht: Offene Gemeinwohl*definitionen*. All die vorgeführten Mechanismen lassen den Dezisionsbedarf also nicht vollständig verschwinden. Sie begrenzen ihn aber erheblich (a). Außerdem machen sie deutlich, daß Dezision durch Ideen kontrolliert sein kann und sollte (b). Schließlich empfiehlt sich die Begrenzung der Dezisionswirkungen (c).

a) Begrenzter Dezisionsbedarf

Die bisherigen Überlegungen lassen sich zu einem Drei Zonen-Modell fortdenken. In der ersten Zone besteht gar kein Dezisionsbedarf, weil im Konsens aufgrund von Ideen entschieden werden kann oder weil die Beteiligten eine der anderen vorgestellten Lösungen einsetzen. Auch wenn sie sich darauf nicht einigen können, landen sie aber nicht automatisch bei bloßer Verfahrensrationalität. Vielmehr verteilen Ideen und Interessen Argumentationslasten. Je klarer ein Ergebnis auf der Basis einer Idee oder gemessen in einer normativen Währung zu begründen ist, desto größer ist die Argumentationslast des Gegners, der das nicht gelten lassen will. Argumentationslast heißt zweierlei. Je höher sie ist, desto besser müssen die Argumente sein. Und je weiter man abweichen will, desto gewichtigere Autorität braucht man auf seiner Seite. Auch das ist eine genuin juristische Erfahrung: keine juristische Entscheidung ist unangreifbar; aber es darf noch lange nicht jedermann jede Entscheidung mit jedem beliebigen Argument angreifen. Nur selten wird schließlich die dritte Zone erreicht, die – juristisch gesprochen – aus echten non liquet-Situationen besteht: für alle widerstreitenden Lösungen sprechen gleich gute Argumente. Dann bleibt wirklich nur noch die formale Entscheidung.

b) Durch Ideen kontrollierte Dezision

Alle Juristen tun es, aber kaum einer ist bereit, sich auch im theoretischen Diskurs dazu zu bekennen: zum Abwägen⁸⁸. Diese Reaktion ist verständlich. Denn beim Abwägen macht der Jurist ja gleichzeitig eine Aussage zur Qualität eines normativen Belangs und zu seinem

⁸⁸ Schlink Abwägung (FN 1) 128-134 nimmt überhaupt nur Peter Häberle als „Abwägungsenthusiasten“ ernst, geht mit ihm aber ebenso streng ins Gericht wie mit den „Abwägungspragmatikern“ (143-153).

Gewicht. Das ist logisch offensichtlich so lange inkonsistent, wie man sich nicht auf einen einheitlichen Wertmesser geeinigt hat. Und das wäre ja gleichbedeutend mit dem Leugnen der fundamentalen Relativität.

Der klassische Ausweg des Juristen aus diesem Dilemma trägt nicht. Er bringt vor, solche Fragen müßten dann eben politisch, nicht juristisch entschieden werden⁸⁹. *Niklas Luhmann* hat dazu alles Nötige gesagt: der Ausweg ist nichts als eine Illusion, die den Juristen erlaubt, ihre theoretische Unschuld zu bewahren. Denn die Politik wird mit der fundamentalen Relativität auch nicht besser fertig als das Recht⁹⁰. Eher ist das Gegenteil der Fall. Präziser: Die Politik ist nur um den Preis leistungsfähiger, daß sie die widerstreitenden Ideen in Interessen übersetzt und ihnen dadurch notwendig Gewalt antut. Hinzu kommen noch die Aggregationsprobleme und die Rentensuche, auf die die Public-Choice-Theory zurecht hinweist⁹¹. Das Recht veschenkt also sein moderierendes und befriedendes Potential, wenn es um der theoretischen Reinheit Willen auf Abwägung verzichten wollte⁹².

Die rechtswissenschaftliche Scheu vor der Abwägung hat aber nicht nur nachteilige praktische Folgen, sie ist auch theoretisch verkürzt. Die Aufgabe des Rechts ist nicht zu erkennen, sondern zu entscheiden. Es kann sich deshalb nicht in den Elfenbeinturm eines logisch geschlossenen Modells zurückziehen. Es kann auch nicht warten, bis sich im Wege der Differenzierung soziale Strukturen herausgebildet haben, die die unvereinbaren Belange verschiedenen Teilsystemen zuweisen. Die Aufgabe des Rechts ist es vielmehr gerade, mit den Konflikten dann fertig zu werden, wenn sie neu auftauchen⁹³. Logik ist deshalb keine dem Recht angemessene Rationalitätsform. Die Aufgabe des Rechts ist es nicht, die fundamentale Relativität aufzuheben, sondern sie auszuhalten. Aus dieser Perspektive ist es dann nicht mehr illegitim, wenn ein Jurist darauf abstellt, daß „an einem Gesichtspunkt etwas dran ist“, daß ein anderer aber „kein allzu hohes Gewicht hat“. Je reicher die Erfahrung ist, desto eher wird es das Recht präziser sagen können. Immer bleibt es aber „a clumsy institution“⁹⁴. Das Recht ist in seinem Kern durch Ideen kontrollierte Dezision.

Beim Recht ist das aber nur besonders offensichtlich. Durch Ideen kontrollierte Dezision ist in allen vier idealtypischen Koordinationsmechanismen möglich. Das Recht ist die differenzierteste Ausprägung der Koordination durch Befehl. Ideen fließen aber auch in jeden anderen Befehl ein, wenn er begründet werden muß. Wir hatten schon gesehen, daß diese Begründung zumindest Vorwirkungen auf den Entscheidungsprozeß hat⁹⁵. Kollektivverhandlungen geht regelmäßig ein Diskurs der Beteiligten voraus. Abstimmungen stehen am Ende eines Diskurses in der politischen Öffentlichkeit. Am schwierigsten ist die Ideenkomponente bei der Koordination auf Märkten zu entdecken. Scheinbar entscheiden hier ja ausschließlich Angebot und Nachfrage. Sieht man näher hin, sind praktisch alle Güter und

⁸⁹ *Schlink* Abwägung (FN 1) 190.

⁹⁰ *S. Luhmann* Ökologische Kommunikation (FN 31) 143 f.

⁹¹ Zusammenfassend *Bernholz/Breyer* (FN 46).

⁹² Von einem anderen Ausgangspunkt aus kommt *Uerpmann* Öffentliches Interesse (FN 3) 274-315 zum gleichen Ergebnis.

⁹³ Näher *Christoph Engel*: Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft, in: *ders.* (Hrsg.): *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter* (Common Goods: Law, Politics and Economics 1) Baden-Baden 1998, 11-14.

⁹⁴ Den Hinweis auf diesen plastischen Begriff von *Michael Shapiro* verdanke ich *Michael Thompson*.

⁹⁵ S. o. IV 3.

die Verfahren für ihren Austausch letztlich jedoch sozial konstruiert⁹⁶. Anders formuliert: in der Wirklichkeit sind praktisch alle Märkte letztlich organisiert⁹⁷. Die Organisation der Märkte ist das Einfallstor für Ideen.

c) Begrenzung der Dezisionswirkungen

Dezision beendet nicht nur den Schwebezustand, sie entscheidet immer auch gegen einen der Beteiligten. Er muß deshalb nicht auf Dauer feindselig bleiben oder in die innere Immigration gehen. Psychologische Untersuchungen machen deutlich, daß der Unterlegene in der Folge oft sogar seine Einstellung ändern wird. Wenn er sich der Entscheidung nicht entziehen kann, baut er durch die geänderte Einstellung kognitive Dissonanz ab und schont so sein Selbstwertgefühl. Wenn dieser Mechanismus greift, wird er sich oft schließlich sogar einbilden, er sei schon immer dafür gewesen⁹⁸. Das funktioniert aber nicht immer. Deshalb entspricht es pragmatischer Klugheit, die Dezisionswirkungen begrenzt zu halten. Dafür gibt es eine Vielzahl von Mechanismen.

Die klassische Lösung ist Offenheit in der Zeit. Sie liegt der periodischen Wahl in den Demokratien zugrunde. Die Mehrheit hat die Macht immer nur für eine Legislaturperiode sicher. Dadurch kommt es zu einer Art sequentiellen Experiment⁹⁹. Man kann den Effekt noch verstärken, wenn das Parlament seine Entscheidungen von vornherein befristet. Von dieser Möglichkeit der Sunset Legislation hat etwa das Telekommunikationsrecht Gebrauch gemacht. Der Vorgänger des heutigen Telekommunikationsgesetzes war auf den 01.01.1998 befristet¹⁰⁰. Statt dessen kann der Gesetzgeber aber auch simultan experimentieren. Er tut das, wenn er von oben herab einen Institutionenwettbewerb in Gang setzt¹⁰¹. Schließlich bleiben die Dezisionswirkungen auch dann beschränkt, wenn mehrere Konkretisierungsstufen und –instanzen hintereinander geschaltet sind. Das ist etwa das typische Bild im Umweltrecht. Das Gesetz enthält nicht viel mehr als allgemein formulierte Betreiberpflichten. Sie werden in Verordnungen, allgemeinen Verwaltungsvorschriften und Einzelakten immer stärker konkretisiert. Die politikwissenschaftliche Implementationsforschung hat deutlich gemacht, daß der Großteil der Entscheidung dann lange in der Schwebe bleibt. Diejenigen, die auf der ersten Stufe verloren haben, behalten die Chance, dem Ganzen auf späteren Konkretisierungsstufen noch eine andere Wendung zu geben. Diese Chance ist desto größer, je weniger präzise auf den früheren Stufen entschieden worden ist¹⁰².

⁹⁶ Anregend *Neil Fligstein: Markets and Politics. A Political-Cultural Approach to Market Institutions*, in: *American Sociological Review* 1996, 656-673.

⁹⁷ Darauf haben vor allem aufmerksam gemacht *Rudolf Richter/Eirik G. Furubotn: Neue Institutionenökonomik*, Tübingen² 1999, 310-351.

⁹⁸ Zusammenfassend *Dieter Frey/Anne Gaska: Die Theorie der kognitiven Dissonanz*, in: *ders./Martin Irle: Theorien der Sozialpsychologie I Kognitive Theorien*, Bern² 1993, 275-326.

⁹⁹ Den Begriff verdanke ich *Viktor Vanberg*.

¹⁰⁰ § 28 Fernmeldeanlagenengesetz 1994.

¹⁰¹ Näher zu den Gestaltungsmöglichkeiten *Christoph Engel: Legal Experiences of Competition among Institutions*, in *Gerken Competition among Institutions* (FN 68) 89-118; vgl. auch oben V 1 a zum democratic experimentalism.

¹⁰² Umfassend *Adrienne Windhoff-Héritier: Politikimplementation. Ziel und Wirklichkeit politischer Entscheidungen*, Königstein 1980.

VI. Normative Folgerungen

Unsere Überlegungen haben zu einem günstigen Ergebnis geführt. Es ist nicht notwendig, vollständig auf Verfahren und Interessen zu setzen. Offene Gemeinwohldefinitionen sind möglich. Das führt aber unvermeidlich zu zwei Folgefragen: Soll die Gesellschaft von diesen Möglichkeiten auch Gebrauch machen? Wenn ja: welche der angebotenen Lösungen soll sie wählen? Unsere Überlegungen enden letztlich also mit der Aufforderung zum Institutionenvergleich. Er wird nicht ein für alle Mal zum selben Ergebnis führen. Die angebotenen Institutionen haben komplementäre Vor- und Nachteile. Zwei besonders bedeutsame Kriterien sollen abschließend exemplarisch hervorgehoben werden.

Alle angebotenen Lösungen zerstören die Illusion der Eindeutigkeit. Sie tun das allerdings in unterschiedlich intensiver Weise. Sind den Beteiligten Ergebnis und Begründung evident, wird sie die Ambivalenz des theoretischen Ausgangspunkts wenig beunruhigen. Sind die unterschiedlichen Rationalitäten, Ideen oder normativen Währungen in sozialen Subsystemen gleichsam eingefroren, nehmen sie die Beteiligten vielleicht gar nicht mehr wahr. Auch die subterfuges und die Plastizität der Problemdefinition lassen die fundamentale Relativität aus der Aufmerksamkeit verschwinden. Die kulturtheoretische Empfehlung der Stabilität durch Wandel und die ausdrückliche Anerkennung von Gründen, denen der Einfluß auf die Entscheidung versagt bleibt, rücken die Relativität dagegen ins Zentrum der Aufmerksamkeit. Das für die Juristen typische Problem Solving hält die Waage. Es verweigert sich der Relativität nicht, legt sie aber nur soweit offen, wie das zur Bewältigung des konkreten Konflikts erforderlich ist.

Illusionen sind kein Selbstzweck, die eiferische Forderung nach Illusionslosigkeit ist es aber auch nicht. Vielmehr sollte sich die Wahl zwischen den vorgestellten Lösungen unter anderem daran orientieren, wie viel erklärte Offenheit zu verkräften ist. Wie weit reicht die Bereitschaft der Individuen zur Toleranz gegenüber anderen Einstellungen? Wie weit reicht ihre Bereitschaft, innere Widersprüche auszuhalten? Werden die sozialen Institutionen mit dieser Widersprüchlichkeit fertig?

Ein ebenso wichtiges Kriterium ist das Spannungsverhältnis zwischen Stabilität und Wandel. Je mehr Erfahrungen eine Gesellschaft mit einem bestimmten Konflikt zwischen zwei Rationalitäten, Ideen oder normativen Währungen gesammelt hat, desto besser kann sie typisieren. Die intensivste Form der Typisierung ist die Ausbildung spezialisierter Institutionen. Der Preis für dieses Ausmaß an Stabilität ist regelmäßig aber ein Verlust an Wandlungsfähigkeit. Die Institution bekommt eigenes Gewicht, eigene Interessen und deshalb ein nur aus ihr heraus erklärbares Beharrungsvermögen. Das ist offensichtlich, wenn sich soziale Subsysteme herausgebildet haben. Der kulturtheoretische Mückenschwarm ist dagegen in jeder Sekunde vollständig anpassungsfähig. Das Recht hält wiederum die Mitte. Die juristische Dogmatik standardisiert. Aber sie standardisiert nicht abstrakt, sondern begrenzt auf konkrete Konflikte in der Lebenswelt.

Wir enden deshalb mit einem Programm. Es gilt, die Kriterien für die Entscheidung zwischen den Mechanismen der offenen Definition des Gemeinwohls anzureichern und die Situationen näher aufzuklären, in denen eine Lösung der anderen vorzuziehen ist.