

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 19 (2011)

Herausgegeben von

B. Sharon Byrd
Joachim Hruschka
Jan C. Joerden



Duncker & Humblot · Berlin

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 19

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Herausgegeben von
B. Sharon Byrd · Joachim Hruschka · Jan C. Joerden

Band 19



Duncker & Humblot · Berlin

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 19 (2011)

Themenschwerpunkt:

Politische Ethik
Political Ethics

Herausgegeben von

B. Sharon Byrd
Joachim Hruschka
Jan C. Joerden



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Empfohlene Abkürzung: JRE
Recommended Abbreviation: JRE

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2011 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0944-4610
ISBN 978-3-428-13715-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

V orwort

Das *Jahrbuch für Recht und Ethik* widmet sich im Schwerpunkt dieses Bandes ausgewählten Problemen der *Politischen Ethik*. Hierzu werden zunächst in einem ersten Teil Grundfragen der Politischen Ethik behandelt. Danach geht es im zweiten Teil um die wechselseitige Begründungsrelation zwischen Politischer Ethik einerseits sowie Menschenwürde und Menschenrechten andererseits. Das Spannungsverhältnis zwischen Politischer Ethik und dem (positiven) Recht steht im Mittelpunkt des dritten Teils des vorliegenden Bandes, während der vierte Teil Antworten auf einige spezielle Anwendungsprobleme der Politischen Ethik zusammenfasst. Dem schließen sich in zwei weiteren Teilen des Jahrbuchs Beiträge zur Zuschreibung von Verantwortlichkeit und zur Medizinethik an. Der Band wird – wie üblich – abgeschlossen durch das Diskussionsforum und Rezensionen.

Für ihre Mitwirkung bei der Herstellung der Druckvorlagen ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) *Susen Pönitzsch, Carola Uhlig, Johannes Bochmann, Christiane Herzog* und *Maximilian Silm* zu danken. *Carola Uhlig* danken wir zudem für die sorgfältige Erstellung der Register. Last, but not least gebührt wiederum *Lars Hartmann* (Berlin) Dank für die umsichtige Betreuung der Drucklegung im Verlag Duncker & Humblot.

Hingewiesen sei schließlich auf die Internet-Seiten des *Jahrbuchs für Recht und Ethik*:

**[http://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/sr/
intstrafrecht/_projekte/jre/index.html](http://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/sr/intstrafrecht/_projekte/jre/index.html)**

Dort sind auch weitere Informationen, insbesondere die englische und deutsche Zusammenfassung der Artikel und Bestellinformationen, zum Jahrbuch erhältlich.

Die Herausgeber

Preface

This volume of the *Annual Review of Law and Ethics* focusses mainly on selected problems from the area of *political ethics*. In this process, the first part deals with basic problems of political ethics. Subsequently, the second part deals with the reciprocal argumentative relationship between political ethics on the one hand, and human dignity and human rights on the other. The area of tension between political ethics and (positive) law lies in the centre of the third part of the present volume, while the fourth part summarizes answers to selected specific problems of political ethics. This is followed by articles on the ascription of responsibility and on medical ethics in two further parts of this Review. As usual, the volume is completed by the discussion forum and book reviews.

Our gratitude goes to *Susen Pönitzsch, Carola Uhlig, Johannes Bochmann, Christiane Herzog* and *Maximilian Silm*, members of the Chair for Criminal Law and Legal Philosophy at the European University Viadrina Frankfurt (Oder) for their support in preparing the manuscripts for publication. We also appreciate *Carola Uhlig's* contribution in preparing the indices. Last, but not least, we would like to thank *Lars Hartmann* at Duncker & Humblot (Berlin) for his comprehensive assistance in printing the volume.

We would also like to draw the readers' attention to our website:

**[http://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/sr/
intstrafrecht/_projekte/jre/index.html](http://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/sr/intstrafrecht/_projekte/jre/index.html)**

where they will find further information on the *Annual Review of Law and Ethics*, including English and German summaries of the articles it contains and purchasing procedures.

The Editors

Inhaltsverzeichnis – Table of Contents

Grundfragen der Politischen Ethik – Basic Problems of Political Ethics

<i>Matthias Kaufmann</i> : Moderne Demokratie zwischen Institution und Instruktion	3
<i>Ulrich H.J. Körtner</i> : Politische Ethik und politische Theologie	19
<i>Christian Neuhäuser</i> : Politische Ethik zwischen kritischer Theorie und angewandter Ethik	35
<i>Julian Nida-Rümelin/Elif Özmen</i> : Zur Normativität des Politischen in der säkularen, liberalen und sozialen Demokratie	51
<i>Christian Mönter/Walter Reese-Schäfer</i> : Funktionen und Funktionalisierungen des Ge- wissens in politisch-ethischen Kontexten	65

Politische Ethik, Menschenwürde und Menschenrechte – Political Ethics, Human Dignity, and Human Rights

<i>Angelika Dörfler-Dierken</i> : Rituale und Menschenwürde	85
<i>Felix Ekardt</i> : Klimawandel, Menschenrechte und neues Freiheitsverständnis – Heraus- forderungen der politischen Ethik	107
<i>Georg Lohmann</i> : Demokratie und Menschenrechte, Menschenrechte und Demokratie ..	145
<i>Peter Schaber</i> : Menschenrechte und Grundbedürfnisse	163

Politische Ethik und Recht – Political Ethics and the Law

<i>Frank Dietrich</i> : Haben wir eine Fairnesspflicht zum Rechtsgehorsam?	179
<i>Dietmar Hübner</i> : Ethische Oszillationen: Über rechtsphilosophische Abwägungen, redu- zierte Betroffenheitstiefen und moralische Dilemmata	201
<i>Jan C. Joerden</i> : WikiLeaks, Kants „Princip der Publicität“, Whistleblowing und „ille- gale Geheimnisse“	227
<i>Stephan Kirste</i> : Eine deskriptive Rechtsethik	241
<i>Joachim Renzikowski</i> : Decent Work – rechtsphilosophische Anmerkungen zur Mindest- lohndebatte	261

**Anwendungsprobleme Politischer Ethik –
Problems in Applying Political Ethics**

<i>Karlfriedrich Herb/Kathrin Morgenstern/Magdalena Scherl</i> : Im Schatten der Öffentlichkeit. Privatheit und Intimität bei Jean-Jacques Rousseau und Hannah Arendt	275
<i>Otfried Höffe</i> : Leisten lokale Demokratiebewegungen einen Beitrag für die globale Krisensteuerung?	299
<i>Seumas Miller</i> : The Ethics of Assassination and Targeted Killing	309

**Zur Zuschreibung von Verantwortlichkeit –
On the Ascription of Responsibility**

<i>Alexander Aichele</i> : Zurechnungsmetaphysik? Samuel Pufendorfs Begriff der <i>imputatio</i> als Realitätsgrund von Moralität	325
<i>Karin Michel</i> : Personalität und Stellvertretung. Ethik und Recht stellvertretender Entscheidungen	347
<i>Tatjana Schönwälder-Kuntze</i> : Auf wen oder was antwortet ‚Verantwortung‘? Zur Genealogie (und Pathologie) des Verantwortungsdenkens	367
<i>Héctor Wittwer</i> : Muss die Willensfreiheit bewiesen werden, damit sich das Schuldprinzip rechtfertigen lässt?	397

Zur Medizinethik – On Medical Ethics

<i>Roger Brownsword</i> : Human Dignity and Nanotechnologies: Two Frames, Many Ethics ..	429
<i>Sebastian Gasde</i> : Die Medizinethik und das Placebophänomen. Psychosoziale Einflussfaktoren auf biologische Systeme	441

Diskussionsforum – Discussion Forum

<i>Hans-Ulrich Hoche</i> : Die Universalisierte Goldene Regel als Grundlage einer kulturübergreifenden Moral und Moralerziehung	471
---	-----

Rezensionen – Reviews

Norbert Campagna, Alfarabi – Denker zwischen Orient und Okzident. Eine Einführung in seine politische Philosophie (<i>Alexander Aichele</i>)	503
Mathis Bader: Organmangel und Organverteilung (<i>Anna Johanna Gethmann</i>)	505
Frank Dietrich, Sezession und Demokratie. Eine philosophische Untersuchung (<i>Jan C. Joerden</i>)	512
Andreas von Hirsch, Ulfrid Neumann, Kurt Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht: Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten (<i>Stefan Seiterle</i>)	514

Autoren- und Herausgeberverzeichnis / Index of Contributors and Editors	521
Personenverzeichnis / Index of Names	525
Sachverzeichnis / Index of Subjects	528
Hinweise für Autoren	533
Information for Authors	535

**Grundfragen der Politischen Ethik –
Basic Problems of Political Ethics**

Moderne Demokratie zwischen Institution und Instruktion

Matthias Kaufmann

„Das Problem der Staatserrichtung ist, so hart wie es auch klingt, selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben) auflösbar“.¹

Dieser Satz Immanuel Kants aus seiner kleinen Schrift *Zum ewigen Frieden* ist vielfach zitiert und allgemein bekannt. Wir können uns freilich auch in etwa vorstellen, was Machiavelli darauf geantwortet hätte: „Das mag ja für die Teufel richtig sein, bei den Menschen haben wir das Problem, dass ihnen der Verstand fehlt, genauer gesagt, dass ihr Verstand zumeist von den Leidenschaften, insbesondere vom verderblichen Ehrgeiz beherrscht und in die falsche Richtung gelenkt wird. Dies geht so weit, dass sie nicht einmal fähig sind, ihren eigenen langfristigen Vorteil wahrzunehmen.“ Er betont in den *Discorsi* (III 43), dass die Menschen stets die gleichen Leidenschaften haben, dies sei der Grund, aus dem es sich lohnt, die Geschichte zu studieren.² Im Kapitel 17 des *Principe* schließlich lässt er uns wissen, dass die Menschen im Normalfall „undankbar, unbeständig, heuchlerisch, furchtsam und eigennützig“ sind.³

Für den Kontext dieser Arbeit wird Machiavelli allerdings aus einem anderen Grunde interessant als durch diesen desillusionierten Blick auf die Menschen. Es wurde nämlich sehr bewusst gesagt, die Menschen seien *zumeist* von Leidenschaften in fataler Weise beherrscht und es seien *normalerweise* diese problematischen Eigenschaften, die sie leiten: Machiavelli lässt uns an anderer Stelle wissen, dass das Verhalten der Menschen sich in erheblichem Maße ändern kann, je nach ihren Lebensbedingungen. Gewiss, einige grundlegende Leidenschaften bleiben kontinuierlich dieselben. Doch gibt es sehr wohl die Möglichkeit, dass Menschen sich aufgrund guter Sitten, wörtlich „guter Gewohnheiten“ – *buone consuetudine* –, in tugendhafter Weise verhalten (D I 3).⁴ Daraus erklärt sich der trotz der Kontinuität in den menschlichen Leidenschaften feststellbare dramatische Unterschied zwischen

¹ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden*, AA VIII, 366.

² Niccolò Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, in: id. *Tutte le opere*, Firenze 1992, 250 f.

³ Niccolò Machiavelli, *Der Fürst (Il Principe)*, in: ders., *Politische Schriften*, hrsg. von Herfried Münkler, Frankfurt a. M. 1990, 94 f.

⁴ Machiavelli, *Discorsi* (Fn. 2), 82.

der frühen römischen Republik, dem Musterbild individueller und kollektiver Tugend und Tatkraft, und dem Italien des frühen sechzehnten Jahrhunderts in seiner Agonie des tiefsten Verfalls. Was wir von Machiavelli heute für die politische Theorie lernen können sind also weniger seine düster-alarmistischen, teilweise mit sardonischer Freude ausgemalten Beschwörungen der menschlichen Bosheit und seine inzwischen in zahllosen Managerseminaren durchgekämmten Tipps zum Erhalt zufällig gewonnener Macht, als vielmehr das Wissen darum, dass es im Umgang mit politischen Theorien einer komplexeren Anthropologie bedarf als der Entscheidung zwischen der *inclinatio naturalis hominis ad bonum* bei Thomas von Aquin und der Ansicht des Thomas Hobbes, der festhält: „I put for a generall inclination of all mankind, a perpetuall and restless desire of Power after power, that ceaseth only in death“.⁵

Fast fünfhundert Jahre, nachdem Machiavelli seinen *Principe* und seine *Discorsi* verfasste und mehr als zweihundert Jahre nachdem Kant *Zum ewigen Frieden* schrieb, wendet sich Amartya Sen gegen den angeblich „transzendentalen“ Ansatz von John Rawls. Eines seiner zentralen Argumente ist, dass es nicht ausreicht, sich auf die allgemeinen Prinzipien gesellschaftlicher Regelung und Entwicklung zu konzentrieren, auf nach apriorischen Idealvorstellungen konstruierte Institutionen, wenn man nicht das tatsächliche Verhalten der betroffenen Menschen berücksichtigt.⁶

Eine in vieler Hinsicht parallele, zumindest eng mit Sens Reflexionen verbundene Form der Kritik an Rawls, die sich mehr oder minder explizit in eine fundamentale Kritik an Kant – auch an Kants Ethik – weiterentwickelt, oftmals „den Liberalismus“ als Ganzes gleich mit-meint, formuliert Sens zeitweilige Lebensabschnittsgefährtin Martha Nussbaum.⁷

Auch bei Nussbaum findet sich eine Wendung gegen Rawls' Ausrichtung am „Rechten“, also an universellen Verteilungsprinzipien, die nur sehr knappe und generelle Orientierungen im Bereich des „Guten“, will sagen bezüglich der Auffassungen über ein richtig gelebtes menschliches Leben, zulässt. Gemeinsam ist beiden angesichts der Rolle des Guten für die Gerechtigkeit die Aufhebung einer strikten Trennung von Moral und Recht, von moralischen und rechtlichen Normen, ferner der sogenannte Befähigungs-Ansatz, häufig auch in deutschen Texten als *capability approach* bezeichnet: Politische Theorie und politische Praxis, jede Vorstellung von Gerechtigkeit kann sich nicht primär an den Gütermengen ausrichten, die die Menschen erhalten, geschweige denn an Zahlenwerten wie dem Bruttosozialprodukt pro Kopf der Bevölkerung, sondern ausschließlich am Wohlergehen (*flourishing*) der Menschen, daran, dass es ihnen gut geht.⁸ Dabei kommt es nicht nur darauf an, ob

⁵ *Thomas Hobbes*, *Leviathan* (1651), London 1985, 161.

⁶ *Amartya Sen*, *Die Idee der Gerechtigkeit*, München 2010, 94 ff.

⁷ *Martha Nussbaum*, *Der aristotelische Sozialdemokratismus*, in: *Gerechtigkeit oder Das gute Leben*, Frankfurt a. M. 1999, 24–85.

⁸ *Martha Nussbaum*, *Frontiers of Justice. Disability. Nationality. Species Membership*, Cambridge (Mass.)/London 2006, 72 f.; *Sen* (Fn. 6), 253 f., 300 f.

sie sich subjektiv wohl fühlen, sondern auch darauf, ob sie die Möglichkeiten, die ein menschliches Leben bieten sollte, in etwa ausfüllen können. Nussbaum entwickelt daher eine „vage starke Theorie des Guten“⁹ um Kriterien zur Verfügung zu stellen, mit denen man dieses Wohlergehen zu bestimmen vermag.

Ich werde im Folgenden zu zeigen versuchen, dass Sens Forderung nach Rücksichtnahme auf die tatsächlichen Fähigkeiten und das tatsächliche Verhalten von Menschen in konkreten Situationen berechtigt und sein Plädoyer für ein anderes Beurteilungskriterium als das von Rawls gewählte zumindest im Sinne einer Ergänzung plausibel ist. Nussbaum und Sen können unter Rückgriff auf den *capability approach* durchaus einige, teils gravierende Probleme bei Rawls und seinen philosophischen „Hintermännern“, vor allem natürlich Kant, namhaft machen. Dies gilt insbesondere, wenn man einige Interpretationen der italienischen Philosophin Vanna Gessa aufgreift. Sen vermag dem Modell deliberativer Demokratie eine interessante Wendung zu geben, nur wird nicht klar, wie man bei der Umsetzung des von ihm propagierten methodischen Vorhabens auf ein nach allgemeinen Prinzipien konstruiertes Modell als Kriterium verzichten kann. Nussbaums starke vage Konzeption des Guten bringt eine wichtige Perspektive für die ethische und rechtliche Beurteilung politischer Handlungen und Strukturen ein, doch lassen sich dabei angesprochenen Punkte ohne übergroße Anstrengung als Grundgüter im rawlsschen Sinne deuten. Dass die Verschmelzung moralischer und rechtlicher Perspektiven auch ihre Tücken hat, zeigt sich m. E. bei der Behandlung der Menschenrechte. Die teils explizite, teils implizite Kritik beider Autoren an Kant wirft bei entsprechender Interpretation Probleme für manche Lesarten der Kantischen Ethik auf und deutet manche der grundlegenden Probleme unserer Ethikkonzeptionen an, ohne dieser Ethik indessen jede Plausibilität nehmen zu können. Am Ende bleiben damit in kritischer Hinsicht eher Hinweise auf Probleme bestimmter Formulierungen als eine Überwindung ganzer theoretischer Positionen. Positiv gewendet: Sen und Nussbaum zeigen, dass Demokratie als öffentlicher Gebrauch der Vernunft sich nicht auf die Existenz von Institutionen reduzieren lässt, sondern kontinuierlicher Anstrengung auch darin bedarf, die Bürgerinnen und Bürger dazu zu befähigen. Nicht mehr – aber auch nicht weniger.

I. Rawls – zur Erinnerung

Wir erinnern uns: Um zu bestimmen, wie eine gerechte Gesellschaft aussieht, bedient sich Rawls in seinem Hauptwerk, der *Theory of Justice*, eines hypothetischen „Urzustandes“ (original position), aus welchem heraus die Menschen über die gerechte Ordnung einer Gesellschaft entscheiden, ohne zu wissen, welchen Platz sie in der eingerichteten Gesellschaft einnehmen werden. Sie wissen nichts über ihren sozialen Status, nichts über ihren Besitz, aber auch nichts über ihre Fähigkeiten, ihre Vorlieben, ihre besonderen Bedürfnisse. Sie besitzen im Urzustand alle etwa

⁹ Nussbaum (Fn. 7), 49 ff.