

## DER KONSENSBEGRIFF IN VERTRAGS- UND DISKURSTHEORIEN

Von Axel Tschentscher, Würzburg

### I. Einleitung

Wer in unseren Breitengraden an Verträge denkt, sieht sich in der Warteschlange im Supermarkt. Die vertraute Situation an der Ladenkasse offenbart die Alltäglichkeit von *Konsensen*, d.h. der *Einigung aller Beteiligten*, die als ein zentraler und, wie es zunächst scheint, verbindender Baustein in Vertrags- wie auch Diskurstheorien fungiert<sup>1</sup>. Bestünde diese Gemeinsamkeit tatsächlich, so würde sich darin eine Chance bieten, um zwischen den bisher unversöhnlichen Forschungsrichtungen der rationalen Entscheidung einerseits (*rational choice*), also demjenigen Paradigma, das diverse Strömungen der ökonomischen Theorie nach wie vor eint, und diskursiver Rechtsbegründung andererseits, verstanden als Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates<sup>2</sup>, zu vermitteln. Bei genauerer Betrachtung entpuppt sich das vermeintlich Gemeinsame und Verbindende aber als trügerisch. Die Theoriegruppen unterscheiden sich nicht nur grundlegend in ihrem Konsensverständnis, sondern der Konsens spielt im normativen Begründungsprogramm der Theorien auch eine weit weniger tragende Rolle als es deren Kennzeichnung als 'Konsensstheorien' zunächst vermuten lässt.

---

<sup>1</sup> Vgl. Arthur Kaufmann, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit* (1989), S. 10 f. – Konsens als verbindendes Element von Vertrags- und Diskurstheorien. Nach Winfried Brugger, *Amerikanische Verfassungstheorie*, in: *Der Staat* 39 (2000), S. 425-453 (425) sind „Konsensstheoretiker“ diejenigen, die eine soziale Ordnung als richtig beurteilen, wenn sie die Zustimmung aller Beteiligten verdient. Anders als hier Ralf Dreier, *Recht und Gerechtigkeit* (1991), S. 115: 'Konsensmodell' als Synonym (nur) für das 'Vertragsmodell'.

<sup>2</sup> So vor allem Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2. Aufl. 1991, S. 417; *ders.*, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: *ders.*, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995, S. 127-164 (164); *ders.*, *Grundgesetz und Diskurstheorie*, in: Winfried Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, S. 343-360 (343 ff.); zustimmend Pierre Tschannen, *Stimmrecht und politische Verständigung. Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, 1995, S. 388, 391 ff.; Axel Tschentscher, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 2000, S. 338, 347; ähnlich bereits Jörg P. Müller, *Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung*, 1993, S. 143 ff. (146).

Beginnend mit der Situation an der Ladenkasse soll diese konvergenzskeptischen These im folgenden belegt werden.

## II. Vertrag, Sozialvertrag und Verfassungsökonomik

### 1. Konsens in realen Verträgen

Der alltägliche Konsens an der Ladenkasse kommt motivational deshalb zustande, weil er den Beteiligten jeweils aus ihrer Sicht und Interessenlage einen *individuellen Vorteil* verschafft – der Käufer also beispielsweise die Milch dem Geldbetrag von 70 Cent vorzieht, der Verkäufer dagegen das Geld lieber hat als die Milch. Ohne dieses positive Saldo im individuellen Nutzenkalkül, etwa bei einem zu hohen oder zu niedrigen Preis, bliebe der Konsens aus.

Das mögliche Ausbleiben des Konsenses weist auf die *Freiwilligkeit* als notwendiges Element konsensueller Einigung hin. Sie ist regelmäßig durch rechtliche Zwangsnormen bewehrt. Wer zum Kauf genötigt oder mit einer wassergefüllten Milchpackung getäuscht wird, dem steht dagegen das Straf-, Delikts- und Vertragsrecht zur Seite. Solcher Schutz deutet darauf hin, daß es sich um ein unverzichtbares Element handelt. Und tatsächlich: ohne die Freiwilligkeit würde der vertragliche Konsens seiner legitimierenden Kraft beraubt. Denn diese Kraft folgt aus dem Satz *‘volenti non fit iniuria’* – der Einwilligende kann nicht verletzt werden. Der Satz erklärt es als legitim, auch diejenigen am Vertragschluß festzuhalten, die ihre Meinung später ändern. Für die Wirkung des vertraglichen Konsenses ist es also irrelevant, ob die Einigkeit der Beteiligten auch zukünftig bestehen bleibt.

Damit finden wir die Freiwilligkeit des vertraglichen Konsenses schon ein Stück weit relativiert. Doch auch innerhalb der äußersten Grenzen von zielgerichtetem Zwang, Drohung oder Täuschung ist es mit der Freiwilligkeit der vertraglichen Einigung nicht weit her. Angenommen, der Käufer benötigt die Milch äußerst dringend für ein hungriges Baby, hat aber gerade so knapp Geld, daß er sich selbst die 70 Cent bei verantwortlicher Haushaltsführung nicht mehr leisten kann; würde ihm dann die Kassiererin die Milch für 30 Cent geben? Regelmäßig erweist sich eine solche Zwangslage für den vertraglichen Konsens als irrelevant. Es ist sogar denkbar, daß eine besonders verzweifelte Nachfrage den Preis erhöht – Hamsterkäufe in Krisensituationen haben diesen Effekt. Am Beispiel der Babymilch zeigt sich, daß der Markt kein Mitleid kennt; Wirtschaften ist keine moralische Veranstaltung. Der vertragliche Konsens läßt eine *ungleiche Verhandlungsmacht* der Beteiligten zu. Beim Milchpreis im Supermarkt mag das nicht sonderlich wichtig sein, aber

beim Gebrauchtwagenkauf zeigen Studien durchaus, daß diejenigen, die ohnehin schon sozial privilegiert sind, auch noch einen besseren Preis aushandeln können<sup>3</sup>.

## 2. Konsens in Sozialvertragstheorien

Vorteilhaftigkeit, Freiwilligkeit, Verhandlungsmacht – wie ist es mit diesen Charakteristika des realen vertraglichen Konsenses in den Sozialvertragstheorien bestellt? Auch diese Theorien basieren auf der legitimierenden Kraft des *„volenti non fit iniuria“*. Indem sie zu zeigen versuchen, daß eine vertragliche Einigung bestehen könnte, begründen sie, daß auch die ungeliebten Vertragsinhalte (etwa die Pflicht, Steuern zu zahlen) für die Beteiligten legitimerweise bindend sein können.

Damit enden aber auch schon die Parallelen zum realen Vertragschluß. Denn Gegenstand von Sozialvertragstheorien sind ausschließlich hypothetische Konsense: der Theoretiker malt eine gedachte Situation aus, in der sich alle Beteiligten einigen *mißten*, weil der Vertragsinhalt für jeden einzelnen Beteiligten vorteilhaft wäre. Wenn als hypothetische Beteiligte dann alle Bürgerinnen und Bürger ins Spiel gebracht werden und der hypothetische Vertragsinhalt die Grundregeln der sozialen Ordnung umfaßt, dann ist das Projekt gelungen: der Theoretiker hat die Legitimität dieser Ordnung bewiesen.

Zum Gelingen des Beweises werden allerdings regelmäßig Annahmen eingeführt, die mit den Beteiligten und Situationen realer Verträge nicht harmonieren. So mußte schon *Hobbes*, der ansonsten in seinem *„homo homini lupus est“* die Interessenkonkurrenz unter Menschen schonungslos herausgearbeitet hat, die künstlich wirkende Annahme einführen, letztlich seien die Menschen doch im wesentlichen gleich, denn auch der Schwächste könnte den Starken überlisten oder mit anderen überfallen<sup>4</sup>. Erst dadurch wird ihm ein Konsens möglich, bei dem alle Beteiligten mit der Niederlegung der Waffen einverstanden sind. In neueren Theorien

---

<sup>3</sup> Ian Ayres/Peter Siegelmann, Race and Gender Discrimination in Bargaining for a New Car, in: *The American Economic Review* 85 (1995), S. 304-321 (307 f.); Schwarze zahlen mehr als Weiße, weiße Frauen mehr als weiße Männer; dazu mit weiteren Nachweisen Susan Emmenegger, Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Freiburg i.Ue. 1999, S. 70 f. Zu Nachteilen durch schichtenspezifisches Verhalten bereits David Caplovitz, *The Poor Pay More. Consumer Practices of Low-Income Families*, 2. Auflage, New York/London 1967, S. XXV ff., 81 ff.

<sup>4</sup> *Thomas Hobbes*, *Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civill*, London 1651, Kapitel 13: »Nature has made men so equal, in the faculties of body, and mind; ... the weakest has strength enough to kill the strongest, either by secret machination, or by confederacy with others, that are in the same danger with himselfe. ... And the life of man, [is] solitary, poore, nasty, brutish, and short.«

tritt solche Voraussetzungskosmetik noch stärker zutage: *Rawls* hat hinter seinem Schleier des Nichtwissens die Vertragsbeteiligten zu gleichgeschalteten Unpersonen denaturiert, die über ihre individuellen Unterschiede nichts wissen sollen, damit sie eine soziale Ordnung zum Konsens bringen, in der Leistungssportler und Behinderte, Kleingärtner und Großindustrielle gleichermaßen berücksichtigt sind, ohne daß es auf ihre real unterschiedliche Vertragsmacht noch ankäme.

Andere Theoretiker idealisieren nicht die Vertragsparteien, sondern unmittelbar den Vertragsinhalt. So lebt *Höffes* Modell der Tauschgerechtigkeit davon, daß es nur einen Paketausch gelten läßt: der einzelne darf nur insgesamt mit *allen* anderen Menschen die Einräumung *sämtlicher* Freiheiten vereinbaren und beispielsweise nicht den Rechtsaustausch unter Ausschluß von Behinderten oder der Religionsfreiheit – selbst wenn das für ihn als nichtbehinderten religiösen Eiferer vielleicht noch vorteilhafter wäre.

### 3. Konsens in der Verfassungsökonomik

Warum greifen Vertragstheoretiker zu solchen Mitteln? Warum übertragen sie nicht einfach die ungehinderte Verfolgung des individuellen Interesses, wie sie dem voluntativen Rationalitätskonzept des Vertrags entspricht, in die hypothetische Situation des Sozialvertrags? Es gibt tatsächlich einzelne, die das versucht haben. Die im wesentlichen auf *Buchanan* zurückgehende Theorie der öffentlichen Entscheidung (*public choice*) hat insoweit einen Zweig entwickelt, der in Anlehnung an den amerikanischen Sprachgebrauch als Verfassungsökonomik bezeichnet wird<sup>5</sup>. Konsequenz der uneingeschränkten Übertragung des rationalen Entscheidungskalküls (*rational choice*) auf Sozialverträge ist, wie bei *Buchanan*, die Rechtfertigung selbst von Sklavenhaltung. Wollen Theoretiker hingegen ein moralisches Ergebnis rechtfertigen, so bleibt ihnen

---

<sup>5</sup> Grundlegend *James M. Buchanan/Gordon Tullock*, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor 1962; *Geoffrey H. Brennan/James M. Buchanan*, *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*, Cambridge/New York 1985; *James M. Buchanan*, *Constitutional Economics*, Oxford 1991; neuerdings außerdem *Robert Cooter*, *The Strategic Constitution*, Princeton 2000. Von dieser normativen Verfassungsökonomik grenzt sich neuerdings eine „positive“ Verfassungsökonomik ab, die auf der Basis normativer Setzungen deren systemkonforme Konsequenzen analysiert; vgl. dazu *Stefan Voigt*, *Positive Constitutional Economics. A Survey*, in: *Public Choice* 90 (1997), S. 11-53; *ders.*, *Explaining Constitutional Change. A Positive Economics Approach*, Cheltenham 1999. Anders als in der Rechtswissenschaft wird ‚Verfassung‘ in der Ökonomik nicht primär als Staatsverfassung verstanden, sondern bezeichnet jede grundlegende Rahmensetzung (auch: soziale Regeln, einzelne Rechtsnormen); das diesen Rahmen ausfüllende Recht wird als ‚postkonstitutionell‘ bezeichnet (z.B. einfaches Gesetzesrecht im Verhältnis zur Staatsverfassung), ist also nicht identisch mit den ‚nachkonstitutionellen‘ Gesetzen der Jurisprudenz.

nur die moralische Aufladung des Vertragsmodells. Eine Schlüsselstelle für diesen Wandel ist der Konsensbegriff. Während bei realen Verträgen die wirkliche Einigung aller Beteiligten den Konsens markiert – man könnte insoweit von einem empirischen Konsensbegriff sprechen – kommt es beim hypothetischen Vertragsschluß auf eine Einigung an, wie sie von allen Beteiligten richtigerweise getroffen werden *sollte*. Der Konsensbegriff mutiert in Vertragstheorien unvermittelt von einem empirischen zu einem normativen.

#### 4. Konsens als Faktum und These

Was ist mit einem solchen normativen Konsens überhaupt noch gewonnen? Der Konsens wandelt sich vom Faktum zur These. Mit der These der Konsensbildung behauptet der Theoretiker, ein bestimmtes Verhandlungsergebnis würde die gegenläufigen Interessen aller Beteiligten derart ausgewogen in Einklang bringen, daß sich die Beteiligten einer Zustimmung – jedenfalls mit vernünftigen Argumenten – nicht mehr verschließen könnten. Der hypothetische Konsens wird so zum Platzhalter für das gelungene Sozialvertragsprojekt. Legitimierende Kraft kann er anders als in realen Verträgen indes nicht mehr entfalten<sup>6</sup>. Diese basiert allenfalls auf den Gründen, die der Theoretiker für die Richtigkeit des von ihm vorgeschlagenen Vertragsinhalts anführt.

### III. Diskurs und Diskurstheorien

Hinsichtlich ihrer Aussagen zur Wahrheits- oder Richtigkeitsverbürgung durch Konsense wie auch im Verständnis dessen, was (noch) einen realen Diskurs ausmacht, unterscheiden sich die einzelnen Diskurstheorien. So erhebt beispielsweise die transzendentalpragmatische Richtung, die maßgeblich auf *Karl-Otto Apel* zurückgeht, einen philosophischen Letztbegründungsanspruch<sup>7</sup>. In bezug auf letztbegründete Aussagen

---

<sup>6</sup> *Joseph Raz*, On the Authority and Interpretations of Constitutions. Some Preliminaries, in: Lawrence A. Alexander (Hrsg.): *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge 1998, S. 152-193 (162 f.): „So even if real consent is a source of authority, it is far from clear that hypothetical consent is. I know of no argument which shows that it is.“

<sup>7</sup> *Karl-Otto Apel*, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik. Zum Problem einer rationalen Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft, in: *ders.*, Transformation der Philosophie, Band 2: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft, 1973, S. 358-435 (222): „In einer modernen Transzendentalphilosophie geht es m.E. primär um die Reflexion auf den Sinn ... des Argumentierens überhaupt. Dies allerdings ist für den, der argumentiert ... offenbar das *Letzte, Nichthintergehbare*.“ (Hervorhebung bei *Apel*). Bestätigung des Letztbegründungsanspruchs in *ders.*, Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit 'aufgehoben' wer-

kann es auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Konsenses dann schon konzeptuell nicht mehr ankommen. Die analytisch-liberalistische Richtung der Diskurstheorie, die von *Robert Alexy* vertreten wird, zeichnet sich unter anderem durch einen relativierten Richtigkeitsbegriff aus<sup>8</sup>. Ein solcher trägt dem Umstand Rechnung, daß die erfolgreiche Einlösung oder Auflösung eines problematischen Geltungsanspruchs im Diskurs nicht garantiert werden kann.

Hier ist nicht der Platz, um einzelnen Varianten der Diskurstheorie nachzugehen. Vielmehr soll eingangs nur ein Schlaglicht auf die Konsensustheorie von *Jürgen Habermas* (1.) geworfen werden, bevor analog zu den Vertragstheorien nach dem Konsens in Diskursen (2.) und Diskurstheorien (3.) gefragt wird.

### 1. Konsensustheorie der Wahrheit

Die von *Jürgen Habermas* entwickelte universalpragmatische Richtung der Diskurstheorie beschränkt sich nicht auf Aussagen der praktischen Philosophie – also auf Wert- und Normurteile, die allenfalls richtig oder falsch sein können<sup>9</sup>. Sie erstreckt sich vielmehr als eine 'Konsensustheorie der Wahrheit' zusätzlich auf theoretische Aussagen – also Tatsachenbehauptungen, die wahr oder falsch sein können<sup>10</sup>. Wahrheits- und Richtigkeitsfragen werden bei *Habermas* zwar nicht gleichgesetzt, aber

---

den? Das geschichtsbezogene Anwendungsproblem der Diskursethik zwischen Utopie und Regression, in: Wolfgang Kuhlmann (Hrsg.), *Moralität und Sittlichkeit. Das Problem Hegels und die Diskursethik*, 1986, S. 217-264 (223); *ders.*, *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, 1988, S. 35, 345 ff. Ausführlich zudem *Wolfgang Kuhlmann*, *Reflexive Letztbegründung. Untersuchungen zur Transzendentalpragmatik*, 1985.

<sup>8</sup> *Robert Alexy*, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker, in: *ders.*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1991, S. 399-435 (415): Aufspaltung des Richtigkeitsbegriffs in einen absoluten und einen relativen prozeduralen Begriff der Richtigkeit.

<sup>9</sup> Zurückhaltende Beschränkung auf praktische Fragen hingegen bei *Robert Alexy*, *Probleme der Diskurstheorie* (1989), zitiert nach dem Neuabdruck in: *ders.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 109-126 (118).

<sup>10</sup> Vgl. *Jürgen Habermas*, *Wahrheitstheorien*, in: Helmut Fahrenbach (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, 1973, S. 211-266, zitiert nach dem Neuabdruck in: *Habermas*, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, S.127-183 (128 f.: „[W]ahr ist eine Aussage dann und nur dann, wenn sie einen wirklichen Sachverhalt oder eine Tatsache wiedergibt ... Wahrheit ist ein Geltungsanspruch, den wir mit Aussagen verbinden, indem wir sie behaupten“; S. 135: „einlösen läßt sich ein Wahrheitsanspruch nur durch Argumente“ – Hervorhebung bei *Habermas*). Mit entsprechendem Ansatz einer Erkenntniskritik durch Gesellschaftstheorie noch früher *ders.*, *Erkenntnis und Interesse* (1968), 12. Aufl. 1999, S. 9, 59 ff., 88 ff., sowie insbesondere im Nachwort (1973), S. 388 f. (Parallelisierung von Rechtsansprüchen und Wahrheitsansprüchen) und S. 393: „Die Argumentation steht in *allen* Wissenschaften unter *denselben* Bedingungen der diskursiven Einlösung von Wahrheitsansprüchen.“ (Hervorhebung bei *Habermas*).

doch erkenntnistheoretisch parallelisiert, was gerade für das Recht attraktiv ist, weil in ihm außer den Fragen des richtigen Handelns häufig auch damit verbundene Wahrheitsfragen berücksichtigt werden müssen<sup>11</sup>. Nach der Konsensustheorie der Wahrheit muß ein Geltungsanspruch der Aussagenform „X ist wahr“ kommunikativ einlösbar sein, indem unter Diskursbedingungen<sup>12</sup> hinreichende Gründe für die intersubjektive Anerkennungswürdigkeit der Aussage vorgebracht werden können, so daß mit einer Zustimmung aller Diskursteilnehmenden zu rechnen ist. Der Konsens unter diesen Bedingungen, die Zustimmung aller Erkenntnissubjekte, bildet dabei also das notwendige und hinreichende Kriterium für Wahrheit.

Der naheliegende Einwand gegen diese Theorie richtet sich darauf, daß Wahrheit unabhängig von den Überzeugungen der Diskursteilnehmenden in der Übereinstimmung einer Aussage mit der Wirklichkeit besteht (*adaequatio rei et intellectus*, Korrespondenztheorie) oder jedenfalls in der methodisch stringenten, schrittweisen Annäherung einer Aussage an die Wirklichkeit (Konvergenztheorie)<sup>13</sup>. Besonders energisch erhebt *Hans Albert* diesen Vorwurf: Es sei eine „Perversion“, den Wahrheitsbegriff durch Rekurs auf einen wie auch immer gearteten Konsens zu definieren<sup>14</sup>; in Erkenntnisfragen den Konsens als Kriterium anzubieten bedeute, „das Pferd beim Schwanz aufzuzäumen“<sup>15</sup>; die „Pointe“ der Konsensustheorie der Wahrheit liege größtenteils darin, „die Idee der objektiven Wahrheit zu unterminieren.“<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> *Peter Häberle*, „Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat“ – eine Zwischenbilanz, in: Joachim Bohnert u.a. (Hrsg.), *Verfassung – Philosophie – Kirche*. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 15-23.

<sup>12</sup> Siehe dazu die Nachweise in FN 32 zur Definition des idealen Diskurses (D<sub>Di</sub>).

<sup>13</sup> Zur Konvergenztheorie, insbesondere aus juristischer Sicht, *Arthur Kaufmann*, Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, in: ARSP 72 (1986), S. 425-442 (440 ff.); *ders.*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1989, S. 19; zustimmend etwa *Peter Gril*, Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy, 1998, S. 161 ff.; *Häberle*, Zwischenbilanz (FN 11), S. 22. Neben Korrespondenz-, Konsensus- und Konvergenztheorie gibt es noch eine Vielzahl anderer Ansätze, etwa die von *Adorno* beschriebene „Residualtheorie der Wahrheit“, bei der gilt: „die Wahrheit soll das sein, was unter Abzug des Sinnenhaften, Vergänglichen, deshalb Trägerischen, übrigbleibt“; *Theodor W. Adorno*, Kants „Kritik der reinen Vernunft“ (1959), 1995, S. 43. Zu weiteren Theorievarianten vgl. die Überblicke bei *L. Bruno Puntel*, Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie. Eine kritisch-systematische Darstellung, 1978; *Gunnar Skirbekk*, Einleitung, in: *ders.* (Hrsg.), *Wahrheitstheorien*. Eine Auswahl aus den Diskussionen über Wahrheit im 20. Jahrhundert, 7. Aufl. 1996, S. 8-34.

<sup>14</sup> *Hans Albert*, *Transzendente Träumereien*, 1975, S. 150.

<sup>15</sup> *Albert*, *Träumereien* (FN 14), S. 150.

<sup>16</sup> *Hans Albert*, Vom Kulturpessimismus zum kritischen Rationalismus. Autobiographische Einleitung, in: Christian Fleck (Hrsg.), *Wege zur Soziologie*, 1996,

Entgegen solcher Kritik spricht allerdings zweierlei für *Habermas'* Theorie: Erstens zielt Sprache auf Verständigung, so daß Prädikate wie „wahr“ oder „falsch“ letztlich Zuschreibungen sind, deren Inhalt von den Kommunikationspartnern im Interesse dieser Verständigung frei bestimmt werden kann<sup>17</sup>; daran knüpft die gelegentlich als „Heideggerische Wende“ bezeichnete Position der universalen Hermeneutik an<sup>18</sup>. Zweitens ist die Wahrheit von Aussagen eine erkennbar zeitgebundene Größe<sup>19</sup>. Um das zu belegen, muß man gar nicht die im Anschluß an *Thomas Kuhn* vielbeschworenen Paradigmenwechsel heranziehen<sup>20</sup>, sondern es genügt, einen der vielen Entwicklungsschritte in den Naturwissenschaften anzuschauen, bei dem sich bisher für wahr Gehaltenes zumindest teilweise als falsch erweist: die Grundgesetze der Physik, die mit dem ausgehenden 19. Jahrhundert in Gestalt der Newtonschen Mechanik und des Maxwell'schen Elektromagnetismus als abgeschlossen angesehen wurden<sup>21</sup>, sind wenig später durch die Quantenphysik widerlegt worden<sup>22</sup>. Keine Theorie, auch keine naturwissenschaftliche, ist wirklich

---

S. 17-37, zitiert nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Lesebuch. Ausgewählte Texte, 2001, S. 1-25 (25); vgl. auch *Wolfgang Pauly*, Wahrheit und Konsens. Die Erkenntnistheorie von Jürgen Habermas und ihre theologische Relevanz, 1989, S. 142: mangelhafter Realitätsbezug.

<sup>17</sup> Zur anspruchswahrsamen „wirklichen Funktion“ des Wortes „wahr“ in der Kommunikation (im Gegensatz zur sprechakttheoretischen Analyse bei *John L. Austin*) vgl. *Peter F. Strawson*, Wahrheit (1950), zitiert nach dem Neuabdruck in: Skirbekk (Hrsg.), Wahrheitstheorien (FN 13), S. 246-275 (272).

<sup>18</sup> Kritisch dazu *Hans Albert*, Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus (1972), zitiert nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Lesebuch (FN 16), S. 239-263 (240) m.w.N.; *ders.*, Erkenntnis, Sprache und Wirklichkeit. Der kritische Rationalismus und das Problem der Erkenntnis (1976), ebd., S. 53-76 (75 f.); polemisch zugespitzt außerdem in *ders.*, Träumereien (FN 14), S. 12 ff., 50, 152.

<sup>19</sup> Vgl. *Karl Jaspers*, Wahrheit als Mittelbarkeit, in: *ders.*, Vernunft und Existenz. Fünf Vorlesungen, 1973, S. 58-83 (74): „Aus dieser Situation der Existenz in der Zeit folgt erstens, daß, wenn Wahrheit an Kommunikation gebunden ist, die Wahrheit selbst nur werdend sein kann, daß sie in ihrer Tiefe nicht dogmatisch, sondern kommunikativ ist.“ (Hervorhebungen bei *Jaspers*).

<sup>20</sup> Vgl. *Thomas S. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, 2. Aufl. Chicago 1970, S. 111 ff.

<sup>21</sup> Zu dieser Einschätzung *Alastair I.M. Rae*, Quantenphysik. Illusion oder Realität?, 1986, S. 12 f.; als neueres wissenschaftskritisches Pendant vgl. *John Horgan*, The End of Science, New York 1996, zitiert nach der deutschen Übersetzung von Thorsten Schmidt, 1997, S. 59 ff. (Das Ende der Wissenschaftstheorie), S. 103 ff. (Das Ende der Physik), S. 231 ff. (Das Ende der Sozialwissenschaften); knapper und pauschaler bereits *Gunther S. Stent*, The Coming of the Golden Age. A View of the End of Progress, New York 1969, S. 77 ff. (The End of Progress); S. 97 ff., 121 (The End of the Arts and Sciences).

<sup>22</sup> Vgl. *Richard P. Feynman*, The Character of Physical Law, Cambridge 1965, nach der deutschen Übersetzung von S. Summerer/G. Kurz, 1990, S. 157 ff., 183 ff.; *Horgan*, End (FN 21), S. 103 ff. Am 14. Dezember 1900 hatte *Max Planck* die Entwicklung der Quantentheorie und der modernen Atomphysik angestoßen – mit einem Vortrag zur Theorie der Strahlung schwarzer Körper vor der Deutschen Physikalischen Gesellschaft.

endgültig<sup>23</sup> – ja die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse sind von *Immanuel Kant* sogar als weniger gewiß angesehen worden als die Sätze der praktischen Philosophie<sup>24</sup>. Solche Widerlegungsprozesse, die fortwährend neu auftreten<sup>25</sup> und mit Recht als Paradoxien des wissenschaftlichen Fortschritts bezeichnet worden sind<sup>26</sup>, ändern aber nichts daran, daß die Forscher des 19. Jahrhunderts *ihre* Wahrheit, die Wahrheit *ihrer* Zeit, methodisch und kommunikativ richtig erkannt haben. Als „Wahrheit“ kann, will man Antinomien vermeiden, nur das gelten, was als „Bewährung“ seine zeitliche Kontingenz anerkennt<sup>27</sup>. Zwar ist es üblich, zwischen dem Begriff der Wahrheit und dem Prozeß ihrer Gewinnung zu unterscheiden<sup>28</sup>. Ob es aber jenseits der jeweils erkennbaren auch noch eine absolute, zeitunabhängige Wahrheit gibt und was ihr Inhalt sei, ist uns Menschen als kontingenten Existenzen verborgen, so daß wir nur über eine zeitrelativ verstandene Wahrheit, die Wahrheit unserer Zeit, überhaupt sinnvoll sprechen können<sup>29</sup>. Fraglich wird durch solche Relativierung nicht der kommunikative Prozeß der Wahrheitsfindung, zu dem es keine Alternative gibt, sondern nur die Vorstellung von der Abgeschlossenheit des Prozesses im Moment eines Konsenses<sup>30</sup>. Mehr noch: die Infragestellung des vermeintlich sicher Erkannten, die Suche nach dem Widerspruch, ist die eigentliche Triebfeder der Wissenschaft<sup>31</sup>.

---

<sup>23</sup> *Horgan*, End (FN 21), S. 103 (unter Berufung auf *Einstein*); ähnlich *Habermas*, Erkenntnis und Interesse (FN 10), S. 392 f.: Quantentheorie als Beispiel für die „Mannigfaltigkeit der Interpretationen“ bei gleichzeitiger „Identität der Erfahrungen“.

<sup>24</sup> Etwa bei *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl. Riga, 1781, 2. Aufl., Riga 1787, A 480 f./B 508 f. (A' für die Seitenzählung der Erstauflage 1781, B' für diejenige der Zweitaufgabe 1787): „In den allgemeinen Prinzipien der Sitten kann nichts Ungewisses sein, weil die Sätze entweder ganz und gar nichtig und sinnlos sind, oder bloß aus unseren Vernunftbegriffen fließen müssen. Dagegen gibt es in der Naturkunde eine Unendlichkeit von Vermutungen, in Ansehung deren niemals Gewißheit erwartet werden kann, weil die Naturerscheinungen Gegenstände sind, die uns unabhängig von unseren Begriffen gegeben werden, zu denen also der Schlüssel nicht in uns und unserem reinen Denken, sondern außer uns liegt, und eben darum in vielen Fällen nicht aufgefunden, mithin kein sicherer Aufschluß erwartet werden kann.“

<sup>25</sup> Ein weiterer Kandidat für solche Prozesse ist die bisher nicht widerlegte Theorie der Schwerkraftgeometrie; vgl. dazu *Charles W. Misner/Kip S. Thorne/John Archibald Wheeler*, Gravitation, San Francisco 1973, S. 1066: „To say that Einstein's geometrodynamics is ‚battle-tested‘ is to say it has won every time it has been tried against a theory that makes a different prediction.“

<sup>26</sup> *Gunther S. Stent*, Paradoxes of Progress, New York 1978, S. 1 ff., 95 ff., 113 („verfrühte“ und „romantische“ Erkenntnis, „kreativer“ Charakter von Entdeckungen).

<sup>27</sup> Vgl. *Rudolf Carnap*, Wahrheit und Bewährung (1936), zitiert nach dem Neuabdruck in: Skirbekk (Hrsg.), Wahrheitstheorien (FN 13), S. 89-95 (89 f.).

<sup>28</sup> Dazu m.w.N. *Habermas*, Wahrheitstheorien (FN 10), S. 159.

<sup>29</sup> Vgl. *Habermas*, Wahrheitstheorien (FN 10), S. 133: „Die Korrespondenztheorie der Wahrheit versucht vergeblich, aus dem sprachlogischen Bereich auszurechnen, innerhalb dessen der Geltungsanspruch von Sprechakten allein geklärt werden kann.“

Allerdings spielt auch für die zeitrelativ und kommunikativ verstandene Wahrheit oder Richtigkeit der Konsens weder in realen Diskursen (2.) noch in der Theorie (3.) eine so greifbare Rolle, wie es die Bezeichnung ‚Konsensustheorie der Wahrheit‘ vermuten lassen könnte.

## 2. Konsens in realen Diskursen

Während der reale Vertragsschluß unstreitig und vielfältig Anschauung in unserem Leben findet, ist dies beim realen Diskurs nicht ganz so einfach. Ein Diskurs im Sinne der Diskurstheorie ist – anders als beim inflationär gebrauchten Modebegriff des Diskurses – nicht jede beliebige Diskussion, sondern nur ein bestimmtes Ideal der Verständigung und die nach den Umständen angemessene Annäherung an dieses Ideal. Ersteres wird als idealer, letzteres als realer Diskurs eingestuft; beide lassen sich definieren:

Ein *idealer Diskurs* ( $D_{Di}$ ) ist ein Diskurs, bei dem „unter den Bedingungen unbegrenzter Zeit, unbegrenzter Teilnehmerschaft und vollkommener Zwanglosigkeit im Wege der Herstellung vollkommener sprachlich-begrifflicher Klarheit, vollkommener empirischer Informiertheit, vollkommener Fähigkeit und Bereitschaft zum Rollentausch und vollkommener Vorurteilsfreiheit die Antwort auf eine ... Frage gesucht wird.“<sup>32</sup>

Ein *realer Diskurs* ( $D_{Dr}$ ) ist ein Diskurs, bei dem unter Bedingungen, die so weit, wie es nach den Umständen angemessen ist, denen des idealen Diskurses angenähert sind, mindestens aber den Verzicht aller Beteiligten auf die absichtliche Ausübung von Zwang durch Gewalt und Drohung beinhalten, die Antwort auf eine Frage gesucht wird<sup>33</sup>.

Als allgemeine Regel, wann eine Behauptung als diskursiv begründet angesehen werden kann, läßt sich ein Theorem über den Konsens ( $T_{K\omega}$ ) formulieren: Im Diskurs begründet ist eine Behauptung genau dann, wenn sie von allen Diskursteilnehmern als richtig beurteilt wird (Konsens)<sup>34</sup>. Bei realen Diskursen zeigt sich allerdings, daß der Konsens da-

---

<sup>30</sup> Vgl. *Carnap*, Wahrheit (FN 27), S. 90: „Die Sätze der Wissenschaft sind so beschaffen, daß sie niemals endgültig anerkannt oder abgelehnt werden können, sondern nur gradweise mehr oder weniger bewährt oder erschüttert werden.“

<sup>31</sup> Vgl. *Karl Jaspers*, Wahrheit und Wissenschaft, Basel 1960, S. 6: „Der Wahrheitswille der Forscher sucht gerade das, was den bis dahin gefundenen Ordnungen widerspricht. ... aber nicht um sich preiszugeben, sondern um sich in besserer Erkenntnis zurückzugewinnen. ... Daher gibt es heute kein gültiges Weltbild mehr.“

<sup>32</sup> *Alexy*, Probleme der Diskurstheorie (FN 9), S. 113; *ders.*, Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 412; ähnlich *ders.*, Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems (1991), S. 35; inhaltsgleich, wenn auch weniger detailliert, bereits zuvor *Habermas*, Wahrheitstheorien (FN 10), S. 177 ff.

<sup>33</sup> Vgl. im einzelnen *Axel Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, Baden-Baden 2000, S. 219 ff., 291 ff.

durch nicht zum *notwendigen* Kriterium für Wahrheit oder Richtigkeit des Behaupteten wird (b). Außerdem genügt nicht irgendein Konsens, sondern nur ein von Gründen getragener als *hinreichendes* Kriterium (c). Bevor dies belegt wird, seien aber die grundlegenden Unterschiede des diskursiven Konsensverständnisses zum vertraglichen Konsens betont, die es so schwierig werden lassen, in der Lebenswirklichkeit überhaupt reale Diskurse auszumachen (a).

*a) Diskursives versus vertragliches Konsensverständnis*

Bereits in den Definitionen des idealen und realen Diskurses ( $D_{Di}$ ,  $D_{Dr}$ ) wird ein Unterschied zum Vertrag augenfällig: Zwang ist bei beiden ausgeschlossen. Der Konsens im Diskurs darf – anders als derjenige des Vertrages – nicht auf der unterschiedlichen Verhandlungsmacht der Beteiligten beruhen. Die Einigung ist also in einem viel weitergehenden Sinne freiwillig: im Sinne von umfassender Herrschaftsfreiheit. Während Vertragspartner ihre ungleiche Verhandlungsmacht ausspielen dürfen, müssen Diskurspartner solche Unterschiede im Interesse universeller Richtigkeit ihrer Argumentation zurückstellen.

Weniger offensichtlich, aber nicht minder bedeutsam ist der Unterschied hinsichtlich der individuellen Vorteilhaftigkeit der Einigung. Während sie im Vertrag das entscheidende Einigungsmotiv bildet, spielt sie für den Diskurs keine Rolle. Diskurstheorien sind Argumentationstheorien und dadurch von Verhandlungs- und Entscheidungstheorien abzugrenzen. Für den Diskurs ist es deshalb charakteristisch, daß die Teilnehmer um das beste Argument ringen (Verständigungsorientierung, *arguing*), nicht um den besten Weg zur Durchsetzung der je eigenen Interessen (Erfolgsorientierung, *bargaining*). Wer einen Einigungsvorschlag damit begründet, daß er nur für ihn selbst vorteilhaft sei, wird in der Vertragsverhandlung gehört, im Diskurs nicht.

Mit ihrem anspruchsvollen Konsensverständnis geraten Diskurstheorien in ein Dilemma. Wenn sie die Anforderungen an das, was noch einen realen Diskurs ausmacht, allzu hoch schrauben, dann gibt es solche Diskurse in der Lebenswirklichkeit überhaupt nicht mehr<sup>34</sup>. Wenn sie dagegen die Anforderungen senken, kommt es zwangsläufig zu einem Auseinanderfallen des Konsensbegriffs in realer und idealer Betrachtung. Praktisch schlägt sich dieses Dilemma in dem Streit um die Sonderfallthese nieder. Vielfach wird behauptet, daß die juristische Argumentation kein

---

<sup>34</sup> Vgl. *Tschentscher*, Theorien (FN 33), S. 230.

<sup>35</sup> Vgl. *Steffen Wesche*, Robert Alexys diskurstheoretische Menschenrechtsbegründung, in: *Rechtstheorie* 30 (1999), S. 79-93 (92).

Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses sei, weil sie so vielen spezifisch-juristischen Beschränkungen unterliege, daß es sich im Ergebnis nicht mehr um eine angemessenen Annäherung an das Diskursideal handle; parlamentarische Gesetzgebung und gerichtliches Verfahren wären danach keine Diskurse<sup>36</sup>. Überhaupt bliebe dann als mögliches Beispiel für einen realen Diskurs nur noch die entspannte Unterhaltung von Wissenschaftlern oder Freunden übrig, die am Kamin über ein Thema sprechen, das sie pragmatisch und emotional nicht selbst betrifft. Im übrigen gäbe es keine Diskurse in der Realität.

Diese Konsequenz wird von Diskurstheoretikern selten ausdrücklich eingeräumt. Sie würde dazu führen, daß der reale Diskurs nahezu bedeutungslos wäre und sich alles auf die abgehobenen Gefilde der Theoriebildung konzentrierte. Vorzugswürdig ist demgegenüber ein weniger anspruchsvolles Verständnis, bei dem die Argumentation in juristischen Verfahren sowie der nichtstrategische Teil der politischen Meinungsbildung und zivilgesellschaftlichen Kommunikation in den Kreis der nach den Umständen angemessenen Annäherungen an das Diskursideal einbezogen bleibt (vgl. DDr). Das relativiert zwar – sofern überhaupt Konsense eintreten – die Funktion von Konsensen als Indikator richtiger Ergebnisse. Immerhin gewinnt man aber eine Grundlage dafür, Verbesserungen der Diskursbedingungen (z.B. größere Transparenz, geringere Verzerrungen durch Machtdifferenzen, gleichmäßigere Repräsentation) als diskurstheoretische Forderungen an die juristischen, politischen und zivilgesellschaftlichen Verfahren heranzutragen und damit als einen Beitrag zur Richtigkeitsgewähr in der sozialen Ordnung zu begreifen. Auch für einen solchen, gewissermaßen in die Lebenswelt zurückgeholten Begriff des realen Diskurses bleibt es indes dabei, daß die in den Verfahren gesuchten Konsense eine grundlegend andere, nämlich richtigkeitsorientierte Natur haben als die vorteilsgeleiteten Einigungen in realen Verträgen.

#### *b) Dissens und diskursive Kontrolle*

Auch bezüglich der Wirkung des Konsenses besteht ein wichtiger Unterschied zwischen realen Verträgen und realen Diskursen. Während Ver-

---

<sup>36</sup> Vgl. etwa Ota Weinberger, Diskursive Demokratie ohne Diskursphilosophie, in: *Rechtstheorie* 27 (1996), S. 427-437 (428 ff.); Gerd-Walter Küsters, Rechtskritik ohne Recht. Zu Habermas' ‚Theorie des kommunikativen Handelns‘, in: *Rechtstheorie* 14 (1983), S. 95-114 (98 ff.); Werner Krawietz, Juridisch-institutionelle Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaften?, in: *Rechtstheorie* 15 (1984), S. 423-452 (438); Ulfried Neumann, Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 77, 84 f. (zur Gerichtsverhandlung); ders., Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: *Rechtstheorie* 27 (1996), S. 415-426 (417 ff.); Carl Braun, Diskurstheoretische Normbegründung in der Rechtswissenschaft, in: *Rechtstheorie* 19 (1988), S. 238-261 (258 ff.).

träge zukunftsgerichtet Bindungswirkung entfalten, ist das bei Diskursen gerade nicht der Fall. Die ideale Voraussetzung, die bei realen Diskursen niemals vollständig verwirklicht werden kann, ist die Unendlichkeit des Diskurses, d.h. sein Stattfinden unter der Bedingung unbegrenzter Zeit<sup>37</sup>. Im idealen Diskurs argumentieren die Teilnehmenden selbst dann weiter, wenn sie bereits einen Konsens erzielt haben, denn es ist nie ausgeschlossen, daß neue Argumente entdeckt werden, die den Konsens zusätzlich stützen, oder ihn beseitigen. Wem, vereinfacht gesprochen, später noch etwas Neues einfällt, der kann es im Diskurs auch nach dem einmal erreichten Konsens sinnvoll äußern; nach dem Vertragschluß würde er damit nicht mehr gehört.

Will man diese Unendlichkeit so weit wie möglich real verwirklichen, so muß man sie als eine *potentielle* Unendlichkeit des Diskurses verstehen<sup>38</sup>. Einen realen Diskurs kann man demzufolge allenfalls vorläufig abschließen<sup>39</sup>. Es muß möglich sein, daß die Beteiligten, die zunächst den Diskurs mit einem Konsens beenden, ihn beim Auffinden neuer Argumente wieder aufnehmen. Potentielle Unendlichkeit bedeutet also beim realen Diskurs, daß die Entscheidung einer fortgesetzten diskursiven Kontrolle unterliegt<sup>40</sup>. Auch bei einem realen Diskurs, also einem, der nach den Umständen angemessen an das Ideal angenähert ist ( $D_{Dr}$ ), wirkt ein erreichter Konsens folglich nicht endgültig oder definitiv<sup>41</sup>. Die Herrschaftsfreiheit, die in den Diskursregeln ausgedrückt ist, gebietet vielmehr, daß die Argumentation keinen zwingenden Schlußpunkt erfährt.

Das Fehlen eines zwingenden Schlußpunktes führt mit dazu, daß beim realen Diskurs nicht in jedem Fall ein Konsens für die Wahrheit oder Richtigkeit des Behaupteten nötig ist<sup>42</sup>. Ein realer Diskurs kann mit

<sup>37</sup> Vgl. *Habermas*, Wahrheitstheorien (FN 10), S. 179; *Müller*, Demokratische Gerechtigkeit (FN 2), S. 148 f.

<sup>38</sup> Zur Unterscheidung zwischen potentieller und aktueller Unendlichkeit vgl. *Alexy*, Probleme der Diskurstheorie (FN 9), S. 115. Aktuelle Unendlichkeit würde bedeuten, daß alle möglichen Argumente vorgetragen und gewürdigt wurden.

<sup>39</sup> Vgl. das relativierende „vorerst“ bei *Habermas*, Erkenntnis und Interesse (FN 10), S. 385: „Wenn aber ein Sachverhalt der diskursiv thematisierte Inhalt einer problematisierten Aussage ist, dann nennen wir Tatsache den in einem (vorerst) abgeschlossenen Diskurs thematisiert gewesenen Inhalt einer inzwischen entproblematisierten Aussage: das, was wir nach einer diskursiven Prüfung als wahr behaupten möchten.“

<sup>40</sup> Zum Kriterium der fortgesetzten diskursiven Kontrolle *Tschantcher*, Theorien (FN 33), S. 220 f.

<sup>41</sup> So für ideale Diskurse, *Alexy*, Probleme der Diskurstheorie (FN 9), S. 116. Einschränkungen gelten für den Ausnahmefall der diskursiven Notwendigkeit einzelner Normen; vgl. *Tschantcher*, Theorien (FN 33), S. 312.

<sup>42</sup> So auch *Alexy*, Probleme der Diskurstheorie (FN 9), S. 119: „Nicht der Konsens ist für sie [die Diskurstheorie] entscheidend, sondern die Durchführung der Prozedur.“ Zustimmend *Wesche*, Menschenrechtsbegründung (FN 35), S. 92.

einem Dissens enden und seine Durchführung dennoch Wahrheit oder Richtigkeit in einem relativen Sinne erzeugen – im Sinne eines umstandsabhängigen Vergewisserns über begründete Antworten auf die behandelte Frage. Wahr oder richtig ist dann das, was unter angemessener Verwirklichung der diskursiven Rahmenbedingungen durch ‚gute Gründe‘ gestützt wurde. Solche Argumente müssen nicht zur Einigkeit aller Beteiligten führen, um die aktuell bestmögliche Richtigkeitsgewähr und damit relative Richtigkeit zu belegen. So endet die parlamentarische Deliberation typischerweise mit einem Dissens, in dem eine Reihe von Lösungen als gut begründet hervortritt. Der diskursiv erzeugbare Mehrwert ist damit erreicht, der reale Diskurs beendet und eine (nicht diskursive!) Mehrheitsentscheidung unter den so gerechtfertigten Varianten legitim. Der Konsens im realen Diskurs ist folglich keine notwendige Bedingung für Wahrheit oder Richtigkeit.

### c) Begründete Konsense

Auch als hinreichende Bedingung für Wahrheit oder Richtigkeit kann die Einigung nicht immer angesehen werden. Von „Konsens“ in einem unbegrenzt weiten Sinne könnte man bereits bei rein tatsächlicher, inhaltlich nicht begründeter Einigkeit aller Beteiligten sprechen<sup>43</sup>. Als Wahrheits- oder Richtigkeitskriterium tauglich und im Theorem über den Konsens gemeint (vgl. Тко) ist hingegen nur ein begründeter, d.h. „argumentativ erzielte[r] Konsensus“<sup>44</sup>. Diese Erwiderung *Habermas'* gilt dem Vorwurf, daß die Diskurstheorie, indem sie den Konsens zum Kriterium für Wahrheit mache, die Argumentation letztlich funktionslos werden lasse. Der in der Diskurstheorie gemeinte Konsens ist aber nicht der zufällig faktische, sondern nur der begründete und damit (idealiter) der potentiell universale Konsens unter allen möglichen Diskursteilnehmern<sup>45</sup>. Genau betrachtet ist darum nicht die schlichte Einigung aller Beteiligten das Kriterium für Wahrheit oder Richtigkeit, sondern es sind

---

<sup>43</sup> Bei dem Beispiel von *Braun*, Diskurstheoretische Normbegründung (FN 36), S. 256, – dem durch Massenpsychose erzeugten allgemeinen „Konsens“ – fehlt es allerdings schon an einer angemessenen Annäherung an das Diskursideal, denn Manipulationen dieser Art sind unter allen Umständen verzichtbar. Neuralgisch sind hingegen Fälle, in denen die Teilnehmer trotz diskursiver Rahmenbedingungen keine Argumente austauschen, sei es aus Gleichgültigkeit, Müdigkeit oder Desinteresse.

<sup>44</sup> *Habermas*, Erkenntnis und Interesse (FN 10), S. 406 mit FN 60; zuvor bereits *ders.*, Wahrheitstheorien (FN 10), S. 160 f. sowie S. 180: nicht jeder faktische Konsens sei ein „hinreichender Indikator für einen begründeten Konsens“.

<sup>45</sup> *Puntel*, Wahrheitstheorien (FN 13), S. 163, dort allerdings mit der weitergehenden, nicht überzeugenden Gleichsetzung des diskurstheoretischen Konsenses mit ‚universaler Kohärenz‘; vgl. zu Kohärenztheorien der Wahrheit *Nicholas Rescher*, Die Kriterien der Wahrheit (1973), zitiert nach dem Neuabdruck in: *Skirbekk* (Hrsg.), Wahrheitstheorien (FN 13), S. 337-390 (361 ff.).

die hinter dieser Einigung stehenden, im Argumentationsverfahren angeführten 'guten Gründe'. Auch dies macht den Konsensbegriff des Diskurses anspruchsvoller als denjenigen des Vertrages, denn erstens kommt es für Verträge nicht darauf an, ob 'gute Gründe' hinter der Einigung stehen, und zweitens sind für die vertragliche Einigung die Ansichten der nicht am Vertrag beteiligten Personen irrelevant, während in der diskursiven Einigung auch die Argumente von nicht betroffenen Externen möglichst umfassend einbezogen werden müssen<sup>46</sup>.

#### d) Zwischenergebnis

Vom vertraglichen Konsens unterscheidet sich der Konsens, den die Diskurstheorie als Konsensustheorie der Wahrheit und Richtigkeit zum Kriterium für die Einlösung oder Auflösung von Geltungsansprüchen erhebt, grundlegend, indem er herrschaftsfrei, interessenunabhängig, jederzeit revisibel, argumentativ erzeugt und möglichst universell mitgestaltet sein muß.

### 3. Konsens in Diskurstheorien

Das bisher Gesagte zeichnet das prozedurale Programm des Diskurses im Idealen wie im Realen deutlich anspruchsvoller als dasjenige des Vertrags: an die Stelle der Willensbildung tritt Urteilsbildung, statt nach situativen Kompromissen ist nach universeller Richtigkeit gefragt. Der Konsens ist nicht mehr nur eine Einigung über den vorteilhaften, auf diesen Moment konzentrierten Interessenabgleich, sondern wird zum Markierungspunkt für Wahrheit oder Richtigkeit jenseits der Interessenverteilung. Durch die Interessenunabhängigkeit, die vollständige Zwanglosigkeit im Diskursideal ( $D_{Di}$ ) und den Verzicht auf Zwang oder Drohung bei realen Diskursen<sup>47</sup> ( $D_{Dr}$ ) sind Diskurstheorien weniger als Vertragstheorien auf nachträglichen Begriffswandel durch Idealisierungen angewiesen. Das argumentative Rationalitätskonzept des Diskurses sucht von vornherein Erkenntnis in der Argumentation realer Personen unter *idealisierten* Bedingungen<sup>48</sup>. Richtig ist das, was unter solchen Bedingungen Gegenstand eines Konsenses sein könnte ( $T_{Ko}$ ). Gegenseitige Ver-

<sup>46</sup> *Habermas*, Wahrheitstheorien (FN 10), S. 136 f.: „Urteil aller anderen, mit denen ich je ein Gespräch aufnehmen könnte (wobei ich kontrafaktisch alle die Gesprächspartner einschlieÙe, die ich finden könnte, wenn meine Lebensgeschichte mit der Geschichte der Menschenwelt koextensiv wäre).“

<sup>47</sup> Vgl. *Habermas*, Erkenntnis und Interesse (FN 10), S. 386: „Der in Diskursen allein zugelassene Zwang ist derjenige des besseren Argumentes“; ähnlich *ders.*, Wahrheitstheorien (FN 10), S. 161: „Wahrheit [durch] den eigentümlich zwanglosen Zwang des besseren Argumentes“.

<sup>48</sup> Dazu näher *Tschentscher*, Theorien (FN 33), S. 101 f.

pflichtungen der Beteiligten gibt es, anders als beim Vertrag, nur während der Dauer des Konsenses.

Aus den Idealisierungen ergibt sich für den Konsens in der Diskurstheorie allerdings ein grundlegendes Problem: die Frage der Konvergenz<sup>49</sup>. Es ist nämlich möglich, daß ein Konsens in bestimmten Fragen nie eintritt. Bei realen Diskursen ist das sogar die wahrscheinlichere Variante, weil diese Diskurse durch Zeitablauf zwangsläufig enden, ohne daß ein Konsens gesichert wäre. Schwieriger noch: ein Konsens könnte, würde er erreicht, nie als endgültig gelten, denn auch die jederzeitige erneute Infragestellung muß als eine Konsequenz der Zwangsfreiheit angesehen werden. Jedenfalls bei idealen Diskursen, die nie enden (vgl. DDi), ist weder die Möglichkeit noch die Unmöglichkeit eines Konsenses beweisbar.

Wenn also selbst der ideale Diskurs möglicherweise ergebnislos und außerdem in der Realität immer nur näherungsweise durchführbar ist, worin besteht dann sein Wert? Er besteht in der Leitbildfunktion für den realen Diskurs: im realen Diskurs gelten die Diskursregeln als *regulative Idee*.<sup>50</sup> Je enger sich die Bedingungen des realen Diskurses an die Bedingungen eines idealen Diskurs annähern, desto besser begründet sind die Aussagen, die in einem solchen Diskurs gemacht werden. Für den Konsensbegriff der Diskurstheorien bedeutet dies: selbst wenn in einer Frage real kein Konsens erzielt werden kann, muß der Diskurs weiterhin so gestaltet werden, als wäre ein Konsens möglich. Der Konsens wird damit selbst zu einer regulativen Idee innerhalb der Diskurstheorie – er ist ein Ziel, das stets anzustreben aber nie dauerhaft zu erreichen ist.

#### IV. Fazit

Obwohl im Vertrag wie im Diskurs der Konsens, also die Einigung aller Beteiligten, eine zentrale Rolle spielt, unterscheiden sich die zugrundegelegten Konsensbegriffe stark. Während der reale Vertrag eine Willensbildung, Verhandlung, Interessenorientierung zum Gegenstand hat, verfolgt der reale Diskurs eine Urteilsbildung, Argumentation, Verständigungsorientierung. Während sich der vertragliche Konsens als bloße Markierung eines situativen Kompromisses erweist, indiziert der diskursive Konsens die universelle Richtigkeit des Ergebnisses. In den

---

<sup>49</sup> Sie ist Anknüpfungspunkt für die Kritik, die *Arthur Kaufmann* aus Sicht seiner 'Konvergenztheorie der Wahrheit' anführt; vgl. *ders.*, Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 440 ff. Dazu und zum folgenden näher *Tschentscher*, Theorien (FN 33), S. 221 f.

<sup>50</sup> In etwas anderer Wendung spricht *Habermas*, Wahrheitstheorien (FN 10), S. 180, davon, die ideale Sprechsituation sei eine „operativ wirksame Fiktion“.

entsprechenden Theorien weichen die idealen Konsensbegriffe wiederum von ihren realen Pendanten ab: der vertragstheoretische Konsens denaturiert zu einem Platzhalter für die These der gelungenen Vertragskonstruktion; der diskurstheoretische Konsens steigert sich zu einem niemals erreichbaren Idealbild. In beiden Theoriegruppen wirkt der idealisierte Konsensbegriff dabei nicht selbst legitimationsbegründend, sondern die Legitimation entspringt den Argumenten, die für die Richtigkeit des Vertragsinhalts einerseits oder die Richtigkeit der Diskursaussagen andererseits angeführt werden.

Eine Konvergenz vertraglicher und diskursiver Rationalität ist damit schon durch den divergenten Gebrauch des Zentralbegriffs „Konsens“ ausgeschlossen. Konfrontiert man die Theoriegruppen miteinander, so zeigen die Diskurstheorien zumindest aus staatsrechtlich-philosophischer Sicht eine größere Anschlußfähigkeit: Verfahren des Rechts, der Politik und der zivilgesellschaftlichen Kommunikation lassen sich als reale Diskurse begreifen, nicht aber als Sozialverträge. Für vertragliche Rationalität bleibt nur dort Raum, wo er ihr nach diskursiv gestalteter Deliberation ausdrücklich zugewiesen wurde<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Zu dieser Konsequenz *Tschentscher*, *Theorien* (FN 33), S. 334 ff. (357): Wirtschaft als Kontrapunkt zu Diskursen.

*Sonderdruck aus:*

# RECHTSTHEORIE

Zeitschrift für Juristische Methodenlehre,  
Rechtswissenschaft, Kommunikationsforschung, Normen- und  
Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts

Begründet von

Karl Engisch, H. L. A. Hart, Hans Kelsen  
Ulrich Klug, Sir Karl R. Popper

Herausgegeben von

Harold J. Berman, Thomas Hoeren, Werner Krawietz  
Jürgen Schmidt, Martin Schulte, Boris N. Topornin, Dieter Wyduckel

Editor-in-Chief und Geschäftsführender Redaktor:

**Werner Krawietz**

33. Band 2002 Heft 1



**Duncker & Humblot · Berlin**