

Wolfgang Enderlein

Abwägung

in Recht und

Moral



BAND 42

ALBER PRAKTISCHE PHILOSOPHIE

A

Der Autor über sein Buch:

Dieses Buch behandelt Fragen einer Handlungsbegründung anhand letztbegründeter, handlungsorientierender Maßstäbe, bezogen auf die Handlungswahl in außerrechtlichen moralischen und in rechtlichen, insbesondere richterlichen Entscheidungssituationen. Im Mittelpunkt steht das Problem der Lösung von Normenkonflikten, das mit dem Begriff der Abwägung beschrieben wird. In Auseinandersetzung mit Kant und mit neueren Positionen in der Moralphilosophie entwickelt die Untersuchung einen eigenständigen Begründungsansatz, an dessen Ausgangspunkt die Annahme steht, es sei selbstgerechtfertigt, aus einem näher bestimmten Vernunftmotiv heraus zu handeln. Von diesem Ansatz aus untersucht das Buch Struktur, Stellenwert und Rationalität abwägenden moralischen Denkens im Blick auf die Begründung der Handlungswahl in den genannten Entscheidungssituationen.

Dr. jur. Wolfgang Enderlein, geb. 1960, arbeitet an der Universität des Saarlandes an einer Untersuchung über den Schutz des Einzelnen vor einer Schädigung durch sich selbst im Bürgerlichen und Arbeitsrecht. Veröffentlichungen: Aufsätze auf den Gebieten der Rechtsphilosophie, des Bürgerlichen, des Arbeits- und des Sozialrechts.

Wolfgang Enderlein
Abwägung in Recht und Moral

Alber-Reihe

Praktische Philosophie

Unter Mitarbeit von
Norbert Hoerster, Reinhart Maurer,
Manfred Riedel, Robert Spaemann
und Meinolf Wewel
herausgegeben von
Günther Bien, Karl-Heinz Nusser
und Annemarie Pieper

Band 42

Wolfgang Enderlein

Abwägung in Recht und Moral

Verlag Karl Alber Freiburg/München

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Enderlein, Wolfgang:

Abwägung in Recht und Moral / Wolfgang Enderlein. –
Freiburg (Breisgau); München: Alber, 1992

(Reihe: Praktische Philosophie; Bd. 42)

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1989

ISBN 3-495-47724-1

NE: GT

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier (säurefrei)

Printed on acid-free paper

Alle Rechte vorbehalten – Printed in Germany

© Verlag Karl Alber GmbH Freiburg/München 1992

Satz und Druck: Offsetdruckerei J. Krause, Freiburg i. Br.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und

Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

ISBN 3-495-47724-1

Vorwort

Diese Arbeit lag 1989 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M. als Dissertation vor. Ohne die Offenheit der Frankfurter Juristischen Fakultät für Grundlagenfragen und für die fächerübergreifende Analyse von Recht wäre sie nicht zustande gekommen. All denen, die die Beschäftigung mit diesen Fragen während meiner Studien-, Referendar- und Promotionszeit in Frankfurt a. M. angeregt und gefördert haben, sei an dieser Stelle Dank gesagt, Herrn Prof. Dr. Ulfrid Neumann und Herrn Prof. Dr. Dr. hc. Rudolf Wiethölter darüber hinaus dafür, daß sie die Last der Gutachtertätigkeit im Promotionsverfahren übernommen haben. Zu Dank bin ich auch der Studienstiftung des deutschen Volkes verpflichtet, die mich während meines Studiums und später in Form eines Promotionsstipendiums materiell und immateriell großzügig unterstützt hat.

Die Arbeit war im November 1989 im wesentlichen fertiggestellt. Später erschienene Literatur habe ich nur noch gelegentlich berücksichtigt.

Konstanz, im Februar 1991

Wolfgang Enderlein

„Wenn man annimmt, daß *reine Vernunft* einen praktisch, d. i. zur Willensbestimmung hinreichenden Grund in sich enthalten könne, so giebt es praktische Gesetze; wo aber nicht, so werden alle praktische Grundsätze bloße Maximen sein.“

Immanuel Kant, KpV V, 19.

Inhalt

Einleitung 17

Erster Teil:

Begriffe und Strukturen abwägenden Denkens 25

I. Zum Begriff der Norm, der Normgeltung und der Rechtsnorm 27

- A. Der Begriff der Norm 27*
- B. Der Begriff der Normgeltung 32*
- C. Der Begriff der Rechtsnorm 37*

II. Begriff und Gegenstand von Abwägung 45

- A. Prima facie-Normen 45*
 - 1. Die Frage nach der Geltungsweise von Konflikt- und prima facie-Normen 46*
 - 2. „Prima facie-Geltung“ und „Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände“ im hier verstandenen Sinne 49*
- B. Echte Normenkonflikte 55*
- C. Erfüllungsgrade und Rangbeziehungen 57*
- D. Freistellende prima facie-Normen 61*

III. Zur „juristischen Interessenabwägung“ 67

- A. Zum Begriff des Interesses 67
- B. Zur Abwägung von Normen der Interessenbeförderung 70
- C. Die Grundform der Abwägung von Normen der Interessenbeförderung 76

IV. Prinzipien- und Regelkonflikte 80

- A. Die Unterscheidung zwischen Regelkonflikten und Prinzipienkollisionen bei Robert Alexy 81
 - 1. Das Kollisionstheorem und seine Erklärung 81
 - 2. Prinzipien als Optimierungsgebote 87
- B. Formen der Regelgeltung 90
- C. Prinzipien 96

V. Abstrakte Abwägung 100

- A. Generalisierende Rangaußsagen 101
- B. Konstante Aufwiegungsverhältnisse 103
- C. Rangordnungen ohne Bezug auf die Erfüllungsformen einer Norm 109

VI. Abwägungsskepsis 111

Zweiter Teil:

Grundlagen einer Moraltheorie abwägender Handlungsbegründung 117

I. Das Problem der Handlungsbegründung 122

- A. Das Münchhausentrilemma der Handlungsbegründung 122
 - B. Das Argument der Sinnlosigkeit externer Fragen 124
 - C. Zur Kohärenztheorie der Begründung 129
 - D. Präsuppositionsanalyse argumentativer Rede und Diskursethik 130
 - 1. Die Argumentation Kuhlmanns 131
 - 2. Der Universalisierungsgrundsatz und seine Herleitung bei Habermas 136
 - E. Der Rückgang auf pragmatische Fundamente (konstruktivistischer Begründungsbegriff) 146
 - F. Transzentallogische Bedingungsanalyse (Krings) 150
 - G. Die Selbstrechtfertigung moralischer Normen 154
- II. Das Vernunftmotiv der Ungebundenheit* 163
- A. Der zu verfolgende Begründungsansatz 163
 - B. Handlungsmotive 165
 - C. Die Ausrichtung des Vernunftmotivs 170
- III. Das Faktum der Vernunft bei Kant* 178
- A. Hinweise auf den Zusammenhang zwischen Handlungsmotivation und Handlungsrechtfertigung bei Kant 178
 - B. Die Willkürbestimmung durch sinnliche Triebfedern 183
 - C. Die Willensbestimmung „unmittelbar durch das Gesetz“ 192
 - D. Anknüpfungspunkte für den oben entwickelten Begründungsansatz 201

IV. Das handlungsorientierende Ideal des Maßstabs der Ungebundenheit 207

- A. Der Maßstab der Maximierung der Motiverfüllung 207
- B. Die Richtung darauf, dahin wirksam zu sein, daß das Handeln ungebunden ist 212
- C. Das resultierende handlungsorientierende Ideal 218

V. Fundamentale Maßstäbe der Moral 220

- A. Der Maßstab gleicher Freiheit der offenen Möglichkeiten 220
 - 1. Zur einschränkenden Bedingung der Gebotsnorm 221
 - 2. Die Begründung des Gleichheitsmaßstabes 223
 - 3. Die Freiheit der offenen Möglichkeiten 225
 - 4. Zur Tauglichkeit der Freiheit der offenen Möglichkeiten als Handlungsmaßstab 228
- B. Prinzipien der Beförderung von Chancen zur Motiverfüllung 231
 - 1. Der Begriff der Chance zur Motiverfüllung 232
 - 2. Zwei Prinzipien der Beförderung von Chancen zur Motiverfüllung 236
 - 3. Die Gewichtung der Chancen zur Motiverfüllung 237
 - 4. Gleichheit der Chancen 240
- C. Der Maßstab gleicher Chancen zweiter Stufe 245

D. Der Maßstab gleicher Chancen dritter
Stufe 248

VI. *Die Konkretisierung des Maßstabs der
Ungebundenheit* 251

- A. Praktische Vernunftintuitionen 251
- B. Grenzen des Vermögens praktischer
Erkenntnis 254
- C. Das Verfahren des Überlegungs-
gleichgewichts 257
 - 1. Das Verfahren des Überlegungs-
gleichgewichts bei Rawls 257
 - 2. Die Eignung des Verfahrens des
Überlegungsgleichgewichts für die
Konkretisierung des Maßstabs der
Ungebundenheit 263

VII. *Abwägung in der Moral* 269

- A. Der Stellenwert moralischen abwägenden
Denkens in begründungstheoretischer
Hinsicht 269
 - 1. Fundamentale Moralprinzipien 269
 - 2. Prinzipien niedrigerer
Begründungsstufe 273
- B. Der Stellenwert moralischen abwägenden
Denkens in erkenntnistheoretischer
Hinsicht 276
- C. Zur Rationalität moralischen abwägenden
Denkens 278

Dritter Teil:

*Grundlagen einer Moraltheorie abwägender
Handlungsbegründung für den Bereich
des Rechts 281*

I. *Rechtliche Entscheidungssituationen 285*

II. *Die moralische Verbindlichkeit des
Rechts 289*

- A. Der Begriff einer spezifischen
Rechtsverbindlichkeit 289
- B. Verneinung einer spezifischen
Rechtsverbindlichkeit 293

III. *Einige Einwände gegen die Annahme einer
moralischen Verbindlichkeit des Rechts 298*

- A. Verschiedene Einwände 298
- B. Kritik von seiten der systemtheoretischen
Rechtsanalyse 306
 - 1. Zur Geschlossenheit des Rechtssystems
gegenüber der Moral auf der
Kriterienebene 308
 - 2. Begründungsskepsis 318
 - 3. Warnung vor Entdifferenzierung 324

IV. *Die moralisch abwägende Begründung
richterlicher Handlungswahl 326*

- A. Die moralische Ebene richterlicher
Handlungsbegründung 326
 - 1. Ein Beispiel 330

2. Die moralische Begründungsebene	335
B. Formelle und materiale Prinzipien als Maßstab für die Bewertung von Zuordnungsnormen auf der moralischen Begründungsebene	336
C. Einige Einwände gegen richterliche Abwägung und damit verbundene Folgenorientierung	344
1. Rechtssicherheit, Gleichgerechtigkeit, Regel/Ausnahme-Schema und Demokratieprinzip als Argumente	346
2. Der Einwand des fehlenden Maßstabs und des dezisionären Charakters richterlicher Abwägung	351
3. Der Einwand der Überforderung und der schwierigen Folgenabschätzung	353
4. Einwände aus dem Vergleich zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung	354
D. Richterliche Entscheidungsfindung im Verfahren eines mehrschichtigen, abwägenden Überlegungsgleichgewichts	358
1. Zwei Begründungsebenen	358
2. Das Überlegungsgleichgewicht teleologisch-interpretatorischer Art	359

Literaturverzeichnis 369

Personenregister 389

Sachregister 392

Einleitung

Diese Arbeit handelt von der Perspektive dessen, der vor der Wahl zwischen mehreren Handlungsalternativen steht und der nach einer Orientierung durch Gründe für seine Handlungswahl fragt. Insbesondere die unten näher beschriebene Perspektive desjenigen, der *ernsthaft und radikal* fragt, welches Handeln und die Orientierung an welchen Handlungsmaßstäben begründet ist, wird im Mittelpunkt der Überlegungen stehen.

Einer Handlungsorientierung durch Gründe bedarf es nicht nur in außerrechtlichen Handlungssituationen. Die Frage nach einer solchen Orientierung stellt sich ebenso in Entscheidungssituationen spezifisch rechtlicher Art, in Situationen der Wahl zwischen Handlungsalternativen etwa, in denen sich Richter oder die Mitglieder einer gesetzgebenden Körperschaft befinden. Mancher wird die Frage nach dem begründeten *Handeln*, jedenfalls was die richterliche Entscheidungssituation anbelangt, als nachrangig ansehen. Wer beispielsweise die Rechtswissenschaft als „eine Lehre vom richtigen *Verstehen*, nicht vom richtigen *Handeln*“ begreift und dem Richter die Aufgabe zuweist, „i. d. R. lediglich dessen [des objektiven Rechts] Wertungen verstehend nachzuvollziehen“,¹ kann zwar nicht leugnen, daß auch Richter handeln und vor der Wahl zwischen Handlungsalternativen stehen. Die wesentliche Frage wird für ihn aber die sein, welches denn die Rege-

¹ Canaris (1983), 147.

lungen sind, die dem „richtigen“ verstehenden Nachvollzug des objektiven Rechts entsprechen. Welches richterliche *Handeln* begründet ist, diese Frage verengt sich für ihn zu der Frage, ob es für den Richter begründet ist, im Einklang mit dem objektiven Recht zu handeln, mit den Ergebnissen dessen verstehenden Nachvollzugs also. Diese Frage scheint dann praktisch kaum mehr von Belang zu sein.

Unten wird deutlich werden, daß Fragen der *Handlungsbegründung* in rechtlichen Entscheidungssituationen ebensowenig nachrangig sind wie in außerrechtlichen. Wie noch deutlich werden wird, stützt sich die Begründung richterlichen Handelns vielmehr auf Erwägungen, die einer moralischen Ebene der Handlungsbegründung angehören und die eine rationale richterliche Entscheidungspraxis auch inhaltlich in weit höherem Maße prägen, als es der eben angesprochene Standpunkt erkennen läßt.

Ist die eben genannte Perspektive Ausgangspunkt, fragt sich, ob, in welcher Weise und in welchem Ausmaß sich Handlungen und Maßstäbe für die Bewertung von Handlungsalternativen begründen lassen. Wenn sich die folgenden Überlegungen mit dieser Frage auseinandersetzen, dann im Zusammenhang mit einer spezielleren Fragestellung, die das Thema dieser Arbeit umschreibt: Welcher Stellenwert kommt abwägendem Denken bei der Begründung der Handlungswahl in außerrechtlichen moralischen sowie spezifisch rechtlichen Entscheidungssituationen zu, ferner bei der Erkenntnis dessen, was in solchen Situationen zu tun begründet ist. Und wieweit und auf welche Weise lassen sich abwägende praktische Urteile begründen, wieweit haben sie rationalen Charakter?

Was heißt „Abwägung“ genauer? Vielerlei wird abgewogen: Güter, Werte, Rechte, Prinzipien, Folgen, Gründe,

Interessen, Gebote – die Reihe ließe sich fortsetzen. Der hier verwandte Abwägungsbegriff soll auf die Ausgangsperspektive dessen zugeschnitten sein, der nach einer Handlungsorientierung durch Gründe fragt. Daher liegt es nahe, den Begriff der Abwägung auf diejenigen Größen zu beziehen, die direkt angeben, daß etwas getan oder unterlassen werden soll oder daß keines von beidem zutrifft: auf Gebote, Verbote und freistellende Normen. Genauer soll unter Abwägung folgendes verstanden werden: die Lösung eines echten Konflikts zwischen Gebots-, Verbots- oder freistellenden Normen mit *prima facie*-Geltung durch die Ermittlung eines ausgleichenden oder vorziehenden Rangverhältnisses zwischen den Konfliktnormen. Diese Definition und die in ihr verwandten Begriffe werden noch zu erläutern sein. Wer die angegebene Definition zugrunde legt, kann leicht einen Zusammenhang mit anderen Verständnisweisen von Abwägung herstellen, mit der „Abwägung“ von Werten, Gütern oder Interessen etwa, indem er diesen Größen *prima facie*-Ge- oder Verbote ihrer Verwirklichung oder Beförderung zuordnet. Darauf wird noch einzugehen sein.

Im weiteren Verlauf der Untersuchung wird folgender Gedanke entwickelt werden, der der Grundgedanke dieser Arbeit ist: Es ist in einem unten präzisierten starken Sinne begründet, das Handeln in außerrechtlichen moralischen und in rechtlichen Entscheidungssituationen an einem Maßstab auszurichten, der sich als Maßstab der Ungebundenheit oder der Distanznahme bezeichnen läßt und der oberster handlungsorientierender Maßstab für die Geltung von Normen und die Bewertung von Handlungsalternativen ist. Ist die Ausrichtung an diesem Maßstab begründet, ergibt sich daraus sowohl die – wenn auch nicht uneingeschränkte – Rationalität abwägender praktischer Urteile wie auch der zentrale Stellenwert ab-

wägenden Denkens für die Handlungsbegründung und Erkenntnis dessen, was in außerrechtlichen moralischen und in rechtlichen Handlungssituationen zu tun begründet ist.

Daß abwägendes Denken für die Handlungsbegründung von zentraler Bedeutung ist, heißt: Zur vollständigen Begründung der Handlungswahl in außerrechtlichen moralischen und rechtlichen Entscheidungssituationen gehört es, die Handlungswahl mit *prima facie*-Normen zu begründen bzw. damit zu begründen, daß mit der Wahl *prima facie*-Normen in einem bestimmten begründeten Rangverhältnis zu anderen *prima facie*-Normen erfüllt werden, sofern *prima facie*-Normen in der Situation miteinander in Konflikt stehen. Es handelt sich um ein Modell der Handlungsbegründung durch Prinzipien, sofern man den Prinzipienbegriff, wie unten geschehen, mit dem der *prima facie*-Norm verknüpft. Genauer geht es um eine Begründung der Handlungswahl durch *prima facie*-Normen oder eine Abwägung solcher Normen auf einer moralischen Begründungsebene – auch im Blick auf rechtliche, speziell richterliche Entscheidungssituationen. Die These wird sein: Auch in solchen Entscheidungssituationen ist letztlich eine moralische Begründungsebene für die Begründung der Handlungswahl – auch der richterlichen Handlungswahl – maßgeblich, gibt es insbesondere keine spezifische Rechtsverbindlichkeit in einem unten definierten Sinne. Auf dieser Begründungsebene sind *prima facie*-Normen in Gestalt formeller und materialer Prinzipien maßstabsbildend. Ob eine richterliche Entscheidung begründet ist, richtet sich letztlich nach formellen und materialen Prinzipien bzw. nach einer Abwägung solcher Prinzipien auf einer moralischen Begründungsebene.

Der Stellenwert abwägenden Denkens in begründungstheoretischer Hinsicht ist von seinem Stellenwert in er-

kenntnistheoretischer Hinsicht zu unterscheiden. Davon wird noch zu handeln sein. Was die erkenntnistheoretische Hinsicht anbelangt, ist die Annahme nach dem angesprochenen Grundgedanken die, daß praktische Urteile über die *prima facie*-Geltung von Normen oder Urteile über deren Rangverhältnis dann, wenn der Maßstab der Distanznahme oberster handlungsorientierender Maßstab ist, einen eigenständigen Wert für die Erkenntnis dessen haben, was zu tun begründet ist, daß sie ein wesentliches Element desjenigen Prozesses der Erkenntnisgewinnung sind, der unten als Verfahren des Überlegungsgleichgewichts beschrieben werden wird.

Der eben angedeutete Grundgedanke dieser Arbeit soll in drei Schritten entwickelt und diskutiert werden, denen die folgenden drei Teile dieser Arbeit entsprechen:

Im ersten Teil geht es darum, einige zentrale Begriffe zu erörtern, insbesondere den Begriff der Norm, der Rechtsnorm und der Normgeltung (I), und das hier zugrundegelegte Verständnis von Abwägung und die angegebene Abwägungsdefinition zu erläutern (II), ferner darum, dieses Abwägungsverständnis zur „juristischen Interessenabwägung“ ins Verhältnis zu setzen (III). Anliegen der folgenden Kapitel ist es dann, einige Strukturen von Abwägung in Recht und Moral näher zu untersuchen. Dazu soll die Diskussion über die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien aufgegriffen (IV), ferner der Frage nach einer abstrakten Abwägung nachgegangen werden (V). Schließlich gilt es, verschiedene Formen der Abwägungsskepsis zu unterscheiden (VI).

Der zweite Teil setzt sich mit einer Frage auseinander, zu der im ersten Teil noch nicht Stellung bezogen wird: Welches sind die Maßstäbe dafür, welches Handeln und welche Handlungsnormen in moralischen Entscheidungssituationen begründet sind? Läßt sich die Orientierung an

diesen Maßstäben wiederum begründen und, wenn ja, auf welche Weise? Besonderheiten der Begründung des Handelns in spezifisch rechtlichen Handlungssituationen bleiben im zweiten Teil außer Betracht. Die Gedankenführung ist folgende: Ausgehend vom sogenannten „Münchhausentrilemma“ werden zunächst einige Probleme und Ansätze der Handlungs- und Normenbegründung erörtert (I). Am Ende dieser Diskussion wird die Annahme stehen, daß es selbstgerechtfertigt ist, aus dem Vernunftmotiv heraus zu handeln zu tun, was sich beim radikalen Fragen nach Handlungsbegründungen als begründet erweist, weil es sich beim radikalen Fragen nach Handlungsbegründungen als begründet erweist. Anschließend geht es um die nähere Beschreibung dieses Motivs (II). Wie sich zeigen wird, richtet es sich auf die Verwirklichung des bereits angesprochenen Maßstabs der Ungebundenheit oder der Distanznahme. Damit ist dieser Maßstab – indirekt – als oberster handlungsorientierender Maßstab begründet, weil sich das Vernunftmotiv auf ihn richtet und weil es selbstgerechtfertigt ist, aus diesem Motiv heraus zu handeln. Dieser Begründungsansatz weist große Nähe zur praktischen Philosophie Kants auf. Er lässt sich als der Versuch verstehen, einige Grundgedanken der praktischen Philosophie Kants zu präzisieren und weiterzuentwickeln. In einem eigenen Kapitel (III) geht es denn auch darum zu zeigen, daß der bis dahin entwickelte Begründungsansatz in der Konsequenz einiger zentraler Gedanken der praktischen Philosophie Kants liegt. Anschließend ist der Maßstab der Ungebundenheit näher zu beschreiben und in Richtung auf ein handlungsorientierendes Ideal zu konkretisieren (IV). Die weitere Konkretisierung des Maßstabs im folgenden Kapitel ergibt dann einige weitere fundamentale moralische Maßstäbe (V). Diese und nachfolgende Überlegungen zur Konkretisierung des

Maßstabs der Ungebundenheit (VI) machen es schließlich möglich, die grundsätzliche Rationalität und den zentralen Stellenwert abwägenden praktischen Denkens in begründungs- und in erkenntnistheoretischer Hinsicht darzulegen (VII).

Auch der dritte Teil befaßt sich mit Handlungsbegründungen und mit der Rationalität und dem Stellenwert abwägenden Denkens, nunmehr im Blick auf rechtliche Entscheidungssituationen, unter Berücksichtigung deren Besonderheiten. Die Frage ist, welche Folgerungen sich aus den Ergebnissen des zweiten Teils dieser Arbeit für die Rationalität und den Stellenwert moralischen abwägenden Denkens ergeben, was die Handlungswahl in den rechtlichen Entscheidungssituationen angebelangt. Zunächst werden die rechtlichen Entscheidungssituationen genauer beschrieben (I). Anschließend gilt es, eine erste Konsequenz aus den Überlegungen des zweiten Teils dieser Arbeit zu ziehen: die Konsequenz, daß nur eine moralische, nicht aber eine spezifisch rechtliche Verbindlichkeit des Rechts in näher definiertem Sinne besteht (II). Nachfolgend werden einige Einwände gegen diese Annahme einer moralischen Verbindlichkeit des Rechts erörtert (III). Schließlich geht es darum, von der Annahme einer moralischen Verbindlichkeit des Rechts ausgehend, den zentralen Stellenwert moralischen abwägenden Denkens in begründungs- und erkenntnistheoretischer Hinsicht zu verdeutlichen. Dabei wird die Entscheidungssituation des Richters im Mittelpunkt der Überlegungen stehen (IV).

*Erster Teil:
Begriffe und Strukturen
abwägenden Denkens*

I. Zum Begriff der Norm, der Normgeltung und der Rechtsnorm

A. Der Begriff der Norm

Oben wurde bereits angesprochen, daß es in dieser Arbeit um die Perspektive dessen geht, der vor der Wahl zwischen mehreren Handlungsalternativen steht und der nach einer Orientierung durch Gründe für seine Handlungswahl fragt. Als Normbegriff, der dieser Perspektive angemessen ist, bietet sich der semantische an.¹ Nach ihm ist unter einer Norm die Bedeutung oder die „Proposition“ eines Normsatzes zu verstehen. Die Beziehung zwischen der Norm und dem Normsatz entspricht dabei der zwischen dem Aussagesatz und der Aussage oder der Proposition des Aussagesatzes.²

Aus der Entscheidendenperspektive sind Normsätze, die sich direkt zur Handlungsorientierung verwenden lassen, wie „A soll p tun“, „Es ist geboten, p zu tun“,³ „Es ist verboten, p zu tun“ und „Es ist freigestellt, p zu tun“, von besonderem Interesse.⁴ Wie läßt sich die Bedeutung sol-

¹ Zum semantischen Normbegriff siehe Sieckmann (1990), 25 ff.; Alexy (1985), 42 ff. m. w. Nachw.

² Dazu Alexy (1985), 46 m. w. Nachw.; zum Begriff der Proposition vgl. v. Kutschera (1975), 40 ff., 97 ff., 166 ff.

³ Die Sätze „A soll p tun“ und „Es ist geboten, daß A p tut“ sollen im folgenden synonym verwandt werden.

⁴ Daneben gibt es noch andere Arten von Normsätzen, solche etwa mit der Bedeutung, daß jemandem eine Kompetenz zusteht oder daß A gegenüber B ein Recht darauf hat, daß B eine bestimmte Handlung ausführt oder unterläßt (zur Analyse des Begriffs des Rechts auf etwas und der Kompetenz siehe näher Alexy (1985), 159 ff., 211 ff.). Normen, die durch solche Sätze ausgedrückt werden, sind jedoch nicht direkt

cher Normsatzes näher beschreiben? Steht die Frage nach einer Handlungsorientierung *durch Gründe* im Mittelpunkt, korrespondiert dem folgendes Verständnis von der Bedeutung dieser Sätze: Mit dem Satz „Es ist geboten, p zu tun“ wird ausgedrückt, daß es begründet ist, p zu tun, mit dem Satz „Es ist verboten, p zu tun“, daß es unbegründet ist, p zu tun, mit dem Satz „Es ist freigestellt, p zu tun“, daß es weder begründet noch unbegründet ist, p zu tun.⁵ Der Begriff des Begründetseins dient dabei dazu anzuzeigen, worum es aus der Entscheidendenperspektive letztlich geht: eine *abschließende* rationale Orientierung, was die Wahl der Handlungsalternative anbelangt, die geboten, verboten oder freigestellt ist. Demnach läßt sich der Satz „A soll p tun“ nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis nicht in „Es gibt einen Grund dafür, daß A p tut“ übersetzen.⁶ Wenn ein Grund für eine bestimmte Handlung spricht, ergibt sich daraus noch keine abschließende Orientierung. Möglicherweise sprechen ja andere, gewichtigere Gründe für ein entgegengesetztes Verhalten.

Das angegebene Normverständnis ist damit vereinbar, Begriffen wie „sollen“ oder „geboten“ einen präskriptiven Charakter beizumessen, also anzunehmen, daß diese Begriffe im Standardfall dazu dienen, Handlungen zu

handlungsorientierend bzw. sie sind das nur insofern, als mit ihnen Gebote, Verbote oder Freistellungen verknüpft sind, insofern dem Recht des A gegenüber B beispielsweise ein Gebot korrespondiert, nach dem B eine bestimmte Handlung tun oder unterlassen soll.

⁵ Vgl. auch Baier (1974), 86 ff., nach dem „Was soll ich tun“ bedeutet „Was ist die bestmögliche Handlungsweise“ und nach dem die bestmögliche Handlungsweise diejenige ist, die die besten Gründe für sich hat (88). Oder vgl. Habermas (1988), 59: „Etwas tun sollen heißt, Gründe haben, etwas zu tun.“

⁶ So übersetzt Mackie (1981), 97, den Satz; siehe dazu auch unten die Ausführungen zur prima facie-Geltung von Normen, insbes. S. 49 ff.

empfehlen und zu ihnen anzuleiten.⁷ Eine solche präskriptive Verwendungsweise entspricht auch der gewählten Ausgangsperspektive. Steht diese Perspektive im Mittelpunkt, interessieren solche praktischen Überlegungen, die den Zweck haben, demjenigen eine Orientierung zu geben, der ernsthaft, d. h. zum Zwecke der Handlungsorientierung durch Gründe, nach Handlungsbegründungen fragt.

Im engeren Sinne zum Zwecke der Handlungsorientierung oder der Handlungsanleitung *durch Gründe* nach Handlungsbegründungen zu fragen soll heißen: Der Betreffende fragt und handelt aus dem Entschluß und Motiv⁸ heraus, diejenige Handlungsalternative zu wählen, deren Wahl sich als begründet erweist, weil sie sich als begründet erweist – womit dann noch nichts darüber gesagt ist, daß sich die Wahl einer Alternative als begründet erweist. Diese Beschreibung ist zunächst weit zu verstehen. Sie läßt offen, nach welchen Maßstäben sich die Begründung der Handlungswahl richtet, ob es um Begründungen in einem gleich näher zu erläuternden schwachen oder starken Sinne geht. Beispielsweise können der Entschluß und das Motiv des Fragenden schlicht dahin gehen zu tun, was relativ zu einer per Dezision gesetzten Zielsetzung begründet ist.

Daneben gibt es auch ein Fragen und Argumentieren zum Zwecke der Handlungsorientierung in einem weiteren Sinne. Es setzt nicht voraus, daß der Fragende aus dem Entschluß und Motiv heraus handelt zu tun, was sich als begründet erweist, weil es sich als begründet erweist. Man denke etwa an Situationen, in denen der Fragende noch

⁷ Zur präskriptiven Verwendung normativer Begriffe siehe Hare (1971), 74 ff.; ders. (1972), speziell zum Sollensbegriff 155 ff.; ders. (1973) z. B. 31 ff., 67 ff., 84 ff.; ders. (1981), 21 ff.; dazu auch Alexy (1978), 83 ff.

⁸ Zum Begriff des Motivs siehe unten S. 165 ff.

unentschlossen ist, das auch zu tun, was sich als begründet erweist, oder an Situationen, in denen es gar nicht um die Anleitung des Fragenden und Argumentierenden zum Handeln geht, sondern um die Anleitung anderer Personen zum Handeln. Auch dann besteht der Zweck des Fragens und Argumentierens aber darin, daß sich derjenige, um dessen Handlungswahl es geht, in der fraglichen Entscheidungssituation *durch Gründe zum Handeln anleiten* läßt. Das setzt wiederum voraus, daß sich die betreffende Person in dieser Entscheidungssituation entschlossen hat und aus dem Motiv heraus handelt zu tun, was sich als begründet erweist, weil es sich als begründet erweist. Es wird wenigstens im Blick auf eine solche – möglicherweise unwahrscheinliche – Situation argumentiert.⁹ Zugleich wird davon ausgegangen, daß ein Handeln der Person, um deren Handlungsanleitung es geht, aus dem angesprochenen Entschluß und Motiv heraus in der in Rede stehenden Entscheidungssituation wenigstens möglich ist. Das Ar-

⁹ Den Zusammenhang zwischen der präskriptiven Verwendung von Wörtern bzw. Sätzen und der Ebene der Handlungsmotivation und des Handlungsschlusses stellt auch Hare heraus: „We say something prescriptive if and only if, for some act A, some situation S and some person P, if P were to assent (orally) to what we say, and not, in S, do A, he logically must be assenting unsincerely“ (1981), 21. „All prescriptions, including moral ones, are expressions of preferences or of desires in a wide sense“ (1981), 185. Demgegenüber wird hier nicht angenommen, daß, wer einer präskriptiven Äußerung zustimmt, damit bereits entschlossen sein und das Motiv haben muß, die empfohlene Handlung auszuführen. Es genügt, wenn die Person zustimmt, daß die Handlung aus der Perspektive der Person begründet ist, deren Anleitung zum Handeln bezweckt ist, und daß diese Person zudem in der in Rede stehenden Entscheidungssituation aus einem solchen Entschluß und Motiv heraus handelt. Lediglich aus der Perspektive dieser Person, aus der – allerdings zentralen – Perspektive desjenigen also, der im engeren Sinne zum Zwecke der Handlungsorientierung nach Gründen fragt, ist die Zustimmung mit dem Entschluß und Motiv verbunden, die empfohlene Handlung auszuführen.

gumentieren zum Zwecke der Handlungsanleitung durch Gründe wäre sonst sinnlos. Demnach ist die Übersetzung des Satzes „Es ist geboten, p zu tun“ in „Es ist begründet, p zu tun“ genaugenommen folgendermaßen zu ergänzen: P zu tun ist aus der Perspektive einer Person begründet, deren Anleitung zum Handeln durch Gründe bezweckt ist und die in der in Rede stehenden Entscheidungssituation aus dem Entschluß und Motiv heraus handelt zu tun, was zu tun sich als begründet erweist, weil es sich als begründet erweist.¹⁰ Diese Ergänzung soll in folgenden der Einfachheit halber nicht immer eigens erwähnt werden. Sie ist immer mitzudenken.

Damit ist deutlich geworden, daß der Sollensbegriff nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis zu einer besonderen, auf Gründe gestützten Form der Empfehlung verwandt wird. Die Empfehlung ist mit der Behauptung verbunden, daß die empfohlene Handlung aus der eben angesprochenen Perspektive des Anzuleitenden begründet ist. Etwas wird empfohlen, weil es aus der genannten Perspektive begründet ist.¹¹

¹⁰ Die in der moralphilosophischen Literatur häufig anzutreffende Unterscheidung zwischen rechtfertigenden und motivierenden Gründen (grundlegend dazu Frankena (1958), 40 ff.) ist dadurch relativiert. Geht es um eine Handlungsorientierung durch rechtfertigende Gründe, dann auch um die Perspektive dessen, für den diese rechtfertigenden Gründe, wenn er sie als solche erkennt, auch motivierend sind. Die Unterscheidung ist aber noch weiter zu relativieren. Wie sich unten noch zeigen wird, gibt es keine stärkere Form der Rechtfertigung einer Handlung als die, daß mit dem Handeln ein Sachverhalt bestmöglich verwirklicht wird, auf dessen Verwirklichung sich ein bestimmtes Vernunftmotiv richtet.

¹¹ Damit unterscheidet sich dieses Normverständnis von einem „expressiven“ Normverständnis, nach dem Normsätze wie die genannten aus einer deskriptiven Komponente und einem normativen Operator zusammengesetzt sind und nach dem dieser Operator nichts weiter als ein Indikator dafür ist, daß der Sprecher mit der Äußerung eine bestimmte Handlung vollzieht, speziell einen Befehl ausspricht. Zum „ex-

B. Der Begriff der Normgeltung

Im Begriff der Norm, wie er hier verwandt wird, ist die Geltung der Norm nicht mit eingeschlossen. Eine solche begriffliche Trennung zwischen Norm und Normgeltung verleiht der Analyse von Normen und Normenkonflikten eine größere Genauigkeit. Ohne diese begriffliche Trennung ließe sich nicht widerspruchsfrei sagen, eine Norm gelte nicht oder sie gelte nur möglicherweise.¹²

Was ist unter der Geltung einer Norm genauer zu verstehen? Der Begriff der Geltung einer Norm soll im folgenden analog dem Begriff der Wahrheit einer Aussage verwandt werden.¹³ Was die Proposition „daß p“ eines Aussagesatzes anbelangt, sind die Sätze „daß p, ist wahr“ und „p“ äquivalent.¹⁴ Nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis des Geltungsbegriffs trifft das analog auf die Sätze „Das Gebot, p zu tun, gilt“ und „Es ist geboten, p zu tun“ zu. Das Prädikat „gilt“ dient hier ebenso wie das Prädikat „wahr“ dazu, den Behauptungscharakter der Äußerung des Satzes zum Ausdruck zu bringen. Dieses Behauptungsmoment wird „eingeklammert“, wenn der Aussagesatz „p“ bzw. der Normsatz „Es ist geboten, p zu

pressiven“ Normverständnis Alchourròn/Bulygin (1981), 95 ff.; dies. (1984), 453 ff.; kritisch dazu Weinberger (1984), 465 ff.

¹² Zur begrifflichen Trennung zwischen Norm und Normgeltung vgl. Alexy (1985), 47 ff. m. w. Nachw.

¹³ Für einen wahrheitsanalogen Geltungsbegriff auch Sieckmann (1990), 33 ff.; Weinberger (1989), 259 ff., der den Begriff der Geltung allerdings von vornherein auf eine systemrelative Geltung einengt und ein institutionelles Dasein der Norm als weitere Geltungsvoraussetzung anführt. Wenn der Begriff der Wahrheit bzw. der der Geltung in der Literatur häufig nicht auf Propositionen, sondern auf Sätze angewandt wird, braucht dieser Unterschied hier nicht weiter zu interessieren. Es ist möglich, von einer Verwendungsweise zur anderen überzugehen: Ein Satz ist wahr bzw. gilt genau dann, wenn die Proposition wahr ist bzw. gilt, die er ausdrückt. Vgl. dazu v. Kutschera (1982), 42.

¹⁴ Vgl. Tugendhat (1976), 64.

tun“ in „daß p“ bzw. das Gebot, p zu tun, verstanden als die Proposition, daß es geboten ist, p zu tun, transformiert werden.¹⁵ Es ist die gleiche Einklammerung, die derjenige vornimmt, der sich in indirekter Rede auf die Behauptung eines anderen bezieht und dabei offenläßt und nicht selber dazu Stellung nimmt, ob der behauptete Sachverhalt besteht oder nicht.¹⁶ Statt „Das Gebot, p zu tun, gilt“ mag man auch einfach sagen „Es trifft zu, daß es geboten ist, p zu tun“ oder statt des Begriffs der Geltung auch einfach den der Wahrheit verwenden.¹⁷ Auch dann ist aber zwischen einer theoretischen und einer praktischen Wahrheit zu unterscheiden. Auch dann empfiehlt es sich, kenntlich zu machen, daß es um Propositionen ganz besonderer Art geht, um solche des Geboten-, Verboten- oder Freigestelltseins.¹⁸ Um diese Besonderheit kenntlich zu machen, soll hier dem Begriff der Geltung vor dem Begriff der Wahrheit oder des Zutreffens der Vorzug gegeben werden.

Nach dem Gesagten gilt das Gebot, p zu tun, also dann, wenn es begründet ist, p zu tun. Genauer ist zwischen einem schwachen und einem starken Begriff der Begründung und der Normgeltung zu unterscheiden. Nach dem schwachen Geltungsbegriff geht es von vornherein nur um Begründungen relativ zu einem bestimmten Handlungsmaßstab x. Wer die Geltung des Gebotes, p zu tun, behauptet, sagt damit lediglich, daß es diesem Maßstab entspricht, p zu tun, wobei er sich auf die Perspektive einer Person bezieht, deren Anleitung zum Handeln be-

¹⁵ Hinsichtlich des Wahrheitsbegriffs vgl. Tugendhat (1976), 64 ff.; Gölz (1986), 4 ff.

¹⁶ Vgl. Gölz (1986), 4 ff.; Searle (1983), 230 f.

¹⁷ Zur Anwendung des Wahrheitsbegriffs auf Normen bzw. Normsätze vgl. Klug (1982), 202 ff. m. w. Nachw.

¹⁸ Vgl. auch C. und O. Weinberger (1979), 100 f.

zweckt ist, und auf eine Situation, in der diese Person aus dem Entschluß und Motiv heraus handelt zu tun, was sich relativ zu diesem Maßstab als begründet erweist. Mit dem starken Geltungsbegriff, der sich auf Begründungen im starken Sinne bezieht, verhält es sich anders. Nach ihm folgt daraus, daß eine Handlung einem bestimmtem Maßstab entspricht, nur dann, daß diese Handlung begründet ist, wenn auch die Ausrichtung an diesem Maßstab begründet ist – und das nicht nur im schwachen Sinne.

Der Geltungsbegriff im schwachen Sinne ist von vornherein so konzipiert, daß sich die Frage, ob das Gebot gilt, nach dem Maßstab x zu handeln, ob ein solches Handeln also begründet ist, gar nicht sinnvoll stellen läßt. Nach Begründungen für ein Handeln nach dem Maßstab x zu fragen, hieße ja, zu fragen, ob es dem Maßstab x entspricht, nach ihm zu handeln. Genauer macht es schon keinen Sinn, von einem Gebot zu reden, dem Maßstab x entsprechend zu handeln, übersetzt man dieses Gebot dahin, daß es begründet ist, gemäß x zu handeln. Sonst wäre wiederum zu ergänzen: relativ zu Maßstab x begründet, nach Maßstab x zu handeln.

Deswegen ist es nicht ausgeschlossen, ein Gebot anzunehmen, nach Maßstab x zu handeln, oder ein solches Gebot als Maßstab für Begründungen im schwachen Sinne anzusehen. Dieses Gebot muß dann aber abweichend interpretiert werden. Beispielsweise mag man den Satz „Es ist geboten, gemäß x zu handeln“ in „X ist Begründungsmaßstab“ übersetzen und damit nicht etwa zum Ausdruck bringen, daß es in irgendeinem Sinne rational oder begründet ist, nach x zu handeln, sondern lediglich ausdrücken, daß in der laufenden oder folgenden Argumentation die Orientierung dessen bezweckt ist, der zum Zwecke der Handlungsorientierung fragt, welches Handeln relativ zu x begründet ist.

Der hier verwandte Geltungsbegriff ist von anderen häufig verwandten Geltungsbegriffen zu unterscheiden. Er unterscheidet sich zunächst vom Begriff der faktischen Geltung, mit dem die Befolgung, Anerkennung oder anders definierte tatsächliche Wirksamkeit einer Norm oder Normenordnung gemeint ist.¹⁹ Ein weiterer Geltungsbegriff ist der Begriff der sogenannten juristischen oder verfassungsmäßigen Geltung. Nach ihm gilt eine Rechtsnorm dann, wenn sie in verfassungsgemäßer Weise von einem zuständigen Organ gesetzt ist und nicht gegen höherrangiges positives Recht verstößt.²⁰ Danach ist die Verfassung oder, folgt man Kelsen, die Grundnorm, die gebietet, sich so zu verhalten, wie die Verfassung es vorschreibt,²¹ oberster Maßstab für die Geltung von Normen.

Bezieht man den Begriff der juristischen Geltung auf Argumentationen zum Zwecke der Handlungsorientierung durch Gründe, lässt sich die juristische Geltung als Spezialfall einer Geltung im hier verstandenen Sinne verstehen. Sie lässt sich dann dahin verstehen, daß der Maßstab dafür, ob eine Handlung begründet ist, darin liegt, ob die Handlung den Verfassungsnormen oder der Grundnorm bzw. einer solchen Norm entspricht, die in verfassungsgemäßer Weise gesetzt worden ist. Genauer kann es sich einmal um eine Begründung im schwachen Sinne relativ zu diesem Maßstab handeln. Die Frage nach der Geltung des Maßstabes, nach der Geltung der Verfassungsnormen oder der Grundnorm also, stellt sich dann nicht. Oder die juristische Geltung einer Norm ist anders zu verstehen und setzt voraus, daß es begründet ist, die Verfassungsnor-

¹⁹ Zum Begriff der faktischen Geltung vgl. Ott (1976), 21 f.; R. Schreiber (1966), 58 ff.

²⁰ Vgl. dazu Dreier (1981), 194 ff.; Kelsen (1960), 200 ff.; R. Schreiber (1966), 64 ff.

²¹ Kelsen (1960), 204.

men bzw. die Grundnorm zu befolgen. In diesem Fall schließt sich die weitere Frage an, ob die juristische Geltung voraussetzt, daß die Verfassungsnormen oder die Grundnorm in einem starken oder in einem schwachen Sinne begründet sind.²²

Im folgenden wird die Perspektive dessen im Mittelpunkt stehen, der einen Maßstab wie die Verfassung nicht einfach als Handlungsmaßstab hinnimmt, sondern ihn anderen möglichen Handlungsmaßstäben gegenüberstellt und fragt, ob es eine Orientierung durch Gründe für die Wahl zwischen den verschiedenen Maßstäbe gibt. Ein juristischer Geltungsbegriff, der sich auf Begründungen im schwachen Sinne stützt, wird dieser Perspektive nicht gerecht. Er schließt es aus, die Verfassung oder Grundnorm nochmals sinnvoll in Frage zu stellen. Nach welchen Maßstäben sich die Geltung der Rechtsnormen für denjenigen richtet, der in einer solchen radikalen Weise nach Begrün-

²² Einige Formulierungen Kelsens (1960) legen es nahe, den von ihm verwandten Begriff der Geltung im hier interessierenden Sinne zu verstehen. Danach wäre die Geltung also als das Begründetsein normgemäßem Handelns aus der Perspektive dessen zu interpretieren, der nach einer Handlungsorientierung durch Gründe fragt. So umschreibt Kelsen die Geltung oder das „objektive Sollen“ einer Norm damit, daß ein Verhalten, das in einem Willensakt intendiert ist, vom Standpunkt eines unbeteiligten Dritten als gesollt angesehen wird (7). Auch verwendet er den Begriff einer den Adressaten bindenden (7) oder einer verbindlichen (196) Norm oder schreibt er von der Legitimierung des subjektiven Sinnes eines Aktes als objektiv gültige Norm (364). Interpretiert man Kelsen in dieser Weise, fragt sich weiter, ob eine Begründung im schwachen Sinne relativ zur Grundnorm gemeint ist. Dann wäre es indes sinnlos von der Geltung der Grundnorm zu reden. Demgegenüber heißt es bei Kelsen, die objektive Geltung der Grundnorm werde bei der normativen Geltungsbegründung vorausgesetzt (364). Wird die Geltung der Grundnorm vorausgesetzt, ist die weitere Frage die, ob vorausgesetzt wird, daß die Grundnorm im starken Sinne begründet ist oder im schwachen Sinne, und, ist letzteres der Fall, relativ zu welchem Maßstab. Vgl. dazu auch Priester (1984), 228 ff., nach dem sich die Grundnorm bei Kelsen auch als „fundamentale moralische Maxime“ deuten läßt.

dungen fragt, sei zunächst offengelassen. Darauf wird noch einzugehen sein.

Festzuhalten bleibt: Normen, auch Rechtsnormen, gelten nach dem hier verwandten Geltungsbegriff nur dann, wenn es begründet ist, der Norm gemäß zu handeln. Diese Geltung kann sich je nach Entscheidungsperspektive verschieden darstellen. Beispielsweise gilt eine Rechtsnorm, nach der es verboten ist, vor Grundstückseinfahrten zu parken, aus der Perspektive des Bürgers dann, wenn das Parken vor Einfahrten unbegründet ist. Auf die Entscheidungsperspektive des Richters bezogen, geht es demgegenüber nicht lediglich darum, ob das Parken vor Einfahrten begründet ist, sondern letztendlich darum, ob es begründet ist, nach der betreffenden Rechtsnorm, möglicherweise in Kombination mit anderen Normen, den Fall zu entscheiden. Genaugenommen steht letztendlich nicht die Geltung der Rechtsnorm in Frage, sondern die Geltung des Gebots, nach dieser Norm den Fall zu entscheiden. Im folgenden sei der Einfachheit halber einfach nur die Geltung der betreffenden Rechtsnorm genannt, auch wenn die Richterperspektive angesprochen ist. Damit ist dann genauer die Geltung des Gebots gemeint, nach dieser Norm den Fall zu entscheiden.

C. Der Begriff der Rechtsnorm

Zu den Besonderheiten rechtlicher, speziell richterlicher Entscheidungssituationen gehört es, daß der Entscheidende in ihnen mit Rechtstexten autoritativen Charakters umzugehen hat. Dem ist bei der Präzisierung des Begriffs der Rechtsnorm Rechnung zu tragen.

Unter einer Rechtsnorm läßt sich, vom semantischen Normbegriff ausgehend, einmal die sprachliche Bedeu-

tung von Normsätze verstehen, wie sie in Rechtstexten, etwa Verfassungs- oder Gesetzestexten, formuliert sind. Der Inhalt einer solchen Rechtsnorm im engeren Sinne richtet sich dann ausschließlich nach der sprachlichen Bedeutung der betreffenden Rechtssatzformulierung. Offensichtlich entscheiden Richter nicht allein nach Normen in diesem Sinne, können sie das auch gar nicht. Es gehört zu den juristischen Gemeinplätzen, daß in der Regel nicht nur eine, sondern eine Vielzahl verschiedener Entscheidungsmöglichkeiten mit der sprachlichen Bedeutung eines Rechtstextes, speziell eines Verfassungs- oder Gesetzestextes, vereinbar sind. Im einzelnen mag dann Streit darüber bestehen, wie dieser Sachverhalt genauer zu analysieren ist, was unter der sprachlichen Bedeutung eines Rechtstextes genauer zu verstehen und wie diese sprachliche Bedeutung zu ermitteln ist oder welche Orientierung sie geben kann.²³ Auch gehen Richter häufig über den

²³ Vgl. dazu einerseits Koch/Rüßmann (1982), 126 ff., nach denen sich die Bedeutung von Rechtssätzen aus vorfindlichen, prinzipiell empirisch zu ermittelnden Sprachkonventionen ergibt (kritisch aus linguistischer Sicht Busse (1989), 93 ff.), andererseits den hermeneutischen Ansatz, nach dem im „Vorgang der normativen Qualifikation des Falles und der Konkretisierung der Gesetzesnorm ... Sachverhalt und Rechtsnorm überhaupt erst hergestellt“ werden (Kaufmann (1984), 85; zum hermeneutischen Ansatz siehe näher Hassemer (1986), 195 ff. m. w. Nachw.). Allerdings ist auch auf hermeneutischer Seite von einer „Bedingung des möglichen Wortsinns“ die Rede, die zwar vergleichsweise weit gefaßt sei und keine fertige Sachverhaltsentscheidung liefere, aber doch Grenzen möglichen Verständnisses abstecke (Hassemer (1968), 130). Eben diese mögliche sprachliche Bedeutung eines Rechtssatzes läßt sich als Rechtsnorm im engeren Sinne verstehen. Auch bei Friedrich Müller, dem Begründer der „Strukturierenden Rechtslehre“, heißt es: „Ihr [der Norm] Sinn vollendet sich erst in der Konkretisierung“ (1984), 264. Nach Müller soll die Norm dabei als „aus Normprogramm und Normbereich zusammengesetzt verstanden werden“ (1984), 264. Unter Normprogramm versteht er das Ergebnis einer „Interpretation sämtlicher Sprachdaten“ (1989), 27. Dabei schreibt er auch von einem „möglichen Wortsinn“ als „Normprogrammgrenze“, einem „Spielraum jedenfalls noch

„möglichen Wortsinn“ hinaus, etwa wenn sie Analogieschlüsse ziehen oder eine teleologische Reduktion vornehmen, wenn sie also Fälle aus teleologischen Erwägungen nur unter einschränkenden Bedingungen nach einem Rechtstext entscheiden, der seiner sprachlichen Bedeutung nach einschlägig wäre.²⁴

Soll der Begriff der Rechtsnorm auch solche für die Rechtspraxis maßgeblichen Normen erfassen, die mit den Rechtsnormen im engeren Sinne nicht identisch sind, bedarf es einer anderen Begriffsbestimmung. Alexy hat für den Bereich der Grundrechtstheorie vorgeschlagen, zwischen den Grundrechtssätzen im Verfassungstext, den unmittelbar durch diesen Text ausgedrückten Grundrechtsnormen und solchen Grundrechtsnormen zu unterscheiden, die sich dem unmittelbar statuierten Grundrechtsnormen durch eine „korrekte grundrechtliche Begründung“ zuordnen lassen.²⁵ Aus dieser Unterscheidung lässt sich, verallgemeinert und etwas modifiziert, ein Begriff der Rechtsnorm im weiteren Sinne gewinnen, der den Zwecken dieser Arbeit angemessen ist. Unter Rechtsnormen sind danach Normen zu verstehen, die sich einem bestimmten Rechtsmaterial nach bestimmten Zuordnungsnormen zuordnen lassen, und aus solchen Normen abgeleitete Normen. Im weitesten Sinne lassen sich auch

möglicher Verständnisvarianten der interpretierten Sprachdaten“ (1989), 187. Diese „möglichen Verständnisvarianten“ lassen sich als Rechtsnorm im engeren Sinne verstehen.

²⁴ Zur teleologischen Reduktion vgl. Larenz (1983), 375 ff.; Brandenburg (1983).

²⁵ Alexy (1985), 57 ff.; ähnlich die Unterscheidung Müllers zwischen einem Normtext und einem Normprogramm (vgl. dazu Anm. 23) einerseits und einer Rechts- und Entscheidungsnorm andererseits, die das Zwischen- bzw. Endergebnis der Konkretisierungsarbeit darstelle (1984), 264. Zur Kritik am Ansatz Müllers und an dessen Terminologie siehe Alexy (1985), 63 ff.

die Zuordnungsnormen selber als Rechtsnormen bezeichnen.

Unter „Rechtsmaterial“ sollen hier noch uninterpretierte oder für die Entscheidungsfindung noch nicht ausgewertete Rechtssätze verstanden werden, von denen anerkannt ist, daß rechtliche Instanzen, vor allem Richter, sie nach bestimmten Methoden auswerten und in ausgewerteter Form bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen sollen. Als Rechtsmaterial lassen sich vor allem Rechtstexte in Verfassungs- und Gesetzestexten anführen, aber auch Rechtssätze anderer Art, gewohnheitsrechtliche oder dogmatische Rechtssätze oder Rechtstexte in richterlichen Entscheidungen beispielsweise.²⁶

Zu den Zuordnungsnormen gehören zunächst methodische Normen im engeren Sinne. Sie haben den Inhalt, daß der Richter nach Normen entscheiden soll, die sich ergeben, wenn er ein bestimmtes Rechtsmaterial mit bestimmten Rechtsfindungsmethoden auswertet, d. h. mit Methoden der Auslegung oder – allgemeiner – der Auswertung solchen Materials. Solche Methoden sind etwa diejenigen, die im sogenannten Kanon der Auslegungsmethoden zusammengefaßt sind: die grammatische, systematische, historische und objektiv-teleologische Auslegungsmethode in den verschiedenen vertretenen Vari-

²⁶ Es wäre mißverständlich und weniger passend, anstelle des Begriffs des Rechtsmaterials den – teils sehr eng verstandenen – Begriff der Rechtsquelle zu verwenden (zu diesem Begriff siehe etwa A. Ross (1929), 290 ff.; Adomeit (1969), 77 ff.; Dreier (1973), 3 ff. m. w. Nachw.). Mit dem Begriff des Rechtsmaterials läßt sich am besten zum Ausdruck bringen, worum es an dieser Stelle geht: daß sich die für das richterliche Handeln maßgeblichen Normen erst aus einer Auswertung der vorfindlichen Rechtstexte ergeben, daß diese vorfindlichen Texte also gerade nicht unvermittelt Rechtsquelle im Sinne von Erkenntnisgrund dafür sind, nach welchen Normen zu entscheiden für den Richter begründet ist.

anten.²⁷ Auch Argumentformen wie etwa die teleologische Reduktion und der Analogieschluß zählen zu den Methoden der Auswertung des Rechtsmaterials. Neben den methodischen Normen im engeren Sinne zählen Normen und Metanormen zu den Zuordnungsnormen, die regeln, wie der Richter entscheiden soll, wenn es zu Kollisionen zwischen den methodischen Normen im engeren Sinne kommt, oder unter welchen Voraussetzungen der Richter abweichend von bestimmten methodischen Normen entscheiden soll. Auch Normen, die die Rangverhältnisse und den Stellenwert verschiedener Arten von Rechtsmaterialien regeln – oder genauer: solcher Normen methodischer und zugeordneter Art regeln, die sich auf verschiedene Arten von Rechtsmaterialien beziehen – zählen zu den Zuordnungsnormen.

Auf eine genauere Klassifizierung und Präzisierung der Zuordnungsnormen und Methoden der Auswertung von Rechtsmaterial soll hier verzichtet werden.²⁸ An dieser Stelle kommt es lediglich darauf an, daß sich richterliche Entscheidungen nicht einfach an einem vorfindlichen Rechtsmaterial orientieren, sondern an Normen, die sich aus einem bestimmten Umgang mit diesem Material, aus einer bestimmten Auswertung des Materials nach bestimmten Methoden ergeben, und darauf, daß sich entsprechend zwischen einem Rechtsmaterial, diesem zugeordneten Normen und solchen Normen oder Metanormen unterscheiden läßt, die die Zuordnung regeln.

²⁷ Siehe dazu die einschlägigen Methodenlehren, etwa Larenz (1983), 298 ff.; Koch/Rüßmann (1982), 166 ff.; zur teleologischen Gesetzesauslegung siehe auch unten S. 359 ff.

²⁸ Vgl. dazu auch die Unterteilung von „norms of legal reasoning“ bei Peczenik (1986), 67 ff., in „source norms“ und „reasoning norms“. Jene gliedert er wiederum in „interpretation norms“, „construction norms“ und „collision norms“ auf.

Rechtsnormen im engeren Sinne lassen sich danach als Rechtsnormen im weiteren Sinne beschreiben, die dem Rechtsmaterial nach folgender methodischer Norm zugeordnet sind: dem Gebot, nach derjenigen Norm zu entscheiden, die sich bei einer – noch näher zu bestimmenden – grammatischen, d. h. auf Sprachdaten gestützten Auslegung des betreffenden Rechtssatzes ergibt.²⁹

Der Begriff der Rechtsnorm ist sehr weit gefaßt, solange jede, auch jede ungültige Zuordnungsnorm den Charakter einer Norm als Rechtsnorm begründen kann. Er läßt sich verengen, indem man die zuordnenden Normen weiter eingrenzt. Eine Möglichkeit der Eingrenzung wäre die, nur faktisch anerkannte Zuordnungsnormen und aus ihnen abgeleitete Normen zu berücksichtigen. Damit wäre

²⁹ Abweichend vom oben umschriebenen Begriff der Rechtsnorm zählt Hart (1983), 86 f., nur solche Normen zum Recht, wie es „ist“, die sich aus der sprachlichen Bedeutung eines Rechtssatzes ergeben – von einigen Ausnahmefällen abgesehen, in denen sich die Norm als die natürliche und rationale Weiterentwicklung des Rechtssatzes erweise. Bei unbestimmtem Wortlaut und in zweifelhaften Fällen sei besser von einer richterlichen Gesetzgebung zu reden, um die Tatsache nicht zu verschleiern, daß das geltende Recht in solchen Fällen zwar Grenzen setze, aber nicht die Wahl bestimme und daß die Maßstäbe der richterlichen Entscheidung nicht dem Gesetz zu entnehmen seien. Indessen ist mit der Qualifikation einer Norm als Rechtsnorm im angegebenen Sinne nur gesagt, daß sie einer Norm der Zuordnung entspricht, die gebietet, nach einer dem Rechtsmaterial in bestimmter Weise zuzuordnenden Norm zu entscheiden, bzw. daß sie selber eine solche Zuordnungsnorm darstellt. Ob und wieweit der Richter bei der Zuordnung oder Wahl der Zuordnungsnorm auf wie auch immer näher bestimmte Maßstäbe des positiven Rechts zurückgreifen kann, ist eine weitergehende Frage. Der Begriff der Rechtsnorm im angegebenen Sinne präjudiziert insoweit noch nichts. Er bringt daher auch noch nicht zum Ausdruck, daß das Gesetz in irgend-einem Sinne für sich genommen bereits die Entscheidung bestimmt. Und welcher andere Begriff als der Begriff der Rechtsnorm paßt besser auf Normen, die sich ergeben, wenn Richter Rechtstexte mit den geläufigen Methoden der Rechtsfindung – und nicht nur mit der grammatischen Methode – auswerten?

dann präjudiziert, daß nur solche Normen Rechtsnormen sind, die sich dem Rechtsmaterial nach faktisch anerkannten Zuordnungsnormen und abgeleiteten Normen zuordnen lassen. Der Bereich der Rechtsnormen wäre so allerdings allzusehr eingeengt, schon weil in Fragen der Rechtsmethodik und der Zuordnung von Normen zum Rechtsmaterial häufig Streit besteht. Allgemein anerkannte Zuordnungsnormen beispielsweise, die ein Rangverhältnis zwischen den Auslegungsmethoden festlegen, gibt es nicht.³⁰ Daneben bietet sich folgendes Kriterium der Eingrenzung an: Nur solche Normen zählen als Rechtsnormen, die sich dem Rechtsmaterial nach wenigstens prima facie gültigen Zuordnungsnormen zuordnen lassen oder nach solchen Zuordnungsnormen, die im unten noch präzisierten Sinne dem ersten Anschein nach gelten.³¹ Bei einer solchen Eingrenzung stellte sich sogleich die weitere Frage, woran sich die Geltung der Zuordnungsnormen bemäßt. Keine befriedigende Lösung wäre es jedenfalls, nur gültige Zuordnungsnormen zuzulassen. Da dann, wenn die Zuordnungsnorm gilt, auch die korrekt zugeordnete Norm Geltung hat, wären sonst alle korrekt zugeordneten Rechtsnormen geltende Normen. Die Trennung zwischen Norm und Normgeltung wäre insoweit aufgehoben.

Auf welche Weise der Bereich der möglichen Zuordnungsnormen bei der näheren Bestimmung des Begriffs der Rechtsnorm zweckmäßigerweise eingegrenzt werden sollte, kann an dieser Stelle offenbleiben. Nach welchen Kriterien die Zuordnungsnormen auch eingegrenzt werden: Worauf es für den weiteren Gang der Untersuchung

³⁰ Siehe dazu Esser (1972), 124 ff.; Kriele (1976), 85 ff.; Rahlf (1976), 27 ff.; Hassold (1981), 192 ff.; vgl. dazu auch unten S. 343 f.

³¹ Zum Begriff der Geltung des ersten Anscheins siehe näher unten S. 93 f.

ankommt, ist, daß ein Begriff der Rechtsnorm Verwendung findet, der weiter ist als der Begriff der Rechtsnorm im engeren Sinne und der auch solche für die richterliche Entscheidung bedeutsamen Normen erfaßt, die sich dem Rechtsmaterial in der angegebenen Weise zuordnen lassen.³²

³² Welche Gestalt die Eingrenzung der Zuordnungsnormen auch annehmen mag: Verwendet man einen Begriff der Rechtsnorm im angegebenen weiteren Sinne, erweist sich ein juristischer Geltungsbegriff als unzureichend, der lediglich auf „die Verfassung“ oder eine Grundnorm als Geltungsmaßstab verweist, die gebietet, „die Verfassung“ zu befolgen. Mit dem pauschalen Verweis auf die Verfassung ist die Frage noch nicht beantwortet, welche Normen dem Verfassungstext nach welchen Zuordnungsnormen zugeordnet werden sollen.

II. Begriff und Gegenstand von Abwägung

In der Einleitung kam es bereits zur Sprache: Unter Abwägung soll hier die Lösung eines echten Konflikts zwischen Gebots-, Verbots-, oder freistellenden Normen mit prima facie-Geltung durch die Ermittlung eines ausgleichenden oder vorziehenden Rangverhältnisses zwischen den Konflikt нормen verstanden werden. Im folgenden geht es darum, diese Abwägungsdefinition und ihre Bestandteile zu erläutern.

A. Prima facie-Normen

Nach der angegebenen Abwägungsdefinition geht es bei Abwägungen im hier verstandenen Sinne um die Lösung von Normenkonflikten. Daß Ge- oder Verbotsnormen miteinander in Konflikt stehen, heißt: In bestimmten Handlungssituationen sind mehrere Ge- oder Verbotsnormen ihrem Inhalt nach anwendbar und ist es zwar möglich, jede Norm für sich genommen zu befolgen, nicht aber alle Normen zusammen.³³ Die Frage, was unter Konflikten mit freistellenden Normen zu verstehen ist, wirft besondere Probleme auf. Sie soll unten gesondert erörtert

³³ Davon ist eine andere Art des Normwiderspruchs zu unterscheiden, der Widerspruch zwischen den Sätzen „Norm N gilt“ und „Norm N gilt nicht“ Zur Negation der Geltung von Normen vgl. auch Sieckmann (1990), 36 f.

werden. Zunächst geht es hier nur um Konflikte zwischen Ge- oder Verbotsnormen.

Man kann Normenkonflikte in solche unterteilen, in denen die Normen ihrem Inhalt nach logisch unverträglich sind, die also einen normenlogischen Widerspruch betreffen,³⁴ und in Konflikte zwischen Normen, die nur unter bestimmten empirischen Bedingungen miteinander in Konflikt geraten. Hier interessiert eine andere Unterscheidung, die zu dieser Unterscheidung quer verläuft. Sie unterteilt danach, ob das, was nach den Konfliktnormen ge- oder verboten ist, „prima facie“ oder „unter Berücksichtigung aller Umstände“ ge- oder verboten ist.

1. Die Frage nach der Geltungsweise von Konflikt- und prima facie-Normen

Worin der besondere prima facie-Charakter einer Norm besteht, ob diese Terminologie nicht überhaupt irreführend und aufzugeben ist,³⁵ darüber herrscht Streit.³⁶ Die Frage, um die es in dieser Auseinandersetzung geht, lässt sich – trennt man zwischen Norm und Normgeltung – folgendermaßen formulieren: Haben die Konfliktnormen in irgendeinem Sinne in der Konfliktsituation nebeneinander Geltung, obwohl sie nicht zusammen erfüllbar sind, und in welchem Sinne? Gelten die prima facie-Normen in einem anderen Sinne als die Normen, die etwas unter Berücksichtigung aller Umstände gebieten? Wenn ja, worin besteht dann das Konflikthafte der Situation? Oder han-

³⁴ Vgl. dazu C. und O. Weinberger (1979), 132.

³⁵ So etwa Searle (1978), 84.

³⁶ Siehe dazu Gowans (1987), 3 ff., und die dort zu findende, umfangreiche Literaturzusammenstellung sowie die im folgenden zitierte Literatur; weitere Nachweise zum Thema Normenkonflikte bei Paulson (1984), 487 Anm. 1.

delt es sich überhaupt nur um einen „scheinbaren“ Konflikt?

Wenig hilfreich ist das Argument, ein Konflikt zwischen Normen sei nur dann gegeben, wenn die Konfliktnormen nebeneinander Geltung hätten. Da es Normenkonflikte gebe, sei es auch möglich, daß Konfliktnormen nebeneinander Geltung hätten.³⁷ Von einem Normenkonflikt lässt sich auch dann sinnvoll reden, wenn die Konfliktormen in der Konfliktsituation nicht alle zusammen gelten. Das wird unten noch deutlich werden. Selbst wenn der Begriff des Normenkonflikts eng verstanden wird und nur Konflikte zwischen geltenden Normen erfasst, ist es keineswegs selbstverständlich, daß es solche Konflikte auch gibt.

Daß die in der Konfliktsituation nach der jeweiligen Konfliktorm ge- oder verbotene Handlung „wirklich“ ge- oder verboten ist, selbst dann, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände eine andere Handlung ge- oder verboten ist, wird teils mit moralpsychologischen Erwägungen begründet. So wird aus Gefühlen der Schuld oder des Bedauerns darüber, eine Konfliktorm nicht befolgt zu haben, auf die Geltung der Norm in der Konfliktlage geschlossen.³⁸ Moralpsychologische Argumente dieser Art sind zu Recht auf Kritik gestoßen.³⁹ Sie beantworten nicht die Frage, ob und warum solche Gefühle auch gerecht fertigt sind, d. h. sich auf die Verletzung einer in der Konfliktlage gültigen Norm stützen können. Auch sind vielerlei Erklärungen für solche Gefühle denkbar, die keinen „wirklichen“ Normenkonflikt voraussetzen.

³⁷ So etwa Kelsen (1979), 100 f.; kritisch zu dieser Art von Argumentation Paulson (1984), 498.

³⁸ So hinsichtlich des moralischen Sollens Williams (1978), 263 ff.

³⁹ Siehe Gowans (1987), 15; Foot (1983), 382.

Ob Konfliktnormen nebeneinander Geltung haben, hängt davon ab, welcher Geltungsbegriff Verwendung findet und welches Normverständnis man zugrunde legt. Nach dem oben erläuterten Normverständnis und Verständnis von der Geltung einer Norm haben Normen die Funktion, eine Orientierung und Anleitung zum Handeln durch Gründe zu geben. Die Geltung einer Norm zeigt danach eine abschließende Orientierung durch Gründe an, zeigt also an, daß die relevanten Gründe denjenigen, der vor der Wahl zwischen mehreren Handlungsalternativen steht, auf das ge- oder verbotene Verhalten festlegen, bzw. daß Gründe ihn nicht auf ein bestimmtes Verhalten festlegen, wenn eine Freistellung in Rede steht. Ein Gebot gilt, wenn es in einem abschließend orientierenden Sinne begründet ist, dem Gebot gemäß zu handeln. Die Konfliktnormen können in der Konfliktsituation daher nicht nebeneinander gültig sein. Sonst wäre mit der Geltung dieser Normen noch keine abschließende Handlungsorientierung angezeigt. Die Befolgung sämtlicher „gelender“ Normen wäre ja nicht möglich. Weder prima facie noch andere Normen können daher in der jeweiligen Konfliktsituation nebeneinander Geltung haben.

Was zeichnet Konflikte zwischen prima facie-Normen aber dann aus? Kommt nicht wenigstens irgendeine abgeschwächte Form der Normgeltung als besonderes Kennzeichen der prima facie-Normen in Betracht?

Häufig wird versucht, anstelle der Unterscheidung zwischen prima facie- und anderen Normen oder zur Erläuterung dieser Unterteilung zwischen verschiedenen Verwendungsweisen von „sollen“ oder zwischen verschiedenen normativen Begriffen oder deontischen Operatoren zu unterscheiden. Im Blick auf die einen sollen „echte“ Konflikte zwischen gültigen normativen Anforderungen möglich sein, im Blick auf die anderen nicht. Beispielswei-

se wird zwischen konfliktfähigen „type 1 ought statements“ und konfliktunfähigen „type 2 ought statements“⁴⁰ unterschieden oder zwischen „ought prescriptions“ und „must prescriptions“.⁴¹ Solche Unterscheidungen sind ebenso erklärungsbedürftig wie die zwischen „prima facie“ und „unter Berücksichtigung aller Umstände geboten“, soweit es sich nicht ohnehin nur um andere Formulierungen dieser Unterscheidung handelt. Die Frage stellt sich nach wie vor, ob oder in welchem Sinne in Konflikt stehende, wie auch immer benannte Verhaltensanforderungen nebeneinander gültig sein können, obwohl sie sich nicht zusammen erfüllen lassen. Auch fragt sich, in welchem Verhältnis die konfliktfähigen Anforderungen zu der normativen Ebene stehen, auf der keine „echten“ Konflikte mehr möglich sind. Im übrigen: Gibt es, wie hier angenommen, einen zentralen Begriff des Sollens oder des Gebotenseins, sollte dies auch in einer einheitlichen Terminologie zum Ausdruck kommen.

2. „Prima facie-Geltung“ und „Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände“ im hier verstandenen Sinne

Eine weiterführende Interpretation der Unterscheidung „prima facie geboten“ und „unter Berücksichtigung aller Umstände geboten“, die zudem den Vorteil hat, mit einem einheitlichen Begriff des Sollens oder des Gebotenseins auszukommen, geht auf Davidson zurück.⁴² Rawls hat sie

⁴⁰ Foot (1983), 385 f.

⁴¹ Gowans (1987), 26; anders ders. (1989), 187 ff.; vgl. auch Searle (1987), 88 ff., der zwischen „obligation to do“ und „ought to do all things considered“ unterscheidet.

⁴² Davidson (1979), 105 ff.

aufgegriffen.⁴³ Nach diesem Ansatz kennzeichnet derjenige, der die Wendung „prima facie“ oder „unter Berücksichtigung aller Umstände geboten“ verwendet, keine spezielle Art von „Sollen“, sondern bringt er eine Relation zwischen einem praktischen Urteil und dessen Begründung zum Ausdruck. Sprechen wir danach von einem prima facie-Gebot, so erklären wir damit, nur auf der Grundlage bestimmter, nicht aber aller Gründe oder „Grundsätze“ zu urteilen, die „bedeutsame Eigenschaften moralischer Situationen“ herausstellen.⁴⁴ Mit der Wendung „unter Berücksichtigung aller Umstände“ bringt der Sprecher dementsprechend zum Ausdruck, sein Urteil auf die Berücksichtigung und Bewertung aller solcher einschlägigen Gesichtspunkte zu stützen.

In dieser Form ist der Ansatz von Davidson und Rawls allerdings noch unzureichend und ergänzungsbedürftig. Bringt die Wendung „prima facie“ eine Relation zwischen Urteil und Gründen zum Ausdruck, auf die sich das Urteil stützt, bleibt offen, wie diese Gründe und wie der Konflikt zwischen diesen Gründen näher zu beschreiben sind. Anders, wenn man die Wendung „prima facie“ dahin versteht, daß sie dazu dient, die Eigenart der konkurrierenden Gründe für Normen und des Konflikts zwischen solchen Gründen zu kennzeichnen. Unter Gründen für Normen lassen sich begründende Ge- oder Verbote, aber auch andere Größen wie etwa Werte oder Interessen verstehen. Auf Größen der zuletzt genannten Art lässt sich die Geltung einer Ge- oder Verbotsnorm dabei nur dann stützen, wenn ein ihnen gemäßes Handeln geboten ist, wenn es beispielsweise bei Interessen als Gründen geboten ist, diese Interessen zu befördern. Die Wendung „prima facie“

⁴³ Rawls (1979), 375 ff.

⁴⁴ Rawls (1979), 376 f.

soll hier so verstanden werden, daß sie sich auf Bedingungen der Geltung begründender Normen bezieht bzw. auf Bedingungen der Geltung von Geboten, die ein Handeln nach Maßgabe eines bestimmten Grundes für die Geltung einer Norm gebieten.

Genauer bringt der Sprecher mit der Wendung „prima facie“ im hier verstandenen Sinne folgenden komplexen Zusammenhang zum Ausdruck:

Die prima facie-Norm ist eine von mehreren Normen, auf die folgendes zutrifft: Ob eine dieser Normen in einer Entscheidungssituation, in der sie ihrem Inhalt nach anwendbar ist, gilt oder nicht gilt oder lediglich das Gebot gilt, sie in der Entscheidungssituation teilweise zu erfüllen,⁴⁵ hängt davon ab, ob andere dieser Normen in der Entscheidungssituation mit ihr in Konflikt stehen, und, wenn ja, welche Rangbeziehung zwischen diesen Normen begründet ist. Wer sagt, eine Norm sei eine prima facie-Norm oder sie gelte prima facie,⁴⁶ sagt danach nicht, sie gelte, sondern sagt genaugenommen nur etwas über die Bedingungen, unter denen die Norm gilt bzw. das Gebot gilt, sie teilweise zu erfüllen.⁴⁷ Er bringt zum Ausdruck, daß die prima facie-Norm in der Entscheidungssituation nur dann uneingeschränkt gilt, wenn kein Konflikt mit einer anderen Norm besteht, mit der sie in der genannten Beziehung steht, oder wenn sie der Norm gegenüber Vorrang hat. Ob dies der Fall ist, läßt der

⁴⁵ Zur teilweisen Befolgung von Normen siehe näher unten S. 57 ff.

⁴⁶ Beide Wendungen werden im folgenden synonym verwandt.

⁴⁷ Geltungsbedingungen sind von Bedingungen einer bedingten Norm zu unterscheiden. Merkmal einer Geltungsbedingung ist, daß in der Formulierung der Bedingung jedenfalls dann, wenn die Bedingung ausformuliert ist, auf das Ge- oder Verbotensein der ge- oder verbotenen Handlung Bezug genommen wird. Bei einer Bedingung wie „Es ist geboten, p zu tun, wenn dieses Gebot nicht mit anderen Normen in Konflikt steht“ ist das der Fall.

Sprecher offen.⁴⁸ Darüber hinaus bringt derjenige, der einer Norm *prima facie*-Geltung zuspricht, zum Ausdruck, daß die betreffende Norm im Verhältnis zu anderen *prima facie*-Normen einen eigenständigen Maßstab für die Bewertung von Handlungen darstellt und daß sie eine damit einhergehende strukturbildende Funktion erfüllt: *Prima facie*-Normen verleihen der Begründung von Handlungen Struktur, indem sie unterschiedliche Hinsichten auf die Handlungssituation umschreiben, unter denen diese Situation einer Bewertung unterzogen werden soll.

Nach dem eben angegebenen Verständnis drückt der Sprecher mit der Wendung „*prima facie*“ keine Relation zwischen einem Urteil über die Geltung der Norm und dessen Begründung aus. Vielmehr sagt er etwas über die Bedingungen, unter denen die Norm gilt, und die maßstab- und strukturbildende Funktion dieser Norm. Mit der Wendung „unter Berücksichtigung aller Umstände geboten“ verhält es sich anders. Auf sie paßt der Deutungsansatz von Davidson und Rawls: Der Sprecher bringt eine Relation zwischen dem Urteil, daß die betreffende Norm gilt, und der Begründung für dieses Urteil zum Ausdruck. Diese Begründung einer Ge- oder Verbotsnorm x besteht darin, daß diejenige Handlungsalternative, die bei Befol-

⁴⁸ Ähnlich Sieckmann (1990), 83 ff., nach dem Prinzipien mit *prima facie*-Geltung nicht in Geltungsaussagen ausgedrückt werden. Allerdings sagt der Sprecher, der einer Norm *prima facie*-Geltung zuspricht, auch nicht nichts über deren Geltung. Immerhin bringt er zum Ausdruck, daß die Norm unter den genannten Bedingungen gilt bzw. das Gebot gilt, sie teilweise zu erfüllen. Wenn Sieckmann die besondere Geltungsweise von *prima facie*-Normen im übrigen damit beschreibt, sie implizierten ein Gebot, die Norm in einer Abwägung zu berücksichtigen und soweit wie tatsächlich und rechtlich möglich anzuwenden und zu befolgen, ist das zu ungenau und wenig hilfreich. Siehe dazu unten S. 89 f.

gung dieser Norm x in der Entscheidungssituation zu wählen wäre, diejenige Alternative ist, mit deren Wahl der Handelnde in der Situation einschlägige *prima facie*-Normen befolgt, und zwar so befolgt, wie es dem Rangverhältnis der in der Konfliktsituation einschlägigen *prima facie*-Normen in dieser Situation entspricht. „Berücksichtigung aller Umstände“ heißt danach also genauer: Berücksichtigung der *prima facie*-Geltung der einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnisse und der Tatsachen, die nach diesen Normen und für deren Rangbestimmung relevant sind.⁴⁹

Nach der eben gegebenen Beschreibung ist die Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände mit einem Situationsindex versehen: Angesprochen ist die Geltung einer

⁴⁹ Eine andere Unterscheidung ist die, ob alle oder nur bestimmte relevante tatsächliche Situationsmerkmale Berücksichtigung finden. Diese Unterscheidung läuft zu der Unterscheidung danach quer, ob alle *prima facie*-Normen berücksichtigt werden oder nicht. So ist es möglich, einige relevante faktische Umstände bei der Bewertung einer Handlungssituation auszublenden oder nicht zu ermitteln und dennoch alle oder eine Mehrzahl der einschlägigen *prima facie*-Normen heranzuziehen. Günther (1988), 265 ff.; ders. (1989), 170 ff., knüpft die Unterscheidung zwischen „*prima facie*“ und „unter Berücksichtigung aller Umstände“ an faktische Umstände an, wenn er danach unterscheidet, ob der Sprecher die Gültigkeit einer Norm für bestimmte nach „gleichbleibenden“ Merkmalen beschriebene Situationen behauptet oder über die Angemessenheit der Normbefolgung unter Berücksichtigung aller relevanten Merkmale einer Situation redet. In dieser Unterscheidung kommt der hier interessierende Unterschied zwischen Normen und deren Rangverhältnissen, denen die angegebene Begründungsfunktion zukommt, und den durch solche Normen begründeten Normen nicht mehr zum Ausdruck. Entsprechend müßten nach Günther auch solche Normen *prima facie*-Charakter haben, die bei Ausblendung einiger faktischer Umstände dennoch unter Beachtung aller einschlägigen *prima facie*-Normen im hier verstandenen Sinne gelten. Auch müßten Normen als *prima facie*-Normen bezeichnet werden, denen eine Regelgeltung des ersten Anscheins im unten angegebenen Sinne (siehe dazu unten S. 93 f.) zu kommt. Wesentliche Unterschiede werden so verwischt.

Norm in einer bestimmten Entscheidungssituation nach Maßgabe des Rangverhältnisses aller einschlägigen *prima facie*-Normen in dieser Entscheidungssituation. Ohne diesen Situationsindex ergibt sich eine stärkere Form der Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände. Die Geltung einer Norm unter Berücksichtigung aller Umstände zeigt dann an, daß die Befolgung der Norm in allen Situationen, in denen sie ihrem Inhalt nach anwendbar ist, den in diesen Situationen einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnissen entspricht. Auf diese und andere Formen der Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände wird noch einzugehen sein, wenn es unten darum geht, den Regelcharakter von Normen zu charakterisieren.

Ob die Befolgung einer Norm in einer Situation den begründenden *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnissen entspricht, hängt auch von den Folgen der Befolgung der Norm ab, die nach den einschlägigen *prima facie*-Normen relevant sind. An die Diskussion über Akt- und Regelutilitarismus anknüpfend,⁵⁰ ließe sich daher fragen, ob oder unter welchen Voraussetzungen bei der Begründung der Norm durch *prima facie*-Normen auf diejenigen Folgen abzustellen ist, die sich bei einer allgemeinen Befolgung der Norm in näher spezifizierten Situationen ergeben. Diese Frage soll hier offenbleiben. Lediglich eine spezielle Variante eines Verallgemeinerungsarguments dieser Art soll unten aufgegriffen und kritisiert werden.⁵¹

Neben der *prima facie*-Geltung einer Norm und deren Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände sind auch

⁵⁰ Siehe dazu näher Hoerster (1977), 20 ff.; Wimmer (1980), 296 ff.; Trapp (1988), 212 ff. m. w. Nachw.

⁵¹ Siehe dazu unten S. 303 ff.

Zwischenformen denkbar. So kann eine Norm auch unter Berücksichtigung mehrerer, aber nicht aller in der Konfliktlage anwendbaren *prima facie*-Normen in der Konfliktsituation gelten. Ist von einer solchen Geltung die Rede, lässt der Sprecher die Geltung der Norm ähnlich wie bei der Verwendung des Ausdrucks „*prima facie*“ offen und sagt er etwas über die Bedingungen, unter denen die Norm gilt: Sie gilt jedenfalls unter Absehung davon, daß anderen als den in Bezug genommenen *prima facie*-Normen in der betreffenden Entscheidungssituation *prima facie*-Geltung zukommt. Zugleich bringt der Sprecher eine Begründungsrelation zwischen der Norm und den angegebenen *prima facie*-Normen zum Ausdruck: Bei Absehung von der *prima facie*-Geltung anderer in der Situation einschlägiger Normen lässt sich die Befolgung der Norm in der betreffenden Entscheidungssituation damit begründen, daß die Befolgung der Norm den betreffenden *prima facie*-Normen bzw. deren Rangverhältnis entspricht. Daneben lässt sich noch eine Geltung unter Berücksichtigung mehrerer *prima facie*-Normen ohne einen solchen Situationsindex anführen. Insofern gilt das eben zur Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände Gesagte entsprechend.

B. Echte Normenkonflikte

Versteht man die Wendung „*prima facie*“ in der eben angegebenen Weise, sind Konflikte zwischen *prima facie*-Normen keine „wirklichen“ Konflikte in dem Sinne, daß die Konfliktnormen in der Konfliktlage nebeneinander Geltung haben. Konflikthaft ist die Situation aber immerhin insofern, als Normen in Konflikt stehen, die im angegebenen Sinne maßstabbildend sind. Von echten Konflik-

ten soll hier dann die Rede sein, wenn diese Art von Konflikthaftigkeit vorliegt und wenn sich aus dieser Konflikthaftigkeit zugleich ein substantielles Wertungsproblem ergibt, wenn es substantieller Wertungen bedarf, um das Rangverhältnis zwischen den Konfliktnormen zu ermitteln. So handelt es sich dann um keinen echten Konflikt im hier verstandenen Sinne, wenn es im wesentlichen nur empirisch-technischer oder begrifflich-logischer Erwägungen bedarf, um das Rangverhältnis zwischen den Konfliktnormen zu ermitteln.

Ob substantielle Wertungen nötig sind, hängt vom Maßstab ab, nach dem sich das Rangverhältnis bestimmt, bzw. davon, welche Kenntnisse der Entscheidende von diesem Maßstab oder davon hat, wie dieser Maßstab zu konkretisieren ist. Gäbe es beispielsweise ein vollständiges, lückenloses System allgemeiner Rangnormen, aus denen sich die Konfliktlösung in jedem Konfliktfall im wesentlichen ohne weitere Wertungen ableiten ließe,⁵² und wären diese Rangnormen dem Entscheidenden alle bekannt, bedurfte es keiner substantiellen Wertungen mehr. Anders, wenn nur einige abstrakte Rangregeln dieses Systems ermittelt wären. Relativ zu diesem Erkenntnisstand und zu diesen Normen als Maßstab, stellte es dann u. U. ein substantielles Wertungsproblem dar, die konkrete Konfliktlösung zu ermitteln. Oder man nehme an, das Rangverhältnis lasse sich nur einzelfallbezogen mit Hilfe von „Urteilskraft“ bestimmen, ohne daß eine weitere Begründung dieser Rangbestimmung möglich wäre.⁵³ Auch in diesem Fall wären substantielle Wertungen zur Konfliktlösung erforderlich. Demgegenüber kommt es beispielsweise dann

⁵² Mit diesem Gedanken sympathisiert Rawls (1979), 376; skeptisch Urmson (1974/1975), 111 ff.

⁵³ Vgl. Nagel (1984), 153 ff.

nicht zu einem echten Normenkonflikt, wenn man den Maßstab für die Konfliktlösung allein darin sieht, daß die Befriedigung der nach ihrer Intensität gewichteten Präferenzen von Personen maximiert wird.⁵⁴ Die Konfliktlösung ist dann, jedenfalls dem Ansatz nach und im wesentlichen, eine Angelegenheit empirischer Erwägungen.

C. Erfüllungsgrade und Rangbeziehungen

Stehen prima facie-Normen in Konflikt, muß die Lösung dieses Konflikts nicht darin bestehen, einige Normen ganz und andere überhaupt nicht zu befolgen. Eine mögliche Konfliktlösung ist auch die, alle oder einige Konfliktnormen nur teilweise zu erfüllen. Voraussetzung dafür ist, daß die Normen in verschiedenen Graden erfüllbar sind. Das läßt sich allerdings von nahezu jeder prima facie-Norm sagen. Nicht nur Normen, die ihrem Inhalt nach ausdrücklich Graduierungen zulassen, wie etwa Normen, die gebieten, sich einem bestimmten Ideal oder Zielzustand anzunähern, können in mehr oder minder hohem Maße befolgt oder nicht befolgt werden. Auch Normen wie z. B. das Verbot zu lügen, die ihrem Inhalt nach scheinbar nur die Alternative offenlassen, sie zu befolgen oder nicht zu befolgen, schließen Gradabstufungen nicht aus. Wer beispielsweise einen anderen dreimal belügt, verletzt das Verbot der Lüge in höherem Maße als derjenige, der in gleicher Weise nur einmal lügt.⁵⁵

⁵⁴ So etwa Hare (1981), nach dem Normenkonflikte auf einer Ebene „kritischen Denkens“ zu lösen sind (25 ff.), auf der der Maßstab der Maximierung der Präferenzbefriedigung maßgeblich ist (87 ff.).

⁵⁵ Die Unterscheidung Alexys zwischen Normen die „stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“ und solchen, die „in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können“ (1985), 76, ist wenig ergiebig. Siehe dazu unten S. 88 f.

Der Entscheidende kann Normen demnach zu einem mehr oder minder hohen Grade befolgen oder nicht befolgen, je nachdem welche Handlungsalternativen ihm offenstehen und welche von ihnen er wählt. Um dies zu beschreiben, soll im folgenden der Begriff der Erfüllungs- oder der Befolgsform einer Norm⁵⁶ verwandt werden. Unter den Befolgs- oder Erfüllungsformen einer Norm in einer tatsächlichen oder hypothetischen Entscheidungssituation sind Handlungsalternativen zu verstehen, die in dieser Situation offenstehen,⁵⁷ und zwar in einer bestimmten Beschreibung: beschrieben anhand derjenigen Merkmale, die relevant sind, wenn es darum geht, zu bestimmen, ob der Entscheidende die Norm mit der Wahl einer Handlungsalternative in gleichem, geringeren oder höheren Maße befolgt bzw. nicht befolgt als mit der Wahl einer anderen Alternative.

Die in einer Situation offenstehenden Befolgsformen lassen sich danach ordnen, ob die Norm mit ihrer Wahl in gleichem, höheren oder geringeren Maße befolgt wird als mit der Wahl anderer Erfüllungsformen. Am einen Ende dieser Ordnung steht diejenige der in der Situation offenstehenden Erfüllungsformen, deren Wahl die Norm – je nach Betrachtungsweise – in höchstem Maße nicht erfüllt bzw. in geringstem Maße erfüllt. Wird diese Alternative ergriffen, soll das im folgenden als vollständige Nichterfüllung oder Nichtbefolung der Norm in der Situation bezeichnet werden. Entsprechend steht am anderen Ende der Ordnung die Erfüllungsform der vollständigen Erfüllung oder Befolung, bei einem Verbot positiven Tuns etwa das Unterlassen der verbotenen Handlung. Die Ordnung kann auch über die Erfüllungsformen

⁵⁶ Beide Begriffe werden im folgenden synonym verwandt.

⁵⁷ Zum Begriff der Alternative vgl. Trapp (1988), 412 ff.

hinausgehen, die in einer tatsächlichen Entscheidungssituation zur Wahl stehen. In diesem Fall ist auf eine hypothetische Entscheidungssituation abzustellen, in der zwischen den betreffenden Befolgsformen zu wählen ist.

Ob eine Handlungsalternative eine *prima facie*-Norm in mehr oder minder hohem Maße erfüllt und nach welchen Kriterien sich das richtet, ist eine normative Frage. Mitunter bedarf es schwieriger Wertungen, um diese Frage zu beantworten. Beispielsweise ist es nicht einfach zu entscheiden, ob ein Dritter, der ein privates Telefongespräch heimlich abhört und über das Gespräch schriftliche Aufzeichnung macht, dem Verbot der Verletzung der Privatsphäre ebenso oder jedenfalls kaum weniger zuwiderhandelt als jemand, der ein solches Telefongespräch heimlich auf Tonband aufnimmt.⁵⁸ Dabei ist der Begriff des Befolgsgrades einer *prima facie*-Norm hier so gefaßt, daß, wenn zwei Befolgsformen zur Wahl stehen, von denen die eine einen höheren Befolgsgrad aufweist als die andere, die erste vorzuziehen, d. h. ihre Wahl *prima facie* geboten ist.⁵⁹ Daraüber hinaus steigt mit der Höhe des Befolgsgrades auch die Wichtigkeit der Wahl der betreffenden Befolgsform im Verhältnis zu gegenläufigen *prima facie*-Normen. So läßt sich ein „Abwägungsgesetz“ formulieren:⁶⁰ Stehen in einer Situation *prima facie*-Normen im Konflikt und fragt sich, welcher Grad an Nichterfüll-

⁵⁸ Vgl. BGHZ 73, 120 ff. [123 f.].

⁵⁹ Die Begriffe des Befolgsgrades und der *prima facie*-Norm unterscheiden sich damit von einem Begriff des Bewertungskriteriums, wie er etwa in der ökonomischen Theorie verwandt wird. Nach ihm kann die Erfüllung eines Kriteriums für die Bewertung von Handlungsalternativen zu einem bestimmten Grad, etwa wegen Übersättigung, auch negativ zu bewerten sein. Vgl. dazu Gäfgen (1974), 174 f.

⁶⁰ Vgl. dazu Alexy (1985), 146.

lung der einen Norm sich durch welchen Grad der Erfüllung der anderen Norm rechtfertigen lässt, gilt: Je höher der Grad der Nichterfüllung der einen Norm ist, um so größer muß die Wichtigkeit der Erfüllungsform der anderen Norm sein, soll deren Wahl den betreffenden Grad an Nichterfüllung rechtfertigen.

Berücksichtigt man die graduelle Erfüllbarkeit von prima facie-Normen, lassen sich Rangverhältnisse zwischen den Konfliktormen folgendermaßen beschreiben: Daß eine Norm A in einer Konfliktsituation S Vorrang vor der Konfliktorm B hat oder daß zwischen diesen Normen ein vorziehendes Rangverhältnis besteht, heißt: Jedenfalls bei Berücksichtigung der prima facie-Geltung der Normen A und B und bei Absehung von der prima facie-Geltung anderer prima facie-Normen in der Konfliktsituation S gilt das Gebot: Wenn Situation S gegeben ist, ist es geboten, Norm A vollständig zu befolgen und Norm B so weit zu befolgen, wie das dann tatsächlich noch möglich ist, d. h. nur teilweise oder überhaupt nicht. Demgegenüber besteht in der Konfliktsituation S zwischen den Normen A und B ein ausgleichendes Rangverhältnis, wenn in der Situation S unter Berücksichtigung dieser beiden Normen das Gebot gilt, wenn Situation S gegeben ist, so zu handeln, daß jede der Normen in einer bestimmten Befolgsform erfüllt wird, die zwischen den Formen der vollständigen Erfüllung und der vollständigen Nichterfüllung der jeweiligen Norm in der Situation S liegt. Gilt das Gebot, wenn Situation S gegeben ist, Norm A vollständig zu erfüllen, unter Berücksichtigung aller prima facie-Normen, handelt es sich um eine vorziehende Konfliktlösung. Gilt das Gebot, wenn Situation S gegeben ist, die Konfliktormen A und B in einer Befolgsform zwischen vollständiger Erfüllung und vollständiger Nichterfüllung zu befolgen, unter Berück-

sichtigung aller Umstände, ist die Konfliktlösung ausgleichend.⁶¹

Rangnormen der eben genannten Art gelten dabei nicht in der gleichen Weise unter Berücksichtigung aller Umstände wie andere Normen. Zu ihrer Begründung lässt sich nicht in gleicher Weise wie zur Begründung anderer Normen anführen, mit ihrer Befolgung würden die in Bezug genommenen *prima facie*-Normen im richtigen Rangverhältnis erfüllt. Stattdessen bringen diese Normen selbst ein solches begründendes Rangverhältnis zum Ausdruck. Sie betreffen die Ebene der Begründung von Normen durch *prima facie*-Normen, nicht die Ebene der durch die *prima facie*-Normen begründeten Normen.

*D. Freistellende *prima facie*-Normen*

Wer nach einer Handlungsorientierung durch Gründe fragt, für den besteht die Antwort nicht notwendig darin, daß ein bestimmtes Verhalten begründet oder unbegründet ist. Möglicherweise trifft keines von beidem zu. Normsätze mit der Bedeutung, daß es nicht unbegründet,

⁶¹ Angenommen beispielsweise, jemand hat über einen Streit zwischen dem Betreiber eines Tanzlokals und den Anwohnern des Lokals zu entscheiden, die sich in ihrer Nachtruhe gestört fühlen. Angenommen ferner, der streitentscheidenden Person ist es *prima facie* verboten, die Freiheit der Berufsausübung zu beeinträchtigen und *prima facie* geboten, den Schutz der Nachtruhe in Wohngebieten zu befördern. Wäre es unter Berücksichtigung aller Umstände geboten, dem Betreiber des Tanzlokals keine Beschränkung aufzuerlegen bzw. das nächtliche Betreiben des Tanzlokals vollständig zu untersagen, wäre die Konfliktlösung vorziehend. Dagegen sind Befolgsformen zwischen der vollständigen Erfüllung und der vollständigen Nichterfüllung der Normen in der Situation gewählt, wenn das Betreiben des Nachtlokals z. B. erst nach 22 Uhr untersagt wird. Ist eine solche Entscheidung geboten, ist die Konfliktlösung ausgleichend.

also nicht verboten ist, p zu tun, drücken die Erlaubnis aus, p zu tun, solche mit der Bedeutung, daß p zu tun weder begründet noch unbegründet, weder ge- noch verboten ist, die Freistellung, p zu tun.⁶²

Darüber, ob oder unter welchen Voraussetzungen Erlaubnis- oder freistellende Normen überhaupt eine eigene Normkategorie bilden oder dies zu verneinen ist, weil solche Normen lediglich die Abwesenheit von Ge- oder Verboten ausdrücken, herrscht Uneinigkeit.⁶³ Auch wenn man eine eigenständige Normkategorie dieser Art bejaht, ist damit nicht schon gesagt, daß solche Normen auch prima facie-Charakter haben können und daß zwischen ihnen echte Normenkonflikte möglich sind.⁶⁴ Dieser Frage nach dem prima facie-Charakter und der Konfliktfähigkeit solcher Normen ist jetzt weiter nachzugehen. Dabei interessieren speziell freistellende Normen. Die mit der Erlaubnisnorm vereinbare Möglichkeit des Gebotenseins einer Handlung wirft keine speziellen Probleme auf.

Soll es echte Normenkonflikte unter Beteiligung freistellender Normen geben, müssen auch Ge- oder Verbotsnormen beteiligt sein. Sind keine anderen als nur freistellende Normen einschlägig, gibt es keinen Konflikt. Darüber hinaus müssen die freistellenden Normen weitergehende Funktionen haben als nur die, die Abwesenheit von Ge- oder Verboten auszudrücken. Sollen sie prima facie-Charakter haben, muß auf sie im wesentlichen diejenige Be-

⁶² Die Terminologie ist nicht immer einheitlich. So wird teils statt des Begriffs der Freistellung der Begriff der Indifferenz verwandt (z. B. C. und O. Weinberger (1979), 115).

⁶³ Vgl. dazu v. Wright (1963), 85 ff.; Kelsen (1979), 78 ff.; Sieckmann (1990), 42 ff.; Alexy (1985) 206 ff. m. w. Nachw.

⁶⁴ Daß Erlaubnisnormen prima facie-Charakter haben können, verneint Sieckmann (1990), 77, da Erlaubnisnormen keine Vorzugsrelationen ausdrückten.

schreibung zutreffen, mit der oben prima facie-Ge- und Verbote gekennzeichnet wurden.

Zunächst besteht allerdings in der Art des Konflikts ein Unterschied zu Konflikten zwischen Ge- oder Verbotsnormen. Bei einem Konflikt zwischen Ge- oder Verbotsnormen ist es dem Entscheidenden nicht möglich zu handeln, ohne eine der Konfliktnormen wenigstens teilweise nicht zu erfüllen. Ist es dagegen nach der einen Norm freigestellt, p zu tun, nach der anderen ge- oder verboten, kann der Entscheidende das Ge- oder Verbot befolgen, ohne eine anderen Norm zu verletzen. Die Wahl der ge- oder verbotenen Handlungsalternative ist nach der anderen Norm ja freigestellt. Ein Konflikt ist aber in folgendem Sinne möglich: Es handelt sich um den Konflikt zwischen der normativ nicht eingeschränkten Wahlmöglichkeit zwischen Handlungsalternativen und der Einengung dieser Wahlmöglichkeit. Rechtliche oder moralische Freistellungen lassen sich auch als die Freiheit einer Person von normativen Hindernissen in Gestalt rechtlicher oder moralischer Ge- oder Verbote dazu verstehen, zwischen bestimmten freigestellten Handlungsalternativen beliebig oder jedenfalls nach anderen als moralischen oder rechtlichen Gründen zu wählen.⁶⁵ Freistellungen beziehen sich danach auf das Offenstehen von Wahlmöglichkeiten in normativer Hinsicht. Ge- oder Verbote, deren Befol- gung die Verwirklichung einer der freigestellten Alternati- ven logisch oder tatsächlich ausschließt, verengen diese Wahlmöglichkeit. Es gibt keinen Grund, warum nicht auch Konflikte dieser Art als echte Normenkonflikte zwi- schen prima facie-Normen bezeichnet werden sollten, so-

⁶⁵ Zum Zusammenhang zwischen dem Begriff der Freiheit und dem der Freistellung vgl. Alexy (1985), 202 ff.; zum Freiheitsbegriff siehe näher unten S. 225 ff.

fern die beteiligten Freistellungen die sonstigen Anforderungen erfüllen, die oben an prima facie-Normen gestellt wurden.

Danach ist folgendes zu fordern: Ob die am Konflikt beteiligten Ge- oder Verbote uneingeschränkt gelten, überhaupt nicht gelten oder das Gebot gilt, sie teilweise zu erfüllen, hängt vom Rangverhältnis mit der betreffenden freistellenden Norm ab. Die freistellende Norm stellt dabei im Verhältnis zu den anderen Normen einen eigenen Bewertungsmaßstab für die Bewertung der Handlungsalternativen dar und strukturiert die Bewertung der Situation in der angegebenen Weise. Soll es sich um einen echten Konflikt handeln, bedarf es ferner substantieller Wertungen, um das Rangverhältnis der jeweiligen freistellenden Konfliktnorm mit den anderen Konfliktnormen zu bestimmen.

Daß freistellende Normen diese Voraussetzungen erfüllen, ist nicht ausgeschlossen. Angenommen beispielsweise, eine streitentscheidende Instanz habe über einen Streit zwischen dem Betreiber eines Tanzlokals und den in ihrer Nachtruhe gestörten Anwohnern zu entscheiden. Angenommen ferner, sie hat damit einen Konflikt zwischen dem prima facie-Gebot des Schutzes der Nachtruhe und dem prima facie-Verbot der Beeinträchtigung der Berufsausübung zu lösen.⁶⁶ Was sich aus der Perspektive der streitentscheidenden Instanz als ein Konflikt zwischen einer Ge- und einer Verbotsnorm darstellt, hat aus der Perspektive des Betreibers des Tanzlokals die Gestalt eines Konflikts zwischen dem prima facie-Verbot der Beeinträchtigung der Nachtruhe und der Norm, nach der es ihm freigestellt ist, seinen Beruf zu jeder Zeit, also auch nachts auszuüben. Dieser Konflikt, in dem sich der Betrei-

⁶⁶ Vgl. Anm. 61.

ber des Tanzlokals befindet, ist ein echter Normenkonflikt: Ob das *prima facie*-Verbot der Beeinträchtigung der Nachtruhe gilt, nicht gilt oder das Gebot gilt, es teilweise zu erfüllen, hängt vom Rangverhältnis zur freistellenden Norm ab. Die Ausübung des Berufs nach eigenem Belieben umschreibt dabei einen eigenen, vom *prima facie*-Verbot verschiedenen Bewertungsmaßstab. Die Freistellung ist im angegebenen Sinne maßstab- und strukturbildend. Zudem bedarf es substantieller Wertungen zur Konfliktlösung.

Was entspricht den Befolgsformen der *prima facie*-Ge- und Verbotsnormen auf Seiten der *prima facie*-Freistellungen? Auch *prima facie* freistellende Normen lassen Gradabstufungen zu: Sie können in mehr oder minder hohem Maße beeinträchtigt sein. Entsprechend sind nicht nur vorziehende, sondern auch ausgleichende Lösungen eines Konflikts mit Freistellungen möglich. Der Grad der Beeinträchtigung richtet sich danach, welche der in der jeweiligen Situation offenstehenden Handlungsalternativen durch die Geltung einer im Konflikt stehenden Ge- oder Verbotsnorm bzw. des Gebots, eine solche Norm teilweise zu erfüllen, normativ ausgeschlossen sind. Beispielsweise beeinträchtigte es die Freistellung im Beispielsfall in höherem Maße, würde das Verbot gelten, die Nachtruhe nach 22.00 Uhr durch Betreiben des Tanzlokals zu stören, als wenn die Störung erst nach 23.00 Uhr verboten wäre. Demnach korrespondieren den Befolgsformen der *prima facie*-Ge- und Verbote Beeinträchtigungsformen der *prima facie*-Freistellungen. Bei ihnen handelt es sich um Handlungsalternativen oder Bündel von Handlungsalternativen, beschrieben anhand derjenigen Merkmale, die relevant sind, wenn es darum geht zu bestimmen, ob der normative Ausschluß der betreffenden Alternativen durch die Geltung einer Konfliktnorm die freistellende

prima facie-Norm in gleichem, geringeren oder höheren Maße beeinträchtigte als der Ausschluß einer oder mehrerer anderer Alternativen.

III. Zur „juristischen Interessenabwägung“

A. Zum Begriff des Interesses

Wenn unter Juristen, besonders Ziviljuristen, von Abwägung die Rede ist, dann meist von der Abwägung von Interessen verschiedener Art. Die „Interessenabwägung“ gehört zu den wichtigsten, jedenfalls zu den beliebtesten Denkfiguren juristischer Theorie und Praxis.⁶⁷

Was ist unter Interessen genauer zu verstehen? Unter den Begriff des Interesses wird vielerlei gefaßt: Kulturelle Begehrungsdispositionen,⁶⁸ die menschliche Beziehung zu Gütern und Werter,⁶⁹ Situationen, die unmittelbar der Bedürfnisbefriedigung dienen oder als Mittel zur Realisierung für die Bedürfnisbefriedigung relevanter Situationen aufgefaßt werden.⁷⁰ Teils wird der Begriff auf Sachverhalte bezogen, auf deren Realisierung die Mitglieder einer Gesellschaft einen „objektiv legitimierbaren Anspruch“ haben⁷¹ – die Reihe ließe sich fortsetzen. Man kann versuchen, den Interessenbegriff zu präzisieren, indem man die Wendung „X liegt im Interesse von A“ zu grunde legt und zwischen einem Interessenträger A, einem Gegenstand oder Sachverhalt X, der im Interesse von A liegt, und der Relation des Im-Interesse-Liegens

⁶⁷ Vgl. Struck (1975), 171: „Interessenabwägung beherrscht das ganze Recht“; Druey (1981), 131 ff.

⁶⁸ Heck (1912), 33.

⁶⁹ Hubmann (1977), 62.

⁷⁰ Mittelstraß (1975), 134 f.

⁷¹ Fach (1974), 259.

unterscheidet.⁷² Die Weite der möglichen Verwendungsweisen des Interessenbegriffs wird dann nur noch deutlicher. So umschreibt der Interessenbegriff ganz unterschiedliche Gegebenheiten und Zusammenhänge, je nachdem wie man die Relation des Im-Interesse-Liegens versteht:⁷³ ob man sie psychologisch versteht, so daß sie einen bestimmten motivationalen Zustand des Interessenträgers beschreibt, ob als Nutzenrelation, als Relation eines „objektiv legitimierbaren Anspruchs“ auf den Sachverhalt oder auf andere Weise – von der Vielzahl möglicher Kandidaten für den Interessenträger A oder den Gegenstand oder Sachverhalt X ganz zu schweigen. Der Begriff des Interesses ist ein Allerweltsbegriff, der nicht ohne Grund als „der ärgste Protheus“ bezeichnet wurde, der „wie kein anderes Wort begrifflich über alles einen Schleier des Halbdunkels zu legen [vermag], der um so gefährlicher ist, als er nicht ganz verdunkelt, sondern scheinbar die Dinge zu unterscheiden zuläßt“.⁷⁴

Will man auf den Interessenbegriff nicht verzichten, empfiehlt es sich – gerade auch im Kontext juristischer Interessenabwägungen –, verschiedene Arten von Interessen und Verwendungsweisen des Interessenbegriffs auseinanderzuhalten. So ist zu unterscheiden, ob sich jemand auf Interessen als Größen zu Erklärung von Handlungen oder Entscheidungen einzelner Personen oder Personengruppen bezieht und Interessen etwa mit motivationalen Zuständen gleichsetzt oder ob er sie als Gründe für bestimmte Normen, Handlungen oder Entscheidungen anführt oder ob er beides kombinieren will. So mag jemand die Interessen als Gründe aus der Perspektive einer bestimm-

⁷² Vgl. Fach (1974), 234 ff.

⁷³ Vgl. dazu Fach (1974), 236 ff.

⁷⁴ Welzel (1939), 509.

ten entscheidenden Instanz ansehen und sie zugleich als erklärende Größen anführen, weil er der Auffassung ist, daß Gründe für bestimmte Verhaltensweisen oder Entscheidungen kausal sind.⁷⁵

Eine wichtige Unterscheidung ist auch die zwischen Interessen im engeren Sinne und anderen Interessen. Nach den Interessen im engeren Sinne liegt ein Sachverhalt dann im Interesse einer einzelnen Person oder einer Mehrzahl von Personen, wenn seine Verwirklichung den persönlichen Nutzen bzw. das wie auch immer näher definierte persönliche Wohl der Person oder Mehrzahl von Personen befördert, bzw. wenn er Chancen zur Steigerung dieses Wohles befördert. Davon sind dann andere Interessen zu unterscheiden, insbesondere normativ besonders ausgezeichnete Vernunft- oder moralische Interessen, die sich auf die Verwirklichung bestimmter moralischer oder spezieller Gerechtigkeitsmaßstäbe richten bzw. auf Sachverhalte, insofern deren Verwirklichung nach solchen Maßstäben begründet ist. Diese Unterscheidung empfiehlt sich nicht nur, weil der Interessenbegriff häufig im engeren Sinne verwandt wird.⁷⁶ Sie ist auch deswegen sinnvoll, weil sich oft nicht beurteilen läßt, ob eine Handlung oder ein sozialer Zustand moralischen oder speziellen Gerechtigkeitsmaßstäben genügt, ohne die Interessen im engeren

⁷⁵ Die Terminologie der klassischen „genetischen“ Interessenjurisprudenz, nach der Interessen für Rechtsnormen „kausal sind, indem sie Sollvorstellungen zur Folge haben“ (Heck (1931), 167) ist insoweit wenig präzise. Soweit sich diese Annahme dahin verstehen läßt, daß Interessen Gründe für Normen sind (vgl. dazu unten Anm. 80, 81), die als Gründe bestimmte Entscheidungen eines Gesetzgebers oder anderer Instanzen verursachen, bezieht die Interessenjurisprudenz in einer gerade in neuerer Zeit wieder viel diskutierten Frage Stellung: der Frage, ob Gründe Ursachen sind (siehe zu dieser Frage etwa Pothast (1980), 203 ff. m. w. Nachw.).

⁷⁶ So z. B. Benditt (1975), 331 ff.

Sinne zu ermitteln und zu berücksichtigen, weil ferner, wie noch zur Sprache kommen wird, ein moralisches Gebot *prima facie*-Geltung hat, das die Maximierung von Interessen im engeren Sinne gebietet.

Eine weitere Frage ist dann, wie die Interessen im engeren Sinne genauer zu definieren sind. Teils werden Größen wie individuelles Wohl oder individueller Nutzen so verstanden, daß sie sich auf die Erfüllung von Handlungstendenzen oder Motiven (*desire fulfilment*) der Personen beziehen.⁷⁷ Wie sich zeigen wird, geht es bei der Förderung des Wohls anderer Personen zwar auch, aber nicht nur um die Erfüllung von Motiven. In normativer Hinsicht wesentlich ist die Förderung von Chancen zur Motiverfüllung in einem unten noch präzisierten Sinne.⁷⁸ Eine mögliche und nach dem unten vertretenen Ansatz sinnvolle Beschreibung der Interessen im engeren Sinne ist danach die, eine Situation dann als in jemandes Interesse (im engeren Sinne) liegend anzusehen, wenn sie eine Chance zur Motiverfüllung im unten präzisierten Sinne darstellt oder solche Chancen befördert.

B. Zur Abwägung von Normen der Interessenbeförderung

Die Abwägung von Interessen ist etwas anderes als die Abwägung von Normen gebietender, verbietender oder freistellender Art. Zwischen beidem lässt sich allerdings leicht ein Zusammenhang herstellen. Voraussetzung dafür ist, daß den Interessen Normen mit *prima facie*-Geltung korrespondieren, die gebieten, die jeweiligen Interessen

⁷⁷ Siehe dazu Sen (1980/1981), 202 ff.

⁷⁸ Siehe dazu näher unten S. 231 ff.

zu schützen oder zu befördern.⁷⁹ Sollen das universelle Normen sein, die sich nicht nur auf die Interessen bestimmter Individuen beziehen, müssen sie den Schutz oder die Förderung von Interessen bestimmter Art gebieten, die mit allgemeinen Merkmalen umschrieben sind. Danach lässt sich beispielsweise ein Konflikt zwischen Vermieter- und Mieterinteressen näher beschriebener Art als Konflikt zwischen dem *prima facie*-Gebot beschreiben, die Vermieterinteressen der genannten Art zu befördern, und dem *prima facie*-Gebot der Beförderung von Mieterinteressen der betreffenden Art. Geht es um Interessenabwägungen im Bereich des Rechts, liegt es nahe, einen solchen Zusammenhang zwischen Interessen und begründenden *prima facie*-Geboten herzustellen. So wird dem Schutz bestimmter Interessen im Blick auf Normen, sprich Rechtsnormen, häufig eine Begründungsfunktion beigemessen. Beispielsweise heißt es bei Heck, dem Hauptvertreter der klassischen Interessenjurisprudenz, die Frage nach dem Interessengehalt des Gesetzes sei „nichts anderes als die von alters übliche Frage nach der *ratio legis*, dem praktischen Grunde, dem Zwecke des Gesetzes“.⁸⁰ „Das Rechtsgebot soll Interessen schützen.“⁸¹ Aus der Richterperspektive gesehen stellt sich allerdings die Frage, wieweit solche *prima facie*-Gebote der Interessenbeförderung mit dem positiven Recht und der Bindung des Richters an das positive Recht vereinbar sind. Restrik-

⁷⁹ Die Kritik an der Interessenjurisprudenz, sie vermenge Bewertungsmaßstab und Bewertungsobjekt, indem sie Interessen mal zum Maßstab, mal zum Gegenstand der Interessenwertung mache (so z. B. Larenz (1983), 52), ist insofern ungenau, als jedes Interesse, dem ein *prima facie*-Gebot seiner Beförderung korrespondiert, damit auch Maßstab für die Bewertung von Handlungen ist und seine Beförderung prinzipiell auch Maßstab für die Bewertung anderer Interessen sein kann.

⁸⁰ Heck (1931), 168.

⁸¹ Heck (1914), 138.

tionen der richterlichen Entscheidungstätigkeit durch Vorgaben des positiven Rechts schließen es nicht aus, daß dem Richter die Beförderung bestimmter, von seiner Entscheidung berührter Interessen *prima facie*-geboten ist. Das gilt unabhängig davon, wie diese Restriktionen durch das positive Recht genauer beschaffen sind und wie man sie genauer beschreibt. So läßt sich den Normen der Interessenbeförderung wenigstens in folgender Weise *prima facie*-Geltung zuschreiben: Es ist dem Richter *prima facie* geboten, vom Gesetzgeber bewertete und/oder bestimmte andere, von seiner Entscheidung berührte Interessen zu schützen oder zu befördern. Dabei ist die *prima facie*-Geltung von Normen der Interessenbeförderung an bestimmte einschränkende Bedingungen geknüpft bzw. unterliegt der Richter bei der Rangbestimmung der *prima facie*-Normen Restriktionen, die sich aus Vorgaben des positiven Rechts ergeben. Diese Restriktionen können z. B. darin bestehen, daß dem Richter zwar der Schutz bestimmter Interessen *prima facie* geboten ist, er die Rangbestimmung zwischen diesen *prima facie*-Normen aber in Einklang mit derjenigen Bestimmung des Rangverhältnisses vornehmen soll, von der ein wie auch immer näher gekennzeichneter „historischer Gesetzgeber“ bei der Verabschiedung eines bestimmten Gesetzes ausgegangen ist.⁸² Oder die *prima facie*-Geltung von Normen der Interessenbeförderung ist in der Weise eingeschränkt, daß der Richter nicht ohne Einschränkung so entscheiden soll, wie es nach seiner Überzeugung nach Maßgabe dieser Normen und nach deren Rangverhältnis begründet ist. Vielmehr soll er so entscheiden, daß er die Grenze des „möglichen Wortsinns“ bestimmter Rechtssätze beachtet, usf. Auch die richterliche Interessenabwägung läßt sich so als

⁸² Vgl. dazu auch unten S. 362 f.

die Abwägung zwischen Geboten der Interessenbeförderung beschreiben. Die Frage ist dann nur, in welchem Ausmaß der Richter dabei welchen Restriktionen unterliegt. Wie noch zu erörtern sein wird, lässt sich die Art und das Ausmaß dieser Restriktionen wiederum nur durch eine Abwägung zwischen *prima facie*-Normen, nicht zuletzt auch Normen der Interessenförderung, bestimmen, und zwar in letzter Instanz nicht mehr nach Maßstäben des positiven Rechts, sondern nur noch auf einer moralischen Begründungsebene.⁸³ An dieser Stelle ist dem nicht weiter nachzugehen.

Nicht jedem Interesse korrespondiert in jeder Beschreibung ein *prima facie*-Gebot des Interessenschutzes oder der Interessenförderung, das mit anderen Geboten der Interessenförderung in echtem Konflikt stehen kann. Der Grund dafür braucht nicht darin zu liegen, daß das betreffende Interesse in irgendeinem Sinne an sich negativ zu bewerten oder völlig ohne Belang ist. Einem Gebot der Interessenbeförderung kann auch schlicht die Eigenschaft abgehen, für die Bewertung von Entscheidungsalternativen maßstab- und strukturbildend zu sein. Nach dem oben Gesagten gehört diese Eigenschaft zu den Merkmalen einer *prima facie*-Norm. Beispielsweise mögen Kläger und Beklagter ein Interesse daran haben, den Prozeß zu gewinnen. Dennoch ist es dem Richter, aus der Perspektive des Richters gesehen, nicht einmal *prima facie* geboten, das Interesse der klagenden oder der beklagten Partei daran zu befördern, den Prozeß zu gewinnen. Derartige Normen liefern, aus der Perspektive des Richters gesehen, keine eigenständigen, orientierenden Bewertungsmaßstäbe. Wenn Interessen der Parteien eigenständige, orientierende Maßstäbe für die richterliche Entscheidung abge-

⁸³ Siehe dazu unten S. 326 ff.

ben, dann allenfalls Interessen, die betroffen sind, wenn die eine Partei den Prozeß gewinnt oder verliert.⁸⁴

Die Voraussetzungen für eine Abwägung im hier verstandenen Sinne sind auch dann nicht erfüllt, wenn der Konflikt zwischen den Normen der Interessenbeförderung kein echter Konflikt ist, wenn es also keiner substantiellen Wertungen des Entscheidenden bedarf, um das Rangverhältnis zwischen diesen Normen zu bestimmen. Daran ist im Kontext juristischer Begründungen etwa dann zu denken, wenn vorausgesetzt wird, daß der Richter den Konflikt unter Beachtung bestimmter positivrechtlicher Restriktionen lösen soll, nach dem Willen des historischen Gesetzgebers etwa, und wenn diese Restriktionen im jeweiligen Fall so weit gehen, daß sie dem Entscheidenden keinen nennenswerten Spielraum für eine Eigenwertung des Rangverhältnisses lassen. Allerdings stellt sich dann für den Entscheidenden, speziell den Richter, die weitere Frage, warum er sich im betreffenden Fall gerade an Restriktionen der betreffenden Art halten soll, warum er beispielsweise der historischen Auslegung eines Gesetzes folgen soll und nicht etwa einer objektiv-teleologischen. Wie noch deutlich werden wird, sind spätestens zur Beantwortung solcher Fragen substantielle Wertungen und Abwägungen erforderlich.⁸⁵

Die Echtheit eines Konflikts zwischen Normen der Interessenbeförderung kann noch aus anderen Gründen zweifelhaft sein. So handelt es sich dann um keine Abwägung im hier verstandenen Sinne, wenn von einem Maßstab der

⁸⁴ Ebensowenig maßstab- und strukturbildend wäre das Gebot, in einem zivilrechtlichen Streit über einen bestimmten Betrag das Interesse der klagenden Partei an der eingeklagten Geldsumme zu befördern. Vgl. dazu auch die Kritik von Struck (1975), 179, an einer Abwägung von Interessen dieser Art.

⁸⁵ Siehe dazu unten S. 326 ff.

Konfliktlösung ausgegangen wird, nach dem der Entscheidende im wesentlichen mit Hilfe empirischer Erwägungen entscheiden kann, welche Lösung des Interessenkonflikts den Vorzug verdient. Auf die Richterperspektive bezogen heißt das beispielsweise, daß die Lösung des Interessenkonflikts nach Kriterien der ökonomischen Analyse des Rechts dem Richter grundsätzlich keine Abwägungen im angegebenen Sinne abverlangt. Angenommen, der Richter soll im Sinne der ökonomischen Analyse so entscheiden, daß die Zuordnung der Rechte und Pflichten zu den Beteiligten „allokationseffizient“ ist, Effizienz dabei verstandenen als „die Ausbeutung ökonomischer Ressourcen dergestalt, daß der ‚Wert‘ – menschliche Befriedigung gemessen am zusammengefaßten Willen der Verbraucher, für Güter und Dienstleistungen zu zahlen – maximiert wird“.⁸⁶ Die Gewichtung der Interessen, die von der Entscheidung der Rechtsfrage berührt sind, und der korrespondierenden Interessennormen richtet sich dann nach der Zahlungsbereitschaft der Beteiligten, wie sie sich in Marktpreisen manifestiert oder wie sie in hypothetischen Auktions- oder Tauschgeschäften vermutlich erkennbar würde.⁸⁷ Die Lösung des Konflikts ist dann, jedenfalls dem Ansatz nach und im wesentlichen, eine empirische Frage.

Daß dem abwägenden Denken im Recht durch einen solchen Ansatz sein Anwendungsbereich entzogen würde, ist allerdings nicht anzunehmen, nicht einmal, was die Gewichtung von Interessen im engeren Sinne angebelangt. Jedenfalls dann, wenn man den Begriff des Interesses im engeren Sinne auf Chancen zur Motiverfüllung im unten

⁸⁶ Posner (1977), 10 (Übersetzung aus Assmann/Kirchner/Schanze (1978), 99).

⁸⁷ Zur Auktions- und anderen Entscheidungsregeln siehe näher Schäfer/Ott (1986), 30 ff.

präzisierten Sinne bezieht, hängt das Gewicht der Interessen und das Rangverhältnis der korrespondierenden Gebote der Interessenbeförderung nicht allein von den tatsächlichen Präferenzen der Betroffenen ab, noch weniger allein von deren Zahlungsbereitschaft. Die Interessengewichtung ist dann eine komplexere Angelegenheit. Das wird unten noch deutlich werden.⁸⁸ Hinzu kommt, daß auch dann, wenn Kriterien wie Allokationseffizienz oder maximale Interessenförderung normativ relevant sein sollten, daneben noch andere, konkurrierende Maßstäbe Geltung haben und Abwägungen erforderlich machen.⁸⁹ Darauf sei im folgenden kurz eingegangen.

C. Die Grundform der Abwägung von Normen der Interessenbeförderung

Ist die Beförderung von Interessen im engeren Sinne normativ relevant, dann nach der oben angegebenen Um- schreibung des Begriffs deswegen, weil der wie auch immer näher definierte Nutzen oder das Wohl oder die Chancen zur Motiverfüllung von Personen normativ relevant sind. Will man die *prima facie*-Gebote der Interessenbeförderung im Blick auf diese Relevanzverleihenden Größen gewichten, ist eine konsequente Form der Rangbestimmung folgende: In welchem Rangverhältnis die Normen der Interessenbeförderung zu erfüllen sind, beurteilt sich danach, wie weit die Beförderung des jeweiligen Interesses zur Maximierung des Wohls, des Nutzens bzw. der

⁸⁸ Siehe unten S. 237 ff.

⁸⁹ Auch Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts räumen ein, daß neben dem Maßstab der Allokationseffizienz noch Gerechtigkeits- und moralische Maßstäbe Berücksichtigung verdienen. Dazu etwa Schäfer/Ott (1986), 5 ff., 40 ff.; Behrens (1986), z. B. 101 ff., 187 ff.

Chancen zur Motiverfüllung insgesamt, auf alle Personen oder alle Personen einer bestimmten Gemeinschaft bezogen, beträgt. Die Gewichtung der Interessen bzw. korrespondierenden Normen der Interessenförderung nach einem solchen Maximierungsgebot, das auf die Maximierung der Interessen einer Vielzahl von Personen in ihrer Gesamtheit abstellt, lässt sich als Grundform der Abwägung von Interessen im engeren Sinne bzw. korrespondierender Normen der Interessenbeförderung bezeichnen.

Es dient der Klarheit, die Gewichtung der Interessen bzw. Interessennormen nach einem solchen Maximierungsmaßstab, der weitergehende normative Erwägungen noch unberücksichtigt lässt – solche der gerechten Verteilung etwa – von der Gewichtung der Interessennormen nach anderen normativen Maßstäben zu unterscheiden. Eine solche Unterscheidung empfiehlt sich jedenfalls dann, wenn einem Maximierungsgebot der genannten Art wenigstens *prima facie*-Geltung zukommt. Wie sich zeigen wird, trifft das zu, sofern man den Interessenbegriff auf Chancen zur Motiverfüllung bezieht. Es besteht ein moralisches *prima facie*-Gebot der Maximierung der Chancen zur Motiverfüllung aller in ihrer Gesamtheit. Darauf wird noch einzugehen sein.⁹⁰

Nach dem Gesagten ist in Fällen, in denen verschiedene Interessen bzw. Gebote der Interessenbeförderung in Konflikt stehen, zu unterscheiden, ob ein Gebot der Maximierung der Interessenbeförderung einziger Maßstab ist oder ob daneben noch andere Maßstäbe zu berücksichtigen sind. Auch in letzterem Fall bemisst sich die Abwägung der Interessennormen in ihrer Grundform an dem Gebot der Interessenmaximierung. Ist nach anderen Maßstäben die Beförderung eines anderen Interesses geboten,

⁹⁰ Dazu unten S. 207 ff.

hängt es von einer Abwägung zwischen dem Maximierungsgebot oder einer Norm, die aus diesem Gebot abgeleitet ist, und der abweichenden Norm ab, wie zu entscheiden ist. Ist beispielsweise über Regeln der Haftung für ein bestimmtes schädigendes Verhalten zu entscheiden, kann es sein, daß der Maßstab der maximalen Förderung der Interessen in ihrer Gesamtheit gegen eine Haftung spricht und damit auch gegen eine Erfüllung des prima facie-Gebots der Beförderung der Interessen des Geschädigten. Beispielsweise mag sich das für einen bestimmten Regelungsbereich daraus ergeben, daß von einer Haftungsregelung keine nennenswerten Präventionswirkungen zu erwarten sind, auch nicht in Richtung auf Vorsorgeaufwendungen zur Vermeidung von Schäden in der wohlfahrtstheoretisch wünschenswerten Höhe, daß eine Haftungsregelung in diesem Bereich obendrein hohe Kosten bei der Schadensabwicklung und hohe Prozeßkosten verursachte.⁹¹ Zugleich kann es nach einem eigenständigen Gerechtigkeitsgedanken geboten sein, daß der Schädiger für die Folgen seines Verhaltens einsteht und die Schäden des Betroffenen ausgleicht.⁹² Ist die Haftungsregel aus diesem Grunde gerechtfertigt, ergibt sich das dann nicht aus der Abwägung von Geboten der Förderung der beteiligten Interessen nach der Grundform dieser Abwägung,

⁹¹ Vgl. dazu den Haftungsmaßstab der sog. „Learned-Hand-Formel“, nach dem das Handeln so zu steuern ist, daß der Vorsorgeaufwand gleich dem Produkt aus Schaden und Schadenswahrscheinlichkeit ist (dazu näher Schäfer/Ott (1986), 97 ff.). Anliegen der Vertreter der ökonomischen Analyse ist es dabei, das Verhalten der Gesellschaftsmitglieder so zu beeinflussen, daß die Schäden auf ein dem Maßstab der Allokationseffizienz entsprechendes Niveau gesteuert werden. „Schadensersatz ohne den Präventionsgedanken ist ... wohlfahrtstheoretisch nicht begründbar“ (Schäfer/Ott (1986), 93).

⁹² Zur Maßgeblichkeit von Gerechtigkeitsgedanken dieser Art siehe unten S. 244.

nach Maßgabe des Maximierungsgebotes also. Vielmehr ergibt sich das dann aus einer Abwägung zwischen dem Maximierungsgebot und der betreffenden Gerechtigkeitsnorm.

IV. Prinzipien- und Regelkonflikte

Die Frage nach der Eigenart abwägenden Denkens ist eng mit einem anderen Problemfeld verbunden, mit der Frage danach, was die besondere Eigenart von Regeln und Prinzipien ausmacht. Umschreibungen der Eigenart von Prinzipien, wie sie häufig anzutreffen sind, weisen darauf hin. So werden Prinzipien häufig durch ihre Funktion als Rechtfertigungsgründe für andere Normen gekennzeichnet⁹³ oder dadurch, daß sie erst im Zusammenspiel mit anderen Prinzipien ihren „eigentlichen Sinngehalt“ entfalten.⁹⁴ Solche Umschreibungen erinnern an die oben gegebene Beschreibung des *prima facie*-Charakters von Normen.

Zu denen, die sich in jüngster Zeit besonders eingehend mit der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien auseinandergesetzt haben, gehören Ronald Dworkin⁹⁵ und Robert Alexy.⁹⁶ Alexy hat den Ansatz Dworkins aufgegriffen und weiterentwickelt. Er verknüpft den Abwägungsbegriff explizit mit der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien: „Abwägung ist die für Prinzipien kennzeichnende Form der Rechtsanwendung.“ Regeln

⁹³ Vgl. Esser (1956), 51 f., nach dem ein Prinzip „nicht selbst ‚Weisung‘, sondern Grund, Kriterium und Rechtfertigung der Weisung“ ist. Zustimmend Larenz (1979), 25.

⁹⁴ Canaris (1983), 55.

⁹⁵ Dworkin (1984), 54 ff., 130 ff.

⁹⁶ Alexy (1979), 59 ff.; ders. (1985), 71 ff.; ders. (1985 a) 13 ff.; ders. (1987), 405 ff.

sind für ihn Normen, die nicht abwägungsfähig sind.⁹⁷ Damit ist die Weise, wie Alexy zwischen Regeln und Prinzipien unterscheidet, hier von besonderem Interesse. Was interessiert, ist dabei nicht, ob der Prinzipienbegriff Alexys mit einem herrschenden Sprachgebrauch übereinstimmt. Vielmehr gilt das Interesse der Frage, ob die Kriterien, mit deren Hilfe Alexy Regel- von Prinzipienkonflikten abgrenzt, zwei Arten von Normenkonflikte kennzeichnen, die ihrer Struktur nach in einer für die Entscheidungsbegründung wesentlichen Hinsicht verschieden sind. Die Frage ist, wie weit die Untersuchungen Alexys mit der oben vorgenommenen Charakterisierung des Konflikts zwischen *prima facie*-Normen übereinstimmen oder deren Modifizierung fordern. Wie sich zeigen wird, liefert die Analyse Alexys keinen Grund für eine Modifizierung des bisherigen Abwägungsverständnisses. Vielmehr empfiehlt es sich, die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien an die Unterscheidung zwischen Normen anzuknüpfen, die im angegebenen Sinne *prima facie* bzw. unter Berücksichtigung aller Umstände gelten. Darauf ist jetzt näher einzugehen.

A. Die Unterscheidung zwischen Regelkonflikten und Prinzipienkollisionen bei Robert Alexy

1. Das Kollisionstheorem und seine Erklärung

Ausgangspunkt der Analysen Alexys sind zwei Kriterien Dworkins für die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien, die Alexy präzisiert und auf ihre Brauchbarkeit hin untersucht.

⁹⁷ Alexy (1987), 407 f.

Nach dem einen Kriterium sind Regeln im Gegensatz zu Prinzipien auf eine Alles-oder-Nichts-Weise anwendbar. Das bedeutet, daß Regeln dann, wenn ihre Anwendungsbedingungen erfüllt sind, entweder anzuwenden und gültig sind oder zur Entscheidung nichts beitragen. Daß Regeln Ausnahmen haben können, ändert daran nach diesem Kriterium deswegen nichts, weil die Ausnahmen genau genommen Teil einer vollständigen Formulierung der Regel sind und sich zumindest theoretisch stets vollständig aufzählen lassen.⁹⁸ Alexy kritisiert an diesem Kriterium, daß es die vollständige Aufzählbarkeit von Ausnahmen voraussetzt. Er verneint diese vollständige Aufzählbarkeit mit guten Gründen.⁹⁹ Darauf wird noch zurückzukommen sein.¹⁰⁰

Das andere Kriterium, das Alexy den Arbeiten Dworkins entnimmt und das er „Kollisionstheorem“ nennt, hält er für überzeugender.¹⁰¹ Nach diesem Kriterium unterscheiden sich Regeln von Prinzipien dadurch, daß sich Regelkonflikte in der Dimension der Geltung abspielen, Konflikte zwischen Prinzipien in der Dimension des Gewichts. Das heißt: Regelkonflikte seien nur entweder durch die Einfügung einer Ausnahmeklausel zu lösen oder dadurch, daß eine der Regeln für ungültig erklärt werde. Trete dagegen ein Prinzip zur Lösung einer Prinzi-

⁹⁸ Dworkin (1984), 58 ff. Dworkin rückt später (1984), 138, von der Formulierung ab, die „vollständige“ Angabe einer Regel schließe die Ausnahmen mit ein. Er will offenlassen, ob man besser von *einer* durch Ausnahmen modifizierten Regel reden oder die Ausnahmen als gesonderte Regel bezeichnen soll. Am Alles-oder-Nichts-Charakter von Regeln und der Aufzählbarkeit von Ausnahmen bzw. modifizierenden Regeln hält er fest.

⁹⁹ Alexy (1979), 68 ff.

¹⁰⁰ Siehe 1. Teil, IV. B.

¹⁰¹ Alexy (1979), 68 ff.; ders. (1985 a), 16 ff.; ders. (1985), 77 ff.; ferner Dworkin (1984), 61 f.

pienkollision hinter ein anderes zurück, bedeute das wieder, daß das zurücktretende Prinzip ungültig, noch, daß in das zurücktretende Prinzip eine Ausnahmeklausel einzubauen sei.

Alexy meint damit nicht, daß, wenn zwei Prinzipen miteinander in Konflikt stehen, in der Konfliktlage sowohl das Gebot gilt, Prinzip A vollständig zu befolgen, als auch das Gebot gilt, Prinzip B vollständig zu erfüllen. Die Folge wäre die Geltung zweier sich widersprechender konkreter Sollensurteile, was nach Alexy auszuschließen ist.¹⁰² Was macht die besondere Dimension des Gewichts im Verhältnis zur Dimension der Geltung aber dann aus? Die terminologische Differenzierung Alexys, nach der der Konflikt im einen Fall durch „Ausnahmeklauseln“, im anderen Fall durch „bedingte Vorrangrelationen“ zu lösen sei,¹⁰³ führt für sich genommen nicht weiter. Sind diese verschiedenen Wendungen mehr als nur unterschiedliche Formulierungen für einen und denselben Sachverhalt, dafür nämlich, daß eine Norm unter bestimmten Bedingungen hinter eine andere zurücktreten soll, bringen diese Wendungen also einen Unterschied der Konfliktlösung in der Sache zum Ausdruck, ist die Frage gerade, worin dieser Unterschied besteht. Diese Frage ist mit der Verwendung des Ausdrucks „Ausnahmeklausel“ noch nicht beantwortet.

Es scheint, als liege die Besonderheit der Dimension des Gewichts für Alexy darin, daß ein Prinzip dem anderen unter bestimmten Umständen vorgehen, die Lösung der Vorrangfrage unter anderen Umständen aber umgekehrt ausfallen kann: Dies sei gemeint, wenn gesagt werde, daß Prinzipien in konkreten Fällen unterschiedliche Gewich-

¹⁰² Alexy (1985), 78.

¹⁰³ Alexy (1985), 81.

te hätten.¹⁰⁴ Der Unterschied zwischen Regel- und Prinzipienkonflikten liegt danach also darin, daß die Vorrangfrage bei Konflikten zwischen Regeln für alle Fälle des Konflikts zwischen den Normen einheitlich, bei Konflikten zwischen Prinzipien von Fall zu Fall unterschiedlich zu beantworten ist. Diese Unterscheidung ist indes wenig überzeugend. Alexy führt als Beispiel für einen Regelkonflikt den Konflikt zwischen dem Verbot an, vor einem Klingelzeichen den Raum zu verlassen, und dem Gebot, dies bei Feueralarm zu tun.¹⁰⁵ Warum es ausgeschlossen sein soll, auch Konflikte zwischen Normen dieser Art von Fall zu Fall unterschiedlich zu lösen, bleibt unklar. Solche fallweisen Lösungen liegen auch keineswegs fern. Das wird anschaulicher, wenn man die Konfliktregeln im Beispiel geringfügig modifiziert. Ist es beispielsweise einerseits verboten, bei einem Sirenenenton, der Fliegeralarm oder sonstige Gefahren anzeigt, das Gebäude zu verlassen, andererseits geboten, bei Feueralarm das Gebäude zu verlassen, und geraten diese Normen in Konflikt, ist zunächst nicht zu sehen, warum der Konflikt nicht in unterschiedlichen Situationen unterschiedlich gelöst werden sollte. Warum soll der Konflikt beispielsweise in Situationen, in denen der Sirenenenton eine hohe Alarmstufe anzeigt, nicht anders gelöst werden als in solchen, in denen die Alarmstufe niedrig ist. Auf der anderen Seite hält Alexy auch Kollisionen zwischen Prinzipien für möglich, die einheitlich zuungunsten eines bestimmten Prinzips ausfallen.¹⁰⁶

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal ist nach Alexy geeignet, den Unterschied zwischen Regel- und Prinzipien-

¹⁰⁴ Alexy (1985), 79.

¹⁰⁵ Alexy (1985), 77.

¹⁰⁶ Alexy (1979), 75.

konflikten nach dem Kollisionstheorem zu erklären.¹⁰⁷ Dieses Merkmal liegt für ihn im unterschiedlichen prima facie-Charakter von Regeln und Prinzipien. Alexy umschreibt den unterschiedlichen prima facie-Charakter damit, daß Regeln anders als Prinzipien einen Festsetzungsgehalt im Blick auf gegenläufige Prinzipien und tatsächliche Möglichkeiten aufweisen. Wegen dieses Festsetzungsgehalts gelte das, was die Regel sage, definitiv.¹⁰⁸

Was versteht Alexy unter dem Festsetzungsgehalt einer Regel genauer? Alexy beschreibt diesen Festsetzungsgehalt folgendermaßen: Damit ein Prinzip eine gegenläufige Rechtsregel überspielen könne, müsse das Prinzip nicht nur im konkreten Fall gewichtiger sein als das die Regel stützende Prinzip, sondern darüber hinaus gewichtiger als dieses Prinzip und die einschlägigen „formellen Prinzipien“, die die Beachtung von etwas autoritativ Festgesetztem verlangten.¹⁰⁹ Auch diese Abgrenzung überzeugt nicht. Steht eine Norm zu gegenläufigen Prinzipien nicht ohnehin schon in einem besonderen Verhältnis, entsteht eine solches auch nicht dadurch, daß zu der Norm ein weiteres Prinzip – formell oder nicht – hinzutritt, das ebenfalls mit den gegenläufigen Prinzipien in Konflikt steht. Wenn bei einem Konflikt zwischen Prinzip A und Prinzip B ein weiteres Prinzip hinzutritt, das in der Konfliktlage die gleichen Handlungen gebietet wie Prinzip A, verändert das noch nicht die Art und Struktur des Normenkonflikts. Dies macht ihn nur komplexer. Das bloße Hinzutreten formeller Prinzipien genügt für sich genommen nicht, Konflikte mit Regeln als eine besondere Art von Normenkonflikt auszuzeichnen.

¹⁰⁷ Alexy (1979), 78 f.

¹⁰⁸ Alexy (1985), 88.

¹⁰⁹ Alexy (1985), 89; ders. (1985 a), 20.

Bei der Beschreibung des Festsetzungsgehalts klingt allerdings noch ein anderes Abgrenzungskriterium an. Nach dem eben Gesagten hängt es für Alexy ja nicht unmittelbar vom Verhältnis zwischen der Regel und den gegenläufigen Prinzipien ab, ob jene die Regel überspielen, sondern von dem Verhältnis zu den die Regel stützenden Prinzipien. Prinzipien unterscheiden sich danach von Regeln dadurch, daß sie diese begründen, also auf einer anderen Begründungsebene liegen. Entsprechend beschreibt Alexy Regelkonflikte damit, daß die Regeln keine Gründe für die Entscheidung abgeben, sondern lediglich das bestimmen, über das anhand von Gründen zu entscheiden ist.¹¹⁰ Mit dieser Unterscheidung zwischen begründenden und begründeten Normen ist ein Abgrenzungsmerkmal angesprochen, das auch für die Unterscheidung zwischen Normen mit *prima facie*-Geltung und solchen mit einer Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände im hier verstandenen Sinne wesentlich ist. Für sich genommen ist dieses Merkmal allerdings noch unzureichend. So heißt es bei Alexy, Prinzipien könnten auch Gründe für Prinzipien und Regeln Gründe für Regeln abgeben.¹¹¹ Um zu erkennen, ob es sich jeweils um Regeln oder um Prinzipien handelt, genügt die Feststellung der Relation Grund-Begründetes daher nicht. Es führt auch nicht weiter, wenn Alexy Regeln als definitive und Prinzipien als *prima facie*-Gründe bezeichnet,¹¹² solange jedenfalls nicht, wie er unter dem *prima facie*-Charakter einer Norm lediglich deren Stützung durch ein formelles Prinzip versteht.

¹¹⁰ Alexy (1979), 74.

¹¹¹ Alexy (1985), 91.

¹¹² Alexy (1985), 91.

2. Prinzipien als Optimierungsgebote

Alexy stützt sich noch auf ein weiteres Merkmal zur Unterscheidung von Regel- und Prinzipienkonflikten, das er für das tiefliegendste und für geeignet hält, den unterschiedlichen *prima facie*-Charakter von Regeln und Prinzipien und die Unterschiede nach dem Kollisionstheorem zu erklären.¹¹³ Danach handelt es sich bei Prinzipien anders als bei Regeln um „Optimierungsgebote“. Darunter versteht Alexy Normen, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten werde durch gegenläufige Regeln und Prinzipien bestimmt.¹¹⁴

Alexy verwendet daneben auch die Formulierung, Prinzipien seien Normen, „die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“.¹¹⁵ Nach dieser Formulierung scheint es, als gehöre die Relativierung auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten zum Inhalt der Prinzipiennorm und mache dies deren Besonderheit aus.

Eine Prinzipiennorm hätte danach den Inhalt, daß es geboten ist, einen bestimmten Sachverhalt zu verwirklichen, soweit dies tatsächlich möglich ist und gegenläufige Regeln und Prinzipien dem nicht entgegenstehen. Eine sol-

¹¹³ Alexy (1985 a), 19.

¹¹⁴ Alexy (1985), 76. Daneben umschreibt Alexy die Besonderheit von Prinzipien noch mit dem Begriff des „idealen Sollens“ (1979), 80 f. Damit gibt Alexy allerdings kein zusätzliches Unterscheidungskriterium an. Vielmehr charakterisiert er das „ideale Sollen“ mit denselben Merkmalen, mit denen er die „Optimierungsgebote“ kennzeichnet (a. a. O.).

¹¹⁵ Alexy (1985), 75.

che „Soweit-Klausel“ kann den Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien indessen nicht erklären. Sie bezieht sich auf Regeln und Prinzipien, setzt also voraus, daß dieser Unterschied bereits bekannt ist. Auch wird in der Formulierung der Bedingung („gegenläufige Regeln und Prinzipien“) auf das Handlungsgebot Bezug genommen, handelt es sich daher um Geltungsbedingungen auf einer metasprachlichen Ebene, nicht um einen inhaltlichen Bestandteil der Gebotsnorm. An anderer Stelle heißt es bei Alexy denn auch, Prinzipienkollisionen seien Kollisionen zwischen Prinzipien, die von einer Vorbehaltsklausel wie „und wenn nicht im konkreten Fall ein anderes Prinzip höheres Gewicht hat“ frei sind.¹¹⁶ Die Relativierung auf die rechtlichen Möglichkeiten bezieht sich danach nicht auf den Inhalt der Norm, sondern auf die Bedingungen deren Geltung in einer konkreten Situation. Optimierungsgebote im Sinne Alexys sind also Gebote, die in Graden erfüllbar sind und gebieten, einen Sachverhalt in möglichst hohem Maße zu verwirklichen, und die gelten, so weit andere Regeln und Prinzipien dieser Geltung nicht entgegenstehen.

Was das Merkmal der graduellen Erfüllbarkeit anbelangt, so ist es wenig aussagekräftig. Auch das von Alexy als Regel angeführte Gebot, links zu überholen, kann jemand in mehr oder minder hohem Maße erfüllen. Wer beispielsweise bei allen seinen Fahrten links überholt, erfüllt das Gebot in höherem Maße als derjenige, der sich nur bei einigen seiner Fahrten an die Norm hält.¹¹⁷ Natürlich

¹¹⁶ Alexy (1985 a), 18.

¹¹⁷ Zu diesem Beispiel Alexy (1985), 76 Anm. 25. Wenn Alexy dort noch darauf abstellt, bei Regeln sei ein bestimmter Grad der Verhaltensweise geboten, ein bestimmtes Maß an Sorgfalt beispielsweise, schließt auch dieses Kriterium graduelle Erfüllbarkeit nicht aus. Warum kann man nicht z. B. auch das Gebot, Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten zu

kann man engere Kriterien verwenden und beispielsweise nur solche Normen als Prinzipien ansehen, die ihrem Inhalt nach explizit ein bestimmtes Ziel oder einen bestimmten Vollkommenheitszustand umschreiben. Darauf ist gleich noch zurückzukommen. Das ist dann aber nicht mehr durch das Merkmal der graduellen Erfüllbarkeit gefordert. Und warum soll es für die Charakterisierung von Prinzipien nicht genügen, daß die betreffende Norm in mehr oder minder hohem Maße erfüllt werden kann? Dieses Merkmal trifft dann auf nahezu jede Norm zu. Entscheidend aber ist: Selbst wenn das Merkmal der graduellen Erfüllbarkeit aussagekräftiger wäre, als eben angenommen wurde – das andere Abgrenzungsmerkmal, das nach Alexy zum Merkmal gradueller Erfüllbarkeit hinzukommen muß, führt jedenfalls nicht weiter: das Merkmal der Relativierung auf die rechtlichen Möglichkeiten, die Einschränkung der Geltung der Prinzipiennorm dahin also, daß sie nur gilt, soweit gegenläufige Regeln und Prinzipien dem nicht entgegenstehen. Dieses Merkmal setzt die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien bereits als bekannt voraus. Auch ist das Merkmal, in der angegebenen Weise verstanden, trivial. Von jeder Norm läßt sich sagen, sie gelte, wenn andere Normen dem nicht ent-

wahren, mehr oder weniger erfüllen, je nach Schwere der Sorgfaltswidrigkeit? Zur Kritik der Verwendung des Merkmals gradueller Erfüllbarkeit bei Alexy siehe auch Sieckmann (1990), 71 ff. Sieckmann unterscheidet dort zwischen der graduellen Erfüllbarkeit einer Norm und dem Umstand, daß eine Norm einen „komparativen Bewertungsmaßstab“ enthält. Dabei geht er wohl davon aus, daß es nur in Fällen eines solchen „komparativen Bewertungsmaßstabs“ geboten ist, einen höheren Erfüllungsstand einem niedrigeren vorzuziehen (73). Warum es nicht auch in den anderen Fällen gradueller Erfüllbarkeit geboten sein kann, einen Zustand höherer Erfüllung vorzuziehen, wird dabei nicht recht klar. Im übrigen weist Sieckmann zutreffend darauf hin, daß die Graduierbarkeit einer Norm für die Geltungsweise von Prinzipien nicht wesentlich ist.

gegenstehend. Um dieser Trivialität zu entgehen, muß man die Weise des Entgegenstehens gegenläufiger Regeln und Prinzipien näher qualifizieren. So könnte Alexy darauf verweisen, daß es von einer bedingten Vorrangrelation zwischen kollidierenden Prinzipien abhänge, ob ein Prinzip der Geltung eines anderen Prinzips in einer Konfliktsituation entgegenstehe. Ob eine Regel der Geltung einer Regel in einer Konfliktsituation entgegenstehe, hänge dagegen davon ab, ob es begründet sei, in die Regel eine Ausnahmeklausel einzufügen. Damit wäre man wieder bei der Frage angelangt, was denn das Besondere einer Konfliktlösung durch bedingte Vorrangrelationen im Vergleich zu einer Konfliktlösung durch das Einfügen einer Ausnahmeklausel ausmacht. Um dem Kriterium des Optimierungsgebots, d. h. des Gebotenseins relativ zu den rechtlichen Möglichkeiten, Schärfe zu verleihen, bedarf es also weiterer Abgrenzungsmerkmale. Die bisher genannten Kriterien, mit deren Hilfe Alexy Regeln von Prinzipien unterscheidet, haben sich damit noch nicht als ausreichend erwiesen.

B. Formen der Regelgeltung

Soll die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien die Unterscheidung zwischen zwei Arten von Normenkonflikten sein, die in ihrer Struktur grundlegend verschieden sind, bietet es sich an, an die Differenzierung zwischen Normen anzuknüpfen, die im oben angegebenen Sinne *prima facie* und unter Berücksichtigung aller Umstände gelten. Je nachdem welche dieser Geltungsweisen einer Norm zukommt, haben Konflikte mit dieser Norm einen ganz unterschiedlichen Charakter. Auch liegt es auf der Hand, daß es für die Argumentation mit einer

Norm wesentlich ist, ob diese Norm nur *prima facie* oder unter Berücksichtigung aller Umstände gilt.

Regeln sind danach in ihrer stärksten Form Normen, die unter Berücksichtigung aller *prima facie*-Normen gelten. Eine Regel in diesem Sinne gilt uneingeschränkt.¹¹⁸ Ihr Festsetzungsgehalt gegenüber gegenläufigen Prinzipien besteht nicht einfach in der Unterstützung durch ein formelles Prinzip im Sinne Alexys. Er besteht darin, daß sich das Urteil über die Geltung der Regel auf eine besondere Begründung stützt, darauf nämlich, daß die Befolgung der Regel in allen Situationen, in denen sie anwendbar ist, den in diesen Situationen einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnis entspricht. Regeln in diesem Sinne, die miteinander in Konflikt stehen, kann es genau genommen nicht geben. Sonst hätten Konfliktnormen in einer Konfliktsituation nebeneinander Geltung. Allenfalls gibt es Konflikte zwischen Normen, die als Kandidaten dafür in Betracht kommen, Regel oder Bestandteil einer Regel zu sein.

Wäre eine Rechtsnorm wie beispielsweise diejenige Norm, nach der mit Freiheits- oder mit Geldstrafe bestraft werden soll, wer einen anderen körperlich mißhandelt (§ 223 Abs. 1 StGB), eine Regel, würde sie in allen Fällen gelten, in denen ihr Tatbestand erfüllt ist. Geht man von der Richterperspektive aus und bezieht man den Geltungsbegriff auf die Frage, ob nach der betreffenden Rechtsnorm entschieden werden soll, erfüllt die angegebene Rechtsnorm diese Voraussetzung offensichtlich nicht. So gilt die Norm dann nicht im angegebenen Sinne, wenn der Mißhandelnde schuldunfähig war, in Notwehr

¹¹⁸ Vgl. dazu Sieckmann (1990), 83 ff., nach dem sich Regeln durch ihre strikte Geltung auszeichnen. Darunter versteht er eine Geltung in allen möglichen Anwendungsfällen.

handelte etc. Fraglich ist lediglich, ob sich nicht aus verschiedenen Normen eine komplexe Norm erstellen ließe und dann diese Norm Regelcharakter hätte. Diese Frage tauchte bereits als die Frage nach der vollständigen Aufzählbarkeit von „Ausnahmen“ zu einer Regel auf.

Wollte man eine solche Regel erstellen, setzte das voraus, daß die Befolgung der Regel in allen denkbaren Entscheidungssituationen, in denen die Regel ihrem Inhalt nach anwendbar ist, mit allen in diesen Situationen einschlägigen Prinzipien bzw. deren Rangverhältnissen in diesen Situationen in Einklang steht. Nur dann gilt die Norm uneingeschränkt unter Berücksichtigung aller prima facie-Normen. Soll die Norm nicht nur einzelfallbezogen, sondern universell sein, ist es allenfalls theoretisch, nicht aber praktisch möglich, eine solche Regel aufzustellen. Niemand kann alle denkbaren Situationen überblicken, in denen die Anwendungsbedingungen einer nicht nur einzelfallbezogenen Norm erfüllt sind. Noch weniger lässt sich überblicken, welche prima facie-Normen in all diesen Situationen in welcher Intensität betroffen sind. Davon, welche prima facie-Normen in welcher Intensität betroffen sind, hängt aber das Rangverhältnis der begründenden prima facie-Normen im jeweiligen Anwendungsfall der Regel ab, von diesem Rangverhältnis wiederum die Regelgeltung.

Jemand könnte einwenden, daß sich darüber, ob eine Norm uneingeschränkt gilt oder dies wenigstens wahrscheinlich ist, begründete Annahmen machen lassen, auch wenn sich nicht alle Anwendungsfälle der Norm in ihrer konkreten Gestalt überblicken lassen. Auch wenn das zuträfe – beispielsweise im Blick auf oberste moralische Normen¹¹⁹ – würde das immer noch nicht weiterhelfen,

¹¹⁹ So wird im zweiten Teil dieser Arbeit die ausnahmslose Geltung

was die Geltung von Regeln anbelangt. Sobald es um Regeln im angegebenen Sinne geht, um Normen also, deren Geltung von allen einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnissen abhängt, ist es nicht einmal wahrscheinlich, daß eine universelle Norm, die in praktischen Argumentationen einer Rolle spielt, Regelcharakter in diesem Sinne hat: daß sie *in allen nur denkbaren Fällen*, in denen sie anwendbar ist, ausnahmslos befolgt werden soll.¹²⁰

Praktikabler und dennoch auf die Geltung einer Norm unter Berücksichtigung aller Umstände bezogen ist folgendes Regelverständnis: Wer eine Norm als Regel im zu erläuternden Sinne bezeichnet, bringt damit zum Ausdruck, daß die Geltung der Regel in der jeweiligen Entscheidungssituation von in der Situation einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnis abhängt und daß die Norm befolgt werden soll, wenn sie ihrem Inhalt nach anwendbar ist und wenn ferner keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, daß es in der jeweiligen Entscheidungssituation unter Berücksichtigung aller Umstände nicht geboten ist, normgemäß zu handeln. Man kann diese Art von Normgeltung auch als „Geltung des ersten Anscheins“ bezeichnen. Sie ist von der Geltung einer Norm „im Normalfall“ zu unterscheiden.¹²¹ Wer jene Art von Geltung behauptet, sagt damit, daß die Norm in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle, in denen die Norm ihrem Inhalt nach anwendbar ist, unter Berücksichtigung aller Umstände gilt oder dies wahrscheinlich ist, ohne im Blick auf sämtliche Anwendungssituationen die Bedin-

einiger moralischer Normen angenommen. Vgl. auch Schefold (1983), 101 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu Alexy (1979), 68 ff. Neumann (1986), 26.

¹²¹ Zur Geltung im Normalfall vgl. auch Schefold (1983), 106 f.

gungen genau anzugeben und angeben zu können, unter denen es ausnahmsweise nicht geboten ist, nach dieser Norm zu handeln. Diese Geltung im Normalfall lässt sich als Grund dafür anführen, daß einer Norm Geltung des ersten Anscheins zukommt. Die Geltung des ersten Anscheins ist eine normative Konsequenz daraus, daß der Norm Geltung im Normalfall zukommt.

Stehen Regeln in diesem Sinne, Normen mit Geltung des ersten Anscheins also, in Konflikt, genügt das als Anhaltpunkt, um die betreffende Normen nicht mehr ohne weitere Prüfung wie gültige Normen zu behandeln. Für die Lösung des Konflikts gilt dann, was Alexy über Regelkonflikte geschrieben hat: Die Regeln geben keinen Grund für die Entscheidung ab, vielmehr ist über sie anhand von Gründen zu entscheiden.¹²² Bei diesen Gründen handelt es sich um *prima facie*-Normen.

Der Regelbegriff lässt sich auch noch anders fassen. Man kann Regeln auch als Normen beschreiben, die unter Berücksichtigung mehrerer, aber nicht aller *prima facie*-Normen gelten. Auch über Konflikte zwischen Regeln dieser Art ist anhand von Gründen, anhand einschlägiger *prima facie*-Normen zu entscheiden. Ferner weisen solche Regeln einen Festsetzungsgehalt auf, insofern sie auf bestimmte *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnis in bestimmten Situationen als Gründe gestützt sind. Die betreffenden *prima facie*-Normen und Rangbestimmungen lassen sich dann für sich genommen nicht mehr als Argument gegen die Befolgung der Regel verwenden.¹²³ Schließlich kann man in einem weiten Sinne auch Normen als Regeln bezeichnen, die der Ebene der Begründung von Regeln angehören: Rangnormen im oben angegebenen

¹²² Alexy (1979), 74.

¹²³ Vgl. dazu auch Sieckmann (1990), 68 f.

Sinne,¹²⁴ die auf der Begründungsebene angeben, daß prima facie-Normen in einem bestimmten Rangverhältnis befolgt werden sollen.

Faßt man das bisher Gesagte zusammen, lassen sich Regeln folgendermaßen beschreiben: Ob eine Regel gilt, richtet sich nach prima facie-Normen und deren Rangverhältnissen. Diese sind Gründe für die Geltung von Regeln. Je nach Regelbegriff sind Konflikte zwischen Regeln nicht möglich. Geht es um Regeln in ihrer stärksten Form, kommen allenfalls Konflikte zwischen Normen in Betracht, die Kandidaten dafür sind, Regel oder Bestandteil einer Regel in diesem Sinne zu sein. Bei einem Regelverständnis, das Konflikte zwischen Regeln zuläßt, bestimmt sich die Lösung des Konflikts nach den einschlägigen prima facie-Normen und deren Rangverhältnissen als den übergeordneten Gründen für die Konfliktlösung. Regeln weisen in dem Sinne einen Festsetzungsgehalt auf, daß, wer einer Norm Regelcharakter zuschreibt, damit behauptet, die Befolgung der Norm entspreche in allen Anwendungssituationen, im Einzelfall, im Normalfall oder nach erstem Anschein mehreren oder allen einschlägigen prima facie-Normen und deren Rangverhältnissen in den betreffenden Situationen.¹²⁵ Ein Festsetzungsgehalt, verstanden als die Stützung der Norm durch ein „formelles Prinzip“, ist danach nicht entscheidend. Daneben lassen sich auch Rangnormen als Regeln bezeichnen, die der Ebene der Begründung von Regeln angehören.

¹²⁴ Siehe oben S. 60 f.

¹²⁵ Vgl. auch Peczenik (1989), 81, nach dem eine Regel einen Ausgleich zwischen Prinzipien zum Ausdruck bringt.

C. Prinzipien

Zu den Regeln im angegebenen Sinne stehen die *prima facie*-Normen in Kontrast. Sie lassen sich positiv dadurch kennzeichnen, daß sie eine Menge von Normen bilden, deren Geltung in der beschriebenen Weise von ihren Rangbeziehungen untereinander abhängt und die in der angegebenen Weise maßstab- und strukturbildend sind. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß auch *prima facie*-Normen einer weiteren Begründung fähig und bedürftig sind. Der Grund für die *prima facie*-Geltung einer Norm kann auch wieder in einer *prima facie*-Norm liegen, die die oben angesprochenen Merkmale aufweist. Beispielsweise mag man eine *prima facie*-Norm, die das heimliche Abhören von Telefongesprächen verbietet, damit begründen, daß sie das *prima facie*-Verbot der Verletzung der Privatsphäre konkretisiert. In solchen Fällen lässt sich auch von einer *prima facie*-Geltung unter Berücksichtigung einer bestimmten *prima facie*-Norm reden. Der Sprecher, der einer Norm eine solche Geltung zuspricht, drückt damit eine Relation zwischen seinem Urteil über die *prima facie* Geltung und der Begründung dieses Urteils aus. Er bringt zum Ausdruck, daß sich sein Urteil auf eine andere *prima facie*-Norm stützt, die Grund der *prima facie*-Geltung der Norm ist. Dabei darf eine *prima facie*-Norm aber keinen Festsetzungsgehalt gegenüber anderen Normen im oben angegebenen Sinne aufweisen. Das heißt, es ist ausgeschlossen, einer Norm unter Berücksichtigung mehrerer in Konflikt stehender Normen, die die angegebenen positiven Merkmale einer *prima facie*-Norm aufweisen, und deren Rangverhältnissen *prima facie*-Geltung zuzusprechen. Einer solchen Norm käme Regelgeltung zu. Darin liegt ein weiteres, negatives Merkmal der Abgrenzung der *prima facie*-Normen von anderen Normen.

Der beschriebene Unterschied zwischen Regeln und prima facie-Normen legt es nahe, alle Normen mit prima facie-Geltung als Prinzipien im weitesten Sinne zu bezeichnen. Aus diesen Prinzipien im weitesten Sinne lassen sich dann einige herausheben, solche beispielsweise, die kein „artbestimmtes“, sondern ein „zielbestimmtes“ Verhalten gebieten,¹²⁶ oder solche, die „optimierbare Zustände“¹²⁷ schützen. Versteht man letzteres Merkmal allerdings einfach dahin, daß eine Norm nach diesem Kriterium in Entscheidungssituationen mehr oder weniger erfüllbar ist, ist es zur Abgrenzung, wie bereits angesprochen wurde, wenig geeignet. Sinnvoller ist es, Normen hervorzuheben, die das Hinwirken auf ein Ideal gebieten, d. h. auf einen Vollkommenheitszustand, der nie vollständig erreichbar ist, an den es vielmehr immer nur eine mehr oder minder große Annäherung geben kann.¹²⁸ Solche Prinzipien unterscheiden sich zwar in ihrer prima facie-Geltung nicht von anderen Prinzipien. Wie noch deutlich werden wird, sind solche Prinzipien aber wesentliche Orientierungspunkte des Handelns. Im folgenden sollen Prinzipien die-

¹²⁶ Vgl. Penski (1989), 107 f.

¹²⁷ Siehe Koch/Rüßmann (1982), 99; dazu auch oben S. 87 ff.

¹²⁸ Vgl. auch den Begriff der praktischen Idee und des praktischen Ideals bei Kant. Beides sind für ihn Vollkommenheitsbegriffe, die ein Richtmaß des Handelns angeben. So heißt es, daß die Idee einer Verfassung von der größten menschlichen Freiheit „dieses Maximum zum Urbilde aufstellt, um nach demselben die gesetzliche Verfassung der Menschen der möglichst größten Vollkommenheit immer näher zu bringen“ (KrV III, 248). Unter einem Ideal versteht er die Idee „in individuo d. i. als ein einzelnes durch die Idee allein bestimmmbares, oder gar bestimmtes Ding“ (KrV III, 383). Das praktische Ideal ist ebenso wie die praktische Idee „Richtmaß des Handelns“ (KrV III, 384) und dient dazu, „den Grad und die Mängel des Unvollständigen zu schätzen und abzumessen“ (KrV III, 384). Das mit der Idee bzw. dem Ideal umschriebene Maximum lässt sich dabei immer nur annäherungsweise, nie vollständig verwirklichen (KrV III, 248, 348). Siehe dazu auch Dreier (1986), 16 ff.; Hirsch (1985), 349 ff.

ser Art als regulative Prinzipien bezeichnet werden.¹²⁹ Regulative Prinzipien, die die Annäherung an ein Ideal gebieten und dabei fundamentalen Charakter haben, seien regulative Prinzipien im engeren Sinne genannt. Fundamental soll heißen: Wenn die prima facie-Geltung der betreffenden Prinzipien aus übergeordneten Normen abgeleitet ist, dann aus obersten Begründungsmaßstäben. Zudem stehen die Prinzipien auf einer oberen, nicht nur einer nachgeordneten Stufe der Konkretisierung dieser obersten Maßstäbe.

Ob eine Norm Prinzip im weiteren Sinne oder Regel ist, ob sie unter Berücksichtigung einer weiteren prima facie-Norm prima facie gilt und unter Berücksichtigung welcher bzw. um welche Art von Regel es sich handelt, ist dem Inhalt der Norm nicht von vornherein anzusehen. Beispielsweise mag sich jemand auf das Tötungsverbot als prima facie-Norm, als Norm mit einer Geltung des ersten Anscheins oder als Norm beziehen, die in allen Anwendungssituationen unter Berücksichtigung aller Umstände

¹²⁹ Vgl. auch den Begriff des rechtlichen Basisprinzips bei Dreier (1986), 29 ff., nach dem in Basisprinzipien „die approximative Realisierung eines rechtlichen Ideals als Rechtspflicht statuiert“ ist (1986), 30, und den Begriff des „regulativen Ziels“ in der Gesetzgebungslehre (dazu Krems (1979), 122 ff.). Auch Alexy (1989), 79 f., kennzeichnet Prinzipien mit Hilfe des Begriffs des Ideals oder des „idealen Sollens“. Die oben erörterten Kriterien für den Charakter einer Norm als Prinzip und Optimierungsgebot, die Alexy anführt, das Kriterium der graduellen Erfüllbarkeit also und das Kriterium des Gebots, etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße zu realisieren, enthalten allerdings noch nicht das Kriterium des Gebots, sich an einen nie vollständig erreichbaren Vollkommenheitszustand anzunähern. Davon war bereits die Rede. Im übrigen dient dieses Kriterium hier nicht dazu, den prima facie-Charakter von Normen zu erklären oder zu beschreiben. Daß Normen die Annäherung an ein Ideal gebieten, ist nach dem Gesagten weder notwendige noch hinreichende Bedingung für den prima facie-Charakter der Norm.

gilt. Die eine Geltungsform schließt die andere auch nicht aus. So wäre denkbar, daß das Tötungsverbot *prima facie* gilt und dieser Norm obendrein eine Geltung des ersten Anscheins oder eine uneingeschränkte Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände zukommt, wenn dies den einschlägigen *prima facie*-Normen – einschließlich der *prima facie*-Norm des Tötungsverbots – und deren Rangverhältnissen entspricht. Da sich derjenige, der die Norm als Regel und als Prinzip anspricht, damit auf unterschiedliche Begründungsebenen bezieht, liegt darin kein Widerspruch.

V. Abstrakte Abwägung

Ist von Abwägung die Rede, dann oftmals von einem abstrakten, vom Fall gelösten Rangverhältnis zwischen Werten, Gütern, Interessen oder anderen Größen, die nach dem jeweiligen Abwägungsverständnis Gegenstand einer Abwägung sein können. So heißt es häufig ohne weitere fallbezogene Eingrenzung, Werte, Güter etc. seien gegenüber anderen Größen dieser Art vor- oder gleichrangig. Diesem Urteil wird dann eine Abwägung gegenübergestellt, die alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt.¹³⁰ Oder die in Konflikt stehenden Bewertungskriterien erhalten Gewichte, die in den verschiedenen Konfliktlagen konstant sind und denen von Fall zu Fall variierende Erfüllungsgrade der Kriterien an die Seite gestellt werden. Aus beiden Größen zusammen soll sich dann die Gesamtbewertung des Einzelfalles ergeben.¹³¹ Die Frage ist, ob mit

¹³⁰ Siehe z. B. Schneider (1979), 153 ff.; Hubmann (1977), 20 ff.; Lenckner in Schönke-Schröder (1988), § 34 Rn. 23, 25 ff.; Preis (1987), 245; Gern (1986), 466 f. Demgegenüber wird häufig – insbesondere in der Rechtsprechung – zwar ein bestimmter Rang zwischen Gütern, Rechten, Interessen etc. angesprochen, die Rangaussage aber sogleich auf die Umstände des Einzelfalles bezogen. So heißt es z. B.: „Das Recht zur Meinungsausübung muß zurücktreten wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von hohem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt werden. Ob solche überwiegenden Interessen anderer vorliegen, ist auf Grund aller Umstände des Falles zu ermitteln.“ (BVerfGE 7, 198 [210 f.])

¹³¹ Aus der rechtstheoretischen Literatur siehe etwa Wälde (1979), 71 f.; Haag (1970), 45 ff., 194 ff.; ebenso das Vorgehen nach der sog. Nutzwertanalyse, die als Verfahren zur rationalen Bewertung von Entscheidungs-

solchen Beschreibungen ein zutreffendes Bild abwägenden Denkens gezeichnet ist. Will man dieser Frage nachgehen, empfiehlt es sich, verschiedene Verständnismöglichkeiten abstrakten Abwägens auseinanderzuhalten.

A. Generalisierende Rangaussagen

Wer bestimmte Rangbeziehungen zwischen prima facie-Normen behauptet, sagt damit nach der angegebenen Definition von Rangbeziehungen etwas darüber aus, in welchen Erfüllungsformen Normen in bestimmten Konfliktlagen befolgt werden sollen. Einer prima facie-Norm A „abstrakt“, ohne weitere situationsbezogene Eingrenzung, Vorrang vor einer anderen prima facie-Norm B einzuräumen, heißt danach: Unter Berücksichtigung dieser beiden Normen oder unter Berücksichtigung aller prima facie-Normen gilt in allen Situationen, in denen die Normen in Konflikt stehen, das Gebot, Norm A vollständig zu befolgen und Norm B allenfalls soweit zu befolgen, wie das dann eben noch möglich ist. Die Abstraktion besteht nach diesem Verständnis abstrakter Abwägung darin, daß eine generalisierende Aussage über sämtliche Konfliktlagen getroffen wird, in denen bestimmte prima facie-Normen miteinander in Konflikt stehen. In allen diesen Konfliktlagen soll zwischen diesen Normen die betreffende Rangbeziehung bestehen. Es liegt auf der Hand, daß solche generalisierenden Rangaussagen die Rangbeziehungen zwischen Normen jedenfalls in aller Regel nicht zutreffend wiedergeben. Ob in Situationen, in denen prima facie-Normen miteinander in Konflikt stehen, eine der

alternativen im öffentlichen Bereich, insbesondere im Bereich der Regionalplanung angewandt wird (dazu Strassert (1973), 147 ff.).

Normen vollständig befolgt werden soll oder nicht und welche, hängt von den Alternativen und den Erfüllungsformen der Normen ab, die in der jeweiligen Situation zur Wahl stehen. Die variieren aber von Situation zu Situation. Wäre im übrigen ausnahmsweise in allen denkbaren Konfliktlagen ein und dieselbe Rangbeziehung zwischen zwei prima facie-Normen begründet, bliebe immer noch fraglich, ob dies auch erkennbar ist. Das ist insbesondere dann fraglich, wenn es darum geht, in welchen Erfüllungsformen die beiden Konfliktnormen nicht nur unter Berücksichtigung dieser beiden Normen, sondern unter Berücksichtigung aller in den Konfliktsituationen einschlägigen prima facie-Normen und tatsächlichen Umstände erfüllt werden sollen.¹³²

Stehen prima facie-Normen in aller Regel nur in bestimmten, nicht in allen denkbaren Konfliktsituationen in einer einheitlichen Rangbeziehung, ist an eine weniger voraussetzungsvolle Form abstrakter Abwägung zu denken. So kann man die Abstraktheit einer Abwägung daran festmachen, ob sich Bedingungen genereller Art angeben lassen, unter denen eine prima facie-Norm in einer bestimmter Rangbeziehung zu einer anderen befolgt werden soll. Auch für diese Form abstrakter Abwägung gilt: Sie beruht auf generalisierenden Rangaussagen im Blick auf eine Vielzahl konkreter Konfliktsituationen. Nach einer solchen Abwägung bedarf es daher auch keiner Abwägung im Einzelfall mehr, um das Verhältnis der abstrakt abgewogenen Normen in einer konkreten Konfliktlage zu bestimmen, vorausgesetzt nur, daß die bei der abstrakten Abwägung angegebenen Bedingungen in der jeweiligen Situation erfüllt sind. Da auch eine solche Norm eine universelle Norm mit Regelcharakter ist, ergeben sich wie-

¹³² Vgl. dazu oben S. 91 ff.

derum die angesprochenen Schwierigkeiten, eine solche Norm mit uneingeschränkter Geltung aufzustellen bzw. ihre uneingeschränkte Geltung in allen denkbaren Anwendungsfällen zu erkennen.

Der Begriff abstrakter Abwägung lässt sich noch weiter abschwächen. Beispielsweise kann man die Feststellung des „grundsätzlichen Vorrangs“ einer Norm als abstrakte Abwägung ansehen und damit meinen, daß der Rangnorm, die die vorrangige Befolgung der einen Norm vor der anderen gebietet, eine Geltung im Normalfall oder eine Geltung des ersten Anscheins zukommt. Oder die abstrakte Gleichrangigkeit zweier Normen wird schlicht dahin verstanden, daß keine der Normen im Verhältnis zur anderen in allen Konfliktlagen Vorrang hat, d. h. keine abstrakte Vorrangbeziehung im eingangs angesprochenen Sinne besteht.¹³³

B. Konstante Aufwiegungsverhältnisse

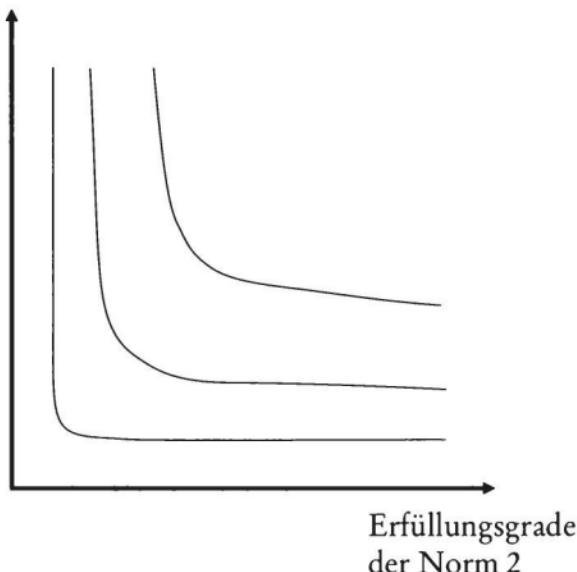
Eine andere Form abstrakter Abwägung besteht darin, Gewichte zu ermitteln, die ein konstantes Verhältnis des Aufwiegens zwischen näher bestimmten Graden der Erfüllung verschiedener Normen ausdrücken. Bildet man die Erfüllungsgrade zweier prima facie-Normen auf einer Zahlenskala ab, geben solche Gewichte an, wie viele Einheiten intensiverer Befolgung der Norm A wie viele Einheiten geringerer Befolgung der Norm B aufwiegen können. Daß Norm A doppelt so gewichtig ist wie Norm B heißt dann, daß sich die geringere Erfüllung der Norm A

¹³³ Wenn in der Rechtsprechung der Terminus „gleichgewichtiger“ oder „gleichrangiger“ Rechtsgüter, Interessen etc. verwandt wird (z. B. BVerfGE 69, 315 ff. [348 f.]), dürfte damit i. d. R. eine Gleichrangigkeit in diesem schwachen Sinne abstrakter Abwägung gemeint sein.

um eine Einheit durch eine intensivere Erfüllung der Norm B um zwei Einheiten rechtfertigen lässt.

Diese Form abstrakter Abwägung lässt sich am besten anhand sog. Indifferenzkurven veranschaulichen, wie sie in den Wirtschaftswissenschaften gebräuchlich sind. Dort stellen Indifferenzkurven Mengenausstattungen mit verschiedenen Gütern dar, zwischen denen ein Haushalt indifferent ist.¹³⁴ Auf den Bereich der Abwägung zwischen verschiedenen prima facie-Normen übertragen,¹³⁵ heißt das: Die Indifferenzkurve stellt Kombinationen von Erfüllungsformen verschiedener prima facie-Normen dar, die gleich wichtig sind. Stünden also solche Kombinationen zur Wahl, wäre es dem Entscheidenden freigestellt, eine dieser Kombinationen zu wählen. Die Aufwiegungsbeziehungen zwischen den Erfüllungsformen zweier prima facie-Normen und deren relative Wichtigkeit lassen sich durch eine Schar solcher Indifferenzkurven repräsentieren. Diese könnten beispielsweise folgende Gestalt haben:

Erfüllungsgrade
der Norm 1



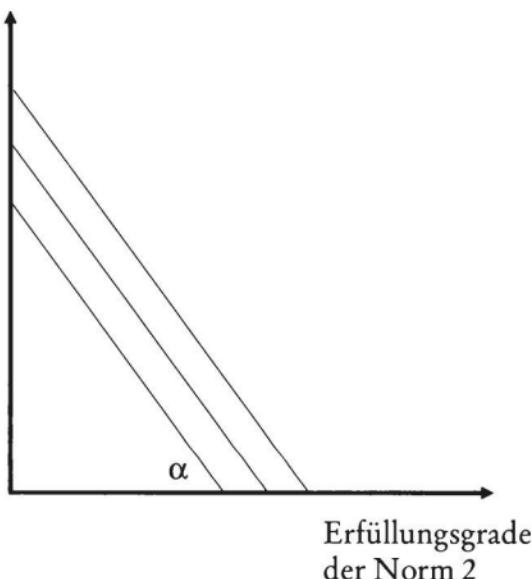
Die Verwirklichung jedes Sachverhalts, der durch einen Punkt auf einer höherliegenden Indifferenzkurve repräsentiert ist, ist der Verwirklichung eines solchen Sachverhalts vorzuziehen, der auf einer niedrigeren Kurve abgebildet ist. Die Steigung der Kurven an einem bestimmten Punkt p drückt dabei aus, um wie viele Einheiten die eine Norm intensiver erfüllt werden muß, damit dadurch eine um eine Einheit geringere Erfüllung der anderen Norm aufgewogen werden kann, d. h. damit wiederum eine Kombination von Erfüllungsformen erreicht ist, die gegenüber der durch p repräsentierten indifferent ist. Im Schaubild variiert der absolute Wert dieses Aufwiegungsverhältnisses, je nachdem, von welcher Indifferenzkurve und von welchem Punkt auf dieser Indifferenzkurve man ausgeht. Der Verlauf der Kurven parallel zu den Achsen des Koordinatensystems zeigt dabei an, daß von einem bestimmten niedrigen Erfüllungsgrad der Norm 1 bzw. der Norm 2 an eine noch geringere Erfüllung der jeweiligen Norm nicht mehr durch eine intensivere Erfüllung der anderen Norm aufgewogen werden kann.

Verlaufen die Indifferenzkurven wie im Schaubild, gibt es keine durchgehend konstanten Aufwiegungsverhältnisse zwischen den Erfüllungsgraden der Normen, also auch keine konstanten Gewichte im angegebenen Sinne. Bei durchgehend konstanten Aufwiegungsverhältnissen müßten die Indifferenzkurven parallel und linear verlaufen. Der Neigungswinkel der Geraden ist dann durch das fixe Verhältnis der konstanten Gewichte der Normen bestimmt, deren Erfüllungsgrade abgebildet sind.¹³⁶ Die Indifferenzkurven könnten beispielsweise folgende Gestalt haben:

¹³⁴ Siehe z. B. Woll (1987), 127 ff.

¹³⁵ Zur Verwendung des Darstellungsmittels der Indifferenzkurve in der politischen, Moral- und Rechtstheorie vgl. Barry (1965), 5 ff.; Rawls (1979), 56 ff.; Alexy (1985), 146 ff.

Erfüllungsgrade der Norm 1



Abstrakte Gewichtungen der eben genannten Art finden häufig im Rahmen mathematischer Modelle zur Bewertung von Handlungsalternativen anhand mehrerer Kriterien Verwendung. Wenn dabei oftmals statt von Normgewichten und Graden der Normerfüllung von Zielgewichten und Zielerfüllungsgraden die Rede ist, braucht dieser Unterschied an dieser Stelle nicht weiter zu interessieren. Soweit den Zielen Gebote des Hinwirkens auf die Zielerreichung korrespondieren, ist das Verfahren der Zielgewichtung konsequenterweise auch auf das Verfahren der Gewichtung der korrespondierenden Normen zu übertragen. In ihrer einfachsten Form sehen solche Modelle vor, daß zu jeder Alternative und auf jedes Ziel bezogen Teilwerte durch die Multiplikation von Zielgewicht und Zielerfüllungsgrad ermittelt und diese Teilwerte dann zum Gesamtwert einer Alternative addiert werden.¹³⁷

¹³⁶ Vgl. dazu Strassert (1973), 152 ff.

¹³⁷ Vgl. dazu die in Anm. 131 zitierte Literatur.

Mathematische Operationen dieser oder ähnlicher Art mögen in begrenzten Bereichen eine zusätzliche Entscheidungshilfe liefern, etwa wenn ökonomische oder leicht quantifizierbare Bewertungskriterien im Spiel sind. Sie setzen jedoch viel voraus und sind aufs Ganze gesehen für die Lösung echter Konflikte zwischen prima facie-Normen allenfalls von begrenztem Wert. Voraussetzungsvoll sind solche additiven Verfahren nicht nur, weil sie u. a. die kardinale Meßbarkeit der Wichtigkeit von Zielen bzw. prima facie-Normen und deren Erfüllungsgraden voraussetzen.¹³⁸ Schon die Annahme konstanter Gewichte im angegebenen Sinne ist alles andere als selbstverständlich. Nichts spricht dafür, daß die Gewichtungsverhältnisse zwischen Zielen bzw. prima facie-Normen immer oder auch nur in der Regel von der Art sind, wie die linearen Indifferenzkurven im Schaubild dies anzeigen. Ein zusätzlicher Grad an Erfüllung der einen Norm muß nicht immer die gleiche relative Wichtigkeit haben.¹³⁹ Im

¹³⁸ Kardinale Meßbarkeit setzt im Unterschied zur ordinalen Messung voraus, daß sich die zu messenden Größen nicht nur nach der Relation des Vorrangs oder der Indifferenz ordnen, sondern auf einer Skala abbilden lassen, die Abstände in den Relationen der zu messenden Größen wiedergibt. Zur kardinale Meßbarkeit und zu weiteren Voraussetzungen der Anwendbarkeit eines Modells, in dem Zahlenwerte addiert werden, siehe näher Gäfgen (1974), 159 ff.

¹³⁹ Vgl. auch Barry (1965), 8; Strassert (1981), 22 ff. Um dennoch konstante Gewicht zu erhalten, mag man die Erfüllungsformen eines Ziels bzw. einer Norm skalieren und ihnen in der Weise Zahlenwerte als Erfüllungsgrade zuordnen, daß die um eine Einheit geringere Ziel- bzw. Normerfüllung durch einen einheitlichen, konstanten Wert an intensiverer Erfüllung des anderen Ziels bzw. der anderen Norm aufgewogen werden kann. Damit wird das Gewichtungsproblem aber nur auf die Ebene der Erfüllungsgrade verlagert. Bereits die Zuordnung der Erfüllungsgrade setzt dann eine Bestimmung der relativen Wichtigkeit der Normen im Verhältnis zueinander voraus. Am Fehlen eines konstanten Aufwiegungsverhältnisses ändert sich nichts. Vgl. auch die Praxis in der Nutzwertanalyse, Ausprägungen von Zielerfüllungskriterien linear umzuskalieren, und die Kritik daran von Strassert (1981), 29 ff.

Grenzfall kann es auch sein, daß sich ein Weniger an Erfüllung der einen Norm überhaupt nicht mehr durch ein Mehr an Erfüllung der anderen Norm aufwiegen läßt. Beispielsweise muß sich nicht jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit durch eine stärkere Beförderung der Verbrechensaufklärung aufwiegen lassen, was Konflikte zwischen dem Verbot des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit und dem Gebot der Verbrechensaufklärung anbelangt.

Selbst wenn zwischen den Normen konstante Gewichte der angegebenen Art bestünden, bliebe immer noch die Frage, ob solche Gewicht auch erkennbar sind und wie sich Zahlenwerte für die Gewichte und die Erfüllungsgrade ermitteln lassen, die hinreichend exakt sind, um beste Alternativen mit Hilfe mathematischer Modellen der genannten Art vor anderen auszuzeichnen.¹⁴⁰ Es mag Meßtechniken geben, mit deren Hilfe sich faktische Präferenzen und Wertungen von Individuen messen und so Zahlenwerte gewinnen lassen.¹⁴¹ Sobald es aber darum geht herauszufinden, welche prima facie-Normen und Rangverhältnisse zwischen diesen Normen *begündet sind*, genügt der bloße Rückgriff auf faktische Präferenzen und auf Zahlenwerte, die mit entsprechenden Meßmethoden gewonnen sind, für die Alternativenbewertung nicht mehr. Wie noch deutlich werden wird,¹⁴² hat sich eine rationale Entscheidungsfindung vielmehr auf einen Prozeß des wechselseitigen Anpassens praktischer Urteile verschiedener Stufen in einem Verfahren des Überlegungsgleichgewichts zu stützen. In diesem Verfahren geben Ergebnisse von Rechenoperatio-

¹⁴⁰ Skeptisch gegenüber der zahlenmäßigen Erfäßbarkeit von Verwirklichungsintensitäten von Prinzipien etwa Alexy (1985), 141 f.

¹⁴¹ Zu Fragen der Messung von Präferenzen und Präferenzintensitäten vgl. Trapp (1988), 469 ff.

¹⁴² Siehe dazu unten S. 257 ff.

nen der genannten Art allenfalls überprüfungsbedürftige Anhaltspunkte für die Alternativenbewertung ab. Und jedenfalls bleibt folgendes zu beachten: Eine rationale Abwägung von *prima facie*-Normen setzt weder konstante Gewichte von Normen oder Zielen im angegebenen Sinne noch die Anwendbarkeit mathematischer Verfahren, die Möglichkeit etwa, Teilnutzenwerte zu addieren, voraus. Nicht einmal die kardinale Meßbarkeit der Wichtigkeit von *prima facie*-Normen und deren Erfüllungsgraden ist Voraussetzung. Die abwägende Konfliktlösung kann ebenso schlicht darin bestehen zu ermitteln, welche *prima facie*-Normen in welchen Befolgsformen in der Situation einschlägig und welche vorziehenden oder ausgleichenden Lösungen des Konflikts in der Situation möglich sind, und dann zwischen diesen möglichen Konfliktlösungen eine Rangordnung herzustellen.¹⁴³

C. Rangordnungen ohne Bezug auf die Erfüllungsformen einer Norm

Allen bisher genannten Formen abstrakter Abwägung ist gemeinsam, daß sie Aussagen über die Wichtigkeit von Erfüllungsformen verschiedener Konfliktregeln oder Kombinationen solcher Erfüllungsformen machen. Daneben ist auch ein Verständnis von Rangbeziehungen zwischen Normen und von abstrakter Abwägung denkbar, nach dem die abstrakten Rangbeziehungen nicht oder nur mittelbar die Wichtigkeit der Befolgung von Konfliktnor-

¹⁴³ Vgl. auch Eeckhoff (1981), 52 ff., nach dem Alternativen in verstärktem Maße direkt anhand von Zielerträgen zu bewerten sind und nach dem Bewertungen anhand von Zielgewichten im Sinne der traditionellen Nutzwertanalyse allenfalls als zusätzliche Orientierungspunkte verwendet werden sollen.

men in bestimmten Erfüllungsformen betreffen. Besonders die Vorstellung einer abstrakten Ordnung von Werten legt ein solches Verständnis nahe. Rangaussagen im Blick auf Normen, die die Verwirklichung von Werten gebieten, besagen dann, daß der dem Gebot entsprechende Wert auf der höheren Stufe einer abstrakten Wertskala steht. Dabei sagt die größere Höhe oder der höhere Rang eines Wertes noch nicht direkt etwas über die Wichtigkeit der Verwirklichungsformen dieses Wertes oder darüber aus, ob oder unter welchen Bedingungen dieser Wert verwirklicht werden soll.

Wie sind Höhen oder Rangunterschiede auf einer solchen Skala aber sonst zu interpretieren? Wer nicht gerade einen wertphilosophischen Standpunkt teilt, nach dem Werte einer idealen Sphäre mit einem „Werthöhenkontinuum“ eigener Art angehören,¹⁴⁴ wird Schwierigkeit haben, diese Frage befriedigend zu beantworten. Es genügt jedenfalls nicht, mit einer abstrakten Ordnung von Werten oder Gütern zu operieren, ohne diese Ordnung näher zu interpretieren und zu erläutern, was der höhere Rang eines Wertes oder Gutes anderes besagt, als daß der Wert oder das Gut im Konfliktfall vor dem rangniedrigeren befördert werden soll.

Im folgenden sollen keine wertphilosophischen Annahmen der genannten Art vertreten werden.. Vielmehr sollen abstrakte Abwägungen dahin verstanden werden, daß sie sich in der geschilderten Weise auf die Wichtigkeit der Befolgung von *prima facie*-Normen in bestimmten Erfüllungsformen beziehen. Abstrakte Rangurteile lassen sich danach, wie ausgeführt, in der Regel nicht oder nur in einer der genannten schwachen Formen vertreten.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Siehe N. Hartmann (1962), 245 ff.

¹⁴⁵ Zur Kritik an weitergehenden Formen abstrakter Abwägung vgl. auch Schlink (1976), 128 ff.; Alexy (1985), 138 ff.

VI. Abwägungsskepsis

Die Skepsis gegenüber abwägendem Denken in Recht und Moral kann verschiedene Formen annehmen. Eine spezielle Form der Skepsis ist bereits zur Sprache gekommen: Die Skepsis gegenüber bestimmten Formen abstrakter Abwägung. Wie erörtert, ist diese Form der Skepsis weitgehend berechtigt. Sie betrifft allerdings nur spezielle Varianten abwägenden Denkens, nicht abwägendes Denken schlechthin. Eine andere spezielle Form der Abwägungsskepsis bezieht sich auf Besonderheiten rechtlicher Entscheidungssituationen und kritisiert beispielsweise an richterlicher Abwägung, sie laufe der Rechtssicherheit und Gesetzesbindung zuwider. Auf Argumente dieser Art und die Besonderheiten richterlicher Abwägung wird noch zurückzukommen sein.¹⁴⁶

Daneben gibt es Formen einer Abwägungsskepsis prinzipieller Art. Nach der einen ist es nicht möglich oder jedenfalls für eine vollständige Entscheidungsbegründung nicht erforderlich, die Handlungswahl in einer außerrechtlichen moralischen oder einer rechtlichen Entscheidungssituation damit zu begründen, daß sie einer oder mehreren begründenden *prima facie*-Normen bzw. eine Abwägung zwischen *prima facie*-Normen entspricht. Eine solche skeptische Haltung ist beispielsweise die, die echte Konflikte zwischen *prima facie*-Normen im hier verstandenen Sinne leugnet oder die die *prima facie*-Geltung von Nor-

¹⁴⁶ Dazu unten S. 344 ff.

men bestreitet. Soweit jemand Auffassungen dieser Art vertritt, etwa weil er der Ansicht ist, Maßstab für die Begründung von Handlungsalternativen sei ein einziger oberster Maßstab, ein utilitaristischer etwa, zu dessen Anwendung es im wesentlichen nur empirischer Erwägungen bedarf,¹⁴⁷ oder weil er Anhänger einer Situationsethik ist, die die *prima facie*-Geltung universeller Normen verneint,¹⁴⁸ entfallen für ihn Anlaß und Gegenstand von Abwägung im hier verstandenen Sinne.

Eine andere Form prinzipieller Abwägungskepsis betrifft nicht das Erfordernis der Begründung von Entscheidungen durch *prima facie*-Normen, sondern den Erkenntniswert von Annahmen über die *prima facie*-Geltung von Normen und deren Rangverhältnissen. Sie betrifft also den Wert solcher Annahmen für die Erkenntnis dessen, was in einer Situation zu tun begründet ist. Beides, der Stellenwert abwägenden Denkens in begründungs- und in erkenntnistheoretischer Hinsicht, ist zu unterscheiden.¹⁴⁹

In der Einleitung wurde das bereits angesprochen. Beispielsweise wäre es denkbar, daß sich Entscheidungen zwar durch *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnisse begründen lassen, daß aber dennoch die intuitive Gesamtbeurteilung einer Situation zuverlässiger ist als es Urteile über die *prima facie*-Geltung von Normen und deren Rangverhältnisse sind oder daß sich jene Urteile überhaupt erst im Rückschluß aus solchen Gesamtbeurteilun-

¹⁴⁷ Vgl. dazu S. 56 f. Utilitaristische Positionen können mit der Annahme echter Normenkonflikte auch verträglich sein, dann etwa, wenn verschiedene Aspekte oder Arten der Utilität unterschieden werden, zu deren Gewichtung substantielle Wertungen erforderlich sind und denen sich korrespondierende *prima facie*-Normen zuordnen lassen. Vgl. dazu Sen (1980/1981), 192 ff.

¹⁴⁸ So etwa Dancy (1983), 530 ff.

¹⁴⁹ Siehe dazu auch unten S. 269 ff.

gen gewinnen lassen. Annahmen über die *prima facie*-Geltung von Normen und deren Rangverhältnissen hätten dann gegenüber solchen Gesamtbeurteilungen keinen eigenständigen oder einen nur nachrangigen Erkenntniswert. Nichtsdestoweniger könnten die *prima facie*-Normen in begründungstheoretischer Hinsicht maßstabsbildungend sein.

Eine andere Art der Abwägungsskepsis zieht in Zweifel, daß sich alle oder einige Normenkonflikte auf rationale Weise lösen lassen. Normenkonflikte sind dann nicht auf rationale Weise lösbar, wenn die Konfliktnormen inkommensurabel sind.¹⁵⁰ Daß Konflikt norm A in einer bestimmten Konfliktsituation im Verhältnis zur Konflikt norm B inkommensurabel ist, heißt: Unter Berücksichtigung dieser beiden Normen bzw. unter Berücksichtigung aller Umstände ist es weder begründet, eine der möglichen Lösungen des Konflikts einer anderen Lösungsmöglichkeit vorzuziehen, noch sind die Lösungsmöglichkeiten gleichbegründet. Von einer partiellen Inkommensurabilität in der Konfliktsituation ist dementsprechend dann zu reden, wenn es in einer Konfliktsituation nur auf einige, aber nicht auf alle möglichen Auflösungen des Konflikts im Verhältnis zueinander zutrifft, daß weder das Vorziehen einer Konfliktlösung begründet ist noch die Konfliktlösungen gleichbegründet sind. Soweit die Konflikt normen inkommensurabel sind, ist das Rangverhältnis zwischen den Normen nicht rational, durch Gründe bestimmbar. Man kann dann noch genauer zwischen einer „echten“ Inkommensurabilität und dem Fall unterscheiden, daß Lösungsmöglichkeiten des Konflikts zwar besser als andere oder gleichbegründet sind, dies für den Ent-

¹⁵⁰ Zum Begriff der Inkommensurabilität vgl. Sinnott-Armstrong (1985), 324 ff.; Raz (1985/1986), 117 ff.

scheidenden aber nicht erkennbar ist. Aus der Entscheidendenperspektive macht das praktisch keinen Unterschied. Weder im einen noch im anderen Fall ist es dem Entscheidenden möglich, auf rationale Weise Rangbeziehungen zu ermitteln.

Denkbar wäre, daß alle *prima facie*-Normen im Verhältnis zueinander in allen Konfliktlagen incommensurabel sind. Eine solche totale Inkommensurabilität anzunehmen besteht kein Grund. Es gibt viele „klare“ Konfliktfälle, in denen die Lösung eines Normenkonflikts keine Schwierigkeiten bereitet. Ist beispielsweise zwischen der geringfügigen Beschädigung fremden Eigentums und der Rettung von Menschenleben nach einem Unfall zu wählen, fällt es nicht schwer, dem Gebot der Lebensrettung in dieser Situation vor dem Verbot der Beschädigung fremden Eigentums Vorrang einzuräumen. Schon eher ist daran zu denken, daß nur einige Normen oder daß Normen nicht vollständig, sondern nur in bestimmten Konfliktlagen oder in Konfliktlagen nur partiell incommensurabel sind. Eine solche nur begrenzte Inkommensurabilität kann etwa darin ihren Grund haben, daß Rangbestimmungen nur mit begrenzter Exaktheit möglich sind.¹⁵¹ Auch kann die besondere Komplexität eines Normenkonflikts Grund dafür sein, daß bei einigen Konfliktlösungen nicht mehr erkennbar ist, ob sie anderen vorgehen oder ihnen gleichwertig sind. In solchen Fällen kommt es dann darauf an, mit dem Umstand, daß die Fähigkeit des Einzelnen zur abwägenden Lösung von Normenkonflikten begrenzt ist, wiederum vernünftig umzugehen und beispielsweise vernünftige Regeln der Entscheidungsvereinfachung zu ent-

¹⁵¹ Zur Inkommensurabilität wegen fehlender Exaktheit von Rangbestimmungen vgl. Sinnott-Armstrong (1985), 327 f.; Raz (1985/1986), 122 f.

wickeln.¹⁵² Und wie begrenzt die Möglichkeiten der rationalen Lösung von Normenkonflikten auch sein mögen: An den Skeptiker abwägenden Denkens ist immer wieder die Frage zu richten, ob es zur abwägenden Bewertung von Handlungsalternativen überhaupt eine annehmbare Alternative gibt. Ist das zu verneinen, bleibt dem Entscheidenden gar nichts anderes übrig, als sich, so gut es eben geht, auf die abwägende Lösung von Normenkonflikten einzulassen.

Welcher Stellenwert abwägendem Denken in erkenntnis- und in begründungstheoretischer Hinsicht zukommt, wieweit sich Normenkonflikte rational lösen lassen und ob es zu abwägendem Denken eine Alternative gibt, all das hängt von den Maßstäben ab, nach denen sich die Bewertung von Handlungsalternativen richtet und davon, ob und auf welche Weise sich diese Maßstäbe ihrerseits begründen lassen. Für den weiteren Gang der Untersuchung bedarf es daher einer Theorie der Handlungs- und der Normenbegründung. Um eine solche Theorie – bezogen auf den Bereich der Moral – geht es im nächsten Teil der Arbeit.

¹⁵² Vgl. etwa die in der Entscheidungstheorie vorgeschlagenen Methoden der Entscheidungsvereinfachung, dazu Gäfgen (1974), 205 ff.

*Zweiter Teil:
Grundlagen einer Moraltheorie
abwägender Handlungsbegründung*

Schon mehrfach wurde es angesprochen: In dieser Arbeit geht es um die Perspektive dessen, der nach einer Handlungsorientierung durch Gründe fragt. Der Fragende, dessen Perspektive den Ausgangspunkt dieses Teils der Untersuchung bildet, soll darüber hinaus eine Haltung einnehmen, die in zweierlei Hinsicht in einem ausgezeichneten Sinne rational ist:

Die Haltung des Fragenden ist insofern in einem ausgezeichneten Sinne rational, als der Fragende vorfindliche Handlungsmaßstäbe nicht einfach als gegeben hinnimmt, sondern einsehen will, ob und warum es begründet ist, nach dem jeweiligen Maßstab und nicht nach einem anderen zu handeln. Wird der Fragende zur Begründung auf einen weiteren Maßstab verwiesen, stellt er diese Frage wiederum. Er stellt sie so lange, bis seine Frage nach einem begründeten Maßstab des Handelns beantwortet ist. Dabei fragt er nicht einfach nur nach Begründungen im schwachen Sinne relativ zu einem bestimmten Maßstab. Sonst könnte er die Frage, ob die Ausrichtung an diesem Maßstab besser begründet ist als die an einem anderen Maßstab, nicht mehr sinnvoll stellen. Stattdessen reflektiert er darauf, daß der jeweilige Maßstab nur einer von vielen möglichen Maßstäben des Handelns ist. Er will wissen, ob und auf welche Weise sich einer oder einige dieser Handlungsmaßstäbe rational auszeichnen lassen und welche.

Möglicherweise findet sich ein Maßstab, an dem sein Han-

deln auszurichten in einem starken Sinne begründet ist. Aber auch andere Antworten sind denkbar, die Antwort etwa, daß die Wahl zwischen verschiedenen obersten Handlungsmaßstäben letztlich eine Angelegenheit bloßer Dezision ist. Oder die Antwort besteht darin, daß die Frage nach weiteren Begründungen für einen bestimmten Maßstab unter bestimmten Bedingungen als sinnlos zurückgewiesen wird. Welche dieser Antworten oder welche andere Antwort zutrifft, wird gleich zu erörtern sein.

Die Haltung des Fragenden ist aber nicht nur insofern in einem ausgezeichneten Sinne rational, als er einsehen will, ob es einen oder einige Handlungsmaßstäbe gibt, nach denen zu handeln in einem nicht nur schwachen Sinne besser begründet ist als das Handeln nach anderen möglichen Handlungsmaßstäben. In einem ausgezeichneten Sinne rational ist er auch insofern, als er nicht nur aus akademischem Interesse nach Begründungen fragt, sondern ernsthaft, zum Zwecke der Handlungsorientierung im angegebenen engeren Sinne. Er fragt und handelt also aus dem Entschluß und Motiv heraus zu tun, was zu tun begründet ist, weil dies zu tun begründet ist. Heißt das, daß er aus dem Motiv heraus handelt zu tun, was im starken Sinne zu tun begründet ist, weil es im starken Sinne begründet ist? Diese Frage läßt sich an dieser Stelle noch nicht beantworten. Darauf, wie das Motiv des Fragenden genauer zu beschreiben ist, wird noch einzugehen sein.

Wie die Überschrift bereits erkennen läßt, geht es im folgenden Teil der Arbeit um eine *Moraltheorie* der Handlungsbegründung. Die Frage nach dem begründeten Handeln richtet sich also auf die Geltung und den Inhalt speziell moralischer Maßstäbe für die Bewertungen von Handlungen und Handlungsnormen. Wodurch unterscheiden sich moralische Handlungsmaßstäbe von anderen? Die verschiedenen Verwendungsweisen des Begriffs

der Moral sollen hier nicht näher erörtert werden. Für den weiteren Gang der Untersuchung genügt es, moralische Handlungsmaßstäbe grob auf folgende Weise zu kennzeichnen:¹ Der Maßstab ist von dem der klugen Verfolgung des eigenen Wohls² verschieden. Nach ihm ist es in bestimmten Situationen geboten, die kluge Verfolgung des eigenen Wohls zugunsten von Belangen anderer Personen einzuschränken. Das soll hier als *inhaltliche* Kennzeichnung moralischer Maßstäbe genügen. Daneben lassen sich moralische Maßstäbe noch auf andere Weise, durch ihren Vorrang gegenüber anderen Maßstäben, kennzeichnen.³ Danach kommt einem moralischen Maßstab bzw. dem Gebot seiner Befolgung im Fall des Konflikts mit anderen Handlungsmaßstäben uneingeschränkt Vorrang zu oder gehört der Maßstab zu einer Menge von *prima facie*-Normen moralischen Inhalts, die zwar nicht im Verhältnis zueinander, wohl aber gegenüber anderen Maßstäben uneingeschränkt Vorrang haben oder ist er aus solchen Maßstäben abgeleitet. Im folgenden soll untersucht werden, ob und auf welche Weise sich der Vorrang von Maßstäben moralischen Inhalts im starken Sinne begründen lässt.

¹ Ähnlich die Kennzeichnung moralischer Maßstäbe bei Brock (1977), 71 f.

² Zum Klugheitsmaßstab vgl. unten S. 213 f.

³ Vgl. auch Hare (1981), 53 ff., nach dem „*overridingness*“ zu den Merkmalen moralischer Urteile gehört; kritisch dazu Foot (1978), 181 ff.

I. Das Problem der Handlungsbegründung

A. Das Münchhausentrilemma der Handlungsbegründung

Am Ausgangspunkt der Überlegungen zur Handlungsbegründung in diesem Kapitel soll das Begründungsproblem stehen, das in der deutschsprachigen Diskussion häufig als „Münchhausentrilemma“ bezeichnet wird.⁴ Dieses Problem bezieht sich in der Erkenntnistheorie auf die epistemische Rechtfertigung von Annahmen darüber, daß etwas der Fall ist.⁵ Im Bereich der Moraltheorie betrifft es von vornherein mehrere Ebenen: Es betrifft einmal die Ebene der Gründe für Handlungen, und zwar solcher Handlungen, die nicht im Akzeptieren von Annahmen über die Rechtfertigung von Handlungen bestehen. Mit solchen Gründen sind Umstände im weitesten Sinne gemeint, wegen denen es begründet ist oder unbegründet oder keines von beidem oder, anders formuliert, wegen denen es geboten, verboten oder freigestellt ist, sich in bestimmter Weise zu verhalten. Es geht um Gründe für die Geltung von Handlungsnormen im hier verstandenen Sinne. Zu den geltungsbegründenden Umständen lassen sich dann korrespondierende Gebote formulieren, die die Orientierung an den betreffenden geltungsbegründenden Umständen bei der Handlungswahl gebieten. Zum anderen ist die Ebene der Rechtfertigung von Annahmen darüber betrof-

⁴ Vgl. Albert (1969), 11 ff.

⁵ Vgl. dazu Bieri (1987), 177 ff.; Alston (1976), 217 ff.

fen, daß bestimmte Normen gelten, d. h. ein ihnen gemäßes Handeln begründet ist.⁶

Nach dem Münchhausentrilemma stehen nur folgende Alternativen zur Wahl:

- 1) Man verlangt zu jedem Umstand, der als Grund für die Geltung einer Norm in Betracht kommt, oder zu jedem Gebot der Beachtung eines solchen Umstands einen weiteren Grund dafür, warum dieser Grund Geltungsgrund ist, d. h., warum das Gebot seiner Beachtung gilt, bzw. zu jeder Annahme über die Begründetheit einer Handlung einen weiteren Grund dafür, warum die betreffende Annahme gerechtfertigt ist. Es kommt zu einem unendlichen Regreß.
- 2) Man greift im Begründungsverfahren auf Gründe bzw. Annahmen zurück, die vorher schon als der weiteren Begründung bedürftig aufgetreten sind. Das Verfahren wird zirkulär.
- 3) Das Begründungsverfahren wird an einem bestimmten Punkt abgebrochen.

Man kann diesem Trilemma auf verschiedene Weise begegnen. Beispielsweise mag man die Frage nach weiteren Begründungen bestimmter Maßstäbe von vornherein als sinnlos zurückweisen. Oder man kann leugnen, daß die genannten Optionen die einzigen sind, und eine weitere Alternative aufzeigen, die das Begründungsproblem löst. Oder eine der Optionen des Trilemmas wird als Lösung des Begründungsproblems ausgewiesen. Dafür kommt insbesondere die dritte Option in Betracht. Im folgenden sollen einige solcher Entgegnungen auf das Begründungs-

⁶ Genauer läßt sich noch zwischen der Ebene der Rechtfertigung von Annahmen und der Ebene der Rechtfertigung von Annahmen darüber unterscheiden, daß Annahmen gerechtfertigt sind. Siehe dazu Alston (1976), 217 ff., insbes. 221 ff.

trilemma geprüft werden. Die Frage wird dabei immer die sein, ob die jeweilige Position ausschließen kann, was als Konsequenz aus dem Münchhausentrilemma zunächst einmal nahezuliegen scheint: daß allenfalls schwache Begründungen möglich sind oder daß jedenfalls die Wahl zwischen Maßstäben moralischen Inhalts und dem Maßstab der klugen Verfolgung des eigenen Wohls als obersten Maßstäben des Handelns letztlich eine Angelegenheit der bloßen Dezision ist.

B. Das Argument der Sinnlosigkeit externer Fragen

Eine der möglichen Entgegnungen auf das Begründungs-trilemma ist die, das Verlangen nach weiteren Gründen unter bestimmten Bedingungen als sinnlos zurückzuweisen. Dafür lässt sich folgendes Argument anführen: Die Frage nach weiteren Begründungen ist nur als interne, nicht aber als externe Frage sinnvoll,⁷ d. h. sie ist nur dann sinnvoll, wenn der Fragende ein Rahmenwerk von Regeln und Maßstäben voraussetzt, nach denen sich beurteilt, ob etwas Grund für etwas ist. Sie ist aber nicht sinnvoll, wenn der Fragende nach weiteren Gründen dafür fragt, warum er ein bestimmtes Rahmenwerk von Maßstäben und nicht ein anderes wählen soll. Denn die weiteren Gründe, nach denen gefragt ist, bilden entweder selbst einen Beurteilungsrahmen. Dann ist die Frage die, ob sich Beurteilungsrahmen A nach Beurteilungsrahmen B begründen lässt. In diesem Fall ist wiederum eine interne Frage gestellt. Oder es ist nach Gründen gefragt, die nicht selber schon einen Beurteilungsrahmen bilden. Auch dann sind

⁷ Zur Unterscheidung zwischen externen und internen Fragen vgl. Carnap (1972), 259 ff.; Beck (1960/1961), 271 ff.

aber Maßstäbe dafür nötig, welches Gründe für die Begründung von A sind und welches nicht. Die Frage nach der Begründung von A durch weitere Gründe lässt sich sonst von vornherein nicht beantworten. Da A diesen Maßstab sinnvollerweise nicht selbst liefern kann, muß in bezug auf ein maßstabbildendes Rahmenwerk gefragt werden, das von A verschieden ist, muß die Frage also wiederum intern gestellt sein.⁸

Das eben angesprochene Sinnlosigkeitsargument lässt sich anhand der Diskussion der Frage „Warum soll ich moralisch sein?“ verdeutlichen.⁹ Angenommen, jemand fragt nicht nur nach einem Motiv dafür, moralisch zu sein, auch nicht einfach danach, ob bestimmte als moralisch ausgegebene Auffassungen wirklich moralischen Standards genügen. Er fragt vielmehr nach weiteren rechtfertigenden Gründen dafür, warum er die wie auch immer näher zu umschreibenden grundlegenden Regeln und Maßstäbe beachten soll, die den Standpunkt der Moral kennzeichnen.

⁸ Beck (1960/1961), 276 ff. unterscheidet bei einer Wahl zwischen A und non-A zwischen dem Wertesystem, das durch die Wahl von A impliziert ist, und dem Wertesystem, das durch die Wahl von non-A impliziert ist, und den von der Entscheidung zwischen A und non-A nach Gründen vorausgesetzten Sätzen. Die externe Frage beziehe sich auf letztere Sätze. „Externe Gültigkeit bedeutet die Alleingültigkeit der Wahl zwischen A und nicht-A einem rationalen Prinzip nach“ (281). Dabei wird nicht recht klar, warum die Frage nach der externen Gültigkeit nicht doch auch wieder internen Charakter hat, insofern nämlich, als nach der Gültigkeit der Wahl gemessen am Maßstab dieses rationalen Prinzips gefragt wird. Beck lässt offen (281 f.), ob die Voraussetzung der Wahl zwischen A und non-A, das rationale Prinzip also, überhaupt impliziert, daß A oder non-A richtig ist. Ist dies aber nicht impliziert, fragt sich, was ein rationales Prinzip, aus dem sich nichts darüber ableiten lässt, welches Moralsystem den Vorzug verdient, dazu beitragen kann, daß die Wahl nicht beliebig, sondern rational ist.

⁹ Zur Diskussion dieser Frage siehe etwa Nielsen (1984), 81 ff.; Brock (1977), 71 ff.; Singer (1975), 363 ff.; Hospers (1952), 730 ff.; Bittner (1983), 11 ff.

Stellte er diese Frage relativ zu dem moralischen Rahmenwerk, verlangte er nach moralischen Gründen dafür, moralisch zu sein. Seine Frage machte keinen Sinn. Sinnvoll ist sie allenfalls dann, wenn er sie auf einen anderen, nicht-moralischen Beurteilungsrahmen bezieht, auf den der Klugheit etwa. Die Frage ist dann die, ob es dem Maßstab der Klugheit entspricht, moralisch zu sein. Diese Frage ist sinnvoll, solange sie sich auf das Ausmaß der Übereinstimmung des Klugheitsmaßstabs mit dem der Moral bezieht. Anders verhält es sich, wenn der Betreffende sie als Frage nach Gründen dafür versteht, ob er den Klugheitsstandpunkt oder den der Moral wählen soll, wenn beide miteinander in Konflikt geraten. Die Frage ist dann die nach Klugheitsgründen für die Wahl des Klugheitsstandpunktes, was wiederum keinen Sinn macht.

Teils wird mehr oder weniger explizit davon ausgegangen, es gebe nur zwei Standpunkte, von denen aus sich die Frage „Warum soll ich moralisch sein?“ rational stellen lässt: den Standpunkt der Klugheit und den der Moral.¹⁰ Aber auch wenn der Fragende noch einen dritten Bezugsrahmen hinzuzieht, der von dem der Klugheit und dem der Moral verschieden ist, und wenn er dann relativ zu diesem Bezugsrahmen fragt, ob er klug oder moralisch handeln soll, ändert das nichts. Wiederum gilt: Er kann nicht sinnvoll nach weiteren Gründen dafür fragen, warum er im Konfliktfall nach diesem dritten Beurteilungsrahmen handeln soll und nicht etwa nach dem der Klugheit oder dem der Moral.

Das eben vorgetragene Argument darf nicht überschätzt werden. Es kann allenfalls einen Begründungsregress ausschließen, wenn die Wahl zwischen mehreren Bezugsrahmen in Rede steht, indem es die Frage nach weiteren

¹⁰ So wohl M. G. Singer (1975), 369 ff.

Gründen für diese Wahl als sinnlos hinstellt. Die Frage nach der Begründbarkeit moralischer Handlungsmaßstäbe im starken Sinne ist damit noch nicht beantwortet, weder im positiven noch im negativen Sinne. Sie ist noch nicht im positiven Sinne beantwortet, weil sich mit dem Sinnlosigkeitsargument noch kein Handeln nach einem bestimmten Beurteilungsrahmen vor dem Handeln nach einem anderen Beurteilungsrahmen als besser begründet auszeichnen lässt. Andererseits schließt das genannte Sinnlosigkeitsargument die Begründung der Wahl eines Beurteilungsrahmens auch nicht aus. Die Begründung darf nur nicht die einfache Form einer Begründung des Handelns nach einem bestimmten Beurteilungsrahmen durch weitere Gründe für ein solches Handeln annehmen.

Wie auch immer die Antwort auf die Frage nach der Begründbarkeit der Wahl zwischen mehreren Maßstäben der Beurteilung von Normen und Handlungen aussehen mag: Die externe Frage, *ob* sich die Orientierung des Handelns an einem bestimmten Beurteilungsrahmen dieser Art begründen lässt, bleibt jedenfalls sinnvoll und berechtigt. Wenn das externe Infragestellen von Gesamtsystemen von Meinungen als sinnlos zurückgewiesen wird, weil es nur zu permanent unentscheidbaren Debatten führe,¹¹ ist dieser Einwand – jedenfalls auf das externe Infragestellen von Rahmenwerken für die Beurteilung von Normen und Handlungen übertragen – wenig überzeugend. Selbst wenn sich die Wahl zwischen mehreren solcher Beurteilungsrahmen nicht nochmals begründen ließe: Das Faktum bleibt bestehend, daß der Einzelne vor der Wahl zwischen der Orientierung des Handelns an verschiedenen Maßstäben der Beurteilung von Handlungen und Normen steht, insbesondere vor der Wahl zwischen einer Aus-

¹¹ Siehe M. Williams (1980), 265.

richtung des Handelns an moralischen Maßstäben und einer Ausrichtung an dem Maßstab der klugen Verfolgung des persönlichen Wohls. Diese Wahlsituation ist für den Handelnden auch spürbar, insbesondere dann, wenn die Befolgung moralischer Normen mit persönlichen Opfern verbunden ist. Der Einzelne kann ferner darauf reflektieren, daß verschiedene solcher Handlungsorientierungen zur Wahl stehen und zwischen ihnen eine bewußte Wahl treffen. Dann ist aber auch die Frage berechtigt, ob sich ein Handeln nach Maßstäben der einen Art vor einem Handeln nach Maßstäben der anderen Art rational auszeichnen läßt.¹² Sollte dies zu verneinen sein, ist auch das eine Antwort.

¹² Kambartel (1989), 58, bezeichnet es, an Wittgenstein anknüpfend, als „grammatisches Aussteigertum“, das nur dazu führe, daß unsere Fragen unverständlich würden, wenn sich jemand der Verbindlichkeit des Moralischen entziehe, die darin liege, daß das Morale Teil einer gemeinsamen Lebensform sei. Die Frage, ob es begründet ist, eine bestimmte Wahl zwischen einem Handeln zu treffen, das zuoberst an moralischen Maßstäben orientiert ist, und einem solchen Handeln, das sich zuoberst am Maßstab persönlichen Wohls orientiert, ist indessen alles anderes als unverständlich und unberechtigt, schon allein wegen des Fakts der Wahlsituation. Teils heißt es, wir könnten gar nicht umhin, beim Handeln einen internen Standpunkt einzunehmen, nach dem wir von der Richtigkeit moralischer Urteile überzeugt sind, ohne die Richtigkeit zugleich durch externe Fragen in Zweifel zu ziehen, da der Zweifel im Handeln suspendiert sei und niemand orientierungslos handeln könne (Geddert (1985), 214). Warum es indes nicht möglich oder auch nur absonderlich sein soll, daß jemand nach einem bestimmten Maßstab handelt und dabei – zu Recht oder zu Unrecht – davon überzeugt ist, daß die Wahl des Maßstabs eine Angelegenheit bloßer Dezision ist, bleibt unklar. An einer Handlungsorientierung fehlt es jedenfalls nicht. Auch ein Maßstab, dessen Wahl sich nicht begründen läßt, ist orientierend, hat sich der Handelnde einmal zur Beachtung dieses Maßstabs entschlossen.

C. Zur Kohärenztheorie der Begründung

Manche sehen in einer Kohärenztheorie der Rechtfertigung einen Ausweg aus dem Begründungstrilemma. Danach kommt es deswegen nicht zu einem Regress, weil sich die Rechtfertigung einer Annahme daraus ergibt, daß die Annahme mit anderen Annahmen in einem kohärenten Zusammenhang steht.¹³ Auf die Geltung von Normen bezogen, heißt das, daß sich die Geltung einer Norm nach deren Kohärenz mit anderen Normen richtet.

Gegen eine Kohärenztheorie der Begründung wird folgendes eingewandt: Sind Annahmen nur durch ihre Kohärenz mit anderen Annahmen gerechtfertigt, sind beliebig viele verschiedene Meinungssysteme denkbar, die alle gleich kohärent sind.¹⁴ Es ist dann nicht möglich, Annahmen des einen Meinungssystems auf rationale Weise vor Annahmen des anderen Meinungssystems auszuzeichnen. Ob sich dieser Einwand entkräften läßt, wenn es um die Begründung empirischer Behauptungen, um empirisches Wissen geht, mag dahingestellt bleiben. Auf die Begründung der Geltung von Normen übertragen, ist er jedenfalls durchschlagend. Da sich beliebige kohärente Normensysteme denken lassen, bedarf es einer Eingrenzung der möglichen Normen und Normensysteme. Das Kriterium dafür kann nicht wiederum allein Kohärenz sein, insbesondere nicht allein die Kohärenz mit anderen Normen. Sonst ergäbe sich wiederum eine Vielzahl konkurrierender, mit anderen Normen kohärenter Auswahlkriterien. Eine rationale Wahl zwischen ihnen wäre nicht möglich. Die Forderung mag vernünftig sein, verschiedene Normen bzw. Annahmen über die Geltung von Nor-

¹³ Vgl. dazu Bieri (1987), 177 ff., m. w. Nachw.

¹⁴ So etwa Pollock (1974), 27 ff.; zur Diskussion dieses Einwandes siehe auch M. Williams (1980), 243 ff.

men einem Kohärenztest zu unterziehen.¹⁵ Nur löst das Kriterium der Kohärenz *allein* nicht das Begründungsproblem.

D. Präsuppositionsanalyse argumentativer Rede und Diskursethik

Wer immer fragt, was er tun soll, hat sich auf eine Argumentation eingelassen. Daran knüpfen diejenigen an, die das Problem der Normenbegründung über eine Analyse der notwendigen Präspositionen sinnvoller argumentativer Rede lösen wollen. Sie versuchen zu zeigen, daß, wer argumentiert, notwendig die Gültigkeit bestimmter Normen bzw. Kriterien oder Regeln der Prüfung von Normen als gültig voraussetzt. Wer ihre Gültigkeit bestreite, verwickle sich in einen „performativen Selbstwiderspruch“, d. h. seine Aussage stehe im Widerspruch zum propositionalen Gehalt dessen, was er als sinnvoll Argumentierender notwendig als gültig unterstellen müsse.¹⁶

Zu den bekanntesten Vertretern dieser Art der Normenbegründung gehören Apel¹⁷ und Habermas,¹⁸ die Hauptvertreter der Diskursethik. Kuhlmann hat es unternommen, den angesprochenen Begründungsansatz, insbesondere in seiner von Apel vertretenen Variante, zu präzisieren und weiter auszubauen.¹⁹ Seine Ausführungen sollen als Ausgangspunkt für die folgende kurze Erörterung des angesprochenen Begründungsansatzes dienen.

¹⁵ Siehe dazu auch unten S. 257 ff., 263 ff.

¹⁶ Vgl. Habermas (1983), 90 ff.

¹⁷ Siehe etwa Apel (1976), 405 ff.; ders. (1986), 3 ff.; ders. (1988).

¹⁸ Siehe z. B. Habermas (1983), 53 ff.; ders. (1986), 217 ff.

¹⁹ Kuhlmann (1985), 181 ff.

1. Die Argumentation Kuhlmanns

Kuhlmann geht es um die starke These, daß jeder, der überhaupt Überlegungen im Blick auf sein zukünftiges Handeln anstellt, auch der, der von einem radikal egoistischen Standpunkt aus lediglich Fragen technischer Natur stellt, immer schon eine bestimmte ethische Metanorm anerkannt hat.²⁰ Der Gang der Begründung ist – verkürzt – folgender: Ausgangspunkt ist die Formulierung einer ersten, unhintergehbaren Norm, nach der wir dann, wenn wir etwas wissen oder ein Problem lösen wollen, rational argumentieren sollen.²¹ Nach ihr sollen wir uns, wenn wir an der Lösung eines Problems ernsthaft interessiert sind, um eine Lösung bemühen, der jedermann zustimmen könnte, um einen vernünftigen Konsens.²² Diese Norm leitet sich aus dem Interesse des Argumentierenden ab, Gewißheit darüber zu erlangen, daß eine bestimmte Lösung auch die richtige ist. Denn Gewißheit haben wir nur dann, wenn niemand einer unbegrenzten Kommunikationsgemeinschaft einen berechtigten Widerspruch anmeldet. Wer Gewißheit will, will einen vernünftigen Konsens.²³ Grundgedanke dabei ist, daß sich die Geltung von Argumenten nicht „monologisch“, sondern nur durch eine Gemeinschaft von Argumentierenden überprüfen läßt.²⁴ Genauer setzt der Argumentierende gleichzeitig eine reale und eine ideale Kommunikationsgemeinschaft voraus. Letztere ist höchste Überprüfungsinstanz und wird in der realen Argumentationssituation „kontrafaktisch antizipiert“.²⁵

²⁰ Kuhlmann (1985), 239.

²¹ Kuhlmann (1985), 185.

²² Kuhlmann (1985), 189.

²³ Kuhlmann (1985), 190.

²⁴ Kuhlmann (1985), 145 ff.

²⁵ Vgl. Apel (1976), 429.

Damit ist noch nicht gezeigt, daß der Argumentierende einen praktischen Diskurs führen, d. h. auch solche Einwände ernst nehmen soll, in denen ein Opponent entgegengesetzte Interessen entgegenbringt. Denn fragt der Argumentierende vom egoistischen Standpunkt aus nach der bestmöglichen Durchsetzung seiner Interessen, tragen Einwände, die auf die Veränderung oder Aufgabe seiner Interessen zielen, zur Klärung seiner Frage nichts bei. Ein erster Schritt zur Überwindung dieser Schwierigkeit ist die Ableitung der Norm, nach der wir mit den Argumentationspartnern kooperieren und sie in der Argumentation als gleichberechtigt, wahrheits- und zurechnungsfähig anerkennen und behandeln sollen.²⁶ Ohne sie als wahrheits- und zurechnungsfähig anzusehen, können wir mit ihnen keine sinnvolle Argumentation führen. Die Forderung nach *gleichberechtiger* Kooperation ergibt sich daraus, daß, wer an Wahrheit und Gewißheit interessiert ist, nichts will, was der Wahrheitsfindung hinderlich ist. Würde die Forderung nach Gleichberechtigung mißachtet, bestünde die Gefahr, daß gute Argumente keine Berücksichtigung finden oder andere Faktoren als gute Argumente, etwa Gewaltverhältnisse, für die Problemlösung bestimmend sind.²⁷ Daraus folgt zunächst die Verpflichtung, gegensätzliche Forderungen, die Geschäftsordnungsfragen betreffen, als gleichberechtigt anzuerkennen und den Streit über Geschäftsordnungsfragen konsensuell zu lösen. Die Verpflichtung zum Konsens betrifft aber nicht nur die Kooperation im Diskurs und die Rolle des Einzelnen als Diskursteilnehmer. Denn von der Auflösung eines Konflikts in Geschäftsordnungsfragen, der Frage der Beendigung des Diskurses etwa, sind in realen

²⁶ Dazu Kuhlmann (1985), 195 ff.

²⁷ Kuhlmann (1985), 198.

Diskursen auch diskursexterne Handlungen, Interessen und Absichten betroffen. Eine konsensuelle Auflösung der Geschäftsordnungsprobleme ist dann ohne eine konsensuelle Regelung der dahinein verwobenen diskursexternen Probleme nicht möglich.²⁸ Auch entwertete ein Diskurs, der die mit der Geschäftsordnungsdebatte verknüpften diskursexternen Gesichtspunkte prinzipiell nicht berücksichtigte, die Anstrengungen der Diskursteilnehmer. Denn dann zählten ja nicht nur Argumente, sondern auch sachfremde Faktoren.²⁹ Damit ist gezeigt, daß jeder Argumentierende immer schon folgende Grundnorm anerkannt hat: Wenn wir an der Lösung eines faktischen Problems ernsthaft interessiert sind, bei dem es um die Berechtigung von Handlungsnormen, Zielen, Bedürfnissen, Interessen geht, insbesondere im Falle des Konflikts zwischen Ansprüchen der Teilnehmer der Argumentationsgemeinschaft, dann müssen wir uns um eine Lösung bemühen, der jedes Mitglied der unbegrenzten Kommunikationsgemeinschaft zustimmen könnte, um einen vernünftigen praktischen Konsens.³⁰

Hier ist keine umfassende Kritik des dargestellten Begründungsansatzes beabsichtigt. Insbesondere soll die Annahme, Argumentation sei nur im Rahmen und mit Bezug auf eine Kommunikationsgemeinschaft möglich, hier nicht weiter diskutiert werden.³¹ Lediglich folgende Kritikpunkte seien angeführt: Ausgangspunkt der vorgestellten Herleitung ist das Interesse jedes Argumentierenden herauszufinden, welches die richtige Problemlösung ist. Die einzelnen abgeleiteten Normen umschreiben lediglich, was der Argumentierende nach Maßgabe dieses In-

²⁸ Kuhlmann (1985), 204 f.

²⁹ Kuhlmann (1985), 206 f.

³⁰ Kuhlmann (1985), 207.

³¹ Kritisch gegenüber dieser Annahme etwa Trapp (1988), 179 ff.

teresses tun muß, haben insofern hypothetischen Charakter.³² Geht es aber allein darum, die richtige Problemlösung zu finden, ist nicht zu sehen, warum jeder Geschäftsordnungsstreit und damit verbundene Konflikt diskursexterner Interessen konsensuell, ohne Zwang und Täuschung, gelöst werden soll. Angenommen beispielsweise, der Egoist führt einen Diskurs über die Frage, wie er seine Interessen am besten durchsetzen kann. Die Teilnehmer des realen Diskurses machen geltend, sie müßten den Diskurs abbrechen, weil sie sonst eine wichtige Besprechung versäumten. Was wäre dem Zweck, im Diskurs die richtige Antwort auf die diskutierte Frage zu finden, in dieser Situation dienlicher, als den Argumentationspartnern vortäuschen, die Besprechung falle aus? Möglicherweise kommt es dennoch zu einem Diskurs über die Geschäftsordnungsfrage, in der die Interessen aller Teilnehmer Berücksichtigung finden. Unterstellt, dieser praktische Diskurs führt zu dem Ergebnis, daß der Diskurs über die Frage des Egoisten zu beenden ist und der Egoist obendrein außerhalb des Diskurses eine bestimmte egoistische Handlung p unterlassen soll. Ist der Egoist deswegen verpflichtet, den Diskurs zu beenden und p zu unterlassen? Das wäre eine sonderbare Art von Verpflichtung. Denn die Verpflichtung, einen praktischen Diskurs zu führen, leitet sich ja allein daraus ab, daß die Durchführung des Diskurses der Verwirklichung des Interesses des Egoisten dienlich ist, die richtige Antwort auf die von ihm aufgeworfene Frage zu finden. Der Egoist wäre also verpflichtet, die Suche nach der richtigen Problemlösung im Diskurs zu beenden, weil er ein Interesse an der Problem-

³² Nach Ilting (1982), 621 ff., führen Herleitungen der genannten Art aus diesem Grunde zu keiner moralischen Verbindlichkeit; dazu Kuhlmann (1985), 187 Anm. 6.

lösung hat, und das auch dann, wenn die gewaltsame oder durch Täuschung herbeigeführte Fortführung des Diskurses der Problemlösung immer noch dienlicher wäre als die Beendigung des Diskurses. Ebensowenig ergibt sich aus dem genannten Interesse des Egoisten, daß er außerhalb des Diskurses dessen praktische Forderungen beachten soll. Hat der Egoist bereits erfahren, was er wissen wollte, beeinträchtigt es nicht das eben genannte Interesse, wenn er p ausführt.

Der Diskursethiker wird dem entgegenhalten, wenn der Egoist frage, ob er die Ergebnisse des praktischen Diskurses respektieren solle, argumentiere er. Damit habe er bereits anerkannt, daß die richtige Antwort die ist, die die Zustimmung aller Diskursteilnehmer finden kann. Indessen ist die Frage des Egoisten, wenn er konsequent ist, als Frage danach zu verstehen, ob das Respektieren der Ergebnisse des praktischen Diskurses seinem Interesse an der Beantwortung der im ersten Diskurs behandelten Frage dient. Seine Frage ist also wiederum die Frage nach der bestmöglichen Interessendurchsetzung. Spielen in diesen zweiten Diskurs keine diskursexternen Faktoren mit hinein, werden die Teilnehmer dieses Diskurses zu einem Konsens dahin kommen, daß die Fortsetzung des ersten Diskurses durch Täuschung oder die Ausführung von p aus der Perspektive des Egoisten begründet sind. Angenommen, die Teilnehmer des zweiten Diskurses werfen wiederum Geschäftsordnungsfragen auf, die zu einem praktischen Diskurs führen. Die Situation ist dann die gleiche wie im ersten Diskurs. Für den Egoisten wird sich wiederum die Frage stellen, ob das Ergebnis dieses zweiten praktischen Diskurses in seinem Interesse liegt. Darüber ist dann ein dritter Diskurs zu führen, bei dem die gleichen Probleme auftreten usw. Ein unendlicher Regress droht. Ein solcher Regress realer Diskurse ist allerdings

nicht möglich. Irgendwann kommt daher der Punkt, an dem sich kein weiterer realer Diskurs mehr führen läßt. Der Egoist kann die Frage, ob er die Ergebnisse des zuletzt geführten praktischen Diskurses beachten soll, dann nur noch in einem hypothetischen Diskurs prüfen. Warum sollten aber in einem nur gedachten Diskurs diskursexterne Handlungen und Interessen eine Rolle spielen? Warum soll man sich diesen Diskurs nicht so vorstellen, daß alle Beteiligten nur um die Beantwortung der Frage des Egoisten bemüht sind, ohne etwa im Blick auf diskursexterne Interessen Geschäftsordnungsfragen aufzuwerfen? Bei Kuhlmann heißt es denn auch, der Zusammenhang zwischen diskursinternen und -externen Dingen sei ein wesentliches Merkmal *realer* Diskurse.³³ Spielen aber keine diskursexternen Interessen mit hinein, muß der argumentierende Egoist nach der Kuhlmannschen Gedankenführung auch keine praktischen Diskurse führen, in denen die diskursexternen Interessen anderer Berücksichtigung finden, will er zu einer Problemlösung gelangen. Der Versuch Kuhlmanns zu zeigen, daß jeder, der argumentiert, auch der kluge Egoist, der fragt, wie er seine Interessen am besten durchsetzen kann, verpflichtet ist, eine konsensuelle Lösung von Interessenkonflikten im praktischen Diskurs zu suchen und auch außerhalb des Diskurses nach ihr zu handeln, ist nach dem Gesagten wenig überzeugend.

2. Der Universalisierungsgrundsatz und seine Herleitung bei Habermas

Selbst wenn jeder, der argumentiert, immer schon die Verpflichtung zu einer Konfliktlösung im praktischen Dis-

³³ Kuhlmann (1985), 205.

kurs anerkannt hätte, wäre damit für die Beantwortung der Frage nach der Begründbarkeit von Normen noch nicht viel gewonnen. Um das zu zeigen, sei hier kurz auf den Beitrag von Habermas zu dieser Frage eingegangen. Nach Habermas lässt sich durch eine Präspositionsanalyse argumentativer Rede nachweisen, daß derjenige, der sich auf eine Argumentation über die Rechtfertigung von Normen einläßt, implizit bereits die Gültigkeit einer bestimmten, für die Überprüfung von Normen grundlegenden Argumentationsregel anerkannt hat. Er will zeigen, „wie das als Argumentationsregel fungierende Verallgemeinerungsprinzip von Voraussetzungen der Argumentation überhaupt impliziert wird“.³⁴ Als Argumentationsvoraussetzungen führt Habermas eine Reihe von Argumentationsregeln an, die in einer fehlerfreien Argumentationspraxis nach Habermas tatsächlich befolgt sind oder deren hinreichende Erfüllung jedenfalls kontraktisch unterstellt werden muß.³⁵ Dazu zählen Regeln der Konsistenz, der Zurechnungsfähigkeit und der Aufrichtigkeit der Teilnehmer, Regeln des freien Zugangs zum Diskurs oder der Freiheit von Zwang oder auch Regeln, nach denen jeder jede Behauptung problematisieren und seine Bedürfnisse äußern darf. Aus diesen Diskursregeln ergibt sich – so Habermas –, daß eine strittige Norm unter den Teilnehmern eines praktischen Diskurses nur Zustimmung finden kann, wenn sie dem Universalisierungsgrundsatz (U) entspricht, d. h., „wenn die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus einer allgemeinen Befolgung der strittigen Normen für die Befriedigung der Interessen eines jeden Einzelnen voraussichtlich ergeben, von allen zwanglos akzeptiert werden können“.³⁶ Dieser Argumen-

³⁴ Habermas (1988), 97.

³⁵ Habermas (1988), 97 ff.

³⁶ Habermas (1988), 103.

tationsregel stellt er einen diskursethischen Grundsatz an die Seite, nach dem „nur die Normen Geltung beanspruchen dürfen, die die Zustimmung aller Betroffenen als Teilnehmer eines praktischen Diskurses finden (oder finden könnten)“.³⁷

Wer eine Ethik wie Habermas auf der Präsuppositionsanalyse argumentativer Rede aufbauen will, steht vor folgendem Dilemma: Wenn sich Regeln finden lassen, die jeder *als Argumentierender* immer schon anerkannt hat, können das allenfalls Regeln sein, die die Bedingung für eine rationale, ungestörte und umfassende *Suche* nach Wahrheit oder praktischer Richtigkeit umschreiben. Auch Habermas beschreibt den Diskurs als ein Unternehmen der *Suche* nach Wahrheit und Richtigkeit, wenn er ihn als eine erfahrungsreie und handlungsentlastete Form der Kommunikation kennzeichnet, deren Struktur sicherstellt, daß Teilnehmer, Themen und Beiträge nicht beschränkt werden, kein Zwang außer dem des besseren Arguments ausgeübt wird und „infolgedessen alle Motive außer dem der kooperativen Wahrheitssuche ausgeschlossen sind“.³⁸ Sind mit den Diskursregeln aber lediglich Bedingungen für die *Suche* nach rechtfertigenden Gründen angegeben, ist noch völlig offen, ob es solche rechtfertigenden Gründe gibt und welche. Auch für die Diskursteilnehmer stellt sich die Frage nach Gründen für die Geltung einer Norm, nach Gründen für die Beachtung dieser Gründe usw. Das Münchhausentrilemma ist nicht gelöst, sondern nur auf eine andere, diskursive Ebene verlagert. Alle mögen über alles frei von Zwang und unter idealen Bedingungen argumentieren: Daß der diskursive Begründungsprozeß jemals ein Ende finden kann, ohne

³⁷ Habermas (1988), 103.

³⁸ Habermas (1979 a), 148; ders. (1988), 99.

schlicht auf Dezisionen zurückzugreifen, ist noch nicht dargetan.

Will der Diskursethiker dieser Schwierigkeit begegnen, muß er den Argumentationsregeln solche hinzufügen, die normativen Gehalt haben, die es möglich machen, zwischen Gründen, die zu rechtfertigen vermögen, und anderen zu unterscheiden.³⁹ Diese Regeln kann er aber nicht mehr damit begründen, daß sie jeder *als Argumentierender* immer schon anerkannt hat. Natürlich steht es ihm frei, einen engen Begriff von Argumentation zu verwenden, nach dem die Beachtung dieser Regeln zu den Voraussetzungen einer fehlerfreien Argumentation gehört. Damit löst er aber nicht das Begründungsproblem. Zudem hat er seinen Begründungsansatz aufgegeben, der darin bestand zu zeigen, daß niemand, der in Fragen der Normenrechtfertigung argumentiert, die Gültigkeit bestimmter Regeln bestreiten kann, ohne sich in einen performativen Selbstwiderspruch zu verwickeln. Die Argumentation im engeren Sinne ist dann nichts Unhintergehbaren mehr. Es ist möglich, in praktischen Fragen zu argumentieren und Geltungsansprüche zu erheben, ohne sich auf eine solche Argumentation im engeren Sinne einzulassen. Auch ist es keine Lösung, einfach Argumentationsregeln zu verwenden, die tatsächlich gerade befolgt werden oder die den tatsächlich gerade herrschenden normativen Überzeugungen entsprechen und dies damit zu begründen, daß bisher gegen sie ja keine „einleuchtende Kritik“ vorgetragen worden sei, die zu ihrer Aufgabe geführt habe.⁴⁰ Solange nicht verständlich gemacht ist, wie eine Regel mit einem für die Beurteilung von Normen hin-

³⁹ Zur Notwendigkeit von Kriterien, um innerhalb des Diskurses zu einer Übereinstimmung gelangen zu können, vgl. auch Höffe (1979), 251 ff.

⁴⁰ So die Argumentation Alexys (1978), 232 f.

reichenden normativen Gehalt angesichts des Münchhau-sentrilemmas überhaupt begründet werden kann und nach welchen Maßstäben, hilft auch der Hinweis auf bisher fehlende „einleuchtende Kritik“ nicht weiter.⁴¹

Dem eben angesprochenen Dilemma entgeht auch Habermas nicht. Sein Universalisierungsgrundsatz mag einen normativen Gehalt haben. Er folgt aber nicht aus den Diskursregeln, aus denen Habermas ihn ableitet. Zunächst ist die Formulierung mehrdeutig, alle müßten die Folgen und Nebenwirkungen für die Interessenbefriedigung jedes Einzelnen zwanglos „akzeptieren können“. „Akzeptieren können“ kann mindestens heißen: akzeptieren, weil die Norm gerechtfertigt ist, welcher Art die rechtfertigenden Gründe auch sein mögen, oder: akzeptieren unter der Annahme, daß sich die Folgen und Nebenwirkungen für die Interessenbefriedigung jedes Einzelnen bei Prüfung der verschiedenen denkbaren Maßstäbe für die Gültigkeit von Normen als maßstabbildender Gesichtspunkt für die Rechtfertigung von Normen ausweisen lassen. In der ersten Deutung mag U aus den Diskursregeln folgen, läßt U aber noch offen, ob und auf welche Weise sich Normen rechtfertigen lassen. In der zweiten Deutung ergibt sich U nur dann aus den Diskursregeln, wenn sich aus ihnen ableiten läßt, daß die Folgen allgemeiner Normenbefolgung für die Interessenbefriedigung jedes Einzelnen oberster Bewertungsgesichtspunkt sind. Eine solche Herleitung ist

⁴¹ Wenn es bei Alexy (1989), 89, heißt: „Die Diskurstheorie setzt voraus, daß die Teilnehmen des Diskurses grundsätzlich in der Lage sind, gute von schlechten Gründen für substantielle Aussagen zu unterscheiden“, setzt er die eigentlich wesentliche und problematische Frage schlicht als beantwortet voraus: die Frage, ob und auf welche Weise sich angesichts des Münchhau-sentrilemmas im Diskurs oberste Maßstäbe für die Beur-teilung von Normen und von Handlungen begründen lassen, ohne auf Dezisionen zurückzugreifen, und welche Maßstäbe es genauer sind, die sich rational auszeichnen lassen.

aber nicht möglich. Die angegebenen Diskursregeln umschreiben lediglich Bedingungen für eine ungestörte, von Zwang freie Suche nach Antworten auf Fragen der Richtigkeit von Normen. Sie präjudizieren noch keinen bestimmten Bewertungsmaßstab. Warum beispielsweise ein Maßstab im Sinne einer deontologischen Ethik,⁴² nach der bestimmte Handlungstypen ohne Rücksicht auf die Folgen des Handelns für die Interessenbefriedigung jedes Einzelnen ge- oder verboten sind, mit den von Habermas angeführten Diskursregeln unvereinbar sein soll, ist nicht zu sehen. Eine solche Unvereinbarkeit folgt nicht etwa aus der Regel, nach der jedermann seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern darf. Diese Regel sagt noch nichts darüber aus, ob und in welcher Weise welche Bedürfnisse für die Normenbegründung auch relevant sind. Als Grund für die Maßgeblichkeit der Interessenbefriedigung lässt sich auch nicht etwa anführen, die erforderliche zwanglose Zustimmung zum Diskurs sei nur zu erwarten, wenn die Befolgung der Norm im Interesse des einzelnen Diskursteilnehmers liege. Das Verhalten der Teilnehmer jedenfalls eines idealen Diskurses ist ja, wie Habermas immer wieder hervorhebt, allein vom Motiv der kooperativen Wahrheitssuche bestimmt. Dazu stünde es in Widerspruch, wenn ein Diskursteilnehmer seine Zustimmung nicht allein an der Frage der Rechtfertigung einer Norm orientierte, sondern an seinen eigenen Interessen.

Allenfalls wäre zu fragen, ob zu den Argumentationsvoraussetzungen nicht auch die Regel gehört, daß jeder Sprecher nur solche Wert- und Verpflichtungsurteile im Blick auf eine Situation behaupten darf, die er im Blick auf Situationen ebenfalls behaupten würde, die der betreffenden Situation in allen relevanten Hinsichten gleich sind,⁴³ und ob

⁴² Zum Begriff der deontologischen Ethik vgl. Trapp (1988), 30 ff.

sich nicht aus dieser Regel Maßstäbe für die Beurteilung von Normen gewinnen lassen. So hat Hare versucht, aus einem Konsistenzprinzip dieser Art in Verbindung mit der These, daß moralische Urteile präskriptiven Charakter haben, einen utilitaristischen Handlungsmaßstab herzuleiten.⁴⁴ Allerdings steht der Herleitungsvorschlag Hares auf schwachen Füßen. Insoweit sei auf die überzeugende Kritik verwiesen, die an diesem Ansatz geübt wurde.⁴⁵

Habermas sieht einen wesentlichen Vorteil der diskursethischen Verallgemeinerung darin, daß sie die Betroffenen nicht nur zwingt, für sich alleine zu prüfen, ob jeder die Norm annehmen kann, sondern dazu zwingt, die Perspektive der anderen in *tatsächlich geführten* Diskursen, in einem universellen Rollentausch, einzunehmen.⁴⁶ Indessen löst ein solcher Rollentausch nach dem Gesagten nicht das Begründungsproblem. Die Frage, die oben bereits gestellt wurde, bleibt unbeantwortet: Aus welcher von jedem praktisch Argumentierenden immer schon anerkannten Regel folgt ein gehaltvoller, letztverbindlicher Maßstab für die Beurteilung von Normen? Der Rollentausch mag dem Einzelnen Erkenntnisse über die Situation und die Interessen der betroffenen Personen vermitteln. Ob und in welcher Weise diese Erkenntnisse für die Rechtfertigung von Normen relevant sind, bleibt offen.

Angenommen, für die Rechtfertigung von Normen komme es auf die Folgen einer Befolgunig der Norm für die Interessen jedes Einzelnen an. Dann bleibt immer noch unklar, aus welcher Diskursregel sich ergibt, daß die Folgen einer gedachten *allgemeinen* Befolgunig und nicht die

⁴³ Vgl. dazu Alexy (1978), 237. Habermas (1988), 97 ff. führt diese Regel bei der Aufzählung der Diskursregeln nicht ausdrücklich an.

⁴⁴ Hare (1981), 87 f.

⁴⁵ Siehe etwa die überzeugende Kritik von Reed (1988), 271 ff.

⁴⁶ Habermas (1984), 531 f.

Folgen der tatsächlich zu erwartenden Befolgung der strittigen Norm für die Interessenbefriedigung maßgeblich sind. Warum sollen die Diskursteilnehmer einer Norm zustimmen, die nur Interessen befriedigt, wenn viele sie beachten, die aber nichts als Schaden und Aufwand verursacht, wenn nur wenige sie befolgen und ihre weitgehende Mißachtung zu erwarten ist?⁴⁷

Darüber hinaus ist unklar, welcher Norm alle Diskursteilnehmer zustimmen können, wenn die Interessen einiger Teilnehmer für, die Interessen anderer Teilnehmer gegen die Befolgung der Norm sprechen. Entweder die Zustimmung richtet sich danach, ob die Befolgung der Norm denjenigen Interessen entspricht, die zu befriedigen gerechtfertigt ist. Dann sind Maßstäbe für die Bewertung der gegensätzlichen Interessen nötig, die sich den Diskursregeln nicht entnehmen lassen. Oder die Zustimmung hängt davon ab, ob die Befolgung der Norm den eigenen Interessen der jeweiligen Diskursteilnehmer entspricht. Dann kann nur die Norm Zustimmung finden, deren Befolgung jedermanns Interessen am besten verwirklicht. Habermas scheint die zweite Variante zu favorisieren. Für ihn lassen sich Handlungskonflikte nur soweit durch Argumentation beilegen, wie allgemeine oder „verallgemeinerungsfähige“ Interessen im Spiel sind. Soweit nur partikulare Interessen berührt seien – und die meisten staatlich geregelten Materien berühren für Habermas nur partikulare Interessen – ließen sich Konflikte nur durch Verhandlung und Kompromiß lösen.⁴⁸ Dabei wird nicht ganz

⁴⁷ Zur Problematik und dem allenfalls begrenzten Anwendungsbereich von Verallgemeinerungsargumenten, die auf Folgen einer allgemeinen Praxis der zur Diskussion stehenden Handlungsweise abstellen vgl. Hoerster (1977) 2. und 3. Kap.; Wimmer (1980), 296 ff.; Trapp (1988), 212 ff.

⁴⁸ Habermas (1985), 242 f.

klar, ob Habermas auch den Fall noch für entscheidbar hält, in dem *neben* allgemeinen Interessen bei einzelnen Beteiligten auch gegensätzliche partikulare Interessen bestehen. Ist auch dieser Fall nicht entscheidbar, läuft U praktisch weitgehend leer. Eine diskursive Begründung von Normen, die partikulare Interessen einschränken sollen, wäre nicht möglich. Oder Habermas will verallgemeinerbaren Interessen in solchen Fällen den Vorrang einräumen. Aus den Diskursregeln lässt sich ein solcher Vorrang allerdings nicht ableiten. Auch ist wenig einsichtig, warum Interessen schon allein deswegen besonders privilegiert sein sollen, weil sie bei allen gleich sind.⁴⁹

Festzuhalten bleibt: Die Diskursregeln tragen nicht die Konsequenzen, die Habermas aus ihnen ziehen will. Bei Habermas findet sich denn auch noch eine zusätzliche Voraussetzung für die Herleitung von U. So heißt es, jeder, der sich auf die Kommunikationsvoraussetzungen einlasse „und der weiß, was es heißt, eine Handlungsnorm zu rechtfertigen“,⁵⁰ müsse die Gültigkeit von U unterstellen. Nur: Sofern diese Zusatzbedingung als definitorische Festsetzung dahin zu verstehen ist, daß nur Argumentationen nach Maßgabe von U „Rechtfertigung einer Handlungsnorm“ heißen sollen, oder sofern sie auf einen entsprechenden Sprachgebrauch verweisen soll, hilft das nicht weiter. Definitorische Festlegungen dieser Art beantworten nicht die normative Frage, ob U oder ein anderer Maßstab für die Beurteilung von Handlungen oder Normen den Vorzug verdient. Soll die zusätzliche Bedingung dagegen zum Ausdruck bringen, daß nur nach U begründete Normen gerechtfertigt sind, würde Habermas

⁴⁹ Zur Kritik am Kriterium des verallgemeinerungsfähigen Interesses vgl. auch Trapp (1988), 168 ff.

⁵⁰ Habermas (1988), 97.

voraussetzen, was er eigentlich erst zeigen will: die Maßgeblichkeit von U.⁵¹

Selbst wenn einsichtig würde, daß und auf welche Weise die Teilnehmer eines praktischen Diskurses zu Beurteilungsmaßstäben gelangen können, ohne schlicht auf Dezisionen zurückzugreifen, bliebe immer noch folgende Schwierigkeit: Nach Habermas sind praktische Argumentationen in seinem Sinne in einem verständigungsorientierten Handeln verwurzelt, das auf eine Fortsetzung des Handelns mit argumentativen Mitteln im praktischen Diskurs angelegt ist. Der Egoist, der strategisch handelt und fragt, wie er seine Interessen am besten durchsetzen kann, hat U damit noch nicht implizit anerkannt. Ihm gegenüber läßt sich nach dem Ansatz von Habermas nicht begründen, daß er sich an dem diskursethischen Grundsatz orientieren soll. Habermas hält dem entgegen, die Möglichkeit zwischen verständigungsorientiertem und strategischem Handeln zu wählen, sei nur abstrakt, weil nur aus der Perspektive des Einzelnen und nur von Fall zu Fall gegeben. Ein langfristiger Ausstieg aus Kontexten verständigungsorientierten Handelns führe zu monadischer Vereinsamung, Schizophrenie oder Selbstmord.⁵² Daß sich die Wahl zwischen dem Klugheitsmaßstab als *oberstem Handlungsmaßstab*, der die Ausrichtung an praktischen Diskursen nur soweit zuläßt, wie dies der Klugheit entspricht, und der Ausrichtung des Handelns an solchen Diskursen *ohne Klugheitsvorbehalt* begründet treffen läßt, hat Habermas nicht dargetan.

⁵¹ Anders als in der 1. Auflage von „Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln“ (1983), 102 f., macht Habermas in den späteren Auflagen (1988), 102 f., denn auch die Einschränkung, U lasse sich „in Verbindung mit einem schwachen, d. h. nicht-präjudizierenden Begriff von Normenrechtfertigung“ ableiten.

⁵² Habermas (1988), 109 ff.

E. Der Rückgang auf pragmatische Fundamente (konstruktivistischer Begründungsbegriff)

Eine andere Entgegnung auf das Münchhausentrilemma geht dahin, die Begründung auf pragmatische Grundlagen zu stellen und dem Trilemma auf diese Weise zu entgehen. Als Beispiel sei kurz der konstruktivistische Begründungsbegriff angeführt. Er geht von der Idee einer Begründung aus, die über die Ebene der Sätze und Begriffsexplikationen in methodisch rekonstruktierbarer Form hinausgeht und auf ein pragmatisches Fundament zurückgreift.⁵³ Eine konstruktivistische Theorie praktischer Begründungen hat nach Schwemmer folgenden Aufbau:⁵⁴ Ausgangspunkt ist die Aufgabe, lehrbare und gewaltfreie Methoden zur Bewältigung von Konfliktsituationen auszuarbeiten. Zur Lösung dieser Aufgabe ist eine Terminologie aufzubauen, mit deren Hilfe sich der Lösung dieser Aufgabe dienliche Begründungsprinzipien formulieren und Methoden der materialen Normenbegründung ausarbeiten lassen.⁵⁵ Eine Konfliktsituation auf lehrbare Weise zu bewältigen heißt dabei zum einen, die für die Argumentation verwendete Sprache schrittweise und zirkelfrei aufzubauen. Zum anderen schließt Lehrbarkeit die Forderung ein, den Nachweis zu erbringen, daß die gemachten Vorschläge zur Ausführung von Handlungen oder zur Setzung von Zwecken allgemein annehmbar sind, d. h. sich gegen jedermann verteidigen lassen. In dieser Forderung „steckt“ nach Schwemmer bereits das Vernunftprinzip, mit dessen Befolgung Begründungen möglich wer-

⁵³ Mittelstraß (1984), 18.

⁵⁴ Schwemmer (1974), 215, der zur konstruktivistischen Ethik inzwischen eine distanzierte Haltung eingenommen hat (siehe Schwemmer (1986), 7 ff.).

⁵⁵ Schwemmer (1974), 220.

den. Vernunftprinzip und Lehrbarkeitsforderung stimmen in der Forderung überein: Zeige, daß die Maximen, die du vorschlägst, Normen, d. h. universelle Geltung beanspruchende Imperative sind.⁵⁶ Der pragmatische Charakter der Begründung dieses Prinzips liegt danach darin, daß die Begründung im schrittweisen Einüben eines Handelns besteht, daß dann, wenn es ausgeführt ist, mit dem Vernunftprinzip unter eine Regel gebracht wird.⁵⁷ Dieser Aufbau einer vernünftigen Beratung, der zur Formulierung der Begründungsprinzipien führt, kann nur Erfolg haben, wenn die Beteiligten, ein, wie Schwemmer es nennt, kommunikatives Interesse haben, d. h. ein Interesse an der gewaltlosen Beseitigung und Vermeidung von Konfliktsituationen durch Rede.⁵⁸ Es handelt sich um das Interesse an einer Konfliktbewältigung, die durch ein unvoreingenommenes, zwangloses und nicht persuasives Vorgehen gekennzeichnet ist.⁵⁹

Auf die Durchführung dieses Begründungsansatzes soll hier nicht näher eingegangen werden.⁶⁰ Festzuhalten bleibt, daß die Begründung von einer bestimmten Aufgabenstellung ausgeht, der Aufgabe, lehrbare und gewaltfreie Methoden der Konfliktbewältigung auszuarbeiten, und daß die dazu nötige Durchführung der Beratung ein kommunikatives Interesse voraussetzt. Wer dieses Interesse nicht verfolgt, wer beispielsweise nach dem Maßstab des persönlichen Wohls handeln will und nach Begründungen relativ zu diesem Maßstab fragt, dem gegenüber lassen sich Moralprinzipien nach dem eben vorgestellten Ansatz nicht begründen.

⁵⁶ Schwemmer (1974), 221.

⁵⁷ Schwemmer (1974), 225.

⁵⁸ Schwemmer (1979), 190 ff.

⁵⁹ Vgl. Schwemmer (1974), 223; Kambartel (1979), 66 f.

⁶⁰ Zur konstruktivistischen Ethik siehe näher Wimmer (1980), 59 ff.

Damit fragt sich, ob die Ausrichtung des Handelns am kommunikativen Interesse bzw. an den darauf aufbauenden Begründungen nicht dezisionären Charakter hat. Die Vertreter des konstruktivistischen Begründungsansatzes sperren sich gegen den Begriff der Dezision. Die pragmatische Begründung sei deswegen nicht dezisionistisch, weil jeder Schritt bei der Aufstellung der Prinzipien expliziert sei und damit eine geregelte Möglichkeit zur Ablehnung oder zum Gegenvorschlag bestehe.⁶¹ Stattdessen schreiben sie auch von einem Einsichtigmachen auf der Grundlage einer gemeinsamen Praxis⁶² oder von einem Sich-bereits-eingelassen-Haben.⁶³

Nur: Die Ausrichtung des Handelns am kommunikativen Interesse bzw. an den darauf aufbauenden Begründungen und die Ausrichtung des Handelns an abweichenden Maßstäben und an Begründungen relativ zu diesen Maßstäben, relativ zum Maßstab des persönlichen Wohls etwa, stellen verschiedene Formen der Handlungsorientierung dar, die, aus der Perspektive des Handelnden gesehen, zur Wahl stehen. Der Einzelne kann auch darauf reflektieren, daß sie zur Wahl stehen, und fragen, ob sich die Wahl begründen läßt, das Handeln zuoberst an Gründen der einen Art und nicht an Gründen der anderen Art zu orientieren. Auch muß sich derjenige, der *diese* Frage stellt, damit nicht bereits auf Begründungen nach Maßgabe des kommunikativen Interesses eingelassen haben. Der Fragende, der sich die Wahlsituation bewußt gemacht hat, kann auch nach Möglichkeiten von Begründungen fragen, die weder Begründungen sind, die auf dem kommunikativen Interesse aufbauen, bzw. Begründungen relativ zu Moralprin-

⁶¹ Schwemmer (1974), 225.

⁶² Schwemmer (1971), 194 f.

⁶³ Lorenzen (1979), 225 f.

zipien sind, noch Begründungen relativ zum Maßstab persönlichen Wohls. Besteht keine solche Begründungsmöglichkeit, steht der Einzelne vor der bewußten Wahl zwischen verschiedenen Handlungsorientierungen, ohne daß sich die Wahl einer dieser Orientierungen begründen ließe. Warum dann die Dinge nicht beim Namen nennen und von einer Dezision reden?

Die Ablehnung, auf die der Begriff der Dezision stößt, ist allerdings nicht ganz unberechtigt: Ist die Frage, die Ausrichtung des Handelns an welchen Maßstäben begründet ist, zum Zwecke der Handlungsorientierung im oben angegebenen Sinne gestellt – was nicht notwendig so sein muß –, so wird, wie bereits ausgeführt, wenigstens im Blick auf eine Situation argumentiert, in der derjenige, um dessen Orientierung es geht, sich entschlossen hat zu tun, was zu tun begründet ist, weil es begründet ist. Wie noch deutlich werden wird, gibt es jedoch kein Motiv, das mit dieser Beschreibung zureichend umschrieben wäre. Vielmehr gibt es nur solche Motive, die sich auf schwache Begründungen relativ zu einem bestimmten Maßstab x richten. Die Frage nach Gründen zum Zwecke der Handlungsorientierung bezieht sich danach auf die Perspektive dessen, der sich für die Wahl einer bestimmten Orientierung, für einen Maßstab x , bereits vor-entschlossen hat. Insofern, aber auch nur insofern, steht die Ausrichtung an der betreffenden Orientierung nicht mehr zur Wahl, ist sie keine Angelegenheit der Dezision mehr. Insofern sich derjenige, der einen solchen Vor-Entschluß gefaßt hat, auch umorientieren kann und sich dessen bewußt ist, befindet auch er sich in einer Situation der bewußten Wahl zwischen Handlungsorientierungen. Im übrigen muß es sich um keinen Vor-Entschluß für die Beachtung von Morallnormen oder für die Verfolgung eines kommunikativen Interesses handeln. Beispielsweise kann es auch der Vor-

was die Geltung von Regeln anbelangt. Sobald es um Regeln im angegebenen Sinne geht, um Normen also, deren Geltung von allen einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnissen abhängt, ist es nicht einmal wahrscheinlich, daß eine universelle Norm, die in praktischen Argumentationen einer Rolle spielt, Regelcharakter in diesem Sinne hat: daß sie *in allen nur denkbaren Fällen*, in denen sie anwendbar ist, ausnahmslos befolgt werden soll.¹²⁰

Praktikabler und dennoch auf die Geltung einer Norm unter Berücksichtigung aller Umstände bezogen ist folgendes Regelverständnis: Wer eine Norm als Regel im zu erläuternden Sinne bezeichnet, bringt damit zum Ausdruck, daß die Geltung der Regel in der jeweiligen Entscheidungssituation von in der Situation einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnis abhängt und daß die Norm befolgt werden soll, wenn sie ihrem Inhalt nach anwendbar ist und wenn ferner keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, daß es in der jeweiligen Entscheidungssituation unter Berücksichtigung aller Umstände nicht geboten ist, normgemäß zu handeln. Man kann diese Art von Normgeltung auch als „Geltung des ersten Anscheins“ bezeichnen. Sie ist von der Geltung einer Norm „im Normalfall“ zu unterscheiden.¹²¹ Wer jene Art von Geltung behauptet, sagt damit, daß die Norm in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle, in denen die Norm ihrem Inhalt nach anwendbar ist, unter Berücksichtigung aller Umstände gilt oder dies wahrscheinlich ist, ohne im Blick auf sämtliche Anwendungssituationen die Bedin-

einiger moralischer Normen angenommen. Vgl. auch Schefold (1983), 101 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu Alexy (1979), 68 ff. Neumann (1986), 26.

¹²¹ Zur Geltung im Normalfall vgl. auch Schefold (1983), 106 f.

Normen im Verhältnis zu Regeln der praktischen Vernunft, die Regeln höherer Ordnung und Geltungsgrund der Normen sind. Das dritte Begründungsverhältnis bezieht sich auf die Geltung der Regeln der praktischen Vernunft. Den Geltungsgrund dieser Regeln sieht Krings in einer unbedingten Handlung, die er als „transzendentale Anerkennung von Freiheit durch Freiheit“ bezeichnet.⁶⁶ Transzendentale Freiheit hat für ihn den Charakter einer Einheit, die durch eine Differenz gewonnen ist, eine Differenz, durch die und in der sich eine Selbstvermittlung vollzieht.⁶⁷ Diese Differenz ist durch ein „Sich-Öffnen“ oder „Sich-Entschließen“ formal gesetzt. Das Woraufhin, das Erfüllende dieses Sich-Öffnens, über das sich die Selbstvermittlung vollzieht, nennt er Gehalt.⁶⁸ Dieser den transzentalen Entschluß erfüllende Gehalt soll nach Krings die „Dignität der transzentalen Freiheit selber haben“.⁶⁹ Dem wird nur ein Gehalt gerecht, der selber den Charakter der Freiheit hat.⁷⁰ Andererseits soll sich nicht die leere Figur ergeben, daß das Sich-Öffnen ein Sich-Öffnen erfüllt. Krings will das dadurch vermeiden, daß er die Freiheit mit dem Index versieht, die „eine“ Freiheit, die „andere“ Freiheit.⁷¹ Das Erfüllende ist danach die Freiheit des Anderen.

Damit ist das Problem der Leerheit aber noch nicht gelöst. Im Kringsschen Modell gelangt man zu der Figur eines Sich-Entschließens in Richtung auf das Sich-Entschließen eines Anderen, das ein Sich-Entschließen in Richtung auf

⁶⁶ Krings (1983), 638 f.; zu Anerkennungstheorien in der praktischen und Rechtsphilosophie vgl. daneben auch Siep (1979); Wolff (1987), 182 ff.

⁶⁷ Krings (1973), 116 f.

⁶⁸ Krings (1973), 118.

⁶⁹ Krings (1970), 174.

⁷⁰ Krings (1973), 123.

⁷¹ Krings (1973), 123 f.

das Sich-Entschließen eines Anderen in Richtung auf das Sich-Entschließen eines Anderen ist, usf. Der Freiheitsbegriff bleibt immer noch leer und zirkelhaft. Jedenfalls reicht er nicht hin, um die Begründungsfunktion zu erfüllen, die Krings ihm beimißt: Nach Krings lassen sich aus dem Begriff der transzendentalen Freiheit zwar keine Vernunftregeln deduzieren.⁷² Wohl aber biete die „transzendentale Regel“ der unbedingten Anerkennung von Freiheit ein „Sinnkriterium“ für den sittlich-qualitativen Rang einer materialen Regel.⁷³ Beispielsweise heißt es, die Regel, den eigenen Vorteil nur derart zu suchen, daß dadurch das allgemeine Wohl befördert werde, entspreche dem Gehalt der transzendentalen Regel mehr als etwa die Regel, den eigenen Vorteil zu suchen, soweit dadurch keine Rechte anderer verletzt werden.⁷⁴ Wie soll sich das aber aus dem zirkelhaften Sich-Öffnen für das Sich-Öffnen des Anderen ergeben? Voraussetzung ist mindestens, daß das Sich-Öffnen in einer positiven Beziehungen zu etwas steht, was nicht von der geforderten gleichen Dignität ist, nämlich zu dem Bedürfnissen und dem Wohl des Anderen. Wie beide Momente zusammenhängen, bleibt unklar.

Weitere Fragen stellen sich. Der transzendentale Entschluß ist etwas, das stattfinden kann oder nicht stattfinden kann. Auch ein Nichtanerkennen der Freiheit des Anderen ist nach Krings möglich.⁷⁵ Dies und Begriffe wie „transzendentale Handlung“ und „Sich-Entschließen“ deuten darauf hin, daß eine Art geltungsbegründende Ur-Tat gemeint ist. Andererseits heißt es, der Rückgang auf

⁷² Krings (1983), 639.

⁷³ Krings (1979), 384.

⁷⁴ Krings (1979), 383 f.

⁷⁵ Vgl. Krings (1977), 198.

die transzendentale Regel sei eine „formale Inversion“.⁷⁶ Die Regel werde nicht am Leitfaden der Empirie rekonstruiert, sondern am Leitfaden der Vernunft als das Apriori praktischer Regelsetzung *gedacht*.⁷⁷ Der Status des Entschlusses zwischen Ur-Tat und einem – in welchem Sinne von Denken? – nur gedachten Konstrukt bleibt unklar.⁷⁸ Auch fragt sich, wie ein gedachtes Konstrukt Grundmoment einer realen Selbstbestimmung des Willens sein kann. Davon einmal abgesehen, stellt sich die Frage, warum die Reflexion bei dem genannten geltungsbegründenden Entschluß stehenbleiben soll. Warum nicht eine weitere transzendentale Handlung fordern, die den Entschluß für die Freiheit anderer begründet, usf.?⁷⁹ Im übrigen ist der Begründungsansatz von Krings nur von begrenzter Reichweite. Es geht ihm lediglich darum, einen *vorausgesetzten* Verbindlichkeitscharakter begreiflich zu machen.⁸⁰ Wer sich nicht ohnehin schon als im Sinne von Krings freies und sittliches Wesen behaupten will, für den „gilt nichts mehr“.⁸¹ Gegenüber demjenigen, der sich nicht zur Freiheit des anderen entschließt, ist eine Morabegründung danach nicht möglich.

Bereits die angesprochenen Schwierigkeiten und Unklarheiten lassen Skepsis gegenüber dem Begründungsansatz von Krings geraten erscheinen. Im weiteren Gang der Untersuchung wird denn auch ein anderer Ansatz im Mittelpunkt der Überlegungen stehen. Nach ihm ist die Selbstrechtfertigung eines Handelns aus einem bestimmten ausgezeichneten Vernunftmotiv heraus Ausgang-

⁷⁶ Krings (1978 a), 97.

⁷⁷ Krings (1978 a), 97.

⁷⁸ Kritisch auch Pieper (1979), 78 ff.

⁷⁹ Vgl. Pieper (1979), 79.

⁸⁰ Krings (1978 a), 95.

⁸¹ Krings (1978), 220.

spunkt der Rechtfertigung moralischer Maßstäbe. Sollte sich nach diesem gleich näher zu entwickelnden Ansatz ein Maßstab für die Bewertung von Normen ergeben, der einerseits das Sinnkriterium von Krings insofern radikaliert, als er ein Handeln fordert, das auf überhaupt keinen Gehalt gerichtet ist, der andererseits anders als das Sinnkriterium von Krings den Stellenwert der vorfindlichen Bedürfnisse und Motive des Handelnden für die Normenbegründung verständlich und explizit macht, der obendrein nicht leer und zirkelhaft ist, sondern eine echte Handlungsorientierung liefert, der zudem eine Reihe weiterer, noch anzusprechender Vorzüge aufweist, wenn all dies zutrifft, dann jedenfalls ist dieser Ansatz dem Begründungsansatz von Krings vorzuziehen. Daß es einen Begründungsansatz gibt, der solche Vorzüge aufweist, wird gleich zu zeigen sein.

G. Die Selbstrechtfertigung moralischer Normen

Möglicherweise liegt die Lösung des Begründungsproblems einfach im Abbruch den Begründungsverfahrens. Keine Lösung ist es allerdings, das Verfahren willkürlich abzubrechen. Es willkürlich abzubrechen hieße, Handlungen mit Normen zu begründen, deren Geltung begründungsbedürftig ist. Da sich beliebige Normen denken lassen, deren Geltung der Begründung bedarf, wäre jede beliebige Handlung begründbar. Dagegen könnte die Lösung darin bestehen, daß jedenfalls einige Normen oder Metanormen selbstgerechtfertigt sind. Eine Norm mit dem Inhalt N läßt sich dann als selbstgerechtfertigt bezeichnen, wenn es für die Begründung dieser Norm ausreicht, darauf zu verweisen, daß sie den Inhalt N hat. Neben Norm N ist möglicherweise auch die Annahme der

Geltung von N selbstgerechtfertigt: Die Annahme, daß Norm N selbstgerechtfertigt ist, ist ihrerseits selbstgerechtfertigt, wenn es zu ihrer Begründung ausreicht, darauf zu verweisen, daß die Annahme den Inhalt hat, daß N selbstgerechtfertigt ist.⁸²

Oben wurde zwischen externen und internen Fragen unterschieden. Auf diese Unterscheidung bezogen, besagt die Annahme selbstgerechtfertigter Normen folgendes: Geht es um die Begründung der Wahl zwischen einer Ausrichtung des Handelns am Maßstab A der Beurteilung von Normen und Handlungen und der Ausrichtung des Handelns an Maßstab B, genügt es zur Begründung der Wahl eines Handelns nach A, darauf zu verweisen, daß es ein Handeln ist, das sich an A ausrichtet. Das Gebot, an A orientiert zu Handeln, ist dann selbstgerechtfertigt. Da es zur Rechtfertigung der Wahl des Beurteilungsrahmens A keiner *weiteren* Gründe bedarf, kommt es nicht zu dem oben angesprochenen Problem, nach dem es zur Begründung der Wahl zwischen A und B eines weiteren, von A und B verschiedenen Beurteilungsrahmens bedarf. Die Ausrichtung an A ist also nicht nur relativ zu einem bestimmten Beurteilungsmaßstab für Normen und Handlungen begründet. Dabei ist zu beachten, daß zunächst nur die Selbstdurchfertigung von Normen angesprochen ist, nicht auch die Selbstdurchfertigung von Annahmen über die Rechtfertigung oder Selbstdurchfertigung von Normen. Darauf ist gleich noch zurückzukommen.

Gegen die Selbstdurchfertigung moralischer Normen ließe sich der Standardeinwand gegen die Annahme der Begründbarkeit solcher Normen erheben: der Einwand der im Vergleich zu Wahrnehmungsurteilen geringen in-

⁸² Zur Selbstdurchfertigung von Annahmen vgl. auch Alston (1976), 257 ff.; Chisholm (1979), 35 ff.

was die Geltung von Regeln anbelangt. Sobald es um Regeln im angegebenen Sinne geht, um Normen also, deren Geltung von allen einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnissen abhängt, ist es nicht einmal wahrscheinlich, daß eine universelle Norm, die in praktischen Argumentationen einer Rolle spielt, Regelcharakter in diesem Sinne hat: daß sie *in allen nur denkbaren Fällen*, in denen sie anwendbar ist, ausnahmslos befolgt werden soll.¹²⁰

Praktikabler und dennoch auf die Geltung einer Norm unter Berücksichtigung aller Umstände bezogen ist folgendes Regelverständnis: Wer eine Norm als Regel im zu erläuternden Sinne bezeichnet, bringt damit zum Ausdruck, daß die Geltung der Regel in der jeweiligen Entscheidungssituation von in der Situation einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnis abhängt und daß die Norm befolgt werden soll, wenn sie ihrem Inhalt nach anwendbar ist und wenn ferner keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, daß es in der jeweiligen Entscheidungssituation unter Berücksichtigung aller Umstände nicht geboten ist, normgemäß zu handeln. Man kann diese Art von Normgeltung auch als „Geltung des ersten Anscheins“ bezeichnen. Sie ist von der Geltung einer Norm „im Normalfall“ zu unterscheiden.¹²¹ Wer jene Art von Geltung behauptet, sagt damit, daß die Norm in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle, in denen die Norm ihrem Inhalt nach anwendbar ist, unter Berücksichtigung aller Umstände gilt oder dies wahrscheinlich ist, ohne im Blick auf sämtliche Anwendungssituationen die Bedin-

einiger moralischer Normen angenommen. Vgl. auch Schefold (1983), 101 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu Alexy (1979), 68 ff. Neumann (1986), 26.

¹²¹ Zur Geltung im Normalfall vgl. auch Schefold (1983), 106 f.

fend. Dadurch ist noch nicht ausgeschlossen, daß es besser begründet ist, die Annahme, daß Norm N selbstgerechtfertigt ist, zu akzeptieren, als diese Annahme nicht zu akzeptieren. Eine begründete Annahme muß nicht auch notwendig wahr sein.⁸⁶ Schon dann, wenn das Akzeptieren der Annahme einer selbstgerechtfertigten Norm N besser begründet ist als das Gegenteil, besteht aber eine Festlegung durch Gründe dahin, dieser Norm gemäß zu handeln. Das gilt sogar dann, wenn man diese Annahme weiter abschwächt, dahin etwa, daß es besser begründet ist anzunehmen, daß es wahrscheinlicher ist, daß N selbstgerechtfertigt ist, als daß N nicht selbstgerechtfertigt ist, und daß die Selbstrechtfertigung von N wahrscheinlicher ist als die von Normen, die mit N in Konflikt stehen.

Schwierigkeiten ergeben sich erst dann, wenn man die Fallibilismusthese zu der radikal skeptischen These verschärft, nach der jede Rechtfertigung des Akzeptierens einer Annahme in dem Sinne anzuzweifeln ist, daß die Annahme weiterer Begründung bedarf, und nach der auf diese Weise ein Begründungsregress entsteht, der die Konsequenz hat, daß niemand darin gerechtfertigt ist, es auch nur für wahrscheinlicher zu halten als das Gegenteil, daß das Akzeptieren irgendeiner Annahme gerechtfertigt ist. Wer eine solche radikal skeptische Haltung einnimmt, muß aufhören, zu Annahmen mit Gründen Stellung zu beziehen. Würde er irgendeine Annahme als besser begründetinstellen als eine andere – die eigene skeptische

⁸⁶ Dazu Haller (1974), 122; Quinton (1973), 148 f. Auch liegt darin kein Widerspruch, vom Bestehen eines Sachverhalts überzeugt zu sein und es zugleich für möglich zu halten, daß diese Überzeugung falsch ist. Ein Widerspruch ergibt sich nur, wenn man den subjektiven, doxastischen Sinn von „p für möglich halten“ von dem objektiven, alethischen Sinn nicht hinreichend unterscheidet. Siehe dazu näher v. Kutschera (1981), 59 ff.

These etwa –, setzte er sich damit zu seiner eigenen These in Widerspruch. Ohne daß jemand mit Gründen zu etwas Stellung bezieht, ist eine sinnvolle Argumentation aber nicht möglich. Im übrigen läßt sich eine solche skeptische Haltung schon allein praktisch nicht durchhalten. Niemand kommt umhin, im Alltag von Überzeugungen auszugehen, nach denen einige Annahme besser begründet sind als andere, beim Überqueren der Straße beispielsweise von der Überzeugung, daß bestimmte Annahmen über die Geschwindigkeit von Kraftfahrzeugen besser begründet sind als andere. Im folgenden wird davon ausgegangen, daß von wenigstens einigen Annahmen gilt: Es ist wenigstens wahrscheinlicher, daß es besser begründet ist, diese Annahme zu akzeptieren, als sie nicht zu akzeptieren.⁸⁷

Steht die Fallibilismusthese der Annahme selbstgerechtfertigter Normen nicht entgegen, ist damit noch nichts Positives darüber gesagt, ob es denn nun begründet ist, die Selbstrechtfertigung einer Norm anzunehmen. Es steht immer noch die Möglichkeit im Raum, daß die Wahl des Handlungsmaßstabes oder jedenfalls solcher Maßstäbe mit moralischem Inhalt eine Angelegenheit der bloßen Dezision oder eines Vor-Entschlusses ist, der sich nicht weiter rational auszeichnen läßt. Einen entsprechenden skeptischen Standpunkt kann auch vertreten, wer im Blick auf andere Bereiche der Erkenntnis, im Blick auf den Bereich empirischen Wissens etwa, kein Skeptiker ist.

Die Annahme selbstgerechtfertigter Normen hat zunächst einen im schlechten Sinne dogmatischen Charakter. Grundsätzlich brauchen wir keine Norm einfach als letztverbindlich hinzunehmen, für deren Geltung sich

⁸⁷ Zur Auseinandersetzung mit radikal skeptischen Positionen siehe näher v. Kutschera (1981), 52 ff.

nicht weitere Gründe anführen lassen. Wenn eine oberste Norm selbstgerechtfertigt ist, dann muß es sich um eine Norm ganz besonderer Art handeln. Ihre Selbstrechtfertigung muß mit einem Höchstmaß an Radikalität des Fragens vereinbar sein. Radikal zu fragen soll heißen: keinen Maßstab, der die Ausrichtung des Handelns in Richtung auf einen orientierenden Gehalt verlangt, einfach als gegeben hinzunehmen, sondern bei allen solchen Maßstäben zu fragen, ob es durch weitere Gründe begründet ist, sie zu beachten, und, sollte sich die Beachtung eines solchen Maßstabs weder als durch weitere Gründe begründet noch als durch weitere Gründe unbegründet erweisen, seine Beachtung als Sache beliebiger Wahl anzusehen. Dieses radikale Infragestellen schließt es zugleich aus, einfach nur nach Begründungen im schwachen Sinne relativ zu einem derartigen Maßstab zu fragen. Auch wer nur nach einer solchen Begründung im schwachen Sinne fragt, nimmt damit den betreffenden Begründungsmaßstab als gegeben hin.

Daß nur eine solche Norm selbstgerechtfertigt ist, deren Selbstrechtfertigung mit einem Höchstmaß an Radikalität des Fragens vereinbar ist, gilt jedenfalls dann, wenn sich eine solche Norm finden läßt, und wenn diese Norm obendrein die folgenden Vorzüge aufweist: Aus der Norm ergibt sich ein Maßstab x für die Beurteilung von Handlungen und Normen, dessen Anwendung ein radikales Fragen nach rechtfertigenden Handlungsgründen erfordert und der dennoch nicht leer ist, sondern eine echte Handlungsorientierung liefert. Ist x Handlungsmaßstab, läßt sich ferner zwanglos erklären, warum moralische Überzeugungen nicht ohne jeden Einfluß auf das Handeln sind, warum vielmehr ein Motiv besteht, moralisch zu handeln, mag dieses Motiv auch noch so schwach sein. Daneben wird es möglich, geht es um die Konkretisierung

moralischer Maßstäbe, über das bloße Rekurrieren auf Urteilskraft⁸⁸ hinauszugehen und die Intuitionen genauer zu kennzeichnen, auf die sich die konkretisierenden moralischen Urteile stützen. Auch lassen sich, ist x oberster Maßstab, Erklärungen finden, warum in moralischen Fragen oft Uneinigkeit besteht. Schließlich steht der Maßstab mit einer Reihe grundlegender moralischer Normen in Übereinstimmung, die in modernen Gesellschaften – und nicht nur solchen – als gültig oder jedenfalls prima facie gültig anerkannt sind. Ergibt sich aus einer Norm, deren Selbstrechtfertigung mit einem radikalen Fragen nach Handlungsbegründungen vereinbar ist, ein Maßstab, der all diese Vorzüge aufweist, spricht das für die Selbstrechtfertigung dieser Norm.

Darüber hinaus gilt folgendes: Gibt es einen Lösungsansatz, nach dem sich die Wahl eines obersten Maßstabs mit den genannten Vorzügen begründen lässt, der aber nicht von der voraussetzungsvollen Annahme einer selbstrechtfertigenden Norm ausgeht, die direkt das Handeln nach einem bestimmten orientierenden Maßstab für die Beurteilung von Handlungen und Normen vorschreibt, spricht das dafür, diesen Lösungsansatz anderen Lösungsansätzen vorzuziehen, die von der Selbstrechtfertigung direkt maßstabbildender Normen ausgehen.

Wie gleich näher auszuführen ist, gibt es eine solche Norm. Ihre Geltung setzt lediglich folgendes voraus: daß es selbstgerechtfertigt ist, sich beim Suchen nach einer Handlungsorientierung durch Gründe einem ernsthaften und radikalen Fragen nicht zu verweigern, sondern aus dem Entschluß und Motiv heraus zu handeln, das zu tun,

⁸⁸ Zum Begriff praktischer Urteilskraft und zu einer praktischen Philosophie, die praktischer Urteilskraft zentrale Bedeutung beimißt, vgl. Pleines (1983).

was sich beim radikalen Fragen im angegebenen Sinne nach Handlungsbegründungen als begründet erweist, weil es sich beim radikalen Fragen als begründet erweist. Angesprochen ist also die Haltung dessen, der bereit ist, einen Maßstab, der die Ausrichtung des Handelns in Richtung auf einen orientierenden Gehalt verlangt, den Handlungsmaßstab der Klugheit beispielsweise, nicht einfach als gegeben hinzunehmen, sondern ihn radikal in Frage zu stellen, und das ernsthaft zu tun, zum Zwecke der Handlungsorientierung: Der Fragende ist nicht von vornherein zum Handeln nach diesem Maßstab entschlossen, sondern fragt und handelt aus dem Motiv heraus, den betreffenden Maßstab zu beachten, wenn sich dies beim radikalen Fragen als begründet erweist, weil sich dies dabei als begründet erweist, und ihn nicht zu beachten, wenn sich dies beim radikalen Fragen als begründet erweist, weil sich dies dabei als begründet erweist.

Die selbstgerechtfertigte Norm ist also eine Norm, die gebietet, aus einem bestimmten Motiv heraus zu handeln. Insofern handelt es sich um ein Gebot ganz besonderer Art. Es lässt sich nicht direkt zum Zwecke der Handlungsorientierung durch Gründe im oben angegebenen Sinne verwenden. Zum Zwecke der Handlungsorientierung durch Gründe zu argumentieren heißt ja nach dem Gesagten, wenigstens im Blick auf eine Situation zu argumentieren, in der derjenige, um dessen Orientierung es geht, aus dem Entschluß und Motiv heraus handelt zu tun, was zu tun begründet ist, weil es begründet ist. Entweder ist dieser Entschluß bereits der gebotene Entschluß, aus dem Motiv heraus zu handeln zu tun, was sich beim radikalen Fragen als begründet erweist, weil es sich beim radikalen Fragen als begründet erweist. Dann handelt der Anzuleitende bereits aus dem gebotenen Entschluß und Motiv heraus. Es ist dann nicht mehr möglich, daß er durch

Gründe noch dazu angeleitet wird. Oder es handelt sich um eine andere Art des Motivs zu tun, was zu tun begründet ist. Auch dann scheidet eine Anleitung durch Gründe zur Befolgung der selbstgerechtfertigten Gebotsnorm aus. Wer aus dem anderen Motiv heraus handelt, lässt sich nur zu solchen Handlungen anleiten, die der Ausrichtung des anderen Motivs entsprechen. Der Betreffende kann aber nicht aus dem anderen Motiv heraus und zugleich aus dem abweichenden Motiv heraus handeln zu tun, was sich beim radikalen Fragen als begründet erweist. Demnach drückt das angesprochene Gebot lediglich aus, daß es selbstgerechtfertigt ist, aus dem angegebenen Motiv heraus zu handeln, ohne zugleich zur Handlungsanleitung durch Gründe im angegebenen Sinne zu dienen.

II. Das Vernunftmotiv der Ungebundenheit

A. Der zu verfolgende Begründungsansatz

Der im folgenden zu entwickelnde Begründungsansatz geht davon aus, daß es selbstgerechtfertigt ist, beim Suchen nach einer Handlungsorientierung durch Gründe aus dem Entschluß und Motiv heraus zu handeln zu tun, was sich beim radikalen Fragen nach Handlungsbegründungen als begründet erweist, weil es sich beim radikalen Fragen nach Handlungsbegründungen als begründet erweist. Es scheint, als sei mit der Selbstrechtfertigung des Handelns aus einem solchen Motiv heraus nicht viel gewonnen, jedenfalls keine Handlungsorientierung. Die Frage ist ja gerade, welches Handeln sich denn nun nach welchen Maßstäben als begründet erweist. Wie gleich deutlich werden wird, täuscht dieser Eindruck. Wer aus dem angesprochenen Motiv heraus handelt – im folgenden sei es auch Vernunftmotiv oder Motiv des ernsthaft und radikal Fragenden genannt – richtet sein Handeln an der Verwirklichung eines gleich näher zu beschreibenden, handlungsorientierenden Sachverhalts x aus, auf dessen Verwirklichung sich das Vernunftmotiv richtet. Sein Handeln in rationaler Weise an der Verwirklichung eines Sachverhaltes auszurichten heißt anzustreben, diesen Sachverhalt weitestmöglich zu verwirklichen. Aus der Perspektive des ernsthaft und radikal Fragenden ist also die Wahl derjenigen Handlungsalternative begründet, die x in relativ höchstem Maße verwirklicht. Danach ist es also möglich, von dem genannten Ausgangspunkt aus zu einem

handlungsorientierenden Maßstab zu gelangen. Das Handeln nach diesem Maßstab ist – indirekt – begründet, weil sich das Vernunftmotiv auf die Verwirklichung dieses Maßstabs richtet und weil es selbstgerechtfertigt ist, aus diesem Motiv heraus zu handeln.

Es scheint, als würden moralische Normen damit auf hypothetische Imperative reduziert, versteht man unter hypothetischen Imperativen Normen, die zu befolgen nur deswegen begründet ist, weil ihre Befolgung die Erfüllung eines Motivs des Handelnden befördert.⁸⁹ Dem ließe sich dann die Intuition eines „kategorischen Sollens“ entgegenhalten, das Handlungen ohne Rücksicht darauf gebietet, ob ihre Ausführung der Erfüllung der Motive des Handelnden dienlich ist. Indessen wäre es verfehlt alle Fälle über einen Kamm zu scheren, in denen ein Motiv des Handelnden maßstabbildend ist. Wie sich zeigen wird, unterscheidet sich das Motiv des ernsthaft und radikal Fragenden nicht nur darin grundlegend von allen anderen Motiven, daß es selbstgerechtfertigt ist, aus ihm heraus zu handeln, sondern auch seiner besonderen Gestalt nach. Die Intuition eines kategorischen Sollens stützt sich auf das Bewußtsein eben dieses ausgezeichneten Motivs und darauf, daß dieses Motiv zu allen anderen Motiven in einem eigentümlichen Gegensatzverhältnis steht. Wegen dieser Besonderheiten des Vernunftmotivs sollte allenfalls dann von hypothetischen Imperative die Rede sein, wenn Motive gewöhnlicher Art Handlungsgrund sind. Daß im übrigen auch die praktische Philosophie Kants, des Hauptverfechters eines kategorischen Sollens, vom hier vertretenen Begründungsansatz nicht weit entfernt ist, wird noch deutlich werden.

Im folgenden geht es darum, das Vernunftmotiv und den

⁸⁹ Vgl. Mackie (1981), 29 f.; Patzig (1983), 110.

handlungsorientierenden Sachverhalt x genauer zu beschreiben. Zuvor sei aber noch kurz auf den Begriff des Handlungsmotivs eingegangen.

B. Handlungsmotive

Unter den Begriff des Motivs wird Verschiedenes gefaßt: Determinanten menschlicher Aktivität ganz allgemein, Triebe, Neigungen, Gründe, die zum Handeln bewegen, und anderes mehr.⁹⁰ Im folgenden sei unter einem Motiv die – gleich näher zu beschreibende – Handlungstendenz einer Person in Richtung auf die Verwirklichung eines Sachverhalts verstanden. Bei solchen Tendenzen kann es sich um Tendenzen der verschiedensten Richtung handeln, um eine Tendenz in Richtung auf den Verzehr einer Tafel Schokolade ebenso wie um eine Tendenz in Richtung darauf, gemäß bestimmter Rechts- oder anderer Normen zu handeln. Auch Tendenzen höherer Ordnung sind möglich, die sich auf andere Tendenzen beziehen, etwa eine Tendenz, die sich auf die Eliminierung des Motivs zu rauhen richtet. Welche Arten von Motiven es tatsächlich gibt, wie sie miteinander zusammenhängen, welche Ursachen oder Quellen sie haben, ob und in welchem Sinne Motive beispielsweise durch Gründe generiert sein können,⁹¹ ist an dieser Stelle nicht näher zu erörtern. Auch kann hier offenbleiben, von welcher Art die Beziehung zwischen einem Motiv und der von diesem Motiv getragenen Handlung genauer ist, ob logischer, kausaler oder anderer

⁹⁰ Zu den vielfältigen Verwendungsweisen des Motivbegriffs siehe etwa die Artikel „Motiv“ und „Motivation“ in Ritter/Gründer (1984); für den Bereich der Motivationspsychologie siehe auch Keller (1981), 21 ff.

⁹¹ Derartiges nimmt z. B. Bond (1983), 9 ff., an; anders etwa B. Williams (1984), 112 ff.

Art.⁹² Insbesondere ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen, ob, wieweit und in welchem Sinne der Einzelne darin frei ist zu wählen, wann er welches Motiv verwirklicht. Worauf es für den weiteren Gang der Untersuchung ankommt, ist zunächst nur, daß kein auf die Verwirklichung eines Sachverhalts gerichtetes Handeln möglich ist, wenn diese Handlung nicht von einer Tendenz in Richtung auf die Verwirklichung dieses Sachverhalts getragen ist. Bezeichnet man einen Sachverhalt, auf dessen Verwirklichung sich ein Handeln richtet, als Handlungszweck im weitesten Sinne, ist die Annahme die, daß zweckgerichtetes Handeln ohne eine Tendenz in Richtung auf die Verwirklichung des Zwecksachverhalts nicht möglich ist. Teils findet sich die Ansicht, Handlungen kämen in einigen Fällen schon allein durch das Haben bestimmter Überzeugungen ohne Beteiligung von Motiven zustande.⁹³ Indessen schließt zweckgerichtetes Handeln immer auch das Moment einer auf Wirklichkeitsveränderung gerichteten Dynamik mit ein, das vom bloßen Haben einer Überzeugung verschieden ist. Um dieses zusätzliche Moment einer auf Wirklichkeitsveränderung gerichteten Dynamik zu erklären und zu beschreiben, bedarf es der Annahme von Handlungsmotiven.

⁹² Vgl. dazu den Überblick über kausalistische und antikausalistische Handlungstheorien in Beckermann (1985), 7 ff.; ferner Stoutland (1978), 105 ff., der im Blick auf diese Diskussion drei Fragerichtungen unterscheidet (107 f.): die Frage nach der korrekten Analyse des Begriffs der intentionalen Handlung, die Frage, welche Bedingungen ein Satzschema erfüllen muß, damit es als adäquate Erklärung einer solchen intentionalen Handlung angesehen werden kann, und die Frage, wie es einer Person möglich ist, eine intentionale Handlung zu vollziehen. Für den weiteren Gang der Untersuchung genügt es, wenn sich als Antwort auf die dritte Frage annehmen läßt, daß der Vollzug einer zweckgerichteten Handlung ohne ein korrespondierendes Motiv nicht möglich ist.

⁹³ Vgl. Wilkerson (1986), 102 ff. m. w. Nachw.; zur Kritik dieser Auffassung siehe etwa Smith (1987), 36 ff.

Wie lassen sich Handlungstendenzen näher beschreiben? Motive oder Verhaltstendenzen werden heute ganz überwiegend nicht als Bewußtseinsphänomene besonderer Art charakterisiert, sondern als Verhaltensdispositionen oder hypothetische Konstrukte.⁹⁴ Daß Menschen häufig handeln, ohne irgendein besonderes Bewußtseinsphänomen mit Motivcharakter zu erleben, gilt als ausgemacht. Hier braucht nicht bestritten zu werden, daß Handlungstendenzen rein dispositionellen Charakter haben können und daß mit ihnen nicht immer ein besonderes Bewußtseinsphänomen einhergeht. Für den weiteren Gang der Untersuchung genügt es, folgende, schwächere These aufzustellen: Jedenfalls dann, wenn jemand bewußt und zweckgerichtet handelt und darauf reflektiert, daß er handelt, wird er sich spätestens beim Vollzug der Handlung eines besonderen Bewußtseinsphänomens mit Motivcharakter bewußt.

Gegen die Beschreibung von Motiven als Bewußtseinsphänomene besondere Art wird häufig eingewandt, wir handelten in vielen Fällen, ohne dabei irgendein stechendes Verlangen, ein Gefühl oder eine sonstige Störung der Gemütsruhe zu erleben.⁹⁵ Das mag richtig sein, ist aber kein Einwand. Das Bewußtseinsphänomen, um das es hier geht, setzt nichts dergleichen voraus. Es ist das eigentümliche Bewußtsein einer gerichteten Bewegtheit, die vom Bewußtsein der Bewegung des Körpers oder bestimmter Körperteile oder der Erwartung einer solchen Bewegung verschieden ist.⁹⁶ Formen einer solchen Be-

⁹⁴ Vgl. Alston (1965), 399 ff.; Smith (1987), 45 ff.; Heckhausen (1980), 28 ff.

⁹⁵ So etwa Alston (1965), 402 f.

⁹⁶ Vgl. auch den Begriff des Strebensgefühls und Strebenserlebnisses in der phänomenologischen und Bewußtseinspsychologie, etwa bei Pfänder (1963), 12 ff., 57 ff.; Lindworsky (1934), 28 ff., oder auch Scheler

wegtheit finden sich nicht nur während des Vollzugs einer Handlung, sondern auch vor und außerhalb des Vollzugs. Sie finden sich auch nicht nur während des Vollzugs frei willentlich vollzogenen Handelns, sondern auch während des Vollzugs zwanghaften zweckgerichteten Handelns. Die Unterschiede zwischen den verschiedenen Formen gerichteter Bewegtheit sollen hier nicht näher analysiert werden. Hier geht es lediglich um folgende Annahme: Jedenfalls dann, wenn der zweckgerichtet Handelnde darauf reflektiert, daß er handelt, und spätestens während des Vollzugs dieser Handlung, hat er das Bewußtsein einer gerichteten Bewegtheit.

Wie eben angesprochen, ist dieses Bewußtsein einer gerichteten Bewegtheit vom Bewußtsein der Bewegung des Körpers oder bestimmter Körperteile oder der Erwartung einer solchen Bewegung verschieden. Andernfalls gäbe es zwischen dem Bewußtsein der Bewegtheit dessen, der eine zweckgerichtete Handlung vollzieht, und beispielsweise dem Bewußtsein des Bewegtseins desjenigen, der, von einer Anhöhe heruntergestoßen, die Fallbewegung seines Körpers erlebt, keinen wesentlichen Unterschied. Richtig ist dagegen, daß, wer zweckgerichtet handelt, sich einer besonderen, davon verschiedenen Art gerichteter Bewegtheit bewußt werden kann. Anders als das Bewußtsein der Bewegung des Körpers oder der Erwartung bestimmter Körperbewegungen ist diese Bewegtheit auf Sachverhalte gerichtet, die – außer in Grenzfällen – nicht in bestimmten Körperbewegungen bestehen. Ist beispielsweise jemand in Richtung auf das Einwerfen eines Briefs in den Briefkasten bewegt, bezieht sich diese Be-

(1980), 52 ff. Die dortigen wertphilosophischen und willenstheoretischen Annahmen und Analysen sollen hier allerdings nicht übernommen werden. Zum Begriff des Strebens vgl. ferner Höffe (1974), 311 ff.

wegtheit nicht darauf, mit welcher Hand er dies tut. Die Bewegtheit braucht auch nicht auf Verhaltensweisen desjenigen gerichtet zu sein, dem sie angehört. Beispielsweise kann sich die eben angesprochene Bewegtheit einfach darauf richten, daß der Brief – von wem auch immer – in den Briefkasten geworfen wird.

Für den zweckgerichtet Handelnden, der darauf reflektiert, daß er handelt, sind Motive danach als Bewußtseinsphänomene eigener Art erfahrbar. Damit ist nicht gesagt, daß derjenige, der sich einer solchen gerichteten Bewegtheit bewußt wird, sich auch immer genau darüber im klaren ist, worauf diese Bewegtheit genau gerichtet ist. Beispielsweise mag jemand das Bewußtsein haben, in Richtung auf einen Theaterbesuch bewegt zu sein, ohne genau angeben zu können, weswegen er genau in Richtung auf diesen Theaterbesuch bewegt ist, wegen des Hörens der Musik, des Zurschaustellens der neuen Garderobe oder wegen etwas anderem. Erst recht soll hier nicht behauptet werden, daß der Handelnde notwendig alle seine Motive durchschaut, die bei seinem Handeln eine Rolle spielen, sobald er sich einer gerichteten Bewegtheit bewußt wird. Hinter den Zwecken, die er bewußt anstrebt, mögen sich weitere Zwecke und weitere unbewußte Motive verborgen, die er nicht erkennt. Das alles ändert nichts daran, daß er sich jedenfalls dann, wenn er auf sein Handeln reflektiert, spätestens beim Vollzug des Handelns einer gerichteten Bewegtheit bewußt wird.

Eine Form des Bewußtseins einer gerichteten Bewegtheit gibt es, die sich von allen anderen Formen des Bewußtseins einer solchen Bewegtheit grundlegend unterscheidet: das Bewußtsein des Bewegtseins desjenigen, der aus dem Motiv des ernsthaft und radikal Fragenden heraus handelt. Dieses Motiv soll jetzt näher beschrieben werden.

D. Die Ausrichtung des Vernunftmotivs

Wie läßt sich das Vernunftmotiv genauer beschreiben? Die Beschreibung dahin, daß es sich bei ihm um eine Tendenz in Richtung auf Handlungen handelt, die die Eigenschaft haben, sich beim radikalen Fragen nach Begründungen als begründet zu erweisen, ist noch unvollständig. Sie läßt offen, in welchem Sinne die Handlungen begründet sind, auf die sich das Motiv richtet. Denkbar ist, daß Handlungen angestrebt sind, die die Eigenschaft haben, im schwachen Sinne relativ zu einem bestimmten Maßstab x begründet zu sein. Auf diese Möglichkeit ist gleich noch zurückzukommen. Oder das Motiv richtet sich auf Handlungen mit der Eigenschaft, im starken Sinne begründet zu sein.

Um was für eine Begründung im starken Sinne sollte es sich dabei aber handeln? Angenommen, die einzige Form der Begründung im starken Sinne liegt in der Selbstrechtfertigung einer Norm bzw. der Begründung relativ zu einer selbstgerechtfertigten Norm, und angenommen, die einzige selbstgerechtfertigte Norm ist das Gebot, aus dem Vernunftmotiv heraus zu handeln. In diesem Fall käme es zu der zirkelhaften Figur eines Vernunftmotivs, das sich auf Handlungen richtet, die nach der selbstgerechtfertigten Norm begründet sind, aus eben diesem Vernunftmotiv heraus zu handeln, weil die Befolgung dieser Norm im starken Sinne begründet ist. Aus einer solchen zirkelhaften Figur läßt sich keine Handlungsorientierung gewinnen. Auch ist zu bezweifeln, daß ein Motiv überhaupt existiert, das sich in einer solchen zirkelhaften Struktur erschöpft. Man könnte weiter fragen, ob sich Handlungen nicht auch anders im starken Sinne begründen lassen als durch das Gebot, aus dem Vernunftmotiv heraus zu handeln, um so der angesprochenen Zirkelhaftigkeit zu entgehen. Indessen haben sich Versuche, auf andere Weise zu

einer Handlungsbegründungen im starken Sinne zu gelangen, etwa durch eine Präsuppositionsanalyse argumentativer Rede, als wenig überzeugend erwiesen. Jedenfalls gilt: Gibt es eine Beschreibung des Motivs des ernsthaft und radikal Fragenden, die keine andere Form der Begründung im starken Sinne voraussetzt als die der Selbstrechtfertigung des Gebots, aus dem Vernunftmotiv heraus zu handeln, nach der sich das Vernunftmotiv nicht in der besagten zirkelhaften Struktur erschöpft, nach der sich aus dem Motiv obendrein ein orientierender Handlungsmaßstab ergibt, der die oben genannten Vorzüge aufweist – wenn sich eine solche Beschreibung geben lässt, dann ist diese Beschreibung des Motivs vorzuziehen.

Die Deutung des Vernunftmotivs dahin, daß es sich auf Handlungen bezieht, die im starken Sinne begründet sind, verhalf zu keiner solchen Beschreibung. Möglicherweise ist eine Deutung erfolgversprechender, die auf Begründungen im schwachen Sinne abstellt. Die Frage ist also, ob sich das Motiv des ernsthaft und radikal Fragenden auf Handlungen richtet, die im schwachen Sinne relativ zu einem Maßstab x mit den genannten Vorzügen begründet sind. Genauer mag man in diesem Fall mehrere Motive unterscheiden: eine abgeleitete Tendenz in Richtung auf Handlungen, die relativ zu diesem Maßstab x begründet sind, die also die Eigenschaft haben, dem Maßstab x zu entsprechen, und eine zugrundeliegende Tendenz, die sich darauf richtet, den Sachverhalt x zu verwirklichen.

Wie verträgt sich eine solche Beschreibung damit, daß der ernsthaft und radikal Fragende anstrebt zu tun, was sich bei *radikalem* Fragen nach Begründungen als begründet erweist?

Richtet sich das Vernunftmotiv in seiner abgeleiteten Variante auf Handlungen mit der Eigenschaft, sich bei radikalem Fragen nach Begründungen als relativ zu x begründet

zu erweisen, ist mit der Wendung des radikalen Fragens nach Begründungen nicht die Frage nach der Begründung aller Maßstäbe, einschließlich der Begründung von x gemeint. Sonst ergäbe sich ein Motiv in Richtung auf Handlungen, die sich beim Fragen nach der Begründung des Maßstabs x relativ zum Maßstab x als begründet erweisen. Ein solches Motiv wäre ebenso sinnlos wie die Prüfung von x anhand von x. Der ernsthaft und radikal Fragende mag also nach der Begründung aller Maßstäbe, auch des Maßstabs x fragen. Nach der Begründung von x fragt er dann aber insofern nicht mehr zum Zwecke der Handlungsorientierung, als er sich nicht mehr durch Gründe zum Handeln nach x anleiten zu lassen braucht. Er hat sich zur Ausrichtung seines Handelns an x bereits vor-entschlossen. Wie ist die Richtung auf Handlungen, die sich beim radikalen Fragen nach Begründungen als begründet erweisen, aber dann zu verstehen? Der Radikalität des Fragens entspricht folgende Deutung: Die Tendenz richtet sich auf Handlungen, die nach einem Maßstab x begründet sind, dessen Anwendung es verlangt, radikal im oben angegebenen Sinne nach Begründungen zu fragen. Mit einem Höchstmaß an Radikalität nach Begründungen zu fragen heißt nach dem oben Gesagten: keinen Maßstab, der die Ausrichtung des Handelns in Richtung auf einen Gehalt verlangt, einfach als gegeben hinzunehmen oder einfach nur nach Begründungen relativ zu einem solchen Maßstab zu fragen, sondern bei allen solchen Maßstäben zu fragen, ob es durch weitere Gründe begründet ist, sie zu beachten, und, sollte sich die Beachtung eines solchen Maßstabs weder als durch weitere Gründe begründet noch als durch weitere Gründe unbegründet erweisen, ein Handeln nach diesem Maßstab als Angelegenheit beliebiger Wahl anzusehen.

Daraus ergibt sich bereits, daß nach Maßstab x nicht ein-

fach die Ausrichtung des Handelns in Richtung auf einen orientierenden Gehalt geboten sein kann. Sonst gäbe es einen Maßstab, x selber, der die Ausrichtung an einem Gehalt verlangt, und der sich, da x selber es ist, nicht mehr bei der Anwendung von x in Frage stellen lässt. X muß vielmehr folgendermaßen beschaffen sein: Fragt man nach Begründungen im schwachen Sinne relativ zu x , lässt sich bei jedem Maßstab, der die Ausrichtung des Handelns in Richtung auf einen orientierenden Gehalt verlangt, sinnvoll fragen, ob es begründet ist, ihn zu beachten – was nicht der Fall wäre, wenn es sich bei x selbst um einen Maßstab dieser Art handelte.

Materiale Normen, solche etwa, die die Verwirklichung materialer Werte oder die Maximierung von Glück gebieten, werden der genannten Anforderung an den gesuchten Maßstab x nicht gerecht. Aber auch Prinzipien mit formalem Charakter wie der kategorischen Imperativ Kants, nach dem es geboten ist, nur nach derjenigen Maxime zu handeln, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde,⁹⁷ erlaubten, wären sie oberster Maßstab, noch kein Höchstmaß an Radikalität des Fragens. Auch mit einem formalen Prinzip dieser Art wäre eine Norm oberster Maßstab, die die Ausrichtung in Richtung auf einen bestimmten Gehalt verlangt, mag dieser Gehalt auch formaler Art sein: geboten wäre die Ausrichtung des Handelns in Richtung auf Verhaltensweisen mit der Eigenschaft, unter nach dem kategorischen Imperativ qualifizierte Maximen zu fallen. Darauf wird noch einzugehen sein.⁹⁸

Wenn das zugrundeliegende Motiv in Richtung auf die Verwirklichung von x aber nicht auf die Verwirklichung

⁹⁷ GMS IV, 421.

⁹⁸ Siehe dazu näher unten S. 199 ff.

eines materialen oder formalen Gehalts gerichtet ist, wie kann das Motiv dann zu einer Handlungsorientierung verhelfen? Zunächst: Eine Ausrichtung gibt es, die mit der Eigenart eines Motivs, auf keinem Gehalt gerichtet zu sein, vereinbar und ihr angemessen ist: die Richtung des Motivs darauf, als Motiv, das auf keinen Gehalt gerichtet ist, weitestmöglich handlungswirksam zu sein. Diese Ausrichtung soll im folgenden als Ausrichtung auf Ungebundenheit bezeichnet werden, der damit angestrebte Sachverhalt als Maßstab der Ungebundenheit. Dementsprechend sei das Motiv des ernsthaft und radikal Fragenden Motiv der Ungebundenheit genannt. Motive, die auf einen bestimmten Gehalt gerichtet sind, sollen demgegenüber gebundene Motive heißen.

Mit dieser Beschreibung des Vernunftmotivs scheint noch nicht viel gewonnen zu sein. Was soll man sich auch darunter vorstellen, daß ein Motiv als Motiv, das auf keinen Gehalt gerichtet ist, weitestmöglich handlungswirksam ist – außer das es in irgendeinem Sinne das Handeln beeinflußt. Immerhin läßt sich soviel sagen: Das Motiv ist dann *als Motiv, das auf keinen Gehalt gerichtet ist*, weitestmöglich handlungswirksam, wenn es zu einem Handeln führt, das seiner Eigenart entspricht, auf keinen Gehalt gerichtet zu sein, und das dabei weitestmöglich von einem korrespondierenden Motiv bestimmt ist, das die Eigenart des Motivs aufweist, auf keinen Gehalt gerichtet zu sein. Es geht also um ein Handeln, das an keinem Gehalt ausgerichtet ist und dabei weitestmöglich von einem korrespondierenden Motiv bestimmt ist, das sich auf keinen Gehalt richtet. Nennt man ein solches Handeln ungebundenes Handeln, läßt sich die Ausrichtung des Motivs der Ungebundenheit auch folgendermaßen beschreiben: Es richtet sich darauf, weitestmöglich dahin wirksam zu sein, daß das Handeln ungebunden ist.

Damit stellt sich sogleich die weitere Frage, was ein Handeln, das auf keinen Gehalt gerichtet ist, denn anderes sein soll als ein bloßes Nichthandeln oder ein Handeln in völiger Beliebigkeit. Tatsächlich macht die Richtung auf ungebundenes Handeln nur dann Sinn und verhilft sie nur dann zu einer Handlungsorientierung, wenn zu der Ausrichtung auf Ungebundenheit ein weiteres Richtungselement hinzukommt. Dieses zusätzliche Richtungselement wird erkennbar, sobald man die anderen Motive des Fragenden in die Betrachtung mit einbezieht. Richtet sich das handlungsbestimmende Motiv auf Ungebundenheit im Handeln im angegebenen Sinne, steht es zu den anderen, gebundenen Motiven des Handelnden in einem Gegensatzverhältnis. Denn wird ein anderes, gebundenes Motiv handlungsbestimmend, ist das Handeln auf die Verwirklichung eines bestimmten Gehalts gerichtet und ist kein solches Motiv bestimmend, das auf keinen Gehalt gerichtet ist. Die Frage ist, welche Konsequenzen sich daraus für das Verhältnis des Motivs der Ungebundenheit zu den anderen Motiven ergeben.

Eine radikale Konsequenz wäre die, aus der Richtung auf Ungebundenheit das Bestreben herzuleiten, die gegensätzlichen Motive weitestmöglich auszulöschen oder jedenfalls nicht zu erfüllen. Dem entspräche ein Idealzustand, in dem der Handelnde überhaupt nichts anstrebt. Letzlich liefe das auf einen Zustand des bloßen Nichthandelns hinaus. Damit wäre das Motiv des ernsthaft und radikal Fragenden indes nicht zutreffend beschrieben. Wer zum Zwecke der Handlungsorientierung durch Gründe fragt, strebt dahin, an Gründungen orientiert *zu handeln*, nicht aber letztlich dahin, aufzuhören zu handeln. Eine solche radikale Konsequenz widerspräche im übrigen auch der Überzeugung, daß der Erfüllung der Motive des Einzelnen nicht von vornherein jede Berechtigung abzu-

sprechen ist, sondern daß die Erfüllung der Motive lediglich der Einschränkung und der Überprüfung bedarf. Wenn die Ausrichtung des Vernunftmotivs auch nicht die Nichterfüllung der übrigen Motive zur Konsequenz hat, kann es der Verfolgung der übrigen Motive andererseits auch nicht indifferent gegenüberstehen. Der eben angesprochene Gegensatz besteht ja. Erst recht scheidet die Möglichkeit aus, daß mit dem Motiv der Ungebundenheit zugleich direkt die Verwirklichung irgendeines gebundenen Motivs angestrebt ist. Das Motiv richtete sich sonst direkt auf einen bestimmten Gehalt, die Erfüllung des betreffenden gebundenen Motivs nämlich.

Wenn die Ausrichtung des Vernunftmotivs aber weder die Nichterfüllung der übrigen Motive zur Konsequenz hat, noch die Verwirklichung der übrigen Motive angestrebt ist, noch das Motiv den gebundenen Motiven gegenüber einfach indifferent ist, in welchem Verhältnis steht das Vernunftmotiv zu den anderen Motiven dann? Die Antwort ist: Das Motiv strebt weder die Erfüllung noch die Nichterfüllung gebundener Motive an, sondern lässt diese Motive gelten, d. h. ihre Erfüllung grundsätzlich zu, aber nur unter einschränkenden Bedingungen, die die Ausrichtung auf Ungebundenheit im Handeln zur Geltung bringen. Dieses Moment des Geltenlassens stellt zwar einen Gehalt in der Ausrichtung des Vernunftmotivs dar. Der Gehalt führt aber nicht dazu, daß, wer aus dem Vernunftmotiv heraus handelt, sein Handeln im eigentlichen Sinne in Richtung auf einen orientierenden Gehalt ausrichtet. Bei der angegebenen Ausrichtung handelt es sich um keine Orientierung in Richtung auf die Verwirklichung von etwas Gehaltvollem, sondern um das bloße Geltenlassen von etwas – und das bei einer damit einhergehenden Ausrichtung auf Ungebundenheit. *Danach ist es also die Spannung zwischen der Ausrichtung auf Ungebundenheit und*

dem Geltenlassen der übrigen, gebundenen Motive, die die Tendenz des ernsthaft und radikal Fragenden kennzeichnet und die es möglich macht, dem scheinbar leeren Vernunftmotiv eine Handlungsorientierung zu entnehmen.

Das Motiv der Ungebundenheit hat danach folgende, spannungsvolle Ausrichtung: die Richtung darauf, weitestmöglich dahin wirksam zu sein, daß das Handeln auf keinen Gehalt gerichtet ist und daß das Handeln dabei die gebundenen Motive gelten läßt und daß das Handeln dabei von einem korrespondierenden Motiv bestimmt ist, das sich auf keinen Gehalt richtet und dabei die ungebundenen Motive gelten läßt. Dieser Sachverhalt, auf den sich das Vernunftmotiv richtet, sei im folgenden Maßstab der Ungebundenheit im weiteren Sinne genannt. Entsprechend sei der Maßstab der Ungebundenheit ohne das andere Element der Ausrichtung, das Geltenlassen der gebundenen Motive, als Maßstab der Ungebundenheit im engeren Sinne bezeichnet. Wenn nichts Abweichendes angegeben ist, ist mit dem Maßstab der Ungebundenheit im folgenden der Maßstab der Ungebundenheit im weiteren Sinne gemeint.

Im übernächsten Kapitel geht es darum, den Maßstab der Ungebundenheit in Richtung auf ein handlungsorientierendes Ideal zu konkretisieren. Zuvor soll der eben umrissene Begründungsansatz aber noch mit einigen Grundgedanken der praktischen Philosophie Kants verglichen werden. Wie sich zeigen wird, liegt der Ansatz in mehrfacher Hinsicht in der Konsequenz der kantischen Gedankengeschichte.

III. Das Faktum der Vernunft bei Kant

A. Hinweise auf den Zusammenhang zwischen Handlungsmotivation und Handlungsrechtfertigung bei Kant

Wer danach fragt, ob und in welcher Weise die Motivation zum Handeln auch für die Rechtfertigung des Handelns von Belang ist, kann an der Moralphilosophie Kants nicht vorbeigehen. Kant übersah nicht, daß die Frage nach der Handlungsmotivation von der nach der Rechtfertigung des Handelns verschieden ist. Er wies selber auf diesen Unterschied hin.⁹⁹ Dennoch verknüpfte er beide Fragestellungen in seinen moralphilosophischen Hauptschriften. Die eigentümliche Weise, in der er dies tat, macht einen guten Teil der Schwierigkeit, aber auch der Faszinationskraft seiner praktischen Philosophie aus.

Wenn Kant in seinen moralphilosophischen Schriften die Frage nach der Motivation des Handelns stellt, dann nicht nur deswegen, weil moralische Normen ohne ein entsprechendes Motiv nicht handlungswirksam sein können. Kant geht es nicht nur um Effektivitätsprobleme. So gehört folgende Aussage zu den zentralen Gedanken seiner Moralphilosophie: „Das wesentliche alles sittlichen Werts der Handlungen kommt darauf an, daß das moralische Gesetz unmittelbar den Willen bestimme.“¹⁰⁰ Mit dieser

⁹⁹ Siehe Moralphilosophie Collins, XXVII 1, 274 f.; Moral Mrongovius XXVII 2.2., 1422 f.

¹⁰⁰ KpV V, 71.

Willensbestimmung durch das Gesetz ist nicht etwa nur ein Akt der Innerlichkeit ohne jede Wirkungsmacht zum Handeln angesprochen. Die praktische Vernunft beweist sich bei der Willensbestimmung durch das Gesetz *durch die Tat*,¹⁰¹ wozu es einer eigenen, der Vernunft angemessenen Einflußnahme auf das Handlungsvermögen bedarf. Darauf, was Kant unter einer solchen Willensbestimmung unmittelbar durch das Gesetz genauer versteht, wird noch einzugehen sein. Die normative Auszeichnung dieser Art von Willensbestimmung wird auch deutlich, wenn Kant den Unterschied zwischen der ethischen Gesetzgebung und der juridischen dadurch kennzeichnet, daß die ethische Gesetzgebung nicht nur gebietet, bestimmte Handlungen auszuführen, sondern darüber hinaus gebietet, „dieses bloß darum zu tun, weil es Pflicht ist, ohne auf eine andere Triebfeder Rücksicht zu nehmen“.¹⁰²

Danach ist mit dem Sittengesetz das Gebot verbunden, aus einem besonderen moralischen Motiv heraus zu handeln, das von anderen, nichtmoralischen „Triebfedern“ verschieden ist. Damit, daß eine bestimmte Art der Willensbestimmung und Motivation zum Handeln den sittlichen Wert der Handlungen ausmacht und das Handeln aus einem bestimmten Motiv heraus geboten ist, ist der Zusammenhang zwischen Handlungsmotivation und Handlungsrechtfertigung bei Kant allerdings noch nicht zureichend umschrieben. Auch ein solcher Zusammenhang zwischen Handlungsmotivation und Handlungsrechtfertigung schließt es noch nicht aus, zugleich eine „sächliche“ Geltung des Sittengesetzes anzunehmen. Unter der sächlichen Geltung einer Norm soll im folgenden eine Form von Normgeltung verstanden werden, nach der

¹⁰¹ KpV V, 1.

¹⁰² MSR VI, 220.

die Geltung einer moralischen Norm weder in einer bestimmten moralischen Handlungsmotivation ihren Geltungsgrund hat noch die Normgeltung die Existenz eines solchen moralischen Motivs voraussetzt.¹⁰³ Versteht man den kategorischen Imperativ jedenfalls auch als Maßstab der Beurteilung von Handlungen bzw. Handlungsmaximen,¹⁰⁴ wären die nach dem kategorischen Imperativ ge- oder verbotenen Handlungen bei dessen sächlicher Geltung auch demjenigen ge- oder verboten, der nicht über die Fähigkeit zur moralischen Motivation verfügt. Die betreffende Person mag dann durch andere Motive dazu bewegt werden, dem kategorischen Imperativ gemäß zu handeln. Beispielsweise mag sie für den Fall des Normverstoßes göttliche Sanktionen befürchten und dagegen eine Abneigung haben. Auch eine sächliche Geltung des Gebots, aus einem bestimmten moralischen Motiv heraus zu handeln, käme in Betracht, selbst im Blick auf denjenigen, der gegenwärtig über kein solches Motiv verfügt. Zwar kann er das Gebot nicht erfüllen, solange dies der Fall ist. Immerhin wäre aber vorstellbar, daß die betreffende Person nur gegenwärtig nicht über dieses Motiv verfügt, es in Zukunft aber erwerben kann und eben darauf hinwirken soll.

Demgegenüber verwendet Kant für den Bereich der Moral einen Begriff der Normgeltung, nach dem die Geltung einer Norm direkt mit einem bestimmten gegenwärtigen, moralischen Motiv des Normadressaten zur Befolgung dieser Norm verknüpft ist. So besteht für ihn ein begrifflicher Zusammenhang zwischen „Sollen“, „Verbindlichkeit“, „Imperativ“, „Gebot“, „Pflicht“, und einer be-

¹⁰³ Zum Begriff der sächlichen Geltung vgl. auch Kuhlmann (1985), 222.

¹⁰⁴ Zur abweichenden Interpretationen und zur Kritik dieser Interpretationen siehe Schnoor (1989), 32 ff.

stimmten Art von „Nötigung“ zum Handeln. Beispielsweise heißt es: „Alle Imperative werden durch ein *Sollen* ausgedruckt und zeigen dadurch ein Verhältnis eines objektiven Gesetzes der Vernunft zu einem Willen an, der seiner subjektiven Beschaffenheit nach dadurch nicht notwendig bestimmt wird (eine Nötigung).“¹⁰⁵ Oder: „Das Verhältnis eines solchen [nicht heiligen] Willens zu diesem [moralischen] Gesetze ist *Abhängigkeit*, unter dem Namen der Verbindlichkeit, welche eine *Nötigung*, obzwar durch bloße Vernunft und deren objektives Gesetz, zu einer Handlung bedeutet ...“¹⁰⁶ „Der *Pflichtbegriff* ist an sich schon der Begriff von einer *Nötigung* (Zwang) der freien Willkür durchs Gesetz ...“¹⁰⁷ Dabei beschreibt Kant die Nötigung oder den sittlichen Zwang als einen Widerstand der praktischen Vernunft gegen subjektive Wünsche und Neigungen.¹⁰⁸ Er spricht mit diesen Begriffen demnach einen motivierenden Einfluß der Vernunft an. Ohne diesen in seiner Eigenart noch zu untersuchenden motivierenden Einfluß gibt es für Kant kein Sollen, keine Pflicht und keine Verbindlichkeit eines moralischen Gesetzes.

Dieses auf die Ebene der Handlungsmotivation ausgreifende Verständnis von Normgeltung liegt auch Kants Lehre vom unleugbaren „Faktum der Vernunft“ zugrunde. Sie steht am Ende einer Reihe gescheiterter Versuche, die Gültigkeit des Sittengesetzes zu begründen oder zu deduzieren.¹⁰⁹ Was versteht Kant unter dem Faktum der Vernunft? Kant bezeichnet öfters das Gesetz oder das Be-

¹⁰⁵ GMS IV, 413.

¹⁰⁶ KpV V, 32.

¹⁰⁷ MST VI, 379.

¹⁰⁸ Zum Beispiel KpV V, 32; MST VI, 405.

¹⁰⁹ Siehe dazu Henrich (1975), 55 ff.

wußtsein des Gesetzes als Faktum.¹¹⁰ Nach dem Gesagten kann es sich dabei nicht einfach um das Bewußtsein handeln, daß die Norm in einem rein sächlichen Sinne Geltung hat. Der Text bestätigt das. So heißt es: „Diese Analytik tut dar, daß reine Vernunft praktisch sein, d. i. für sich, unabhängig von allem Empirischen, den Willen bestimmen könne – und dieses zwar durch eine Faktum, worin sich reine Vernunft bei uns in der Tat praktisch beweiset, nämlich die Autonomie in dem Grundsatze der Sittlichkeit, wodurch sie den Willen zur Tat bestimmt.“¹¹¹ Besteünde das Faktum lediglich im Bewußtsein einer rein sächlichen Geltung des Sittengesetzes bzw. einer Form von Autonomie oder Selbstgesetzgebung der Vernunft, nach der diese eine lediglich sächliche Geltung des Sittengesetzes hervorbringt, würde sich die Vernunft noch nicht *in der Tat* praktisch beweisen. Demnach schließen Autonomie und das Faktum der Vernunft eine bestimmte Form der Bestimmung des Willens zur Tat mit ein. Gäbe es kein Bewußtsein dessen, was Kant als Willensbestimmung unmittelbar durch das Gesetz beschreibt, gäbe es kein Vernunftfaktum im kantischen Sinne.¹¹² Wer nach der Geltungsweise des Sittengesetzes bei Kant fragt, hat daher der

¹¹⁰ Zum Beispiel KpV V, 31, 43, 91.

¹¹¹ KpV V, 42.

¹¹² Vgl. auch Beck (1974), nach dem es sich beim kantischen Faktum der Vernunft um das „Bewußtsein einer moralischen Nötigung“ handelt (162) und die Erkenntnis des moralischen Gesetzes nicht „keimfrei theoretisch“ ist (209). Oder vgl. Henrich (1973), 231: „Ohne Zustimmung, Antrieb und Gewißheit der Möglichkeit des Entsprechens kenne ich das Gute nicht als Gutes.“ Siehe auch Paton (1962), 332, nach dem wir „nicht damit rechnen können, die Notwendigkeit moralischer Prinzipien zu begreifen oder überhaupt moralische Urteile abzugeben, wenn wir uns nicht einer Art moralischen Wollens in uns bewußt sind“. Vgl. demgegenüber auch Patzig (1986), 204 ff., nach dem sich derartige Annahmen nicht „rational rekonstruieren“ lassen (217).

Frage nachzugehen, worin die Eigenart dieser Willenbestimmung unmittelbar durch das Gesetz genauer besteht. Bevor diese Frage hier aufgegriffen wird, sei noch auf einige Grundbestimmungen der Handlungstheorie und Psychologie des Handelns bei Kant eingegangen, insbesondere auf die Eigenart der nichtmoralischen Motivation zum Handeln bei Kant. Das empfiehlt sich schon allein deswegen, weil Kant die Vernunftmotivation immer wieder dadurch beschreibt, daß er sie zur nichtmoralischen Motivation zum Handeln in Kontrast setzt.

B. Die Willkürbestimmung durch sinnliche Triebfedern

Ein zentraler Begriff der kantischen Handlungstheorie und Theorie der Handlungsmotivation ist der Begriff der Willkür. Kant definiert Willkür folgendermaßen: „Das Begehrungsvermögen nach Begriffen, sofern der Bestimmungsgrund desselben zur Handlung in ihm selbst, nicht in dem Objekte angetroffen wird, heißt ein Vermögen *nach Belieben zu tun oder zu lassen*. Sofern es mit dem Bewußtsein des Vermögens seiner Handlung zur Hervorbringung des Objekts verbunden ist, heißt es *Willkür* ...“.¹¹³ Demgegenüber beschreibt Kant den „Willen“ als „sofern sie die Willkür bestimmen kann, die praktische Vernunft selbst“.¹¹⁴ Kant unterscheidet allerdings nicht immer zwischen Wille und Willkür. Häufig verwendet er beide Begriff synonym.¹¹⁵ Sofern nichts anderes gesagt ist, sollen beide Begriffe auch im folgenden gleichbedeutend verwandt werden.

¹¹³ MSR VI, 213.

¹¹⁴ MSR VI, 213.

¹¹⁵ Zur Unterscheidung zwischen Wille und Willkür bei Kant siehe näher Wimmer (1980), 128 ff.

Nach Kant setzt willkürliches Handeln eine Triebfeder voraus, die er auch als „subjektiven Bestimmungsgrund des Willens eines Wesens“ definiert, „dessen Vernunft nicht schon vermöge seiner Natur dem objektiven Gesetze notwendig gemäß ist ...“.¹¹⁶ Die subjektiven Bestimmungsgründe sind von zweierlei Art. Den von Kant auch pathologisch genannten¹¹⁷ sinnlichen Bestimmungsgründen der Neigung oder Abneigung steht das Gesetz bzw. die Achtung vor dem Gesetz als Bestimmungsgrund gegenüber. Kant hat das Verhältnis der Willkür zu diesen gleich näher zu erörternden Bestimmungsgründen in seinen verschiedenen Schriften unterschiedlich beschrieben und an diese unterschiedlichen Beschreibungen verschiedene Verständnisweisen der Freiheit der Willkür geknüpft.¹¹⁸ Darauf ist hier nicht näher einzugehen. Worauf es an dieser Stelle ankommt, ist lediglich, daß sich willkürliche Handlungen nach Kant auf eine Triebfeder stützen müssen und daß es zwei Arten von Triebfedern gibt: die moralische Triebfeder und die pathologischen Triebfedern. Die Frage ist, worin sich die Willkürbestimmung durch die moralische Triebfeder von derjenigen durch die pathologischen Triebfedern unterscheidet. In diesem Abschnitt sei zunächst der Frage nachgegangen, was Kant

¹¹⁶ KpV V, 72. Siehe dazu auch Käubler (1917), Teile 2 ff.

¹¹⁷ MSR VI, 219.

¹¹⁸ So heißt es in der MSR VI, 213, die Willkür sei im negativen Sinne frei, insofern sie durch Antriebe „affiziert“, aber nicht „bestimmt“ werde. Dagegen bestehe die Freiheit der Willkür nicht im Vermögen der Wahl, für oder wider das Gesetze zu handeln (MSR VI, 226). Die Möglichkeit, vom Gesetz abzuweichen, sei lediglich ein Unvermögen (MSR VI, 227). Demgegenüber kennzeichnet Kant die Freiheit der Willkür in der RGV als die absolute Spontanität der Willkür sowohl gegenüber der moralischen als auch gegenüber den pathologischen Triebfedern (RGV VI, 23 f.). Vgl. dazu auch Ortwein (1983), 145 ff.

unter einer nichtmoralischen Motivation zum Handeln versteht.

Ein wesentliches Moment der Motivation zum Handeln ist nach Kant das Gefühl der Lust und der Unlust. „Alle Bestimmung der Willkür aber geht *von* der Vorstellung der möglichen Handlung durch das Gefühl der Lust oder Unlust, an ihr oder ihrer Wirkung ein Interesse zu nehmen, *zur* Tat ...“,¹¹⁹ heißt es bei Kant. Das Element der Lust ist auch für die Unterscheidung der moralischen von der nichtmoralischen Handlungsmotivation zentral. So schreibt Kant: „Diejenige *Lust* (oder Unlust), die notwendig *vor dem Gesetz* vorhergehen muß, damit die Tat geschehe, ist *pathologisch*; diejenige aber, vor *welcher*, damit diese geschehe, *das Gesetz* notwendig vorhergehen muß, ist *moralisch*.“¹²⁰ Diejenige Bestimmung des Begehrungsvermögens, „*vor welcher* diese Lust, als Ursache, notwendig vorhergehen muß,“ definiert er als Begierde, die habituelle Begierde als Neigung.¹²¹

Wesentlich für diese Unterscheidung ist, daß das Vorhergehen der Lust und der pathologischer Charakter mit dem Begehrten eines materialen Objekts verknüpft sind: „Ich verstehe unter der Materie des Begehrungsvermögens einen Gegenstand, dessen Wirklichkeit begehret wird. Wenn die Begierde nach diesem Gegenstande nun vor der praktischen Regel vorhergeht, und die Bedingung ist, sie sich zum Prinzip zu machen, so sage ich (*erstlich*): dieses Prinzip ist alsdenn jederzeit empirisch. Denn der Bestimmungsgrund der Willkür ist alsdenn die Vorstellung eines Objekts, und dasjenige Verhältnis derselben zum Subjekt, wodurch das Begehrungsvermögen zur Wirklichmachung

¹¹⁹ MST VI, 399.

¹²⁰ Von einem neuerdings erhobenen vornehmen Ton in der Philosophie VIII, 395 Anm.

¹²¹ MSR VI, 212.

dieselben bestimmt wird. Ein solches Verhältnis aber zum Subjekt heißt die *Lust* an der Wirklichkeit eines Gegenstandes.¹²² Diese Gegenstände des Begehrungsvermögens sind Zwecke, wenn sie „Gegenstand der Willkür (eines vernünftigen Wesens)“ sind, „durch dessen Vorstellung diese zu einer Handlung diesen Gegenstand hervorzubringen, bestimmt wird“.¹²³ Dabei ist nicht ganz klar, ob nach Kant auch Handlungen Gegenstände des Begehrens sein können. Dagegen könnte sprechen, daß er, wie etwa aus der eben angeführten Zweckdefinition hervorgeht, den Gegenstand als durch eine Handlung hervorgebracht ansieht, er also zwischen Handlung und Gegenstand unterscheidet. Auf der anderen Seite ist nicht zu sehen, warum nicht auch Handlungen ein Objekt abgeben können, dessen Wirklichkeit – die Ausführung der Handlung – begehrte wird, und warum dieses Objekt nicht auch Bezugspunkt pathologischer Lust sein kann. So führt Kant denn auch öfters Tätigkeiten als begehrte Objekte an, Spiel und Jagd etwa.¹²⁴

Fragt man, in welcher Weise die pathologische Lust genauer das Handeln bestimmt, ergeben sich bei Kant eine Reihe von Unklarheiten und Widersprüchen. Grund dafür ist, daß er nicht hinreichend zwischen Lust als Zweck und Gegenstand des Begehrens und Lust als antreibendem Moment des Handelns unterscheidet und daß er zwischen zwei Arten von Lust hin- und herwechselt, nämlich zwischen erwarteter und zur Zeit der Bestimmung der Willkür gegenwärtiger Lust.¹²⁵ So schreibt er im Anschluß an die eben zum Verhältnis von Lust und materialem Objekt

¹²² KpV V, 21.

¹²³ MST VI, 381.

¹²⁴ KpV V, 23; vgl. dazu auch Paton (1962), 201 f.

¹²⁵ Vgl. dazu Reiner (1963), 136 ff.

zitierte Passage: „Es kann aber von keiner Vorstellung irgendeines Gegenstandes, welche sie auch sei, a priori erkannt werden, ob sie mit *Lust* oder *Unlust* verbunden oder *indifferent* sein werde.“¹²⁶ An dieser Stelle geht es allem Anschein nach um eine Lust, die mit der die Willkür bestimmenden Vorstellung verknüpft, zur Zeit dieser Vorstellung also gegenwärtig ist. Dem entspricht es, wenn Kant anführt, mit dem Begehr, also nicht erst mit dessen Befriedigung oder der Wirklichkeit des begehrten Objekts, sei jederzeit Lust oder Unlust verbunden.¹²⁷ Demgegenüber schreibt er an anderer Stelle von lediglich erwarteter Lust. So heißt es, die Empfindung der Annehmlichkeit, die das Subjekt von der Wirklichkeit des Gegenstandes erwarte, bestimme des Begehrungsvermögen. Oder Kant schreibt: „... so ist doch das Gefühl der Lust, wodurch jene [die Vorstellung der Gegenstände] doch eigentlich nur den Bestimmungsgrund des Willens ausmachen (die Annehmlichkeit, das Vergnügen, das man davon erwartet, welches die Tätigkeit zur Hervorbringung des Objekts antreibt) ...“¹²⁸ Ebenso schwankend ist Kant auch, wenn er den Zweck oder Gegenstand des Begehrens bezeichnet. Mal stellt er das mit Lust verbundene Objekt wie im eben angeführten Zitat als Gegenstand des Begehrens hin und die Lust nur als etwas, vermittels dessen die Vorstellung des Objekts Bestimmungsgrund sein kann, mal bezeichnet er die Lust bzw. das Vergnügen selber als Zweck.¹²⁹ Entsprechend uneinheitlich beschreibt er den „Bestimmungsgrund“ der Willkür. Mal ist der mit Lust verbundene Gegenstand oder dessen Vorstellung

¹²⁶ KpV V, 23.

¹²⁷ MSR VI, 211.

¹²⁸ KpV V, 23; vgl. auch KpV V, 22.

¹²⁹ KpV V, 62.

Bestimmungsgrund¹³⁰ bzw. dessen Vorstellung vermittels des Gefühls der Lust,¹³¹ mal die Lust selber.¹³²

Daß an einem Begehrten oder einem Handeln, das kein Handeln aus dem moralischen Motiv heraus ist, ausnahmslos ein Gefühl der Lust oder Unlust in einer der angegebenen Formen beteiligt ist, läßt sich bezweifeln. Zweifelhaft ist das jedenfalls dann, wenn man praktische Lust mit einem eigenen Gefühl der Annehmlichkeit oder des Vergnügens gleichsetzt, wie Kant dies häufig tut.¹³³ Sicherlich ist Lust oder Unlust nicht immer Zweck des Handelns aus einem nichtmoralischen Motiv heraus.¹³⁴ Ebenso zweifelhaft ist die Annahme, nichtmoralisches Handeln habe immer gegenwärtige oder erwartete Lust im Sinne eines Gefühls des Vergnügens oder der Annehmlichkeit als antreibendes Moment. Man denke etwa an Handlungen aus Gewohnheit. Dabei kommt es für Kant darauf an, daß das Gefühl der Lust *ausnahmslos* ein Faktor der Motivation des Handelns aus einem nichtmoralischen Motiv heraus ist. Die Unterscheidung der pathologischen Bestimmung der Willkür von derjenigen unmittelbar durch das Gesetz, die daran anknüpft, ob ein Gefühl der Lust verhergeht oder nicht, würde sonst verwischt.

Kant umschreibt das Gefühl der Lust allerdings nicht nur als ein Gefühl der Annehmlichkeit oder des Vergnügens. An einer Stelle definiert er Lust folgendermaßen: „*Lust* ist die *Vorstellung der Übereinstimmung des Gegenstandes oder der Handlung mit den subjektiven Bedingungen des Lebens*, d. i. mit dem Vermögen der *Kausalität einer Vorstellung in Ansehung der Wirklichkeit ihres Objekts* (oder

¹³⁰ KpV V, 27.

¹³¹ KpV V, 22 f.

¹³² KpV V, 22.

¹³³ Siehe z. B. KpV V, 23, 58.

¹³⁴ Vgl. dazu Pfänder (1963), 41; Sidgwick (1907), 42 ff.

der Bestimmung der Kräfte des Subjekts zur Handlung, es hervorzubringen).“¹³⁵ Nach dieser Definition ist Lust also die Vorstellung der Übereinstimmung eines Vermögens der Kausalität der Vorstellung mit einem Gegenstand. Es handelt sich zudem um eine Übereinstimmung mit der Kausalität der Vorstellung *in Ansehung der Wirklichkeit ihres Objekts*. Von einer solchen Übereinstimmung in Ansehung der Wirklichkeit des vorgestellten Objekts lässt sich dann reden, wenn die Vorstellung für die Wirklichkeit des Gegenstandes kausal ist. Ganz in diesem Sinne definiert Kant das Begehrungsvermögen als Vermögen, durch seine Vorstellungen Ursache der Gegenstände dieser Vorstellungen zu sein.¹³⁶ Danach bestünde Lust schlicht in der Vorstellung, daß die Vorstellung eines Gegenstandes für dessen Wirklichkeit kausal ist. Unter Lust wäre dann weder ein Ziel noch ein eigenes antreibendes Gefühl, sondern einfach das Bewußtsein einer Kausalität bestimmter Vorstellungen zu verstehen. Damit scheint es, als gehe Kant von der Annahme aus, daß Vorstellungen ohne ein weiteres, eigenständiges motivierendes Element kausal sein können. Die Lust scheidet ja als zusätzlicher motivierender Faktor aus, wenn sich nichts weiter als die Vorstellung der Kausalität einer Vorstellung ist.

Auch bei Kant erschöpft sich die Motivation indes nicht in der Kausalität von Vorstellungen. Das macht der Zusatz in Klammern in der Definition deutlich. Zunächst ist nicht ganz klar, worauf sich der Klammerzusatz genauer bezieht. Eine naheliegende Interpretation ist die, nach der man statt „*in Ansehung der Wirklichkeit ihres Objekts*“ auch sagen kann „*in Ansehung der Bestimmung der Kräfte des Objekts zur Handlung*“. In diesem Fall handelte es

¹³⁵ KpV V, 9 Anm.

¹³⁶ MSR VI, 211.

sich bei der Lust um die Vorstellung der Übereinstimmung eines Gegenstandes mit der Kausalität der Vorstellung in Ansehung der Bestimmung der Kräfte des Subjekts. Von einer Übereinstimmung des Gegenstandes mit dem Vermögen der Kausalität der Vorstellung *in Ansehung der Bestimmung der Kräfte* ist dann zu reden, wenn die Vorstellung für die Bestimmung der Kräfte zur Handlung, den Gegenstand hervorzubringen, kausal ist. Danach wäre Lust die Vorstellung der Bestimmung der Kräfte eines Subjekts zur Handlung, einen bestimmten Gegenstand hervorzubringen, durch die Vorstellung dieses Gegenstandes. Diese Interpretation wird durch die kantische Definition der Begierde bestätigt. In ihr ist ebenfalls von der Kausalität einer Vorstellung für die Bestimmung der Kraft des Subjekts die Rede: Begierde ist „die Selbstbestimmung der Kraft eines Subjekts durch die Vorstellung von etwas Künftigen, als einer Wirkung derselben“.¹³⁷ Danach ist die Bestimmung der Kraft eine Bestimmung *durch eine Vorstellung*, und zwar durch die Vorstellung von etwas Künftigem als Wirkung der Bestimmung der Kraft. Lust ist demnach die Vorstellung der Bestimmung der Kräfte des Subjekts zur Hervorbringung eines Gegenstandes durch eine Vorstellung.

Eben diese Bestimmung der Kräfte bzw. das Bewußtsein davon läßt sich als wesentlicher, eigenständiger motiviender Faktor ansehen. Die Kausalität der Vorstellung ist dann dahin zu verstehen, daß bestimmte Vorstellungen von etwas Künftigem notwendige Voraussetzung oder auslösendes Moment für eine solche Bestimmung der Kräfte sind. Von diesem Verständnis Kants ist es dann nur noch ein kleiner Schritt, die Bestimmung der Kräfte zur Hervorbringung eines Objekts als Handlungstendenz

¹³⁷ Anthropologie VII, 251.

bzw. gerichtete Bewegtheit zu interpretieren. Formulierungen wie die, eine Neigung sei die „fortdauernde Bestrebung (conatus) einen *erkannten* Gegenstand des Begehrungsvermögens in seiner Gewalt zu haben“,¹³⁸ deuten in die gleiche Richtung. Lust ist danach das mit der Vorstellung von etwas Künftigem verbundene Bewußtsein einer gerichteten Bewegtheit.¹³⁹

Festzuhalten bleibt: Kant weist dem Gefühl der Lust nicht nur ganz unterschiedliche Rollen bei der Handlungsmotivation durch sinnliche Triebfedern zu: mal als Ziel, mal als antreibender Faktor, mal als gegenwärtige, mal als erwartete Lust. Er verwendet auch den Lustbegriff ganz unterschiedlich: Mal versteht er unter Lust ein eigenes Gefühl des Vergnügens oder der Annehmlichkeit, mal das Bewußtsein der Bestimmung der Kräfte bzw. das Bewußtsein einer gerichteten Bewegtheit, das mit der Vorstellung von etwas Künftigem verbunden ist. In der Sache ist es jedenfalls unverzichtbar, Handlungstendenzen, wie mit der zweiten Begriffsbestimmung geschehen, als eigenständigen motivierenden Faktor anzuerkennen. Selbst wenn man Kant dahin folgte, daß eine nichtmoralische Motivation zum Handeln ausnahmslos mit einem gegenwärtigen Gefühl der Annehmlichkeit oder des Vergnügens oder der Erwartung eines solchen Gefühls einhergeht, bedarf es daneben immer noch der Annahme von Handlungstendenzen: Wenn Gefühle des Angenehmen oder Vergnügens ein motivierender Faktor sind und nicht nur eine Form „kontemplativer Lust“ darstellen,¹⁴⁰ dann deswegen, weil mit ihnen bestimmte Handlungstendenzen verbunden sind,

¹³⁸ Vorarbeiten zur MST XXIII, 378.

¹³⁹ Vgl. auch Alphéus (1981), der Lust als „Gefühl der Bewegtheit der Willkür zur Wirklichmachung vom Dasein oder Nichtdasein des vorgestellten Gegenstandes“ definiert (137).

¹⁴⁰ Vgl. dazu MSR VI, 212.

mit dem Gefühl des Unangenehmen etwa die Tendenz, den Unlust bereitenden Zustand zu verlassen.¹⁴¹ Das Verständnis von Lust als Bewußtsein einer gerichteten Bewegtheit ist daher das fundamentalere. Wenn es im folgenden um die Eigenart der Willensbestimmung „unmittelbar durch das Gesetz“ geht, wird dies zu berücksichtigen sein.

C. Die Willensbestimmung „unmittelbar durch das Gesetz“

Wer nach der Eigenart der Willensbestimmung unmittelbar durch das Gesetz fragt, stößt bei Kant sogleich auf – jedenfalls dem ersten Anschein nach – kaum miteinander in Einklang zu bringende Äußerungen. Auf der einen Seite heißt es, diese Willensbestimmung geschehe nicht vermittels eines Gefühls,¹⁴² Triebfeder könne nur das moralische Gesetz sein.¹⁴³ Auf der anderen Seite steht zu lesen, Triebfeder der moralischen Willensbestimmung sei die „Achtung für das Gesetz“¹⁴⁴ bzw. das Gesetz durch die Achtung, die es einflößt,¹⁴⁵ und wird diese Achtung als von der Vernunft bewirktes Gefühl bezeichnet.¹⁴⁶ Oder Kant schreibt: „Um das zu wollen, wozu die Vernunft allein dem sinnlich affizierten vernünftigen Wesen das Sol-

¹⁴¹ So heißt es bei Kant, Anthropologie VII, 231: „Was unmittelbar (durch den Sinn) mich antreibt, meinen Zustand zu verlassen (aus ihm herauszugehen): ist mir *unangenehm* ... was eben so mich antreibt, ihn zu *erhalten* (in ihm zu bleiben): ist mir *angenehm*, es vergnügt mich.“ Vgl. auch Brandt (1979), 40 f.: „In short, an experience is pleasant if and only if it makes its continuation more wanted.“

¹⁴² KpV V, 24 f.

¹⁴³ KpV V, 72.

¹⁴⁴ Zum Beispiel KpV V, 78.

¹⁴⁵ Über den Gemeinspruch VIII, 282 Anm.

¹⁴⁶ Zum Beispiel KpV V, 76.

len vorschreibt, dazu gehört freilich ein Vermögen der Vernunft, ein *Gefühl der Lust* oder des Wohlgefallens an der Erfüllung der Pflicht *einzuflößen*, mithin eine Kausalität derselben, die Sinnlichkeit ihren Prinzipien gemäß zu bestimmen.“¹⁴⁷ Viele Interpreten orientieren sich an Äußerungen der zuletzt genannten Art und verstehen Kant dahin, die Vernunft könne nur indirekt handlungswirksam sein, indem sie den sinnlichen Antrieben etwas diesen Gleichartiges entgegensetze und ein besonderes Gefühl, das Gefühl der Achtung, hervorrufe.¹⁴⁸ Demgegenüber wird gleich deutlich werden, daß die Umschreibungen, die Kant vom Gefühl der Achtung oder vom „moralischen Gefühl“ gibt, eine direkte Handlungswirksamkeit der Vernunft voraussetzen. Die Annahme einer solchen direkten Wirksamkeit ist für das kantische Denken daher grundlegend, mögen einige Äußerungen auch in die andere Richtung einer nur indirekten Wirksamkeit über ein eigenes Gefühl deuten.

Was versteht Kant unter der Achtung für das Gesetz genauer? Auf eine Interpretationsmöglichkeit des Begriffs der Achtung weisen Textstellen wie die folgende hin: „... Achtung, welche bloß das Bewußtsein der *Unterordnung* eines Willens unter einem Gesetze ohne Vermittelung anderer Einflüsse auf meinen Sinn bedeutet. Die unmittelbare Bestimmung des Willens durchs Gesetz und das Bewußtsein derselben heißt *Achtung* ...“¹⁴⁹ Das Gefühl der Achtung besteht danach in nichts anderem als dem Bewußtsein der Willensbestimmung durch das Gesetz bzw. durch die Vorstellung vom Gesetz ohne Vermittelung anderer Einflüsse. Von einer indirekten Einfluß-

¹⁴⁷ GMS IV, 460.

¹⁴⁸ So z. B. Kaulbach (1988), 175 ff.; Pybus (1975), 62 ff.; Lauener (1981), 140 ff.; Ortwein (1983), 131 ff.

¹⁴⁹ GMS IV, 401.

nahme des Gesetzes über ein Gefühl der Achtung kann dann keine Rede mehr sein, allenfalls insofern, als die Einflusnahme des Gesetzes ein Bewußtsein von der direkten Willensbestimmung durch das Gesetz voraussetzt.

Daneben kommt noch eine andere Interpretation in Betracht. So schreibt Kant von einer Demütigung auf der sinnlichen Seite. Diese sei „eine Erhebung der moralischen, d. i. der praktischen Schätzung des Gesetzes selbst, auf der intellektuellen, mit einem Worte Achtung fürs Gesetz, also auch ein, seiner intellektuellen Ursache nach, positives Gefühl, das a priori erkannt wird“.¹⁵⁰ Diese Demütigung bzw. Erhebung oder praktische Schätzung lässt sich möglicherweise als Phänomen verstehen, das vom bloßen Bewußtsein der Willensbestimmung durch das Gesetz verschieden ist. Auch dieses Phänomen zeigt jedoch keine nur indirekte Wirksamkeit der Vernunft an. Vielmehr setzt es einen direkten motivierenden Einfluß der Vernunft bereits voraus.

Was zunächst die Demütigung anbelangt, so beschreibt Kant sie als eine negative Wirkung aufs Gefühl, die durch die Einschränkungen der Neigungen auf die Bedingungen der Befolgung des moralischen Gesetzes hervorgerufen werde und aus der sich der Widerstand gegen Triebfedern der Sinnlichkeit erkennen lasse.¹⁵¹ Damit kann nicht gemeint sein, die Triebfedern der Sinnlichkeit würden durch das Gefühl der Demütigung eingeschränkt, nachdem die praktische Vernunft dieses Gefühl hervorgerufen hat. Ist die Demütigung eine Wirkung der Einschränkung der Neigungen, setzt sie einen direkten motivierenden Einfluß der Vernunft, der dem motivierenden Einfluß der Neigungen entgegengesetzt ist, bereits voraus. Auch hat

¹⁵⁰ KpV V, 79.

¹⁵¹ KpV V, 78 f.

das Gefühl der Demütigung nach Kant Unlustcharakter.¹⁵² Ein Gefühl mit Unlustcharakter kann aber keinen motivierenden Einfluß dahin ausüben, daß ein unlustbehaftete Zustand eintritt oder andauert, der mit dem Zurückdrängen des Einflusses der Neigungen verbunden ist. Ebensowenig kann gemeint sein, daß der Widerstand gegen die sinnlichen Triebfedern indirekt durch die Erhebung oder Schätzung herbeigeführt wird, nachdem die praktische Vernunft ein entsprechendes positives Gefühl bewirkt hat. Sonst wären die Einschränkung der Neigungen und die dadurch bewirkte Demütigung eine Folge davon, daß die Erhebung und Schätzung stattfindet und einen Widerstand gegen die sinnlichen Triebfedern ausübt. Die Erhebung ginge der Demütigung voraus. Nach Kant verhält es sich aber gerade umgekehrt. Jedenfalls ist die Demütigung für ihn keine Folge der Erhebung. Die Demütigung und die Erhebung oder Schätzung können daher nur eine Wirkung des *direkten* Widerstandes der praktischen Vernunft gegen die Triebfedern der Sinnlichkeit sein. Sie setzen einen direkten motivierenden Einfluß der praktischen Vernunft dahin voraus, daß den sinnlichen Triebfedern ihr bestimmender Einfluß auf die Willkür genommen wird. Das ist aber nur die andere Seite dessen, daß die praktische Vernunft direkt, nicht nur indirekt über ein positives Gefühl der Erhebung, unmittelbar die Willkür bestimmt.

Andere Beschreibungen eines „moralischen Gefühls“ in den Hauptschriften gehen ebenfalls von einer direkten motivierenden Wirkung der praktischen Vernunft auf die Willkür aus. Nach Kant geht Moralität mit einem Gefühl der Zufriedenheit mit sich selbst einher. Als Quell dieser Zufriedenheit bezeichnet Kant das Vermögen, mit über-

¹⁵² KpV V, 78.

wiegender Gesinnung das moralische Gesetz zu befolgen und die damit gleichgesetzte „Unabhängigkeit von Neigungen, wenigstens als bestimmenden ... Bewegursachen unseres Begehrrens“.¹⁵³ Die Bestimmung der Willkür durch das moralische Gesetz geht der Zufriedenheit danach wenigstens logisch voraus, kann durch diese also nicht vermittelt sein. Daneben finden sich in der Metaphysik der Sitten noch andere Umschreibungen des moralischen Gefühls. Wenn es heißt, es handele sich um „die Empfänglichkeit von Lust und Unlust bloß aus dem Bewußtsein der Übereinstimmung oder des Widerstreits unserer Handlung mit dem Pflichtgesetze“,¹⁵⁴ dürfte die betreffende Lust oder Unlust ebenfalls als eine Form von Zufriedenheit zu verstehen sein. Das legt der Vergleich mit einer Textstelle nahe, nach der das Bewußtsein einer Willensbestimmung unmittelbar durch das Gesetz Grund eines Wohlgefallens an der hervorgebrachten Handlung sei. Dieses Wohlgefallen setzt Kant mit Lust oder Wohlgefallen an sich selbst gleich.¹⁵⁵ Auch danach ist also eine direkte Wirksamkeit der Vernunft vorausgesetzt. Im gleichen Kapitel der Metaphysik der Sitten definiert Kant das moralische Gefühl noch als „die *Empfänglichkeit* der freien Willkür für die Bewegung derselben durch praktische reine Vernunft (und ihr Gesetz) ...“.¹⁵⁶ Wie diese Stelle zu interpretieren ist, ist nicht ganz klar. Wenn das Gesetz subjektiver Bestimmungsgrund der Willkür sein kann, setzt das auf Seiten der Willkür selbstverständlich auch eine entsprechende Verfassung voraus, nach der sie durch Vernunft zum Handeln bewegt werden kann. Sollte mit der Äußerung über die Empfänglichkeit der Willkür nicht

¹⁵³ KpV V, 117.

¹⁵⁴ MST VI, 400.

¹⁵⁵ KpV V, 116.

¹⁵⁶ MST VI, 400.

mehr gemeint sein als ein Hinweis auf diese Verfassung der Willkür, wäre mit der Feststellung der Empfänglichkeit der Willkür nicht mehr gesagt, als daß die praktische Vernunft subjektiver Bestimmungsgrund der Willkür sein kann. Das mit Empfänglichkeit gleichgesetzte moralische Gefühl läßt sich daneben auch noch anders interpretieren. Kant beschreibt das moralische Gefühl an einer Stelle als „ein Gefühl der Wirkung ... welche der in ihm [dem Menschen] selbst gesetzgebende Wille auf das Vermögen ausübt darnach zu handeln“.¹⁵⁷ Danach ist die Wirkung der praktischen Vernunft auf die Willkür als solche von einem bestimmten Gefühl begleitet bzw. diese Wirkung wird selber gefühlt. Entsprechend ließe sich das Gefühl der Empfänglichkeit als dieses begleitende Gefühl bzw. Fühlen der Wirksamkeit verstehen. Ob und wieweit sich dieses Gefühl von dem Gefühl der Achtung im Sinne der bereits erwähnten Erhebung oder im Sinne des Bewußtseins der Unterordnung des Willens unter das Gesetz unterscheidet, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls geht auch diesem Fühlen eine direkte motivierende Wirkung der praktischen Vernunft auf die Willkür logisch voraus.

Bis hierher hat sich gezeigt, daß Kant entgegen einiger seiner Äußerungen einen direkten motivierenden Einfluß der praktischen Vernunft auf die Willkür wenigstens voraussetzt. Wenn dieser Einfluß vermittelt ist, dann allenfalls durch ein Gefühl, verstanden als Bewußtsein der Bestimmung der Willkür unmittelbar durch das Gesetz ohne Mitwirkung sinnlicher Antriebe. Damit scheint sich die pathologische Bestimmung der Willkür von der Bestimmung unmittelbar durch das Gesetz deutlich abgrenzen zu lassen: Im einen Fall ist Lust Zweck oder ist erwartete oder zur Zeit der Willkürbestimmung gegenwärtige

¹⁵⁷ MST VI, 387.

Lust antreibendes Moment, im anderen Fall nicht. Anders verhält es sich, wenn man der Lust nicht mehr die Bedeutung eines eigenen Gefühls des Angenehmen oder des Vergnügens beimißt, sondern die Bedeutung des Bewußtseins einer Bestimmung der Kräfte in eine bestimmte Richtung bzw. die Bedeutung einer gerichteten Bewegtheit bzw. wenn man dieses Phänomen der gerichteten Bewegtheit jedenfalls als den wesentlichen motivierenden Faktor ansieht. Dann bereitet es Schwierigkeiten, die Willkürbestimmung unmittelbar durch das Gesetz und diejenige durch sinnliche Neigungen als zwei grundlegend verschiedene Weisen der Willkürbestimmung und der Handlungsmotivation anzusehen. Denn ohne einen motivierenden Faktor dieser Art, ohne eine Handlungstendenz bzw. das Bewußtsein einer gerichteten Bewegtheit, ist auch das moralische, am Sittengesetz ausgerichtete Handeln nicht möglich. So schreibt Kant denn auch, daß die Bestimmung des Willens bloß durch die Vernunft „innerlich gerade dieselbe Wirkung eines Antriebs zur Tätigkeit tut, als ein Gefühl der Annehmlichkeit, die aus der begehrten Handlung erwartet wird, würde getan haben ...“.¹⁵⁸ Denkt man sich die *erwartete Annehmlichkeit* als notwendiges motivierendes Moment fort, wird die Schwierigkeit deutlich, zwei grundlegend verschiedene Arten der Willkürbestimmung auszumachen. Die Besonderheit der moralischen Motivation kann dann nur noch in der Richtung des Vernunftmotivs liegen.

Kant kennzeichnet den Unterschied zwischen einer autonomen und einer heteronomen Willensbestimmung dadurch, daß sich der Wille bei der ersten unmittelbar selbst durch die Vorstellung der *Handlung* bestimme, bei der letzteren durch die Vorstellung eines von der Hand-

¹⁵⁸ KpV V, 116.

lung verschiedenen Objekts (“... ich soll etwas tun darum, weil ich etwas anderes will ...”).¹⁵⁹ Im letzten Fall geschehe die Willensbestimmung mittels eines fremden, naturgegebenen Antriebs. Soweit Kant damit meint, bei einer pathologischen Willensbestimmung könne niemals einfach nur eine Handlung Gegenstand des Begehrens sein, ist das, wie bereits angesprochen, in der Sache nicht einsehbar und widerspricht das auch den Beispielen Kants. Wenn sich die Willensbestimmung durch das Gesetz nach Kant durch die Wirksamkeit eines Motivs auszeichnet, das in seiner Richtung Besonderheiten aufweist, dann nur in folgender Weise: Die moralische Willensbestimmung stützt sich auf ein Motiv, das auf ein Verhalten gerichtet ist, insofern dieses die Eigenschaft aufweist, unter einem Maxime¹⁶⁰ des Handelns zu fallen, für die gilt: Ist die Maxime die Maxime des Unterlassens einer Handlung, ist die korrespondierende Maxime des positiven Tuns dieser Handlung nicht im Sinne des kategorischen Imperativs verallgemeinerbar, ist es die Maxime eines positiven Tuns, ist diese Maxime verallgemeinerbar und die gegenteilige Maxime des Unterlassens der Handlung nicht verallgemeinerbar.¹⁶¹

¹⁵⁹ GMS IV, 444.

¹⁶⁰ Zum Begriff der Maxime bei der Verwendung des kategorischen Imperativs als Beurteilungskriterium siehe näher Schnoor (1989), 92 ff.

¹⁶¹ Dazu, daß sich Gebote nach dem kategorischen Imperativ indirekt aus der Nichtverallgemeinerbarkeit gegenteiliger Maximen ergeben vgl. Aul (1983), 85 ff.; Wellmer (1986), 21 ff. Für den weiteren Gang der Untersuchung kommt es im übrigen nicht darauf an, ob sich Handlungsgebote nach Kant nur indirekt aus der Nichtverallgemeinerbarkeit von Maximen oder auch direkt aus deren Verallgemeinerbarkeit herleiten, worauf etwa die Formulierung des obersten Prinzips der MST (VI, 395) hinzudeuten scheint. Im letzteren Fall wäre die oben gegebene Beschreibung des moralischen Motivs lediglich entsprechend umzuformulieren. Im einzelnen bereitet die Interpretation des kategorischen Imperativs und die Herleitung von Handlungsge- oder Handlungsverboten aus ihm

Nach dieser Interpretation lassen sich Formulierungen wie die, es handele sich um eine Willensbestimmung durch die Vorstellung einer Handlung, durch das Gesetz oder durch die Vorstellung des Gesetzes oder die Formulierung, die Willkür werde „durch die bloße Vorstellung der Qualifikation ihrer Maxime zur allgemeinen Gesetzgebung“ bestimmt,¹⁶² wie folgt zusammenführen: Die Willensbestimmung durch das Gesetz ist die Bestimmung der Willkür durch ein Motiv, das sich auf ein Verhalten richtet, das unter Maximen fällt, die in der angegebenen Weise im Sinne des kategorischen Imperativs qualifiziert sind. Voraussetzung der Wirksamkeit dieses Motivs ist die Vorstellung der Person, daß ein Verhalten unter entsprechend qualifizierte Maximen fällt.

Daneben ist noch eine andere Interpretation denkbar. Nach ihr strebt das moralische Motiv Verhaltensweisen nicht als solche an, die unter entsprechend qualifizierte Maximen fallen, sondern als solche, die nach einem kategorischen Imperativ *geboten* sind, als *gebotene* Verhaltensweisen also.¹⁶³ Gegen diese Interpretation spricht bereits eine Formulierung wie die eben genannte, nach der die Willkür durch die Vorstellung der Qualifikation von Maximen zur allgemeinen Gesetzgebung, also nicht des Gebotenseins der Maximen bzw. der entsprechenden Handlungen bestimmt wird. Gegen diese Interpretation spricht aber auch, daß der Begriff des Gebotenseins bereits einen motivierenden Einfluß der Vernunft miteinschließt. Wie bereits angesprochen wurde, ist die Verbindlichkeit eines Gesetzes nach Kant mit einer Nötigung,

noch eine Reihe von Schwierigkeiten, auf die hier nicht näher einzugehen ist. Siehe dazu etwa Wimmer (1982), 241 ff.; Schnoor (1989) mit umfangreichen Nachw.

¹⁶² MSR VII, 26.

¹⁶³ So etwa Moritz (1951), 37, 101.

d. h. mit einem inneren Zwang verknüpft, der einen Widerstand gegen die sinnlichen Antriebe darstellt. Dieser Widerstand kann nur durch ein entgegenstehendes Motiv zustande kommen. Dieses entgegenstehende Motiv, das die Willkür gegen den Widerstand der Neigungen und ohne deren Mitwirkung zum Handeln bestimmt, ist kein anderes als das moralische Motiv, um das es hier geht. Zu sagen, das Vernunftmotiv strebe Handlungen als gebotene an, hieße also zu sagen, das Motiv strebe sie insofern an, als ein Vernunftmotiv zu ihnen bewege, insofern also, als ein Motiv zu ihnen bewege, das die Handlungen als gebotene anstrebe, d. h. als Handlungen anstrebe, zu denen ein Vernunftmotiv bewege usw. Ein Regress wäre unvermeidlich.¹⁶⁴ Im folgenden ist daher davon auszugehen, daß „aus Pflicht zu handeln“ bei Kant nicht heißt, Handlungen *als gebotene* anzustreben, sondern als solche, die dem Kriterium des kategorischen Imperativs genügen, d. h. in der angegebenen Weise unter eine entsprechend qualifizierte Maxime fallen.

D. Anknüpfungspunkte für den oben entwickelten Begründungsansatz

Interpretiert man die Willensbestimmung durch das Gesetz in der angegebenen Weise, ist diese Art der Willensbestimmung mit anderen, nichtmoralischen Formen der Handlungsmotivation, die sich ebenfalls auf Handlungstendenzen bzw. das Bewußtsein einer gerichteten Bewegt-

¹⁶⁴ Vgl. dazu auch das Regressargument von W. D. Ross (1930), 5 f., das er gegen eine Pflicht, aus dem Motiv des „Pflichtgefühls“ (sense of duty) zu handeln, vorbringt: Es komme zu einer Pflicht, aus dem Gefühl zu handeln, daß es Pflicht ist, aus dem Gefühl zu handeln, daß es Pflicht ist usf. Dazu auch Paton (1962), 136 f.

heit stützen, weitgehend strukturgleich: In allen Fällen ist eine Handlungstendenz oder das Bewußtsein einer gerichteten Bewegtheit motivierender Faktor, die sich direkt auf einen außerhalb der Tendenz liegenden Gehalt richtet. Im Fall des moralischen Motivs mag dieser Gehalt – Verhaltensweisen mit der Eigenschaft, unter nach dem kategorischen Imperativ qualifizierte Maximen zu fallen – formalen Charakter haben. Auch darin besteht jedoch insofern kein Unterschied zu anderen Motiven, als auch andere Motive auf Handlungen gerichtet sein können, die die Eigenschaft haben, bestimmten mehr oder weniger abstrakten Regeln zu entsprechen. Beispielsweise ist ein durch Erziehung erworbenes, vom moralischen Motiv unterschiedenes Motiv denkbar, in Einklang mit der Rechtsordnung eines Landes oder bestimmten sozialen Normen zu handeln.

Angesichts dieser weitgehenden Strukturgleichheit scheint es zweifelhaft, ob die Willkürbestimmung durch das moralische Motiv diejenige Einzigartigkeit und Unvergleichbarkeit mit anderen Arten der Motivation zum Handeln aufweist, die Kant ihr immer wieder beimißt. Man denke etwa an Formulierungen wie: „Das Wesentliche aller Bestimmung des Willens durchs sittliche Gesetz ist: daß er als freier Wille, mithin nicht bloß ohne Mitwirkung sinnlicher Antriebe, sondern selbst mit Abweisung aller derselben, und mit Abbruch aller Neigungen, sofern sie jenem Gesetze zuwider sein könnte, bloß durchs Gesetz bestimmt werde.“¹⁶⁵ Solche Formulierungen bringen zum Ausdruck, daß für Kant zwischen den moralischen und allen anderen Motiven ein Gegensatzverhältnis ganz besonderer Art besteht. Dieses Gegensatzverhältnis ist für den Einzelnen nach Kant, wie bereits

¹⁶⁵ KpV V, 72.

angesprochen wurde, auch erfahrbar, jedenfalls indirekt, über die Wirkung des Vernunftmotivs auf die anderen Triebfedern. Worin besteht aber die Besonderheit des Gegensatzverhältnisses zwischen dem angegebenen Moral-motiv und anderen Motiven im Vergleich zu derjenigen Gegensätzlichkeit, die zwischen anderen Motiven bestehen kann? Im einen wie im anderen Fall handelt es sich um ein Verhältnis zwischen Motiven, die auf einen jeweils unterschiedlichen Gehalt gerichtet sind, und die in dem Sinne in Konflikt geraten können, daß sich das eine Motiv nur auf Kosten eines anderen erfüllen läßt. Demgegenüber setzte ein Gegensatzverhältnis, das zu Wendungen wie „mit *Abweisung* aller sinnlichen Antriebe“ berechtigt, zumindest voraus, daß sich das moralische Motiv seiner Richtung nach direkt auf die Willensbestimmung durch andere Motive bezieht und sich direkt gegen eine solche Willensbestimmung richtet. Das Motiv in Richtung auf Handlungen, die unter nach dem kategorischen Imperativ qualifizierte Maximen fallen, weist keinen solchen direkten Bezug auf.

Wie könnte ein Motiv beschaffen sein, das von ganz anderer Struktur ist als andere Motive und zu diesen anderen Motiven in einem Gegensatzverhältnis steht, das seine Grundlage in der Richtung des Motivs gegen die bestimmende Wirksamkeit der anderen Motive hat? Ein Motiv weist dann eine einzigartige Struktur auf, wenn es nicht direkt auf Gehalte außerhalb seiner selbst gerichtet ist. Eben das trifft auf das Motiv der Ungebundenheit zu: Es richtet sich darauf, als Motiv, das auf keinen Gehalt gerichtet ist, weitestmöglich handlungswirksam zu sein. Wie ausgeführt, geht dieses Motiv dahin, in Richtung auf ein Handeln wirksam zu sein, das an keinem Gehalt ausgerichtet ist und das von einem Motiv bestimmt ist, das auf keinen Gehalt gerichtet ist. Damit geht es seiner Richtung

nach zugleich dahin, daß die anderen, gebundenen Motive nicht bestimmd sind. Dadurch ist ein besonderes Gegensatzverhältnis zu allen anderen Motiven begründet, das seine Grundlage in der Richtung des Motivs auf eine ausgezeichnete Form der Willensbestimmung unter Ausschluß der bestimmden Wirksamkeit anderer Motive hat. Dieses Gegensatzverhältnis weist darüber hinaus die Besonderheit auf, daß die Ausrichtung auf Ungebundenheit eine Ausrichtung auf Ungebundenheit bei Geltenlassen der gebundenen Motive ist. Dieses Moment des Geltenlassens der nichtmoralischen Motive findet sich auch bei Kant. So bezeichnet Kant die natürlichen Neigungen als „an sich selbst betrachtet gut, d. i. unverwerflich“ und ihre Ausrottung als tadelhaft.¹⁶⁶

Festzuhalten bleibt: Dem kantischen Gedanken einer moralischen Motivation von einzigartiger Struktur und von einem Gegensatzverhältnis zu allen anderen Motiven ganz besonderer Art wird das Motiv der Ungebundenheit weit eher gerecht als das oben beschriebene Moralmotiv in Richtung auf Handlungen, die die Eigenschaft haben, unter nach dem kategorischen Imperativ qualifizierte Maximen zu fallen. Das Motiv der Ungebundenheit verdient darüber hinaus insofern in besonderer Weise den Namen eines Vernunftmotivs, als es demjenigen, der dieses Motiv verfolgen will, eine in einem ausgezeichneten Sinne rationale Haltung abverlangt: die Ausrichtung daran, was sich bei radikalem Fragen nach Handlungsbegründungen als begründet erweist.

Der hier verfolgte Begründungsansatz liegt aber noch in anderer Hinsicht in der Konsequenz der kantischen Gedankenführung, nicht nur insofern, als er den Gedanken einer moralischen Handlungsmotivation von beson-

¹⁶⁶ MSR VI, 58.

derer Struktur und den eines besonderen motivationalen Gegensatzverhältnisses aufgreift: Auch der Ansatz, Handlungsmaßstäbe indirekt damit zu begründen, daß sie einem Maßstab entsprechen, auf den sich ein Vernunftmotiv richtet, aus dem heraus zu handeln selbstgerechtfertigt ist, liegt in der Konsequenz der Gedankenführung Kants. So läßt sich die angesprochene Verknüpfung des Geltungsbegriffs mit einem „Nötigung“ genannten motivationalen Einfluß vernünftiger Art dahin zu Ende denken, daß dem Sittengesetz überhaupt keine gegenüber dem Vernunftmotiv eigenständige Geltung zukommt. Vielmehr soll das Sittengesetz allein deswegen befolgt werden, weil mit der Befolgung des Sittengesetzes das Vernunftmotiv erfüllt wird und weil es selbstgerechtfertigt ist, aus diesem Motiv heraus zu handeln. Wenn es bei Kant heißt, „denn dieses Sollen ist eigentlich eine Wollen, das unter der Bedingung für jedes vernünftige Wesen gilt, wenn die Vernunft bei ihm ohne Hindernisse praktisch wäre“,¹⁶⁷ läßt sich das in diese Richtung deuten: Der Einzelne soll deswegen nach dem Gesetz handeln, weil es Gegenstand eines vernünftigen Wollens ist, d. h. weil mit seiner Befolgung ein Vernunftmotiv verwirklicht wird, das bei Menschen als „Triebfeder“ erscheint und mit „Nötigung“ einhergeht, da andere Motive Hindernisse für ein Handeln aus diesem Motiv heraus bilden.

Versteht man den Begründungsansatz Kants in der angegebenen Weise dahin, daß ein Vernunftmotiv maßstabbildend ist, läßt sich der Gedanke der Selbstgesetzgebung der praktischen Vernunft folgendermaßen fortdenken: Der Gedanke der Selbstgesetzgebung der praktischen Vernunft besagt, daß ein Vernunftmotiv maßstabbildend

¹⁶⁷ GMS IV, 449; vgl. KpV VI, 259: „... nur, daß sie als reine Vernunft praktisch sein kann, macht es ihr möglich gesetzgebend zu sein.“

ist, ohne an Gehalten außerhalb seiner selbst ausgerichtet zu sein. Eben das trifft auf das Motiv der Ungebundenheit zu, insofern es sich darauf richtet, als Motiv, das auf keinen Gehalt gerichtet ist, weitestmöglich handlungswirksam zu sein.

Die Überlegungen in diesem Kapitel sollten deutlich machen, daß der hier verfolgte Begründungsansatz in einigen wesentlichen Punkten an die Gedankenführung Kants anknüpfen kann und in deren Konsequenz liegt. Alle Anknüpfungspunkte, Parallelen oder Unterschiede zur praktischen Philosophie Kants können hier nicht erörtert werden. Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß bei einem maßstabbildenden Vernunftmotiv der Ungebundenheit nicht der kategorische Imperativ oberster orientierender Maßstab für die Beurteilung von Handlungen bzw. Handlungsmaximen ist, sondern der davon verschiedene Maßstab der Ungebundenheit. Im folgenden gilt es, diesen Maßstab der Ungebundenheit in Richtung auf ein handlungsorientierendes Ideal zu konkretisieren.

IV. Das handlungsorientierende Ideal des Maßstabs der Ungebundenheit

A. Der Maßstab der Maximierung der Motiverfüllung

Wenn die Verfolgung irgendeines Gehalts mit dem Maßstab der Ungebundenheit vereinbar ist, kann sich dieser Gehalt nicht aus dem Maßstab der Ungebundenheit im engeren Sinne ableiten. Er muß sich vielmehr aus dem Geltenlassen der gebundenen Motive ergeben, aus dem Verfolgen eines gebundenen Motivs also. Wer ein eigenes gebundenes Motiv verfolgt, d. h. wer die Entscheidung trifft, ein gegenwärtiges, gebundenes Motiv mit der Richtung auf einen bestimmten Gehalt zu erfüllen, kann sein Handeln in verschiedener Hinsicht an einem Gehalt ausrichten, je nachdem wegen welcher Eigenschaften er die Erfüllung des betreffenden Motivs wählt: an dem Gehalt ein Motiv mit der Richtung des gewählten Motivs zu erfüllen, an dem Gehalt, ein gegenwärtiges gebundenes Motiv zu befördern und nicht etwa ein solches, das erst in Zukunft bestehen wird, an dem Gehalt, auf die Erfüllung eines *eigenen* gebundenen Motivs hinzuwirken und nicht etwa auf die Erfüllung des Motivs eines anderen. Die Ausrichtung des Handelns an einem dieser Gehalte steht zum Maßstab ungebundenen Handelns im engeren Sinne im Gegensatz. Dieser Gegensatz wird bedeutsam, fragt man nach den einschränkenden Bedingungen für die Erfüllung der gebundenen Motive des Handelnden. Diese Bedingungen sollen ja derart sein, daß sie den Maßstab der Ungebundenheit im engeren Sinne zur Geltung bringen. Gesucht sind also einschränkende Bedingungen, die einer-

seits die Verfolgung der gebundenen Motive zulassen, die das Handeln aber dennoch weitestmöglich aus der Ausrichtung auf die genannten Gehalte herauslösen.

Das Handeln ist dann ein Stück weit aus dieser Ausrichtung herausgelöst, wenn der Handelnde sein eigenes, gegenwärtiges Motiv, das er verfolgt, nicht deswegen wählt, weil das oberste Kriterium seiner Handlungswahl die Erfüllung eines Motivs ist, das die Eigenschaft aufweist, in die Richtung zu bewegen, in die es bewegt, gegenwärtig zu sein oder dem Handelnden anzugehören. Wegen welcher Eigenschaften darf der Handelnde dieses Motiv aber sonst verfolgen? Die Antwort ist: Der Handelnde bindet sein Handeln bei der Verfolgung seiner gebundenen Motive dann in geringstmöglichen, mit dem Geltenlassen der gebundenen Motive noch vereinbaren Maße an einen Gehalt, wenn er die Erfüllung des eigenen, gegenwärtigen, gebundenen Motivs letztlich überhaupt nicht nach den Kriterien irgendwelcher spezieller Eigenschaften dieses Motivs wählt und verfolgt. Das Handlungskriterium besteht nicht in der Erfüllung eines realen, gebundenen Motivs mit speziellen Eigenschaften, sondern darin, ein gebundenes Motiv zu erfüllen, weil es die abstrakten Merkmale eines realen, gebundenen Motivs aufweist: die Merkmale, jetzt oder zukünftig eine Person in Richtung auf einen bestimmten Gehalt zu bewegen.

Dieser Gehalt läßt sich nicht weiter reduzieren. Man kann die Merkmale nicht noch abstrakter fassen und noch weitere Bestimmungen weglassen, etwa die Bestimmung, daß es sich um reale, d. h. gegenwärtige oder zukünftige Motive, oder um die Motive einer Person handelt. Das wird deutlich, beachtet man, daß die Merkmale eines Motivs, wegen denen es verfolgt werden darf, nur solche Motive erfassen dürfen, die der Maßstab der Ungebundenheit auch gelten läßt.

Welche gebundenen Motive sind es genauer, deren Verfolgung der Maßstab der Ungebundenheit unter einschränkenden Bedingungen zuläßt? Soll sich der Maßstab der Ungebundenheit dadurch auszeichnen, daß seine Anwendung es erfordert, Gehalte in Frage zu stellen, betrifft das auch den Gehalt des Elements des Geltenlassens. Wie bereits angesprochen wurde, ist auch dieses Element des Geltenlassens gebundener Motive eine Art von Gehalt, wenn auch kein solcher Gehalt, der die Ausrichtung des Handelns in Richtung auf die Verwirklichung von etwas verlangt. Um einen Gehalt bei Anwendung des Maßstabs der Ungebundenheit sinnvoll in Frage stellen zu können, darf der Maßstab diesen Gehalt nicht selbst aufweisen. Der Gehalt des Elements des Geltenlassens des Maßstabs der Ungebundenheit soll daher möglichst gering sein. Dazu stünde es in Widerspruch, wenn der Maßstab gegenwärtige, gebundene Motive eines Handelnden gelten ließe, weil sie gegenwärtig sind oder gerade dem Handelnden angehören. Dagegen sind folgende Bestimmung unverzichtbar: Die geltengelassenen Motive müssen sich einer Person zuordnen lassen, die über das Motiv der Ungebundenheit oder wenigstens die Anlagen dazu verfügt, und sie müssen diejenigen Merkmale aufweisen, wegen denen die Motive in einer noch offenen Handlungssituation zu einem Motiv in Richtung auf Ungebundenheit in Konkurrenz treten können: Sie müssen tatsächlich, jetzt oder zukünftig, handlungsbewegend sein, und zwar in Richtung auf einen bestimmten Gehalt.

Damit wird deutlich, daß die angegebenen Merkmale, die das Kriterium für die Verfolgung gebundener Motive umschreiben, gerade diejenigen Motive erfassen, die der Maßstab der Ungebundenheit gelten läßt, und das auch nur mit der Einschränkung, daß unter den Begriff einer Person nur solche handlungsfähigen Subjekte fallen, die

über das Motiv der Ungebundenheit oder die Anlage dazu verfügen. Würde man den Gehalt der Merkmale „reales, gebundenes Motiv einer Person“ abstrakter fassen, fielen auch Motive unter diese Merkmale, die der Maßstab der Ungebundenheit nicht gelten lässt.

Der Maßstab der Ungebundenheit lässt nach dem Gesagten nur die Alternative zu, sich entweder jeder Erfüllung der eigenen gebundenen Motive zu enthalten, was praktisch nicht möglich ist, oder die eigenen Motive nach dem Handlungskriterium zu verfolgen, Motive zu verfolgen, die die abstrakten Merkmale aufweisen, reale, gebundene Motive einer Person zu sein. Sind die eigenen gegenwärtigen Motive aber aufgrund dieser Merkmale relevant, müssen andere Motive, die ebenfalls diese Merkmale aufweisen, ebenso relevant sein. Das Handlungskriterium besteht dann darin, so zu handeln, daß die Erfüllung aller Motive maximiert wird, die diese Merkmale aufweisen. Daß das Kriterium in der Maximierung der Erfüllung *aller*, nicht nur *einiger* solcher Motive besteht, ergibt sich aus folgender Erwägung: Besteünde das Handlungskriterium in der Erfüllung einiger realer, gebundener Motive, müßte der Handelnde völlig beliebig wählen, welches dieser Motive er erfüllt. Er soll die Erfüllung des Motivs ja nicht wegen spezieller Eigenschaften dieses Motivs wählen. Er müßte also ständig völlig beliebig gebundene Motive erfüllen oder nicht erfüllen. Er dürfte nicht etwa beliebig ein Motiv mit der Richtung R wählen und dann in der Folgezeit die Erfüllung des Motivs mit der Richtung R zum Handlungskriterium machen. Sonst würde er sein Handeln in der Folgezeit an diesem speziellen Gehalt, dem Gehalt R, ausrichten. Dazu, ständig völlig beliebig zu handeln, ist aber niemand in der Lage. Die einzige Alternative zur Ausrichtung an einem speziellen Gehalt ist daher die Ausrichtung am Kriterium der Maximierung der

Erfüllung aller Motive, die die genannten abstrakten Merkmale aufweisen.

In der Regel ist es nicht möglich, die Erfüllung jedes gebundenen Motivs, dessen Beförderung in einer Situation zur Wahl steht, bestmöglich zu befördern. Häufig geht die Erfüllung des einen Motivs auf Kosten der Erfüllung eines anderen. Der Handelnde muß dann zwischen der mehr oder weniger intensiven Erfüllung verschiedener Motive eine Wahl treffen. Für diese Wahl braucht der Handelnde ein Kriterium, das über das Kriterium der Maximierung der Erfüllung gebundener Motive hinausgeht. Als solches Kriterium bietet sich das Kriterium der Stärke der Motive an, Stärke dabei verstanden als die Eigenschaft eines Motivs, mehr oder weniger handlungsbewegend zu sein. Mit der Ausrichtung an diesem Kriterium ist das Handeln einerseits nicht an spezielle Gehalte wie bestimmte Richtung, zeitliche Lage oder persönliche Zugehörigkeit des Motivs gebunden. Andererseits liegt die Beachtung dieses Kriteriums in der Konsequenz davon, gebundene Tendenzen gelten zu lassen. Denn ein eigenes gebundenes Motiv gelten, d. h. das Hinwirken auf seine Erfüllung zuzulassen, schließt es ein, dieses Motiv auch in einer noch näher zu beschreibenden Weise bewegend sein zu lassen. Das wird gleich noch deutlich werden.¹⁶⁸ Von daher ist es nur folgerichtig, bei einem Konflikt zwischen gegenwärtigen, gebundenen Motiven des Handelnden das bewegendere Motiv auch bewegender sein zu lassen. Eine weitere Konsequenz ist dann die, Motive auch in dem Fall nach ihrer Stärke zu gewichten, daß zwischen der Erfüllung von Motiven zu wählen ist, die verschiedene Zeiten oder verschiedene Personen betreffen. Ob ein Motiv gegenwärtig oder zukünftig ist

¹⁶⁸ Siehe dazu unten S. 216.

oder welcher Person es zugehört, soll ja nicht relevant sein.

Eine weitere Frage stellt sich: Ist es begründet, auf die weitestmögliche Erfüllung der gebundenen Motive aller in ihrer Gesamtheit hinzuwirken? Oder ist darauf hinzuwirken, daß die gebundenen Motive jeder einzelnen Person im gleichen Umfang erfüllt werden, wenn zwischen beidem zu wählen ist? Wer die Erfüllung der Motive jeder Person im gleichen Umfang zum Kriterium macht, mißt immer noch dem Umstand Gewicht bei, daß es die Motive bestimmter, voneinander verschiedener Personen sind. Demgegenüber soll es nach dem Gesagten für die Wahl, welches Motiv erfüllt wird, gänzlich irrelevant sein, daß das Motiv einer bestimmten Person zugehört. Danach ist es konsequenter, auf die Erfüllung gebundener Motive von Personen überhaupt abzustellen, d. h. auf die Erfüllung aller Motive in ihrer Gesamtheit.¹⁶⁹

B. Die Richtung darauf, dahin wirksam zu sein, daß das Handeln ungebunden ist

Wäre der angesprochene Maßstab der Maximierung der Motiverfüllung alles, was sich dem Maßstab der Ungebun-

¹⁶⁹ Was den Maßstab der Maximierung der Motiverfüllung anbelangt, stellen sich daneben noch weitere Fragen, die hier nicht alle diskutiert werden können. So ist hier nicht näher zu erörtern, ob die Erfüllung eines gebundenen Motivs nur dann relevant ist, wenn der Träger dieses Motivs von der Erfüllung dieses Motivs Kenntnis erlangt (vgl. dazu Hare (1981), 104). Auch was Motive anbelangt, die sich auf die Verwirklichung eines Sachverhalts in der Zukunft richten, ergeben sich eine Reihe weiterer, hier nicht zu diskutierender Fragen (vgl. dazu unten Anm. 171). Siehe auch Brandt (1979), 247 ff., der auf einige Schwierigkeiten eines nicht näher eingegrenzten Maßstabs der Maximierung der Motiverfüllung hinweist.

was die Geltung von Regeln anbelangt. Sobald es um Regeln im angegebenen Sinne geht, um Normen also, deren Geltung von allen einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnissen abhängt, ist es nicht einmal wahrscheinlich, daß eine universelle Norm, die in praktischen Argumentationen einer Rolle spielt, Regelcharakter in diesem Sinne hat: daß sie *in allen nur denkbaren Fällen*, in denen sie anwendbar ist, ausnahmslos befolgt werden soll.¹²⁰

Praktikabler und dennoch auf die Geltung einer Norm unter Berücksichtigung aller Umstände bezogen ist folgendes Regelverständnis: Wer eine Norm als Regel im zu erläuternden Sinne bezeichnet, bringt damit zum Ausdruck, daß die Geltung der Regel in der jeweiligen Entscheidungssituation von in der Situation einschlägigen *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnis abhängt und daß die Norm befolgt werden soll, wenn sie ihrem Inhalt nach anwendbar ist und wenn ferner keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, daß es in der jeweiligen Entscheidungssituation unter Berücksichtigung aller Umstände nicht geboten ist, normgemäß zu handeln. Man kann diese Art von Normgeltung auch als „Geltung des ersten Anscheins“ bezeichnen. Sie ist von der Geltung einer Norm „im Normalfall“ zu unterscheiden.¹²¹ Wer jene Art von Geltung behauptet, sagt damit, daß die Norm in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle, in denen die Norm ihrem Inhalt nach anwendbar ist, unter Berücksichtigung aller Umstände gilt oder dies wahrscheinlich ist, ohne im Blick auf sämtliche Anwendungssituationen die Bedin-

einiger moralischer Normen angenommen. Vgl. auch Schefold (1983), 101 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu Alexy (1979), 68 ff. Neumann (1986), 26.

¹²¹ Zur Geltung im Normalfall vgl. auch Schefold (1983), 106 f.

soll, wenn dies der klugen Erfüllung der eigenen Motive zuwiderläuft.

Was diese moralische Fragestellung anbelangt, scheint der Maßstab der Ungebundenheit nach den eben angestellten Überlegungen auf eine Form von Utilitarismus hinauszulaufen, die, wenn auch nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis beispielsweise dem Präferenzutilitarismus ähnlich ist, den Hare vertritt.¹⁷² Der Handelnde soll die Motive anderer nach dem Gesagten ja ebenso beachten wie seine eigenen und die Handlung wählen, die zur weitestmöglichen Erfüllung der gegenwärtigen und zukünftigen gebundenen Motive aller in ihrer Gesamtheit führt. Wäre dies das einzige Kriterium, träfen die bekannten Einwände gegen den Utilitarismus auch den Maßstab der Ungebundenheit. Die Konsequenzen aus diesem Maßstab widersprächen ebenso vielfach grundlegenden moralischen Überzeugungen – etwa in Fragen der Verteilungsgerechtigkeit, der Verfolgung Unschuldiger, wenn dies den Gesamtnutzen erhöht, etc. – wie andere Formen eines Handlungsutilitarismus.¹⁷³

Zu einer Form von Handlungsutilitarismus gelangt indes nur, wer das positive Element des Motivs der Ungebundenheit außer acht lässt, das bisher nur am Rande Berücksichtigung fand: die Richtung darauf, weitestmöglich dahin wirksam zu sein, daß das Handeln ungebunden ist.

Das Motiv der Ungebundenheit richtet sich nicht speziell darauf, daß eine bestimmte Person zu einer bestimmten Zeit oder an einem bestimmten Ort ungebunden handelt. Sonst richtete sich das Motiv doch wieder auf einen bestimmten Gehalt. Lediglich ein Handeln mit dem abstrakten Merkmal, ungebundenes Handeln zu sein, ist ange-

¹⁷² Vgl. Hare (1981), Teil 2 und 3.

¹⁷³ Zu dieser Art von Einwänden vgl. Höffe (1975), 29 ff. m. w. Nachw.

strebt. Diese Beschreibung ist allerdings noch ungenau. Sie läßt offen, ob angestrebt ist, dahin wirksam zu sein, daß möglichst viel ungebunden gehandelt wird, daß jeder-
mann, wenn er handelt, ungebunden handelt, oder daß ir-
gendwer irgendwann so handelt. Wäre letzteres ange-
strebt, dürfte es sich der Handelnde konsequenterweise zu
keiner Zeit zum Handlungskriterium machen, so zu han-
deln, daß eine bestimmte Person zu einer bestimmten Zeit
ungebunden handelt. Sonst richtete er sein Handeln doch
wieder an einem bestimmten Gehalt aus. Der Handelnde
müßte ständig beliebig handeln. Das Motiv strebte dann
nicht einmal notwendig das gebundene Handeln dessen
an, dem es angehört. Dieser Deutung ist daher nicht zu
folgen. Ebensowenig wie die dritte kommt die erste Deu-
tung in Betracht. Daß überhaupt, daß gar noch möglichst
viel gehandelt wird, ist ein zusätzlicher, verzichtbarer Ge-
halt. Der Maßstab der Ungebundenheit setzt den Ent-
schluß voraus, überhaupt zu handeln, fordert ihn aber
nicht. Demnach verdient die zweite Deutung des Motivs
den Vorzug: Das Motiv der Ungebundenheit richtet sich
darauf, dahin weitestmöglich wirksam zu sein, daß jeder-
mann, wenn er handelt, ungebunden handelt, und das
– so ist zu ergänzen – bei Geltenlassen der gebundenen
Motive.

Die angestrebte Wirksamkeit nimmt verschiedene Gestalt
an, je nachdem wessen Handeln betroffen ist. Geht es um
die weitestmögliche Wirksamkeit des Motivs dahin, daß
der Träger des Motivs ungebunden handelt, besteht diese
weitestmögliche Wirksamkeit darin, daß das Motiv seinen
Träger selbst weitestmöglich zu ungebundenem Handeln
bestimmt – bei Geltenlassen der gebundenen Motive. Was
damit gemeint ist, daß das Motiv das Handeln bestimmt,
und wie sich dieses Bestimmen zum Geltenlassen der ge-
bundenen Motive verhält, ist kurz zu erörtern.

Die Tendenz der Ungebundenheit kann einmal in einem handlungsbewegenden Sinne bestim mend sein. Das ist dann der Fall, wenn sie den Handelnden in einer Handlungssituation handlungstragend dahin bewegt, einen bestimmten Sachverhalt zu verwirklichen, dessen Verwirklichung dem Maßstab der Ungebundenheit entspricht, beispielsweise dahin, anderen bei der Erfüllung ihrer Motive zu helfen. Daß das Motiv handlungstragend ist, heißt dabei: Der Handelnde hat sich dazu entschlossen, das Motiv der Ungebundenheit zu verfolgen und andere Motive nur soweit zu erfüllen, wie sich das mit dem Vernunftmotiv vereinbaren läßt.

Das Motiv der Ungebundenheit kann noch in einem anderen, nicht direkt handlungsbewegenden Sinne bestim mend sein: Da dieses Motiv die gebundenen Tendenzen gelten läßt und deren Verfolgung lediglich einschränkenden Bedingungen unterwirft, läßt es auch zu, daß eine gebundene Tendenz handlungsbewegend ist. Das Motiv läßt dies dann zu, wenn es dem Handelnden nach den einschränkenden Bedingungen des Maßstabs der Ungebundenheit gestattet ist, ein eigenes, gegenwärtiges, gebundenes Motiv zu erfüllen. Das Motiv der Ungebundenheit bewegt dann nicht selbst in Richtung auf die Verwirklichung des Sachverhalts, dessen Verwirklichung das betreffende gebundene Motiv anstrebt. Das wäre überflüssig, da die gebundene Tendenz motivierend genug ist. Der bestimmende Einfluß äußert sich dann anders. Er äußert sich darin, daß der Handelnde das Verfolgen des gebundenen Motivs einer Prüfung und Kontrolle anhand des Maßstabs der Ungebundenheit unterzieht.

In jedem Fall schließt das Bestimmtsein des Handelns durch das Motiv der Ungebundenheit ein, daß der Handelnde über die gegebenen Handlungsalternativen anhand des Maßstabs der Ungebundenheit als oberstem Hand-

lungsmaßstab entscheidet. Auch die Entscheidung für die Verfolgung eines eigenen Motivs ist eine solche Entscheidung anhand des Maßstabs der Ungebundenheit, wenn der Handelnde die Verfolgung des eigenen Motivs davon abhängig macht, daß die Verfolgung des Motivs mit dem Maßstab der Ungebundenheit vereinbar ist. Damit ist ein wichtiger Punkt angesprochen: Schon die am Maßstab der Ungebundenheit orientierte Wahl zwischen offenstehenden Handlungsalternativen ist eine Form bestimmender Wirksamkeit des Motivs der Ungebundenheit. Ist also angestrebt, daß das Vernunftmotiv weitestmöglich bestim mend ist, dann ist damit auch angestrebt, daß der Einzelne zwischen den gegebenen Handlungsalternativen weitest möglich selber wählt. Darauf wird im nächsten Kapitel noch näher einzugehen sein.

Geht es um das Handeln anderer Personen als der Person des Trägers des Motivs der Ungebundenheit, kann die Wirksamkeit in Richtung auf ungebundenes Handeln nicht darin bestehen, daß das Motiv selbst das Handeln der anderen Personen bestimmt. Eine Motiv des Individuums A kann Individuum B nicht unmittelbar zum Handeln bewegen. Das ist so auch gar nicht angestrebt. Das Motiv richtet sich lediglich darauf, dahin weitestmöglich wirksam zu sein, daß jedermann, wenn er handelt, ungebunden handelt. Damit ist zwar auch angestrebt, daß jedermann, wenn er handelt, vom Motiv der Ungebundenheit bestimmt ist. Das heißt aber nicht, daß das Handeln vom Motiv der Ungebundenheit speziell eines bestimmten Individuums bestimmt sein soll. Das wäre ein zusätzlicher Gehalt. Vielmehr richtet sich das Motiv lediglich darauf, dahin weitestmöglich wirksam zu sein, daß ein Motiv, es selbst oder das Vernunftmotiv einer anderen Person, zu ungebundenem Handeln bestimmt. Geht es um das Handeln anderer Personen, kommt als Motiv, das zu un-

gebundenem Handeln bestimmt, nur ein Motiv der Ungebundenheit dieser anderen Personen in Betracht. Es geht dann darum, dahin weitestmöglich wirksam zu sein, daß andere Personen, wenn sie handeln, von ihrem eigenen Motiv der Ungebundenheit zu ungebundenem Handeln bestimmt sind.

C. Das resultierende handlungsorientierende Ideal

Die eben angestellten Überlegungen lassen ein handlungsorientierendes Ideal erkennbar werden. Daß es handlungsorientierend ist, heißt: Es ist geboten, auf eine weitestmögliche Annäherung der Wirklichkeit an dieses Ideal hinzuwirken. Nach dem Gesagten wäre eine Ordnung ideal, in der die Individuen, vom Motiv der Ungebundenheit bestimmt, das Bestimmtsein der anderen Individuen durch dieses Motiv wertschätzen und befördern. Wegen des Geltenlassens der gebundenen Motive ist damit zugleich das Bestreben aller verbunden, nach Maßgabe des Maßstabs der Ungebundenheit auf die Erfüllung der gebundenen Motive aller hinzuwirken. Die ideale Ordnung ist zugleich eine Ordnung der Kooperation, da die einzelnen Personen das ungebundene Handeln und die Erfüllung der gebundenen Motive anderer nur oder jedenfalls am besten in Kooperation mit den anderen Personen befördern können. Demnach läßt sich aus dem Maßstab der Ungebundenheit folgendes handlungsorientierende Ideal ableiten: Ideal ist eine Ordnung der Kooperation, in der die Individuen, vom Motiv der Ungebundenheit bestimmt, das Bestimmtsein der anderen durch dieses Motiv wertschätzen und befördern und in der sie in einer dem gemäßen Weise auf die weitestmögliche Erfüllung der gebundenen Motive aller hinwirken.

Im folgenden Kapitel geht es darum, einige fundamentale moralische Maßstäbe zu benennen, die sich aus dem Maßstab der Ungebundenheit und dem eben umschriebenen handlungsorientierenden Ideal ergeben.

V. Fundamentale Maßstäbe der Moral

Aus dem Gebot, auf eine Annäherung der Wirklichkeit an das Ideal des Maßstabs der Ungebundenheit hinzuwirken, ergeben sich eine Reihe von Konsequenzen. Hier können nur einige wenige zur Sprache kommen, und das auch nur kurz, teilweise nur andeutungsweise. In diesem Kapitel geht es darum, einige fundamentale Normen zu benennen, die sich bei der Konkretisierung des Ideals des Maßstabs der Ungebundenheit aus dem angesprochenen Gebot ergeben.

A. Der Maßstab gleicher Freiheit der offenen Möglichkeiten

Ein Gesichtspunkt, dem bei der Konkretisierung des handlungsorientierenden Ideals wesentliche Bedeutung zukommt, wurde bereits angesprochen: Bereits die Entscheidung über gegebene Handlungsalternativen anhand des Maßstabs der Ungebundenheit als oberstem Maßstab stellt eine Form bestimmender Wirksamkeit des Motivs der Ungebundenheit im Handeln dar. Handelt also jemand vom Motiv der Ungebundenheit bestimmt, besteht dieses Bestimmtsein wesentlich darin, daß er selbst anhand des Maßstabs der Ungebundenheit wählt, welche der offenstehenden Handlungsalternativen er verwirklicht. Ist eine Ordnung ideal, in der jedermann vom Motive der Ungebundenheit bestimmt handelt, schließt das ein, daß

der Einzelne selbst zwischen den ihm offenstehenden Handlungsmöglichkeiten am Maßstab der Ungebundenheit orientiert eine Wahl trifft.

Es wäre widersprüchlich, zu sagen, ein anderer solle zwischen den ihm offenstehenden Handlungsalternativen selber wählen, und ihm dies dann ganz oder teilweise dadurch unmöglich zu machen, daß man die dem anderen offenstehenden Handlungsalternativen ohne zureichenden Grund verengt. Daraus und aus einigen gleich noch anzustellenden Überlegungen ergibt sich folgende grundlegende Norm: das Gebot, darauf hinzuwirken, daß jedermann in gleichem, dabei möglichst hohem Maße zwischen den ihm offenstehenden Handlungsalternativen wählen kann, ohne daß diese Wahlmöglichkeiten durch andere Personen beeinträchtigt werden, sofern nicht ausgeschlossen ist, daß die betreffende Person zur Zeit der Entscheidung vom Vernunftmotiv bestimmt ist. Diese Norm ist jetzt zu präzisieren und zu erläutern.

1. Zur einschränkenden Bedingung der Gebotsnorm

Der Grund dafür, andere selbst entscheiden zu lassen, liegt nach dem Gesagten darin, daß jedermann vom Motiv der Ungebundenheit bestimmt sein soll und daß dieses Bestimmtsein wesentlich im eigenen, am Maßstab der Ungebundenheit orientierten Entscheiden besteht. Daraus erklärt sich zugleich die einschränkende Bedingung des Gebots. Der angegebene Grund fällt weg, wenn das Motiv der Ungebundenheit zur Zeit der Entscheidung nicht bestimmend ist. Dennoch muß der bestimmende Einfluß des Motivs zur Zeit der Entscheidung nicht positiv feststehen. Das ergibt sich aus dem Gewicht, daß dem eigenen Entscheiden anhand des Maßstabs der Ungebundenheit zu kommt. Wenn auch nur die Möglichkeit zu einem solchen

Entscheiden anhand des Vernunftmaßstabs besteht, genügt das grundsätzlich als Grund, diese Möglichkeit offen zu halten und sie nicht dadurch zu verschließen, daß man den anderen nicht selbst entscheiden läßt.

Liegen keine Ausnahmebedingungen vor – zu geringes Alter, psychische Störungen etc. – läßt sich nicht ausschließen, daß sich jedermann jederzeit durch das Motiv der Ungebundenheit bestimmen läßt. Das ist keine willkürliche Annahme. Sie geht davon aus, daß jedermann, von Ausnahmebedingungen einmal abgesehen, jederzeit fähig ist, die Normen, an denen er sich orientiert, und die Motive, die er verfolgt, ernsthaft und radikal in Frage zu stellen und dann diejenige Handlungsalternative zu ergreifen, von der er meint, daß sich ihre Wahl beim radikalen Fragen nach ihrer Begründetheit als begründet erweist. Daß grundsätzlich jedermann dazu fähig ist, wird jedenfalls im Umgang miteinander – etwa bei moralischen Vorhaltungen – unterstellt.¹⁷⁴ Macht jemand von dieser Fähigkeit Gebrauch, ist das Motiv, auf das er sich stützt, das Motiv der Ungebundenheit.

Auf die Diskussion über Willensfreiheit und Determinismus¹⁷⁵ soll in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden. Für die Anwendbarkeit der angesprochenen Norm genügt die Annahme, daß es sich jedenfalls nicht *positiv beweisen läßt*, daß der Einzelne nicht über diejenige Form von Willensfreiheit verfügt, nach der er unter normalen Bedingungen jederzeit aus dem Vernunftmotiv heraus zu handeln vermag.

¹⁷⁴ Vgl. auch Habermas (1971), 118 f., nach dem kommunikatives Handeln mit der „kontrafaktischen Erwartung“ einhergeht, daß die handelnden Subjekte nur Normen folgen, die ihnen gerechtfertigt erscheinen.

¹⁷⁵ Siehe dazu Pothast (1980), mit umfangreichen Nachw.

2. Die Begründung des Gleichheitsmaßstabes

Wenn es geboten ist, darauf hinzuwirken, daß jedermann in *gleichem*, dabei möglichst hohem Maße¹⁷⁶ selbst wählen kann, bedarf das der Begründung. Wie oben ausgeführt wurde, strebt das Motiv der Ungebundenheit das ungebundene Handeln einer Person nicht deswegen an, weil es das Handeln des Individuums A ist. Das ungebundene Handeln jeder Person hat gleiches Gewicht. Das lässt aber immer noch mehrere Deutungen zu. Nach der einen Deutung ist ein möglichst hoher Gesamtumfang an ungebundenem Handeln aller handelnden Personen angestrebt. Das ungebundene Handeln einer Person hat dann insofern gleiches Gewicht wie das Handeln einer anderen Person, als es bei der Ermittlung des Gesamtumfangs an ungebundenem Handeln ebensoviel zählt wie das ungebundene Handeln der anderen Personen. Nach der anderen, dem eben angesprochenen Gebot zugrundeliegenden Deutung ist angestrebt, daß jedermann in *gleichem*, dabei möglichst hohem Maße ungebunden handelt.

Als es oben um das Kriterium der gebundenen Motive aller ging, stellte sich eine ähnliche Frage. Die Frage war dort, ob die Erfüllung der Motive aller in ihrer Gesamtheit Kriterium sein soll oder die Erfüllung der Motive jedes

¹⁷⁶ Die Wendung „in gleichem, dabei möglichst hohem Maße“, die auch unten noch verwandt werden wird, wenn es um gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen zur Motiverfüllung geht (172 ff.), ist präzisierungsbedürftig. Beispielsweise lässt sie offen, ob Ungleichheiten nur dann, aber immerhin dann in Kauf zu nehmen sind, wenn dadurch die Position der am Schlechtestgestellten verbessert wird, oder ob es genügt, wenn sich die Position des am Schlechtestgestellten nicht verschlechtert und keine Möglichkeiten einer Besserstellung bestehen. Vgl. dazu die Versuche der Präzisierung und Korrektur des sog. Differenzprinzips bei Rawls (dazu Rawls (1979), 95 ff.), das ähnliche Fragen aufwirft, dazu insbesondere Koller (1983), 1 ff. m. w. Nachw.

Einzelnen in gleichem Umfang.¹⁷⁷ Wenn die erste Lösung oben den Vorzug erhielt, heißt das nicht, daß eine solche Gesamtbetrachtung auch im Blick auf ungebundenes Handeln angebracht ist. Wer auf die Erfüllung der gebundenen Motive aller oder auf das ungebundene Handeln aller in ihrer Gesamtheit abstellt, behandelt diese Vorkommnisse als Gesamtmasse, deren Zuordnung zu einem einzelnen Individuum gänzlich irrelevant ist. Das mag im Blick auf die Erfüllung der gebundenen Motive gerechtfertigt sein. Im Blick auf ungebundenes Handelns ist es das nicht.

Zwischen beiden Bereichen besteht ein wesentlicher Unterschied: Im einen Bereich ist angestrebt, daß ein angestrebter Sachverhalt in einem und durch ein bestimmtes Individuum verwirklicht wird, im anderen nicht. So ist mit der Erfüllung der gebundenen Motive aller nicht zugleich auch angestrebt, daß die Motive durch eine bestimmte Person erfüllt werden, durch denjenigen etwa, dem sie angehören. Mit dem ungebundenen Handeln verhält es sich anders. Ungebundenes Handeln besteht nach dem Gesagten wesentlich darin, daß der Einzelne weitestmöglich selbst am Maßstab der Ungebundenheit orientiert wählt, welche der ihm offenstehenden Handlungsalternativen er ergreift. Angestrebt ist also folgendes: daß anhand des Maßstabs der Ungebundenheit gewählt wird, welche der dem Handelnden offenstehenden Alternativen dieser ergreift, und zwar von einem bestimmten Individuum, dem Handelnden selber.

Ist mit dem ungebundenen Handeln also zugleich angestrebt, daß ein Sachverhalt durch ein bestimmtes Individuum, den jeweils Handelnden, verwirklicht wird, läßt sich ein solches Handeln nicht wie ein Ereignis behandeln,

¹⁷⁷ Siehe S. 212.

dessen Zuordnung zum Individuum des Handelnden gänzlich irrelevant ist. Stattdessen muß im Handlungsmaßstab zur Geltung kommen, daß das ungebundene Handeln Einzelner nicht nur Teil einer Gesamtmasse ungebundenen Handelns ist, sondern das Handeln eines einzelnen Individuums, das selbst am Maßstab der Ungebundenheit orientiert zwischen Handlungsalternativen wählt. Dem wird die zweite Deutung besser gerecht als die erste. Angestrebt ist also, daß jeder in gleichem, dabei möglichst hohem Maße ungebunden handelt. Entsprechend ist auch angestrebt, daß jeder in gleichem, dabei möglichst hohem Maße zwischen den ihm offenstehenden Alternativen am Maßstab der Ungebundenheit orientiert selber wählen kann.

3. Die Freiheit der offenen Möglichkeiten

Der Gedanke, den Einzelnen über sein Handeln selbst entscheiden zu lassen, ist aus der Diskussion über den Begriff der negativen Freiheit bekannt, der in verschiedenen Varianten Grundgedanke liberaler politischer Theorie ist.¹⁷⁸ Zur weiteren Erläuterung der angegebenen Norm sei kurz der Freiheitsbegriff präzisiert, der dieser Norm zugrunde liegt.

Jedenfalls dann, wenn es um Fragen der Entscheidungsfreiheit geht, läßt sich Freiheit als dreistellige Relation zwischen einem Freiheitsträger, einem Freiheitshindernis – Freiheit von etwas – und dem Gegenstand der Freiheit, dem, wozu der Freiheitsträger frei ist, darstellen.¹⁷⁹ Mit

¹⁷⁸ Siehe etwa Sterba (1978), 115 ff. m. w. Nachw., zur Analyse des Begriffs negativer Freiheit siehe auch Mac Callum (1967), 312 ff.; Berlin (1969), 118 ff.

¹⁷⁹ Dazu näher Mac Callum (1967), 312 ff.; Alexy (1985), 194 ff. Im Gegensatz zu dem nachfolgend verwandten weiten Verständnis der Frei-

dem Freiheitshindernis oder Freiheitsgegenstand kann Verschiedenes gemeint sein, mit dem Hindernis beispielsweise psychische Hindernisse, ein ökonomischer Mangelzustand, äußerer Zwang oder auch Hindernisse normativer Art wie etwa positivrechtliche Verbote. Freiheitsgegenstand kann zum Beispiel ein genauer bestimmtes Handeln sein, ein solches etwa, das bestimmte sittliche Normen verwirklicht. Oder es geht um die Freiheit zu tun, was man will, verstanden als die Freiheit zu Handlungen, die bereits vorhandene Motive oder gesetzte Zwecke verwirklichen, welcher Art sie auch seien. Davon ist ein anderes Freiheitsverständnis zu unterscheiden, daß die Freiheit von Hindernissen dazu meint, zwischen beliebigen, nicht nur besonders ausgezeichneten Handlungsalternativen zu wählen.¹⁸⁰

Diese Freiheit der offenen Möglichkeiten ist es, auf die sich das oben genannte Gebot bezieht. Da sich diese Norm daraus ableitet, daß die eigene Wahl zwischen offenstehenden Handlungsalternativen eine vom Vernunftmotiv angestrebte Form des Bestimmtseins durch dieses Motiv ist, kann die zu respektierende Freiheit nicht nur darin bestehen, allein diejenigen Handlungen ausführen zu können, die auszuführen klug oder moralisch begründet ist. Es geht ja gerade darum, den anderen die Wahl zwischen den Handlungsalternativen, den positiv wie den

heitsrelation, nach dem z. B. auch die Freiheit von ökonomischen Mängelsituationen als Art von Freiheit erfaßt ist, wird teils zwischen Freiheit und Bedingungen der Ausübung oder des Werts der Freiheit unterschieden (z. B. Berlin (1969), LIII f.). Dem Anliegen dieser Unterscheidung läßt sich auch dadurch Rechnung tragen, daß man verschiedene Arten der Freiheit auseinanderhält und z. B. eine bestimmte ökonomische Freiheit als Bedingung des Wertes einer anderen Freiheit bezeichnet, der Freiheit von staatlichem oder sonstigen Zwang etwa. Vgl. dazu auch Alexy (1985), 200 f. Anm. 125.

¹⁸⁰ Vgl. Feinberg (1980), 36 ff.

negativ zu bewertenden, selbst und nach eigenem Urteil treffen zu lassen. Ebensowenig erschöpft sich die Freiheit in der Freiheit dazu, gesetzte Zwecke zu verwirklichen. Die zu ermöglichte Wahl ist auch eine Entscheidung darüber, ob Zwecksetzungen geändert werden, also auch eine Entscheidung über Handlungsalternativen, die der Verwirklichung potentieller anderer Zwecke dienen. Entsprechend ist der Bereich möglicher Hindernisse weit zu ziehen. Nach dem Grundgedanken, um den es hier geht, ist schon dann davon zu reden, daß Person A Person B zwischen den B offenstehenden Handlungsalternativen nicht selbst wählen läßt, wenn A die Handlungsalternativen Bs in irgendeiner Weise durch sein Tun verengt. Die zu respektierende Freiheit ist danach die Freiheit von einer Verengung offenstehender Handlungsalternativen durch andere dazu, zwischen beliebigen Handlungsalternativen zu wählen.

Diese Form negativer Freiheit reicht bereits weiter als das, was sonst häufig unter negativer Freiheit verstanden wird, als die Freiheit nur von Zwang etwa, zwischen beliebigen Handlungsalternativen zu wählen.¹⁸¹ Dennoch hat es mit dieser Form von Freiheit noch nicht sein Bewenden. Person A läßt Person B in höherem Maße am Maßstab der Ungebundenheit orientiert zwischen B offenstehenden Handlungsalternativen wählen, wenn sie die Alternativen, die B offenstehen, nicht nur nicht verengt, sondern darüber hinaus erweitert, wenn sie B also auch zwischen solchen Alternativen wählen läßt, die B nur mit As Zutun offenstehen. Soll A also B über dessen Handeln weitestmöglich selbst entscheiden lassen, gehört zu diesem

¹⁸¹ So etwa der Begriff der negativen Freiheit bei v. Hayek (1983), 25 ff.; für einen weiteren Begriff negativer Freiheit demgegenüber Sterba (1978), 119.

weitestmöglichen Entscheiden auch die Erweiterung der Handlungsalternativen Bs durch A. Danach sind mit den offenstehenden Alternativen in der angegebenen Norm auch solche Alternativen gemeint, die dem Einzelnen nur durch das Zutun anderer offenstehen. Demnach ist eine gleiche, dabei möglichst weitgehende Freiheit aller anzustreben, die nicht nur die Freiheit von einer Verengung gegebener Handlungsalternativen durch ein positives Tun ist, sondern ebenso eine Freiheit von einem Unterlassen, dem Unterlassen einer möglichen Erweiterung der gegebenen Handlungsalternativen durch andere Personen.

4. Zur Tauglichkeit der Freiheit der offenen Möglichkeiten als Handlungsmaßstab

Gibt eine derart weit gefaßte Form von Freiheit überhaupt einen tauglichen Handlungsmaßstab ab? Zunächst gilt folgendes: Hat Person A die Wahl, die Alternativen von Person B zu erweitern oder nicht zu erweitern und gibt es keinen Grund, der gegen diese Erweiterung spricht, oder sieht man von solchen Gründen ab, ist es begründet, die Alternativen Bs zu erweitern. Wenigstens insoweit ist der weite Freiheitsbegriff für die Handlungsrechtfertigung nicht ohne jede Aussagekraft. Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob die fragliche Alternative, gegen deren Eröffnung nichts spricht, trivial oder in irgendeinem Sinne besonders wichtig ist. Auch die Entscheidung, eine wichtige statt – etwa aus einer Laune heraus – eine triviale Alternative zu ergreifen, ist eine Wahl, die der andere selbst treffen können soll. Allerdings ist ebenso richtig, daß es kaum eine Situation gibt, in der sich nicht irgendein relevanter Grund gegen die Eröffnung einer bestimmten Handlungsalternative finden läßt. Das gleiche gilt für Gründe dafür, eine bestimmte Alternative zu ver-

engen. Gründe dieser Art mögen sich beispielsweise dar- aus ergeben, daß die Erweiterung der Alternativen des einen es faktisch ausschließt, die Alternativen des anderen zu erweitern oder nicht zu verengen. Oder solche Gründe ergeben sich einfach aus der allgemeinen Erwägung, daß es der Verwirklichung gebundener Motive hinderlich ist, wenn der Einzelne ständig darauf acht haben muß, welche noch so trivialen Alternativen er verengen oder anderen eröffnen könnte.

Finden aber auch Gründe gegen die Erweiterung oder für die Verengung bestimmter Handlungsalternativen anderer Personen Berücksichtigung, scheint der Maßstab gleicher, dabei möglichst weitgehender Freiheit der offenen Möglichkeiten kaum geeignet zu sein, eine brauchbare Handlungsorientierung zu liefern. Tatsächlich gibt er für sich allein genommen noch keinen zureichenden Handlungsmaßstab ab. Das gilt für den oben angesprochenen weiten Freiheitsbegriff ebenso wie für die engere, negative Fassung. Die einzelnen Personen verengen im gesellschaftlichen Handeln ständig in unübersehbar vielfältiger Weise Handlungsmöglichkeiten verschiedener Personen oder unterlassen es, Alternativen anderer zu erweitern. Schon wer sein Auto irgendwo am Straßenrand parkt, tut dies, indem er anderen die Möglichkeit dazu nimmt, etwas an dieser Stelle abzustellen. Normen sind erforderlich, die angeben, wie die Handlungsmöglichkeiten zwischen den verschiedenen Personen zu verteilen sind, welche Alternativen der Einzelne verengen oder eröffnen soll oder darf und auf welche er überhaupt acht haben muß. Dazu müssen die unabsehbar vielen Alternativen bzw. Eingriffe in Alternativen gewichtet, muß zwischen mehr und weniger wichtigen Alternativen unterschieden werden. Der Maßstab der Freiheit der offenen Möglichkeiten verhilft für sich genommen nur dann zu einer Handlungsorientie-

rung, wenn sich aus diesem Maßstab bereits Kriterien dafür ergeben, die Verengung oder Eröffnung welcher Alternativen wichtig oder weniger wichtig ist.

Was können das aber für Kriterien sein, wenn der wesentliche Gedanke, der der Freiheit der offenen Möglichkeiten zugrunde liegt, gerade der ist, andere zwischen *beliebigen*, nicht nur zwischen bestimmten besonders ausgezeichneten Alternativen wählen zu lassen? Teils wird vorgeschlagen, Alternativen danach zu gewichten, wie viele weitere Alternativen die Wahl dieser Alternativen eröffnet bzw. ihr Ausschluß versperrt, und Eingriffe in Alternativen nach der Zahl der versperrten Handlungsmöglichkeiten zu bewerten.¹⁸² Solche rein quantitativen Kriterien haben für sich genommen jedoch allenfalls marginale Bedeutung. Andernfalls ergäben sich abwegige Konsequenzen. Beispielsweise hätte sonst das Versperren der Alternative, an einem Zahlenlotto teilzunehmen, das den Teilnehmern die Wahl zwischen Millionen von Zahlenkombinationen lässt, schon wegen dieser Millionen abgeschnittener Wahlmöglichkeiten immenses Gewicht.¹⁸³

Ein anderer denkbarer Weg, der Freiheit der offenen Möglichkeiten schärfere Konturen zu verleihen, ist der, bestimmten Freiheitshindernissen ein besonderes Gewicht beizumessen, insbesondere der Verengung von Handlungsalternativen anderer durch Zwang. Doch selbst wenn sich aus dem Freiheitsmaßstab das besondere Gewicht dieser Form der Verengung von Handlungsalternativen ergäbe, wäre damit noch keine zureichende Handlungsorientierung gewonnen. Ist der Grundgedanke der, andere weitestmöglich über die ihnen offenstehenden Handlungsmöglichkeiten selbst entscheiden zu lassen,

¹⁸² So Feinberg (1980), 36 ff.

¹⁸³ Vgl. auch die Kritik an Kriterien dieser Art bei Taylor (1985), 218 f.

sind auch andere Formen der Verengung von Handlungsmöglichkeiten relevant als die Verengung durch Zwang. Für deren Gewichtung gibt das Zwangsmoment nichts her, ebensowenig für die Frage, wie verschiedene Formen der Erweiterung von Handlungsalternativen zu gewichten sind. Davon abgesehen setzen bereits die Definition von Zwang und die Gewichtung verschiedener Formen von Zwang Kriterien voraus, die sich nicht allein aus dem Maßstab der Freiheit der offenen Möglichkeiten ergeben. Als Beispiel sei hier nur die Zwangsdefinition v. Hayeks angeführt: „Unter Zwang wollen wir eine solche Veränderung der Umgebung oder der Umstände eines Menschen durch jemand anderen verstehen, daß dieser, um größere Übel zu vermeiden, nicht nach seinem eigenen zusammenhängenden Plan, sondern im Dienste der Zwecke des anderen handeln muß.“¹⁸⁴ Damit, daß v. Hayek auf das Herbeiführen der Alternative größerer „Übel“ abstellt, gewichtet er eine bestimmte Form der Einflußnahme auf die Wahlmöglichkeiten anderer nach einem Kriterium, das sich jedenfalls nicht *allein* aus dem Gedanken der Freiheit ergibt, zwischen beliebigen Alternativen zu wählen.

B. Prinzipien der Beförderung von Chancen zur Motiverfüllung

Die eben angestellten Überlegungen haben ergeben, daß das Gebot, auf gleiche, dabei möglichst weitgehende Freiheit der offenen Möglichkeiten aller hinzuwirken, für sich genommen noch keine zureichende Handlungsorientierung liefert. Deswegen ist diese Norm für die Orientie-

¹⁸⁴ v. Hayek (1983), 27.

rung des Handelns aber noch nicht ohne Belang. Vielmehr hat sie die Eigenart, ihre ganze Bedeutung als Handlungsmußstab erst in Kombination mit anderen Maßstäben zu entfalten.¹⁸⁵ In ihrer wesentlichen Funktion ist sie weniger als direkt handlungsorientierende Norm anzusehen denn als eine Norm, die gebietet, zusammen mit einem anderen Maßstab, dessen Beachtung die Freiheit der offenen Möglichkeiten berührt, einen kombinierten Maßstab zu bilden. Danach ist es geboten, die Freiheit der offenen Möglichkeiten indirekt, bei der Anwendung und Gewichtung dieses kombinierten Maßstabs zur Geltung zu bringen. Ein Maßstab, mit dem sich das Freiheitsgebot kombinieren läßt, ist das Gebot der Verwirklichung der gebundenen Motive aller.

1. Der Begriff der Chance zur Motiverfüllung

Wer auf die Verwirklichung der gebundenen Motive aller hinwirkt, hat dabei der Freiheit der offenen Möglichkeiten der Beteiligten Rechnung zu tragen. Wenn er auf die Erfüllung der Motive anderer Einfluß nimmt, soll er dies in einer Weise tun, die die Entscheidung, ob und wie die Motive des Betroffenen erfüllt werden, weitestmöglich dem Betroffenen überläßt. Derjenige Begriff, mit dem sich diese Verknüpfung zwischen dem Freiheitsgebot und dem Maßstab der Motiverfüllung am besten zum Ausdruck bringen läßt, ist der Begriff der „Chance“ oder der „Gelegenheit“.

Es ist vorgeschlagen worden, den Begriff der Gelegenheit (opportunity) wie den Freiheitsbegriff als dreistellige Re-

¹⁸⁵ Vgl. auch Alexy (1985), 321 ff., der von einer „formal-materialen“ Freiheitskonzeption ausgeht. Nach dieser Konzeption ist negative Freiheit als Wert an sich zu behandeln, bestimmt sich ihr Gewicht im konkreten Fall aber auch anhand weiterer, materialer Prinzipien.

lation zu analysieren.¹⁸⁶ Danach besteht dann eine Gelegenheit, wenn sich ein Einzelner oder eine Mehrzahl von Personen in einer Lage befinden, in der sie, wenn sie dies wählen, einen angestrebten oder erstrebenswerten Sachverhalt verwirklichen können, ohne daß bestimmte Hindernisse der Verwirklichung dieses Sachverhalts entgegenstehen.¹⁸⁷ Die dreistellige Relation ist die zwischen einem oder mehreren Handelnden, einem angestrebten oder erstrebenswerten Sachverhalt und einem oder mehreren Hindernissen, die der Verwirklichung dieses Sachverhalts entgegenstehen. Eine Gelegenheit ist danach genommen ein spezieller Typ von Freiheit. Im einzelnen werden noch weitere, mehr oder weniger enge Bedingungen dafür genannt, daß eine Gelegenheit gegeben ist. So wird die Bedingung angeführt, daß die Verwirklichung des Zielsachverhalts weder sicher sein noch ihr ein unüberwindliches Hindernis entgegenstehen darf¹⁸⁸ oder daß die Zielerreichung mit einer Anstrengung von Seiten des Handelnden verbunden sein muß.¹⁸⁹

Hier interessiert vor allem die Verbindung zweier Kennzeichen des Begriffs der Gelegenheit: daß jemand dann, wenn er dies wählt, mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit, ungehindert von bestimmten Hindernissen, ein bestimmtes Ziel erreichen kann und daß die Zielerreichung von seiner Wahl zwischen mehreren Handlungsalternativen abhängt. Ist das Ziel, um das es geht, mit der Erfüllung gebundener Motive verbunden,

¹⁸⁶ Siehe dazu Campbell (1974/1975), 51 ff.; Westen (1985), 837 ff.

¹⁸⁷ Spezialfälle einer solchen Gelegenheit sind Gelegenheiten in Situationen des Wettbewerbs um ein knappes Gut, dazu etwa Green (1989), 5 ff.

¹⁸⁸ Westen (1985), 839 ff.

¹⁸⁹ Campbell (1974/1975), 55 ff. Nach Lloyd-Thomas (1977), 388, muß eine Gelegenheit in irgendeinem Sinne gut, positiv zu bewerten sein; anders Green (1989), 10.

vereinigt der Begriff der Gelegenheit das Element der Motiverfüllung mit dem Element der Wahl zwischen Handlungsalternativen. Er eignet sich daher in besonderer Weise für eine Kombination des Freiheits- mit dem Motivverfüllungsmaßstab.

Aus diesem Grunde soll im folgenden der Begriff der Gelegenheit und der Chance im weiteren Sinne zur Motiverfüllung verwandt werden. Dabei umfaßt der Begriff der Chance im weiteren Sinne Gelegenheiten sowie gleich näher zu bestimmende Chancen im engeren Sinne.¹⁹⁰ Von einer Gelegenheit zur Motiverfüllung soll dann die Rede sein, wenn sich eine oder eine Mehrzahl von Personen in folgender Lage befinden: Ihnen steht eine Handlungsalternative in Gestalt eines positiven Tuns offen, bei deren Ergreifen es wenigstens aus der Sicht des Handelnden wahrscheinlicher – im Grenzfall sicher – ist als bei Nichtergreifen der Alternative, daß ein bestimmter Zweck verwirklicht wird. Unter Zwecken sollen in diesem Zusammenhang Sachverhalte verstanden werden, deren Verwirklichung mit Wahrscheinlichkeit oder Sicherheit die Erfüllung der gegenwärtigen oder zukünftigen gebundenen Motive des Handelnden befördert¹⁹¹ oder deren Verwirklichung dem Handelnden größere Handlungsspielräume bei der Erfüllung seiner Motive eröffnet. Neben dieser Alternative steht dem Handelnden noch mindestens eine Alternative offen, bei deren Wahl der Handelnde den Zweck wenigstens aus seiner Sicht nicht oder weniger effektiv oder in geringerem Maße als durch Ergreifen der erstgenannten Alternative verwirklicht. Bei

¹⁹⁰ Der Begriff der Chance wird hier also nicht einfach mit „Glücksfall“, oder „gute Aussicht“ gleichgesetzt wie etwa bei Starck (1982), 70.

¹⁹¹ Vgl. auch die Verknüpfung des Begriffs der Chance mit einem „Recht auf Glück“ bei Scholler (1969), 16 ff.

einer Gelegenheit handelt es sich demnach um ein Bündel von Handlungsalternativen.

Derjenige, der den Begriff der Gelegenheit verwendet, kann auf die Abwesenheit bestimmter Hindernisse für die Zweckerreichung Bezug nehmen, beispielsweise auf die Abwesenheit ökonomischer Hindernisse, die der Verwirklichung des Zwecks einer bestimmten Ausbildung entgegenstehen, wenn es um Ausbildungsgelegenheiten geht. Dabei kann er zugleich offenlassen bzw. von der Frage absehen, ob andere Hindernisse der Zweckverwirklichung entgegenstehen, z. B. fehlendes Talent oder Krankheit. Die Alternative und Wahrscheinlichkeit der Zweckverwirklichung, die nach dem Gesagten Voraussetzung für das Vorliegen einer Chance ist, ist dann genaugenommen eine Alternative und Wahrscheinlichkeit, die nur unter bestimmten Voraussetzungen gegeben ist, unter der Voraussetzung beispielsweise, daß bestimmte Talente und Fähigkeiten vorhanden sind. Daneben ist es auch möglich, Hindernisse nicht näher zu spezifizieren und auf das Fehlen jedes unüberwindlichen Hindernisses oder jedes Hindernisse zu verweisen, das der Zielerreichung mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit entgegensteht.

Chancen oder Aussichten einer Person im engeren Sinne zeichnen sich dadurch aus, daß die Zweckerreichung auch ohne das positive Tun des Handelnden sicher oder wenigstens ebenso wahrscheinlich ist wie mit seinem Zutun. Weiter läßt sich dann zwischen Situationen unterscheiden, in denen der Handelnde überhaupt keinen Einfluß auf die Zweckerreichung hat und solchen, in denen er diese be- oder verhindern kann. Auch die Chance, eine Gelegenheit zu erhalten, ist als Spezialfall einer Chance im engeren Sinne denkbar.

2. Zwei Prinzipien der Beförderung von Chancen zur Motiverfüllung

Verwendet man den Begriff der Chance in der eben angegebenen Weise, ergibt die Kombination des Freiheitsmaßstabes mit dem der Motiverfüllung das Gebot, auf die Beförderung der Chancen zur Motiverfüllung aller hinzuwirken. Daran schließt sich zugleich folgende Frage an: Wie ist zu entscheiden, wenn zwischen der Erweiterung oder Verengung von Chancen verschiedener Personen gewählt werden muß? Sollen alle gleiche Chancen auf möglichst hohem Niveau haben oder kommt es allein auf die Erweiterung der Chancen aller in ihrer Gesamtheit an? Nach dem oben Gesagten entspräche der Gleichheitsmaßstab dem Maßstab der gleichen Freiheit aller, zwischen beliebigen Handlungsalternativen zu wählen. Der auf eine Gesamtbetrachtung abstellende Maßstab entspräche demgegenüber dem Gebot, die Motiverfüllung aller in ihrer Gesamtheit zu maximieren. Wäre das Gebot, die Chancen zur Motiverfüllung zu befördern, lediglich aus einem der kombinierten Maßstäbe abgeleitet, wäre ausschließlich der in diesem Maßstab enthaltene Verteilungsmaßstab zu beachten. Das Gebot der Chancenbeförderung ergab sich jedoch aus einer Kombination beider Maßstäbe. Beide müssen bei der Einflußnahme auf die Chancen anderer Berücksichtigung finden. Dem läßt sich am besten dadurch Rechnung tragen, daß zwischen zwei verschiedenen prima facie-Normen der Chancenbeförderung unterschieden wird. Nach der einen ist es geboten, auf gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen zur Motiverfüllung aller hinzuwirken.¹⁹² Die andere gebietet,

¹⁹² Zur Präzisierungsbedürftigkeit der Wendung „gleiche, dabei möglichst weitgehende“ siehe oben Anm. 176.

die Chancen zur Motiverfüllung aller in ihrer Gesamtheit zu maximieren.

Daß beide Verteilungsmaßstäbe Berücksichtigung verdienen und nicht etwa nur der Maßstab gleicher, dabei möglichst weitgehender Chancen, läßt sich anhand von Beispielen extremer Wahlsituationen intuitiv besonders deutlich machen: Man stelle sich beispielsweise eine Situation vor, in der nur die Wahl zwischen folgenden Alternativen besteht: Nach der einen Alternative werden die Chancen des am Schlechtestgestellten in geringem Maße verschlechtert und die Chancen Millionen anderer erheblich Bessergestellter stark erweitert. Nach der anderen Alternative wird die Verschlechterung der Chancen des am Schlechtestgestellten vermieden und werden dessen Chancen geringfügig erhöht. Dafür sinken die Chancen Millionen anderer auf das niedrige Niveau der Chancen des am Schlechtestgestellten herab. Wäre allein der Gleichheitsmaßstab maßgeblich, wäre die zweite Alternative vorzuziehen, ein intuitiv kaum einleuchtendes Ergebnis.

3. Die Gewichtung der Chancen zur Motiverfüllung

Nach jedem der genannten Prinzipien ist es unverzichtbar, bei der Entscheidung darüber, welche Chancen befördert werden sollen, zu berücksichtigen, ob eine Chance mehr oder weniger gewichtig ist als eine andere. Das Gewicht der Chance zur Motiverfüllung einer bestimmten Person hängt im wesentlichen von zwei Komponenten ab: Nach der einen Komponente ist die Chance einer bestimmten Person um so wichtiger, je wichtiger das Ziel ist, zu dessen Erreichen eine Chance besteht, und je größer die Wahrscheinlichkeit ist, daß die Person das Ziel erreichen kann. Die Wichtigkeit des Ziels hängt wiederum davon ab, in

welchem Maße die Verwirklichung des Ziels die Erfüllung der gegenwärtigen und zukünftigen gebundenen Motive des Betreffenden, in ihrer Gesamtheit betrachtet, befördert. Dieses Gewichtungskriterium wirft eine Reihe von Fragen auf. So gibt es Gründe, der Erfüllung einiger gebundener Motive keinen Einfluß darauf einzuräumen, ob ein Ziel wichtiger oder weniger wichtig ist. Man denke etwa an Motive, die dem Ideal der Ungebundenheit direkt entgegengesetzt sind, ein Motiv in Richtung darauf etwa, andere zu unterjochen. Auch wirft der für die Gewichtung der Chancen verschiedener Personen unverzichtbare Vergleich Schwierigkeiten auf, ob und in welchem Umfang die Erfüllung der Motive der Person A bei Verwirklichung eines bestimmten Zwecks in höherem Maße befördert wird als die Erfüllung der Motive der Person B bei Verwirklichung dieses oder eines anderen Zwecks. Fragen der Ermittlung von Nutzenniveaus und des interpersonellen Nutzenvergleichs stellen sich.¹⁹³ Die grundsätzlichen Schwierigkeiten interpersonellen Nutzenvergleichs reduzieren sich allerdings dann, wenn der Vergleichende gar nicht den Anspruch erhebt, reine Tatsachenurteile zu fällen, sondern wenn er eine Abschätzung zu moralischen Zwecken vornimmt und sich dabei auch wesentlich auf Wertungen stützt.¹⁹⁴ Um eben eine solche Abschätzung zu moralischen Zwecken geht es bei der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit. Solchen und ähnlichen Fragen kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

Zu der eben genannten Gewichtungskomponente tritt

¹⁹³ Zur Diskussion der Probleme interpersonellen Nutzenvergleichs siehe näher Trapp (1988), 486 ff. m. w. Nachw.

¹⁹⁴ Vgl. dazu Trapp (1988), 506 f., der kardinalen interpersonellen Nutzenvergleichen zu moralischen Zwecken einen Status zwischen reinen Tatsachen- und Werturteilen zuschreibt.

noch eine weitere hinzu, die im folgenden Entscheidungskomponente heißen soll. Danach ist die Chance einer Person um so gewichtiger, in je größerem Umfang sie dem Betroffenen die Wahl lässt, ob, wieweit und auf welche Weise der betreffende Zweck verwirklicht und wie er konkretisiert wird. Die Entscheidung über die Konkretisierung des Zweckes ist insbesondere bei abstrakt umschriebenen Zwecken bedeutsam. So hängt das Gewicht der Chance, ein Studium zu absolvieren, wesentlich davon ab, ob der Einzelne den Zweck des Studierens selber konkretisieren, d. h. selbst wählen kann, was er studiert. Ob eine Chance nach der zweiten Komponente mehr oder weniger gewichtig ist, bestimmt sich dabei nicht allein nach der Zahl der offenstehenden Alternativen, sondern auch nach deren Gewicht. Dieses hängt wiederum von verschiedenen Faktoren ab, beispielsweise davon, ob und in welchem Maße die Wahl der betreffenden Alternative der Erfüllung der Motive des Betroffenen insgesamt oder wenigstens der Erfüllung einiger wesentlicher Motive zu- oder abträglich ist, ferner davon, ob dies auch aus der Sicht des Betroffenen so zutrifft. Beispielsweise ist die Chance zu studieren unter sonst gleichen Umständen gewichtiger, wenn die Wahl zwischen zwei Studiengängen besteht, die beide den Neigungen und den Fähigkeiten des Betroffenen in hohem Maße entsprechen und wenn auch der Betroffene dies so sieht, als wenn nur einer der beiden zur Wahl stehenden Studiengänge tatsächlich oder aus der Sicht des Betroffenen dessen Neigungen und Fähigkeiten entspricht. Entsprechend ist die Alternative, einen Zweck nicht zu verwirklichen, weniger wert, wenn ihre Wahl mit einer erheblichen Verschlechterung der Chancen zur Motiverfüllung verbunden ist. Dennoch sind auch solche Alternativen, deren Wahl tatsächlich oder aus der Sicht des Betroffenen unklug wäre, nicht ohne jedes Gewicht, ins-

besondere dann nicht, wenn sie aus der Sicht des Betroffenen zur Erfüllung wenigstens einiger Motive führen. Daher sind paternalistische Zwangsmaßnahmen, die den Einzelnen zu klugem Handeln zwingen und vor einer Schädigung seiner selbst bewahren sollen, nur mit gewichtigen Gründen zulässig.¹⁹⁵

Festzuhalten bleibt, daß die Gewichtung verschiedener Chancen zur Motiverfüllung keine mechanische Angelegenheit ist, sondern eine Vielzahl von Wertungen erfordert, die den Maßstab der Motiverfüllung und den Freiheitsmaßstab zur Geltung bringen. Beide Maßstäbe finden dabei nur indirekt Berücksichtigung, nämlich bei der Gewichtung der Chancen nach den genannten Gewichtungskomponenten. Sie werden nicht direkt abwägend zueinander ins Verhältnis gesetzt. Auf diese eigentümliche Art der Verschmelzung der Maßstäbe wird noch einzugehen sein.¹⁹⁶

4. Gleichheit der Chancen

Neben den eben angesprochenen allgemeinen Problemen der Gewichtung von Chancen zur Motiverfüllung wirft die Frage besondere Schwierigkeiten auf, wann alle über gleiche Chancen im Sinne des genannten Prinzips der Chancenbeförderung verfügen. Die Chancen verschiedener Personen können in verschiedenen Hinsichten gleich sein: Sie können im Hinblick auf einen bestimmten Zweck, dessen Gewicht, die Wahrscheinlichkeit, mit der er sich erreichen läßt, das Fehlen bestimmter Hindernisse oder im Blick auf den Handlungsspielraum und die Alter-

¹⁹⁵ Zur Paternalismusdiskussion siehe näher Sartorius (1983); Garzón Valdés (1987), 273 ff.

¹⁹⁶ Siehe unten S. 270 f.

nativen gleich oder ungleich sein, die mit der Chance verbunden sind. Für gleiche Chancen, wie sie das genannte Prinzip fordert, kommt es zunächst auf den allgemeinen Zweck der weitestmöglichen Erfüllung der Motive des Einzelnen in ihrer Gesamtheit an. Es kommt also darauf an, daß jedermann ein gleiches Niveau an Erfüllung seiner Motive in ihrer Gesamtheit erreichen kann. Damit allein ist aber noch keine Gleichheit der Chancen zur Motiverfüllung umschrieben. Das Gewicht solcher Chancen hängt ja nach der Entscheidungskomponente der Gewichtung noch von den Wahlmöglichkeiten ab, die mit der Chance verbunden sind. Ob verschiedene Personen die gleiche allgemeine Chance haben, ihre Motive in ihrer Gesamtheit zu erfüllen, hängt danach auch von den Handlungsspielräumen ab, die mit den Möglichkeiten zur Motiverfüllung verbunden sind. Dabei geht es nicht darum, daß jeder die gleichen Handlungen vollführen kann, sondern darum, jedem als gleichgewichtig bewertete Wahlmöglichkeiten einzuräumen. Hinzu kommt, daß ein Mehr an Wahlmöglichkeiten unter Umständen ein Weniger an Motiverfüllung ausgleichen kann und umgekehrt. Gleiche Chancen zur Motiverfüllung im Sinne des angegebenen Prinzips heißt also: Jeder hat eine unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit und des Ausmaßes der Motiverfüllung und unter Berücksichtigung der Entscheidungskomponente gleich gewichtete allgemeine Chance, seine gebundenen Motive in ihrer Gesamtheit zu befördern bzw. ein unter Berücksichtigung der Gewichtungskomponenten gleich gewichtetes Bündel von konkreten Chancen zur Motiverfüllung. Damit wird deutlich, daß das Prinzip gleicher Chancen weniger den Charakter einer konkreten Handlungsanweisung hat als den eines regulativen Prinzips, zu dessen Konkretisierung eine Vielzahl weiterer, teils schwieriger Wertungen nötig sind.

Alle für das Ausmaß der Gleichheit der Chancen zur Motiverfüllung aller relevanten Faktoren zu berücksichtigen und gegeneinander zu gewichten ist praktisch nicht möglich. Wäre allein dies geboten, würde das Gebot, auf gleiche Chancen aller hinzuwirken, praktisch leerlaufen. Soll dies vermieden werden, muß auch die partielle Herstellung von Gleichheit, d. h. die Herstellung gleicher Chancen in begrenzten Bereichen und in begrenzten Hinsichten, als wenigstens teilweise Erfüllung dieses Gebots Anerkennung finden und wenigstens *prima facie* geboten sein können.¹⁹⁷ Beispielsweise ist es geradezu ein Grundgedanke der Verteilungsgerechtigkeit, daß die Einräumung gleicher Chancen in näher bestimmten Hinsichten auch dann geboten sein kann, wenn ungewiß ist, welche Chancen die Betroffenen in anderen Bereichen und anderen Hinsichten haben oder ob nicht bei einer idealen Berücksichtigung aller relevanten Faktoren die Bevorzugung einiger der Gleichbehandelten angebracht wäre. Andernfalls wären Gesichtspunkte der Verteilungsgerechtigkeit – etwa bei der Verteilung von Chancen in Gestalt von Vorteilen unter einer Mehrzahl von Personen – praktisch weitgehend bedeutungslos. Denn welche Chancen zur Motiverfüllung die Beteiligten in anderen Bereichen und in den einzelnen Abschnitten ihres Lebens haben, hängt von Herkunft, Talenten, Glücks- und Unglücksfällen und vielen anderen Faktoren ab, die der Verteilende nicht oder nur in geringem Umfang überblicken kann. Wenn es in einer solchen Verteilungssituation also geboten ist, Erwägungen der Gleichheit von Chancen zur Motiverfüllung

¹⁹⁷ Trifft das zu, gehen Argumentationen wie die von Leisner (1980), 149 ff., ihrem Ansatz nach fehl, in denen der Ausgleich von Benachteiligungen, die sich aus der sozialen Herkunft ergeben, mit dem Argument abgelehnt wird, ein solcher Ausgleich sei willkürlich, da andere Ungleichheiten nicht ausgeglichen würden.

Rechnung zu tragen, dann in einer Weise, die keine ideale Berücksichtigung aller Faktoren voraussetzt, in der Form beispielsweise, daß der Vorteil zu gleichen Teilen verteilt werden soll, wenn sich keine Gründe für eine Ungleichverteilung finden lassen.¹⁹⁸

Im Blick auf welche konkreten Chancen und in welchen Hinsichten es geboten ist, gleiche Chancen herzustellen, läßt sich nicht abstrakt beantworten, sondern nur im Blick auf die einzelnen Lebensbereiche und die jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse. Dabei wird der Rückgriff auf praktische Vernunftintuitionen, wie sie unten noch näher beschrieben werden,¹⁹⁹ unverzichtbar sein. Im einzelnen kann Fragen der Konkretisierung des Gleichheitsmaßstabes hier nicht weiter nachgegangen werden. Nur auf einen wichtigen Faktor bei der Verteilung von Chancen sei noch hingewiesen, der mit dem Gebot, auf gleiche Freiheit aller hinzuwirken, in Zusammenhang steht.

Ist es geboten, andere über ihr Handeln selbst entscheiden zu lassen, korrespondiert dem eine Sichtweise, die das Handeln des Einzelnen nicht wie ein Naturereignis oder ein von der handelnden Person gelöstes Geschehnis behandelt, sondern die die Handlungen dem Einzelnen grundsätzlich als dem Urheber dieser Handlungen zurechnet. Nach dieser zurechnenden Sichtweise ist gefordert, daß es für die Verteilung und den Ausgleich zwischen den Chancen verschiedener Personen nicht gleichgültig ist, auf welche Weise und mit welchen Folgen der Einzelne die eigenen Chancen nutzt oder auf die Chancen

¹⁹⁸ Allgemeiner formuliert ist an eine Gleichverteilungspräsumtion zu denken, nach der dann, wenn sich keine Gründe für eine Ungleichverteilung von Vorteilen bzw. Lasten anführen lassen, diese gleichzuverteilen sind. Skeptisch gegenüber Präsumtionen dieser Art Weinberger (1987), 487, mit allerdings wenig überzeugenden Gegenbeispielen.

¹⁹⁹ Siehe dazu unten S. 251 ff.

anderer Personen einwirkt. Vielmehr hat der Einzelne unter näher festzulegenden Bedingungen in näher festzulegender Weise für die negativen Folgen seiner Handlungswahl einzustehen bzw. sind ihm die positiven Folgen seiner Wahl als Verdienst zuzurechnen. Das hat weitreichende Konsequenzen. So liegt darin ein eigenständiger Grund für zahlreiche „Gerechtigkeitsgedanken“. Beispielsweise liegt darin ein Grund für näher zu bestimmende Pflichten des Ausgleichs und des Ersatzes von Schäden, die anderen durch die eigene Lebensführung entstehen, ein Grund, der nicht nur aus Erwägungen der ökonomischen Effizienz oder der Maximierung des Nutzens aller hergeleitet ist. Obendrein folgt daraus, daß bei der Verteilung von Chancen und dem Ausgleich von Benachteiligungen grundsätzlich auch ein Verdienstfaktor zu berücksichtigen ist. Danach ist also auch zu fragen, wieweit geringere Chancen für einen bestimmten Zeitpunkt darauf beruhen, daß der Betreffende frühere Chancen nicht genutzt hat. Die Berücksichtigung dieses Verdienstfaktors setzt dabei nicht den positiven Nachweis in einer Determinismusdiskussion voraus, daß das Handeln des Einzelnen nicht durch gesellschaftliche oder andere Faktoren vollständig determiniert ist. Der Verzicht auf einen solchen positiven Nachweis ist das Korrelat dazu, daß der Einzelne, wie oben angesprochen wurde, auch ohne den positiven Nachweis in einer Determinismusdiskussion behandelt werden soll, als sei er grundsätzlich jederzeit in der Lage, sich vom Vernunftmotiv bestimmen zu lassen.

Das Prinzip auf gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen zur Motiverfüllung aller hinzuwirken, ist danach zu ergänzen: Maßstab ist eine durch die zurechnende Sichtweise modifizierte Gleichheit der Chancen.

C. Der Maßstab gleicher Chancen zweiter Stufe

Die eben angestellten Überlegungen stützten sich auf den Gedanken, daß der Einzelne über die Erfüllung seiner gebundenen Motive weitestmöglich selbst entscheiden können soll. Sie beziehen sich damit auf einen nur begrenzten Entscheidungsbereich, den Bereich der Entscheidung über die Erfüllung der eigenen gebundenen Motive. Damit ist der Anwendungsbereich des Maßstabs der Freiheit der offenen Möglichkeiten jedoch noch nicht erschöpft. Nach ihm soll der Einzelne nicht nur im Blick auf die eigenen Motive selbst wählen können, sondern auch im Blick darauf, wie die Ordnung des Zusammenlebens mit anderen Personen nach moralischen, also anderen als Klugheitsmaßstäben, zu gestalten ist. Es geht um die Gelegenheit des Einzelnen, selbst mitzuentscheiden, ob die Ordnung des Zusammenlebens nach moralischen Normen gestaltet wird, nach welchen und wie diese angewendet werden. Dabei ist zu unterscheiden: zwischen der Mitentscheidung im Blick auf andere moralische Normen als die Norm der gleichen, dabei möglichst weitgehenden Freiheit der offenen Möglichkeiten und zwischen der Mitentscheidung im Blick auf die Anwendung eben dieser Norm. Im folgenden soll es zunächst nur um die erstgenannte Entscheidungsrichtung gehen. Um die Mitentscheidung im Blick auf die Anwendung der Freiheitsnorm soll es dagegen nur indirekt und insoweit gehen, als diese Freiheitsnorm in den obengenannten Normen der Beförderung der Chancen zur Motiverfüllung zur Geltung kommt. Die damit in den Blick genommenen moralischen Maßstäbe, zu denen insbesondere die genannten Prinzipien der Beförderung der Chancen zur Motiverfüllung zählen, sollen im folgenden moralische Maßstäbe im engeren Sinne genannt werden.

Auch wenn es um das Selber-entscheiden-Können des Einzelnen im Bereich der Gestaltung des Zusammenlebens nach moralischen Maßstäben im engeren Sinne geht, liefert der Freiheitsmaßstab für sich genommen noch keine zureichende Handlungsorientierung, sondern erst in Kombination mit anderen Maßstäben. In diesem Bereich ist der Freiheitsmaßstab mit den moralischen Maßstäben im engeren Sinne zu kombinieren, insbesondere also mit den genannten Prinzipien der Beförderung der Chancen zur Motiverfüllung. Da diese Normen zu einem Teil aus dem Gebot, die Erfüllung der Motive aller zu maximieren, entwickelt sind, kommt es damit indirekt wiederum zu einer Kombination mit der Motiverfüllungsnorm. Diesmal bezieht sich die Kombination allerdings nicht mehr auf den Entscheidungsbereich der Motiverfüllung des Einzelnen, sondern auf den Bereich der Gestaltung des Zusammenlebens nach den moralischen Maßstäben im engeren Sinne.

Für die Beschreibung dessen, was sich aus dieser Kombination ergibt, bietet es sich abermals an, den Begriff der Chance zu verwenden. Es geht um Chancen zu einer gemessen an den moralischen Normen im engeren Sinne bestmöglichen Gestaltung des Zusammenlebens. Sie seien im folgenden Chancen zweiter Stufe genannt.

Die Zwecke um die es bei solchen Chancen geht, unterscheiden sich von den Zwecken der Chancen zur Motiverfüllung. Ihre Verwirklichung befördert nicht notwendig die Erfüllung der Motive des Handelnden, sondern führt gemessen an den moralischen Maßstäben im engeren Sinne zu einer Verbesserung der Verhältnisse des Zusammenlebens bzw. verhindert eine sonst drohende Verschlechterung. Das Gewicht des Zwecks hängt danach nicht lediglich von der Erfüllung der Motive des Einzelnen ab, sondern von dem Ausmaß der Verbesserung, zu dem die

Zweckverwirklichung gemessen an den moralischen Maßstäben im engeren Sinne führt. Das so verstandene Gewicht des Zwecks macht dann die eine Gewichtungskomponente der Gelegenheit aus. Für die andere Gewichtungskomponente, die Entscheidungskomponente, kommt es darauf an, in welchem Ausmaß die betreffende Person nach eigenem moralischen Urteil auf die Gestaltung des Zusammenlebens nach den moralischen Normen im engeren Sinne Einfluß nehmen kann. Dabei ist grundsätzlich auch die Alternative von Gewicht, einen moralisch gebotenen Zweck nicht zu verwirklichen. Der andere soll die Wahl der Verwirklichung dieses Zwecks ja selber treffen können. Chancen im engeren Sinne sind demgegenüber Aussichten einer Person darauf, daß die Ordnung, in der sie lebt, auch ohne eine eigene Einflußmöglichkeit gemessen an den moralischen Maßstäben im engeren Sinne eine Verbesserung erfährt.

Damit ergibt sich eine weitere Norm, die aus der Kombination des Maßstabs der Freiheit der offenen Möglichkeiten mit anderen moralischen Maßstäben im Blick auf die Entscheidung über die moralisch begründete Gestaltung des Zusammenlebens gewonnen ist: das Gebot, darauf hinzuwirken, daß alle gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen zweiter Stufe zu einer gemessen an den moralischen Maßstäben im engeren Sinne bestmöglichen Gestaltung des Zusammenlebens haben. Bei der Konkretisierung dieser Norm sind dann mehrere Begründungsebenen zu unterschieden. Auf der ersten Ebene ist zu ermitteln, welche Gestaltung der Verhältnisse den moralischen Normen im engeren Sinne entspricht. Auf der zweiten Ebene ist der Freiheitsmaßstab zu berücksichtigen, nach dem der Einzelne selbst entscheiden können soll, ob und auf welche Weise die besagten moralischen Normen im engeren Sinne Anwendung finden. Das geschieht in der

Weise, daß die besagten Normen nicht mehr direkt Handlungsmaßstab sind, sondern indirekt über die Gewichtung der Chancen zweiter Stufe zur Geltung kommen.

D. Der Maßstab gleicher Chancen dritter Stufe

Eben ging es darum, daß der Einzelne bei der Anwendung der moralischen Normen im engeren Sinne mitentscheiden können soll. Dabei wurde ein weiterer, ebenfalls relevanter Anwendungsbereich des Maßstabs der Freiheit der offenen Möglichkeiten noch nicht berücksichtigt, der oben bereits zur Sprache kam: Nach dem Freiheitsmaßstab soll der Einzelne auch im Blick darauf selber wählen können, ob und in welcher Weise eben dieser Maßstab bei der Gestaltung des Zusammenlebens Anwendung findet, und zwar über den Bereich hinaus, in dem dies bereits nach dem Maßstab der Chancen zweiter Stufe gefordert ist. Dabei gibt es freilich Grenzen. So kann Person A Person B nicht darüber mitentscheiden lassen, daß sie diese überhaupt über irgendetwas mitentscheiden läßt. Indem sie Person B darüber mitentscheiden läßt, läßt sie Person B bereits ohne deren Entscheidung mitentscheiden. Auch kann es nach dem Freiheitsmaßstab geboten sein, Möglichkeiten, über seine Anwendung zu entscheiden, einzuschränken, insbesondere Möglichkeiten dazu, die gleiche Freiheit anderer zu mißachten. Grundsätzlich folgt jedoch aus dem Freiheitsmaßstab, daß der Einzelne in näher zu bestimmenden Grenzen auch über die Anwendung des Freiheitsmaßstabs selbst mitentscheiden können soll. Da dieser Maßstab in Kombination mit anderen Maßstäben anzuwenden ist, heißt das, daß der Einzelne über die Anwendung dieses Maßstabs in Kombination mit anderen Maßstäben mitentscheiden können soll. Dasjenige Gebot,

in dem der Freiheitsmaßstab im Blick auf Fragen der Gestaltung des Zusammenlebens mit anderen Maßstäben kombiniert ist, mit den moralischen Normen im engeren Sinne und – indirekt – mit dem Motiverfüllungsmaßstab, ist das genannte Gebot gleicher Chancen zweiter Stufe. Es geht also darum, daß der Einzelne auch über die Anwendung des Freiheitsmaßstabs mitentscheiden können soll, insoweit dieser in dem Gebot gleicher Chancen zweiter Stufe zur Geltung kommt.

Zur Beschreibung der Norm, die sich aus der Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes ergibt, läßt sich wiederum der Begriff der Chance verwenden. Gemeint sind Chancen zur bestmöglichen Gestaltung des Zusammenlebens, diesmal nicht nur an den moralischen Maßstäben im engeren Sinne gemessen, sondern gemessen an den moralischen Maßstäben im engeren Sinne in Kombination mit dem Freiheitsmaßstab. Der Zweck um den es bei solchen Chancen geht, zeichnet sich dadurch aus, daß seine Verwirklichung gemessen am Maßstab gleicher Chancen zweiter Stufe zu einer Verbesserung der Verhältnisse des Zusammenlebens führt bzw. eine Verschlechterung verhindert. Daraus ergibt sich das Gewicht der Chance dritter Stufe, was die erste Gewichtungskomponenten angebelangt. Nach der Entscheidungskomponente kommt es dann darauf an, wieweit der Handelnde nach eigenem Urteil auf die Gestaltung des Zusammenlebens nach dem angesprochenen Gebot gleicher Chancen zweiter Stufe Einfluß nehmen kann.

Daraus ergibt sich ein Gebot der Chancenmaximierung dritter Stufe: das Gebot, darauf hinzuwirken, daß alle gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen zu einer gemessen an dem Gebot der gleichen Chancen zweiter Stufe bestmöglichen Gestaltung des Zusammenlebens haben. Von den Moralsnormen mit handlungsorientierender

Funktion, die aus dem Ideal des Maßstabs der Ungebundenheit abgeleitet sind und die das Zusammenleben der Individuen betreffen, ist diese Norm die oberste. Bei ihrer Konkretisierung sind drei Begründungsebenen zu durchlaufen: Die erste betrifft die Gestaltung der Verhältnisse nach den Moralnormen im engeren Sinne. Die zweite Ebene berücksichtigt den Gesichtspunkt des Mitentscheidens über die Anwendung der Moralnormen im engeren Sinne. Schließlich findet auf der darauf aufbauenden dritten Begründungsebene der Gedanke Berücksichtigung, daß der Einzelne auch über die Anwendung des Freiheitsmaßstabes in Kombination mit anderen Maßstäben und im Blick auf die verschiedenen Entscheidungsbereiche mitentscheiden können soll.

Daß nicht nur die erste, sondern auch die zweite und die dritte Begründungsebene relevant sind, daß der Einzelne also auch über die Gestaltung des Zusammenlebens nach moralischen Normen mitentscheiden können soll, hat bedeutsame Konsequenzen. So liegt es auf der Hand, daß dadurch prima facie-Normen besonderes Gewicht erhalten, die gebieten, jedem gleiche, dabei möglichst weitgehende Möglichkeiten der Partizipation an staatlichen Entscheidungsprozessen einzuräumen. Auch sind um so gewichtigere Gründe nötig, um jemanden zu einem den Moralnormen gemäßen Handeln zu zwingen, wenn es Gewicht hat, daß er über die Anwendung dieser Normen selbst mitentscheiden kann.

Im übernächsten Kapitel geht es darum, den Stellenwert abwägenden Denkens bei der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit und der genannten Normen der Chancenbeförderung zu verdeutlichen. Vorher bedarf es aber noch einiger allgemeiner Überlegungen zur Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit.

VI. Die Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit

A. Praktische Vernunftintuitionen

Eines Motivs können wir uns als einer besonderen Art von Bewegtheit bewußt werden. Oben wurde das bereits angesprochen. Es gibt keinen Grund, warum das nur für gebundene Tendenzen und nicht auch für das Motiv der Ungebundenheit gelten soll. Dabei kommt dieses Motiv nicht losgelöst von Handlungs- und Entscheidungssituationen zum Bewußtsein, in denen die Verfolgung gebundener Motive zur Wahl steht. Vielmehr wird es als auf solche Situationen bezogen erfahren. Das ergibt sich aus der spannungsvollen Ausrichtung auf ungebundenes Handeln bei Gelassenheit der gebundenen Motive. Mit diesem Bezug auf Situationen, in denen die Verfolgung gebundener Motive zur Wahl steht, geht einher, daß das Motiv in einer Form erfahren wird, in der es bereits in Richtung auf solche Situationen konkretisiert ist. Genauer heißt das, daß es zusammen mit abgeleiteten, konkretisierenden Tendenzen erfahren wird. Bei einem solchen abgeleiteten, konkretisierenden Motiv handelt es sich um eine Tendenz in Richtung darauf, einen Sachverhalt zu verwirklichen, der die Eigenschaft hat und weil er diese Eigenschaft hat, daß seine Verwirklichung dem Maßstab der Ungebundenheit entspricht.

In dem Bewußtsein des Motivs der Ungebundenheit und solcher abgeleiteter Tendenzen liegt nichts Fremdartiges, Unvertrautes. Es handelt sich um das Bewußtsein, sein Handeln nicht unvermittelt an vorfindlichen Normen und

Motiven auszurichten, sondern zu den vorfindlichen Normen und Motiven mit handlungsorientierendem Gehalt Distanz zu nehmen²⁰⁰ und dabei dahin bewegt zu sein, das zu tun, was von diesem Standpunkt der Distanz aus gesehen begründet ist – und das ohne andererseits den vorfindlichen Motiven gegenüber von vornherein abweisend gegenüberzustehen. Ein solcher Standpunkt der Distanz gegenüber handlungsorientierenden Gehalten ist nicht selber direkt auf die Verwirklichung eines solchen Gehalts ausgerichtet. Wenn sich mit ihm keine Haltung verbindet, die gegenüber den vorfindlichen Motiven von vornherein abweisend ist, handelt es sich darüber hinaus um einen Standpunkt, der diese Motive gelten läßt. Danach ist der Standpunkt der Distanz der Standpunkt desjenigen, der in seinem Handeln nicht auf die Verwirklichung eines handlungsorientierenden Gehalts ausgerichtet ist, dabei aber die auf einen Gehalt gerichteten Motive gelten läßt. Mit anderen Worten: Es handelt sich um den Standpunkt desjenigen, der aus dem Motiv der Ungebundenheit heraus handelt. Das Vernunftmotiv oder Motiv der Ungebundenheit läßt sich auch als Motiv der Distanznahme bezeichnen.

Nach dem Gesagten gibt es ein Bewußtsein der Bewegtheit in Richtung auf die Verwirklichung eines Sachverhalts, der die Eigenschaft hat und weil er diese Eigenschaft hat, daß seine Verwirklichung dem Maßstab der Ungebundenheit oder Distanznahme entspricht. Das Bewußt-

²⁰⁰ Den Vorgang der Distanznahme von den persönlichen Motiven stellt auch Nagel in den Mittelpunkt seiner Überlegungen: „Objectivity is the driving force of ethics as it is of science: it enables us to develop new motives when we occupy a standpoint detached from that of our purely personal desires and interests ...“ (1986, 8) Allerdings macht Nagel nicht hinreichend verständlich, warum vom Standpunkt der Distanz aus gesehen – wie Nagel annimmt ((1986), 138 ff.) – bestimmte „objektive Werte“ Gültigkeit haben.

sein einer solchen Bewegtheit kann mehr oder weniger deutlich und mehr oder weniger begrifflich aufgehellt sein. Jedenfalls setzt es nicht voraus, daß zuvor eine begriffliche Herleitung aus dem Maßstab der Ungebundenheit oder eine philosophische Reflexion stattgefunden hat. Wie der Maßstab der Ungebundenheit zu konkretisieren ist, mag sich ein gutes Stück weit aufhellen und begrifflich fassen lassen. Die begriffliche Aufhellung stößt jedoch an Grenzen. Ohne Beteiligung eines „intuitiven“ Moments ist die Konkretisierung des Maßstabs nicht möglich. Dieses intuitive Moment hat keinen kontemplativen Charakter. Es ist eben dieses Bewußtsein, in Richtung auf die Verwirklichung eines Sachverhalts bewegt zu sein, der die Eigenschaft hat und weil er diese Eigenschaft hat, daß seine Verwirklichung dem Maßstab der Distanznahme entspricht. Intuitionen dieser Art sollen im folgenden als praktische Vernunftintuitionen bezeichnet werden.

Oben hieß es, das Motiv der Ungebundenheit werde als auf Handlungs- und Entscheidungssituationen bezogen erfahren, in denen die Verfolgung gebundener Motive zur Wahl steht. Das besagt nicht, daß Intuitionen der oben genannten Art nur im Blick auf tatsächliche Handlungs- und Entscheidungssituationen möglich sind. Ebensowenig setzen solche Intuitionen voraus, daß das Vernunftmotiv uneingeschränkt handlungsbestimmend ist. Geht es um die Bewertung eines Sachverhalts, dessen Verwirklichung nicht zur Wahl steht, und ist das Vernunftmotiv nicht allein handlungsbestimmend, kann sich der Einzelne auch in eine hypothetische Situation versetzen, in der das Vernunftmotiv – auch wenn dies tatsächlich nicht zutrifft – bestimmt ist und in der die Verwirklichung des zu beurteilenden Sachverhalts von seiner Wahl abhängt. Aus dem Sich-Versetzen in eine solche Situation heraus kann er dann den Sachverhalt prüfen und fragen, ob die Ten-

denz der Ungebundenheit bzw. von ihr abgeleitete konkretisierende Tendenzen in Richtung auf die Verwirklichung des Sachverhalts bewegen. Dabei bietet es sich an, die hypothetische Situation eines moralischen Gesetzgebers einzunehmen, dessen Entscheidungen zu befolgen für alle moralischen Personen schon allein deswegen begründet ist, weil dieser Gesetzgeber so entschieden hat, und der vor der Wahl steht, ob er die Verwirklichung des betreffenden Sachverhalts gebieten, verbieten oder freistellen soll.

B. Grenzen des Vermögens praktischer Erkenntnis

Wenn es ein unmittelbares Bewußtsein von der Tendenz der Ungebundenheit und von konkretisierenden Tendenzen gibt, wie kommt es dann zu Irrtümern und Meinungsverschiedenheiten darüber, was vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen begründet ist? Daß Personen häufig zu unterschiedlichen moralischen Überzeugungen gelangen, auch dann, wenn sie fragen, welches Handeln sich bei ernsthaftem und radikalem Fragen nach Begründungen als begründet erweist, läßt sich nicht leugnen. Die Gründe dafür sind vielfältig. Einige Gründe seien kurz angeführt.

Zunächst ist offenkundig, daß Irrtümer bzw. Meinungsunterschiede auf falschen bzw. unterschiedlichen Tatsachenannahmen beruhen können. Wie sich die Verhältnisse bestmöglich dem angesprochenen Ideal des Maßstabs der Ungebundenheit annähern lassen, hängt von einer Vielzahl tatsächlicher Umstände ab. Diese tatsächlichen Verhältnisse werden oft unterschiedlich eingeschätzt werden, das Wissen von ihnen oft lücken- und fehlerhaft sein. Hinzu kommt, daß die Entscheidungssituationen oft

komplex sind und die einzelnen praktischen Fragen nicht isoliert dastehen, sondern mit anderen Fragen zusammenhängen. Die Fähigkeit des Einzelnen, komplexe Situationen zu erfassen und Zusammenhänge zu überblicken, ist aber begrenzt. Niemand kann sämtliche Entscheidungsbereiche und sämtliche Normen und Überzeugungen, mit denen er konfrontiert ist oder die er sich irgendwann einmal zu eigen gemacht hat, in allen ihren Zusammenhängen erfassen. Auch fehlt bereits die Zeit und die Gelegenheit und ist es nach dem Maßstab der Ungebundenheit auch gar nicht gefordert, daß jeder sämtliche Normen, an denen er sein Verhalten ausrichtet, insgesamt und ständig intensiv einer Prüfung unterzieht. Ein solches ständiges, intensives Prüfen liefet der Erfüllung der gebundenen Motive zuwider. Schon wegen des Geltenlassens dieser Motive sind der Intensität des Prüfens daher Grenzen gesetzt. Vor allem ist folgendes zu beachten: Um zu prüfen, welche Verhaltensweise vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen begründet ist, darf der Einzelne sein Urteil nicht unvermittelt an vorfindlichen Motiven und Wertvorstellungen ausrichten. Er muß zu ihnen, wie bereits angesprochen wurde, in ein Verhältnis der Distanz treten und sich wenigstens in eine Situation hineinversetzen, in der er die Motive und Normen, vom Motiv der Distanznahme bestimmt, einer Prüfung unterzieht. Diese Einnahme des Standpunkts der Distanznahme gelingt nicht immer und nicht immer vollständig. In Frage zu stellende Motive werden häufig Einfluß ausüben und das Urteil verzerren. Insbesondere gibt es etwas, das man, um einen Begriff Fichtes zu gebrauchen,²⁰¹ als Kraft der Trägheit bezeichnen kann: eine allgemeine Tendenz dahin, bei einmal zu eigen gemachten Handlungsorientierungen und

²⁰¹ Fichte (1798), § 16 (Anhang), 195 ff.

Überzeugungen zu verbleiben, ein Widerstreben, aus ihnen herauszugehen und sie ernsthaft in Frage zu stellen. Solche Widerstände beeinträchtigen die Prüfung. Als Folge davon wird das moralische Urteil nicht selten mit Selbsttäuschungen des Einzelnen darüber einhergehen, welches Handeln vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen begründet ist.

Die Fähigkeit und die Möglichkeiten des Einzelnen zu prüfen und zu erkennen, was vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen begründet ist, sind also begrenzt. Die angesprochenen Begrenzungen sind aber nur die eine Seite. Ebenso richtig ist, daß diese Begrenzungen und verzerrenden Faktoren mehr oder weniger weitgehend sein können und daß der Einzelne auf die vorfindlichen Motive und normativen Orientierungen und auf die verzerrenden Einflüsse reflektieren und sich jedenfalls ein Stück weit aus ihnen zu lösen vermag. Das ist möglich und wird befördert, eben weil es eine Tendenz dahin gibt, die vorfindlichen Motive und normativen Orientierungen nicht einfach als gegeben hinzunehmen, sondern sie radical in Frage zu stellen. Das ist ferner möglich, weil diese Tendenz zugleich einen orientierenden Maßstab für die Prüfung der gegebenen Verhältnisse liefert, den Maßstab der Ungebundenheit. Es gibt also einen Standpunkt des „Sollens“ und des Herauslösens aus den vorfindlichen Normen und praktischen Überzeugungen, gegen den sich der Einwand des „leeren Formalismus“,²⁰² verstanden als der Einwand eines fehlenden Maßstabs für die Beurteilung der Verhältnisse, nicht erheben läßt.²⁰³

²⁰² Vgl. den Einwand Hegels (1821), § 135, 120 f., gegen ein Festhalten am „moralischen Standpunkt“ oder Standpunkt des „perennierenden Sollens“. Dieser Standpunkt laufe auf einen „leeren Formalismus“ hinaus und liefere kein Prinzip der Bestimmung besonderer Pflichten.

²⁰³ Daß es ein zugleich maßstabbildendes Motiv der Distanznahme zu

C. Das Verfahren des Überlegungsgleichgewichts

Wenn die Fähigkeit des Einzelnen zu erkennen, was vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen begründet ist, begrenzt und wenn die Gefahr von Irrtümern und Verzerrungen des moralischen Urteils groß ist, fragt sich, ob nicht ein Verfahren der Überprüfung moralischer Urteile verfügbar ist, das deren Zuverlässigkeit erhöht. Es muß sich um ein Verfahren handeln, das zu einem Höchstmaß an begrifflicher Klärung und Aufhellung des Maßstabs der Ungebundenheit und seiner Konkretisierungen führt. Zugleich hat es dem Umstand Rechnung zu tragen, daß praktische Vernunftintuitionen der genannten Art einen wesentlichen und unverzichtbaren Bestandteil des Erkenntnisprozesses ausmachen. Daher soll das Verfahren solche Intuitionen möglichst deutlich und unverzerrt zur Geltung kommen lassen.

1. Das Verfahren des Überlegungsgleichgewichts bei Rawls

Bei Rawls findet sich ein Prüfungsverfahren, das in erweiterter und modifizierter Form für die Überprüfung moralischer Urteile am Maßstab der Ungebundenheit geeignet ist. Es handelt sich um ein Verfahren zur Herstellung von Kohärenz, das das darauf ausgeht, ein – wie Rawls es nennt – Überlegungsgleichgewicht zu erreichen. In einer früheren Arbeit²⁰⁴ stellt Rawls folgende „enge“

den in der Gesellschaft vorfindlichen Normen und praktischen Überzeugungen gibt, erkennen auch die Anhänger eines „Neoaristotelismus“, die das Fundament moralischen Denkens in einem gelebten Ethos oder in einer geschichtlich vorfindlichen Lebenspraxis sehen, in die der Einzelne immer schon eingebunden ist. Vgl. dazu Schnädelbach (1986), 36 ff.

²⁰⁴ Rawls (1951), 177 ff.

Variante²⁰⁵ eines Verfahrens des Überlegungsgleichgewichts vor: Auszugehen ist von einer Klasse näher definierter wohldurchdachter, einzelfallbezogener Urteile kompetenter Beurteiler. Rawls versteht unter einem kompetenten Beurteiler eine Person, die u. a. folgende Eigenschaften aufweist:²⁰⁶ Sie ist mindestens durchschnittlich intelligent, kennt die Umstände des zu beurteilenden Falles, bemüht sich in moralischen Problemlagen Gründe für oder gegen die zur Wahl stehenden Handlungsalternativen zu finden, ist offen für Argumente, nimmt eine bewußte und selbtkritische Haltung gegenüber ihren eigenen Neigungen und Präferenzen ein. Sie ist fähig, sich in die in Konflikt stehenden Interessen einzufühlen und diese mit derselben Sorgfalt zu würdigen, wie sie es tätet, wenn die Interessen die eigenen wären. Wohldurchdacht ist ein Urteil nach Rawls u. a. dann, wenn der Urteilende weder Vor- noch Nachteile von seiner Entscheidung zu erwarten hat, der Streitfall nicht sehr schwierig und nicht unüblich ist, der Urteilende nach sorgfältiger Ermittlung der Fakten mit innerer Gewißheit urteilt, ohne sein Urteil bewußt aus Prinzipien abzuleiten, und wenn andere kompetente Beurteiler ähnliche Fälle in gleicher Weise entschieden haben.²⁰⁷ In einem nächsten Schritt sind Prinzipien zu suchen – worunter Rawls allgemeine Handlungsanweisungen versteht²⁰⁸ – die die wohldurchdachten Einzelurteile auf möglichst einfache und elegante Weise explizieren. Ein Prinzip expliziert solche Urteile nach Rawls

²⁰⁵ Zur Unterscheidung zwischen einem Überlegungsgewicht im engen und einem im weiten Sinne, das den Vergleich verschiedener Moralkonzepte mit einschließt, siehe Rawls (1974/1975), 8; dazu auch Daniels (1979), 256 ff.; ders. (1980), 83 ff.

²⁰⁶ Rawls (1951), 178 ff.

²⁰⁷ Rawls (1951), 181 ff.

²⁰⁸ Rawls (1951), 186.

dann, wenn die korrekte Anwendung des Prinzips auf dieselben Fälle Urteile ergibt, die mit den wohldurchdachten Urteilen übereinstimmen.²⁰⁹ Ob und wieweit sich die Einzelurteile explizieren lassen und wieviele Prinzipien dazu erforderlich sind, ist nach Rawls erst zu ermitteln, läßt sich nicht *a priori* erkennen.

Möglicherweise stimmt ein Prinzip nur mit einigen wohldurchdachten Urteilen überein, steht es zu anderen aber in Widerspruch. In diesem Fall muß nicht notwendigerweise das Prinzip, es kann auch das widersprechende wohldurchdachte Einzelurteil aufgegeben werden. Ob dem einen oder dem anderen Vorrang zukommt, hängt davon ab, ob der Beurteilende mehr von der Richtigkeit des Prinzips oder mehr von der des wohldurchdachten Einzelurteils überzeugt ist.²¹⁰ Es kommt zu einem Prozeß des schrittweisen, wechselseitigen Anpassens der Prinzipien und der Einzelurteile. Stimmen die Prinzipien und die wohldurchdachten Einzelurteile am Ende dieses Prozesses überein, ist ein Überlegungsgleichgewicht erreicht.

Nach Rawls schließt es dieses Verfahren nicht aus, daß sich Prinzipien als derart sicher erweisen, daß sie alle mit ihnen nicht vereinbaren Urteile zu Fall bringen.²¹¹ Rawls hält das allerdings nicht für wahrscheinlich. Seinen Äußerungen nach haben Prinzipien und wohldurchdachte Einzelurteile grundsätzlich den gleichen Wert für die Erkenntnis dessen, welches die richtige Lösung der praktischen Frage ist. Danach beziehen Prinzipienurteile ihren Erkenntniswert nicht lediglich aus den Einzelurteilen, die sie explizieren, jene ihren nicht lediglich aus den Prinzipienurteilen, aus denen sie ableitbar sind.²¹² Von diesem

²⁰⁹ Rawls (1985), 184.

²¹⁰ Rawls (1951), 188 f.

²¹¹ Rawls (1974/1975), 8.

²¹² Siehe dazu auch Hoerster (1977), 71 ff.

grundsätzlichen Gleichrang in erkenntnistheoretischer Hinsicht ist das Rangverhältnis zwischen den Prinzipien und den wohldurchdachten Einzelurteilen in begründungstheoretischer Hinsicht zu unterscheiden. So können Annahmen über Prinzipien und fallbezogene Einzelurteile zwar von gleichem Wert für die Erkenntnis der richtigen Lösung der praktischen Frage sein. Dennoch kann die in dem wohldurchdachten Urteil zum Ausdruck kommende einzelfallbezogene Norm allein deswegen begründet sein, weil es ein Prinzip gibt, aus dem die betreffende Norm ableitbar ist.²¹³ Rawls unterscheidet nicht ausdrücklich zwischen der Frage des Vorrangs in erkenntnis- und in begründungstheoretischer Hinsicht. Er dürfte aber der eben umschriebenen Position zuneigen. So schreibt er, die Rationalität eines fallbezogenen Urteils hänge von dessen Explizierbarkeit durch ein rechtfertigungsfähiges Prinzip ab.²¹⁴

In seiner „Theorie der Gerechtigkeit“ erweitert Rawls das Modell der wechselseitigen Anpassung von Einzelurteilen und Prinzipien, verstanden als allgemeine Handlungsanweisungen.²¹⁵ Der Einzelne soll sich eine hypothetische Situation vorstellen. In ihr beschließen Personen, die sich

²¹³ Von der Frage nach dem Vorrang in erkenntnis- und in begründungstheoretischer Hinsicht ist die Frage nach dem Vorrang in psychologischer Hinsicht zu unterscheiden. So ist die Frage nach dem Erkenntniswert eines Prinzipien- oder Einzelurteils von der psychologischen Frage verschieden, aus welchen Gründen oder Ursachen jemand zu einer entsprechenden Überzeugung gelangt bzw. sie aufrechterhält. Beispielsweise sind Einzelurteile gegenüber Prinzipienurteilen dann in psychologischer Hinsicht vorrangig, wenn der Urteilende von Prinzipienurteilen – eine psychologische Tatsache – nur deswegen überzeugt ist, weil sie bestimmte Einzelurteile explizieren. Zu verschiedenen Formen des Vorrangs moralischer Überzeugungen vgl. auch de Paul (1986), 59 ff.

²¹⁴ Rawls (1951), 187.

²¹⁵ Rawls (1979), insbes. Kap. 1.

zu gesellschaftlicher Zusammenarbeit vereinigen wollen, rational, ausschließlich am eigenen Interesse orientiert, darüber, welche Grundstruktur die Gesellschaft haben soll, d. h. über die Grundsätze, nach denen die Grundrechte und Pflichten zu bestimmen und die gesellschaftlichen Güter zu verteilen sind. Diese hypothetische Wahlsituation ist durch bestimmte Merkmale und Ausgangsbedingungen gekennzeichnet. Zur Begründung dieser Charakterisierung der Wahlsituation lassen sich Annahmen anführen, die für Argumentationen über Gerechtigkeit grundlegend sind. So wissen die Personen nicht, welche natürlichen Gaben und welche Stellung sie in der Gesellschaft haben werden. Dieser „Schleier des Nichtwissens“ soll gewährleisten, daß niemand durch Zufälligkeiten der Natur oder gesellschaftlicher Gegebenheiten bevorzugt oder benachteiligt wird.²¹⁶ Die Grundsätze, die aus dieser Vertragssituation folgen, auf die sich also die Parteien in der hypothetischen Situation einigen würden, können zu wohlüberlegten Einzelurteilen in Widerspruch stehen. Dann sind entweder die wohlüberlegten Urteile aufzugeben oder die Bedingungen, die die Vertragssituation kennzeichnen, abzuändern. Dieser Anpassungsprozeß ist so lange fortzusetzen, bis die sich aus der Vertrags situation ergebenden Grundsätze mit den wohldurchdachten Urteilen übereinstimmen.²¹⁷

Rawls hat später hervorgehoben und verdeutlicht, daß sich die Vertragskonstruktion auf ein Ideal gründet. Er umschreibt es als Gesellschaftsideal eines fairen Systems der Kooperation zwischen freien und gleichen Personen.²¹⁸ Die Vertragskonstruktion ist Mittel zur Klärung

²¹⁶ Rawls (1979), 29, 36.

²¹⁷ Rawls (1979), 37 ff.

²¹⁸ Rawls (1985), 231 ff.; siehe auch Rawls (1980), 515 ff.

und Aufhellung dessen, welche Gerechtigkeitsgrundsätze diesem Ideal angemessen sind. Die Vertragssituation soll so konstruiert sein, daß die vertragschließenden Parteien Repräsentanten der Interessen freier und gleicher Personen sind, die unter fairen Bedingungen zu einer Übereinstimmung gelangen.²¹⁹ Danach sind es also Annahmen auf verschiedenen Ebenen, die miteinander in einen kohärenten Zusammenhang gebracht werden sollen: die wohl durchdachten Einzelurteile, zu denen Rawls nunmehr nicht mehr nur Urteile über einzelne Fälle, sondern auch universelle Urteile jeden Allgemeinheitsgrades zählt,²²⁰ die diese Urteile explizierenden Gerechtigkeitsgrundsätze, Annahmen über die Vertragssituation, aus der diese Grundsätze abgeleitet sind, und schließlich die Annahme des zugrundeliegenden Ideals einer fairen Kooperation gleicher und freier Personen sowie weitere Hintergrundannahmen, etwa über die Stabilität bestimmter Gesellschaftsordnungen. Sind die Annahmen auf allen diesen Ebenen in Übereinstimmung gebracht, ist ein Überleungsgleichgewicht im weiteren Sinne erreicht.

Rawls geht es in seinen Schriften zur Gerechtigkeitstheorie allerdings nicht um Fragen der Moraltheorie allgemein. Er will die Frage nach den gerechten Grundstrukturen der Gesellschaft behandeln und das auch nur im Blick auf moderne demokratische Gesellschaften. Seine Absicht ist es, die in den politischen Institutionen einer Demokratie und den öffentlichen Traditionen ihrer Auslegung eingebetteten grundlegenden Überzeugungen aufzusuchen und sie so zu reorganisieren, daß ein Höchstmaß an freier Übereinstimmung der Bürger einer demokratischen Gesellschaft über die gerechte Gestalt der Grundstrukturen

²¹⁹ Rawls (1985), 234 ff.

²²⁰ Rawls (1974/1975), 8.

der Gesellschaft erreicht werden kann.²²¹ Die von Rawls verwendete Methode des Überlegungsgleichgewichts ist aber nicht nur als Teil seiner Gerechtigkeitstheorie von Interesse. Sie lässt sich von dieser Theorie ablösen und, in modifizierter Form, als Verfahren der Untersuchung moralischer Fragen allgemein verwenden.

2. Die Eignung des Verfahrens des Überlegungsgleichgewichts für die Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit

Soll die Durchführung eines Verfahrens des Überlegungsgleichgewichts geeignet sein, die Zuverlässigkeit moralischer Urteile zu erhöhen, kommt es vor allem auf die Richtigkeit folgender Annahmen an: Moralische und moralphilosophische Überzeugungen können sich gegenseitig stützen und korrigieren. Die Zuverlässigkeit moralischer Urteile erhöht sich daher, wenn es gelingt, sie in einen kohärenten Zusammenhang mit anderen moralischen oder moralphilosophischen Annahmen zu stellen. Der Bereich, in dem Kohärenz herzustellen ist, um die Zuverlässigkeit der Urteile zu erhöhen, erstreckt sich auf Annahmen, die verschiedenen Ebenen der Begründung und Explikation angehören, auf einzelfallbezogene Urteile ebenso wie auf Urteile, die eine Vielzahl moralischer Einzelurteile explizieren. Wie die verschiedenen Begründungs- und Explikationsebenen genauer beschaffen sind, hängt dann vom jeweiligen moralischen und moralphilosophischen Standpunkt ab. Ob es etwa erforderlich oder wenigstens hilfreich ist, zur Auswahl moralischer Grundsätze Konstrukte wie das einer hypothetischen Vertrags-

²²¹ Rawls (1985), 223 ff.

situation zu verwenden und welche, richtet sich nach dem jeweiligen Standpunkt. In jedem Fall sind auch Grundfragen der Ethik bzw. der Metaethik wie die nach der Bedeutung moralischer Ausdrücke oder der Begründbarkeit normativer Sätze in das Kohärenzmodell mit einzubeziehen. Auch Annahmen aus diesem Bereich können zur Stützung oder Korrektur moralischer Urteile beitragen. Die Kohärenz zwischen den einzelnen Annahmen lässt sich dann in einem Prozeß herstellen, in dem diese schrittweise ermittelt und aufeinander bezogen und bei Widersprüchen wechselseitig aneinander angepaßt werden. Dabei ist vorausgesetzt, daß den Annahmen auf den verschiedenen Begründungsebenen grundsätzlich ein eigenständiger Wert für die Erkenntnis dessen zukommt, was zu tun begründet ist, daß es insbesondere keinen uneingeschränkten Vorrang bestimmter Urteile über die Geltung von Normen auf einem bestimmten Explikationsniveau in erkenntnistheoretischer Hinsicht gibt.

Diese Annahmen sind keineswegs selbstverständlich. Vor allem lässt sich in Zweifel ziehen, daß die Überzeugungen auf den verschiedenen Explikations- und Begründungsebenen einen eigenständigen oder gar gleichen Erkenntniswert haben. Man denke beispielsweise an die Position, nach der konkrete moralische Urteile unzuverlässig sind und Urteile über selbstverständliche, fundamentale Grundsätze leitend und vorrangig sein sollen.²²²

Vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen treffen die eben angeführten Annahmen dagegen zu. Moralische Normen konkretisieren von diesem Standpunkt aus gese-

²²² So etwa P. Singer (1974), 515 ff. Vgl. auch Tugendhat (1979), 80 ff., nach dem moralische Einzelurteile anhand von Prinzipienurteilen geprüft werden müssen und nicht umgekehrt. Dabei unterscheidet Tugendhat jedoch nicht hinreichend zwischen dem Vorrang von Prinzipienurteilen in begründungs- und in erkenntnistheoretischer Hinsicht.

hen den Maßstab der Ungebundenheit. Dadurch ist zwischen ihnen ein kohärenter Zusammenhang gestiftet. Zwischen dem abstrakten Maßstab der Ungebundenheit und den einzelfallbezogenen Normen gibt es ferner verschiedene Stufen der Explikation und Begründung der einzelfallbezogenen Normen. Die Begründungsebenen des handlungsorientierenden Ideals des Maßstabs der Ungebundenheit und der Maßstäbe der Chancenbeförderung wurde bereits angesprochen. Hinzu kommen verschiedenen Prinzipien und Regeln verschiedener Allgemeinheitsgrade.

Urteile über einzelfallbezogene Normen und solche, die die anderen Begründungs- und Explikationsstufen betreffen, haben auch einen eigenständigen Erkenntniswert. So müssen sich Annahmen darüber, was vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen begründet ist, nach dem Gesagten in mehr oder minder großem Umfang auf praktische Vernunftintuitionen stützen. Sie stützen sich also auf das Bewußtsein einer konkretisierenden Bewegtheit, die sich auf die Verwirklichung eines Sachverhalts richtet, der die Eigenschaft hat und weil er diese Eigenschaft hat, daß seine Verwirklichung dem Maßstab der Ungebundenheit entspricht. Solche abgeleiteten Tendenzen beziehen sich nicht nur darauf, was im einzelnen Fall zu tun ist, sondern auch auf die Verwirklichung allgemein umschriebener Sachverhalte höherer Explikationsstufen. Auf den Erkenntniswert von Urteilen über die *prima facie*- oder die Regelgeltung von Normen wird im nächsten Kapitel noch näher einzugehen sein. Demnach können sich praktische Urteile auf den verschiedenen Explikations- und Begründungsebenen auf praktische Vernunftintuitionen stützen. Von daher kommt ihnen bei der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit ein eigener Erkenntniswert zu.

Daneben sind auch Annahmen über den Maßstab der Ungebundenheit selbst bzw. ist die genauere Beschreibung dieses Maßstabs auf ihre Kohärenz mit Annahmen anderer Art zu überprüfen, auf ihre Kohärenz mit moralischen Überzeugungen ebenso wie auf ihre Kohärenz mit Grundannahmen moralphilosophischer oder anderen Art, etwa auf ihre Kohärenz mit Annahmen, die Fragen der Handlungsmotivation betreffen. Wie weit Annahmen über den Maßstab der Ungebundenheit gegenüber Urteilen auf anderen Ebenen Bestand haben, ist dann eine weitere Frage, die mit der Forderung, Kohärenz herzustellen, noch nicht beantwortet ist.

Die Zuverlässigkeit der Urteile im Verfahren des Überlegungsgleichgewichts hängt noch von einer Reihe weiterer Faktoren ab, die teilweise bereits in der Rawlsschen Definition wohldurchdachter Urteile kompetenter Moralbeurteiler angeklungen sind. Beispielsweise spricht es für die Zuverlässigkeit der Urteile, wenn der Urteilende über gute Kenntnisse der relevanten tatsächlichen Verhältnisse verfügt, wenn dieser von seinem Urteil weder Vor- noch Nachteile zu erwarten hat usw. Daraus darf indessen nicht der Schluß gezogen werden, daß – wie etwa das Rawlssche Verfahren dies nahelegt – nur die Urteile bestimmter „kompetenter Moralbeurteiler“ maßgeblich sind und alle, die die Qualifikation eines solchen kompetenten Beurteilers nicht erfüllen, sich nur noch an deren Urteilen orientieren sollen. Denn es entspricht, wie ausgeführt, dem Maßstab der Distanznahme, daß der Einzelne zwischen ihm offenstehenden Handlungsalternativen selbst am Maßstab der Ungebundenheit orientiert wählt. Dem korrespondiert ein Gebot, die Wahl nicht nur auf Urteile anderer zu gründen, sondern die zu beurteilenden praktischen Fragen grundsätzlich auch einer eigenen Prüfung und Beurteilung zu unterziehen. Natürlich kann es vieler-

lei Gründe geben, Urteilen anderer besonderes Gewicht beizumessen oder sich an deren Urteilen zu orientieren, Gründe fehlender Sachkenntnis, fehlender Zeit für eine intensive Prüfung etc. Auch sind der Intensität der Prüfung praktischer Fragen, wie bereits angesprochen wurde, schon wegen des Geltenlassens der gebundenen Motive Grenzen gesetzt. Von vornherein nur Urteilen anderer zu folgen, ist nach dem Gesagten mit dem Maßstab der Ungebundenheit aber unvereinbar. Zumindest soll der Einzelne moralisch wesentliche Fragen selber einer Beurteilung unterziehen, vor allem aber auch die Frage, welche Angelegenheit er einer wie weitgehenden Prüfung und Beurteilung unterziehen soll.

Ein wesentlicher, die Zuverlässigkeit der Urteile im Verfahren des Überlegungsgleichgewichts erhöhender Faktor besteht darin, mit anderen einen ungestörten, von Zwang freien Diskurs über praktische Fragen zu führen, bei dem sich die anderen Diskursteilnehmer ihrerseits möglichst weitgehend vom Motiv der Ungebundenheit bestimmen lassen. Daß ein solcher Diskurs die Verlässlichkeit der Urteile erhöhen kann, liegt auf der Hand, schon weil er dem Einzelnen neue Beurteilungsgesichtspunkte aufzeigen und ihm Voreingenommenheiten deutlich machen kann, vor allem auch, weil im Diskurs Informationen darüber zu gewinnen sind, wie sich die gebundenen Motive der Beteiligten erfüllen lassen, falls dies für die Beantwortung der jeweiligen praktischen Frage relevant ist. Der Stellenwert solcher Diskurse darf allerdings nicht zu hoch veranschlagt werden. Nicht nur, daß *reale* Diskurse, wenn sie überhaupt stattfinden können, regelmäßig unter Bedingungen wie Zeitdruck, fehlender Diskussionsbereitschaft etc. stattfinden, die den Wert des Diskurses für die Lösung der praktischen Frage vermindern. Vor allem änderte auch ein Diskurs unter idealen Bedingungen nichts daran, daß

es letztlich die Last und die Leistung jedes Einzelnen bleibt zu beurteilen, was zu tun moralisch begründet ist, und daß sich dieses Urteil zu einem wesentlichen Teil auf praktische Vernunftintuitionen des je Einzelnen stützen muß. Vor allem änderte die Durchführung eines Diskurses unter idealen Bedingungen nichts daran, daß der Urteilsmaßstab letztlich nicht die Übereinstimmung im Diskurs, sondern der Maßstab der Ungebundenheit ist.²²³

Festzuhalten bleibt: Urteile der verschiedenen Explikations- und Begründungsebenen darüber, welches Handeln vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen begründet ist, stützen und korrigieren sich wechselseitig und haben einen eigenständigen Erkenntniswert. Ein Verfahren, in dem diese Urteile, gestützt auf praktische Vernunftintuitionen, wechselseitig aneinander angepaßt und zugleich diskursiv überprüft werden, erhöht die Zuverlässigkeit dieser Urteile. Dabei ist zu beachten, daß der eigene Erkenntniswert der Annahmen der verschiedenen Ebenen noch nichts über Vorrangfragen in begründungstheoretischer Hinsicht aussagt. In begründungstheoretischer Hinsicht haben allgemeinere Normen, insbesondere die genannten moralischen Maßstäbe der Chancenbeförderung, vor konkreten und Einzelfallnormen uneingeschränkt Vorrang.

²²³ Dabei darf der Wert des Diskurses für die Erkenntnis des praktisch Richtigen nicht mit dem Wert des Diskurses als Mittel der Handlungskoordinierung ohne Zwang und als Form des Einräumens von Möglichkeiten der Mitgestaltung des Zusammenlebens vermengezt werden. Unter den zuletzt genannten Aspekten mag die Durchführung realer Diskurse zusätzliches Gewicht erlangen.

VII. Abwägung in der Moral

A. Der Stellenwert moralischen abwägenden Denkens in begründungstheoretischer Hinsicht

Bisher kam noch nicht eigens zur Sprache, welcher Stellenwert abwägendem Denken nach dem hier verfolgten Begründungsansatz für die Beantwortung moralischer Fragen zukommt. Abwägendes Denken ist vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen dann von zentralem Stellenwert für die Handlungsbegründung, wenn die vollständige Begründung dessen, daß eine Handlungswahl dem Maßstab der Ungebundenheit entspricht, es erfordert, die Handlungswahl mit prima facie-Normen zu begründen bzw. damit zu begründen, daß mit der Wahl prima facie-Normen in einem nach dem Maßstab der Ungebundenheit begründeten Rangverhältnis zu anderen prima facie-Normen erfüllt werden. Der Stellenwert abwägenden Denkens ist also dann zentral, wenn prima facie-Normen eine nicht zu überspringende Stufe der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit bei der Handlungsbegründung bilden.

1. Fundamentale Moralprinzipien

Wenn es bei der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit zu einer Abwägung kommt, dann noch nicht auf den obersten Konkretisierungsstufen. Das Gebot, sich dem Ideal des Maßstabs der Ungebundenheit anzunähern, hat nicht nur prima facie-Geltung. Auch die

grundlegenden Gebote, auf gleiche, dabei möglichst weitgehende Freiheit der offenen Möglichkeiten aller hinzuwirken bzw. die Erfüllung der Motive aller in ihrer Gesamtheit zu maximieren, sind strenggenommen nicht gegeneinander abwägbar. Sie stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander, ohne im Verhältnis zueinander prima facie-Normen zu sein. Wie ausgeführt, ist die Freiheitsnorm in Kombination mit anderen Maßstäben maßstabbildend. Entsprechend wurde sie als Gebot verstanden, den Maßstab der Freiheit der offenen Möglichkeiten in Kombination mit anderen Maßstäben, insbesondere dem Maßstab der Maximierung der Motiverfüllung, zur Geltung zu bringen. Die Spannung mit dem Gebot der Motiverfüllung wird nicht im Wege der Abwägung ausgetragen, sondern indirekt, nach Kombination mit diesem Maßstab bei der Anwendung der aus dieser Kombination gewonnenen Normen der Chancenbeförderung.

Wie eng der Freiheits- und der Motiverfüllungsmaßstab verschmolzen sind, sei nochmals an dem Gebot verdeutlicht, auf gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen auf Motiverfüllung aller hinzuwirken. Wenn es bei der Gewichtung der Chancen auf Motiverfüllung auf die Bedeutung des mit der Chance verbundenen Zwecks für die Erfüllung der Motive des Einzelnen ankommt, folgt das nicht schon aus dem Freiheitsmaßstab für sich genommen. Das Motiverfüllungsgebot ist damit bereits berücksichtigt. Andererseits wäre es auch zu einfach zu sagen, das Motiverfüllungsgebot komme bei der Gewichtung von Gelegenheiten nach der ersten Gewichtungskomponente, das Freiheitsgebot bei der Gewichtung nach der Entscheidungskomponente der Gewichtung zur Geltung. So ist auch die Wahlfreiheit größer, also auch dem Freiheitsmaßstab in höherem Maße entsprochen, wenn jemand über die Verwirklichung von Zwecken mit großer Bedeutung für

seine Motiverfüllung entscheiden kann, als wenn er nur über die Verwirklichung unbedeutender Zwecke zu bestimmen hat. Das größere Gewicht der Gelegenheit ergibt sich insoweit also nicht lediglich aus dem Gesichtspunkt der Motiverfüllung. Auch folgt der Verteilungsmaßstab der Gleichheit nach dem Gesagten zwar aus dem Freiheitsmaßstab. Nichtsdestoweniger hängt die Gleichheit der Chancen verschiedener Personen auf Motiverfüllung nicht nur davon ab, welche Gelegenheiten, sondern auch davon, welche Chancen im engeren Sinne sie haben, auch wenn diese Chancen im engeren Sinne keine Wahlmöglichkeiten eröffnen. Größere Chancen einer Person im engeren Sinne können geringere Gelegenheiten dieser Person bei einem Vergleich mit den Chancen anderer Personen aufwiegen, wenn es um die Frage der Gleichgewichtung von Chancen verschiedener Personen geht. Das ist die Konsequenz dessen, daß nicht einfach nur Wahlmöglichkeiten zu verteilen sind, sondern Wahlmöglichkeiten in bezug auf die Motiverfüllung des Handelnden, daß beide Gesichtspunkte also von vornherein miteinander verbunden sind.

Da also die Motiverfüllungs- und die Freiheitsnorm beide in den Prinzipien der Beförderung der Chancen auf Motiverfüllung berücksichtigt und in ihnen verbunden sind, sind diese Normen weder gegeneinander noch gegen die Prinzipien der Chancenbeförderung abwägbar. Zu einer grundlegenden Prinzipienabwägung kommt es erst zwischen den angesprochenen Prinzipien der Chancenbeförderung, ferner zwischen den folgenden Normen, die sich als erste Stufe der Konkretisierung der Prinzipien der Beförderung der Chancen auf Motiverfüllung verstehen lassen: Was zunächst das Prinzip gleicher Chancen auf Motiverfüllung anbelangt, ergibt sich aus ihm das prima facie-Gebot, auf gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen

auf Motiverfüllung aller hinzuwirken und dabei der Entscheidungskomponente dieser Chancen bei der Chancengewichtung Vorrang vor der anderen Gewichtungskomponente einzuräumen. Daneben ergibt sich das *prima facie*-Gebot, auf gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen hinzuwirken und dabei der Motiverfüllungskomponente der Chancengewichtung Vorrang zu geben. Entsprechend ergibt sich aus dem Prinzip der Maximierung der Chancen in ihrer Gesamtheit das Gebot, Chancen auf Motiverfüllung in ihrer Gesamtheit bei Vorrang der Motiverfüllungskomponente zu maximieren und das Gebot, dies bei Vorrang der Entscheidungskomponente zu tun. Diese konkretisierenden Prinzipien sind nicht allein von der Freiheits- oder der Motiverfüllungsnorm abgeleitet, mögen diese Maßstäbe in den betreffenden Geboten auch jeweils in unterschiedlichem Ausmaß zur Geltung kommen. Die konkretisierenden Prinzipien umschreiben vielmehr verschiedenen Aspekte der Annäherung an die Ideale gleicher Chancen bzw. weitestmöglicher Chancen auf Motiverfüllung. In diesen Idealen sind der Freiheits- und der Motiverfüllungsmaßstab, wie ausgeführt, bereits verbunden.

Das eben Gesagte lässt sich auch auf die Kombination des Freiheitsmaßstabs mit den moralischen Normen im engeren Sinne übertragen. Geht es um gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen zweiter Stufe auf eine gemessen an den moralischen Normen im engeren Sinne bestmögliche Gestaltung des Zusammenlebens, treten die moralischen Normen, mit denen der Freiheitsmaßstab dann kombiniert ist, nicht als *prima facie*-Normen auf. Stattdessen sind sie in dem sich ergebenden Gebot gleicher Chancen zweiter Stufe mit dem Freiheitsmaßstab verbunden. Ihre Spannung zum Freiheitsmaßstab kommt nurmehr indirekt, bei Anwendung des Gebots gleicher Chancen zweit-

ter Stufe zur Geltung. Entsprechendes gilt für die dritte oben angesprochene Kombinationsform, das Gebot gleicher Chancen dritter Stufe.

Was die Gebote gleicher Chancen zweiter und dritter Stufe anbelangt, kommt es erst bei deren Konkretisierung zu einer Abwägung. Die an oberster Stufe stehende Form der Abwägung ist die zwischen dem Gebot, gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen dritter Stufe zu befördern und dabei der Entscheidungskomponente dieser Chancen bei der Chancengewichtung Vorrang einzuräumen, und dem Gebot, auf gleiche, dabei möglichst weitgehende Chancen bei Vorrang derjenigen Komponente hinzuwirken, die das Gewicht der Chance von ihrer Bedeutung für eine moralisch bestmögliche, d. h. dem Gebot gleicher Chancen zweiter Stufe entsprechende Gestaltung des Zusammenlebens abhängig macht. Die Prinzipien, die das Gebot gleicher Chancen zweiter Stufe konkretisieren, sind dann entsprechend zu formulieren. Konkretisierende Prinzipien der angesprochenen Art umschreiben dabei eigenständige Aspekte der Annäherung an das Ideal gleicher, dabei möglichst weitgehender Chancen erster, zweiter bzw. dritter Stufe bzw. an das Ideal der Maximierung der Chancen erster Stufe in ihrer Gesamtheit. Sie bilden eine eigenständige Stufe der Konkretisierung des Maßstabs der Distanznahme.

2. Prinzipien niedrigerer Begründungsstufe

Aus den Normen der Chancenförderung und den angesprochenen grundlegenden konkretisierenden Prinzipien ergeben sich eine Reihe weiterer *prima facie*-Normen auf einer niedrigeren Konkretisierungsstufe. Teils lassen sie sich zugleich durch mehrere der angesprochenen konkretisierenden Prinzipien begründen. Hier seien nur einige

wenige solcher konkreteren prima facie-Normen kurz aufgeführt:

Zunächst ergibt sich ein allgemeines prima facie-Verbot, andere zu einem Handeln zu zwingen, da solcher Zwang direkt dagegen gerichtet ist, daß ein anderer selbst entscheidet. Eine solche direkte Richtung gegen das eigene Entscheiden des anderen über diesem offenstehende Alternativen haben auch Handlungen, die bezwecken, beim anderen falsche Vorstellungen über tatsächlich gegebene Handlungsalternativen oder über deren Gewicht hervorzurufen, die sich also auf die Verfälschung der Urteilsgrundlage des anderen richten. Schon darin liegt ein Grund für die prima facie-Geltung des Verbots, andere zu täuschen oder zu belügen. Daneben verdienen Normen besondere Erwähnung, die Grundbedingungen dafür betreffen, daß der Einzelne Motive oder moralische Zwecke nach eigener Entscheidung verfolgen kann, Normen etwa, die Körperverletzungen und Freiheitsberaubungen prima facie verbieten. Nicht zuletzt zählen dazu auch Eigentumsnormen, die dem Einzelnen ein dem beliebigen Zugriff anderer nicht unterliegendes materielles Substrat für die eigenständige Verfolgung seiner Zwecke sichern sollen. Ferner lassen sich die Chancen aller am weitesten in Kooperation mit anderen maximieren. Von daher erlangen prima facie-Normen besonderes Gewicht, die die Grundbedingungen eines kooperativen Zusammenwirkens betreffen. Neben Normen der eben genannten Art sind das etwa Normen des Einhaltens von Versprechen oder von Verträgen oder Normen des Vertrauensschutzes. Aus dem Gedanken, der dem Gebot gleicher Chancen zweiter und dritter Stufe zugrunde liegt, daß der Einzelne über die Gestaltung des Zusammenlebens mitentscheiden können soll, ergeben sich ferner prima facie-Gebote, dem Einzelnen Möglichkeiten der Partizipation an Entscheidungen

in Staat und Gesellschaft einzuräumen. Manche prima facie-Normen betreffen speziell Fragen der Verteilung von Chancen oder der Verwirklichung einer zurechnenden Sichtweise bei dieser Verteilung, Schadensersatznormen beispielsweise.

Im Rahmen dieser Arbeit ist weder eine nähere Erörterung noch eine Aufzählung oder Klassifizierung auch nur der grundlegenden prima facie-Normen möglich, die sich aus den Normen der Chancenbeförderung ergeben. Allen solchen prima facie-Normen ist gemeinsam, daß sie verschiedene, eigenständige Aspekte der Annäherung an das Ideal gleicher bzw. maximaler Chancen erster, zweiter bzw. dritter Stufe betreffen. Mit der Befolgung einer solchen konkretisierenden prima facie-Norm finden der Freiheits- und der Motiverfüllungsmaßstab, aus denen die Gebote der Chancenbeförderung kombiniert sind, in jeweils mehr oder minder großem Umfang und in jeweils verschiedenen Aspekten ihrer Anwendung Beachtung. Daraus ergibt sich dann, daß die prima facie-Normen im Verhältnis zueinander eigenständige Maßstäbe für die Bewertung von Handlungsalternativen darstellen. Sie bilden ebenso wie die angesprochenen grundlegenden konkretisierenden Prinzipien eine eigenständige Stufe der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit bei der Bewertung von Handlungsalternativen. Zur vollständigen Begründung der Handlungswahl gehört es, diese Konkretisierungsstufe nicht zu überspringen, sondern die Handlungswahl mit solchen konkretisierenden prima facie-Normen bzw. mit deren Rangverhältnissen zu begründen.

B. Der Stellenwert moralischen abwägenden Denkens in erkenntnistheoretischer Hinsicht

Annahmen über prima facie-Normen und deren Rangverhältnisse haben vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen einen eigenständigen Erkenntniswert. Sie können sich, wie bereits angesprochen wurde, auf praktische Vernunftintuitionen stützen. Diese Intuitionen beziehen sich nicht nur auf die Gesamtbeurteilung von Einzelfällen, sondern auch auf die Verwirklichung solcher abstrakter maßstabbildender Sachverhalte, deren Verwirklichung die prima facie-Normen gebieten, verbieten oder freistellen. Diese Intuitionen lassen sich dadurch zur Geltung bringen, daß der Prüfende die bereits angesprochene Perspektive eines hypothetischen moralischen Gesetzgebers einnimmt, der in diesem Fall darüber zu entscheiden hat, ob die moralischen Personen bestimmte Normen als prima facie gültig behandeln und nach Maßgabe bestimmter Rangverhältnisse befolgen sollen.

Dabei wirft die Frage besondere Probleme auf, wie die Geltung solcher nicht nur einzelfallbezogenen Normen erkennbar ist, die der Begründung durch prima facie-Normen bedürfen, die Regelgeltung von Normen also. Oben wurde bereits angesprochen,²²⁴ daß es praktisch kaum möglich ist, nicht nur einzelfallbezogene Regeln aufzustellen, die in allen denkbaren Anwendungsfällen unter Berücksichtigung aller prima facie-Normen uneingeschränkt Geltung haben. Aus dieser Schwierigkeit folgt indes nicht, daß unterhalb der Explikationsstufe der prima facie-Normen nur noch einzelfallbezogene Annahmen einen eigenen Erkenntniswert haben. So schließt die angesprochene Schwierigkeit folgendes nicht aus: die Einsicht

²²⁴ Siehe dazu oben S. 91 ff.

darein, daß die allgemeinen Merkmale eines Sachverhalts eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle umschreiben, in denen ein bestimmtes Handeln unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem Maßstab der Ungebundenheit begründet oder dies wenigstens wahrscheinlich ist, *ohne* daß der Betreffende zugleich im Blick auf alle denkbaren Fälle genau spezifizieren kann, wann Fälle gleichgelagert sind oder ein entsprechendes Handeln ausnahmsweise nicht begründet ist. Beispielsweise läßt sich sagen, daß es in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle nicht nur *prima facie*, sondern unter Berücksichtigung aller Umstände begründet oder wenigstens wahrscheinlich begründet ist, einem schwer Verunglückten Hilfe zu leisten, mag auch niemand für alle denkbaren Situationen angeben können, wann es begründet und wann es ausnahmsweise unbegründet ist, einem schwer Verunglückten Hilfe zu leisten. Danach können sich auch Annahmen über eine Form von Normgeltung, die oben als Geltung im Normalfall bezeichnet wurde,²²⁵ auf praktische Intuitionen stützen. Auch ihnen kommt gegenüber Einzelfallurteilen ein eigenständiger Erkenntniswert zu.

Annahmen über *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnisse und über die Regelgeltung von Normen können demnach andere praktische Urteile aufgrund ihres eigenen Erkenntniswerts stützen und korrigieren. Ihre Einbeziehung in das ansprochene Kohärenzverfahren erhöht die Verlässlichkeit der Urteile darüber, was im jeweiligen Einzelfall zu tun ist. Das Verfahren des wechselseitigen Anpassens praktischer Urteile auf verschiedenen Explikations- und Begründungsebenen hat daher auch Annahmen über *prima facie*-Normen und deren Rangverhältnisse und die Regelgeltung von Normen miteinzube-

²²⁵ S. 93 f.

ziehen. Die Methode des Überlegungsgleichgewichts ist die Methode eines abwägenden Überlegungsgleichgewichts.

C. Zur Rationalität moralischen abwägenden Denkens

Mit all dem ist nicht gesagt, daß sich die Konflikte zwischen prima facie-Normen immer rational lösen lassen, daß alle prima facie-Normen in allen Konfliktlagen uneingeschränkt kommensurabel sind. Tatsächlich gibt es Fälle der Inkommensurabilität, seien es Fälle einer echten, seien es Fälle einer solchen Inkommensurabilität, die nur auf der mangelnden Erkenntnispower des Einzelnen beruht. Man denke etwa an Fälle, in denen sich wegen der hohen Komplexität einer Entscheidungssituation oder wegen der mangelnden Exaktheit der Wertungen von einigen möglichen Konfliktlösungen nicht mehr sagen läßt, daß eine der anderen unter Berücksichtigung aller Umstände vorzuziehen ist oder beide gleichbegründet sind. Die Inkommensurabilität ist aber nicht total. Grundsätzlich lassen sich Konflikte zwischen prima facie-Normen mit Gründen lösen. Und das deswegen, weil es einen obersten Maßstab für die Verhältnisbestimmung zwischen den prima facie-Normen gibt, denjenigen Maßstab nämlich, in dem diese prima facie-Normen ihren Geltungsgrund haben: den Maßstab der Ungebundenheit.

Die in diesem Teil der Arbeit angestellten Überlegungen zu einer Moraltheorie abwägender Handlungsbegründung lassen eine Reihe von Fragen unbeantwortet. Beispielsweise wäre weiter zu fragen, ob es mit dem hier verfolgten Begründungsansatz vereinbar ist, neben gebotenen, verbotenen oder freigestellten Handlungen eine eigene Kategorie übergebührlicher Handlungen²²⁶ anzuneh-

men und ob es ein Mangel oder nicht eher ein Vorzug dieses Ansatzes ist, wenn sich dieser Ansatz mit einer solchen Annahme nicht vereinbaren läßt.²²⁷ Im Rahmen dieser Arbeit muß es bei den bisherigen Überlegungen sein Bewenden haben. Sie sollen als Grundlegung für den letzten Teil dieser Arbeit genügen. In ihm geht es um die abwägende Begründung von Entscheidungen in Entscheidungssituationen ganz besonderer Art: um die abwägende Begründung der Handlungswahl in spezifisch rechtlichen Entscheidungssituationen.

²²⁶ Vgl. dazu Heyd (1982), m. w. Nachw.

²²⁷ Gegen die Annahme einer eigenen Kategorie übergebührlicher Handlungen mit teils überzeugenden Gründen Baron (1987), 237 ff.; Pybus (1982), 193 ff.; dies. (1986), 526 ff.

*Dritter Teil:
Grundlagen einer Moraltheorie
abwägender Handlungsbegründung
für den Bereich des Rechts*

Die im zweiten Teil der Arbeit angestellten Überlegungen haben ergeben, daß es selbstgerechtfertigt ist, aus dem Motiv des ernsthaft und radikal Fragenden heraus zu handeln, und daß es daher – indirekt – begründet ist, sein Handeln am Maßstab der Distanznahme auszurichten. In diesem Teil der Arbeit wird zu fragen sein, welche Folgerungen sich daraus im Blick auf spezifisch rechtliche Entscheidungssituationen ergeben, insbesondere im Blick auf die Rationalität und den Stellenwert abwägenden Denkens bei der Entscheidungsfindung in rechtlichen Entscheidungssituationen. Eine Folgerung wird die sein, daß es keine spezifische Rechtsverbindlichkeit von Normen in einem gleich näher definierten Sinne gibt, sondern nur eine moralische Verbindlichkeit des Rechts. Eine weitere Konsequenz, die sich daran anschließt, ist die, daß abwägendes Denken für die Begründung und Erkenntnis dessen zentral ist, welche Entscheidung in der jeweiligen rechtlichen Entscheidungssituation begründet ist. Gemeint ist eine Abwägung moralischer Art, d. h. eine Abwägung, in der der Entscheidende auf einer moralischen Begründungsebene selbst die Wertung trifft und nach dieser Wertung entscheidet, welche der möglichen Lösungen des Konflikts zwischen den in der Situation einschlägigen prima facie-Normen, gemessen am Vernunftmaßstab der Ungebundenheit, den Vorzug verdient.

Die These von der ausschließlich moralischen Verbindlichkeit des Rechts und von dem zentralen Stellenwert

moralischen abwägenden Denkens provoziert Fragen und Einwände, insbesondere dann, wenn sie auf die richterliche Entscheidungsperspektive bezogen wird. Vor allem liegt die Frage nahe, wie sich diese These mit der Bindung des Richters an das Gesetz verträgt. Richtig ist, daß die angesprochene These im Blick auf die richterliche Entscheidungssituation in besonderer Weise der Erläuterung und der Präzisierung bedarf. Deswegen und weil sich die Diskussion über Abwägung im Recht und die Kritik daran vornehmlich auf richterliche Abwägungen bezieht, werden sich die folgenden Überlegungen zum Stellenwert abwägenden Denkens im Recht in ihrem Schwerpunkt mit der richterlichen Entscheidungssituation befassen.

I. Rechtliche Entscheidungssituationen

In diesem Teil der Arbeit geht es um tatsächliche oder hypothetische Entscheidungssituationen spezifisch rechtlicher Art. Es empfiehlt sich, drei Arten solcher Situationen auseinanderzuhalten, die jeweils spezielle Fragen der Handlungsbegründung aufwerfen:

- 1) Die Situation dessen, der, etwa als tatsächlicher oder hypothetischer Verfassungs- oder Gesetzgeber, die Kompetenz hat, alleine oder mit anderen zu entscheiden, welche Gestalt die positive Rechtsordnung einer Gesellschaft insgesamt oder in bestimmten Bereichen hat, soweit er in seiner Entscheidung nicht durch Vorgaben einer bestehenden Rechtsordnung eingeengt ist bzw. unter Absehung von solchen Vorgaben.
- 2) Die Situation dessen, der nach einer bestimmten positiven Rechtsordnung die Kompetenz hat, diese Rechtsordnung in einem bestimmten Bereich unter Beachtung der Vorgaben dieser Rechtsordnung mitzustalten. Dabei ist der Begriff des Mitgestaltens hier weit zu verstehen. Er erfaßt insbesondere auch den mit Rechtswirkungen versehenen Ausspruch des Richters im Urteil darüber, was im jeweiligen Streitfall dem Recht entspricht.
- 3) Die Situation des Bürgers, der vor der Entscheidung steht, ob und wieweit er welche Normen des positiven Rechts befolgen soll.

Was heißt „positives Recht“ genauer?¹ Steht der „richtige“ Begriff des Rechts im Streit, ist die Gefahr groß, sich in wenig fruchtbaren terminologischen Zweckmäßigkeitserwägungen zu verlieren. Eigentlich interessierende Sachfragen geraten leicht aus dem Blick. In dieser Arbeit geht es um das Problem der Handlungsbegründung, in diesem Teil speziell um die Handlungswahl in den rechtlichen Entscheidungssituationen und um den Stellenwert abwägenden Denkens für die Entscheidungsbegründung. Um dieser Fragestellung nachzugehen, genügt es, die rechtlichen Entscheidungssituationen und den Begriff des positiven Rechts, durch den sie definiert sind, grob in folgender Weise im Blick auf eine soziale Gegebenheit und mit Hilfe des Zwangskriteriums von anderen Entscheidungssituationen abzugrenzen: Eine wenigstens notwendige Bedingung dafür, daß von einer positiven Rechtsordnung zu reden ist, besteht darin, daß es sich um eine im großen und ganzen sozial wirksame Normenordnung handelt, die eine Zwangsordnung ist. Das heißt, sie besteht jedenfalls zu einem wesentlichen Teil aus Normen, die die Voraussetzungen und das Verfahren für die Anwendung oder Androhung von Zwang durch einen eigens darauf eingestellten Stab von Menschen regeln, und denjenigen Normen, deren Befolgung unter den näher festgelegten Bedingungen erzwungen werden soll.

Mit dieser Verwendung des Zwangsmerkmals als Abgrenzungskriterium ist nicht gesagt, daß das Zwangsmoment das einzig wesentliche oder auch nur „wesentlichste“ Merkmal des positiven Rechts ist. Insbesondere zwingt die Verwendung dieses Merkmals als Abgrenzungsmerk-

¹ Zu den verschiedenen Rechtsdefinitionen und Abgrenzungskriterien siehe etwa Dreier (1986), 890 ff.; Geddert (1984), 86 ff.

mal nicht dazu, mit Kelsen lediglich solche Normen als selbständige Rechtsnormen anzusehen, die für den Fall des Abweichens von einem bestimmten Verhalten bestimmte Sanktionen vorschreiben.² Das Zwangskriterium dient hier lediglich zu einer im Rahmen dieser Arbeit zweckmäßigen, groben Abgrenzung rechtlicher Entscheidungssituationen von anderen. Zweckmäßig ist die Verwendung des Zwangskriteriums schon allein deswegen, weil es in dieser Arbeit um Begründungsfragen geht. Denn mit der Existenz einer sozial wirksamen Zwangsordnung verbindet sich ein besonderes Begründungsproblem: Die Anwendung oder Androhung von Zwang im Rahmen einer solchen Ordnung ist in besonderer Weise legitimationsbedürftig.

Gehört es zu den Merkmalen einer positiven Rechtsordnung im hier verstandenen Sinne, sozial wirksame Zwangsordnung zu sein, ist damit noch offengelassen, ob es begriffsnotwendig ist, daß alle rechtlichen Zuordnungs- und zugeordneten Normen des Rechts aus einer Grundnorm oder sozial anerkannten Erkenntnisregel³ ableitbar sind. Auch ist offengelassen, wie weit zwischen Recht und Moral ein begrifflicher Zusammenhang besteht. Insbesondere ist offengelassen, ob nur solche Normenordnungen Rechtsordnungen bzw. nur solche Normen Rechtsnormen sind, die ein Minimum an Rechtfertigungsfähigkeit aufweisen.⁴ Zwar besteht nach dem hier verwandten Begriff der Rechtsnorm zumindest insofern eine begriffliche Verknüpfung zwischen Recht und Moral, als es möglicherweise moralischer Erwägungen bedarf, um zu ermitteln, welche Norm Rechtsnorm ist, weil es solcher Erwä-

² Kelsen (1960), 55 ff.; dagegen etwa Hart (1973), 3. Kap., insbes. 57 ff.

³ Zum Begriff der Erkenntnisregel siehe Hart (1973), 135 ff.; dazu auch Sieckmann (1990), 116 ff. m. w. Nachw.

⁴ Das bejaht z. B. Dreier (1986), 896.

gungen bedarf, um zu ermitteln, welche Norm sich einem bestimmten Rechtsmaterial nach einer bestimmten Zuordnungsnorm zuordnen lässt. So können moralische Erwägungen etwa dann erforderlich sein, wenn es um eine Zuordnung nach der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode geht. Offengelassen ist jedoch, ob es zum Begriff des Rechts gehört, daß die Zuordnungsnormen, die die Eigenschaft einer Norm als Rechtsnorm begründen, wenigstens *prima facie* oder dem ersten Anschein nach nach Maßgabe moralischer Maßstäbe gelten und ob und wie sich die Zuordnungsnormen anders als mit Hilfe moralischer Maßstäbe eingrenzen und identifizieren lassen. Dem Streit, ob ein Rechtsbegriff den Vorzug verdient, nach dem Recht und Moral mehr oder weniger eng begrifflich verknüpft sind, soll hier auch nicht weiter nachgegangen werden. Soweit er lediglich terminologische Fragen betrifft,⁵ hängt von ihm für den weiteren Gang der Untersuchung nichts ab. Welchen Rechtsbegriff man auch wählt, am hier interessierenden Begründungsproblem ändert sich nichts. Ob jemand z. B. nur solche Normen zum Recht zählt, die ein Minimum an moralischer Rechtfertigungsfähigkeit aufweisen oder auch andere: Das Entscheidungsproblem, wie er in Anbetracht einer bestimmten sozial wirksamen Zwangsordnung handeln soll, bleibt das gleiche.

⁵ Vgl. dazu die zu einem wesentlichen Teil mit terminologischen Zweckmäßigkeitserwägungen bestrittene Argumentation Hoersters (1979), 77 ff.; ders. (1986), 2480 ff., für einen positivistischen Rechtsbegriff.

II. Die moralische Verbindlichkeit des Rechts

A. Der Begriff einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit

Unter der Geltung einer Rechtsnorm lässt sich Verschiedenes verstehen. Wie bereits angesprochen wurde, geht es in dieser Arbeit um einen Geltungsbegriff, der auf das hier interessierende Problem der Handlungsbegründung zugeschnitten ist. Danach gilt eine Rechtsnorm dann, wenn es begründet ist, nach ihr zu handeln. Bezieht man diesen Geltungsbegriff auf bestimmte rechtliche Entscheidungsperspektiven, ergeben sich speziellere begründungsbezogene Geltungsbegriffe. So gilt eine Rechtsnorm, wie bereits ausgeführt, auf die Richterperspektive bezogen dann, wenn es begründet ist, nach ihr den Fall zu entscheiden. Entsprechend ist an eine Form von Rechtsgeltung zu denken, die speziell auf die Perspektive des Verfassungs- oder Gesetzgebers bezogen ist: Danach gilt eine Norm, wenn es begründet ist, sie als gesetzliche oder Verfassungsnorm zu setzen. Daneben lassen sich noch weitere begründungsbezogene Geltungsbegriffe spezieller Art formulieren, insbesondere im Blick darauf, ob die Geltung der Norm von einer Begründung im starken Sinne abhängt oder von einer solchen im schwachen Sinne oder welches die Maßstäbe für die Geltung der Norm sind. Ein spezieller Geltungsbegriff dieser Art kam bereits zur Sprache, der Begriff der juristischen Geltung. In diesem Kapitel geht es um eine andere spezielle Form der Normgeltung. Sie sei im folgenden als Verbindlichkeit einer Norm bezeichnet.

Der Begriff der Verbindlichkeit wird teils sehr weit gefaßt. So heißt es, von der „Verbindlichkeit“ einer Norm sei bereits dann zu reden, wenn eine Instanz die Norm gesetzt habe, deren Autorität die betreffende Person aus irgendwelchen, auch egoistischen Motiven heraus anerkenne.⁶ Hier interessiert demgegenüber ein Verbindlichkeitsbegriff, der auf eine zentrale rechtsphilosophische Fragestellung zugeschnitten ist: Lassen sich Normen des positiven Rechts oder jedenfalls solche mit einer bestimmten Qualität auch im starken Sinne und auch gegenüber demjenigen begründen, der sie nicht ohnehin schon anerkennt, und zwar auch und vor allem dann, wenn es der klugen Beförderung des eigenen Wohls der betreffenden Person entspricht, das positive Recht in einer Situation nicht zu befolgen. Dieser Fragestellung korrespondiert ein Verständnis von der Verbindlichkeit einer Rechtsnorm, nach der eine Norm dann verbindlich bzw. *prima facie* verbindlich ist, wenn es im starken Sinne begründet bzw. *prima facie* begründet ist, diese Norm zu befolgen oder zu setzen und zwar auch für denjenigen begründet, der sie nicht ohnehin schon anerkennt, und auch in Fällen begründet, in denen die Befolgung oder Setzung der Norm der klugen Beförderung des eigenen Wohls der betreffenden Person zuwiderläuft.⁷

Daß eine Norm auch dann gilt, wenn ihre Befolgung der

⁶ Hoerster (1979), 85 ff.

⁷ Vgl. auch den Begriff der objektiven Verbindlichkeit bei Henkel (1977), 560, und bei Lippold (1988), 471, nach dem eine Norm objektiv verbindlich ist, wenn sie „... unabhängig von der Beurteilung durch bestimmte Menschen – maßgeblich ist, d. h. die Normadressaten gegenüber der Norm objektiv zum Gehorsam verpflichtet sind“. Ott (1976), 23, versteht unter der Verbindlichkeit einer Rechtsnorm, daß sie von einem höheren Standpunkt als gerechtfertigt erscheint. Nach R. Schreiber (1966), 140, ist der Begriff der Verbindlichkeit von Rechtsnormen „wissenschaftlich unbrauchbar“.

klugen Beförderung des eigenen Wohls der jeweiligen Person zuwiderläuft, deutet auf einen moralischen Maßstab als Geltungsgrund dieser Norm hin. Häufig ist denn auch ohne weitere Differenzierung von einer moralischen Geltung des Rechts die Rede, wenn Fragen der Rechtserfüllung der Befolgung positiven Rechts angesprochen sind.⁸ Indessen ist es für die Diskussion und das Verständnis der verschiedenen rechtsphilosophischen Standpunkte hilfreich, zu differenzieren und den Begriff einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit zu verwenden. Dieser Begriff soll dazu dienen, solche rechtsphilosophischen Standpunkte zu kennzeichnen, nach denen sich die Verbindlichkeit von Rechtsnormen in ihren Fundamenten nach Maßstäben spezifisch rechtlicher Art richtet. Genauer ist eine spezifische Rechtsverbindlichkeit dann anzunehmen, wenn einer oder mehrere Rechtsmaßstäbe fundamentaler Art verbindlich bzw. *prima facie* verbindlich sind. Mit Rechtsmaßstäben sind dabei Maßstäbe gemeint, die vom Maßstab der Beförderung des eigenen Wohls verschieden und in besonderer Weise auf die rechtlichen Entscheidungssituationen bezogen sind,⁹ d. h. auf die Frage, die Befolgung bzw. Setzung welcher Normen in den rechtlichen Entscheidungssituationen begründet ist. Ein solcher besonderer Bezug eines Maßstabs auf die rechtlichen Entscheidungssituationen kann sich bereits aus dem Inhalt

⁸ Siehe etwa Dreier (1981), 194 ff.

⁹ Vgl. auch den Begriff des „fundamentalen rechtsethischen Prinzips“ bei Bydlinski (1988), 128 ff. Rechtsethische Prinzipien unterscheiden sich nach Bydlinski auf folgende Weise von anderen moralischen Prinzipien: Es sind Prinzipien, „die sich gerade oder doch in erster Linie auf spezifisch ‚positiv-rechtliches‘ Verhalten, nämlich auf Rechtsanwendung und Rechtssetzung beziehen ... ferner solche, die die elementarsten Anforderungen an menschliches Sozialverhalten überhaupt betreffen, so daß sie – wenn überhaupt irgendwelche – auch mit organisiertem Zwang durchzusetzen sind“ (130).

dieses Maßstabs ergeben. Beispielsweise weist das Prinzip der Rechtssicherheit einen solchen Bezug auf. Der besondere Bezug kann aber auch anderer Art sein und beispielsweise darin liegen, daß es wenigstens *prima facie* erlaubt ist, ein dem betreffenden Maßstab gemäßes Handeln durch rechtlichen Zwang zu erzwingen oder solchen Zwang für den Fall der Nichtbeachtung des Maßstabs anzudrohen. Mit dem fundamentalen Charakter eines Rechtsmaßstabs ist hier folgendes gemeint: Entweder die Geltung des Maßstabs bzw. des Gebots, nach ihm zu handeln, ist überhaupt nicht weiter abgeleitet. Oder die Geltung ist aus einem Maßstab abgeleitet, der selbst kein spezifischer Rechtsmaßstab ist. Dann darf dieser übergeordnete Maßstab nicht wiederum nur einer von mehreren Maßstäben mit *prima facie*-Charakter sein. Vielmehr muß er gegenüber anderen Maßstäben Vorrang haben. Und auch wenn diese Bedingung erfüllt ist, genügt ein abgeleiteter Maßstab nur dann den Anforderungen an einen *fundamentalen* Rechtsmaßstab, wenn er auf einer der obersten, nicht nur einer nachgeordneten Stufe der Konkretisierung des übergeordneten Maßstabs steht.

Den eben genannten Merkmalen einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit läßt sich noch ein Zusatzkriterium negativer Art hinzufügen. Es knüpft an die Auffassung an, daß Normen in spezifisch moralischer Weise begründet sind, wenn sich ihre Geltung aus einer Form autonomer Willensbestimmung oder vernünftiger Handlungsmotivation ableitet, die Geltungsgrund moralischer Maßstäbe ist oder aus der heraus zu handeln die bestmögliche Gesinnung kennzeichnet, aus der heraus jemand handeln kann.¹⁰ Hat ein Maßstab also in einer solchen Form von Willensbestimmung oder Handlungsmotivation seinen

¹⁰ Siehe etwa Höffe (1979), 30 ff.

Geltungsgrund, begründet er nach dem Zusatzkriterium keine spezifische Rechts-, sondern nur eine moralische Verbindlichkeit, auch wenn er sonst die genannten Merkmale eines fundamentalen Rechtsmaßstabs aufweist.

B. Verneinung einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit

Wie die Frage nach einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit des Rechts zu beantworten ist, hängt vom moral- und rechtsphilosophischen Standpunkt ab, den man zugrunde legt. Entsprechend gehen die Auffassungen in dieser Frage auseinander. Beispielsweise nimmt Larenz eine spezifische Rechtsverbindlichkeit an, wenn er das Recht unter Berufung auf Hegel „... als ein ‚autonomes‘, Grund und Maß seiner Geltung in sich selbst, d. h. in seiner Idee – findendes Wertgebiet“ betrachtet.¹¹ Oder man denke an die Rechtsphilosophie Kants. In einer bestimmten einflußreichen Interpretation,¹² nach der das Rechtsgesetz Kants unabhängig von der Autonomie des Willens im kantischen Sinne Geltung hat, diese also nicht Geltungsgrund des Rechtsgesetzes ist, gehört sie zu den klassischen Positio-

¹¹ Larenz (1929), 36.

¹² Dieser Interpretationsrichtung folgt z. B. Höffe (1979), 30 ff.; ders. (1987), 87 ff. Zu den verschiedenen Richtungen der Interpretation des Verhältnisses von Recht und Moral bei Kant siehe im übrigen Kersting (1984), Teil A; Kühl (1981), 1. Kap. m. w. Nachw. Will man das Verhältnis von Recht und Moral bei Kant zutreffend bestimmen, hat man der oben (S. 178 ff.) angesprochenen Verschränkung des kantischen Verbindlichkeitsbegriffs mit der Ebene der Handlungsmotivation größere Beachtung zu schenken, als dies in der einschlägigen Kantliteratur geschieht. Es zeigt sich dann, daß eine Interpretation den Vorzug verdient, nach der Kant keine spezifische Rechtsverbindlichkeit im angegebenen Sinne annimmt. Das näher auszuführen ist hier allerdings nicht möglich und muß einer eigenen Abhandlung vorbehalten bleiben.

nen, die von einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit ausgehen. Das allgemeine Rechtsgesetz: „... handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne“¹³ umschreibt dann einen selbstgerechtfertigten bzw. einen aus einem „allgemeinen kategorischen Legalitätsimperativ“¹⁴ abgeleiteten Rechtsmaßstab, der auch dem angegebenen negativen Kriterium für eine spezifische Rechtsverbindlichkeit genügt. Der besondere Bezug dieser Norm zu den spezifisch rechtlichen Entscheidungssituationen ergibt sich bei Kant schon daraus, daß mit dem Rechtsgesetz nach Kant die Befugnis verknüpft ist, den Einzelnen zur Einhaltung des Rechtsgesetzes zu zwingen.¹⁵

Wie steht es nach dem hier verfolgten Begründungsansatz mit der Verbindlichkeit des Rechts?

Wie ausgeführt, ist es nach dem hier verfolgten Begründungsansatz möglich, Normen – wenn auch nur indirekt – im starken Sinne zu begründen, und zwar auch gegenüber demjenigen zu begründen, der sie nicht ohnehin schon anerkennt, und auch für den Fall, daß die Befolgung der Norm der Beförderung des eigenen Wohls der betreffenden Person zuwiderläuft: Es ist begründet, sein Handeln am Maßstab der Ungebundenheit auszurichten, weil sich das Motiv des ernsthaft und radikal Fragenden auf diesen Maßstab richtet und weil es selbstgerechtfertigt ist, aus diesem Motiv heraus zu handeln. Diese Verbindlichkeit besteht für jeden, der fähig ist, aus dem Motiv der Ungebundenheit heraus zu handeln.

Bei dieser Art von Verbindlichkeit handelt es sich um kei-

¹³ MSR VI, 231.

¹⁴ So Höffe (1987), 87 ff., insbes. 97 ff.

¹⁵ MSR VI, 231 ff.

ne spezifische Rechtsverbindlichkeit im angegebenen Sinne. Das ergibt sich bereits aus dem negativen Zusatzkriterium, nach dem die Geltung eines Rechtsmaßstabs nicht aus einer besonderen Form moralischer Willensbestimmung oder Handlungsmotivation hergeleitet sein darf. Darauf hinaus fehlt es an einem spezifischen Rechtsmaßstab fundamentaler Art im angegebenen Sinne. Da der Maßstab der Distanznahme selbst keinen speziellen Rechtsbezug aufweist, müßte ein Rechtsmaßstab, um fundamental zu sein, auf einer der obersten, nicht nur einer nachgeordneten Stufe der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit stehen. Auf den obersten Stufen der Konkretisierung gibt es indes keine Maßstäbe, die in besonderer Weise auf die rechtlichen Entscheidungssituationen bezogen sind. Diejenigen Normen, die den Maßstab der Ungebundenheit, auf den Bereich des Verhältnisses der Individuen untereinander bezogen, auf den obersten Stufen konkretisieren, sind die genannten Normen der Chancenförderung erster, zweiter und dritter Stufe. Ein besonderer Bezug auf die rechtlichen Entscheidungssituationen fehlt ihnen.

Abstrakte Leitgedanken des Rechts wie etwa der Maßstab der Rechtssicherheit stehen erst auf einer nachgeordneten Konkretisierungsstufe: Wenn es begründet ist, die Rechtssicherheit¹⁶ zu befördern, dann deswegen, weil Rechtssicherheit zur Maximierung der Chancen erster, zweiter oder dritter Stufe bzw. zur Herstellung größerer Gleichheit solcher Chancen beiträgt bzw. Voraussetzungen dafür schafft. Ebenso verhält es sich mit dem Leitgedanken Gerechtigkeit. Soweit der Gerechtigkeitsmaßstab in einem weiten Sinne als „universales Prinzip humaner Sittlich-

¹⁶ Zu den verschiedenen Komponenten von Rechtssicherheit siehe näher Henkel (1977), 436 ff.; Zippelius (1982), 157 ff.

keit“ verstanden wird,¹⁷ fehlt es ohnehin schon an einem speziellen Bezug auf die rechtlichen Entscheidungssituationen. Auch wenn man Gerechtigkeit in einem engeren Sinne als Maßstab für rechtliche Normen oder Entscheidungen versteht, gibt er keinen Rechtsmaßstab fundamentaler Art ab. Dabei können die verschiedenen Verständnisweisen und Definitionen des Gerechtigkeitsbegriffs¹⁸ hier nicht näher erörtert werden. Zum Kern des Gerechtigkeitsgedankens im engeren Sinne gehört jedenfalls das Verbot, das Recht in den rechtlichen Entscheidungssituationen so zu gestalten, daß Personen ohne zureichenden Grund ungleich behandelt werden. Dieser Aspekt des Gerechtigkeitsgedankens lässt sich als „Gleichgerechtigkeit“ bezeichnen.¹⁹ Ein anderer Aspekt des Gerechtigkeitsgedankens kommt in dem Verbot zum Ausdruck, das Recht in den rechtlichen Entscheidungssituationen nach „sachfremden“ Gesichtspunkten zu gestalten, insbesondere von vornherein lediglich nach dem Maßstab des persönlichen Vorteils oder des Vorteils einzelner Personengruppen.²⁰ Wenn es nach dem Maßstab der Distanznahme in den rechtlichen Entscheidungssituationen begründet ist, die genannten Normen zu beachten, dann deswegen, weil dies den Normen der Chancenbeförderung entspricht. So konkretisiert das Gebot der Gleichge-

¹⁷ Henkel (1977), 393; vgl. auch Ryffel (1969), 219 ff., der sich dagegen wendet, Gerechtigkeit als spezifischen Rechtsmaßstab anzusehen.

¹⁸ Siehe dazu näher Engisch (1971), 147 ff.; Perelman (1967); Larenz (1979), 37 ff.; Henkel (1977), 391 ff.; Ryffel (1969), 219 ff.; Tammelo (1977) m. w. Nachw.

¹⁹ Zum Begriff der Gleichgerechtigkeit vgl. Fikentscher (1977), 189 ff.; Larenz (1979), 39 f.

²⁰ Es handelt sich um das negative Korrelat zu der Gerechtigkeitsformel, nach der jedem das Seine zu gewähren ist, was immer man positiv unter dem „Jedem-das-Seine-Gewähren“ auch verstehen mag. Siehe zu dieser Formel etwa Henkel (1977), 395 ff.

rechtheit das Element der Gleichheit, das im Ideal gleicher, dabei möglichst weitgehender Chancen erster, zweiter und dritter Stufe enthalten ist, für einen bestimmten Bereich. Es handelt sich um eine *prima facie*-Norm, die einen bestimmten Aspekt der Annäherung an das Ideal gleicher Chancen umschreibt. Darauf wird noch zurückzukommen sein.²¹

Welche Normen mit speziellem Rechtsbezug sich aus den Normen der Chancenbeförderung ableiten lassen, ist an dieser Stelle nicht näher zu erörtern. Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß sich die Geltung oder *prima facie*-Geltung von Normen mit speziellem Rechtsbezug aus den Normen der Chancenbeförderung ableitet, die selbst keinen besonderen Bezug auf die rechtlichen Entscheidungssituationen aufweisen. Spezifische Rechtsmaßstäbe stehen daher lediglich auf einer nachgeordneten Stufe der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit. Trifft es zu, daß dieser Maßstab der oberste Maßstab für die Verbindlichkeit von Normen ist, daß also die Befolgung oder Setzung einer Norm nur verbindlich ist, wenn und weil dies dem Maßstab der Distanznahme entspricht, gibt es keine spezifische Rechtsverbindlichkeit im angegebenen Sinne. Wenn Normen des positiven Rechts verbindlich oder *prima facie* verbindlich sind, dann nur im moralischen Sinne. Bevor daraus weitere Folgerungen gezogen werden, was den Stellenwert moralischen abwägenden Denkens für das richterliche Entscheiden anbelangt, sei kurz auf einige Einwände gegen die Annahme einer moralischen Verbindlichkeit des Rechts eingegangen.

²¹ Siehe dazu auch unten S. 338 f.

III. Einige Einwände gegen die Annahme einer moralischen Verbindlichkeit des Rechts

A. Verschiedene Einwände

Wer eine moralische Verbindlichkeit der Rechtsnormen annimmt, sieht sich einer Reihe von Einwänden und Bedenken ausgesetzt, schon gar, wenn er die Geltung solcher Normen letztlich aus einer Form von Vernunftmotivation herleitet.

Eine Art von Einwand geht dahin, alle sittlichen Pflichten seien zugleich Rechtspflichten, wenn es nicht zwei Arten von Verbindlichkeiten gebe, rechtliche und moralische. Der Staat sei dann tendenziell totalitär.²² In die gleiche Richtung zielt die Kritik, die Ausrichtung an moralischen Normen habe zur Konsequenz, daß fast jeder denkbare Sachverhalt zum Gegenstand gerichtsförmiger Entscheidung gemacht werden könne.²³ Warum das so sein muß, ist allerdings nicht zu sehen. Wenn es sich nach moralischen Maßstäben und letztlich nach einem maßstabbildenden Vernunftmotiv richtet, welche Normen in den rechtlichen Entscheidungssituationen gelten, ist damit noch nichts Näheres darüber gesagt, welche Normen als Rechtsnormen, d. h. als Normen einer positiven Zwangsausordnung zu setzen und zu befolgen begründet ist. Das hängt vom moralischen Maßstab und dem maßstabbildenden Motiv ab. Der Maßstab kann der Entscheidungsfrei-

²² So Höffe (1979), 22 f.

²³ Siehe etwa Maus (1989), 192; zum Einwand der Verwendung moralischer Argumente als Demokratieersatz(193) siehe unten S. 346 ff.

heit des Einzelnen und der Vermeidung des Einsatzes oder der Androhung von rechtlichem Zwang sowie einer demokratischen Gestaltung der Verhältnisse einen hohen Stellenwert einräumen. Wie bereits deutlich geworden ist, trifft das jedenfalls auf den Maßstab der Distanznahme zu.

Dagegen, das Recht und die Ordnung der Gesellschaft nach einer bestimmten Moraltheorie und deren Maßstäben zu gestalten, wird zuweilen eingewandt, dem stünden die Bedingungen moderner, pluralistischer Gesellschaften entgegen, in denen über Grundsatzfragen moralischer und weltanschaulicher Art keine Übereinstimmung bestehe. Als prominenter Vertreter einer solchen Art von Argumentation lässt sich Rawls anführen: Da sich über moralische und weltanschauliche Grundsatzfragen in modernen demokratischen Gesellschaften keine Einigkeit erzielen lasse, müsse gegenüber den verschiedenen moralischen Grundpositionen Toleranz geübt werden. Die einzige Alternative sei der autokratische Einsatz staatlicher Macht.²⁴ Demgemäß dürfe sich eine Theorie politischer Gerechtigkeit nicht auf eine bestimmte allgemeine Moraltheorie stützen.²⁵ Ihre Aufgabe bestehe darin zu untersuchen, wie sich unter den Bedingungen moderner demokratischer Gesellschaften eine stabile, von Zwang freie Übereinstimmung in Fragen der Gestaltung der Grundstrukturen der Gesellschaft erreichen lasse.²⁶ Die in den Institutionen und Traditionen einer Demokratie eingebetteten Überzeugungen seien aufzusuchen und so zu reorganisieren, daß ein Höchstmaß an solcher freier Übereinstimmung möglich sei.²⁷

²⁴ Rawls (1985), 230.

²⁵ Rawls (1985), 225.

²⁶ Rawls (1985), 230 f.

²⁷ Rawls (1985), 223 ff.

Argumente dieser Art liefern, richtig verstanden, keine Einwände gegen eine Entscheidungsbegründung in den rechtlichen Entscheidungssituationen, die sich an den moralischen Maßstäben und an den allgemeinen moraltheoretischen Grundüberzeugungen des Entscheidenden ausrichtet. Denn nach welchen Maßstäben beurteilt es sich aus der Perspektive des Entscheidenden, eines tatsächlichen oder hypothetischen Gesetzgebers etwa, ob und unter welchen Voraussetzungen Handlungsweisen oder eine bestimmte soziale Ordnung, falls möglich, mit rechtlichem Zwang durchgesetzt werden sollen? Wonach beurteilt es sich, wieviel Gewicht auf welche Art von Stabilität und Konsens zu legen ist? Denkbar wäre, daß sich die Beantwortung dieser Frage nach anderen als moralischen Maßstäben, insbesondere spezifischen Rechtsmaßstäben richtet. Dann wäre aber zu zeigen, welche dies sind und worin sie ihren Geltungsgrund haben. Sind aus der Sicht des Entscheidenden dagegen moralische Maßstäbe, die keine spezifischen Rechtsmaßstäbe im angegebenen Sinne sind, oberster Geltungsgrund von Normen, ist es aus der Entscheidendenperspektive auch begründet, nach diesen Maßstäben und den zugrundeliegenden moraltheoretischen Überzeugungen das Recht und die soziale Ordnung zu gestalten. Mit dieser Ausrichtung an moralischen und moraltheoretischen Grundüberzeugen ist per se noch nichts darüber gesagt, ob und unter welchen Voraussetzungen es aus der Entscheidendenperspektive begründet ist, jemanden zu benachteiligen oder zu etwas zu zwingen, der abweichende moraltheoretische oder weltanschauliche Grundüberzeugungen hat. Insbesondere ist noch nichts darüber gesagt, ob es begründet und überhaupt sinnvoll ist, ein mit bestimmten Rechtsfolgen verknüpftes Rechtsgebot zu setzen, das das Akzeptieren bestimmter moraltheoretischer Annahmen gebietet. Wieviel Glau-

bensfreiheit, Gewissensfreiheit und moraltheoretische Neutralität des Staates begründet ist, hängt vom moralischen Maßstab ab.²⁸ Der kann – wie der Maßstab der Distanznahme – der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen auch in moralischen und moraltheoretischen Angelegenheiten großes Gewicht beimessen.

Als Beispiel für eine andere Art von Einwand sei folgendes Zitat angeführt: „Nimmt man die Ethik als zureichend für eine soziale Normierung, so kommt es zu utopischen ... und also dysteleologischen Konzepten.“²⁹ Dieser Einwand lässt sich einmal dahin verstehen, moralische Maßstäbe seien nicht aussagekräftig genug. Ihnen lasse sich nichts zur Lösung solcher Probleme entnehmen, die für soziale Normierung spezifisch sind, insbesondere nichts zur Beantwortung der Frage nach den angemessenen Institutionen einer realen Gesellschaft, in der nicht alle moralisch handeln. Offensichtlich trifft das auf eine Reihe von Moraltheorien aber nicht zu, auf die utilitaristische beispielsweise nicht, aber auch nicht auf die hier vertretenen. Versteht man den Einwand dahin, im Bereich sozialer Normierung sei die Beachtung anderer als moralischer Maßstäbe ausschließlich oder vorrangig begründet, fragt sich, welche das sind und wie sie sich begründen lassen. Treffen die bisher angestellten Überlegungen zu, wird sich die Geltung solcher anderen Maßstäbe schwerlich aufzeigen lassen. Nach diesen Überlegungen richtet sich die Geltung von Normen zuoberst nach moralischen Maßstä-

²⁸ Vgl. auch Pawłowski (1986), 6 ff.; ders. (1988), 409 ff., der sich einerseits für einen „Staat der Glaubensfreiheit“ ausspricht und sich aus diesem Grund dagegen wendet, das Recht „von der eigenen Moral her zu bestimmen“ (1986), 9, der aber andererseits doch eine „indirekte“ Beziehung zwischen Recht und Moral einräumt, deren Beachtung er als „ethisch-moralisch geforderte Leistung“ beschreibt (1988), 422.

²⁹ K. Hartmann (1981), 50 Anm. 61.

ben, insbesondere nach dem Maßstab der Distanznahme und den Maßstäben der Chancenbeförderung. Soweit in dem Einwand die Annahme mitschwingt, es komme zu totalitären Tendenzen, gilt das oben Gesagte.

Einige Einwände richten sich gegen die Annahme einer speziellen Form der moralischen Geltung des Rechts. Nach ihr sind Normen nur dann verbindlich, wenn sie durch das Gewissen im Einzelfall gebilligt bzw. Gegenstand eines bestimmten Sollenserlebnisses sind.³⁰ Kritisiert wird, daß eine solche Lehre die Gefahr eines Chaos und anarchischen Zustands der Rechtsgeltung heraufbeschwört.³¹ Die hier vertretene Position trifft dieser Einwand insofern nicht, als eine Norm vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen auch dann gültig sein kann, wenn der Einzelne sie irrtümlich für ungültig hält. Der angeführte Einwand läßt sich aber noch erweitern. In bestimmtem Sinne gilt für jede Form der moralischen Geltung des Rechts, daß die Geltung der Rechtsnorm vom moralischen Urteil des Einzelnen abhängt: insofern nämlich, als jedenfalls aus der Sicht des Handelnden Rechtsnormen unverbindlich sind, deren Setzung oder Befolgung dieser nicht als moralisch begründet ansieht. Schon das kann man kritisieren, daß also „jedes rechtsunterworfenen Subjekt die Geltung des Rechts für sich mit der Begründung aufheben [kann], daß die ihm vom Recht auferlegte Pflicht nicht sittlich sei“.³²

Allerdings fragt sich, wieweit eine solche Erwägung aus der Handelndperspektive, aus der Perspektive dessen also, der nach einer Handlungsorientierung durch Gründe

³⁰ Vgl. Laun (1935), für den der einzige Verpflichtungsgrund im Bereich von Recht und Moral „das autonome Erlebnis des konkreten Sollens als letzte, nicht weiter abgeleitete Urgegebenheit“ ist (241).

³¹ So etwa H. L. Schreiber (1966), 101; Henkel (1977), 559.

³² Kelsen (1965), 468 Anm. 22 a.

fragt, überhaupt relevant ist. Angenommen, was zu tun begründet ist, richtet sich aus der Handelndenperspektive gesehen vorrangig nach moralischen Maßstäben. Dann ist es aus dieser Perspektive gesehen auch begründet, daß der Handelnde nach eigenen moralischen Überzeugungen handelt – auch in rechtlichen Entscheidungssituationen. Das Handeln nach moralischen Maßstäben schließt das Handeln nach eigenen moralischen Überzeugungen mit ein. Die Alternative wäre nur, blind zu handeln, was die moralische Richtigkeit des eigenen Handelns anbelangt, oder einfach den Urteilen anderer darüber zu folgen, was zu tun moralisch begründet ist. Einem solchen Verhalten steht schon das bereits angesprochene, grundlegende moralische Gebot entgegen, nach eigenem Urteil darüber zu handeln, was zu tun moralisch begründet ist.³³ Auch solche Verhaltensweisen führten im übrigen nicht notwendig zum Gehorsam gegenüber dem Recht.

Auch ein Verallgemeinerungsargument führt nicht weiter, das Einwänden der eben genannten Art häufig mehr oder weniger explizit zugrunde liegt: Da es Chaos oder sonstige schlechte Folgen hätte, wenn jeder die Beachtung des Rechts von seinen eigenen moralischen Überzeugungen abhängig mache, darf der Einzelne die Befolgung nicht davon abhängig machen, daß die Befolgung der Rechtsnorm seinem eigenen Urteil nach moralischen Maßstäben entspricht. Geht man vom moralischen Standpunkt aus, ist dieses Argument überhaupt nur in folgender Fassung relevant: Da es gemessen an moralischen Maßstäben schlechte Folgen hätte, wenn jeder die Befolgung des Rechts von seinen eigenen moralischen Überzeugungen abhängig mache, ist eben dies moralisch verboten. Verallgemeinerungsargumente dieser speziellen Art sind abzu-

³³ Vgl. dazu oben S. 266 f.

lehnen. Das gilt auch dann, wenn man die Argumentationsweise, die auf die Folgen einer hypothetischen allgemeinen Praxis abstellt, grundsätzlich für zulässig und beachtlich hält.³⁴

Das genannte Verallgemeinerungsargument lässt sich schon nicht konsequent durchhalten. Wenn der Handelnde das Recht befolgt, weil es schlechte Folgen hätte, machte jeder die Befolgung von seinem eigenen moralischen Urteil abhängig, befolgt er das Recht bereits nach Maßgabe seiner moralischen Überzeugungen, der Überzeugung nämlich, daß das Verallgemeinerungsargument moralisch relevant und der Gehorsam deswegen geboten ist. Auch führen Argumente von der Struktur, jemand solle nicht so handeln, wie er es nach eigenem Urteil für moralisch begründet hält, wenn es schlechte Folgen hätte, verhielten alle sich so, zu einem nicht endenden Regress. Der Handelnde müßte sich konsequenterweise auch fragen, ob es schlechte Folgen hätte, wenn jeder nach der Überzeugung handelte, er solle nicht so handeln, wie er es für moralisch begründet hält, weil es schlechte Folgen hätte, verhielten alle sich so. Daran schlösse sich dann die Frage an, ob es schlechte Folgen hätte, wenn jeder nach *dieser* Überzeugung handelte usw. Nicht einmal das Argument, jemand solle an sich moralisch relevante Umstände bestimmter Art bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigen, wenn es schlechte Folgen hätte, berücksichtigten alle diese Umstände, lässt sich ohne Regress durchhalten. Um die Folgen abzuschätzen und zu bewerten, die die allgemeine Berücksichtigung dieser Umstände hätte, muß er auch diese Umstände berücksichtigen. Er muß dann weiter fragen,

³⁴ Zur Diskussion über die Begründung und den Anwendungsbereich solcher Verallgemeinerungsargumente siehe näher Hoerster (1971) 2. und 3. Kap.; Wimmer (1980), 296 ff.; Trapp (1988), 212 ff. m. w. Nachw.

ob es schlechte Folgen hätte, wenn alle diese Umstände bei der Bewertung und Abschätzung der Folgen berücksichtigten, die die allgemeine Berücksichtigung dieser Umstände hätte usf. Verallgemeinerungsargumente der genannten Struktur sind schon deswegen prinzipiell abzulehnen.

Im übrigen wäre erst zu zeigen, daß sich schlimme Folgen oder gar ein anarchischer Zustand ergäben, wenn jeder-
mann den Rechtsgehorsam von eigenen moralischen Überzeugungen abhängig mache. Dergleichen anzunehmen besteht jedenfalls dann kein Grund, wenn man zu den moralischen Maßstäben auch formelle Prinzipien zählt, nach denen die Befolgung einer Rechtsnorm auch dann geboten sein kann, wenn die Norm inhaltlich nicht begründet ist. Auf die Eigenart solcher formeller Prinzipien und die Konsequenzen, die es hat, wenn speziell Richter ihr Handeln an moralischen Maßstäben orientieren, wird im nächsten Kapitel noch einzugehen sein. Hinzu kommt, daß das Handeln der Individuen nach ihren eigenen moralischen Überzeugungen nach dem Gesagten an sich schon ein positiv zu bewertender Vorgang ist.

Der angeführte Einwand gegen eine Orientierung an moralischen Maßstäben und am eigenen moralischen Urteil in den rechtlichen Entscheidungssituationen kann allenfalls in folgender Interpretation Erfolg haben: Nicht vom moralischen, von einem anderen Standpunkt aus wird empfohlen, die Befolgung des Rechts nicht davon abhängig zu machen, daß sie nach eigenem Urteil moralischen Maßstäben entspricht, weil ein solches Verhalten von diesem anderen Standpunkt aus gesehen, verallgemeinert oder nicht, schlechte Folgen hätte. Wer den Einwand in diesem Sinne versteht, muß dann aber auch darlegen, um was für einen Standpunkt es sich handelt und ob und wie

sich aus der Handelndenperspektive das Gebot begründen lässt, gerade diesen Standpunkt einzunehmen. Nach den bisher angestellten Überlegungen wird sich eine solche Begründung schwerlich finden lassen.

Hier können nicht alle grundsätzlichen Einwände gegen die Annahme einer lediglich moralischen und die Ablehnung einer spezifisch rechtlichen Verbindlichkeit des Rechts zur Sprache kommen.³⁵ Nur auf einen Ansatz der Kritik sei noch eingegangen: auf Einwände von seiten der systemtheoretischen Rechtsanalyse.

B. Kritik von seiten der systemtheoretischen Rechtsanalyse

Wer den Grund der Geltung des Rechts in moralischen Maßstäben sieht, muß sich auf harsche Kritik von seiten der Anhänger systemtheoretischer Rechtsanalyse gefaßt machen. Nach Luhmann, dem Hauptvertreter dieser Richtung, gilt das Recht „allein deshalb, weil entschieden worden ist, daß es gilt“.³⁶ Diese Positivität des Rechts ist „ein Korrelat der Ausdifferenzierung des Rechtssystems und seiner autopoiетischen Autonomie“.³⁷ Das Bestreben, die Rechtsnormen auf letzte Prinzipien, schon gar auf

³⁵ Höffe (1979), 32 f., führt als Einwand gegen eine moralische Begründung des Rechts aus einem „sittlichen Begehrungsvermögen“ noch an, das Recht sei nur unter der Voraussetzung ein lebensweltliches Problem, daß die Menschen nicht *eo ipso* moralisch handelten. Ergibt sich die Begründung von Normen indessen daraus, daß sie einem Maßstab entsprechen, auf dessen Verwirklichung sich ein Vernunftmotiv richtet, setzt das nicht voraus, daß alle Menschen aus diesem Motiv heraus handeln. Ebensowenig schließt diese Art von Begründung es aus, die Befolgung von Normen zu begründen, die dem Umstand Rechnung tragen, daß tatsächlich nicht alle moralisch handeln.

³⁶ Luhmann (1985), 26.

³⁷ Luhmann (1985), 26.

moralische Normen zurückzuführen, belegt für den Systemtheoretiker nur „die Schwierigkeit, die vollständige Ausdifferenzierung des Rechtssystems gedanklich nachzuvollziehen“.³⁸

Auf den ersten Blick scheinen sich die Positionen allerdings gar nicht zu widersprechen, gehen beide doch von ganz unterschiedlichen Geltungsbegriffen aus. Wenn hier von der Geltung oder der Verbindlichkeit von Rechtsnormen die Rede ist, dann in dem Sinne, daß es begründet ist, diesen Normen gemäß zu handeln. Der Geltungsbegriff Luhmanns ist hingegen soziologischer Art: Geltung ist für ihn „nichts anderes als die rekursive Selbstreferenz des Rechts, das Weiterlaufen der Reproduktion von Fall zu Fall mit Aussicht auf ein Weiterlaufen der Reproduktion von Fall zu Fall“.³⁹ Will man den Gegensatz zwischen den Positionen genauer fassen, empfiehlt es sich, mindestens folgende Richtungen der Kritik an einer Theorie moralischer Rechtsverbindlichkeit wie der hier vertretenen auseinanderzuhalten:

Erstens lässt sich vom Standpunkt des Systemtheoretikers gegen eine Moraltheorie des Rechts einwenden, sie sei, jedenfalls unter den Bedingungen eines ausdifferenzierten Rechtssystems autopoiетischen Charakters, realitätsfremd, insofern nämlich, als es wegen des autopoiетischen Charakters des Rechtssystems faktisch „keinen Import von normativer Qualität ... aus der innergesellschaftlichen Umwelt (etwa Religion, Moral)“⁴⁰ gibt.

Zweitens richtet sich die Kritik gegen die Rationalitätsannahmen einer Theorie moralischer Rechtsverbindlichkeit, gegen die Annahme, Normen oder Entscheidungen ließen

³⁸ Luhmann (1983), 141 Anm. 28.

³⁹ Luhmann (1980), 358.

⁴⁰ Luhmann (1980, 357).

sich begründen oder rechtfertigen. Nach Luhmann „erscheint es“ dem Juristen nur so „als ob die Gründe die Entscheidungen rechtfertigen und nicht die Entscheidungen die Gründe“.⁴¹ Zugleich wird die Entgegensetzung von Faktischem und Normativem als „begriffliche Fehlkonstruktion“ entlarvt.⁴² „Das Faktische umfaßt das Normative.“⁴³ Normen sind „kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen“.⁴⁴

Drittens lässt sich einwenden, daß die Erfüllung des Gebots, die rechtlichen Entscheidungen an moralischen Prinzipien auszurichten, auf eine Entdifferenzierung des Rechtssystems im systemtheoretischen Sinne hinauslaufe und daß ein Zustand, in dem das Rechtssystem im systemtheoretischen Sinne ausdifferenziert sei gegenüber einem solchen, in dem das nicht der Fall sei, den Vorzug verdiene.

Eine umfassende Auseinandersetzung mit den angesprochenen Richtungen der Kritik und den Grundlagen der Systemtheorie ist hier nicht angestrebt. Einige Anmerkungen sollen genügen.

1. Zur Geschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral auf der Kriterienebene

Worin besteht für Luhmann die Abgeschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral genauer? Beim Rechtssystem handelt es sich für Luhmann um ein selbstreferentielles autopoietisches System. Systeme dieser Art sind Systeme, „die sich in all ihren Operationen immer auf sich selbst beziehen, also keine Fremdreferenz

⁴¹ Luhmann (1985), 33.

⁴² Luhmann (1980), 43.

⁴³ Luhmann (1980), 43.

⁴⁴ Luhmann (1980), 43.

ohne Selbstreferenz produzieren können und die alle Elemente, aus denen sie bestehen ... durch die Elemente, aus denen sie bestehen, selbst reproduzieren“.⁴⁵ Die Ausdifferenzierung und Geschlossenheit des Reproduktionszusammenhangs der Operationen vollzieht sich dadurch, daß sich die Operationen an einem „binären Code“ orientieren. Im Fall des Rechtssystems handelt es sich um den Code Recht/Unrecht.⁴⁶ Als Operationen des Rechtssystems bezeichnet Luhmann alle Kommunikationen, die auf den Rechtscode Bezug nehmen, konkreter solcher Kommunikationen, bei denen es um die Vorbereitung, Aufstellung, Klärung oder die Entscheidung von Rechtsbehauptungen geht.⁴⁷ Damit die Weiterführung der Operationen gelingt, müssen zu den Codewerten „rechtsnormative Programme hinzutreten, die die Bedingungen richtigen Entscheidens fixieren“,⁴⁸ die also festlegen, wann etwas Recht und wann etwas Unrecht ist. Programme dienen als Kriterium für die richtige Zuordnung der Codewerte auf Sachverhalte.⁴⁹

Nach Luhmann ist das System auf dieser Ebene der Programmierung geschlossen und offen zugleich. Geschlossen ist es „insofern, als Normqualität nur aus Normen gewonnen werden kann (wie immer man die logische Qualität der Schlußverfahren oder Argumente beurteilen mag) ... offen insofern, als dabei kognitive Gesichtspunkte eine Rolle spielen“.⁵⁰ Kognition ist „sowohl zur Feststellung der faktischen Bedingungen für die Normanwendung als auch zur Beurteilung der Adäquität oder

⁴⁵ Luhmann (1985), 11 f.

⁴⁶ Vgl. Luhmann (1986), 171 ff.

⁴⁷ Luhmann (1986), 178 f.

⁴⁸ Luhmann (1988), 127.

⁴⁹ Luhmann (1988), 90 f., 368.

⁵⁰ Luhmann (1988), 127.

„Änderungsbedürftigkeit der Normen“ erforderlich.⁵¹ Wichtig dabei ist: „Vorgängig muß jedoch immer die Autopoiesis des Systems bedient, d. h. nach der Differenz von Recht und Unrecht und im Anschluß an Rechtsprogramme verfahren werden ...“⁵² „Zur Autopoiesis des Systems gehört daher nicht nur die Orientierung an der Recht/Unrecht Disjunktion, sondern ebenso die Ausrichtung an *Rechtsprogrammen*.“ „Nur an ihnen [den Rechtsprogrammen] kann das System seine Umwelt erkennen.“⁵³

Tatsächlich könnte von einer normativen Geschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral auch nicht mehr sinnvoll die Rede sein, wären die Programme, nach denen die Codewerte Recht und Unrecht zugeteilt werden, schlicht moralische Normen. Damit kommt alles darauf an, die *Rechtsprogramme* von moralischen Normen zu unterscheiden und zu zeigen, daß im Rechtssystem „vorgängig“ nach diesen Programmen verfahren wird. „Programm ist nun alles, was in Übereinstimmung mit den die Programmierung regelnden Rechtsregeln ... für die Funktion der Zuordnung von Codewerten zu Tatbeständen bereitgestellt ist: Verfassungen, Gesetze, Verordnungen, Gerichtsentscheidungen mit offizieller Präjudizwirkung und vor allem: Verträge ...“⁵⁴ Sind unter Programmen Kriterien für die Zuordnung der Codewerte Recht/Unrecht zu verstehen, ist der Hinweis auf Verfassung, Gesetz etc. allerdings noch unzureichend. Was Recht und Unrecht ist, bestimmt sich ja nicht lediglich nach dem bloßen Rechtsmaterial, sondern nach Normen der Bearbeitung und des Umgangs mit diesem Material und resultierenden

⁵¹ Luhmann (1988), 127.

⁵² Luhmann (1988), 127 f.

⁵³ Luhmann (1988), 128.

⁵⁴ Luhmann (1986), 196 f.

Normen. In der oben eingeführten Terminologie sind es Zuordnungs- und zugeordnete Normen, nicht nur Rechtstexte, die letztlich über die Zuteilung der Codewerte Recht/Unrecht entscheiden. Auch Luhmann übersieht das nicht. So heißt es bei ihm, Rechtsprogramm und Entscheidung stünden in einer doppelseitig variablen Beziehung, in der die Rechtsnorm insofern contingent sei, als sie „so oder anders ausgelegt (oder gar: so oder anders gesetzt)“ werden könne.⁵⁵ Damit stellt sich auch für ihn die Frage nach den Kriterien und den Grenzen für die „Relationierung der Rechtsanwendungsbeziehung“ zwischen Normprogramm und Entscheidung.⁵⁶ Das heißt aber: Soll die Geschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral nicht einfach darin liegen, daß die Codewerte Recht/Unrecht zugeteilt werden, sondern sich auch auf die Ebene der Kriterien für die Zuordnung dieser Werte erstrecken, sind aber die Zuordnungs- und zugeordneten Normen kriterienbildend, muß die normative Geschlossenheit des Rechtssystems auf der Kriterienebene auch im Blick auf diese Normen definiert werden.

An die Geschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral auf der Kriterienebene lassen sich unterschiedlich hohe Anforderungen stellen. Eine äußerst schwache Form der Geschlossenheit wäre die, die lediglich voraussetzt, daß im Rechtssystem nach Zuordnungsnormen, also mit Bezug auf ein bestimmtes Rechtsmaterial entschieden wird. Danach wäre das System auf der Kriterienebenen auch dann noch geschlossen, wenn sich die Operationen im Rechtssystem, insbesondere die Entscheidungen der Richter, ausgesprochen oder unausgesprochen, zuoberst ausschließlich an moralischen Normen orientierten, geht

⁵⁵ Luhmann (1974), 17.

⁵⁶ Luhmann (1974), 18.

es darum, nach welcher Zuordnungsnorm entschieden und die Codewerte zugeteilt werden sollen. Auf das gleiche Ergebnis liefe es hinaus, definierte man einfach jeden Maßstab, an dem sich rechtliche Instanzen und Operationen im Rechtssystem orientieren, als Rechtskriterium. Die Codewerte würden dann trivialerweise in jedem Fall nach Rechtskriterien zugeordnet. Eine Geschlossenheit in diesem Sinne wäre ebenfalls mit der Orientierung an in der Sache moralischen Normen vereinbar. Wäre das Rechtssystem lediglich in einer dieser Verständnisweisen des Begriffs geschlossen, ergäbe sich daraus noch kein Einwand der Realitätsferne gegen eine Theorie moralischer Rechtsverbindlichkeit.

Denkbar wäre es auch, die Wahl von Zuordnungsnormen nach moralischen Maßstäben zwar als mit der Autopoiesis des Rechtssystems vereinbar anzusehen, das aber nur, so weit die die Programmierung regelnden Rechtsprogramme, das Rechtsprogramm der Verfassung etwa, dies gestatten und dazu ermächtigen oder soweit Rechtsprogramme auf außerrechtliche Normen verweisen.⁵⁷ Die Frage nach der Art der Geschlossenheit des Rechtssystems auf der Kriterienebene wäre damit indes noch nicht beantwortet. Es stellte sich sogleich die weitere Frage, nach welchen Kriterien Zuordnungsnormen gewählt werden, wenn kein solcher Verweis oder keine solche Ermächtigung gegeben ist. Insbesondere wäre weiter zu fragen, nach welchen

⁵⁷ Vgl. Luhmann (1988 b), 345, wo er vom Erfordernis einer rechtlichen Legitimierung („legally legitimate block acceptance of external norms“) des Rückgriffs auf externe Normen schreibt. Ebenso Teubner (1989), 48, nach dem „Durchgriffe“ auf außerrechtliche Werte in einem selbstreferentiell geschlossenen Rechtssystem nur durch „konstitutive Verweisungsnormen“ normativen Gehalt erlangen und nach dem in einem solchen System über Durchgriffe dieser Art nach „rechtseigenen Kriterien“ entschieden wird, die notfalls neu festzulegen seien.

Kriterien diejenigen Zuordnungsnormen gewählt werden, die die Zuordnung zu den Programmen bzw. zu dem Rechtsmaterial regeln, das auf außerrechtliche Maßstäbe verweist bzw. Fragen der Ermächtigung zur Heranziehung außerrechtlicher Maßstäbe betrifft, Normen der Zuordnung von Normen zum Verfassungstext etwa. Wie unten noch deutlich werden wird, sind solche Fragen auf einer nicht mehr positivrechtlichen Begründungsebenen zu beantworten.⁵⁸ Jedenfalls führt für Luhmann kein Weg daran vorbei zu zeigen, daß im Rechtssystem auch bei der Wahl der Zuordnungsnormen „vorgängig“ nach spezifischen Rechtskriterien „verfahren wird“, will er eine nicht nur triviale Form der Geschlossenheit des Rechtssystems auf der Kriterienebene aufweisen.

Geht es um die Frage, ob das Rechtssystem auch bei der Wahl der Zuordnungsnormen durch die Ausrichtung an spezifischen Rechtskriterien geschlossen ist, lassen sich wiederum verschiedene Weisen der Geschlossenheit auseinanderhalten: Eine schwache Form der Geschlossenheit wäre die, nach der lediglich vorausgesetzt ist, daß im Rechtssystem, speziell von Richtern, *in mehr oder minder großem Umfange* nach solchen Rechtskriterien verfahren wird. Damit wäre es vereinbar, daß sich rechtliche Instanzen bei der Zuteilung der Codewerte teilweise auch „vorgängig“, zuoberst, an anderen, moralischen Normen orientieren. Gegen eine Theorie der moralischen Verbindlichkeit des Rechts ließe sich immer noch nicht der Einwand der Realitätsferne erheben.

Eine andere Verständnismöglichkeit wäre die, von vornherein nur solche Entscheidungen rechtlicher Instanzen als Operationen innerhalb des Rechtssystems anzusehen, die sich an dem Recht/Unrecht-Code *und* „vorgängig“ an

⁵⁸ Dazu näher unten S. 326 ff.

den spezifischen Rechtskriterien orientieren.⁵⁹ Orientierten sich Richter etc. allerdings in nennenswertem Umfang zuoberst an moralischen Normen, würden solche definitorischen Ausgrenzungen nur dazu führen, einen wichtigen Aspekt der Rechtspraxis zu ignorieren. Auch vertrüge sich eine solche Ausgrenzung schlecht mit der Luhmannschen Beschreibung von „Elementareinheiten“ des Rechtssystems als Ereignissen, die die Rechtslage ändern.⁶⁰ Auch richterliche Entscheidungen, die die Wahl der Zuordnungsnorm und damit auch die Zuteilung der Codewerte in letzter Instanz an Moraltypen orientieren, ändern die Rechtslage. Schließlich kommt noch eine starke Form von Geschlossenheit in Betracht, nach der sich die Operationen im Rechtssystem, insbesondere die Entscheidungspraxis bestimmter rechtlicher, vor allem richterlicher Instanzen, „vorgängig“ *ausschließlich* an bestimmten spezifischen Rechtskriterien orientieren, wenn es um die Zuordnung der Werte Recht/Unrecht geht. Allenfalls in diesem Fall wäre der Einwand der Realitätsferne einer Moraltypologie des Rechts berechtigt.

Luhmann ist in seinen Formulierungen nicht eindeutig.⁶¹ Jedenfalls einige seiner Äußerungen wie etwa die bereits zitierte, nach der es keinen Import von normativer Qualität aus der Umwelt in das System gibt, legen eine Interpretation nahe, nach der er die Geschlossenheit ausdifferenzierter Rechtssysteme gegenüber der Moral auf der Kriterienebene als eine Form von Geschlossenheit im an-

⁵⁹ Vgl. dazu Lempert (1988), 174 f.

⁶⁰ Luhmann (1983), 136.

⁶¹ So deuten einige Formulierungen bei Luhmann auf eine Trivialisierung der Geschlossenheit des Rechtssystems auf der Kriterienebene hin, etwa wenn es heißt: „Selbstverständlich sind dann alle Komponenten des Rechtssystems alle ‚Durchgriffe‘ (Esser) nach draußen, alle Hinweise auf die Natur oder auf Werte positiv“ (1988 a), 23 f.

gesprochenen starken Sinne begreift. Entsprechend führt Lumann aus, daß es die Rechtsdogmatik ist, die die „Relationierung der Rechtswendungsbeziehungen“ kontrolliert und „die Bedingungen des juristisch Möglichen“ definiert.⁶² Dies geschehe „unter der Idee, daß das Recht nach rechtseigenen Kriterien zu behandeln sei“.⁶³ Fragt man, welche Kriterien das sind, wird man auf den Zusammenhang zwischen Dogmatik und Gerechtigkeit verwiesen: Die Dogmatik „respezifiziert und operationalisiert“ nach Luhmann Gerechtigkeit auf systeminterner Ebene.⁶⁴ Gerechtigkeit versteht er dabei nicht als moralische oder naturrechtliche Norm oder Metanorm der Rechtfertigung einzelner Normen, sondern als „Ausdruck für adäquate Komplexität des Rechtssystems ..., nämlich als Gebot, die Komplexität zu erhöhen, soweit dies mit konsistentem Entscheiden vereinbar ist“.⁶⁵

Im folgenden sei einmal von derjenigen möglichen Variante der Interpretation ausgegangen, nach der ausdifferenzierte Rechtssysteme autopoietischen Charakters für Luhmann auf der Kriterienebene in dem Sinne geschlossen sind, daß im Rechtssystem ohne Einschränkung „vorgängig“ nach rechtseigenen Kriterien verfahren wird, d. h. also auch nach dogmatischen oder Zuordnungsnormen, die die Gerechtigkeit verstanden als adäquate Komplexität des Rechtssystems spezifizieren. Welchen Grund gibt es anzunehmen, daß dies irgendwo so zutrifft, daß die rechtliche Entscheidungspraxis die Wahl der dogmatischen oder Zuordnungsnormen und damit auch die Zuteilung der Codewerte in letzter Instanz nicht auch an moralischen Maßstäben ausrichtet, sei es ausgesprochen oder un-

⁶² Luhmann (1974), 19.

⁶³ Luhmann (1974), 22.

⁶⁴ Luhmann (1974), 20.

⁶⁵ Luhmann (1974), 23.

ausgesprochen, sei es in größerem oder geringerem Ausmaß?

Auch Luhmann schließt es nicht aus, „daß sich auch in unserer Gesellschaft gewisse Prinzipien der Moral herausabstrahieren und als invariant und unantastbar institutionalisieren lassen“.⁶⁶ Die Annahme liegt also nahe, daß sich die rechtliche Entscheidungspraxis wenigstens in geringem Ausmaß zuoberst auch an derartigen Prinzipien ausrichtet, und zwar bereits bei der Wahl der Zuordnungsnormen und nicht nur, weil sich solche Prinzipien einem bestimmten Rechtsmaterial nach spezifischen Rechtskriterien zuordnen lassen. Die moralischen Prinzipien betreffen dann eine moralische Kriterienebene, keine positivrechtliche mehr. Auf diese Unterscheidung wird unten noch zurückzukommen sein.⁶⁷ Luhmann setzt dem entgegen, solche Prinzipien seien „nicht instruktiv genug“ und „praktisch unwichtig“.⁶⁸ Entsprechend heißt es, Begriffe wie „material richtig“ oder „objektiv wertvoll“ seien leerformelhaft und instruktionsarm.⁶⁹ Gerechtigkeit im herkömmlichen Sinne liefere kein Kriterium, um zwischen guten und schlechten Gesetzen zu diskriminieren. Gerechtigkeit als regulatives Prinzip oder Ideal zu verstehen sei nur ein Notbehelf. „Man soll sich um Annäherung bemühen. Aber wenn man sie nicht erreicht, schadet es auch nichts.“⁷⁰

Solche Einwände der Leerformelhaftigkeit und Instruktionsarmut moralischer Maßstäbe sind verfehlt. Sie sind es um so mehr, als derjenige Maßstab, den Luhmann als alternativen rechtseigenen Maßstab für die Zuteilung der

⁶⁶ Luhmann (1980), 216.

⁶⁷ Siehe dazu unten 3. Teil, IV. A.

⁶⁸ Luhmann (1980), 216.

⁶⁹ Luhmann (1974 a), 202.

⁷⁰ Luhmann (1988 b), 26.

Codewerte anzubieten hat, die Spezifizierung der adäquaten Komplexität des Rechtssystems, seinerseits hochgradig instruktionsarm ist. Es mag Ethiken geben, die Diskursethik etwa, bei denen unklar bleibt, wie die Beteiligten zu moralisch orientierenden Maßstäben gelangen können. Auf andere Ethiken, insbesondere die hier vertretene, trifft das jedoch nicht zu. Nach ihr lassen sich Prinzipien nicht einfach als instruktionsarm abtun. Natürlich sind sie es insofern, als sie konkretisierungsbedürftig sind und häufig eine Abwägung nötig ist, um von ihnen aus zu einer Entscheidung zu gelangen. Das folgt bereits aus dem Begriff des Prinzips. Nichtsdestoweniger sind sie jedenfalls in Verbindung mit konkretisierenden moralischen Intuitionen der oben beschriebenen Art für die Begründung konkreter Entscheidungen maßstab- und strukturbildend.. Daß häufig Streit darüber besteht, welche Konkretisierung und Abwägung der Prinzipien begründet ist und daß auch nicht notwendig immer nur eine Entscheidung moralisch begründet ist, ändert daran nichts.

Lassen sich moralische Maßstäbe aber nicht einfach als leerformelhaft abtun, gibt es nicht den geringsten Grund anzunehmen, daß die Operationen innerhalb des Rechtssystems, insbesondere die Entscheidungspraxis der Richter, nicht in mehr oder minder hohem Maße, ausgesprochen oder unausgesprochen, „vorgängig“ daran ausgerichtet und davon beeinflußt sind, welche Zuordnungsnormen am ehesten den moralischen Maßstäben entsprechen. Nach diesen Maßstäben mögen dann auch Konsistenzerwägungen oder auch Gesichtspunkte der Komplexitätssteigerung relevant sein. Nur sind sie insoweit eben nur nach Maßgabe moralischer Maßstäbe relevant, die sich wiederum nicht lediglich in Kriterien der Konsistenz oder der Komplexitätssteigerung erschöpfen. Von

einer Fixierung der „Relationierung der Rechtsanwendungsbeziehung“ auf die Spezifizierung adäquater Komplexität auszugehen besteht insbesondere dann kein Grund, wenn man wie hier die Existenz eines Vernunftmotivs annimmt, das zur Beachtung moralischer Maßstäbe bewegt, und wenn man daneben folgendes beachtet: Auch wenn sich die Entscheidungspraxis rechtlicher Instanzen zuoberst ausschließlich an moralischen Maßstäben orientierte, hieße das nicht, daß diese Instanzen damit aufhören, dogmatischen Normen und Rechtsprogrammen Beachtung zu schenken. Darauf wird, was die richterliche Entscheidungspraxis anbelangt, im nächsten Kapitel noch zurückzukommen sein.

2. Begründungsskepsis

Selbst wenn ein Rechtssystem mit autopoietischem Charakter existierte, innerhalb dessen in irgendeinem interessanten Sinne „vorgängig“ nach rechtseigenen Kriterien verfahren würde, wäre damit immer noch nicht die Frage beantwortet, ob es in den rechtlichen Entscheidungssituationen auch begründet ist, die Entscheidung zuoberst ausschließlich an rechtseigenen Kriterien und nicht in letzter Instanz an moralischen Maßstäben zu orientieren. Diese Frage wird allenfalls dann obsolet, wenn man die Luhmannsche Begründungsskepsis teil. Eine Seite dieser Begründungsskepsis, der Einwand der Leerformelhaftigkeit und der Instruktionsarmut moralischer Prinzipien, ist bereits zur Sprache gekommen. Eine andere Seite der Begründungsskepsis stützt sich auf den Versuch, das Normative ins Faktische aufzulösen. Wie bereits zitiert, umfaßt das Faktische für Luhmann das Normative. Normen sind für ihn kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen, d. h. „Erwartungen, die auch dann aufrecht erhalten

ten werden, wenn sie enttäuscht werden“.⁷¹ Der Enttäuschungsfall wird „im voraus als für das Erwarten irrelevant angesehen“.⁷² Der Erwartende zeichnet sich durch die Entschlossenheit aus, aus Enttäuschungen nicht zu lernen.⁷³

Luhmanns Normverständnis ist auf Kritik gestoßen und als „Zumutung an unseren Verstand“ bezeichnet worden.⁷⁴ Tatsächlich ist es alles andere als überzeugend.

Angenommen beispielsweise, A ist davon überzeugt, daß B ihn im nächsten Augenblick tatsächlich angreifen und ihm Verletzungen zufügen wird. Heißt das, daß A den Angriff des B deswegen nicht mehr für verboten hält? Wenn nein, müßte A den Enttäuschungsfall im voraus als für das Erwarten irrelevant ansehen. Er wäre also davon überzeugt, daß B ihn tatsächlich angreifen wird, und würde zugleich erwarten, daß B dies nicht tut. Wenn A die Flucht ergreift, weil er mit dem Angriff des B rechnet, hieße das, daß er in Erwartung des Angriffs flüchtet und zugleich an der Erwartung festhält, daß B ihn nicht tatsächlich angreift. Das alles macht wenig Sinn.

Die Frage drängt sich auf, ob Luhmann den Begriff der Erwartung nicht in einem speziellen Sinne verwendet, wenn es um kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen geht. Möglicherweise ist unter solchen Erwartungen ja etwas ganz anderes zu verstehen als unter Erwartungen in anderen Kontexten.

Tatsächlich gibt es auch umgangssprachlich einen Sinn von „Erwartung“, nach dem sich die Erwartung nicht lediglich auf die Prognose eines bestimmten Verhaltens stützt. So mag jemand von einem anderen auch dann „erwarten“, daß

⁷¹ Luhmann (1985), 22.

⁷² Luhmann (1980), 43.

⁷³ Luhmann (1980), 43.

⁷⁴ Kriele (1981), 39.

dieser Versprechen einhält, pünktlich ist etc., wenn ein solches Verhalten eher unwahrscheinlich ist. Erwartungen dieser Art erlauben indes noch keine Gleichsetzung von Normen mit kontrafaktisch stabilisierten Verhaltenserwartungen. Wenn A zu B sagt, er „erwarte“, daß B sein Versprechen einhält, mag er damit zum Ausdruck bringen, daß das Einhalten des Versprechens von A gebilligten Verhaltensmaßstäben entspricht. Möglicherweise stützt sich seine Erwartung auch auf eine Art von mehr oder minder enttäuschungsresistente Unterstellung: die Unterstellung, daß B bestimmte Verhaltensmaßstäbe beachten wird. In moralischen und rechtlichen Kontexten sind solche „Erwartungen“ aber – jedenfalls in einer Vielzahl von Fällen – auf Normen und ein Sollen bezogen. A bringt zum Ausdruck, daß das „erwartete“ Verhalten aus seiner Sicht geboten ist oder einer gültigen Norm entspricht. Oder A stützt seine Erwartung auf die Unterstellung, daß B sich in bestimmter Weise verhält, *weil B annimmt, daß B sich so verhalten soll*. Erwartungen dieser Art beziehen sich auf Normen oder ein „Sollen“, lassen sich mit Normen aber nicht einfach gleichsetzen. Sie setzen ein Verständnis von „Norm“ und „Sollen“ bereits voraus. Entsprechendes gilt, folgt man einer Unterscheidung von Habermas zwischen Verhaltenserwartungen im prognostischen und im normativen Sinne. Nach Habermas zeichnen sich letztere dadurch aus, daß sie in folgendem Sinne zu einer Erwartung „berechtigen“: „... eine Norm berechtigt zu einer Erwartung, daß sich S in bestimmten Situationen in bestimmter Weise verhält, wenn angenommen werden darf, daß S diese Norm anerkennt und sich in seinem Handeln an den in ihr verkörperten Werten orientiert“.⁷⁵ Nach dieser Definition sind Normen nicht einfach mit Verhaltenserwartungen

⁷⁵ Habermas (1976), 328.

gleichgesetzt. Die Definition der Erwartungen im normativen Sinne setzt vielmehr ein Verständnis vom Begriff der Norm bereits voraus.

Im übrigen deuten die Ausführungen Luhmanns nicht darauf hin, daß der, dessen Erwartungen im Luhmannschen Sinne normativ sind, ein Verhalten in einem anderen Sinne erwartet als der, der „kognitive“ Erwartungen hat – abgesehen eben davon, daß der eine auch im Enttäuschungsfall an seinen Erwartungen festhalten will und der andere nicht. Nach Luhmann liegt der Unterschied zwischen den verschiedenen Formen des Erwartens nicht im Erwartungscharakter als solchen oder darin, daß normative Erwartungen auf ein Sollen oder die Anerkennung eines Sollens verweisen. Nach Luhmann liegt der Unterschied lediglich in der Reaktion des Erwartenden auf den tatsächlichen oder antizipierten Fall der Erwartungsenttäuschung: Im einen Fall ist der Erwartende lernwillig und bereit, die Erwartung zu ändern, im anderen Fall nicht.⁷⁶ Danach erwartet A den Angriff des B im Beispielsfall ebenso wie er das Unterlassen des Angriffs erwartet. Nur in der Enttäuschungsverarbeitung ergeben sich Differenzen: A ist zugleich lernwillig und lernunwillig.

Daß mit dem Normbegriff Luhmanns etwas nicht stimmt, wird spätestens an den Konsequenzen deutlich, die Luhmann selber aus seinem Normverständnis zieht. So heißt es: „Die Entschlossenheit, nicht zu lernen, darf nicht als solche erscheinen.“⁷⁷ „Man kann den wahren Sachverhalt nicht aufdecken, nicht argumentieren: Ich kann nicht lernen, also sollst du handeln bzw. unterlassen. Da läge die Alternative, doch zu lernen, zu sehr auf der Hand.“⁷⁸ Eine

⁷⁶ Luhmann (1980), 43 ff.

⁷⁷ Luhmann (1969), 38.

⁷⁸ Luhmann (1969), 37.

Argumentation von der Art „Ich kann (?) nicht lernen, also sollst du handeln“ macht nach dem Luhmannschen Normverständnis schon keinen Sinn. Daß der andere handeln *soll*, heißt nach diesem Normverständnis ja nichts anderes, als daß der Argumentierende nicht lernen will (kann?). Im übrigen ergeben sich aus dem Gesagten sonderbare Konsequenzen: Wer immer von den Früchten des Baums systemtheoretischer Erkenntnis gekostet hat, wer sich bewußt macht, daß seine normativen Überzeugungen auf der Entschlossenheit beruhen, nicht zu lernen, für den liegt es auf der Hand, doch zu lernen und seine normativen Überzeugungen zu verabschieden. Diskussionen über normative Fragen und die Verbindlichkeit von Normen ließen sich prinzipiell dadurch beenden, daß den Streitenden nur hinreichend deutlich gemacht wird, daß ihre ganzen Überzeugungen im normativen Bereich nur die Entschlossenheit ausdrücken, nicht zu lernen. Auch führt es nicht weiter, wenn Luhmann schreibt: „Die Zumutung [das Festhalten an der Erwartung] muß vielmehr aus sich selbst begründet oder aus höheren Normen abgeleitet, jedenfalls also sollensimmanent dargestellt werden.“⁷⁹ Soll A im Beispielfall die Erwartung, B werde ihn nicht angreifen, als aus sich begründet ansehen? Und was hilft es, die Zumutung des Festhaltens an Erwartungen durch den Verweis auf höhere Normen abzusichern, wenn auch die höheren Normen nichts weiter als kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen symbolisieren?

Der Versuch Luhmanns, das Normative über den Begriff der kontrafaktischen Stabilisierung von Verhaltenserwartungen ins Faktische aufzulösen, ist nach dem Gesagten alles andere als überzeugend. Luhmann vermag dem Sinn der Frage nach der *normativen* Geltung von Normen, auch

⁷⁹ Luhmann (1969), 37 f.

von Rechtsnormen, mit seinen Kategorien nicht zureichend zu erfassen. Oben wurde dieser Sinn dahin bestimmt, daß die Frage nach der normativen Geltung einer Rechtsnorm die Frage danach ist, ob es begründet ist, nach ihr zu handeln. Diese Frage stellt sich für jeden, der sich in einer rechtlichen Entscheidungssituation befindet. Sie läßt sich nicht mit dem Hinweis auf die vermeintliche Qualität der Norm als stabilisierte Verhaltenserwartung oder Symbol einer solchen oder auf die Einbindung der Norm in die Reproduktion der Elemente des Rechtssystems beantworten. Die Antwort auf diese Frage besteht nach dem Gesagten vielmehr darin, daß es moralische Maßstäbe, der Maßstab der Distanznahme und Normen der Chancenbeförderung, sind, die letztlich den Maßstab für die normative Geltung der Rechtsnormen abgeben.

Dabei „erscheint“ es dem Juristen auch nicht etwa nur so, als ob Gründe die Entscheidungen rechtfertigten.⁸⁰ Nach welchen Kriterien will Luhmann bestimmen, ob Begründungen „scheinbare“ oder „wirkliche“ Begründungen sind? Soll sich die Qualität einer Begründung als nur scheinbare Begründung daraus ergeben, daß Argumentationen in der Beobachtung des Systemtheoretikers eine bestimmte Funktion haben, die Funktion etwa, „Redundanz“ zu erzeugen, d. h. „den Überraschungswert weiterer Argumente und letztlich den Überraschungswert von Entscheidungen zu mindern“?⁸¹ Argumentationen mögen Redundanz erzeugen oder auch nicht: Darauf, daß bestimmte Gründe bestimmte Entscheidungen rechtfertigen und einige Gründe besser sind als andere hat das nicht

⁸⁰ Siehe Luhmann (1985), 33.

⁸¹ Luhmann (1985), 35. Nach Luhmann muß diese Funktion der Argumentation im systeminternen Diskurs verschwiegen, „abgedunkelt“ werden (1985), 36.

mehr Einfluß als etwa die Körpergröße der Argumentierenden.

3. Warnung vor Entdifferenzierung

Hält man eine Theorie moralischer Rechtsverbindlichkeit weder für realitätsfern noch aus Gründen Luhmannscher Begründungsskepsis für obsolet, bleibt als Kritikpunkt noch das Argument, die Ausrichtung an moralischen Prinzipien führe zu einer Entdifferenzierung des Rechts und sei daher abzulehnen. Verhaltensempfehlungen dieser Art von seiten des Systemtheoretikers an diejenigen, die an den Kommunikationen des Rechtssystems beteiligt sind, machen die Erfüllung der Systemfunktionen und die Ausdifferenzierung des Rechtssystems letztlich zu einer Art von Handlungsgrund und Zielzustand. Das ist an sich nicht in Luhmanns Sinne⁸² und steht auch zu seiner Begründungsskepsis in einem prekären Verhältnis. Dennoch enthält sich Luhmann nicht jeder präskriptiven Stellungnahme,⁸³ noch weniger andere Anhänger der System-

⁸² Vgl. Luhmann (1983), 147: „Die Funktion des Rechts ist nicht einfach ein Zweck oder eine regulative Idee.“

⁸³ Siehe z. B. Luhmann (1974), 48: „... daß wir keine überzeugende Möglichkeit gefunden haben, eine Rechtsdogmatik zu *empfehlen* [Hervorh. durch Verf.], die Folgen als Kriterien für Recht und Unrecht verwendet“. Eine Gemengelage zwischen Vernunftskepsis, gesellschaftstheoretischer Analyse und präskriptiver Stellungnahme findet sich auch bei Ladeur. An seine Diagnose einer „Pluralisierung der Subjekte“ und „Partikularisierung der Rechtsdiskurse“ schließt er die Empfehlung an, einer „Logik der Heterogenität“ zu folgen, die ein hohes Maß an sozialem Wandel zulasse (1983), 480. Die Turbulenz komplexer Handlungsfelder „zwingt“ dazu, das Recht auf die Kompatibilisierung heterogener, „ökologischer“ Kontextstrukturen umzustellen ((1983), 482; vgl. auch (1984), 223 ff.; (1988), 231 ff.). Die Forcierung einer Kompatibilisierung von Strukturen, wie Ladeur sie versteht, erscheint als nicht weiter begründungsbedürftiger Leitwert der Bewertung und Beeinflussung sozialer Geschehensabläufe.

theorie. So wird vor einer „Moralisierung“ des Rechts gewarnt weil sich so „auch systemverändernde Aktivitäten unter Berufung auf die Vernunft und eine neue Rechtsmoral leicht voranbringen ließen“.⁸⁴

Wer so argumentiert, macht die Erfüllung von Systemfunktionen oder den Bestand von Systemen zu einem Maßstab für die Bewertung sozialer Zustände, der vor moralischen Maßstäben Vorrang hat. Daß es begründet ist, Entscheidungen in letzter Instanz nach einem solchen Maßstab zu bewerten, ist freilich alles andere als selbstverständlich. Richtigerweise ist eine solche Sichtweise verfehlt, sind die obersten Maßstäbe, nach denen zu entscheiden begründet ist, ganz anderer, moralischer Art. Das ist im bisherigen Gang der Untersuchung deutlich geworden.

⁸⁴ Krawietz (1987), 249; vgl. dazu auch Dreier (1987), 382 f.

IV. Die moralisch abwägende Begründung richterlicher Handlungswahl

Auch der Richter befindet sich in einer Entscheidungssituation. Ihm stehen als Richter verschiedene Handlungsalternativen offen, zwischen denen er eine Wahl treffen muß. In diesem Kapitel geht es um die Perspektive dessen, der sich in einer solchen richterlichen Wahlsituation befindet und der nach einer Orientierung durch Gründe für seine Handlungswahl fragt. Wegen der besonderen Aufgaben des Richters und seiner Verantwortung für die Wahrung und die Ausgestaltung des positiven Rechts versteht es sich, daß die Frage aus der genannten Perspektive zentral ist, welche Vorgaben des positiven Rechts der einzelne Richter wieweit und in welcher Form beachten und seinem richterlichen Handeln zugrunde legen soll. Im folgenden steht eine speziellere Frage im Mittelpunkt des Interesses. Welcher Stellenwert kommt moralischem abwägenden Denken angesichts der Vorgaben des positiven Rechts bei der Begründung und Erkenntnis dessen zu, welches Handeln in der richterlichen Handlungssituation begründet ist.

A. Die moralische Ebene richterlicher Handlungsbegründung

Wie die bisherigen Überlegungen ergeben haben, gibt es keine spezifische Rechtsverbindlichkeit, dafür aber einen obersten handlungsorientierenden Maßstab moralischer

Art, den Maßstab der Distanznahme, nach dem zu handeln – indirekt – im starken Sinne begründet ist. Danach gilt für die richterliche Entscheidungssituation wie für jede andere Entscheidungssituation auch: Welche Handlungen verbindlich sind, richtet sich zuoberst nach dem obersten handlungsorientierenden Maßstab der Moral. Ist es also verbindlich und nicht etwa freigestellt, beim richterlichen Handeln in irgendeiner Weise Vorgaben des positiven Rechts zu beachten, dann nach dem Gesagten nur, wenn und soweit dies dem obersten moralischen Maßstab der Distanznahme entspricht.

Auf den ersten Blick scheint das keine praktisch sonderlich bedeutsame Feststellung zu sein. Zwar ist die Bindung des Richters an das positive Recht relativiert, wenn sie von ihrer Übereinstimmung mit moralischen Maßstäben abhängig gemacht ist. Daß es für den Richter aber auch moralisch gerechtfertigt ist, das positive Recht zu beachten, scheint in aller Regel außer Frage zu stehen. In extremen Situationen, unter einem diktatorischen Regime etwa, mag etwas anderes gelten. In einem demokratischen Rechtsstaats wie der Bundesrepublik Deutschland scheint diese moralische Relativierung der richterlichen Rechtsbindung indes praktisch ohne Belang zu sein. Dieser Eindruck hat in der pauschalen Rede von einer moralischen Rechtfertigung der Bindung des Richters an das positive Recht seinen Grund. Daß er täuscht, wird deutlich, nimmt man in den Blick, daß die für die richterliche Entscheidung maßgeblichen Normen Rechtsnormen im angegebenen weiten Sinne sind, Normen also, die einem Rechtsmaterial nach bestimmten Zuordnungsnormen zugeordnet sind. Die Rechtsbindung kann danach ganz verschiedene Formen annehmen, je nachdem, die Bindung an welche Rechts- und Zuordnungsnormen man meint. Die interessierende Frage ist nicht einfach die nach der morali-

schen Rechtfertigung richterlicher Rechtsbindung. Die Frage ist vielmehr: Nach welchem rechtlichen Material, ausgewertet nach Maßgabe welcher Zuordnungsnormen, soll der Richter moralisch gesehen entscheiden.

Von dieser Fragestellung lässt sich nicht mehr sagen, sie sei praktisch ohne Belang. Man denke beispielsweise an den Streit darüber, was zu tun ist, wenn die verschiedenen Rechtsfindungsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ob es sinnvoll oder überhaupt möglich ist, für solche Fälle eine Rangfolge zwischen den Methoden aufzustellen, und wie diese aussehen soll.⁸⁵ Wenn dieser Streit hier als Indiz dafür genommen wird, daß es oft *moralisch gesehen* zweifelhaft ist, nach welcher Rechtsfindungsmethode der Richter entscheiden soll, ließe sich dem allenfalls folgendes entgegenhalten: Nach welcher Rechtsfindungsmethode der Richter verfahren soll, ergibt sich aus den Vorgaben des positiven Rechts. Demnach handelt es sich um einen Streit darüber, welche methodischen Normen dem positiven Recht entsprechen. Die moralische Frage ist daher lediglich die, ob es moralisch begründet ist, nach der dem positiven Recht entsprechenden Methodik zu verfahren. Daß dies begründet ist, steht wiederum in aller Regel außer Frage.

Tatsächlich wird häufig versucht, die Frage, nach welchen Rechtsfindungsmethoden der Richter entscheiden soll, rechtlich, sprich verfassungsrechtlich, anzugehen und sie danach zu beantworten, welche Aufgaben und Kompetenzen die Verfassung den rechtsprechenden Organen, insbesondere im Verhältnis zur Gesetzgebung, zuweist.⁸⁶

⁸⁵ Siehe dazu oben 1. Teil, Anm. 30.

⁸⁶ Aus dem umfangreichen Schrifttum siehe etwa Göldner (1969), 149 ff.; Ipsen (1975), insbes. 41 ff.; ders. (1984), 1103 ff.; Krey (1978), 211 ff.; Müller (1989), z. B. 246 ff., 263; Schneider (1975), 443 ff.; Schuppert (1980), 4 ff.; Wank (1978), 76 ff.; ders. (1988), 314 ff.; Zimmer (1979),

Die neuere Methodendiskussion „von ihrem hermeneutischen Kopf auf die verfassungsrechtlichen Füße“ zu stellen,⁸⁷ heißt die Lösung.

Denen, die einen solchen Ansatz verfolgen, ist in vielem zuzustimmen: darin vor allem, daß die Frage nach der richtigen Methodik nicht nur eine Frage nach methodischer Korrektheit ist, sondern eine normative Frage, die über rein methodentheoretische Erwägungen hinausreicht. Zuzustimmen ist ihnen auch darin, daß ein Zusammenhang zwischen den erlaubten oder gebotenen Methoden der Rechtsgewinnung einerseits und dem Gestaltungsspielraum des Richters und der Verteilung der Kompetenzen zwischen Richter und Gesetzgeber andererseits besteht. Nur läßt sich die Frage, nach welcher methodischen Norm entschieden werden soll, in letzter Instanz nicht mehr mit verfassungsrechtlichen Argumenten beantworten.

Positivrechtliche, auch verfassungsrechtliche Begründungen zeichnen sich durch folgendes aus: Sie begründen die Geltung oder die *prima facie*-Geltung von Normen damit, daß diese sich einem bestimmten Rechtsmaterial, dem Verfassungstext etwa, nach bestimmten Zuordnungsnormen zuordnen oder aus solchen Zuordnungs- oder zugeordneten Normen ableiten lassen. Wer Überlegungen zur Rechtslage, auch zur Verfassungsrechtslage, anstellt, wendet dabei bereits bestimmte Rechtsfindungsmethoden an und geht wenigstens implizit von bestimmten Zuordnungsnormen aus, die es ihm gestatten, seine Entscheidung mit Bezug auf das vorfindliche Rechtsmaterial zu

103 ff.; Koch/Rüßmann (1982), 179 ff., schreiben vorsichtiger von „staatstheoretischen Erwägungen“, nach denen sich die Wahl des Auslegungszieles und die Reihenfolge der Auslegungsmethoden zu richten habe.

⁸⁷ Schneider (1975), 452.

begründen. Versucht er, diese Zuordnungsnormen nochmals damit zu rechtfertigen, daß sie sich einem bestimmten Rechtsmaterial zuordnen lassen oder einer Norm entsprechen, auf die das zutrifft, wendet er dabei wiederum bestimmte Rechtsfindungsmethoden an und setzt er wiederum bestimmte Zuordnungsnormen voraus. Entweder die der Rechtfertigung zugrundeliegende Zuordnungsnorm ist dieselbe wie die, um deren positivrechtliche Begründung es geht. Dann ist die Begründung zirkulär. Oder es handelt sich um eine andere Zuordnungsnorm. Versucht man dann weiter, auch diese Zuordnungsnorm anhand des rechtlichen Materials positivrechtlich zu begründen, setzt das wiederum Zuordnungsnormen voraus usf.⁸⁸

1. Ein Beispiel

Jeder, der versucht, die verfassungsrechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines bestimmten methodischen Vorgehens mit verfassungsrechtlichen Prinzipien wie dem Gewaltenteilungs-, dem Demokratie- oder dem Rechtsstaatsprinzip oder mit anderen verfassungsrechtlichen

⁸⁸ Schwierigkeiten dieser Art werden von den Verfechtern einer verfassungsrechtlichen Behandlung des Methodenproblems nicht oder wenn, dann wenig überzeugend behandelt. Beispielsweise will es Ipsen (1975), wegen Schwierigkeiten der genannten Art einerseits vermeiden, Interpretationsmethoden verfassungsrechtliche Verbindlichkeit zuzusprechen (47 f.). Andererseits überprüft er bestimmte methodische Vorgehensweisen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung hin (z. B. 236 f.). Die Schwierigkeit, daß er sich dazu bereits auf eine bestimmte Rechtsfindungsmethodik und bestimmte Zuordnungsnormen stützt, bleibt bestehen. Vgl. dazu Kriele (1976), 35 f., der von einer „Paradoxie“ spricht, Methodengesichtspunkte aus dem Grundgesetz zu entnehmen, aus dem sich je nach methodischem Vorgehen Verschiedenes entnehmen lasse. Vgl. auch Wiethölter (1988), 1 f.: „Positives Recht als richtiges Recht ist das Rechts-Rätsel (Paradoxon, Dilemma), ‚als solches‘ ...“

Normen zu begründen,⁸⁹ stößt an die eben angegebene Grenze positivrechtlicher Begründungen. Um dies zu verdeutlichen, sei die Position Friedrich Müllers als Beispiel angeführt. Nach Friedrich Müller ist es verfassungsrechtlich geboten, der grammatischen und systematischen Interpretation im Konfliktfall vor der historischen Vorrang einzuräumen. Zur Begründung führt er an, dies folge aus Geboten im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips, etwa aus den Geboten der Bindung an Recht und Gesetz, der Rechtssicherheit oder der verfassungsrechtlich normierten Funktionsabgrenzung, die zum Teil ungeschriebenes, anerkanntes Verfassungsrecht, zum Teil im Grundgesetz (z. B. Art 19 Abs. 1 S. 2, Art. 79 Abs. 1 S. 1, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) spezialgesetzlich normiert seien.⁹⁰ Mit seiner Behauptung, daß die von ihm angeführten Normen Bestandteil der Verfassung und zudem in einer Weise zu verstehen seien, die seine methodischen Schlußfolgerungen tragen, wendet er bereits bestimmte Rechtsfindungsmethoden an, die grammatische und systematische Auslegungsmethode etwa, und geht er von bestimmten Zuordnungsnormen aus. Zu diesen von ihm vorausgesetzten Zuordnungsnormen gehört auch eine solche Norm, aus der sich herleitet, daß Normen wie die von Müller angeführten Gebote im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips, die sich aus einer bestimmten Interpretation der Verfassung ergeben, für die Frage nach der richtigen Rechtsfindungsmethodik nicht irrelevant, sondern maßstabbildend sind.

Zuordnungsnormen dieser Art werfen eine Reihe von Fragen auf. Zunächst können die verfassungsrechtlichen Normen, die Maßstab für die Bewertung des methodischen Vorgehens sein sollen, sinnvollerweise keinen

⁸⁹ Siehe dazu die oben Anm. 86, zitierte Literatur.

⁹⁰ Müller (1989), 254 f.

Maßstab für die Bewertung desjenigen methodischen Vorgehens abgeben, das ihrer Gewinnung zugrundeliegt. Davor abgesehen ist genauer nachzufragen, welche Normen, die sich welchem Rechtsmaterial auf welche Weise zuordnen lassen, in Fragen der Rechtsmethodik Bewertungskriterien sein sollen und aus welchem Grunde. Warum sollen nur die von Müller herangezogenen Normen im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips Bewertungsmaßstab sein? Warum nicht auch andere Normen, die sich dem Rechtsmaterial Verfassung zuordnen lassen, Prinzipien der Berufsfreiheit, des Eigentumsschutzes oder der Volksgesundheit beispielsweise.⁹¹ Danach wären dann diejenigen methodischen Normen begründet, deren Anwendung durch den Richter zur weitestmöglichen Erfüllung dieser anderen Normen bzw. dieser anderen Normen in einer bestimmten Ordnung oder Rangbeziehung führt. Und warum sollen die Maßstäbe für die Verfassungsinterpretation überhaupt erst umständlich durch eine Verfassungsinterpretation gewonnen werden? Warum nicht direkt von bestimmten Zuordnungsnormen ausgehen, die ein bestimmtes methodisches Vorgehen vorschreiben?

Der Verfechter einer Zuordnungsnorm wie derjenigen, die Müller voraussetzt, kann denen, die eine andere Zuordnungsnorm befürworten, die etwa das methodische Vorgehen auch von anderen als rechtsstaatlichen Normen abhängig machen wollen, nach dem Gesagten nicht sinnvoll entgegenhalten, dies widerspreche dem Rechtsstaatsprinzip und verstöße daher gegen die Verfassung. Was der Verfassung entspricht, ergibt sich aus der Zuordnung von

⁹¹ Vgl. Alexy (1985), 122, nach dem Prinzipienargumente ein Überspielen des Wortlauts von Grundrechtsartikeln rechtfertigen können oder Sieckmann (1990), 221 ff., nach dem sich die Begründung der richterlichen Entscheidung im „Prinzipienmodell“ des Rechtssystems aus einer Abwägung zwischen formellen und materialen Prinzipien ergibt.

Normen zum Rechtsmaterial Verfassung nach bestimmten Zuordnungsnormen. Der Argumentierende setzt mit seinem Argument die Geltung seiner Zuordnungsnorm, die lediglich die rechtsstaatlichen Gebote zum Maßstab für die Bewertung des methodischen Vorgehens macht, bereits voraus. Eine Begründung der eigenen Zuordnungsnorm liefert er so nicht. Andererseits kann der Kontrahent auch nicht sinnvoll entgegnen, die Verfassung enthalte ja außer dem Rechtsstaatsprinzip noch andere Verfassungsnormen, nach denen zu entscheiden ebenso rechtlich geboten sei. Also müßten diese Normen auch bei der Bewertung des methodischen Vorgehens Berücksichtigung finden. Wer so argumentiert, setzt bereits voraus, daß Verfassungsnormen Maßstab für die Bewertung des methodischen Vorgehens sein sollen, und zwar auch andere als die von Friedrich Müller angeführten. Im übrigen hätte er weiter zu präzisieren, welche nach welcher Methodik gewonnenen Rechtsnormen Maßstab sein sollen. Alle denkbaren Rechtsnormen, die sich dem Rechtsmaterial Verfassung nach den verschiedenen denkbaren methodischen Normen zuordnen lassen, können ja nicht gemeint sein. Sollen vielleicht alle „Zwecke“ oder Prinzipien maßstabbildend sein, die sich dem Rechtsmaterial Verfassung im Wege eines teleologischen Interpretationsverfahrens zuordnen lassen? Wie soll dieses teleologische Verfahren genauer beschaffen sein, soll es mehr historischen oder mehr objektiv-teleologischen Charakter haben?⁹² Und warum sollen nur Rechtsmaßstäbe dieser Art für die Bewertung des methodischen Vorgehens maßgeblich sein? Es wäre zwecklos, zur Begründung dessen, daß eine der im Streit stehenden Zuordnungsnormen den Vor-

⁹² Zu den verschiedenen Varianten teleologischer Auslegung vgl. unten S. 359 ff.

zug verdient, nach weiteren positivrechtlichen Begründungen zu suchen. Jeder weitere Begründungsversuch dieser Art müßte sich wiederum auf Zuordnungsnormen stützen. Wiederum stellte sich die Frage, warum bestimmte Zuordnungsnormen gegenüber anderen Zuordnungsnormen den Vorzug verdienen.

Keine Lösung wäre es, einfach definitorisch festzulegen, daß nur solche Normen Rechtsnormen bzw. positivrechtlich begründet sind, die sich dem Verfassungstext nach einer bestimmten näher gekennzeichneten Methodik und nach bestimmten Zuordnungsnormen zuordnen lassen. Definitorische Festlegungen dieser Art tragen nichts zur Lösung des Begründungsproblems bei. Man nehme beispielsweise an, aus einem bestimmten Begriff des Rechts ergebe sich, daß Normen dann nicht verfassungsrechtlich, sondern allenfalls moralisch begründet sind, wenn sie den Ergebnissen einer grammatischen Interpretation des Verfassungstextes widersprechen. Jeder Richter, der gegen diese methodische Norm entschiede, der eine Norm beispielsweise entgegen ihrem Wortlaut aus objektiv-teleologischen Erwägungen nicht anwandte, handelte dann begriffsnotwendig verfassungswidrig. Von der Bindung an die Verfassung *in diesem Sinne*, nach Maßgabe dieser Zuordnungsnorm, ließe sich dann nicht mehr sagen, was bei der pauschalen Rede von der richterlichen Rechtsbindung so einleuchtend erschien: daß die moralische Rechtfertigung der richterlichen Bindung an das positive Recht in der Regel *außer jedem Zweifel steht*. Darauf, daß jedenfalls die moralische Geltung starrer methodischer Normen der genannten Art fragwürdig ist, wird gleich noch einzugehen sein.

Festzuhalten bleibt: Es ist nicht möglich, Zuordnungsnormen in letzter Instanz in dem Sinne relativ zu Vorgaben des positiven Rechts zu begründen, daß man sie dem

positiven Rechtsmaterial zuordnet. Da sich auch diese Zuordnung auf Zuordnungsnormen stützen müßte, führte die Begründung entweder zu einem Regress oder setzte sie voraus, was eigentlich erst zu begründen wäre: die positivrechtliche Geltung bestimmter Zuordnungsnormen.

2. Die moralische Begründungsebene

Daß es nicht möglich ist, das methodische Vorgehen und die Zuordnungsnormen in letzter Instanz positivrechtlich zu begründen, ändert nichts daran, daß Richter zwischen den vielen denkbaren voneinander abweichenden, häufig umstrittenen Zuordnungsnormen eine Wahl treffen müssen. Nach welchen Gründen bemüßt es sich aber in letzter Instanz, welche Zuordnungsnormen den Vorzug verdienen? Die Gründe für oder gegen ein Handeln nach bestimmten Zuordnungsnormen können in letzter Instanz nur noch auf einer Begründungsebene angesiedelt sein, die jenseits jeder Bindung an die Vorgaben des positiven Rechts liegt. Auf ihr entscheidet sich überhaupt erst das Ob und das Wie der richterlichen Gesetzesbindung: die Frage, ob und nach welchen Zuordnungsnormen der Richter ein bestimmtes Rechtsmaterial auswerten soll. Legt man den moralischen Maßstab der Distanznahme als obersten handlungsorientierenden Maßstab zugrunde, läßt sich diese Begründungsebene als moralische Ebene richterlicher Handlungsbegründung bezeichnen. Auf ihr geht es um keine Begründungen relativ zum positiven Recht mehr. Ihre Begründungen sind am Maßstab der Moral orientiert, ohne dabei positivrechtlichen Restriktionen zu unterliegen.

Die Eigenständigkeit und Bedeutung dieser Begründungsebene für die richterliche Rechtsfindung wird dadurch verdeckt, daß sich viele Normen und Prinzipien, die

auf der moralischen Begründungsebene für die Bewertung des methodischen Vorgehens und der Zuordnungsnormen maßstabbildend sind, mit gleichem oder ähnlichem Inhalt auch positivrechtlich begründen lassen. Dennoch dürfen die verschiedenen Begründungsebenen nicht vermengt werden. Es ist ein Unterschied, der auch Auswirkungen auf die Ergebnisse der Argumentation hat, ob jemand eine Norm wie beispielsweise das Prinzip der Rechtssicherheit im Rahmen einer rein moralischen Argumentation anführt, die keinen Restriktionen durch Vorgaben des positiven Rechts unterliegt, und zwar deswegen anführt, weil die Beachtung dieses Prinzips moralisch begründet ist, oder ob er seine Bewertung positivrechtlich im angegebenen Sinne begründen will und sich dazu auf diese Norm beruft, d. h. sich deswegen auf diese Norm beruft, weil sie sich dem Rechtsmaterial in bestimmter Weise zuordnen lässt. Behält man diese Unterscheidung zwischen positivrechtlichen Begründungen und Begründungen auf einer moralischen Begründungsebene im Blick, wird der zentrale Stellenwert abwägenden moralischen Denkens für die richterliche Handlungsbegründung deutlich. Darauf ist jetzt näher einzugehen.

B. Formelle und materiale Prinzipien als Maßstab für die Bewertung von Zuordnungsnormen auf der moralischen Begründungsebene

Die Frage, nach welchem Rechtsmaterial, ausgewertet nach Maßgabe welcher Zuordnungsnormen, der Richter entscheiden soll, lässt sich letztlich nicht mehr relativ zum positiven Recht beantworten. Das ist eben deutlich geworden. Der Richter, der für die Wahl zwischen den vielen denkbaren voneinander abweichenden Zuordnungsnor-

men eine rationale Handlungsorientierung sucht, muß sich letztlich auf die moralische Begründungsebene begeben. Auf ihr ist der Maßstab der Distanznahme oberster orientierender Maßstab. Wenn es dem Richter geboten und nicht etwa freigestellt ist, nach bestimmten Methoden der Rechtsgewinnung und bestimmten Zuordnungsnormen zu entscheiden, muß sich dies auf dieser Begründungsebene aus dem Maßstab der Distanznahme ergeben.⁹³

Nach welchen konkreteren Maßstäben richtet sich die Bewertung der Zuordnungsnormen auf der moralischen Begründungsebene? Davon, nach welchen Zuordnungsnorm der Richter entscheidet, hängt ab, in welchem Umfang und in welcher Form er sein Handeln am positiven Rechtsmaterial ausrichtet. So verwundert es nicht, daß

⁹³ Nach Habermas (1987) sind Recht und Moral ineinander verschränkt, ist die Moral in das positive Recht „eingewandert“ (14 f.). Dabei sei die Moralität, „die dem Recht nicht nur gegenübersteht, sondern sich auch im Recht selber festsetzt“ rein prozeduraler Natur und aller bestimmter Norminhalte entledigt (15). Legalität könne nur dadurch Legitimität erzeugen, daß juristische Entscheidungsverfahren institutionalisiert würden, die für moralische Diskurse durchlässig seien (13). Nach dem bisher Gesagten ist dem Verschiedenes entgegenzuhalten. Zunächst ist der Formulierung des „Einwanderns“ des Rechts in die Moral insofern nicht zu folgen, als aus der Handelndenperspektive gesehen auch in rechtlichen Entscheidungssituationen letztlich eine rein moralische Begründungsebene bestimmend ist. Ferner richtet sich die Beurteilung rechtlicher Normen und Verfahren letztlich nicht nach der Durchlässigkeit dieser Verfahren für moralische Diskurse, sondern nach dem obersten Vernunftmaßstab der Distanznahme. Dabei ist dann genauer als bei Habermas zwischen dem Wert solcher Verfahren für die Erkenntnis des praktisch Richtigen und demjeniger Wert solcher Verfahren zu unterscheiden, der ihnen nach moralischen Maßstäben als Form der Handlungskoordinierung und der Gestaltung des Zusammenlebens zu kommt, etwa weil solche Verfahren dem Einzelnen Möglichkeiten demokratischer Einflußnahme auf Entscheidungsprozesse einräumen. Vgl. dazu oben 2. Teil, Anm. 223. Zur Diskursethik siehe im übrigen oben S. 130 ff.

dieselben Normen, die begründen, daß der Richter überhaupt Vorgaben des positiven Rechts beachten soll, auch für die Beantwortung der Frage nach dem richtigen methodischen Vorgehen und der richtigen Zuordnungsnorm wesentlich sind: die sogenannten formellen Prinzipien. Formelle Prinzipien sind *prima facie*-Normen, die den autoritativen Charakter rechtlicher Entscheidungen begründen, d. h. die Gründe dafür abgeben, daß der Richter sein richterliches Handeln an fremden Wertungen und fremden Entscheidungen rechtlicher Instanzen ausrichten soll, und zwar auch dann ausrichten soll, wenn er die fremden Wertungen ihrem Inhalt nach nicht für begründet hält.⁹⁴

Wichtige formelle Prinzipien sind aus der verfassungsrechtlichen Methodendiskussion bekannt. Sie lassen sich nicht nur positivrechtlich, sondern mit gleichem oder ähnlichem Inhalt auch moralisch begründen. Ein wichtiges formelles Prinzip ist das Demokratieprinzip, nach dem es dem Richter geboten ist, Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu respektieren. Daß es nach dem Maßstab der Distanznahme und den Normen der Chancenförderung begründet ist, die politischen Entscheidungsprozeße demokratisch zu organisieren, wurde bereits angesprochen. Ein weiteres formelles Prinzip, dessen moralische *prima facie*-Geltung ebenfalls bereits zur Sprache kam, ist das Prinzip der Rechtssicherheit.

Auch das Prinzip der Gleichgerechtigkeit, dem, wie bereits angesprochen, eine moralische *prima facie*-Geltung zukommt, zählt zu den formellen Prinzipien. Das trifft allerdings nur dann zu, wenn man dieses Prinzip nicht ein-

⁹⁴ Zum Begriff des formellen Prinzips vgl. Alexy (1985), 89, 120; Sieckmann (1988), 46 f.

fach mit dem Universalisierungsgrundsatz⁹⁵ gleichsetzt, nach dem moralischen oder rechtlichen Werturteilen eine universelle Norm zugrunde liegen soll. Ist mit diesem Grundsatz ein logisches Prinzip oder eine Argumentationsregel gemeint, bringt er ohnehin nicht direkt ein moralisches Gebot zum Ausdruck. Und auch eine moralische Norm, die dem Richter gebietet, nach universellen Normen zu entscheiden, ist noch kein formelles Prinzip. Aus einer solchen Norm ergibt sich für den Richter noch kein Grund, seine Entscheidungen an den Normen und Wertungen anderer Entscheidungsträger auszurichten, wenn er eine andere Wertung in der Sache für besser begründet hält. Dagegen bringt die Norm der Gleichgerechtigkeit als formelles Prinzip zum Ausdruck, daß die verschiedenen entscheidenden rechtlichen Instanzen das Verhalten der Adressaten der Rechtsnormen nach übereinstimmenden oder möglichst kohärenten Wertungen beurteilen. Eine solche Gleichgerechtigkeit wird gefördert, wenn Richter ihre Entscheidungen an einheitlichen Vorgaben durch den Gesetz- und Verfassungsgeber und an Präjudizien ausrichten.⁹⁶

Ein weiteres formelles Prinzip, mit dem sich die Respektierung fremder rechtlicher Entscheidungen begründen läßt, ist das Gewaltenteilungsprinzip. In seinen Aspekten der Machtbalancierung und der sachgemäßen Aufgabenverteilung zwischen den Staatsorganen⁹⁷ ist es nicht nur

⁹⁵ Zu diesem Grundsatz siehe näher Wimmer (1980), 207 ff.

⁹⁶ Wenn Alexy (1978), 335 f., das Gleichbehandlungsgebot zur Begründung einer Argumentationslast zugunsten von Präjudizien anführt und die Gleichbehandlungsforderung dabei aus dem Universalisierungsgrundsatz herleitet, verkennt er damit, daß dieser Grundsatz noch kein formelles Prinzip darstellt.

⁹⁷ Zu diesen beiden Aspekten von Gewaltenteilung vgl. Wank (1978), 91 f., 113 ff.; Ipsen (1975), 133 ff.

auf der verfassungsrechtlichen, sondern auch auf der moralischen Begründungsebene relevant. Daß die Verteilung der Aufgaben und Kompetenzen zwischen den Staatsorganen sachgerecht sein und zum Zwecke der Freiheitssicherung und des Schutzes vor Mißbräuchen eine Teilung und Kontrolle der Macht gewährleisten soll, entspricht auch den moralischen Geboten der Chancenbeförderung. Argumente der sachgemäßen Aufgabenverteilung zwischen Richter und Gesetzgeber werfen allerdings besondere Probleme auf. Solche Argumente dürfen nicht als Argumente dagegen verstanden werden, daß der Richter diejenige Handlungsalternative wählen soll, die er letztendlich für moralisch begründet hält. Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁹⁸

Alle die genannten formellen Prinzipien können im jeweiligen Fall dafür oder dagegen sprechen, nach Maßgabe einer bestimmten Rechtfundungsmethode zu entscheiden.⁹⁹ Beispielsweise mag das Demokratieprinzip unter

⁹⁸ Siehe unten 3. Teil, IV. C. 4.

⁹⁹ Teils werden formelle Prinzipien wie das Demokratieprinzip und das Prinzip der Gleichgerechtigkeit auch als Argument dafür angeführt, die richterliche Entscheidung an herrschenden Wertvorstellungen zu orientieren und auf der Grundlage eines breitestmöglichen Konsenses zu treffen (so etwa Zippelius (1982), 140 ff.; ders. (1985), 12 ff.). Auch wenn formelle Prinzipien im Einzelfall für eine solche Orientierung sprechen sollten, bleibt immer zu beachten, daß die Ausrichtung an Konsens und vorfindlichen Wertvorstellungen kein oberster Orientierungspunkt ist. Wie weit die Orientierung an welcher Art von Konsens und welchen vorfindlichen Wertvorstellungen auf der moralischen Begründungsebene begründet ist, richtet sich nach dem Maßstab der Distanznahme und den konkretisierenden Prinzipien, zu denen neben formellen auch materielle Prinzipien gehören. Dabei ist dann zwischen dem möglichen Wert einer solchen Orientierung als Form der Handlungskoordinierung und der Gestaltung des Zusammenlebens und dem möglichen Wert konsensueller und herrschender Überzeugungen für die Gewinnung von Erkenntnissen über das praktisch Richtige zu unterscheiden (siehe dazu oben Anm. 93). Im übrigen ist äußerst zweifelhaft, ob herrschende Wertvorstellungen – gerade in schwierigen und umstrittenen Fragen –

bestimmten Bedingungen für die Fallentscheidung nach einer Norm sprechen, die durch eine näher zu bestimmende historische Auslegung gewonnen ist, das Prinzip der Gleichgerechtigkeit in bestimmten Fällen für eine Analogiebildung¹⁰⁰ etc.

Auf der moralischen Begründungsebenen sind aber nicht nur formelle, sondern auch materiale Prinzipien maßstabbildend. Auch sie gehören daher zu den Maßstäben dafür, nach welchen Zuordnungsnormen der Richter den jeweiligen Fall entscheiden soll. Auch wesentliche materiale Prinzipien können zugleich moralisch begründet und im positiven Recht verankert sein, etwa das Prinzip des Eigentumsschutzes, des Persönlichkeitsschutzes usf. Das heißt aber nicht, daß die Argumentation für oder gegen eine bestimmte Zuordnungsnorm auf materiale Prinzipien begrenzt wäre, die sich auf bestimmte Weise positivrechtlich begründen lassen. Auf der moralischen Begründungsebene gibt es keine solche Begrenzung. Auf ihr zählt jedes für die Fallentscheidung und die Beantwortung der Frage nach der richtigen Zuordnungsnorm relevante Moralprinzip.

Es liegt auf der Hand, daß die relevanten *prima facie*-Normen häufig zueinander in Konflikt geraten. Das führt dann dazu, daß unter Berücksichtigung des einen Prinzips die Zuordnungsnorm A gilt und unter Berücksichtigung

eine brauchbare Entscheidungshilfe abgeben. Welche der unterschiedlichen Meinungen sollen zählen und wie sind sie feststellbar? Sollen Richter ihre Entscheidungen von Meinungsumfragen abhängig machen? Soll das Urteil „kompetenter“ Personengruppen besonderes Gewicht haben und, wenn ja, das Urteil welcher Personen? Das Urteil von Juristen mit besonderer Reputation etwa? Wie verträgt sich das dann mit dem Demokratieprinzip? Vgl. dazu auch Kriele (1976), 107 ff.

¹⁰⁰ Zum Zusammenhang zwischen Analogiebildung und dem Gedanken der Gleichgerechtigkeit vgl. auch Larenz (1983), 365; Koch/Rußmann (1982), 260; Engisch (1983), 287 Anm. 166 c.

eines anderen die zu A in Konflikt stehende Zuordnungsnorm B. Schon allein die formellen Prinzipien können zu einander in Konflikt geraten und dann für verschiedene, einander widersprechende Zuordnungsnorm Gründe liefern. Erst recht kommt es zu Konflikten, finden auch die materialen Moralprinzipien Berücksichtigung. Beispielsweise werden sich materiale Prinzipien aus der Sicht des Richters nur zu oft am intensivsten erfüllen lassen, wenn er objektiv-teleologisch auslegt, die Wortlautgrenze überschreitet oder von einer gefestigten Rechtsprechung abweicht, werden dagegen aber im jeweiligen Fall formelle oder auch andere materiale Prinzipien sprechen. Welche Entscheidung begründet ist und welche Zuordnungsnorm gilt, ergibt sich in einem solchen Konfliktfall aus einer Abwägung der in Konflikt stehenden formellen und materialen Prinzipien auf der moralischen Begründungsebene. Allgemeiner formuliert ist diejenige richterliche Entscheidung begründet, die sich auf Zuordnungsnormen stützt, die in der Situation unter Berücksichtigung aller maßstabsbildenden Moralprinzipien formeller und materialer Art gültig sind.¹⁰¹

¹⁰¹ Teils wird die Bedeutung von Prinzipien für die Begründung und die nähere Bestimmung der Bindung des Richters an das positive Recht zwar ebenfalls hervorgehoben, dabei aber verkannt oder jedenfalls nicht deutlich herausgestellt, daß sich das Ob und das Wie der Bindung nach einer Begründungsebene richtet, auf der es nicht mehr um positivrechtliche Begründungen geht, nach einer moralischen Begründungsebene. So ergibt sich die Bindung des Richters an das Gesetz nach Dreier (1986), 31, zwar aus Prinzipien, genauer aus dem Gewaltenteilungs- und dem Demokratieprinzip. Sie ergibt sich nach Dreier aber nur aus solchen Prinzipien, die der Verfassung inkorporiert sind. Auf außerrechtliche Maßstäbe zurückzugreifen sei daneben nicht gestattet (31). Bei Alexy (1985), der einen Vorrang der Regelebene vor der Prinzipienebene annimmt (121 f.), bleibt unklar, woraus sich ergeben soll, daß und wieweit die Regelebene Vorrang hat, wenn nicht aus einer Abwägung zwischen formellen und materialen Prinzipien auf einer Begründungsebene, die jeder Gesetzesbindung vorgelagert ist. Nach Sieckmann (1988), 46 f., bestimmt sich die

Die Geltung der Zuordnungsnormen hängt danach davon ab, welche formellen oder materialen Moralprinzipien in welcher Intensität erfüllt oder beeinträchtigt werden, wenn der Richter nach ihr entscheidet. Daraus ergibt sich zum einen: Will der Richter die Geltung einer Zuordnungsnorm ermitteln, muß er die für die Erfüllung der Prinzipien relevanten Folgen berücksichtigen, die die Entscheidung nach der betreffenden Zuordnungsnorm nach sich zöge. Ferner ergibt sich, daß es praktisch kaum möglich ist, Zuordnungsnormen aufzustellen, die in allen denkbaren Fällen unter Berücksichtigung aller *prima facie*-Normen gültig sind. Insoweit sei an die oben angestellten Überlegungen zur Regelgeltung im starken Sinne erinnert.¹⁰² So sind etwa dem Bestreben, eine feste Rangfolge zwischen den Auslegungsmethoden festzulegen, Grenzen gesetzt.¹⁰³ Bestünde eine Rangfolgeregel, die un-

Bindung an das Gesetz nach formellen Prinzipien. Wenn diese Prinzipien die Bindung begründen, liegt der Gedanke nahe, daß bei der Abwägung dieser Prinzipien gegen andere in letzter Instanz keine positivrechtlichen Restriktionen mehr bestehen. Dennoch heißt es bei Sieckmann (1990), 256 f., die Geltung materiell richtiger Prinzipien könne rechtlich ausgeschlossen sein. Beschreibt man die Bindung des Richters in der Weise, daß der Richter das Gesetz „als Ausdruck eines am Rechtsgedanken orientierten Willens des Gesetzgebers, im Zusammenhang der ganzen Rechtsordnung, und das heißt, der sie tragenden Grundsätze und Prinzipien“ nehmen soll (Larenz (1979), 155), verschwimmt die Differenz zwischen den verschiedenen Begründungsebenen ohnehin und gerät der rein moralische Charakter der obersten Begründungsebene aus dem Blick.

¹⁰² Siehe dazu oben S. 91 ff.

¹⁰³ Feste Rangfolgeregeln stellen z. B. Koch/Rüßmann (1982), 182; Raisch (1988), 38; Müller (1989), 258 ff. auf. Andere Autoren nehmen zwar eine Verhältnisbestimmung vor, räumen aber ein, daß es sich um keine in allen Entscheidungssituationen gültige Rangfolge handelt. Z.B. schränkt Larenz (1983), 331, die von ihm aufgestellten Rangaußsagen dahin ein, das Gewicht der Auslegungskriterien hänge „nicht zuletzt davon ab, was sie im einzelnen Fall hergeben“. Siehe auch die im 1. Teil, Anm. 30, angeführte Literatur.

ter Berücksichtigung aller Umstände Geltung hat, setzte das voraus, daß alle maßstabbildenden Moralprinzipien in allen nur denkbaren Fällen, in denen die Regel anwendbar ist, dann im richtigen Rangverhältnis erfüllt werden, wenn die Rangfolgeregel befolgt wird. Da die materialen und formellen Prinzipien in den verschiedenen Entscheidungssituationen in ganz unterschiedlicher Intensität oder auch gar nicht betroffen sein können, wird sich eine solche Regel schwerlich aufstellen bzw. ihre Geltung im Blick auf alle denkbaren Anwendungsfälle erkennen lassen. Demgegenüber verspricht es mehr Erfolg, nach Rangfolgeregeln mit einer Geltung des ersten Anscheins zu suchen, die demjenigen eine mehr oder weniger große Begründungslast aufbürden, der von ihnen abweichen will.¹⁰⁴

C. Einige Einwände gegen richterliche Abwägung und damit verbundene Folgenorientierung

Will der Richter ermitteln, welche der vielen denkbaren Zuordnungsnormen im jeweilen Fall Geltung hat, muß er sich auf die moralische Begründungsebene begeben und im Idealfall sämtliche relevanten Moralprinzipien und sämtliche nach diesen Prinzipien relevanten Entscheidungsfolgen berücksichtigen, schließlich die Moralprinzipien gegeneinander abwägen. Das ist eben deutlich geworden.

Wer einen solchen Begründungsansatz vertritt, sieht sich einer Reihe von Einwänden gegenüber, die gegen richter-

¹⁰⁴ Vgl. Alexy (1978), 305, nach dem die Argumentationslast trägt, wer von Argumenten der Bindung an Wortlaut und historischen Gesetzgeberwillen abweichen will.

liche Abwägung und richterliche Folgenorientierung erhoben werden.¹⁰⁵ Einige von diesen Einwänden sollen im folgenden zur Sprache kommen. Dabei brauchen hier alle diejenigen Einwände nicht zu interessieren, die sich gegen eine abstrakte Abwägung oder Rangordnung zwischen Normen bzw. Werten oder Gütern in einer der oben angesprochenen starken Varianten abstrakter Abwägung richten.¹⁰⁶ Eine solche Rangordnung wird hier nicht angenommen.¹⁰⁷ Ferner können solche Einwände außer Betracht bleiben, die dahin gehen, bestimmte weitgehende Formen richterliche Abwägung und Folgenorientierung widersprüchen dem positiven Recht, speziell dem Verfassungsrecht.¹⁰⁸ Wer eine solche Ansicht vertritt, sagt damit, daß bestimmte Formen der Abwägung und Folgenorientierung nach Normen unbegründet sind, die sich einem bestimmten Rechtsmaterial nach bestimmter Zuordnungsnormen zuordnen lassen. Einwände dieser Art treffen nicht den Punkt, auf den es hier ankommt: daß sich die Frage, welche der vielen, oft umstrittenen Zuordnungsnormen den Vorzug verdienen, letztlich nur auf der moralischen Begründungsebene beantworten läßt und daß auf dieser Ebene Abwägungen und gegebenenfalls auch Folgenorientierung angezeigt sind.

¹⁰⁵ Siehe etwa die Zusammenstellung von Einwänden gegen richterliche Abwägung bei Gern (1986), 464; Alexy (1985), 134 ff. und von Einwänden gegen richterliche Folgenorientierung bei Rottleuthner (1980), 114 ff. Zur Diskussion über richterliche Folgenorientierung siehe im übrigen Lübbe-Wolff (1981), insbes. Kap. 1 und 8; Hassemer (1982), 493 ff.; Kriele (1976), 331 ff.; Luhmann (1974), 31 ff.; Sambuc (1977); Wälde (1979); Smid (1988), 44 ff.; Koch/Rüßmann (1982), 227 ff. m. w. Nachw.

¹⁰⁶ Siehe z. B. Schlink (1976), 128 ff.; Druey (1981), 144 ff.

¹⁰⁷ Siehe dazu oben S. 100 ff.

¹⁰⁸ Siehe z. B. Müller (1989), 64 ff.

1. Rechtssicherheit, Gleichgerechtigkeit, Regel/Ausnahme-Schema und Demokratieprinzip als Argumente

Zu den Standardeinwänden gegen richterliche Abwägung gehört das Argument, ein auf Abwägung beruhendes Recht sei nicht mehr prognostizierbar und mit dem Prinzip der Rechtssicherheit unvereinbar.¹⁰⁹ Die durch die Rechtssicherheit gezogenen Grenzen staatlicher Eingriffsmöglichkeiten würden aufgehoben.¹¹⁰ Ferner heißt es, Abwägung verstöße, weil einzelfallbezogen, gegen das Gerechtigkeitsgebot.¹¹¹ Gemeint ist das oben angesprochene Prinzip der Gleichgerechtigkeit. Auch könne der Staatsapparat moralische Prinzipienargumente leicht als Demokratieersatz mißbrauchen.¹¹²

Einwänden dieser Art liegt in der Regel ein Zerrbild richterlicher Abwägung zugrunde. Zu ihm gelangt, wer nicht hinreichend zwischen Normen mit Regelcharakter und der Begründung solcher Normen durch abwägendes Denken und damit verbundene Folgenorientierung unterscheidet.¹¹³ Machen Richter ihre Entscheidung von einer Abwägung abhängig, heißt das nicht, daß sie damit aufhören und es aus der Sicht des Richters kein Gewicht mehr hat, in Einklang mit generellen und von den Richtern im allgemeinen befolgten Normen zu entscheiden. Das gilt vor allem dann, wenn die abzuwägenden Normen Moralprinzipien sind, zu denen nicht nur materiale, sondern auch formelle Prinzipien gehören wie die von den Kritikern angeführten Prinzipien der Rechtssicherheit, der Gleichgerechtigkeit und das Demokratieprinzip. Diesen

¹⁰⁹ Siehe etwa Smid (1988), 345; Müller (1989), 65.

¹¹⁰ Maus (1989), 201.

¹¹¹ So etwa Smid (1988), 345 f.; Luhmann (1974), 38.

¹¹² Maus (1989), 192 f., 199 ff.

¹¹³ Siehe dazu oben S. 51 ff., 90 ff.

formellen Prinzipien kommt in der richterlichen Entscheidungssituation obendrein ein besonderes Gewicht zu. Würden die Richter sie nicht beachten, ließen sie praktisch weitgehend leer.

Schon allein wegen dieser formellen Prinzipien und ihres besonderen Gewichts ist es nach dem obersten orientierenden Maßstab der Moral häufig begründet, im Einklang mit bestimmten im allgemeinen befolgten Rechtsnormen genereller Art zu entscheiden und nur in Ausnahmefällen von ihnen abzuweichen.¹¹⁴ In vielen Fällen ist das Entscheiden nach solchen Normen auch unproblematisch – auch und gerade bei Abwägung aller relevanten Moralprinzipien auf der Ebene der Begründungen der Regeln. Beispielsweise ist es schon wegen der formellen Prinzipien unproblematisch, daß eine besonders hohe Begründungslast trägt, wer bei einem kürzlich in demokratischem Verfahren zustandegekommenen Gesetz gegen den möglichen Wortsinn und eine deutliche Wertung des „historischen Gesetzgebers“ entscheidet.¹¹⁵ Ebenso unproblematisch ist dann in vielen Fällen, daß ein hinreichend gewichtiger Grund für eine solche Entscheidung im jeweiligen Fall nicht gegeben ist. Geht man davon aus, daß auch

¹¹⁴ Nach Hodgson (1967), 98 f., 105 ff., ergibt sich unter näher beschriebenen Bedingungen ein infiniter Regress, wenn Richter danach entscheiden, welche Entscheidung bzw. die Anwendung welcher Regel die besten Folgen hat und sie dabei auch die Folgen für die Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen einkalkulieren wollen, die sich beim Abweichen von einer Regel ergeben. Er kritisiert damit das von Wasserstrom (1961), 138 ff., vertretene Modell einer Rechtfertigung richterlicher Entscheidungen durch Regeln, deren Anwendung gemessen am Maßstab der Utilität die besten Folgen hat. Sein Einwand richtet sich ebenso gegen andere Formen einer folgenorientierten Begründung richterlicher Entscheidungen. Zur Kritik des von Hodgson in seiner Arbeit verwandten Argumentationsmusters sei auf Trapp (1988), 535 ff.; P. Singer (1972), 94 ff.; Lewis (1972), 17 ff., verwiesen.

¹¹⁵ Vgl. Alexy (1978), 305.

der abwägende Richter jedenfalls in der Regel nicht gegen diejenigen Normen entscheidet, deren Geltung nach dem obersten orientierenden Maßstab der Moral im jeweiligen Fall keine Probleme aufwirft, ergibt sich schon allein daraus: Auch eine auf der Begründungsebene an Abwägungen ausgerichtete Spruchpraxis ist ein gutes Stück weit an einheitlichen Normen genereller Art ausgerichtet, also auch prognostizierbar.

Richtig ist andererseits, daß die Befolgung solcher Rechtsnormen nach dem Gesagten unter dem Vorbehalt steht, daß sich nicht bei einer Abwägung der relevanten Moralprinzipien eine abweichende Entscheidung als begründet erweist. Wie eben angesprochen wurde, schließt das zwar keine Entscheidungspraxis aus, die sich weitgehend an Rechtsnormen generellen Charakters orientiert, die im allgemeinen befolgt werden. Allerdings ist einzuräumen, daß sich möglicherweise ein höheres Maß an Gleichgerechtigkeit, was den genannten Aspekt des Entscheidens nach übereinstimmenden oder möglichst kohärenten Wertungen anbelangt, und an Rechtssicherheit erreichen ließe, wenn die Richter ihre Entscheidungen nicht an einer Abwägung orientierten, sondern nach irgendwelchen einheitlichen, feststehenden Normen entschieden. Möglicherweise ließe sich auch ein höheres Maß der Ausrichtung an demokratisch legitimierten legislativen Entscheidungen erreichen. Nur ist das aus der Perspektive des entscheidenden Richters kein Argument gegen Abwägung. Will man nicht die Auffassung vertreten, daß die Prinzipien der Gleichgerechtigkeit, was den genannten Aspekt anbelangt, der Rechtssicherheit und das Demokratieprinzip die einzigen von der richterlichen Entscheidung berührten Moralprinzipien sind, müssen auch andere Moralprinzipien Berücksichtigung finden, eben weil ihnen ebenso prima facie-Geltung zukommt wie den genannten

Prinzipien der Rechtssicherheit, der Gleichgerechtigkeit und dem Demokratieprinzip. Stehen andere Prinzipien mit diesen formellen Prinzipien in Konflikt, bedarf es der Abwägung, um zu einer Entscheidung zu gelangen. Daß die formellen Prinzipien in höherem Maße erfüllt würden, fänden die in Konflikt stehenden Prinzipien keine Beachtung, ist dann zwar trivialerweise richtig, nimmt den anderen Prinzipien aber nicht ihre *prima facie*-Geltung. Allenfalls mag man die extreme Auffassung vertreten, Rechts- sicherheit, Demokratieprinzip und Gleichgerechtigkeit seien zwar nicht die einzigen einschlägigen moralischen Normen, hätten aber in allen Fällen richterlichen Entscheidens absoluten Vorrang vor den abweichenden Moralprinzipien. So etwas anzunehmen besteht jedoch kein Grund, schon weil diese Prinzipien, das Demokratieprinzip bei alten Gesetzen etwa, oftmals nur in geringer Intensität betroffen sind. Mit dem obersten orientierenden Maßstab der Distanznahme ist ein solcher Vorrang jedenfalls nicht vereinbar.

Aus dem eben Gesagten ergibt sich, daß auch der Einwand auf einem Zerrbild von Abwägung beruht, richterliche Abwägung und Folgenorientierung stünden zum Regel/Ausnahme-Schema im Gegensatz und zersetzen deswegen die Rechtsdogmatik, da dieses Schema „zu einem der wichtigsten Generatoren für Dogmatik“ geworden sei.¹¹⁶ Wie eben angesprochen wurde, ist es wegen der formellen Prinzipien auch bei Abwägung aller Moralprinzipien häufig begründet, nur aus gewichtigen Gründen von einer Rechtsnorm abzuweichen, kommt der Rechtsnorm also eine Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände des ersten Anscheins im oben angegebenen Sinne zu.

Will der Richter also tun, was dem Maßstab der Distanz-

¹¹⁶ Luhmann (1974), 32 f.

nahme entspricht, muß er abwägend entscheiden. Wer richterliche Abwägung aus Gründen der Rechtssicherheit und der Gleichgerechtigkeit ablehnt, muß daher bereits die Ausrichtung des richterlichen Handelns an allen relevanten moralischen Maßstäben kritisieren. Er muß argumentieren, Richter sollten nicht das tun, was sie unter Berücksichtigung aller moralisch relevanten Normen für moralisch begründet halten, weil dies insgesamt ein höheres Maß an Rechtssicherheit, Gleichgerechtigkeit oder demokratischer Legitimation zur Folge hätte. Sofern dieses Argument überhaupt als moralisches Argument gedacht ist, weist es die oben bereits kritisierte Struktur auf: Es ist dem Einzelnen moralisch verboten, das zu tun, was er bei Berücksichtigung aller moralisch relevanten Umstände für begründet hält, weil es bestimmte schlechte Folgen hätte, wenn sich alle so verhielten. Zur Kritik dieser Art von Argumentation sei auf das oben Gesagte verwiesen.¹¹⁷ Eine ganz andere Frage ist dann, wieweit es aus der Sicht des Richters im Einzelfall begründet ist, bestimmten Rechtsnormen und fremden Entscheidungen zu folgen. Möglicherweise läßt sich einer bestimmten abwägenden richterlichen Entscheidungspraxis ja zu Recht entgegenhalten, sie orientiere sich in zu geringem Maße an bestimmten Rechtsnormen und weiche ohne zureichenden Grund von ihnen ab und werde so den formellen Prinzipien nicht gerecht. Eine solche Kritik läßt die Annahme, zur Handlungsbegründung bedürfe es der Abwägung von Prinzipien, unberührt.

¹¹⁷ Siehe oben S. 303 ff.

2. Der Einwand des fehlenden Maßstabs und des dezisionären Charakters richterlicher Abwägung

Zuweilen wird gegen die Ausrichtung des richterlichen Entscheidens an Abwägungen eingewandt, es fehle an einem intersubjektiv nachvollziehbaren Abwägungsmaßstab.¹¹⁸ An die Stelle von Gleichbehandlung trete richterliche Dezision.¹¹⁹ Soweit mit Einwänden dieser Art gemeint ist, dem positiven Recht lasse sich kein Abwägungsmaßstab entnehmen,¹²⁰ mag dieser Einwand an dieser Stelle auf sich beruhen. Ob sich dem positiven Recht ein solcher Maßstab entnehmen lässt oder nicht: Darauf, daß es der Begründung auf der moralischen Begründungsebene bedarf, wenn bestimmten Normen der Zuordnung zum positiven Rechtsmaterial der Vorzug vor anderen denkbaren Zuordnungsnormen gegeben wird, hat das keinen Einfluß. Um eben diese moralische Begründungsebene geht es hier. Die angesprochene Kritik ist an dieser Stelle allenfalls dann relevant, wenn sie gegen Abwägungen bei der Begründung von Zuordnungsnormen auf der moralischen Begründungsebenen einwendet, es fehle auf dieser Ebene ein Abwägungsmaßstab, die Abwägung habe dezisionären Charakter.

Eine solche Kritik geht indes fehl. Wie ausgeführt wurde, existiert auf der moralischen Begründungsebene ein rationaler Abwägungsmaßstab, der Maßstab der Distanznahme. Richtig ist allerdings, daß es dennoch bei Abwägungen Bereiche von Inkommensurabilität und nicht immer nur eine richtige Antwort gibt, daß vor allem oft

¹¹⁸ So etwa Smid (1988), 345; Müller (1989), 65.

¹¹⁹ Smid (1988), 345.

¹²⁰ Vgl. dazu das Sondervotum der Richter Böckenförde und Mahrenholz, BVerfGE 69, 57 ff. [63].

zweifelhaft und umstritten ist, welche Normen unter Berücksichtigung aller Umstände begründet sind. Was folgt daraus aber? Aus der Handelndenperspektive ist es für jedermann, also auch den Richter, rational, sein Handeln am obersten orientierenden Maßstab der Moral auszurichten, d. h. aber auch: diejenige Handlungsalternative zu ergreifen, die er letztendlich für moralisch am besten begründet hält, mögen andere auch anderer Auffassung sein. Dieses Handeln nach moralischen Maßstäben schließt die Abwägungen auf der moralischen Begründungsebene mit ein. Dabei lässt sich nicht argumentieren, der Richter solle Entscheidungen nicht mehr an Abwägungen auf der moralischen Begründungsebene ausrichten, weil die Rangverhältnisse zwischen Konfliktnormen oft zweifelhaft und umstritten sind und es daher der Rechtssicherheit und Gleichgerechtigkeit abträglich ist, wenn Richter abwägend entscheiden. Diese Art von Argumentation ist gerade kritisiert worden. Daß es für den Richter im übrigen in Gestalt der formellen Prinzipien nichtsdestoweniger wichtige Gründe gibt, anders zu entscheiden, als er es im engeren Sinne „in der Sache“ für begründet hält, und daß dies nicht gegen richterliche Abwägungen spricht, ist bereits zur Sprache gekommen. Wenn es ferner bei der Abwägung der relevanten Moralprinzipien nicht immer nur eine richtige Antwort gibt und – begrenzte – Bereiche der Dezision verbleiben, liegt darin eine Grenze rationalen Handelns. Ein Argument gegen richterliche Abwägung auf der moralischen Begründungsebene lässt sich daraus nicht herleiten. Insbesondere ist die Argumentation abwegig, der Richter solle sich an den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gleichgerechtigkeit orientieren oder jedenfalls anders als abwägend entscheiden, weil Abwägungen, die Lösung von Normenkonflikten also, irrational, eine Angele-

genheit bloßer Dezision seien. Wäre dies in dieser Allgemeinheit richtig, wäre es auch eine Angelegenheit der Dezision, Prinzipien der Rechtssicherheit und Gleichgerechtigkeit besondere Beachtung zu schenken und nicht anderen Prinzipien zu folgen, die ein abweichendes Handeln verlangen.

3. Der Einwand der Überforderung und der schwierigen Folgenabschätzung

Ein naheliegender Einwand gegen umfassende richterliche Abwägung und damit verbundene Folgenorientierung ist der, sie überfordere den Richter, schon allein aus Zeitgründen. Auch könne der Richter die für die Abwägung relevanten Entscheidungsfolgen nicht voraussehen und überblicken.¹²¹ Tatsächlich ist nicht zu leugnen, daß Richter Überlegungen zur Abwägung aller relevanten Moralprinzipien schon allein aus Zeitgründen oft nur mit begrenzter Intensität anstellen können und daß die Möglichkeiten des Richters, Folgen vorauszusehen, begrenzt sind. Nur: Daran, daß die Entscheidungen des Richters bestimmte Folgen haben und daß der Richter, bewußt oder unbewußt, ob er es will oder nicht, über die mehr oder weniger intensive Erfüllung in Konflikt stehender Moralprinzipien entscheidet, ändert das nichts. Der Richter steht vor der Alternative, entweder blind zu entscheiden, was die Entscheidungsfolgen und die Erfüllung der einschlägigen Moralprinzipien anbelangt, oder wenigstens im Rahmen des Möglichen abzuwagen und die relevanten Prinzipien und Folgen zu berücksichtigen.¹²² Welche dieser Alter-

¹²¹ Siehe etwa Luhmann (1974), 35; Smid (1989), 83.

¹²² Vgl., was die Folgenberücksichtigung anbelangt, auch Lübbe-Wolff (1981), 13 ff.; Rottleuthner (1980), 114.

nativen den Vorzug verdient, ist eine normative Frage. Jedenfalls vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen ist die Wahl der zweiten Alternative geboten. Eine andere Frage ist dann die, ob sich nicht Richtlinien des vernünftigen Umgangs mit dem begrenzten Tatsachenwissen und der begrenzten Entscheidungskapazität beim Entscheiden finden lassen¹²³ und welche Mittel der Entscheidungserleichterung es gibt.¹²⁴

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, für den Richter gebe es ja noch eine weitere Alternative, die nämlich, den Gesetzgeber entscheiden zu lassen. Nicht, daß sich nicht wichtige Gründe für eine richterliche Selbstbeschränkung und für die Regelung einer Materie durch den Gesetzgeber anführen lassen, das Demokratieprinzip etwa. Nur bedarf eben auch dies der Begründung auf der moralischen Begründungsebenen, ob, wieweit und in welcher Weise eine Entscheidung ausschließlich dem Gesetzgeber überlassen bleiben soll. Wie diese Frage zu beantworten ist, richtet sich wiederum nach einer Abwägung der relevanten Moralprinzipien und Abschätzung der relevanten Folgen auf der moralischen Begründungsebene.

4. Einwände aus dem Vergleich zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung

Teils werden Vergleiche zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung angestellt und argumentiert, der Richter solle deswegen nicht im Blick auf bestimmte Folgen entscheiden, weil der Gesetzgeber bestimmte Folgen besser

¹²³ Vgl. dazu auch oben 1. Teil, Anm. 152.

¹²⁴ Als Mittel der Entscheidungsvereinfachung und der Entscheidungsentlastung kommt etwa die Rechtsdogmatik in Betracht. Allerdings ist umstritten, wieweit Rechtsdogmatik ein dazu taugliches Mittel darstellt. Siehe dazu etwa Struck (1975 a), 85 f.; Alexy (1978), 326 m. w. Nachw.

abschätzen könne.¹²⁵ Geht es um die moralische Begründungsebene richterlichen Handelns, ist ein solches Argument problematisch. Natürlich kann es wie in jeder anderen Entscheidungssituation auch begründet sein, über Angelegenheiten schon allein deswegen nicht selbst zu entscheiden, weil man selber über keine ausreichenden Kenntnisse der tatsächlichen Verhältnisse verfügt. Grundsätzlich gilt aber, daß der Einzelne moralisch nicht schon deswegen von der Berücksichtigung und Bewertung der Folgen seines Handelns entlastet ist, weil andere Folgen bestimmter Art besser abschätzen können als er selbst. Vor allem gibt es auf der moralischen Begründungsebene zunächst keinen Grund, warum der Richter Folgen auch dann unberücksichtigt lassen soll, wenn er im Einzelfall seiner Ansicht nach über keine wesentlich schlechteren Kenntnisse der relevanten Tatsachen verfügt als der Gesetzgeber, und das deswegen, weil Richter *im allgemeinen* solche Folgen schlechter abschätzen können. Jedenfalls lässt sich nicht das folgende Verallgemeinerungsargument zur Begründung anführen: Welche Folgen der Richter berücksichtigen darf, hängt davon ab, wie ein Zustand zu bewerten ist, in dem alle Richter Folgen dieser Art berücksichtigen. Da der Gesetzgeber Folgen bestimmter Art im allgemeinen besser abschätzen kann als Richter und daher im allgemeinen auch sachangemessenere Regelungen trifft, ist es dem Richter verboten im Blick auf solche Folgen zu entscheiden. Es handelt sich um das gleiche Argumentationsmuster, das bereits kritisiert wurden:¹²⁶ Es ist dem Einzelnen verboten, so zu handeln, wie er es unter Berücksichtigung aller moralisch relevanten Folgen und Prinzipien für richtig hält, weil es schlechte Folgen hätte,

¹²⁵ Siehe z. B. Wank (1978), 172 ff.

¹²⁶ Oben S. 303 ff.

wenn alle sich so verhielten. Diesem Argumentationsmuster folgen auch andere Argumentationen, nach denen sich der Richter der Entscheidung über bestimmte Sachverhalte auch dann enthalten soll, wenn er diese Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände für begründet hält, weil der Gesetzgeber in solchen Angelegenheiten *im allgemeinen* sachangemessener entscheiden kann, etwa weil der Gesetzgeber in einem bestimmten Bereich im allgemeinen über bessere Möglichkeiten der Steuerung der sozialen Wirklichkeit verfügt.¹²⁷

Dennoch liegt dem Vergleich zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung im Blick darauf, welche Institution im allgemeinen sachangemessener entscheiden kann, ein berechtigtes Anliegen zugrunde. Das gilt insbesondere dann, wenn dieser Vergleich im Rahmen von Überlegungen zur Gewaltenteilung angestellt wird: Sollen einheitliche Normen der Aufgabenzuweisung aufgestellt werden, sind Normen vorzugswürdig, die Rechtsprechung und Gesetzgebung jeweils diejenigen Aufgaben zuweisen, für deren Erfüllung sie im allgemeinen am besten gerüstet und geeignet sind. Danach bezieht die verallgemeinernde Betrachtungsweise, welche Institution im allgemeinen besser Folgen abschätzen und sachangemessener entscheiden kann, ihre Berechtigung daraus, daß Richter und andere Institutionen nach einheitlichen, generellen Normen der Aufgabenzuweisung handeln sollen. Daraus folgt dann allerdings auch, daß Gewaltenteilungsargumente von der Art, daß die Richter bestimmte Folgen nicht berücksichtigen und sich bestimmter Entscheidungen enthalten sollen, weil der Gesetzgeber die betreffenden Folgen im allgemeinen besser abschätzen und sachangemessener entscheiden kann, nur in Kombination mit anderen Gründen Gewicht

¹²⁷ Vgl. etwa Sambuc (1977), 98

haben. Und zwar haben Sie dann grundsätzlich nicht mehr Gewicht, als diejenigen Gründe der effektiven Staatsorganisation, Gleichgerechtigkeit, Rechtssicherheit etc., die dafür sprechen, nach einheitlichen, generellen Regeln festzulegen, welche Institution über welche Folgen und Angelegenheiten entscheiden soll. Die Frage ist also genaugenommen nicht, ob der Richter so handeln soll, wie er es unter Berücksichtigung *aller* Moralprinzipien und *aller* moralisch relevanten Folgen letztendlich für begründet hält. Das ist auf der moralischen Begründungsebene zu bejahen. Die Frage ist vielmehr, ob es für den einzelnen Richter im jeweiligen Fall begründet ist, nach bestimmten generellen Normen der Aufgabenzuweisung zu handeln, die festlegen, daß Richter so entscheiden sollen, als seien bestimmte Arten von Folgen nicht oder nur in Ausnahmefällen relevant, und ob es begründet ist, nach Normen zu handeln, nach denen sich der Richter der Entscheidung über bestimmte Angelegenheiten enthalten soll, weil Gründe der effektiven Staatsorganisation, Rechtssicherheit etc. insoweit für eine Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung nach den betreffenden Normen der Aufgabenzuweisung sprechen. Ob dies begründet ist, hat der Richter unter Berücksichtigung der moralisch relevanten Folgen einer Befolgung dieser Norm durch Abwägung der einschlägigen Moralprinzipien zu entscheiden.

D. Richterliche Entscheidungsfindung im Verfahren eines mehrschichtigen, abwägenden Überlegungsgleichgewichts

1. Zwei Begründungsebenen

Nach den vorangegangenen Überlegungen entscheidet es sich in letzter Instanz auf einer moralischen Begründungsebene, die Wahl welcher der dem Richter offenstehenden Handlungsalternativen begründet ist. Auf dieser moralischen Begründungsebene ist der Maßstab der Distanznahme oberster handlungsorientierende Maßstab. Für das richterliche Handeln gilt daher entsprechend, was zur moralischen Handlungsbegründung allgemein ausgeführt wurde:¹²⁸ Zur umfassenden, vollständigen Begründung der richterlichen Handlungswahl gehört es, zur Begründung dieser Wahl anzuführen, daß mit ihr begründende Prinzipien befolgt und im Fall des Konflikts mit anderen Prinzipien im richtigen Rangverhältnis mit diesen Konfliktnormen erfüllt werden. Von einer solchen Begründung, der Begründung richterlichen Handelns durch formelle und materiale Prinzipien, handelten die voranstehenden Überlegungen. Wie in anderen Bereichen moralischen Entscheidens auch kommt moralisch abwägenden Urteilen ferner ein eigenständiger Erkenntniswert zu und erhöht ein Verfahren abwägenden Überlegungsgleichgewichts die Zuverlässigkeit der Urteile darüber, welches Handeln bzw. welche Normen begründet sind.

Das Verfahren des Überlegungsgleichgewichts weist im Falle der richterlichen Handlungsbegründung allerdings eine besondere Gestalt auf. Da sich der Richter in einer Entscheidungssituation befindet, in der er sich in beson-

¹²⁸ Siehe dazu oben S. 269 ff.

derer Weise mit den Vorgaben des positiven Rechts und dem vorfindlichen Rechtsmaterial auseinanderzusetzen hat, sind es wesentlich Zuordnungs- und zugeordnete Normen, die der Überprüfung im Verfahren des Überlegungsgleichgewichts bedürfen. Dem korrespondieren verschiedene Begründungsebenen, die im Verfahren des Überlegungsgleichgewichts zu durchlaufen sind. Auf der einen, positivrechtlichen Begründungsebene geht es darum, welche Entscheidung nach Maßgabe eines bestimmten methodischen Vorgehens bzw. einer bestimmten Zuordnungsnorm begründet ist. Auf der anderen, zuoberst moralischen Begründungsebene ist die Frage dann die, welches methodische Vorgehen und die Befolgung welcher Zuordnungsnormen begründet ist.

Auch auf der positivrechtlichen Begründungsebene kann es notwendig sein, daß der Richter selber, nach eigener Wertung über Rangverhältnisse zwischen prima facie-Normen entscheidet. Ferner können Begründungen auf dieser Ebene ebenfalls ein Verfahren des Überlegungsgleichgewichts erforderlich machen, wenn auch ein solches besonderer Art, das sich ganz auf dieser Ebene der Begründung bewegt. Das betrifft insbesondere die sogenannte „teleologische Gesetzesauslegung“, die Frage also, welche Entscheidung nach Maßgabe einer näher zu bestimmenden teleologischen Auslegung begründet ist.

2. Das Überlegungsgleichgewicht teleologisch-interpretatorischer Art

Die Auslegung nach den „Zwecken“ einer gesetzlichen Regelung gehört anerkanntermaßen zu den zentralen, wenn nicht die gesamte Auslegung bestimmenden Elementen richterlicher Rechtsfindung, sei es die Auslegung nach den „objektiven Gesetzeszwecken“ im Rahmen der

„objektiv-teleologischen Auslegungsmethode“¹²⁹ sei es die Auslegung nach den Zwecken eines historischen Gesetzgebers im Rahmen der „historisch“ oder „subjektiv-teleologisch“ genannten Auslegungsvarianten.¹³⁰ Darüber, ob es nur um die Auslegung nach „Zwecken“ gehen soll und wie der Zweckbegriff genauer zu verwenden ist, herrscht allerdings Uneinigkeit. So wird die Wendung „Zweck eines Gesetzes“ als unverständlich kritisiert, da es sich bei Zwecken um Wirkungen handele, die ein Handelnder mit seinen Handlungen anstrebe.¹³¹ Oder der Zweckbegriff wird als zu eng bezeichnet, da er für die Auslegung relevante ethische Grundsätze, Forderungen der Gerechtigkeit und politisch weltanschauliche Postulate nicht erfasse.¹³² Oder man denke an die Terminologie der Interessenjurisprudenz, nach der das Gesetz als das Ergebnis einer legislativen Abwägung widerstreitender Interessen zu verstehen ist.¹³³ Die Auslegung nach dem Zweck des Gesetzes, der als „Förderung der überwiegenden Interessen“ definiert ist, genügt danach nicht, da auch die „Gegeninteressen“ bei der Auslegung Berücksichtigung finden sollen.¹³⁴ Bei allen Unterschieden im einzelnen kommen die verschiedenen Auffassungen jedoch darin überein, daß die angesprochene Form der Auslegung eine Auslegung nach Gründen für bestimmte gesetzliche

¹²⁹ Zur objektiv-teleologischen Auslegungsmethode siehe z. B. Larenz (1983), 319 ff.; Bydlinski (1982), 453 ff.; Alexy (1978), 296 ff.; Koch/Rüßmann (1982), 222 ff.; Mittenzwei (1988), 267 ff.

¹³⁰ Siehe dazu z. B. Larenz (1983), 313 ff.; Bydlinski (1982), 449 ff., der näher zwischen einer historischen und einer historisch-teleologischen Auslegung differenziert; Koch/Rüßmann (1982), 210 ff.; Schroth (1983), m. w. Nachw.

¹³¹ Koch/Rüßmann (1982), 169 f.

¹³² Engisch (1983), 80.

¹³³ Heck (1914), 86.

¹³⁴ Heck (1931), 155.

Regelungen ist,¹³⁵ mögen diese Gründe Zwecke, Interessen, ethische Grundsätze oder anders heißen, mag es sich um Gründe eines historischen Gesetzgebers oder um in irgendeinem Sinne objektive Gründe handeln. Gründe für eine bestimmte gesetzliche Regelung sind Gründe dafür, den betreffenden Rechtssatz als Gesetz zu setzen. Die Frage nach den für die Auslegung leitenden Gründen lässt sich daher folgendermaßen stellen: Nach welchen Gründen ist es aus der Perspektive eines bestimmten tatsächlichen oder gedachten Gesetzgebers in einer bestimmten Entscheidungssituation begründet, die gesetzliche Regelung als Gesetz zu setzen. Je nachdem wie man den Gesetzgeber und dessen Auffassungen, die Entscheidungssituation und die Gründe, nach denen gefragt ist, näher beschreibt, ergeben sich verschiedene Varianten teleologischer Auslegung.

Die objektiv-teleologische Auslegungsvariante lässt sich dahin beschreiben, daß das Gesetz nach den besten rechtfertigenden Gründen auszulegen ist, die ein Gesetzgeber dafür anführen könnte, das Gesetz in der heutigen Situation zu verabschieden.¹³⁶ Dazu lassen sich dann noch restriktive Bedingungen formulieren, die etwa, daß sich die Auslegung im Rahmen des möglichen Wortsinns des betreffenden Rechtssatzes halten soll oder daß die Gründe

¹³⁵ Dementsprechend schlägt Engisch (1983), 81, vor, statt von einer „Auslegung aus dem Zweck“ von einer „Auslegung aus dem Grunde“ zu reden.

¹³⁶ Vgl. auch Alexy (1978), 296, nach dem es auf die Zwecksetzungen eines hypothetischen, vernünftig entscheidenden Subjekts ankommt, das Alexy als „Gemeinschaft der im Rahmen der geltenden Rechtsordnung aufgrund vernünftiger Argumentation Entscheidenden“ bezeichnet. Vgl. auch Mettenheim (1984), 105 ff., nach dem wir in der juristischen Argumentation so tun sollen, als sei der Gesetzgeber ein vernunftbegabtes Wesen, das heute existiert und nach einem bestimmten Plan handeln will.

mit bestimmten anderen Rechtsnormen zusammenpassen oder mit rechtfertigenden Gründen für andere Rechtssätze kohärent sein müssen.¹³⁷ Dabei bestehen keine Bedenken, die rechtfertigenden Gründe als Zwecke zu bezeichnen, faßt man den Zweckbegriff nur hinreichend weit. Zwecke lassen sich dann einfach in einem weiten Sinne als normativ ausgezeichnete Sachverhalte verstehen, deren weitestmögliche Verwirklichung aus der für die Auslegung maßgeblichen Gesetzgeberperspektive gesehen geboten ist.

Die objektiv-teleologische Rechtfertigung verlagert sich in einem ersten Schritt auf die historische Ebene, fragt man nicht mehr nach den besten rechtfertigenden Gründen für die Verabschiedung des Gesetzes in der heutigen, sondern in der damaligen Situation, als das Gesetz tatsächlich verabschiedet wurde. Ein weiterer Schritt besteht dann darin, solche Gesetzesbegründungen zu berücksichtigen, die sich aus den Gesetzesmaterialien ergeben. Die Frage ist dann die, welches die in der damaligen Zeit und Situation besten rechtfertigenden Gründe für die Verabschiedung des Gesetzes aus der Sicht eines Gesetzgebers sind, der Gründe wie die, die sich aus den Gesetzesmaterialien ergeben, als rechtfertigend ansieht. Diese Um schreibung ist so allerdings noch sehr vage. Um zu ermitteln, welches die in den Gesetzesmaterialien enthaltenen Begründungen sind, bedarf es weiterer Interpretationsregeln. Die Gesetzesmaterialien ergeben ja möglicherweise kein einheitliches Bild und sind ihrerseits interpretationsbedürftig. Dabei geht es dann nicht einfach darum, psychologische oder soziologische Forschung zu betreiben und Motive und Bewußtseinszustände von

¹³⁷ Diese Auslegungsform läßt sich dann als systematisch-teleologische Auslegung bezeichnen, so etwa Bydlinski (1982), 454 ff.

Abgeordneten zu ermitteln. Der „Wille des historischen Gesetzgebers“ ist weniger ein psychologischer Sachverhalt als das „normative Konstrukt“¹³⁸ eines Interpreten im Umgang mit bestimmten Rechtstexten und historischen Materialien. Entsprechend ist die Unterstellung zu verstehen, der Gesetzgeber sehe die Begründung, die sich aus den Gesetzesmaterialien ergebe, als rechtfertigend an. Sie beruht auf der Unterstellung, der „Gesetzgeber“ habe wenigstens die Absicht, so zu entscheiden, wie es begründet ist, mögen die rechtlichen Regelungen und die Begründungen in der Sache auch nicht überzeugen.¹³⁹ Ob Abgeordnete das Gesetz tatsächlich für die beste Lösung halten, ob sie es nicht lediglich verabschieden, um Wählerstimmen zu erlangen, ob das Gesetz ein politischer Kompromiß ist, den alle allenfalls für die zweitbeste Lösung halten, ist danach grundsätzlich nicht relevant. Welche Abgeordnete, welche Regelungen tatsächlich für wie gut begründet halten, lässt sich in der Regel auch gar nicht feststellen.

Eine genauere Beschreibung der möglichen Varianten objektiver und subjektiv-teleologischer Auslegung ist hier nicht angestrebt. Festzuhalten bleibt, daß es sich bei der teleologischen Gesetzauslegung, wie sie eben umrissen wurde, um eine Auslegung nach rechtfertigenden Gründen für die Setzung eines Rechtssatzes als Gesetz durch eine historische oder gedachte rechtsetzende Instanz handelt, nach Gründen für rechtsetzendes Handeln also. Dabei wird dieser rechtsetzenden Instanz wenigstens die Absicht unterstellt, diejenige Regelung als Recht zu setzen, die als Recht zu setzen begründet ist. Bei der teleologischen Auslegung geht es also darum, sich in die Perspekti-

¹³⁸ Vgl. Schroth (1983), 79.

¹³⁹ Siehe dazu Kriele (1979), 77 ff.

ve des näher beschriebenen Gesetzgebers in der näher beschriebenen Entscheidungssituation hineinzuversetzen und bei Beachtung der für die jeweilige Variante teleologischer Auslegung kennzeichnenden Restriktionen die besten rechtfertigenden Zwecke für die Setzung des betreffenden Rechtssatzes als Gesetz zu ermitteln und nach diesen Zwecken dann das Gesetz auszulegen.

Je nach Ausmaß der zu beachtenden Restriktionen ist das Ermitteln der maßgeblichen rechtfertigenden Gründe mit einem hohen Maß an Eigenwertungen dessen verbunden, der auslegt. So richtet es sich nach den Folgen (im weitesten Sinne) der Anwendung eines Rechtssatzes als Gesetz, ob und nach welchen Gründen die Setzung als Gesetz gerechtfertigt ist. Um die rechtfertigenden Gründe eines Gesetzes zu ermitteln, ist also nach der Rechtfertigung für die Folgen der Anwendung des betreffenden Rechtssatzes zu fragen. Diese Folgen liegen aber in der Regel nicht in der Weise fest, daß von bestimmten vorgegebenen Folgen einfach auf bestimmte Gesetzeszwecke zurückgeschlossen werden könnte.¹⁴⁰ Die Folgen können vielschichtig und müssen nicht alle „bezweckte“ Folgen sein, dann jedenfalls nicht, wenn man den Bereich der für die Auslegung relevanten Folgen weit zieht, und darunter auch solche Folgen faßt, die über bloße Rechtsfolgen oder Folgen für die Verfahrensbeteiligten hinausgehen.¹⁴¹ Mindestens stehen die voneinander verschiedenen Folgen der verschiedenen möglichen Auslegungsvarianten zu Beginn der Auslegung noch nicht als „bezweckte“ Folgen fest. Mit der Qualifizierung als bezweckte Folgen wäre das Ergebnis der Auslegung sonst bereits vorweggenommen. Hinzu

¹⁴⁰ Siehe dazu Peczenik (1983), 117 ff.

¹⁴¹ Zur Folgenberücksichtigung im Rahmen der teleologischen Interpretation vgl. auch Koch/Rüßmann (1982), 227 ff.

kommt, daß es in der Regel mehrere Zwecke sind, die auf der Ebene der Rechtfertigung des betreffenden Rechtssatzes relevant sind.¹⁴² Dazu zählen dann in aller Regel auch Zwecke, die gegen die Setzung und Anwendung des betreffenden Rechtssatzes sprechen. Geht es beispielsweise um die Gründe eines vernünftigen Gesetzgebers für die Setzung einer Regelung, die ein Verhalten reglementiert, von dem abzuweichen direkt oder indirekt Sanktionen nach sich ziehen soll, ist grundsätzlich auch der Zweck der Vermeidung der Androhung oder Anwendung rechtlichen Zwangs zu berücksichtigen. Die Frage nach den besten rechtfertigenden Gründen ist insoweit genaugenommen die Frage, welche Zwecke bzw. korrespondierenden Normen in welchem Rangverhältnis die beste Rechtfertigung für die Setzung und Anwendung des betreffenden Rechtssatzes abgeben.

Die teleologische Auslegung stellt sich danach nicht einfach als Rückschluß von einer vorgegebenen Folge auf einen bestimmten Gesetzeszweck dar, insbesondere die objektiv-teleologische Auslegung nicht. Stattdessen hat der Auslegende bei Beachtung der jeweiligen Restriktionen zwischen den möglichen Auslegungen des Gesetzes, den verschiedenen Folgen der Anwendung des Gesetzes in den verschiedenen Auslegungsvarianten, zwischen den möglichen Gründen für und gegen die Herbeiführung solcher Folgen und den Folgen der Auslegung des Gesetzes im Lichte solcher Gründe hin- und herzugehen. Er muß die in Betracht kommenden Folgen und rechtfertigenden Zwecke bzw., soweit konkurrierende Zwecke im Spiel sind, die verschiedenen Rangverhältnisse zwischen den Zwecken bzw. zwischen den korrespondierenden Normen aus der jeweils zugrundegelegten Gesetzgeberper-

¹⁴² Vgl. Engisch (1983), 80; Köbl (1979), 1033 ff.

spektive vergleichen und einer vergleichenden Bewertung unterziehen. Das Stadium in dem dieses Hin- und Hergehen und diese vergleichende Bewertung zu einem Endpunkt gelangt ist, läßt sich als Stadium eines Überlegungsgleichgewichts teleologisch-interpretatorischer Art bezeichnen.¹⁴³ Soweit in diesem Verfahren Rangverhältnisse zwischen konkurrierenden Zwecken bzw. korrespondierenden Normen zu vergleichen und vergleichend zu bewerten sind, handelt es sich um ein abwägendes Überlegungsgleichgewicht teleologisch-interpretatorischer Art.

Nimmt man die Restriktion hinzu, daß die teleologische Auslegung mit den rechtfertigenden Gründen anderer Rechtssätze kohärent sein soll, reduziert sich das Ausmaß der Eigenwertungen des Richter, das zum Erreichen des Überlegungsgleichgewichts teleologisch-interpretatorischer Art erforderlich ist, dadurch nur in sehr begrenztem Maße. Der Grund dafür liegt nicht nur darin, daß ja auch das Ermitteln der rechtfertigenden Gründe der anderen Rechtsätze im Verfahren des Überlegungsgleichgewichts Eigenwertungen des Richters notwendig macht, insbesondere dann, wenn es um Zwecke objektiv-teleologischer Art geht. Der Grund dafür ist vor allem der, daß sich die rechtfertigenden Gründe, wie eben angesprochen wurde, in aller Regel erst aus einer Verhältnisbestimmung zwischen konkurrierenden Zwecken bzw. aus einer Abwägung zwischen korrespondierenden *prima facie*-Normen ergeben. Aus der Rangbestimmung zwischen bestimmten Normen für bestimmte Konfliktlagen lassen

¹⁴³ Vgl. auch Mac Cormick (1978), 245. Dort bezeichnet Mac Cormick den Endpunkt eines Prozesses, in dem, ausgehend von Rechtssätzen, nach Prinzipien gesucht wird, die diesen Rechtssätzen zugrundeliegen, in dem die Rechtssätze dann im Lichte dieser Prinzipien verstanden werden, als Überlegungsgleichgewicht.

sich aber nur in sehr begrenztem Umfang Rückschlüsse darauf ziehen, wie die Rangbeziehungen in anderen Konfliktlagen oder gar bei Beteiligung anderer *prima facie*-Normen beschaffen sind. Andere haben das näher ausgeführt. Auf ihre Ausführungen sei hier verwiesen.¹⁴⁴ Jedenfalls kann der Richter seine Auslegung nach dem oben im ersten Teil Gesagten nicht auf abstrakte Abwägungen in einer der oben angegebenen voraussetzungsvollen Varianten stützen, schon gar nicht auf abstrakte Rangbeziehungen dieser Art, die in irgendeiner Weise in der positiven Rechtsordnung vorfindlich sind. So verführerisch der Gedanke einer Auslegung aus einem teleologischen System des Rechts mit innerer Folgerichtigkeit auch sein mag:¹⁴⁵ Die schwierigste Aufgabe ist nicht das Auffinden von rechtfertigenden Prinzipien, sondern das Ermitteln von Rangverhältnissen zwischen den rechtfertigenden *prima facie*-Normen. Im Blick auf solche Rangverhältnisse ist die Aussagekraft von Erwägungen der Kohärenz mit rechtfertigenden Gründen anderer Rechtssätze aber häufig nur gering.

Die eben angesprochene Variante des Verfahrens des Überlegungsgleichgewichts betrifft lediglich die positiv-rechtliche Begründungsebene. Ob es begründet ist, nach den Ergebnissen teleologischer Auslegung zu entscheiden, vor allem nach den Ergebnissen welcher Variante

¹⁴⁴ Siehe vor allem Steiner (1976), 152 ff.; daneben auch Alexy (1979), 82 ff.

¹⁴⁵ Vgl. etwa die Ausführungen zum teleologischen System (40 ff.), und zur Auslegung aus dem inneren System heraus (116 ff.) bei Canaris (1983), dazu auch die kritische Besprechung von Wieacker (1970), 107 ff. Oder vgl. z. B. Raisch (1988), 34 ff., nach dem die systematische Auslegung aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung heraus geeignet ist, Normkonkurrenzen zu klären und die Bindung des Richters zu garantieren. Vgl. daneben auch das Kohärenzmodell der Interpretation nach rechtfertigenden Gründen bei Dworkin (1986), insbes. Kap. 7, 9 ff.

teleologischer Auslegung, entscheidet sich nach dem Gesagten in letzter Instanz auf der moralischen Begründungsebene. Letzlich kommt es demnach auf ein moralisch abwägendes Überlegungsgleichgewicht an, in dem die verschiedenen Begründungsebenen und dabei auch die verschiedenen Varianten des teleologisch-interpretatorischen Überlegungsgleichgewichts durchlaufen sind und in der die Urteile verschiedener Explikationsstufen, insbesondere einzelfallbezogene Urteile, Urteile über die Geltung von Zuordnungsnormen sowie abwägende und Prinzipienurteile auf der moralischen Begründungsebene aneinander angepaßt sind. Die moralische und die positiv-rechtliche Begründungsebene mögen sich praktisch nicht immer säuberlich trennen lassen. Auch mögen Richter ihre Wertungen auf der moralischen Begründungsebene häufig nur in einer mehr oder weniger intuitiven Weise treffen. Das ändert nichts daran, daß verschiedene Ebenen der Begründung betroffen sind. Werden sie nicht unterschieden, gerät etwas Wesentliches aus dem Blick: die moralischen Grundlagen richterlicher Handlungsbegründung.

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

- GMS Grundlegung zur Metaphysik der Sitten
KpV Kritik der praktischen Vernunft
KrV Kritik der reinen Vernunft
MSR Metaphysik der Sitten: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre
MST Metaphysik der Sitten: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre
RGV Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft

- Adomeit, Klaus (1969): Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969.
- Albert, Hans (1969): Traktat über kritische Vernunft, 2. Aufl. Tübingen 1969.
- Alchourrón, Carlos E./Bulygin, Eugenio (1981): The Expressive Conception of Norms, in: Risto Hilpinen (Hg.): New Studies in Deontic Logic, Dordrecht 1981, 95 ff.
- /– (1984): Pragmatic Foundations for a Logic of Norms, in: Rechtstheorie 15 (1984), 453 ff.
- Alexy, Robert (1978): Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a. M. 1978.
- (1979): Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Rechtstheorie Beiheft 1 (1979), 59 ff.
- (1985): Theorie der Grundrecht, Baden-Baden 1985.
- (1985 a): Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 25 (1985), 13 ff.
- (1987): Rechtssystem und praktische Vernunft, in: Rechtstheorie 18 (1987), 405 ff.

- (1989): Probleme der Diskurstheorie, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 43 (1989), 81 ff.
- Alphéus, Karl (1981): *Kant und Scheler*, hg. von Barbara Wolandt, Bonn 1981.
- Alston, William P. (1965): Motives an Motivation, in: Paul Edwards (Hg.): *The Encyclopedia of Philosophy*, Bd. 5, London 1965, 399 ff.
- (1979): Self-Warrant: A Neglected Form of Privileged Access, in: *American Philosophical Quarterly* 13 (1976), 257 ff.
- (1987): Zwei Arten von Fundamentalismus, in: Bieri (1987), 217 ff.
- Apel, Karl-Otto (1976): *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, Frankfurt a. M. 1976.
- (1986): Grenzen der Diskursethik? Versuch einer Zwischenbilanz, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 40 (1986), 3 ff.
- (1988): *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Frankfurt a. M. 1988.
- Assmann, Heinz-Dieter/Kirchner, Christian/Schanze, Erich (Hg.) (1978): *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg/Ts. 1978.
- Aul, Joachim (1983): Aspekte des Universalisierungspostulats in Kants Ethik, in: *Neue Hefte für Philosophie* 22 (1983), 62 ff.
- Baier, Kurt (1974): *Der Standpunkt der Moral*, Düsseldorf 1974.
- Baron, Marcia (1987): Kantian Ethics and Supererogation, in: *The Journal of Philosophy* 84 (1987), 237 ff.
- Barry, Brian (1965): *Political Arguments*, London 1965.
- Baumgartner, Hans Michael (Hg.) (1979): *Prinzip Freiheit*, Freiburg/München 1979.
- Beck, Lewis White (1960/1961): Das Faktum der Vernunft: Zur Rechtfertigungsproblematik in der Ethik, in: *Kant-Studien* 52 (1960/1961), 271 ff.
- (1974): *Kants „Kritik der praktischen Vernunft“*, München 1974.
- Beckermann, Ansgar (1985): Handeln und Handlungserklärungen, in: ders. (Hg.): *Analytische Handlungstheorie*, Bd. 2, Frankfurt a. M. 1985.

- Behrens, Peter (1986): Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen 1986.
- Benditt, Theodore M. (1975): Law and the Balancing of Interests, in: *Social Theory and Practice* 3 (1975), 321 ff.
- Berlin, Isaiah (1969): Two Concepts of Liberty, in: ders.: *Four Essays on Liberty*, London, Oxford, New York 1969.
- Bieri, Peter (Hg.) (1987): Analytische Philosophie der Erkenntnis, Frankfurt a. M. 1987.
- Bittner, Rüdiger (1983): *Moralisches Gebot oder Autonomie*, Freiburg/München 1983.
- Bond, E. J. (1983): *Rason and Value*, Cambridge 1983.
- Brandenburg, Hans F. (1983): *Die teleologische Reduktion*, Göttingen 1983.
- Brandt, Richard B. (1979): *A Theory of the Good and the Right*, Oxford 1979.
- Brock, Dan W. (1977): The Justification of Morality, in: *American Philosophical Quarterly* 14 (1977), 71 ff.
- Busse, Dietrich (1989): Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes, in: Friedrich Müller (Hg.): *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin 1989, 93 ff.
- Bydlinski, Franz (1982): *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York, 1982.
- (1988): *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, Wien, New York 1988.
- Campbell, T. D. (1974/1975): Equality of Opportunity, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 75 (1974/1975), 51 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm (1983): *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl. Berlin 1983.
- Carnap, Rudolf (1972): *Bedeutung und Notwendigkeit*, Wien, New York 1972.
- Chisholm, Roderick M. (1979): *Erkenntnistheorie*, München 1979.
- Dancy, Jonathan (1983): Ethical Particularism and Morally Relevant Properties, in: *Mind* 92 (1983), 530 ff.
- Daniels, Norman (1979): Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics, in: *The Journal of Philosophy* 76 (1979), 256 ff.

- (1980): Reflective Equilibrium and Achimedian Points, in: Canadian Journal of Philosophy 10 (1980), 83 ff.
- Davidson, Donald (1979): How ist Weakness of the Will Possible?, in: Joel Feinberg (Hg.): Moral Concepts, Oxford 1979, 93 ff.
- de Paul, Michael R. (1986): Reflective Equilibrium and Foundationalism, in: American Philosophical Quarterly 23 (1986), 59 ff.
- Dreier, Ralf (1973): Probleme der Rechtsquellenlehre, in: Festschr. für Hans J. Wolff, München 1973, 3 ff.
- (1981): Recht und Moral, in: ders.: Recht-Moral-Ideologie, Frankfurt a. M. 1981, 194 ff.
- (1986): Der Begriff des Rechts, in: Neue Juristische Wochenschrift 39 (1986), 890 ff.
- (1986 a): Rechtsbegriff und Rechtsidee, Frankfurt a. M. 1986.
- (1987): Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, in: Rechtstheorie 18 (1987), 204 ff.
- Druey, Jean Nicolas (1981): Interessenabwägung - Eine Methode?, in: St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Bern, Stuttgart 1981, 131 ff.
- Dworkin, Ronald (1984): Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a. M. 1984.
- (1986): Law's Empire, London 1986.
- Eeckhoff, Johann (1981): Verstärkte Wirkungsanalyse als Alternative zur „Perfektionierung“ der Nutzwertanalyse, in: Institut für Regionalplanung der Universität Karlsruhe, Kritik der Nutzwertanalyse, Karlsruhe 1981, 38 ff.
- Engisch, Karl (1971): Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, München 1971.
- (1983): Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1983.
- Esser, Josef (1956): Grundsatz und Norm in der Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.
- (1976): Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1972.
- Fach, Wolfgang (1974): Begriff und Logik des „öffentlichen Interesses“, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 60 (1974), 231 ff.

- Feinberg, Joel (1980): The Interest in Liberty on the Scales, in: ders.: *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton 1980, 30 ff.
- Fichte, Johann Gottlieb (1798): *Das System der Sittenlehre*, Neudruck auf der Grundlage der von Fritz Medicus hg. 2. Aufl. von 1922, 2. Aufl. Hamburg 1969.
- Fikentscher, Wolfgang (1977): *Methoden des Rechts*, Bd. 4, Tübingen 1977.
- Foot, Philippa (1978): Are Moral Considerations Overriding?, in: dies.: *Virtues and Vices*, Oxford 1978, 181 ff.
- (1983): Moral Realism and Moral Dilemma, in: *The Journal of Philosophy* 80 (1983), 379 ff.
- Frankena, William K. (1958): Obligation and Motivation in Recent Moral Philosophy, in: A. I. Melden (Hg.): *Essays in Moral Philosophy*, Seattle 1958, 40 ff.
- (1972): *Analytische Ethik*, München 1972.
- Gäfgen, Gerard (1974): Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, 3. Aufl. Tübingen 1974.
- Garzón Valdés, Ernest (1987): Kann Paternalismus ethisch gerechtfertigt werden?, in: *Rechtstheorie* 18 (1978), 273 ff.
- Geddert, Heinrich (1984): *Recht und Moral*, Berlin 1984.
- Gern, Alfons (1986): Güterabwägung als Auslegungsprinzip des öffentlichen Recht, in: *Die Öffentliche Verwaltung* 39 (1986), 462 ff.
- Göldner, Detlef Christoph (1969): *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin 1969.
- Gölz, Walter (1986): Wahrheit und Sein, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 11 (1986), 1 ff.
- Gowans, Christopher W. (Hg.) (1987): *Moral Dilemmas*, Oxford, New York 1987.
- (1989): Moral Dilemmas and Prescriptivism, in: *American Philosophical Quarterly* 26 (1989), 187 ff.
- Green, J. D. (1989): Competitive Equality of Opportunity: A Defense, in: *Ethics* (1989), 23 ff.
- Günther, Klaus (1988): *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M. 1988.
- (1989): Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie

- der juristischen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 20 (1989), 163 ff.
- Haag, Karl (1970): *Rationale Strafzumessung*, Köln, Berlin, Bonn, München 1970.
- Habermas, Jürgen (1971): Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: ders./Niklas Luhmann: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a. M. 1971, 101 ff.
- (1976): Intention, Konvention und sprachliche Interaktion, in: ders. (1984), 307 ff.
- (1979): Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Frankfurt a. M. 1979.
- (1980): Replik auf Einwände, in: ders. (1984), 475 ff.
- (1984): Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt a. M. 1984.
- (1985): Die Neue Unübersichtlichkeit, Frankfurt a. M. 1985.
- (1986): Moralität und Sittlichkeit, in: Wolfgang Kuhlmann (1986), 16 ff.
- (1987): Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, in: *Kritische Justiz* 20 (1987), 1 ff.
- (1988): Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: ders.: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 3. Aufl. Frankfurt a. M. 1988 (1. Aufl. Frankfurt a. M. 1983), 90 ff.
- Haller, Rudolf (1974): Über das sogenannte Münchhausentrilemma, in: *Ratio* 16 (1974), 113 ff.
- Hare, R. M. (1971): Meaning and Speech Acts, in: ders.: *Practical Inferences*, London Basingstoke 1971, 74 ff.
- (1972): Die Sprache der Moral, Frankfurt a. M. 1972.
- (1973): Freiheit und Vernunft, Düsseldorf 1973.
- (1981): *Moral Thinking*, Oxford 1981.
- Hart, H. L. A. (1973): *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt a. M. 1973.
- (1983): Positivism and the Separation of Law and Morals, in: ders.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, 49 ff.
- Hartmann, Klaus (1981): *Politische Philosophie*, Freiburg/München 1981.

- Hartmann, Nicolai (1962): *Ethik*, 4. Aufl. Berlin 1962.
- Hassemer, Winfried (1968): *Tatbestand und Typus*, Köln, Berlin, Bonn, München 1968.
- (1982): Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, in: *Festschr. für Helmut Coing*, Bd. 1, München 1982, 493 ff.
- (1986): Juristische Hermeneutik, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986), 195 ff.
- Hassold, Gerhard (1981): Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß* 94 (1981), 192 ff.
- Hayek, Friedrich A. v. (1983): *Die Verfassung der Freiheit*, 2. Aufl. Tübingen 1983.
- Heck, Philipp (1912): Das Problem der Rechtsgewinnung, in: Heck (1968), 9 ff.
- (1914): Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: (Heck 1968), 46 ff.
- (1931): Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, in: Heck (1968), 142 ff.
- (1968): Das Problem der Rechtsgewinnung ..., redigiert von Roland Dubischar, Bad Homburg vor der Höhe, Berlin, Zürich 1968.
- Heckhausen, Heinz (1980): *Motivation und Handeln*, Berlin, Heidelberg, New York 1980.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1821): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, hg. von Johannes Hoffmeister, 4. Aufl. Hamburg 1967.
- Henkel, Heinrich (1977): *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. München 1977.
- Henrich, Dieter (1973): Der Begriff der sittlichen Einsicht und Kants Lehre vom Faktum der Vernunft, in: Gerold Prauss (Hg.): *Kant: Zur Deutung seiner Theorie von Erkennen und Handeln*, Köln 1973, 223 ff.
- (1975): Die Deduktion des Sittengesetzes, in: *Festschr. für Wilhelm Weischedel*, Darmstadt 1975, 55 ff.
- Heyd, David (1982): *Supererogation: Its Status in Ethical Theory* Cambridge 1982.

- Hirsch, Walter (1985): Die Idee bei Platon und Kant und ihr Staatsideal, in: Perspektiven der Philosophie 11 (1985), 349 ff.
- Hodgson, D. H. (1967): *Consequences of Utilitarianism*, Oxford 1967.
- Höffe, Otfried (1974): Kategorie Streben, in: ders. (1979), 311 ff.
- (1975) (Hg.): *Einführung in die utilitaristische Ethik*, München 1975.
- (1976): Kritische Überlegungen zur Konsensustheorie der Wahrheit (Habermas), in: ders. (1979), 251 ff.
- (1979): *Ethik und Politik*, Frankfurt a. M. 1979.
- (1979 a): Recht und Moral, ein kantischer Problemaufriss, in: *Neue Hefte für Philosophie* 17 (1979), 1 ff.
- (1987): Der kategorische Imperativ als Grundbegriff einer normativen Rechts- und Staatsphilosophie, in: *Festschr. für Robert Spaemann*, Weinheim 1987, 87 ff.
- Hoerster, Norbert (1977): *Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung*, 2. Aufl. Freiburg/München 1977.
- (1977 a): John Rawls' Kohärenztheorie der Normenbegründung, in: Otfried Höffe (Hg.): *Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 1977, 57 ff.
- (1979): Zum begrifflichen Verhältnis von Recht und Moral, in: *Neue Hefte für Philosophie* 17 (1979), 77 ff.
- (1986): Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 39 (1986), 2480 ff.
- Hospers, John (1952): *Why be Moral?*, in: ders./Wilfrid Sellars (Hg.): *Readings in Ethical Theory*, New York 1952, 730 ff.
- Hubmann, Heinrich (1977): *Wertung und Abwägung im Recht*, Köln, Berlin, Bonn, München 1977.
- Ilting, Karl Heinz (1982): Der Geltungsgrund moralischer Normen, in: Wolfgang Kuhlmann/Dietrich Böhler (Hg.): *Kommunikation und Reflexion*, Frankfurt a. M. 1982, 612 ff.
- Ipsen, Jörn (1975): *Richterrecht und Verfassung*, Berlin 1975.
- (1984): Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 99 (1984), 1102 ff.
- Käubler, Bruno (1917): *Der Begriff der Triebfeder in Kants Ethik*, Leipzig 1917.
- Kambartel, Friedrich (1979): *Moralisches Argumentieren – Methodische Analysen zur Ethik*, in: ders. (1979 a), 54 ff.

- (1979 a): (Hg.) Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie, Frankfurt a. M. 1979.
 - (1989): Begründungen und Lebensformen, in: ders.: Philosophie der humanen Welt, Frankfurt a. M. 1989, 44 ff.
- Kant, Immanuel (1900 ff.): Gesammelte Schriften, hg. von der Königlich Preußischen (später: Deutschen) Akademie der Wissenschaften zu Berlin, 1900 ff. Zitierweise: Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die arabischen die Seitenzahl.
- Kaufmann, Arthur (1984): Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, in: ders.: Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Köln, Berlin, Bonn, München 1984, 79 ff.
- Kaulbach, Friedrich (1988): Immanuel Kants „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“, Darmstadt 1988.
- Keller, Josef A. (1981): Grundlagen der Motivation, München, Wien, Baltimore 1981.
- Kelsen, Hans (1960): Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (Neudruck Wien 1983).
- (1965): Was ist Rechtspositivismus?, in: Juristenzeitung 20 (1965), 465 ff.
 - (1979): Allgemeine Theorie der Normen, hg. von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Wien 1979.
- Kersting, Wolfgang (1984): Wohlgeordnete Freiheit, Berlin, New York 1984.
- Klug, Ulrich (1982): Juristische Logik, 4. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1982.
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut (1982): Juristische Begründungslehre, München 1982.
- Köbl, Ursula (1979): Allgemeine Rechtstheorie – Aspekte der Gesetzesbindung, in: Festschr. zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Bd. 2, Köln, Berlin, Bonn, München 1979, 1005 ff.
- Koller, Peter (1983): Rawls' Differenzprinzip und seine Deutungen, in: Erkenntnis 20 (1983), 1 ff.
- Krawietz, Werner (1987): Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, in: Rechtstheorie 18 (1987), 209 ff.
- Krems, Burkhardt (1979): Grundfragen der Gesetzgebungslehre, Berlin 1979.

- Krey, Volker (1978): Rechtsfindung contra legem als Verfassungsproblem (III), in: *Juristenzeitung* 33 (1978), 465 ff.
- Kriele, Martin (1976): *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. Berlin 1976.
- (1979): *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979.
- (1981): *Einführung in die Staatslehre*, 2. Aufl. Opladen 1981.
- Krings, Hermann (1970): *Freiheit. Ein Versuch Gott zu denken*, in: ders. (1980), 161 ff.
- (1973): Handbuchartikel: *Freiheit*, in: ders. (1980), 99 ff.
- (1978): *Einführung und Diskussionsbeiträge*, in: Willi Oelmüller (Hg.): *Normenbegründung – Normendurchsetzung*, Paderborn 1978, 217 ff.
- (1978 a): *Empirie und Apriori*, in: ders. (1980), 69 ff.
- (1979): *Replik*, in: Baumgartner (1979), 345 ff.
- (1980): *System und Freiheit*, Freiburg/München 1980.
- (1983): *Die systematische Struktur der Normenbegründung*, in: Dieter Henrich (Hg.): *Kant oder Hegel?*, Stuttgart 1983, 625 ff.
- Kühl, Kristian (1984): *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung*, Freiburg/München 1984.
- Kuhlmann, Wolfgang (1985): *Reflexive Letztbegründung*, Freiburg/München 1985.
- (1986) (Hg.): *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt a. M. 1986.
- Kutschera, Franz v. (1975): *Sprachphilosophie*, 2. Aufl. München 1975.
- (1981): *Grundfragen der Erkenntnistheorie*, Berlin, New York 1981.
- (1982): *Grundlagen der Ethik*, Berlin, New York 1982.
- Ladeur, Karl-Heinz (1983): „*Abwägung*“ – ein neues Rechtsparadigma?, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 69 (1983), 463 ff.
- (1984): „*Abwägung*“ – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts, Frankfurt a. M., New York 1984.
- (1988): Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 74 (1988), 218 ff.
- Larenz, Karl (1929): *Das Problem der Rechtsgeltung*, Berlin 1929.

- (1979): *Richtiges Recht*, München 1979.
- (1983): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1983.
- Lauener, Henri (1981): The Systematic Significance of the Feeling of Respect in Kant's Ethics, in: *Acta Philosophica Fennica* 32 (1981), 126 ff.
- Laun, Rudolf (1935): *Recht und Sittlichkeit*, 3. Aufl. Berlin 1935.
- Leisner, Walter (1980): *Der Gleichheitsstaat*, Berlin 1980.
- Lempert, Richard (1988): The Autonomy of Law, in: Teubner (1988), 152 ff.
- Lewis, David (1972): Utilitarianism and Truthfulness, in: *Australasian Journal of Philosophy* (1972), 17 ff.
- Lindworsky, Johannes (1934): *Das Seelenleben der Menschen*, Bonn 1934.
- Lippold, Rainer (1988): Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, in: *Rechtstheorie* 19 (1988), 463 ff.
- Lloyd-Thomas, D. A. (1977): Competitive Equality of Opportunity, in: *Mind* 86 (1977), 388 ff.
- Lorenzen, Paul (1979): Brief an Kambartel, in: *Kambartel* (1979 a), 225 ff.
- Lübbe-Wolff, Gertrude (1981): *Rechtsfolgen und Realfolgen*, Freiburg/München 1981.
- Luhmann, Niklas (1969): Normen in soziologischer Perspektive, in: *Soziale Welt* 20 (1969), 28 ff.
- (1974): *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1974.
- (1974 a): Die Systemreferenz von Gerechtigkeit, in: *Rechtstheorie* 5 (1974), 201 ff.
- (1980): *Rechtssoziologie*, 2. Aufl. Opladen 1980.
- (1983): Die Einheit des Rechtssystems, in: *Rechtstheorie* 14 (1983), 129 ff.
- (1985): Die soziologische Beobachtung des Rechts, Frankfurt a. M. 1975.
- (1986): Die Codierung des Rechtssystems, in: *Rechtstheorie* 17 (1986), 171 ff.
- (1988): *Ökologische Kommunikation*, 2. Aufl. Opladen 1980.
- (1988 a): Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts, in: *Rechtstheorie* 19 (1988), 11 ff.

- (1988 b): Closure and Openness: On Reality in the World of Law, in: Teubner (1988), 335 ff.
- Mac Callum, Gerald C. (1967): Negative and Positive Freedom, in: *Philosophical Review* 76 (1967), 312 ff.
- Mac Cormick, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.
- Mackie, John Leslie (1981): *Ethik*, Stuttgart 1981.
- Maus, Ingeborg (1989): Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts, in: *Rechtstheorie* 20 (1989), 191 ff.
- Mettenheim, Christoph (1984): *Recht und Rationalität*, Tübingen 1984.
- Mittelstraß, Jürgen (1975): Über Interessen, in: ders. (Hg.): *Methodologische Probleme einer normativ-kritischen Gesellschaftstheorie*, Frankfurt a. M. 1975, 126 ff.
- (1984): Gibt es eine Letztbegründung?, in: Peter Janich (Hg.): *Methodische Philosophie*, Mannheim, Wien, Zürich 1984, 12 ff.
- Mittenzwei, Ingo (1988): *Teleologisches Rechtsverständnis*, Berlin 1988.
- Moritz, Manfred (1951): *Studien zum Pflichtbegriff in Kants kritischer Ethik*, Lund 1951.
- Müller, Friedrich (1984): *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin 1984.
- (1989): *Juristische Methodik*, 3. Aufl. Berlin 1989.
- Nagel, Thomas (1979): *The Possibility of Altruism*, Princeton, New Jersey 1970.
- (1984): Die Verschiedenheit der Werte, in: ders.: *Über das Leben, die Seele und den Tod*, Königstein/Ts. 1984, 146 ff.
- (1986): *The View from Nowhere*, New York, Oxford 1986.
- Neumann, Ulfrid (1986): *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986.
- Nielsen, Kai (1984): Why should I be Moral? Revisted, in: *American Philosophical Quarterly* 21 (1984), 81 ff.
- Ortwein, Birger (1983): *Kants problematische Freiheitslehre*, Bonn 1983.
- Ott, Walter (1976): *Der Rechtspositivismus*, Berlin 1976.
- Paton, H. J. (1962): *Der kategorische Imperativ*, Berlin 1962.
- Patzig, Günther (1983): *Die logischen Formen praktischer Sätze*

- in Kants Ethik, in: ders.: *Ethik ohne Metaphysik*, Göttingen 1983, 101 ff.
- (1986): „Principium diindicationis“ und „Principium executio-
nis“, in: Gerold Prauss (Hg.): *Handlungstheorie und Tran-
szendentalphilosophie*, Frankfurt a. M. 1986, 204 ff.
- Paulson, Stanley (1980): Zum Problem der Normenkonflikte, in:
Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 66 (1980), 487 ff.
- Pawlowski, Hans-Martin (1986): *Einführung in die juristische
Methodenlehre*, Heidelberg 1986.
- (1988): Zur Aufgabe der Rechtsdogmatik im Staat der Glau-
bensfreiheit, in: *Rechtstheorie* 19 (1988), 409 ff.
- Peczenik, Aleksander (1983): *Grundlagen der juristischen Argu-
mentation*, Wien, New York 1983.
- (1986): *A Model of Legal Reasoning*, in: *Rechtstheorie* Beiheft
10 (1986), 67 ff.
- (1989): *On Law and Reason*, Dordrecht, Boston, London
1989.
- Penski, Ulrich (1989): Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, in:
Juristenzeitung 44 (1989), 105 ff.
- Perelman, Chaim (1967): *Über die Gerechtigkeit*, München
1967.
- Pfänder, Alexander (1963): *Phänomenenologie des Wollens*, in:
ders.: *Phänomenologie des Wollens/Motive und Motivation*, 3.
Aufl. München 1963, 1 ff.
- Pieper, Annemarie (1979): Die Wahl der Freiheit als Freiheit der
Wahl, in: Baumgartner (1979), 75 ff.
- Pleines, Jürgen Eckardt (1983): *Praxis und Vernunft*, Würzburg,
Amsterdam 1983.
- Pollock, John L. (1974): *Knowledge and Justification*, Princeton
1974.
- Posner, Richard A. (1977): *Economic Analysis of Law*, 2. Aufl.
Boston, Toronto 1977.
- Pothast, Ulrich (1980): *Die Unzulänglichkeit der Frei-
heitsbeweise*, Frankfurt a. M. 1980.
- Preis, Ulrich (1987): *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Ar-
beitsverhältnissen*, München 1987.
- Priester, Jens-Michael (1984): Die Grundnorm – eine Chimäre,
in: *Rechtstheorie* Beiheft 5 (1984), 211 ff.

- Pybus, Elizabeth M. (1975): Kant's Concept of „Respect“, in: *Kant-Studien* 66 (1975), 58 ff.
- (1982): „Saints and Heroes“, in: *Philosophy* 57 (1982), 193 ff.
- (1986): A plea for the Supererogatory: A Reply, in: *Philosophy* 61 (1986), 526 ff.
- Quinton, Anthony (1973): *The Nature of Things*, London, Boston 1973.
- Rahlf, Joachim (1976): Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre, in: Ulfrid Neumann / Joachim Rahlf / Eike v. Savigny (Hg.): *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München 1976.
- Raisch, Peter (1988): *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungscanones für die praktische Rechtsanwendung*, Heidelberg 1988.
- Rawls, John (1951): Outline of a Decision Procedure for Ethics, in: *Philosophical Review* 60 (1951), 177 ff.
- (1974/1975): The Independence of Moral Theory, in: *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* 48 (1974/1975), 5 ff.
- (1979): *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 1979.
- (1980): Kantian Constructivism in Moral Theory, in: *The Journal of Philosophy* 77 (1980), 515 ff.
- (1985): Justice as Fairness: Political not metaphysical, in: *Philosophy and Public Affairs* 14 (1985), 223 ff.
- Raz, Joseph (1985/1986): Value Incommensurability: Some Preliminaries, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 86 (1985/1986), 117 ff.
- Reed, T. M. (1988): Critical Studies: Moral Thinking: Its Levels, Method and Point, in: *Philosophia* 18 (1988), 271 ff.
- Reiner, Hans (1963): Kants Beweis zur Widerlegung des Eudämonismus und das Apriori der Sittlichkeit, in: *Kant-Studien* 54 (1963), 129 ff.
- Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (1984) (Hg.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 6, Basel, Stuttgart 1984.
- Ross, Alf (1929): *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig, Wien 1929.
- Ross, W. D. (1955): *The Right and the Good*, Oxford 1955.
- Rottleuthner, Hubert (1980): Zur Methode einer folgenorienten-

- tierten Rechtsanwendung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft n. F. 13 (1980), 97 ff.
- Ryffel, Hans (1969): Rechts- und Staatsphilosophie, Neuwied, Berlin 1969.
- Sambuc, Thomas (1977): Folgenerwägungen im Richterrecht, Berlin 1977.
- Sartorius, Ralf (1983) (Hg.): Paternalism, Minneapolis 1983.
- Schäfer, Hans Bernd/Ott, Claus (1986): Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin, Heidelberg, New York, 1986.
- Schefold, Christoph (1983): Normative Falsifikation als die neue, „naturrechtliche“ Methode der Jurisprudenz?, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Supplementa I, 4 (1983), 81 ff.
- Scheler, Max (1980): Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 6. Aufl. Bern, München 1980.
- Schlink, Bernhard (1976): Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
- Schnädelbach, Herbert (1986): Was ist Neoaristotelismus?, in: Kuhlmann (1986), 38 ff.
- Schneider, Hans-Peter (1975): Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, in: Die Öffentliche Verwaltung 28 (1975), 443 ff.
- Schneider, Harald (1979): Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, Baden Baden 1979.
- Schnoor, Christian (1989): Kants kategorischer Imperativ als Kriterium der Richtigkeit des Handelns, Tübingen 1989.
- Schönke-Schröder (1988): Strafgesetzbuch, Kommentar, 23. Aufl. München 1988.
- Scholler, Heinrich (1969): Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969.
- Schreiber, Hans Ludwig (1966): Der Begriff der Rechtspflicht, Berlin 1966.
- Schreiber, Rupert (1966): Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin, Heidelberg, New York 1966.
- Schroth, Ulrich (1983): Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, Berlin 1983.

- Schuppert, Gunnar Folke (1980): Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein/Ts. 1980.
- Schwemmer, Oswald (1971): Philosophie der Praxis, Frankfurt a. M. 1971.
- (1979): Konstruktiver und deduktiver Begründungsbegriff, in: Kuno Lorenz (Hg.): Konstruktionen versus Positionen, Bd. 2, Berlin, New York 1979, 211 ff.
- (1986): Ethische Untersuchungen, Frankfurt a. M. 1986.
- Searle, John R. (1978): *Prima facie Obligations*, in: Joseph Raz (Hg.): Practical Rasoning, Oxford 1978.
- (1983): Sprechakte, Frankfurt a. M. 1983.
- Sen, Amartya (1980/1981): Plural Utility, in: Proceedings of the Aristotelian Society 81 (1980/1981), 193 ff.
- Sidgwick, Henry (1907): Methods of Ethics, 7. Aufl. 1907 (Neudruck London, Melbourne, Toronto 1967).
- Sieckmann, Jan-Reinard (1988): Das System richterlicher Bindungen und Kontrollkompetenzen, in: Rudolf Mellinghoff / Hans-Heinrich Trute: Die Leistungsfähigkeit des Rechts, Heidelberg 1988.
- (1990): Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990.
- Siep, Ludwig (1979): Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie, Freiburg/München 1979.
- Singer, Marcus George (1975): Verallgemeinerung in der Ethik, Frankfurt a. M. 1975.
- Singer, Peter (1972): Is Act-Utilitarianism self-defeating?, in: Philosophical Review 8 (1972), 94 ff.
- (1974): Sidgwick and Reflective Equilibrium, in: The Monist 58 (1974), 490 ff.
- Sinnott-Armstrong, Walter (1985): Moral Dilemmas and Incomparability, in: American Philosophical Quarterly 22 (1985), 321 ff.
- Smid, Stefan (1988): Recht und Staat als „Maschine“, in: Der Staat 27 (1988), 325 ff.
- (1989): Richterliche Selbsterkenntnis, Berlin 1989.
- Smith, Michael (1987): The Humean theory of Motivation, in: Mind 96 (1987), 36 ff.
- Starck, Christian (1982): Die Anwendung des Gleichheitssatzes,

- in: Christoph Link (Hg.): *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden Baden 1982, 51 ff.
- Steiner, Joseph M. (1976): *Judicial Discretion and the Concept of Law*, in: *Cambridge Law Journal* 35 (1976), 135 ff.
- Sterba, James R. (1978): *Neo-Libertarianism*, in: *American Philosophical Quarterly* 15 (1978), 115 ff.
- Stoutland, Frederick (1978): *Die kausale Theorie der Handlung*, in: Karl-Otto Apel/Juha Manninen/Raimo Tuomela (Hg.): *Neue Versuche über Erklären und Verstehen*, Frankfurt a. M. 1978, 105 ff.
- Strassert, Günter (1973): *Nutzwertanalyse*, in: *Methoden der empirischen Regionalforschung* (1. Teil), Veröffentlichungen der Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Forschungs- und Sitzungsberichte, Bd. 87, Hannover 1973, 147 ff.
- (1981): *Bewertungshokuspokus durch Nutzwertanalyse*, in: *Institut für Regionalwissenschaft der Universität Karlsruhe, Kritik der Nutzwertanalyse*, Karlsruhe 1981, 19 ff.
- Struck, Gerhard (1975): *Interessenabwägung als Methode*, in: Roland Dubischar u. a. (Hg.): *Dogmatik und Methode*, Kronberg/Ts. 1975, 171 ff.
- (1975 a): *Dogmatische Diskussion über Dogmatik*, in: *Juristenzeitung* 30 (1975), 84 ff.
- Tammelo, Ilmar (1977): *Theorie der Gerechtigkeit*, Freiburg/München 1977.
- Taylor, Charles (1988): *What's Wrong with Negative Liberty*, in: ders.: *Philosophy and the Human Sciences*, Bd. 2, Cambridge 1985, 211 ff.
- Teubner, Gunther (1988) (Hg.): *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, New York 1988.
- (1989): *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M. 1989.
- Trapp, Rainer Werner (1988): „*Nicht-klassischer*“ Utilitarismus, Frankfurt a. M. 1988.
- Tugendhat, Ernst (1976): *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt a. M. 1976.
- (1979): *Comments on some Methodological Aspects of Rawls' „Theory of Justice“*, in: *Analyse und Kritik* 1 (1979), 77 ff.
- Urmson, J. O. (1974/1975): *A Defense of Intuitionism*, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 75 (1974/1975), 111 ff.

- Wälde, Thomas W. (1979): Juristische Folgenorientierung, Königstein/Ts. 1979.
- Wank, Rolf (1978): Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978.
- (1988): Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 17 (1988), 314 ff.
- Wasserstrom, Richard A. (1961): *The Judicial Decision*, Stanford, London 1961.
- Weinberger, Christiane und Ota (1979): Logik, Semantik, Hermeneutik, München 1979.
- Weinberger, Ota (1984): On the Meaning of Norm Sentences, Normative Inconsistency, and Normative Entailment, in: Rechtstheorie 15 (1984), 465 ff.
- (1987): Die Präsumtion der Gleichverteilung, in: Festgabe für Alois Troller, Berlin 1987, 487 ff.
- (1989): Rechtslogik, 2. Aufl. Wien, New York 1989.
- Weirich, Paul (1981): A Bias of Rationality, in: Australasian Journal of Philosophy 59 (1981), 31 ff.
- Wellmer, Albrecht (1986): Ethik und Dialog, Frankfurt a. M. 1986.
- Welzel, Hans (1939): Studien zum System des Strafrechts, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 58 (1939), 491 ff.
- Westen, Peter (1985): The Concept of Equal Opportunity, in: Ethics 95 (1985), 837 ff.
- Wieacker, Franz (1970): Besprechung von Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, in: Rechtstheorie 1 (1970), 107 ff.
- Wiethölter, Rudolf (1988): Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 3 (1988), 1 ff.
- Wilkerson, T. E. (1986): Wünschen, Glauben und rationales Handeln, in: Ratio 28 (1986), 102 ff.
- Williams, Bernard (1978): Widerspruchsfreiheit in der Ethik, in: ders.: Probleme des Selbst, Stuttgart 1978, 263 ff.
- (1984): Interne und externe Gründe, in: ders.: *Moralischer Zufall*, Königstein/Ts. 1984, 112 ff.

- Williams, Michael (1980): Coherence, Justification and Truth, in: The review of metaphysics 39 (1980), 244 ff.
- Wimmer, Reiner (1980): Universalisierung in der Ethik, Frankfurt a. M. 1980.
- (1982): Die Doppelfunktion des kategorischen Imperativs, in: Kant-Studien 73 (1982), 291 ff.
- Wolff, Ernst Amadeus (1987): Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Winfried Hassemer (Hg.): Strafrechtspolitik, Frankfurt a. M., Bern, New York 1987, 137 ff.
- Woll, Artur (1987): Volkswirtschaftslehre, 9. Aufl. München 1987.
- Wright, Georg Henrik v. (1963): Norm and Action, London 1963.
- Zimmer, Gerhard (1979): Funktion – Kompetenz – Legitimation, Berlin 1979.
- Zippelius, Reinhold (1982): Rechtsphilosophie, München 1982.
- (1985): Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. München 1985.

Personenregister

- Adomeit, K. 40
Albert, H. 122, 156
Alchourrón, C. 32
Alexy, R. 27, 29, 32, 39, 57, 59, 62 f., 80 ff., 93 f., 98, 105, 108, 110, 139 f., 142, 225, 232, 332, 338 f., 342, 344, 347, 354, 360 f.
Alphéus, K. 191
Alston, W. P. 122 f., 155, 167
Apel, K.-O. 130 f.
Assmann, H.-D. 75
Aul, J. 199
- Baier, K. 28
Baron, M. 279
Barry, B. 105, 107
Beck, L. W. 124 f., 182
Beckermann, A. 166
Behrens, P. 76
Benditt, T. M. 69
Berlin, I. 225 f.
Bieri, P. 122, 129
Bittner, R. 125
Bond, E. J. 165
Brandenburg, H. F. 39
Brandt, R. B. 192, 212
Brock, D. W. 121, 125
Bulygin, E. 32
Busse, D. 38
Bydlinski, F. 291, 360, 362
- Campbell, T. D. 233
Canaris, C.-W. 17, 80, 367
Carnap, R. 124
Chisholm, R. 155
- Dancy, J. 112
Daniels, N. 258
Davidson, D. 49
de Paul, M. R. 260
Dreier, R. 40, 97, 286 f., 291, 325
Druey, J. N. 67, 345
Dworkin, R. 80 ff., 367
- Eeckhoff, J. 109
Esser, J. 43, 80, 314
- Fach, W. 67 f.
Feinberg, J. 226, 230
Fichte, J. G. 255
Fikentscher, W. 296
Foot, P. 47, 49, 121
Frankena, W. K. 31, 156
- Gäfgen, G. 59, 107, 115
Garzón Valdés, E. 240
Geddert, H. 128, 286
Gern, A. 100, 345
Göldner, D. C. 328
Gölz, W. 33
Gowans, C. W. 46 f., 49
Green, J. D. 233
Günther, K. 53
- Haag, K. 100
Habermas, J. 28, 130, 136 ff., 222, 320, 337
Haller, R. 157
Hare, R. M. 29 f., 57, 121, 142, 212 ff.
Hart, H. L. A. 42, 287
Hartmann, K. 301

- Hartmann, N. 110
Hassemer, W. 38, 345
Hassold, G. 43
Hayek, F. A. v. 227, 231
Heck, P. 67, 69, 71, 360
Heckhausen, H. 167
Hegel, G. W. F. 256
Henkel, H. 290, 295 f., 302
Henrich, D. 181 f.
Heyd, D. 279
Hirsch, W. 97
Hodgson, D. H. 347
Höffe, O. 139, 168, 214, 292 ff., 298, 306
Hoerster, N. 54, 143, 259, 288, 290, 304
Hospers, J. 125
Hubmann, H. 67, 100
Ilting, K. H. 134
Ipsen, J. 328 f.
Käubler, B. 184
Kambartel, F. 128, 147
Kant, I. 22, 97, 173, 177 ff., 293 f.
Kaufmann, A. 38
Kaulbach, F. 193
Keller, J. A. 165
Kelsen, H. 35 f., 47, 62, 287, 302
Kersting, W. 293
Kirchner, C. 75
Klug, U. 33
Koch, H.-J. 38, 41, 97, 329, 341, 343, 345, 360, 364
Köbl, U. 365
Koller, P. 223
Krawietz, W. 325
Krems, B. 98
Krey, V. 328
Kriele, M. 43, 319, 330, 341, 345, 363
Krings, H. 150 ff.
Kühl, K. 293
Kuhlmann, W. 130 ff., 180
Kutschera, F. v. 27, 32, 156 ff.
Ladeur, K.-H. 324
Larenz, K. 39, 41, 71, 80, 293, 296, 341, 343, 360
Lauener, H. 193
Laun, R. 302
Leisner, W. 242
Lempert, R. 314
Lenckner, T. 100
Lewis, D. 347
Lindworsky, J. 167
Lippold, R. 290
Lloyd-Thomas, D. A. 233
Lorenzen, P. 148
Lübbe-Wolff, G. 345, 353
Luhmann, N. 306 ff., 345, 349, 353
Mac Callum, G. C. 225
Mac Cormick, N. 366
Mackie, J. L. 28, 164
Mahrenholz 351
Maus, I. 298, 346
Mettenheim, C. 361
Mittelstraß, J. 67, 146
Mittenzwei, I. 360
Moritz, M. 200
Müller, F. 38 f., 328, 331, 343, 345 f., 351
Nagel, T. 56, 213
Neumann, U. 93
Nielsen, K. 125
Ortwein, B. 184, 193
Ott, C. 75 f., 78
Ott, W. 35, 290
Paton, H. J. 182, 186, 201
Patzig, G. 164, 182
Paulson, S. 46
Pawlowski, H.-M. 301
Peczenik, A. 41, 95, 364
Penski, U. 97
Perelman, C. 296
Pfänder, A. 167, 188
Pieper, A. 153

- Pleines, J. E. 160
Pollock, J. L. 129
Posner, R. A. 75
Pothast, U. 69, 222
Preis, U. 100
Priester, J.-M. 36
Pybus, E. M. 193, 279

Quinton, A. 157

Rahlf, J. 43
Raisch, P. 343, 367
Rawls, J. 50, 56, 105, 223, 257 ff.,
 299
Raz, J. 113 f.
Reed, T. M. 142
Reiner, H. 186
Ross, A. 40
Ross, W. D. 201
Rottleuthner, H. 345, 353
Ryffel, H. 296

Sambuc, T. 345, 356
Sartorius, R. 240
Schäfer, H. B. 75 f., 78
Schanze, E. 75
Schefold, C. 93
Scheler, M. 167
Schlink, B. 110, 345
Schnädelbach, H. 257
Schneider, H. 328
Schneider, H. P. 100, 329
Schnoor, C. 180, 199 f.
Scholler, H. 234
Schreiber, H. L. 302
Schreiber, R. 35, 290
Schroth, U. 360, 363
Schuppert, G. F. 328
Schwemmer, O. 146 ff.
Searle, J. R. 33, 46, 49
Sen, A. 70, 112
Sidgwick, H. 188
Sieckmann, J. R. 27, 32, 45, 52, 62,
 89, 91, 94, 287, 332, 338, 342

Siep, L. 151
Singer, M. G. 347
Singer, P. 125 f., 264
Sinnot-Armstrong, W. 113 f.
Smid, S. 345 f., 351, 353
Smith, M. 166
Starck, C. 234
Steiner, J. M. 367
Sterba, J. R. 225, 227
Stoutland, F. 166
Strassert, G. 101, 106 f.
Struck, G. 68, 74, 354

Tammelo, I. 296
Taylor, C. 230
Teubner, G. 312
Trapp, R. W. 54, 58, 108, 133, 141,
 143 f., 238, 304, 347
Tugendhat, E. 32 f., 264

Urmson, J. O. 56

Wälde, T. W. 100
Wank, R. 328 f., 355
Wasserstrom, R. A. 347
Weinberger, C. 33, 46, 62
Weinberger, O. 32 f., 46, 62, 243
Weirich, P. 213
Wellmer, A. 199
Welzel, H. 68
Westen, P. 233
Wieacker, F. 367
Wiethölter, R. 330
Wilkerson, T. E. 166
Williams, B. 47, 165
Williams, M. 127, 129
Wimmer, R. 54, 143, 147, 183, 200,
 304, 339
Wolff, E. A. 151
Woll, A. 105
Wright, G. H. 62

Zimmer, G. 328
Zippelius, R. 295, 340

Sachregister

- Abwägung/abwägendes Denken
 - abstrakte 100 ff., 111, 345, 367
 - Begriff 18 f., 45
 - Grundform bzgl. Normen der Interessenbeförderung 76 ff.
 - Rationalität 113 ff., 278 f., 283, 352
 - richterliche 344 ff.
 - Stellenwert in begründungstheoretischer Hinsicht 17, 20, 23, 112, 115, 269 ff., 283, 326, 358
 - Stellenwert in erkenntnistheoretischer Hinsicht 17, 20 f., 23, 112, 115, 276 ff., 283, 326, 358
- Abwägungsgesetz 59
- Abwägungsskepsis 111 ff.
- Achtung vor dem Gesetz 192 ff.
- Analogie 40 f., 341
- Auslegungsmethoden
 - grammatische 40, 42, 331
 - historische 40, 331, 341, 360, 362
 - objektiv-teleologische 40, 288, 333 f., 360 ff.
 - Rangfolge 343 f.
 - subjektiv-teleologische 333, 360, 363
 - teleologische 333, 359 ff.
- Autonomie/Selbstgesetzgebung 182, 205 f., 293
- Bedeutung
 - eines Normssatzes 27, 32 f.
- eines Rechtssatzes 37 f.
- Begründung
 - im schwachen Sinne 33 ff., 149, 170 f., 289
 - im starken Sinne 33, 36, 119 f., 170 f., 289 f.
 - Kohärenztheorie der 129 f.
 - konstruktivistischer Begriff der 146 ff.
 - positivrechtliche 316, 329, 334 ff., 342
- Begründungsebene
 - moralische 20, 73, 283, 316, 335 ff., 341 f., 351 f., 354, 357 ff., 368
 - positivrechtliche, 342, 359, 368 vgl. Begründung, positivrechtliche
- Chance zur Motiverfüllung
 - Begriff 232 ff.
 - dritter Stufe 248 ff.
 - Entscheidungskomponente der Gewichtung 239, 247, 270, 272 f.
 - Gewicht/Gewichtung 237 ff.
 - Gleichheit 240 ff., 271, 297
 - im engeren Sinne 234 f., 271
 - zweiter Stufe 247, 274 ff.
- Diskurs, praktischer 132 ff., 337
- Diskursethik 130, 337
 - diskursethischer Grundsatz 138, 145
- Diskursregel 137 ff., 267 f.
- Dogmatik 315, 349, 354

- Entscheidungssituationen, rechtliche 285 f.
- Faktum der Vernunft 181 f., 178
- Fallibilismus 157 f.
- Folgenorientierung/-berücksichtigung, richterliche 343 ff., 364
- Frage(n)
- externe 124 f., 127, 155
 - interne 124 f., 155
 - radikales (Begriff) 159, 172
 - zum Zwecke der Handlungsorientierung durch Gründe i. e. S. 29, 120
 - zum Zwecke der Handlungsorientierung durch Gründe i. w. S. 29 f.
- Freiheit
- der offenen Möglichkeiten (Begriff) 225 ff.
 - der Willkür 184
 - negative 225 ff.
 - transzendentale 151 ff.
- Gebot der Chancenbeförderung, s. Maßstab der Chancenbeförderung
- Gelegenheit 232 ff., 245, 270 f.
- Geltung
- Begriff 32, 48
 - des ersten Anscheins 43, 93, 95, 98 f., 103
 - faktische/soziologische 35, 307
 - im Normalfall 93, 95, 277
 - im schwachen Sinne 33 ff.
 - im starken Sinne 33 f., 36
 - prima facie-Geltung 49 ff.
- Geltungsbedingung 51 f., 88
- Gerechtigkeit
- Begriff 295 f.
 - Verteilungs- 242
 - bei Luhmann 315 f.
- Gleichgerechtigkeit 296 f., 338 ff., 346, 348 ff., 352, 357
- Ideal/ideales Sollen 87, 97 f., 206
- aus dem Maßstab der Ungebundenheit resultierendes 177, 207, 218 ff., 254, 269
 - gleicher, möglichst weitgehender Chancen 2. Stufe 272 f., 275, 295, 297
 - gleicher, möglichst weitgehender Chancen 3. Stufe 273, 275, 295, 297
- Imperativ
- hypothetischer 164
 - kategorischer 173, 180, 199 ff., 206
- Indifferenzkurve 104 f., 107
- Inkommensurabilität 113 f., 278, 351
- Interesse
- allgemeines/verallgemeinerungsfähiges 143 f.
 - Begriff 67 ff.
 - im engeren Sinne 69, 75 ff.
 - kommunikatives 147 f., 150
- Interessenjurisprudenz 69, 71, 360
- Klugheit/-maßstab 121, 126 f., 145, 161, 213, 245, 290
- Kollisionstheorem 81 ff.
- Kommunikationsgemeinschaft 131, 133
- Kraft der Trägheit 255
- Kritischer Rationalismus 156
- Lust/Unlust 185 ff., 193, 195 ff.
- Maßstab
- /Gebot der Chancenbeförderung 231, 236 ff., 270 ff., 295 ff., 302, 338, 340
 - der Chancenbeförderung 2. Stufe 247, 272 ff.
 - der Chancenbeförderung 3. Stufe 249 f., 273 f.
 - der Maximierung der Motivverfüllung 207 ff., 246, 270 ff., 275

- der Ungebundenheit (Begriff) 174, 177
 - gleicher, möglichst weitgehender Freiheit der offenen Möglichkeiten/-Freiheitsmaßstab 220, 245 ff., 270 ff., 275
 - moralischer (Begriff) 120 f.
 - moralischer i. e. S. 245 ff., 249 f.
- Motiv**
- als Handlungstendenz 165 ff.
 - der Distanznahme (Begriff) 252
 - der Ungebundenheit (Begriff) 174, 177
 - gebundenes 174
 - Vernunft- (Begriff) 163
- Münchhausentrilemma** 22, 122 ff., 156
- Neoaristotelismus** 257
- Norm(en)**
- als kontrafaktisch stabilisierende Verhaltenserwartung 308, 318 ff.
 - Beeinträchtigungsform 65 f.
 - Befolgs-/Erfüllungsform 58 ff., 65
 - Begriff 27 f. vgl. Rechtsnorm
 - freistellende (Begriff) 27 f., 61 f.
 - Grundnorm 35 f.
 - methodische 40 ff., 333 f.
 - Rang- 61, 94
 - Selbstrechtfertigung von 153 ff., 283, 294
 - Zuordnungsnorm (Begriff) 40 f.
- Normenkonflikt**
- ausgleichende Konfliktlösung 60, 65
 - Begriff, Einteilung 45 f.
 - echter 55 ff., 60, 62 ff., 74
 - mit freistellenden Normen 45, 62 ff.
- vorziehende Konfliktlösung 60, 65
- Nutzenvergleich, interpersoneller** 238
- Nutzwertanalyse** 100 f., 107, 109
- Ökonomische Analyse des Rechts** 75 f., 78
- Optimierungsgebot** 87 ff.
- Präsuppositionsanalyse** argumentativer Rede 130, 137, 171
- Prinzip**
- Abgrenzung zur Regel 80 ff., 96 ff.
 - Demokratieprinzip 330, 338, 340 f., 346, 348 f., 354
 - der Rechtssicherheit 295, 331, 336, 338, 346, 348 ff., 352 f., 357
 - formelles 20, 85, 95, 305, 332, 336, 338 ff., 346 f., 349 f., 351
 - Gewaltenteilungs- 330, 339, 356 f.
 - materiales 20, 332, 336, 341 ff., 346, 358
 - regulatives 98
- Prinzipienkollision** 80 ff.
- Rangnorm** s. Norm
- Rangverhältnisse**
- ausgleichende 19, 60
 - vorziehende 19, 60
- Recht, positives (Begriff)** 286 ff.
- Rechts/Gesetzesbindung** 71, 284, 327, 331, 334 f., 342 f.
- Rechtfindungsmethode** 40
- verfassungsrechtliche Begründung 328 ff.
- Rechtsgesetz, allgemeines** 294
- Rechtsmaterial (Begriff)** 40
- Rechtsprogramm** 310 ff., 318
- Rechtsquelle** 40
- Rechtssystem** 306 ff.
- autopoietisches 306, 308 ff., 312, 315, 318

- Entdifferenzierung 308, 324
- Geschlossenheit gegenüber Moral 308 ff.
 - teleologisches 367
- Rechtsverbindlichkeit, spezifische 20, 23, 283, 289 ff.
- Redundanz 323
- Reduktion, teleologische 39 f.
- Regel
 - Abgrenzung zum Prinzip 80 ff., 90 ff.
 - Formen der Geltung 54, 90 ff. 276
 - Regelkonflikt 80 ff., 90 ff.
 - transzendentale 152
- Standpunkt der Distanznahme 252, 254 ff., 264, 268, 302, 354
- Systemtheorie/systemtheoretische Rechtsanalyse 306 ff.
- System s. Rechtssystem
- Triebfeder 179, 184, 192, 194 f., 205
- Übergebührliche Handlungen 278 f.
- Überlegungsgleichgewicht
 - Verfahren des 21, 108, 257 ff.
 - teleologisch-interpretatorischer Art 359, 366, 368
- Universalisierungsgrundsatz 137, 140, 144 f.
- Urteilskraft 56, 160
- Utilitarismus 112, 142
 - Akt/Handlungsutilitarismus 54, 214
 - Präferenzutilitarismus 57, 214
 - Regelutilitarismus 54
- Verallgemeinerungsargument 54, 303 ff., 355
- Verbindlichkeit
 - Begriff 289 ff.
 - moralische des Rechts 23, 283, 291 ff., 297 ff. vgl. Rechtsverbindlichkeit
- Vernunftintuition, praktische 243, 251, 253, 257, 265, 276, 317
- Wahrheit 32 f.
- Willensbestimmung unmittelbar durch das Gesetz 178 f., 182, 192 ff.
- Willensfreiheit 222, 244
- Willkür (Begriff) 183
- zurechnende Sichtweise 243 f., 275
- Zwangsordnung 286 ff., 298
- Zweck eines Gesetzes 359 ff.

Alber-Reihe: Praktische Philosophie

*Die Bände 1 bis 28 sind kartoniert;
ab Band 29 erscheint die Reihe in festen Einbänden*

- 1: Ingrid Craemer- Ruegenberg: Moralsprache und Moralität.
Zu Thesen der Sprachanalytischen Ethik
- 2: Otfried Höffe: Strategien der Humanität
- 3: Beat Sitter: Dasein und Ethik. Zur Theorie der Eksistenz
- 4: Claus Günzler: Anthropologische und ethische Dimensionen der Schule. Lernzieldruck und Lebenshilfe
- 5: Lewis White Beck: Akteur und Betrachter
- 6: John Rawls: Gerechtigkeit als Fairneß
- 7: Reinhard B. Nolte: Einführung in die Sprechakttheorie John R. Searles
- 8: Martin Rhonheimer: Politisierung und Legitimitätsentzug. Totalitäre Kritik der parlamentarischen Demokratie
- 9: Annemarie Pieper: Pragmatische und ethische Normenbegründung
- 10: Hans Michael Baumgartner (Hg.): Prinzip Freiheit
- 11: Ludwig Siep: Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie. Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie
- 12: Hermann Krings: System und Freiheit. Aufsätze
- 13: Friedhelm Brüggen: Strukturen pädagogischer Handlungstheorie
- 14: Anselm Winfried Müller: Praktisches Folgern und Selbstgestaltung nach Aristoteles
- 15: Stephan Strasser: Jenseits des Bürgerlichen. Ethisch-politische Meditationen für diese Zeit
- 16: Günther Maluschke: Philosophische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates
- 17: Hans Poser (Hg.): Philosophische Probleme der Handlungstheorie
- 18: Rüdiger Bittner: Moralisches Gebot oder Autonomie
- 19: Monika Riedinger: Das Wort „gut“ in der angelsächsischen Metaethik
- 20: Kristian Kühl: Eigentumsordnung als Freiheitsordnung. Zur Aktualität von Kants Rechts- und Eigentumslehre
- 21: Wolfgang Leidhold: Ethik und Politik bei Hutcheson

- 22: Andreas Kamp: Die politische Philosophie des Aristoteles und ihre metaphysischen Grundlagen
- 23: Gerhard Krämling: Die systembildende Rolle von Ästhetik und Kulturphilosophie bei Kant
- 24: G. E. M. Anscombe: Absicht
- 25: Karl-Heinz Nusser: Kausale Prozesse und sinnerfassende Vernunft. Max Webers philosophische Fundierung der Soziologie und der Kulturwissenschaften
- 26: Matthias Kaufmann: Recht ohne Regel? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitts Staats- und Rechtslehre
- 27: Matthias Lutz-Bachmann: Geschichte und Subjekt. Zum Begriff der Geschichtsphilosophie bei Kant und Marx
- 28: Lukas K. Sosoe: Naturalismuskritik und Autonomie der Ethik. Studien zu G. E. Moore und J. S. Mill
- 29: Karl Schuhmann: Husserls Staatsphilosophie
- 30: Walter Pfannkuche: Platons Ethik als Theorie des guten Lebens
- 31: Edmund Sandermann: Die Moral der Vernunft. Transzendentale Handlungs- und Legitimationstheorie bei Kant
- 32: Thomas Nisters: Kants Kategorischer Imperativ als Leitfaden humaner Praxis
- 33: Markus Hilmar Wörner: Das Ethische in der Rhetorik des Aristoteles
- 34: Javier Muguerza: Ethik der Ungewißheit
- 35: Dirko Thomsen: ‚Techne‘ als Metapher und als Begriff der sittlichen Einsicht. Zum Verhältnis von Vernunft und Natur bei Platon und Aristoteles
- 36: Johannes Drescher: Glück und Lebenssinn
- 37: Donate Kluxen-Pyta: Nation und Ethos
- 38: Alfred Langewand: Morale Verbindlichkeit oder Erziehung (J. Fr. Herbart)
- 39: Eric Voegelin: Die Neue Wissenschaft der Politik
- 40: Javier Muguerza (Hg.): Ethik aus Unbehagen. 25 Jahre ethische Diskussion in Spanien
- 41: Jan Cattepoel: Dämonie und Gesellschaft. Søren Kierkegaard als Sozialkritiker und Kommunikationstheoretiker
- 42: Wolfgang Enderlein: Abwägung in Recht und Moral
- 43: Jean-Claude Wolf: Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien