

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 mitzugestalten. 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, wieweit 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 Hoerstes (1979), 77 ff.; ders. (1986), 2480 ff., für einen positivistischen Rechtsbegriff.