

Richtigkeitsansprüche auskommt. Normative Argumente stellen Forderungen dar, nicht Behauptungen über die Geltung von Normen, die erst als Feststellungen der Ergebnisse von Abwägungen möglich sind. Wenn ein Richtigkeitsanspruch für normative Aussagen erhoben wird, dann ist die Argumentation schon vorbei. Selbst wenn Richtigkeitsansprüche im *Alexyschen* Sinne notwendig sein sollten, würden sie für die Argumentation nichts mehr austragen.

III. Praktische Vernunft im Rahmen autonomer Normbegründung

Was bleibt vom Vernunftrecht im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung? Die Frage ist, welche normativen Aussagen sich im Rahmen einer autonomen Normbegründung nicht nur autonom, sondern rational begründen lassen und somit als Kern eines rational begründeten Rechts Grenzen für autonome Entscheidungen setzen.

1. Grundsätze des Vernunftrechts

Eine rationale Normbegründung beansprucht zu zeigen, dass jeder vernünftig Urteilende die betreffende Norm als gültig anerkennen muss. Auch im Rahmen autonomer Normbegründung sind Anforderungen rationaler Argumentation zu beachten. Diese werden allerdings auf autonom, nicht kognitiv begründete Forderungen angewandt. Daraus resultieren Begründungsstrukturen, die von jedem vernünftigerweise anerkannt werden müssen und die sich jedenfalls teilweise in Form normativer Prinzipien formulieren lassen. Zu diesen strukturellen Anforderungen an autonome Normbegründung gehören:

- (1) die Notwendigkeit einer Begründung für die Behauptung der Geltung von Normen.
- (2) das Gebot, alle relevanten Argumente zu berücksichtigen.
- (3) die Zustimmungsfähigkeit normativer Argumente.
- (4) das Gebot korrekter Abwägung mit drei Unterprinzipien:
 - (5) dem Gebot faktischer Optimalität der Entscheidung.
 - (6) dem Gebot normative Optimalität der Entscheidung.
 - (7) dem Gebot kohärenter Abwägung.
- (8) die Berücksichtigung der normativen Urteile anderer als notwendige Bedingung für korrekte normative Urteile auf definitive Geltung und allgemeine Verbindlichkeit.
- (9) das Gebot, eine allgemeine Norm festzusetzen, nicht nur eine partikulare Entscheidung zu treffen.
- (10) die Notwendigkeit einer verbindlichen Regelung als Voraussetzung der Möglichkeit, eine verbindliche Norm begründen zu können.

Diese Bedingungen lassen sich in Form normativer Prinzipien formulieren. Sie lassen sich in verschiedenen Gruppen zusammenfassen. Als Leitideen lassen sich Rationalität, Universalisierbarkeit, Korrektheit und Liberalität unterscheiden. Diesen sind verschiedene Rationalitätsforderungen zuzuordnen:

- dem Rationalitätsprinzip die Forderungen der Begründung von Normen und der Verbindlichkeit von Normen.

- dem Prinzip der Universalisierbarkeit die Forderungen der Zustimmungsfähigkeit normativer Argumente, der Berücksichtigung der normativen Urteile anderer autonomen Subjekte und der Allgemeinheit der festgesetzten Norm.
- dem Prinzip der Korrektheit die Forderungen faktischer und normativer Optimalität sowie der Kohärenz.
- dem Prinzip der Liberalität die Beschränkung der Normbegründung auf Bereiche, in denen gemeinsame Normen notwendig sind sowie auch die allgemeine Forderung der Begründung von Normen.

Insofern lassen sich durchaus Restbestände eines Vernunftrechts feststellen.

Im Verfassungsrecht lassen sich diese Prinzipien der Proportionalität, Gleichheit und Freiheit zuordnen. Das Gebot der Proportionalität setzt legitime Gründe für Freiheitseinschränkungen voraus und fordert mit den Teilgrundsätzen der Geeignetheit und Erforderlichkeit faktische Optimalität und mit dem der Angemessenheit normative Optimalität. Der Gleichheitssatz fordert gleiche Berücksichtigung der Interessen aller Betroffenen, kohärente Abwägung entsprechenden den Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgraden und den relativen Gewichten der einschlägigen Prinzipien sowie die allgemeine Geltung von Normen für alle, die die maßgeblichen Merkmale erfüllen. Die Notwendigkeit der Begründung normativer Beschränkungen wiederum lässt sich als residuales Freiheitsprinzip interpretieren, das zur Anwendung kommt, wenn solche Begründungen nicht gegeben werden, das allerdings im positiven Verfassungsrecht von anderen, spezifischeren Prinzipien wie den Freiheitsgrundrechten und dem grundrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes überlagert ist.

2. *Proportionalität*

Der Grundsatz der Proportionalität verlangt im Fall des Konflikts verschiedener Belange einen angemessenen Ausgleich zwischen diesen.³¹² Der Proportionalitätsgedanke ist vor allem für Eingriffe in Grundrechte ausgearbeitet worden, hat aber einen umfassenderen Anwendungsbereich. Er lässt sich auf alle Rechtsgüter beziehen, also auf alle Belange, deren Realisierung prinzipiell rechtlich geboten ist. Ein Verlust an einem Gut ist nur gerechtfertigt, wenn dem ein hinreichender Zugewinn an Realisierung eines anderen Gutes gegenübersteht. Daraus folgt die Forderung faktischer Optimalität, d.h. keine Lösung zu wählen, die hinter dem tatsächlich Möglichen zurückbleibt, sowie die

312 Die Idee der Gerechtigkeit als Proportionalität ist von Aristoteles formuliert worden, vgl. id., *Nikomachische Ethik* (1983), 1131b: "Das also ist das Gerechte: das Proportionale. Und das Ungerechte ist der Verstoß gegen das Proportionale. ... Daraus folgt, dass (bei der ungerechten Verteilung) ein Glied (der Proportion) ungebührlich vergrößert, das andere verkleinert wird." Die Konzeption der Abwägung als Optimierung lässt sich als eine Präzisierung dieser Idee auffassen. Die weitere Unterscheidung von ausgleichender und austeilender Gerechtigkeit mit der Zuordnung zu den Rechtsbeziehungen einerseits Privater, andererseits einer öffentlichen Gewalt zu ihren Rechtssubjekten, hat hingegen für die Anwendung des Proportionalitätsgedankens keine systematische Bedeutung. Zudem ist der Kompensationsgedanke im Schadenersatz- und Entschädigungsrecht von dem des proportionalen Ausgleichs zu unterscheiden.

Forderung normativer Optimalität, d.h. die der Wahl einer der am besten bewerteten Alternativen hinsichtlich der kollidierenden Forderungen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit enthält drei Teilgrundsätze: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit i.e.S.³¹³ Geeignetheit verlangt, dass eine Maßnahme, die ein Rechtsgut beeinträchtigt, ein legitimes Eingriffsziel zumindest fördern muss, also zu dessen Realisierung beitragen muss. Erforderlichkeit verlangt, dass es zu einer Maßnahme keine Alternative geben darf, die das Ziel in gleichem Maße realisiert, aber andere Rechtsgüter weniger beeinträchtigt. Verhältnismäßigkeit i.e.S. verlangt einen angemessenen Ausgleich kollidierender Belange entsprechend ihren relativen Gewichten. Diese Forderungen haben wiederum zwei Ausprägungen: für Eingriffe in Rechtsgüter gilt ein Übermaßverbot. Der Eingriff darf nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht des Eingriffsziels im konkreten Fall stehen. Für die Realisierung von Rechten gilt ein Untermaßverbot: Die staatliche Maßnahme darf nicht hinter dem zurückbleiben, was ein angemessener Ausgleich fordert.³¹⁴

Diese Formulierungen weichen allerdings teilweise von der der Grundsätze rationaler Abwägung ab. Sie lassen sich jedoch im Sinne dieser Grundsätze interpretieren. Faktische Optimalität schließt die Forderungen von Geeignetheit und Erforderlichkeit ein. Normative Optimalität enthält die Forderung eines angemessenen Ausgleichs kollidierender Belange.

Der Grundsatz der Proportionalität wird allerdings durch andere normative Forderungen überlagert. So hängt im Verfassungsrecht die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vom Umfang der gerichtlichen Kontrollkompetenz ab. Gerichte sind grundsätzlich darauf beschränkt, die Einhaltung der Forderungen korrekter Abwägung durch andere Organe zu überprüfen, und haben nicht eine eigene Abwägung durchzuführen. Die Rationalitätsgrundsätze sind daher direkt anwendbar nur auf Organe, die eigene Abwägungsurteile zu treffen haben. Dies ist insbesondere der Gesetzgeber. Eine andere Frage ist, inwieweit die Einhaltung dieser Grundsätze gerichtlich überprüft wird.

Im Privatrecht könnte eine "Vertragsgerechtigkeit" nach dem Grundsatz der Proportionalität definiert werden. Jedoch wird dies, soweit durchführbar, von der Anerkennung der Privatautonomie verdrängt.³¹⁵ Die Vertragsparteien bestimmen selbst, was sie als gerechte Austauschrelation ansehen. In dem Maße, wie die Voraussetzungen der Privatautonomie, also eine symmetrische Beziehung eigenverantwortlich handelnder

313 Dazu umfassend Clérico 2001; Bernal Pulido 2003. Ferner Rivers 2007.

314 Die genaue Bestimmung der Relation zwischen Übermaß- und Untermaßverbot ist allerdings nicht einfach. Während sich bei der Abwägung im Rahmen des Gebots der Angemessenheit eine Symmetrie annehmen lässt, gilt dies nicht für die Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit. Dazu Clérico 2007.

315 Es handelt sich um den Fall einer Totalkollision von Prinzipien. Vertragsgerechtigkeit fordert die Anwendung von Gerechtigkeitsprinzipien auf Verträge, Privatautonomie schließt dies aus. Das Vorliegen einer Totalkollision hindert jedoch nicht an der Abwägung der kollidierenden Prinzipien und der Festsetzung von Vorrangrelationen, etwa des Vorrangs der Privatautonomie bei symmetrischen Beziehungen der Beteiligten, des Vorrangs der Forderung von Vertragsgerechtigkeit bei gestörter Symmetrie unter den Vertragsparteien.

Personen, nicht gegeben sind, kommt allerdings wiederum der Gedanke der Vertragsgerechtigkeit zur Geltung.

3. Gleichheit

Gebote der Gleichbehandlung finden sich in Form des Gebots der Behandlung aller autonomen Subjekte als gleichberechtigt sowie in verschiedenen Kohärenzforderungen für rationale Abwägungen.

Die Gleichberechtigung aller autonomen Subjekte muss anerkannt werden, weil die Festsetzung einer Norm unter Verletzung dieser Forderung einen vernünftigen Grund darstellen würde, die Verbindlichkeit der Norm zu bestreiten. Normbegründung ist daher nur unter Anerkennung dieser Voraussetzung möglich.

Aus der Gleichberechtigung folgt ein Gebot der Gleichbehandlung aller Interessen und normativen Vorstellungen autonomer Subjekte, sofern diese in Form kohärenter Lebenspläne und individueller normativer Konzeptionen präsentiert werden. Jedes autonome Subjekt kann somit gleichen Respekt für seine kohärente Konzeption eines guten Lebens verlangen. Erfüllt eine Konzeption diese Forderung nicht in vollem Umfang, darf sie allerdings gleichwohl nicht außer Acht gelassen werden, sondern muss in einer Weise rekonstruiert werden, die dem Anliegen des betreffenden Subjekts am besten gerecht wird. Andernfalls gäbe es wiederum einen vernünftigen Grund, die als Ergebnis festgesetzte Norm nicht anzuerkennen.

Eine entsprechende Forderung gilt für Interessen und normative Vorstellungen von Subjekten, die nicht fähig sind, autonome Urteile zu bilden. Auch deren Interessen und Vorstellungen dürfen nicht außer Acht gelassen werden, sondern müssen soweit wie möglich in Form eines kohärenten Lebensplans rekonstruiert werden. Dies lässt sich allerdings nicht aus einer Veto-Position begründen, wie sie autonome Subjekte hinsichtlich der Begründung verbindlicher Normen haben. Es ergibt sich jedoch aus einer Forderung der Kohärenz. Autonome Subjekte sehen bestimmte Güter oder Belange als wichtig an, und zwar nicht lediglich deshalb, weil dieses Subjekt dies meint, sondern wegen bestimmter Eigenschaften dieser Güter. Güter wie Leben, Gesundheit, Freiheit von Leid, Entfaltung der Persönlichkeit sind daher nicht nur wertvoll für autonome Subjekte, sondern für alle, die diese Eigenschaften aufweisen. Es wäre inkohärent, die Forderung nach Realisierung solcher Güter auf autonome Subjekte zu beschränken.

Aus dem Gebot, auch die Interessen und paternalistisch rekonstruierten Lebenspläne nicht autonomer Subjekte zu berücksichtigen, folgt allerdings nicht ohne weiteres, dass autonome Subjekte kohärente Konzeptionen eines guten Lebens von autonomen und nicht-autonomen Subjekten gleiches Gewicht geben müssen. Diese Konsequenz ergibt sich erst aus weiteren substantiellen Annahmen, insbesondere der Idee der Menschenwürde, die allen Menschen zukommt. Die Konzeption individueller Autonomie genügt nicht, diese Idee gleicher Menschenwürde abzuleiten. Autonome Subjekte, die die Entfaltung der Persönlichkeit für einen Wert halten, könnten der Ansicht sein, kohärente Lebenspläne seien danach zu bewerten, in welchem Maße sie diesen Wert realisieren. Dies könnte zu einer Abwertung von Lebensplänen derjenigen führen, die

hinter ihren Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung zurückbleiben oder die nach ihrer persönlichen Konstitution solche Möglichkeiten nicht haben. Die Konsequenzen, zu denen solche Auffassungen führen könnten, stellen allerdings ein starkes substantielles Argument dar, die Konzeption gleicher Würde aller Menschen zu akzeptieren.

Die dargelegten Gleichheitsgebote und -rechte sind rational begründet in dem Sinne, dass jeder vernünftig Urteilende sie anerkennen muss, sei es als Voraussetzung der Möglichkeit der Begründung verbindlicher Normen, sei es als Kohärenzforderung. Ihre Missachtung würde es unmöglich machen, eine Norm als definitiv gültig und verbindlich zu begründen, da eine solche Begründung jedenfalls angreifbar wäre und nicht von jedem vernünftig Urteilenden akzeptiert werden muss. In Bezug auf das positive Recht ergeben sich aus ihnen Forderungen für die Gestaltung von Verfassungen sowie von Rechtsordnungen insgesamt. Positivrechtliche Verfassungen können allerdings hinter diesen Forderungen zurückbleiben. Es stellt sich dann die Frage, welche der dargelegten Gleichheitsgebote diesen Verfassungen interpretativ zugeordnet werden können. Sollte dies nicht möglich sein, stellt sich die weitere Frage nach der Legitimität dieser Verfassung.

So wird das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG auf die Ergebnisebene bezogen: Differenzierungen müssen durch einen sachlichen oder hinreichenden Grund gerechtfertigt sein. Das heißt hinsichtlich der Forderung rationaler Normbegründung, Einschränkungen der allgemeinen Anwendbarkeit von Normen müssen sich aufgrund von korrekten Abwägungen rechtfertigen lassen. Andere Gleichheitsforderungen, wie die nach Berücksichtigung aller individuellen Interessen und normativen Vorstellungen, werden - in mehr oder weniger hohem Maße - über das demokratische System realisiert. Substantielle Gleichheitsforderungen können schließlich über die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG aufgenommen werden.

Die verfassungsrechtliche Abschwächung dieser Forderung zu einem reinen Willkürverbot, das lediglich sachliche, aber nicht hinreichende Gründe für eine Differenzierung fordert, lässt sich wiederum aufgrund einer Beschränkung gerichtlicher Kontrollkompetenzen erklären. Dem Gebot rationaler Normbegründung entspricht die Forderung eines hinreichenden Differenzierungsgrundes. Dieses Kriterium wird wiederum durch eine Abwägung kollidierender Belange und die auf dieser Grundlage festgesetzten Vorrangregeln angewandt.

4. *Freiheit*

Auf der Grundlage einer Konzeption autonomer Normbegründung lassen sich drei Aspekte von Freiheit als rational notwendig begründen.

Ein Freiheitsprinzip formaler Art ergibt sich aufgrund der Forderung der Begründung von normativen Beschränkungen. Lässt sich eine normative Beschränkung nicht rechtfertigen, gilt die betreffende Verhaltensweise als erlaubt. Dies bringt ein grundlegendes Rationalitätsprinzip zum Ausdruck, das wiederum verschiedene Begründungen hat. Zum einen kann es als allgemeine Argumentationslast verstanden werden. Derjenige, der eine substantielle These vorbringt, muss diese begründen. Eine skeptische Po-

sition, die sich einer Stellungnahme enthält, bedarf keiner Begründung. Eine zweite Begründung ergibt sich aus dem notwendigen Interesse autonomer Subjekte an Freiheit. Sie können an sie gerichtete Forderungen nicht ohne weiteres akzeptieren. Dies ist wegen der Unbegrenztheit möglicher Forderungen schon tatsächlich kaum vorstellbar. Jedenfalls können rationale Subjekte nicht ohne Prüfung jede an sie gerichtete Forderung als berechtigt ansehen. Dieses Argument macht allerdings Annahmen über die Forderungen, die autonome Subjekte vernünftigerweise stellen werden, und überschneidet sich mit der Begründung eines Rechts auf persönliche Autonomie.

Kants These von der Freiheit als einziges, ursprüngliches Menschenrecht kann als Variante eines formalen Freiheitsprinzips interpretiert werden. *Kant* definiert dieses Recht als "Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür, sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann".³¹⁶ Die Unvereinbarkeit mit der Freiheit anderer ist für *Kant* Bedingung der Rechtfertigung von Freiheitseinschränkungen. Gelingt diese Rechtfertigung nicht, bleibt das Freiheitsrecht bestehen. Autonome Normbegründung erschöpft sich allerdings nicht in dem Kriterium der Vereinbarkeit einer Freiheit mit der eines jeden anderen. Zum einen sind andere Gründe für Freiheitseinschränkungen möglich. Zum anderen genügt die bloße Unvereinbarkeit mit anderen Freiheiten nicht für ein definitives Abwägungsurteil. Die Grundstruktur ist jedoch die eines subsidiären oder residualen Freiheitsrecht.

Allerdings ist eine solche residuale Freiheit für die praktische Argumentation ohne Bedeutung. Sie hat keinerlei Relevanz als normatives Argument, da sie nicht die definitive Geltung von Freiheit fordert, sondern deren Geltung unter eine Bedingung stellt, deren Erfüllung ohne Rücksicht auf die residuale Freiheit selbst zu beurteilen ist. Jedes Auftreten eines Konflikts hebt diese residuale Freiheit auf.

Ein zweiter Aspekt von Freiheit, der aus der Struktur rationaler Argumentation abgeleitet werden kann, ist die Beschränkung verbindlicher Normen auf Bereiche, in denen gemeinsame Regelungen notwendig sind. Dies ist eine notwendige Bedingung der Normbegründung in einer Konzeption autonomer Argumentation. Sie stellt einen speziellen Fall des Prinzips der Notwendigkeit von Freiheitsbeschränkungen dar. Verbindliche Normen schränken Freiheit ein. Gibt es keine Begründung für deren Notwendigkeit, ist die Beschränkung nicht gerechtfertigt. Damit wird ein liberales Toleranzprinzip begründet. Dieses erlaubt jedem, nach eigenen Vorstellungen zu leben, solange dies nicht in Konflikt mit den normativ relevanten Interessen anderer gerät.

Auch hier ist allerdings zu bemerken, dass der Anwendungsbereich dieses Toleranzprinzips begrenzt ist. Wird geltend gemacht, eine verbindliche Regelung einer Frage sei notwendig, dann mögen darüber verschiedene Auffassungen bestehen. Die Entscheidung dieses Konflikts zweiter Stufe erfordert jedenfalls eine gemeinsame, für alle Beteiligten verbindliche Regelung. Es hängt dann von einer normativen Festlegung ab, ob eine gemeinsame Regelung als notwendig angesehen wird oder nicht. Auch das dargelegte Toleranzprinzip ist ergebnisbezogen und hat im Rahmen der normativen Argumentation selbst keine Bedeutung.

316 Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* (1797/98) AB 45, (Akad.-Ausg. VI, 237).

Ein dritter Aspekt rational begründeter Freiheit ist die persönliche Autonomie im Sinne des Rechts, nach eigenen Vorstellungen zu leben.³¹⁷ Allerdings ist in diesem Punkt zu unterscheiden. Rational notwendig erscheint die Anerkennung eines Rechts auf persönliche Autonomie als formales Prinzip, demzufolge autonome Subjekte das Recht haben, ihre eigenen Interessen und Lebenspläne zu entwickeln und zu formulieren. Deren Inhalt ergibt sich jedoch erst aus entsprechenden Forderungen autonomer Subjekte, nicht aus objektiven Rationalitätsgrundsätzen. Autonome Normbegründung wird notwendigerweise zur Anerkennung persönlicher Autonomie führen. Die Geltendmachung und Anwendung dieses Rechts erfordert jedoch substantielle Argumentation, die über rational begründbare Grundsätze praktischer Vernunft hinausgeht.

IV. Fazit

- (1) Der kognitive Anspruch des Vernunftrechts wie auch anderer Ansätze, die versuchen, praktische Fragen rational zu entscheiden, stehen in Konflikt mit der Idee individueller Autonomie als Selbstgesetzgebung. Selbstgesetzgebung setzt voraus, dass die Geltung einer Norm auf der Entscheidung der Normadressaten basiert. Wäre eine Erkenntnis der Geltung von Normen möglich, bliebe kein Raum für solche autonome Entscheidungen.
- (2) Konsequenz ist, das Verhältnis von Moral, Recht und praktischer Vernunft neu zu bestimmen. Praktische Vernunft sollte durch individuelle Autonomie als Leitidee der Rechts- und Moralphilosophie ersetzt werden.
- (3) Die Rechtfertigung für die Ablösung der Idee praktischer Vernunft liegt einerseits in der Idee der individuellen Autonomie, andererseits in der Erfolglosigkeit der Versuche, eine kognitive Begründung von Normen vorzulegen.
- (4) Auch im Rahmen autonomer Normbegründung sind Anforderungen rationaler Argumentation zu beachten. Diese werden allerdings auf autonom, nicht kognitiv begründete Forderungen angewandt. Daraus resultieren Begründungsstrukturen, die von jedem vernünftigerweise anerkannt werden müssen und die sich jedenfalls teilweise in Form normativer Prinzipien formulieren lassen.
- (5) Leitideen autonomer Normbegründung sind Rationalität, Universalisierbarkeit, Korrektheit und Liberalität.
- (6) Auf ihrer Grundlage lassen sich als Restbestände eines Vernunftrechts - neben Autonomierechten innerhalb der Argumentation - Gebote der Proportionalität und der Gleichbehandlung sowie verschiedene Aspekte eines allgemeinen Prinzips der Freiheit festhalten.

317 Um persönliche Autonomie geht es z.B. Raz 1986; Spector 1992.