

*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 Befragende 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 Handlungentschlusses 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, to 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 angeprochenen 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 „expressiven“ Normverständnis vgl. Schmid (2007).

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 Normssätzen 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

²⁴ möglicher Verständnisvarianten der interpretierten Sprachdaten“ (1989), 187. Diese „möglichen Verständnisvarianten“ lassen sich als Rechtsnorm im engeren Sinne verstehen.

²⁵ 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 verschleieren, 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 eingegengt, 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.