

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 begründungs-theoretischer 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 angeprochenen 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).

