

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 Konfliktnormen 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 Konfliktnormen 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 Konfliktnorm 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 Konfliktnorm 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 gerechtfertigt 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 „geltender“ 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 verwendet.

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.) zukommt. 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 Entscheidenen 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 „Urteilkraft“ 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 Befolgungsform einer Norm⁵⁶ verwandt werden. Unter den Befolungs- 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 Befolgungsformen 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 Nichtbefolgung der Norm in der Situation bezeichnet werden. Entsprechend steht am anderen Ende der Ordnung die Erfüllungsform der vollständigen Erfüllung oder Befolgung, 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 Befolungsformen 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 Befolungsgrades einer prima facie-Norm hier so gefaßt, daß, wenn zwei Befolungsformen zur Wahl stehen, von denen die eine einen höheren Befolungsgrad aufweist als die andere, die erste vorzuziehen, d. h. ihre Wahl prima facie geboten ist.⁵⁹ Darüber hinaus steigt mit der Höhe des Befolungsgrades auch die Wichtigkeit der Wahl der betreffenden Befolungsform 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 Nichterfül-

⁵⁸ Vgl. BGHZ 73, 120 ff. [123 f.].

⁵⁹ Die Begriffe des Befolungsgrades 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 Konfliktnormen folgendermaßen beschreiben: Daß eine Norm A in einer Konfliktsituation S Vorrang vor der Konfliktnorm 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 Befolungsform 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 Konfliktnormen A und B in einer Befolungsform zwischen vollständiger Erfüllung und vollständiger Nichterfüllung zu befolgen, unter Berücksichtigung aller prima facie-Normen, handelt es sich um eine ausgleichende Konfliktlösung.

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 Befolgungsformen 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 Befolgung die Verwirklichung einer der freigestellten Alternativen logisch oder tatsächlich ausschließt, verengen diese Wahlmöglichkeit. Es gibt keinen Grund, warum nicht auch Konflikte dieser Art als echte Normenkonflikte zwischen 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.