IV. Die moralisch abwägende Begründung richterlicher Handlungswahl

Auch der Richter befindet sich in einer Entscheidungssituation. Ihm stehen als Richter verschiedene Handlungsalternativen offen, zwischen denen er eine Wahl treffen muß. In diesem Kapitel geht es um die Perspektive dessen, der sich in einer solchen richterlichen Wahlsituation befindet und der nach einer Orientierung durch Gründe für seine Handlungswahl fragt. Wegen der besonderen Aufgaben des Richters und seiner Verantwortung für die Wahrung und die Ausgestaltung des positiven Rechts versteht es sich, daß die Frage aus der genannten Perspektive zentral ist, welche Vorgaben des positiven Rechts der einzelne Richter wieweit und in welcher Form beachten und seinem richterlichen Handeln zugrunde legen soll. Im folgenden steht eine speziellere Frage im Mittelpunkt des Interesses. Welcher Stellenwert kommt moralischem abwägenden Denken angesichts der Vorgaben des positiven Rechts bei der Begründung und Erkenntnis dessen zu, welches Handeln in der richterlichen Handlungssituation begründet ist.

A. Die moralische Ebene richterlicher Handlungsbegründung

Wie die bisherigen Überlegungen ergeben haben, gibt es keine spezifische Rechtsverbindlichkeit, dafür aber einen obersten handlungsorientierenden Maßstab moralischer

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art, den Maßstab der Distanznahme, nach dem zu handeln – indirekt – im starken Sinne begründet ist. Danach gilt für die richterliche Entscheidungssituation wie für jede andere Entscheidungssituation auch: Welche Handlungen verbindlich sind, richtet sich zuoberst nach dem obersten handlungsorientierenden Maßstab der Moral. Ist es also verbindlich und nicht etwa freigestellt, beim richterlichen Handeln in irgendeiner Weise Vorgaben des positiven Rechts zu beachten, dann nach dem Gesagten nur, wenn und soweit dies dem obersten moralischen Maßstab der Distanznahme entspricht.

Auf den ersten Blick scheint das keine praktisch sonderlich bedeutsame Feststellung zu sein. Zwar ist die Bindung des Richters an das positive Recht relativiert, wenn sie von ihrer Übereinstimmung mit moralischen Maßstäben abhängig gemacht ist. Daß es für den Richter aber auch moralisch gerechtfertigt ist, das positive Recht zu beachten, scheint in aller Regel außer Frage zu stehen. In extremen Situationen, unter einem diktatorischen Regime etwa, mag etwas anderes gelten. In einem demokratischen Rechtsstaats wie der Bundesrepublik Deutschland scheint diese moralische Relativierung der richterlichen Rechtsbindung indes praktisch ohne Belang zu sein. Dieser Eindruck hat in der pauschalen Rede von einer moralischen Rechtfertigung der Bindung des Richters an das positive Recht seinen Grund. Daß er täuscht, wird deutlich, nimmt man in den Blick, daß die für die richterliche Entscheidung maßgeblichen Normen Rechtsnormen im angegebenen weiten Sinne sind, Normen also, die einem Rechtsmaterial nach bestimmten Zuordnungsnormen zugeordnet sind. Die Rechtsbindung kann danach ganz verschiedene Formen annehmen, je nachdem, die Bindung an welche Rechts- und Zuordnungsnormen man meint. Die interessierende Frage ist nicht einfach die nach der morali-

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Rechtfertigung richterlicher Rechtsbindung. Die Frage ist vielmehr: Nach welchem rechtlichen Material, ausgewertet nach Maßgabe welcher Zuordnungsnormen, soll der Richter moralisch gesehen entscheiden.

Von dieser Fragestellung läßt sich nicht mehr sagen, sie sei praktisch ohne Belang. Man denke beispielsweise an den Streit darüber, was zu tun ist, wenn die verschiedenen Rechtsfindungsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ob es sinnvoll oder überhaupt möglich ist, für solche Fälle eine Rangfolge zwischen den Methoden aufzustellen, und wie diese aussehen soll.[85] Wenn dieser Streit hier als Indiz dafür genommen wird, daß es oft *moralisch gesehen* zweifelhaft ist, nach welcher Rechtsfindungsmethode der Richter entscheiden soll, ließe sich dem allenfalls folgendes entgegenhalten: Nach welcher Rechtsfindungsmethode der Richter verfahren soll, ergibt sich aus den Vorgaben des positiven Rechts. Demnach handelt es sich um einen Streit darüber, welche methodischen Normen dem positiven Recht entsprechen. Die moralische Frage ist daher lediglich die, ob es moralisch begründet ist, nach der dem positiven Recht entsprechenden Methodik zu verfahren. Daß dies begründet ist, steht wiederum in aller Regel außer Frage.

Tatsächlich wird häufig versucht, die Frage, nach welchen Rechtsfindungsmethoden der Richter entscheiden soll, rechtlich, sprich verfassungsrechtlich, anzugehen und sie danach zu beantworten, welche Aufgaben und Kompetenzen die Verfassung den rechtsprechenden Organen, insbesondere im Verhältnis zur Gesetzgebung, zuweist.[86]

---

[85] Siehe dazu oben 1. Teil, Anm. 30.

[86] Aus dem umfangreichen Schrifttum siehe etwa Göldner (1969), 149 ff.; Ipsen (1975), insbes. 41 ff.; ders. (1984), 1103 ff.; Krey (1978), 211 ff.; Müller (1989), z. B. 246 ff., 263; Schneider (1975), 443 ff.; Schuppert (1980), 4 ff.; Wank (1978), 76 ff.; ders. (1988), 314 ff.; Zimmer (1979),

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die neuere Methodendiskussion „von ihrem hermeneutischen Kopf auf die verfassungsrechtlichen Füße" zu stellen,[87] heißt die Losung.

Denen, die einen solchen Ansatz verfolgen, ist in vielem zuzustimmen: darin vor allem, daß die Frage nach der richtigen Methodik nicht nur eine Frage nach methodischer Korrektheit ist, sondern eine normative Frage, die über rein methodentheoretische Erwägungen hinausreicht. Zuzustimmen ist ihnen auch darin, daß ein Zusammenhang zwischen den erlaubten oder gebotenen Methoden der Rechtsgewinnung einerseits und dem Gestaltungsspielraum des Richters und der Verteilung der Kompetenzen zwischen Richter und Gesetzgeber andererseits besteht. Nur läßt sich die Frage, nach welcher methodischen Norm entschieden werden soll, in letzter Instanz nicht mehr mit verfassungsrechtlichen Argumenten beantworten.

Positivrechtliche, auch verfassungsrechtliche Begründungen zeichnen sich durch folgendes aus: Sie begründen die Geltung oder die prima facie-Geltung von Normen damit, daß diese sich einem bestimmten Rechtsmaterial, dem Verfassungstext etwa, nach bestimmten Zuordnungsnormen zuordnen oder aus solchen Zuordnungs- oder zugeordneten Normen ableiten lassen. Wer Überlegungen zur Rechtslage, auch zur Verfassungsrechtslage, anstellt, wendet dabei bereits bestimmte Rechtsfindungsmethoden an und geht wenigstens implizit von bestimmten Zuordnungsnormen aus, die es ihm gestatten, seine Entscheidung mit Bezug auf das vorfindliche Rechtsmaterial zu

---

103 ff.; Koch/Rüßmann (1982), 179 ff., schreiben vorsichtiger von „staatstheoretischen Erwägungen", nach denen sich die Wahl des Auslegungszieles und die Reihenfolge der Auslegungsmethoden zu richten habe.

[87] Schneider (1975), 452.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begründen. Versucht er, diese Zuordnungsnormen nochmals damit zu rechtfertigen, daß sie sich einem bestimmten Rechtsmaterial zuordnen lassen oder einer Norm entsprechen, auf die das zutrifft, wendet er dabei wiederum bestimmte Rechtsfindungsmethoden an und setzt er wiederum bestimmte Zuordnungsnormen voraus. Entweder die der Rechtfertigung zugrundeliegende Zuordnungsnorm ist dieselbe wie die, um deren positivrechtliche Begründung es geht. Dann ist die Begründung zirkulär. Oder es handelt sich um eine andere Zuordnungsnorm. Versucht man dann weiter, auch diese Zuordnungsnorm anhand des rechtlichen Materials positivrechtlich zu begründen, setzt das wiederum Zuordnungsnormen voraus usf.[88]

1. Ein Beispiel

Jeder, der versucht, die verfassungsrechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines bestimmten methodischen Vorgehens mit verfassungsrechtlichen Prinzipien wie dem Gewaltenteilungs-, dem Demokratie- oder dem Rechtsstaatsprinzip oder mit anderen verfassungsrechtlichen

[88] Schwierigkeiten dieser Art werden von den Verfechtern einer verfassungsrechtlichen Behandlung des Methodenproblems nicht oder wenn, dann wenig überzeugend behandelt. Beispielsweise will es Ipsen (1975), wegen Schwierigkeiten der genannten Art einerseits vermeiden, Interpretationsmethoden verfassungsrechtliche Verbindlichkeit zuzusprechen (47 f.). Andererseits überprüft er bestimmte methodische Vorgehensweisen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung hin (z. B. 236 f.). Die Schwierigkeit, daß er sich dazu bereits auf eine bestimmte Rechtsfindungsmethodik und bestimmte Zuordnungsnormen stützt, bleibt bestehen. Vgl. dazu Kriele (1976), 35 f., der von einer „Paradoxie" spricht, Methodengesichtspunkte aus dem Grundgesetz zu entnehmen, aus dem sich je nach methodischem Vorgehen Verschiedenes entnehmen lasse. Vgl. auch Wiethölter (1988), 1 f.: „Positives Recht als richtiges Recht ist das Rechts-Rätsel (Paradoxon, Dilemma) ‚als solches' ..."

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Normen zu begründen,[89] stößt an die eben angegebene Grenze positivrechtlicher Begründungen. Um dies zu verdeutlichen, sei die Position Friedrich Müllers als Beispiel angeführt. Nach Friedrich Müller ist es verfassungsrechtlich geboten, der grammatischen und systematischen Interpretation im Konflikfall vor der historischen Vorrang einzuräumen. Zur Begründung führt er an, dies folge aus Geboten im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips, etwa aus den Geboten der Bindung an Recht und Gesetz, der Rechtssicherheit oder der verfassungsrechtlich normierten Funktionsabgrenzung, die zum Teil ungeschriebenes, anerkanntes Verfassungsrecht, zum Teil im Grundgesetz (z. B. Art 19 Abs. 1 S. 2, Art. 79 Abs. 1 S. 1, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) spezialgesetzlich normiert seien.[90] Mit seiner Behauptung, daß die von ihm angeführten Normen Bestandteil der Verfassung und zudem in einer Weise zu verstehen seien, die seine methodischen Schlußfolgerungen tragen, wendet er bereits bestimmte Rechtsfindungsmethoden an, die grammatische und systematische Auslegungsmethode etwa, und geht er von bestimmten Zuordnungsnormen aus. Zu diesen von ihm vorausgesetzten Zuordnungsnormen gehört auch eine solche Norm, aus der sich herleitet, daß Normen wie die von Müller angeführten Gebote im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips, die sich aus einer bestimmten Interpretation der Verfassung ergeben, für die Frage nach der richtigen Rechtsfindungsmethodik nicht irrelevant, sondern maßstabbildend sind.

Zuordnungsnormen dieser Art werfen eine Reihe von Fragen auf. Zunächst können die verfassungsrechtlichen Normen, die Maßstab für die Bewertung des methodischen Vorgehens sein sollen, sinnvollerweise keinen

[89] Siehe dazu die oben Anm. 86, zitierte Literatur.
[90] Müller (1989), 254 f.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maßstab für die Bewertung desjenigen methodischen Vorgehens abgeben, das ihrer Gewinnung zugrundeliegt. Davon abgesehen ist genauer nachzufragen, welche Normen, die sich welchem Rechtsmaterial auf welche Weise zuordnen lassen, in Fragen der Rechtsmethodik Bewertungskriterien sein sollen und aus welchem Grunde. Warum sollen nur die von Müller herangezogenen Normen im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips Bewertungsmaßstab sein? Warum nicht auch andere Normen, die sich dem Rechtsmaterial Verfassung zuordnen lassen, Prinzipien der Berufsfreiheit, des Eigentumsschutzes oder der Volksgesundheit beispielsweise.[91] Danach wären dann diejenigen methodischen Normen begründet, deren Anwendung durch den Richter zur weitestmöglichen Erfüllung dieser anderen Normen bzw. dieser anderen Normen in einer bestimmten Ordnung oder Rangbeziehung führt. Und warum sollen die Maßstäbe für die Verfassungsinterpretation überhaupt erst umständlich durch eine Verfassungsinterpretation gewonnen werden? Warum nicht direkt von bestimmten Zuordnungsnormen ausgehen, die ein bestimmtes methodisches Vorgehen vorschreiben?

Der Verfechter einer Zuordnungsnorm wie derjenigen, die Müller voraussetzt, kann denen, die eine andere Zuordnungsnorm befürworten, die etwa das methodische Vorgehen auch von anderen als rechtsstaatlichen Normen abhängig machen wollen, nach dem Gesagten nicht sinnvoll entgegenhalten, dies widerspreche dem Rechtsstaatsprinzip und verstoße daher gegen die Verfassung. Was der Verfassung entspricht, ergibt sich aus der Zuordnung von

[91] Vgl. Alexy (1985), 122, nach dem Prinzipienargumente ein Überspielen des Wortlauts von Grundrechtsartikeln rechtfertigen können oder Sieckmann (1990), 221 ff., nach dem sich die Begründung der richterlichen Entscheidung im „Prinzipienmodell" des Rechtssystems aus einer Abwägung zwischen formellen und materialen Prinzipien ergibt.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Normen zum Rechtsmaterial Verfassung nach bestimmten Zuordnungsnormen. Der Argumentierende setzt mit seinem Argument die Geltung seiner Zuordnungsnorm, die lediglich die rechtsstaatlichen Gebote zum Maßstab für die Bewertung des methodischen Vorgehens macht, bereits voraus. Eine Begründung der eigenen Zuordnungsnorm liefert er so nicht. Andererseits kann der Kontrahent auch nicht sinnvoll entgegnen, die Verfassung enthalte ja außer dem Rechtsstaatsprinzip noch andere Verfassungsnormen, nach denen zu entscheiden ebenso rechtlich geboten sei. Also müßten diese Normen auch bei der Bewertung des methodischen Vorgehens Berücksichtigung finden. Wer so argumentiert, setzt bereits voraus, daß Verfassungsnormen Maßstab für die Bewertung des methodischen Vorgehens sein sollen, und zwar auch andere als die von Friedrich Müller angeführten. Im übrigen hätte er weiter zu präzisieren, welche nach welcher Methodik gewonnenen Rechtsnormen Maßstab sein sollen. Alle denkbaren Rechtsnormen, die sich dem Rechtsmaterial Verfassung nach den verschiedenen denkbaren methodischen Normen zuordnen lassen, können ja nicht gemeint sein. Sollen vielleicht alle „Zwecke" oder Prinzipien maßstabbildend sein, die sich dem Rechtsmaterial Verfassung im Wege eines teleologischen Interpretationsverfahrens zuordnen lassen? Wie soll dieses teleologische Verfahren genauer beschaffen sein, soll es mehr historischen oder mehr objektiv-teleologischen Charakter haben?[92] Und warum sollen nur Rechtsmaßstäbe dieser Art für die Bewertung des methodischen Vorgehens maßgeblich sein? Es wäre zwecklos, zur Begründung dessen, daß eine der im Streit stehenden Zuordnungsnormen den Vor-

[92] Zu den verschiedenen Varianten teleologischer Auslegung vgl. unten S. 359 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zug verdient, nach weiteren positivrechtlichen Begründungen zu suchen. Jeder weitere Begründungsversuch dieser Art müßte sich wiederum auf Zuordnungsnormen stützen. Wiederum stellte sich die Frage, warum bestimmte Zuordnungsnormen gegenüber anderen Zuordnungsnormen den Vorzug verdienen.

Keine Lösung wäre es, einfach definitorisch festzulegen, daß nur solche Normen Rechtsnormen bzw. positivrechtlich begründet sind, die sich dem Verfassungstext nach einer bestimmten näher gekennzeichneten Methodik und nach bestimmten Zuordnungsnormen zuordnen lassen. Definitorische Festlegungen dieser Art tragen nichts zur Lösung des Begründungsproblems bei. Man nehme beispielsweise an, aus einem bestimmten Begriff des Rechts ergebe sich, daß Normen dann nicht verfassungsrechtlich, sondern allenfalls moralisch begründet sind, wenn sie den Ergebnissen einer grammatischen Interpretation des Verfassungstextes widersprechen. Jeder Richter, der gegen diese methodische Norm entschiede, der eine Norm beispielsweise entgegen ihrem Wortlaut aus objektiv-teleologischen Erwägungen nicht anwandte, handelte dann begriffsnotwendig verfassungswidrig. Von der Bindung an die Verfassung *in diesem Sinne*, nach Maßgabe dieser Zuordnungsnorm, ließe sich dann nicht mehr sagen, was bei der pauschalen Rede von der richterlichen Rechtsbindung so einleuchtend erschien: daß die moralische Rechtfertigung der richterlichen Bindung an das positive Recht in der Regel *außer jedem Zweifel steht*. Darauf, daß jedenfalls die moralische Geltung starrer methodischer Normen der genannten Art fragwürdig ist, wird gleich noch einzugehen sein.

Festzuhalten bleibt: Es ist nicht möglich, Zuordnungsnormen in letzter Instanz in dem Sinne relativ zu Vorgaben des positiven Rechts zu begründen, daß man sie dem

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

positiven Rechtsmaterial zuordnet. Da sich auch diese Zuordnung auf Zuordnungsnormen stützen müßte, führte die Begründung entweder zu einem Regreß oder setzte sie voraus, was eigentlich erst zu begründen wäre: die positivrechtliche Geltung bestimmter Zuordnungsnormen.

2. Die moralische Begründungsebene

Daß es nicht möglich ist, das methodische Vorgehen und die Zuordnungsnormen in letzter Instanz positivrechtlich zu begründen, ändert nichts daran, daß Richter zwischen den vielen denkbaren voneinander abweichenden, häufig umstrittenen Zuordnungsnormen eine Wahl treffen müssen. Nach welchen Gründen bemißt es sich aber in letzter Instanz, welche Zuordnungsnormen den Vorzug verdienen? Die Gründe für oder gegen ein Handeln nach bestimmten Zuordnungnormen können in letzter Instanz nur noch auf einer Begründungsebene angesiedelt sein, die jenseits jeder Bindung an die Vorgaben des positiven Rechts liegt. Auf ihr entscheidet sich überhaupt erst das Ob und das Wie der richterlichen Gesetzesbindung: die Frage, ob und nach welchen Zuordnungsnormen der Richter ein bestimmtes Rechtsmaterial auswerten soll. Legt man den moralischen Maßstab der Distanznahme als obersten handlungsorientierenden Maßstab zugrunde, läßt sich diese Begründungsebene als moralische Ebene richterlicher Handlungsbegründung bezeichnen. Auf ihr geht es um keine Begründungen relativ zum positiven Recht mehr. Ihre Begründungen sind am Maßstab der Moral orientiert, ohne dabei positivrechtlichen Restriktionen zu unterliegen.

Die Eigenständigkeit und Bedeutung dieser Begründungsebene für die richterliche Rechtsfindung wird dadurch verdeckt, daß sich viele Normen und Prinzipien, die

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf der moralischen Begründungsebene für die Bewertung des methodischen Vorgehens und der Zuordnungsnormen maßstabbildend sind, mit gleichem oder ähnlichem Inhalt auch positivrechtlich begründen lassen. Dennoch dürfen die verschiedenen Begründungsebenen nicht vermengt werden. Es ist ein Unterschied, der auch Auswirkungen auf die Ergebnisse der Argumentation hat, ob jemand eine Norm wie beispielsweise das Prinzip der Rechtssicherheit im Rahmen einer rein moralischen Argumentation anführt, die keinen Restriktionen durch Vorgaben des positiven Rechts unterliegt, und zwar deswegen anführt, weil die Beachtung dieses Prinzips moralisch begründet ist, oder ob er seine Bewertung positivrechtlich im angegebenen Sinne begründen will und sich dazu auf diese Norm beruft, d. h. sich deswegen auf diese Norm beruft, weil sie sich dem Rechtsmaterial in bestimmter Weise zuordnen läßt. Behält man diese Unterscheidung zwischen positivrechtlichen Begründungen und Begründungen auf einer moralischen Begründungsebene im Blick, wird der zentrale Stellenwert abwägenden moralischen Denkens für die richterliche Handlungsbegründung deutlich. Darauf ist jetzt näher einzugehen.

B. Formelle und materiale Prinzipien als Maßstab für die Bewertung von Zuordnungsnormen auf der moralischen Begründungsebene

Die Frage, nach welchem Rechtsmaterial, ausgewertet nach Maßgabe welcher Zuordnungsnormen, der Richter entscheiden soll, läßt sich letztlich nicht mehr relativ zum positiven Recht beantworten. Das ist eben deutlich geworden. Der Richter, der für die Wahl zwischen den vielen denkbaren voneinander abweichenden Zuordnungsnor-

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men eine rationale Handlungsorientierung sucht, muß sich letztlich auf die moralische Begründungsebene begeben. Auf ihr ist der Maßstab der Distanznahme oberster orientierender Maßstab. Wenn es dem Richter geboten und nicht etwa freigestellt ist, nach bestimmten Methoden der Rechtsgewinnung und bestimmten Zuordnungsnormen zu entscheiden, muß sich dies auf dieser Begründungsebene aus dem Maßstab der Distanznahme ergeben.[93]

Nach welchen konkreteren Maßstäben richtet sich die Bewertung der Zuordnungsnormen auf der moralischen Begründungsebene? Davon, nach welchen Zuordnungsnorm der Richter entscheidet, hängt ab, in welchem Umfang und in welcher Form er sein Handeln am positiven Rechtsmaterial ausrichtet. So verwundert es nicht, daß

---

[93] Nach Habermas (1987) sind Recht und Moral ineinander verschränkt, ist die Moral in das positive Recht „eingewandert" (14 f.). Dabei sei die Moralität, „die dem Recht nicht nur gegenübersteht, sondern sich auch im Recht selber festsetzt" rein prozeduraler Natur und aller bestimmter Norminhalte entledigt (15). Legalität könne nur dadurch Legitimität erzeugen, daß juristische Entscheidungsverfahren institutionalisiert würden, die für moralische Diskurse durchlässig seien (13). Nach dem bisher Gesagten ist dem Verschiedenes entgegenzuhalten. Zunächst ist der Formulierung des „Einwanderns" des Rechts in die Moral insofern nicht zu folgen, als aus der Handelndenperspektive gesehen auch in rechtlichen Entscheidungssituationen letztlich eine rein moralische Begründungsebene bestimmend ist. Ferner richtet sich die Beurteilung rechtlicher Normen und Verfahren letztlich nicht nach der Durchlässigkeit dieser Verfahren für moralische Diskurse, sondern nach dem obersten Vernunftmaßstab der Distanznahme. Dabei ist dann genauer als bei Habermas zwischen dem Wert solcher Verfahren für die Erkenntnis des praktisch Richtigen und demjeniger Wert solcher Verfahren zu unterscheiden, der ihnen nach moralischen Maßstäben als Form der Handlungskoordinierung und der Gestaltung des Zusammenlebens zukommt, etwa weil solche Verfahren dem Einzelnen Möglichkeiten demokratischer Einflußnahme auf Entscheidungsprozesse einräumen. Vgl. dazu oben 2. Teil, Anm. 223. Zur Diskursethik siehe im übrigen oben S. 130 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieselben Normen, die begründen, *daß* der Richter überhaupt Vorgaben des positiven Rechts beachten soll, auch für die Beantwortung der Frage nach dem richtigen methodischen Vorgehen und der richtigen Zuordnungsnorm wesentlich sind: die sogenannten formellen Prinzipien. Formelle Prinzipien sind prima facie-Normen, die den autoritativen Charakter rechtlicher Entscheidungen begründen, d. h. die Gründe dafür abgeben, daß der Richter sein richterliches Handeln an fremden Wertungen und fremden Entscheidungen rechtlicher Instanzen ausrichten soll, und zwar auch dann ausrichten soll, wenn er die fremden Wertungen ihrem Inhalt nach nicht für begründet hält.[94]

Wichtige formelle Prinzipien sind aus der verfassungsrechtlichen Methodendiskussion bekannt. Sie lassen sich nicht nur positivrechtlich, sondern mit gleichem oder ähnlichem Inhalt auch moralisch begründen. Ein wichtiges formelles Prinzip ist das Demokratieprinzip, nach dem es dem Richter geboten ist, Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu respektieren. Daß es nach dem Maßstab der Distanznahme und den Normen der Chancenbeförderung begründet ist, die politischen Entscheidungsprozeße demokratisch zu organisieren, wurde bereits angesprochen. Ein weiteres formelles Prinzip, dessen moralische prima facie-Geltung ebenfalls bereits zur Sprache kam, ist das Prinzip der Rechtssicherheit.

Auch das Prinzip der Gleichgerechtigkeit, dem, wie bereits angesprochen, eine moralische prima facie-Geltung zukommt, zählt zu den formellen Prinzipien. Das trifft allerdings nur dann zu, wenn man dieses Prinzip nicht ein-

[94] Zum Begriff des formellen Prinzips vgl. Alexy (1985), 89, 120; Sieckmann (1988), 46 f.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fach mit dem Universalisierungsgrundsatz[95] gleichsetzt, nach dem moralischen oder rechtlichen Werturteilen eine universelle Norm zugrunde liegen soll. Ist mit diesem Grundsatz ein logisches Prinzip oder eine Argumentationsregel gemeint, bringt er ohnehin nicht direkt ein moralisches Gebot zum Ausdruck. Und auch eine moralische Norm, die dem Richter gebietet, nach universellen Normen zu entscheiden, ist noch kein formelles Prinzip. Aus einer solchen Norm ergibt sich für den Richter noch kein Grund, seine Entscheidungen an den Normen und Wertungen anderer Entscheidungsträger auszurichten, wenn er eine andere Wertung in der Sache für besser begründet hält. Dagegen bringt die Norm der Gleichgerechtigkeit als formelles Prinzip zum Ausdruck, daß die verschiedenen entscheidenden rechtlichen Instanzen das Verhalten der Adressaten der Rechtsnormen nach übereinstimmenden oder möglichst kohärenten Wertungen beurteilen. Eine solche Gleichgerechtigkeit wird gefördert, wenn Richter ihre Entscheidungen an einheitlichen Vorgaben durch den Gesetz- und Verfassungsgeber und an Präjudizien ausrichten.[96]

Ein weiteres formelles Prinzip, mit dem sich die Respektierung fremder rechtlicher Entscheidungen begründen läßt, ist das Gewaltenteilungsprinzip. In seinen Aspekten der Machtbalancierung und der sachgemäßen Aufgabenverteilung zwischen den Staatsorganen[97] ist es nicht nur

---

[95] Zu diesem Grundsatz siehe näher Wimmer (1980), 207 ff.

[96] Wenn Alexy (1978), 335 f., das Gleichbehandlungsgebot zur Begründung einer Argumentationslast zugunsten von Präjudizien anführt und die Gleichbehandlungsforderung dabei aus dem Universalisierungsgrundsatz herleitet, verkennt er damit, daß dieser Grundsatz noch kein formelles Prinzip darstellt.

[97] Zu diesen beiden Aspekten von Gewaltenteilung vgl. Wank (1978), 91 f., 113 ff.; Ipsen (1975), 133 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf der verfassungsrechtlichen, sondern auch auf der moralischen Begründungsebene relevant. Daß die Verteilung der Aufgaben und Kompetenzen zwischen den Staatsorganen sachgerecht sein und zum Zwecke der Freiheitssicherung und des Schutzes vor Mißbräuchen eine Teilung und Kontrolle der Macht gewährleisten soll, entspricht auch den moralischen Geboten der Chancenbeförderung. Argumente der sachgemäßen Aufgabenverteilung zwischen Richter und Gesetzgeber werfen allerdings besondere Probleme auf. Solche Argumente dürfen nicht als Argumente dagegen verstanden werden, daß der Richter diejenige Handlungsalternative wählen soll, die er letztendlich für moralisch begründet hält. Darauf wird noch zurückzukommen sein.[98]

Alle die genannten formellen Prinzipien können im jeweiligen Fall dafür oder dagegen sprechen, nach Maßgabe einer bestimmten Rechtfindungsmethode zu entscheiden.[99] Beispielsweise mag das Demokratieprinzip unter

---

[98] Siehe unten 3. Teil, IV. C. 4.

[99] Teils werden formelle Prinzipien wie das Demokratieprinzip und das Prinzip der Gleichgerechtigkeit auch als Argument dafür angeführt, die richterliche Entscheidung an herrschenden Wertvorstellungen zu orientieren und auf der Grundlage eines breitestmöglichen Konsenses zu treffen (so etwa Zippelius (1982), 140 ff.; ders. (1985), 12 ff.). Auch wenn formelle Prinzipien im Einzelfall für eine solche Orientierung sprechen sollten, bleibt immer zu beachten, daß die Ausrichtung an Konsens und vorfindlichen Wertvorstellungen kein oberster Orientierungspunkt ist. Wie weit die Orientierung an welcher Art von Konsens und welchen vorfindlichen Wertvorstellungen auf der moralischen Begründungsebene begründet ist, richtet sich nach dem Maßstab der Distanznahme und den konkretisierenden Prinzipien, zu denen neben formellen auch materiale Prinzipien gehören. Dabei ist dann zwischen dem möglichen Wert einer solchen Orientierung als Form der Handlungskoordinierung und der Gestaltung des Zusammenlebens und dem möglichen Wert konsensueller und herrschender Überzeugungen für die Gewinnung von Erkenntnissen über das praktisch Richtige zu unterscheiden (siehe dazu oben Anm. 93). Im übrigen ist äußerst zweifelhaft, ob herrschende Wertvorstellungen – gerade in schwierigen und umstrittenen Fragen –

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bestimmten Bedingungen für die Fallentscheidung nach einer Norm sprechen, die durch eine näher zu bestimmende historische Auslegung gewonnen ist, das Prinzip der Gleichgerechtigkeit in bestimmten Fällen für eine Analogiebildung[100] etc.

Auf der moralischen Begründungsebenen sind aber nicht nur formelle, sondern auch materiale Prinzipien maßstabbildend. Auch sie gehören daher zu den Maßstäben dafür, nach welchen Zuordnungsnormen der Richter den jeweiligen Fall entscheiden soll. Auch wesentliche materiale Prinzipien können zugleich moralisch begründet und im positiven Recht verankert sein, etwa das Prinzip des Eigentumsschutzes, des Persönlichkeitsschutzes usf. Das heißt aber nicht, daß die Argumentation für oder gegen eine bestimmte Zuordnungsnorm auf materiale Prinzipien begrenzt wäre, die sich auf bestimmte Weise positivrechtlich begründen lassen. Auf der moralischen Begründungsebene gibt es keine solche Begrenzung. Auf ihr zählt jedes für die Fallentscheidung und die Beantwortung der Frage nach der richtigen Zuordnungsnorm relevante Moralprinzip.

Es liegt auf der Hand, daß die relevanten prima facie-Normen häufig zueinander in Konflikt geraten. Das führt dann dazu, daß unter Berücksichtigung des einen Prinzips die Zuordnungsnorm A gilt und unter Berücksichtigung

---

eine brauchbare Entscheidungshilfe abgeben. Welche der unterschiedlichen Meinungen sollen zählen und wie sind sie feststellbar? Sollen Richter ihre Entscheidungen von Meinungsumfragen abhängig machen? Soll das Urteil „kompetenter" Personengruppen besonderes Gewicht haben und, wenn ja, das Urteil welcher Personen? Das Urteil von Juristen mit besonderer Reputation etwa? Wie verträgt sich das dann mit dem Demokratieprinzip? Vgl. dazu auch Kriele (1976), 107 ff.

[100] Zum Zusammenhang zwischen Analogiebildung und dem Gedanken der Gleichgerechtigkeit vgl. auch Larenz (1983), 365; Koch/Rüßmann (1982), 260; Engisch (1983), 287 Anm. 166 c.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eines anderen die zu A in Konflikt stehende Zuordnungsnorm B. Schon allein die formellen Prinzipien können zueinander in Konflikt geraten und dann für verschiedene, einander widersprechende Zuordnungsnorm Gründe liefern. Erst recht kommt es zu Konflikten, finden auch die materialen Moralprinzipien Berücksichtigung. Beispielsweise werden sich materiale Prinzipien aus der Sicht des Richters nur zu oft am intensivsten erfüllen lassen, wenn er objektiv-teleologisch auslegt, die Wortlautgrenze überschreitet oder von einer gefestigten Rechtsprechung abweicht, werden dagegen aber im jeweiligen Fall formelle oder auch andere materiale Prinzipien sprechen. Welche Entscheidung begründet ist und welche Zuordnungsnorm gilt, ergibt sich in einem solchen Konfliktfall aus einer Abwägung der in Konflikt stehenden formellen und materialen Prinzipien auf der moralischen Begründungsebene. Allgemeiner formuliert ist diejenige richterliche Entscheidung begründet, die sich auf Zuordnungsnormen stützt, die in der Situation unter Berücksichtigung aller maßstabbildenden Moralprinzipien formeller und materialer Art gültig sind.[101]

---

[101] Teils wird die Bedeutung von Prinzipien für die Begründung und die nähere Bestimmung der Bindung des Richters an das positive Recht zwar ebenfalls hervorgehoben, dabei aber verkannt oder jedenfalls nicht deutlich herausgestellt, daß sich das Ob und das Wie der Bindung nach einer Begründungsebene richtet, auf der es nicht mehr um positivrechtliche Begründungen geht, nach einer moralischen Begründungsebene. So ergibt sich die Bindung des Richters an das Gesetz nach Dreier (1986), 31, zwar aus Prinzipien, genauer aus dem Gewaltenteilungs- und dem Demokratieprinzip. Sie ergibt sich nach Dreier aber nur aus solchen Prinzipien, die der Verfassung inkorporiert sind. Auf außerrechtliche Maßstäbe zurückzugreifen sei daneben nicht gestattet (31). Bei Alexy (1985), der einen Vorrang der Regelebene vor der Prinzipienebene annimmt (121 f.), bleibt unklar, woraus sich ergeben soll, daß und wieweit die Regelebene Vorrang hat, wenn nicht aus einer Abwägung zwischen formellen und materialen Prinzipien auf einer Begründungsebene, die jeder Gesetzesbindung vorgelagert ist. Nach Sieckmann (1988), 46 f., bestimmt sich die

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Geltung der Zuordnungsnormen hängt danach davon ab, welche formellen oder materialen Moralprinzipien in welcher Intensität erfüllt oder beeinträchtigt werden, wenn der Richter nach ihr entscheidet. Daraus ergibt sich zum einen: Will der Richter die Geltung einer Zuordnungsnorm ermitteln, muß er die für die Erfüllung der Prinzipien relevanten Folgen berücksichtigen, die die Entscheidung nach der betreffenden Zuordnungsnorm nach sich zöge. Ferner ergibt sich, daß es praktisch kaum möglich ist, Zuordnungsnormen aufzustellen, die in allen denkbaren Fällen unter Berücksichtigung aller prima facie-Normen gültig sind. Insoweit sei an die oben angestellten Überlegungen zur Regelgeltung im starken Sinne erinnert.[102] So sind etwa dem Bestreben, eine feste Rangfolge zwischen den Auslegungsmethoden festzulegen, Grenzen gesetzt.[103] Bestünde eine Rangfolgeregel, die un-

---

Bindung an das Gesetz nach formellen Prinzipien. Wenn diese Prinzipien die Bindung begründen, liegt der Gedanke nahe, daß bei der Abwägung dieser Prinzipien gegen andere in letzter Instanz keine positivrechtlichen Restriktionen mehr bestehen. Dennoch heißt es bei Sieckmann (1990), 256 f., die Geltung materiell richtiger Prinzipien könne rechtlich ausgeschlossen sein. Beschreibt man die Bindung des Richters in der Weise, daß der Richter das Gesetz „als Ausdruck eines am Rechtsgedanken orientierten Willens des Gesetzgebers, im Zusammenhang der ganzen Rechtsordnung, und das heißt, der sie tragenden Grundsätze und Prinzipien" nehmen soll (Larenz (1979), 155), verschwimmt die Differenz zwischen den verschiedenen Begründungsebenen ohnehin und gerät der rein moralische Charakter der obersten Begründungsebene aus dem Blick.

[102] Siehe dazu oben S. 91 ff.

[103] Feste Rangfolgeregeln stellen z. B. Koch/Rüßmann (1982), 182; Raisch (1988), 38; Müller (1989), 258 ff. auf. Andere Autoren nehmen zwar eine Verhältnisbestimmung vor, räumen aber ein, daß es sich um keine in allen Entscheidungssituationen gültige Rangfolge handelt. Z.B. schränkt Larenz (1983), 331, die von ihm aufgestellten Rangaussagen dahin ein, das Gewicht der Auslegungskriterien hänge „nicht zuletzt davon ab, was sie im einzelnen Fall hergeben". Siehe auch die im 1. Teil, Anm. 30, angeführte Literatur.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ter Berücksichtigung aller Umstände Geltung hat, setzte das voraus, daß alle maßstabbildenden Moralprinzipien in allen nur denkbaren Fällen, in denen die Regel anwendbar ist, dann im richtigen Rangverhältnis erfüllt werden, wenn die Rangfolgeregel befolgt wird. Da die materialen und formellen Prinzipien in den verschie denen Entscheidungssituationen in ganz unterschiedlicher Intensität oder auch gar nicht betroffen sein können, wird sich eine solche Regel schwerlich aufstellen bzw. ihre Geltung im Blick auf alle denkbaren Anwendungsfälle erkennen lassen. Demgegenüber verspricht es mehr Erfolg, nach Rangfolgeregeln mit einer Geltung des ersten Anscheins zu suchen, die demjenigen eine mehr oder weniger große Begründungslast aufbürden, der von ihnen abweichen will.[104]

C. Einige Einwände gegen richterliche Abwägung und damit verbundene Folgenorientierung

Will der Richter ermitteln, welche der vielen denkbaren Zuordnungsnormen im jeweilen Fall Geltung hat, muß er sich auf die moralische Begründungsebene begeben und im Idealfall sämtliche relevanten Moralprinzipien und sämtliche nach diesen Prinzipien relevanten Entscheidungsfolgen berücksichtigen, schließlich die Moralprinzipien gegeneinander abwägen. Das ist eben deutlich geworden.

Wer einen solchen Begründungsansatz vertritt, sieht sich einer Reihe von Einwänden gegenüber, die gegen richter-

[104] Vgl. Alexy (1978), 305, nach dem die Argumentationslast trägt, wer von Argumenten der Bindung an Wortlaut und historischen Gesetzgeberwillen abweichen will.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liche Abwägung und richterliche Folgenorientierung erhoben werden.[105] Einige von diesen Einwänden sollen im folgenden zur Sprache kommen. Dabei brauchen hier alle diejenigen Einwände nicht zu interessieren, die sich gegen eine abstrakte Abwägung oder Rangordnung zwischen Normen bzw. Werten oder Gütern in einer der oben angesprochenen starken Varianten abstrakter Abwägung richten.[106] Eine solche Rangordnung wird hier nicht angenommen.[107] Ferner können solche Einwände außer Betracht bleiben, die dahin gehen, bestimmte weitgehende Formen richterliche Abwägung und Folgenorientierung widersprächen dem positiven Recht, speziell dem Verfassungsrecht.[108] Wer eine solche Ansicht vertritt, sagt damit, daß bestimmte Formen der Abwägung und Folgenorientierung nach Normen unbegründet sind, die sich einem bestimmten Rechtsmaterial nach bestimmter Zuordnungsnormen zuordnen lassen. Einwände dieser Art treffen nicht den Punkt, auf den es hier ankommt: daß sich die Frage, welche der vielen, oft umstrittenen Zuordnungsnormen den Vorzug verdienen, letztlich nur auf der moralischen Begründungsebene beantworten läßt und daß auf dieser Ebene Abwägungen und gegebenenfalls auch Folgenorientierung angezeigt sind.

---

[105] Siehe etwa die Zusammenstellung von Einwänden gegen richterliche Abwägung bei Gern (1986), 464; Alexy (1985), 134 ff. und von Einwänden gegen richterliche Folgenorientierung bei Rottleuthner (1980), 114 ff. Zur Diskussion über richterliche Folgenorientierung siehe im übrigen Lübbe-Wolff (1981), insbes. Kap. 1 und 8; Hassemer (1982), 493 ff.; Kriele (1976), 331 ff.; Luhmann (1974), 31 ff.; Sambuc (1977); Wälde (1979); Smid (1988), 44 ff.; Koch/Rüßmann (1982), 227 ff. m. w. Nachw.

[106] Siehe z. B. Schlink (1976), 128 ff.; Druey (1981), 144 ff.

[107] Siehe dazu oben S. 100 ff.

[108] Siehe z. B. Müller (1989), 64 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Rechtssicherheit, Gleichgerechtigkeit, Regel/Ausnahme-Schema und Demokratieprinzip als Argumente

Zu den Standardeinwänden gegen richterliche Abwägung gehört das Argument, ein auf Abwägung beruhendes Recht sei nicht mehr prognostizierbar und mit dem Prinzip der Rechtssicherheit unvereinbar.[109] Die durch die Rechtssicherheit gezogenen Grenzen staatlicher Eingriffsmöglichkeiten würden aufgehoben.[110] Ferner heißt es, Abwägung verstoße, weil einzelfallbezogen, gegen das Gerechtigkeitsgebot.[111] Gemeint ist das oben angesprochene Prinzip der Gleichgerechtigkeit. Auch könne der Staatsapparat moralische Prinzipienargumente leicht als Demokratieersatz mißbrauchen.[112]

Einwänden dieser Art liegt in der Regel ein Zerrbild richterlicher Abwägung zugrunde. Zu ihm gelangt, wer nicht hinreichend zwischen Normen mit Regelcharakter und der Begründung solcher Normen durch abwägendes Denken und damit verbundene Folgenorientierung unterscheidet.[113] Machen Richter ihre Entscheidung von einer Abwägung abhängig, heißt das nicht, daß sie damit aufhören und es aus der Sicht des Richters kein Gewicht mehr hat, in Einklang mit generellen und von den Richtern im allgemeinen befolgten Normen zu entscheiden. Das gilt vor allem dann, wenn die abzuwägenden Normen Moralprinzipien sind, zu denen nicht nur materiale, sondern auch formelle Prinzipien gehören wie die von den Kritikern angeführten Prinzipien der Rechtssicherheit, der Gleichgerechtigkeit und das Demokratieprinzip. Diesen

[109] Siehe etwa Smid (1988), 345; Müller (1989), 65.
[110] Maus (1989), 201.
[111] So etwa Smid (1988), 345 f.; Luhmann (1974), 38.
[112] Maus (1989), 192 f., 199 ff.
[113] Siehe dazu oben S. 51 ff., 90 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

formellen Prinzipien kommt in der richterlichen Entscheidungssituation obendrein ein besonderes Gewicht zu. Würden die Richter sie nicht beachten, liefen sie praktisch weitgehend leer.

Schon allein wegen dieser formellen Prinzipien und ihres besonderen Gewichts ist es nach dem obersten orientierenden Maßstab der Moral häufig begründet, im Einklang mit bestimmten im allgemeinen befolgten Rechtsnormen genereller Art zu entscheiden und nur in Ausnahmefällen von ihnen abzuweichen.[114] In vielen Fällen ist das Entscheiden nach solchen Normen auch unproblematisch – auch und gerade bei Abwägung aller relevanten Moralprinzipien auf der Ebene der Begründungen der Regeln. Beispielsweise ist es schon wegen der formellen Prinzipien unproblematisch, daß eine besonders hohe Begründungslast trägt, wer bei einem kürzlich in demokratischem Verfahren zustandegekommenen Gesetz gegen den möglichen Wortsinn und eine deutliche Wertung des „historischen Gesetzgebers" entscheidet.[115] Ebenso unproblematisch ist dann in vielen Fällen, daß ein hinreichend gewichtiger Grund für eine solche Entscheidung im jeweiligen Fall nicht gegeben ist. Geht man davon aus, daß auch

---

[114] Nach Hodgson (1967), 98 f., 105 ff., ergibt sich unter näher beschriebenen Bedingungen ein infiniter Regreß, wenn Richter danach entscheiden, welche Entscheidung bzw. die Anwendung welcher Regel die besten Folgen hat und sie dabei auch die Folgen für die Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen einkalkulieren wollen, die sich beim Abweichen von einer Regel ergeben. Er kritisiert damit das von Wasserstrom (1961), 138 ff., vertretene Modell einer Rechtfertigung richterlicher Entscheidungen durch Regeln, deren Anwendung gemessen am Maßstab der Utilität die besten Folgen hat. Sein Einwand richtet sich ebenso gegen andere Formen einer folgenorientierten Begründung richterlicher Entscheidungen. Zur Kritik des von Hodgson in seiner Arbeit verwandten Argumentationsmusters sei auf Trapp (1988), 535 ff.; P. Singer (1972), 94 ff.; Lewis (1972), 17 ff., verwiesen.

[115] Vgl. Alexy (1978), 305.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der abwägende Richter jedenfalls in der Regel nicht gegen diejenigen Normen entscheidet, deren Geltung nach dem obersten orientierenden Maßstab der Moral im jeweiligen Fall keine Probleme aufwirft, ergibt sich schon allein daraus: Auch eine auf der Begründungsebene an Abwägungen ausgerichtete Spruchpraxis ist ein gutes Stück weit an einheitlichen Normen genereller Art ausgerichtet, also auch prognostizierbar.

Richtig ist andererseits, daß die Befolgung solcher Rechtsnormen nach dem Gesagten unter dem Vorbehalt steht, daß sich nicht bei einer Abwägung der relevanten Moralprinzipien eine abweichende Entscheidung als begründet erweist. Wie eben angesprochen wurde, schließt das zwar keine Entscheidungspraxis aus, die sich weitgehend an Rechtsnormen generellen Charakters orientiert, die im allgemeinen befolgt werden. Allerdings ist einzuräumen, daß sich möglicherweise ein höheres Maß an Gleichgerechtigkeit, was den genannten Aspekt des Entscheidens nach übereinstimmenden oder möglichst kohärenten Wertungen anbelangt, und an Rechtssicherheit erreichen ließe, wenn die Richter ihre Entscheidungen nicht an einer Abwägung orientierten, sondern nach irgendwelchen einheitlichen, feststehenden Normen entschieden. Möglicherweise ließe sich auch ein höheres Maß der Ausrichtung an demokratisch legitimierten legislativen Entscheidungen erreichen. Nur ist das aus der Perspektive des entscheidenden Richters kein Argument gegen Abwägung. Will man nicht die Auffassung vertreten, daß die Prinzipien der Gleichgerechtigkeit, was den genannten Aspekt anbelangt, der Rechtssicherheit und das Demokratieprinzip die einzigen von der richterlichen Entscheidung berührten Moralprinzipien sind, müssen auch andere Moralprinzipien Berücksichtigung finden, eben weil ihnen ebenso prima facie-Geltung zukommt wie den genannten

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prinzipien der Rechtssicherheit, der Gleichgerechtigkeit und dem Demokratieprinzip. Stehen andere Prinzipien mit diesen formellen Prinzipien in Konflikt, bedarf es der Abwägung, um zu einer Entscheidung zu gelangen. Daß die formellen Prinzipien in höherem Maße erfüllt würden, fänden die in Konflikt stehenden Prinzipien keine Beachtung, ist dann zwar trivialerweise richtig, nimmt den anderen Prinzipien aber nicht ihre prima facie-Geltung. Allenfalls mag man die extreme Auffassung vertreten, Rechtssicherheit, Demokratieprinzip und Gleichgerechtigkeit seien zwar nicht die einzigen einschlägigen moralischen Normen, hätten aber in allen Fällen richterlichen Entscheidens absoluten Vorrang vor den abweichenden Moralprinzipien. So etwas anzunehmen besteht jedoch kein Grund, schon weil diese Prinzipien, das Demokratieprinzip bei alten Gesetzen etwa, oftmals nur in geringer Intensität betroffen sind. Mit dem obersten orientierenden Maßstab der Distanznahme ist ein solcher Vorrang jedenfalls nicht vereinbar.

Aus dem eben Gesagten ergibt sich, daß auch der Einwand auf einem Zerrbild von Abwägung beruht, richterliche Abwägung und Folgenorientierung stünden zum Regel/Ausnahme-Schema im Gegensatz und zersetzten deswegen die Rechtsdogmatik, da dieses Schema „zu einem der wichtigsten Generatoren für Dogmatik" geworden sei.[116] Wie eben angesprochen wurde, ist es wegen der formellen Prinzipien auch bei Abwägung aller Moralprinzipien häufig begründet, nur aus gewichtigen Gründen von einer Rechtsnorm abzuweichen, kommt der Rechtsnorm also eine Geltung unter Berücksichtigung aller Umstände des ersten Anscheins im oben angegebenen Sinne zu.

Will der Richter also tun, was dem Maßstab der Distanz-

[116] Luhmann (1974), 32 f.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nahme entspricht, muß er abwägend entscheiden. Wer richterliche Abwägung aus Gründen der Rechtssicherheit und der Gleichgerechtigkeit ablehnt, muß daher bereits die Ausrichtung des richterlichen Handelns an allen relevanten moralischen Maßstäben kritisieren. Er muß argumentieren, Richter sollten nicht das tun, was sie unter Berücksichtigung aller moralisch relevanten Normen für moralisch begründet halten, weil dies insgesamt ein höheres Maß an Rechtssicherheit, Gleichgerechtigkeit oder demokratischer Legitimation zur Folge hätte. Sofern dieses Argument überhaupt als moralisches Argument gedacht ist, weist es die oben bereits kritisierte Struktur auf: Es ist dem Einzelnen moralisch verboten, das zu tun, was er bei Berücksichtigung aller moralisch relevanten Umstände für begründet hält, weil es bestimmte schlechte Folgen hätte, wenn sich alle so verhielten. Zur Kritik dieser Art von Argumentation sei auf das oben Gesagte verwiesen.[117] Eine ganz andere Frage ist dann, wieweit es aus der Sicht des Richters im Einzelfall begründet ist, bestimmten Rechtsnormen und fremden Entscheidungen zu folgen. Möglicherweise läßt sich einer bestimmten abwägenden richterlichen Entscheidungspraxis ja zu Recht entgegenhalten, sie orientiere sich in zu geringem Maße an bestimmten Rechtsnormen und weiche ohne zureichenden Grund von ihnen ab und werde so den formellen Prinzipien nicht gerecht. Eine solche Kritik läßt die Annahme, zur Handlungsbegründung bedürfe es der Abwägung von Prinzipien, unberührt.

[117] Siehe oben S. 303 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Der Einwand des fehlenden Maßstabs und des dezisionären Charakters richterlicher Abwägung

Zuweilen wird gegen die Ausrichtung des richterlichen Entscheidens an Abwägungen eingewandt, es fehle an einem intersubjetiv nachvollziehbaren Abwägungsmaßstab.[118] An die Stelle von Gleichbehandlung trete richterliche Dezision.[119] Soweit mit Einwänden dieser Art gemeint ist, dem positiven Recht lasse sich kein Abwägungsmaßstab entnehmen,[120] mag dieser Einwand an dieser Stelle auf sich beruhen. Ob sich dem positiven Recht ein solcher Maßstab entnehmen läßt oder nicht: Darauf, daß es der Begründung auf der moralischen Begründungsebene bedarf, wenn bestimmten Normen der Zuordnung zum positiven Rechtsmaterial der Vorzug vor anderen denkbaren Zuordnungsnormen gegeben wird, hat das keinen Einfluß. Um eben diese moralische Begründungsebene geht es hier. Die angesprochene Kritik ist an dieser Stelle allenfalls dann relevant, wenn sie gegen Abwägungen bei der Begründung von Zuordnungsnormen auf der moralischen Begründungsebenen einwendet, es fehle auf dieser Ebene ein Abwägungsmaßstab, die Abwägung habe dezisionären Charakter.

Eine solche Kritik geht indes fehl. Wie ausgeführt wurde, existiert auf der moralischen Begründungsebene ein rationaler Abwägungsmaßstab, der Maßstab der Distanznahme. Richtig ist allerdings, daß es dennoch bei Abwägungen Bereiche von Inkommensurabilität und nicht immer nur eine richtige Antwort gibt, daß vor allem oft

---

[118] So etwa Smid (1988), 345; Müller (1989), 65.

[119] Smid (1988), 345.

[120] Vgl. dazu das Sondervotum der Richter Böckenförde und Mahrenholz, BVerfGE 69, 57 ff. [63].

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zweifelhaft und umstritten ist, welche Normen unter Berücksichtigung aller Umstände begründet sind. Was folgt daraus aber? Aus der Handelndenperspektive ist es für jedermann, also auch den Richter, rational, sein Handeln am obersten orientierenden Maßstab der Moral auszurichten, d. h. aber auch: diejenige Handlungsalternative zu ergreifen, die er letztendlich für moralisch am besten begründet hält, mögen andere auch anderer Auffassung sein. Dieses Handeln nach moralischen Maßstäben schließt die Abwägungen auf der moralischen Begründungsebene mit ein. Dabei läßt sich nicht argumentieren, der Richter solle Entscheidungen nicht mehr an Abwägungen auf der moralischen Begründungsebene ausrichten, weil die Rangverhältnisse zwischen Konfliktnormen oft zweifelhaft und umstritten sind und es daher der Rechtssicherheit und Gleichgerechtigkeit abträglich ist, wenn Richter abwägend entscheiden. Diese Art von Argumentation ist gerade kritisiert worden. Daß es für den Richter im übrigen in Gestalt der formellen Prinzipien nichtsdestoweniger wichtige Gründe gibt, anders zu entscheiden, als er es im engeren Sinne „in der Sache" für begründet hält, und daß dies nicht gegen richterliche Abwägungen spricht, ist bereits zur Sprache gekommen. Wenn es ferner bei der Abwägung der relevanten Moralprinzipien nicht immer nur eine richtige Antwort gibt und – begrenzte – Bereiche der Dezision verbleiben, liegt darin eine Grenze rationalen Handelns. Ein Argument gegen richterliche Abwägung auf der moralischen Begründungsebene läßt sich daraus nicht herleiten. Insbesondere ist die Argumentation abwegig, der Richter solle sich an den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gleichgerechtigkeit orientieren oder jedenfalls anders als abwägend entscheiden, weil Abwägungen, die Lösung von Normenkonflikten also, irrational, eine Angele-

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genheit bloßer Dezision seien. Wäre dies in dieser Allgemeinheit richtig, wäre es auch eine Angelegenheit der Dezision, Prinzipien der Rechtssicherheit und Gleichgerechtigkeit besondere Beachtung zu schenken und nicht anderen Prinzipien zu folgen, die ein abweichendes Handeln verlangen.

3. Der Einwand der Überforderung und der schwierigen Folgenabschätzung

Ein naheliegender Einwand gegen umfassende richterliche Abwägung und damit verbundene Folgenorientierung ist der, sie überfordere den Richter, schon allein aus Zeitgründen. Auch könne der Richter die für die Abwägung relevanten Entscheidungsfolgen nicht voraussehen und überblicken.[121] Tatsächlich ist nicht zu leugnen, daß Richter Überlegungen zur Abwägung aller relevanten Moralprinzipien schon allein aus Zeitgründen oft nur mit begrenzter Intensität anstellen können und daß die Möglichkeiten des Richters, Folgen vorauszusehen, begrenzt sind. Nur: Daran, daß die Entscheidungen des Richters bestimmte Folgen haben und daß der Richter, bewußt oder unbewußt, ob er es will oder nicht, über die mehr oder weniger intensive Erfüllung in Konflikt stehender Moralprinzipien entscheidet, ändert das nichts. Der Richter steht vor der Alternative, entweder blind zu entscheiden, was die Entscheidungsfolgen und die Erfüllung der einschlägigen Moralprinzipien anbelangt, oder wenigstens im Rahmen des Möglichen abzuwägen und die relevanten Prinzipien und Folgen zu berücksichtigen.[122] Welche dieser Alter-

[121] Siehe etwa Luhmann (1974), 35; Smid (1989), 83.
[122] Vgl., was die Folgenberücksichtigung anbelangt, auch Lübbe-Wolff (1981), 13 ff.; Rottleuthner (1980), 114.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nativen den Vorzug verdient, ist eine normative Frage. Jedenfalls vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen ist die Wahl der zweiten Alternative geboten. Eine andere Frage ist dann die, ob sich nicht Richtlinien des vernünftigen Umgangs mit dem begrenzten Tatsachenwissen und der begrenzten Entscheidungskapazität beim Entscheiden finden lassen[123] und welche Mittel der Entscheidungserleichterung es gibt.[124]

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, für den Richter gebe es ja noch eine weitere Alternative, die nämlich, den Gesetzgeber entscheiden zu lassen. Nicht, daß sich nicht wichtige Gründe für eine richterliche Selbstbeschränkung und für die Regelung einer Materie durch den Gesetzgeber anführen lassen, das Demokratieprinzip etwa. Nur bedarf eben auch dies der Begründung auf der moralischen Begründungsebenen, ob, wieweit und in welcher Weise eine Entscheidung ausschließlich dem Gesetzgeber überlassen bleiben soll. Wie diese Frage zu beantworten ist, richtet sich wiederum nach einer Abwägung der relevanten Moralprinzipien und Abschätzung der relevanten Folgen auf der moralischen Begründungsebene.

4. Einwände aus dem Vergleich zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung

Teils werden Vergleiche zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung angestellt und argumentiert, der Richter solle deswegen nicht im Blick auf bestimmte Folgen entscheiden, weil der Gesetzgeber bestimmte Folgen besser

---

[123] Vgl. dazu auch oben 1. Teil, Anm. 152.

[124] Als Mittel der Entscheidungsvereinfachung und der Entscheidungsentlastung kommt etwa die Rechtsdogmatik in Betracht. Allerdings ist umstritten, wieweit Rechtsdogmatik ein dazu taugliches Mittel darstellt. Siehe dazu etwa Struck (1975 a), 85 f.; Alexy (1978), 326 m. w. Nachw.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

abschätzen könne.[125] Geht es um die moralische Begründungsebene richterlichen Handelns, ist ein solches Argument problematisch. Natürlich kann es wie in jeder anderen Entscheidungssituation auch begründet sein, über Angelegenheiten schon allein deswegen nicht selbst zu entscheiden, weil man selber über keine ausreichenden Kenntnisse der tatsächlichen Verhältnisse verfügt. Grundsätzlich gilt aber, daß der Einzelne moralisch nicht schon deswegen von der Berücksichtigung und Bewertung der Folgen seines Handelns entlastet ist, weil andere Folgen bestimmter Art besser abschätzen können als er selbst. Vor allem gibt es auf der moralischen Begründungsebene zunächst keinen Grund, warum der Richter Folgen auch dann unberücksichtigt lassen soll, wenn er im Einzelfall seiner Ansicht nach über keine wesentlich schlechteren Kenntnisse der relevanten Tatsachen verfügt als der Gesetzgeber, und das deswegen, weil Richter *im allgemeinen* solche Folgen schlechter abschätzen können. Jedenfalls läßt sich nicht das folgende Verallgemeinerungsargument zur Begründung anführen: Welche Folgen der Richter berücksichtigen darf, hängt davon ab, wie ein Zustand zu bewerten ist, in dem alle Richter Folgen dieser Art berücksichtigen. Da der Gesetzgeber Folgen bestimmter Art im allgemeinen besser abschätzen kann als Richter und daher im allgemeinen auch sachangemessenere Regelungen trifft, ist es dem Richter verboten im Blick auf solche Folgen zu entscheiden. Es handelt sich um das gleiche Argumentationsmuster, das bereits kritisiert wurden:[126] Es ist dem Einzelnen verboten, so zu handeln, wie er es unter Berücksichtigung aller moralisch relevanten Folgen und Prinzipien für richtig hält, weil es schlechte Folgen hätte,

[125] Siehe z. B. Wank (1978), 172 ff.
[126] Oben S. 303 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn alle sich so verhielten. Diesem Argumentationsmuster folgen auch andere Argumentationen, nach denen sich der Richter der Entscheidung über bestimmte Sachverhalte auch dann enthalten soll, wenn er diese Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände für begründet hält, weil der Gesetzgeber in solchen Angelegenheiten *im allgemeinen* sachangemessener entscheiden kann, etwa weil der Gesetzgeber in einem bestimmten Bereich im allgemeinen über bessere Möglichkeiten der Steuerung der sozialen Wirklichkeit verfügt.[127]

Dennoch liegt dem Vergleich zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung im Blick darauf, welche Institution im allgemeinen sachangemessener entscheiden kann, ein berechtigtes Anliegen zugrunde. Das gilt insbesondere dann, wenn dieser Vergleich im Rahmen von Überlegungen zur Gewaltenteilung angestellt wird: Sollen einheitliche Normen der Aufgabenzuweisung aufgestellt werden, sind Normen vorzugswürdig, die Rechtsprechung und Gesetzgebung jeweils diejenigen Aufgaben zuweisen, für deren Erfüllung sie im allgemeinen am besten gerüstet und geeignet sind. Danach bezieht die verallgemeinernde Betrachtungsweise, welche Institution im allgemeinen besser Folgen abschätzen und sachangemessener entscheiden kann, ihre Berechtigung daraus, daß Richter und andere Institutionen nach einheitlichen, generellen Normen der Aufgabenzuweisung handeln sollen. Daraus folgt dann allerdings auch, daß Gewaltenteilungsargumente von der Art, daß die Richter bestimmte Folgen nicht berücksichtigen und sich bestimmter Entscheidungen enthalten sollen, weil der Gesetzgeber die betreffenden Folgen im allgemeinen besser abschätzen und sachangemessener entscheiden kann, nur in Kombination mit anderen Gründen Gewicht

[127] Vgl. etwa Sambuc (1977), 98

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben. Und zwar haben Sie dann grundsätzlich nicht mehr Gewicht, als diejenigen Gründe der effektiven Staatsorganisation, Gleichgerechtigkeit, Rechtssicherheit etc., die dafür sprechen, nach einheitlichen, generellen Regeln festzulegen, welche Institution über welche Folgen und Angelegenheiten entscheiden soll. Die Frage ist also genaugenommen nicht, ob der Richter so handeln soll, wie er es unter Berücksichtigung *aller* Moralprinzipien und *aller* moralisch relevanten Folgen letztendlich für begründet hält. Das ist auf der moralischen Begründungsebene zu bejahen. Die Frage ist vielmehr, ob es für den einzelnen Richter im jeweiligen Fall begründet ist, nach bestimmten generellen Normen der Aufgabenzuweisung zu handeln, die festlegen, daß Richter so entscheiden sollen, als seien bestimmte Arten von Folgen nicht oder nur in Ausnahmefällen relevant, und ob es begründet ist, nach Normen zu handeln, nach denen sich der Richter der Entscheidung über bestimmte Angelegenheiten enthalten soll, weil Gründe der effektiven Staatsorganisation, Rechtssicherheit etc. insoweit für eine Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung nach den betreffenden Normen der Aufgabenzuweisung sprechen. Ob dies begründet ist, hat der Richter unter Berücksichtigung der moralisch relevanten Folgen einer Befolgung dieser Norm durch Abwägung der einschlägigen Moralprinzipien zu entscheiden.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Richterliche Entscheidungsfindung im Verfahren eines mehrschichtigen, abwägenden Überlegungsgleichgewichts

1. Zwei Begründungsebenen

Nach den vorangegangenen Überlegungen entscheidet es sich in letzter Instanz auf einer moralischen Begründungsebene, die Wahl welcher der dem Richter offenstehenden Handlungsalternativen begründet ist. Auf dieser moralischen Begründungsebene ist der Maßstab der Distanznahme oberster handlungsorientierende Maßstab. Für das richterliche Handeln gilt daher entsprechend, was zur moralischen Handlungsbegründung allgemein ausgeführt wurde:[128] Zur umfassenden, vollständigen Begründung der richterlichen Handlungswahl gehört es, zur Begründung dieser Wahl anzuführen, daß mit ihr begründende Prinzipien befolgt und im Fall des Konflikts mit anderen Prinzipien im richtigen Rangverhältnis mit diesen Konfliktnormen erfüllt werden. Von einer solchen Begründung, der Begründung richterlichen Handelns durch formelle und materiale Prinzipien, handelten die voranstehenden Überlegungen. Wie in anderen Bereichen moralischen Entscheidens auch kommt moralisch abwägenden Urteilen ferner ein eigenständiger Erkenntniswert zu und erhöht ein Verfahren abwägenden Überlegungsgleichgewichts die Zuverlässigkeit der Urteile darüber, welches Handeln bzw. welche Normen begründet sind.

Das Verfahren des Überlegungsgleichgewichts weist im Falle der richterlichen Handlungsbegründung allerdings eine besondere Gestalt auf. Da sich der Richter in einer Entscheidungssituation befindet, in der er sich in beson-

---

[128] Siehe dazu oben S. 269 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

derer Weise mit den Vorgaben des positiven Rechts und dem vorfindlichen Rechtsmaterial auseinanderzusetzen hat, sind es wesentlich Zuordnungs- und zugeordnete Normen, die der Überprüfung im Verfahren des Überlegungsgleichgewichts bedürfen. Dem korrespondieren verschiedene Begründungsebenen, die im Verfahren des Überlegungsgleichgewichts zu durchlaufen sind. Auf der einen, positivrechtlichen Begründungsebene geht es darum, welche Entscheidung nach Maßgabe eines bestimmten methodischen Vorgehens bzw. einer bestimmten Zuordnungsnorm begründet ist. Auf der anderen, zuoberst moralischen Begründungsebene ist die Frage dann die, welches methodische Vorgehen und die Befolgung welcher Zuordnungsnormen begründet ist.

Auch auf der positivrechtlichen Begründungsebene kann es notwendig sein, daß der Richter selber, nach eigener Wertung über Rangverhältnisse zwischen prima facie-Normen entscheidet. Ferner können Begründungen auf dieser Ebene ebenfalls ein Verfahren des Überlegungsgleichgewichts erforderlich machen, wenn auch ein solches besonderer Art, das sich ganz auf dieser Ebene der Begründung bewegt. Das betrifft insbesondere die sogenannte „teleologische Gesetzesauslegung", die Frage also, welche Entscheidung nach Maßgabe einer näher zu bestimmenden teleologischen Auslegung begründet ist.

2. Das Überlegungsgleichgewicht teleologisch-interpretatorischer Art

Die Auslegung nach den „Zwecken" einer gesetzlichen Regelung gehört anerkanntermaßen zu den zentralen, wenn nicht die gesamte Auslegung bestimmenden Elementen richterlicher Rechtsfindung, sei es die Auslegung nach den „objektiven Gesetzeszwecken" im Rahmen der

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„objektiv-teleologischen Auslegungsmethode",[129] sei es die Auslegung nach den Zwecken eines historischen Gesetzgebers im Rahmen der „historisch" oder „subjektiv-teleologisch" genannten Auslegungsvarianten.[130] Darüber, ob es nur um die Auslegung nach „Zwecken" gehen soll und wie der Zweckbegriff genauer zu verwenden ist, herrscht allerdings Uneinigkeit. So wird die Wendung „Zweck eines Gesetzes" als unverständlich kritisiert, da es sich bei Zwecken um Wirkungen handele, die ein Handelnder mit seinen Handlungen anstrebe.[131] Oder der Zweckbegriff wird als zu eng bezeichnet, da er für die Auslegung relevante ethische Grundsätze, Forderungen der Gerechtigkeit und politisch weltanschauliche Postulate nicht erfasse.[132] Oder man denke an die Terminologie der Interessenjurisprudenz, nach der das Gesetz als das Ergebnis einer legislativen Abwägung widerstreitender Interessen zu verstehen ist.[133] Die Auslegung nach dem Zweck des Gesetzes, der als „Förderung der überwiegenden Interessen" definiert ist, genügt danach nicht, da auch die „Gegeninteressen" bei der Auslegung Berücksichtigung finden sollen.[134] Bei allen Unterschieden im einzelnen kommen die verschiedenen Auffassungen jedoch darin überein, daß die angesprochene Form der Auslegung eine Auslegung nach Gründen für bestimmte gesetzliche

---

[129] Zur objektiv-teleologischen Auslegungsmethode siehe z. B. Larenz (1983), 319 ff.; Bydlinski (1982), 453 ff.; Alexy (1978), 296 ff.; Koch/Rüßmann (1982), 222 ff.; Mittenzwei (1988), 267 ff.

[130] Siehe dazu z. B. Larenz (1983), 313 ff.; Bydlinski (1982), 449 ff., der näher zwischen einer historischen und einer historisch-teleologischen Auslegung differenziert; Koch/Rüßmann (1982), 210 ff.; Schroth (1983), m. w. Nachw.

[131] Koch/Rüßmann (1982), 169 f.

[132] Engisch (1983), 80.

[133] Heck (1914), 86.

[134] Heck (1931), 155.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regelungen ist,[135] mögen diese Gründe Zwecke, Interessen, ethische Grundsätze oder anders heißen, mag es sich um Gründe eines historischen Gesetzgebers oder um in irgendeinem Sinne objektive Gründe handeln. Gründe für eine bestimmte gesetzliche Regelung sind Gründe dafür, den betreffenden Rechtssatz als Gesetz zu setzen. Die Frage nach den für die Auslegung leitenden Gründen läßt sich daher folgendermaßen stellen: Nach welchen Gründen ist es aus der Perspektive eines bestimmten tatsächlichen oder gedachten Gesetzgebers in einer bestimmten Entscheidungssituation begründet, die gesetzliche Regelung als Gesetz zu setzen. Je nachdem wie man den Gesetzgeber und dessen Auffassungen, die Entscheidungssituation und die Gründe, nach denen gefragt ist, näher beschreibt, ergeben sich verschiedene Varianten teleologischer Auslegung.

Die objektiv-teleologische Auslegungsvariante läßt sich dahin beschreiben, daß das Gesetz nach den besten rechtfertigenden Gründen auszulegen ist, die ein Gesetzgeber dafür anführen könnte, das Gesetz in der heutigen Situation zu verabschieden.[136] Dazu lassen sich dann noch restriktive Bedingungen formulieren, die etwa, daß sich die Auslegung im Rahmen des möglichen Wortsinns des betreffenden Rechtssatzes halten soll oder daß die Gründe

---

[135] Dementsprechend schlägt Engisch (1983), 81, vor, statt von einer „Auslegung aus dem Zweck" von einer „Auslegung aus dem Grunde" zu reden.

[136] Vgl. auch Alexy (1978), 296, nach dem es auf die Zwecksetzungen eines hypothetischen, vernünftig entscheidenden Subjekts ankommt, das Alexy als „Gemeinschaft der im Rahmen der geltenden Rechtsordnung aufgrund vernünftiger Argumentation Entscheidenden" bezeichnet. Vgl. auch Mettenheim (1984), 105 ff., nach dem wir in der juristischen Argumentation so tun sollen, als sei der Gesetzgeber ein vernunftbegabtes Wesen, das heute existiert und nach einem bestimmten Plan handeln will.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit bestimmten anderen Rechtsnormen zusammenpassen oder mit rechtfertigenden Gründen für andere Rechtssätze kohärent sein müssen.[137] Dabei bestehen keine Bedenken, die rechtfertigenden Gründe als Zwecke zu bezeichnen, faßt man den Zweckbegriff nur hinreichend weit. Zwecke lassen sich dann einfach in einem weiten Sinne als normativ ausgezeichnete Sachverhalte verstehen, deren weitestmögliche Verwirklichung aus der für die Auslegung maßgeblichen Gesetzgeberperspektive gesehen geboten ist.

Die objektiv-teleologische Rechtfertigung verlagert sich in einem ersten Schritt auf die historische Ebene, fragt man nicht mehr nach den besten rechtfertigenden Gründen für die Verabschiedung des Gesetzes in der heutigen, sondern in der damaligen Situation, als das Gesetz tatsächlich verabschiedet wurde. Ein weiterer Schritt besteht dann darin, solche Gesetzesbegründungen zu berücksichtigen, die sich aus den Gesetzesmaterialien ergeben. Die Frage ist dann die, welches die in der damaligen Zeit und Situation besten rechtfertigenden Gründe für die Verabschiedung des Gesetzes aus der Sicht eines Gesetzgebers sind, der Gründe wie die, die sich aus den Gesetzesmaterialien ergeben, als rechtfertigend ansieht. Diese Umschreibung ist so allerdings noch sehr vage. Um zu ermitteln, welches die in den Gesetzesmaterialien enthaltenen Begründungen sind, bedarf es weiterer Interpretationsregeln. Die Gesetzesmaterialien ergeben ja möglicherweise kein einheitliches Bild und sind ihrerseits interpretationsbedürftig. Dabei geht es dann nicht einfach darum, psychologische oder soziologische Forschung zu betreiben und Motive und Bewußtseinszustände von

[137] Diese Auslegungsform läßt sich dann als systematisch-teleologische Auslegung bezeichnen, so etwa Bydlinski (1982), 454 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abgeordneten zu ermitteln. Der „Wille des historischen Gesetzgebers" ist weniger ein psychologischer Sachverhalt als das „normative Konstrukt"[138] eines Interpreten im Umgang mit bestimmten Rechtstexten und historischen Materialien. Entsprechend ist die Unterstellung zu verstehen, der Gesetzgeber sehe die Begründung, die sich aus den Gesetzesmaterialien ergebe, als rechtfertigend an. Sie beruht auf der Unterstellung, der „Gesetzgeber" habe wenigstens die Absicht, so zu entscheiden, wie es begründet ist, mögen die rechtlichen Regelungen und die Begründungen in der Sache auch nicht überzeugen.[139] Ob Abgeordnete das Gesetz tatsächlich für die beste Lösung halten, ob sie es nicht lediglich verabschieden, um Wählerstimmen zu erlangen, ob das Gesetz ein politischer Kompromiß ist, den alle allenfalls für die zweitbeste Lösung halten, ist danach grundsätzlich nicht relevant. Welche Abgeordnete, welche Regelungen tatsächlich für wie gut begründet halten, läßt sich in der Regel auch gar nicht feststellen.

Eine genauere Beschreibung der möglichen Varianten objektiver und subjektiv-teleologischer Auslegung ist hier nicht angestrebt. Festzuhalten bleibt, daß es sich bei der teleologischen Gesetzauslegung, wie sie eben umrissen wurde, um eine Auslegung nach rechtfertigenden Gründen für die Setzung eines Rechtssatzes als Gesetz durch eine historische oder gedachte rechtsetzende Instanz handelt, nach Gründen für rechtsetzendes Handeln also. Dabei wird dieser rechtsetzenden Instanz wenigstens die Absicht unterstellt, diejenige Regelung als Recht zu setzen, die als Recht zu setzen begründet ist. Bei der teleologischen Auslegung geht es also darum, sich in die Perspekti-

[138] Vgl. Schroth (1983), 79.
[139] Siehe dazu Kriele (1979), 77 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ve des näher beschriebenen Gesetzgebers in der näher beschriebenen Entscheidungssituation hineinzuversetzen und bei Beachtung der für die jeweilige Variante teleologischer Auslegung kennzeichnenden Restriktionen die besten rechtfertigenden Zwecke für die Setzung des betreffenden Rechtssatzes als Gesetz zu ermitteln und nach diesen Zwecken dann das Gesetz auszulegen.

Je nach Ausmaß der zu beachtenden Restriktionen ist das Ermitteln der maßgeblichen rechtfertigenden Gründe mit einem hohen Maß an Eigenwertungen dessen verbunden, der auslegt. So richtet es sich nach den Folgen (im weitesten Sinne) der Anwendung eines Rechtssatzes als Gesetz, ob und nach welchen Gründen die Setzung als Gesetz gerechtfertigt ist. Um die rechtfertigenden Gründe eines Gesetzes zu ermitteln, ist also nach der Rechtfertigung für die Folgen der Anwendung des betreffenden Rechtssatzes zu fragen. Diese Folgen liegen aber in der Regel nicht in der Weise fest, daß von bestimmten vorgegebenen Folgen einfach auf bestimmte Gesetzeszwecke zurückgeschlossen werden könnte.[140] Die Folgen können vielschichtig und müssen nicht alle „bezweckte" Folgen sein, dann jedenfalls nicht, wenn man den Bereich der für die Auslegung relevanten Folgen weit zieht, und darunter auch solche Folgen faßt, die über bloße Rechtsfolgen oder Folgen für die Verfahrensbeteiligten hinausgehen.[141] Mindestens stehen die voneinander verschiedenen Folgen der verschiedenen möglichen Auslegungsvarianten zu Beginn der Auslegung noch nicht als „bezweckte" Folgen fest. Mit der Qualifizierung als bezweckte Folgen wäre das Ergebnis der Auslegung sonst bereits vorweggenommen. Hinzu

---

[140] Siehe dazu Peczenik (1983), 117 ff.

[141] Zur Folgenberücksichtigung im Rahmen der teleogischen Interpretation vgl. auch Koch/Rüßmann (1982), 227 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kommt, daß es in der Regel mehrere Zwecke sind, die auf der Ebene der Rechtfertigung des betreffenden Rechtssatzes relevant sind.[142] Dazu zählen dann in aller Regel auch Zwecke, die gegen die Setzung und Anwendung des betreffenden Rechtssatzes sprechen. Geht es beispielsweise um die Gründe eines vernünftigen Gesetzgebers für die Setzung einer Regelung, die ein Verhalten reglementiert, von dem abzuweichen direkt oder indirekt Sanktionen nach sich ziehen soll, ist grundsätzlich auch der Zweck der Vermeidung der Androhung oder Anwendung rechtlichen Zwangs zu berücksichtigen. Die Frage nach den besten rechtfertigenden Gründen ist insoweit genaugenommen die Frage, welche Zwecke bzw. korrespondierenden Normen in welchem Rangverhältnis die beste Rechtfertigung für die Setzung und Anwendung des betreffenden Rechtssatzes abgeben.

Die teleologische Auslegung stellt sich danach nicht einfach als Rückschluß von einer vorgegebenen Folge auf einen bestimmten Gesetzeszweck dar, insbesondere die objektiv-teleologische Auslegung nicht. Stattdessen hat der Auslegende bei Beachtung der jeweiligen Restriktionen zwischen den möglichen Auslegungen des Gesetzes, den verschiedenen Folgen der Anwendung des Gesetzes in den verschiedenen Auslegungsvarianten, zwischen den möglichen Gründen für und gegen die Herbeiführung solcher Folgen und den Folgen der Auslegung des Gesetzes im Lichte solcher Gründe hin- und herzugehen. Er muß die in Betracht kommenden Folgen und rechtfertigenden Zwecke bzw., soweit konkurrierende Zwecke im Spiel sind, die verschiedenen Rangverhältnisse zwischen den Zwecken bzw. zwischen den korrespondierenden Normen aus der jeweils zugrundegelegten Gesetzgeberper-

[142] Vgl. Engisch (1983), 80; Köbl (1979), 1033 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spektive vergleichen und einer vergleichenden Bewertung unterziehen. Das Stadium in dem dieses Hin- und Hergehen und diese vergleichende Bewertung zu einem Endpunkt gelangt ist, läßt sich als Stadium eines Überlegungsgleichgewichts teleologisch-interpretatorischer Art bezeichnen.[143] Soweit in diesem Verfahren Rangverhältnisse zwischen konkurrierenden Zwecken bzw. korrespondierenden Normen zu vergleichen und vergleichend zu bewerten sind, handelt es sich um ein abwägendes Überlegungsgleichgewicht teleologisch-interpretatorischer Art.

Nimmt man die Restriktion hinzu, daß die teleologische Auslegung mit den rechtfertigenden Gründen anderer Rechtssätze kohärent sein soll, reduziert sich das Ausmaß der Eigenwertungen des Richter, das zum Erreichen des Überlegungsgleichgewichts teleologisch-interpretatorischer Art erforderlich ist, dadurch nur in sehr begrenztem Maße. Der Grund dafür liegt nicht nur darin, daß ja auch das Ermitteln der rechtfertigenden Gründe der anderen Rechtsätze im Verfahren des Überlegungsgleichgewichts Eigenwertungen des Richters notwendig macht, insbesondere dann, wenn es um Zwecke objektiv-teleologischer Art geht. Der Grund dafür ist vor allem der, daß sich die rechtfertigenden Gründe, wie eben angesprochen wurde, in aller Regel erst aus einer Verhältnisbestimmung zwischen konkurrierenden Zwecken bzw. aus einer Abwägung zwischen korrespondierenden prima facie-Normen ergeben. Aus der Rangbestimmung zwischen bestimmten Normen für bestimmte Konfliktlagen lassen

[143] Vgl. auch Mac Cormick (1978), 245. Dort bezeichnet Mac Cormick den Endpunkt eines Prozesses, in dem, ausgehend von Rechtssätzen, nach Prinzipien gesucht wird, die diesen Rechtssätzen zugrundeliegen, in dem die Rechtssätze dann im Lichte dieser Prinzipien verstanden werden, als Überlegungsgleichgewicht.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich aber nur in sehr begrenztem Umfang Rückschlüsse darauf ziehen, wie die Rangbeziehungen in anderen Konfliktlagen oder gar bei Beteiligung anderer prima facie-Normen beschaffen sind. Andere haben das näher ausgeführt. Auf ihre Ausführungen sei hier verwiesen.[144] Jedenfalls kann der Richter seine Auslegung nach dem oben im ersten Teil Gesagten nicht auf abstrakte Abwägungen in einer der oben angegebenen voraussetzungsvollen Varianten stützen, schon gar nicht auf abstrakte Rangbeziehungen dieser Art, die in irgendeiner Weise in der positiven Rechtsordnung vorfindlich sind. So verführerisch der Gedanke einer Auslegung aus einem teleologischen System des Rechts mit innerer Folgerichtigkeit auch sein mag:[145] Die schwierigste Aufgabe ist nicht das Auffinden von rechtfertigenden Prinzipien, sondern das Ermitteln von Rangverhältnissen zwischen den rechtfertigenden prima facie-Normen. Im Blick auf solche Rangverhältnisse ist die Aussagekraft von Erwägungen der Kohärenz mit rechtfertigenden Gründen anderer Rechtssätze aber häufig nur gering.

Die eben angesprochene Variante des Verfahrens des Überlegungsgleichgewichts betrifft lediglich die positivrechtliche Begründungsebene. Ob es begründet ist, nach den Ergebnissen teleologischer Auslegung zu entscheiden, vor allem nach den Ergebnissen welcher Variante

---

[144] Siehe vor allem Steiner (1976), 152 ff.; daneben auch Alexy (1979), 82 ff.

[145] Vgl. etwa die Ausführungen zum teleologischen System (40 ff.), und zur Auslegung aus dem inneren System heraus (116 ff.) bei Canaris (1983), dazu auch die kritische Besprechung von Wieacker (1970), 107 ff. Oder vgl. z. B. Raisch (1988), 34 ff., nach dem die systematische Auslegung aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung heraus geeignet ist, Normkonkurrenzen zu klären und die Bindung des Richters zu garantieren. Vgl. daneben auch das Kohärenzmodell der Interpretation nach rechtfertigenden Gründen bei Dworkin (1986), insbes. Kap. 7, 9 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teleologischer Auslegung, entscheidet sich nach dem Gesagten in letzter Instanz auf der moralischen Begründungsebene. Letzlich kommt es demnach auf ein moralisch abwägendes Überlegungsgleichgewicht an, in dem die verschiedenen Begründungsebenen und dabei auch die verschiedenen Varianten des teleologisch-interpretatorischen Überlegungsgleichgewichts durchlaufen sind und in der die Urteile verschiedener Explikationsstufen, insbesondere einzelfallbezogene Urteile, Urteile über die Geltung von Zuordnungsnormen sowie abwägende und Prinzipienurteile auf der moralischen Begründungsebene aneinander angepaßt sind. Die moralische und die positivrechtliche Begründungsebene mögen sich praktisch nicht immer säuberlich trennen lassen. Auch mögen Richter ihre Wertungen auf der moralischen Begründungsebene häufig nur in einer mehr oder weniger intuitiven Weise treffen. Das ändert nichts daran, daß verschiedene Ebenen der Begründung betroffen sind. Werden sie nicht unterschieden, gerät etwas Wesentliches aus dem Blick: die moralischen Grundlagen richterlicher Handlungsbegründung.

https://doi.org/10.5771/9783495996744-326 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY