

II. Die moralische Verbindlichkeit des Rechts

A. Der Begriff einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit

Unter der Geltung einer Rechtsnorm lässt sich Verschiedenes verstehen. Wie bereits angesprochen wurde, geht es in dieser Arbeit um einen Geltungsbegriff, der auf das hier interessierende Problem der Handlungsbegründung zugeschnitten ist. Danach gilt eine Rechtsnorm dann, wenn es begründet ist, nach ihr zu handeln. Bezieht man diesen Geltungsbegriff auf bestimmte rechtliche Entscheidungsperspektiven, ergeben sich speziellere begründungsbezogene Geltungsbegriffe. So gilt eine Rechtsnorm, wie bereits ausgeführt, auf die Richterperspektive bezogen dann, wenn es begründet ist, nach ihr den Fall zu entscheiden. Entsprechend ist an eine Form von Rechtsgeltung zu denken, die speziell auf die Perspektive des Verfassungs- oder Gesetzgebers bezogen ist: Danach gilt eine Norm, wenn es begründet ist, sie als gesetzliche oder Verfassungsnorm zu setzen. Daneben lassen sich noch weitere begründungsbezogene Geltungsbegriffe spezieller Art formulieren, insbesondere im Blick darauf, ob die Geltung der Norm von einer Begründung im starken Sinne abhängt oder von einer solchen im schwachen Sinne oder welches die Maßstäbe für die Geltung der Norm sind. Ein spezieller Geltungsbegriff dieser Art kam bereits zur Sprache, der Begriff der juristischen Geltung. In diesem Kapitel geht es um eine andere spezielle Form der Normgeltung. Sie sei im folgenden als Verbindlichkeit einer Norm bezeichnet.

Der Begriff der Verbindlichkeit wird teils sehr weit gefaßt. So heißt es, von der „Verbindlichkeit“ einer Norm sei bereits dann zu reden, wenn eine Instanz die Norm gesetzt habe, deren Autorität die betreffende Person aus irgendwelchen, auch egoistischen Motiven heraus anerkenne.⁶ Hier interessiert demgegenüber ein Verbindlichkeitsbegriff, der auf eine zentrale rechtsphilosophische Fragestellung zugeschnitten ist: Lassen sich Normen des positiven Rechts oder jedenfalls solche mit einer bestimmten Qualität auch im starken Sinne und auch gegenüber denjenigen begründen, der sie nicht ohnehin schon anerkennt, und zwar auch und vor allem dann, wenn es der klugen Beförderung des eigenen Wohls der betreffenden Person entspricht, das positive Recht in einer Situation nicht zu befolgen. Dieser Fragestellung korrespondiert ein Verständnis von der Verbindlichkeit einer Rechtsnorm, nach der eine Norm dann verbindlich bzw. *prima facie* verbindlich ist, wenn es im starken Sinne begründet bzw. *prima facie* begründet ist, diese Norm zu befolgen oder zu setzen und zwar auch für denjenigen begründet, der sie nicht ohnehin schon anerkennt, und auch in Fällen begründet, in denen die Befolgung oder Setzung der Norm der klugen Beförderung des eigenen Wohls der betreffenden Person zuwiderläuft.⁷

Daß eine Norm auch dann gilt, wenn ihre Befolgung der

⁶ Hoerster (1979), 85 ff.

⁷ Vgl. auch den Begriff der objektiven Verbindlichkeit bei Henkel (1977), 560, und bei Lippold (1988), 471, nach dem eine Norm objektiv verbindlich ist, wenn sie „... unabhängig von der Beurteilung durch bestimmte Menschen – maßgeblich ist, d. h. die Normadressaten gegenüber der Norm objektiv zum Gehorsam verpflichtet sind“. Ott (1976), 23, versteht unter der Verbindlichkeit einer Rechtsnorm, daß sie von einem höheren Standpunkt als gerechtfertigt erscheint. Nach R. Schreiber (1966), 140, ist der Begriff der Verbindlichkeit von Rechtsnormen „wissenschaftlich unbrauchbar“.

klugen Beförderung des eigenen Wohls der jeweiligen Person zuwiderläuft, deutet auf einen moralischen Maßstab als Geltungsgrund dieser Norm hin. Häufig ist denn auch ohne weitere Differenzierung von einer moralischen Geltung des Rechts die Rede, wenn Fragen der Rechtfertigung der Befolgung positiven Rechts angesprochen sind.⁸ Indessen ist es für die Diskussion und das Verständnis der verschiedenen rechtsphilosophischen Standpunkte hilfreich, zu differenzieren und den Begriff einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit zu verwenden. Dieser Begriff soll dazu dienen, solche rechtsphilosophischen Standpunkte zu kennzeichnen, nach denen sich die Verbindlichkeit von Rechtsnormen in ihren Fundamenten nach Maßstäben spezifisch rechtlicher Art richtet. Genauer ist eine spezifische Rechtsverbindlichkeit dann anzunehmen, wenn einer oder mehrere Rechtsmaßstäbe fundamentaler Art verbindlich bzw. *prima facie* verbindlich sind. Mit Rechtsmaßstäben sind dabei Maßstäbe gemeint, die vom Maßstab der Beförderung des eigenen Wohls verschieden und in besonderer Weise auf die rechtlichen Entscheidungssituationen bezogen sind,⁹ d. h. auf die Frage, die Befolgung bzw. Setzung welcher Normen in den rechtlichen Entscheidungssituationen begründet ist. Ein solcher besonderer Bezug eines Maßstabs auf die rechtlichen Entscheidungssituationen kann sich bereits aus dem Inhalt

⁸ Siehe etwa Dreier (1981), 194 ff.

⁹ Vgl. auch den Begriff des „fundamentalen rechtsethischen Prinzips“ bei Bydlinski (1988), 128 ff. Rechtsethische Prinzipien unterscheiden sich nach Bydlinski auf folgende Weise von anderen moralischen Prinzipien: Es sind Prinzipien, „die sich gerade oder doch in erster Linie auf spezifisch ‚positiv-rechtliches‘ Verhalten, nämlich auf Rechtsanwendung und Rechtsetzung beziehen ... ferner solche, die die elementarsten Anforderungen an menschliches Sozialverhalten überhaupt betreffen, so daß sie – wenn überhaupt irgendwelche – auch mit organisiertem Zwang durchzusetzen sind“ (130).

dieses Maßstabs ergeben. Beispielsweise weist das Prinzip der Rechtssicherheit einen solchen Bezug auf. Der besondere Bezug kann aber auch anderer Art sein und beispielsweise darin liegen, daß es wenigstens *prima facie* erlaubt ist, ein dem betreffenden Maßstab gemäßes Handeln durch rechtlichen Zwang zu erzwingen oder solchen Zwang für den Fall der Nichtbeachtung des Maßstabs anzudrohen. Mit dem fundamentalen Charakter eines Rechtsmaßstabs ist hier folgendes gemeint: Entweder die Geltung des Maßstabs bzw. des Gebots, nach ihm zu handeln, ist überhaupt nicht weiter abgeleitet. Oder die Geltung ist aus einem Maßstab abgeleitet, der selbst kein spezifischer Rechtsmaßstab ist. Dann darf dieser übergeordnete Maßstab nicht wiederum nur einer von mehreren Maßstäben mit *prima facie*-Charakter sein. Vielmehr muß er gegenüber anderen Maßstäben Vorrang haben. Und auch wenn diese Bedingung erfüllt ist, genügt ein abgeleiteter Maßstab nur dann den Anforderungen an einen *fundamentalen* Rechtsmaßstab, wenn er auf einer der obersten, nicht nur einer nachgeordneten Stufe der Konkretisierung des übergeordneten Maßstabs steht.

Den eben genannten Merkmalen einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit läßt sich noch ein Zusatzkriterium negativer Art hinzufügen. Es knüpft an die Auffassung an, daß Normen in spezifisch moralischer Weise begründet sind, wenn sich ihre Geltung aus einer Form autonomer Willensbestimmung oder vernünftiger Handlungsmotivation ableitet, die Geltungsgrund moralischer Maßstäbe ist oder aus der heraus zu handeln die bestmögliche Gesinnung kennzeichnet, aus der heraus jemand handeln kann.¹⁰ Hat ein Maßstab also in einer solchen Form von Willensbestimmung oder Handlungsmotivation seinen

¹⁰ Siehe etwa Höffe (1979), 30 ff.

Geltungsgrund, begründet er nach dem Zusatzkriterium keine spezifische Rechts-, sondern nur eine moralische Verbindlichkeit, auch wenn er sonst die genannten Merkmale eines fundamentalen Rechtsmaßstabs aufweist.

B. Verneinung einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit

Wie die Frage nach einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit des Rechts zu beantworten ist, hängt vom moral- und rechtsphilosophischen Standpunkt ab, den man zugrunde legt. Entsprechend gehen die Auffassungen in dieser Frage auseinander. Beispielsweise nimmt Larenz eine spezifische Rechtsverbindlichkeit an, wenn er das Recht unter Berufung auf Hegel „... als ein ‚autonomes‘, Grund und Maß seiner Geltung in sich selbst, d. h. in seiner Idee – findendes Wertgebiet“ betrachtet.¹¹ Oder man denke an die Rechtsphilosophie Kants. In einer bestimmten einflußreichen Interpretation,¹² nach der das Rechtsgesetz Kants unabhängig von der Autonomie des Willens im kantischen Sinne Geltung hat, diese also nicht Geltungsgrund des Rechtsgesetzes ist, gehört sie zu den klassischen Positio-

¹¹ Larenz (1929), 36.

¹² Dieser Interpretationsrichtung folgt z. B. Höffe (1979), 30 ff.; ders. (1987), 87 ff. Zu den verschiedenen Richtungen der Interpretation des Verhältnisses von Recht und Moral bei Kant siehe im übrigen Kersting (1984), Teil A; Kühl (1981), 1. Kap. m. w. Nachw. Will man das Verhältnis von Recht und Moral bei Kant zutreffend bestimmen, hat man der oben (S. 178 ff.) angesprochenen Verschränkung des kantischen Verbindlichkeitsbegriffs mit der Ebene der Handlungsmotivation größere Beachtung zu schenken, als dies in der einschlägigen Kantliteratur geschieht. Es zeigt sich dann, daß eine Interpretation den Vorzug verdient, nach der Kant keine spezifische Rechtsverbindlichkeit im angegebenen Sinne annimmt. Das näher auszuführen ist hier allerdings nicht möglich und muß einer eigenen Abhandlung vorbehalten bleiben.

nen, die von einer spezifischen Rechtsverbindlichkeit ausgehen. Das allgemeine Rechtsgesetz: „... handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne“¹³ umschreibt dann einen selbstgerechtfertigten bzw. einen aus einem „allgemeinen kategorischen Legalitätsimperativ“¹⁴ abgeleiteten Rechtsmaßstab, der auch dem angegebenen negativen Kriterium für eine spezifische Rechtsverbindlichkeit genügt. Der besondere Bezug dieser Norm zu den spezifisch rechtlichen Entscheidungssituationen ergibt sich bei Kant schon daraus, daß mit dem Rechtsgesetz nach Kant die Befugnis verknüpft ist, den Einzelnen zur Einhaltung des Rechtsge setzes zu zwingen.¹⁵

Wie steht es nach dem hier verfolgten Begründungsansatz mit der Verbindlichkeit des Rechts?

Wie ausgeführt, ist es nach dem hier verfolgten Begründungsansatz möglich, Normen – wenn auch nur indirekt – im starken Sinne zu begründen, und zwar auch gegenüber demjenigen zu begründen, der sie nicht ohnehin schon anerkennt, und auch für den Fall, daß die Befolgung der Norm der Beförderung des eigenen Wohls der betreffenden Person zuwiderläuft: Es ist begründet, sein Handeln am Maßstab der Ungebundenheit auszurichten, weil sich das Motiv des ernsthaft und radikal Fragenden auf diesen Maßstab richtet und weil es selbstgerechtfertigt ist, aus diesem Motiv heraus zu handeln. Diese Verbindlichkeit besteht für jeden, der fähig ist, aus dem Motiv der Ungebundenheit heraus zu handeln.

Bei dieser Art von Verbindlichkeit handelt es sich um kei-

¹³ MSR VI, 231.

¹⁴ So Höffe (1987), 87 ff., insbes. 97 ff.

¹⁵ MSR VI, 231 ff.

ne spezifische Rechtsverbindlichkeit im angegebenen Sinne. Das ergibt sich bereits aus dem negativen Zusatzkriterium, nach dem die Geltung eines Rechtsmaßstabs nicht aus einer besonderen Form moralischer Willensbestimmung oder Handlungsmotivation hergeleitet sein darf. Darüber hinaus fehlt es an einem spezifischen Rechtsmaßstab fundamentaler Art im angegebenen Sinne. Da der Maßstab der Distanznahme selbst keinen speziellen Rechtsbezug aufweist, müßte ein Rechtsmaßstab, um fundamental zu sein, auf einer der obersten, nicht nur einer nachgeordneten Stufe der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit stehen. Auf den obersten Stufen der Konkretisierung gibt es indes keine Maßstäbe, die in besonderer Weise auf die rechtlichen Entscheidungssituationen bezogen sind. Diejenigen Normen, die den Maßstab der Ungebundenheit, auf den Bereich des Verhältnisses der Individuen untereinander bezogen, auf den obersten Stufen konkretisieren, sind die genannten Normen der Chancenförderung erster, zweiter und dritter Stufe. Ein besonderer Bezug auf die rechtlichen Entscheidungssituationen fehlt ihnen.

Abstrakte Leitgedanken des Rechts wie etwa der Maßstab der Rechtssicherheit stehen erst auf einer nachgeordneten Konkretisierungsstufe: Wenn es begründet ist, die Rechtssicherheit¹⁶ zu befördern, dann deswegen, weil Rechtssicherheit zur Maximierung der Chancen erster, zweiter oder dritter Stufe bzw. zur Herstellung größerer Gleichheit solcher Chancen beiträgt bzw. Voraussetzungen dafür schafft. Ebenso verhält es sich mit dem Leitgedanken Gerechtigkeit. Soweit der Gerechtigkeitsmaßstab in einem weiten Sinne als „universales Prinzip humaner Sittlich-

¹⁶ Zu den verschiedenen Komponenten von Rechtssicherheit siehe näher Henkel (1977), 436 ff.; Zippelius (1982), 157 ff.

keit“ verstanden wird,¹⁷ fehlt es ohnehin schon an einem speziellen Bezug auf die rechtlichen Entscheidungssituationen. Auch wenn man Gerechtigkeit in einem engeren Sinne als Maßstab für rechtliche Normen oder Entscheidungen versteht, gibt er keinen Rechtsmaßstab fundamentaler Art ab. Dabei können die verschiedenen Verständnisweisen und Definitionen des Gerechtigkeitsbegriffs¹⁸ hier nicht näher erörtert werden. Zum Kern des Gerechtigkeitsgedankens im engeren Sinne gehört jedenfalls das Verbot, das Recht in den rechtlichen Entscheidungssituationen so zu gestalten, daß Personen ohne zureichenden Grund ungleich behandelt werden. Dieser Aspekt des Gerechtigkeitsgedankens lässt sich als „Gleichgerechtigkeit“ bezeichnen.¹⁹ Ein anderer Aspekt des Gerechtigkeitsgedankens kommt in dem Verbot zum Ausdruck, das Recht in den rechtlichen Entscheidungssituationen nach „sachfremden“ Gesichtspunkten zu gestalten, insbesondere von vornherein lediglich nach dem Maßstab des persönlichen Vorteils oder des Vorteils einzelner Personengruppen.²⁰ Wenn es nach dem Maßstab der Distanznahme in den rechtlichen Entscheidungssituationen begründet ist, die genannten Normen zu beachten, dann deswegen, weil dies den Normen der Chancenbeförderung entspricht. So konkretisiert das Gebot der Gleichge-

¹⁷ Henkel (1977), 393; vgl. auch Ryffel (1969), 219 ff., der sich dagegen wendet, Gerechtigkeit als spezifischen Rechtsmaßstab anzusehen.

¹⁸ Siehe dazu näher Engisch (1971), 147 ff.; Perelman (1967); Larenz (1979), 37 ff.; Henkel (1977), 391 ff.; Ryffel (1969), 219 ff.; Tammelo (1977) m. w. Nachw.

¹⁹ Zum Begriff der Gleichgerechtigkeit vgl. Fikentscher (1977), 189 ff.; Larenz (1979), 39 f.

²⁰ Es handelt sich um das negative Korrelat zu der Gerechtigkeitsformel, nach der jedem das Seine zu gewähren ist, was immer man positiv unter dem „Jedem-das-Seine-Gewähren“ auch verstehen mag. Siehe zu dieser Formel etwa Henkel (1977), 395 ff.

rechtheit das Element der Gleichheit, das im Ideal gleicher, dabei möglichst weitgehender Chancen erster, zweiter und dritter Stufe enthalten ist, für einen bestimmten Bereich. Es handelt sich um eine *prima facie*-Norm, die einen bestimmten Aspekt der Annäherung an das Ideal gleicher Chancen umschreibt. Darauf wird noch zurückzukommen sein.²¹

Welche Normen mit speziellem Rechtsbezug sich aus den Normen der Chancenbeförderung ableiten lassen, ist an dieser Stelle nicht näher zu erörtern. Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß sich die Geltung oder *prima facie*-Geltung von Normen mit speziellem Rechtsbezug aus den Normen der Chancenbeförderung ableitet, die selbst keinen besonderen Bezug auf die rechtlichen Entscheidungssituationen aufweisen. Spezifische Rechtsmaßstäbe stehen daher lediglich auf einer nachgeordneten Stufe der Konkretisierung des Maßstabs der Ungebundenheit. Trifft es zu, daß dieser Maßstab der oberste Maßstab für die Verbindlichkeit von Normen ist, daß also die Befolgung oder Setzung einer Norm nur verbindlich ist, wenn und weil dies dem Maßstab der Distanznahme entspricht, gibt es keine spezifische Rechtsverbindlichkeit im angegebenen Sinne. Wenn Normen des positiven Rechts verbindlich oder *prima facie* verbindlich sind, dann nur im moralischen Sinne. Bevor daraus weitere Folgerungen gezogen werden, was den Stellenwert moralischen abwägenden Denkens für das richterliche Entscheiden anbelangt, sei kurz auf einige Einwände gegen die Annahme einer moralischen Verbindlichkeit des Rechts eingegangen.

²¹ Siehe dazu auch unten S. 338 f.