

Transparenz und Undurchsichtigkeit

Untersuchung über die Leistungsfähigkeit der
Diskurstheorie zur Begründung strafrechtlicher Normen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors des Rechts

durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelm

Universität Bonn

vorgelegt von

Orlando Humberto De La Vega Martinis

aus Cartagena de Indias, Kolumbien

Bonn, 2016

Dekan: Prof. Dr. D. Zimmer

Erstreferent: Prof. Dr. U. Kindhäuser

Zweitreferent: P.D. Dr. K. Schumann

Tag der mündlichen Prüfung: 24.11.2016

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Bemerkung des Verfassers	VI
Einleitung:	
Worum es in dieser Untersuchung geht	1
Kapitel A	
Normativität des Rechts als Autorität	7
I. Die Normativität des Rechts	7
1) Die institutionelle Natur rechtlicher Normativität.....	7
2) Logische Unabhängigkeit trotz pragmatischen Zusammenhangs zwischen Norm und Zwang	15
II. Die Autorität des Rechts	19
1) Rechtsnormen als ausschließende und inhaltsunabhängige Handlungsgründe	19
2) Anerkennung als Grundlage aller Autorität	28
Kapitel B	
Transparenz und Undurchsichtigkeit normativen Verbindlichkeitsanspruchs	35
I. Transparenz	35
1) Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft	35
2) Universalisierung und Diskurs: Das Moralprinzip	47
II. Undurchsichtigkeit	57
1) Praktische Ohnmacht der Moral und funktionale Erklärung des Rechts	57
2) Legalität und Diskurs: Das Demokratieprinzip	65

Kapitel C

Zur provisorischen Autorität demokratisch erzeugter strafbewehrter Normen.....	72
I. Demokratische Gesetzgebung als Voraussetzung strafrechtlicher Schuld.....	72
1) Ein Modell politischer Bindung an öffentlichen Rechtsnormen.....	72
2) Die Schuld des Staatsbürgers als Rechtsperson	75
II. Grenzen demokratischer Legitimation	80
1) Die Fallibilität demokratischer Rechtslegitimation	80
2) Die negative Leistung des Diskursprinzips.....	83
Literaturverzeichnis	85

Abkürzungsverzeichnis

ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
ders.	derselbe
f.	folgende
Fn.	Fußnote
Herv. i. Orig.	Hervorhebung im Original
Hrsg.	Herausgeber
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
KJ	Kritische Justiz
RphZ	Rechtsphilosophie Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts
s.	siehe
S.	Seite
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Bemerkung des Verfassers

Die Arbeit unterscheidet zwischen zitierender und hervorhebender Verwendung von Anführungszeichen. Typographische Anführungszeichen „...“ markieren wörtliche Zitate und französische Anführungszeichen «...» dienen der Hervorhebung, Betonung und Distanzierung.

Einleitung:

Worum es in dieser Untersuchung geht

In seinem Aufsatz „Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts“ stellt *Klaus Günther* die These auf, dass der Versuch einer «moralischen» Begründung des Strafrechts trotz der gegen ihn gerichteten Einwände des moralischen Relativismus und der Moralisierung des Rechts gelingen könne.¹ Da er sich bereits in Rahmen seiner Dissertation „Der Sinn für Angemessenheit“ genötigt sah, sich mit der moralischen Begründung von Normen zu beschäftigen², lässt sich sein Versuch, eine Möglichkeit der «moralischen» Begründung des Strafrechts darzustellen, als eine nähere Bestimmung der für die moralische Begründung von Normen entwickelten Kriterien in Bezug auf die Besonderheiten strafrechtlicher Normen begreifen. Ich werde mich im ersten Teil des Kapitels C der vorliegenden Untersuchung um eine dieser Besonderheiten kümmern. Bevor soll die These *Günthers* einer «moralischen» Begründung des Rechts mit Hilfe von den gerade genannten Texten in groben Umrissen dargelegt werden. Wie die Überschrift seines oben erwähnten Aufsatzes zeigt, stützt *Günther* seine Überlegungen auf das begriffliche Instrumentarium der Diskursethik, vornehmlich auf die einflussreichen philosophischen Untersuchungen von *Jürgen Habermas*. Bereits am Anfang seiner Dissertation bringt *Günther* eine wichtige diskursethische Idee zur Geltung, mit deren Hilfe die soeben genannten Bedenken vermieden werden sollen, nämlich die Wahl einer kognitivistischen Perspektive für die Begründung von Normen. So geht *Günther* zunächst davon aus, dass moralische Normen „Geltung beanspruchen, die auf jedem Betroffenen einsichtigen und daher allgemein zustimmungsfähigen Gründen beruht“³. Diese Gründe sind jedoch –so *Günther*– nicht etwa in einer Prinzipienhierarchie, die unmittelbar einzelnen Normen moralischen Status verleihen würde, zu finden. Vielmehr –und das heißt

¹ S. *Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, S. 205.

² S. *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 45-59.

³ *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 11.

insbesondere: Im Gegensatz zu «materialen» Ethiken- wendet sich der diskurs-ethische Prozeduralismus reflexiv auf die Bedingungen zurück, unter denen Normen als moralisch gültig anerkannt werden können. In Anschluss an *Habermas*, der den als «U» bekannten Grundsatz der Universalisierung vorschlägt, geht es bei diesen Bedingungen um die Akzeptabilität der Folgen und Nebenwirkungen einer allgemeinen Normbefolgung, wobei Akzeptabilität bedeutet, dass eine allgemeine Befolgung der betroffenen Norm für die Interessen eines jeden Einzelnen von allen «gemeinsam» akzeptiert werden kann.⁴

Im Unterschied zu anderen prozeduralen –wie zum Beispiel den von *Immanuel Kant* oder *John Rawls* jeweils vertretenen- Theorien hebt *Günther* ausdrücklich hervor, dass das Verfahren der Normprüfung in einer Weise gefasst ist, die eine «monologische» Anwendung ausschließt und die Durchführung einer praktischen Argumentation in Form eines Diskurses verlangt. Damit soll derjenige Anspruch erfüllt werden, der allen modernen Ethiken zugrunde liegt, nämlich die Idee der Unparteilichkeit, nach der jeder Einzelne bei der Beurteilung einer beliebigen Norm die Perspektive eines jeden Anderen einnehmen muss. In diesem Zusammenhang spricht *Günther* über U deshalb als ein «Moralprinzip», weil allein dieser universale Rollentausch gewährleistet, dass jedes betroffene Interesse Berücksichtigung findet. Da nun die Bereitschaft zu einer wechselseitigen Perspektivenübernahme pragmatische Voraussetzung jeder rationalen Argumentation ist, gewinnt sie im Medium der Argumentation den Sinn einer Anerkennung des jeweils Anderen als Person, die zur freien und gleichen Stellungnahme mit Ja oder Nein fähig und berechtigt ist. Auf diese Weise lässt sich U als eine «Argumentationsregel» verstehen, die aber nur in Diskursen angewendet werden darf, in denen sich die Verallgemeinerbarkeit der Interessen in der Akzeptabilität der Gründe ausdrückt, die von gleichberechtigten Teilnehmern vorgebracht werden.⁵ Kurz zusammengefasst: „Das Moralprinzip der Diskursethik lässt sich daher auch als Argumentationsregel für praktische Diskurse interpretieren, in denen

⁴ S. *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 25; *ders.*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, S. 205 Fn. 2, und 206.

⁵ S. *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 37 f. und 314; *ders.*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, S. 206.

die Teilnehmer sich über den Geltungsanspruch einer Norm im Medium einer Argumentation über Gründe verständigen. Eine Norm ist dann 'gültig', wenn ihr jeder Einzelne als Teilnehmer eines praktischen Diskurses zustimmen kann⁶.

Die Akzeptabilität der Gründe, die von freien und gleichberechtigten Teilnehmern in Diskursen vorgebracht werden, impliziert jedoch –so *Günther*- kein Motiv für die tatsächliche Befolgung moralisch gültiger Normen. Dieser Mangel an Motivation zur Normbefolgung wird durch den folgenden Unterschied zwischen «rationalem» und «empirischem» Motiv erklärt: Der Rückzug auf eine Argumentationsregel für praktische Diskurse beschränkt sich ausschließlich auf rationale Motive der Normanerkennung und hat daher den Verzicht auf empirische Motive für die Befolgung von Normen zur Folge. Dass sich damit die Akzeptabilität der Gründe, die von freien und gleichberechtigten Teilnehmern in Diskursen vorgebracht werden, gefährdet sieht, liegt auf der Hand und wird natürlich von *Günther* auch angedeutet. Denn diese Akzeptabilität ist ausdrücklich an die Voraussetzung einer allgemeinen Normbefolgung angeknüpft und steht daher unter der auflösenden Bedingung, dass die Norm von allen befolgt wird. Da solche Bedingung die pragmatisch zu unterstellende reziproke Bereitschaft zur Normbefolgung enthält, nennt *Günther* sie eine «Reziprozitätsbedingung». Dementsprechend besteht die Gefahr, die der Verzicht auf empirische Motive für die Befolgung von Normen mit sich bringt, darin, dass jeder Verstoß gegen eine Norm zur Auflösung der Reziprozitätsbedingung und damit zur Zerstörung einer Voraussetzung der Akzeptabilität der Gründe, aus der sich die moralische Gültigkeit von Normen ergibt, führt.⁷

Die Gründe, aus deren Akzeptabilität sich die Gültigkeit einer Norm ergibt, können weder die Normbefolgung gewährleisten, noch die Auflösung der Reziprozitätsbedingung verhindern. Unter diesem Umstand darf eine Normbefolgung –so *Günther*- nur dann zugemutet werden, wenn sich die Erwartung stabilisieren lässt, dass jeder Einzelne außer durch rationale Einsicht auch durch empirische

⁶ *Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, S. 206.

⁷ S. *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 314 f.; *ders.*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, S. 207.

Einwirkung dazu motiviert werden kann, die Norm zu befolgen. *Günther* nennt Letztes eine «Zumutbarkeitsbedingung» und der Schritt zu deren Erfüllung macht in seiner Argumentation gleichzeitig den Schritt zur «moralischen» Begründung des Rechts aus: „Diese Zumutbarkeitsbedingung begründet die moralische Erlaubnis, eine allgemeine Normbefolgung mit empirischen Mitteln zu bewirken, und diese moralische Erlaubnis begründet das Recht“⁸. Das Recht ist also «moralisch» begründet, um motivationale Schwächen empirisch auszugleichen. Damit ist freilich –und darin liegt ein entscheidender Unterschied zur aufklärerischen Naturrechtslehre- die Garantie einer allgemeinen Normbefolgung noch nicht erbracht. Denn die Verfügung über Mittel der empirischen Entscheidungsbewirkung lässt sich nicht vor einem wiederum die Reziprozitätsbedingung verletzenden Missbrauch bewahren, solange nicht auch die Voraussetzungen ihres Einsatzes unparteilich festgelegt sind.⁹ Dass Rechtsnormen nach diesem Szenarium in «institutionalisierten» Diskursen begründet werden, ändert *Günther* zufolge nichts an ihrem Anspruch auf Gültigkeit: „Dieser Anspruch ist nur insoweit eingeschränkt, als die Diskurse zwei Bedingungen genügen müssen: Zum einen bedarf es ... Machtmittel, um Machtungleichgewichte zu neutralisieren. Zum anderen sind Mittel der empirischen Entscheidungsbewirkung nur einsetzbar, wenn über die Voraussetzungen klar und eindeutig entschieden worden ist“¹⁰.

Nach dieser knappen Darstellung möchte ich von der These *Günthers* zwei Punkte betonen. Der Erste ist der prozedurale Charakter von U. Insbesondere gilt es hervorzuheben, dass es bei U nicht darum geht, dass der Inhalt einer Norm selbst ihre Gültigkeit bestimmt, sondern darum, ob jeder Einzelne als Teilnehmer eines praktischen Diskurses der Norm potenziell zustimmen kann. Mein Interesse, *Günthers* Prozeduralismus zu betonen, wird durch die der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegende Annahme erklärt, solcher Prozeduralismus ist als Beitrag zur Begründung der Autorität des Strafrechts zu lesen. Denn nach der zuerst von *H.L.A. Hart* aufgestellten und danach von *Joseph Raz* fortgeführten

⁸ *Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, S. 207.

⁹ S. *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 315 f.; *ders.*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, S. 207 f.

¹⁰ *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 316.

These der Autorität des Rechts sind Rechtsnormen «inhaltsunabhängige» Gründe zum Handeln, wie im zweiten Teil des kommenden Kapitels A zu sehen sein wird. Mein Ausgangspunkt ist es also, dass das Strafrecht Autorität besitzt und dass eine «vollständige» Begründung des Strafrechts¹¹ auch seiner Autorität Rechnung tragen soll. Insoweit steht diese Arbeit mit *Günthers* Untersuchungen in Einklang.

Der zweite zu betonende Punkt von *Günthers* These ist seine Einsicht in die Rechtsnormen. Insbesondere gilt es hervorzuheben, dass *Günther* die Gültigkeit von Rechtsnormen durch «Einschränkung» moralisch gültiger Normen gewinnt. Diese auf die von dem «ersten» *Habermas* vertretene Theorie der «Legitimität durch Legalität» zurückzuführende Auffassung¹² erbt von der Naturrechtslehre jedoch das metaphysische Problem einer Unterordnung des positiven Rechts unter die Moral: „Legality can produce legitimacy only to the extent that the legal order reflexively responds to the need for justification that originates from the positivization of law and responds in such a manner that legal discourses are institutionalized in ways made pervious to moral argumentation“¹³. Eine solche „internal relationship between law and morality“¹⁴ ergibt sich als problematisch, weil sie eine moraltheoretische Engführung des Autonomiebegriffs zur Folge hat und daher die Idee der Selbstgesetzgebung von «Staatsbürgern» nicht erklären kann. Diese Idee in Anschluss an den «zweiten» *Habermas* zu analysieren ist das Hauptanliegen des zweiten Teiles des Kapitels B der vorliegenden Untersuchung. Insofern distanzieren mich von *Günthers* Einsicht in die Rechtsnormen. Dass ich mich nun mit einer Implikation der Idee der Selbstgesetzgebung von Staatsbürgern bezüglich der strafrechtlichen Schuld in Anschluss an *Günthers* Habilitationsschrift „Schuld und kommunikative Freiheit“ im Kapitel C beschäftigen werde, erklärt sich angesichts *Günthers* stillschweigenden Übergangs von einer «moralischen» zu einer demokratischen Begründung des Strafrechts.

¹¹ S. *Vogel*, Norm und Pflicht, S. 48 f.

¹² S. *Habermas*, Law and Morality, S. 219-249; *ders.*, KJ 1987, S. 1-16; ihn anschließend *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 313 Fn. 6.

¹³ *Habermas*, Law and Morality, S. 243 f.

¹⁴ *Habermas*, Law and Morality, S. 228.

Bis jetzt sind bereits große Namen erwähnt, etwa *Hart* und *Habermas*. Wenn ich im Folgenden einige ihrer Positionen weitergebe, dann nicht mit dem Anspruch, etwas Neues über sie zu sagen. Dagegen finde ich vielversprechend, die von ihnen schon bekannten Positionen in Bezug auf die Autorität und die Legitimität des Rechts jeweils ins Gespräch zu ziehen. Ich werde mich also darum bemühen, zu zeigen, wie die Diskurstheorie eine der Autorität des Rechts anpassende Begründung des Strafrechts liefern kann. Mit diesem Ziel werde ich im Kapitel A anhand von *Harts* rechtstheoretischen Untersuchungen über die Autorität des Rechts die Fragestellung der Arbeit formulieren. Im Kapitel B werde ich anhand von *Habermas* rechtsphilosophischen Untersuchungen über die Legitimität des Rechts eine Antwort auf die Fragestellung bieten. Zum Schluss werde ich im Kapitel C die Leistungsfähigkeit der Antwort am Beispiel des strafrechtlichen Schuldbegriffs bewerten.

Kapitel A

Normativität des Rechts als Autorität

I. Die Normativität des Rechts

1) Die institutionelle Natur rechtlicher Normativität

In der Einleitung in die vorliegende Untersuchung ist dargestellt worden, wie *Klaus Günther* das Recht «moralisch» begründet, um motivationale Schwächen zur Befolgung moralisch gültiger Normen empirisch auszugleichen. Daraus ergibt sich zwischen dem Autor moralisch gültiger Normen und dem Rechtsadressat eine «senkrechte» Beziehung in dem Sinne, dass sich der Erste auf einer oberen und der Zweite auf einer unteren Ebene befinden. Der Autor von moralisch gültigen Normen befindet sich oben, weil er keine zusätzliche Motivation zur Normbefolgung braucht: Als Adressat folgt er die Norm aus Grund ihrer moralischen Gültigkeit. Im Vergleich zu ihm befindet sich der Rechtsadressat unten, weil ihm ein zusätzlicher, nämlich ein «kluger» Grund zur Befolgung des Rechts gegeben ist: Die Vermeidung der Sanktion. Wenn nun Rechtsadressaten sich rechtmäßig verhalten, um Sanktionen zu vermeiden, dann sind sie den Autoren moralisch gültiger Normen nicht nur untergeordnet, sondern auch «entfremdet». Bevor ich mich im kommenden Kapitel B anhand von *Jürgen Habermas'* Rekonstruktion des Rechts darum beschäftige, wie Autor und Adressat eines empirisch wirkenden Rechts diskurstheoretisch in «waagerechter» Verbindung gebracht werden können, möchte ich im ersten Teil dieses Kapitels A die gerade genannte senkrechte Beziehung zwischen Autor und Adressat als Grundlage der Befolgung rechtlicher Normen ausschließen. Insbesondere geht es mir darum, die von

H.L.A. Hart vertretene These fruchtbar zu machen, wonach der Grund der Befolgung einer Rechtsnorm in der «Autorität» des Rechts zu sehen ist. Auf diese Weise wird das in die Wege geleitet, was *Joseph Raz* die «Normativität» des Rechts nennt: Rechtsnormen sind gerade deswegen zu befolgen, weil sie Rechtsnormen sind.¹ Dass im demokratischen Staat Rechtsadressaten dem Recht aus beliebigen Gründen folgen dürfen, wird erst im Kapitel C erläutert.

Im Rahmen seiner Kritik des imperativischen Verständnisses von Rechtsnormen als sanktionsbewehrte Befehle² weist *Hart* im dritten Kapitel seines Buches „The Concept of Law“ unter dem Untertitel „The Range of Application“ auf eine Schwierigkeit hin, auf die gewiss *Günthers* Vorschlag nicht stößt, deren Lösung jedoch auch für ihn von Bedeutung ist. *Harts* Ausgangspunkt ist es, dass in dem von ihm kritisierten senkrechten –beziehungsweise «von Oben nach Unten» verstandenen- Modell der Gesetzgebung der Autor des Rechts dem Recht nicht unterworfen ist: „The order backed by threats is essentially the expression of a wish that *others* should do or abstain from doing certain things“³. Das Modell ist problematisch, weil es der Tatsache nicht Rechnung trägt, dass Gesetzgebung sehr oft selbstverbindlich ist: „Legislation, as distinct from just ordering *others* to do things under threats, may perfectly well have ... a self-binding force“⁴. Aus Grund dieses Problems setzt *Hart* die Gesetzgebung einem Versprechen gleich, denn das Versprechen verpflichtet denjenigen, der versprochen hat.⁵ Sobald *Hart* diese Lösung darstellt, bemerkt er, dass sie nur deshalb funktioniert, weil es gewisse Normen⁶ gibt, die sowohl das Verfahren der Verabschiedung von Gesetzen als auch das des Gebens von Versprechen leiten: „The making of a law, like the making

¹ S. *Raz*, *Practical Reason and Norms*, S. 154 f.

² Dabei geht es um das von *John Austin* vertretene Modell, wonach das Recht aus sanktionsbewehrten Befehlen besteht; s. *Hart*, *The Concept of Law*, S. 6, Fn. 1.

³ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 41, Herv. i. Orig.

⁴ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 42, Herv. i. Orig.

⁵ S. *Hart*, *The Concept of Law*, S. 42 f.

⁶ *Hart* spricht zwar nicht von Normen, sondern von Regeln. Jedoch mache ich mir *G.H. von Wrights* Vorschlag zu eigen, wonach unter Norm Präskriptionen und Regeln zu unterscheiden sind; s. *von Wright*, *Norm and Action*, S. 6-8. Darüber hinaus stimmen *Harts* (primäre und sekundäre) Regeln und *von Wrights* Normen vorwiegend überein; s. *Mañalich*, ZIS 11 (2012), S. 573 Fn. 18.

of a promise, presupposes the existence of certain rules which govern the process: words said or written by the persons qualified by these rules, and following the procedure specified by them, create obligations for all within the ambit designated explicitly or implicitly by the words⁷. Und im Hinblick auf den selbstverbindlichen Charakter von Gesetzgebung fügt *Hart* hinzu, dass solche Verpflichtungen „may include those who take part in the legislative process“⁸. Auf den Weg also, den selbstverbindlichen Charakter von Gesetzgebung zu erklären, entdeckte *Hart* –und darin liegt seine Leistung-, dass es außer den «primären» Normen, die Verpflichtungen auferlegen, noch eine «sekundäre» Norm gibt, die die Kriterien zur Verfügung stellt, um solche Verpflichtungen als rechtliche Verpflichtungen anzuerkennen: „We may suppose that our social group has not only rules which ... makes a specific kind of behaviour standard, but a rule which provides for the identification of standards of behaviour ... by reference to the words ... of a given person“⁹. Später wird *Hart* diese Art sekundärer Norm «Anerkennungsregel» benennen.¹⁰

In einem anderen Zusammenhang, nämlich in seiner sprachphilosophischen Untersuchungen führte *John Searle* den Begriff einer «konstitutiven» Regel ein. Im Gegensatz zu «regulativen» Regeln, die ein vorher bestehendes Verhalten regulieren, und das heißt ein Verhalten, dessen Existenz von den Regeln logisch unabhängig ist, konstituieren –und auch regulieren- konstitutive Regeln ein Verhalten, dessen Existenz von den Regeln logisch abhängt.¹¹ So haben regulative Regeln die Form „‘Do X’ or ‘If Y do X’“¹², während konstitutive Regeln die Form „‘X counts as Y’ or ‘X counts as Y in context C’“¹³ haben. Ich bin mir ziemlich sicher, dass *Searles* regulative und konstitutive Regeln mit *Harts* primären und sekundären Normen im Großen und Ganzen jeweils übereinstimmen. Trifft die Paral-

⁷ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 43.

⁸ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 43.

⁹ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 56.

¹⁰ S. *Hart*, *The Concept of Law*, S. 92 f.

¹¹ S. *Searle*, *Speech Acts*, S. 34.

¹² *Searle*, *Speech Acts*, S. 34.

¹³ *Searle*, *Speech Acts*, S. 35.

lele zu, dann kommt der «künstliche» Charakter des Rechts zum Ausdruck. Diesem künstlichen Charakter nach ist die Frage «Wie kann eine Norm eine rechtliche Verpflichtung auferlegen?» genauso wie die Frage „How can scoring a touchdown create six points?“¹⁴ zu antworten, nämlich mit Hilfe einer Regel der Form «X zählt als Y».¹⁵ *Harts* Anerkennungsregel trägt dieser konstitutiven Form Rechnung, indem eine Norm eine rechtliche Verpflichtung auferlegen wird, wenn die Norm durch die Anerkennungsregel als Rechtsnorm identifiziert wird.¹⁶ Mit Hilfe dieses Befunds kann *Hart* von einem «frischen» Verständnis der Gesetzgebung sprechen, die von nun ab durch die Einführung oder Änderung von allgemeinen Verhaltensnormen und nicht durch die Bedrohung von Zwang gekennzeichnet ist.¹⁷

Wenn jedoch Normen zweiter Stufe notwendig sind, um Normen erster Stufe identifizieren zu können, dann ist man zu dem Schluss berechtigt, es seien Normen dritter Stufe notwendig, um die Normen zweiter Stufe identifizieren zu können und so «ad infinitum». Diesem Problem eines unendlichen Regresses begegnet *Juan Pablo Mañalich* mit *Robert Brandoms* Anmerkungen gegen die «regulistische» Einsicht in die Normen.¹⁸ Unter Regulismus versteht *Brandom* die These, dass Normen immer explizit formulierte Normen sind.¹⁹ Das Problem mit solcher These –worauf *Ludwig Wittgenstein* bereits hingewiesen hatte– ist es, dass „a rule specifying how something is correctly done ... must be applied to particular circumstances, and applying a rule in particular circumstances is itself essentially something that can be done correctly or incorrectly“²⁰. Da diese Möglichkeit einer falschen Anwendung mit Normen höherer Stufen nicht überwunden werden kann, schlägt *Brandom* eine «pragmatische» Einsicht in die Normen vor: „Sooner or later the theorist will have to acknowledge the existence of

¹⁴ *Searle*, *Speech Acts*, S. 35.

¹⁵ *S. Searle*, *Speech Acts*, S. 35.

¹⁶ *S. Hart*, *The Concept of Law*, S. 92 f.

¹⁷ *S. Hart*, *The Concept of Law*, S. 43.

¹⁸ *S. Mañalich*, *ZIS* 11 (2012), S. 573 f.

¹⁹ *S. Brandom*, *Making it Explicit*, S. 18-20. Zwar unterscheidet *Brandom* zwischen Normen und Regeln, solche Unterscheidung kann hier jedoch ausgeschieden bleiben.

²⁰ *Brandom*, *Making it Explicit*, S. 20.

practical distinctions between what is appropriate and what not, admitting appropriatenesses according to practice as well as according to rules or explicit principles“²¹. Danach gibt es außer den Normen, die explizit formuliert sind, auch Normen, die in der Praxis implizit sind, sodass die Ersten die Zweiten voraussetzen: „Norms that are *explicit* in the form of rules presuppose norms *implicit* in practices“²². Dies nennt *Brandom* eine pragmatische These über die «Normativität der Intentionalität»: „Proprieties of practice must be conceivable antecedently to their being expressly formulated into propositionally explicit governing rules or principles“²³. Mit Hilfe dieser These ist dem mit der regulistischen Einsicht verbundenen Risiko eines unendlichen Regresses zu entgehen, indem sie die Existenz von allgemeinen Verhaltensnormen ohne sekundäre Normen voraussetzt.²⁴

Mit dieser Voraussetzung beschäftigt sich *Hart* im vierten Kapitel seines oben genannten Buches „The Concept of Law“, dessen erster Abschnitt „The Habit of Obedience and the Continuity of Law“ betitelt ist. Ausgangspunkt der Überlegungen *Harts* ist hier die Feststellung, dass es im gesellschaftlichen Leben einige Gewohnheiten gibt, wie zum Beispiel die Gewohnheit „of going to the cinema on Saturdays nights“²⁵. Anschließend behauptet er, dass es „one point of similarity between social rules and habits“²⁶ gibt: „In both cases the behaviour in question ... must be general though not necessarily invariable; this means that it is repeated when occasion arises by most of the group“²⁷. *Mañalich* weist darauf hin, dass die Bezugnahme auf Regularitäten zur von *Brandom* genannten «regularistischen» Einsicht in die Normen führt.²⁸ Unter Regularismus versteht *Brandom* die These, dass Normen Beschreibungen von gesellschaftlich zu beobachtenden Verhaltensregularitäten sind.²⁹ Das Problem mit solcher These ist es, dass „it threatens to obliterate the contrast between treating a performance as subject to

²¹ *Brandom*, Making it Explicit, S. 20 f.

²² *Brandom*, Making it Explicit, S. 20, Herv. i. Orig.

²³ *Brandom*, Making it Explicit, S. 23.

²⁴ S. *Mañalich*, ZIS 11 (2012), S. 574.

²⁵ *Hart*, The Concept of Law, S. 54.

²⁶ *Hart*, The Concept of Law, S. 54.

²⁷ *Hart*, The Concept of Law, S. 54.

²⁸ S. *Mañalich*, ZIS 11 (2012), S. 573.

²⁹ S. *Brandom*, Making it Explicit, S. 27.

normative assessment of some sort and treating it as subject to physical laws“³⁰. Diese regularistische Verkürzung der gesellschaftlichen Normen vermeidet *Hart* dadurch, dass er Normen im Gegensatz zu Gewohnheiten als Maßstab für die Beurteilung von Verhaltensweisen versteht. So sind Normenabweichungen als zu kritisierendes Versagen betrachtet. Darüber hinaus macht die Normenabweichung einen rechtfertigenden Grund solcher kritischen Beurteilung aus. Schließlich ist die Norm mindestens von einigen Mitgliedern der Gesellschaft als eine zu befolgende Richtschnur begriffen, was *Hart* den «inneren» Aspekt von Normen nennt.³¹

Diese Überlegungen setzt *Hart* unter dem Untertitel „The Idea of Obligation“ im fünften Kapitel seines Buches „The Concept of Law“ fort, wo er den «verbindlichen» Charakter von gesellschaftlichen Normen untersucht. Dazu stellt sich *Hart* das Bild einer primitiven Gesellschaft vor³², weil eine solche Gesellschaft durch das Ausbleiben von sekundären Normen gekennzeichnet ist³³. *Harts* Argument lautet, dass die in der gesellschaftlichen Praxis impliziten Normen verbindlich in dem Sinne sind, dass „the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great“³⁴. Nur durch den gesellschaftlichen Druck, der auf Abweichungen oder Drohungsabweichungen von einigen Verhaltensformen ausgeübt wird, ist der verbindliche Charakter von Normen anzuerkennen. So bezieht *Hart* zwar die Bedrohung von Zwang mit ein. Trotzdem kann er immer noch das senkrechte Modell der Gesetzgebung dadurch zurückweisen, dass er auch den inneren Aspekt von Normen mit einbezieht.³⁵ Dem inneren Aspekt von Normen nach ist nämlich jeder Normverstoß „not merely a basis for the prediction that a hostile reaction will follow but a *reason* for hostility“³⁶. *Mañalich* legt diese Verbindung zwischen Norm und Sanktion als eine «pragmatische» Verbindung aus.³⁷ Eine solche Auslegung

³⁰ *Brandom*, Making it Explicit, S. 27.

³¹ S. *Hart*, The Concept of Law, S. 54 f.

³² S. *Hart*, The Concept of Law, S. 83.

³³ S. *Hart*, The Concept of Law, S. 89.

³⁴ *Hart*, The Concept of Law, S. 84.

³⁵ S. *Hart*, The Concept of Law, S. 88.

³⁶ *Hart*, The Concept of Law, S. 88, Herv. i. Orig.

³⁷ S. *Mañalich*, ZIS 11 (2012), S. 577.

findet Unterstützung –worauf *Mañalich* selbst hinweist- bei *Brandoms* pragmatischem Verständnis der Normativität, welches durch einen erklärenden Vorrang der normativen Einstellung vor dem normativen Status gekennzeichnet ist. So hängt der normative Status einer Handlung als verboten oder geboten letztendlich von den normativen Einstellungen derjenigen ab, die die Ausführung oder die Unterlassung der Handlung jeweils als fehlerhaft beurteilen können.³⁸ In diesem Zusammenhang spielt die Sanktion nur eine heuristische Rolle, was *Brandom* «Vergeltungsstandpunkt» nennt: „One treats a performance as correct or appropriate by *rewarding* it, and as incorrect or inappropriate by *punishing* it ... In this way members of the community can show, by what they do, what they *take* to be appropriate and inappropriate conduct“³⁹. Indem nun die Sanktion nicht aus einer naturalistischen, sondern aus einer normativen Änderung des Status des Sanktionierten besteht, gibt es eine interne Verbindung zwischen den Normen, deren Übertretung durch die Sanktion vergolten wird, und den Normen, die den Status bestimmen, der durch die Sanktion geändert wird.⁴⁰ Anhand dieser internen Verbindung sind Normen durch einen holistischen Maßstab anzuerkennen: „Attribution of any norm whose acknowledgment by the community takes the form of assessments expressed by internal sanctions ... commits the interpreter to attributing also the norms on which it depends“⁴¹.

Anfangs dieses Abschnittes ist hervorgehoben worden, wie *Günther* eine sanktionsbasierte Antwort auf die Frage nach der Normativität des Rechts anbot. Im Laufe der Darstellung von *Harts* Kritik des imperativischen Verständnisses von Rechtsnormen als sanktionsbewehrte Befehle trat der künstliche Charakter des Rechts hervor: Normen zählen als Rechtsnormen, wenn sie durch eine Anerkennungsregel anerkannt werden. Mit Hilfe der von *Mañalich* aufgestellten These, nämlich *Hart* «à la» *Brandom* zu lesen, konnte zunächst einmal das die Anerkennungsregel betreffende Problem eines unendlichen Regresses vermieden werden. Die Lösung für dieses Problem –eine Norm zu folgen ist eine Praxis- öffnete

³⁸ S. *Brandom*, Making it Explicit, S. 32-34.

³⁹ *Brandom*, Making it Explicit, S. 34, Herv. i. Orig.

⁴⁰ S. *Brandom*, Making it Explicit, S. 42-46.

⁴¹ *Brandom*, Making it Explicit, S. 45.

die Tür für ein pragmatisches Verständnis der Beziehung zwischen Norm und Sanktion. So sind Normen in der von *Hart* dargestellten primitiven Gesellschaft nicht aus Grund der Sanktion zu folgen. Die Sanktion fungiert zwar als «vorinstitutionelles» Kriterium für die Anerkennung von Normen, aber der verbindliche Charakter von Normen hängt von den Einstellungen der Gesellschaftsmitglieder ab. Damit wird vermieden, dass Normen auf Beschreibungen von gesellschaftlich zu beobachtenden Verhaltensregularitäten verkürzt werden. Die Entwicklung der Überlegungen *Harts* soll freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass *Harts* Interesse vor allem im Auftreten eines Rechtssystems liegt, welches anhand von «institutionellen» Kriterien primäre Normen explizit anerkennt. Wenn ich *Hart* richtig verstehe, ist der Kern der Normativität des Rechts in dieser institutionellen Natur zu sehen, was sich an folgender Stelle zeigen lässt: Wo es eine Anerkennungsregel gibt, wird der Gesetzgeber „not only in fact specify what is to be done but will have the *right* to do this; and not only will there be general obedience to his orders, but it will be generally accepted that it is *right* to obey him“⁴². Der Gesetzgeber „will in fact be a legislator with the *authority* to legislate“⁴³.

In der Einleitung in die vorliegende Untersuchung ist gesagt worden, dass es vielversprechend ist, *Günthers* prozeduralen Beitrag zur «moralischen» Begründung des Strafrechts als Beitrag zur Begründung der Autorität des Strafrechts zu lesen. Dass sich dies als eine zutreffende Arbeitshypothese ergibt, lässt sich anhand des unvermeidlichen Preises verstehen, den *Hart* für die institutionelle Natur rechtlicher Normativität zu zahlen hat, nämlich der Unmöglichkeit, die Autorität des Rechts kritisch thematisieren zu können.

⁴² *Hart*, *The Concept of Law*, S. 56 f, Herv. i. Orig.

⁴³ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 57, Herv. i. Orig.

2) Logische Unabhängigkeit trotz pragmatischen Zusammenhangs zwischen Norm und Zwang

Es ist gerade dargestellt worden, wie aus dem künstlichen Charakter des Rechts die institutionelle Natur rechtlicher Normativität hervortritt. Im Laufe der Darstellung wurde auch die heuristische Rolle der Sanktion zur Anerkennung des verbindlichen Charakters von Normen erwähnt. Bevor ich mich im kommenden Kapitel B anhand vom *Jürgen Habermas'* artifiziellen Verständnis des Rechts darum beschäftige, wie Androhung äußerer Sanktionen und rational motiviertes Einverständnis in Verbindung gebracht werden können, möchte ich das bisher «positiv» dargelegte Verständnis der Normativität des Rechts «negativ» in dem Sinne abgrenzen, dass es mit der Zwangstheorie des Rechts unvereinbar ist. Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist es, dass alle Zwangstheorien des Rechts die Grundthese vertreten, dass Rechtspflichte nur aus der Möglichkeit der Ausübung vom Zwang entstünden. So zum Beispiel *John Austin* in seinem Buch „The Province of Jurisprudence Determined“. Bekanntlich sah er das «Wesentliche» des Rechts in dem imperativischen Charakter seiner Normen, was ihrerseits mit der Möglichkeit der Ausübung vom Zwang notwendig zusammenlaufe: „Every law ... is a *command* ... If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the *expression* or *intimation* of your wish is a *command*. A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded“⁴⁴. Zu betonen ist es, dass *Austin* seinen Pflichtbegriff aus der Möglichkeit der Ausübung vom Zwang herleitete: „Being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am *bound* or *obliged* by your command, or I lie under a *duty* to obey it“⁴⁵. Einer solchen Einsicht begegnete bereits *Ernst Rudolf Bierling* mit dem zwar einfachen, nichtsdestoweniger schlagenden Argument, dass der bloße Bezug auf Zwang die Ausübung vom Zwang als Rechtszwang nicht erklären kann. Nachdem er sich

⁴⁴ *Austin*, The Province of Jurisprudence Determined, S. 6, Herv. i. Orig.

⁴⁵ *Austin*, The Province of Jurisprudence Determined, S. 7, Herv. i. Orig.

mit der tatsächlichen Möglichkeit der Anwendung von Zwangsmitteln als Quelle rechtlicher Verpflichtungen kritisch auseinandergesetzt hatte, betonte *Bierling* den widersprüchlichen Charakter einer rechtlichen Zulässigkeit solcher Anwendung: „Es bliebe die Ansicht übrig, dass diejenigen Normen Rechtsnormen seien, bei denen im Mangel freier Befolgung eine Anwendung von Zwangsmitteln stattfinden soll. Aber wer entscheidet denn über dieses Sollen? Die unbefangene juristische Erfahrung wird stets sagen: eben das Recht“⁴⁶.

Ein anderer Vertreter der Zwangstheorie des Rechts, nämlich *Hans Kelsen* konnte *Bierlings* Kritik vermeiden, indem er aus der Grundthese der Theorie die Folgerung gezogen hatte, dass «gesollt» nur die Sanktion sei. Damit führte er in seinem Buch „Reine Rechtslehre“ die folgende Unterscheidung zwischen «gebotenem» und «gesolltem» Verhalten ein: „Wenn ... die Rechtsordnung ein Verhalten dadurch gebietet, dass sie für den Fall des gegenteiligen Verhaltens eine Sanktion als gesollt statuiert, kann man diese Sachlage in einem Satze beschreiben, der aussagt, dass im Falle eines bestimmten Verhaltens eine bestimmte Sanktion eintreten soll ... Das gebotene Verhalten ist nicht das gesollte Verhalten; gesollt ist die Sanktion“⁴⁷. *Michael Pawlik* meint, in dieser «Verrechtlichung» des Zwanges komme die normativistische Komponente des Rechts zum Ausdruck. Er gesteht freilich zu, solche Umdeutung des Zwangsbegriffs ist nur um den Preis einer Zuspitzung der Zwangstheorie des Rechts zu erreichen: Von nun ab wende sich das Recht unmittelbar an den Rechtsstab, der tatbestandsmäßige Verhalten mit Zwangsakte ahnden soll.⁴⁸ Abgesehen davon, wie merkwürdig die zugespitzte Zwangstheorie des Rechts klingen mag –man könnte sich vielleicht mit *M.J. Detmold* besser fühlen: „Law is for citizens before judges (judges are for citizens, not citizens for judges) and there is something very wrong in a theory which overlooks this“⁴⁹-, liegt die Unvereinbarkeit solcher Theorie mit der Idee von Normativität auf der Hand: Nach der zugespitzten Zwangstheorie des Rechts informiert das Recht zwar über ein Verhalten, das Bedingung eines Zwangsaktes

⁴⁶ *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 1, S. 143.

⁴⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 26.

⁴⁸ S. *Pawlik*, Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 74.

⁴⁹ *Detmold*, Cambridge Law Journal 48 (1989), S. 437.

ist, jedoch schreibe es die Vermeidung dieses Verhaltens nicht vor. Diese Auswirkung der Zwangstheorie des Rechts ist von *A.D. Woozley* wie folgt auf den Punkt gebracht: „The prescription of legal duties provides no standard of conduct, not even a minimum standard, which individuals should be expected to attain, and which provides a basis of criticism if they do not“⁵⁰.

Ich sympathisiere mit *Woozley*, als er sich bemüht, den Grund für die zugespitzte Zwangstheorie des Rechts der Kritik zu unterziehen. Unter Berufung auf *Kelsen* sagte *Woozley*: „He seems to be saying that a definition of duty in terms of liability of sanction for non-performance ... entails that there cannot be a norm prescribing the behaviour which it is the subject's duty to observe. But it does not seem clear that there is this entailment. Certainly it entails that it would be contradictory to talk of sanctionless duties, also that to say that, e.g. a motorist has a legal duty to observe the speed limit is not to say what the motorist legally ought to do ... But it does not entail that it is false that the motorist is required by the norm to observe the speed limit and that that ... is what the law commands him to do“⁵¹. Freilich interessiere ich mich nicht, wie es bei *Woozley* der Fall ist⁵², *Kelsen* auf der logischen Ebene zu begegnen. Vielmehr geht es mir um die Möglichkeit, eine Rechtsnorm als –in den Worten *Karl Bindings*- «lex imperfecta» zu verstehen, das heißt als eine Norm, die rechtliche Pflichten auferlegt, ohne ihre Übertretung mit Zwangsfolgen auszustatten.⁵³ In *Bindings* kategorialer Unterscheidung zwischen Norm und Strafgesetz sehe ich eine bedeutsame Ähnlichkeit mit dem später von *H.L.A. Hart* vertretenen Unterschied zwischen Norm und Zwang. Darüber sagt *Hart* im dritten Kapitel seines Buches „The Concept of Law“, dessen Untertitel „The Variety of Laws“ lautet, Folgendes: „We can identify and distinguish two things: a certain type of conduct which the rule prohibits, and a sanction intended to discourage it“⁵⁴. Vor allen Dingen ist hier darauf hinzuweisen, dass *Hart* den gerade genannten Unterschied «logisch» versteht: „It is logically possible and

⁵⁰ *Woozley*, *Mind* 77 (1968), S. 471.

⁵¹ *Woozley*, *Mind* 77 (1968), S. 476 f.

⁵² S. *Woozley*, *Mind* 77 (1968), S. 477 f.

⁵³ S. *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, S. 63.

⁵⁴ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 34.

might be desirable that there should be such rules even though no punishment or other evil were threatened“⁵⁵. Anschließend fügt er hinzu: „We can distinguish clearly the rule prohibiting certain behaviour from the provision for penalties to be exacted if the rule is broken, and suppose the first to exist without the latter. We can, in a sense, subtract the sanction and still leave an intelligible standard of behaviour which it was designed to maintain“⁵⁶.

Im vorherigen Abschnitt wurde gezeigt, dass es einen pragmatischen Zusammenhang zwischen Norm und Zwang gibt. Logisch betrachtet sind sie jedoch zu trennen. Mein akademischer Lehrer *Urs Kindhäuser* brachte diese logische Trennung mit der Möglichkeit in Verbindung, Norm und Sanktion voneinander unabhängig zu begründen. Im zweiten Kapitel seiner Habilitationsschrift „Gefährdung als Straftat“ geht er von der Grundthese aus, dass die Sicherung der Geltung einer Norm nur die Aufgabe einer anderen Norm sein kann.⁵⁷ Hinsichtlich der Geltung von Normen unterscheidet *Kindhäuser* drei Gesichtspunkte, von denen eine für die vorliegende Untersuchung von Belang ist, nämlich die faktische Geltung.⁵⁸ Faktische Geltung erlangt die Norm, wenn sie handlungswirksam anerkannt wird. Deshalb ist jeder Normwiderspruch «eo ipso» eine Beeinträchtigung der faktischen Geltung von Normen. Da nun keine Norm ihre eigene Befolgung durchsetzen kann, bedarf sie eines Mittels, um das «sozial nützliche» Maß an Anerkennung zu verschaffen. Solches Mittel ist die Sanktion.⁵⁹ Unter dem Stichwort «Zumutbarkeitsbedingung» ist in der Einleitung in die vorliegende Untersuchung anhand von *Klaus Günthers* «moralischer» Begründung des Rechts die Unfähigkeit moralisch gültiger Normen, ihre eigene Befolgung durchzusetzen, unterstrichen worden. Genauso wie *Günther* sieht *Kindhäuser* in der Notwendigkeit einer faktisch gesicherten Befolgung gültiger Normen ein Begründungskriterium. Dennoch handelt es sich bei *Kindhäuser* nicht um die Begründung des

⁵⁵ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 34.

⁵⁶ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 34.

⁵⁷ S. *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, S. 132.

⁵⁸ S. *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, S. 133 f.

⁵⁹ S. *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, S. 134 f.

«Rechts», sondern nur um die Begründung einer bestimmten Art von Rechtsnormen, nämlich der «Sanktionsnormen», welche die Aufgabe zu erfüllen haben, die faktische Geltung anderer Normen zu sichern.⁶⁰

Gleichen Sanktionsnormen eine motivationale Schwäche zum Handeln aus, die vom Standpunkt des Rechts aus als Defizit betrachtet wird, setzen sie die Autorität des Rechts schon voraus, wonach Rechtsnormen verbindliche Gründe zum Handeln sind –eine Idee, die übrigens bis zu *Binding* zurückzureichen ist⁶¹-. Dieser Befund ist für die vorliegende Untersuchung von Belang, denn meine bisherige Arbeitshypothese ist es, *Günthers* prozeduralen Beitrag zur «moralischen» Begründung des Strafrechts als Beitrag zur Begründung der Autorität des Strafrechts zu lesen, sodass ich mich mit den Sanktionsnormen nicht mehr zu beschäftigen brauche. Aus diesem Grund werde ich im Folgenden jede –auch *Günthers*- sanktionsbasierte Antwort auf die Frage nach der Normativität des Rechts beiseitelassen. Indem nun die Autorität des Strafrechts nicht in der Sanktionsnorm zu finden ist, ist ihr systematischer Ort die strafrechtliche Norm, deren faktische Geltung die Sanktionsnorm zu sichern hat. Dementsprechend soll geprüft werden, ob strafrechtliche Normen mit dem Instrumentarium der Diskurstheorie begründet werden können.

II. Die Autorität des Rechts

1) Rechtsnormen als ausschließende und inhaltsunabhängige Handlungsgründe

Die vorliegende Untersuchung begann mit dem Beitrag *Klaus Günthers* zur «moralischen» Begründung des Strafrechts, dessen Prozeduralismus hauptsächlich

⁶⁰ S. *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 153 f.

⁶¹ S. *Binding*, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, S. 14 f.

hervorgehoben worden ist. Dieser Ausgangspunkt gab mir Anlass, die Arbeitshypothese aufzustellen, *Günthers* Argumentationsregel für praktische Diskurse lässt sich als den diskurstheoretischen Beitrag zur Begründung der Autorität strafrechtlicher Normen verstehen. Um diese Arbeitshypothese fort zu entwickeln, möchte ich im Folgenden einige Besonderheiten von Rechtsnormen erörtern. Insbesondere interessiere ich mich für die Eigenschaften, durch die Rechtsnormen gekennzeichnet sein sollen, um dem mit der Autorität des Rechts zusammenlaufenden Verbindlichkeitsanspruch Rechnung zu tragen. Um diese Eigenschaften festzustellen, werde ich mich von der zunächst von *H.L.A. Hart* dargelegten und danach von *Joseph Raz* fortgeführten Theorie der praktischen Autorität des Rechts unterstützen lassen. Diese Entscheidung sieht sich durch zwei Gründe gerechtfertigt. Erstens, weil ihre Entwicklung der praktischen Autorität des Rechts mit dem Instrumentarium der analytischen Handlungstheorie ausgearbeitet wird, sodass Rechtsnormen als Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen verstanden werden können. Und zweitens, weil nach ihren Ergebnissen Rechtsnormen unabhängig von ihrer «moralischen» Begründung zu befolgen sind.

Im zehnten Kapitel seines Buches „*Essays on Bentham*“, dessen Überschrift „*Commands and Authoritative Legal Reasons*“ lautet, gibt *Hart* eine knappe Definition aus dem „*Leviathan*“ von *Thomas Hobbes* wieder⁶²: „*Command is where a man saith, Doe this, or Doe not this, without expecting other reason than the Will of him that sayes it*“⁶³. Anhand dieser Definition stellt *Hart* die These auf, dass Rechtsnormen⁶⁴ als Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen zunächst die Eigenschaft aufweisen müssen, einen «ausschließenden» Charakter zu haben: „*The expression of a commander’s will that an act be done is intended to preclude or cut off any independent deliberation by the hearer of the*

⁶² S. *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 253.

⁶³ *Hobbes*, *Leviathan*, S. 195, Herv. i. Orig.

⁶⁴ *Hart* spricht zwar von «Gesetz» („law“) und «Gebot» („command“). Beide lassen sich jedoch unter dem allgemeinen Begriff von Norm dadurch eingliedern, dass bei ihnen gekennzeichnet ist, zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen; dazu *von Wright*, *Norm and Action*, S. 7 f; s. auch *Mañalich*, *ZIS* 7 (2012), S. 573, Fn. 18.

merits pro and con of doing the act“⁶⁵. Die Einsicht in diesen Gedanke verdankt *Hart* ausdrücklich⁶⁶ einer Idee von *Raz*, der in seinem Buch „*Practical Reasons and Norms*“ die These vertritt, dass Normen⁶⁷ ausschließende Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen sind.⁶⁸ Der ausschließende Charakter von Normen als Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen bedeutet –so *Raz*–, dass Normen sowohl als Gründe erster Ordnung für die Unterlassung beziehungsweise Ausführung einer Handlung anzusehen sind, als auch als Gründe zweiter Ordnung, die jeweils eventuell konfligierende Gründe für die Unterlassung beziehungsweise Ausführung derselben Handlung ausschließen.⁶⁹

Razs Ausgangspunkt ist die Unterscheidung zwischen Handlungsgründen erster und zweiter Ordnung. Ausschlaggebend dafür ist es, dass verschiedene Gründe auf verschiedenen Ebenen operieren. Danach ist ein Handlungsgrund erster Ordnung ein Grund dafür, eine Handlung zu unterlassen beziehungsweise auszuführen, wenn die Anwendungsbedingungen gegeben sind. Beispielhaft: Wenn p ein Grund für mich ist, ϕ zu tun (beziehungsweise ϕ zu unterlassen), dann soll ich ϕ tun (beziehungsweise ϕ unterlassen), wenn p gegeben ist. Gibt es nun einen Konflikt zwischen mehreren Gründen erster Ordnung, dann ist er dadurch zu lösen, dass ihre relative Stärke beziehungsweise ihr relatives Gewicht berücksichtigt und dass bestimmt wird, was nach Maßgabe der Abwägung aller Gründe zu tun ist. Mit anderen Worten: Man soll im Fall eines Konfliktes zwischen Gründen erster Ordnung nach dem Ergebnis der Abwägung aller Gründe handeln. Und

⁶⁵ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 253.

⁶⁶ S. *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 244.

⁶⁷ *Raz* spricht zwar von «Gebotsnorm» („mandatory norm“). Jedoch lässt sich *Razs* Gebotsnorm dem Begriff von Norm zuordnen, weil Gebotsnormen „are normally stated by saying that a certain person ought to, should, must, etc., perform certain action“; s. *ders.*, *Practical Reason and Norms*, S. 49.

⁶⁸ *Raz* spricht zwar von «Norm-Akt» („norm act“). Da der vorliegenden Untersuchung jedoch die Vertretung des sogenannten deontologischen Vierecks zugrunde liegt, kann *Razs* Norm-Akt durch verbotene beziehungsweise gebotene Handlung ersetzt werden, wobei die Norm ein Grund zum Handeln beim Gebot beziehungsweise ein Grund zum Unterlassen beim Verbot ist; dazu *Hruschka / Joerden*, *ARSP* 73 (1987), S. 106-112.

⁶⁹ S. *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, S. 10 und 58 f.

das heißt –noch einmal anders ausgedrückt-, dass der stärkere Grund die anderen übertrumpft.⁷⁰

Dagegen operiert ein Grund zweiter Ordnung auf einer verschiedenen Ebene. Er ist entweder ein Grund dafür, aus einem bestimmten Grund zu handeln, oder ein Grund dafür, es zu unterlassen, aus einem bestimmten Grund zu handeln. Im letzten Fall geht es um einen ausschließenden Grund.⁷¹ Ein Grund zweiter Ordnung, aus einem bestimmten Grund zu handeln, liegt zum Beispiel vor, wenn als Antworten auf sukzessive Fragen man zuerst erhält, man habe versprochen, so zu handeln, und dann noch, man solle Versprechen halten. Denn versprochen zu haben, in einer bestimmten Weise zu handeln, ein Grund dafür ist, so zu handeln. Und dass man Versprechen halten sollte ein Grund ist für den Grund, in der versprochenen Weise zu handeln.⁷² Raz interessiert sich vor allem aber für die ausschließenden Gründe, also für die Gründe dafür, es zu unterlassen, aus einem bestimmten Grund zu handeln. Denn es ist genau solche Art von Grund, die wesentlich für die Erklärung von Normen ist. Ein solcher ausschließender Grund liegt zum Beispiel vor, wenn p ein Grund für mich ist, ϕ zu tun, und q ein Grund für mich ist, nicht nach p zu handeln. Sei q der Fall, soll ich also nicht nach p handeln. In diesem Zusammenhang hebt Raz ausdrücklich hervor, dass p und q keine streng konfligierenden Gründe sind, denn q ist kein Grund dafür, nicht ϕ zu tun, sondern ein Grund dafür, ϕ nicht aus dem Grund zu tun, dass p. Mit anderen Worten: Der Konflikt zwischen p und q ist –so Raz- ein Konflikt zwischen einem Grund erster Ordnung und einem ausschließenden Grund zweiter Ordnung. Und solche Konflikte sind nicht nach der Stärke der konkurrierenden Gründe zu lösen, sondern nach einem allgemeinen Prinzip praktischer Argumentation, wonach ausschließende Gründe, die mit Gründen erster Ordnung konfligieren, immer vorgehen. Aus Grund der Einführung ausschließender Gründe behauptet Raz konsequenterweise, dass es zwei Weisen gibt, wie Gründe ausgeschaltet werden

⁷⁰ S. Raz, *Practical Reasons and Norms*, S. 35 f. und 39.

⁷¹ S. Raz, *Practical Reasons and Norms*, S. 39.

⁷² S. Raz, *Practical Reasons and Norms*, S. 23.

können: Sie können von strikt konfligierenden Gründen übertrumpft oder von ausschließenden Gründen ausgeschlossen werden.⁷³

Nach diesen allgemeinen Vorüberlegungen bezüglich der Struktur von Gründen schlägt *Raz* die These vor, dass Normen ausschließende Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen sind: „A mandatory norm is either an exclusionary reason or, more commonly, both a first-order reason to perform the norm act and an exclusionary reason not to act for certain conflicting reasons“⁷⁴. Die These, dass Normen auch ausschließende Gründe sind, beruht hauptsächlich –so *Raz*– auf drei Argumente, nämlich auf der Weise, in der Normen gerechtfertigt werden, auf der Rolle, die sie in der praktischen Argumentation spielen, und auf der Reaktion, die Personen in Konflikten haben.

Das erste Argument –das Argument der Rechtfertigung– bringt folgenden Gedanke zum Ausdruck: Die Existenz von Normen dient bei Entscheidungen darüber, was man tun soll, zum einen der Arbeits- und Zeitersparnis und der Fehlerreduktion, zum anderen der Festsetzung von praktischer Autorität und der Handlungskoordination. Denn eine Norm kann –so *Raz*– in Ruhe geprüft werden anhand der bestmöglichen verfügbaren Informationen über die Faktoren, die in Situationen, auf die die Norm anwendbar ist, höchstwahrscheinlich vorliegen werden. Deshalb kann die Norm im Lichte vorhersehbarer Gründe sagen, was zu tun ist in den Situationen, auf die die Norm anwendbar ist, sodass die Normadressaten auf die Norm zurückgreifen können, wenn eine Situation, auf die die Norm zutrifft, tatsächlich eintritt. Daraus lässt sich schließen, dass die Befolgung der Norm Zeit und Energie spart und die Risiken fehlerhafter Kalküle reduziert, wie sie auftreten, wenn man jede Situation neu im Lichte der gegebenen Umstände prüft.⁷⁵ Darüber hinaus kann eine Norm als eine Auffassung angesehen werden,

⁷³ S. *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, S. 40.

⁷⁴ *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, S. 58 f.

⁷⁵ S. *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, S. 59-62.

der man auch dann zu folgen hat, wenn man nicht in der Lage ist, selbst zu beurteilen, ob die Norm befolgt werden soll. Denn bei Normen geht es nicht darum, was in Abwägung aller gegebenen Gründe getan werden soll, sondern um die Frage zweiter Ordnung, wessen Urteil darüber man vertrauen soll. Indem sich die Normadressaten dem Normurteil unterwerfen und nicht nach Abwägung aller gegebenen Gründe, sondern nach den Anweisungen der Autorität handeln, kann die Norm zudem gewährleisten, dass alle an der Umsetzung eines einzigen Handlungsplanes teilhaben, dass also die Handlungen koordiniert sind.⁷⁶ Damit alle diese Leistungen jedoch vollbracht werden können, soll die Norm verlangen, dass ihre Adressaten die gebotene beziehungsweise verbotene Handlung ohne Ansehen anderer relevanter Überlegungen ausführen beziehungsweise unterlassen. Denn die Art der Rechtfertigung zeigt, dass eine so gerechtfertigte Norm ihren Zweck nicht erfüllen kann, wenn sie nicht als ausschließender Grund aufgefasst wird. Normen sind also als ausschließende Gründe zu betrachten.⁷⁷

Das zweite Argument –das Argument der praktischen Argumentation- bringt folgenden Gedanken zum Ausdruck: Manchmal ist rationalerweise geboten, die Deliberation und Unschlüssigkeit auch schon vor dem Moment zu beenden, in dem man handeln muss. Nur so kann die Norm –so Raz- dazu dienen, praktische Probleme zu lösen. Denn um solche Probleme lösen zu können, soll die Norm nicht nur infolge von Erwägungen gefällt werden, was man tun sollte, sondern soll sie auch die Deliberation darüber, was man tun sollte, beenden. Indem die Norm die Deliberation beendet, schaltet sie konkurrierende Anforderungen anderer Gründe aus. Und durch diesen Ausschluss konfligierender Gründe kann die Norm die praktischen Konflikte lösen. Deshalb liegt eine Norm erst vor, wenn sowohl zu einer Konklusion darüber gekommen worden ist, was man tun sollte, als auch die Überzeugung gewonnen worden ist, dass die Abwägungen zu beenden sind. Eine Norm ist also als ausschließender Grund zu verstehen, weitere Gründe oder Argumente zu ignorieren.⁷⁸

⁷⁶ S. Raz, *Practical Reasons and Norms*, S. 62-65.

⁷⁷ S. Raz, *Practical Reasons and Norms*, S. 62.

⁷⁸ S. Raz, *Practical Reasons and Norms*, S. 65-73.

Das erste und das zweite Argument –unter den Namen «These der üblichen Rechtfertigung» und «These der Abhängigkeit», jeweils- machen *Razs* Verständnis von Autorität als «Leistung» aus. Denn solches Verständnis betrachtet „authorities as *mediating* between people and the right reasons which apply to them, so that the authority judges and pronounces what they ought to do according to right reason“⁷⁹. Dass hier besser von einer Erklärung statt einer Rechtfertigung zu reden ist, wird in kommendem Kapitel B zu sehen sein.

Das dritte Argument –das Argument der Reaktion- bringt folgenden Gedanke zum Ausdruck: Manchmal verdient die Befolgung einer Norm nicht nur Lob, sondern auch Tadel, genauso wie manchmal die Verletzung einer Norm nicht nur Tadel, sondern auch Lob verdient. Denn jeder, der eine Norm befolgt, kann sich –so *Raz*- irgendwann in einer Situation wiederfinden, in der er weiß, dass er die gebotene Handlung ausführen beziehungsweise die verbotene Handlung unterlassen soll, und in der er doch eine gemischte Reaktion in dem Sinne aufweist, dass er es zugleich für falsch hält, die gebotene Handlung auszuführen beziehungsweise die verbotene Handlung zu unterlassen, dass es also eine andere Überlegung gibt, nach der er die gebotene Handlung nicht ausführen beziehungsweise die verbotene Handlung nicht unterlassen soll. Und umgekehrt meint man oft bei einer Normverletzung, dass die Norm hätte befolgt werden sollen, selbst wenn man im Voraus wusste, dass ein Abweichen von ihr positive Folgen hat. Die Erklärung für diese gemischten Reaktionen besteht darin, dass die betreffende Person sich mit ausschließenden Gründen und Gründen erster Ordnung konfrontiert sieht, die miteinander unvereinbar sind, und dass zwar die ausschließenden Gründe von ihr verlangen, nicht nach den Gründen erster Ordnung zu handeln, dass sie sich aber der Tatsache bewusst ist, dass nach Abwägung aller Gründe ein Abweichen von der Norm positive Folgen hat. Solche gemischte

⁷⁹ S. *Raz*, *The Monist* 68 (1985), S. 299, Herv. i. Orig.

Reaktion belegt, dass Normen als ausschließende Gründe tatsächlich betrachtet werden.⁸⁰

Anhand dieser Argumente ist –so *Raz*- deutlich, dass der Begriff des ausschließenden Grundes wesentlich für die Erklärung von Normen ist. Zwei wichtige Punkte, die durch diesen Begriff geklärt werden können, sind die Folgende. Erstens, die hypostasierende Redeweise über Normen. Denn man muss sich um das Gewicht der konfligierenden Gründe erster Ordnung, die auf die von der Norm geregelten Situationen zutreffen können, nicht mehr kümmern, wenn die Norm als ausschließender Grund zu betrachten ist. Daraus lässt sich schließen, dass Normen relativ unabhängig von den Gründen erster Ordnung, durch die sie gerechtfertigt werden können, sind. Und gerade wegen dieser relativen Unabhängigkeit kann man über Normen als Entitäten sprechen.⁸¹ Und zweitens, die Festsetzung von praktischer Autorität. Denn die ausschließende Befolgung von Normen gewährleistet, dass der Handlungsplan der gesetzgeberischen Autorität umgesetzt wird: „Authority can secure co-ordination only if the individuals concerned defer to its judgement and do not act on the balance of reasons, but on the authority’s instructions“⁸².

Die zweite Eigenschaft, durch die Rechtsnormen gekennzeichnet sein sollen, um der Autorität des Rechts Rechnung zu tragen, ist ihr «inhaltsunabhängiger» Charakter als Grund zum Handeln beziehungsweise Unterlassen. Diese Idee lässt sich zwar bis zur *Harts* frühen Bemühung zurückreichen, zwischen dem Pflichtbegriff und dem Begriff moralischen Sollens zu unterscheiden. Denn er hat bereits in seinem Aufsatz „Legal and Moral Obligation“ die Auffassung vertreten, dass der Status einer Pflicht als Pflicht von ihrem jeweiligen Inhalt unabhängig sein kann.⁸³ Diese Auffassung hat er aber erst in seiner Auseinandersetzung mit *Jeremy Bentham*s Gebotsbegriff deutlich ausformuliert. So sind Rechtsnormen

⁸⁰ S. *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, S. 74-76.

⁸¹ S. *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, S. 79.

⁸² *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, S. 64.

⁸³ S. *Hart*, *Legal and Moral Obligation*, S. 84 und 100.

„intended to function as a reason independently of the nature or character of the actions to be done“⁸⁴. Der inhaltsunabhängige Charakter von Rechtsnormen fußt nun –so *Hart*- auf der Tatsache, dass Rechtsnormen zwar unterschiedliche Situationen regeln und an unterschiedliche Personen adressiert werden können, sie aber in allen Fällen verlangen, sie selbst als Grund zum Handeln beziehungsweise Unterlassen betrachtet zu werden, das heißt unabhängig davon, was zu tun beziehungsweise zu unterlassen ist. Folglich ist die Anerkennung, dass eine Rechtsnorm eine Handlung gebietet beziehungsweise verbietet, schon ein Grund für ihren Adressaten, die gebotene beziehungsweise verbotene Handlung auszuführen beziehungsweise zu unterlassen. In diesem Sinne unterscheiden sich Rechtsnormen von anderen Gründen zum Handeln beziehungsweise Unterlassen, bei denen es zwischen dem Grund und dem Handeln beziehungsweise Unterlassen eine inhaltliche Verbindung gibt: „There the reason may be some valued or desired consequence to which the action is a means, (my reason for shutting the window was to keep out the cold) or it may be some circumstance given which the action functions as a means to such a desired consequence (my reason for shutting the window was that I felt cold)“⁸⁵.

Der inhaltsunabhängige Charakter von Rechtsnormen⁸⁶ impliziert, dass sich Rechtsnormen von anderen Gründen zum Handeln beziehungsweise Unterlassen unterscheiden, bei denen es zwischen dem Grund und dem Handeln beziehungsweise Unterlassen eine inhaltliche Verbindung gibt. Danach kann sich die Autorität des Rechts von der Strömung abgrenzen, die behauptet, Rechtsnormen hätten deshalb keine Relevanz für die Bestimmung von Verpflichtungen, weil Handlungen immer auf der direkten Anwendung letzter Werte beruhen würden.⁸⁷ Dieser Befund ist hier von Bedeutung, weil eine Leistung von *Günthers* Argumen-

⁸⁴ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 254.

⁸⁵ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 255.

⁸⁶ Ob ein Verständnis von Rechtsnormen als inhaltsunabhängige Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen in der von *Raz* vertretenen «These der Quellen» auch zu finden ist, kann hier ausgespart bleiben; s. *Raz*, *The Authority of Law*, S. 51 f.

⁸⁷ So zum Beispiel *Moore*, *Southern California Law Review* 62 (1989), S. 872 f. bezüglich der Gründe zum Handeln und *ders.*, *Placing Blame*, S. 72 f. bezüglich der Rolle von Rechtsnormen als Gründe zum Handeln.

tationsregel für praktische Diskurse darin bestehen soll, den Streit über die Existenz von letzten Werten, also den sogenannten Einwand des Relativismus zu vermeiden. Mit einer so verstandenen praktischen Autorität des Rechts ist jedoch noch nicht ganz der Einwand des Relativismus überwunden, weil die beständige Anerkennung von Rechtsnormen als ausschließende und inhaltsunabhängige Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen noch in dem Sinne begriffen werden kann, dass es moralische Gründe geben muss, um Rechtsnormen als ausschließende und inhaltsunabhängige Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen zu akzeptieren. Bei dieser Einsicht –worauf *Hart* selbst aufmerksam macht⁸⁸- handelt es sich offensichtlich nicht mehr um die Abwägung aller Gründe erster Ordnung nach dem von letzten Werten gesetzten Maßstab, denn eine solche Abwägung ist durch das Verständnis von Rechtsnormen als ausschließende und inhaltsunabhängige Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen ausgeschieden. Vielmehr handelt es sich darum, dass die moralische Autorität des Gesetzgebers Voraussetzung der praktischen Autorität des Rechts sein müsse, sodass die rechtliche Verbindlichkeit als eine Art moralischer Verbindlichkeit anerkannt werden solle.

2) Anerkennung als Grundlage aller Autorität

Anfangs dieses Kapitels A ist *H.L.A. Harts* institutionelle Natur rechtlicher Normativität hervorgehoben worden, welche auf einer Anerkennungsregel beruht: Normen zählen als Rechtsnormen, wenn sie durch eine Anerkennungsregel anerkannt werden. Die Anerkennung einer Rechtsnorm als Handlungsgrund hat nun einen ausschließenden und inhaltsunabhängigen Charakter, wie im letzten Abschnitt gesehen wurde. Da ging es freilich um eine «unmittelbare» Anerkennung, und das heißt eine Anerkennung durch die Adressaten von primären Normen. Ein Rechtssystem, dessen primäre Normen durch ihre Adressaten anerkannt sind, bezeichnet *Hart* als «embryonal», weil „a feature of crucial importance

⁸⁸ S. *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 263.

in the development of a system is missing from it“.⁸⁹ Das fehlende Merkmal ist das Bestehen von Gerichten, die Rechtsnormen anwenden, um praktische Konflikte zu lösen. Mit der Einführung von Gerichten ändert sich aber das Rechtssystem gänzlich: „Where courts with these functions exist the normative attitude consisting in the recognition of the commands as content-independent peremptory reasons for action ... is itself institutionalized as defining public standards of correct adjudication“⁹⁰. Die Aufgabe, Rechtsnormen anzuerkennen, haben in einem «entwickelten» Rechtssystem nicht mehr die Adressaten von primären Normen, sondern die Gerichte. Bei Richtern geht es um eine «mittelbare» Anerkennung, denn „judicial statements of the subject’s legal duties need have nothing directly to do with the subject’s reasons for action“⁹¹.

Jetzt kann *Joseph Raz*s Auffassung eingeführt werden, wonach Richter entweder glauben, moralische Gründe für die Anerkennung von Rechtsnormen als ausschließende und inhaltsunabhängige Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen zu haben, oder «vorspiegeln», dies zu glauben. Nachdem *Raz* in seinem Buch „Practical Reasons and Norms“ die These vertreten hatte, dass es normative Aussagen zur Beschreibung des Rechts gibt, und das heißt Aussagen, die von Menschen gemacht werden, die von der Gültigkeit des rechtlichen Standpunkts überzeugt sind⁹², fügte er in seinem späteren Buch „The Authority of Law“ die Möglichkeit hinzu, dass Richter vorspiegeln, von der Gültigkeit des rechtlichen Standpunkts überzeugt zu sein. In diesem Buch unterscheidet *Raz* nämlich zwischen einer starken und einer schwachen Zustimmung der Autorität des Rechts: „It is important to distinguish ... between one who fully endorses a rule, i.e. believes that its subjects ought to follow it, and one who weakly accepts it, i.e. believes that he should follow it himself“⁹³. Vor allem hebt *Raz* hervor, dass ein Richter, der die Anerkennungsregel schwach zustimmt, vorspiegeln muss, „that he fully endorses it“⁹⁴. Nur so können seine Rechtsaussagen «voll» normativ

⁸⁹ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 257.

⁹⁰ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 257 f.

⁹¹ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 267.

⁹² *S. Raz*, *Practical Reason and Norms*, S. 171 f.

⁹³ *Raz*, *The Authority of Law*, S. 155 Fn. 13.

⁹⁴ *Raz*, *The Authority of Law*, S. 155 Fn. 13.

sein.⁹⁵ Dieser «Vorspiegelungsthese» liegt nun ein moralischer Grund zugrunde, wie Raz selbst in seinem Aufsatz „Hart on Moral Rights and Legal Duties“ deutlich zum Ausdruck bringt: „I cannot accept rules imposing duties on other people except, if I am sincere, for moral reasons. Judges who accept the rule of recognition accept a rule which requires them to accept other rules imposing obligations on other people. They, therefore, accept a rule that can only be accepted in good faith for moral reasons. They, therefore, either accept it for moral reasons or at least pretend to do so“⁹⁶.

Der begriffliche Hintergrund, aus dem sich diese Vorspiegelungsthese ergibt, fängt mit Raz's Grundthese an, wonach es objektive Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen gibt. Der objektive Charakter dieser Gründe ist von Raz zwar nicht ausdrücklich ausformuliert, er lässt sich jedoch aus seiner Gleichsetzung von Gründen und Tatsachen schließen, und insbesondere aus dem folgenden Zitat: „It should be remembered that reasons are used to guide behaviour, and people are to be guided by what is the case, not by what they believe to be the case“⁹⁷. In der Einleitung seines Buches „Practical Reason and Norms“, dem das Zitat angehört, hatte Raz bereits das Bestehen von Gründen zum Handeln beziehungsweise Unterlassen als Schlüssel für die Analyse von Normen bezeichnet: „The key concept for the explanation of norms is that of reasons for action“.⁹⁸ Denn These dieses Buches ist es, dass Normen Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen sind. Der objektive Charakter der Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen ist nun mit der üblichen Annahme zu vereinbaren, dass es unter anderen sowohl rechtliche als auch moralische Normen gibt. Denn es erscheint schwer, beide Arten von Normen voneinander zu unterscheiden, wenn das Bestehen von «objektiven» Gründen gemeinsame Voraussetzung ihrer Existenz ist. Deshalb schlägt Raz vor, Rechtsnormen auf Normen der Moral zurückzuführen.⁹⁹ So ein Richter, der die Existenz einer Rechtsnorm

⁹⁵ S. Raz, *The Authority of Law*, S. 155 Fn. 13.

⁹⁶ Raz, *Oxford Journal of Legal Studies* 4 (1984), S. 130.

⁹⁷ Raz, *Practical Reason and Norms*, S. 17.

⁹⁸ Raz, *Practical Reason and Norms*, S. 9.

⁹⁹ S. Raz, *Oxford Journal of Legal Studies* 4 (1984), S. 131.

anerkannt hat, soll entweder glauben, dass diese Rechtsnorm auf eine Norm der Moral zurückzuführen ist, oder schlimmstenfalls vorspiegeln, dass er dies glaubt.

Im sechsten Kapitel seines Buches „*Essays on Bentham*“, wo er sich mit *Jeremy Bentham*s Begriff der Rechtsverbindlichkeit auseinandersetzt, bringt *Hart* zwei Argumente gegen *Raz*s Vorspiegelungsthese vor. Meiner Ansicht nach ist *Hart* Recht zu geben, als er solche These zurückweist, obwohl ich *Harts* zweites Argument nicht teile. Das zweite, grundlegendere Argument lautet, *Raz* beruhe auf einem falschen kognitivistischen Verständnis vom Pflichtbegriff, wonach mit der Äußerung einer Pflichte auferlegenden Rechtsaussage gleichzeitig gemeint ist, dass es objektive Gründe zum pflichtgemäßen Verhalten gibt.¹⁰⁰ Stattdessen vertritt *Hart* eine nonkognitivistische Pflichttheorie, „according to which committed statements asserting that others have a duty do not refer to actions which they have a categorical reason to do but, as the etymology of ‘duty’ and indeed ‘ought’ suggests, such statements refer to actions which are due from or owed by the subjects having the duty, in the sense that they may be properly demanded or exacted from them“¹⁰¹. Dementsprechend bedeutet die Aussage, dass jemand rechtlich verpflichtet ist, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten, dass von ihm solches Verhalten aus der Perspektive des Rechts verlangt werden kann. Zwar nimmt *Hart* unter dem Name «gebundene» Aussagen die von *Raz* eingeführten normativen Aussagen zur Beschreibung des Rechts erneut auf, weil es normalerweise der Fall ist, dass Richter von der Gültigkeit des rechtlichen Standpunkts überzeugt sind: „If a judge in deciding a case before him declares that an individual has a legal obligation, e.g. under some statute duly enacted by the legislature, this will be a committed statement since the judge making it accepts in common with others judges of the legal system the rules of recognition of the system which includes enactment by the legislature as a criterion for identifying the laws which they must apply and enforce“¹⁰². Anschließend betont *Hart* jedoch, dass es nicht der Fall sein muss, dass Richter von der Gültigkeit des rechtlichen

¹⁰⁰ S. *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 159.

¹⁰¹ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 160.

¹⁰² *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 160.

Standpunkts überzeugt sind: Sie können sich nämlich durch «ungebundene» Aussagen äußern.¹⁰³

Die Idee von ungebundenen Aussagen nimmt *Hart* von *Razs* vollständiger Einsicht in die normativen Aussagen. Danach gibt es neben den schon erwähnten normativen Aussagen zur Beschreibung des Rechts auch normative Aussagen zur Beschreibung der Rechtslage, welche standardmäßig benutzt werden, nicht um etwas über Rechtsnormen als Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen auszusagen, sondern um zu sagen, was für Rechtsnormen in Kraft sind oder waren oder könnten in Kraft sein.¹⁰⁴ Zwar qualifizieren und definieren die normativen Aussagen zur Beschreibung der Rechtslage die betreffenden Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen als Rechtsnormen. Über deren moralische Gültigkeit sagen sie aber nichts aus. Denn sie wollen einfach besagen, welche Gründe es vom Standpunkt des Rechts aus gibt und gerade deshalb können sie auch von Menschen gemacht werden, die solchen Gründen die moralische Gültigkeit absprechen.¹⁰⁵ Die Möglichkeit von ungebundenen Aussagen macht nun den Kern des ersten von *Hart* vorgebrachten Arguments gegen *Razs* Vorspiegelungsthese aus. Richter nehmen an einer vorgefundenen Praxis teil, wonach sie Rechtsnormen anwenden müssen, die mit Hilfe von bestimmten Kriterien identifiziert sind. Freilich geht es dabei nicht nur um die Fortsetzung solcher Praxis. Vielmehr sind die Richter an die Praxis in dem Sinne gebunden, dass sie die beständige Einstellung zur Fortsetzung der Praxis haben „without considering the merits of so doing in each case and indeed would regard it not open to them to act on their view of the merits“¹⁰⁶. Daraus ergibt sich, dass die Meinung eines Richters über den moralischen Wert dieser Praxis «irrelevant» ist: „His view of the merits may be favourable or unfavourable, or simply absent, or, without dereliction of his duty as a judge, he may have formed no view of the moral merits“¹⁰⁷.

¹⁰³ S. *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 160.

¹⁰⁴ S. *Raz*, *Practical Reason and Norms*, S. 172.

¹⁰⁵ S. *Raz*, *Practical Reason and Norms*, S. 175-177.

¹⁰⁶ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 158 f.

¹⁰⁷ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 159.

Ich bin mit *Harts* erstem Argument einverstanden, glaube aber nicht, dass es von einer nonkognitivistischen Stellungnahme abhängt. Dass der künstliche Charakter des Rechts mit einer kognitivistischen Stellungnahme vereinbart werden kann, wird im kommenden Kapitel B anhand von *Jürgen Habermas*' empirischem Ausgangspunkt zu sehen sein. Vorher möchte ich im Anschluss an *Harts* erstes Argument hervorheben, dass in einem entwickelten Rechtssystem die Gültigkeit des Rechts nicht mehr davon abhängt, dass primäre Normen durch ihre Adressaten anerkannt sind, sondern davon, dass Richter die Anerkennungsregel anwenden.¹⁰⁸ Solche Auffassung erklärt *Hart* wie folgt. Der Adressat von primären Normen hat normalerweise keine allgemeine Einsicht in das rechtliche Gültigkeitskriterium: „The law which he obeys is something which he knows of only as ‘the law’“¹⁰⁹. Dagegen müssen die Richter der Anerkennungsregel gemeinsam zustimmen, und das heißt die Anerkennungsregel muss betrachtet werden „from the internal point of view as a public, common standard of correct judicial decision, and not as something which each judge merely obeys for his part only“¹¹⁰. Dazu dürfen Richter nicht nur gebundene, sondern auch ungebundene Aussagen nutzen. Auf diese Weise ergänzen die ungebundenen Aussagen die von *Hart* eingeführter Unterscheidung zwischen einem inneren und einem äußeren Aspekt des Rechts. Denn sie können gemacht werden „from the point of view of one who accepts the laws of some system as guides to conduct, but though made from that point of view are in fact made by one who may be an anarchist and so does not share it“¹¹¹.

Die These, nach der die Autorität einer Norm von der Anerkennung der Norm abhängt, reicht bis ins Zeitalter der Aufklärung zurück.¹¹² Deshalb überrascht nicht, dass im Rahmen seiner Untersuchungen über den Begriff des Rechts *Ernst Rudolf Bierling* zur «Wahrheit» gelangte, dass sich von allen anderen Arten von

¹⁰⁸ S. *Hart*, *The Concept of Law*, S. 105.

¹⁰⁹ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 111.

¹¹⁰ *Hart*, *The Concept of Law*, S. 112.

¹¹¹ *Hart*, *Essays on Bentham*, S. 154.

¹¹² S. *Brandom*, *Making it Explicit*, S. 51.

Normen die Rechtsnormen dadurch –und nur dadurch- unterscheiden, „dass sie ... als Norm und Regel des äußeren Verhaltens anerkannt werden innerhalb eines bestimmten Kreises von Menschen“¹¹³. Aber ich möchte auf *Bierling* nur insofern hinweisen, als er darüber hinaus die ziemlich starke Vermutung aussprach, dass «alle Gesetzlichkeit und Ordnung in der Welt» durch eine Anerkennung vermittelt sein soll.¹¹⁴ Wenn nun alle Normativität «qua» Autorität auf einem Anerkennungsverhältnis fußt, muss sich die Diskurstheorie –sollen strafrechtliche Normen mit ihrem Instrumentarium begründet werden- mit den Bedingungen beschäftigen, unter denen Rechtsnormen «qua» Rechtsnormen Anerkennung verlangen dürfen. So verlasse ich den rechtstheoretischen Boden der Untersuchung und trete in den rechtsphilosophischen ein.

¹¹³ *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, S. 19.

¹¹⁴ S. *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, S. 48 Fn. 6.

Kapitel B

Transparenz und Undurchsichtigkeit normativen Verbindlichkeitsanspruchs

I. Transparenz

1) Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft

Zum Schluss des zweiten Bandes seines Buches „Transformation der Philosophie“, dessen Untertitel „Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft“ lautet, beschäftigt sich *Karl-Otto Apel* mit dem Problem einer rationalen Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft. Dabei geht *Apel* von einer paradoxen Situation aus: „Einerseits ... war das Bedürfnis nach einer universalen, das heißt für die menschliche Gesellschaft insgesamt verbindlichen Ethik noch nie so dringend wie in unserem Zeitalter ... Andererseits scheint die philosophische Aufgabe einer rationalen Begründung allgemeiner Ethik noch nie so schwierig, ja aussichtslos gewesen zu sein wie in Zeitalter der Wissenschaft“¹. Auf der ersten Seite dieser paradoxen Situation, nämlich dem dringenden Bedürfnis nach einer universalen Ethik zieht *Apel* das Handlungsrisiko infolge der planetaren Expansion und internationalen Verflechtung der technisch-wissenschaftlichen Zivilisation in Betracht. So bedrohen zum Beispiel –so *Apel*– die Erfindung der Atombombe oder die Umweltverschmutzung die Existenz der Menschheit im Ganzen, sodass die Resultate der Wissenschaft für die Menschheit eine moralische Herausforderung darstellen. Unter diesem Umstand besteht die praktisch zu erfüllende Aufgabe darin, eine solidarische Verantwortung für die Auswirkungen menschlicher Handlungen im planetarischen Maßstab zu übernehmen.² Anschließend meint *Apel* zu Recht, dass „diesem Zwang zur solidarischen Verantwortung die intersubjektive

¹ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 359.

² S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 360 f.

Geltung der Normen oder wenigstens des Grundprinzips einer Ethik der Verantwortung entsprechen müsste“³.

Aber die Idee intersubjektiver Geltung von Normen in Zeitalter der Wissenschaft ist –so *Apel*- durch die zweite Seite der Ausgangssituation, nämlich die szientistische Idee einer normativ neutralen Objektivität in dem Sinne präjudiziert, dass das Verhältnis von Wissenschaft und Ethik durch die weit verbreitete Überzeugung gekennzeichnet ist, dass die Möglichkeit intersubjektiver Geltung von Argumenten mit der Möglichkeit wissenschaftlicher Objektivität im Bereich der logisch-mathematischen Formalwissenschaften und im Bereich der empirisch-analytischen Realwissenschaften zusammenläuft. Daher wird auf diesem Niveau die Situation zum Paradoxon. Denn eine solche Idee wissenschaftlicher Objektivität scheint den Geltungsanspruch moralischer Normen in den Bereich der unverbindlichen Subjektivität zu verweisen, weil weder durch den Formalismus logisch-mathematischer Schlüsse noch durch induktive Schlüsse aus Tatsachen jemals Normen abgeleitet werden können⁴: „Die ... Geltungsansprüche der Ethik müssen –so scheint es- auf irrationale, emotionale Reaktionen oder ebenso irrationale Willkürentscheidungen zurückgeführt werden“⁵.

Diese paradoxe Situation lässt sich –so *Apel*- als Antagonismus zwischen Marxismus, einerseits, und analytischer Philosophie und Existentialismus, andererseits, und dergestalt als Motor einer Dialektik kennzeichnen, welche den problematischen Weg zur Übernahme der moralischen Verantwortung für die Wirkungen und Nebenwirkungen der menschlichen Praxis im Zeitalter der erdumspannenden industriellen Technik zu ebnet. Denn der Marxismus hat zwar die Einsicht expliziert, dass die Menschheit vor der Aufgabe steht, die Ära der partikularen Gruppen- beziehungsweise Klasseninteressen zu überwinden, die

³ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 361.

⁴ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 361 f.

⁵ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 362.

es unmöglich machen, dass die Menschen in solidarischer Aktion die Verantwortung für die Geschichte übernehmen.⁶ Sein dialektischer Begriff der konkreten Wirklichkeit hat aber in der marxistischen Orthodoxy zur «totalen Vermittlung» (im Sinne *G.W.F. Hegels*) von Theorie und Praxis, Wissenschaft und Ethik als Ergebnis einer szientifisch-objektiven Analyse geführt, bei der Wissenschaft durch einen unbedingten «Historizismus» (im Sinne *Karl Poppers*) und Ethik durch einen geschichtlich notwendigen «Futurismus» (wiederum im Sinne *Poppers*) ersetzt werden. Auf diese Weise hat die marxistische Orthodoxy der ethischen Verantwortung der Einzelnen und damit der vom Marxismus selbst einleuchtenden Forderung nach einer solidarischen Übernahme der Verantwortung für die geschichtliche Praxis durch die menschliche Gesellschaft jeden Boden entzogen.⁷

Dieser marxistischen Konzeption einer dialektischen Vermittlung von Theorie und Praxis und deren dogmatische Absage an den Geist der Wissenschaft und an den Geist freier und ethischer Verantwortung setzen –so *Apel*– die analytische Philosophie einen wertfreien Objektivismus der Wissenschaft und der Existentialismus einen existenziellen Subjektivismus der ethischen Entscheidungen jeweils entgegen, sodass beide zusammen, das heißt analytische Philosophie und Existentialismus ein «Komplementaritätssystem» bilden, dessen wissenschaftlicher Teil den ethischen nicht absorbiert –wie beim orthodoxen Marxismus der Fall ist-, sondern voraussetzt.⁸ So kommt man zur eingangs dieses Abschnittes dargestellten paradoxen Situation zurück: Die wertfreie Rationalität der analytischen Philosophie setzt Entscheidungen über die Ziele der menschlichen Praxis voraus und kann aus Grund dieser «Neutralität» die als notwendig herausgestellte Übernahme moralischer Verantwortung menschlicher Handlungen nicht übernehmen. Dem ergänzenden Charakter des Komplementaritätssystems zufolge soll also der Existentialismus die ethische Verantwortung übernehmen. Diese Übernahme sieht sich jedoch dadurch deutlich eingeschränkt, dass die

⁶ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 363 f.

⁷ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 366-368.

⁸ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 368-373.

einsamen Gewissensentscheidungen der Einzelpersonen keine intersubjektive, sondern nur eine für sich selbst moralische Verbindlichkeit in Anspruch nehmen können.⁹ Und der Ausweg einer Konvention hilft nicht weiter, denn der bloße Hinweis auf eine Konvention gibt keinen ethischen Grund, grundsätzlich in allen praktischen Fragen eine bindende Übereinkunft mit den anderen Menschen anzustreben und sich anschließend an die getroffene Übereinkunft zu halten, oder, wenn dies unmöglich ist, wenigstens im Geiste einer antizipierten Übereinkunft zu handeln.¹⁰ In diesem Zusammenhang betont *Apel*, wie man infolgedessen in der Industriegesellschaft von der Möglichkeit existentieller Gewissensentscheidungen immer weniger Gebrauch macht und stattdessen «außengeleitet» handelt, was zum Zusammenbruch des Komplementaritätssystems führt.¹¹

Unter einem so verstandenen Komplementaritätssystem sind –so *Apel*– die Chancen einer Makroethik der modernen Industriegesellschaft äußerst gering. Insbesondere scheint es unmöglich zu sein, von der neutralen Position der analytischen Philosophie den Rückweg zur normativen Ethik zu finden. Deshalb schlägt *Apel* folgenden Weg ein, um eine rationale Begründung normativer Ethik zu ermöglichen. Als erster Schritt soll am Beispiel der Humanwissenschaft die Relevanz des szientistischen Wertfreiheitsprinzips in Frage gestellt werden. Hier geht es um die Infragestellung des von *David Hume* eingeführten Prinzips der strikten Unterscheidung dessen, was ist, und dessen, was sein soll. Der Ansatz geht davon aus, dass die Naturwissenschaft zwar ihren Gegenstand erst unter der Voraussetzung des prinzipiellen Verzichts auf jede Bewertung konstituieren konnte, die Humanwissenschaft jedoch eben diesen phänomenkonstitutiven Anfangsverzicht auf ein «wertendes Verstehen» nicht im Ernst nachvollziehen kann. Damit ordnet sich die Humanwissenschaft dem «hermeneutischen Zirkel» vom Verstehen und Werten ein, was insbesondere durch die Schwierigkeiten der Neutralitätsthese der Metaethik, das menschliche Verhalten auf wertfrei beschreibbare Beobachtungstatsachen zu reduzieren, belegt wird. Im Gegensatz

⁹ S. *Apel*, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, S. 373.

¹⁰ S. *Apel*, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, S. 375.

¹¹ S. *Apel*, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, S. 376 f.

also zur Naturwissenschaft ist der Gegenstand der Humanwissenschaft nicht in der wertfreien Subjekt-Objekt-Relation schon als Phänomen konstituiert, sondern muss «heuristisch» von einem moralisch-normativen kommunikativ einlösba- ren Engagement mitbestimmt sein: „Wer menschliche Handlungen ... verstehen will, der muss sich ... zumindest heuristisch im Sinne der Mitverantwortung der Handlung- intentionen kommunikativ engagieren“¹². Der heuristische Vorrang kommu- nikativen Engagements ist bereits im ersten Teil des vorherigen Kapitels A in Anschluss an *Robert Brandom* als «Einstellendes» Verständnis der Normativität dargestellt worden. Im Augenblick geht es nur darum, hervorzuheben, dass aus Grund dieser heuristischen Investierung wertenden Verstehens *Apel* von der Hu- manwissenschaft als «Hermeneutik» sprechen kann.¹³

Trotz ihrer Wichtigkeit kann dieser Konzeption der Humanwissenschaft als Her- meneutik –so *Apel*– keine entscheidende Funktion bei dem Versuch einer ratio- nalen Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft eingeräumt werden. Erstens, weil die Hermeneutik die Frage offen lässt, wie ihr ethisch wertendes Verstehen selbst normativ zu begründen ist. Und zweitens, weil die hermeneuti- sche Methode dadurch unzureichend ist, dass sie einer historisch-objektiven Re- konstruktion der materiellen Lebensbedingungen der menschlichen Gesellschaft bedarf, um die moralische Irritation des «Alles Verstehens» zugunsten einer ethisch relevanten Rekonstruktion der Geschichte zu überwinden. Aus diesen zwei Beschränkungen wird deutlich, dass einer so verstandenen «reinen» Her- meneutik ein «normativ-ethisches Engagement» als Korrektiv gegen ihren Be- gründungsmangel fehlt, einerseits, und dass eine solche reine Hermeneutik kei- nen «Universalitätsanspruch» erheben kann, andererseits.¹⁴ Aus diesem Grund führt *Apel* –in Anschluss an *Martin Heidegger* und *Hans-Georg Gadamer*– eine «transzendente» Hermeneutik ein. Der transzendente Charakter *Apels* Her- meneutik liegt darin, dass es eine „nichthintergehbare Bedingung der Möglichkeit

¹² *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 384.

¹³ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 378-385.

¹⁴ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 385-389.

und intersubjektiven Gültigkeit jeder denkbaren philosophischen oder wissenschaftlichen Theoriebildung“¹⁵ gibt, auf der sich der Universalitätsanspruch der Hermeneutik begründen lässt. Solche Bedingung ist „das Apriori der umgangssprachlichen Verständigung im Kontext der Lebenswelt“¹⁶, wobei die Lebenswelt „immer schon sprachlich ausgelegt ist“¹⁷. In diesem Zusammenhang hebt *Apel* hervor, dass der transzendente Primat der Umgangssprache nicht ontologisch auf ein Geschehen reduziert werden kann. Vielmehr ist die Verständigung in der Umgangssprache nur insofern nichthintergebar, als nur in ihr das normative Ideal der Verständigung zu realisieren und deshalb auch immer schon zu antizipieren ist.¹⁸

Die Überlegungen *Apels* führen –worauf *Apel* selbst hinweist- zu einem ambivalenten Resultat. Zum einen hat seine Einsicht in die Humanwissenschaft die Disjunktion von wertfreier Objektivität der Wissenschaft und subjektiver Privatmoral unterminiert. Zum anderen haben die Beschränkungen der reinen Hermeneutik gezeigt, dass „die Begründung der Ethik offenbar schon geleistet sein muss, bevor man etwa die Humanwissenschaften als Organon der Ethik einsetzen kann“¹⁹. Dieses Ergebnis führt zum zweiten, ergänzenden Schritt zur Möglichkeit einer rationalen Begründung normativer Ethik, welcher weder die Wertneutralität der Wissenschaft noch die der philosophischen Metaethik noch die Relevanz der Trennung zwischen Sein und Sollen in Frage stellt, sondern die szientistische These der Reduzierbarkeit aller intersubjektiven Geltung von Argumenten auf die Objektivität der wertneutralen Wissenschaft.²⁰ Der Ansatz geht methodisch von der gerade dargestellten Unmöglichkeit der Humanwissenschaft aus, unter der Voraussetzung der Distinktion zwischen Sein und Sollen ihren Gegenstand zu bestimmen. Angesichts der damit verbundenen Unmöglichkeit, den philosophischen Anspruch auf eine undogmatische Begründung normativer Ethik in die Tat

¹⁵ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 389.

¹⁶ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 389.

¹⁷ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 389.

¹⁸ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 389 f.

¹⁹ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 391.

²⁰ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 378 f. und 391.

umzusetzen, unterscheidet *Apel* zwischen «Gegenstandskonstitution» in der hermeneutischen Humanwissenschaft und «Rechtfertigung der Geltung» humanwissenschaftlicher Sätze, sodass im Gegensatz zu dem Ersten beim Zweiten die wertungsfreie Subjekt-Objekt-Relation und damit auch die Trennung zwischen Sein und Sollen vorausgesetzt werden muss.

Diese Unterscheidung gibt *Apel* Anlass, auf der Ebene der Rechtfertigung den Sinn der Neutralitätsthese der analytischen Philosophie als Radikalisierung des philosophischen Anspruchs auf eine undogmatische Begründung normativer Ethik zu operationalisieren, indem er anhand der in der theoretischen Naturwissenschaft stattfindenden Distanzierung vom Erkenntnisgegenstand –für die Naturwissenschaft ist es das Universum der Dinge- eine «Analogie der theoretischen Distanzierung» vorschlägt, bei der der «theoretische Diskurs» der Philosophie in ähnlicher Weise das «Universum des menschlichen Diskurses» distanzziert. So kann nicht nur die «Geltung» theoretischer Sätze, sondern auch die moralischer Normen «eingeklammert» und damit in Frage gestellt werden. In diesem Zusammenhang betont *Apel*, dass die Geltung moralischer Normen prinzipiell ebenso eingeklammert und in Frage gestellt werden können wie die Wahrheitsgeltung theoretischer Sätze über Tatsachen.²¹ Darin liegt –so *Apel*- der Grund für die hartnäckige Suche nach einem metaethischen Terminus, „der analog zum Wahrheitsprädikat theoretischer Sätze zur Rechtfertigung praktischer Sollenssätze gebraucht werden kann“²². Als Hintergrund der Analogie der theoretischen Distanzierung hebt *Apel* die «Einheit» des Problems der theoretischen und praktischen Rechtfertigung hervor, was ihrerseits durch die «exzentrische Positionalität» des Menschen zu erklären ist. Insofern gesteht *Apel* zu, der kartesianische Ansatz ist auch für die Ethik verbindlich. Da jedoch die von ihm vorgeschlagene «Distanzierung» in das «transzendente Sprachspiel» verwickelt ist, würde der «methodische Solipsismus des kartesischen Denkstils» widerlegt.²³

²¹ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 391 f.

²² *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 393.

²³ Ob es dabei wirklich um eine «Widerlegung» geht oder nur darum, die Skepsis als «unverständlich» zu zeigen, kann hier dahingestellt bleiben; über den Unterschied s. *Davidson*, Problems of Rationality, S. 5 f.

Für die theoretische Distanzierung besagt dies, dass die Geltung theoretischer Sätze nur eingeklammert werden kann, wenn schon ein transzendentes Sprachspiel mit dem Paradigma der Existenz der Dinge zur Verfügung steht. Für die praktische Distanzierung ergibt sich dieselbe Folge: Die Geltung praktischer Sätze ist nur einzuklammern, wenn schon ein transzendentes Sprachspiel mit dem Paradigma der Existenz moralischen Sollensanspruchs zur Verfügung steht.²⁴

Damit gewinnt *Apel* einen Gesichtspunkt, mit dem die szientistische These von der Unmöglichkeit intersubjektiver Geltung moralischer Normen angegriffen werden kann. Die Strategie geht heuristisch von der These aus, dass die Objektivität der wertfreien empirisch-analytischen Wissenschaft bereits die intersubjektive Geltung moralischer Normen voraussetzt.²⁵ In diesem Zusammenhang hebt *Apel* hervor, dass die Ethik nicht bloß als Prinzip der Rationalität zu verstehen ist.²⁶ Hier geht es vielmehr um die Ethik als Bedingung der Möglichkeit der Wissenschaft, was grundsätzlich auf den Bemerkungen *Ludwig Wittgensteins* über den öffentlichen Charakter der Regelbefolgung und der Sprache fußt. Denn wissenschaftliche Argumente können nicht überprüft werden, „ohne im Prinzip eine Gemeinschaft von Denkern vorauszusetzen, die zur intersubjektiven Verständigung und Konsensbildung befähigt sind“²⁷. Mit anderen Worten: Da die Frage, ob ein wissenschaftliches Argument zutrifft, nur im Rahmen eines Sprachspiels sinnvoll gestellt und beantwortet werden kann, dann darf die Wissenschaft nicht «monologisch» verstanden werden, sondern muss sie die Ebene des Dialogs betreten. Aus diesem Grund spricht *Apel* von einer «Kommunikationsgemeinschaft», von der aus der Übergang von der Wissenschaft zur Begründung der Ethik in Angriff genommen werden kann.²⁸ Der Schlüssel für solchen Übergang besteht nun in der bis zum *Hegels* «Rechtsgebot» zurückreichenden wechselseitigen Anerkennung aller Mitglieder der Kommunikationsgemeinschaft als gleichberechtigter

²⁴ S. *Apel*, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, S. 391-394.

²⁵ S. *Apel*, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, S. 394 f.

²⁶ S. *Apel*, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, S. 397.

²⁷ *Apel*, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, S. 399.

²⁸ S. *Apel*, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, S. 401.

Diskussionspartner. Denn genau diese Forderung wechselseitiger Anerkennung von Personen als Subjekten der logischen Argumentation macht *Apel* zufolge die moralische «Grundnorm» aus.²⁹

Im Unterschied etwa zu *Popper* –der in diesem Zusammenhang Ethik mit «Logik der Forschung» parallelisiert- präzisiert aber *Apel* die «Ethik der Wissenschaft» als die transzendental-pragmatische Bedingung der Möglichkeit der Wissenschaft, und das heißt hier: Das «Apriori der Kommunikationsgemeinschaft». Die Eigenart und der heuristische Wert dieser Transzendental-Pragmatik liegt also darin, dass die wertneutrale empirisch-analytische Wissenschaft nicht schon deshalb eine Ethik voraussetzt, weil sie Verstandesoperationen im Sinne einer normativen Logik voraussetzt, „sondern deshalb, weil diese monologischen Operationen der Wissenschaft eine dialogische Sinnverständigung und Geltungsrechtfertigung in einer Kommunikationsgemeinschaft voraussetzen“³⁰. Daraus ergeben sich zwei wichtige Konsequenzen für das Vorhaben *Apels* einer Letztbegründung normativer Ethik, nämlich erstens die Überwindung des methodischen Solipsismus, das heißt der Unterstellung, die Möglichkeit und Gültigkeit der Urteils- und Willensbildung sei als konstitutive Leistung des Einzelbewusstseins zu verstehen³¹ und zweitens die «moralische» Pflicht zur Anwendung der Wissenschaft, das heißt die Pflicht, jede Meinung logisch und empirisch zu rechtfertigen³².

Mit der These der Voraussetzung der Ethik durch die Wissenschaft ergibt sich aber auch ein schwerwiegendes Problem gegen die Möglichkeit einer rationalen Begründung der Ethik. Denn jede Begründung setzt –so *Apel*- die Geltung der Wissenschaft schon voraus. Wenn diese nun ihrerseits die Geltung der Ethik vo-

²⁹ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 400.

³⁰ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 402 f.

³¹ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 402 f. Die Definition des methodischen Solipsismus befindet sich auf der S. 375 Fn. 26.

³² S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 403.

raussetzt, so scheint weder eine Begründung der Ethik noch eine solche der Wissenschaft möglich zu sein, „da jeder solche Versuch in einen Zirkel oder regressus ad infinitum führen muss“³³. Als Lösung für dieses Problem unterscheidet *Apel* zwischen Letztbegründung als «Deduktion» im Rahmen eines axiomatischen Systems, bei der der Einwand des logischen Zirkels beziehungsweise «regressus ad infinitum» tatsächlich zutrifft, und Letztbegründung als «transzendentaler Reflexion», bei der jene Bedingung der Möglichkeit aller Begründung schlechthin nicht weiter begründet werden kann. Dass es bei der transzendentalen Reflexion um keinen willkürlichen Abbruch der Argumentation geht, wird durch die pragmatische Dimension der Argumentation und ihr argumentierendes Subjekt belegt: Das selbstreflexive Wissen des transzendental-pragmatischen Subjekts der Argumentation liegt dadurch hinter der Aporie des unendlichen Regresses, dass das Subjekt der Argumentation auf die in der Sprechsituation immer schon vorausgesetzten Bedingungen der Möglichkeit und Gültigkeit der Argumentation zu reflektieren vermag.³⁴

Anhand seiner «transzendentalen Reflexion» kann *Apel* zwei Einwände widerlegen. Nach dem Ersten mache die Hervorhebung des selbstreflexiven Wissens des Subjekts der Argumentation die Geltung der moralischen Grundnorm von dem Willen zur Argumentation abhängig. Nach dem Zweiten könne der Rekurs auf die Tatsache, die Teilnehmer an einer Grundlagendiskussion haben immer schon implizit die moralische Grundnorm einer Kommunikationsgemeinschaft akzeptiert, deshalb keine moralische Norm begründen, weil aus einer Tatsache keine Norm abgeleitet werden kann.³⁵ Von Bedeutung für die vorliegende Untersuchung ist jedoch vor allem, dass mit den Bedingungen der Möglichkeit und Gültigkeit der Argumentation ein im transzendentalpragmatischen Sinne Nicht-hintergebares festgestellt ist. Daher muss das eigentliche Geschäft philosophischer Grundlegung in dem Versuch bestehen, „die notwendigen Bedingungen der menschlichen Argumentation möglichst vollständig zu rekonstruieren“³⁶. Die

³³ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 405.

³⁴ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 405-409.

³⁵ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 415-423.

³⁶ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 411.

Ausarbeitung eines solchen Programms, dessen höchster Punkt in der «intersubjektiven Einheit der Interpretation» anzusehen ist³⁷, geht von der Anerkennung aus, die «Ethik der Wissenschaft» genügt nicht, um eine «Ethik der Menschheit» in Zeitalter der Wissenschaft zu begründen. Dementsprechend setzt *Apel* die von *Charles S. Peirce* vertretene Idee der «Selbstaufopferung zugunsten wissenschaftlicher Wahrheit» dadurch fort, dass im Apriori der Argumentation der universale Anspruch liegt, nicht nur alle wissenschaftlichen Sätze, sondern darüber hinaus alle menschlichen Ansprüche zu rechtfertigen.³⁸ Aus Grund dieser Analogie zwischen der von *Peirce* geforderten «Selbstaufopferung» und der von *Apel* geforderten «Bereitschaft zur Rechtfertigung von persönlichen Bedürfnissen als interpersonalen Ansprüchen» kann der Sinn der moralischen Argumentation in dem Prinzip beziehungsweise der Grundnorm ausgedrückt werden, dass „alle Bedürfnisse von Menschen ... zum Anliegen der Kommunikationsgemeinschaft zu machen sind, die sich auf dem Wege der Argumentation mit den Bedürfnissen aller übrigen in Einklang bringen lassen“³⁹. Mit anderen Worten: Eine solche moralische Grundnorm verpflichtet alle, „die durch den Sozialisationsprozess ‘kommunikative Kompetenz’ erworben haben, in jeder Angelegenheit, welche die Interessen ... Anderer berührt, eine Übereinkunft zwecks solidarischer Willensbildung anzustreben; und nur diese ‘Grundnorm’ ... sichert den einzelnen normgerechten Übereinkünften moralische Verbindlichkeit“⁴⁰. Durch diese Forderung der intersubjektiven Geltung ist –so *Apel*– der methodische Solipsismus auch auf dem Gebiet der Ethik überwunden.

Bis jetzt habe ich den Weg *Apels* zur Begründung normativer Ethik unter dem Titel «Transparenz» dargestellt, weil –was *Apel* natürlich bewusst ist– die von ihm entwickelte Grundlegung einer Ethik der Kommunikation von «idealisierten» Voraussetzungen ausgeht. Im zweiten Teil dieses Kapitels werde ich mich –anhand der diskurstheoretischen Überlegungen *Jürgen Habermas*‘ über Recht und demokratischen Rechtsstaat– unter dem Titel «Undurchsichtigkeit» um die von *Apel*

³⁷ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 411.

³⁸ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 423 f.

³⁹ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 425.

⁴⁰ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 426.

selbst auch geteilte Schwierigkeit kümmern, diese «transparente» Methode „unter endlichen, politisch-juristischen Bedingungen wirksam zu institutionalisieren“⁴¹. Im Augenblick geht es mir nur darum, zu betonen, wie *Apel* die Lösung für das Problem, aus Grund undurchsichtigen Umständen dem Irrationalismus das Feld zu überlassen, darin sieht, aus dem Apriori der Kommunikationsgemeinschaft ein «inhaltliches» Ziel als regulatives Prinzip aller moralischen Handlungen herzuleiten. Zusammenfassend lautet diese «inhaltliche» These *Apels* so: Die Eigenart des Apriori der Kommunikationsgemeinschaft liegt in einer Dialektik von Idealismus und Materialismus, deren idealistische Seite von einer idealen und deren materialistische Seite von einer realen Kommunikationsgemeinschaft dadurch ausgemacht werden, dass jeder Argumentierende die ideale Kommunikationsgemeinschaft in der realen voraussetzt, obwohl er weiß, dass die reale Kommunikationsgemeinschaft weit davon entfernt ist, der idealen zu gleichen. Aus der moralischen Notwendigkeit, diesen dialektischen Widerspruch aufzulösen, lassen sich –so *Apel*– zwei Grundlegende regulative Prinzipien für die langfristige moralische Handlungsstrategie jedes Menschen ableiten: „Erstens muss es in allem Tun und Lassen darum gehen, das ‘Überleben’ der menschlichen Gattung als der ‘realen’ Kommunikationsgemeinschaft sicherzustellen, zweitens darum, in der realen die ‘ideale’ Kommunikationsgemeinschaft zu verwirklichen“⁴². Erst mit der Hilfe dieser inhaltlichen regulativen Prinzipien kann *Apel* eine Antwort auf seine eingangs erwähnte Fragestellung bieten: Das regulative Prinzip der Sicherstellung des Überlebens der Gattung trägt der Tatsache Rechnung, dass im Zeitalter der Wissenschaft alle menschlichen Aktivitäten Makrowirkungen haben, die das Überleben der Gattung zu bedrohen vermögen, und das Prinzip der Verwirklichung der idealen Kommunikationsgemeinschaft liefert den Boden für die intersubjektive Geltung der Ethik.⁴³

⁴¹ *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 426.

⁴² *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 431.

⁴³ S. *Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2, S. 431 f.

2) Universalisierung und Diskurs: Das Moralprinzip

In Anschluss an die in Umrissen erkennbare kommunikative Ethik *Karl-Otto Apels* –der «Schrittmacher» der Diskursethik⁴⁴- stellt *Jürgen Habermas* in seiner Untersuchung „Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm“ das von ihm im Titel angekündigte «Begründungsprogramm» der Diskursethik vor. Solches Programm besteht aus drei Teilen. Zunächst bemüht sich *Habermas* darum, dasjenige Phänomen auszuzeichnen, das eine philosophische Ethik muss erklären können, nämlich „die Sollgeltung von Normen und die Geltungsansprüche, die wir mit normbezogenen ... Sprechhandlungen erheben“⁴⁵. Gegen die instrumentelle Vernunft, die moralisch-praktische Fragen entweder unter Aspekten der Zweckrationalität beantwortet oder aus der vernünftigen Erörterung ausblendet, bringt *Habermas* die von *P.F. Strawson* vertretene linguistische Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins zur Geltung. Danach ergibt sich aus der Entrüstung, mit der man auf Kränkungen reagiert, unwiderlegbar der «Realitätsgehalt moralischer Erfahrungen». Hier gibt *Habermas* folgende von *Strawson* hervorgehobene vier Beobachtungen wieder. Erstens sind die persönlichen Reaktionen des Gekränkten nur in der performativen Einstellung eines Interaktionsteilnehmers möglich. Zweitens ist die objektivierende Einstellung gegenüber Phänomenen, die man zunächst aus der Teilnehmerperspektive wahrgenommen haben muss, sekundär. Drittens bekommt eine Norm die Würde moralischer Autorität erst durch ihren Anspruch auf allgemeine Geltung. Und viertens besteht ein interner Zusammenhang zwischen der Autorität geltender Normen und jenem unpersönlichen Anspruch, mit dem Normen auftreten und nach dem sie zu Recht bestehen. Aus dieser Phänomenologie des Moralischen zieht *Habermas* –in Einklang mit *Strawson*- drei Folgerungen heraus. Zum ersten erschließt sich die Welt moralischer Erscheinungen nur aus der performativen Einstellung von Interaktionsteilnehmern, zum zweiten verweisen persönliche Gefühlsreaktionen auf überpersönliche Maßstäbe der Beurteilung von Normen und zum dritten zielt die moralisch-praktische Rechtfertigung einer Handlungsweise auf einen anderen Aspekt

⁴⁴ So *Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik, S. 162.

⁴⁵ *Habermas*, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, S. 54.

ab als auf die gefühlsneutrale Beurteilung von Zweck-Mittel-Zusammenhängen. *Strawsons* Interesse an den Gefühlen erklärt *Habermas* zum Schluss dadurch, dass Gefühle eine ähnliche Rolle für die moralische Rechtfertigung von Handlungen spielen wie Wahrnehmungen für die theoretische Erklärung von Tatsachen.⁴⁶

Anschließend fügt *Habermas* die von *Stephen Toulmin* vorgeschlagene Parallele zwischen Wahrnehmungen und Gefühlen hinzu. Danach funktionieren sowohl Meinungs- als auch Gefühlsäußerungen im Allgemeinen als Vermittler von Interaktionen. Wenn solche Äußerungen auf Widerspruch stoßen, werden die mit ihnen erhobenen Geltungsansprüche in Frage gestellt. In diesem Zusammenhang werden Meinungen durch theoretische Argumente korrigiert und Handlungsweisen durch moralische Argumente geändert oder Urteile über sie berichtigt. Diese Parallele zwischen der theoretischen Erklärung von Tatsachen und der moralischen Rechtfertigung von Handlungsweisen, und das heißt „zwischen den Erfahrungsbasis der Wahrnehmungen einerseits und der Gefühle andererseits“⁴⁷, lässt sich darauf zurückführen, dass deskriptive und normative Aussagen gültig oder ungültig sein können. Jedoch dürfen –so *Habermas*- normative Sätze an prädikative nicht angeglichen werden, denn die «Wahrheitsgeltung» deskriptiver Sätze legt nicht den Sinn fest, indem normative Sätze begründet akzeptiert werden können. Aus diesem Grund spricht *Habermas* –in Übereinstimmung mit *Apels* Analogie der theoretischen Distanzierung- von «Richtigkeit» als dem jeweiligen Geltungsanspruch von moralischen Argumenten. Im Gegensatz dazu gehen –worauf *Habermas* hinweist- bekannte philosophische Positionen von der falschen Prämisse aus, normative Sätze seien nur im Sinne propositionaler Wahrheit gültig. Dies führt entweder zu intuitionistischen Wertethiken oder zu skeptischen Theorien wie Emotivismus, Dezisionismus und Präskriptivismus je nachdem, ob kognitivistische oder nonkognitivistische Folgerungen aus dem Scheitern einer solchen semantischen Analyse gezogen werden. Gemeinsam zu all diesen Ansätzen ist nun, dass sie die Sollgeltung von Normen verfehlen, in-

⁴⁶ S. *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 56-60.

⁴⁷ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 61.

dem sie normative Sätze an das falsche Modell von Bewertungen, Erlebnissätzen, Imperativen und Absichtssätzen jeweils angleichen, und das heißt an Satztypen, mit denen offensichtlich keine «diskursiv» einlösbaren Geltungsansprüche verbunden werden können. Da *Toulmin* nicht länger an der semantischen Analyse von Ausdrücken und Sätzen klebt, sondern sich –und darin liegt sein Beitrag– mit der Frage nach dem Modus der Begründung normativer Sätze beschäftigt, vollzieht er den Übergang zur Ebene der Argumentationstheorie.⁴⁸

Im zweiten, konstruktiven Teil seines Programms geht *Habermas* von der Rolle der Geltungsansprüche in der Alltagspraxis aus. Danach besteht zwischen Wahrheits- und Richtigkeitsanspruch folgende Asymmetrie: Die in «konstativen» Sprechhandlungen verwendeten assertorischen Sätze beziehen sich auf Tatsachen, aber der Anspruch auf Wahrheit residiert nicht in solchen Tatsachen, sondern ausschließlich in den konstativen Sprechhandlungen. Dagegen beziehen sich die in «regulativen» Sprechhandlungen verwendeten normativen Sätze auf interpersonale Beziehungen mit der Eigenartigkeit, dass der Anspruch auf Richtigkeit zunächst einmal in «Normen» und erst sekundär in den regulativen Sprechhandlungen seinen Sitz hat. Im ersten Teil des Kapitels A der vorliegenden Arbeit wurde bereits eine pragmatische Erklärung der in Praktiken impliziten Normen sowie das damit verbundene Risiko eines regularistischen Verständnisses von Normativität vorgestellt. Insofern ist es *Habermas* Recht zu geben, als er von einem «zweideutigen» Charakter der Sollgeltung redet: Dass eine Norm faktisch besteht, bedeutet nicht, dass der von ihr erhobene Geltungsanspruch akzeptiert werden soll. Vielmehr wird er akzeptiert, indem «auch» Gründe dadurch mobilisiert werden, dass der entsprechende Richtigkeitsanspruch im Kreise der Adressaten mindestens als berechtigt erscheint. Dieser durch den Anspruch auf Richtigkeit vermittelte Zusammenhang zwischen der Existenz von Normen und der erwarteten Begründbarkeit entsprechender normativer Sätze, für den es bezüglich Tatsachen und assertorischer Sätze keine Parallele gibt,

⁴⁸ S. *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 60-67.

erklärt, warum die Moraltheorie in der Form einer Untersuchung moralischer Argumentation in Angriff zu nehmen ist. Die Mobilisierung von Gründen spielt also eine wichtige Rolle, um Normen «auf Dauer» geltend zu setzen. Deshalb sieht sich *Habermas* genötigt, den Übergang zu einer Logik praktischer Diskurse zu vollziehen.⁴⁹

Diese Logik praktischer Diskurse ist dadurch gekennzeichnet, dass sie die Gestalt einer «informellen» Logik annimmt, „weil sich ein Einverständnis über ... moralisch-praktische Fragen weder deduktiv noch durch empirische Evidenzen erzwingen lässt“⁵⁰. Deduktion bringt nichts Neues zutage und empirische Erfahrung mangelt an Allgemeinheit. Gesucht wird dementsprechend ein dem Induktionsprinzip theoretischen Diskurses vergleichbares «Moralprinzip», das die Kluft zwischen singulären Beobachtungen und allgemeinen Hypothesen überbrückt. In diesem Zusammenhang stellt *Habermas* fest, dass jeder Versuch, ein solches Brückenprinzip anzugeben, immer auf Grundsätze stößt, denen dieselbe Idee zugrunde liegt: Normen, die die qualifizierte Zustimmung aller möglicherweise Betroffenen nicht finden könnten, sind als ungültig auszuschließen.⁵¹ Auf Antrieb kann man zwar das Kantische Erbe dieser Idee merken. Jedoch möchte *Habermas* dieses Erbe in dem Sinne überwunden sehen, dass er den Grundsatz der Universalisierung «U» einführt, welcher jede «monologische» Anwendung ausschließt. So muss jede gültige Norm der Bedingung genügen, „dass die Folgen und Nebenwirkungen, die sich jeweils aus ihrer *allgemeinen* Befolgung für die Befriedigung der Interessen eines *jeden* Einzelnen (voraussichtlich) ergeben, von *allen* Betroffenen akzeptiert (und den Auswirkungen der bekannten alternativen Regelungsmöglichkeiten vorgezogen) werden können“⁵². Mit U verschiebt sich offenbar das Gewicht von dem, was jeder Einzelne ohne Widerspruch wollen kann, auf das, was «alle» in Übereinstimmung anerkennen wollen. Und dies bedeutet, dass *Habermas* –im Gegensatz zu *Immanuel Kant*– den Standpunkt der Unparteilichkeit dadurch operationalisiert, dass moralische Argumentationen auf

⁴⁹ S. *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 67-72.

⁵⁰ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 73, Herv. i. Orig.

⁵¹ S. *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 73.

⁵² *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 75 f., Herv. i. Orig.

«intersubjektive» Anerkennung zielen. Dazu ist nun eine «reale» Durchführung von Argumentation erforderlich. Erstens, weil nur eine aktuelle Teilnahme eines jeden Betroffenen der perspektivisch verzerrten Deutung der jeweils eigenen Interessen durch andere vorbeugen kann. Und zweitens, weil die Beschreibung, unter der jeder seine Interessen wahrnimmt, auch der Kritik durch andere zugänglich bleiben muss.⁵³

Der Verzicht auf die monologische Anwendung des Moralprinzips signalisiert wohl einen Bruch mit *Kant* und in diesem Sinne spricht *Habermas* von U als «Argumentationsregel praktischer Diskurse».⁵⁴ Aber U bewahrt sich noch Kantische Erbteile, die für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung sind. So geht es bei U ausschließlich um die Bedingungen, anhand deren moralische Fragen rational beantwortet werden können, und nicht etwa um den Inhalt solcher Antworten. Gegenüber *Apel*, der aus dem Apriori der Kommunikationsgemeinschaft ein inhaltliches Ziel als regulatives Prinzip aller moralischen Handlungen hergeleitet hat, führt *Habermas* die Diskurstheorie konsequent weiter, indem er aus U keinen Inhalt ableitet. Denn nur auf diese Weise kann –so *Habermas*– der kognitivistische Ansatz der Ethik gegenüber den metaethischen Ausweichmanövern der Wertskeptiker verteidigt werden. Darüber hinaus ist es hervorzuheben, dass es sich im Gegensatz etwa zu *Ernst Tugendhat* bei U nicht um ein verschleiertes Partizipationsprinzip handelt. Dass die Idee der Verallgemeinerung als Partizipationsprinzip verstanden wird, ist nun im Zusammenhang mit der Einsicht zu sehen, dass die Idee der Unparteilichkeit als eine Vorkehrung zu verstehen sei, die durch Kommunikationsregeln sicherstellt, dass alle Betroffenen die gleiche Chance erhalten, an einer fairen Kompromissbildung teilzunehmen. Dieser Einsicht begegnet *Habermas* mit dem gemäß seiner Unterscheidung zwischen «kommunikativem» und «strategischem» Handeln⁵⁵ gerechtfertigten Hinweis, dass mit einer solchen empiristischen Reduktion von der Idee der Unparteilichkeit rational motiviertes Einverständnis und Aushandeln eines fairen Kompromisses

⁵³ S. *Habermas*, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, S. 78.

⁵⁴ S. *Habermas*, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, S. 73.

⁵⁵ S. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, S. 126-135 und 385-397.

verwechselt werden mit der Folge, dass die Unterscheidung zwischen Geltung und Bestehen von Normen nicht aufrechterhalten werden kann.⁵⁶

Nachdem er U als konsensermöglichendes Brückenprinzip eingeführt hat, beschäftigt sich *Habermas* im dritten Teil seines Programms damit, den Weg zur Begründung von U zu zeigen.⁵⁷ Zunächst hebt *Habermas* den informellen, «nicht-deduktiven» Charakter von U hervor. Auf diese Weise kann U von dem «Münchhausentrilemma» unberührt bleiben, wonach die Begründung allgemeingültiger Moralprinzipien entweder zum unendlichen Regress oder zum willkürlichen Abbruch oder zum zirkulären Verfahren führt. Während dieses Trilemma –so *Habermas*– mit einer deduktivistischen Begründungsvorstellung zusammenhängt, ist U nur eingeführt, um die logische Kluft in nicht-deduktiven Beziehungen zu überbrücken. Hier schließt *Habermas* ausdrücklich an *Apels* transzendentalpragmatische Begründung der Ethik aus allgemeinen pragmatischen Voraussetzungen von Argumentation an. Danach begeht derjenige, der sich auf das Münchhausentrilemma stützt und davon die Unmöglichkeit allgemeingültiger Begründung von Moralprinzipien schließt, einen «performativen Widerspruch». Dieser besteht darin, dass der Moralskeptiker, indem er sich auf diese Argumentation einlässt, einige in jedem auf kritische Prüfung angelegten Argumentationsspiel unausweichliche Voraussetzungen machen muss, deren propositionaler Gehalt mit seiner Unmöglichkeitsbehauptung unvereinbar ist. Ein performativer Widerspruch tritt also ein, „wenn eine konstative Sprechhandlung ‘Kp’ auf nicht-kontingenten Voraussetzungen beruht, deren propositionaler Gehalt der behaupteten Aussage ‘p’ widerspricht“⁵⁸. Damit ist ein Bezugspunkt gewonnen, mit dem man von dem aussichtslosen Bemühen einer deduktiven Begründung «letzter» Prinzipien abwenden und zur Explikation «unausweichlicher» Präsuppositionen rückwenden kann. Anhand dieser «Nichtintergebarkeit» der Argumentationssituation kann *Habermas* die «Form» der Begründung von U feststellen: Jede Argumentation, in welchen Kontexten sie auch immer durchgeführt würde, beruht auf

⁵⁶ S. *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 78-86.

⁵⁷ Ob *Habermas* vorzuwerfen ist, die Begründung von U nicht weiter fortgeführt zu haben, kann hier ausgespart bleiben; dazu *Gottschalk-Mazouz*, *Diskursethik*, S. 30.

⁵⁸ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 90.

pragmatischen Voraussetzungen, aus deren propositionalem Gehalt U abzuleiten ist.⁵⁹

In diesem Zusammenhang unterscheidet *Habermas*, außer den logisch-semantischen Voraussetzungen der Argumentation, die des Weiteren keinen geeigneten Ansatzpunkt für die transzendentalpragmatische Ableitung von U bieten, zwischen «theoretischen» und «handlungstheoretischen» Argumentationsvoraussetzungen. Auf der theoretischen Ebene liegen pragmatische Voraussetzungen einer speziellen Form der Interaktion, nämlich „alles, was für eine als Wettbewerb eingerichtete kooperative Wahrheitssuche notwendig ist“⁶⁰. Beispielhaft –und in Anschluss an *Robert Alexy*– nennt *Habermas* die zwei folgenden Regeln: «Jeder Sprecher darf nur das behaupten, was er selbst glaubt» und «wer eine Aussage oder Norm, die nicht Gegenstand der Diskussion ist, angreift, muss hierfür einen Grund angeben». Auf der handlungstheoretischen Ebene zeigen sich nun Strukturen einer Sprechsituation, „die in besonderer Weise gegen Repression und Ungleichheit immunisiert ist“⁶¹. Hier nennt *Habermas* –wiederum in Anschluss an *Alexy*– drei Regeln. Die Erste bestimmt den Kreis der potentiellen Teilnehmer „im Sinne einer Inklusion ausnahmslos aller Subjekte, die über die Fähigkeit verfügen, an Argumentationen teilzunehmen“⁶². Die Zweite sichert allen Teilnehmern gleiche Chancen, „Beiträge zur Argumentation zu leisten und eigene Argumente zur Geltung zu bringen“⁶³. Und die Dritte fordert Kommunikationsbedingungen, „unter denen sowohl das Recht auf universellen Zugang zum, wie das Recht auf chancengleiche Teilnahme am Diskurs ohne eine noch so subtile und verschleierte Repression ... wahrgenommen werden können“⁶⁴. Die ausführliche Explikation dieser nur exemplarisch genannten Diskursregeln nimmt aber *Habermas* nicht vor und stattdessen gibt er sich damit zufrieden, «starke Prämissen» für die Ableitung von U zur Verfügung gestellt zu haben.⁶⁵

⁵⁹ S. *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 88-93.

⁶⁰ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 98.

⁶¹ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 98.

⁶² *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 99.

⁶³ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 99.

⁶⁴ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 99.

⁶⁵ S. *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 103.

Ist nun die Form der Begründung von U auf diese Weise gezeigt, dann kann –so *Habermas*- die Diskursethik auf den sparsamen Grundsatz «D» gebracht werden, der besagt, „dass nur die Normen Geltung beanspruchen dürfen, die die Zustimmung aller Betroffenen als Teilnehmer eines praktischen Diskurses finden (oder finden könnten)“⁶⁶. *Niels Gottschalk-Mazouz* meint, es gehe bei einer solchen Vorgehensweise um einen «Übergang» von U zu D, für den keine weitere Argumentation erforderlich wäre.⁶⁷ Im zweiten Teil dieses Kapitels wird zu sehen sein, dass es bei der Diskurstheorie nicht nur um U, sondern auch um Demokratieprinzip geht, was mit der Idee eines solchen einfachen Übergangs unvereinbar ist. Inzwischen möchte ich darauf aufmerksam machen, dass sich *Habermas* in „Diskursethik“ insbesondere für die Einführung von U interessiert, weil die Möglichkeit einer rationalen Wahl von Normen als Voraussetzung der Diskursethik muss begründet werden können. Indem *Habermas* U aus Argumentationsvoraussetzungen transzendentalpragmatisch ableitet –oder zumindest den Weg dazu zeigt-, kommt gleichzeitig zum Ausdruck, dass D –„in dem sich bereits die Grundvorstellung einer Diskursethik ausspricht“⁶⁸- wirkt. In Anschluss an eine Idee von *John Rawls* kann gesagt werden⁶⁹, dass sich *Habermas* stillschweigend auf ein «reflexives Gleichgewicht» stützt, das heißt auf ein Hin-und-her-Wandern des Blicks zwischen U und D. Danach bringt D –in einer «sparsamen» Form- zwar den Sinn unparteilicher Begründungsforderungen zum Ausdruck, aber die Diskursethik kann nur auf D gebracht werden, wenn U begründet ist.

Bis dahin ist die Ähnlichkeit mit *Apels* «Apriori der umgangssprachlichen Verständigung» offensichtlich, denn *Apel* schließt auch die Einsicht in das Apriori als bloßes Prinzip der Rationalität aus und beschäftigt sich mit ihm als Bedingung der Möglichkeit und intersubjektiven Gültigkeit jeder denkbaren Theoriebildung. Un-

⁶⁶ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 103.

⁶⁷ S. *Gottschalk-Mazouz*, *Diskursethik*, S. 33.

⁶⁸ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 76.

⁶⁹ S. *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 20.

ter Apriori scheint jedoch *Apel* eine «Letztbegründung» zu verstehen, die *Habermas* zufolge auf jene Identifikation von Aussagenwahrheit und Gewissheitserlebnis stützt, „die nur im reflexiven Nachvollzug einer vorgängig intuitiv vollzogenen Leistung, das heißt nur unter Bedingungen der Bewusstseinsphilosophie vorgenommen werden kann“⁷⁰. Diese Identifikation –so *Habermas* weiter- ist nun Jedem verwehrt, der sich auf der analytischen Ebene der Sprachpragmatik bewegt. Des Weiteren mag das intuitive Regelwissen, das es bei sinnvoller Argumentation vorausgesetzt werden muss, unausweichlich sein, aber die Gewissheit, mit der dieses Regelwissen praktiziert wird, überträgt sich nicht auf die Wahrheit von Rekonstruktionsvorschlägen für hypothetisch allgemeine Präsuppositionen. *Apels* Anspruch einer «Letztbegründung» ist dementsprechend zum Scheitern verurteilt.⁷¹ Der Verzicht auf solchen Anspruch soll freilich nicht als Nachteil verstanden werden. Vielmehr kann die Diskursethik ihre «kritische» Funktion gerade aus Grund solchen Verzichts behalten, indem sie sich in den Kreis jener rekonstruktiven Wissenschaften einfügt, „die es mit den rationalen Grundlagen von Erkennen, Sprechen und Handeln zu tun haben“⁷².

Zum Schluss seines Begründungsprogramms antwortet *Habermas* auf zwei skeptische Einwände. Nach dem ersten könne ein konsequenter Skeptiker dem Diskurstheoretiker den Boden für seine Argumente entziehen, indem er aus der Argumentation aussteigt. Damit mag wohl der Skeptiker vermeiden, bei performativen Widersprüchen ertappt zu werden, jedoch nicht verleugnen, „dass er eine soziokulturelle Lebensform teilt, in Zusammenhängen kommunikativen Handelns aufgewachsen ist und darin sein Leben reproduziert“⁷³. Nun gibt es –so *Habermas*- keine soziokulturelle Lebensform, die nicht auf eine Fortsetzung kommunikativen Handelns mit argumentativen Mitteln angelegt wäre, wobei sich die Argumentationsverweigerung des radikalen Skeptikers als leere Demonstration erweist. Und dem Skeptiker, der auch nicht kommunikativ handeln möchte, ist nur zu zeigen, dass er die Option für einen langfristigen Ausstieg aus Kontexten

⁷⁰ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 106.

⁷¹ S. *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 106 f.

⁷² *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 107.

⁷³ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 110.

verständigungsorientierten Handelns schlechthin nicht hat. Denn auf die Dauer ist eine solche Option selbstdestruktiv.⁷⁴

Der zweite Einwand beruht auf der gerade eingeräumten Verwurzelung der Argumentationspraxis in lebensweltlichen Zusammenhängen kommunikativen Handelns, wonach sich der objektive Maßstab der Diskursethik, also D als leerer Formalismus ergebe. Diesen Formalismus-Einwand behandelt *Habermas* unter drei Gesichtspunkten. Zum Ersten gibt *Habermas* zwar zu, dass sich die Diskursethik mit Recht als formal kennzeichnen lässt, weil sie auf eine «Prozedur», nämlich die diskursive Einlösung von normativen Geltungsansprüchen Bezug nimmt. Jedoch setzt dies pragmatisch voraus, dass die kontingenten Inhalte in den Diskurs eingegeben werden: „Ohne den Horizont der Lebenswelt einer bestimmten sozialen Gruppe, und ohne Handlungskonflikte in einer bestimmten Situation, in der die Beteiligten die konsensuelle Regelung einer strittigen gesellschaftlichen Materie als ihre Aufgabe betrachteten, wäre es witzlos, einen praktischen Diskurs führen zu wollen“⁷⁵. Beim Formalismus geht es also nicht um eine Abstraktion von Inhalten. Zum Zweiten präzisiert *Habermas* den Anwendungsbereich der Diskursethik. Die Diskursethik schließt nämlich «das Gute», und das heißt evaluative Aussagen aus, weil solche Aussagen so sehr mit der Totalität einer besonderen Lebensform verwoben sind, „dass sie nicht von Haus aus normative Geltung im strikten Sinne beanspruchen können“⁷⁶. Aus Grund dieses Ausschlusses erstreckt sich die Diskursethik „nur auf die praktischen Fragen, die rational, und zwar mit der Aussicht auf Konsens erörtert werden können“⁷⁷. Mit den Präferenzen von Werten hat also die Diskursethik nicht zu tun. Zum Dritten weist *Habermas* darauf hin, dass die Anwendung von D eine praktische Klugheit verlangt, die sich in der Provinzialität eines bestimmten geschichtlichen Horizonts befindet. Gewiss ist diese Betrachtung aus der Perspektive einer dritten Person nicht zu bestreiten. Dennoch entwertet sie „nicht den alle lokalen Übereinkünfte

⁷⁴ S. *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 110-112.

⁷⁵ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 113.

⁷⁶ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 114.

⁷⁷ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 114.

transzendierenden Anspruch des Diskursprinzips: Diesem kann sich der Argumentationsteilnehmer nämlich nicht entziehen, solange er in performativer Einstellung den Sinn der Sollgeltung von Normen ernst nimmt und Normen nicht als soziale Tatsachen, als etwas in der Welt bloß Vorkommendes objektiviert⁷⁸. Der letzte Aspekt betrifft einige Beschränkungen, denen praktische Diskurse stets unterliegen. Von Interesse daran ist es, dass in solchen Beschränkungen sich die Macht der Geschichte gegenüber den transzendierenden Ansprüchen und Interessen der Vernunft zur Geltung bringt, zum Beispiel werden die Mittel der Verständigung durch Instrumente der Gewalt immer wieder verdrängt. Wenn man aber versteht, dass moralische Urteile auf dekontextualisierte Fragen demotivierte Antworten geben, dann erscheint eine Problematisierung dieser Schranken als bloße «Dramatisierung». Man muss sich nur die Abstraktionsleistungen klarmachen, „denen universalistische Moralen ihre Überlegenheit über alle konventionellen Moralen verdanken“⁷⁹, um das alte Problem des Verhältnisses von normativer und sozialer Geltung in ein triviales Licht zu rücken: „Universalistische Moralen sind auf Lebensformen angewiesen, die ihrerseits soweit ‘rationalisiert’ sind, dass sie die kluge Applikation allgemeiner moralischer Einsichten ermöglichen und Motivationen für die Umsetzung von Einsichten in moralisches Handeln fördern“⁸⁰.

II. Undurchsichtigkeit

1) Praktische Ohnmacht der Moral und funktionale Erklärung des Rechts

In seiner frühen Untersuchung über das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft hatte *Karl-Otto Apel* auf die Schwierigkeit hingewiesen, die transparente Methode der Diskursethik unter endlichen, politisch-juristischen Bedingungen

⁷⁸ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 114.

⁷⁹ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 116.

⁸⁰ *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, S. 119.

wirksam zu institutionalisieren. Um diese Schwierigkeit zu lösen, schlug er später einen ergänzenden, abstraktionsausgleichenden «Teil B» der Diskursethik vor.⁸¹ Ausgangspunkt der Überlegungen *Apels* zum Teil B der Diskursethik ist, dass die Formulierung der Diskursethik, nämlich der «Teil A» handlungsentlastet ist und deshalb die Anwendung von U^h , und das heißt U als Handlungsprinzip realer Diskurse, nicht zumuten kann. Die erste Schwierigkeit bei der Zumutung der Anwendung von U^h besteht *Apel* zufolge in der Versuchung, sich dabei ausschließlich auf die Klugheit zu verlassen, was er in Anschluss an die Entwicklung des Moralbewusstseins von *Lawrence Kohlberg* «Regression» nennt⁸²: „Derjenige, der sich ... mit den Hindernissen der unmittelbaren Anwendung des Prinzips U^h auseinandersetzen muss, der kann eben noch nicht in unmittelbarer Anwendung des Prinzips U^h darauf verzichten, seinen Mitmenschen gegenüber strategisch zu handeln“⁸³. Eine solche Regression zur objektivierenden Einstellung vermeidet *Apel*, indem er ein Ergänzungsprinzip «E» einführt, welches sich auch genauso wie U beziehungsweise U^h durch die Selbstreflexion der ernsthaft Argumentierenden herleiten lässt und die Funktion hat, auf der Ebene der verantwortungsethischen Ergänzung von U zwischen strategischer Zweckrationalität und kommunikativer Rationalität zu vermitteln.⁸⁴ Mit seiner Einführung von E stößt aber *Apel* auf eine zweite Schwierigkeit bei der Zumutung der Anwendung von U^h , nämlich die Versuchung, sich E «positiv» auf das substantielle Telos des guten Lebens beziehungsweise auf die Herstellung des Konkret-Allgemeinen –im Sinne *G.W.F. Hegels*- zu beziehen, was er als «Utopie» kennzeichnet: „Muss man, mit *Hegel*, die Vermittlung zwischen dem normativen Ideal und der gesellschaftlichen Realität sozusagen der 'List des Weltgeistes' überlassen, die der Philosoph allenfalls von einem antizipierten ex post-Standpunkt im Vorhinein als notwendig, ja immer schon 'wirklich' begreifen soll?“⁸⁵. Auf diese Frage gibt *Apel* eine verneinende Antwort, indem er E «negativ» in dem Sinne begreift, dass es

⁸¹ S. *Apel*, Diskurs und Verantwortung, S. 103-153.

⁸² Regression von einer «postkonventionellen» Stufe aus zur «konventionellen» Stufe der moralischen Urteilskompetenz; dazu *Apel*, Diskurs und Verantwortung, S. 317-340; s. auch *Habermas*, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, S. 130-143.

⁸³ *Apel*, Diskurs und Verantwortung, S. 146.

⁸⁴ S. *Apel*, Diskurs und Verantwortung, S. 145-147.

⁸⁵ *Apel*, Diskurs und Verantwortung, S. 140.

nur an der Beseitigung der Hindernisse, die der Anwendung von U^h im Wege stehen, orientiert ist. Das Utopie-Risiko soll auf diese Weise ausbleiben.⁸⁶

Es ist außer Zweifel, dass *Apel* eine «Begrenzung» der bis dahin dargestellten Diskursethik vorsah: Ihr fehlt die motivationale Kraft, welche die –von der Diskursethik selbst gelieferten- Kriterien normativer Geltung praktisch wirksam werden lässt. Jedoch ist *Apel's* Teil B nicht in der Lage, diese Grenze zu überschreiten. Denn es gibt keinen guten Grund, die Fähigkeit, die Kluft zwischen Sollen und Wollen zu überbrücken, dem idealen Prinzip E zuzuschreiben, wenn es –genauso wie U^h- im kontrafaktischen Bereich befangen bleibt. Und dasselbe gilt für *Klaus Günthers* Einführung eines Prinzips der «Angemessenheit», dessen Funktion –die Anwendung von Normen unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände unparteilich zu ermöglichen- auch im kontrafaktischen Bereich zu erfüllen ist.⁸⁷ Aus Grund dieser Schwäche der Moral verschob *Jürgen Habermas* in den von ihm vorgetragenen Tanner Lectures sowie in seinem Aufsatz „Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?“ die Bürde der sozialen Integration auf das positive Recht, dessen Faktizität das Problem einer schwachen Moral löst, die ihre eigene Anwendung nicht gewährleisten kann: „In all spheres of action where conflicts and pressures for regulation call for ... binding decisions, legal norms must absorb the contingencies that would emerge if matters were left to strictly moral guidance“⁸⁸. Dieser Perspektivenwechsel, statt auf Seite der Moral auf Seite des Rechts das Gewicht sozialer Integration zu legen, setzt freilich in dieser ersten Fassung ein Verständnis des Rechts voraus, wonach es der Moral untergeordnet bleibt: „The complementing of morality by coercive law can itself be morally justified“⁸⁹.⁹⁰

⁸⁶ S. *Apel*, Diskurs und Verantwortung, S. 147.

⁸⁷ S. *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 93.

⁸⁸ *Habermas*, Law and Morality, S. 245.

⁸⁹ *Habermas*, Law and Morality, S. 245.

⁹⁰ S. *Habermas*, KJ 1987, S. 13 f.

Wie unbefriedigend diese Einsicht in das Recht ist, merkte *Habermas* erst in seinem späteren Buch „Faktizität und Geltung“. In diesem Buch wies er die dieser Einsicht zugrundeliegende Platonische Vorstellung zurück, „dass die Rechtsordnung die intelligible Ordnung eines ‘Reichs der Zwecke’ in der phänomenalen Welt zugleich abbildet und konkretisiert“⁹¹. Denn diese Vorstellung einer Legehierarchie –die *Habermas* jetzt als eine zu tilgende «Hypothek» versteht- verträgt sich nicht mit der empirisch informierten Auffassung, „dass Rechtsordnungen eine autonom gewordene Moral gleichursprünglich ergänzen“⁹². «Empirischer» Ausgangspunkt dieses zweiten *Habermas* ist es nun, was er schon in Anschluss an die soziologischen Untersuchungen *Max Webers* «Entzauberung der Welt» genannt hatte. Damit ist allgemein die «Überwindung magischen Denkens» gemeint⁹³, was in dem hiesigen Zusammenhang im Zerfallen der metasozialen Garantien normativer Ordnungen besteht.⁹⁴ Indem weder die entzauberten, pluralisierten und immer stärker differenzierten lebensweltlichen Gewissheiten, noch die sakralisierten Überzeugungskomplexe archaischer Institutionen in der Lage sind, eine soziale Ordnung zu stabilisieren, dann muss die Klärung darüber, wie unter diesen Bedingungen soziale Integration überhaupt zustande kommt, woanders gesucht werden. Als Kandidat für eine solche Erklärung bietet *Habermas* das Medium des Rechts an, „insbesondere in der modernen Gestalt des positiven Rechts“⁹⁵. Im Gegensatz zu seiner früheren Theorie der «Legitimität durch Legalität», bei der das Recht der Moral im Sinne einer Normenhierarchie untergeordnet ist, geht der zweite *Habermas* davon aus, „dass sich auf dem nachmetaphysischen Begründungsniveau rechtliche und moralische Regeln *gleichzeitig* aus traditionaler Sittlichkeit ausdifferenzieren und als zwei verschiedene, aber einander ergänzende Sorte von Handlungsnormen *nebeneinander* treten“⁹⁶. Anfangs des Kapitels A ist ein gedanklicher Übergang einer primitiven Gesellschaft in einen modernen Staat erwähnt worden. Dafür prägte *H.L.A. Hart* den Begriff einer sekundären Anerkennungsregel, nach deren Vorliegen Recht und Moral nicht nur voneinander unterschieden werden können, sondern auch

⁹¹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 136.

⁹² *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 137 f.

⁹³ S. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, S. 293.

⁹⁴ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 37-41.

⁹⁵ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 23.

⁹⁶ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 135, Herv. i. Orig.

gleichursprünglich entspringen.⁹⁷ Gleich wird zu sehen sein, welche Rolle sekundäre Normen in der Rechtstheorie *Habermas*' spielen. Im Augenblick geht es mir nur darum, hervorzuheben, dass der zweite *Habermas* mit seiner Rationalisierung der Welt die Hartsche These der gleichzeitigen Ausdifferenzierung von Recht und Moral fortsetzt. So kann des Weiteren *Armin Engländers* Auslegung zurückgewiesen werden, wonach *Habermas*' Ergänzungsverhältnis der naturrechtlichen Verbindungsthese zwischen Recht und Moral entspräche.⁹⁸

Mit der Erschütterung der sakralen Grundlagen jenes gesamtgesellschaftlichen Ethos, worin Sollen und Wollen noch miteinander verschränkt waren, «verzweigen» sich allgemeine Interaktionsregeln in moralische und juristische Normen.⁹⁹ Ab jetzt kommt die autonome, allein auf Vernunftgründe gestützte Moral nur noch für richtige Urteile auf. Aus diesem Grund spricht *Habermas* von der Moral als «Wissenssystem»: „Die Vernunftmoral ... ermöglicht ... ein Wissen, das zwar der Orientierung im Handeln dienen soll, aber zum richtigen Handeln nicht auch schon *disponiert*“¹⁰⁰. Dagegen ist das Recht nicht nur Wissenssystem, sondern auch «Handlungssystem». Denn anhand seines institutionellen Charakters kommt den Rechtssätzen die unmittelbare Handlungswirksamkeit zu, „die moralischen Urteilen als solchen fehlt“¹⁰¹. Natürlich bezieht sich auch die Moral auf mögliche Handlungen, jedoch bleibt ihr Handlungsbezug solange virtuell, „wie er nicht durch die motivierten Handelnden *selbst* aktualisiert wird“¹⁰². Angesichts dieser schwachen Motivationskraft moralischer Gründe sowie Schwierigkeiten im Wissens- und Organisationsbereich nimmt der zweite *Habermas* den Legalitätsbegriff beziehungsweise die Rechtsform wieder auf. Unter dem Stichwort «funktionale Erklärung des Rechts» weicht er freilich vom *Immanuel Kants* bekannten Begriff der Legalität ab: Während dieser Bestandteil einer «moralischen» Begründung des Rechts sein möchte¹⁰³, ist *Habermas*' Rechtsform nur nötig, „um die

⁹⁷ S. *Hart*, *The Concept of Law*, S. 84 und 165.

⁹⁸ S. *Engländer*, *Diskurs als Rechtsquelle?*, S. 151 f.

⁹⁹ S. *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 137 f.

¹⁰⁰ *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 145, Herv. i. Orig.

¹⁰¹ *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 146.

¹⁰² *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 145, Herv. i. Orig.

¹⁰³ S. *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 136.

Defizite auszugleichen, die mit dem Zerfall der traditionellen Sittlichkeit entstehen¹⁰⁴. Der Unterschied zwischen beiden Legalitätsbegriffen ist also groß. *Kants* Legalität dient nämlich zur Einschränkung moralischer Urteile. Vor dieser Einschränkung sieht sich jedoch die moralisch urteilende und handelnde Person dadurch «belastet», dass sie unter unerhörten kognitiven, motivationalen und organisatorischen Anforderungen das moralische Wissen selbstständig aneignen muss. Im Gegensatz dazu «entlastet» *Habermas'* Rechtsform die moralisch urteilende und handelnde Person als Rechtsperson von diesen Anforderungen, indem Rechtsnormen jeweils intentional erzeugt sind, Handlungswirksamkeit besitzen und reflexiv angewendet werden. Daraus ergibt sich ein Ergänzungsverhältnis von Recht und Moral.¹⁰⁵

Die Moral mutet der moralisch urteilenden und handelnden Person zu, sich ein eigenes Urteil darüber zu bilden, ob es eine bestimmte moralische Norm gibt und, falls ja, ob sie in einer bestimmten Situation anzuwenden ist. Dazu bietet die Moral der moralisch urteilenden und handelnden Person weder einen Normenkatalog, noch eine Reihe hierarchisch geordneter Normen.¹⁰⁶ Zwar stellt die Moral ein Verfahren zur Verfügung, mit dessen Hilfe strittige Fragen unparteilich beurteilt werden können. Aber die moralisch urteilende und handelnde Person wird dadurch belastet, dass die Moral sich grundsätzlich kritisch zu allen Handlungsorientierungen verhält: „Sobald eine Handlungsalternative mit ihrem normativen Hintergrund dem prüfenden Blick einer solchen Moral ausgesetzt wird, gerät sie in den Sog der Problematisierung“¹⁰⁷. Diese «ewige» Offenhaltung der Deliberation darüber, was man tun soll, ist der Preis, den die Moral zu zahlen hat, um ihr kritisches Vermögen behalten zu können. Gewiss gibt es einige Grundsätze, die unschwer zu bearbeiten sind. *Habermas* spricht von gleicher Respekt für Jeden, distributiver Gerechtigkeit, Benevolenz gegenüber Hilfsbedürftigen, Loyalität,

¹⁰⁴ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 145.

¹⁰⁵ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 144-146.

¹⁰⁶ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 147.

¹⁰⁷ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 145.

Aufrichtigkeit, und so weiter.¹⁰⁸ Aber selbst bei diesen Grundsätzen gilt vorbehaltlos, dass es immer möglich sein muss, neue Argumente dafür oder dagegen vorzubringen. In diesem Zusammenhang scheint es ratsam, zur *Joseph Raz*s Einsicht in die Normen als ausschließende Gründe kurz zurückzukehren. Im zweiten Teil des Kapitels A ist mit Hilfe von *Raz*s Begriff von ausschließendem Grund gesehen worden, dass es manchmal rationalerweise geboten ist, die Deliberation und Unschlüssigkeit auch schon vor dem Moment zu beenden, in dem man handeln muss. Denn nur so können Normen dazu dienen, praktische Probleme zu lösen. Den Sperrpunkt, der bei der Moral grundsätzlich ausbleibt und anhand dessen die Deliberation zu beenden ist, findet *Habermas* im Recht. Entscheidend für diesen Befund ist es, dass den Rechtspersonen in ihrer Adressatenrolle die Möglichkeit der Rechtsetzung entzogen ist: „Der politische Gesetzgeber beschließt, welche Normen als Recht gelten“¹⁰⁹. Er «setzt» also das Recht in Raum und Zeit. Anschließend behandelt *Habermas* das Folgeproblem der Anwendung bestehender Normen. Und obwohl er nichts darüber sagt, ergibt sich eine offensichtliche Ähnlichkeit mit *Harts* Behandlung der Anerkennungsregeln. Denn sowohl bei *Hart* als auch bei *Habermas* hängt die «Rechtsetzung» mit einer gerichtlichen Anerkennung zusammen: „Gerichte schlichten den Interpretationsstreit über die Anwendung gültiger, aber auslegungsbedürftiger Normen für alle Seiten zugleich einsichtig und definitiv“¹¹⁰. Die kognitive Unbestimmtheit der Moral wird also durch die «Faktizität der Rechtsetzung» absorbiert.¹¹¹

Die Moral bürdet dem Einzelnen nicht nur mit der Aufgabe auf, darüber zu entscheiden, ob es Normen gibt gegebenenfalls ob sie abwendbar sind. Sie belastet ihn darüber hinaus mit hohen Erwartungen an seine Willensstärke, denn zum ersten muss er in Konfliktsituationen nach einer konsensuellen Lösung suchen und zum zweiten soll er die Kraft aufbringen, „nach moralischen Einsichten, ge-

¹⁰⁸ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 147.

¹⁰⁹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 147.

¹¹⁰ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 147.

¹¹¹ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 147.

gebenenfalls auch gegen eigene Interessen, zu handeln, also Pflicht und Neigung in Einklang zu bringen“¹¹². Diese von *Apel* vorgesehene Begrenzung der Moral ist seit der Einleitung in die vorliegende Untersuchung anhand von *Günthers* Unterscheidung zwischen rationalem und empirischem Motiv zum Ausdruck gebracht. Gute Gründe können nur vom normenkonformen Verhalten überzeugen. Sind sie in den Motiven und Einstellungen ihrer Adressaten nicht hinreichend verankert, dann ist die Moral auf ein Recht angewiesen, „das normenkonformes Verhalten bei Freistellung der Motive und Einstellungen erzwingt“¹¹³. Indem das Recht normative Erwartungen mit Sanktionsdrohungen belegt, haben die Adressaten nach folgenreichen Erwägungen «kluge» Gründe, normenkonform zu handeln. Auf diese Weise absorbiert die «Faktizität der Rechtsdurchsetzung» die motivationale Ungewissheit der Moral.¹¹⁴ Die Faktizität der Rechtsdurchsetzung löst gleichzeitig das von *Günther* sogenannte Problem der Zumutbarkeit. Wenn eine allgemeine Normbefolgung Voraussetzung der Prüfung strittiger Normen ist, zerstört jedes abweichendes Verhalten die Möglichkeit der Entscheidung darüber, was man tun soll. Damit Jedem zugemutet werden kann, sich an Normen zu halten, müssen Normen gegen abweichendes Verhalten faktisch durchgesetzt werden.¹¹⁵

Zum Schluss belastet die Moral den Einzelnen auch mit der Anforderung, Organisationsleistungen zu übernehmen. Denn die Erfüllung mancher Pflichten verlangt Handlungen, die nur über organisierte Bahnen geleitet werden können: „Je mehr sich das moralische Bewusstsein auf universalistische Wertorientierungen einstellt, um so größer werden die Diskrepanzen zwischen unbestrittenen moralischen Forderungen einerseits, organisatorischen Zwängen und Änderungswiderständen andererseits“¹¹⁶. Beispielhaft die unmissverständliche Pflicht, verhungerte Leute in armen Ländern zu helfen, auf der einen Seite, und die Zurechnung der Zuständigkeiten, wer was tun soll, auf der anderen Seite. Solche

¹¹² *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 148.

¹¹³ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 148.

¹¹⁴ *S. Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 148.

¹¹⁵ *S. Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 148.

¹¹⁶ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 149.

Diskrepanzen können nur innerhalb eines Systems von Regeln gemildert werden, das zwischen «primären» und «sekundären» Regeln dadurch unterscheidet, dass die sekundären auf die primären Regeln Bezug nehmen. So legen sekundäre Regeln Kompetenzen fest und gründen Organisationen, die zur Erfüllung primärer Regeln dienen. Hier ergibt sich wiederum eine offenkundige Ähnlichkeit mit *Harts* Verständnis des Rechts als die Verbindung von primären und sekundären Regeln, denn für *Habermas* ist das Recht «von Haus aus» reflexiv, was in dem hiesigen Zusammenhang bedeutet, dass es auch sekundäre Regeln enthält.¹¹⁷ Diese «Reflexivität des Rechts» absorbiert die organisatorischen Schwierigkeiten bei der Erfüllung von primären Regeln.

Anhand dieses defizitären Charakters der Moral bestimmt *Habermas* die Rechtsform: Die kognitive Unbestimmtheit führt zur Faktizität der Rechtsetzung, die motivationale Ungewissheit zur Faktizität der Rechtsdurchsetzung und die organisatorische Schwierigkeit zur reflexiven Anwendung. So «erklären» die Grenzen der Moral eine Ergänzung durch das Recht. Eine solche funktionale Erklärung stimmt völlig mit *Habermas'* empirischem Ausgangspunkt überein, wonach sich Recht und Moral «gleichzeitig» ausdifferenzieren mit der Folge, dass sich das Recht nicht mehr mit Bezug auf die Moral begründen lässt. Dementsprechend müssen die Rechtsetzung, die Rechtsdurchsetzung und die reflexive Anwendung des Rechts vom Recht selbst begründet werden.¹¹⁸

2) Legalität und Diskurs: Das Demokratieprinzip

Im vorherigen Abschnitt sind mit Hilfe von *Jürgen Habermas'* Überlegungen die Formbestimmungen geklärt worden, durch die sich Rechtsnormen von moralischen Normen unterscheiden. Zu diesem allgemeinen Verständnis des Rechts als erwartungsstabilisierende Ergänzung zur Moral gehört nun eine bestimmte

¹¹⁷ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 149.

¹¹⁸ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 149 f.

Sorte von moralentlasteten Interaktionen, welche durch zwei wechselseitige Aspekte gekennzeichnet sind. Erstens durch die „Entbindung der interessegeleiteten Willkür erfolgsorientiert eingestellter Akteure von den verpflichtenden Kontexten verständigungsorientierten Handelns“¹¹⁹ und zweitens durch die „Handlungskoordination über zwingende Gesetze, die die Optionsspielräume von außen begrenzen“¹²⁰. Die Entbindung von den Verpflichtungen kommunikativen Handelns erlaubt Willkürfreiheit beim Handeln und die äußerliche Begrenzung bestimmt den Spielraum, innerhalb dessen Handlungen willkürlich durchgeführt werden dürfen. Die Idee von willkürlichen Handlungen, die zugleich gesichert und miteinander kompatibel gemacht werden, ist in der deutschen Zivilrechtsdogmatik unter dem Name «Lehre vom subjektiven Recht» bearbeitet.¹²¹ Subjektive Rechte im Sinne dieser Lehre befreien die Rechtssubjekte von den Verpflichtungen «kommunikativer Freiheit». Darunter versteht *Habermas* –in Anschluss an *Klaus Günther*- „die im verständigungsorientierten Handeln wechselseitig vorausgesetzte Möglichkeit, zu den Äußerungen eines Gegenübers und zu den damit erhobenen, auf intersubjektive Anerkennung angewiesenen Geltungsansprüchen Stellung zu nehmen“¹²². Mit einer solchen Befreiung ist dem Rechtssubjekt eine private Autonomie gewährleistet, die als die negative Freiheit zu verstehen ist, „sich aus dem öffentlichen Raum gegenseitiger illokutionärer Verpflichtungen auf eine Position wechselseitiger Beobachtung und reziproker Einwirkung zurückzuziehen“¹²³. Subjektive Rechte sind also auf die strategische Verfolgung privater Interessen zugeschnitten.

Der historische Anschluss der Lehre vom subjektiven Recht an die Kantische Rechtsphilosophie besorgte zwar ein Kriterium für die Begründung positiven Rechts, welchem der kategorische Imperativ zugrunde liegt: Die Verteilung subjektiver Handlungsfreiheiten müsse verallgemeinert werden können. Daraus

¹¹⁹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 152.

¹²⁰ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 152.

¹²¹ *S. Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 112-118.

¹²² *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 152.

¹²³ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 153.

ergibt sich jedoch eine Unterordnung des Rechts unter die Moral¹²⁴, die mit der Vorstellung einer Selbstgesetzgebung von Bürgern unvereinbar ist. Unter Selbstgesetzgebung von Bürgern versteht *Habermas* eine «im Medium des Rechts selbst» verwirklichte Autonomie, anhand deren „sich diejenigen, die als Adressaten dem Recht unterworfen sind, zugleich als Autoren des Rechts verstehen können“¹²⁵. Diese Einsicht in das Rechtssubjekt schließt nun das historische Verständnis der Lehre vom subjektiven Recht aus, nach dem die subjektiven Rechte als «moralisch» begründete, vom politischen Gesetzgeber nur noch zu positivierende Rechte zu begreifen seien. Ein empirischer Einwand gegen diese Verdoppelung des Rechtsbegriffs ist in Anschluss an *Habermas* im letzten Abschnitt erläutert worden. Im Augenblick geht es darum, zu betonen, dass eine nachträglich vorgenommene politische Ratifikation von moralisch begründeten Normen zu politisch heteronomen Rechtssubjekten führt. Gegen eine solche Herrschaft der Moral schlägt *Habermas* eine «politisch autonome Rechtsetzung» vor¹²⁶, die gleichzeitig die seit *Hans Kelsen* bekannte im Kapitel A dieser Untersuchung dargestellte Option ausschließt, das Recht lasse sich ausschließlich mit Bezug auf den Zwang identifizieren. Mit der Einführung der politischen Autonomie können vielmehr Rechtszwang und rationale Motive für Rechtsgehorsam in Einklang gebracht werden.¹²⁷

Die «politische» Autonomie darf also nicht auf die «moralische» zurückgeführt werden, wobei Autonomie allgemeiner und neutraler begriffen werden muss. Dieser Befund gibt *Habermas* Anlass, seinen empirischen Ausgangspunkt – nämlich die Gleichursprünglichkeit von Recht und Moral- durch eine «normative» Annahme zu ergänzen: Die politische und die moralische Autonomie sind gleichursprünglich und können mit Hilfe von D erklärt werden.¹²⁸ Bereits seit „Notizen“

¹²⁴ In ihrem Buch „Responsibility and Judgment“, S. 108, vertrat *Hannah Arendt* dieselbe Idee: „Kant ... despite many affirmations to the contrary, never quite distinguished between legality and morality ... he wanted morality to become, without any intermediaries, the source of law, so that man, wherever he went and whatever he did, was his own lawgiver, an entirely autonomous person“.

¹²⁵ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 153.

¹²⁶ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 153 f.

¹²⁷ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 154.

¹²⁸ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 138.

sah *Habermas* den Sinn unparteilicher Begründungsforderungen in D. Aber damals kam er zu diesem Schluss, nachdem er U erörtert hatte, sodass der Eindruck entstand, es gehe um einen Übergang von U zu D. Die Reihenfolge der *Habermas*chen Darstellung erklärt sich schlechthin aufgrund des heuristischen Vorrangs der Moral in Bezug auf die Möglichkeit einer rationalen Wahl von Normen, was unter dem Stichwort «Transparenz» gezeigt wurde: Leitet sich U von nichthintergehbaren Voraussetzungen ab, dann gilt als bewiesen, dass moralische Fragen rational entschieden werden können. Besteht die Möglichkeit, moralische Fragen rational zu entscheiden, kann in einem zweiten Schritt angenommen werden, dass sich praktische Fragen überhaupt auch rational entscheiden lassen. So kann D nicht nur im Hinblick auf moralische Fragestellungen operationalisiert werden, sondern auch für die Beratungen eines politischen Gesetzgebers. Im ersten Fall nimmt D die Gestalt von U, im zweiten dagegen die eines «Demokratieprinzips» an.¹²⁹ Allerdings liegt der Einführung des Demokratieprinzips die Voraussetzung zugrunde, dass eine vernünftige politische Meinungs- und Willensbildung möglich ist. Unter dieser Voraussetzung sagt das Demokratieprinzip nur, wie eine solche Meinungs- und Willensbildung institutionalisiert werden kann.¹³⁰

Karl-Otto Apels misslungener Teil B der Diskursethik zeigte, dass der Bezug auf die idealen Bedingungen, unter denen Normen begründet werden, der falsche Weg ist, um eine vernünftige politische Meinungs- und Willensbildung zu institutionalisieren. *Habermas* wies deshalb auf die Form des Rechts hin, welche ihrerseits «rechtlich» eingerichtet werden muss. Diese von *Habermas* identifizierte erste Spannung zwischen Faktizität und Geltung soll durch das Demokratieprinzip operationalisiert werden, welches besagt, „dass nur die juristischen Gesetze legitime Geltung beanspruchen dürfen, die in einem ihrerseits rechtlich verfassten diskursiven Rechtsetzungsprozess die Zustimmung aller Rechtsgenossen finden können“¹³¹. Diese Formulierung bedarf der Klärung. *Habermas* versteht

¹²⁹ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 139.

¹³⁰ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 142.

¹³¹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 141.

das Demokratieprinzip als eine Verschränkung von D und Rechtsform, aus der Rechte «logisch» stammen. Zunächst Freiheitsrechte, die die private Autonomie von «Adressaten» des Rechts gewährleisten. Danach Teilnahmerechte, die die politische Autonomie des «Autors» des Rechts begründen. Darüber hinaus betont er, dass diese Verschränkung einen Kreisprozess bildet: „Sie beginnt mit der Anwendung des Diskursprinzips auf das ... Recht auf subjektive Handlungsfreiheiten überhaupt und endet mit der rechtlichen Institutionalisierung von Bedingungen für eine diskursive Ausübung der politischen Autonomie, mit der rückwirkend die zunächst abstrakt gesetzte private Autonomie rechtlich ausgestaltet werden kann“¹³². So können anhand des Demokratieprinzips verbindliche Normen unter undurchsichtigen Bedingungen, und das heißt ohne Gewährleistung, dass D erfüllt wird, gesetzt werden. Mit einem so eingeführten «System der Rechte» wird der Zusammenhang zwischen politischer und privater Autonomie verständlich. Es entfesselt nämlich „die interessegeleitete Willkür erfolgsorientiert handelnder Einzelsubjekte in den Bahnen von zwingenden Gesetzen, die gleiche subjektive Handlungsfreiheiten kompatibel machen“¹³³. Gleichzeitig „mobilisiert und vereinigt es die kommunikativen Freiheiten präsumptiv gemeinwohlorientierter Bürger in der Praxis der Gesetzgebung“¹³⁴. Des Weiteren schließt diese vollständigere Einsicht in das Rechtssubjekt das bis zu *Jean-Jacques Rousseau* zurückreichende Verständnis von Autonomie aus¹³⁵, nach dem Freiheitsrechte für Zwecke einer souveränen Gesetzgebung bloß zu instrumentalisieren seien.¹³⁶

Der Umstand, dass der öffentliche Gebrauch kommunikativer Freiheit in der Form subjektiver Rechte institutionalisiert werden muss, kann zwar als Paradox erscheinen, er ist aber angesichts eines Verständnisses des Rechts als erwartungsstabilisierende Ergänzung zur Moral unvermeidlich. Unter einem solchen Verständnis steht dem Autor des Rechts die Wahl des Mediums, in dem er seine

¹³² *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 155.

¹³³ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 164.

¹³⁴ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 164.

¹³⁵ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 131-135.

¹³⁶ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 161.

Autonomie verwirklichen kann, nicht mehr frei. Ihm ist die Rechtsform als die einzige Sprache, in der er seine Autonomie ausdrücken kann, vorgegeben. Diese von *Habermas* identifizierte zweite Spannung zwischen Faktizität und Geltung ist nun pragmatisch zu operationalisieren. Denn auf einer pragmatischen Ebene kommt das «Spezifische» der Rechtsform in den Blick, nämlich der zweideutige Adressatenbezug von subjektiven Rechten. In den Worten *Habermas*': „Anders als die Moral kann das Recht nicht zu einer verständigungsorientierten Inanspruchnahme subjektiver Rechte *verpflichten*, auch wenn die politischen Bürgerrechte genau diese Art des öffentlichen Gebrauchs *ansinnen*“¹³⁷. Vielmehr „wird der Willkür der Adressaten anheimgestellt, ob sie als Autoren ihren freien Willen betätigen, einen Perspektivenwechsel von der erfolgsorientierten Wahrnehmung je eigener Interessen zur Verständigung über allgemein zustimmungsfähige Normen vornehmen und von ihrer kommunikativen Freiheit einen öffentlichen Gebrauch machen wollen oder nicht“¹³⁸.

Nach dieser Einführung des Systems der Rechte hält *Habermas* die Präsuppositionen für vergewissert, „von denen die Mitglieder einer modernen Rechtsgemeinschaft ausgehen müssen, wenn sie ihre Rechtsordnung, ohne sich dabei auf Gründe religiöser oder metaphysischer Art stützen zu dürfen, sollen für legitim halten können“¹³⁹. So lässt sich die von mir im Kapitel A der vorliegenden Untersuchung gestellte Frage bejahen, ob strafrechtliche Normen mit dem Instrumentarium der Diskurstheorie begründet werden können. Darüber hinaus ist es zu betonen, dass diese diskurstheoretische Begründung den anhand von *H.L.A. Hart* dargestellten Eigenschaften von Rechtsnormen Rechnung trägt, nämlich dem ausschließenden und inhaltsunabhängigen Charakter von Rechtsnormen. Der ausschließende Charakter gibt die diskurstheoretische Unterscheidung von Begründung und Anwendung und der inhaltsunabhängige Charakter die formale Natur von diskursiver Argumentation wieder. *Habermas* beschäftigt sich auch mit

¹³⁷ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 165, Herv. i. Orig.

¹³⁸ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 164.

¹³⁹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 166.

der Legitimität einer Herrschaftsordnung und der Legitimation der Ausübung politischer Herrschaft, die streng von der Legitimität von Rechten und der Legitimation von Rechtsetzungsprozessen jeweils zu unterscheiden sind.¹⁴⁰ Ich brauche jedoch nicht, mich um diesen zweiten Schritt zu kümmern, und möchte nur betonen, dass sich aus den vorherigen Überlegungen *Habermas*' zum Demokratieprinzip eine neue Bedeutung für den Legitimitätsbegriff ergibt. Im Gegensatz nämlich zu seiner früheren Theorie der Legitimität durch Legalität, nach der Legitimität nur eine eingeschränkte Form von Richtigkeit sei, trennt *Habermas* in „Faktizität und Geltung“ die Legitimität von der Richtigkeit. Ab jetzt wird mit «Legitimität» der autonome Geltungsanspruch des Rechts bezeichnet.¹⁴¹

Mit seiner Rede von Legitimität und Richtigkeit favorisiert *Habermas* einen begrifflichen –im Gegensatz zum ontologischen- Dualismus, bei dem Legitimität und Richtigkeit «Dimensionen» einer Norm sind, die keinen Einfluss auf die Struktur der Norm haben. Und das heißt: Eine Norm kann sowohl in moralischem als auch in rechtlichem Diskurs zum Thema gemacht werden. So schließt der Habermasche Dualismus nicht nur eine Unterordnung des Rechts unter die Moral aus, sondern auch die von *Tony Honoré* zur Diskussion gestellte Möglichkeit, die Moral sei dem Recht untergeordnet.¹⁴² Aus diesem Grund soll die normalerweise unter dem Name «ungerechtes Recht» viel diskutierte Möglichkeit, dass eine Norm unrichtig und trotzdem legitim ist, keine Bedenken mehr erwecken. Interessanter ist dagegen die Frage, ob mit der Feststellung der Legitimität die Diskussion über das Recht «endgültig» geschlossen ist. Im kommenden Kapitel C werde ich mich mit dieser Frage beschäftigen, und insbesondere mit einer Folge ihrer Antwort hinsichtlich des strafrechtlichen Schuldbegriffs. So verlasse ich den rechtsphilosophischen Boden der Untersuchung und trete in den strafrechtlichen ein.

¹⁴⁰ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 166-237.

¹⁴¹ S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 155.

¹⁴² S. *Honoré*, Oxford Journal of Legal Studies 13 (1993), S. 1 f.

Kapitel C

Zur provisorischen Autorität demokratisch erzeugter strafbewehrter Normen

I. Demokratische Gesetzgebung als Voraussetzung strafrechtlicher Schuld

1) Ein Modell politischer Bindung an öffentlichen Rechtsnormen

Angesichts seines öffentlichen Gebrauchs kommunikativer Freiheit führt das im vorherigen Kapitel B dargestellte Demokratieprinzip zur Einrichtung von öffentlichen Institutionen, die Normen verabschieden. Solche Institutionen werden in Analogie zu den auch im Kapitel B dargestellten idealen Sprechaktsituationen gebildet, sodass sie die im D enthaltene Forderung Rechnung tragen können, dass nur die Normen Geltung beanspruchen dürfen, die die Zustimmung «aller» Betroffenen als Teilnehmer eines praktischen Diskurses finden könnten. Dies bedeutet, dass der Autor demokratisch erzeugter Normen eine abstrakte Allgemeinheit ist, der freilich im Unterschied zum Autor moralischer Normen in Zeit und Raum Beschränkungen aufweist: Der Staat. Die zumindest bis zu *Karl Binding* zurückzureichende These¹, dass der Staat Normen setzt, die Pflichten auferlegen, erweckt nach wie vor Bedenken. Unter dem Name «Etatismus» schildert zum Beispiel *Joachim Renzikowski* ein Modell, wo der Staat der Berechtigte ist, von den Verpflichteten die Erfüllung der Pflicht zu verlangen, und das heißt ein Modell, wo die Pflicht dem Staat gegenüber besteht.² Ein solches Modell bezeichnet *Renzikowski* deshalb als «autoritär», weil in ihm der einzelne Mensch kein «Herr» über seine Rechte sei, „sondern seine Rechtsgüter vom Staat zugeteilt

¹ S. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, S. 97 f.

² S. *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 165.

bekommt“³. Dagegen glaubt *Renzikowski* an unveräußerlichen Menschenrechten, „die nicht von staatlicher ‘Verleihung’ abhängen, sondern der Person zukommen, weil sie Person ist“⁴. Diese vorstaatlichen, subjektiven Rechte, die ihren Trägern ein Tätigkeitsfeld gewähren, auf dem sie sich ungestört bewegen können, entspreche der Pflicht auf der Seite der anderen Rechtsgenossen, diesen Rechtsraum zu achten.⁵

Diese Idee *Renzikowskis* ist trotz einiger Unterschiede von *Volker Haas* fortgeführt worden, der nämlich zu dem Schluss kam, bei Rechtsnormen handele es sich „um privatrechtliche, in dem Willen des Rechtsinhabers bestehende Ausschlussverbote“⁶. *Haas*‘ Verständnis von Rechtsnormen als Ausschlussverbote –sie sichern dem Einzelnen einen Bereich, „in dem sein Wille *rechtlich* ungehindert herrschen kann“⁷- führt ihn zu dem Glaube, «vorrechtlich begründete subjektive Privatrechten» seien die Grundlage von öffentlichen Normen.⁸ So will er den von *Renzikowski* geschilderten Etatismus vermieden zu haben. Gegen ein solches, etwa großzügiges Vertrauen in der Lehre vom subjektiven Recht erscheint es jedoch ratsam, an *Jürgen Habermas*‘ Begründungsprogramm der Diskursethik zu erinnern, insbesondere an die erste Folgerung der linguistischen Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins: Die Welt moralischer –in dem hiesigen Zusammenhang: rechtlicher- Erscheinungen erschließt sich nur aus der performativen Einstellung von Interaktionsteilnehmern. Die Unvereinbarkeit dieser diskurstheoretischen Idee mit der Theorie des subjektiven Rechts liegt auf der Hand: Subjektive Rechte setzen dem Handlungsspielraum von Rechtssubjekten faktische Grenzen, sodass Rechtssubjekte innerhalb dieses Raums die objektivierende Einstellung eines erfolgsorientiert beziehungsweise instrumentell handelnden Subjekts übernehmen dürfen. Eine interne Bindung zur Norm ergibt sich aus dieser Lehre also nicht. Ein umfassenderes Verständnis des Rechtssystems, wonach das Rechtssubjekt nicht nur die objektivierende Einstellung eines

³ *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 170.

⁴ *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 170, Herv. i. Orig.

⁵ S. *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 171.

⁶ *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 109.

⁷ *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 57, Herv. i. Orig.

⁸ S. *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 82 f.

beschreibenden Beobachters, sondern auch die performative Einstellung eines Teilnehmers am praktischen Diskurs übernehmen darf, wurde bereits im Rahmen der Überlegungen über das Demokratieprinzip dargestellt. Im Folgenden soll verdeutlicht werden, dass der Teilnehmerrolle öffentliche Autonomie zugrunde liegt und das heißt, dass es bei demokratisch erzeugten Normen nicht um private, sondern um «öffentliche» Normen geht.

In Anschluss an *Habermas'* Idee, das Recht hat eine sozialintegrative Aufgabe, die über diskursive Verständigung läuft, hebt *Urs Kindhäuser* die Unmöglichkeit hervor, allein mit Hilfe der privaten Autonomie solche Aufgabe zu erfüllen: „Geht man von der Aufgabe des Rechts aus, soziale Integration zu leisten, und zwar nicht irgendwie, sondern gerecht, also die Interessen aller Betroffenen berücksichtigend, dann scheidet eine Bestimmung der Handlungskoordination nach Maßgabe individueller Vernunft aus“⁹. Sozialintegration bedarf vielmehr eines Modells kooperativer Verständigung, welches durch die wechselseitig zugeschriebene Fähigkeit und Berechtigung gekennzeichnet ist, „als freier und gleicher Teilnehmer an verständigungsorientierter Kommunikation zu Geltungsansprüchen Stellung nehmen zu können und zu dürfen“¹⁰. Aus diesem Grund schreibt *Kindhäuser* Rechtssubjekten in ihrer Rolle als Autoren des Rechts öffentliche Autonomie zu¹¹, und das heißt: Rechtsnormen ergeben sich aus einem besonderen Dialog, welcher zwischen «Staatsbürgern» –so *Klaus Günthers* Bezeichnung¹²- stattfindet. Und obwohl diese Rechtsnormen an «privatautonome Rechtspersonen» –wiederum nach *Günthers* Bezeichnung¹³- adressiert sind, begründen sie –worauf *Juan Pablo Mañalich* hinweist¹⁴- ein öffentliches Verhältnis zwischen der abstrakten Allgemeinheit aller Staatsbürger, nämlich dem Staat und den privatautonomen Rechtspersonen. Daraus ergibt sich, dass Rechtssubjekte «qua» privatautonome Rechtspersonen nicht an andere privatautonome Rechtspersonen, sondern an den Staat unmittelbar gebunden sind. Diesem Schluss

⁹ *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), S. 718 f.

¹⁰ *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), S. 719.

¹¹ S. *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), S. 720.

¹² S. *Günther*, JRE 2 (1994), S. 146.

¹³ S. *Günther*, JRE 2 (1994), S. 149.

¹⁴ S. *Mañalich*, RphZ 3 (2015), S. 311-313.

steht nicht entgegen, dass die von den Rechtssubjekten «qua» Staatsbürger zugestimmten Normen die Interessen aller von den Folgen der Norm betroffenen Rechtssubjekten schützen, sodass Rechtssubjekte «qua» privatautonome Rechtspersonen, und das heißt also zur Normbefolgung Verpflichtete an andere privatautonome Rechtspersonen mittelbar gebunden sind.¹⁵

Nun kann *Renzikowskis* Anwendung des Adjektivs «autoritär» zurückgewiesen werden. Wenn ich *Renzikowski* richtig verstehe und er damit «ohne legitime Gründe» meint, thematisiert er einfach die Gefahr von Heteronomie: Normen, die ihren Adressaten keinen legitimen Befolungsgrund bieten, sind den Adressaten entfremdet. Indem aber im demokratischen Staat Rechtssubjekte nicht nur Rechtsadressaten, sondern auch Autoren des Rechts sind, verschwindet die Gefahr von Heteronomie sowie das Misstrauen gegen den Staat als die abstrakte Allgemeinheit, an die die Rechtsadressaten als Verpflichteter gebunden sind. In diesem Zusammenhang ruft keine Bedenken mehr die Einsicht in die Autorität des Rechts hervor, wonach Rechtsnormen ausschließende und inhaltsunabhängige Gründe zum Handeln beziehungsweise Unterlassen sind. Ob es vielleicht besser wäre, statt von Autorität des Rechts von Rechtsverbindlichkeit zu reden, kann hier dahingestellt bleiben.

2) Die Schuld des Staatsbürgers als Rechtsperson

Aus *Jürgen Habermas'* diskurstheoretischer Rekonstruktion des Rechts, insbesondere aus seinem Verständnis von politischer und privater Autonomie ergab sich ein interner Zusammenhang zwischen den Gründen für die Legitimität einer Norm und den Gründen für ihre Befolgung. Mit der Grundlage dieses Zusammenhangs, nämlich mit dem Begriff der «deliberativen» Person hat sich *Klaus Günther* in seiner Habilitationsschrift „Schuld und kommunikative Freiheit“ beschäftigt. Unter deliberativer Person versteht *Günther* eine Person, der die Fähigkeit

¹⁵ S. *Mañalich*, RphZ 3 (2015), S. 313.

zugeschrieben wird, „sich von Handlungen und Äußerungen zu distanzieren und kritisch Stellung nehmen zu können“¹⁶, wobei er «kritisch» eine Stellungnahme nennt, die auf Gründe gestützt wird. Die deliberative Person kann freilich nicht nur den kognitiven Akt der begründeten Stellungnahme zu Äußerungen und Handlungen vollziehen, sondern auch ist sie imstande, „den von ihr jeweils akzeptierten Gründen zu folgen, also einen volitiven Akt zu vollziehen“¹⁷. Die Art der Gründe ist zunächst unbestimmt: Es können moralische, strategische oder andere Gründe sein. Nun gehen Gründe aus Argumentationen über strittige Geltungsansprüche von Äußerungen hervor, sodass die deliberative Person darüber hinaus über die Fähigkeit verfügen muss, an Diskursen teilzunehmen, „in denen Geltungsansprüche für Äußerungen erhoben und mit Gründen kritisiert sowie mit Gegen-Gründen verteidigt werden“¹⁸. Anschließend fügt *Günther* hinzu, dass die deliberative Person hervorbringende Quelle ihrer Handlungen und Äußerungen in dem Sinne ist, dass sowohl Handlungen sowie Äußerungen von ihrer kritischen Stellungnahme abhängen, und das heißt: „Die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme wird so zum Zurechnungsgrund ihrer Handlungen“¹⁹. Da die Zuschreibung dieser Fähigkeit unter anderem die Funktion hat, „Äußerungen und Handlungen auf eine Person als ihren Autor zurückzuführen, dann lässt sich diese Fähigkeit als kommunikative Freiheit bezeichnen“²⁰.

Im Kapitel B der vorliegenden Untersuchung ist erläutert worden, wie mit Hilfe des Demokratieprinzips eine vernünftige politische Meinungs- und Willensbildung institutionalisiert werden kann. Dementsprechend setzen –worauf *Günther* zu Recht hinweist- demokratische Verfahren ein Modell der deliberativen Person voraus. Mit seiner Unterscheidung zwischen deliberativer Person, die als Staatsbürger an demokratischen Verfahren teilnimmt, und anderen Ausprägungen der deliberativen Person wie der moralischen oder strategisch handelnden Person führt *Günther* den unter dem Stichwort «Undurchsichtigkeit» ebenso im Kapitel B

¹⁶ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 246.

¹⁷ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 246.

¹⁸ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 246 f.

¹⁹ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 247.

²⁰ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 248.

der vorliegenden Untersuchung dargestellten Unterschied zwischen demokratischen Verfahren und Diskursen weiter. Demokratische Verfahren lassen sich von Diskursen unter anderem dadurch unterscheiden, „dass sie innerhalb von befristeter Zeit Mehrheitsentscheidungen über die positive Geltung von Rechtsnormen ermöglichen“²¹. Daher gelten Rechtsnormen im Unterschied zu anderen Arten von Handlungsgründen auch dann, „wenn *nicht alle* Staatsbürger von ihren deliberativen Fähigkeiten Gebrauch gemacht haben und wenn *nicht alle* Teilnehmer durch bessere Gründe zu einer Revision ihrer ablehnenden Stellungnahme motiviert worden sind“²². Außerdem gelten Rechtsnormen „für solche Personen, die nicht kritisch Stellung genommen haben und für solche, die trotz ihrer kritischen Stellungnahme nicht überzeugt worden sind“²³. Aufgrund der erwähnten spezifischen Eigenart des demokratischen Verfahrens der Begründung von Rechtsnormen und des besonderen Charakters von Rechtsnormen als Resultat demokratischer Prozeduren verzweigt sich der demokratisch spezifizierte Begriff der deliberativen Person intern in die Person des «Staatsbürgers» als Autor von Rechtsnormen und die «Rechtsperson» als Adressat von Rechtsnormen.²⁴

Als Staatsbürger hat die deliberative Person ein subjektives Recht auf politische Teilnahme an rechtlich institutionalisierten Prozeduren der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung. Da es um ein subjektives Recht geht, ist die deliberative Person nicht verpflichtet, „von der ihr zugeschriebenen Fähigkeit der kritischen Stellungnahme als Teilnehmer an öffentlichen Diskursen faktischen Gebrauch zu machen“²⁵. Jedoch beansprucht das positive Recht Verbindlichkeit auch gegenüber denjenigen Staatsbürgern, „die von ihrem Recht auf Teilnahme keinen Gebrauch gemacht haben oder die als Teilnehmer am demokratischen Verfahren nicht davon überzeugt worden sind, ihre Ablehnung zu revidieren“²⁶. Deshalb braucht nicht die deliberative Person bei der Befolgung von legitimen Normen, und das heißt als Rechtsperson, von der vorausgesetzten Fähigkeit zur

²¹ Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 249.

²² Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 249, Herv. i. Orig.

²³ Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 249.

²⁴ S. Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 249.

²⁵ Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 250.

²⁶ Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 251.

kritischen Stellungnahme gegenüber den eigenen Äußerungen und Handlungen in der Weise Gebrauch zu machen, dass sie die Norm als einen eigenen Grund akzeptiert. Vielmehr darf die Rechtsperson wählen, ob sie der Norm folgt und aus welchen Gründen sie dies tut –in diesem Sinne spricht *Urs Kindhäuser* von einem «Neutralitätsgebot» bei der Befolgung von Rechtsnormen²⁷-. Lehnt die Rechtsperson die Norm ab, darf sie allerdings von ihrer Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme nicht in der Weise Gebrauch machen, „dass sie die abgelehnte Norm in ihrem Handeln verletze“²⁸. Die Pflicht zur Normbefolgung ist nun mit der Ablehnung der Norm vereinbar, wenn die Rechtsperson die Möglichkeit hat, „in die Rolle des Staatsbürgers zu wechseln und als solcher von ihren deliberativen Fähigkeiten in der Weise Gebrauch zu machen, dass sie öffentlich gegen die Norm Stellung nimmt“²⁹. Rechtspersonen haben also das Recht, die Befolgung von Normen abzulehnen, sie dürfen es aber nicht in derjenigen Situation handelnd ausüben, in welcher sie zur Normbefolgung verpflichtet sind. Das Recht auf Ablehnung der Norm darf die Rechtsperson „nur in der Rolle des Staatsbürgers geltend machen, wenn sie sich nicht in einer Situation befindet, wo sie zur Normbefolgung verpflichtet ist“³⁰.

Der Begriff der deliberativen Person fungiert –so *Günther*- zwar als Grundlage des internen Zusammenhangs zwischen dem demokratischen Verfahren der Normsetzung und der Normbefolgung. Freilich ist der deliberative Personenbegriff unterschiedlich ausgestaltet, entweder nämlich als Staatsbürger oder Rechtsperson, je nachdem ob er bei dem demokratischen Verfahren der Normsetzung oder bei der Normbefolgung jeweils angewendet wird. In diesem Zusammenhang hebt *Günther* hervor, dass der demokratische Staat sich von allen anderen Formen der Begründung des Rechts dadurch unterscheidet, „dass er Staatsbürger und Rechtsperson *im Begriff der deliberativen Person miteinander kommunizieren* lässt, ohne die Unterscheidung zwischen diesen beiden Rollen

²⁷ S. *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), S. 702.

²⁸ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 252.

²⁹ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 252.

³⁰ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 252.

aufzuheben und die eine in die andere zu transformieren“³¹. Staatsbürger und Rechtsperson kommunizieren sich miteinander, indem die Rechtsperson zur Normbefolgung deshalb verpflichtet ist, weil sie in die Rolle des Staatsbürgers wechseln darf. Der Staatsbürger darf nun an demokratischen Verfahren teilnehmen, und das heißt: Er hat das Recht, kritisch zu Normvorschlägen öffentliche Stellung zu nehmen. Aber die faktische Teilnahme von Staatsbürgern an solchen Verfahren impliziert keine Verpflichtung, künftig in der Rolle der Rechtsperson der Norm deswegen zu folgen. Die Rechtsperson ist daher nur verpflichtet, „die verfahrensförmig zustande gekommenen, positiv geltenden Normen zum Grund für ihre kritische Stellungnahme gegenüber ihren eigenen Äußerungen und Handlungen werden zu lassen“³². So bleibt die Unterscheidung zwischen Staatsbürger und Rechtsperson erhalten.

Anschließend betont *Günther*, dass in einem demokratischen Staat die Pflicht zur Normbefolgung an die Fähigkeit der Rechtsperson zur kritischen Stellungnahme gegenüber ihren eigenen Äußerungen und Handlungen gebunden ist. Daraus zieht er zweierlei Konsequenzen für den Fall einer Normverletzung, die an *Joachim Hruschkas* Strukturen der Zurechnung in zwei Stufen erinnert.³³ Erstens „kann der Rechtsperson ihre normverletzende Handlung *nur dann* zugerechnet werden, wenn sie die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber eigenen und fremden Äußerungen und Handlungen hatte“³⁴. In diesem Sinne spricht *Günther* über die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme als das allgemeine Kriterium für die Zurechnungsfähigkeit der Rechtsperson. Zweitens „kann der Rechtsperson *nur dann*, wenn sie die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber ihren eigenen und fremden Äußerungen und Handlungen hatte, auch die Verletzung der Pflicht zur Unrechtsvermeidung vorgehalten werden“³⁵. Hier spricht *Günther* über die «Schuld» der Rechtsperson. Indem ihr nämlich zumutbar ge-

³¹ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 253, Herv. i. Orig.

³² *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 254.

³³ S. *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, S. 35 f.

³⁴ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 254 f., Herv. i. Orig.

³⁵ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 255, Herv. i. Orig.

wesen war, „ihre ablehnende Stellungnahme gegen die Norm durch einen *Wechsel* in die Rolle des Staatsbürgers öffentlich zur Geltung zu bringen und als Rechtsperson gleichwohl ihren eigenen Handlungsplan kritisch aus der Perspektive der Norm zu betrachten“³⁶, konnte sie der Norm zumindest «äußerlich» folgen. In Einklang mit dem in der vorliegenden Untersuchung vertretenen Verständnis der Autorität des Strafrechts sieht *Günther* die Schuld der Rechtsperson genau „in dieser *äußerlichen* Konfrontation einer zurechenbaren, normverletzenden Handlung“³⁷.

Schließlich ist die Pflicht zur Normbefolgung nicht nur an die Fähigkeit der Rechtsperson zur kritischen Stellungnahme gegenüber ihren eigenen Äußerungen und Handlungen gebunden, sondern auch an öffentliche Meinungs- und Willensbildungsprozesse, die in Form demokratischer Verfahren rechtlich institutionalisiert sind. Aus dem Zusammenhang von Schuld, Normbefolgungspflicht und demokratischen Verfahren der Normsetzung zieht *Günther* den «politischen» Charakter des Schuldbegriffs: Ohne demokratische Verfahren der Normsetzung gibt es keine Schuld.³⁸ Oder mit anderen Worten: „Eine illegitime Rechtsordnung darf niemanden schuldig sprechen“³⁹.

II. Grenzen demokratischer Legitimation

1) Die Fallibilität demokratischer Rechtslegitimation

Die Nichtbefolgung einer legitimen Norm des Strafrechts ist zur Schuld der deliberativen Person in ihrer Rolle als Rechtsperson deshalb zuzurechnen, weil die deliberative Person in ihrer Rolle als Staatsbürger jederzeit die Möglichkeit hat,

³⁶ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 255, Herv. i. Orig.

³⁷ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 255, Herv. i. Orig.

³⁸ S. *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 255 f.

³⁹ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 4.

öffentlich gegen die Norm Stellung zu nehmen. *Klaus Günther* weist deshalb darauf hin, dass die in demokratischen Verfahren zustande gekommene Überzeugung einer Mehrheit Autorität beanspruchen darf, solange sie sich gegenüber den Gegen-Gründen einer Minderheit bewährt.⁴⁰ Demokratisch erzeugte Rechtsnormen besitzen also «provisorische» Autorität in dem Sinne, dass die Demokratie –worauf *Urs Kindhäuser* aufmerksam macht- nur die Voraussetzungen für eine interessenberücksichtigende Verständigung schaffen aber keine endgültig bindenden Übereinkünfte liefern kann.⁴¹ Diese Eigenschaft der Demokratie lässt sich anhand einer Rekonstruktion der Struktur dessen erklären, was *John Rawls* unter «Prozeduralismus» versteht. In seinem Buch „A Theory of Justice“ unterscheidet *Rawls* zwischen reiner Verfahrensgerechtigkeit, auf der einen Seite, und vollkommener und unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit, auf der anderen. Vollkommene und unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit haben als gemeinsamen Nenner einen Gerechtigkeitsmaßstab, der unabhängig von dem Verfahren ist, mit dem der Maßstab erreicht werden soll. Sie unterscheiden sich voneinander lediglich durch die Fähigkeit des betreffenden Verfahrens, das gewünschte Ergebnis liefern zu können. So führt die vollkommene Verfahrensgerechtigkeit mit Sicherheit zum erstrebten Ergebnis, während die unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit über kein brauchbares Verfahren verfügt, das mit Sicherheit dahin führt. Im Gegensatz dazu liegt reine Verfahrensgerechtigkeit vor, wenn es keinen vom Verfahren unabhängigen Gerechtigkeitsmaßstab gibt, sondern nur ein korrektes Verfahren, das zu einem ebenso korrekten Ergebnis führt, sofern das Verfahren ordnungsgemäß angewandt wird.⁴²

Gleich am Anfang des Kapitels B der vorliegenden Untersuchung ist anhand der frühen Überlegungen von *Karl-Otto Apel* das unumgängliche Bedürfnis nach universal moralischen Normen in Zeitalter der Wissenschaft hervorgehoben worden sowie seine von *Jürgen Habermas* fortgeführte These, wonach solche Normen nur diskursiv zu begründen sind. Die Darstellung fand unter der Überschrift

⁴⁰ S. *Günther*, JRE 2 (1994), S. 147.

⁴¹ S. *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), S. 722.

⁴² S. *Rawls*, A Theory of Justice, S. 85 f.

«Transparenz» statt, weil die sprachphilosophischen Prämissen dieses diskurs-ethischen Vorschlags kontrafaktisch in dem Sinne sind, dass sie auf eine idealisierte Sprechaktsituation hinweisen. Erst unter diesen transparenten Umständen kann U als Kriterium der Gültigkeit moralischer Normen dienen. In Abwandlung des Begriffs von reiner Verfahrensgerechtigkeit kann bei U von «reiner Verfahrensmoral» gesprochen werden. Denn U umfasst keine vom Verfahren unabhängigen Maßstäbe für die Gültigkeit moralischer Normen. Darüber hinaus bildet die Transparenz der idealisierten Sprechaktsituationen ein korrektes Verfahren, das –ordnungsgemäß angewandt– immer zur Gültigkeit moralischer Normen führt. Sieht man davon ab, dass das Demokratieprinzip keine vom Verfahren unabhängigen Maßstäbe für die Gültigkeit rechtlicher Normen enthält, kann beim Demokratieprinzip vom «unvollkommenen Verfahren» gesprochen werden. Denn zwar geben demokratische Verfahren die Voraussetzungen wieder, die für idealisierte Sprechaktsituationen entworfen sind. Die realen Sprechaktsituationen orientieren sich jedoch nicht immer an dem «Zwang des besseren Arguments», was sich am gesetzgeberischen Verfahren im Parlament widerspiegelt. Dementsprechend bedingt diese «Undurchsichtigkeit» realer Sprechaktsituationen ein unvollkommenes Verfahren, und das heißt ein Verfahren, das nicht mit Sicherheit zum Ergebnis führt, das vom Demokratieprinzip erstrebt wird.

Genau diese Möglichkeit eines reinen Verfahrens, das «unvollkommen» in dem Sinne ist, dass es nicht mit Sicherheit zum Ergebnis führt, hat *Rawls* übersehen. Dieses Versäumnis hängt damit zusammen, dass *Rawls* bereits ein gerechtes System von Institutionen vorausgesetzt hat, um den Begriff der reinen Verfahrensgerechtigkeit anwenden zu können: „Only against the background of a just basic structure, including a just political constitution and a just arrangement of economic and social institutions, can one say that the requisite just procedure exist“⁴³. Es mag wohl sein, dass ein solches System von Institutionen immer das «gerechte» Ergebnis gewährleisten kann, die «Gerechtigkeit» des Ergebnisses ist aber inhaltlich in dem Sinne vorbestimmt, dass das vorausgesetzte System

⁴³ *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 87.

schon eine inhaltliche Konzeption dessen impliziert, was als gerechtes Ergebnis zählen darf. Aus der Sicht der Diskurstheorie darf aber keine inhaltliche Konzeption Anerkennung «a priori» verlangen. Aus diesem Grund schlage ich vor, *Rawls*' Unterscheidung so zu ergänzen, dass der grundlegende Unterschied darin besteht, ob es einen inhaltlichen, und das heißt hier insbesondere vom Verfahren unabhängigen Maßstab zur normativen Gültigkeit gibt, oder nicht. Im ersten Fall handelt es sich um «unreinen», im zweiten dagegen um «reinen» Prozeduralismus.⁴⁴ Anders als bei *Rawls* unterteile ich zudem auch den reinen Prozeduralismus, je nachdem, ob es ein Verfahren gibt, das mit Sicherheit zur normativen Gültigkeit führt, oder nicht. Im ersten Fall geht es um reinen beziehungsweise unreinen «vollkommenen», im zweiten dagegen um reinen beziehungsweise unreinen «unvollkommenen» Prozeduralismus.

Legitime Rechtsnormen sind folglich das Ergebnis eines reinen unvollkommenen Verfahrens. Die daraus ergebende provisorische Autorität der Rechtsnormen mag wohl gewisse Instabilität mit sich bringen. Freilich wird mit diesem provisorischen Charakter gewährleistet, dass demokratische Verfahren ständig an Gründe gebunden sind, die nach jeder Problematisierung erneut als zustimmungsfähig bewiesen werden. Darin liegt meines Erachtens die «Rationalität» des politischen Diskurses: Rechtsnormen beanspruchen Autorität, solange die Gründe, die für sie sprechen, rationale Kraft besitzen.

2) Die negative Leistung des Diskursprinzips

Unter der diskurstheoretischen Voraussetzung, dass es keine dem Diskurs äußerlichen, etwa inhaltlichen Kriterien der Legitimität gibt, hängt die Möglichkeit

⁴⁴ *Rawls* hat zwar auch von einer «quasi reinen Verfahrensgerechtigkeit» gesprochen, aber sie stimmt mit der hier vorgeschlagenen «unreinen Verfahrensgerechtigkeit» nicht überein. Denn ausschlaggebend für die quasi reine Verfahrensgerechtigkeit ist ihre Unbestimmtheit hinsichtlich der vorausgesetzten Prinzipien der Gerechtigkeit, nicht ihre Unvollkommenheit hinsichtlich des Ergebnisses; s. *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 201 und 361 f.

illegitimer Rechtsnormen nur von einem Versagen der Voraussetzungen ab, von denen es abhängt, dass demokratische Verfahren zumindest teilweise die Bedingungen der Anwendung von D wiedergeben, nämlich wenn es einen groben Abstand zwischen transparenten und undurchsichtigen Bedingungen diskursiver Normsetzung gibt. Dass unter diesen Umständen niemand schuldig gesprochen werden darf, ist im ersten Teil dieses Kapitels erwähnt. Wie aber ein solches Versagen genau festzustellen ist, überschreitet die Grenzen der vorliegenden Untersuchung. Man denke zum Beispiel an eine angebliche kollektive Neigung, die Sexualität «irrational» zu thematisieren, was zum Inzestverbot führen würde. Genauso könnten historische Bedingungen dazu führen, bestimmte Themen aus der Diskussion einfach auszuschließen, was bei der sogenannten «Ausschwitzlüge» der Fall sein soll. Ob diese Beispiele in das von *Jürgen Habermas* behandelte «Risiko der fehlschlagenden Verständigung» fallen⁴⁵, kann hier dahingestellt bleiben. Im hiesigen Zusammenhang möchte ich nur betonen, dass das Demokratieprinzip zwar ein unvollkommenes Kriterium der Legitimität bietet. Jedoch lässt sich aus dieser sozusagen «negativen» Leistung auch Gewinn ziehen, wie mit Hilfe von *J.L. Mackie* zum Ausdruck gebracht werden kann. In seinem Buch „Ethics. Inventing Right and Wrong“ schlägt *Mackie* –aus Gründen, die hier nicht von Bedeutung sind– eine Ergänzung des Sprichworts «Der Weg zur Hölle sei mit guten Vorsätzen gepflastert» vor. Sie lautet: „Though we admit that the way to hell may be paved with good intentions, we are very sure that the way to heaven is not paved with bad ones“⁴⁶. Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies, dass D mit Sicherheit darauf hinweist, wann eine Rechtsnorm als legitim nicht zählen darf. Aus diesem Grund spricht *Urs Kindhäuser* statt von Verifikation von Falsifikation: Das Demokratieprinzip als Kriterium der Legitimität ist „in der Endlichkeit unseres Handlungs- und Erfahrungshorizontes nicht einlösbar. Insofern ist jede Norm fallibel, und wir müssen uns darum bemühen, sie zu falsifizieren, also nach Fällen zu suchen, in denen sie den Interessen möglicher Betroffener *nicht* gerecht wird ... Je aussichtloser die Suche verläuft, desto eher ist zu vermuten, dass die Norm allgemein zustimmungsfähig ist“⁴⁷.

⁴⁵ S. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, S. 194.

⁴⁶ *Mackie*, Ethics, S. 160.

⁴⁷ *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), S. 723, Herv. i. Orig.

Literaturverzeichnis

Apel, Karl-Otto:

- Transformation der Philosophie, Bd. 2 (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973)
- Diskurs und Verantwortung (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988)

Arendt, Hannah:

- Responsibility and Judgment (Schocken Books, New York, 2003)

Austin, John:

- The Province of Jurisprudence Determined (John Murray, London, 1832)

Bierling, Ernst Rudolf:

- Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 1 (Friedrich Andreas Perthes, Gotha, 1877)
- Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1 (J.C.B. Mohr, Freiburg im Breisgau, 1894)

Binding, Karl:

- Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft (Alfred Hölder, Wien, 1877)
- Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. (Scientia Verlag, Aalen, 1991 [ursprüngliches Jahr: 1922])

Brandom, Robert B.:

- Making it Explicit (Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1994)

Davidson, Donald:

- Problems of Rationality (Clarendon Press, Oxford, 2004)

Detmold, M.J.:

- „Law as Practical Reason“ in: Cambridge Law Journal 48 (1989)

Engländer, Armin:

- Diskurs als Rechtsquelle? (Mohr Siebeck, Tübingen, 2002)

Gottschalk-Mazouz, Niels:

- Diskursethik (Akademie Verlag, Berlin, 2000)

Günther, Klaus:

- Der Sinn für Angemessenheit (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988)
- „Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts“ in: H. Jung, H. Müller-Dietz und U. Neumann (Hrsg.), Recht und Moral (Nomos, Baden-Baden, 1991)
- „Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat“ in: JRE 2 (1994)

- Schuld und kommunikative Freiheit (Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005)

Haas, Volker:

- Kausalität und Rechtsverletzung (Duncker & Humblot, Berlin, 2002)

Habermas, Jürgen:

- Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983)
- Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 3. Aufl. (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985)
- Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 3. Aufl. (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985)
- „Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?“ in: KJ 1987
- „Law and Morality“ in: S.M. McMurrin (Hrsg.), The Tanner Lectures on Human Values, Bd. 8 (University of Utah Press, Salt Lake City, 1988)
- Faktizität und Geltung (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992)

Hart, H.L.A.:

- „Legal and Moral Obligation“ in: A.I. Melden (Hrsg.), Essays in Moral Philosophy (University of Washington Press, Seattle, 1958)
- The Concept of Law (Clarendon Press, Oxford, 1961)
- Essays on Bentham (Clarendon Press, Oxford, 1982)

Hobbes, Thomas:

- Leviathan (Clarendon Press, Oxford, 1965 [ursprüngliches Jahr: 1651])

Honoré, Tony:

- „The Dependence of Morality on Law“ in: Oxford Journal of Legal Studies 13 (1993)

Hruschka, Joachim:

- Strukturen der Zurechnung (Walter de Gruyter, Berlin, 1976)

Hruschka, Joachim / Joerden, Jan C.:

- „Supererogation: vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck“ in: ARSP 73 (1987)

Kelsen, Hans:

- Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (Franz Deuticke, Wien, 1960)

Kindhäuser, Urs:

- Gefährdung als Straftat (Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989)
- „Rechtstreue als Schuldkategorie“ in: ZStW 107 (1995)

Mackie, J.L.:

- Ethics. Inventing Right and Wrong (Penguin Books, London, 1990)

Mañalich, Juan Pablo:

- „Reglas primarias de obligación“ in: ZIS 7 (2012)

- „Erlaubnisnormen und Duldungspflichten“ in: RphZ 3 (2015)

Moore, Michael S.:

- „Authority, Law, and Razian Reasons“ in: Southern California Law Review 62 (1989)
- Placing Blame (Oxford University Press, Oxford, 2010)

Pawlik, Michael:

- Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts (Duncker & Humblot, Berlin, 1993)

Rawls, John:

- A Theory of Justice (Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1971)

Raz, Joseph:

- Practical Reason and Norms (Hutchinson & Co, London, 1975)
- The Authority of Law (Clarendon Press, Oxford, 1979)
- „Hart on Moral Rights and Legal Duties“ in: Oxford Journal of Legal Studies 4 (1984)
- „Authority, Law and Morality“ in: The Monist 68 (1985)

Renzikowski, Joachim:

- Notstand und Notwehr (Duncker & Humblot, Berlin, 1994)

Searle, John R.:

- Speech Acts (Cambridge University Press, Cambridge, 1969)

Tugendhat, Ernst:

- Vorlesungen über Ethik (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993)

Vogel, Joachim:

- Norm und Pflicht (Duncker & Humblot, Berlin, 1993)

von Wright, Georg Henrik:

- Norm and Action (Routledge & Kegan Paul, London, 1963)

Woozley, A.D.:

- „Legal Duties, Offences, and Sanctions“ in: Mind 77 (1968)